

ERZİNCAN ÜNİVERSİTESİ

Hukuk Fakültesi Dergisi



CİLT: XVI SAYI: 1 – 2 HAZİRAN 2012

KAMU HUKUKU ♦AKTAŞ, Müzakere (Söylem) Etiği, Demokrasi ve Meşruluk
♦BAYRAKTAR, Bir Ütopya Olarak Kolektif Güvenlik Sistemi ya da Birleşmiş Milletler Ne İşe Yarar? ♦NARTER, Anayasal Açından Bütçe Hakkı ♦YILDIRIM, Türkiye’de İfade ve Basın Özgürlüğü Sorunu; Avrupa Birliği Uyum Sürecinde İfade ve Basın Özgürlüğü Alanında Yapılan Çalışmalar ♦BAGHERİ, Devlet Aklın’ın Bir Yansıması Olarak Osmanlı Gizli Polis Teşkilatı.

ÖZEL HUKUK ♦AKCAN, Şirket Kayıtlarında Yer Almayan Çeklerin Borca Batıklık Bilançosunda Gösterilmesi ♦ÖZBAY, 6099 Sayılı Kanun ve Tebligat Kanununun Uygulanmasına Dair Yönetmelik Çerçevesinde Tebligat Hukukundaki Son Değişiklikler ♦AKARTEPE, Türk Borçlar Kanunu’nun Haksız Fiilden Doğan Borç İlişkileri Alanında Getirdiği Yenilikler ve Değişiklikler ♦ÖZDEMİR, Mirasçılarının Murisin Borçlarından Dolayı Sorumluluğu ♦KIYAK, Türkiye’de Mutad Meskeni Olmayan Türk Vatandaşları İçin Teminat Gösterme Yükümlülüğü (HMK m.84/1-a) ♦ÜNLÜTEPE/BAŞMANAV, 6356 Sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu Çerçevesinde Toplu İş Sözleşmesinin Yapılmasında Yetki ♦YAĞCI, İsticvaba İlişkin Olarak Hukuk Muhakemeleri Kanunu İle Getirilen Düzenlemeler

ERZİNCAN – 2012

**ERZİNCAN ÜNİVERSİTESİ
HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ**

CİLT: XVI SAYI: 1-2 YIL: 2012

**HAZİRAN – 2012
ERZİNCAN**

IV

SAHİBİ

Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dekanlığı Adına
Prof.Dr. Cem BAYGIN

SORUMLU MÜDÜR

Yılmaz ÖZKER

DİZGİ VE MİZANPAJ

Arş. Gör. Ahmet NAR

<u>İLETİŞİM ADRESİ:</u> ERZİNCAN ÜNİVERSİTESİ HUKUK FAKÜLTESİ 24078 / ERZİNCAN	<u>TLF</u> : +90 446 225 17 41/42 225 17 43 <u>FAKS</u> : +90 446 225 17 45 <u>E-MAİL</u> : erchukuk@erzincan.edu.tr <u>WEB</u> : www.erzincan.edu.tr/hukuk
--	--

Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
yılıda iki kez yayımlanan ve TÜBİTAK ULAKBİM (Ulusal Akademik Ağ
ve Bilgi Merkezi) Ulusal Hukuk Veri Tabanına kabul edilmiş
hakemli bir dergidir.

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

Basım Yeri: ERMAT OFSET, Vali R. Yazıcıoğlu Cd., No:57 / ERZİNCAN

Basım Tarihi: Haziran - 2013

YAYIN İLKELERİ

1. Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi hakemli bir dergidir. Haziran ve Aralık aylarında olmak üzere yılda iki kez yayınlanır. Yayınlanması istenen makalelerin Haziran sayısı için 30 Nisan; Aralık sayısı için 31 Ekim tarihine kadar dergi editörlüğüne ulaştırılması gerekir.
2. Dergide yayımlanmak üzere gönderilen bilimsel nitelikli çalışmaların kamu hukuku, özel hukuk ve ekonomi-maliye alanlarına ilişkin ve daha önce başka bir yerde yayımlanmamış olması gerekir.
3. Yayımlanmak üzere gönderilecek çalışmalar, Times New Roman karakterinde ana metin 1,5 satır aralığında ve 11 punto, dipnotların ise 9 punto olarak hazırlanması ve 35 sayfayı geçmemesi gerekmektedir. Çalışmalar, bir nüsha çıktısı ile birlikte Office 97 ve üstü bir versiyonda yazılmış ve sayfa marjları A4 boyutu üzerinden üstten 6 cm., alttan 5 cm., sağ ve soldan 4,5 cm. olarak ayarlanmış bir şekilde dergi editörlüğü'ne gönderilmelidir. Gönderilen makalelerin İngilizce başlığı da yazılmalıdır. Word programındaki otomatik başlıkları kullanılmamalıdır. Yazarlar, unvanlarını, görev yaptıkları kurumları, haberleşme adresleri ile telefon numaralarını ve varsa e-mail adreslerini bildirmelidirler.
4. Yayın Komisyonunca ilk değerlendirmesi yapılan çalışmalar hakem ya da hakemlere gönderilir. Çalışmalar, isimleri saklı tutulan hakem heyeti içinden, yazarın akademik unvanına göre daha üst unvanlı bir hakemin görüşü alınarak, aynen veya değiştirilmek suretiyle yayınlanır. Hakemden "düzeltmesi kaydıyla yayınlanabilir" şeklinde gelen eserlerin yayımlanabilmesi için eser sahibinin hakem raporunda belirtilen düzeltmeleri yapması ve buna ilişkin bir dilekçeyi yayın komisyonuna vermesi zorunludur.

Hakem incelemesi sonucunda yayımlanması uygun görülmeyen çalışmalar ise yazarına iade edilir.

Süresi içerisinde hakem incelemesinden geri gelmeyen çalışmalar, yazarı tarafından aksi yönde bir talepte bulunulmadıkça derginin bir sonraki sayısında değerlendirilir.
5. Dergide yayınlanan eserleri değerlendiren hakemlerin isimleri iki sayıda bir yayınlanır.

DANIŞMA KURULU

Prof.Dr. Mehmet Emin ARTUK

Marmara Üniversitesi Hukuk Fakóltesi
Ceza ve Ceza Usul Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

Prof.Dr. Nihat BULUT

İstanbul Şehir Üniversitesi Hukuk Fakóltesi
Genel Kamu Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

Prof.Dr. İhsan ERDOĞAN

Gazi Üniversitesi Hukuk Fakóltesi
Medeni Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

Prof.Dr. Celal GÖLE

Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakóltesi
Ticaret Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

Prof.Dr. Zehra ODYAKMAZ

Mevlana Üniversitesi Hukuk Fakóltesi
İdare Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

Prof.Dr. Rona SEROZAN

İstanbul Bilgi Üniversitesi Hukuk Fakóltesi
Medeni Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

YAYIN KOMİSYONU

Prof. Dr. Cem BAYGIN
Prof. Dr. Sururi AKTAŞ
Doç. Dr. İbrahim ÖZBAY
Doç. Dr. Ayhan DÖNER
Doç. Dr. Şafak NARBAY
Arş. Gör. Ahmet NAR

EDİTÖRLER

Prof. Dr. Cem BAYGIN
(e-mail: cembaygin@yahoo.de)
Prof. Dr. Sururi AKTAŞ

DERGİNİN SÜREKLİ YAZARLARI

Prof.Dr. Cem BAYGIN, Prof.Dr. Sururi AKTAŞ, Doç.Dr. Ayhan DÖNER, Doç.Dr. Şafak NARBAY, Doç.Dr. İbrahim ÖZBAY, Doç.Dr. Sabahattin YÜREKLİ, Yrd.Doç.Dr. Alpaslan AKARTEPE, Yrd.Doç.Dr. Oğuz CANER, Yrd.Doç.Dr. Meral EKİCİ ŞAHİN, Yrd.Doç.Dr. Burhan Caner HACIOĞLU, Yrd.Doç.Dr. Veli KARAGÖZ, Yrd.Doç.Dr. Hatice Duygu ÖZER, Yrd.Doç.Dr. Hayrunnisa ÖZDEMİR, Yrd.Doç.Dr. M. Emin RUHİ, Yrd.Doç.Dr. Ayhan UÇAR, Arş.Gör. Dr. Ömer GEDİK, Arş.Gör. Elif AĞCA, Arş.Gör. Abdullah Sencer AKKOYUNLU, Arş.Gör. Nesrin DABANLIOĞLU ALANUR, Arş.Gör. Mustafa ARSLAN, Arş.Gör. Onur Kahan ARSLAN, Arş.Gör. Fatih AYDEMİR, Arş. Gör. Bedriye Tuğçe BALABAN, Arş. Gör. Fethiye Nur BAŞTÜRK, Arş.Gör. Emrah BİLEZİKÇİ, Arş. Gör. Meltem BULUT, Arş.Gör. Ayşenur ŞAHİN CANER, Arş.Gör. Aytuğ Ceyhun ÇAKIR, Arş.Gör. Özlem ÇELİK, Arş.Gör. Nazlı Kübra ÇELİK, Arş.Gör. Yeşim ÇELİK, Arş.Gör. Mustafa ÇİÇEK, Arş.Gör. Emre CAN, Arş.Gör. Tuğba ÇİFTÇİ, Arş.Gör. Mehmet Akif ETGÜ, Arş. Gör. Ümit GÜVEYİ, Arş.Gör. Aybüke KARACA, Arş. Gör. M. Serhat KAŞIKARA, Arş. Gör. Sevda KESKİN, Arş.Gör. Şengül AL KILIÇ, Arş.Gör. Sami KOCABIYIK, Arş.Gör. Yavuz KORUCU, Arş.Gör. İsmail KÖKÜSARI, Arş.Gör. Şerife AKSAN NAR, Arş.Gör. Ahmet NAR, Arş.Gör.Sefa NİŞANCI, Arş.Gör. Nagehan OKUMUŞ, Arş.Gör. Tuba OKUMUŞ, Arş. Gör. Nurten ÖZTÜRK, Arş.Gör. Mehmet SAYDAM, Arş.Gör. Vildan SEZİŞLİ, Arş.Gör. Emel TEKTEK, Arş.Gör. Murat UYUMAZ, Arş.Gör. Ömer ÜNLÜ, Arş. Gör. Uğur YAĞCI, Arş. Gör. Rabiye YAMAN, Arş.Gör.Hilal YILDIRIM, Arş.Gör. Serdar YILDIRIM.

TEŞEKKÜR

**Dergimizin C. XV, S. 3–4, Aralık – 2011 ve C. XVI, S. 1–2,
Haziran – 2012 basılarında hakem olarak katkıda bulunan
aşağıda isimleri yazılı saygıdeğer öğretim üyelerine
teşekkür ediyoruz* ...**

Prof. Dr. Sururi AKTAŞ, Prof. Dr. Cem BAYGIN, Prof. Dr. Nihat BULUT, Prof. Dr. Yusuf BÜYÜKAY, Prof. Dr. Seyithan DELİDUMAN, Prof. Dr. Bihterin DİNÇKOL, Prof. Dr. Murat DOĞAN, Prof. Dr. Yavuz KAPLAN, Prof. Dr. Mahmut KOCA, Prof. Dr. Osman PEHLİVAN, Prof. Dr. Murat ŞEN, Prof. Dr. Ömer ULUKAPI, Doç. Dr. Ayhan CEYLAN, Doç. Dr. Ayhan DÖNER, Doç. Dr. Abdülkadir GÜL, Doç. Dr. Rukiye AKKAYA KİA, Doç. Dr. Şafak NARBAY, Doç. Dr. İbrahim ÖZBAY, Doç. Dr. Sebahattin YÜREKLİ, Yrd. Doç. Dr. Hayrunnisa ÖZDEMİR, Yrd. Doç. Dr. Cumhuri RÜZGARESEN.

* Sıralama unvan ve soyadı esas alınarak yapılmıştır.

İÇİNDEKİLER

KAMU HUKUKU

Prof. Dr. Sururi AKTAŞ

Müzakere (Söylem) Etiği, Demokrasi ve Meşruluk 1–20

Yrd. Doç. Dr. Fethullah BAYRAKTAR

Bir Ütopya Olarak Kolektif Güvenlik Sistemi ya da Birleşmiş Milletler Ne İşe Yarar? 21–33

Yrd. Doç. Dr. Recep NARTER

Anayasal Açıdan Bütçe Hakkı 35–52

Dr. Zeki YILDIRIM

Türkiye’de İfade ve Basın Özgürlüğü Sorunu; Avrupa Birliği Uyum Sürecinde İfade ve Basın Özgürlüğü Alanında Yapılan Çalışmalar..... 53–86

Saeed BAGHERİ

Devlet Aklın’ın Bir Yansıması Olarak Osmanlı Gizli Polis Teşkilatı ...87–106

ÖZEL HUKUK

Doç. Dr. Recep AKCAN

Şirket Kayıtlarında Yer Almayan Çeklerin Borca Batıklık Bilançosunda Gösterilmesi 109–114

Doç. Dr. İbrahim ÖZBAY

6099 Sayılı Kanun ve Tebligat Kanununun Uygulanmasına Dair Yönetmelik Çerçevesinde Tebligat Hukukundaki Son Değişiklikler 115–157

Yrd. Doç. Dr. Alpaslan AKARTEPE

Türk Borçlar Kanunu’nun Haksız Fiilden Doğan Borç İlişkileri Alanında Getirdiği Yenilikler ve Değişiklikler 159–190

Yrd. Doç. Dr. Hayrunnisa ÖZDEMİR

Mirasçıların Murisin Borçlarından Dolayı Sorumluluğu 191–223

X

Arş. Gör. Emre KIYAK

Türkiye’de Mutad Meskeni Olmayan Türk Vatandaşları İçin Teminat Gösterme Yükümlülüğü (HMK m.84/1-a) 225–246

Arş. Gör. Mustafa ÜNLÜTEPE/ Arş. Gör. Yasemin BAŞMANAV

6356 Sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu Çerçevesinde Toplu İş Sözleşmesinin Yapılmasında Yetki 247–283

Arş. Gör. Uğur YAĞCI

İsticvaba İlişkin Olarak Hukuk Muhakemeleri Kanunu İle Getirilen Düzenlemeler 285–308

CONTENTS

PUBLIC LAW

Prof. Dr. Sururi AKTAŞ

Deliberation (Discourse) Ethic, Democracy and Legitimacy 1–20

Asst. Prof. Dr. Fethullah BAYRAKTAR

What Does The Collective Security System As An Utopia or United Nations Do? 21–33

Asst. Prof. Dr. Recep NARTER

The Budget Right From Constitutional Aspect 35–52

Dr. Zeki YILDIRIM

The Issue of Freedom of Press and Interpretation in Turkey; The Practices in Area of Freedom of Press and Interpretation in the European Union Harmonization Process 53–86

Saeed BAGHERÍ

The Ottoman Secret Police as a Reflection of Reason of State 87–106

PRIVATE LAW

Assoc. Prof. Dr. Recep AKCAN

Presentation of Bill of Exchanges Not Included in Company Records in Insolvency Balance 109–114

Assoc. Prof. Dr. İbrahim ÖZBAY

Resent Changes in Notice Law Within The Frame of The Act Numbered 6099 and The Notice Act 115–157

Asst. Prof. Dr. Alpaslan AKARTEPE

Innovations and Amendments of Turkish Code of Obligations in The Area of Obligations Caused By Tort 159–190

Asst. Prof. Dr. Hayrunnisa ÖZDEMİR

Responsibility of Heirs Because of the Testators' Debts 191–223

XII

Research Asst. Emre KIYAK

Cautio Judicatum Solvi for Turkish Citizens Who Does Not Have Habitual Residence in Turkey (HMK art.84/1-a) 225–246

Research Asst. Mustafa ÜNLÜTEPE/ Research Asst. Yasemin BAŞMANAV

The Matter Of Authority in Collective Bargaining Agreements in the Light of the Labour Unions And Collective Agreements Act, No. 6356..... 247–283

Research Asst. Uğur YAĞCI

Arrestment Related Regulations Brought By Civil Procedure Code . 285–308

Kamu Hukuku

MÜZAKERE (SÖYLEM) ETİĞİ, DEMOKRASİ VE MEŞRULUK

*Prof. Dr. Sururi AKTAŞ**

I- Giriş

Bu makale çalışmasında hukuk kavramına dönük sosyolojik meşruiyetin bir alt bölümünü oluşturduğunu düşündüğümüz demokratik meşruluk anlayışıyla ahlakî meşruluk arasındaki gerilime dikkat çekilerek sadece sosyolojik veya demokratik meşruiyetin yetersiz olduğu ve dolayısıyla doğal hukukun ahlakî meşruiyetinin demokratik meşruiyeti tamamlaması gerektiği düşüncesi temellendirilmeye çalışılacaktır. Özellikle, müzakereci/katılımcı demokrasi anlayışını amaçlayan müzakere/söylem (discourse) etiğinin meşruluk anlayışının klasik doğal hukuk anlayışı karşısındaki zayıflığı vurgulanacaktır.

II- Kavramsal Analiz

Pozitif hukukun haklılığı ve haksızlığı meselesi, hukuk biliminin ya da hukuk felsefesinin en temel ve en canlı tartışmalarına konu olmuştur ve olmaya da devam etmektedir. Hukukî pozitivizm bilimin ölçüleri içerisinde görmese de, hukuk kurallarının haklılığı ve meşruiyeti sorunu, doğa bilimlerinden farklı olarak, hukuk biliminin programı içerisinde yer almalıdır. Bu, hukuk kavramının kendine özgü bir niteliğidir. Epistemik olarak doğa bilimlerindeki “doğruluk”, hukuk bilimindeki “geçerlilik” ölçütüne denk düşmektedir. Ancak, pozitivist hukuk düşünürlerinin kanısının aksine, hukukta geçerlilik, biçimsel geçerliliğin ötesine geçmelidir. Çünkü hukukun haklılığının sorgulanması, hukukun niteliğine özgü bir gerekliliktir. Doğal hukuk teorilerinin genel olarak benimsediği bu gereklilik, haklılık ve meşruiyet arayışlarına pozitivist hukuk anlayışından daha derin bir boyut kazandırmaktadır.

Derinliğine göre bu haklılık ve meşruiyet arayışı, sosyolojik meşruiyetten ahlakî meşruiyete doğru uzanmaktadır. Demokratik haklılık ve meşruiyet arayışlarını sosyolojik meşruiyet arayışları içerisinde görebiliriz. Bu bağlamda sosyolojik meşruiyetin bir alt bölümünü oluşturduğuna inandığımız demokratik meşruiyet talepleriyle doğal hukukun ahlakî meşruiyet talepleri

* Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Anabilim Dalı Öğretim Üyesi.

arasındaki olası uyumsuzlukların çıkaracağı sorunlar, dâima bir tartışma konusu olmaktadır. Pozitif hukukun demokratik olup olmadığı sorgulaması demokratik meşruiyet arayışlarına dönük çabalardır. Bu çabalar, hukuk düzenlerine toplumsal bir çerçevede milletin iradesi (will of nation) olarak bir haklılık temeli oluşturmayı amaçlarlar. Meşruiyet ve haklılık ölçütlerini derinleştirmek isteyenler için demokratik meşruiyet, pozitivist hukuk düşüncesine nazaran ileri bir aşamayı ifade etse de, doğal hukuk teorileri bakımından görece olarak yüzeysel kalmaktadır. Doğal hukuk teorileri genel olarak hukuk düzenleri için ahlakî (moral) bir meşruiyet kazandırma çabası ve iddiası içinde olmuşlardır¹. Bazı yazarlar, normların kesinliğine ek olarak hukukun hem sosyal olgu boyutunu dikkate alarak demokratik/sosyolojik meşruiyeti ve hem de etik değer boyutunu dikkate alarak ahlakî meşruiyeti birlikte ararlar².

Hukuk teorilerine göre meşruluk talepleri farklılık arz etmektedir. Sosyolojik hukuk teorisi açısından normatif düzen, toplumsal olanla uyumlu olmalıdır. Bu teori, demokratik meşrulukla da uygunluk içerisindedir. Demokratik meşruiyet açısından, kurallar ve kararlar demokratik usullerle yapılmışlarsa meşrudurlar³. Hukuki pozitivism açısından ise, pozitif hukuk kuralları soyağacı (pedigree) tezinin gereğini karşılıyorsa, geçerlidirler⁴; bu teoride kuralların geçerliliği hukuk dışı (extra-legal) bir kaynağa dayandırılmaz; pozitivismde geçerlilik, ilgili hukuk sisteminin biçimsel geçerlilik kriterleriyle sağlanır⁵. Doğal hukuk teorisi, yukarıda da belirttiğimiz gibi pozitif hukuka dışarıdan (extra-legal) ahlakî bir temel bulmaya çalışmıştır.

Barnard, prosedürel meşruluk ile maddî meşruluğu bir birinden ayırt ederek; prosedürel meşruluğun, belirli bir siyasî karara varma yolundaki süreçlerle ilgili normlara uyulup uyulmadığıyla ilgili olup, ortaya çıkan sonucun kendisinin doğruluğunu sorgulamadığını; buna karşılık, maddî anlam-

¹ Bkz. Ratnapala, Suri, *Jurisprudence*, Cambridge University Press 2009, s. 119; Weinreb, Lloyd, “The Case For Natural Law Reexamined”, *The American Journal of Jurisprudence*, Vol. 38, (1993), s. 2.

² Bkz. Özbilgen, Tarık, *Eleştirel Hukuk Başlangıcı Dersleri*, İÜHF yayını, İstanbul 1976, s. 27-31; bkz. Işıkaç, Yasemin, *Hukuk Felsefesi*, 3. (Tıpkı Basım) Filiz Kitabevi, İstanbul 2010, s. 448 vd.

³ Scheneller, Lena, “Conceptions of Democratic Legitimate Governance in the Multilateral Realm: The Case of The WTO”, *Living Reviews in Democracy*, Zürih, 2010, s. 2.

⁴ Himma, Kenneth Einar, “The Epistemic Sense of Pedigree Thesis”, *Pacific Philosophic Quarterly*, Vol. 80, (1999), s. 46 vd.

⁵ Bkz. Gözler, Kemal, *Hukukun Genel Teorisine Giriş: Hukuk Normlarının Geçerliliği Ve Yorumu Sorunu*, US-A yayıncılık Ankara 1998, s. 73 vd.

daki meşruluğun ise, süreçlere bakmaksızın yapılan şeyin kendisini incelememiz gerektiğini bize buyuran bir anlayış olduğunu söylemektedir⁶. Maddî meşruluk anlayışında, sistemin, sorunları etkili bir biçimde çözüp çözmediği araştırılmaya çalışıldığı gibi, kurallar da, adalet ve özgürlük bakımından sorgulanmaya çalışılır⁷. Maddî meşruluğun dayandığı diğer önemli bir taban, bireysel hakların oluşturduğu özel bir alandır⁸. Bu alanın, her hangi bir kabul eyleminden bağımsız olduğu kabul edilir⁹. Biçimsel meşruluk olarak da nitelendirebileceğimiz prosedürel meşruluk anlayışı, süreçlere uyulmasını yeterli görürken, maddî meşruluk anlayışı sadece süreçlere uyulmuş olmasını yeterli görmeyip ayrıca süreçlerde ortaya çıkan kararların haklılığını da sorgunlaştırmaktadır. Bu açıdan bakıldığında maddî meşruluk anlayışı doğal hukuk teorilerinin meşruluk anlayışlarıyla uyum içerisinde görünmektedir. Dolayısıyla hangi meşruluk anlayışını seçeceğimiz, hangi hukuk teorisini benimsediğimize bağlı olacaktır. Ancak, güçlü bir meşruluk ölçütünün inşa edilebilmesi için en azından iki boyutlu bir haklılaştırma ölçütüne ihtiyaç vardır. Bunlardan, birincisi topluma dayanma anlamında müzakere etiğini dikkate alan demokratik boyut; diğeri ise objektif bir değer anlayışına dayanan ahlakî boyuttur. Ahlakî argümanlar doğal hukuk anlayışlarının temel yöntemleri çerçevesinde algılanacaktır.

D'Aspremont de meşrulukla ilgili tek tip (monolithic) bir tanımlamanın yetersizliğine vurgu yaparak, *kökensel meşruluk* (legitimacy of origin) ile *kullanım meşruluğu*'nu (legitimacy of exercise) birbirinden ayırarak ele almaktadır¹⁰. D'Aspremont'un *kökensel meşruluğu*, demokrasinin prosedürel biçimine (prosedürel meşruluğa) denk düşmekte ve iktidarın serbest ve adil seçimler yoluyla belirlenmesini gerektirirken, *kullanım meşruluğu*, maddî anlamda meşruluğu gerektiren bir demokrasi tanımlamasını içermektedir¹¹. Dolayısıyla D'Aspremont'un *kullanım meşruluğu* maddî anlamda bir meşru-

⁶ Barnard, Frederick M., *Democratic Legitimacy : Plural Values and Political Power*, McGill-Queen's University Press, 2001, s. 27-28; bkz. Scheneller, s. 3.

⁷ Bkz. Scheneller, s. 3.

⁸ Pilon, Roger, "Individual Rights, Democracy, And Constitutional Order: On The Foundations Of Legitimacy", *Cato Journal*, Vol. 11, (1991-1992), s. 381.

⁹ Pilon, s. 381.

¹⁰ D'Aspremont, Jean, "Legitimacy of Governments in The Age of Democracy", *International Law and Politics*, (2006), Vol.38, s. 894 vd.

¹¹ D'Aspremont, s. 899.

luk olarak temel siyasî özgürlükleri, yurttaş haklarını ve hukuk devletinin ilkelerini güvence altına alan meşruluktur¹².

III- Doğal Hukuk, Haklar ve Demokrasi

Değişik doğal hukuk teorilerinin birbiriyle örtüşmeyen argümanları olmasına rağmen, klasik doğal hukuk teorileri içinde yer alabilecek teorilerin ortak referans noktaları belirlenebilir. Bu referans noktaları, insan doğası ve akıl biçiminde sıralanabilir¹³. Akıl, insan doğasını dikkate alarak evrensel ve objektif ahlakî değerleri ortaya çıkarabilir¹⁴. İlâhî doğal hukuk açısından, doğal hukukun kaynağı Tanrı'dır¹⁵. Doğal hukukun bu yaklaşımı açısından doğal hukuk ilkeleri, ya doğrudan ilâhî vahiy yoluyla insanlara verilir veya Tanrı'nın doğaya yerleştiği bu ilkeleri insan aklı keşfederek açığa çıkarır¹⁶. Çağdaş doğal hukuk taraftarlarından John Finnis'e göre, "etik, siyaset, hukuk ve hukuk bilimi bağlamlarında doğal hukuk, temel iyiler, doğru seçimin gerekleri ve bu gereklerden çıkarılabilen ahlakî normların tanımlanmasına dönük önermeler anlamına gelmektedir"¹⁷. Finnis'e göre, doğal hukuk geleneğinin en önemli özelliklerinden birinin, ahlakî şüpheliği, dogmatizmi ve gelenekselliği reddetmesidir¹⁸. Doğal hukuk geleneği dışında yer alan Greenawalt'ın tespitine göre doğal hukuk yaklaşımında insan doğasının evrenselliği iddiasına dayanılarak, ahlakî değerlerin de objektif ve evrensel olduğu ileri sürülür¹⁹. Hukuk kavramı da bu ahlaksal düzene paralel olarak inşa edilmeye çalışılır. Dolayısıyla, bu ahlakî ve hukuksal düzen, ne toplumun iradesine bağlanır ne de belirli tarihsel koşullara bağlı arizî (contigent) olgular olarak görülür. Örneğin Blackstone'a göre doğal hukukun ilkeleri her

¹² D'Aspremont, s. 896-897.

¹³ Uslu, Cennet, *Doğal Hukuk ve Doğal Haklar*, Liberte Yayınları, Ankara, 2009, s. 89 vd.

¹⁴ Bkz. Mcaniff, John E., "The Natural Law- Its Nature, Scope, and Sanction", *Fordham Law Review*, Vol. 22, (1953), s. 247-248.

¹⁵ Hill, Owen A., "The Natural Law", *Georgetown Law Journal*, Vol. 13, (1924-1925), s. 367.

¹⁶ Hadjihambis, Demetrios, "Of The Laws of God and of Nature" *Bracton Law Journal*, Vol. 4, Issue 2, (June 1968), s. Xlii.

¹⁷ Finnis, John, "The Natural Law Tradition", *Legal Education*, Vol. 36, (1986), s. 492.

¹⁸ Finnis, s. 492.

¹⁹ Greenawalt, Kent, "How Persuasive is Natural Law Theory", *Notre Dame Law Review*, Vol. 75, (1999-2000), s. 1650-1651.

yerde ve bütün zamanlarda geçerlidir²⁰. Doğal hukuk yaklaşımı açısından, insan aklı tarafından ortaya çıkarılan bu ahlaksal ve hukuksal düzenin kendiliğinden (per se) doğruluğu söz konusudur. Böyle olunca, doğal hukukun ilkeleri demokratik bir oylama yoluyla da kaldırılamaz. Oysa, radikal bir demokrasi anlayışı açısından, demokratik süreçler dışında meşruiyet aranmaz. Habermas'ın müzakere/söylem (discourse) etiği ve iletişimsel rasyonalitesi de bu tür bir demokrasiyi öngörmektedir²¹. Dolayısıyla Habermas, kendiliğinden geçerli metafizik bir hukuk anlayışını reddetmiştir. Yazara göre metafizik sonrası (postmetafizik) dönemde meşruluğun kaynağı demokratik süreçlerdir²². Dolayısıyla Habermas açısından hukuk kavramı bakımından meşruluk, demokratik yasa yapım sürecinde ve dolayısıyla halk egemenliği ilkesinde yatmaktadır²³.

20 Blackstone, William, *Commentaries on The Laws of England*, (Book The First), Clarendon Press, Oxford 1765, s. 41.

21 Bkz. Cohen, Joshua, "Reflections on Habermas on Democracy", *Ratio Juris*, Vol. 12, No. 4, (December 1999), s. 385.

22 Habermas bu yaklaşımını şu sözlerle dile getirmektedir: "*Siyasî yasa koyucu tarafından herhangi bir zamanda değiştirilebilen kuralların meşruluğunu temellendiren nedir? Bu soru, kapsamlı dünya görüşlerinin ve kolektif bağlayıcı olan etiğin parçalı olduğu çoğulcu toplumlarda, önceleri metafizik ve dinde temellendirilmiş doğal hukukun yerine artık ikame edilmeyen gelenek sonrası yaşayan vicdan ahlâkının yer aldığı toplumlarda daha da önemlidir. Hukukun üretilmesine dönük demokratik süreç, açık bir biçimde sadece metafizik sonrası (postmetafizik) meşruluk kaynağını oluşturmaktadır. Fakat, acaba bu süreci meşru kılan güç nedir? Müzakere/söylem teorisi, buna ilk bakışta tahmin edilemeyen basit bir yanıt vermektedir: Demokratik süreç, meselelerin, katılımların, bilgilendirilmelerin serbestçe gerçekleşmesini mümkün kılmakta; siyasi iradenin oluşmasına ilişkin müzakereci karakteri temin etmekte; ve bu şekilde uygun süreçlerden çıkan sonuçların az çok makul/rasyonel olduğunu içeren yanlılamaya açık varsayımı temellendirmektedir.* (Habermas, Jürgen, *Between Facts and Norms: Contributions to a Discourse Theory of Law and Democracy*, (Translated by William Rehg), Second Printing, The MIT Press 1996, s. 448).

23 Habermas, *Between Facts and Norms*, s. 89; Ancak Habermas, yasa yapım sürecinin daha başka unsurlarla desteklenerek nitelikli bir hale getirilmesini savunur. Habermas bu düşüncesini şu ifadelerle dile getirir: "*Siyasî yasa yapım sürecinin rasyonel niteliği, sadece parlamentoda beraber çalışan çoğunluk ve azınlığa bağlı değildir. Bu, aynı zamanda katılım ve eğitimin seviyesine, bilgilendirmenin ve meselelerin daha geniş bir kamu alanında ifade edilmesinin derecesine bağlıdır. Kamu hayatının niteliği, genelde, medya ve gerçek anlamda açık olan kamusal alan kurumları gibi fırsat yapıları yoluyla şekillenir.* [Habermas, Jürgen, "Law and Morality", (Translated by Kenneth Baynes), *The Tanner Lectures on Human Values*, Delivered at Harvard University October 1 and 2 1986].

Habermas objektif değerleri kavrayan özcü bir rasyonalizm yerine iletişimsel rasyonaliteden yanadır²⁴. İletişimsel rasyonalite, öznelerin kendi kendilerinin inşasını (self-constitution) sağlayarak, modernite içinde yeniden bir anlam bulmalarını hedefler²⁵. Habermas'ın bu rasyonalite yaklaşımı, vatandaşlar arasında ideal bir konuşma biçimini gerektirmektedir. İdeal bir konuşma biçimi, müzakere/söylem etiği için önemlidir. Müzakere/söylem etiği, ahlak ve adalet ilkelerinin vatandaşlar tarafından ideal bir konuşma şartlarında tartışılarak bilinebileceğini varsayar²⁶. Dolayısıyla Habermas, ahlakın rasyonel olarak kavranabileceğine inanarak ahlakın bilişselliğini (moral cognitivism) kabul etmektedir²⁷. Müzakere/söylem etiği, toplumsal olana yönelik eleştirinin normatif tabanını haklılaştırma girişimidir²⁸. Dolayısıyla Habermas'ın müzakere/söylem teorisi, normların nasıl haklılaştırılacağıyla ilgilidir. Hukuk ve ahlâk alanına ait normların geçerliliklerinin rasyonel olarak temellendirilmesi ilgililerin bunları tartışıp kabul etmelerine bağlıdır²⁹. Bu teori yasaların yapımı ile ilgili olarak, bireylerin yasa yapımı sürecine eşit ve özgür bir biçimde katılmalarını gerektiren demokratik bir yoldur³⁰. Müzakereci demokrasi anlayışı, vatandaşların tartışarak (müzakere ederek) sorunlar üzerinde ortak yararı esas alan bir uzlaşmaya varmasını amaçlar³¹. Müzakereci anlayışı savunanlar bakımından vatandaşların ortak yararları

-
- 24 Habermas, Jürgen, *İletişimsel Eylem Kuramı*, (Çev. Mustafa Tüzel), Birinci Bası, Kabalcı Yayını, 2001, (Cilt. I, Giriş), s. 34 vd.
- 25 Bkz. Shabani, Omid A. Payrow, *Democracy, Power, and Legitimacy: The Critical Theory of Jürgen Habermas*, University of Toronto Press, 2003, s. 27.
- 26 Bkz. Yükselbaba, Ülker, "Habermas'ın Prosedüralist Hukuk Paradigması, Haklar Sistemi ve Hukuk Devleti", *İstanbul Üniv. Hukuk Fakültesi Mecmuası (İÜHFMD) C. LXVI, Sayı 1*, s. 229; Baxter, Hugh, "Habermas's Discourse Theory of Law and Democracy", *Buffalo Law Review*, Vol. 50, (2002), s. 219-222; Feteris, Eveline T., *Hukukî Argümantasyonun Temelleri*, (Çev. Ertuğrul Uzun) 1. Baskı, Paradigma Yayını, İstanbul, 2010, s. 114.
- 27 Bkz. Finlasyon, James, Gordon, "Habermas's Moral Cognitivism and Frege-Geach Challenge", *European Journal of Philosophy*, Vol. 13, issue 3, (2005), s. 319 vd.
- 28 Bkz. Blaug, Ricardo, *Democracy, Real and Ideal, Discourse Ethics and Radical Politics*, State University of New York Press, 1999, s. 3
- 29 Feteris, Eveline T., "The Rationality of Legal Discourse in Habermas Discourse Theory", *Informal Logic*, Vol. 23, No.2 (2003), s. 141.
- 30 Feteris, *Hukukî Argümantasyonun Temelleri*, s. 117; Yükselbaba, Ülker, *Habermas ve Kamusal Alan: Burjuva Kamusalılık İlkesinden, İletişimsel kamusalığa Geçiş*, 1. Baskı, On iki Levha Yayını, İstanbul 2012, s. 370.
- 31 Uygun, Oktay, *Demokrasinin Tarihsel, Felsefî ve Ahlakî Boyutları*, İnkılâp Yayınları, 2003 İstanbul, s. 309.

belirlemek için tartışmaya (müzakereye) katılması, kararlara rasyonellik bakımından zenginlik katmaktadır³².

Habermas'ın müzakere/söylem ilkesi, sadece hukuksal kurumsallaştırma yoluyla bir demokrasi anlayışını amaçlamaktadır. Böylece demokrasi ilkesi, yasa koyucular için meşru bir güç bahşetmektedir. Habermas bu süreci "hakların doğuş mantığı" (logical genesis of rights) olarak sunmaktadır³³. Açıkça anlaşıldığı gibi bu mantık, doğal hukuk teorisinin doğuştan sahip olunan hak anlayışıyla uyuşmamaktadır. Çünkü klasik doğal hukuk teorisi açısından doğal veya ahlakî haklar, yasa koyucunun yasama gücünün sınırını oluşturur. Habermas açısından kamusal haklar ne ahlakî bir hak olarak yasa koyucuya dayatılabilir ne yasa koyucunun amaçlarının işlevsel bir ön şartı olarak araçsallaştırılabilir³⁴. Başka bir anlatımla Habermas, insan haklarının ne ahlakî birer hak olarak algılanmasına, ne de halk egemenliğinin etik bir okuması olarak algılanmasına taraftardır. Daha açıkçası haklar ne doğal hukuka dayandırılır ne de tamamen egemen iktidarın iradesine indirgenir. Dolayısıyla düşünür ne özel otonominin ne de politik otonominin birbirine üstün olduğunu kabul eder. Her iki otonominin de eş düzeyde asliliği (co-originality) söz konusudur³⁵. Jochua Cohen'in formülasyonuna göre her iki alanın ortak asliliği, "meşru yasa yapıcılığının demokratik sürecinin, hem iletişimsel katılım özgürlüklerini ve hem de kişisel özgürlükleri kapsayan vatandaşların eşit özgürlüklerini temin etmesi gerektiğini içermektedir"³⁶. Habermas'da meşruluğun paradoksal bir niteliği vardır. Onun açısından meşruluk müzakere/söylem (demokrasi) ilkesine, yani demokratik yasa yapım sürecine bağlıdır³⁷. Ancak müzakerenin, yani demokrasinin nasıl işleyeceği de hukuksal kurumlar yoluyla oluşturulmak istenmektedir³⁸. Dolayısıyla yasallığın (pozitif hukukun) kaynağı müzakere/söylem (demokrasi) ilkesine bağlanırken,

32 Uygun, s. 309; Katılımcı demokrasinin daha rasyonel olmasının nedeni, bu demokrasi türünde politik sürecin, çıkar gruplarının bir anlaşması olmaktan ziyade, kişiler arası bir akıl yürütme olarak işlemesidir. (Uygun, s. 309; Parkinson, John, "Legitimacy Problems in Deliberative Democracy", *Political Studies*, 2003, Vol 51, s. 180).

33 Habermas, *Between Facts and Norms*, s. 121.

34 Habermas, *Between Facts and Norms*, s. 104.

35 Habermas, *Between Facts and Norms*, s. 104; Cohen, s. 391.

36 Cohen, s. 391.

37 Habermas, *Between Facts and Norms*, s. 89; bkz. Yükselbaba, Ülker, *Habermas ve Kamusal Alan*, s. 316.

38 Habermas, *Between Facts and Norms*, s. 121.

müzakerenin/demokrasinin işleyişi de yasal kurumlara dayandırılmaktadır³⁹. Dolayısıyla Buxter'ın da ifade ettiği gibi Habermas'da meşru hukuk ile radikal demokrasi birbirini karşılıklı olarak önvarsaymaktadır⁴⁰. Habermas, meşruluğun paradoksal olarak yasallıktan çıkışını, vatandaşların kendi siyasi otonomilerini kullanmayı teminat altına alan hakları vasıtasıyla açıklamaktadır⁴¹. Yani Habermas açısından meşruluk yasallıktan çıksa bile, yasalığı da belirleyecek müzakere ilkesidir; yani demokrasi ilkesidir. Vatandaşların müzakereye katılma hakları vardır. Ancak yine de bu hakkın kaynağı, müzakere ile oluşturulan pozitif hukuktur. Dolayısıyla paradoks çözülememektedir. Müzakereye katılma hakkı, pozitif hukuktan önce gelen bir doğal/moral hak olarak kabul edildiği takdirde paradoks çözülebilir. Buna da Habermas yanaşmamaktadır.

Habermas'ın müzakereci demokrasi yaklaşımı, iradeciliği (voluntarizm) ve hukukî pozitivizmi çağrıştırsa da, Habermas buna itiraz eder. Düşünürü göre, Weimar döneminde hukukî pozitivizmi savunan kamu hukuku profesörleri, halk egemenlik ilkesini klasik özgürlükleri koruyacak biçimde takdim etmediler. Habermas'a göre, "hukuken tanımlanmış özgürlüklerin öznelarası (intersubjective) anlamı" ihmal edilmiştir⁴². Görüldüğü gibi Habermas, meşruluğu, halka dayanan egemen otoritenin müzakere sürecini çalıştırmaksızın tek yönlü belirlemesine bağlı kılmamıştır. Özgürlüğe, öznelerin müzakere sonucu verdiği anlam esas alınmaktadır. Bu da, demokrasinin hukukî pozitivizme dönüşmesini, Habermas açısından engellemektedir. Ancak doğal hukuk teorisi açısından Habermas'ın bu tutumu yine de tatmin edici değildir. Müzakere ettiği adaletin evrensel özünü kavramaktan uzaktır. Çünkü müzakere sürecinin bazı özgürlüklerin doğru anlamını sınırlama ihtimali her zaman vardır. Demokratik bir müzakere süreci bazı hakların başka türlü tanımlanması sonucunu doğurabilir. Bundan dolayı haklar ve özgürlükler bakımından müzakere süreci vazgeçilmez olsa da, herkesi bağlayabilen objektif değerlere ihtiyacımız vardır. Oysa Habermas doğal hukukun bu yaklaşımını kabul etmez. Ona göre "vatandaşların kamusal özerklik alanı, doğal veya ahlakî haklarla sınırlanamaz"⁴³.

³⁹ Bkz. Alexy, Robert, "Jürgen Habermas's Theory of Legal Discourse", *Cardozo Law Review*, Vol. 17, (1995-1996), s. 1027.

⁴⁰ Buxter, s. 206.

⁴¹ Habermas, *Between Facts and Norms*, s. 83.

⁴² Habermas, *Between Facts and Norms*, s. 89.

⁴³ Habermas, *Between Facts and Norms*, s. 127.

Habermas, *müzakere/söylem (discourse)* etiğinden bağımsız kendiliğinden geçerli objektif değerler sistemi anlayışını kabul etmemiştir. Ancak Habermas normların evrensellik testinden geçirilmesi gerektiğini düşünür. Bu bağlamda o, *discourse* etiği sürecinde haklılaştırılan normların, evrenselleştirme ilkesi yoluyla desteklenmesini öngörür⁴⁴. Habermas'ın müzakere ve evrenselleştirme ilkesi şu şekilde ifade edilir:

Müzakere/discourse ilkesi: “*Ancak, bir pratik müzakereye/söyleme (discourse'a) katılanların onayını almış normlar geçerlilik iddiasını taşıyabilirler*⁴⁵”

Evrenselleştirme ilkesi: “*Normlardan etkilen herkes, bunların sonuçlarını ve yan etkilerini kabul edebilirse, bu normların genel takibinin herkesin yararını tatmin edeceği beklenebilir*⁴⁶”.

Görüldüğü gibi, Habermas'ın hem müzakere ilkesi ve hem de evrenselleştirme ilkesi, normların içeriğine dönük bir doğruluk iddiası taşımamaktadır. Habermas'ın meşruluk anlayışı *usulî* (prosedürel)⁴⁷ bir karakter taşımaktadır. Müzakere ve tartışma prosedürünün ürünü olan normların haklılığı veya haksızlığı mesele haline getirilmemektedir. Kuralların adilliği, yapıldıkları süreçlere indirgenmektedir⁴⁸. Oysa beşeriyet tarihinin tecrübelerinin de tespit ettiği bir takım nesnel değerler açısından, müzakere sonuçlarının haksızlığı ve yanlışlığı sorgulanabilir. Örneğin hukuk bilimi bakımından hukukun evrensel ilkeleri, bir tartışma sonucu kabul edilmiş olmaktan ziyade, kendiliğinden billurlaşmış evrensel doğrulardır. Bu evrensel hukuk ilkeleri, nesnel ahlakî değerlerin hukuk pratiğine yansımalarıyla oluşan, ama hiç kimsenin özgül iradesinin doğrudan sonuçları olmayan normlardır. Bu tür evrensel normlar, demokratik süreçler karşısında özerk alanlar oluştururlar. Demokratik süreçler bunları çiğneyemez. Günümüzde insan haklarının küresel bir kimlik kazanmasının altında yatan, iradeye ve toplumsal kabullere bağlı olmayan değerler düzenidir. Bu değerler düzenine olanak sağlayan

44 Bkz. Feteris, *The Rationality of Legal Discourse in Habermas Discourse Theory*, s. 141-142.

45 Habermas, Jürgen, *Moral Consciousness and Communicative Action* (Translated Christian Lenhardt and Shierry Weber Nicholsen), Massachusetts Institute of Technology Press, Sixth Printing 1999, s. 66; Feteris, *The Rationality of Legal Discourse in Habermas Discourse Theory*, s. 142.

46 Habermas, *Moral Consciousness and Communicative Action*, s. 65; Feteris, *The Rationality of Legal Discourse in Habermas Discourse Theory*, s. 142.

47 Bkz. Yükselbaba, *Habermas'ın Prosedüralist*, s. 229-233 vd.

48 Bkz. Yükselbaba, *Habermas'ın Prosedüralist*, s. 245.

insanın yaratılmış doğası ve aklıdır. Beşeriyetin tekâmül (human fulfillment) edebilmesi, böyle bir temele dayanan doğal hukuk anlayışına bağlıdır. Habermas'ın discourse sürecine herkesin eşit ve özgür olarak katılması anlayışı da böyle bir temele dayanmadığı sürece gerekçelendirilemez. Çünkü herkesin eşit ve özgür olarak müzakereye/söyleme veya tartışmaya katılması gerektiği de, herhangi bir pozitif hukuk düşüncesinden ve özgül bir müzakere-den önce gelen *a priori* bir kabuldür. Böyle bir kabul olmaksızın, herkesin eşit ve özgür olarak müzakere (discourse) sürecine katılmasını savunmak esastan yoksun olacaktır. Demek ki, demokratik sürecin dışında bazı ilkelere ihtiyacımız olacaktır. Bu ilkeler olmaksızın, demokrasiyi savunmak da mümkün olmayacaktır. Hukukumuzu demokratik süreçlerle belirlememiz gerektiği düşüncesinin altında yatan neden, birey olarak insanın taşıdığı değerdir. O halde, insanın bir takım temel hakları herhangi bir müzakere sürecine bağlı olmaksızın vardır. Hakların doğuş mantığının bu şekilde anlaşılması, insan haklarının dokunulmazlıkları bakımından önem arz etmektedir.

Oysa Habermas'da insan hakları ile halk egemenliği (popular sovereignty) yan yana durmaktadır. Birinin diğerine üstünlüğü söz konusu değildir⁴⁹. Habermas'ın şu sözleri meseleyi çok iyi özetlemektedir:

“Haklar sistemi bu şekilde takdim edilirse, halk egemenliği ile insan haklarının nasıl kol kola gittiği ve kamusal (civic) otonomi ile özel otonominin nasıl eş düzeyde asliliğe (co-originality) sahip olduğu anlaşılabilir. Vatandaşların kamusal otonomi alanı yürürlüğe konulmayı bekleyen doğal veya ahlakî haklarla sınırlanamadığı gibi, bireylerin özel otonomileri de halk egemenliğinin amaçları açısından araçsallaştırılamaz⁵⁰”.

Bu düşünceleriyle Habermas, halk iradesiyle insan haklarının birbirlerine üstünlüğünü reddetmektedir. Dolayısıyla Habermasın demokrasi anlayışında temel insan haklarının, halk iradesi karşısında üstünlüğü söz konusu olamaz. Böyle bir üstünlüğün olabilmesi için halk iradesi karşısında dokunulmaz bir insan hakları kavramına ihtiyacımız vardır.

Alexy, Kelsen'in mutlak ve objektif değer anlayışını reddeden göreceliliğine (relativism) karşı gelirken, insan haklarının varlığı için mutlak ve objektif ahlakî unsurların varlığını savunmaya çalışmaktadır⁵¹. Alexy'ye göre

49 Buxter, s. 257.

50 Habermas, *Between Facts and Norms*, s. 127; Buxter, s. 257.

51 Alexy, Robert, “Law, Morality, and The Existence of Human Rights”, *Ratio Juris*. Vol. 25, No. 1 March 2012, s. 2 vd.

ahlakî, evrensel, temel ve soyut haklar olarak insan haklarının, diğer bütün normlar karşısında öncelikleri vardır. Moral haklarının geçerlilikleri ve dolayısıyla insan haklarının geçerlilikleri gerekçelendirilmelerine (haklılaştırılmalarına) bağlıdır. Alexy, insan haklarının varlığını iki argümana başvurarak gerekçelendirmektedir. Birincisi, açıklayıcı argüman, diğeri varoluşsal argümandır⁵². Açıklayıcı argüman, beşeri pratikte gizli bulunan, insanın *iddiada bulunmak* (asserting), *istemek* (asking) ve *ileri sürmek* (arguing) gibi özelliklerine dayanır. Bu özellikler dolayısıyla insan, bir müzakereci/tartışmacı olarak müzakere/söylem (discourse) pratiğinin katılımcısıdır. Alexy'ye göre müzakere/söylem pratiği, insanların müzakereye eşit ve özgür olarak katılmalarının ön kabulüne dayanır. Eşitlik ve özgürlük de bireyleri otonom olarak kabul etmemizi gerektirir. Bireylerin otonomisini kabul etmek, onları onurlu bir varlık olarak değerlendirmemizi sağlar. Bireylere onur ithaf etmek de, insan haklarını tanımak demektir⁵³. İkincisi, varoluşsal argümandır. Bu argüman açısından insanın müzakere sürecine katılarak *discursive* kabiliyet ve imkanlarını kabul etmesi, kendisiyle ilgili söz sahibi olması demektir. İnsanın kendisini bir müzakereci olarak hareket edip tartışmalara katılması onun varoluşuyla ilgilidir⁵⁴.

Yukarıdaki bilgiler ışığındaki değerlendirmemize göre Alexy, insanın müzakereci olarak kamusal tartışmalarda yer alıp müzakere yapmasını, onun doğasının bir gereği olarak sunmaktadır. Böylece o, insan haklarının varlığını da, insanın doğası gereği müzakerelere eşit ve özgür olarak katılmasına bağlamaktadır. İnsanın hemcinsleriyle eşit ve onurlu bir varlığının ön kabulü, insan haklarının temel ilkesi sayılmaktadır. Alexy, insanın yapısından kaynaklanan bu ön kabulden hareket etse de, insan haklarını evrensel ve objektif olarak kabul etmesi, meşruiyet açısından demokrasiden daha zengin bir düşünceyi içermektedir.

Çağdaş demokrasi teorilerini, sadece süreçlerle sınırlı bir meşruiyet düşüncesini benimseyerek, içeriksel/maddî (substantive) “iyi” kavramını dışlamakla suçlayan Moots ve Forster, John Locke’un doğal hukuk temelli demokrasi anlayışını esas alarak, meşruiyetin maddî (substantive) bir norma dayanması gerektiğini savunmaktadırlar⁵⁵. Moots ve Forster haklı olarak,

⁵² Alexy, *Law, Morality, and The Existence of Human Rights*, s. 10-11.

⁵³ Alexy, *Law, Morality, and The Existence of Human Rights*, s. 11.

⁵⁴ Alexy, *Law, Morality, and The Existence of Human Rights*, s. 11.

⁵⁵ Moots, Glenn/Forster, Greg, “Salus Populi Suprema Lex: John Locke Versus Contemporary Democratic Theory”, *Perspectives on Political Science*, January–March 2010, Volume 39, Number 1, s. 35.

çağdaş demokrasi teorilerinin, doğal hukuk teorisini dışladıkları sürece demokrasiyi temelsiz bırakacaklarını belirtmektedirler⁵⁶. Söz konusu yazarlar, çağdaş demokrasi kuramcısı Robert Dahl'ı, demokratik süreçler üstünde siyasî hak kavramını kabul etmediği, siyasi haklarla süreçleri özdeş saydıkları için⁵⁷; yine çağdaş bir demokrasi kuramı olan müzakereci/katılımcı demokrasiyi de, hem demokratik süreçlerin inşa ve onarılmasına ve hem de bu süreçleri yönetecek normlara çok az ilgi gösterdikleri gerekçesiyle eleştirmektedirler⁵⁸.

Gerçekten de demokratik süreçleri belirleyen ve bu süreçlerden önce gelen (onlara tekaddüm eden) bir değerler sisteminin bulunmadığı bir demokrasi teorisi, kendi içinde çözülemez paradokslarla doludur. Moots ve Forster, bu paradoksu *sonsuz seriler* (infinite series) problemi bağlamında özet olarak; “*meşruiyetin nihai temeli demokratik süreçler ise, hiçbir siyasî kurum bu süreçler dışında haklılaştırılmaz; ancak demokratik süreçlerin kendileri de birer politik kurumdur; o halde demokratik süreçler, demokratik süreçler dışında meşrulaştırılmaz; çünkü bu mantık açısından demokratik süreçlerden önce gelen meşrulaştırıcı bir şey söz konusu değildir; o halde demokratik süreçler nihai meşruluk kaynağı ise, kendileri meşru olarak kurumsallaştırılmazlar*”⁵⁹ biçiminde ifade etmektedirler. Gerçekten de bu paradoks yukarıda değindiğimiz gibi Habermas'ın *discourse* ilkesine dayalı katılımcı demokrasi anlayışında da söz konusu idi. Bu paradoksun çözümü, demokratik süreçlerden önce gelen ve onlara üstün olan evrensel hukukî ilkeler ve etik değerlerin varlığının kabulüyle mümkündür.

Demokratik süreçlerle adalet veya haklar arasındaki olası çelişkileri *süreç ve öz* arasındaki çelişkiler olarak takdim edip tartışan Dahl, tartışmayı diyalektik bir biçimde bir *savunucu* ve bir *eleştirici*'nin ağzından yürüttükten sonra⁶⁰, süreç ve öz arasındaki karşıtlığı reddederek savunucunun yanında yer almaktadır. Dahl'a göre, demokrasi ile çatışkı halinde sunulan özsel haklar aynı zamanda demokratik süreçlerin bir parçası durumundadırlar. Yazar açısından demokratik sürece katılarak iktidarı paylaşmak da bir haktır ve bu

⁵⁶ Moots/Forster, s. 35.

⁵⁷ Moots/Forster, s. 37.

⁵⁸ Moots/Forster, s. 38.

⁵⁹ Moots/Forster, s. 36.

⁶⁰ Bkz. Dahl, Robert A., *Demokrasi ve Eleştirileri*, (Çev. Levent Köker), Yetkin Yayınları, Ankara 1996, s. 205-220.

hak, bölüşümcü (dağıtıcı) adaletin bir gereğidir⁶¹. Aynı zamanda Dahl açısından demokratik süreçlere katılma hakkı, diğer tüm haklara, *inter alia*, ifade, basın ve toplanma özgürlüğüne sahip olmayı da kapsadığı için sadece soyut bir hak olarak kalmaz⁶². Ancak Dahl daha sonra aynı eserde, hiçbir çıkarın demokratik sürece üstün olamayacağı anlamına gelebilecek biçimde, demokratik sürecin ayrılmaz bir parçası dışındaki çıkarların ihlal edilebilirliğini akla yatkın bulmaktadır⁶³. Dahl'a göre demokratik süreçler üzerinde siyasal haklar söz konusu değildir⁶⁴. Dahl açısından temel haklarla demokratik süreçler çatışsa bile, bu çatışmadaki hakların nasıl korunacağına ilişkin tartışmalar da nihai olarak bir süreç tartışmasıdır. Başka bir anlatımla Dahl'a göre, özleri (hakları) süreçler karşısında savunmak, bu hakların nasıl korunacağına; yani hangi süreçlerle bu hakların korunacağı tartışmasına ve dolayısıyla yine süreçler hakkında bir tartışmaya geri dönelecektir⁶⁵. Bu düşünceleriyle Dahl, süreçler dışındaki içerik tartışmalarının, zorunlu olarak süreç tartışmasına dönüşeceğini ifade ederek, özleri süreçler karşısında konumlandırmanın anlamsızlığını ima etmektedir.

Demokratik süreçlerin anayasallaştırılması, daha derin bir meşruiyet ideali için yeterli değildir. Anayasallaştırılmaları önelen/tekaddüm eden ilkelere dayanması gerekir. Yani meşruiyetin sadece prosedürel olmaktan çıkıp bir takım maddî ilkelere dayanması için, demokratik süreçlerin ihlâl edemeyeceği hak ve özgürlük kavramına ihtiyaç vardır. Hayek'e göre, Hukuk devleti (rule of law), anayasacılığa ek olarak, yasaların belirli ilklere uygun olması gereğini de içerir. Dolayısıyla Hayek açısından hukuk devleti anayasacılıktan daha fazla şeyi ifade eder⁶⁶.

Doğal haklar temeline dayanan bir demokrasi anlayışı, sadece oya dayanan prosedürel nitelikli bir hukuk anlayışına göre daha güçlü bir meşruiyeti aramaktadır. Bu bağlamda Donnelly, Liberal demokrasi ile seçim demokrasisini (electoral democracy) dayanakları bakımından birbirinden ayırmaktadır. Yazara göre, liberal demokrasideki bireysel hakların ahlakî ve siyasal önceliği ile hukuk devletinin gerekleri, demokratik karar alma sürecini sınır-

61 Dahl, s. 220.

62 Dahl, s. 221.

63 Dahl, s. 231.

64 Bkz. Moots/Forster, s. 37.

65 Dahl, s. 232-233.

66 Hayek, F.A., *The Constitution of Liberty*, Routledge 1990, s. 205.

lamaktadır⁶⁷. Dolayısıyla Donnelly'nin analizine göre, liberal demokrasi anlayışında demokratik süreçler, keyfi ve sınırsız karar alma süreci değildir. Bu tür demokrasilerin hakları koruyucu (rights-protective) bir niteliği vardır⁶⁸. Oysa Donnelly'ye göre sadece halkın gücüne dayan seçim demokrasisinde, eğer halk insan haklarını seçmişse bu haklar gerçekleşme olanağı bulacaktır⁶⁹.

Bulut, liberal demokrasinin temel hak ve özgürlüklere verdiği önemi tespit ettikten⁷⁰ sonra, bu demokrasi anlayışındaki temsil ve katılım eksikliklerine vurgu yapmaktadır⁷¹. Yazar açısından bu kriz, liberal değerleri dışlamadan gerçek bir katılımı öngören radikal demokrasi yoluyla aşılmaya çalışılmaktadır⁷².

Sartori, iktidarın sınırlandırılması ve hakların korunması bakımından liberal anayasacılık karşısına demokratik anayasal hareketleri koymaktadır. Sartori'ye göre, anayasaların demokratikleştirilmesini savunan reformcuların ideali, hukuk kavramının tümünü yasa koyucunun iradesine indirgemektir⁷³. Yazar açısından yasaların bu şekilde algılanması, keyfi iktidarı sınırlandıran yasa anlayışını zayıflatmaktadır⁷⁴. Sartori'nin değerlendirmesine göre anayasacılık, bireysel hakların bir garantisi olarak başlamasına karşın, kısa sürede yasa koyucuların egemenliğine dönüşmüştür⁷⁵. Bu bağlamda Sartori, biçimci hukuk kavramını savunan John Austin ve Hans Kelsen gibi pozitivistleri, özgürlüklerin güvencesi olan yasa kavramını yok ettikleri gerekçeyle eleştirmektedir⁷⁶.

⁶⁷ Donnelly, Jack, "Human Rights, Democracy, and Development", *Human Rights Quarterly*, Vol. 21, (1999), s. 620.

⁶⁸ Donnelly, s. 621.

⁶⁹ Donnelly, s. 621.

⁷⁰ Bulut, Nihat, "Demokrasiyi İdeal Anlamına Yaklaştırma Çabası Olarak Radikal Demokrasi", *Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi*, C.VII, sayı 1-2 (Haziran 2003), s. 51.

⁷¹ Bulut, s. 52.

⁷² Bulut, s. 52 ve 67.

⁷³ Sartori, Giovanni, *Demokrasi Teorisine Geri Dönüş*, (Çev. Tuncer Karamustafaoğlu-Mehmet Turhan), Yetkin Yayınları, Ankara 1996, s. 354.

⁷⁴ Sartori, s. 354.

⁷⁵ Sartori, s. 351.

⁷⁶ Sartori, s. 350- 351.

Uygun da, antik demokrasi yaklaşımıyla modern demokrasi arasında bir ayırım yaparak, antik demokrasilerin insan haklarına göndermede bulunmadığını, buna karşılık modern demokrasilerin insan haklarını, meşruluk temeli olarak esas aldığını söylemektedir⁷⁷. Ancak Uygun'un modern demokrasilerden kastettiği şey liberal demokrasilerdir⁷⁸. Teoriler düzeyinde baktığımızda da, Robert Dahl ve Habermas gibi teorisyenler, yukarıda değindiğimiz gibi, insan hakları ve adalet değerini bir öz olarak demokratik süreçlerin önüne geçirmemektedirler. Bu anlayıştaki demokrasi teorisyenleri açısından, demokratik süreçlere katılma, korunması gereken en önemli haktır. Ancak karar alma süreçlerine katılma hakkının kaynağı bu teorisyenler tarafından tutarlı bir biçimde ortaya konulmuş değildir. Bu hakkın korunma gerekçesi ne olabilir? Bu hakkı, meşrulaştırılmaya gerek duyulmayan *a priori* veya apaçık (self-evident) bir hak olarak tanımladığımızda, diğer insan haklarını da bu şekilde haklılaştırmamız tutarlı değil midir? Bu akıl yürütmeyi tutarlı olarak kabul edersek, demokratik süreçlerden önce ve bu süreçlerin çiğnemeceği hak kavramını kabul etmiş oluruz.

Morlino, kusurlu (defective) demokrasiler ile iyi demokrasileri karşılaştırmasında kusurlu demokrasiler olarak, siyasî haklar konusunda sadece sınırlı güvenceler getiren, iktidar odaklarının (powerful group) seçilmiş liderleri etkileyerek koşullandırdığı ve yurttaşlık hakları konusunda yalnızca kısmî güvenceler sağlayan siyasî düzenleri anlamaktadır⁷⁹. Morlino, iyi bir demokrasiden de, vatandaşların özgürlük ve eşitliğini teminat altına alan⁸⁰; vatandaşların, birliklerin ve toplulukların en azından özgürlük ve eşitliği makul ölçüde kullandıkları⁸¹; ve vatandaşların, hukuk devleti açısından eşitlik ve özgürlüğün gerçekleştirilip gerçekleştirilmediği konusunda yönetimi denetleyip değerlendirebilecekleri bir demokrasiyi anlamaktadır⁸². Görüldüğü gibi yazar, demokrasiye sadece biçimsel süreçler olarak değil, bir takım değerler açısından yaklaşmaktadır. Siyasî haklar, yurttaş hakları, eşitlik ve özgürlük kusurlu demokrasi ve iyi demokrasi ayrımında birer ölçüt olarak alınmıştır. Bu anlayış, insan hakları ve özgürlüklerine dayanan bir demokrasi

77 Uygun, s. 131.

78 Uygun, s. 131.

79 Morlino, Leonardo, "Legitimacy and The Quality of Democracy", *International Social Science Journal*, Jun2009, Vol. 60 Issue 196, s. 212.

80 Morlino, s. 213.

81 Morlino, s. 213.

82 Morlino, s. 213.

anlayışını yüceltmektedir. Dolayısıyla bir sistemin gerçek anlamda demokrasi sıfatını hak edebilmesi için, demokrasinin sadece prosedürel niteliklerine sahip olması yeterli değildir. Bunun yanında bir takım maddî/içeriksel öğelerini de içermesi gerekir⁸³. D'Aspremont'a göre demokrasi aynı zamanda hukuk devletinin gereklerini de içerir⁸⁴. Touraine, demokrasinin, sadece genel iradeye saygıdan ibaret bir sistem olarak görülemeyeceğini, bunun yanında demokrasiyi iktidarın keyfî iradesini sınırlayan bir mekanizma olarak görmek gerektiğini söylemektedir⁸⁵. Devlet iradesinin sınırlandırılması bağlamında, Touraine, doğal hakların önemine vurgu yapmaktadır⁸⁶. Dolayısıyla yazar açısından demokrasi, otoriter bir yönetime de olanak veren halk gücü değildir⁸⁷. Demokrasinin sınırsız halk gücü olarak algılanması, prosedürel anlamda bir meşruiyete denk düşse de, maddî anlamda bir meşruiyete zorunlu olarak tekabül etmez. Dolayısıyla doğal haklara dayana bir demokrasi, keyfiliği önleyici işlevi dolayısıyla hukuk devletiyle daha tutarlı olacaktır.

IV- Sonuç

Demokrasi teorilerinden müzakereci/katılımcı demokrasi, vatandaşları daha fazla karar alma süreçlerine dâhil etmesi ve özneler arasında ideal bir tartışma zemini öngörmesi bakımlarından, diğer demokrasi teorilerine nazaran daha kapsayıcı ve ikna edici/rasyonel bir görünüm sunsa da, insan haklarının keyfî güç karşısında dokunulmazlıklarını tam olarak sağlamada yetersiz görünmektedir. Müzakereci demokrasi de olsa, eğer insan haklarının demokratik süreçler karşısında üstünlüğünü ön şart haline getirmiyorsa, hakların ihlâli mutlak anlamda ihtimal dışı bırakılamaz. Doğal hukuk ve doğal haklar (moral haklar) temeline dayalı olan ve bu temeli aşılmaz gören bir demokrasi, insan haklarının teminatı için zorunludur.

Ayrıca klasik doğal hukukun ve kadim geleneklerin kabul edilmiş ortak insan tasavvurunu bir tarafa bırakarak her şeyi müzakere etiği kapsamında gören, insan doğasının/fitratının gereklerinin, insana yüklediği yükümlülükleri görmezden gelerek, her şeyi uzlaşma süreçleriyle meşrulaştırmaya çalı-

83 D'Aspremont, s. 895.

84 D'Aspremont, s. 899.

85 Touraine, Alain, *Demokrasi nedir?* (Çev. Olcay Kunal), 5. Baskı, Yapı Kredi Yayınları, İstanbul 2011, s. 64.

86 Touraine, s. 64-65.

87 Touraine, s. 66.

şan bir müzakereci demokrasi, ne hakikî anlamda bir insan tanımlamasını ne de insan haklarını teminat altına alabilir. Demokratik tartışma süreçleri zorunlu olabilir; ancak yeterli değildir. Dolayısıyla meşruluk için demokratik katılımı, müzakereyi ve ortak kabulü, zorunluluk koşulu olarak saymalıyız. Ancak bunları meşruluğun yeterli koşulu sayamayız. Kısaca, meşruluk için demokratik katılım ve demokratik karar alma zorunludur ancak yeterli değildir.

Dolayısıyla gerek klasik doğal hukukun, gerekse kadim kültürler, gelenekler, inançlar ve felsefelerin tartışmasız kabul ettiği ortak insan doğasının gereklerine dayanan ve insan onurunu esas alan bir haklar şemasını ön koşul haline getiren bir demokratik kültür meşruluğun sağlam bir zemini olacaktır. Tabii ki, insan doğası ve doğal hakların ayrıntılarında bir takım belirsizlikler ve uzlaşmazlıklar çıkabilir. Böyle durumlarda sağ duyu (common sense) önem kazanacak ve bunun için demokratik süreçler belirleyici olacaktır. Ancak doğal hukuk ve doğal hakların ana yapısına aykırı işleyen bir demokratik süreç anlayışı meşruluk bakımından yeterli olmayacaktır. Çünkü eğer insan haklarını karar alma süreçlerinin ön koşulu haline getirip üstünlüklerini kabul etmezsek, her şeyi iradeye bırakırsak, insan haklarının ve onurunun ihlali ihtimal dâhilinde olabilir. Bundan dolayı doğal haklar ve doğal hukuka dayanan bir demokrasi teorisi meşruluk bakımından vazgeçilemez olmalıdır.

Kaynakça

- Alexy, Robert**, “Jürgen Habermas’s Theory of Legal Discourse”, *Cardozo Law Review*, Vol. 17, (1995-1996), pp. 1027-1034.
- Alexy, Robert**, “Law, Morality, and The Existence of Human Rights”, *Ratio Juris*. Vol. 25, No. 1 March 2012, pp. 2-14.
- Barnard, Frederick M.**, *Democratic Legitimacy : Plural Values and Political Power*, McGill-Queen’s University Press, 2001.
- Baxter, Hugh**, “Habermas’s Discourse Theory of Law and Democracy”, *Buffalo Law Review*, Vol. 50, (2002), pp. 205-340.
- Blackstone, William**, *Commentaries on The Laws of England*, (Book The First), Clarendon Press, Oxford 1765.
- Blaug, Ricardo**, *Democracy, Real and Ideal, Discourse Ethics and Radical Politics*, State University of New York Press, 1999.
- Bulut, Nihat**, “Demokrasiyi İdeal Anlamına Yaklaştırma Çabası Olarak Radikal Demokrasi”, *Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi*, C.VII, sayı 1-2 (Haziran 2003), ss. 41-68.
- Cohen, Joshua**, “Reflections on Habermas on Democracy”, *Ratio Juris*, Vol. 12, No. 4, (December 1999), pp. 385-416.
- D’Aspremont, Jean**, “Legitimacy of Governments in The Age of Democracy”, *International Law and Politics*, (2006), Vol.38, pp. 877-917.
- Dahl, Robert A.**, *Demokrasi ve Eleştirileri*, (Çev. Levent Köker), Yetkin Yayınları, Ankara 1996.
- Donnelly, Jack**, “Human Rights, Democracy, and Development”, *Human Rights Quarterly*, Vol. 21, (1999), pp. 608-632.
- Feteris, Eveline T.**, “The Rationality of Legal Discourse in Habermas Discourse Theory”, *Informal Logic*, Vol. 23, No. 2 (2003), pp. 139-159.
- Feteris, Eveline T.**, *Hukukî Argümantasyonun Temelleri*, (Çev. Ertuğrul Uzun) 1. Baskı, Paradigma Yayını, İstanbul, 2010.
- Finlason, James Gordon**, “Habermas’s Moral Cognitivism and Frege-Geach Challenge”, *European Journal of Philosophy*, Vol. 13, issue 3, (2005), pp. 319-344.
- Finnis, John**, “The Natural Law Tradition”, *Legal Education*, Vol. 36, (1986), pp. 492-495.

Gözler, Kemal, *Hukukun Genel Teorisine Giriş: Hukuk Normlarının Geçerliliği Ve Yorumu Sorunu*, US-A yayıncılık Ankara 1998.

Greenawalt, Kent, “How Persuasive is Natural Law Theory”, *Notre Dame Law Review*, Vol. 75, (1999-2000), pp. 1647-1680.

Habermas, Jürgen, “Law and Morality”, (Translated by Kenneth Baynes), *The Tanner Lectures on Human Values*, Delivered at Harvard University October 1 and 2 1986, pp. 219-279.

Habermas, Jürgen, *Between Facts and Norms: Contributions to a Discourse Theory of Law and Democracy*, (Translated by William Rehg), Second Printing, The MIT Press 1996.

Habermas, Jürgen, *İletişimsel Eylem Kuramı*, (Çev. Mustafa Tüzel), Birinci Bası, Kabalıcı Yayını, (Cilt. I, Giriş), 2001.

Habermas, Jürgen, *Moral Consciousness and Communicative Action* (Translated by Christian Lenhardt and Shierry Weber Nicholson), Massachusetts Institute of Technology Press, Sixth Printing 1999.

Hadjihambis, Demetrios, “Of The Laws of God and of Nature” *Bracton Law Journal*, Vol. 4, Issue 2, (June 1968), pp. xli-xliv.

Hayek, F.A., *The Constitution of Liberty*, Routledge 1990.

Himma, Kenneth Einar, “The Epistemic Sense of Pedigree Thesis”, *Pacific Philosophic Quarterly*, Vol. 80, (1999), pp. 46-63.

İşıktaç, Yasemin, *Hukuk Felsefesi*, 3. (Tıpkı Basım) Filiz Kitabevi, İstanbul 2010.

Mcaniff, John E., “The Natural Law- Its Nature, Scope, and Sanction”, *Fordham Law Review*, Vol. 22, (1953), pp. 246-253.

Hill, Owen A., “The Natural Law”, *Georgetown Law Journal*, Vol. 13, (1924-1925), pp.367-372.

Moots, Glenn/Forster, Greg, “Salus Populi Suprema Lex: John Locke Versus Contemporary Democratic Theory”, *Perspectives on Political Science*, Volume 39, Number 1, January–March 2010, pp. 35-45.

Morlino, Leonardo, “Legitimacy and The Quality of Democracy”, *International Social Science Journal*, Vol. 60 Issue 196, Jun2009, pp. 211-222.

Özbilgen, Tarık, *Eleştirel Hukuk Başlangıcı Dersleri*, İÜHF yayını, İstanbul 1976.

Parkinson, John, “Legitimacy Problems in Deliberative Democracy”, *Political Studies*, 2003, Vol 51, pp. 180-196.

Pilon, Roger, “Individual Rights, Democracy, And Constitutional Order: On The Foundations Of Legitimacy”, *Cato Journal*, Vol. 11, (1991-1992), pp. 373-390.

Ratnapala, Suri, *Jurisprudence*, Cambridge University Press, 2009.

Sartori, Giovanni, *Demokrasi Teorisine Geri Dönüş*, (Çev. Tuncer Karamustafaoğlu-Mehmet Turhan), Yetkin Yayınları, Ankara 1996.

Scheneller, Lena, “Conceptions of Democratic Legitimate Governance in the Multilateral Realm: The Case of The WTO”, *Living Reviews in Democracy*, Zurich, 2010, pp. 1-18.

Shabani, Omid A. Payrow, *Democracy, Power, and Legitimacy: The Critical Theory of Jürgen Habermas*, University of Toronto Press, 2003.

Touraine, Alain, *Demokrasi nedir?* (Çev. Olcay Kunal), 5. Baskı, Yapı Kredi Yayınları, İstanbul 2011.

Uslu, Cennet, *Doğal Hukuk ve Doğal Haklar*, Liberte Yayınları, Ankara, 2009.

Uygun, Oktay, *Demokrasinin Tarihsel, Felsefi ve Ahlakî Boyutları*, İnkılâp Yayınları, 2003 İstanbul.

Weinreb, Lloyd, “The Case For Natural Law Reexamined”, *The American Journal of Jurisprudence*, Vol. 38, (1993), pp. 1-13.

Yükselbaba, Ülker, “Habermas’ın Prosedüralist Hukuk Paradigması, Haklar Sistemi ve Hukuk Devleti”, *İstanbul Üniv. Hukuk Fakültesi Mecmuası (İÜHFMD)* C. LXVI, Sayı 1, ss. 221-252.

Yükselbaba, Ülker, *Habermas ve Kamusal Alan: Burjuva Kamusal Alanından, İletişimsel kamusalığa Geçiş*, 1. Baskı, On iki Levha Yayını, İstanbul 2012.

BİR ÜTOPYA OLARAK KOLEKTİF GÜVENLİK SİSTEMİ YA DA BİRLEŞMİŞ MİLLETLER NE İŞE YARAR?

*Yrd. Doç. Dr. Fethullah BAYRAKTAR**

ÖZET

Birleşmiş Milletler Teşkilatı, son yirmi yıllık retoriği bir kenara bırakırsak, kuruluşundan bu yana belli başlı ülkelerin milli menfaatlerini korumak ve karşılıklı çelişen menfaatleri hususunda ortak bir payda da çatışmaları engellemek amacıyla kurulmuştur. Bunun sonucu olarak da, kolektif güvenlik sisteminin işleyişi, uluslararası barış ve güvenliğin tesisi ve korunmasında tek ve tam yetkili Güvenlik Konseyi'nin daimi ve veto yetkili beş üye ülkeye bağımlılığı neticesi, kuruluşundan bugüne işlemez durumdadır.

ABSTRACT

The United Nations, aside from the rhetoric of the last twenty years, which has been established in order to prevent conflicts in the perspective of the collective security, has been served to protect the national interests of major countries. As a result of the right to veto, the dependency of the Security Council to the five permanent members, the collective security system is not work since its foundation.

Giriş

Uluslararası Camianın bir teşkilat etrafında bir araya getirilip tek taraflı kuvvet kullanımlarının önüne geçilmesi ve yeni büyük savaşları engellemek maksadıyla sorunların barışçıl çözümlenmesine ilişkin ilk çabalar, Birinci Dünya Savaşı akabinde Milletler Cemiyeti sisteminin teşekkülü ile başlamıştır. Bu dönemde, bir taraftan, Cemiyet Sözleşmesinde kolektif güvenlik fikrine dayanan bir sistem öngörülürken, diğer taraftan, silahlı saldırı durumlarında devletlerin doğal hakkı kabul edilen meşru müdafaa imkânı belirginleştirilmeye ve savaş ilanı bazı şartlara tabi tutularak uluslararası barış ve gü-

* Atatürk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Milletlerarası Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi.

venliğin tesis edilmesine çalışılmıştır¹. İkinci Dünya Savaşı'ndan sonra Milletler Cemiyetinin yerine kurulan Birleşmiş Milletler aynı şekilde devletlerin sadece sınırlı durumlarda ve iyi tanımlanmış güç kullanımına imkân tanıyan kolektif güvenlik fikri üzerine inşa edilmiştir. Böyle bir sistem oluşturarak, BM'nin kurucuları, güç kullanımı konusunda devletlerin yetkilerini en aza indirmek istemişlerdir².

Ancak, yeni kolektif güvenlik sistemi, Milletler Cemiyeti sisteminden ve uluslararası güvenlik alanında elde edilen tecrübeyi kullanarak, zorlayıcı araçları ile donatılmış olsa da, bu iki sistem arasında bir farktan söz etmek pratikte mümkün değildir. Buna ek olarak, Güvenlik Konseyi'nde daimi üye olarak tavsif edilmiş bazı ülkelere veto yetkisinin tanınması, zaten pratik imkânlardan yoksun bir sistemin tamamen "harakiri" yapmasına yol açmıştır³.

I. Kolektif Güvenlik İçin Kolektif Sistem Fikri ve Pratiği

Barışın vazgeçilmez ve ortak bir gaye olduğu fikrinden hareketle, her türlü çatışma ve çatışma tehdidinin yerel bile olsa uluslararası bir krize dönüşme potansiyeli olduğu ve barışı tehdit edeceği tespitinin yapılması ile barışa yönelik tehditlere, barışın bozulması durumlarına ve saldırgan eylemlere karşı uluslararası organların yönetiminde ortak bir hareket gerekliliği kolektif güvenlik sisteminin oluşmasındaki temel unsur olmuştur⁴.

Kolektif güvenlik sistemi, her üye ülkenin eşit güvenlik hakkı olduğundan hareketle herkesin güvenliğinin tesisini amaçlar. Ortak güvenliğin tesis edilmesi, üye her ülkenin saldırgan devlete karşı güvenlik unsurlarını harekete geçirmesi ile mümkün olur⁵. Bu anlamda kolektif güvenlik; "Herkes

1 Bkz. Yusuf AKSAR, *Teoride ve Uygulamada Uluslararası Hukuk*, 2. Cilt, Seçkin, Ankara, 2013, s. 98.

2 Alain DEJAMMET, "A quoi servent les Nations Unies?", *AFRI*, 2008, s. 187.

3 Antonio CASSESE, "Return to Westphalia? Considerations on the Gradual Erosion of the Charter System", in *The Current legal regulation of the use of force*, ed. Antonio CASSESE, Martinus Nijhoff, Dordrecht, 1986, s. 506.

4 Pierre-Marie DUPUY, *Droit International Public*, Dalloz, 9. baskı, 2008, s. 632-633.

5 Robert J. DELAHUNTY, "Paper Charter: Self-defense and the failure of the United Nations Collective Security System", Symposium on Reexamining the law of war, *Catholic University Law Review*, 2007, s. 7.

için güvenlik, herkese karşı güvenlik, herkes tarafından güvenlik”⁶ mantığı içinde hareket eder. Bunun sağlanması için gereken devletler üstü organın, tek başına ve devletlerden bağımsız bir şekilde karar verebilme yeteneği, kolektif güvenlik sistemini evrensel bir devlet oluşumuna yaklaştırmaktadır.

Ana eksenini itibariyle en azından kuvvet kullanma alanında evrensel bir devlet niteliğinde yaptırımlar uygulama yeteneğine sahip bir organ etrafında birleşme fikrinden hareket eden kolektif güvenlik sistem anlayışı, karanlık ortaçağdan çıkıp modern devlete evrilen kıta Avrupa’sının barış ve güvenlik ortamına kavuşabilmesinin bir metodu olarak, ilkin 18. Yüzyılın sonlarına doğru Emmanuel Kant tarafından teklif edilmiştir. 1795 yılında yazdığı “Ebedi Barış” kitapçığında Emmanuel Kant’a göre çözüm, birbirlerine eşit olacak devletlerin oluşturacağı ve tek tek düzenli ordulara sahip olmayan bir evrensel devletler federasyonundan geçmekteydi⁷. Böylesi bir yapı, gerektiğinde kolektif unsurları harekete geçirerek kriz ve çatışmalara üst yapıdan bir müdahale ile ikili ve çok taraflı çatışmaların önüne geçmeyi amaçlıyordu. Daha sonraları evrilip gelişen kolektif güvenlik fikri, ulusal egemenlik ve yapılara müdahale etmeksizin oluşturulacak bir mekanizma ile evrensel barışın sağlanmasını hedeflemekteydi.

Modern kolektif güvenlik anlayışı ise iki ana gövde üzerine inşa edilmiştir. İlk olarak uluslararası güvenlik ve barışı ihlal eden durumların, krizlerin ve savaşların ortaya çıkması durumunda yaptırımlar ile eski hale iadeyi ve barışın yeniden tesis edilmesini sağlamak, ikinci olarak bu tür ortaya çıkmadan baskıcı ve önleyici tedbirler olarak barış ortamının idamesine katkıda bulunmaktadır.

Milletler Cemiyeti kolektif güvenlik sistem tecrübesinin ilk test edildiği uluslararası teşkilat olmuştu⁸. Cemiyetin amacı saldırgan devletleri ve saldırgan eylemleri cezalandırmaktı. Bu bağlamda Cemiyetin ana amacı sorun-

6 Brigitte STERN, “La sécurité collective: historique, bilan, perspective”, in *Sécurité collective et crises internationales, Actes des Journées d’études de Toulon, Secrétariat Général de la Défense nationale*, Paris, 1994, s. 154.

7 Emmanuel KANT, *Vers la paix perpétuelle*, Flammarion, Paris, 2006, s. 121.

8 Mwayila TSHIYEMBE, *Le droit de la sécurité internationale*, l’Harmattan, Paris, 2010, s. 26; Yine Jean d’Aspremont, her ne kadar ilk tecrübe olarak nitelendirilebilirse de, Milletler Cemiyetinin bir illüzyon olarak kaldığını haklı olarak tespit etmiştir: “(...) the creation of the League of Nations, which is widely considered the first rudimentary collective security system, although its systemic dimension has sometimes been portrayed as an illusion”, Jean d’ASPREMONT, “Mapping the concepts behind the contemporary liberalization of the use of force in International Law”, *University of Pennsylvania Journal of International Law*, Summer 2010, p. 2.

ların, krizlerin ve savaşların ortaya çıkmasından sonra tamir edici tedbirler alarak saldırgan fiil ve faileri cezalandırmaktan ibaretti⁹. Önleyici tedbirler ise Teşkilat açısından sadece taraflara daha fazla diplomatik çaba ve düşünme süresi tanıma amacına matuf süre tanınma zorunluluğu ile sınırlı kalıyordu¹⁰. Fakat kendi içinde bütünlüğü sağlayamamış, sözleşmesinde yer alan organları hayata geçirememiş bir teşkilatın bu anlamda ne önleyici ve ne de bastırıcı tedbirleri yeterli bir şekilde ortaya koyamaması bir sürpriz değildi¹¹.

Önleyici ve bastırıcı tedbir almak öncelikle öngörülen kolektif güvenlik sisteminin yeterli silahlı güce sahip olmasından geçmektedir. Bu silahlı gücün kapsamı barışın tesisinde kolaylaştırıcı ve taraflar arasında ayrıştırıcı rol almasından, sınırlı operasyon yapma yeteneğinden bir toprak parçasının işgaline ve hatta bir devletin rejiminin değiştirilmesine kadar geniş bir yelpazeyi kapsayan operasyonel niteliğe haiz olması ile tarif edilmektedir¹². Milletler Cemiyetini akim kılan gelişmelerin temelinde işte bu tarz müdahale kabiliyetinden yoksun bir teşkilat olması önemli bir yer işgal etmektedir¹³.

⁹ Émile GIRAUD, “La Théorie de la Légitime Défense”, *RCADI*, 1934-III, vol. 49, s. 819-820.

¹⁰ Milletler Cemiyeti Paktı, Madde 12: *1. Cemiyet'in bütün üyeleri, aralarında ilişkilerin kesilmesine varabilecek nitelikte bir anlaşmazlık çıkarsa, bu anlaşmazlığı ya hakemliğe ya da Konseyin incelemesine sunmayı kabul etmektedirler. Cemiyet Üyeleri, hakemlerin kararından ya da Konseyin raporundan sonra üç aylık bir süre geçinceye kadar, hiçbir durumda savaşa başvurmamağı da kabul ederler. 2. Bu maddede öngörülen bütün durumlarda, hakemlerin kararının akla yatkın bir süre içinde verilmesi ve Konsey raporunun, anlaşmazlık Konseye sunulduğu günden başlayarak, altı ay içinde hazırlanmış bulunması gerekir.*

¹¹ Maurice BOURQUIN, “Le problème de la sécurité internationale”, *RCADI*, 1934-III, vol. 49, s. 538. Milletler Cemiyetinin ana kuruluş eksenini ve politik altyapısını her ne kadar 1918 Wilson ilkeleri olsa da, Amerika Birleşik Devletleri, Senatonun Versay Antlaşmasının imzalanmasını ve Cemiyete üye olunmasını veto etmesi nedeniyle, 1919 ile 1946 tarihleri arasında varlığını idame ettiren bu Cemiyete hiçbir zaman üye olmamıştır. Her ne kadar devrin şartları göz önüne alındığında Atlantik ötesi bir devletin kıta Avrupası ve uluslararası politikada ve stratejilerde etkisinin sınırlı olduğu iddia edilebilirse de, Birinci Dünya Savaşını sonlandırabilecek askeri güce ve yeni düzenin temel kriterlerini belirleyebilecek bir politik etkiye sahip olan Birleşik Devletlerin, evrensel bir iddiaya sahip böylesi bir Teşkilatın dışında kalması, tabiatıyla Milletler Cemiyetinin inaktif bir role dönüşmesine sebep olmuştur.

¹² Pierre-Marie DUPUY, *Droit International Public*, Dalloz, Paris, 2008, s. 649.

¹³ Milletler Cemiyeti Sözleşmesinin 10. Maddesi gerek dış müdahalelere ve gerek müdahale tehditlerine ilişkin Konseye sadece bir danışma ve yön gösterme yetkisi tanıyordu: “*Cemiyet Üyeleri, bütün Cemiyet üyelerinin ülke bütünlüklerine ve şimdiki siyasal bağımsızlıklarına saygı göstermeğı ve bunları dışarıdan gelecek herhangi bir saldırıya kar-*

Birleşmiş Milletler teşekkül ettirilirken¹⁴ bu zafiyet göz önüne alınmış ve bu boşluk, detaylı bir amaç ve araç tanımı yapılan zorlayıcı tedbirler ve organların yer aldığı Teşkilat kurucu sözleşmesi olan Birleşmiş Milletler Şartının 7. Bölümü ile doldurulmak istenmiştir¹⁵.

Diplomatik, ekonomik ve siyasi tedbirlerin haricinde BM Şartının 43. maddesi Teşkilatın kolektif güvenlik sistemini etkin hale getirecek bir ordu öngörmüştür¹⁶. Üye ülkelerin kendi imkân ve kabiliyetlerine göre tahsis

*şı korumayı yükümlenirler. Saldırı, saldırı tehdidi ya da tehlikesi durumunda, Konsey, bu yükümlülüğün yerine getirilmesini sağlayacak yolları belirtir". 11. Maddesinde ise içeriği ve niteliğinin ne olduğu belli olmayan ve herhangi bir organizasyon ile desteklenmemiş, ucu açık ve ütopyik bir yaptırım mekanizması öngörülmüştü: "Cemiyet Üyelerinden birine doğrudan doğruya dokunsun ya da dokunmasın, her savaşın ya da savaş tehdidinin bütün Cemiyet'i ilgilendirdiği ve Cemiyet'in ulusların barışını etkin bir biçimde korumaya özgü önlemleri almakla yükümlü olduğu kesin olarak açıklanır. Böyle bir durumda, Cemiyet'in herhangi bir Üyesinin istemesi üzerine, Genel Sekreter, Konseyi hemen toplantıya çağırır". Detaylı bilgi için bkz. Erdem ÖZLÜK, "Uluslararası İlişkilerde Meşruiyet ve Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyi'nin Meşruiyet Krizi", *Uluslararası Hukuk ve Politika*, cilt:4 no:14, 2008, ss. 1-26, s. 13 vd.*

¹⁴ Birleşmiş Milletler Teşkilatı, son yirmi yıllık retoriği bir kenara bırakırsak, kuruluşundan bu yana belli başlı ülkelerin milli menfaatlerini korumak ve karşılıklı çelişen menfaatleri hususunda ortak bir payda da çatışmaları engellemek amacıyla kurulmuştur. 1 Ocak 1942 yılında 26 müttefik devletlerin savaşı ortak bir payda da idare ettirebilmeleri gayesiyle Washington'da imzaladıkları "Birleşmiş Milletler Deklarasyonu" ile ilk adımı atılan, 18 Ekim ile 11 Kasım 1943 tarihleri arasında Moskova Konferansında geliştirilen, 21 Ağustos ile 7 Ekim 1944 Dumbarton Oaks ve Şubat 1945 Yalta konferanslarında son şekli verilen ve 25 Nisan ile 26 Haziran 1945 tarihleri arasında düzenlenen San Francisco'da ilan edilen bu İkinci Dünya Savaşı galip devletlerinin oluşturduğu Teşkilat, yeni bir dünya savaşına imkân vermemek gayesiyle ortak bir hedef etrafında bir araya gelmiş 51 devletten müteşekkil bir yapıyı ifade ediyordu. İlk zamanlar tamamen bir devletler kulübü gibi çalışan bu yapı, dünyanın hızlı bir şekilde iki kutup etrafında toparlanması ve dönemin en güçlü devletlerinin oluşturduğu yapının dışında kalmamak politikasıyla diğer devletlerin üye olma yoluna gitmesi üzerine global bir yapıya ve uluslararası kabul görmüş bir uluslararası hukuk yaratıcısı ve şekillendiricisine dönüşmüştür. 1963 yılında Güvenlik Konseyinde coğrafi dağılımı dikkate alan ve üye sayısını artıran değişikliklerin yapılması, Birleşmiş Milletler Teşkilatı'nın evrensel bir kapsayıcı ve hâkim konuma gelmesinin bir unsuru olmuştur.

¹⁵ Mwayila TSHIYEMBE, *Le droit de la sécurité internationale*, l'Harmattan, Paris, 2010, s. 35.

¹⁶ Birleşmiş Milletler Şartı, Madde 43: 1. *Birleşmiş Milletlerin tüm üyeleri, uluslararası barış ve güvenliğin korunmasına katkıda bulunmak üzere, Güvenlik Konseyinin çağrısı ile özel anlaşma ya da anlaşmalar uyarınca, uluslararası barış ve güvenliğin korunması için gerekli silahlı kuvvetleri ve geçit hakkını da içine almak üzere her türlü yardım ve kolaylığı Konseyin hizmetine sunmayı yüklenirler.* 2. *Bu anlaşma ya da anlaşmalarda, söz konusu kuvvetlerin sayısı, niteliği hazırlık derecesi ve genel mevkiileri ile sağlanacak kolaylık ve yardımın niteliği belirlenecektir.* 3. *Anlaşma ya da anlaşmalar, Güvenlik*

edecekleri lojistik ve insani katkıyla teşekkül edecek bu ordu yapılanması, Güvenlik Konseyi emir ve denetiminde olan bir planlama, koordinasyon ve yönetim birimi olan Üst Komutanlık birimi ile de desteklenmişti¹⁷. Mama-fih, kolektif güvenlik sisteminin eli, kolu ve beynini teşkil eden bu yapılanma Teşkilatın 68. yılına tekabül eden bu zamana dek hayata geçirilememiş ve kadük kalmıştır. Her ne kadar 1950 Kore savaşında Birleşmiş Milletler Genel Kurulu kararı ile teşekkül eden bir dünya ordusu hüviyetini alelade de olsa sahip olarak görülen müttefik güçlerin silahlı organizasyonu BM Şartının 43. maddesinde ve devamında öngörülen ordunun ilk nüvesi olarak görmeye meyilli bir kısım doktrin görüşü bulursa da¹⁸, bu yapılanma ancak bir bölgesel savunma işbirliği organizasyonu olan NATO'nun fiili doğuşundan başka bir şey değildi¹⁹.

Soğuk Savaş olarak nitelendirilen yarım yüzyıla yakın dünyanın iki süper gücü ve etrafında halkalanan ülkeler arasındaki yer yer sıcak ama dolaylı çatışmaya da dönüşen gerginlik, kolektif güvenlik sisteminin bu olmazsa olmaz aygıtının ihdas edilmesini 90'lı yıllara kadar ötelendirmiştir. Soğuk savaşın bitimi Şartın 7. Bölümünün ve bilhassa 43. maddesinin aktif hale getirilmesi umudunu yeniden canlandırmıştı²⁰. Dönemin BM Genel Sekreteri Boutros Boutros-Ghali, bu konjonktürden faydalanarak Güvenlik Konseyine 43. madde üzerine müzakereleri başlatılması için tavsiye de dahi bulunmuştu²¹. Fakat Güvenlik Konseyinde bilhassa beş daimi üyenin sağlaya-

Konseyinin girişimi ile mümkün olan en kısa zamanda görüşülecektir. Anlaşmalar, Güvenlik Konseyi ile örgüt üyeleri arasında ya da Güvenlik Konseyi ile ülke grupları arasında yapılacak ve imzalayan devletlerce, her birinin anayasası gereğince onaylanacaktır. Madde 47: 1. Uluslararası barış ve güvenliğin korunması, Güvenlik Konseyinin buyruğu altına konulan kuvvetlerin kullanılması ve yönetilmesi, silahsızlanmanın düzenlenmesi ve muhtemel bir silahsızlanmanın gerçekleştirilmesi için Konseye gerekli olan askeri ihtiyaçlara ilişkin her konuda Güvenlik Konseyine danışmanlık yapacak ve ona yardımcı olacak bir Askeri Kurmay Komitesi kurulacaktır.”

¹⁷ Marie Françoise FURET, “l'article 43”, in. *La Charte des Nations Unies Commentaire article par article*, ed. Jean-Pierre COT, Alain PELLET, Mathias FORTEAU, 3ème éd., Economica, Paris, 2005, s. 1261.

¹⁸ Mwayila TSHIYEMBE, *Le droit de la sécurité internationale*, l'Harmattan, Paris, 2010, s. 45. Marie Françoise FURET, “l'article 43”, a.g.m., s. 1261-1268.

¹⁹ Michel VIRALLY, *L'ONU d'hier à demain*, éd. Seuil, Paris, 1961, p. 189, 190.

²⁰ Jean COMBACAU, “Le chapitre VII de la Charte des Nations Unies: Résurrection ou métamorphose ?”, in. *Les Nouveaux Aspects du Droit International*, Colloque des 14, 15 et 16 avril 1994, ed. Rafaa BEN ACHOUR, Slim LAGHMANI, Pédone, Paris, 1994, s. 142.

²¹ BM Genel Sekreteri Raporu, *Agenda pour la Paix*, 25 Ocak 1992, S/24111.

madığı konsensüs, bu umutların da yeşermesine imkan tanımamıştı. Son olarak 2005 yılında dönemin BM Genel Sekreteri Kofi Annan, gerçekleşmesi artık imkân dâhilinde olmayan 43 ve devamı maddelerin BM Şartından kaldırılmasını Genel Kurula tavsiye etmek zorunda kalmıştır²². Bu durum bir evrensel üst yapılanma ve barış ve güvenlik teminatı olarak öngörülmuş kolektif güvenlik sisteminin tümüyle zorlayıcı ve yapıcı enstrümanlarından mahrum bırakılmasını ifade etmektedir²³.

Sonuç olarak, Birinci Dünya Savaşı akabinde büyük umutlarla teşekkül ettirilen Milletler Cemiyetinin akim kalmasından çıkarılan tecrübe ile İkinci Dünya Savaşı sonrası ortaya konmaya çalışılan zorlayıcı imkânları haiz bir kolektif güvenlik sistemi, hiçbir zaman işlevsel hale getirilememiştir²⁴. 1980'li yıllarda ünlü uluslararası hukuk uzmanı Charles Rousseau'nun da haklı bir şekilde altını çizdiği üzere: “Birleşmiş Milletler Şartında öngörülen düzenlemelere devletler, ne Milletler Cemiyeti Paktından ve ne de Briand-Kellogg Paktından daha fazla riayet etmediler. Bu düzenlemeler ne silahlı müdahaleleri (SSCB'nin 1968 Çekoslovakya ve 1979 Afganistan müdahaleleri örneğinde olduğu gibi), ne az ya da çok uluslararasılaşmış silahlı çatışmaları (1946-1954 yılları arası Hinduçini, 1954-1962 Cezayir ve 1964-1973 yılları arası Vietnam savaşları) ve ne de ilan edilmiş ya da edilmemiş savaşları (1950-1953 Kore savaşı, 1948, 1956, 1967, 1973 tarihlerindeki İsrail-Arap savaşları, 1980'de başlayan İran-İrak savaşı ve 1982 Büyük Britanya ile Arjantin arasındaki savaş örneğinde olduğu gibi) engelleyebildiler”²⁵. Charles Rousseau, yine dönemin iki süper gücü SSCB ve ABD'nin 1 Haziran 1945 ile 30 Ağustos 1980 yılları arası sırasıyla 190 ve 200 kez silahlı müdahaleye giriştiğinin altını çizerek, pratikte Milletler Cemiyetinin ve Birleşmiş Milletlerin uluslararası barış ve güvenliğin korunmasında önleyici ve bastırıcı tedbir almakta ne kadar zafiyet ve benzerlik içerdiğini ortaya koymaya çalışmıştır²⁶.

Tüm bu bilgiler ışığında kolektif güvenlik sisteminin gerek siyasi ve gerekse lojistik açıdan teşekkül edilme gayesine uzak bir şekilde ne denli başa-

²² BM Genel Sekreteri Raporu, “Un monde plus sûr: Notre affaire à tous”, A/59/565, §300.

²³ Philippe WECKEL, “Le Conseil de sécurité des Nations Unies et l’arme nucléaire”, *AFDI*, 2006, s. 197.

²⁴ Patrick DAILLIER, “De la réactualisation du système de sécurité collective”, *Les implications de la guerre en Irak*, Colloque international, ed. Rahim KHERAD, éd. Pedone, Paris, 2005, s. 204.

²⁵ Charles ROUSSEAU, *Le droit des conflits armés*, Pedone, Paris, 1983, s. 535.

²⁶ Charles ROUSSEAU, *Le droit des conflits armés*, a.g.e., s. 536.

rısız olduğunun tespiti yanlış olmayacaktır²⁷. Birleşmiş Milletler teşkilatının başarısızlığında lojistik açıdan 43. maddenin hayata geçirilememiş olması bir unsur olarak ortaya konulurken, siyasi olarak da bu başarısızlığın bir unsuru olarak Güvenlik Konseyi'nin beş daimi üyesine tanınan veto yetkisini gösterebiliriz.

II. Ölü Doğmuş Bir Kolektif Güvenlik Teşkilatı: Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyi

Birleşmiş Milletler Şartının 27. maddesi, taraf olan ülkelerin uluslararası barışın ve güvenliğin korunması bağlamında kuvvet kullanımı da dâhil olmak üzere Güvenlik Konseyini tam yetkili olarak atadıklarını ve tanıdıklarını belirtir. Bu bağlamda uluslararası nitelik içeren ya da içermesi muhtemel her türlü kriz, anlaşmazlık ve çatışma hallerinde Güvenlik Konseyi her türlü karar alma ve fiiliyata sokma anlamında tek yetkili ve aynı zamanda tek mesul organdır²⁸. Kolektif güvenlik sisteminin doğal bir sonucu olarak tan-zim edilen bu organ, kuruluşunda beşi daimi olmak üzere 11 üyeden müteşekkilen, daha sonrasında yapılan düzenlemeyle daimi üyeler mahfuz kalmak üzere 15 üyeye çıkarılmış ve daha global bir temsiliyet kazanması amaçlanmıştır²⁹. Mamafih, Şartın 27. maddesinin 3. fıkrası ile beş daimi üyeye (ki bunlar ABD, SSCB – daha sonrasında bu devletin devamı niteliğinde olan Rusya – Fransa, Büyük Britanya ve Çin olmak üzere İkinci Dünya Savaşının galip tarafında yer alan beş büyük devlettir) alınacak Güvenlik Konseyi kararlarını engelleyebilecek veto yetkisinin tanınması³⁰, global kriz, anlaşmazlık ve çatışma hallerinde kolektif güvenlik sisteminin harekete ge-

27 John C. YOO, "Force rules: UN reform and intervention", *Chicago Journal of International Law*, 2006, s. 3; Robert J. DELAHUNTY, "Paper Charter: Self-defense and the failure of the United Nations Collective Security System", *Symposium on Reexamining the law of war, Catholic University Law Review*, 2007, s. 898.

28 Bkz. Birleşmiş Milletler Şartı V. VI. ve VII. Bölümler.

29 "The number of non-permanent members was increased from six to ten by an amendment of the Charter which came into force in 1965". Bkz. <http://www.un.org/sc/members.asp> (ET: 21 Eylül 2012).

30 BM Şartında veto kelimesine rastlanılmasa da, herhangi bir kararın kabul edilmiş olması için daimi üyeler arasında oybirliği aranması, en azından çekimser kalmasının gerekli olması, herhangi bir devletin müspet oy vermemesi halinde kararın reddedilmiş olacağına kurgulanması, tipik bir veto yetkisi etkisidir. Bkz. Müzehher ÇUBUKGİL, "Birleşmiş Milletler Teşkilatında Veto", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, cilt: 7, sayı: 3, 1950, ss. 174-191, s. 178.

çebilmesi için bu beş devletin tam ittifakına ihtiyaç duyulmasına yol açmış ve Güvenlik Konseyinin beş daimi üyeye bağımlılığına sebep olmuştur³¹.

Bu bağımlılığın ve veto yetkisinin varlığının ortaya çıkardığı ilk büyük kriz 1950 Kore savaşıdır. Bu savaş, iki kampa ayrılmış bir dünyada temsil eden her iki kampın lider ülkelerine tanınmış veto yetkisi, dolaylı sıcak çatışmaların tercih edildiği soğuk savaş ortamında, öngörülen kolektif güvenlik sisteminin ve Güvenlik Konseyinin ne denli kırılgan bir altyapıya ve edilgen bir mekanizmaya sahip olduğunu gözler önüne sermiştir³². Her ne kadar kolektif güvenlik sisteminin işleyişi, yerel ve global krizlerin baş aktörlerinin ya da arka plan müsebbiplerinin ortak karar alma mekanizması ile kalıcı ve kesin sonuca ulaştırıcı bir katkıda bulunma amacıyla tasarlanmış olsa da, veto yetkisinin bulunması, başta iki süper güç olmak üzere beş daimi üyenin kendi menfaat ve algılamalarını önceleyen ve buna göre sistemin işleyişini belirleyen bir fren aygıtı ortaya çıkarmıştır³³.

Kuruluşundan bu güne kadar beş daimi üye 270'i aşkın Güvenlik Konseyi kararını veto etmişlerdir³⁴. Veto edileceğine kesin gözüyle bakılan ya da kuşkulanan ve bu sebeple oylamaya sunulmayan yüzlerce karar tasarısı bu sayı dâhilinde değildir. Tüm bu veto kullanımı ya da kullanma tehdidini içeren karar ya da karar tasarılarına bakıldığında, öncelikli olarak beş daimi üye devletin kendi fiiliyatı ya da menfaati hakkında hiçbir kararın çıkmasına müsaade etmediklerinin tespiti zor olmayacaktır. Yine, dolaylı dahi olsa menfaatlerine hanel getirebilecek üçüncü devletlere ilişkin karar ve karar tasarıları da veto yetkisinin gölgesinde kalmaya mahkûm bırakılmışlardır. İlk

31 “Powerful states were persuaded to exchange wide rights of self-defense for collective decisions to use force pursuant to Chapter VII of the U.N. Charter. Under this global allocation of authority to a council of the most powerful states, the five powers could control U.N. Security Council decisions to use force to protect their interests by exercising their veto power”, Tai-Heng CHENG, Eduardas VALAITIS, “Shaping an Obama Doctrine of Preemptive Force”, *Temple Law Review*, 2009, s. 749.

32 Olivier CORTEN, “La sécurité collective, un rêve contrarié”, *Le monde diplomatique*, septembre 2005.

33 Habib SLIM, “La Charte et la Sécurité Collective : De San Francisco à Baghdâd”, in. *Les métamorphoses de la sécurité collective: droit, pratique et enjeux stratégiques*, Journée Franco-Tunisienne, Pédone, Paris, 2005, s. 15. ; “The Cold War meant that a decision by the Council to use force was generally viewed as favoring or disfavoring one side or another. As so characterized, a veto was inevitable”, Mary Ellen O'CONNELL, “Regulating the Use of Force in the 21st Century: The Continuing Importance of State Autonomy”, *Columbia Journal of Transnational Law*, 1997, s. 473-482.

34 Bkz. <http://www.globalpolicy.org/component/content/article/102/40069.html> (ET: 21 Eylül 2012).

duruma örnek olarak, 2008 Rusya-Gürcistan savaşı esnasında ve akabinde Birleşmiş Milletler gözlemcileri için dahi olsa –bırakınız savaşı kınamayılınması teklif edilen karar tasarısı Rusya'nın vetosuna takılması gösterilebilir³⁵. İkinci duruma ilişkin ise 2012 içinde Rusya ve Çin'in defaten gerek kullanma tehdidinde bulunduğu ve gerekse kullandıkları Suriye'deki iç savaşa ilişkin Birleşmiş Milletleri harekete geçirmeye yönelik karar tasarıları misal olarak verilebilir³⁶. Bu açıdan, kolektif güvenlik sisteminin ve Güvenlik Konseyinin işleyişinin ancak beş daimi üye ülkenin menfaatlerine hanel getirmeyecek konularda mümkün olabildiğinin tespiti zor olmayacaktır³⁷.

Kolektif güvenlik sisteminin fiili tatbikini sağlayan Birleşmiş Milletler Şartı'nın 7. Bölümünün askeri önlem almaya ilişkin 42. maddesine atıfla Güvenlik Konseyi'nin uluslararası bir operasyonun yolunu açtığı vaka sayısı 67 yıllık Birleşmiş Milletler tarihinde sadece 3 vaka ile sınırlı kalmıştır. Her ne kadar tek taraflı müdahaleler sonrası meşrulaştırıcı ve düzenleyici rol oynama konusunda cömert davranırsa da³⁸, Güvenlik Konseyi'nin ortak bir kararlar uluslararası kriz ve çatışmalara silahlı aktif müdahalesi yalnızca 1990 yılında Irak'ın Kuveyt'i işgali akabinde diplomatik çabaların sonuç vermemesi üzerine³⁹ ve yine 2011 yılında Libya iç savaşı yaşanırken, muhali güç-

³⁵ S/2009/310, 14 Haziran 2009.

³⁶ Ekim 2011, Şubat 2012 ve son olarak 19 Temmuz 2012'de üç kez Suriye'ye yaptırım içeren Güvenlik Konseyi karar tasarıları Rusya ve Çin tarafından veto edilmiştir. Benzer içeriğe sahip üç karar tasarığının ardı ardına veto edilmesi Güvenlik Konseyi tarihi içinde bir ilki oluşturmuştur. Bkz. <http://www.wikistrike.com/article-syrie-la-russie-et-la-chine-mettent-leur-veto-a-de-nouvelles-sanctions-108318283.html> (ET: 21 Eylül 2012).

³⁷ Philippe M. DEFARGES, "La fin des Nations Unies? L'empire et le droit", *AFRI*, 2004, s. 272.

³⁸ NATO'nun 1999 yılında tek taraflı gerçekleştirdiği Kosova müdahalesi sonrası S/RES/1244 (10 Haziran 1999), ABD'nin 11 Eylül sonrası Afganistan müdahalesi sonrası S/RES/1378 (14 Kasım 2001) ve ABD'nin 2003 yılında Saddam rejiminin sonunu getiren müdahalesi sonrası S/RES/1510 (13 Ekim 2003). Yine Birleşmiş Milletler'in "6 buçukuncu" bölümü olarak doktrin tarafından nitelendirilen ve birden çok çeşide sahip "Barış Operasyonları" ya da "Mavi Bereliler Operasyonu", içeriğini Şartın 6. Bölümünden almaları nedeniyle ve yine sadece savaş ve kriz sonrası toplumsal yaraların sarılması ya da arabulucu ve ayırıcı olarak görev almaları nedeniyle bu kapsamda değerlendirilmeli ve kolektif güvenlik sistemi dâhilinde değil "uluslararası arabuluculuk ve organizasyon" mahiyetinde kabul edilmelidir. Bu anlamda Birleşmiş Milletlerin tarihi savaş sonrası kırılıp dökülenleri toparlamak ve temizlemek için tertip ettiği operasyonlarla doludur. Şu ana kadar görevini tamamlayıp sonra erdirilmiş 47 operasyon gerçekleştirilmiş ve hâlihazırda bu maksatla 15 operasyon bölgesinde "Mavi Bereliler" bulunmaktadır. Detaylı bilgi için bkz. <http://www.un.org/fr/peace/> (ET: 21 Eylül 2012).

³⁹ S/RES/678, 29 Kasım 1990.

lere karşı Kaddafi rejiminin büyük bir katliama girişeceği endişesiyle sınırlı kapsamlı ve maksatlı müdahale izninde⁴⁰ mümkün olabilmiştir. Kuzey Mali'de *de facto* bir oluşum sağlayan ve hâkim toplumsal dokudan ayrılan Tuareg'lerin ayrılıkçı hareketleri, darbe neticesi ortaya çıkan bu bölünmüş durumu ortadan kaldırmak amacıyla Güvenlik Konseyi'nin gündemine girmiş ve tam bir ittifakla 2071 sayılı karar çıkarılmış ve mevcut durumu sonlandırmak maksadıyla askeri müdahale imkânı tanınmıştır⁴¹.

Bu üç vakada ise Güvenlik Konseyi'nin böylesi bir karar alabilmesi ne uluslararası barışa ve ne de güvenliğe BM Şartının 42. maddesinde verilen yetkiyle orantılı ve sınırlı bir katkı sunabilmiştir. Birinci Körfez Harbinde 51. maddede belirtilen kolektif meşru müdafaa imkânının kullanılmaması için hiçbir engel yok iken, Soğuk savaşın bitiminin ilk anlarında ortaya çıkan konjonktürel uluslararası politikanın sonucunda Güvenlik Konseyi'nin kararı beklenmiş ve sonrasında müdahale edilmiştir. Bu politika Kuveyt'in tabii kaynaklarının ciddi oranda zarar görmesine ve ciddi insan kaybına neden olmuştur. Mamafih, daha sonra "çöl tilkisi" operasyonunu yapan koalisyon, 2 Ağustostaki işgalin hemen ardından Kuveyt hükümetinin kolektif meşru müdafaa çağrılarını dikkate alıp yardıma gitmiş olsalardı, hem uluslararası hukuk kapsamında bir operasyon yapmış olacaktı, hem de böylesi bir sonuca sebebiyet vermemiş olacaktı.

İkinci vaka ise çok daha vahim sonuçlar doğurmuştur. Güvenlik Konseyinin 1973 sayılı kararı Libya'nın doğusu ile batısı arasında, iki ana çatışan unsurun ana karargâhları Bingazi ve Trablus arası, uçuşa yasak bölge konularak olası bir havadan bombardıman ve katliamı engellemeye yönelik hükümler içerse de ve yine bunu insani müdahale çerçevesinde değerlendirse de, başta Fransa olmak üzere uluslararası koalisyon bu kararı tecrit edilmiş bir rejim olan Kaddafi rejiminden kurtuluş imkânı olarak değerlendirip, tam bir müdahaleye çevirmeleri, o günden itibaren Güvenlik Konseyi tarafından alınacak en ufak müdahaleye imkân verebilecek kararlara ilişkin daimi üyeler ve veto yetkisine sahip ülkelerden Rusya ve Çin'in kati direnişine sebep olmuştur. Bu durum, insani durumun ötesinde, gerek ulusal, gerek bölgesel ve gerekse uluslararası kriz ve çatışmaya dönme potansiyelini en yüksek şekilde taşıyan "Arap baharının" yaşandığı bugünlerde Birleşmiş Milletler ve Güvenlik Konseyi'nin paralize olmasıyla neticelenmiştir⁴².

40 S/RES/1973, 17 Mart 2011.

41 S/RES/2071, 12 Ekim 2012.

42 http://gimun.org/sites/default/files/users/4/2011_panel_1.pdf (ET: 18 Ekim 2012).

III. Sonuç Yerine

16 Aralık 2010 tarihinde elinden alınan işporta tezgahını protesto amacıyla kendini yakan üniversite mezunu Tunuslu Boazizinin yaktığı isyan ateşi Arap ülkelerinde kitlesel direniş ve diktatörlere karşı demokrasi taleplerine dönüşüp iç savaflara evirilince⁴³, küresel jandarma ve hükümet niteliğinde öngörülüp uluslararası barışı korumak ve kollamakla görevlendirilmiş Birleşmiş Milletler Teşkilatı ve onun icra organı Güvenlik Konseyinin reaksiyonu merakla beklenmiş ve 2003 yılında Amerika Birleşik Devletleri'nin Irak müdahalesiyle kimilerince ölüm ilanı çıkarılmış bu global teşkilat yeni ve belki de nihai imtihanla baş başa bırakılmıştır⁴⁴. Yaklaşık iki yıla yakın sürede Güvenlik Konseyinin tutunduğu/tutunabildiği tavır ve aldığı/alabildiği kararlar önce hasta bir teşkilatın son çabaları olarak görülebilirse de, sonrasında tamamen kilitlenmiş ve işlevini kaybetmiş, bitkisel hayata girmiş bir hasta gibi fişinin çekilmesini beklemektedir⁴⁵.

Kolektif güvenlik sisteminin işleyişi, uluslararası barış ve güvenliğin tesisi ve korunmasında tek ve tam yetkili Güvenlik Konseyi'nin daimi ve veto yetkili beş üye ülkeye bağımlılığı neticesi, kuruluşundan bugüne işlemez durumdadır⁴⁶. Bu beş üye ülke ise kendi menfaatleri gereği, kolektif güvenlik yerine bireysel güç kullanımını öncelendiği ve yeğlediğinden dolayı, kolektif güvenlik sisteminin daimi bir işlevsizliğe ve krize terk edildiğinin altını çizmek gerekir⁴⁷. Bu noktadan hareketle Birleşmiş Milletleri yeniden

43 Abdullah TAŞKESEN, "Arap dünyasında demokratikleşme hareketleri", *Akademik İncelemeler Dergisi*, cilt:6, sayı: 2, 2011, ss. 259-270; Bkz. "Chroniques des faits internationaux", *RGDIP*, 2011, s. 560-562.

44 Libya için tamamen janjanlı gerekçelerle çıkarılan ve asla belirtilen sınırlamalarına riayet edilmeyen Güvenlik Konseyi'nin askeri müdahaleye yeşil ışık yakan 1973 sayılı kararı, defalarca veto yiyen ve son derece sınırlı insani amaçları içeren Suriye'ye ilişkin karar tasarıları, Mali'de darbe neticesi ortaya çıkan *de facto* bölünmüş durumu ortadan kaldırmak amacıyla tam bir ittifakla çıkarılan 2071 sayılı karar ile verilen müdahale yetkisi, Teşkilatın yüce amaçlarının sadece kâğıt üzerinde kaldığının ve beş daimi üyenin ortak menfaatlerinin gerektirdiği hareketleri meşrulaştırmaktan başka bir amaca hizmet etmediğinin bir fotoğrafını çekmektedir.

45 Alexander BENARD, Paul J. LEAF, "Modern Threats and the United Nations Security Council: No Time for Complacency (A Response to Professor Allen WEINER)", *Stanford Law Review*, 2010, s. 1434.

46 Maxime LEFEBVRE, *Le jeu du droit et de la puissance*, éd. PUF, 3. Ed., Paris, 2007, s. 230.

47 "Submission by the United States and United Kingdom to the process of judgment by peers, which is at the core of the UN system, would have served those countries' national

düşünüp reforme etmek, ya da Milletler Cemiyetinden Birleşmiş Milletlere geçişte olduğu üzere, yeni ve derin bir global kriz beklemeden yenilemek gerekmektedir⁴⁸.

interests far better, and at lower cost, than the policy they pursued unilaterally”, Thomas M. FRANCK, “Humanitarian and Other Interventions”, *Columbia Journal of Transnational Law*, 2005, s. 331.

- 48 Naim DEMİREL, “Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyinde Reform Arayışları”, *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, 12. Sayı, ss. 132-151; Jetta BRUNNEE, “The Security Council and Self-Defence: Which way to Global security?”, *The Security Council and the use of force. Theory and reality- a need for change ?*, ed. Niels BLOKKER Nico SCHRIJVER, Martinus Nijhoff publishers, Leiden / Boston, 2005, s. 132. “*In sum, positive duties follow upon the “monopolization of a particular path of relief” as a matter of international law, and if the Security Council--the organ primarily responsible under the Charter for the maintenance of international peace and security--fails in its duty to defend against threatened violence, even the most restrictive positivists cannot in good conscience strenuously object to the proposition that in such cases “the law of nature” makes the individual state its ‘own protector’*”, William C. BRADFORD, “The Duty to Defend Them”: A Natural Law Justification for the Bush Doctrine of Preventive War”, *Notre Dame Law Review*, 2004, s. 1459.

ANAYASAL AÇIDAN BÜTÇE HAKKI

*Yrd. Doç. Dr. Recep NARTER**

ÖZET

Çalışmada, parlamentonun doğuşuyla eş zamanlı olarak gelişen bütçe hakkı üzerinde durulmuştur. Bütçe hakkının diğer anayasal ilkelerle olan yakın ilişkisi ve çoğu zaman onları anlamlı kılma yönündeki önemli işlevi ortaya konulmaya çalışılmıştır. Bütçe hakkının etkin şekilde nasıl kullanılabilceğine yönelik eleştiri ve önerilere yer verilmiştir.

Anahtar Kelimeler: Bütçe Hakkı, Parlamento, Denetim,

ABSTRACT

THE BUDGET RIGHT FROM CONSTITUTIONAL ASPECT

It is embhasized that the budget right which has been progressed as the same time parliament progress in the article. It is tried to put down to the fact that the budget right is close connected with other constitutional principles and it has some important functions that gives them the real meanings. There are some critics and suggestions in the article about how the budget right is managed more active and functional.

KeyWords: Budget Right, Parliament, Auditing.

GİRİŞ

Temsilciler aracılığıyla yönetilme, yönetme işinin tam anlamıyla yöneticilere bırakılmış olması anlamına gelmemektedir. Günümüz modern demokrasileri açısından “seçme” nin yanında “denetleme” de oldukça önemli bir fonksiyona sahiptir. Seçimler aracılığıyla oluşan siyasi yapılanmalarda, toplumsal tercihlerin siyasal kararlara yön vermesi ve bütçe yoluyla da kamu politikası-hizmetine dönüştürülmesi söz konusudur. Bu süreçte parlamentonun üstleneceği rol bütçe hakkı açısından büyük öneme sahiptir.

Bütçe hakkı yoluyla ve çoğu zaman parlamentolar aracılığıyla yöneticilere, sunacakları hizmetin kaynaklarını belirleme, toplama ve harcama konusunda yetki verilmekte ardından bu yetkinin yerinde kullanılmış olup olma-

* Karadeniz Teknik Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mali Hukuk ABD Öğretim Üyesi.

dığı denetlenmektedir. Gerek bütçeye ilişkin hemen her sürecin uzmanlık bilgisini gerektirmesi gerekse özellikle parlamenter demokrasilerde parlamento-hükümet ilişkilerinin ayrılığa değil işbirliğine dayanıyor olması, siyasi partilerin yapıları, yürütme organının parlamentolar karşısında giderek daha güçlü bir konuma gelmesi, bütçe hakkının etkin kullanımını engelleyecek şekilde gelişen bir süreci beraberinde getirmiştir. Gelişen teknoloji ile birlikte iletişim, haberleşme ve bilgi edinme kaynaklarının yaygın ve etkin şekilde kullanılabilir olması bu süreci bir ölçüde tersine çeviriyor olsa da tek başına yeterli olacağını söylemek mümkün değildir. Bu durumda bütçe hakkının etkin kullanımını sağlayacak anayasal-yasal yolların işletilmesi de gerekmektedir.

I. KAVRAMSAL ÇERÇEVE

Halkın, mutlak iktidarın sınırlanmasına yönelik talebi ilk olarak kendisini, vergilendirme alanında göstermiş ardından “bütçe hakkı” olarak kavramsallaştırılmıştır. Bu talep ve girişim parlamentoculuğun da doğuşuna sebebiyet vermiştir. Zira halk, her türlü karar alma yetkisi ile birlikte vergi koyma ve toplanmasına izin verme; verginin harcanacağı yeri belirleme ve bu harcamanın denetimini yapma yetkisini de parlamentolara bırakmıştır. Parlamentoların vergiler konusunda yetkili olması, kamu hizmetlerini belirleyip kamu harcamalarına yetki vermesi ve bütçeyi onaylayıp denetlemesi, bütçelerin yürütme üzerinde siyasal kontrolün en önemli aracı olarak gelişmesi sonucunu da doğurmuştur.¹ Bu bakımdan, Tarihsel kökeni 1215 “Magna Carta Libertatum”la başlayan, gelir ve giderlerin tür ve miktarının belirleme yetkisinin kime ait olduğu konusunda yaşanan mücadelelerin sonucunda halkın temsilcilerinin bütçe üzerinde elde ettikleri, yürütmenin vergi toplamasına izin verme ve harcama yapmasına onay verme yetkilerinin² bütünü “bütçe hakkı” terimiyle karşılanmıştır.

1 “Parlamento bütçeyi görüşüp onamak için yaptığı incelemeler ve araştırmalar sırasında gelir ve giderlerin temeli ile ilgili siyasi tasarruflarda bulunmuş olur. Bütçeyi her sene yeni baştan tasdik etmek, zaruri olarak kabinenin gelir ve gider politikasını bir daha gözden geçirmek, hükümeti adeta umumi bir sorguya çekmek imkanı bahşeder. Demokratik memleketlerde ve bu arada bizdeki uygulama bu şekilde olmakta ve bütçenin özel bir önem kazanması bu siyasi kontrol fonksiyonundan ileri gelmektedir.” Bkz. FEYZİOĞLU, Necmettin Bedi; **Nazari, Tatbiki, Mukayeseli Bütçe**, 5.Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul 1976, s.7.

2 GÖZLER, Kemal; **Anayasa Hukukunun Genel Teorisi**, Cilt I, Ekin Basım Yayın Dağıtım, Bursa, 2011, s. 746.

Bütçe, otoriterlikten demokrasiye geçişi ve yöneticilerin kamu kaynakları üzerinde kullanacakları yetkinin kurallara bağlanmasını³ sağlayacak en önemli yollardan biridir.⁴ Bütçeler bu anlamda bir sözleşme fonksiyonunu yerine getirmektedir. Bu sosyal sözleşmenin bir tarafı vekili olduğu halk adına hareket eden parlamento iken diğer tarafı yürütme gücüdür. Parlamentolar bütçeye ilişkin süreçlerde yürütülecek bütün hizmetlere kaynak oluşturma yetkisinden harcama yapma yetkisine kadar yürütmeye yetki verme ve onu denetleme görevini üstlenmişken, yürütme gücü de devraldığı bu yetkinin siyasi ve hukuki sorumluluğu ile karşı karşıya bulunmaktadır.⁵ Bu süreçlerin tamamının hukuki ilke ve kurallara tabi tutulması ve süreçlerin şeffaf şekilde işletilerek bütçe hakkının asıl sahibi olan halkın her aşamadan haberdar olabilmesi/bilgi edinebilmesi, ilgili hakkın anlam ifade edebilmesi için asgari koşullardır.

II. TARİHİ GELİŞİM

İlk demokrasi savaşımının mutlak iktidarların vergilendirme konusundaki keyfi tutumlarına karşı başlatılması, halk temsilcilerinden oluşan mekânizmaların(yasama organı) ilk yetkilerini vergilendirme alanında düzenleme yapmak şeklindeki kazanımlarına sebep olmuştur.⁶ Mutlak iktidarın sınırlanmasının tarihsel simgesi olan Magna Carta, halk hareketine dayanmasa da vergilendirme yetkisine konulmuş ilk sınırlama olması bakımından oldukça önemlidir. Ancak asıl önemli adımlar 17. yy'da İngiltere'de (Petition of Rights ve Bill of Rights) ve ardından Fransa'da devrimin önde gelen sebeplerinden biri olarak kralın sınırsız ve keyfi vergilendirme yetkisinin sınırlandırılması talebinin İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirisi'ne yansıtılması olmuştur.⁷ Amerika'da ise ulusal bağımsızlığın kazanılması ve demokratik bir sistemin kurulması; İngiltere'nin savaşın finansmanı için koyduğu vergilere

3 “Zira, bütçeye kanun şeklini vermek ve millet meclislerinin tasdikinden geçirmekle güdülen asıl pratik gaye, kesenin kordonunu millet mümessillerinin elinde bulundurmaktır.” Bkz. FEYZİOĞLU, a.g.e. s. 12,13.

4 Benzer yönde bkz. TÜĞEN, Kamil; **Devlet Bütçesi**, 10. Baskı, İzmir, 2011, s. 3.

5 BAĞLI, Mehmet Selim; “Parlamento-Bütçe İlişkilerinde Stratejik Plan ve Faaliyet Raporlarının Önemi”, **Yasama Dergisi**, S. 17, Ocak-Şubat-Mart-Nisan, 2011, s. 41.(39-80).

6 ÇAĞAN, Nami; “Demokratik Sosyal Hukuk Devletinde Vergilendirme”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 37, S. 1-4, 1980, s. 131; GÖZLER, a.g.e., s. 748-752.

7 İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirgesi, m. 13, 14, bkz. http://tr.wikipedia.org/wiki/%C4%B0nsan_ve_Yurtta%C5%9F_Haklar%C4%B1_Bildirisi, (Erişim: 09.05.2012).

karşı The Tea Party'nin başlattığı hareketle gerçekleşmiştir.⁸ 1776'da ilan edilen Bağımsızlık Bildirisi'nde ise rızasız vergi konulamayacağı ilkesi ile gerçek ifadesini bulmuştur. Bütçe hakkının, yürütme organının vatandaşlara ülkenin yönetiminde söz hakkı tanımaksızın vergi koyma yetkisinin olmayacağı şeklindeki en temel ilkesi, Amerikan Devrimine ilham kaynağı olmuş ve "Temsilsiz vergi olmaz." şeklinde sloganlaşmıştır.⁹ Bu evrilme İnsan Hakları Evrensel Beyanamesi 17/2. m.' si ve İnsan Hakları ve Ana Hürriyetlerini Korumaya Dair Sözleşmeye Ek Protokol'ün 1.m.'si ile devam etmiştir.¹⁰ İngiltere'de 19. Yy, Fransa'da 1950'li ve Amerika'da 1960'lı yıllarda modern anlamda bütçe anlayışı ve ona bağlı olarak bütçe hakkı oturmayaya ve daha işlevsel şekilde kullanılmaya başlanmıştır.¹¹

Yaklaşık yedi yüzyıl süren tarihsel gelişiminden sonra bugünkü anlamını bulan bütçe hakkı; devletin yapacağı harcamaların yeri ve çerçevesini ve bu harcamalar için halka ne gibi yükümlülükler yükleyeceği konusunda, halkın ya da onun adına karar vermeye yetkili organların söz sahibi olmalarını ifade etmektedir. Bu bakımdan bütçe hakkı, mali alandaki egemenlik yetkisinin açık bir göstergesi haline gelmiştir.¹²

III. ANAYASAL KAVRAMLARLA İLİŞKİSİ

Bütçe hakkı ile demokrasi kavramının yakın ilişkisinden bahsetmek mümkündür. Demokrasinin günümüzde kazandığı anlam bakımından, seçmen, seçimler aracılığıyla kendisine sunulacak kamu hizmetini yaratacak ve sağlayacak makamları belirlemekte ve bu makamların ilgili hizmetleri yerine

⁸ CAN, Osman; **Yol Ayrımında: Statükodan Önce Son Çıkış**, Timaş Yayınları, İstanbul, 2012, s. 57-58; NAHİT, Yüksel; "Anayasa Yargısında 'Olağanlık' ve 'İlgililik': Bütçe Yasaları", Anayasa Mahkemesinin Kuruluşunun 50. Yıl Armağanı, (Ed. Alparslan Altan, Engin Yıldırım, Erdal Tercan, Hikmet Tülen, Ali Rıza Çoban), **Anayasa Mahkemesi Yayınları**, 2012, s. 603-604.

⁹ Bildiri için bkz. http://tr.wikisource.org/wiki/Amerikan_Ba%C4%9F%C4%B1ms%C4%B1zl%C4%B1k_Bildirgesi, (Erişim: 10.05.2012).

¹⁰ İlgili metinlere; www.mevzuat.adalet.gov.tr adresinden ulaşılabilir. (Erişim: 10.05.2012).

¹¹ Batıda bütçenin gelişimiyle ilgili süreç için bkz. TÜĞEN, **a.g.e.** s. 5-12; FEYZİOĞLU, **a.g.e.** s.15-37; Bu konuda ayrıca bkz. VURAL, Tarık/RAKICI, Cemil; "Bütçe Hakkının Tarihi Gelişimi (İngiltere ve Türkiye)", **Vergi Sorunları Dergisi**, Sayı 225, Haziran 2007, s.144- 155.

¹² YILMAZ, Hakan M./BİÇER, Mustafa; "Parlamentonun Bütçe Hakkını Etkin Kullanımının Yeni Bütçe Sistemi Çerçevesinde Değerlendirilmesi", **Maliye Dergisi**, Sayı: 158, Ocak-Haziran 2010, s. 206.

getirebilmesi için kullanacağı yetkiye onay vermekte, ardından bu yetkinin veriliş amacına uygun şekilde kullanılıp kullanılmadığını denetlemektedir. Demokratik bir sistemde bütçe hakkı; kamu gelirinin kaynağının, nasıl elde edileceğinin ve harcandığı yerin bilinmesi, bütçeyi meydana getirecek ve kullanacak makam ve kişilerin seçim yoluyla belirlenmesi ya da demokratik, hukuki usullerle değiştirilebilmesi imkânını vererek seçmeni sürece hâkim kılmaktadır.¹³ Bu anlamda modern dünya anayasalarında olduğu gibi vergi vermenin bir hak olduğuna yönelik yaklaşım ve İtalya (Any. m. 53)¹⁴ ve Türkiye’de (Any. m. 73) olduğu gibi vergiye ilişkin düzenlemelerin siyasal haklar ve yükümlülüklerle ilişkilendirilmesi bunun somut göstergesidir(Any. m. 73).¹⁵

Bütçe hakkı ile ilgili olarak demokrasi açısından denetim kavramının da büyük bir önemi vardır. Denetim, esas olarak, yetki devri suretiyle gerçekleştirilen faaliyetlerin, devredilen yetkinin, devir kıstasları çerçevesinde kullanılmasının temini amacına hizmet eder.¹⁶ Bu nedenle, başkalarına ait kaynağı ya da yetkiyi kullanmanın var oluşundan beri kontrolün veya denetiminde var olduğu ya da var olması gerektiği söylenebilir. Bütçe açısından ele alındığında bütçe ile ilgili doğrudan karar verme konusunda parlamentoların yetkisinin gerekli olmadığı söylenebilirse de bütçeye ilişkin başlangıçta verilen yetkinin ve parlamenter demokrasilerde(ve tabi ki diğer hükümet sistemlerinde) hükümetin kuruluşunda kendisine verdiği onayın o çerçeveye uygun kullanılıp kullanılmadığının etkili şekilde denetlenebilmesi gerekmektedir.

Bütçe konusunda gelişen yeni yaklaşımlar demokrasinin uygulanabilirliğine de katkı yapmaktadır bu bakımdan “katılımcı bütçeleme”, “cinsiyete duyarlı bütçeleme” gibi bütçe yaklaşımları ve bu yönde gelişen adımlar büyük önem arz etmektedir.¹⁷

13 ÇAĞAN, Nami; “Demokratik Hukuk Devletinde Vergilendirme”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 37, S.1-4, 1980, s. 130-131.

14 İtalyan Anayasası İngilizce metin için bkz. http://www.servat.unibe.ch/icl/it00000_.html, (Erişim: 12.05.2012).

15 Bu bölüm, NARTER, Recep; “Vergi Ödevi İlişkisinde Hukuki Güvenlik İlkesi”, **Hukuk Biliminin Güncel Sorunları III. Uluslararası Kongre Bildiri Kitabı(Kamu Hukuku)**, Cilt I, 4-6 Mayıs 2012 Samsun, Adalet Yayınevi, s. 571-573’ten alınmıştır.

16 BAĞLI, a.g.m., s. 49.

17 TÜĞEN, a.g.e., s. 22-23; Katılımcı bütçeleme ve cinsiyete duyarlı bütçeleme için bkz. ÖZEN, Ahmet/YONTAR, İbrahim Güray; “Katılımcı Demokrasi Anlayışında Bütçeleme: Katılımcı Bütçeleme” **Maliye Dergisi**, Sayı 156, Ocak- Haziran 2009 s.280-293; “İyi Yönetişim İçin Örnek Bir Model: Katılımcı Bütçeleme”, **TEPAV, Yönetişim Etüt-**

Bütçe hakkının kuvvetler ayrılığı teorisiyle de oldukça yakın ilişkisi vardır. Devletin egemenlik yetkisini parçalayarak, birbirini sınırlayıp denetleyecek organlara vermenin egemenlikten kaynaklanan yetkilerin sınırsız ve keyfi kullanımını engelleyeceği açıktır. Bu bakımdan egemenlik yetkisinin bir tezahürü olan vergiye ilişkin düzenleme yapma yetkisi parlamentolara ait kılınarak¹⁸ yürütme gücünün siyasi ya da başka amaçlarla yapacağı keyfi düzenlemelerin halkın doğrudan temsilcileri aracılığıyla önüne geçilmekte, aynı zamanda bağımsız yargı organları yoluyla da ilkinin yapacağı düzenlemelerin hukuka uygunluğu denetlenebilmektedir. Kuvvetler ayrılığı teorisinin bir biçimi olan parlamenter sistem ve başkanlık sistemlerinde bütçe konusu, yasama ve yürütme organları arasında en önemli etkileşim araçlarından biridir. Parlamenter sistemde bütçenin onaylanması yürütmeye siyasal anlamda verilmiş bir güveni ifade ederken, başkanlık sisteminde en az başkan kadar meşruiyete sahip parlamentonun, fren denge mekanizması içinde, başkana karşı kullandığı en önemli fren aracıdır. Örneğin Amerika'da Başkan, bütçesi için Kongreden onay almalıdır. Bu onayı alabilmek için de Kongreyle uyumlu çalışmalı işbirliği içinde olmalıdır.¹⁹

Hukuk devleti ilkesi ile olan ilişkisi ise çok daha somut olarak karşımıza çıkmaktadır. Zira bütçe hakkıyla bağlantılı olarak vergilendirme yetkisiyle devlet doğrudan doğruya mülkiyet hakkına müdahale ederken, bunun yanın-

leri Programı, Mart, 2007, (Erişim: www.tepav.org.tr, 04.04.2013); KLATZER, Elisabeth; "Yerel Yönetimlerde Toplumsal Cinsiyet Eşitliği ve Bütçeleme Kılavuzu", **TESEV İyi Yönetişim Programı**, (Erişim: www.tesev.org.tr, 04.04.2013).

¹⁸ Ancak klasik kuvvetler ayrılığı teorisinin, yerini güçlü yürütme talebine bırakmasıyla (örneğin başkanlık sistemi, yarı başkanlık sistemi ve başkanlı parlamenterizm)-parlamenter sistemin zayıf (güçsüz/istikrarsız) yönlerine ilişkin tartışma için bkz.; GÖZLER, a.g.e. s. 613-618- yürütme açısından değerlendirilmesi çeşitli ülke anayasalarında ve Türkiye'de vergiye ilişkin düzenleme yapma yetkisi salt parlamentolara ait bir yetki olmaktan çıkmış ve ekonomiye etkin şekilde ve zamanında müdahale edebilmek amacıyla yürütmeye bu alanda yetkiler tanınmıştır. Vergilendirmenin ancak kanunla yapılabileceği ilkesinin istisnalarına anayasalarında yer veren ülkeler açısından Alman Anayasasında vergilerin kanuniliği ilkesi açıkça benimsenmiş olmakla birlikte (m. 72/2 ve 105) 80/1.maddesine göre vergilendirme yetkisinin yasama organından yürütme organına devri mümkündür. Fransız Anayasası 34/2.maddesinde verginin kanuniliğine ilişkin düzenlemenin ardından 47.maddesinde yürütme organına yetki vermiştir. İtalyan Anayasası 23. Maddedeki kanunilik prensibine uygun düzenlemesinin ardından 76 ve 77.maddesiyle bu durumun istisnasına yer vermektedir. 1961 Anayasasının 61/3(1971 değişikliği) ve 1982 Anayasasının 73/4.fıkra düzenlemesi de bu eğilimi göstermektedir. Fransız ve Alman Anayasa metinlerine <http://www.servat.unibe.ch/icl/> adresinden ulaşılabilir. Konuya ilişkin ayrıntılı açıklamalar için bkz.; ÖZ, Ersan; **Vergilendirmede Kanunilik ve Türk Vergi Sistemi**, Gazi Kitabevi, Ankara, 2004, s. 83-92.

¹⁹ GÖZLER, a.g.e., s. 579.

da kişilerin yapmayı düşündükleri işten seyahat özgürlüğüne kadar birçok temel hak ve hürriyet alanına da müdahil olmaktadır.²⁰ Bu açıdan, hukuk devletinin asgari şartlarının, devletin vergilendirme yetkisini kullanırken de sağlanmış olması gerekir. Vergilendirme yetkisi ile ilgili olarak bu şartlardan en önemlileri kuşkusuz bütçenin ve vergilerin kanuniliği, anayasaya uygunluk denetiminin mümkün olması, idarenin eylem ve işlemlerinin yargı denetimine tabi olması, kazanılmış haklara saygı, devletin mali sorumluluğu,²¹ yasama organından yürütme organına yetki devrinin şartlarının önceden belirlenmiş olması,²² vergi kanunlarının geriye yürümezliği, hukuki güvenlik²³ ilkeleri ve tabi ki bütçe ve onun uygulamasının parlamentonun kabulüyle hukuki bir belgeye dönüşmesidir. Bu ilkelerin varlığı ve kabulü, bütçe hakkının en üst, yani anayasal düzeyde korunması anlamına gelmektedir.²⁴

Osmanlı İmparatorluğu'nda yürütme organının yetkilerinin sınırlandırılmaya başlaması Sened-i İttifak, Tanzimat ve Islahat Fermanlarıyla gerçekleşmiştir. 1876 tarihli Kanunu-i Esasi ile bütçe hakkı ilk kez halk temsilcilerinin de katıldığı bir meclis olan Meclis-i Umumi'ye verilmiştir. Bu tarih Türkiye'de bütçe hakkının gelişiminde önemli bir dönem noktasını teşkil etmektedir. 1876 Anayasası ile Kesin Hesap Kanunu Tasarısının en geç dört yıl sonra Meclise sunulması ve devlet gelirlerinin toplanması ve harcanmasında yetkili olanların işlemlerini incelemek ve denetlemek için bir Divan-ı Muhasebat (Sayıştay) kurulması öngörülmüştür. Bütçe hakkının uygulanmasında esas adım II. Meşrutiyet döneminde atılmıştır. 1924 Anayasası ile vergilerin kanuniliği ile bütçe harcamaları ve kesin hesap denetimine ilişkin

20 TEKBAŞ, Abdullah, **Vergi Kanunlarının Anayasaya Uygunluğunun Yargısal Denetimi. Türkiye Değerlendirmesi**, T.C. Maliye Bakanlığı Strateji Geliştirme Başkanlığı Yayını No. 2009/396, Ankara 2009, s. 200.

21 ÖZBUDUN, Ergun; **Türk Anayasa Hukuku**, Gözden Geçirilmiş 8. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2005, s. 114- 123.

22 TEKBAŞ, **a.g.e.**, s. 200.

23 AYM, E. 1995/6, K. 1995/29, K.T. 06.07.1995, R.G.: 10.02.1996-22550. Kararın karşı oy yazısında, kanunla bile olsa "...Getirilen yükümlülüğün ağırlığı temel hak ve özgürlükleri kullanılmaz hale getiriyorsa, Anayasa'ya aykırılıktan söz edilebilir." denmiştir. Ayrıca bkz. KUMRULU, Ahmet; "Vergi Hukukunun Bir Kısım Anayasal Temelleri", **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 36, S.1-4, Y. 1979, s. 153.

24 Kuvvetler ayrılığı ve hukuk devleti kavramlarıyla olan ilişkisi NARTER, **a.g.m.**, s. 570-573'ten alınmıştır.

modern esaslar benimsemiştir.²⁵ 1927 yılında 1050 sayılı Kanun adıyla revize edilen Kanunla merkezi idarenin yanı sıra belediyeler ile il özel idarelerinin hesap ve işlemleri de Kanun kapsamına alınarak, TBMM adına Sayıştay tarafından denetlenmesine başlanmıştır. 1050 sayılı Kanun; 1924 ve 1961 Anayasaları süresince çeşitli değişiklik ve ilavelerle uygulanmış ve 1982 Anayasası'ndan sonra 2003 yılına kadar, yaklaşık 80 yıl yürürlükte kalmıştır. 2003 yılında kabul edilen 5018 sayılı Kamu Mali Yönetimi ve Kontrol Kanunu ile yürürlükten bir geçiş dönemi sürecinde kaldırılmış ve oldukça uzun bir dönem sonunda bütçe çerçeve kanun niteliğinde bir düzenlemeye sahip olmuştur. 1961 Anayasası; 1924 Anayasası'ndan daha etkili bir şekilde, Bütçe ve Kesinhesap Kanunu Tasarılarının TBMM'ye sunulma ve görüşülme süreci düzenlemiştir. Buna göre, Kesinhesap Kanunu Tasarısının, ilgili olduğu yılın sonunda başlayarak en geç bir yıl içinde Parlamente'ye sunulması, genel uygunluk bildiriminin ise Sayıştay tarafından Kesinhesap Kanunu Tasarısının sunulmasından başlayarak en geç altı ay içinde sunulması ile bütçeyle ilgili en önemli yenilik olarak Bakanlar Kurulunun bütçe tasarısına "milli bütçe tahminleri" raporunun eklenmesinin hükme bağlanması ifade edilebilir. Milli bütçe tahminleri ile klasik anlamda bütçe hakkının, modern iktisat ve maliye görüşlerine paralel olarak milli ekonominin bütünü kapsayacak şekilde milli bütçeye doğru geliştirilmesi amaçlanmıştır. Diğer yandan, 1961'e kadar sadece TBMM İçtüzüğünde sınırlandırılmış bulunan milletvekillerinin bütçe ödeneklerinde değişiklik teklif etme hakkı, 1961 Anayasası'ndaki "gider artırıcı veya belli gelirleri azaltıcı teklifler yapamayacaklardır." ifadesi ile anayasal olarak sınırlandırmış ve iktisadi devlet teşekküllerinin TBMM'ce denetlenmesi esası getirilerek KİT'lerin ayrı bir ihtisas komisyonu aracılığı ile TBMM tarafından denetlenmesi sağlanmıştır. 1982 Anayasası, 1961 Anayasası'ndaki düzenlemeler yanında Kesinhesap Kanunu Tasarılarının yeni yıl Bütçe Kanun Tasarılarıyla birlikte Plan ve Bütçe Komisyonunun gündemine alınması, Genel Kurulda görüşülmesi ve birlikte karara bağlanmasını öngörmüştür. Bu değişiklikte kesinhesap sonuçlarının gecikmeksizin elde edilmesi sağlanmıştır. 1980 öncesinde bazı yıllar Kesinhesap Kanunu Tasarıları süresinde TBMM'de görüşülememiş ve on beş yıl, yirmi yıl gibi uzun yıllar geçtikten sonra kanunlaşabilmiştir.²⁶

25 Osmanlı döneminde bütçenin gelişim süreçlerine ilişkin ayrıntılı bir inceleme için bkz. MERİÇ, Metin; "Osmanlı Bütçe Sistemi", **Dokuz Eylül Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi**, C.8, S. 1, Y. 1993, s. 226-247.

26 Bu konuda ayrıntılı açıklamalar ile ilgili bkz. DİLEYİCİ, Dilek/ÖZKIVRAK, Özlem; "Bütçe Anlayışındaki Değişim Süreci. Denk Bütçe İlkesinin Erozyonu ve Açık Bütçe Politikası", **Hukuk ve İktisat Araştırmaları Dergisi**, C. 2, No: 1, 2010, s. 34-41;

Anayasaların, TBMM üyelerinin Genel Kurulda Bütçe Kanunu Tasarılarının görüşülmesi sırasında gider artırıcı ve/veya gelir azaltıcı teklifte bulunmalarını sınırlayan hükümleri dikkate alındığında, bütçelerin görüşülmesinde esas ağırlığın Genel Kurula değil, bu konuda daha uzman üyelerden oluşan ve iktidarın çoğunlukta olduğu Bütçe Komisyonuna verildiği anlaşılmaktadır. Bu yaklaşım, birinci düzeyde anlamlı görülmeyle birlikte, komisyonda ağırlığın belirgin bir şekilde iktidar grubunda olması, yasama yürütme arasındaki ilişkinin iktidar muhalefet olarak algılandığı durumlarda, parlamentonun bütçe denetim etkinliğinin azalmasına yol açabilmektedir.

Devletin mali idaresi ve bütçe süreçleri alanlarında yapılan reformların üç önemli prensibe dayandığı söylenebilir. Bunlar; kamu kaynaklarının etkili ve verimli kullanılmasına yönelik olarak mali disiplini artırıcı önlemler, kamu kaynağı kullanan kurum ve kuruluşların hesap verebilirliğinin sağlanmasına yönelik yasal düzenlemeler ve yasama organlarının bütçe sürecinde ve kaynakların kullanılması aşamasındaki etkinliğinin artırılması olarak sayılabilir. Bu yaklaşım dikkate alınarak hazırlanan 5018 sayılı Kanun da TBMM'nin bütçe hakkını etkin bir şekilde kullanmasına yönelik düzenlemeler içermektedir. TBMM'nin "bütçe hakkı" alanındaki yetkileri, 5018 sayılı Kanunun 5'inci maddesinde "Kamu mali yönetimi Türkiye Büyük Millet Meclisinin bütçe hakkına uygun şekilde yürütülür." yönündeki düzenleme ile güçlü bir şekilde vurgulanmıştır.²⁷

IV. BÜTÇE HAKKININ İŞLEVSEL KULLANIMI

Halkın, bütçe hakkının kullanım yetkisini parlamentoya devretmiş olması, zamanla bu yetkinin kullanımının etkinliğinin derecesinin tartışılmaya başlanmasına sebep olmuştur. Zira, demokratik sistemlerde bütçenin hazırlanmasında yürütmenin etkinliği, parlamentolara göre tartışmasız üstünken, bütçeye ilişkin yetkilerin siyaseten ve hukuken doğru kullanılıp kullanılmadığının denetimi parlamento ve diğer yetkili organların elindedir. Bu durumun özellikle parlamenter demokrasi açısından önemi, bütçesi parlamento tarafından onaylanmayan hükümetlerin parlamentodan güven alamamış sayılması ve anayasalarda konuya ilişkin açık hüküm olmasa bile hükümetlerin istifasıyla sonuçlanmasıdır.²⁸ Benzer şekilde Amerika Birleşik Devletle-

YILMAZ/BİÇER, *a.g.m.*, s. 204-205; ÖNDER, Özgür/TÜRKOĞLU, İrfan; "Denetim Anlayışının Değişimi: Yeni Sayıştay Kanunu Üzerine Değerlendirmeler", *Uluslararası Yönetim İktisat ve İşletme Dergisi*, C. 8, S. 17, 2012, s. 200; TÜĞEN, *a.g.e.* s. 12-20.

²⁷ YILMAZ/BİÇER, *a.g.m.*, s. 205-206.

²⁸ Örneğin Türk siyasal tarihinde 1965 yılında İnönü Hükümeti ve 1969 yılında Demirel Hükümetinin bütçelerinin kabul edilmemesinin ardından istifa etmişlerdir.

ri'nde de bütçe süreçleri başkan ve Kongre arasında tartışmalara sebep olmaktadır.

Esasen son dönemlerde bütçe hakkının gelişimi açısından yeni bir sürece girildiği görülmektedir. Uluslararası düzeyde benimsenen yeni kurum ve ilkeler çerçevesinde ülkeler, bütçe reformları aracılığıyla bu ilkeleri hızlı bir biçimde uygulamaya aktarmaktadır. Reformların ortak özelliği kamu maliyesi alanında gelenekselleşen kurum ve kuralların, ekonominin değişen gereksinimleri ve demokrasinin kazandığı yeni anlam açısından yeniden belirlenmesidir. Değişimin temel çizgileri; hesap verebilirlik ve mali saydamlık ilkelerinin güçlendirilmesi, kamu kaynaklarının etkili, ekonomik ve verimli kullanılmasını sağlayacak yönetsel-mali sistem ve süreçlerin oluşturulması yönündedir. Bu çerçeveyi mümkün kılacak değişiklikler bütçe sürecinin tüm aşamalarında gerçekleştirilen yeniliklerle sağlanmaktadır. Bu değişimin en belirgin sonuçlarından biri parlamentoların kamu kaynakları üzerindeki rolünün güçlendirilmiş olmasıdır.²⁹

Bütçe hakkının gelişiminde rolü olan önemli süreçlerden biri de özellikle 20. yüzyılın sonlarına doğru bilgi ve iletişim teknolojilerinin gelişmesi ve bilgi toplumuna geçiş ile birlikte temsili demokrasilerin etkinliği sorgulanmaya başlanmış olmasıdır. Vatandaşların bilgi alma hakkı, mali saydamlık ve hesap verme sorumluluğu kavramları ön plana çıkmış, yeni bütçe anlayışı, bütçe hakkı doğrultusunda hesap verme sorumluluğunun güçlendirilmesi, kamu kaynağının kullanımında ekonomiklik, etkinlik ve verimliliğin ilkelere sağlanması, saydamlık, performans dayalı ve hedeflere yönelik mali yönetim anlayışı, güvenilir iç kontrol sistemi ve etkin bir dış denetim yapısının kurulması esasları doğrultusunda gelişmiştir. Esasında teknolojideki bu gelişme iletişim ve haber alma araçlarını da yaygın ve etkili hale getirmiş, vatandaşların hem hükümet politikalarıyla ve tabi ki bütçeyle hem de parlamentolarda yaşanan süreçlerle daha yakından ilgili olmasını sonuçlamıştır. Şeffaf bir demokrasi ve bütçe hakkının etkili kullanımı açısından bu gelişme elbette ki oldukça önemlidir, ancak tek başına yeterli değildir.

Bütçe hakkının etkili kullanımını etkileyen bir başka parametre, bütçe sürecinde yasama ve yürütme arasındaki anayasal yetki paylaşımından kaynaklanabilmektedir. Sert kuvvetler ayrılığına dayalı başkanlık sisteminin olduğu ülkelerde parlamentoya; Westminster tipi parlamenter rejimlerde yürütmeye daha güçlü bir rol düştüğünü görmek mümkündür. Örneğin ABD Kongresinin, ödenek tertiplerinde ekleme çıkarma yapabilme veya belirli

²⁹ BİÇER, Mustafa/ŞAHİN, Mustafa; "Editorial Not", **Bütçe Sürecinde Parlamantonun Değişen Rolü**, TBMM Uluslararası Sempozyum, 8-9 Ekim, 2008, s. 19.

harcamalara yönelik kullanım koşulları getirebilme yetkisi nedeniyle bütçe sürecinde aktif bir rolü vardır. İki kanatlı Kongre’de, federe devlet nüfuslarıyla orantılı şekilde oluşturulmuş Temsilciler Meclisi; gelir artırıcı kanun tekliflerinin sunulmasında eşit temsil ilkesine göre oluşturulmuş Senato’ya göre daha fazla yetkili kılınmıştır.³⁰ Diğer yandan, yumuşak kuvvetler ayrılığı ilkesine göre şekillenen siyasal yapılarda, siyasi parti yapısı ve seçim sisteminin de etkisiyle yürütme sisteminin asıl sahibi konumuna gelmektedir. Bu anlamda, bütçe süreçleri üzerinde de asıl belirleyici mekanizma yürütme gücü olmakta, parlamentoların etkileri azalmaktadır. Örneğin, Avrupa’da ödenekler üzerinde fiilen hiçbir değişiklik yapma yetkisi olmayan parlamentolar yanında, Çek Cumhuriyeti, Danimarka ve Macaristan Parlamentolarında olduğu gibi çok sık olmamakla birlikte bütçede değişiklikler yapılabilmekte; ancak, pek çok ülkede hükümetin bütçe tasarısı, yalnızca önemsiz değişikliklerle veya hiçbir değişiklik yapılmaksızın kabul edilmektedir. Parlamentoların bütçe üzerinde değişiklik yapma etkinliğini ölçmek üzere Wehner tarafından 30 ülke için yapılan endeks çalışmasına göre; ABD Kongresi 88,9 ile bütçe üzerinde en yüksek etkinliğe sahip parlamento olmuştur. İzleyen iki parlamento 66,7 ve 65,3 ile Macaristan ve İsveç Parlamentoları olmuştur. Son üç sıradaki ülkeler sırasıyla İrlanda 16,7, Fransa 18,1 ve Yunanistan 19,4 olmuştur. İlgili çalışmada TBMM 36,1 ile İspanya, Polonya ve Finlandiya gibi bütçe üzerinde orta düzeyde etkinliğe sahip parlamentolar kategorisinde yer almaktadır.³¹

V. PARLAMENTONUN BÜTÇEYE İLİŞKİN YETKİLERİNİN ETKİN HALE GETİRİLMESİ

Parlamentolar, bütçe ile ilgili görev ve yetkilerini yerine getirirken işin esasına ne kadar vakıf olabilmekte, bütçe hakkının kullanılması bakımından, ilgili süreçte ne kadar belirleyici olabilmekte ve etkili bir denetim gerçekleştirebilmektedir? Aşağıda genel olarak parlamentolar, ancak özellikle Türkiye’de ilgili parlamenter süreçler açısından açıklamalar yapılacaktır.

Parlamentonun etkinliği iki açıdan değerlendirilebilir: İlki parlamentonun doğrudan kendisinin kullanacağı araçlarla sürece hâkim kılınması;

³⁰ KOCABAŞ, Bilal; “Amerika Birleşik Devletlerinde Federal Bütçenin Hazırlanması Süreci ve Orta Vadeli Harcama Çerçevesinin Oluşturulması”, *Sayıştay Dergisi*, S. 69, Nisan-Haziran, Y. 2008, s. 97.

³¹ YILMAZ/BİÇER, *a.g.m.*, s. 209; TARSCHYS, Daniel; “Parlamento ve Bütçe: Parlamentonun Gözetim Kapasitesinin Artırılması”, *Bütçe Sürecinde Parlamentonun Değişen Rolü*, TBMM Uluslararası Sempozyum, 8-9 Ekim 2008, s. 161.

Parlamentonun bütçe üzerinde en aktif şekilde rol üstleneceği süreçler olan Bütçe Kanunu ile Kesin Hesap Kanunu görüşmelerinin aynı anda yapılması daha başlangıçta bütçe hakkının işlevsel kullanımını engellemektedir. Aynı şekilde Kesin Hesap Kanununun ayrıntılı inceleme yapmaya fırsat vermeksizin bütçe görüşmeleriyle aynı döneme denk getirilerek parlamentodan geçirilmesi, yine bütçe hakkı kapsamında, yürütmenin bir önceki bütçe uygulamaları üzerinde etkin denetimi engellemektedir. Oysa prensip olarak bir önceki döneme ait bütçenin parlamentoda ayrıntılı şekilde tartışılması gerekir. Genel olarak parlamentoda yaşanan tartışmalar ise; yeni bütçeyi üzerinde yoğunlaşmakta, uygulanmış bütçenin hesabı tam anlamıyla sorulamamakta ve dolayısıyla parlamentonun denetim işlevi tam anlamıyla yerine getirilememektedir. Parlamentolar daha çok ileriye yönelik kararları etkilemeye çalışmakta ve onlarla ilgilenmektedirler. Bahsi geçen sakıncanın giderilmesi bakımından örneğin uzmanlık alanlarına önem verilerek oluşacak üyelere müteşekkil bir kesin hesap komisyonu oluşturulabilir.

Hükümetlerin bütçe dışı alan oluşturma eğilimleri de bütçe hakkını olumsuz etkilemektedir. Çıkarılan çeşitli kanunlarda “bütçe ile ilişkilendirilmeksizin” ifadesinin kullanılması bütçe dışı alanların ortaya çıkmasına sebep olmaktadır. Hükümetlerin, uygulamada bütçe ile verilen yetkilerin dışına çıkma eğilimleri, eğer kanun yoluyla gerçekleşecekse, parlamentoda şekillenecek olan kanunlar için parlamentonun bu durumun önüne geçmesi gerekmektedir. Elbette ki bir kanunun çıkarılışında ulaşılması gereken asgari milletvekili oyuna bakıldığında hükümetlerin bu eşiği aşarak, kendilerine kolayca bütçe dışı bir alan oluşturmalarının mümkün olduğu söylenebilir. Ancak yukarıda da ifade ettiğimiz gibi iletişim ve haberleşme araçlarının oldukça yoğun şekilde kullanıldığı günümüz demokrasilerinde, hükümetlerin bu yöndeki girişimleri çok basit parlamenter denetim yollarıyla tüm kamuoyuna duyurulabilir. Ayrıca, Anayasaya aykırı olacak bu tür girişimlerin Anayasa Mahkemesi yoluyla denetlenmelerini sağlamak da mümkündür.

Türkiye’de parlamentoya, denetim fonksiyonunun yerine getirilmesi bakımından sunulan belge sayısı artmış olmakla beraber bunların kolay anlaşılabilir ya da parlamenterlerin tamamının anlayabileceği şekilde dokümanlar olmadıkları söylenebilir.³² Dolayısıyla bütçe konusunda bir ihtisas komisyonu olan TBMM Plan Bütçe Komisyonunun, kendisine sunulan belge ve bilgilere de derinlemesine vakıf olduğu söylenemez. Üstelik üyelere, yeterli teknik destek ve bilginin sağlandığını söylemek de güçtür. Komisyon üyeleri

³² ÖNER, Erdoğan; “Bütçe Uygulama Aşamasında Parlamentonun İzleme/Gözetim Fonksiyonu: Komisyonların Rolü ve Bütçe Analiz Kapasitesi”, **Bütçe Sürecinde Parlamentonun Değişen Rolü**, TBMM Uluslararası Sempozyum, 8-9 Ekim 2008, s. 280-281.

ya tanıdıkları bürokratlardan ya da kendi danışmanlarından yardım almaya çalışmakta bu da çoğu kez yeterli ve sağlıklı bir yöntem olmamaktadır.³³

Komisyonun oluşumuna bakıldığında hükümetin güçlü kılınmış olduğu görülür(Any. m. 162). Üstelik Komisyon, bütçe tasarıları üzerinde parlamentodan daha geniş yetkilere sahiptir(Any. m. 163). Hükümet programının uygulaması anlamına gelecek bütçe üzerinde, hükümetin ağırlıklı şekilde temsil edildiği bir organın parlamentodan daha etkili bir şekilde yetki kullanabilecek olması doğal olmakla birlikte, etkin bir denetimin gerçekleştirilebilmesi açısından olumsuz bir sonuç doğurmaktadır.

Komisyonla ilişkin bir başka sorun da görüşme gündeminin oldukça sıkışık oluşudur. Aynı anda birçok kurum ve kuruluş bütçesinin görüşülmesi ile sağlıklı bir değerlendirme yapma imkânı olmadığı açıktır.³⁴ Anayasanın m. 162/4'teki bütçenin görüşülmesine ilişkin benimsemiş olduğu usul de parlamentoların etkili denetim hakkını engeller niteliktedir.

Parlamentonun dolaylı olarak Sayıştay aracılığıyla yapacağı işlemlerin etkili hale getirilmesi de bütçe hakkının işlevsel kullanımı açısından önemlidir.

Bu bakımdan, Sayıştay gibi parlamentolar adına denetim yapan kurumların görev alanlarının genişlemesi³⁵ yönündeki eğilim olumlu gelişmelerdendir. 6085 sayılı Kanunla Sayıştay'a verilen raporlama yetkisi genel olarak; dış denetim genel değerlendirme raporu(m.38), faaliyet genel değerlendirme raporu(m.39), mali istatistikleri değerlendirme raporu(m.40), genel uygunluk bildirimini(5013/m.43 ve 6085/m.41), KİT denetim raporları(m.43) ve m. 42'de belirtilen diğer raporlar başlıklarıyla özetlenebilir.

³³ Komisyon üyeliğine bu alanda teknik bilgiye sahip kişilerin seçilmesinin herhangi pozitif bir dayanağı yoktur, ancak bu konuda özen gösterilmektedir. ÇELİKER, Ercan; "Plan ve Bütçe Komisyonu: Gelişimi ve Yasama Sürecindeki İşlevi", **Yasama Dergisi**, S. 2, Temmuz-Ağustos-Eylül, Y. 2006, s. 17.

³⁴ KESİK, Ahmet; "Bütçe Uygulama Aşamasında Parlamentonun İzleme/Gözetim Fonksiyonu: Komisyonların Rolü ve Bütçe Analiz Kapasitesi", **Bütçe Sürecinde Parlamentonun Değişen Rolü**, TBMM Uluslararası Sempozyum, 8-9 Ekim 2008, s. 292.

³⁵ Türkiye'de gerek 5018 sayılı Kanun gerekse 6085 sayılı Kanun Sayıştay'ın görev alanını genişletmiştir. Buna göre Sayıştay'ın denetimi hemen hemen tüm kamu kurum ve kuruluşlarını kapsamaktadır. Ayrıca düzenlenecek rapor sayısı da artırılmıştır. SÖYLER, İlhani; "Yeni Kamu Mali Yönetim ve Denetim Sistemi İçerisinde Sayıştay'ın Rolü", **Sayıştay Dergisi(Özel Sayı)**, S.87, Ekim-Aralık 2012, s. 62. Ancak bu gelişmenin tersine özellikle 5018 sayılı Kanunda 2005 yılında yapılan değişikliklerle Sayıştay denetimi dışında bırakılan kurumlar sebebiyle bütçe hakkının etkin kullanımının önemli ölçüde engellendiği söylenmelidir. SÖYLER, **a.g.m.** s. 64.

Sayıştay'ın denetimi sadece niceliksel olarak değil nitelik açısından da genişlemiştir.³⁶ Performans denetimi bu anlamda getirilen en önemli yeniliklerden birisidir. 6085 sayılı Kanun düzenlilik denetimine ilişkin de oldukça modern ilkeler kabul etmiştir(m. 35). Sayıştay denetiminin etkinliğini artırabilmek amacıyla parlamentoda bu alana özgü komisyonların kurulması düşünülebilir. Zira incelenecek belge sayısı ve niteliğine bakıldığında bunun gerekli olduğu görülmektedir. Denetim çerçevesinde parlamentoya sunulacak belgeler açık, anlaşılır ve güvenilir olmalıdır. Sayıştay tarafından hazırlanan raporların yapıcı ve sonuç almaya odaklı olması da oldukça önemlidir ve denetimin mümkün olduğunca uluslararası standartlara uygun şekilde gerçekleşmesine özen gösterilmelidir.³⁷

Bu noktada Sayıştay'ın kendisine yönelik sürekli bir yenileme ve gelişme çabası içerisinde olması önemli olduğu kadar, bu çabanın uygun hukuki mevzuatla desteklenmesi de gerekmektedir. Örneğin Sayıştay kendi performansını da değerlendirip kamuoyu ile paylaşabilir. Hazırlamak ve sunmakla yükümlü olduğu raporları tam ve eksiksiz şekilde ve ilgili mevzuatta gösterilen sürelerde sunması da dikkatle takip edilmesi gerekli bir konudur. Zira 2013 yılı bütçe görüşmeleri esnasında Sayıştay'ın Meclise sunmadığı/sunamadığı raporlar hususu, basında geniş yer almıştır.³⁸

SONUÇ

Demokrasinin tam anlamıyla uygulanabiliyor olmasının en önemli yollarından biri, bütçe hakkının etkili şekilde kullanılabilmesi olmasıdır. Temsili demokrasinin yaygınlaşmasıyla birlikte bu hak temsil edilenler adına parlamentolar tarafından yerine getirilmektedir. Bu bakımdan parlamentoların doğuşu ve gelişimi de bütçe hakkı ile paralel bir seyir izlemiştir.

³⁶ Sayıştay denetimine ilişkin oldukça önemli bir gelişme de Anayasa Mahkemesinin (27.12.2012 Tarih ve 2012/207 Karar, 2012/102 Esas Numaralı ve 02.04.2013 tarihli ve 28606 sayılı mükerrer Resmî Gazete 'de yayımlanan) *Sayıştay tarafından idarenin yalnızca mali nitelikteki hesap ve işlemlerinin değil; tüm hesap ve işlemlerinin denetleneceği, idarenin yaptığı işlerin, etkinlik, ekonomiklik ve verimlilik açısından raporlanabileceği ve kamu idareleri tarafından düzenlenen rapor ve verilen görüşlere aykırı raporlar düzenlenebileceğine yönelik verdiği iptal kararıyla olmuştur.* Bu karar Meclisin bütçe hakkını etkin şekilde kullanabilmesi için de oldukça önemli gelişmelere sebebiyet verebilecek niteliktedir. Ayrıca bkz. AKYOL, Taha; "Devrim Gibi!", **Hürriyet Gazetesi**, 31.12.2012.

³⁷ SÖYLER, a.g.m., s.89-90.

³⁸ Birkaç örnek için bkz. "Sayıştay Raporu Olmadan 2013 Bütçesi Görüldü", **Birgün Gazetesi**, 01.01.2013; "Bütçe Maratonu Sayıştay Tartışmalarıyla Başladı", **Zaman Gazetesi**, 11.12.2012; "Devlet Malı Maliye'den Kaçtı", **Milliyet Gazetesi**, 22.01.2013.

Devlet organları arasında yürütmenin giderek daha fazla güç kazanıyor olması, başka diğer sebeplerle birlikte, parlamentoların bütçe hakkını etkin şekilde kullanmalarını engelleyecek bir süreci ortaya çıkarmıştır. Ancak son dönemlerde yaşanan gelişmeler; parlamentolara denetim fonksiyonunun yerine getirilmesinde yardımcı olacak önemli mekanizmaların oluşturulması, evrensel denetim standartlarının yaygınlaşması, kamuoyu denetiminin yaygınlaşması gibi gelişmeler sonuç itibarıyla, bütçe hakkının etkin şekilde kullanımını olumlu etkilemiştir. Elbette bu gelişimin devamlılığı sürekli bir çabayı gerektirmektedir. Özellikle bütçeyle ilgili süreçlerin daha şeffaf hale getirilmesi, denetim mekanizmalarının yetkilerinde bütçe hakkının etkin kullanımını sağlayacak hukuki düzenlemelere gidilmesi ve evrensel standartların sürekli bir şekilde takip edilmesi gerekmektedir.

KAYNAKÇA**Kitaplar ve Makaleler:**

BAĞLI, Mehmet Selim; “Parlamento-Bütçe İlişkilerinde Stratejik Plan ve Faaliyet Raporlarının Önemi”, **Yasama Dergisi**, S.17, Ocak-Şubat-Mart-Nisan, 2011, s. (39-80).

BİÇER, Mustafa/ŞAHİN, Mustafa; “Editoryal Not”, **Bütçe Sürecinde Par-
lamentonun Değişen Rolü**, TBMM Uluslararası Sempozyum, 8-9 Ekim,
2008, s. (19-24).

CAN, Osman; **Yol Ayrımında: Statükodan Önce Son Çıkış**, Timaş Yayın-
ları, İstanbul, 2012.

ÇAĞAN, Nami; “Demokratik Hukuk Devletinde Vergilendirme”, Ankara
Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 37, S.1-4, 1980, s. (129-151).

ÇELİKER, Ercan; “Plan ve Bütçe Komisyonu: Gelişimi ve Yasama Süre-
cindeki İşlevi”, **Yasama Dergisi**, S. 2, Temmuz-Ağustos-Eylül, Y. 2006, s.
(1-27).

DİLEYİCİ, Dilek/ÖZKIVRAK, Özlem; “Bütçe Anlayışındaki Değişim Sü-
reci. Denk Bütçe İlkesinin Erozyonu ve Açık Bütçe Politikası”, **Hukuk ve
İktisat Araştırmaları Dergisi**, C. 2, No: 1, 2010, s. (33-55).

FEYZİOĞLU, Necmettin Bedi; **Nazari, Tatbiki, Mukayeseli Bütçe**,
5.Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1976.

GÖZLER, Kemal; **Anayasa Hukukunun Genel Teorisi**, Cilt I, Ekin Basım
Yayın Dağıtım, Bursa, 2011.

KESİK, Ahmet; “Bütçe Uygulama Aşamasında Parlamentonun İzle-
me/Gözetim Fonksiyonu: Komisyonların Rolü ve Bütçe Analiz Kapasitesi”,
Bütçe Sürecinde Parlamentonun Değişen Rolü, TBMM Uluslararası
Sempozyum, 8-9 Ekim 2008, s. (287-300).

KLATZER, Elisabeth; “Yerel Yönetimlerde Toplumsal Cinsiyet Eşitliği ve
Bütçeleme Kılavuzu”, **TESEV İyi Yönetişim Programı**, (Erişim:
www.tesev.org.tr, 04.04.2013).

KOCABAŞ, Bilal; “Amerika Birleşik Devletlerinde Federal Bütçenin Hazır-
lanması Süreci ve Orta Vadeli Harcama Çerçevesinin Oluşturulması”, **Sayış-
tay Dergisi**, S. 69, Nisan-Haziran, Y. 2008, s. (91-106).

KUMRULU, Ahmet; “Vergi Hukukunun Bir Kısım Anayasal Temelleri”,
Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 36, S.1-4, Y. 1979, s.
(147-162).

MERİÇ, Metin; “Osmanlı Bütçe Sistemi”, **Dokuz Eylül Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi**, C.8, S. 1, Y. 1993, s. (226-247).

NAHİT, Yüksel; “Anayasa Yargısında ‘Olağanlık’ ve ‘İlgililik’: Bütçe Yasaları”, **Anayasa Mahkemesinin Kuruluşunun 50. Yıl Armağanı**, (Ed. Alparslan Altan, Engin Yıldırım, Erdal Tercan, Hikmet Tülen, Ali Rıza Çoban), Anayasa Mahkemesi Yayınları, 2012, s. (601-640).

NARTER, Recep; “Vergi Ödevi İlişkisinde Hukuki Güvenlik İlkesi”, **Hukuk Biliminin Güncel Sorunları III. Uluslararası Kongre Bildiri Kitabı(Kamu Hukuku)**, Cilt I, 4-6 Mayıs 2012 Samsun, Adalet Yayınevi, s. (569-580).

ÖNDER, Özgür/TÜRKOĞLU, İrfan; “Denetim Anlayışının Değişimi: Yeni Sayıştay Kanunu Üzerine Değerlendirmeler”, **Uluslararası Yönetim İktisat ve İşletme Dergisi**, C. 8, S. 17, 2012, s. (197-214).

ÖNER, Erdoğan; “Bütçe Uygulama Aşamasında Parlamentonun İzleme/Gözetim Fonksiyonu: Komisyonların Rolü ve Bütçe Analiz Kapasitesi”, **Bütçe Sürecinde Parlamentonun Değişen Rolü**, TBMM Uluslararası Sempozyum, 8-9 Ekim 2008, s. (269-286).

ÖZ, Ersan; **Vergilendirmede Kanunilik ve Türk Vergi Sistemi**, Gazi Kitabevi, Ankara, 2004.

ÖZBUDUN, Ergun; **Türk Anayasa Hukuku**, Gözden Geçirilmiş 8. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2005.

ÖZEN, Ahmet/YONTAR, İbrahim Güray; “Katılımcı Demokrasi Anlayışında Bütçeleme: Katılımcı Bütçeleme” **Maliye Dergisi**, Sayı: 156, Ocak- Haziran 2009 s. (280-293).

SÖYLER, İlhami; “Yeni Kamu Mali Yönetim ve Denetim Sistemi İçerisinde Sayıştay’ın Rolü”, **Sayıştay Dergisi (Özel Sayı)**, S.87, Ekim-Aralık 2012, s. (61-96).

TARSCHYS, Daniel; “Parlamento ve Bütçe: Parlamentonun Gözetim Kapasitesinin Artırılması”, **Bütçe Sürecinde Parlamentonun Değişen Rolü**, TBMM Uluslararası Sempozyum, 8-9 Ekim 2008, s. (259-268).

TEKBAŞ, Abdullah, **Vergi Kanunlarının Anayasaya Uygunluğunun Yargısal Denetimi. Türkiye Değerlendirmesi**, T.C. Maliye Bakanlığı Strateji Geliştirme Başkanlığı Yayını No. 2009/396, Ankara, 2009.

TÜĞEN, Kamil, **Devlet Bütçesi**, 10. Baskı, İzmir, 2011.

VURAL, Tarık/RAKICI, Cemil; “Bütçe Hakkının Tarihi Gelişimi (İngiltere ve Türkiye)”, **Vergi Sorunları Dergisi**, Sayı 225, Haziran 2007, s. (144-155).

YILMAZ, Hakan M./BİÇER, Mustafa; “Parlamentonun Bütçe Hakkını Etkin Kullanımının Yeni Bütçe Sistemi Çerçevesinde Değerlendirilmesi”, **Maliye Dergisi**, Sayı: 158, Ocak-Haziran 2010, s. (201-225).

Diğer Kaynaklar:

İyi Yönetişim İçin Örnek Bir Model: Katılımcı Bütçeleme”, **TEPAV, Yönetişim Etütleri Programı**, Mart, 2007, (Erişim: www.tepav.org.tr, 04.04.2013).

AKYOL, Taha; “Devrim Gibi!”, **Hürriyet Gazetesi**, 31.12.2012

“Sayıştay Raporu Olmadan 2013 Bütçesi Görüşüldü”, **Birgün Gazetesi**, 01.01.2013. “Bütçe Maratonu Sayıştay Tartışmalarıyla Başladı”, **Zaman Gazetesi**, 11.12.2012. “Devlet Malı Maliye’den Kaçtı”, **Milliyet Gazetesi**, 22.01.2013.

AYM, E.2012/102, K. 2012/207, K.T.: 27.12.2012, R.G.: 02.04.2013-28606.

AYM, E. 1995/6, K. 1995/29, K.T. 06.07.1995, R.G.: 10.02.1996-22550.

Amerikan Bağımsızlık Bildirgesi, http://tr.wikisource.org/wiki/Amerikan_Ba%C4%9F%C4%B1ms%C4%B1zl%C4%B1k_Bildirgesi

İtalyan Anayasası İngilizce metin, http://www.servat.unibe.ch/icl/it00000_.html,

Fransız ve Alman Anayasa metinleri, <http://www.servat.unibe.ch/icl/>

www.mevzuat.adalet.gov.tr

TÜRKİYE’DE İFADE VE BASIN ÖZGÜRLÜĞÜ SORUNU; AVRUPA BİRLİĞİ UYUM SÜRECİNDE İFADE VE BASIN ÖZGÜRLÜĞÜ ALANINDA YAPILAN ÇALIŞMALAR

Dr. Zeki YILDIRIM

I. GENEL OLARAK İFADE VE BASIN ÖZGÜRLÜĞÜ

İnsan evrenin en değerli ve saygın varlığıdır. Devletin temel görevi, doğuştan sahip olduğumuz temel hak ve özgürlüklerin başkalarının özgürlüklerine zarar vermediği sürece hiçbir sınırlanmaya bağlı olmadan yaşanmasına zemin hazırlamaktır. İfade özgürlüğü de, insanın maddi ve manevi varlığının gelişmesi bakımından temel haklardan biri, yaşam hakkıyla birlikte ve ondan ayrılmaz bir mahiyette, aynı zamanda demokratik hukuk devletinin en temel kilit taşlarından biridir.

Evrensel hukuk kaidesi olarak kabul edilen, mahiyeti ve ehemmiyeti itibariyle insanlık onurunun mütemmim cüzü olarak, vazgeçilmez ve devredilemez, kişiye sıkı sıkıya bağlı bu hak, demokratik hukuk devleti olan ve hatta olmayan bazı devletlerin anayasalarında¹, insan hak ve özgürlüklerini düzenleyen ve koruma altına alan bu konudaki uluslararası sözleşme ve belgelerde² güvence altına alınmıştır.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nde de (AİHS), “ifade özgürlüğü” korunması gerekli temel haklar arasında sayılmıştır. Sözleşmenin 10. maddesinde; herkesin görüşlerini açıklama ve anlatım özgürlüğüne sahip olduğu bu

-
- 1 TRAGER Robert, DICKERSON Dona L; 21.Yüzyılda İfade Hürriyeti (Çev: A. Nuri Yurdusev), Ankara, Liberal Düşünce Topluluğu, 2003, s.114 vd.
 - 2 *Birleşmiş Milletler 10 Aralık 1948 tarihli İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi md. 19. Beyanname, Bakanlar Kurulu Kararı ile 27 Mayıs 1949 tarih ve 7217 Sayılı Resmi Gazete’de yayınlanmıştır. Birleşmiş Milletler 16 Aralık 1966 tarihli Kişisel ve Siyasal Haklar Uluslararası Sözleşmesi md.19. Sözleşme 23 Mart 1976 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Türkiye Sözleşmeyi 15 Ağustos 2000 tarihinde imzalamıştır Sözleşme henüz Türkiye Büyük Millet Meclisi ve Cumhurbaşkanı tarafından onaylanmamıştır.*
<http://www.tbmm.gov.tr/komisyon/insanhaklari/pdf01/203-208.pdf> (Erişim Tarihi 27.04.2013). Ayrıca bkz. REDMOND Sophie; *İfade Özgürlüğü Hakkını Düzenleyen Uluslararası Standartlar Düzeni, İfade Özgürlüğü, İlkeler ve Türkiye, İletişim Yayınları, 1.Baskı, 2007 İstanbul, s.39.*

hakkın kapsamı, kanaat özgürlüğü ile kamu otoritelerinin müdahalesi ve ülke sınırları söz konusu olmaksızın haber veya fikir alma ve verme özgürlüğünü de içerecek şekilde belirlenmiştir.

Sözleşmeyi yorumlayan Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM), konuyla ilgili Handyside-İngiltere kararında³ ifade özgürlüğünün sadece zararlı ve kayıtsızlık içeren bilgiler ve fikirler için değil aynı zamanda şok edici veya rahatsız edici olanlar içinde geçerli olduğunu belirtmiştir. En geniş anlamda ifade özgürlüğü bir düşünce, inanç, kanaat, tutum veya duygunun barışçı yoldan açığa vurulmasının serbest olması demektir.⁴ Bu hakkın kapsamı aynı zamanda, herhangi bir müdahale ve sınırlama olmaksızın kişinin fikir sahibi olmasını, her türlü bilgi ve düşünceleri, her türlü araçla araştırmayı, elde etmeyi ve başkalarına aktarmayı ve tartışabilmeyi içermektedir. Bu temel hak aynı zamanda bireyin kendisini herhangi bir baskı ve müdahaleye maruz kalmadan, kendini meşru bir şekilde ifade edebilen sağlıklı bir birey ve toplumun varlığı, gelişmesi ve devamlılığı için de elzemdir. Bu birey için sadece bir hak olduğu için değil toplum için de yararlı olduğu için önemlidir. Yönetenlerin ve yönetilenlerin sağlıklı karar alabilmeleri için ifade ve tartışma özgürlüğüne ihtiyaç vardır. Tartışma ve eleştiri olmadan sağlıklı politikalar oluşturulamaz.⁵ Fakat insanın düşüncelerini yayması ve bu düşünceleri başkalarıyla tartışmasının kötü bir şey olmadığı hatta iyi bir şey olduğunu anlamak için asırlarca zaman geçmiştir.⁶

Diğer birçok özgürlüğü bünyesinde barındıran ifade özgürlüğünden⁷ beslenen özgürlüklerden birisi de basın özgürlüğüdür. Basın özgürlüğü, ifade özgürlüğünü gerçekleştirmenin en önemli araçlarından biri beklili de en önemlisidir.⁸ Günümüz dünyasında basının yerine getirdiği işlevlerden ötürü basın özgürlüğü ifade özgürlüğünün çok önemli bir parçası olarak düşünülmeğe başlanmış, gelişmiş demokratik ülkelerin yüksek mahkemelerinde bu özgürlük ayrıcalıklı bir yere oturtulmaya çalışılmıştır. Hatta ABD Anayasası

³ Karar için bkz. <http://aihm.anadolu.edu.tr/aihmgoster.asp?id=25> (Erişim tarihi 9/5/2013).

⁴ ERDOĞAN Mustafa; İfade Özgürlüğü ve Sınırları, İfade Özgürlüğü, İlkeler ve Türkiye, İletişim Yayınları, 1.Baskı, 2007 İstanbul, s.19.

⁵ CHEVIGNY Paul' dan aktaran TRAGER Robert, DICKERSON Dona L; s.19.

⁶ BURY, John Bagnell; Düşünme ve Konuşma Özgürlüğü, (Çev; Mahmut Özdil), Safa Yayınları, İstanbul, s.6.

⁷ SCHAUER, Frederick; İfade Özgürlüğü: Felsefi Bir İnceleme, (Çev: M. Bahattin Seçilmişoğlu), Ankara, Liberal Düşünce Topluluğu, 2002, s.6.

⁸ SUNAY Reyhan; Avrupa Sözleşmesinde ve Türk Anayasasında İfade Hürriyetinin Muh-tevası ve Sınırları, Ankara, LDT Yayınları, 2001, s. 129.

gibi bazı hukuksal belgelerde ifade özgürlüğü ile basın özgürlüğünü düzenleyen metinlerde bu iki özgürlük yan yana anılmışlardır.

Hukukun üstünlüğü ile yönetilen bir devlet içinde basının önemli ve ayrıcalıklı rolü unutulmamalıdır.⁹ Gerçi basının “düzensizliğin önlenmesi” ve “başkalarının haysiyetlerinin korunması” için konan sınırları aşmaması gerekir; ancak basın, siyasi sorunlar hakkında ve kamu yararıyla ilgili konularda haber ve düşünceleri yayma görevini üstlenmiştir. Basın özgürlüğü halkın siyasi liderlerin düşünceleri ve davranışları hakkında fikir sahibi olmalarını sağlamaktadır. Ayrıca siyasetçilere, kamuoyunun zihnini meşgul eden sorunlar hakkında düşünceleri ve yorumlarını belirtme fırsatı vermektedir. Basın özgürlüğü bakımından haber, kanaat, bilgi ve düşüncelerin herhangi bir ön kontrole tabi tutulmadan yayınlanabilmesi bu hakkın kullanılabilmesi bakımından çok büyük bir önem taşımakta hatta zorunluluk teşkil etmektedir. İfade özgürlüğü aynı zamanda herkesin, demokratik bir toplumun özünde yer alan serbest siyasi tartışmaya katılmasını mümkün kılmaktadır.¹⁰

Basının, aynı zamanda ifade özgürlüğü hakkının sınırları dışında kalan şiddet tehdidine karşı veya kamu düzeninin sağlanması veya suçun önlenmesi amacıyla ulusal güvenlik ve toprak bütünlüğü gibi devletin çıkarlarının korunmasını sağlamak için belirlenen sınırları aşmamasının gerekli olmasına rağmen, bölücü olanlar da dahil olmak üzere siyasi konular hakkında bilgi verme sorumluluğu vardır. Basının görevi bu tür bilgi ve düşünceleri kamuoyuna iletmektir ve bunları öğrenmek de kamuoyunun hakkıdır. Basın özgürlüğü, halkın siyasi liderlerin düşünce ve bakış açıları hakkında bir fikir oluşturmalarını sağlayan en önemli yöntemlerden birisidir. Şiddet, düşmanlık, nefret, suç veya terörizmi alenen teşvik ve tahrik etmediği sürece ne kadar radikal olursa olsun bütün politik ifadelerin ifade ve basın özgürlüğü kapsamında korunması gerekmektedir.

Basın özgürlüğünün bu ayrıcalıklı konumuna rağmen basının, toplumu şiddete tahrik ve teşvik eden düşüncelerin yayınlanması konusunda özenli davranarak toplumdaki çatışma ve gerilime neden olmaması konusunda görev ve sorumluluklarının çok önemli olduğunu da vurgulamak gerekir. Aksi takdirde basın ve yayın organlarının şiddetin artırılması ve kin ve nefret duyguları ile dolu söylemlerin yayılması, bu tür düşüncelerin propagandası için bir araç haline gelebilir.

⁹ KORKUT Levent; Basın Özgürlüğü, İfade Özgürlüğü, İlkeler ve Türkiye, İletişim Yayınları, 1.Baskı, 2007 İstanbul, s.226 vd.

¹⁰ Bkz. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin Castells/İspanya Kararı.

Öte yandan birey ve toplum bakımından özel bir konuma sahip olan bu özgürlük, sınırsız bir özgürlük değildir. İfade ve basın özgürlüğünün ‘Kamu düzenini korumak’ ve ‘Suç işlenmesini önlemek’ amacı ile sınırlandırılabilceği teorik ve pratik hukuk bakımından da kabul edilmektedir. Doktrinde ifade özgürlüğünün en güçlü savunucuları kamu düzeni ve suç işlenmesinin önlenmesi söz konusu olduğunda ifade özgürlüğünün bir kısım sınırlamalara tabi olması konusunda hem fikirdirler.¹¹

Kamu düzeni kavramı, belli bir siyasi ve sosyal hukuk düzeninin düzensizliklere karşı korunmasıdır. Bu koruma ile kastedilen husus ise, belli bir siyasi iktidar felsefesinin değiştirilmemesi, eleştiri ve tartışmalara konu olmaması değil, toplum hayatında karışıklığa yol açacak faaliyetlerin engellenmesidir.¹² Ancak soyut, zamana ve yönetim anlayışına göre son derece değişken olan özellikle “kamu düzenini koruma” kavramına sığınarak fikirlerin açıklanması ile kamu düzeninin bozulacağı ihtimal ve genellemelerin bu hakkın özüne zarar vererek hakkın kullanımını son derece sınırlandırabileceği bu suretle hakkın muhtevasını hedef alan sınırlamalara imkan vererek çoğulculuğun reddedildiği anlamına gelebileceği¹³ göz ardı edilmemelidir.

İfade özgürlüğüne ilişkin taleplerin pek çoğu, insanlar ve yönetilenler için temel ve en yararlı olan ve yönetim tarafından reddedilen özgürlük kullanımına ilişkindir.¹⁴ Fakat özgürlükleri sınırlandırma, yasaklama veya cezalandırmanın getirdiği baskıcı rejimler toplumda gerilimin oluşmasına yol açabilecek, yasaklanan görüş ve düşünceler toplumda ilk fırsatta ya bir devrime yahut da şiddet ve terör gibi istenilmeyen başka bir kanalla kendini ifade etme yoluna gidebilecektir.¹⁵ İfade özgürlüğünün toplumda oluşan gerilimi giderici bir etkiye sahip bulunduğunu ileri süren ABD Yüksek Mahkemesi yargıcı Brandies, Whitney v. California kararında, “Baskının, devletin istikrarını tehdit eden bir nefreti doğuracağı ve besleyeceği; devletin

11 BAREBDT Eric; Freedom of Speech, Oxford Üniversty Press, 1985, s.192. ARSLAN Zühtü; İstisnanın Normalleş(tiril)mesi, Terör ve İfade Özgürlüğü: Türkiye Tecrübesi Üzerine Notlar, İfade Özgürlüğü, İlkeler ve Türkiye, İletişim Yayınları, 1.Baskı, 2007 İstanbul, s.183 vd.

12 TANÖR Bülent; Siyasi Düşünce Hürriyeti ve 1961 Türk Anayasası, s. 85.

13 SUNAY Reyhan; s.85.

14 SADURSKÍ Wojciech; İfade Özgürlüğü ve Sınırları, (Çev: M. Bahattin Seçilmişoğlu), Ankara, Liberal Düşünce Topluluğu, 2002, Önsözden s.xııı.

15 ŞAHİN, Kemal; İnsan Hakları ve Özgürlük Boyutuyla İfade Özgürlüğü: Gerekçeleri ve Sınırları, Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul 2009, s. 296.

istikrarına yönelen bu tehdidin ortadan kaldırılmasının biricik yolunun, söz konusu mağduriyetlerin ve bu mağduriyetleri gidermek için sunulabilecek çözüm önerilerinin özgürce tartışılabilmesine olanak sağlanması gerektiği görüşünü ifade etmiştir. Böylece ifade özgürlüğü, toplumda bir şekilde kendisini mağdur görenlerin tepkilerini şiddete alternatif olarak göstermelerine imkan sağlayan bir araç olmaktadır.¹⁶ İfade özgürlüğünün tanınmadığı bir yerde gerçeğin ortaya çıkma şansı azalmaktadır. Halbuki insan, hatalarını tartışma ve deneyim yoluyla düzeltme yeteneğine sahiptir.¹⁷ Bilimin ilerlemesi ve hataların düzeltilebilmesi için kayıtsız ve şartsız bir tartışma özgürlüğü gereklidir. Tarih bize gösteriyor ki antik Yunan’da tam bir düşünme özgürlüğü hüküm sürdüğü zamanlarda bilgi gelişip artmış, modern zamanlarda ise araştırma ve inceleme üzerindeki sınırlamalar tam olarak kaldırıldığından beri büyük bir hızla ilerlemiştir. Bu özgürlüğün yerleşmesi modern medeniyetin en değerli başarısı sayılabileceği gibi aynı zamanda toplumsal ilerlemenin temel şartlarından biridir.¹⁸

Demokratik hukuk devleti özgürlük temeli üzerinde kurulur. Özgürlük temelinin ortadan kaldırılması demokratik düzen olma niteliğini de ortadan kaldıracaktır. Amerika Birleşik Devletleri’nin kurucularından Benjamin Franklin’in dediği gibi “Geçici güvenlik sağlamak için özgürlüklerinden vazgeçenler ne özgürlüğü ne de güvenliği elde eder.” Bu nedenle yasama, yürütme ve yargı organ ve temsilcileri mevzuat ve uygulama hususunda kuyumcu hassasiyeti ve titizliği ile hareket edip ne özgürlüğün ortadan kaldırılmasına ne de kamu düzeninin bozulmasına izin vermeyerek özgürlük ve güvenlik dengesini özenle korumaya çalışmalıdır.¹⁹

II. TÜRKİYEDE İFADE VE BASIN ÖZGÜRLÜĞÜ SORUNU

Baskıcı, otoriter ve totaliter siyasi rejimlerden liberal demokratik rejimlere önemli bir mücadele alanı olarak karşımıza çıkan ifade ve basın özgürlüğünün, en gelişmiş demokratik hukuk devletlerinde dahi zaman zaman problem olarak gündeme geldiğini görmekteyiz.

¹⁶ WATKINS John J; *The Mass Media and the Law*, Prentice Hall, USA 1990.

¹⁷ MİLL John.Stuart; *A System of Logic: Ratiocinative and Inductive*, Longmans, Green ve Co. Publishing, NY, USA, 1930, s. 56 vd.

¹⁸ BURY, John Bagnell; s. 190-191.

¹⁹ Özgürlük ve güvenlik dengesi hakkında tartışmalar için bkz. BİLGİN Ayhan; *Güvenlik-Özgürlük: Yanlış Bir Denklem, İfade Özgürlüğü, İlkeler ve Türkiye, İletişim Yayınları*, 1. Baskı, 2007 İstanbul, s.173.

Demokratik hukuk devleti olan ve bu özgürlüklere Anayasamızın 25, 26 ve 28. maddelerinde vurgu yaparak anayasal güvence altına alan Türkiye bakımından da ifade ve basın özgürlüğü önemli bir temel hak ve hürriyet alanıdır. Böyle olmasına rağmen bir ifade ve basın özgürlüğü sorunu özellikle; Tanzimat'tan, Meşrutiyete, oradan Cumhuriyete ve çok partili hayata geçiş ve 27 Mayıs 1960 darbesi, 12 Mart 1971 muhtırası, 12 Eylül 1980 darbesi ve 28 Şubat 1997 post modern darbe dönemlerinde gündemdeki yerini korumuştur. Hatta bu sorun, siyasi iktidarların ifade ve basın özgürlüğü üzerinde sürekli bir demoklesin kılıcı olarak durduğu, zaman zaman da ifade ve basın özgürlüğünün baskı altına almaya çalıştığı yönündeki iddialarla dile getirilmiştir.

Bu sorunun, Türkiye'nin özellikle Avrupa Birliği müzakerelerinin ve Avrupa Birliği (AB) müktesebatına uyumun yoğun olarak devam ettiği 2000 yılından sonra da devam ettiğini, yapılan düzenlemeler ve alınan idari tedbir ve çalışmalara rağmen kronik boyutta bir sorun olmaktan çıkmasına rağmen halen güncelliğini koruduğunu görmekteyiz.

AB üyelik müzakerelerinin önemli başlıklarından olan 'Yargı ve Temel Haklar' faslının açılış kriterlerinden bir tanesi de ifade özgürlüğüne ilişkin mevzuatın gözden geçirilmesidir. AB Türkiye'nin basın ve ifade özgürlüğü mevzuat ve uygulamasını uzun zamandır eleştirmektedir. Bununla ilgili en önemli değerlendirmelerden birisi kuşkusuz Avrupa Birliği'nin (AB) Türkiye İlerleme Raporlarıdır.²⁰ Bu eleştiriler özellikle 2009 İlerleme Raporu sonrası artmıştır. Uluslararası ve ulusal sivil toplum örgütlerinin değerlendirmeleri de²¹ yine ifade ve basın özgürlüğü sorunu konusunda çeşitli durum tespitleri yapmaktadır. Bu tespit ve değerlendirmelerin çok önemli bir bölü-

²⁰ AB Türkiye Düzenli İlerleme Raporu 2012; <http://www.abgs.gov.tr/index.php?p=46224&l=1> (çevrimiçi: 13/1/2013)

²¹ İnsan Hakları İzleme Örgütü (Human Rights Watch) Başbakan Sayın Recep Tayyip ERDOĞAN'a ilettikleri 20/06/2011 tarihli Raporda ifade özgürlüğü ile ilgili olarak, İfade özgürlüğüne tam bağlılığın öncelik olarak benimsenmesi, şiddet içermeyen konuşma ve yazılar nedeniyle kişilere soruşturma ve kovuşturmaları haber yaptığı için gazetecilere terör propagandası suçlamasıyla dava açıldığı, politikacıların kendilerini eleştirenlere hakaret davası açtıkları, bu sebeple Terörle Mücadele Kanunu ve diğer kanunlardaki ifade özgürlüğü önündeki engellerin kaldırılması, ayrıca ifade özgürlüğünün internete erişimde filtreleme sistemi getirilerek ihlaline yol açacak kararlar alındığı ve bunun kaldırılması önerilmiştir. Ayrıca Uluslararası Af Örgütü'nün ifade özgürlüğü sorununa dikkat çeken görüşleri için bkz. <http://www.amnesty.org/en/region/turkey/report-2011> ("freedom of expression" başlığı). (çevrimiçi: 13/1/2013); İnsan Hakları İzleme Örgütü'nün "World Report 2012: Turkey" başlığı altındaki raporu için bkz. http://www.hrw.org/sites/default/files/related_material/turkey_2012.pdf (çevrimiçi: 13/1/2013); Ayrıca Human Rights Watch, Kasım 2010, <http://www.hrw.org>.

mü Türkiye’nin de taraf olduğu Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde yer alan düzenlemeler ve yetkisini kabul ettiği Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin Türkiye hakkında vermiş olduğu kararlara dayanmaktadır.

2009 yılı Avrupa Birliği İlerleme Raporunda, ifade özgürlüğü konusunda, Türk Ceza Kanununun (TCK) 301. maddesinde yapılan değişiklik sonrasında önceki yıllara kıyasla kovuşturma sayısında belirgin bir düşüşe yol açtığı bu sebeple ifade özgürlüğünün sınırlandırılmasına yönelik olarak sistematik bir şekilde uygulanmadığı, ancak, yasal çerçevenin değişmesine rağmen hâkim ve savcıların ifade özgürlüğünü dar bir şekilde yorumlamaları nedeniyle kovuşturmalar yapılmakta ve mahkûmiyet kararları verilmesi sebebiyle ifade özgürlüğüne ilişkin yeterli güvencenin sağlanamadığı, Ayrıca, Türk Ceza Kanununun onur, şeref ve saygınlığa karşı 125 ila 131. maddelerinde düzenlenen suçları, kamu düzeni (214, 216, 217, 218 ve 220. maddeleri) devlet güvenliği (305. maddesi), anayasal düzen (312 ve 314. maddeler), müstehcenlik (226. maddesi) ve özellikle Terörle Mücadele Kanunu 6 ve 7. maddeleri başta olmak üzere, diğer birtakım düzenlemelerin ifade özgürlüğünü kısıtladığı, ayrıca, TCK’nın 318. maddesinde düzenlenen “halkı askerlikten soğutmak” Atatürk Aleyhine İşlenen Suçlar Hakkında Kanun, Türk Harflerinin Kabul ve Tatbiki Hakkında Kanun uyarınca kovuşturmalar ve mahkûmiyet kararlarının devam ettiği, özellikle TCK’nun 285 ve 288. maddeleri uyarınca gazetecilerin, soruşturmaların gizliliğini ihlal ya da adil yargılamayı etkilemek iddiaları yüzünden sıklıkla kovuşturmalarla karşı karşıya kaldıkları, bu hukuki belirsizliğin, gazetecileri, yazarları, yayıncıları, siyasetçileri, akademisyenleri ve diğer meslek gruplarını soruşturma, kovuşturma, mahkûmiyet ve hapis tehlikesiyle karşı karşıya bıraktığı belirtilmiştir.²²

2012 Yılı Avrupa Birliği Türkiye Düzenli İlerleme Raporu’nda ise önceki eleştirilere benzer eleştiriler yapılarak, yapılan reformların ifade ve basın özgürlüğü alanında belirgin bir ilerleme sağlanması açısından yeterli olmadığı, ifade özgürlüğü ihlallerindeki artışın ciddi endişe kaynağı olduğu, basın özgürlüğünün alanında uygulamada kısıtlamaların devam ettiğine ilişkin ifadelerle ifade ve basın özgürlüğü sorununun kapsamına ve durumuna ışık tutmaktadır.

²² 2009 Türkiye İlerleme Raporu Hakkında 10 Şubat 2010 tarihli Avrupa Parlamentosu kararında:“Türk mevzuatının ifade özgürlüğü ile ilgili yeterli garantiyi sağlayamamasından ve bazı yasaların özgürlükleri kısıtlamak gibi kötü amaçlı kullanılmasına devam edilmesinden kaygı duyulduğu, Türk Hükümetini Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi içtihatlarına uyumunu sağlamak için yasal çerçeveye kapsamlı bir reform getirmesi için çağrıda bulunmuştur.

Son yıllarda bu sorunun ve yargı alanındaki diğer önemli sorunların çözümüne yönelik 2009 yılında Adalet Bakanlığının hazırlamış olduğu ve Bakanlar Kurulunda görüşülen, 2012 yılında ise günün şartları ve ihtiyaçlarına göre güncellenen Yargı Reformu Strateji Belgesi benimsenerek uygulamaya konulmuştur.²³ Yargı reformu kapsamında bu sorun ve yargının diğer alanlarındaki önemli sorunlarının çözümüne yönelik yargının hızlandırılması, etkinlik ve verimliliğinin artırılması, insan hakları ve basın ve ifade özgürlüğünün iyileştirilmesi amacıyla kamuoyunda yargı paketleri olarak bilinen dört adet paketle çeşitli kanunlarda değişiklik öngören bir kısım düzenlemeler TBMM’de kabul edilmiş ve yürürlüğe girmiştir.

III. İFADE VE BASIN ÖZGÜRLÜĞÜ KONUSUNDA TÜRKİYE’NİN AIHM ÖNÜNDEKİ GÖRÜNÜMÜ

Avrupa Konseyi 1949 yılında 10 Avrupa Devleti tarafından kurulmuştur.²⁴ Türkiye kurucu üye olarak aynı yıl bu statüye taraf olmuştur. Avrupa Konseyi tarafından ilk olarak, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi kabul edilmiş ve etkin bir denetim mekanizması olan Avrupa İnsan Hakları Divanı’nın ilk yargıçlarını seçerek çalışmaya başlamıştır. Türkiye, Sözleşmenin yazım aşamasında yer alan 10 kurucu devletten biri olarak 1954 yılında Sözleşmeyi onaylayarak taraf olmuştur.²⁵

Türkiye, AIHM’ye bireysel başvuru hakkını kabul ettiği 1987’den ve özellikle 1998’de 11 Nolu Ek Protokolün getirdiği değişiklikten itibaren aleyhine en fazla sayıda başvuru yapılan ülkeler arasında Rusya’dan sonra ikinci ülke durumundadır. Ayrıca, 47 Avrupa Konseyi ülkesi arasında hakkında en çok ihlal kararı verilen ülke de Türkiye’dir.²⁶ AIHM tarafından

²³ Avrupa Birliği müzakereleri sürecinde 13 Ekim 2006 tarihinde sonuçlanan 23. Fasıl karşılıklı mevzuat tarama toplantıları neticesinde, Avrupa Komisyonu tarafından bir yargı reformu stratejisi ihtiyacı ve önerisi neticesinde yargıyla ilgili tüm aktörlerin katılımıyla Adalet Bakanlığı tarafından 2009 yılında hazırlanmış ve Bakanlar Kuruluna ve Avrupa Komisyonuna sunulmuştur. http://www.sgb.adalet.gov.tr/yrs/Yargi_Reformu_Stratejisi.pdf, Erişim Tarihi;20/01/2013.

²⁴ Konseye şu anda 47 devlet üyedir. <http://www.coe.int/aboutCoe/index>. Erişim Tarihi;17/01/2013.

²⁵ Türkiye Sözleşmeyi, 04.11.1950 tarihinde imzalamış ve 10.03.1954 tarih ve 6366 sayılı Kanun ile onaylamıştır.

²⁶ YILDIRIM Zeki; 6384 Sayılı Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine Yapılmış Bazı Başvuruların Tazminat Ödenmek Suretiyle Çözümüne Dair Kanun: İnsan Hakları İhlallerinin Çözümüne Dair Farklı Bir Yaklaşım, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi C. XVII, Y. 2013, Sayı. 1-2, s.1728.*

verilen bu ihlal kararları için bir yandan Türkiye’yi her yıl önemli miktarlarda tazminat ödemek zorunda bırakırken, diğer yandan da Türkiye’nin insan hakları alanında uluslararası toplumdaki görünümünü olumsuz etkilemektedir.

Türkiye’nin AIHM karşısındaki mevcut durumunu daha iyi anlamak için istatistiklere göz atmakta yarar vardır. 30 Eylül 2012 itibarıyla Türkiye’ye karşı yapılan ve AIHM önünde derdest bulunan başvuru sayısı 16.850 olup, bu sayı AIHM’ye toplam yapılan başvuru sayısının yaklaşık % 12,1’ini oluşturmaktadır. Aynı tarih itibarıyla birinci sırada yer alan Rusya’ya karşı yapılan ve derdest olan başvuru sayısı ise 30.950 olup, toplam başvuru sayısı içindeki oranı % 22,2’dir. İtalya bu sıralamada 14.550 başvuru sayısı ve % 10,4’lük oranla üçüncü sırada yer almaktadır. Yine 1959-2011 yılları arasında Türkiye aleyhine verilen ihlal kararı sayısı 2404 olup, Türkiye’yi 1651 ihlal kararı ile İtalya ve 1140 ihlal kararı ile Rusya takip etmektedir.²⁷ Ödenen toplam tazminat miktarı bakımından ise Türkiye sadece 2011 yılında 30.887.568 Avro ile birinci sırada yer almaktadır. İkinci sıradaki Rusya’nın ödediği 2011 yılı toplam tazminat miktarı ise 8.727.199 Avro’dur. Üçüncü sıradaki İtalya’nın ödediği toplam tazminat miktarı ise 8.414.745 Avro’dur.²⁸

1959 – 2012 tarihleri arasında ifade özgürlüğü alanında Türkiye aleyhine verilmiş 215 ihlal kararı ile hakkında en çok ihlal kararı verilen ülke konumundadır. Bu dönemde Türkiye’den sonra en çok ihlal kararı verilen ülkeler 33 ihlal kararıyla Avusturya ve 28 ihlal kararıyla Fransa’dır. AIHM’nin, 2010 yılında ifade hürriyetiyle ilgili verdiği toplam 55 ihlal kararından 19 tanesi Türkiye aleyhine verilen kararlardır.²⁹ Yani, Türkiye, 47 devlet arasında ifade hürriyeti alanındaki ihlallerin % 34,5’ini fazlasını tek başına almıştır.³⁰ Türkiye hakkındaki olumsuz bu tablonun değiştirilmesi amacıyla son zamanlarda Adalet Bakanlığı konuyu sistematik olarak ele alan kapsamlı

27 Adalet Bakanı Sn. Sadullah ERGİN’in TBMM Plan ve Bütçe Komisyonunda 2013 yılı Bütçe Sunuş Konuşması, s. 50. http://www.sgb.adalet.gov.tr/duyurular/2012/2013_Yili-Butce_Sunuş_Konuşması.pdf. Erişim Tarihi;20/01/2013.

28 <http://www.inhak.adalet.gov.tr/istatistikler/2011.html>. Erişim Tarihi;27/04/2013.

29 BEYDOĞAN Ayhan T; Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Işığında Türk hukukunda Siyasi İfade Hürriyeti, Ankara, Liberal Düşünce Topluluğu, 2003, s.99 vd.

30 <http://www.inhak.adalet.gov.tr/istatistikler/2011.html>. Erişim Tarihi; 27/04/2013. ARSLAN Zühtü; İstisnanın Normalleş(tiril)mesi, Terör ve İfade Özgürlüğü: Türkiye Tecrübesi Üzerine Notlar, İfade Özgürlüğü, İlkeler ve Türkiye, İletişim Yayınları, 1. Baskı, 2007 İstanbul, s.187.

çalışmalar yürüttüğü gözlemlenmektedir.

Yapılan yargı reformları ile insan hakları konusunda sürekli olarak iyileştirmeler yönünde çalışmalar yapan Yürütme organı, gerek insan haklarına saygının, bu konuda ortaya çıkan aksaklıkları kendi iç hukukumuzda çözüme bağlama ilkesinin gereğinin yerine getirilebilmesi için, gerekse Türkiye'nin AİHM önündeki davalar açısından görünümünün daha iyi bir noktaya taşınabilmesi için, yargı reformu çalışmaları kapsamında insan hakları basın ve ifade özgürlüğü alanında önemli düzenlemeler içeren kamuoyunda Dördüncü Yargı Paketini hazırlamış ve bu çalışma. 6459 sayılı sayılı İnsan Hakları ve İfade Özgürlüğü Bağlamında Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun olarak TBMM'de kabul edilerek 30/04/2013 tarih ve 28633 sayılı Resmî Gazetede yayımlanarak yürürlüğe girmiştir. Kanun ile temel olarak, AİHS tarafından koruma altına alınan hakların ihlaline sebebiyet verebilen kanunlardaki ilgili hükümlerde değişiklik yapılması ve söz konusu olabilecek ihlal durumlarının ortadan kaldırılması amaçlanmıştır.

Kanun ile bir yandan, insan haklarına saygılı bir devletin yapması gerektiği gibi, bu alanda ortaya çıkan aksaklıkları kendi iç hukukumuzda çözüme bağlamak, diğer yandan da Türkiye'nin AİHM kararları açısından görünümünü daha iyi bir noktaya taşınabilmesi mümkün olacaktır. Ayrıca bu değişikliklerin amacına ulaşması suretiyle, Türkiye'nin uluslararası alanda insan haklarına saygı konusunda özensiz olduğu şeklindeki bir algının önüne geçilmiş olacaktır.

IV. AVRUPA BİRLİĞİ UYUM SÜRECİNDE (2001-2004) TARİHLERİ ARASINDA İFADE VE BASIN ÖZGÜRLÜĞÜ ALANINDA YAPILAN ÇALIŞMALAR

10-11 Aralık 1999 tarihlerinde Helsinki'de yapılan Avrupa Birliği Toplantısında tam üyelik için Türkiye'nin aday olarak kabul edilmesiyle Türkiye-Avrupa Birliği ilişkileri yeni bir boyut kazanmıştır. Bu bağlamda Türkiye ile ilgili olarak 4 Aralık 2000 tarihinde onaylanan "Katılım Ortaklığı Belgesi"nin ardından, 19 Mart 2001 tarih ve 2001/2129 sayılı Bakanlar Kurulu kararıyla kabul edilen "Avrupa Birliği Müktesebatının Üstlenilmesine İlişkin Türkiye Ulusal Programı", 24 Mart 2001 tarih ve 24352 mükerrer sayılı Resmî Gazetede yayımlanarak yürürlüğe girmiştir.

Ayrıca, Türkiye'nin taraf olduğu uluslararası sözleşmelerden doğan yükümlülükleri nedeniyle de mevzuatımızda bazı değişikliklerin yapılması gereği ortaya çıkmıştır.

Anayasamızda temel hak ve hürriyetler, ayrıntılı bir şekilde düzenlenmiş olup, bunlar arasında düşünceyi açıklama ve yayma hürriyeti, basın hürriyeti-

ti, dernek kurma hürriyeti, toplantı ve gösteri yürüyüşü düzenleme hakkı ile siyasî parti kurma hakkı demokratik rejimin gelişmesi bakımından özel bir öneme sahiptir. Anayasada 3/10/2001 tarihli ve 4709 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının Bazı Maddelerinin Değiştirilmesi Hakkında Kanunla yapılan değişiklikle, temel hak ve hürriyetlerin özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabilmesini öngören yeni bir sistem benimsenmiştir. Böylece, temel hak ve hürriyetler bakımından bir genişleme sağlanmıştır. Keza, 7/5/2004 tarihli 5170 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının Bazı Maddelerinin Değiştirilmesi Hakkında Kanunla³¹, basın işletmesi olarak kurulan basımevi ve eklentileri ile basın araçlarının suç aleti oldukları gerekçesiyle zapt ve müsadere edilemeyeceği hüküm altına alınmış, temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası andlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi halinde çıkabilecek uyuşmazlıklarda milletlerarası andlaşma hükümlerinin esas alınacağı kabul edilmiştir.

Bu çerçevede 2001-2004 tarihleri arasında 8 adet uyum paketi kanunlaşmıştır. Bu paketlerden ilk yedisi basın ve ifade özgürlüğünü doğrudan ilgilendirmekle birlikte Sekizinci Uyum Paketinde basın ve ifade özgürlüğüne ilişkin doğrudan bir düzenleme yer almamaktadır. Bu uyum paketleri ile bir yandan Anayasada yapılan değişiklikler, öte yandan Avrupa Birliği Müktesebatının Üstlenilmesine İlişkin Türkiye Ulusal Programı çerçevesinde alınması gerekli tedbirlerle ilgili olarak devam eden süreçte yükümlülüklerimizde yerine getirilmesi için çeşitli kanunlarda değişiklikler yapılmıştır. Bu çerçevede, özellikle ifade ve basın özgürlüğü bağlamında, düşünceyi açıklama ve yayma hürriyeti, basın hürriyeti, dernek kurma hürriyeti, toplantı ve gösteri yürüyüşü düzenleme hakkı ile siyasî parti kurma hakkının demokratik rejimin gelişmesi bakımından sahip olduğu önem de dikkate alınarak dernekler ve vakıflar, toplantı ve gösteri yürüyüşü, basın, siyasî partiler ve seçim mevzuatı ile ceza mevzuatımızda ifade hürriyeti ve diğer temel hak ve özgürlüklerin genişletilmesi yönünde düzenlemeler yapılmıştır.

Ayrıca uyum paketleri kapsamında olmamakla birlikte 2004 yılında basın özgürlüğünü ve bu özgürlüğün kullanımını düzenleyen 9/6/2004 tarihli 5187 sayılı Basın Kanunu TBMM’de kabul edilmiştir

31 Kanunla aynı zamanda İnsan Haklarını ve Ana Hürriyetleri Korumaya Dair Sözleşme (Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi)’ye Ek 13 Nolu protokol de dikkate alınarak Anayasadan ölüm cezalarına ilişkin hükümler çıkartılmıştır.

A. Uyum Paketleri İle Yapılan Düzenlemeler

1. Birinci Uyum Paketi İle Yapılan Düzenlemeler³²

a. 765 sayılı Türk Ceza Kanunu

765 sayılı Türk Ceza Kanununun 159. maddesinde “Devletin manevi şahsiyetini alenen tahkir ve tezyif” suçuyla ilgili olarak öngörülen “bir yıldan altı yıla kadar ağır hapis” şeklindeki cezai müeyyide “bir yıldan üç yıla kadar hapis” olarak değiştirilmiş ve böylece düşünce ve ifade özgürlüğünün kapsamı genişletilmiştir.

Aynı Kanunun 312. maddesinde düzenlenen “suç işlemeye tahrik” suçuyla ilgili olarak maddede yer alan müeyyidelerden para cezaları metinden çıkartılmış, ayrıca maddenin ikinci fıkrasında ağırlaştırıcı sebep olarak yer alan husus “kamu düzeni için tehlikeli olabilecek şekilde” ifadeleriyle suçun unsuru haline getirilmek suretiyle düşünce ve ifade özgürlüğü genişletilmiştir.

b. 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanunu

3713 sayılı Terörle Mücadele Kanununun 7. maddesinin ikinci fıkrasında yapılan değişiklikle örgütle ilgili her propagandanın değil, terör yöntemlerine başvurmaya özendirerek şekilde propaganda yapılması suç olarak düzenlenmiş ve bu değişiklikle suçun oluşması zorlaştırılarak düşünce ve ifade özgürlüğü kapsamında bir genişleme sağlanmış; keza aynı Kanunun 8. maddesinin üçüncü fıkrasında yapılan değişiklikle propaganda suçunun işlenmesi halinde ilgili radyo ve televizyon kuruluşunun yayından men edilebileceği süre 1-15 günden 1-7 güne indirilmiş, son fıkrada yer alan artırım oranı indirilmiştir. Bu değişikliklerle de düşünce ve ifade özgürlüğünün kapsamı genişletilmiştir.

2. İkinci Uyum Paketi İle Yapılan Düzenlemeler³³

a. 5680 sayılı Basın Kanunu

Mülga 5680 sayılı Basın Kanununun Ek 1. ve Ek 2. maddelerinde yapılan değişikliklerle, basılmış eserlerin dağıtımının önlenmesi veya toplatılması hâkim güvencesine bağlanmış, suç teşkil eden yazının yayımlandığı mevkutenin kapatılma cezası ile sorumlular için düzenlenen cezai müeyyide miktar ve süre yönünden eyleme uygun olacak şekilde hafifletilmiştir.

³² 06/02/2002 tarih ve 4744 sayılı Kanun.

³³ 26/03/2002 tarih ve 4748 sayılı Kanun.

b. 2820 sayılı Siyasî Partiler Kanunu

2820 sayılı Siyasî Partiler Kanununun 101. ve 102. maddelerinde yapılan değişiklikle Anayasa Mahkemesinin, Devlet yardımı alan siyasî partiler için kapatma yerine, kapatma davasına konu olan fiillerin ağırlığına göre bu yardımdan kısmen veya tamamen yoksun bırakılmasına karar verebileceği öngörülmüş ve Anayasanın 69. maddesinin altıncı fıkrasında yapılan değişiklikle getirilen "odak" tanımı, Siyasî Partiler Kanununun 103. maddesine de alınmıştır.

c. 2908 sayılı Dernekler Kanunu

Mülga 2908 sayılı Dernekler Kanununda yapılan değişikliklerle, Anayasanın 33. maddesinde yapılan düzenlemeye ve 4721 sayılı yeni Türk Medenî Kanununa paralellik ve uyum sağlanmış ve bu suretle derneklere ilişkin özgürlükler genişletilmiştir.

d. 2911 sayılı Toplantı ve Gösteri Yürüyüşleri Kanunu

2911 sayılı Toplantı ve Gösteri Yürüyüşleri Kanununda özellikle Anayasanın 34. maddesinde 4709 sayılı Kanunla yapılan değişikliklere paralellik sağlanmış ve toplantı ve gösteri yürüyüşü alanındaki sınırlamalar kaldırılarak özgürlükler genişletilmiştir.

3. Üçüncü Uyum Paketi İle Yapılan Düzenlemeler³⁴

a. 765 sayılı Türk Ceza Kanunu

Mülga 765 sayılı Türk Ceza Kanununun 159. maddesine eklenen bir fıkra ile düşünce ve ifade özgürlüğü kapsamında kalan ve eleştiri niteliği taşıyan düşünce açıklamalarının suç oluşturmayacağı hükme bağlanmıştır.

b. 2908 sayılı Dernekler Kanunu

Mülga 2908 sayılı Dernekler Kanununun 11, 12, 15, 40, 45, 46, 62. ve 73. maddelerinde değişiklik yapılarak, 39, 47. ve 56. maddeleri de yürürlükten kaldırılmak suretiyle; dernek kütüğü ve kayıt işlerinin İçişleri Bakanlığı bünyesinde ve tek elde toplanması sağlanmış, derneklerin denetiminde “yerinde denetim” usulü değiştirilerek “beyana bağlı denetim usulü” getirilmiş, kamu görevlileri ile öğrencilerin dernek kurmalarının önündeki engel kaldırılmış ve ayrıca kurulan derneklerin yurt dışında ve yurt dışında kurulan derneklerin de ki faaliyetlerini kolaylaştırıcı hükümler getirilerek özgürlük alanı genişletilmiştir.

³⁴ 03/08/2002 tarih ve 4771 sayılı Kanun

c. 2762 sayılı Vakıflar Genel Müdürlüğünün Teşkilât ve Görevleri Hakkında KHK

2762 sayılı Vakıflar Genel Müdürlüğünün Teşkilât ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin Ek 3. maddesiyle yabancı ülkelerde kurulmuş olan vakıfların şube açmalarına imkân verilmiştir.

d. 2911 sayılı Toplantı ve Gösteri Yürüyüşleri Kanunu

2911 sayılı Toplantı ve Gösteri Yürüyüşleri Kanununun 3. maddesinde yapılan değişiklikle yabancıların toplantı ve gösteri yürüyüşlerine katılmaları ve etkinliklerde yer almaları konusundaki sınırlamalar kaldırılmıştır. Keza, 10. maddede yapılan değişiklikle de Türk vatandaşları için toplantı düzenleme bildirim süresi yetmiş iki saatten kırk sekiz saate indirilerek toplantı ve gösteri yürüyüşleri konusundaki özgürlükler genişletilmiştir.

e. 3984 sayılı Radyo ve Televizyonların Kuruluş ve Yayınları Hakkında Kanun

3984 sayılı Radyo ve Televizyonların Kuruluş ve Yayınları Hakkında Kanunun 4. maddesinde yapılan değişiklikle, Türk vatandaşlarının günlük yaşamlarında geleneksel olarak kullandıkları farklı dil ve lehçelerde yayın yapılmasının önündeki hukukî engeller kaldırılmış ve yayın imkânı güvence altına alınmış; madde de yer alan “kamu çıkarlarının gerektirdiği durumlar dışında kişilerin özel hayatının yayın konusu yapılmaması” ve “karamsarlık, umutsuzluk, kargaşa ve şiddet eğilimlerini körükleyici” ifadeleri madde kapsamından çıkartılarak özel hayatın gizliliğine ve ifade özgürlüğünün genişletilmesine yönelik düzenlemeler yapılmış; 26. maddesinde yapılan değişiklikle de yeniden iletim konusu açıklığa kavuşturularak, Avrupa Sınırötesi Televizyon Sözleşmesine uyum sağlanmıştır.

f. 5680 sayılı Basın Kanunu

5680 sayılı Basın Kanununun 5, 21, 22, 24, 25, 30, 33. ve 34. maddelerinde yer alan hapis cezaları yerine para cezaları ikame edilmiştir. Ayrıca 31. ve Ek 3. maddeleri yürürlükten kaldırılarak, basılmış eserlerin Türkiye’ye sokulması veya dağıtılmasının yasaklanması veya dağıtılmış olanların toplatılması konusunda idarî yetkiler kaldırılmış ve müsadereye ilişkin kararların Resmi Gazete’de yayımlanmasına ilişkin hüküm ilga edilmiştir.

g. 2923 sayılı Yabancı Dil Eğitimi ve Öğretimi Kanunu

2923 sayılı Yabancı Dil Eğitimi ve Öğretimi Kanununun 1. ve 2. maddelerinde yapılan değişiklikle Türk vatandaşlarının günlük yaşamlarında geleneksel olarak kullandıkları farklı dil ve lehçeleri öğrenmelerinin önündeki hukukî engeller kaldırılmıştır.

4. Dördüncü Uyum Paketi İle Yapılan Düzenlemeler³⁵

a. 5680 sayılı Basın Kanun

5680 sayılı Basın Kanununun 15. maddesinde yapılan değişiklikle, AİHM kararlarına uygun olarak, basın demokratik toplumdaki fonksiyonunu yerine getirmesi ve kamunun bilgilendirme hakkının kullanılmasının zedelenmemesi çerçevesinde haber kaynaklarını açıklamaya zorlanamayacağı hüküm altına alınmıştır.

b. 2820 sayılı Siyasî Partiler Kanunu

2820 sayılı Siyasî Partiler Kanununun 8, 11, 66, 98, 100, 102, 104. ve 111. maddelerinde yapılan değişiklikle, Anayasanın 69. maddesinde siyasi partilerin kapatılması şekillerinin yeniden düzenlenmesi ve “kapatma” yaptırımını yerine ilgili siyasi partinin “devlet yardımından kısmen veya tamamen yoksun bırakılması” yaptırımının getirilmiş olması ve 149. maddesinde Anayasa Mahkemesince, siyasi partilerin kapatılmalarına karar verilebilmesi için gerekli oy niteliğinin “beşte üç oy çokluğu”na çıkarılması yönünde yapılan değişikliğe paralellik sağlanması hususu da göz önünde bulundurularak siyasi partilerin daha özgürce örgütlenebilmelerine imkân tanıyan düzenlemeler yapılmıştır. Ayrıca 765 sayılı Türk Ceza Kanununun 312. maddesinin ikinci fıkrasında yapılan değişikliğe paralel düzenlemeler yapılmış, Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısının parti kapatma ile ilgili istemlerine karşı siyasi partilere Anayasa Mahkemesine itiraz edebilme imkânı getirilmiştir.

c. 2908 sayılı Dernekler Kanunu

2908 sayılı Dernekler Kanununun 5, 6, 16, 18. ve 44. maddelerinde yapılan değişikliklerle, Anayasanın 26. ve 33. maddelerinde yapılan değişikliklere paralellik sağlanmış ve derneklere ilişkin özgürlük alanları genişletilmiştir. Bu bağlamda; 5. maddede yapılan değişiklikle, kurulması yasak dernekle ilgili kısıtlamalar kaldırılmış, 6. maddede yapılan değişiklikle, derneklerin yurtdışı temaslarında ve resmi olmayan yazışmalarında yabancı dilleri kullanabilmelerine imkân tanınmış, 16. maddede yapılan değişiklikle tüzel kişilere de derneklere üye olabilme hakkı tanınmış ve kurulan derneklerin yurtdışı faaliyetleri ve yurt dışında kurulan derneklerin Türkiye’deki faaliyetleri ile ilgili olarak Türk Medeni Kanununun 91. ve 92. maddelerinde değişiklik yapıldığından bu konudaki yeknesaklığın sağlanması açısından 11. ve 12. maddeler yürürlükten kaldırılmış, bu düzenlemelerle derneklere ilişkin özgürlükler genişletilmiştir.

d. 3071 sayılı Dilekçe Hakkının Kullanılmasına Dair Kanun

³⁵ 02/01/2003 tarih ve 4778 sayılı Kanun

3071 sayılı Dilekçe Hakkının Kullanılmasına Dair Kanununun 1, 2, 3, 4, 7. ve 8. maddelerinde yapılan değişikliklerle, Anayasanın 74. maddesinde yapılan değişikliklere paralel olarak yabancıların da dilekçe hakkından faydalanması imkânı getirilmiş, dilekçelere otuz gün içinde cevap verileceği ve cevapların da gerekçeli olacağı hükme bağlanmış, böylece, gerek yabancılarla ilişkin hak ve özgürlüklerin kapsamı genişletilmiş gerekse dilekçe sahiplerine cevap verilmesi konusundaki esaslar, hak ve özgürlüklerin güçlendirilmesi yönünde geliştirilmiştir.

e. 3686 sayılı İnsan Haklarını İnceleme Komisyonu Kanunu

3686 sayılı İnsan Haklarını İnceleme Komisyonu Kanununun 7. maddesinde yapılan değişiklikle, insan hakları ihlalleri ile ilgili başvurularda azami cevap süresi üç aydan altmış güne indirilerek başvuruların daha kısa sürede cevaplandırılması hukuki güvence altına alınmıştır.

f. 4721 sayılı Türk Medenî Kanunu

4721 sayılı Türk Medenî Kanununun 91. ve 92. maddelerinde yapılan değişikliklerle, kurulan derneklere ilişkin Bakanlar Kurulundan izin alma prosedürü kaldırılmış ve yabancı derneklerin Türkiye'deki faaliyetlerine ilişkin olarak Bakanlar Kurulunda bulunan yetki, Dışişleri Bakanlığının görüşü alınmak suretiyle İçişleri Bakanlığına verilmiştir.

5. Beşinci Uyum Paketi İle Yapılan Düzenlemeler³⁶

a. 2908 sayılı Dernekler Kanunu

2908 sayılı Dernekler Kanununun 82. maddesinde yapılan değişiklikle, bu Kanunun 43, 45. ve 64. maddelerinde yer alan yükümlülüklere uymayanlar için öngörülen hürriyeti bağlayıcı ceza, para cezası olarak düzenlenmiştir. Böylece derneklere ilişkin özgürlükler genişletilmiştir.

6. Altıncı Uyum Paketi İle Yapılan Düzenlemeler³⁷

a. 298 sayılı Seçimlerin Temel Hükümleri ve Seçmen Kütükleri Hakkında Kanun

298 sayılı Seçimlerin Temel Hükümleri ve Seçmen Kütükleri Hakkında Kanunun 55/A ve 149/A maddelerinde yapılan değişikliklerle, Yüksek Seçim Kurulunun özel radyo ve televizyon kuruluşlarına yönelik yaptırım yetkisi hafifletilmiştir.

³⁶ 23/01/2003 tarih ve 4793 sayılı Kanun

³⁷ 15/07/2003 tarih ve 4928 sayılı Kanun

b. 3257 sayılı Sinema, Video ve Müzik Eserleri Kanunu

3257 sayılı Sinema, Video ve Müzik Eserleri Kanununun 3, 6. ve 9. maddelerinde yapılan değişikliklerle, denetim konusundaki sınırlama sebepleri azaltılmış, Denetleme Kurulunun oluşumunda yer alan Milli Güvenlik Kurulu Genel Sekreterliği çıkartılmış ve yetkili merciin kararı bakımından hâkim güvencesi getirilmiştir.

c. 3984 sayılı Radyo ve Televizyonların Kuruluş ve Yayınları Hakkında Kanun

3984 sayılı Radyo ve Televizyonların Kuruluş ve Yayınları Hakkında Kanunun 4, 15, 32. ve geçici 10. maddelerinde yapılan değişikliklerle, Türk vatandaşlarınca günlük yaşamda geleneksel olarak kullanılan farklı dil ve lehçelerde yayın yapılması imkânının hem kamu hem de özel radyo ve televizyon kuruluşları aracılığıyla sağlanması yasal güvenceye kavuşturulmuş ve 32. maddenin üçüncü fıkrasındaki “yedinci günden itibaren” ibaresi “yirmi-dört saat içinde” şeklinde yeniden düzenlenerek seçim dönemlerindeki yayın yasağının süresi daraltılmıştır.

d. 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanunu

3713 sayılı Terörle Mücadele Kanununun 1. ve Geçici 10. maddelerinde yapılan değişikliklerle, terör suçunun oluşmasında cebir ve şiddet şartı getirilmiştir. Ayrıca düşünce ve ifade özgürlüğünün genişletilmesi bağlamında Terörle Mücadele Kanununun “propaganda” suçunu düzenleyen 8. maddesi yürürlükten kaldırılmıştır.

7. Yedinci Uyum Paketi İle Yapılan Düzenlemeler³⁸

a. 765 sayılı Türk Ceza Kanunu

Mülga 765 sayılı Türk Ceza Kanununun; 159. maddesinde yapılan değişikliklerle, “Devletin manevi şahsiyetini alenen tahkir ve tezyif” suçunu işleyenlere verilecek hapis cezasının alt sınırı “bir seneden”, “altı aya” indirilmiş ve maddede tanımlanan eylemlerin yalnızca eleştirmek amacıyla yapılan düşünce açıklamalarını içermesi cezasızlık nedeni olarak kabul edilerek cezayı gerektirmeyeceği güvence altına alınmıştır.

426. ve 427. maddelerde yapılan değişikliklerle, “halkın ar ve haya duygularını inciten veya cinsî arzuları tahrik ve istismar eder nitelikte genel ahlâka aykırı” nitelikteki “basılı veya basılı olmayan eserler”le ilgili suçların oluşumunda, bilim ve sanat eserleri ile edebi değere sahip olan eserler bu

³⁸ 30/07/2003 tarih ve 4963 sayılı Kanun

maddelerin kapsamı dışında bırakılmış, ayrıca maddelerde öngörülen suç konu evrak ve eşyanın imhasını düzenleyen hükümler metinden çıkarılmıştır.

b. 353 sayılı Askerî Mahkemelerin Kuruluşu ve Yargılama Usulü Kanunu

353 sayılı Askerî Mahkemelerin Kuruluşu ve Yargılama Usulü Kanununun 11. maddesinde yapılan değişiklikle, 1632 sayılı Askerî Ceza Kanununun 58. maddesinde belirtilen Türk Ceza Kanununun askerleri isyan ve itaatsizliğe teşvik ile halkı askerlikten soğutma ve millî mukavemeti kırmak gibi fiillerle ilgili 153, 155. ve 161. maddelerinde düzenlenmiş suçların barış zamanında siviller tarafından işlenmesi halinde bu suçlara ilişkin davaların, askeri mahkemelerde görülmeyeceği hükme bağlanmış ve böylece askerî mahkemelerin sivil şahıslara ilişkin yetki alanı daraltılmıştır.

c. 2908 sayılı Dernekler Kanunu

2908 sayılı Dernekler Kanununun 1, 4, 8, 10, 16, 17, 31. ve 38. maddelerinde yapılan değişikliklerle, derneklerle ilgili özgürlük alanları genişletilmiş ve dernek kurma ile ilgili prosedür basitleştirilmiş olup, bu bağlamda, tüzel kişilerin de dernek kurabilmelerine imkân verilmiş, kişiye bağlı dernek kurma yasağıyla ilgili hükümler yürürlükten kaldırılmış, yüksek öğretim kurumlarında kayıtlı öğrencilere öğrenci dernekleri kurma konusunda daha geniş imkânlar verilmiş, tüm derneklere il, ilçe ve köylerde birden fazla şube açabilme yetkisi getirilmiştir.

d. 2911 sayılı Toplantı ve Gösteri Yürüyüşleri Kanunu

Yapılan değişikliklerle, aynı günde aynı il sınırı içinde veya bir bölge valiliğine bağlı illerde birden fazla toplantı yapılmak istenmesi halinde toplantıların bir kısmını erteleme konusundaki azami süre “otuz” günden “on” güne indirilmiş³⁹, belli sebeplerle toplantı yasaklama sadece “suç işleneceğine dair açık ve yakın tehlike mevcut olması” durumuyla sınırlandırılarak bu konudaki ertelemeye ilişkin azami süre de “iki ay”dan “bir ay”a indirilmiş⁴⁰, valilerin belli sebeplerle il veya ilçelerde bütün toplantıların yasaklanması konusundaki yetkileri “suç işleneceğine dair açık ve yakın tehlike mevcut olması” durumuyla sınırlandırılarak erteleme ve yasaklama konusundaki azami süre “üç ay”dan “bir ay”a indirilmiştir.⁴¹

³⁹ Kanunun 15. ve 16. maddelerinde değişiklik yapılmıştır.

⁴⁰ Kanunun 17. maddesinde değişiklik yapılmıştır.

⁴¹ Kanunun 19. maddesinde değişiklik yapılmıştır.

e. 2923 sayılı Yabancı Dil Eğitimi ve Öğretimi ile Türk Vatandaşlarının Farklı Dil ve Lehçelerinin Öğrenilmesi Hakkında Kanun

Kanunun 2. maddesinde yapılan değişiklikle, Türk vatandaşlarının günlük yaşamlarında geleneksel olarak kullandıkları farklı dil ve lehçelerin mevcut kurslarda öğrenimine imkân sağlanmıştır. Ayrıca eğitim ve öğretimi yapılacak yabancı dillerin tespitinde Milli Güvenlik Kurulunun görüşünün alınması gerektiğine ilişkin hüküm madde metninden çıkarılmıştır.

f. 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanunu

Terörle Mücadele Kanununun 7. maddesinde yapılan değişiklikle, maddede düzenlenen propaganda suçunun oluşmasını zorlaştıracak şekilde “şiddete başvurmaya teşvik unsuru” madde metnine dahil edilerek, AİHM’nin bu alanda aradığı kriterler karşılanmıştır.

g. 4721 sayılı Türk Medenî Kanunu

4721 sayılı Türk Medenî Kanununun 56, 64. ve 82. maddelerinde yapılan değişikliklerle, tüzel kişilere de dernek kurabilme imkânı getirilmiş ve bu düzenlemeye paralel bazı usul değişiklikleri gerçekleştirilmiştir. Bu bağlamda, aynı Kanunun 66. maddesinde yapılan değişiklikle de, derneğe üye olan bir kişinin dernekten çıkmak istemesi durumunda bu talebini altı ay önceden bildirmesi gerektiğine ilişkin hüküm yürürlükten kaldırılmış, ayrıca, dernek şube kurucularının şubenin açılacağı yerde en az altı aydan beri ikamet etme zorunluluğuna ilişkin Dernekler Kanununun 31. maddesinin yürürlükten kaldırılmasına paralel olarak aynı hükmü içeren Türk Medeni Kanununun 94. maddesinin ikinci fıkrası da yürürlükten kaldırılmıştır. Tüm bu düzenlemelerle, dernek kurma konusundaki prosedürde kolaylaştırıcı düzenlemeler yapılmış ifade özgürlüğü kapsamında kalan bu özgürlükler genişletilmiştir.

B. 5187 sayılı Basın Kanunu ile Yapılan Düzenlemeler

Evrensel bir nitelik kazanmış olan iletişim alanının, düşünceyi açıklama ve yayma özgürlüğü ile onun temel araçlarından biri olan basın özgürlüğü kavramlarını yeniden ele almayı, bütün uygar ülkelerin benimsediği ilke ve kuralların içselleştirilip yürürlüğe konulmasını, gerekli ve zorunlu kıldığı. evrensel demokrasi anlayışının ortaya çıkardığı bir önemli kavramın bilgi edinme hakkı, doğru bilgiye ulaşma ya da başka bir deyişle gerçeği öğrenme hakkı olduğu, bu yeni bakış açısı karşısında düşünceyi açıklama özgürlüğü ve basın özgürlüğü, onu kullananlar açısından bir özgürlük olduğu kadar, gerçekleri öğrenmek özgürlüğüne sahip birey ve kitleler açısından da temel bir hak niteliğinde olduğu, çoğulcu, özgürlükçü, hoşgörülü, demokratik toplumlarda, düşünceyi açıklama özgürlüğü, sadece genel kabul gören ve zarar-

sız yahut önemsiz addedilen düşünceler yönünden değil, aynı zamanda halkın bir kısmı tarafından benimsenmeyen kural dışı, hatta endişe verici düşünceler için de geçerli olması gerekmektedir.⁴²

5680 sayılı Basın Kanunu, çok partili hayata geçişin doğurduğu ihtiyaçları karşılamak, basında demokratikleşmeyi sağlamak ve özgür bir basın düzeni oluşturmak amacıyla hazırlanmış ve belli bir süre de bu hedefe hizmet edebilmiştir. Ancak anılan Kanun, daha sonra bu amaçlarla bağdaşmayan ve basın yoluyla düşünce açıklama özgürlüğünü sınırlayan değişikliklere uğramış, bu değişiklikler Kanunun sistematiğini de bozmuştur. Belirtilen nedenlerle, günümüzün düşünce ve basın özgürlüğü kavramına ve Türkiye'nin taraf olduğu uluslararası sözleşmelere uygun yeni bir basın kanununa ihtiyaç duyulmuştur. Bu amaçla hazırlanan Tasarı, 5187 sayılı Kanun olarak 9/4/2004 tarihinde TBMM'de kabul edilerek yürürlüğe girmiştir.

5187 sayılı Kanun, Avrupa Birliğine uyum sürecinde basın alanında yapılan ilk düzenleme, hatta bu alanı temel kanun olarak düzenleyen ilk düzenlemedir. Kanun ayrıca ifade özgürlüğü kavramı ile uyumlu olacak şekilde "basın özgürlüğü" kavramına yer yeren ilk temel düzenlemedir. Buna rağmen Bu Kanun da çok geçmeden eleştirilere maruz kalmış özellikle 19. maddesinde düzenlenen "Yargıyı etkileme" başlıklı maddesinin, soruşturma ve kovuşturma aşaması hakkında haber yapan ve mütalaa yayımlayanlara para cezası verileceği hükmü basın ve ifade özgürlüğüne aykırı olduğu yönünde sıkça eleştirilmiştir.⁴³

V. (2004-2013) YILLARI ARASINDA İFADE VE BASIN ÖZGÜRLÜĞÜ ALANINDA YAPILAN ÇALIŞMALAR

A. Genel Olarak

Demokrasinin güçlendirilmesi, hukuk devletinin tesis edilmesi, temel hak ve özgürlüklerin çağdaş standartlara kavuşturulması, Avrupa Birliği müktesebatının üstlenilmesi, yargının hızlandırılması, güven veren bir adalet sisteminin tesis edilmesi amacıyla Türkiye'nin ihtiyaçları, AİHM ve diğer

⁴² Kanunun genel gerekçesinden <http://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem22/yil01/ss456m.htm> (Erişim Tarihi 30/04/2013)

⁴³ İLKİZ Fikret; İfade Özgürlüğü ve Yeni Basın Yasası, İfade Özgürlüğü, İlkeler ve Türkiye, İletişim Yayınları, 1. Baskı, 2007 İstanbul, s.207. Basın Kanununun 19. maddesi kamuoyunda Üçüncü Yargı Paketi olarak adlandırılan 02/07/2012 tarih ve 6352 sayılı Yargı Hizmetlerinin Etkinleştirilmesi Amacıyla Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması ve Basın Yayın Yoluyla İşlenen Suçlara İlişkin Dava ve Cezaların Erteleme Hakkında Kanunla yürürlükten kaldırılmıştır.

yüksek mahkemelerin kararları, uluslararası sözleşmelerin uygulanması, mukayeseli hukukta meydana gelen değişimler de dikkate alınarak Anayasa-da son on yılda 10 kez değişiklik yapılmış, ceza ve hukuk mevzuatı yenilenerek idari yargı alanında önemli değişiklikler gerçekleştirilmiştir. Bu çalışmalar kapsamında ifade ve basın özgürlüğü konusunda da önemli iyileştirmeler yapılmıştır. Tüm bu köklü değişiklikler Cumhuriyetin ilk yıllarında yapılan hukuk reformundan sonra bu güne kadar yapılan ve Yargı Reformu olarak adlandırılan ikinci ve en önemli kodifikasyon hareketidir.

2004 yılında başlayan bu kodifikasyon hareketiyle Türk toplumunun talepleri çerçevesinde son yıllarda demokratikleşme, insan hakları ve bu kapsamda ifade ve basın özgürlüğü alanında ve hukukun üstünlüğü konularında çok ileri derecede olumlu adımlar atılmış ve bu adımların neticeleri toplum tarafından kabul görmüştür. Bu zaviyeden bakıldığında, eskiden tabu olarak kabul edilen birçok konu artık rahatlıkla konuşulabilir ve tartışılabilir hale gelmiştir. Ancak yine de Türk toplumunun talepleri bununla sınırlı kalmamıştır. Zira, Türkiye yasa ve uygulamalarının evrensel insan hakları ve ifade özgürlüğüne ilişkin standartları yakalayınca kadar bu tür taleplerin devam edeceği anlaşılmaktadır.

Yargı Reformu kapsamında ifade ve basın özgürlüğü konusunda, kamuoyunda yargı paketleri olarak bilinen bu alanda çeşitli kanunlarda mevzuat değişikliği öngören düzenlemeler, Üçüncü ve Dördüncü Yargı Paketleri’nde yapılmıştır.

Üçüncü Yargı Paketi olarak adlandırılan 6352 sayılı Yargı Hizmetlerinin Etkinleştirilmesi Amacıyla Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması ve Basın Yayın Yoluyla İşlenen Suçlara İlişkin Dava ve Cezaların Ertelenmesi Hakkında Kanun 02/07/2012 tarihinde Türkiye Büyük Millet Meclisinde kabul edilip, 05/07/2012 tarihli ve 28344 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir. Yargı hizmetlerinin hızlandırılmasına yönelik yapılan düzenlemelerin devamı niteliğinde olan bu Kanun ile aynı zamanda basın ve ifade özgürlüğünün önündeki engellerin kaldırılması hedeflenmiştir.

Dördüncü Yargı Paketi olarak adlandırılan 6459 sayılı Kanun ile, insan haklarına saygı ve bu konuda ortaya çıkan aksaklıkları iç hukukumuzda çözüme bağlama ilkelerinin gereğinin yerine getirilebilmesi ve Türkiye’nin AİHM önündeki davalar açısından görünümünün daha iyi bir noktaya taşınabilmesi amacıyla, AİHS tarafından koruma altına alınan hakların ihlaline sebebiyet verebilen çeşitli kanunlardaki ilgili hükümlerde değişiklik yapılması ve söz konusu olabilecek ihlal durumlarının ortadan kaldırılması hedeflendiği, böylece, insan haklarına saygılı her devletin yapması gerektiği gibi, bir yandan bu alanda ortaya çıkan aksaklıklar kendi iç hukukumuzda çözüme

bağlanırken, diğer yandan da Türkiye'nin AİHM kararları açısından görünümünün daha iyi bir noktaya taşınabilmesi amacıyla⁴⁴ 11/04/2013 tarihinde TBMM'de 6459 sayılı İnsan Hakları ve İfade Özgürlüğü Bağlamında Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun kabul edilmiştir. Kanunla İnsan hakları ve özellikle ifade ve basın özgürlüğü alanında önemli değişiklikler yapılmıştır.

B. İfade ve Basın Özgürlüğü Alanında Yapılan Mevzuat Düzenlemeleri

İfade ve basın özgürlüğü konusunda uygulamada yaşanan sorunlar ve özellikle AİHM'nin Türkiye aleyhine vermiş olduğu kararları ve AB organları ve diğer uluslararası bağımsız insan hakları izleme örgütlerinin Türkiye hakkındaki rapor ve değerlendirmeleri dikkate alınarak Adalet Bakanlığı içerisinde çeşitli birim temsilcilerinin katılımıyla bir çalışma grubu oluşturulmuştur. Bu çalışma grubu bazı AB ülkelerindeki kanun metinlerini taramış ve uygulamada çıkan sorunları da düşünerek AB'nin talep edip etmemesine bakılmaksızın Türk Ceza Kanunu'nda ifade ve basın özgürlüğüne taalluk eden maddelerine ilişkin değerlendirme ve öneriler içeren bir ön çalışma yapmıştır.

Bu çalışma neticesinde, ifade ve basın özgürlüğüne ilişkin bazı maddelerde herhangi bir sorun olmadığı, hatta bazı maddelerin (örneğin TCK nun 305 inci maddesi) AB tarafından eleştirilmesine rağmen bugüne kadar bir uygulamasının olmadığı tespit edilmiştir. Ancak bazı maddelerin uygulamada ciddi mağduriyetlere sebep olduğu tespit edilerek çözüm önerileri üretilerek hazırlanan raporlar siyasi iradenein takdirine sunulmuştur.

1. Türk Ceza Kanununda Yapılan Temel Düzenlemeler

2005 yılında Ceza adalet sisteminde yapılan köklü değişiklikler de ifade ve basın özgürlüğü alanında AİHM ve diğer yüksek mahkemelerin kararları, uluslararası sözleşmeler ve standartlar, mukayeseli hukukta meydana gelen değişimler de dikkate alınarak Ceza mevzuatında düzenlemeler yapılmıştır. Fakat zaman içerisinde mevzuat ve uygulamadan kaynaklanan birtakım sorunlar yaşanması üzerine bu konuda gerekli değişiklikler de yapılmıştır.

Bu değişiklikleri ve değişikliklerin neleri getirdiğini kısaca şu şekilde ifade edebiliriz.

⁴⁴ Kanunun Genel Gereğesinden <http://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem22/yil01/ss456m.htm> (Erişim Tarihi 30/04/2013)

a. Bu değişikliklerin en önemlilerinden birisi ve belkide en çok tartışılanı, Türk Ceza Kanununun “Türklüğü, Cumhuriyeti, Devletin kurum ve organlarını aşağılama” kenar başlıklı 301. maddesidir. Bu maddenin uygulanması ve maddede korunan değer ve kurumların ne olduğu, kavramların ne anlama geldiği konusunda madde metni ve uygulamada tereddütler⁴⁵ ortaya çıkması sonucunda, ifade özgürlüğünü kısıtladığı yönünde çok ciddi eleştirileri yapılmıştır. Bu nedenle, uluslararası düzenlemeler ve uygulamalar dikkate alınarak 30/04/2008 tarihli ve 5759 sayılı Kanunla yapılan değişiklikle, eleştiri amacıyla yapılan düşünce açıklamalarının suç oluşturmayacağı hükmü madde metninde muhafaza edilerek bu suçtan dolayı soruşturma yapılması Adalet Bakanının iznine bağlanmıştır. Bu suretle uygulamada yaşanan yorum farklılıklarının tek elden gözden geçirilerek yorumlanması ve ancak eleştiri sınırlarını aşan bir hakaret söz konusu olduğunda bu konuda soruşturma yapılmasının yolu açılmıştır. Ancak bu şekilde yapılan bir düzenleme de; böyle bir takdirin siyasetin temsilcisi olan Adalet Bakanına bırakılmasının iktidarın anlayışına göre değişebileceği ifade ve basın özgürlüğü konusunda kalıcı bir çözüm getirmediği eleştirilerine maruz kalmaktadır.

b. 6352 Sayılı Kanunla Türk Ceza Kanununda özel hayatın gizliliğini korumaya dair 132, 133 ve 134 üncü maddelerinde yapılan değişikliklerle, mevcut hapis cezaları artırılarak suçun işlenmesinde caydırıcılığı sağlanması ve özel hayatın korunması amaçlanmaktadır. Ayrıca, ifade ve basın özgürlüğü kapsamında, suçun basın ve yayın yoluyla işlenmesi hâlinde cezaların artırılacağına ilişkin hükümler kaldırılmakta, hukuka uygun olarak yapılan dinlemelerin, hukuka aykırı olarak ifşa edilmesi de suç olarak düzenlenmiştir. 5237 sayılı Kanunun 132, 133 ve 134 üncü maddelerinde yapılan değişikliklerle, “İfşa edilen bu verilerin basın ve yayın yoluyla yayımlanması halinde de aynı cezaya hükmolunur.” cümlesi eklenmiştir. Bu suretle, hukuka aykırı olarak ifşa edilmiş olan haberleşme içeriklerinin basın ve yayın yoluyla yayımlanması halinde de, failerin bu fıkra hükmüne göre cezalandırılmasına imkân tanınmıştır. Ancak, belirtmek gerekir ki, bu hükme göre cezaya hükmedebilmek için, haber verme hakkının sınırlarının aşılması gerekir. Bu itibarla, hukuka aykırı olarak ifşa edilmiş olan haberleşme içeriklerinin haber verme hakkının sınırları dâhilinde haber konusu yapılması, söz konusu suçu oluşturmayacaktır. Yapılan değişiklikle bu suçların cezaları artırılarak suçun işlenmesinde caydırıcılığı sağlanması ve özel hayatın korunması amaçlanmıştır.

⁴⁵ SANCAR YALÇIN Türkan; Yine Düşünce Özgürlüğü, Yine 301. Madde, Hukuki Perspektifler Dergisi, sayı 9, s.132.

c. Basın ve yayın özgürlüğünün genişletilmesi amacıyla soruşturmanın gizliliğini ihlal ve adil yargılamayı etkilemeye teşebbüs suçları yeniden düzenlenmiştir. Türk Ceza Kanununun 285 ve 288 inci maddelerinde yapılan değişikliklerle, soruşturmanın gizliliğinin ihlal ve adil yargılamayı etkilemeye teşebbüs suçlarıyla ilgili olarak dile getirilen “basın mensupları hakkında, suçun unsurlarının belirgin olmaması nedeniyle çok sayıda soruşturma ve kovuşturma yapıldığı ve bu hususun basın ve ifade özgürlüğünü olumsuz yönde etkilediği” şeklindeki eleştirilerin giderilmesi amacıyla düzenleme yapılmıştır.

Türk Ceza Kanununda düzenlenen adil yargılamayı etkilemeye teşebbüs suçunun unsurları daha belirgin bir şekilde düzenlenerek özellikle basın yayın mensupları tarafından, görülmekte olan bir davayla ilgili yapmış oldukları yorumların ve açıkladıkları görüşlerinden dolayı haklarında soruşturma ve mahkumiyet nedenleri ortadan kaldırılması amaçlanmıştır.

Yapılan değişiklikte görülmekte olan bir davada veya yapılmakta olan bir soruşturmada, hukuka aykırı bir karar vermesi veya bir işlem tesis etmesi ya da gerçeğe aykırı mütalâada veya beyanda bulunması için, yargı görevi yapanı, bilirkişiyi veya tanığı etkilemek amacıyla alenen sözlü veya yazılı beyanda bulunmak, suç olarak tanımlanmıştır. Yapılan açıklamanın, yargı görevi yapanın hukuka aykırı bir karar vermesi veya bir işlem tesis etmesi; bilirkişinin veya tanığın gerçeğe aykırı mütalâada veya beyanda bulunması amacına yönelik olması gerekmektedir. Suçun oluşması bakımından, yapılan açıklamanın alenî olması gerekmekte olup, açıklamanın yazılı veya sözlü olması ya da basın ve yayın yoluyla yapılması önem taşımamaktadır.

d. Yine uygulamada önemli bir sorun olarak karşımıza çıkan hususlardan biriside “Suçu ve suçluyu övme suçu” dur. Yapılan düzenleme ile, bu suçun unsurları yeniden düzenlenerek suçun işlenmesi unsurları bakımından zorlaştırılmıştır. 5237 sayılı Kanunun 215. maddesinde yapılan değişiklikte, kamu düzeni açısından açık ve yakın bir tehlikenin ortaya çıkmaması hâlinde, yapılan açıklamaların “suçu ve suçluyu övme” suçunu oluşturmayacağı düzenlenmiştir.

e. Yine yapılan düzenleme ile örgüt propagandası yapma suçunun unsurları yeniden düzenlenmiştir. 5237 sayılı Kanunun 220. maddesinin sekizinci fıkrasında yapılan değişiklikte, Terörle Mücadele Kanununun 7. maddesinde yapılan düzenlemeye paralel olarak örgütün propagandası suçunun unsurları yeniden belirlenmekte ve hangi fiillerin propaganda suçunu oluşturacağı hususu daha somut hale getirilerek AİHM standartlarıyla uyum sağlanmaktadır. Ayrıca, aynı maddenin altıncı fıkrasına eklenen cümle ile bu fıkranın sadece silahlı örgütler hakkında uygulanacağı hüküm altına alınmıştır.

f. Halkı askerlikten soğutma suçunun unsurları yeniden düzenlenmiştir. 5237 sayılı Kanunun 318. maddesinde yapılan değişiklikle, askerlik hizmetini yapanları firara sevk edecek veya askerlik hizmetine katılacak olanları bu hizmeti yapmaktan vazgeçirecek şekilde teşvik veya telkinde bulunanların cezalandırılması öngörülerek suçun unsurları somutlaştırılmıştır.

g. AİHM tarafından verilmiş bazı ihlal kararları hakkında yargılamanın yenilenmesi yolu açılmıştır. 5271 sayılı Kanunun 311. maddesinin ikinci fıkrası gereğince, ceza hükmünün, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi tarafından İnsan Haklarını ve Ana Hürriyetleri Korumaya Dair Sözleşmenin veya eki protokollerin ihlali suretiyle verildiğinin tespit edilmiş olmasına rağmen, bazı başvurular için yargılamanın yenilenmesi yoluna gidilememektedir. Bu durumun önlenmesi için, 4/2/2003 tarihi itibarıyla Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinde derdest olup da, sonradan ceza hükmünün İnsan Haklarını ve Ana Hürriyetleri Korumaya Dair Sözleşmenin veya eki protokollerin ihlali suretiyle verildiği tespit edilen kararlar açısından da yargılamanın yenilenmesi yolunun açılması sağlanmıştır..

2. Terörle Mücadele Kanununda Yapılan Düzenlemeler

a. 6352 Sayılı Kanunla yapılan değişiklikle, özellikle ifade özgürlüğü bağlamında basın yayın mensupları tarafından da işlenebilen basit terör suçlarına ertelenebilme ve adli para cezasına çevrilebilme imkanı getirilmiştir. 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanununun 13. maddesi yürürlükten kaldırılmak suretiyle, Terörle Mücadele Kanunu kapsamında kalan suçlardan mahkûmiyet durumunda verilen cezaların, genel hükümler çerçevesinde ertelenmesi, hükmün açıklanmasının geri bırakılması ve diğer seçenek yaptırımlara çevrilmesi imkânı getirilmiştir. Böylece, terör suçlarından dolayı 2 yılın altında hapis cezası alan kişilerin hürriyetlerinden mahrum olmaları ve terörist damgası yemeleri nedeniyle bu kişilerin terör örgütleriyle olan bağlantıların artmasından kaynaklanan olumsuzlukların giderilmesi amaçlanmıştır.

b. Basın ve ifade özgürlüğü alanındaki sorun teşkil eden ve en çok eleştirilen sınırlamalardan birisi de ileriye yönelik yayın durdurma cezasının varlığı idi. Yapılan düzenleme ile süreli yayınların önceden durdurulması kaldırılarak basın ve yayın özgürlüğünün kapsamı genişletilmiştir. Bu amaçla 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanununun 6. maddesinin beşinci fıkrası yürürlükten kaldırılarak terör örgütünün faaliyeti içerisinde suç işlemeye alenen teşvik, işlenmiş olan suçları ve suçluları övme veya terör örgütünün propagandasını içeren süreli yayınlar hakkında 15 günden 1 aya kadar verilebilen yayın durdurmaya ilişkin hüküm yürürlükten kaldırılarak süreli yayınlar

hakkında yayın durdurma cezasının uygulanmayacağı öngörülmüştür.

c. Terör örgütlerinin bildiri ve açıklamalarını basma veya yayınlama suçunun unsurları yeniden düzenlenmiştir. Değişiklikle, 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanununun 6. maddesinin ikinci fıkrasında yer alan suçun unsurları yeniden düzenlenerek her bildiri ve açıklamanın değil, cebir, şiddet veya tehdit içeren yöntemleri meşru gösteren veya bu yöntemleri öven ya da bu yöntemlere başvurmayı teşvik eden, bildiri ve açıklamaların basılması ve yayınlanması suç olarak kabul edilmiştir. Düzenlemeyle, suçun unsurları daha somut hale getirilerek ifade özgürlüğü alanında AİHM standartlarıyla uyum sağlanması amaçlanmıştır.

d. Türkiye’de ifade ve basın özgürlüğü bakımından en önemli ve sorunlu alanlardan birisi de “terör örgütünün propagandası suçu” dur. Bu suçun Türkiye’nin suç ve ceza politikası bakımından değerlendirdiğimizde, geçirdiği aşamalar, Avrupa Birliği müzakere süreci ve terörle mücadele sürecindeki denge ve dalgalanmalara paralel olarak sürekli değişmiş olduğunu görmekteyiz. En son yapılan değişiklikle 3713 sayılı Kanunun 7. maddesinin ikinci fıkrasında yer alan terör örgütünün propagandasını yapma suçunun unsurları yeniden düzenlenmiş, terör örgütlerinin; cebir, şiddet veya tehdit içeren yöntemlerini meşru gösterecek veya bu yöntemleri övecek ya da bu yöntemlere başvurmayı teşvik edecek şekilde propagandasını yapma suç olarak kabul edilerek suçun unsurları daha somut hale getirilmiş, ayrıca terör örgütüne üye olmamakla birlikte örgüt adına bazı suçları, (Örneğin bildiri ve açıklamaları basma, propaganda ve kanuna aykırı toplantı ve gösteri yürüyüşüne katılma), işleyenlerin TCK’nın 220/6 maddesinden ayrıca ceza almalarının önüne geçilmiştir.

3. Basın Kanununda Yapılan Düzenlemeler

a. 6352 sayılı Kanunla yapılan değişiklikle geçmiş dönemde basılı yayınlarla ilgili olarak verilen toplama yasaklama ve satışın engellenmesi kararları ortadan kaldırılarak basın ve yayın özgürlüğü genişletilmiştir. Kanunla 5187 sayılı Basın Kanununa geçici bir madde eklenmiştir. Farklı tarihlerde çeşitli mahkemelerce verilen ve bir kısmı da sonradan ortadan kaldırılan basılı eserler hakkında çok sayıda toplama kararı bulunmaktaydı. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ile Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararları doğrultusunda, basın ve ifade özgürlüğünün önündeki engellerin kaldırılması amacıyla 31 Aralık 2011 tarihine kadar verilen söz konusu kararların kendiliğinden hükümsüz kalacağına ilişkin bir düzenleme yapılmıştır.

b. Basın ve yayın yoluyla işlenen suçlarda dava açılabilmesi için öngörülen süreler Anayasa Mahkemesinin iptal kararı doğrultusunda yeniden dü-

zenlenmiştir.

Anayasa Mahkemesi, 06/07/2011 tarihli Resmi Gazetede yayımlanan 28/04/2011 tarihli ve 2009/66 sayılı kararıyla, 5187 sayılı Kanunun 26. maddesindeki iki aylık dava açma süresini, yeterli ve makul bir süre olması nedeniyle Anayasanın 2. ve 36. maddelerine aykırı bularak iptal etmiş ve iptal hükmünün, kararın Resmi Gazete’de yayımlanmasından bir yıl sonra yürürlüğe girmesine karar vermiştir⁴⁶.

İptal Kararı üzerine, Adalet Bakanlığı tarafından hazırlanan 2/7/2012 tarihli ve 6352 sayılı Yargı Hizmetlerinin Etkinleştirilmesi Amacıyla Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması ve Basın Yayın Yoluyla İşlenen Suçlara İlişkin Dava ve Cezaların Ertelenmesi Hakkında Kanunun (3. Yargı Paketi), Hükümet Tasarısı metninde dava açma sürelerinin günlük süreli yayınlar yönünden altı ay, diğer basılmış eserler yönünden bir yıl şeklinde olması öngörülmüş olsa da, kanunlaşan metinde dava açma süreleri günlük süreli yayınlar yönünden dört ay, diğer basılmış eserler yönünden altı ay şeklinde belirlenmiştir. Ayrıca aynı fıkra da yapılan değişiklikle bu sürelerin bir muhakeme şartı olduğu belirtilmiş ve bu süreler geçtikten sonra dava açılmayacağı hususu hükme bağlanmıştır.

c. 6352 sayılı Kanunla yapılan değişiklikle, 5187 sayılı Basın Kanununun 19. maddesinde düzenlenen “Yargıyı etkileme” başlıklı maddesi soruşturma ve kovuşturma aşaması hakkında haber yapan ve mütalaa yayınlayanlara para cezası verileceği hükmü basın ve ifade özgürlüğüne aykırı olduğu gerekçesiyle yürürlükten kaldırılmıştır.

⁴⁶ Kararın gerekçesi nde “Yasakoyucu basın suçlarında dava açılmasını belirli bir süreyle sınırlama konusundaki takdir yetkisini, Anayasa’da belirlenen kurallara bağlı kalmak ve adalet, hakkaniyet ve kamu yararı ölçütlerini gözetmek koşuluyla kullanabilecektir. Bir başka ifadeyle, bir yandan basın mensuplarının uzun süre ceza tehdidi altında bulunmalarına engel olunması, diğer yandan da suçtan mağdur olanların hak arama özgürlüklerinin zarar görmemesi amacıyla basın suçlarında dava açma süresinin makul bir süre olarak belirlenmesi suretiyle, basın hürriyeti ile hak arama hürriyeti arasında adil bir dengenin kurulması gerekmektedir. Yine, basın suçlarında Cumhuriyet savcılığınca re’sen dava açılmasıyla korunmak istenen hukuki yarar ile basın hürriyetinin korunmasındaki hukuki yarar arasında da makul bir dengenin bulunması gerekir. 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu’nun 174. maddesinde iddianamenin kabulü için öngörülen on beş günlük sürenin dava açma süresine dahil olması, iddianamenin iadesinden sonra yeniden iddianamenin düzenlenmesi, şüphelinin ifadesinin alınması, adli para cezasını gerektiren suçlarda ön ödeme önerisinde bulunulması gibi durumlarda itiraz konusu ibarede öngörülen iki aylık dava açma süresinin fiili olarak kısılması ve buna bağlı olarak sürenin kaçırılması sonucunun da doğabileceği, ayrıca dava açmanın Cumhuriyet savcısının insiyatifinde bulunduğu da gözetildiğinde, itiraz konusu ibarede yer alan iki aylık dava açma süresinin yeterli ve makul bir süre olmadığı açıktır.” ifadeleri yer almaktadır.

4. Basın Yayın Yoluyla İşlenen Suçlarda Dava ve Cezaların Erte-lenmesine İlişkin Kanunla Yapılan Düzenlemeler

Temel hak ve hürriyetlerden kabul edilen ifade ve basın özgürlüğü, ço-ğulcu demokrasilerde vazgeçilmez ve devredilemez bir hak olarak kabul edilmektedir. İleri demokrasilerin “olmazsa olmaz şartı” olan ifade ve basın hürriyeti, birçok hak ve hürriyetin temeli, kişisel ve toplumsal gelişmenin kaynağı olarak değerlendirilmektedir. Bu nedenle, ifade hürriyeti, birçok uluslararası belgeye konu olmuş, Anayasamızda da ayrıntılı düzenlemelere tâbi tutulmuştur. Bu özgürlüğün kullanım araçlarından biri de basın yahut sözlü veya görüntülü yayın araçlarıdır. Bu araçların, amacına uygun olarak işlevlerini yerine getirmeleri bakımından korunmaları demokratik toplum-larda asıl olup, bu anlamda basın ve yayın özgürlüğü önündeki engeller kal-dırılarak ve güvenceler sağlanarak, haber ve düşüncüyü özgür kılmak hedef-lenmektedir. Bu nedenle, basın yayın yoluyla işlenen suçlara ilişkin dava ve cezaların infazının ertelenmesi ilişkin bazı düzenlemeler yapılması toplumsal barışın sağlanması ve sürdürülmesi bakımından büyük bir önem taşımakta-dır.

Kanunla, 31 Aralık 2011 tarihine kadar basın yayın yoluyla ya da sair düşünce ve kanaat açıklama yöntemleriyle işlenmiş olup; adli para cezasını ya da üst sınırı beş yıldan fazla olmayan hapis cezasını gerektiren bir suçtan dolayı; soruşturma evresinde, kamu davasının açılmasının ertelenmesine, kovuşturma evresinde, kovuşturmanın ertelenmesine, kesinleşmiş olan mahkûmiyet hükümlerinin infazının ertelenmesine, karar verilmesi imkânı getirilmiştir.

C. Yapılan Diğer Çalışmalar

a. AİHM önündeki olumsuz tablonun değiştirilmesi amacıyla, 2011 yılı-nın Haziran ayında, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi önündeki savunmalar-ın ve kararların icrası sürecinin tek elden yürütülmesi için, Adalet Bakanlığı bünyesinde İnsan Hakları Daire Başkanlığı kurulmuştur. 26 Ağustos 2011 tarihli ve 650 sayılı Kanun Hükmünde Kararname (KHK) ile de bu Başkan-lık yasal statüye kavuşturulmuştur.

Söz konusu KHK ile ilk kez, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne yapı-lacak savunmaların hazırlanmasından ve bu Mahkeme tarafından verilen kararların icra sürecinin takibinden yasal olarak sorumlu bir birim kurulmuş-tur.

b. İhlal kararlarına neden olan insan hakları sorunlarının ve çözüm yolla-rının tespit edilmesi amacıyla, Adalet Bakanlığı koordinesinde, 15-17 Kasım 2011 tarihlerinde “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Türkiye Kararları,

Sorunlar ve Çözüm Önerileri” adlı yüksek düzeyli bir konferans ve Çalıştay düzenlenmiş. Çalıştay'a, AİHM ve Avrupa Konseyi'nde çalışan uzmanların yanısıra, başta yüksek mahkeme hakimleri olmak üzere ilgili kamu kurumlarının temsilcileri katılmıştır. Çalıştay'da, ihlal konuları, idari aşamadan yargı kararıyla sonuçlanmasına kadar izlediği süreçteki bütün boyutlarıyla incelenmiş ve dördüncü yargı paketinin temelleri bu Çalıştay'da atılmıştır.

c. Ayrıca, 2011 yılı Kasım ayında gerçekleştirilen Çalıştay sonuçları ışığında Adalet Bakanlığı tarafından, AİHM tarafından verilen ihlâl kararlarına konu alanlarda yapılması gereken faaliyetlerin ve alınması gereken önlemlerin hayata geçirilmesi, insan hakları ihlallerinin tekrar gerçekleşmemesi için mevzuatta ve uygulamada alınabilecek tedbirlerin belirlenmesi amacıyla bir Eylem Planı hazırlanmıştır. 14 ana amaçtan oluşan Eylem Planının bir başlığı da “İfade ve medya özgürlüğünün en geniş manada sağlanması”dır.

Eylem Planında belirlenen amaçların gerçekleştirilebilmesi için belirlenen hedefler, Eylem Planının uygulanabilir olması ve beklentileri karşılması için açık ve sonuç almaya yönelik hedefler olarak belirlenmiştir. Belirlenen her bir hedefin altındaki açıklama ve faaliyetlerle de söz konusu amaçların gerçekleştirilmesi ve hedeflere ulaşılabilmesi için takip edilecek somut ve etkili adımlar ortaya konulmaya çalışıldığı anlaşılmaktadır. Eylem Planının kısa süre içinde Bakanlar Kuruluna sunulması hayata geçirilmesi, bilahare eylem planının gerçekleşme durumunun Adalet Bakanlığı İnsan Hakları Daire Başkanlığınca izlenerek söz konusu faaliyetlerin hayata geçirilmesi beklenmektedir.

d. Avrupa Konseyi'yle işbirliği halinde Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu, Yargıtay ve Danıştay'ın ortaklığında sekreteryası Adalet Bakanlığı Uluslararası Hukuk ve Dış İlişkiler Genel Müdürlüğü İnsan Hakları Daire Başkanlığınca “ İfade ve Medya Özgürlüğü Projesi” yürütülmektedir Söz konusu proje ile, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) içtihatlarında ortaya konulan standartlar doğrultusunda ifade ve medya özgürlüğü önündeki engellerin kaldırılması amaçlanmaktadır.

1 Mayıs 2012 tarihinde başlayan proje kapsamında; ifade ve medya özgürlüğünün korunması bağlamında, İngiltere, Almanya ve İspanya'ya çalışma ziyareti gerçekleştirilerek, bu şekilde, iyi uygulama örneklerinin araştırılması ve ülke uygulamaları açısından kıyas yapma imkânı elde edilmesi planlanmıştır. Yargıtay, Danıştay, TMK'nın 10. maddesine göre yetkili hâkim ve savcılar, basın suçlarına bakan hâkim ve savcılar, Adalet Bakanlığı ile Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu'ndan toplam 120 hâkim ve savcı, bu çalışma ziyaretlerine katılmışlardır.

Proje kapsamında Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin (AİHS) Türk Hukuk Sisteminde daha etkin uygulanmasını sağlamak ve bu amaçla ulusal ve uluslararası uzmanlarla fikir alışverişinde bulunma gayesiyle İstanbul, Ankara, İzmir ve Erzurum olmak üzere dört şehirde toplam 320 hâkim ve savcının iştirak ettiği toplantılar gerçekleştirilmiştir.

e. AİHM içtihatlarında ortaya konulan standartlar doğrultusunda ifade ve medya özgürlüğü önündeki engellerin kaldırılmasının amaçlandığı “İfade ve Medya Özgürlüğü Projesi” kapsamında 5 Şubat 2013 tarihinde Ankara'da Avrupa Konseyi Genel Sekreteri, Adalet Bakanı, yüksek mahkeme başkan ve üyeleri ile AİHM hukukçularının yanı sıra yerli ve yabancı akademisyenler ve medya mensuplarında da katılımıyla “İfade ve Medya Özgürlüğü Üst Düzeyli Konferansı” düzenlenmiştir. Konferansta konunun uzmanları tarafından sorunlu alanlar analiz edilerek çözüm önerileri üzerinde tartışılmıştır.

f. Türkiye Adalet Akademisi'nin Hollanda Büyükelçiliği ile işbirliği içerisinde “**Yargıda İfade Özgürlüğüne Yönelik Farkındalığın Artırılması Projesi**” yürütülmektedir. Yargısal faaliyette bulunan kişilerde ifade özgürlüğüne yönelik farkındalığı arttırmayı amaçlayan proje kapsamında öncelikle yargıda ifade özgürlüğüne yönelik algılama yapıları ve farkındalık düzeylerine yönelik bir alan araştırması (20 hâkim ve savcı ile yüz yüze görüşme ve 150 hâkim/savcı adayına yönelik anket çalışması) yapılmıştır. Daha sonra bu çalışmanın bulguları göz önünde bulundurularak Türkiye Adalet Akademisi müfredatında kullanılmak üzere bir eğitim modülü oluşturulmuş ayrıca 2-6 Ocak 2013 tarihinde eğitimcilerin eğitimi programı düzenlenmiş, Yargıtay tetkik hakimleri ve Türkiye Adalet Akademisi koordinatör hakimleri ile Adalet Bakanlığı yönetici ve tetkik hakimlerinden oluşan toplam 15 kişi Türkiye Adalet Akademisi eğitici havuzuna katılmışlardır.

g. Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu tarafından “Hakim ve Savcıların Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Hakkındaki Farkındalıklarının Arttırılması Projesi” yürütülmektedir. Projenin 2012-2014 yıllarında gerçekleştirilmesi planlanmıştır. Projenin amacı; hâkim ve savcıların, yargılama faaliyetleri sırasında Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ile güvence altına alınan hak ve özgürlüklere ilişkin Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin içtihat ve yorumlarını göz önünde bulundurmalarını sağlamaktır. Proje kapsamında, ilk derece mahkemelerinde görev yapan hâkim ve savcılar, Yargıtay ve Danıştay tetkik hâkimleri ve savcılar ile diğer birimlerin temsilcilerden oluşacak katılımcılar, AİHM uzman hukukçuları ve Türkiye adına AİHM'de savunma görevini üstlenen Adalet Bakanlığı Uluslararası Hukuk ve Dış İlişkiler Genel Müdürlüğü İnsan Hakları Daire Başkanlığı yetkilileriyle görüşecekler ve yürütme kurulu tarafından karar verilen konular üzerinde karşılıklı

sunumlar gerçekleştirilecektir. Yurt içinde yapılacak çalışma toplantılarının yanı sıra 3 yıl içerisinde (2012-2014) AİHM’e 18 ziyaret yapılması ve bu ziyaretlere toplam 720 hakim ve savcının katılması öngörülmüştür. Bu ziyaretlerden ilk ikisi 2012 yılı Kasım ve Aralık aylarında gerçekleştirilmiş olup 8’er ziyaret ise 2013 ve 2014 yıllarında AİHM’in uygun göreceği tarihlerde gerçekleştirilecektir.

Çalışma ziyareti sırasında AİHM’de görevli hukukçular tarafından ifade özgürlüğüne ilişkin AİHM içtihatlarıyla belirlenen standartlar ve Türkiye açısından yaşanan sorunlu alanlar konusunda sunumlar yapılmakta ve bu şekilde uygulayıcılar nezdinde AİHM kararlarına ilişkin farkındalık oluşturularak uygulamanın bu şekilde yerleştirilmesi hedeflenmektedir.

VI. SONUÇ ve DEĞERLENDİRME

Özellikle son on yılda Avrupa Birliği uyum süreciyle başlayıp devam eden yargı reformu düzeyinde hukuk ve ceza alanında temel kanunlarda değişiklik öngören yukarıda izah ettiğimiz çok önemli ve oldukça geniş bir alanı kapsayan düzenlemeler yapıldığını görmekteyiz.

Yargı reformu kapsamında yapılan bu temel düzenlemeler ifade ve basın özgürlüğü alanını da kapsamaktadır. Demokratikleşme ve temel hak ve özgürlüklerin gelişmesi bakımından bu güne kadar yapılan tüm bu düzenleme ve iyileştirmelere rağmen ifade ve basın özgürlüğü konusunda hala mevzuat ve uygulamadan kaynaklanan sorunlar bitmiş değildir. Tarihsel bakımdan çok eskiden beri var olan bu sorunun modern zamanlarda elde ettiği kazanımlara rağmen tamamen biteceğini söylemek de mümkün değildir. Ancak sistematik bir sorun olmaktan çıkma ve sorunun en az düzeye indirilebileceğini söylemek iyimserliğinde bulunabiliriz. İnsanlık tarihinin bu güne kadar ki gelişim ve kazanımları bize gösteriyor ki bu sorun iktidar mücadelesinin var olduğu her rejimde, anayasal demokrasiyi benimseyen rejimlerden otoriter ve totaliter rejimlere kadar, az veya çok sorun olmaya devam edecektir. Mevzuattan kaynaklanan sorunlar yapılan düzenlemelerle zaman içerisinde kolaylıkla giderilebilir. Fakat ifade ve basın özgürlüğü sorunu başta yönetim, yargı ve toplum zihniyeti olmak üzere çok boyutlu bir yaklaşım ve değişimle çözümlenebilir veya sorun olmaktan çıkarak toplum, siyasal rejim ve yargı alanında yerleşip kökleşebilir.

Türkiye’deki siyasal rejim, iktidarların demokrasi ve hukuk devletine sahip çıkma anlayışı ve kültürü, mevzuat ve uygulamadaki sorunları özgürlükler lehine çözüme makamında olan yargı organları ve bunların mensuplarının, hepsinden önemlisi bu hak ve özgürlüklerin talibi ve temel savunucusu olması gereken toplumun gelişmişliği, demokrasi, temel hak ve özgürlüklere

sahip çıkma kültürü bu konuya yaklaşımın sağlıklı gelişmesine önemli katkılar sunacak ve uzun vadede sorun olmaktan çıkaracaktır.

Başka bir ifadeyle, Türkiye’de insanımıza herhangi bir baskı ve müdahaleye maruz kalmadan, kendini meşru bir şekilde ifade edebilme hakkının evrensel ölçülerde tanınması ve sorunsuz bir şekilde uygulanması, sağlıklı bir birey ve toplumun varlığı, gelişmesi ve devamlılığı için önemli olduğu kadar, ortaya konulan düşüncelerin gelişmesi, çeşitlenmesi, yenilenmesi ve düşünce dünyasının bu suretle elde edeceği zenginlik özellikle bugünlerde ve her zaman ihtiyaç duyduğumuz toplumsal barış, hoşgörü ve uzlaş ve ifade ve basın özgürlüğünün sorun olmaktan çıkması bakımından son derece önemlidir.

KAYNAKÇA

- ARSLAN Zühtü; İstisnanın Normalleş(tiril)mesi, Terör ve İfade Özgürlüğü: Türkiye Tecrübesi Üzerine Notlar, İfade Özgürlüğü, İlkeler ve Türkiye, İletişim Yayınları, 1.Baskı, 2007 İstanbul.
- BAREBDT Eric; Freedom of Speech, Oxford Üniversty Press, 1985.
- BEYDOĞAN Ayhan T.; Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Işığında Türk hukukunda Siyasi İfade Hürriyeti, Ankara, Liberal Düşünce Topluluğu, 2003,
- BİLGİN Ayhan; Güvenlik-Özgürlük: Yanlış Bir Denklem, İfade Özgürlüğü, İlkeler ve Türkiye, İletişim Yayınları, 1.Baskı, 2007 İstanbul.
- BURY, John Bagnell; Düşünme ve Konuşma Özgürlüğü, (Çev; Mahmut Özdil), Safa Yayınları, İstanbul.
- ERDOĞAN Mustafa; İfade Özgürlüğü ve Sınırları, İfade Özgürlüğü, İlkeler ve Türkiye, İletişim Yayınları, 1.Baskı, 2007 İstanbul.
- İLKİZ Fikret; İfade Özgürlüğü ve Yeni Basın Yasası, İfade Özgürlüğü, İlkeler ve Türkiye, İletişim Yayınları, 1.Baskı, 2007 İstanbul.
- KORKUT Levent; Basın Özgürlüğü, İfade Özgürlüğü, İlkeler ve Türkiye, İletişim Yayınları, 1.Baskı, 2007 İstanbul.
- MİLL John Stuart; A System of Logic: Ratiocinative and Inductive, Longmans, Green ve Co. Publishing, NY, USA, 1930.
- REDMOND Sophie; İfade Özgürlüğü Hakkını Düzenleyen Uluslararası Standartlar Düzeni, İfade Özgürlüğü, İlkeler ve Türkiye, İletişim Yayınları, 1.Baskı, 2007 İstanbul.
- SADURSKİ Wojciech; İfade Özgürlüğü ve Sınırları, (Çev: M. Bahattin Seçilmişoğlu), Ankara, Liberal Düşünce Topluluğu, 2002.
- SANCAR YALÇIN Türkan; Yine Düşünce Özgürlüğü, Yine 301. Madde, Hukuki Perspektifler Dergisi, sayı 9.
- SCHAUER, Frederick; İfade Özgürlüğü: Felsefi Bir İnceleme, (Çev: M. Bahattin Seçilmişoğlu), Ankara, Liberal Düşünce Topluluğu, 2002.
- SUNAY Reyhan; Avrupa Sözleşmesinde ve Türk Anayasasında İfade Hürriyetinin Muhtevası ve Sınırları, Ankara, LDT Yayınları, 2001.
- ŞAHİN, Kemal; İnsan Hakları ve Özgürlük Boyutuyla İfade Özgürlüğü: Gereçekleri ve Sınırları, Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul 2009.
- TANÖR Bülent; Siyasi Düşünce Hürriyeti ve 1961 Türk Anayasası, Öncü Kitabevi, İstanbul 1969.

TRAGER Robert, DICKERSON Dona L; 21.Yüzyılda İfade Hürriyeti (Çev: A. Nuri Yurdusev), Ankara, Liberal Düşünce Topluluğu, 2003.

WATKİNS John J; The Mass Media and the Law, Prentice Hall, USA 1990.

YILDIRIM Zeki; 6384 Sayılı Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine Yapılmış Bazı Başvuruların Tazminat Ödenmek Suretiyle Çözümüne Dair Kanun: İnsan Hakları İhlallerinin Çözümüne Dair Farklı Bir Yaklaşım, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi C. XVII, Y. 2013, Sayı 1-2.

DEVLET AKLIN'IN BİR YANSIMASI OLARAK OSMANLI GİZLİ POLİS TEŞKİLATI

Saeed BAGHERİ *

Özet:

Devletin kendi başına bir varlık olarak algılanmasını temsil eden devlet aklı kavramı, devletin illegal eylemlerini kendiliğinden meşru sayan ve onlara bir tartışılmazlık, kutsallık atfeden düşünceyi ifade etmektedir. Devlet içindeki gizli oluşumların devlet gibi davranması, olağanüstü halde devletin bekası ve varlığını sürdürmek için yasaların üstünde hareket etmesi ve hukuku askıya alarak başvurduğu her türlü hukuk dışı eylem devlet aklı doğrultusunda meşrulaştırılır. Bu anlayışa göre, devlet üstündür ve onun çıkarları her şeyden önce gelir. Bu bağlamda, devletten bağımsız işleve sahip olması gereken gizli örgütler devletin açılımını ifade eden ideolojik aygıtlar rolünü üstlenmiştir.

Çalışmanın amacı Osmanlı İmparatorluğu Sultan Abdülmecid döneminde bir iç istihbarat servisi olarak devletin bekası ve refahı doğrultusunda kurulup faaliyet göstermiş olan Osmanlı Gizli Polis Teşkilatı'nı devlet aklı kapsamında değerlendirmektir.

Anahtar Kelimeler: *Devlet aklı, devletin bekası, Osmanlı İmparatorluğu, Osmanlı Gizli Polis Teşkilatı, Yeni Osmanlılar.*

Abstract:

The concept of reason of state standing for perception of the state as an autonomous entity, represents the idea of spontaneous legitimization of the state's illegal acts and attributing indisputability and sanctity to them. State-like acting of secret entities within the state, their transcending the law in the state of exception with the purpose of ensuring survival of the state and and by transcending the law any kind of illegal acts to which they resort is legitimized as the reason of state. According to this perception, the state is superior and its interests come before anything else. In this context, secret orga-

* Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı Milletlerarası Hukuk Doktora Öğrencisi.

nizations which must have a function independent from the state, undertak the role of ideological mechanisms that represent the expansion of the state.

The purpose of the study is to evaluate the Ottoman Secret Police Organization as a domestic intelligence service which was founded in and active during the kingdom of Sultan Abdülmecid in order to provide the survival and welfare of the state.

Key Words: Reason of state, survival of the state, Ottoman Empire, Ottoman Secret Police Organization, Young Ottomans.

GİRİŞ

Önceleri “*Hikmet-i Hükümet*”¹ kavramıyla da Türkçe’ye uyarlanmış olan ve Almanca’da “*Staats raison*”, Fransızca’da “*raison d’état*” ve İtalyanca’da “*ragione di stato*” olarak geçen “*devlet aklı*”, “devlet için” anlayışının temel unsuru, baş kavramıdır. Bu kavram, devleti, devlet aklını eleştiremez, yapılan işleri yanı sıra itaate zorlayan, koşulsuz uymayı gerektiren bir kavramdır.

Modern siyaset literatüründe, varlık ve beka, birlik bütünlük ve güvenlik devlet aklı denilen hikmet-i hükümetin üç temel ilkesidir.² Devlet için ve devlet adına anlayışı devlet içinde başka unsurların devlet gibi davranmasına, hatta devletten daha kesin çizgilerle hareket etmesine sebep olmaktadır. Hikmet-i hükümet ulusal idarenin temel ilkesi, devletin ilk hareket yasağıdır.

¹ “Devlet Aklı” terimi ilk kez 17’nci yüzyılda Giovanni Botero tarafından kullanılmıştır. Botero bu teoriyi yeni bir siyasal düşünce tarzı ve ıslahat hareketlerine karşı olarak kullanmıştır. Botero, hikmet-i hükümet ilkesinin iki önemli amaçla uygulanması gerektiğini vurgulamıştır: Birincisi, Türklere karşı bir bütün olarak Hristiyanlığın güvenliğini sağlamak; ikincisi ise, Katolik Kilisesi’nin egemenliği altında Avrupa’yı yeniden birleştirmek. Botero, imparatorluğun ne kadar önemli olduğunu bu ifadeyle vurgulamıştır: “Bana göre tüm insanların tek bir prens egemenliği altında yaşamaları daha uygundur.... Çünkü bizim üzüntülerimizin çoğunluğu hükümdarların çokluğundan kaynaklanmaktadır. Uygulamada Botero, “Evrensel Kırallık” rolünü İspanya İmparatorluğu’na yakıştıyordu. Bkz. Richard TUCK, *Philosophy and Government 1572-1651*, Cambridge University Press, 1993, s. 67.

Botero’nun hikmet-i hükümet teorisi hükümdarın nasıl gerçek bir egemen olabilmesine dair bir tavsiyedir. Botero’ya göre, “Devlet, insanlar üzerinde kurulan sabit bir hâkimiyettir; hikmet-i hükümet ise, onun kurulması, muhafaza edilmesi ve genişletilmesinin yöntemlerine ilişkin bir bilimdir.” Bkz. Giovanni BOTERO, *The Reason of State*, Translated by P.J. & D.P. WALEY, Yale University Press, 1956, s. 3; Bu konuyla ilgili olarak ayrıca bkz. Vera KELLER, *Mining Tacitus: Secrets of Empire, Nature and Art in the Reason of State*, *British Society for the History of Science*, Vol. 45, 2012, s. 192.

² Ahmet ÖZCAN, *Derin Devlet ve Muhalefet Geleneği*, 3. Baskı, İstanbul: Bakış Yayınları, 2001, s. 48.

Bu teori devlet adamının devletin bütün gücünü ve sıhhatini koruması için ne yapması gerektiğini anlatır. Devlet, gücünü ancak bir şekilde artırmasına izin verildiğinde sürdürebilen organik yapıdır ve hikmeti hükümet bu tür bir büyümenin hem yolunu hem hedefini işaret eder.³

Devlet, gücünü muhafaza adına, siyaset yapmak ve bu siyaseti geliştirip kabul ettirmek zorundadır. Başka bir ifadeyle, devlet kendi varlığını ve devamlılığını her şeyin üstünde tutar, devletin varlık ve bekası siyasetin asıl amacıdır. Bu nedenle, devlette devamlılık esastır ve devletin varlığını ve bağımsızlığını korumak öncelikli bir görevdir.⁴ Bu öncelikli görevleri yerine getirirken birtakım ihlaller, aksaklıklar olmuştur ve olacaktır, tarihin her döneminde bu aksaklıklara bu ihlallere rastlamak mümkündür. Devlet üstün, hatta kutsaldır; yurttaşlardan önce gelir ve onların üstündedir. Millet bu üstün devlete aittir, dolayısıyla devletten bağımsız bir varlığı yoktur. Devletin bekası temel özgürlüklerden daha önemlidir.⁵

Yönetim sıkışınca devlet aklı kavramına başvurur ve bu kavram hukukun erişemeyeceği kör bir noktadır. Hukuku üreten temel güç de devlettir. Bu yüzden hukuk hep devletten yanadır ve devlet girişimi elde tutarak hukuk aracılığıyla pek çok şeye el atmıştır. O nedenle yönetimin takdir hakkı ağırlıklı bir yönetim düzenleyen devlet, hukuku kendi amaçları doğrultusunda düzenlemiştir.

Devletin, varlığını koruduğunu iddia ederek, sözde devleti tehlikede gören bazı devlet üstü güçler, istedikleri zaman bu anlayışa dayanarak toplumsal kargaşalar yaratmaktadırlar, kendi kanunlarını, yani, kanunsuzluk ilkelelerini uygulamaktan çekinmezler. Devletin varlığı toplumda her şeyin üstündedir, varlık korunmalıdır anlayışı kişinin varlığını ortadan kaldırmak için tek başına yeterli bir sebeptir. Milletten varlığı devletin varlığına feda edilebilir oysa devletin varlık sebebi kişinin varlığının devamlılığını sağlamaktır.

3 Friedrich MEINECKE, *Machiavellism: The Doctrine of Raison D'etat and its Place in Modern History*, New York: Yale University Press, 1965, s. 1.

4 Devlet aklı, devletin (ya da iktidarın) kendine ait bir mantığı ve amacı olduğuna işaret eder. Bu bağlamda iktidar artık adalet, iyi hayat, hürriyet ya da Tanrı için bir araç değil; kendisi bir amaçtır ve bu çerçevede kendine ait araçları vardır. Bkz. William EBENSTEİN, *Siyasi Felsefenin Büyük Düşünürleri*, (Çev: İsmet ÖZEL), İstanbul: Şule Yayınları, 2001, s. 170.

5 Mustafa ERDOĞAN, *Demokrasi Laiklik Resmi İdeoloji*, 2. Baskı, Ankara: Liberte Yayınları, 2000, s. 345.

Yapılan her şey devlet için olunca, yanlışların üzerini kapama çok da zor olmamıştır. Çünkü devlet için, devlet adına atılan adımın hesabını sormak devlet kadar güçlü olmayı gerektirir, devlet adınaysa yapılan, kutsal eleştirilemez, yanlışlarla dolu olsa bile itaati gerektirir ve bu anlayış zamanla devlet için iş yapanları devletin üstünde, devlet üstü varlıklar haline getirir. Bu anlayışta, her zaman kutsal görülmüş, devlet adına harekete geçtiğini iddia eden herkes yüceltilmiş, eleştirilemez, hesap sorulamaz hale getirilmiştir.⁶

Buradan yola çıkarak, Osmanlı İmparatorluğu'nun son dönemlerinde gizli olarak faaliyet göstermiş olan *Osmanlı Gizli Polis Teşkilatı*'nı devlet aklının bir yansıması olarak tespit etmek yanlış olmaz.

19. yüzyılda Osmanlı'nın giderek bağımsızlığını yitirdiğini ve saray dahil her devlet kademesinde casusların ne kadar etkin olduğunu görmekteyiz. Siyasi istihbarat⁷, muhalefetin ezilmesi ve iç tasfiyelerde Osmanlı Devleti'nin bekası ve varlığı için söz konusu olmuştur. Osmanlı'nın istihbarat örgütlerinin temel felsefesi tehlikeyi içeride aramak, vatandaşı fişlemek ve hatta yer yer cezalandırmak rolünü üstlenmiştir. Osmanlı Devleti'nde istihbarat iç istihbarat kimliğinden sıyrılamamış, tehlikeyi hep kendi içinde aramıştır. Osmanlı'nın iç istihbarat ağı olan *Osmanlı Gizli Polis Teşkilatı* bu sıralarda ortaya çıkmıştır. Teşkilat imparatorluğun dağılmaması ve onun bekası için istihbaratı iyi kullanmış ve devlet desteğiyle adam öldürme, yok etme ve her türlü hukuk dışı eyleme başvurmuştur.⁸

⁶ 15. yüzyılın sonları ile 16. yüzyılın başlarında ortaya çıkan modern devlet yapıları kadar eski olan hikmet-i hükümet ve ona yöneltilen eleştiriler bir anlamda demokrasi mücadelesinin unutulmuş bir sahifesidir. Hükümet etmenin bir sırrı olduğu ya da daha sonra yaygınlaşan tanımıyla bu eylemin bir sanat (arcana imperii) olduğunu iddia eden hikmet-i hükümet kuramı savunucularına göre idarecilerin kamu vicdanında haksız görülebilecek bazı siyasetleri aslında kitlelere açıklanamayacak nedenlere dayanmakta olup, bunların sorgulanması, herhangi bir yarar sağlamayacağı gibi kamu yararını tehlikeye düşürebilirdi. Bkz. M. Şükrü HANIOĞLU, Hikmet-i Hükümet ve Demokrasi (http://www.zaman.com.tr/newsDetail_getNewsById.action?newsId=67772, erişim 13. 11.2012).

⁷ Osmanlı devlet geleneğinde siyasi istihbaratın önemi, muhalefetin ezilmesi, iç tasfiye yöntemlerine ilişkin ilkeler, İran yönetim ilkelerinin devşirilmesiyle girmiştir. Osmanlı yöneticileri arasında büyük itibara sahip olan Sasani hükümdarı Ardeşir, oldukça güçlü bir istihbarat örgütünün başında olmuştur. Bu yönetim tarzını beceriyle kullanan Osmanlı'lar, özellikle Fatih döneminde güçlü bir istihbarat ağı yaratmışlardır. Bkz. Suat PARLAR, *Osmanlı'dan Günümüze Gizli Devlet*, 1. Baskı, İstanbul: Spartaküs Yayınları, 1996, s. 30.

⁸ Osmanlı Devleti'nde özellikle son asırlarda suçları önlemek ve suçluları yakalamakla görevli gizli bir zabıta görevlisi vardı. Bu zabıta âmirine Böcekbaşı denirdi. Böcekbaşı, arayıp bulduğu mücrimleri, hüviyetlerine ve cürmün nev'ine göre, Ağakapısına veyahut

Bu çalışmada, *Osmanlı Gizli Polis Teşkilatı*'nin kuruluşu ve kuruluş amaçları, Teşkilat'ın siyasi yapısı ve faaliyetleri, Teşkilat tarafından kurulan Yeni Osmanlılar Cemiyeti, gelişimi ve amaçları üzerinde durulmuş ve konunun 'devlet aklı' kavramıyla bağlantısı vurgulanmaya çalışılmıştır.

I. OSMANLI GİZLİ POLİS TEŞKİLATI'NIN KURULUŞU VE AMAÇLARI

Yabancı ajanların faaliyetlerinin yoğunlaştığı 19. yüzyıl ortalarında, Sultan Abdülmecid (1839-1861) döneminde, Balkanlar'daki muhtemel ayaklanmaları gözlemek amacıyla, Fransız Gizli Polis Teşkilâtı örnek alınarak modern tarzda gizli bir teşkilâtın kurulduğu ve başına Rum asıllı Civinis⁹'in getirildiği Sultan II. Abdülhamit (1876-1909)'in özel doktoru Rum asıllı Mavroyeni Paşa¹⁰ tarafından iddia edilmektedir.

Yeniçeri ağasının yanına veya ihtisap nazırının konağına veyahut Baba Cafer zindanına gönderir, işledikleri cürme göre bazısının el veya kolunu, kiminin kulağını kestirir ve bu kabahatleri mükerreren işleyenleri salp ve idam ederdi. Böcekbaşı daha ziyade zabıta-i hafiyeye vazifesiyle mükellef olduğu cihetle maiyetinde erkekten başka tebdil sıfatıyla kadın istihdam ederdi. Böcekbaşı kıyafet olarak başına siyah kuzu derisinden üzeri yeşil kalpak, sırtına dar yenli uzun cepken, mavi şalvar ve kırmızı çizme giyerdi. M. Zeki PAKALIN, *Osmanlı Tarih Deyimleri ve Terimleri Sözlüğü*, Cilt I, İstanbul: Milli Eğitim Basımevi, 1983, ss. 241-242. Bu konuyla ilgili olarak ayrıca bkz. H. Tevfik ALYOT, *Türkiye'de Zabıta*, Ankara: Kanaat Basımevi, 1947, ss. 64-65; Ergun HİÇYILMAZ, *Belgelerle Teşkilât-ı Mahsusa ve Casusluk Örgütleri*, İstanbul: Ünsal Yayınları, 1979, s. 18.

⁹ Civinis Efendi Korfu veya Kefalonyalı bir Rum'du. Yıllarca St. Petersburg'da kalmış ve orada çarichenin hizmetkarlarından biri olmuştu. Civinis Efendi daha sonra Rus muhafızlarından birinin elmaslarını çaldıktan sonra Anadolu'da imam kıyafetiyle ortaya çıkmıştı. Camilerde bir sürü vaazlar verdikten sonra tekrar ortadan kaybolmuştu. Çok geçmeden, Comte Riveroso adı altında, yatla dolaşan zengin bir İtalyan turisti olarak Ege Adalarında görülmüştü. Sonra İstanbul'a yerleşmiş ve Canning'in önerisiyle ve albay rütbesiyle polis şefi olmuştu. Böylece, Rum asıllı, Fransızca ve İtalyanca bilen, yıllarca Rus Sarayı'nda çalışmış biri, İngiliz elçisinin isteği ile Osmanlı Gizli Polis Şefi seçilmişti. Senelerce çalıştıktan sonra da, emekli olmuş ve Ege'de Paros Adası'na yerleşmişti. Bkz. PARLAR, s. 34.

¹⁰ Mavroyeni Paşa, 1891'de yayınlanan 51 sayfalık "*Türk Gizli Polisi*" adlı eserinde, Osmanlı Devleti'nde gizli polisin nasıl kurulduğunu anlatmaktadır. Kitap imzasız olarak yazılmıştır. Eserin Mavroyeni Paşa tarafından yazıldığını, kataloglara kaydediliş şekline öğreniyoruz. Ayrıca, kitabın Mavroyeni Paşa'ya ait olduğu, İstanbul'daki Fransız Hastahanesi eski Baş Cerrah Dr. Edmond Lady tarafından 7 Kasım 1900 tarihinde Fransa Millî Kütüphanesi Müdürü'ne yazılan mektupta belirtilmekte ve Mavroyeni Paşa'nın bu kitabı II. Abdülhamit'in isteği üzerine yazdığını iddia etmektedir. Abdülhamit'in bir hatt-ı hümayunu ile Eflâk Voyvodası olarak tayin edilen Mavroyeni Paşa, nihayetinde bir tertiple idam edilmiştir. Eserden Fransa Ulusal Kütüphanesi'nde iki nüsha vardır ve her ikisinin de nadir kitapların yer aldığı ayrı bir bölümde (Rezerv) bulunması, bunlara belli bir önem verildiğini göstermektedir. Kitap 1891'de basılmış, 1892'de ikinci baskı yapılmıştır.

19. yüzyılda Osmanlı Devleti giderek bağımsızlığını kaybettiği için, yabancı ajanların ve onların yerli ortaklarının eylem biçimleri daha trajik boyutlara ulaşmıştır. Devletin dışarıda kendi (aslında Halet Efendi'nin) elleri ile izole ettirirken, diğer taraftan da içeride karışıklıklar birbirini kovalıyordu. Bu dönemde bazı sultanların ve vezirlerin ölümlerinin doğal bir ölüm mü, intihar mı, yoksa bir cinayet mi olduğu devamlı tartışma konusu olmuş ve birbirleriyle çelişen doktor raporları düzenlenmiştir. İşte bu karmaşanın düzeltilmesi için Padişah tarafından Hekimbaşı Mavroyeni Paşa *Osmanlı Gizli Polisi* düzene sokmakla görevlendirilir. (Osmanlı'da Padişah hekimlerinin hemen hemen tümü gayri Müslim olup büyük çoğunluğunun çift taraflı ajan olduğu bilinmektedir).¹¹ Dolayısıyla Osmanlı bağımlılığının sonucu ve simgesi olarak, *Osmanlı Gizli Polis Teşkilatı* yabancı bir elçinin girişimiyle kurulmuş ve başına da bir yabancı getirilmiştir. Bu bakımdan, Sultan II. Abdülhamit'in özel doktoru Mavroyeni Paşa'nın kitapçığı hayli ilgi çekicidir.¹²

Osmanlı Gizli Polis Teşkilatı İngiliz elçisi Stratfort Canning'in telkini ile kurulmuştur. Sarayın İngilizlerden gelen bu teklifi kabul etmemesine rağmen, hürriyet kahramanı olarak gösterilen Tanzimat'ın patronu Mustafa Reşit Paşa¹³ tarafından *Osmanlı Gizli Polis Teşkilatı* hayatıyet kazanır.¹⁴ Tanzimatçılar enternasyonel ilişki ve kurumlar ağını oluşturmakta olan Kapitalist sistemin gereklerine uyacak şekilde görevlerini yerine getirmiştir. Artık Osmanlı Devleti güçlü bir polis teşkilatına sahip olmadan geniş bir bölgeyi kontrol altına tutamayacağını kavramıştır.

Osmanlı Gizli Polis Teşkilatı'nı kurma amacıyla Mustafa Reşit Paşa, Avrupa'da görev yapan Osmanlı elçilerini görevlendirmiştir. Paşa, herkesin bulunduğu ülkenin gizli polis teşkilatını inceleyip geniş bir rapor hazırlama-

mıştır. Bkz. Taner TİMUR, *Osmanlı Çakışmaları: İlkel Feodalizmden Yarı Sömürge Ekonomisine*, 3. Baskı, Ankara: İmge Kitabevi Yay., 1996, s. 286.

¹¹ Erdal ŞİMŞEK, *Türkiye'de İstihbaratçılık ve MİT*, 5. Baskı, İstanbul: Kum Saati Yayınları, 2004, ss. 29-31.

¹² TİMUR, s. 286.

¹³ *Osmanlı Gizli polis Teşkilatı*'nın kurucusu M. Reşit Paşa, Avusturya, Rusya, Osmanlı eksenine oturan halklar hapisanesinin önemli siyasetçilerindedir. Avrupalı sermaye enternasyonelinin çıkarları doğrultusunda, Osmanlı Devleti'ni hassas dengelerin hastalıklı bir organizasyonu haline getiren, Osmanlı devlet adamlarının en iyi örneğidir. Ülkesinin gizli polisini, siyasi istihbarat ağını ve yöntemlerini, İngiliz elçisinin direktifleri doğrultusunda belirleyen Reşit Paşa'nın yarattığı devlet geleneği, bugün de varlığını sürdürmektedir. Bkz. PARLAR, s. 44.

¹⁴ TİMUR, s. 287.

sını istemiştir. İlk kapsamlı raporu, Paris Elçiliği'ndeki Sefels Soldenhof Efendi¹⁵ hazırlayarak Napolyon Bonapart döneminde gizli emniyet teşkilatı kuran Vidocq'un örnek alınmasını önermiştir.¹⁶

Vidocq, sahtekarlıktan yıllarca hapis yattıktan sonra Napolyon Bonapart zamanında göze girmiş ve müthiş bir gizli emniyet örgütü kurmuştur. Napolyon'dan sonra da senelerce - ve skandallar arasında - gizli polis olarak çalışmıştır. Emekli olduktan sonra ise, hizmetlerine karşılık olarak, özel bir gizli polis bürosu kurmasına izin verilmişti. Osmanlı Devleti bu konularda hazırlıklar yaparken, Paris Türk Elçiliği'ndeki müşavir Sefels Soldenhof Efendi'ye, Vidocq'un tecrübelerinden yararlanması önerilmiştir. Bu şekilde geniş bir rapor hazırlanmıştır. Bu rapor, Elçi Canning'in Osmanlı polis şefi olarak uygun gördüğü ve Mustafa Reşit Paşa'nın da kabul ettiği Civinis Efendi'ye takdim edilmiştir.¹⁷

Osmanlı Gizli Polis Teşkilatı'nı kuranların arasında bir başka ilginç isim de Ahmet Rasim Paşa'dır. Yeniçeri katliamından kurtulan Ahmet Rasim, babası da kendisi gibi Yeniçeri, annesi ise Rum'dur. Atina'da Hıristiyan inançlarına göre yetiştirilen Ahmet Rasim, İstanbul'da ajan olarak çalışır. Başka bir ifadeyle, ajanlıktan Paşalığa kadar yükselmeyi başaran ender insanlardan biri de Ahmet Rasim'dir. Evlilik yoluyla bağlılık kurduğu Mithat Paşa'nın gizli polis örgütünde de çalışır. İlginç bir benzerlik olacak ki, ikisi de gayri Müslim olan bu gizli polis şefleri, Osmanlı'daki muhalefeti en sert şekilde susturmaya çalışanlar olarak teşkilatın tarihinde yerlerini almışlardır.¹⁸

Teşkilatın diğer adaylarından biri de Ahmet Bayraktar'dır. Yeniçeri kırımından kaçmış Ahmet Bayraktar, Canning'in gizli polis kurmayı kabul ettirdiğini öğrenince, Bab-ı Âli'ye müracaat ederek, "gizli ve siyasi nitelikteki" kendi polis örgütünü öneriyor.¹⁹ Ancak Canning'in kabul ettirdiği *Polis*

¹⁵ Sefels Soldenhof Efendi, Hicri 1268-1274 (1851-1852/1857-1858) yılları arasında Paris Sefareti'nde görev alan ilginç isimlerden biridir. Osmanlı tabiyetine geçen Mösyö Sefels gazetelerin takibinde sefarete yardımcı olmasına rağmen resmen bir vazifesi olmadığı için 1851'de maiyet memurluğuna tayin edilmişti. 1856 yılında kâtipliğe terfi ettirilen Mösyö Sefels Osmanlı Gizli Polis Teşkilatı'nın kuruluşu için yapılan çalışmalarda önemli katkısı olmuştur. TİMUR, s. 287.

¹⁶ TİMUR, s. 288.

¹⁷ PARLAR, s. 34.

¹⁸ ŞİMŞEK, s. 31.

¹⁹ TİMUR, s. 291.

Teşkilatı'nın kurulmasından Bayraktar'ın önerisinin kabul edilmediği anlaşılmaktadır.

Osmanlı'nın iç isyanlarını bastırmada, gizli polis örgütünden yararlanılması gibi bir ilk uygulamaya imza atan Mithat Paşa'dır. Ayrıca, ayaklanmaların bastırılmasında özel savaş uygulamalarının öncülüğünü de yapmıştır. Ancak, özel savaş lobisi o dönemde fazla güçlü olmadığı için, Ahmet Rasim Paşa *Gizli Polis Teşkilatı*'nın başına getirilmiştir.²⁰

Mustafa Reşit Paşa ve Osmanlı elçilerinin bu çabaları sonucu *Osmanlı Gizli Polis Teşkilatı* kurulup faaliyete başlamıştır. Ancak, bütün bu çabalara rağmen, beklenen sonuçlar elde edilemeyince Teşkilatı kapatılmıştır. Teşkilat'ın 1863 yılında yeniden açıldığı ve tekrardan muhbirlikle yetindiği bilinmektedir.²¹

Teşkilat'ın 1863'te çalışmalarına yeniden başlamasına yine yabancı baskısıyla izin verilir. Örgütün başına bu defa, büyük bir Katolik Ermeni grubun isteği üzerine, Dniester kıyılarında doğmuş olan Baron C... (Baron'un adı kaynaklarda bu şekilde belirtiliyor) getirilir. Teşkilat'ın başına getirilen Baron, kendinden sonra gelen istihbaratçılara oldukça köklü bir geleneği miras bırakıyor. Baron Teşkilat'ın başındayken kendi kalemıyla hazırladığı bir anlaşma taslağının kopyasını yabancı bir elçiye uygun bir fiyatla satar. Söz konusu anlaşma taslağı, Osmanlıların elçinin ülkesine yönelik bir başka ülkeyle birlikte saldırı planları yaptığını göstermektedir. Yabancı elçi taslağı görünce sinirli bir şekilde Sadrazam Ali Paşa'nın yanına çıkar. Ali Paşa ise, elçinin elindeki taslağı gördükten sonra çekmecesinden başka bir taslak çıkarıyor. Viyana'daki Türk Büyükelçisi'nin çok para ödeyerek elde ettiği bu taslağa göre, elçinin ülkesi Osmanlılara karşı bir taksim anlaşması imzalamıştır. Her iki taraf böyle bir olayla karşılaşınca taslakları karşılaştırarak ikisinin de *Osmanlı Gizli Polis Teşkilatı*'nin başındaki Baron C...'nin kaleminden çıktığı anlaşılır. Ali Paşa'ya rağmen, yabancı bu durumdan karşılaşınca Teşkilatı şefini savunuyor. Hatta terfisini bile istiyor. Baron ise, bir süre sonra başka bir olay sebebiyle görevinden alınır. Sonuçta Baron C... Osmanlıların sırtından kazandığı büyük bir servetle Osmanlı topraklarını terk ediyor.²²

20 PARLAR, s. 33.

21 ŞİMŞEK, s. 31.

22 Vecihi TİMÜROĞLU, *Dersim Tarihi*, İstanbul: Yurt Kitap Yay., 1991, s. 178.

II. TEŞKİLATIN SİYASAL YAPISI VE FAALİYETLERİ

Osmanlı Gizli Polis Teşkilatı'nın siyasi yapısı incelendiğinde modern anlamda bir polis istihbarat yapılanması kurulduğu görülmektedir. Bu yapılanma, Teşkilatın bu alandaki uzmanlığını ortaya koyma adına dikkate değer bir yapılanmadır.

İlk dönemde Teşkilatın çalışmaları İstanbul'un tanınmış tüccarlarının, paşaların, sarrafların ve diplomatların özel hayatlarının sıkı bir izlenmesiyle ilgilidir. Teşkilat, bu şahısların özel hayatlarını izleyerek, toplattığı dedikoduları rapor haline getiriyordu. Teşkilatın antenleri Para konaklarından, sarayın haremine kadar uzanmaktadır. Özel hayatla ilgili olarak toplanan bilgiler, siyasi amaçlarla kullanılmaktadır. Haremden sokağa, her yerde özel hayata ilişkin bilgiler toplanmış ve siyasi amaçlarla adam yok etmede kullanılmıştır.²³ Örneğin, Paris'te genç bir Osmanlı diplomatı, Juliette adında Parisli bir "bulvar kadını" ile ilişki kurar. Bu şekilden bir de çocukları olur. Fakat kadın bir süre sonra Fransa'ya döner. Genç diplomat ilerde en yüksek mevkilere gelir. Faransa'ya dönen Juliette, bir süre sonra tekrar İstanbul'a gelerek eski dostunun himayesinde bir konağa yerleşir. Kendine yüksek idareciler, sarraflar ve diplomatlar arasında, dördü Müslüman, dördü Hıristiyan sekiz dost edinir. Bunların çoğu milyonerdir. Civinis, Juliette ve dostlarını yakından izler ve raporlar düzenler.²⁴ Bütün bu faaliyetler Civinis Efendi'nin şefliği döneminde yapılmıştır.

Çalışmanın birinci kısmında değindiğimiz üzere Teşkilât, siyaset, ekonomi ve dış politikayla ilgilenmediği ve sadece insanların özel hayatıyla uğraştığı için kapatılmıştır. Bilâhare Sultan Abdülaziz döneminde (1861-1876) yani 1863 yılında tekrar açıldığı, bu defa da teşkilâtın başına Baron C...adlı birinin getirildiği, bunun da ülke aleyhine faaliyette bulunması sebebiyle görevine son verildiği bilinmektedir.²⁵

Osmanlı Devleti içinde *Gizli Polis Teşkilatı*'na tekrardan ihtiyaç duyulduğunun nedeni, Tanzimat ve Tanzimat sonrasında teşkilatın neden güçlendiği, aydınların dönemin gazetelerindeki yazılarından anlaşılmaktadır. Örneğin, 29 Şubat 1875 günlü *Levant Herald* gazetesinde şu bilgiler yayınlanmıştır: "Kıtık nedeniyle, 1873 yılında Keskin ilçesinde yaşayan 52,000 kişiden 20,000 kişi, bir başka yerde de 17,000 kişiden 5,000 kişi açlıktan ölmüştür." 9 Mayıs 1874 günlü *Basiret* gazetesinin verdiği bir habere göre ise, "Ankara

²³ Tuncay ÖZKAN, *MİT'in Gizli Tarihi*, 7. Baskı, İstanbul: Alfa Yayınları, 2003, s. 36.

²⁴ TİMUR, s. 289.

²⁵ PARLAR, s. 35.

yöresinde açlıktan günde ortalama 1,500 - 2,000 kişi ölmektedir”. Aynı gazete 24 Mayıs 1874’de, Kırşehir’de halkın açlıktan hayvanların leşlerini ve ağaç kabuklarıyla ayırık otlarını yediği haberini yayınlamıştır.²⁶

Bu durumda Osmanlı Devleti kendisi için zararlı gördüğü kişilerin gizlice idam edilmelerini ve işkenceye uğratılmalarını da sürekli gündemde tutmuştur. Tanzimat döneminde çıkarılan fermanlarla kabul edilen tabii haklar ve yükümlülükler giderek unutulmuş, istibdat devirlerine has keyfi ve takdiri idare tekrar başlamıştır. Padişah Abdülaziz memurları sürgün etme hastalığına tutulmuş, büyük memuriyetler rüşvet karşılığı dağıtılır olmuştur.²⁷

Tanzimat döneminin yarattığı çürüme, yoksulluk, sefalet ve baskı halkın tepkisini açığa çıkarmıştır. Gelişen toplumsal dinamikleri ve Balkan kökenli ulusal ayaklanmaları bastırma zorunluluğu, devletin varlık nedeni haline gelmiştir. Osmanlı’yı ucuz maliyetli bir halklar hapishanesi olarak gören Batı, sözde reform adı altındaki “sopa ve havuç” politikalarını desteklemiştir. Bu amaçla kurulan devlet örgütleri, *Osmanlı Gizli Polis Teşkilatı*’nın da organizatörü olmuştur.²⁸

Yönetimin bu keyfi ve mutlakiyetçi tutumuna ve giderek çizgileri beliren Kapitalizme açılan süreçlere aydınlar tarafından tepkiler yükselmiştir.²⁹ Yaşadıkları döneme göre oldukça ileri görüşleri savunan yazar ve gazeteciler, giderek yurttaşlık haklarına dayalı yasalar düzeni kurulmasını önererek çözüm yolu olarak halkın oylarıyla seçilen bir parlamentonun toplumsal yaşamı yönetmesini isteyince kendilerine yönelik siyasi tepkiler artar. Osmanlı Devleti’nin iç ve dış alanda yaşadığı siyasi ve ekonomik bunalımların da etkisiyle demokratik istekleri kısıtlama ve baskı altına alma yoluna gidilir.

Devletin sürekli toprak kaybı, ekonomisinin hızla çökmesi ile birlikte meydana gelen buhran, en çok istihbarat servisinin işlerini yoğunlaştırmıştır.

²⁶ Fazla bilgi almak için bkz. İsmail CEM, *Türkiye’de Geri Kalmışlığın Tarihi*, İstanbul: Cem Yayınları, 1982, ss. 201-202.

²⁷ Niyazi BERKES, *Türkiye’de Çağdaşlaşma*, Ankara: Bilgi Yayınları, 1973, ss. 21-26.

²⁸ Osmanlı’nın ulusal temelli olan ayaklanmalarla sarsıldığı bir dönemde, Balkan ağırlıklı gizli polis yapılanması aydınlatıcıdır. Örneğin, Makedonya’da, Ortodoks kilise ve manastırlarıyla meşhur Aynaroz’a Bosnalı Hasip adında bir ajan yerleştiriliyor. O sırada Makedonya’da ayaklanma vardır. Ayaklanmaya kışkırtıcı ajan olarak katılan Hasip Efendi, ayaklanma liderlerinden Stavro’dan yana tavır alıyor. Kavgayı körükleyen *Osmanlı Gizli Polisi*’nde görevli Hasip Efendi, daha sonra ayaklanmanın iki önemli önderini, Yorgi ve Stavro’yu yakalatarak İstanbul’a gönderiyor. *Osmanlı Gizli Polis Teşkilatı* artık ulusal ayaklanmaları bastırmaya uğraşmakta, o arada pek çok yöntemi ilk kez denemektedir. Bkz. PARLAR, s. 37.

²⁹ PARLAR, s. 38.

Osmanlı aydınları arasında kurulan *Fedailer Cemiyeti* ve *Talebe-i Ulum*³⁰ gibi sivil muhalefet, *Osmanlı Gizli Polis Teşkilatı*'nin harekete geçirir.

Osmanlı'nın Kapitalist Avrupa ile bütünleşme sürecinin yarattığı çelişkilere gizli örgütlenme modeliyle verilen ilk yanıt *Fedailer Cemiyeti*'nin ihtilal girişimidir.

Fedailer Cemiyeti Türk siyasi tarihinin içinde ilk kurulan siyasi parti niteliğindedir. Osmanlı döneminde Tanzimat'la birlikte ortaya çıkan bu Cemiyet üyelerinin genel profiline bakılınca çoğunluğu şeyh, hoca, medrese öğrencileri, orta rütbeli subaylar, askerler ve halktan oluşmaktadır. Sultan Abdülmecid'in hükümdarlığının sonunda, görevi kötüye kullanma hala sık görülen bir şeydi. Özellikle, merkezden uzak yerleşim birimlerinde keyfi uygulamalar sıklaşmıştı. Dolayısıyla Cemiyetin kuruluş amacı Sultan Abdülmecid'i tahtan indirecek çeşitli eylemleri organize etmektir. Bu Cemiyet Osmanlı tarihindeki "yenileşme" hareketlerinin siyasal alana yansıması sonucu halk yapılanması veya örgütlenmesi olarak öne çıkan ilk teşkilattır. Fakat bu yenileşmeyle birlikte kurulan Cemiyet siyasal açılımı savunan bir nitelikte algılanmamalıdır.

Cemiyetin Abdülmecid saltanatının son yıllarında yönetime karşı ihtilal girişimi erken haber alınarak bastırılmış, Cemiyet üyeleri bir ihbar üzerine yakalanıp ve hızla yargılanmışlardır. Tarihte '*Kuleli Vakası*' olarak bilinen bu olayın gerçek bir hükümet darbesi girişimi olup olmadığı henüz bilinmiyor. İsmi olayın ceryan ettiği yerden değil de, sorumlularının hapsedildiği yerden alan *Kuleli Vakası* 1859'da olmuştur. Olay, Beyazıt ve Sinekli Medreseleri'nden bir grup öğrencinin, bazı hocaları, subaylar ve memurlarla işbirliği yaparak Abdülmecid'i tahttan indirip Abdülaziz'i tahta çıkarmayı tasarlayan gizli bir komite kurmalarından ibarettir. Komite üyelerinden biri, faaliyeti saraya ihbar etmiş, intihar eden bir üye dışındaki üyeler tutuklanarak, Kuleli Askeri Okulu'nda hapsedildikten sonra sürgüne gönderilmişlerdir. Mahiyeti tam olarak anlaşılabilen *Kuleli Vakası* kimilerine göre Sultan Abdülmecid'e karşı bir suikast ve Tanzimat devrine bir tepki olarak görülmüş; kimilerine göre ise meşrutiyet taraftarı bir hareket olarak nitelendiril-

30 1876 tarihinde meydana gelen *Talebe-i Ulum* hareketi Osmanlı tarihinde ilk öğrenci hareketidir. Ayaklanmanın zahiri sebepleri Sadrazam Mahmut Nedim Paşa'nın Rus taraftarı olarak bilinmesi ve Padişahın hilafet esaslarında değişiklik yaparak oğlu İzzettin Efendi'yi Veliht tayin etmek istediği hakkında duyulan rivayetlerdir. Bkz. A. Bedevi KURAN, *Osmanlı İmparatorluğu'nda ve Türkiye Cumhuriyeti'nde İnkılâp Hareketleri*, İstanbul: Çeltüt Matbaası, 1959, ss. 59.

miştir, çünkü mensupları sonradan Jön Türkler'e katılmıştır.³¹ Aslında 1859 tarihinde vuku bulan bu olay Pâdişah'ı tahttan indirmek için gizli bir teşekkülün ilk örneği olup, rejime karşı teşkilatlanma fikrinin doğduğunu gösteren ve I. Meşrutiyet'e kadar giden gelişmenin öncülüğünü yapan bir harekettir.

Fedailer Cemiyeti'nin bu teşebbüste takip ettikleri amacın meşrutiyet olduğunu iddia etmek hakikaten güçtür. Ancak muhakkak olan bir nokta varsa, o da memleketin idaresini beğenmeyen bazı hamiyetli zevatın inkılâp yapılmasını ve Sultan Abdülmecid'in yerine Veliht Abdülaziz Efendi'nin tahta çıkarılmasını zaruri gördükleridir. Yani keyfi hareketleri kaldırmak ve millet namına bazı haklar koparmak isteyen cemiyet rüesası mutaassıb ve görgüsüz insanlar değildi ve bu zevatın hareketlerine yalnız din mefhumu amil olmamıştır.³²

Muhalefetlerin devamı olarak 10 Mayıs 1876'da bazı öğrenciler, medresede okuyan softaların tahrikleriyle Sadrazam Mahmut Nedim Paşa ve Şeyhülislam Hasan Fehmi Efendi aleyhine ayaklanıp dersleri boykot ederek gösteriler düzenlemişlerdir. İlk öğrenci hareketinin politik sonucu Sadrazam Nedim Paşa'nın sadarettten uzaklaştırılması, kabinenin düşmesi, Şeyhülislam'ın ise azli olmuştur.³³

Sultan II. Abdülhamit *Talebe-i Ulum* hareketini tahrik eden kişinin ilk Kanun-i Esasi'yi hazırlayan ve ilan ettirmeye çalışan Mithat Paşa olduğunu ve Mithat Paşa'nın Mütercim Rüştü Paşa, Halim Paşa, Hayrullah Efendi ve Şehzade Murat tarafından desteklendiğini ileri sürmektedir. Sultan II. Abdülhamit *Talebe-i Ulum* isyanını takip eden olaylar sonunda, adı geçen kişilerin önemli görevlere gelmiş olmaları, tahminlerinde haklı olabileceğini düşündürüyordu. İsyân sonrası kurulan kabinede Mütercim Rüştü Paşa sadrazamlık görevini yüklenmiş, Mithat Paşa nazır olmuş, Hayrullah Efendi ise, Şeyhülislamlığa atanmıştır.³⁴

³¹ Bu konuyla ilgili olarak fazla bilgi almak için bkz. İ. Hami DANIŞMEND, *İzahlı Osmanlı Tarihi Kronolojisi*, Cilt IV, İstanbul: Türkiye Yayınevi, 1972, s. 188.

³² KURAN, ss. 61-62.

³³ Bu olayların devamında 30 Mayıs 1876 Darbesi ortaya çıkmıştır. Bu tarihte Serasker Hüseyin Avni Paşa Harbiye'de öğrencilerin başına geçip Dolmabahçe Sarayı'nı kuşatarak Sultan Abdülaziz'i tahttan indirip yerine V. Murat'ı geçirmesi, Harbiye, Bahriye ve Askeri Tıbbiye öğrencilerinin özgürlük mücadelesine katılmaları ve öğrencilerin siyasi hareket içine girmesine neden olmuştur. Bkz. Talip CAN, *Yükseköğretimde Öğrenci Olayları, Kuram ve Uygulamada Eğitim Yönetimi Dergisi*, Sayı. 8, 1996, s. 531.

³⁴ Bkz. Bernard LEWIS, *The Emergence of Modern Turkey*, London: Oxford University Press, 1961, ss. 156-157.

III. OSMANLI GİZLİ POLİS TEŞKİLATI VE YENİ OSMANLILAR CEMİYETİ

Dönemin muhalefet mensuplarının çoğunun devlet görevlisi oldukları için ayaklanmaların bastırılmasına bizzat katılıyor, ayaklananların isteklerine karşı propaganda yürütüyorlar ve devletin üstün çıkarları ve bekası yorumuyla bu hareketleri devleti bölmek, parçalamak isteyen eylemler olarak değerlendiriyorlardı. Örneğin, Türk aydınlama hareketinin büyük ismi olan Mithat Paşa'nın 1867 Bulgar ayaklanmasındaki tutumundan dolayı Bulgaristan'daki adı "Bulgar Celladı"dır. Paşa'nın, Bulgaristan'daki görevine son verilmesi, aşırı şiddete dayalı uygulamalarının Bulgar halkını iyice terörize etmesinin ve merkezin uyarılarına karşı idamları sürdürülmesinin yarattığı tepki olmuştur.³⁵

Bütün bunlara rağmen, *Osmanlı Gizli Polis Teşkilatı*'nın muhalefet mensuplarına yönelik yürüten operasyonları ve uyguladığı işkenceler³⁶ umulan sonucu vermez. Bu durumda Teşkilat muhalefeti bir türlü sindiremez ve kontra bir örgüt kurar. Bu örgütün adı, *Yeni Osmanlılar Cemiyeti*'dir. Örgütün kurucuları ve yöneticilerinin tümü ajan ve devlet memurudur. 'Yönetime sadık muhalefet' çizgisinin dışına çıkmadan varlığını sürdüren bu örgüt, diğer muhalefet cemiyetlerine uygulanan baskılara uğramamıştır.³⁷

Yeni Osmanlılar tarafından Osmanlı yönetimine önemli bir tepki gelmiştir. *Yeni Osmanlılar*, anayasal monarşi isteyen, mutlakiyetten meşrutiyete geçmek isteyen bürokrasinin hırslı memurlarıydı.³⁸ Osmanlı Devleti'nin siyasal yapısını değiştirmeyi amaçlayan bu Cemiyet, 1865 yılında kuruldu.³⁹ En önemli üyeleri şunlardı: Mustafa Fazıl Paşa (Genel Başkan), Ali Suavi Efendi, Kemal Bey, Tevfik Bey (gazeteci), Ziya Bey (Şuray-ı Devlet azası),

35 PARLAR, s. 41.

36 Teşkilat'ın uyguladığı işkence yöntemleri de dikkat çekicidir. İstintakta bulunan sanıkları iki kişi sıkıştırmayacak kadar dar olan bir dolaba tıkar ve kapısını kaparlar. Dolabın içinde iskemle gibi bir şey olmadığı için sanık oturup veya yatamaz. Dolayısıyla sanık, çarımha çekilmiş gibi ayakta durur. Türk işkencelerini dünya işkence literatürüne sokan "Tabutluk" kavramı da *Osmanlı Gizli Polis Teşkilatı*'nın marifetidir. Bkz. İhsan SUNGU, *Tanzimat ve Yeni Osmanlılar*, İstanbul: Maarif matbaası, 1940, s. 822.

37 ŞİMŞEK, s. 33.

38 İlber ORTAYLI, *İmparatorluğun En Uzun Yüzyılı*, 2. Baskı, İstanbul: Hil Yay., 1978, s. 241.

39 Oral SANDEER, *Siyasi Tarih: İlkçağlardan 1918'e*, 21. Baskı, Ankara: İmge Kitabevi Yay., 2001, s. 317.

Mehmet Bey (sabık Sadrazam Mahmut Nedim Paşa'nın yeğeni), Ahmet Mithat Efendi (gazeteci) ve daha birçokları.

1867 yazında *Yeni Osmanlılar* ilk şimşekleri üzerlerine çektiler.⁴⁰ Hareketin fikrî temellerini, geleneksel İslamî entelektüel miras ile Fransız İhtilali kaynaklı düşünce akımları oluşturmaktadır. Tanzimat sonrasında Batılı tarzda eğitim almış bir grup genç Osmanlı aydınının, geleneksel düşünce mirasını sahiplenmesi, kanaatimizce, yine Osmanlı Devleti'nin ve toplumunun içinde bulunduğu olumsuz koşullarla ilgilidir. Yani, amaç temelde yine "devleti kurtarmak" dürtüsüdür. Bu amaca ulaşmak için *Yeni Osmanlılar*, 1789 Devrimi'nin ürünü olan kavramları İslam düşünce mirası ve İslam hukuku ile sentezleyerek, bir aksiyon oluşturma çabasına girişmişlerdir. Bu hareketin İslamî referansları sahiplenerek yola çıkması, muhatapları olan - Müslüman - Osmanlı toplumunun geleneksel kimliği ile ilgilidir. İleri sürdükleri düşünceleri toplumsal bir kamuoyuna dönüştürebilmek için, toplumun hassasiyetlerini dikkate almak durumunda kalmışlardır. Esasında bu, bir meşruyet arayışı olarak da değerlendirilebilir. Osmanlı toplumunun yüzyıllardır süren gelenekleri, dinin toplum için hala en bağlayıcı ve uzlaştırıcı olgu olmaya devam etmesi, *Yeni Osmanlılar*'ı bir anlamda, siyasî ve sosyal mesajları "aynı dilden konuşarak" vermeye itmiştir. Kaldı ki hareketin içindeki Namık Kemal, Ziya Paşa gibi isimlerin pek çoğu, ileri sürdükleri düşünceleri ve topluma ulaşma metodlarını samimi olarak sahiplenmiş kişilerdir.⁴¹ Dolayısıyla *Yeni Osmanlılar* hareketi, düşüncelerini kamuoyuna dönüştürebilmek için, Osmanlı siyasi iktidarının meşruluk temellerine başvurmuştur.

Yeni Osmanlılar programatik bir nitelikten uzaktırlar. Çeşitli gazeteler çerçevesinde muhalefet sürdürmüşler ve o günün muhalefeti devlet içi dengeleri oynak zeminine dayandığından, Saray Bab-ı Âli ekseninde her türlü gelişmeye duyarlılık göstermişlerdir.⁴²

Gazetelerinde, özellikle Ali Suavi Efendi'nin yazı işleri sorumlusu olduğu Muhbir'de, çok saldırgan bir dil kullanıyorlardı. Hareketin tanınmış isimleri, hem hükümetle çıkar ortaklığı içine çekilmek, hem de başkentten uzaklaştırılmak için mutasarrıf yapıldı. Ali Suavi Efendi Anadolu'da Çankırı'ya, Ziya Bey ise, Kıbrıs'a mutasarrıf olarak atandı. Hükümete güvenmedikleri

40 A. David MORDTMANN, *İstanbul ve Yeni Osmanlılar*, Cilt I, (Çev: Erol ÜYEPAZARCI), 1. Baskı, İstanbul: Pera Yay., 1999, s. 156.

41 Şerif MARDİN, *Yeni Osmanlı Düşüncesinin Doğuşu* (Çev: Mümtaz'er TÜRKÖNE vd.), İstanbul: İletişim Yayıncılık, 2004, s. 221.

42 PARLAR, s. 38.

için görev yerlerine gitmektense doğru Paris'e kaçtılar. Kaçamayan birkaç kişi tutuklandı ve çeşitli yerlere sürgün edildi.⁴³

Osmanlı Devleti sınırlarında rahat çalışmayacaklarını anlayın *Yeni Osmanlılar*, 1867 yılında Fransa'da Jön Türkler adıyla çalışmalarını sürdürdüler.

Ali Paşa'nın vefatından sonra gönüllü ve mecburi sürgünler Sadrazam Mahmut Nedim Paşa tarafından affedildi ve Ali Suavi Efendi dışında, hepsi ülkeye döndü. Ziya Paşa Sadrazam tarafından özel müşavir olarak görevlendirildi. Adı darbe girişimine karışan Ziya Paşa'ya resmi bir görev vermekten çekinen Mahmut Nedim Paşa onu özel makamında çalıştırdı. Cemiyet üyelerinin çoğu tekrar gazeteciliğe döndü.⁴⁴

Görüldüğü gibi *Yeni Osmanlılar Cemiyeti* ilginç muhalefet örnekleri vermiştir. Bu kontra örgütün yegâne işi, muhalefeti bölme ve 'yönetime sadık muhalefet'i oluşturmaktır. Devletin üstün çıkarlarıyla barışık olan bu 'memur - aydın' grubu kendilerine verilen görevi layıkıyla yerine getirirler. Ancak örgüte üye olup da onun üstlendiği kontra misyonun farkında olmayan bazı şahıslar 1876 yılında göz altına alınırlar.⁴⁵

Mahmutiye Zırhlısında sorgulanan örgüt üyelerinden Veliyüddin Efendi, ifade verenden çok, sorgulayan gibi davranır. Sorulara oldukça sert cevap verir. Hatta kendini tutamaz Bakanlar Kurulu üyelerine ağır hakaretlerde bulunur. Onun bu tavrından dolayı uyarmak isteyen sorgu hakimine kelimenin tam anlamıyla bir 'Osmanlı Tokadı' yapıştırır. Sorgu hâkimi, bu sert tokadı yedikten sonra ne ile karşılaştığını fark etmiştir artık.⁴⁶

Osmanlı Gizli Polis Teşkilatı, Yeni Osmanlılar'ı devlete karşı yürütülen bütün muhalefetleri tasfiye etmek için bir araç olarak kullanmıştır. Hatta *Yeni Osmanlılar*'dan sonra kurulan *Jön Türk* hareketinin büyük bir potansiyele sahip olmasına rağmen "efendisini sarsmayan bir muhalefet" gösterdiğini göz önünde bulundurduğumuzda, Osmanlı MGK'sının uygun gördüğü "terbiye edilmiş muhalefet" formülünün tuttuğunu görürüz.⁴⁷

43 MORDTMANN, s. 157.

44 MORDTMANN, s. 157.

45 ŞİMŞEK, s. 33.

46 Bu konuyla ilgili olarak bkz. EbuZZiya TEVFİK, *Yeni Osmanlılar Tarihi*, (Haz. Şemsettin KUTLU), İstanbul: Hürriyet Yay., 1973, ss. 89-90.

47 ŞİMŞEK, s. 33.

SONUÇ VE DEĞERLENDİRME

Siyasetin temel koşulu, devlet aklının köklü yapısına karşı çıkmama üzerine kurulmuştur. Devlet aklı ise varlık ve beka, birlik ve bütünlük ve güvenlik gibi üç köprü üzerine kurulmuştur. Devletin varlığının ve birliğinin sağlanması bir güvenlik sorunu olarak görülür, özellikle Osmanlı'nın dağılmasından sonra devlet aklı her şeye güvenlik ekseninden bakmaya başlamıştır. Bu nedenle devletin savunma ve korunma refleksleri olağan üstü gelişmiştir. Sosyal - siyasal ya da kültürel sorunlar dahi önce güvenlik ekseninde ele alınır.⁴⁸ Bu da toplumsal kuşkuların doğmasına sebep olmuştur.

Devletin bekası ve devlet aklı anlayışı gibi fikirler devlete kutsallık atfedilerek devletin koyduğu kurallara uymaya, devleti eleştirilemez duruma getirmeye dönük fikirlerdir. Devletler zamanla varlığını tehdit eden unsurlara karşı farklı isimler altında legal veya illegal yapılanmalara gitmiştir. Bu yapılanmalar içeride ve dışarıda istihbarat çalışmaları yaparak tehdit oluşturan veya öyle algılanan unsurları bir şekilde bertaraf etme işlevi görmüş ya da bunu hedeflemiştir. Ancak, hukuk devletinden sapmayı ifade eden derin devlet olgusunun tasfiyesi hemen hiçbir ülkede tam manasıyla mümkün olmamıştır. Devletin hatta otoritenin olduğu her yerde bir istihbarattan, gizli servisten bahsedilir. Devlet ya da otorite gücünü devam ettirebilmek ve irade devrinde bulunan insanların güvenliğini sağlamak için bu tür yapılanmalara mecburdur.

Devletin olduğu her yerde istihbarat yapılanmaları olmuştur. Devletler bu çerçevede kendilerine yönelik tehdit algılaması yaparak buna karşı çözümler üretmişlerdir. Başka bir ifadeyle, devletin olduğu veya otoritenin olduğu her yerde gizli yapılanma bir gereklilik olarak görülmüştür. Dolayısıyla devletin asli ve âli çıkarlarını gerçekleştirmek için hangi araçların kullanılacağı konusunda bir sınırlama kabul edilmez, yani bu araçların seçiminde mevcut hukuk düzenine ve etik kurallarına riayet etmek gerekmez.⁴⁹

Bir hükme göre, bir kanuna aykırı olan her ferdî tasarruf iptal edilmelidir. Bir hükümetin kendisini savunmak için harekete geçtiği vakit kanunun dışında ve ötesinde ferdî kararlar alabileceği, hükümet tasarrufları diye vasıflandırılan bu kararlara karşı, meşruiyetsizliğine rağmen dâva yöneltilemeyeceği bazen iddia edilmiştir. Ne kadar ustalıklı sözlerle örtülmek istenirse istensin, böyle bir düşünceyi şiddetle reddetmelidir. Bu, hukukun otoritesini

⁴⁸ ÖZCAN, s. 48.

⁴⁹ Mithat SANCAR, *Devlet Aklı Kısacasında Hukuk Devleti*, İstanbul: İletişim Yayınları, 2000, s. 25.

tanıyan medenî bir memlekette artık sözünün edilmesi doğru olmayan meş'um devlet aklı (raison d'Etat) zihniyetini hukukî bir kılığa bürümek için bahane bulmaya yeltenmekten başka bir şey değildir⁵⁰.

Devletin temel politikaları üzerinde müessir olmak ve devletin bekasını korumak açısından bazı gizli gruplar ve cemiyetler kendilerini daha öncelikli görüyorlar. Devlet içindeki gizli oluşumlar, yasal olmayan yapılanmalar, alternatif güç odakları anlaşılıyor. Bu örgütler her yönüyle “devlet aklı”nın motorlarıdır.

Ancak devleti korumak ve halkın kurulu düzenini bozmaya çalışanlara karşı mücadele amacıyla kurulduğu iddia edilen gizli teşkilatlar ve meşru olduğunu iddia eden benzeri örgütlenmelerin mensupları, sisteme hakim olduktan sonra kendi istekleri doğrultusunda harekete geçmişlerdir. Bu bakımdan *Osmanlı Gizli Polis Teşkilatı*'nın devletin bekası ve devleti koruma anlayışına dayanarak yeraltı faaliyetlerini, özellikle adam öldürme, yok etme ve şiddetli eylemlere başvurmasını, ‘devlet aklı’ olarak değerlendirebiliriz.

Osmanlı'nın toprak kayıplarıyla birlikte ayaklanmaları bastırma ve muhalefete son verme iradesi ancak “güçlü bir devlet”⁵¹le mümkün olacağı düşüncesine dayanarak, devlete atfedilen kutsallığı daha da pekiştiren tarihsel bir etken olmuştur. Bu koşullarda “milletin varoluş” kaygısını o devletin bekasıyla ilişkilendirmek ve devletin bekası için her türlü eylemi hukuk dışı olsa bile, meşru saymak kolaylaşmaktadır.⁵²

Çalışmamızda hukuk dışılığın belki masumane niyetlerle devlet adına karar alan, uygulayan *Osmanlı Gizli Polis Teşkilatı*'nın zaman içinde hukuk-suzluğun baş aktörü olduğu göze çarpmaktadır.

Devlet adına, devletin varlığı ve bekası adına yola çıkmış bir gizli teşkilatın zaman içinde kendi istekleri doğrultusunda hareket ederek, devleti bir çıkmaza sürüklediği de bir gerçektir.

50 Leon DUGUIT, *Kamu Hukuku Dersleri*, (Çev: Süheyp DERBİL), Ankara: AÜHF Yayınları, 1954, s. 144.

51 Osmanlı Devleti'nde merkezi iktidarı oluşturan; saray, güçlü paşalar, ulema, yeneçeri-sipahi ağaları, nüfuslu tüccarlar ve sarraflar arasındaki ittifakalar hassas dengelere dayanır. Bu güç odakları, karşıtlarından haberdar olabilmek için istihbarat önem veren geniş bir istihbarat ağı kurmuşlardır. Osmanlı tarihinde güçlü devlet imajının yaygın olduğu IV. Murat ve Köprülü Mehmet Paşa dönemleri, istihbarat ağının merkezi devlet lehine genişlediği dönemlerdir. PARLAR, s. 31.

52 Suavi AYDIN, *Amacımız Devletin Bekası: Demokratikleşme Sürecinde Devlet ve Yurttaşlar*, 3. Baskı, İstanbul: Tesev Yayınları, 2009, s. 20.

Devlet, hukuk düzeninin üzerinde değil, içinde olmak zorundadır. Yani devlet, bireyden hukuka uygun davranmasını istiyorsa, kendisi de hukuka uygun davranmak zorundadır. Eğer devlet ya da egemen güç, kendisini hukuka uygun davranmak zorunda hissetmiyorsa, bunun adı hukuk devleti olmaz. Hukuk devleti, devletin de vatandaşlarının da hukuka uygun davranacağı devlettir. Hukuk, devletin meşruiyet kaynağı olduğu gibi, egemenliğin de meşruiyet kaynağıdır. Bu yüzden, egemenlik ve devlet adına hukuk, askıya alınamaz.

KAYNAKÇA

- ALYOT, H. Tefik, *Türkiye'de Zabıta*, Ankara: Kanaat Basımevi, 1947.
- AYDIN, Suavi, *Amacımız Devletin Bekası: Demokratikleşme Sürecinde Devlet ve Yurttaşlar*, 3. Baskı, İstanbul: Tesev Yayınları, 2009.
- BERKES, Niyazi, *Türkiye'de Çağdaşlaşma*, Ankara: Bilgi Yayınları, 1973.
- BOTERO, Giovanni, *The Reason of State*, Translated by P.J. & D.P. WALEY, Yale University Press, 1956.
- CAN, Talip, "Yükseköğretimde Öğrenci Olayları", *Kuram ve Uygulamada Eğitim Yönetimi Dergisi*, Sayı. 8, 1996, ss. 531-538.
- CEM, İsmail, *Türkiye'de Geri Kalmışlığın Tarihi*, İstanbul: Cem Yayınları, 1982.
- DANIŞMEND, İ. Hami, *İzahlı Osmanlı Tarihi Kronolojisi*, Cilt. IV, İstanbul: Türkiye Yayınevi, 1972.
- DUGUIT, Leon, *Kamu Hukuku Dersleri*, (Çev: Süheyp DERBİL), Ankara: AÜHF Yayınları, 1954.
- EBENSTEIN, William, *Siyasi Felsefenin Büyük Düşünürleri*, (Çev: İsmet ÖZEL), İstanbul: Şule Yayınları, 2001.
- ERDOĞAN, Mustafa, *Demokrasi Laiklik Resmi İdeoloji*, 2. Baskı, Ankara: Liberte Yayınları, 2000.
- HANİOĞLU, M. Şükrü. Hikmet-i Hükûmet ve Demokrasi, 2004 (http://www.zaman.com.tr/newsDetail_getNewsById.action?newsId=67772, erişim 13.11.2012).
- HİÇYILMAZ, Ergun, *Belgelerle Teşkilât-ı Mahsusa ve Casusluk Örgütleri*, İstanbul: Ünsal Yayınları, 1979.
- KELLER, Vera, Mining Tacitus: Secrets of Empire, Nature and Art in the Reason of State, *British Society for the History of Science*, Vol. 45, 2012, ss. 189-212.
- KURAN, Bedevi, *Osmanlı İmparatorluğu'nda ve Türkiye Cumhuriyeti'nde İnkılâp Hareketleri*, İstanbul: Çeltüt Matbaası, 1959.
- LEWIS, Bernard, *The Emergence of Modern Turkey*, London: Oxford University Press, 1961.
- MARDİN, Şerif, *Yeni Osmanlı Düşüncesinin Doğuşu* (Çev: Mümtaz'er TÜRKÖNE vd.), İstanbul: İletişim Yayıncılık, 2004.

MEİNECKE, Friedrich, *Machiavellism: The Doctrine of Raison D'etat and its Place in Modern History*, New York: Yale University Press, 1965.

MORDTMANN, A. David, *İstanbul ve Yeni Osmanlılar*, 1. Cilt, (Çev: Erol ÜYEPAZARCI), 1. Baskı, İstanbul: Pera Yayınları, 1999.

ORTAYLI, İlber, *İmparatorluğun En Uzun Yüzyılı*, 2. Baskı, İstanbul: Hil Yayınları, 1978.

ÖZCAN, Ahmet, *Derin Devlet ve Muhalefet Geleneği*, 3. Baskı, İstanbul: Bakış Yayınları, 2001.

ÖZKAN, Tuncay, *MİT'in Gizli Tarihi*, 7. Baskı, İstanbul: Alfa Yayınları, 2003.

PAKALIN, M. Zeki, *Osmanlı Tarih Deyimleri ve Terimleri Sözlüğü*, Cilt I, İstanbul: Milli Eğitim Basımevi, 1983.

PARLAR, Suat, *Osmanlı'dan Günümüze Gizli Devlet*, 1. Baskı, İstanbul: Spartaküs Yayınları, 1996.

SANDEER, Oral, *Siyasi Tarih: İlkçağlardan 1918'e*, 21. Baskı, Ankara: İmge Kitabevi Yayınları, 2001.

SANCAR, Mithat, *Devlet Akli Kısılcacında Hukuk Devleti*, İstanbul: İletişim Yayınları, 2000.

SUNGU, İhsan, *Tanzimat ve Yeni Osmanlılar*, İstanbul: Maarif matbaası, 1940.

ŞİMŞEK, Erdal, *Türkiye'de İstihbaratçılık ve MİT*, 5. Baskı, İstanbul: Kum Saati Yayınları, 2004.

TEVFİK, Ebuzziya, *Yeni Osmanlılar Tarihi*, (Haz. Şemsettin KUTLU), İstanbul: Hürriyet Yayınları, 1973.

TİMUR, Taner, *Osmanlı Çakışmaları: İlkel Feodalizmden Yarı Sömürge Ekonomisine*, 3. Baskı, Ankara: İmge Kitabevi Yayınları, 1996.

TİMUROĞLU, Vecihi, *Dersim Tarihi*, İstanbul: Yurt Kitap Yayınları, 1991.

TUCK, Richard, *Philosophy and Government 1572-1651*, Cambridge University Press, 1993.

Özel Hukuk

ŞİRKET KAYITLARINDA YER ALMAYAN ÇEKLERİN BORCA BATIKLIK BİLANÇOSUNDA GÖSTERİLMESİ

*Doç. Dr. Recep AKCAN**

I. GİRİŞ

Ticari hayatta, tacirler arasında işlem gören bazı çeklerin şirket kayıtlarında gösterilmediği gözlemlenmektedir. Bu tür kayıt dışı çeklerin, şirket tarafından, iflasın ertelenmesinin talebi halinde; borca batıklık bilançosunda gösterilip gösterilmeyeceğinin araştırılması ve gerekçeleriyle birlikte bir sonuca varılması gerekmektedir.

İflasın ertelenmesi için bazı şartlar gereklidir. İflasın ertelenmesinin şekli ve maddi (esasa ilişkin) bazı şartları vardır. Öğreti ve Yargı kararları ışığında bu şartları şu şekilde sıralamak mümkündür¹.

İflasın ertelenmesinin şekli şartları şunlardır: *1-Bir Sermaye Şirketi ya da kooperatif olması. 2-İflasın ertelenmesi talebi (talep şartı).3-Borca batıklık bilançosunun mahkemeye verilmesi. 4-Borca batıklık bildirim (beyanı). 5-Masrafların Ödenmesi. 6-İyileştirme projesinin mahkemeye verilmesi. 7-Fevkalade mühletten yararlanılmamış olması. 8-Borca batıklık bilançosu ve iyileştirme projesini destekleyen bilgi ve belgelerin mahkemeye sunulması. 9-Özel ve teknik bilgiyi gerektiren hususlarda uzman bilirkişilere gidilmesi.*

İflasın ertelenmesinin maddi şartlarını ise şu şekilde belirtebiliriz: *1-Borca Batıklık. 2-İyileştirmenin Mümkün Olması. 3-Alacaklıların Haklarının Korunması.*

* Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Usul ve İcra-İflas Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi.

¹ Bkz. İflasın ertelenmesi şartları hakkında: **Dumanoğlu S.**, İflasın Ertenilmesi, Borca Batıklık ve İyileştirme Projeleri, İstanbul 2011 s. 26 vd.; **Çavdar S./Bıçkın İ.**, İflas ve İflasın Ertenilmesi, Ankara 2006 s. 74 vd.; **Deliduman S.**, İflasın Ertenilmesinin Etkileri, Kocaeli 2008, s. 31 vd.; **Öztek S.**, İflasın Ertenilmesi, İstanbul 2007, s. 31 vd.; **Atalay O.**, Borca Batıklık ve İflasın Ertenilmesi, İzmir 2006, s.62 vd.; **Ermenek İ.**, İflasın Ertenilmesi, Ankara 2009 s. 153 vd. 23. HD 27.02.2012, 577/1402; 19. HD 15.06.2011, 2606/8013; 19. HD 07.04.2005, 448/3753; 19. HD 10.03.2010, 12813/2505; 19.HD 10.03.2005, 9014/2429 (www.hukukturk.com. Erişim tarihi, 09.09.2012).

İncelemenin muhtevasını genişletmemek amacıyla, bu şartlara girilmeyecektir. Sadece, konu ile ilgili olduğu için ve gerektiği kadar borca batıklık ve borca batıklık bilançosuna girilecektir.

II. BORCA BATIKLIK VE BORCA BATIKLIK BİLANÇOSU

İflasın ertelenmesinin talebinin kabulü için, var olması gereken önemli şartlardan biri şirketin borca batık bulunması gerekir².

Borca batıklık hali, varlıkların, borçları (yabancı kaynakları) karşılayamaz durumuna gelmesidir³.

Borca batıklığın belirlenebilmesi için, öncelikle şirketin genel kabul görmüş muhasebe ilkelerine göre tutulmuş ticari defter ve kayıtları ile bu kayıtlardan üretilmiş bir kaydi bilançoya gerek vardır. Kaydi bilanço incelemeye, fiilen mevcut durum ile kayıtlar karşılaştırılarak, kayıtların fiili durumları temsil etmeyen durumları düzeltilir. Bu çalışmalar sonucunda, varlıkların borçları karşılamaması durumunda, borca batıklık (aynı zamanda rayiç değer) bilançosuna ulaşılır⁴.

Yargıtay'ın bir kararına göre: “İflasın ertelenmesi istemleri, borca batıklık bildirimini ve bir proje kapsamında, kooperatiflerle sermaye şirketlerinin iflas halinden kurtulması yönündeki gerçekçi ve somut beklentiyi içerirler”⁵.

İflasın ertelenmesi için, borca batıklık gibi diğer şartlar yanında, iflasın ertelenmesi talebiyle birlikte şirketin borca batıklık bilançosunun hazırlanması ve mahkemeye ibrazı gerekir⁶.

Bilanço: “Bir işletmenin belli bir tarihte sahip olduğu varlıklar ile bu varlıkların sağladığı kaynakları gösteren mali tablo” şeklinde tanımlanabilir⁷.

² Borca batıklık hakkında bkz: **Atalay** s. 3 vd.; **Deliduman** s. 35 ve s. 49; **Öztek** s. 46; **Ermenek** s. 198 vd.; **Dumanoglu** s. 83 vd.; **Çavdar/Biçkin** s. 77 vd.

³ Bkz. Borca batıklık kavramı hususunda farklı tanımlar için: **Deliduman** s. 50; **Atalay** s. 6 vd.; **Ermenek** s. 199-200.

⁴ **Dumanoglu** s. 84.

⁵ Bkz. 23. HD 02.02.2012, 207/650 (www.hukukturk.com. Erişim tarihi, 09.09.2012).

⁶ **Öztek** s. 42; **Atalay** s. 25; **Deliduman** s. 37; **Ermenek** s. 185.

⁷ **Dumanoglu** s. 70 ve s. 83. Bkz. ayrıca: Bilanço düzenleme kuralları, bilanço ilkeleri, bilançonun şekli yapısı ve bilanço ile ilgili diğer hususlar hakkında: **Deliduman** s. 37 vd.; **Dumanoglu** s. 70 vd.; **Atalay** s. 13 vd.; **Öztek** s. 42 vd.; **Ermenek** s. 185 vd. ve s. 198 vd.

İşletmelerde mali yapının borca batık bir durumda bulunup bulunmadığının belirlenebilmesi için incelenecek temel mali tablo, bilançodur. Yani, borca batıklık bildiriminde bulunan bir şirketin mali durumunu anlatan ana mali tablosu, bilançodur. Şirketler belli dönemlerde üç ayda, yıl sonlarında, her ay sonlarında periyodik olarak bilanço çıkarırlarken; borca batıklık bilançosu, 10 Eylül gibi yılın herhangi bir günü itibarıyla, ara tarihlerde o anki mali durumun ne olduğunun belirlenmesi amacıyla düzenlenebilir⁸.

Borca batıklık bilançosunda, aktif ve pasif değerler esas alınır. Gerçek değerlerden kasıt, aktifin paraya çevrilmesinde, (piyasada) satış sırasında gerçekleştirilecek fiyattır. Satış fiyatlarının belirlenmesinde, borca batıklık bilançosunun düzenlendiği tarihteki değerler dikkate alınmalıdır. Pasifin gerçek değeri, borca batıklık bilançosunun düzenlendiği gün itibarı ile borçların iskonto veya faizleri dikkate alınarak ödeneceği rakamlardır⁹.

Gerçek (rayiç) değer esasına göre hazırlanan ve borçların varlıkları aşmasının belirlendiği bilançoya borca batıklık bilançosu denilir. Bu bilanço da, aktif ve pasif kısımda gerçek değerler esas alınır¹⁰. Borca batıklık bilançosunun en önemli işlevi, borca batıklığın tespitine ilişkin olmasıdır¹¹.

Yargıtay'a göre: "*İflasın ertelenmesi, borca batık durumda olan bir sermaye şirketinin mali durumunun ıslahının mümkün olması halinde o şirketin iflasının önlenmesini sağlayan bir kurumdur. Böyle bir talep üzerine mahkemece, bu şirketin öncelikle borca batık durumda olup olmadığı rayiç değerlere göre tespit edilmeli, borca batık durumda ise bu kez ıslahının mümkün olup olmadığı üzerinde durulmalıdır. Bunun için borçlu şirket tarafından mahkemeye ibraz edilen bilanço ile mali durumun iyileştirilebilmesi amacıyla şirket tarafından bildirilen proje üzerinde bilirkişi incelemesi yaptırılarak, rayiç değerler ve yapılan araştırma ve inceleme sonucu elde edilen gerçekçi verilere göre bilirkişilerce yeniden oluşturulacak şirket bilançosu (borca batıklık bilançosu) da dikkate alınıp bir sonuca gidilmelidir*"¹².

8 Dumanoglu s. 83-84.

9 Öztekin s. 44 vd.; Deliduman s. 38; Dumanoglu s. 84 vd.; Ermenek s. 203 vd.

10 Öztekin s. 44; Dumanoglu s. 84-86.

11 Ermenek s. 185.

12 Bkz. 19. HD 15.06.2011, 2606/8013(www.hukukturk.com.Erişim tarihi, 09.09.2012).

Şirket kayıtlarında yer almayan çekler, bilançoda yer alırsa, borca batıklık şartı gerçekleşebilecektir. Aksi halde, belki borca batıklık şartı oluşmayacağı için, iflasın ertelenmesi talebi reddedilecektir¹³.

III. ÇEKLERİN BORCA BATIKLIK BİLANÇOSUNDA GÖSTERİLMESİ

Bilançoda yer almasına rağmen, gerçekte mevcut olmayan; bilançoda kayıtlı olmadığı halde, kayıt hatası veya faturası gelmemesi gibi değişik nedenlerle ticari şirkete ait varlıklar olabilir. Bilançoya kayıtlı olduğu halde, borçları ödeme katkısı bulunamayacak varlıklar (özel maliyetler gibi) da mevcut olabilir. İşte tüm belirtilenler dikkate alınarak, *şirketin gerçek borç ödeme özelliğine göre bir bilançonun hazırlanması uygun olacaktır*.

Çeklerin, şirket kayıtlarında olup olmamasına göre bir ayırım yapmak gerekir.

A. Kaydı Olan Çekler

Şirket kayıtlarında usulüne uygun olarak kaydı bulunan çeklerin, iflasın ertelenmesi talebi yapılırken verilen borca batıklık bilançosunda gösterilmesi gerekir. Bu hususta herhangi bir hukuki tartışmanın olmaması gerekir.

B. Kaydı Olmayan Çekler

Şirket kayıtlarında çeklere hiç yer verilmemiş ise, bilançoda gösterilebilir mi? Asıl hukuki problem buradadır. Bu noktada hukuki tartışmalar yapılabilir ve farklı bakış açıları ve gerekçelerle değişik sonuçlara varılabilir.

Borca batıklık bilançosunda, iflasın ertelenmesini isteyen şirketin tüm gizli yedek ve borçlarının ortaya çıkarılması ve tasfiyesi halinde şirketin varlıklarının değerinin borcunu karşılamaya yetip yetmediğinin tespiti hedeflenir¹⁴.

¹³ Bir kararda şu ifadelere yer verilmiştir: “İflasın ertelenmesine karar verilebilmesi için iflas erteleme talebinde bulunan şirketin borca batık durumda olması ve mali durumunu iyileştirme ümidinin bulunması gerekir. Bu nedenle iflas erteleme talebinde bulunan şirketin öncelikle borca batık durumda olup olmadığı tespit edilmelidir. **İflas erteleme talebinde bulunan şirket borca batık durumda değilse bu gerekçeyle iflas erteleme talebi reddedilmeli ve şirketin iflasına karar verilmemelidir**” (23. HD 06.03.2012, 4686/1701: www.hukukturk.com. Erişim tarihi, 09.09.2012).

¹⁴ Dumanoglu s. 85.

Borca batıklık bilançosunda aktif ve pasiflerin gösterilmesi gerekir¹⁵. *Alınan çekler ve verilen çekler ve ödeme emirleri bilançoda gösterilir.* Alınan çekler hesabı, gerçek ve tüzel kişilerce ticari şirkete verilen, fakat tahsil için bankaya verilmemiş veya ciro edilmemiş çeklerin takibini sağlar. Fiili duruma uygun gerekli düzeltmeler yapılır. Ayrıca, vadesi geçmiş ve tahsilinin şüpheli duruma geldiği objektif belgelere göre anlaşılan çekler, dava veya icra takibi gibi kanuni usul uygulanmamış olsa bile şüpheli alacak olarak değerlendirilir. Vadesiz çekler nominal değeri ile dikkate alınır. Vadeli çeklerin ise, alacak senedi olarak kabul edilmesi ve tasarruf değeri ile değerlendirilmesi gerekir. Ticari şirketin, üçüncü kişilere bankalardan çekle veya ödeme emri ile yapacağı ödemeler, verilen çekler ve ödeme emirleri hesabında izlenir. Vadesiz çekler itibari değerleri ile yer alır. Vadeli çekler borç senedi olarak kabul edilir¹⁶.

Sermaye şirketi veya kooperatifin ticari bilançosunda yer alan ve *kaydi durum-fiili durum* eşitliği sağlanmış, *muaccel ve müaccel gerçek borçlarının tamamı*, borca batıklık bilançosunun pasif kısmında yer alır¹⁷. Yani, borca batıklık bilançosunda yer alacak pasifler, şirketin gerçek borçlarıdır. Bu borçların muaccel olup olmaması önemli değildir¹⁸.

İflasın ertelenmesi talebinde bulunan şirketin, kayıtlarında yer almayan çeklerden doğan borçları, ticari bir borçtur.

Ticari borçlar, *ticari şirketin ticari ilişkileri nedeniyle ortaya çıkan senetli ve senetsiz borçlarının kaydedildiği hesapları ihtiva eder ve borca batıklık bilançosunun pasif kısmında yer alması gerekir*¹⁹.

Şirket kayıtlarında yer almayan çeklere ilişkin borçların doğrulanması gerekir. Bunun için mevcut mutabakat mektupları, sözleşmeler gibi bazı belgelerden hareket edilerek tüm yükümlülükler belirlenerek, bunların bilançonun pasifine yazılması gerekir²⁰.

Çekler şirket kayıtlarında yok, fakat bankalar aracılığıyla bu çeklerle ilgili ödemelerde bulunulduğuna ilişkin banka makbuzları gibi banka tarafın-

15 Bkz. Borca batıklık bilançosu içinde gösterilmesi gereken aktif ve pasifler hakkında: **Atalay** s. 16 vd.; **Öztek** s. 42 vd.; **Dumanoğlu** s. 86 vd.; **Ermenek** s. 185 vd.

16 **Dumanoğlu** s. 90-91.

17 **Dumanoğlu** s.120.

18 **Atalay** s. 22; **Öztek** s. 46; **Ermenek** s. 205.

19 **Dumanoğlu** s. 120, s. 122.

20 **Dumanoğlu** s. 123.

dan düzenlenmiş *bazı belgeler varsa*, bu çekler bilançoda gösterilmelidir. Borca batıklık bilançosunda şirketin gerçek mal varlığı ve borçlarının gösterilmesi açısından şirket tarafından verilmiş olan çeklerin, şirket defterlerine kayıt edilmemesi şirketin yükümlülüğünü ortadan kaldırmayacağından, bunların borca batıklık bilançosunda yer alması gerekir.

Şirket kayıtlarında yok ve bu çekle ilgili ödemeye ilişkin *hiçbir belge yoksa*, bu tür çeklerin muvazaalı olduğu, dürüstlük kurallarına aykırılık olduğu düşünülebilir.

Şirket kayıtlarında yer almayan veya yer alan çeklerin bilançoda gösterilmesinde *muvazaa veya dürüstlük kurallarına aykırılık* gibi bazı şüphelerin giderilmesi amacıyla; hakim, kendisine ispat yükü düşen kişilere ispat yükümlülüğü getirebilmelidir²¹. Bu konuda Hukuk Muhakemeleri Kanunu'ndaki (HMK) ticari defterlerle ilgili m. 222 ve HMK m.187 ve devamında düzenlenen genel ve özel ispat kurallarına başvurulabilir. Bu ispat yükümlülüğü yanında, hakim yeni bir bilançonun hazırlanması amacıyla yeni bir bilirkişi kuruluna başvurabilir veya ek rapor alabilir (HMK m. 266 vd).

SONUÇ

Şirket kayıtlarında yer alan ve almayan çeklerin, alacak veya borç olma özelliğine göre, borca batıklık bilançosunun aktif veya pasif kısmında yer alması uygun olacaktır. Böylece iflasın ertelenmesi talep edebilecek şirketin aktif ve pasif kısımlarında gerçek değerlere ulaşmak mümkün olabilecektir.

Şirket kayıtlarında yer alan veya almayan ve fakat bilançonun pasif kısmında gösterilmesi gereken çeklerin; varlığı konusunda değişik nedenlerle şüphenin mevcudiyetinde; ilgili kişileri, taraf teşkili sağlayarak ve hukuki dinlenilme hakkı gibi ilkelere riayet ederek, Hukuk Muhakemeleri Kanunu çerçevesinde ispata tabi tutmak hakkaniyetin ve maddi gerçeğe uygun bir karara ulaşmanın gereği olacaktır.

21 Yargıtay'ın bir kararında şu hususlara değinilmiştir: “*Müdahil Ü... G... Kağıtçılık Paz.San.ve Tic.Ltd.Şti vekili tarafından, iflas erteleme talebinden çok kısa süre önce iflasın ertelenmesini talep eden şirket ile Finansal Kiralama Şirketi arasında finansal kiralama sözleşmesi yapıldığı ve bu sözleşme sonunda şirketin borca batık hale geldiği ve bu durumun muvazaalı olduğu belirtilmiş, ancak mahkemece bu konuda herhangi bir inceleme yapılmamıştır. Mahkemece bu yönler üzerinde durularak ve özellikle iflasın ertelenmesi talebinde bulunan şirketin yaptığı finansal kiralama sözleşmesinin borca batıklık üzerindeki etkisi üzerinde durulup, bunun iyi niyet kurallarına uygun olup olmadığı incelenerek...*” (23. HD 06.03.2012, 4686/1701: www.hukukturk. com. Erişim tarihi, 09.09.2012).

6099 SAYILI KANUN VE TEBLİGAT KANUNUNUN UYGULANMASINA DAİR YÖNETMELİK ÇERÇEVESİNDE TEBLİGAT HUKUKUNDAKİ SON DEĞİŞİKLİKLER

*Doç. Dr. İbrahim ÖZBAY**

I. GİRİŞ

Belirli hukuki işlemlerin, hukuki sonuçlarından etkilenmeleri amaçlanan kimselere yetkili makam tarafından veya onun aracılığıyla kanuni şekilde bildirilmesi ve bu bildirim aynı şekilde belgelenmesi işlemi, tebligat olarak adlandırılmaktadır¹. Hukuki anlamda tebligat, iddia ve savunma hakkının önemli bir unsuru ve adil yargılanma hakkının da bir gereği olarak karşımıza çıkmaktadır.

Tebliğatin bir yandan güvenli ve doğru şekilde yapılması, diğer yandan da mümkün olan en kısa sürede, en ucuz ve basit bir şekilde gerçekleştirilmesi önem arz etmektedir. Özellikle ülkemizde bilgi teknolojilerinin hızla gelişmesi, tebligat hukukunda da önemli gelişmeleri beraberinde getirmiş, bu çerçevede elektronik tebligat gibi pek çok düzenlemenin yapılması ihtiyacı ortaya çıkmıştır. Uzun süren tebliğ işleminin elektronik yolla birkaç saniye içinde gerçekleştirilmesi, yargılamada büyük yarar sağlayacak, ayrıca birey-

* Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Usûl ve İcra - İflâs Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi.

¹ Bkz. **Moroğlu, Erdoğan/ Muşul, Timuçin**, Tebligat Hukuku, B. 2, İstanbul 1990, s. 20; **Pekcanitez, Hakan/ Atalay, Oğuz/ Özekes, Muhammet**, Hukuk Muhakemeleri Kanununa Göre Medeni Usul Hukuku, 13.Bası, Ankara 2012, s. 227. Hukuki anlamda tebligat konusundaki benzer tanımlar için bkz. **Yılmaz, Ejder**, Hukuk Sözlüğü, Ankara 1996, s. 794; **Alangoya, Yavuz/ Yıldırım, M. Kamil/ Deren Yıldırım, Nevhis**, Medeni Usul Hukuku Esasları, B. 7, İstanbul 2009, s. 177; **Özekes, Muhammet**, Usulsüz Tebligat ve Dürüstlük Kuralı (Karar İncelemesi), MHB, 1998/ 66, s. 56 vd. ; **Kuru, Baki/ Arslan, Ramazan/ Yılmaz, Ejder**, Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı, 6100 sayılı HMK'na Göre Yeniden Yazılmış 23. Baskı, Ankara 2012, s. 743; **Deliduman, Seyithan**, Son Değişikliklere Göre Gözden Geçirilmiş, Güncellenmiş ve Kısmen Genişletilmiş Tebligat Hukuku Bilgisi, 4. Baskı, Ankara 2012, s. 15; **Ruhi, Ahmet Cemal**, Tebligat Hukuku, Gözden Geçirilmiş ve Yenilenmiş 7. Baskı, Ankara, 2011, s. 15 (**Ruhi-** Tebligat Hukuku); **Afşaroğlu, Osman**, Yurtiçi & Yurtdışı Tebligat Hukuku, Ankara 1990, s. 11; **Kaçak, Nazif**, Tebligat Kanunu Şerhi, Gözden Geçirilmiş ve Yenilenmiş 2. Baskı, Ankara 2011, s. 5.

lerin adalete olan güvenlerini de artıracaktır. Yargı Reformu çerçevesinde Adalet Bakanlığı'nca adalet hizmetlerinin elektronik posta ile yapılması, bilgi ve belgelerin kısa sürede temin edilmesi, zaman ve işgücü kaybının önlenmesi amacıyla 2000 yılında Ulusal Yargı Projesi (UYAP)² kurulmuştur. Bunun dışında benzer bir yasal gelişme 23. 7. 2004 tarihinde 5070 sayılı Elektronik İmza Kanununun³ yürürlüğe girmesi ile yaşanmıştır.

Bu konudaki önemli diğer gelişme, Kayıtlı Elektronik Posta Sistemine İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmeliğin⁴ çıkarılmasıdır. Bu yönetmelikle, kayıtlı elektronik posta adresi edinecek gerçek ve tüzel kişilere, Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu'na ve kayıtlı e-posta hizmet sağlayıcılarına görevler yüklenmiştir. Esasen, kayıtlı e-posta sistemiyle e-tebligat arasında, hukuki ve teknik yönlerden bağlantı kurulmuştur⁵.

Bu konudaki diğer gelişme ise 6099 Sayılı “*Tebliğat Kanunu ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun*” ile gerçekleşmiş, bu çerçevede bu Kanun ile 11. 2. 1959 tarihli ve 7201 sayılı Tebligat Kanununda önemli değişiklikler yapılmış, Kanun 19 Ocak 2011 tarih ve 27820 sayılı Resmi Gazete'de yayınlanmıştır. Tebligat Kanununun 1. maddesindeki elektronik ortamda tebligata ilişkin değişikliğin yayım tarihinden itibaren 1 yıl sonra (yani 19 Ocak 2012 tarihinde), Kanuna eklenen 7/a maddesinin sermaye şirketlerine elektronik yolla tebligat yapılması zorunluluğu getiren 2. fıkrasının yayımı tarihinden iki yıl sonra (yani 19 Ocak 2013 tarihinde); 7/a maddesinin diğer fıkralarının yayımdan itibaren bir yıl sonra (yani 19 Ocak 2012 tarihinde); son olarak, elektronik ortamdaki tebligat dışındaki değişikliklerin ise yayımı (yani 19 Ocak 2011) tarihinden itibaren yürürlüğe gireceği, 6099 Sayılı Kanunun 18. maddesinde belirtilmiştir⁶. Çalışmamızda

2 UYAP hakkında geniş bilgi için bkz. www.uyap.gov.tr.

3 RG. 23.01.2004, Sa. 25355.

4 RG. 25.08.2011, Sa. 28036.

5 Bkz. **Tüzüner, Özlem**, Elektronik Tebligatın Kalitatif Yöntemle İncelenmesi, ABD, 2011/4, s. 140.

6 Bkz. 6099 Sayılı Kanun m. 18: “*Bu Kanunun;*
a) 1 inci maddesiyle değiştirilen 7201 sayılı Kanunun 1 inci maddesinde yer alan elektronik ortamda tebligata ilişkin hüküm yayımı tarihinden bir yıl sonra,
b) 2 nci maddesiyle 7201 sayılı Kanuna eklenen 7/a maddesinin sermaye şirketlerine elektronik yolla tebligat yapılması zorunluluğu getiren ikinci fıkrası yayımı tarihinden iki yıl sonra, maddenin diğer fıkraları yayımı tarihinden bir yıl sonra,
c) 8 inci maddesi yayımı tarihinden dokuz ay sonra,
ç) Diğer hükümleri yayımı tarihinde,

bu Kanunla değiştirilen ve yeni eklenen Tebligat Kanunu hükümleri ele alınacaktır. Ayrıca son olarak Tebligat Kanununun Uygulanmasına Dair Yönetmelik⁷ 25 Ocak 2012 tarih ve 28184 sayılı Resmi Gazete’de yayınlanmış ve yayımı tarihinde yürürlüğe girmiştir. Bu nedenle çalışmamızda 6099 Sayılı Kanun ile Tebligat Kanunda yapılan değişiklikler bu Yönetmelik hükümleri çerçevesinde ele alınacaktır.

II- 6099 SAYILI KANUNLA TEBLİGAT KANUNU’NDA YAPILAN DEĞİŞİKLİKLERİN TEBLİGAT KANUNUNUN UYGULANMASINA DAİR YÖNETMELİK ÇERÇEVESİNDE MÜNFERİT OLARAK İNCELENMESİ

A- Tebligatın Yapılması ile İlgili Değişiklikler

1- Genel Olarak

6099 Sayılı Kanununun 1. maddesine göre, Tebligat Kanununun 1. maddesi şu şekilde değiştirilmiştir: “*Kazaî merciler, 10/12/2003 tarihli ve 5018 sayılı Kamu Malî Yönetimi ve Kontrol Kanununa ekli (I) sayılı cetvelde yer alan genel bütçe kapsamındaki kamu idareleri, (II) sayılı cetvelde yer alan özel bütçeli idareler, (III) sayılı cetvelde yer alan düzenleyici ve denetleyici kurumlar, (IV) sayılı cetvelde yer alan sosyal güvenlik kurumları ile il özel idareleri, belediyeler, köy hükmî şahsiyetleri, barolar ve noterler tarafından yapılacak elektronik ortam da dâhil tüm tebligat, bu Kanun hükümlerine göre Posta ve Telgraf Teşkilatı Genel Müdürlüğü veya memur vasıtasıyla yapılır.*”

7201 sayılı (eski) Tebligat Kanunu’nun, “*Tebligatın yapılması*” kenar başlıklı 1. maddesinde ise, tebligatı çıkaracak merciler; kazaî merciler, genel ve katma bütçeli daireler, belediyeler, köy hükmî şahsiyetleri, barolar ve noterler olarak öngörülmüştü. Buna karşılık 6099 Sayılı Kanun ile yapılan Tebligat Kanunundaki değişiklikte tebligatı çıkaracak bu mercilerin genişletilmesi amaçlanmamıştır. Söz konusu değişiklikte varılmak istenen amaç, 5018 sayılı Kamu Malî Yönetimi ve Kontrol Kanununda⁸ kabul edilen yeni terminolojiye uyum sağlamaktır⁹. Gerçekten, 7201 sayılı Tebligat Kanu-

yürürlüğe girer”.

⁷ Bundan sonra kısaca *Yönetmelik* olarak anılacaktır.

⁸ Bkz. RG. 24.12.2003, Sa. 25326.

⁹ 6099 Sayılı Kanun Madde 1’in Gereçesi (Bkz. Tebligat Kanunu ile Adli Sicil Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Tasarısı ve Kahramanmaraş Milletvekili Veysi

nu'nun 1. maddesinde, tebligatı çıkarmaya yetkili merciler tek tek sayılmış¹⁰, tüm kamu kurumları madde kapsamına alınmamıştır. Bu çerçevede, tebligat çıkartmaya yetkili merciler; “yargı mercileri, belediyeler, köy tüzel kişilikleri, barolar ve noterler” olarak açıkça belirtilerek, bunun dışında ise “genel ve katma bütçeli daireler” şeklinde bir sınır çizilmiştir. Ancak zaman içinde “genel ve katma bütçeli¹¹ daireler” ifadesi mevzuattan çıkarılmış olmasına rağmen, 7201 sayılı Tebligat Kanununda bu ifade kalmıştır¹². İşte tüm bu nedenlerle, 6099 sayılı Kanun ile Tebligat Kanunu m. 1 hükmü değiştirilmiş bulunmaktadır¹³.

2- 6099 Sayılı Kanun ile Değişik Yeni Tebligat Kanunu m. 1 Hükümüne Göre Tebligatı Çıkartmaya Yetkili Merciler

Öncelikle şu husus belirtilmelidir ki tebligat, tebligat yapılacak olan ülkenin egemenlik işlemi niteliğinin bir göstergesi olduğundan, tebligat düzenleme yetkisi, ancak kanunda belirtilen mercilere verilmiştir¹⁴. Aşağıda tebligatı çıkarmaya yetkili bu merciler ele alınacaktır.

Kaynak'ın; Tebligat Kanunu ile Karayolları Trafik Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Teklifi ve Adalet Komisyonu Raporu -1/742, 2/546; TBMM, Dönem: 23, Yasama Yılı: 4, S. Sayısı: 474).

- 10 Bununla birlikte, kendi özel düzenlemelerinde Tebligat Kanunu çerçevesinde yetkili kılınan merciler de tebligat çıkarmaya yetkilidir. Bkz. **Hanağası, Emel/ Özkes, Muhammet**, Yargı Örgütü ve Tebligat Hukuku (Ed. Doğan Gökbel), Anadolu Üniversitesi, 1. Baskı, Eskişehir, Temmuz 2012, s. 91.
- 11 *Katma (mülhak) bütçeler*, gelirlerinin büyük bir kısmı genel bütçeden yapılan mali transfer yardımlarından oluşan bütçedir. Bu yardımlar, katma bütçelerin giderleri karşılığıdır (Bkz. **Erginay, Akif**, Kamu Maliyesi, Ankara 1998, s. 185; ayrıca bkz. **Afşaroğlu**, s. 21). Buna karşılık katma bütçe terimi mevzuattan çıkarılmış bulunmaktadır.
- 12 Madde 1'e ilişkin Hükümet Gerekçesi.
- 13 Karş. *Yönetmeliğin* “Kapsam” kenar başlıklı 2. maddesi “(1) Bu Yönetmelik; yargı mercileri, 10/12/2003 tarihli ve 5018 sayılı Kamu Mali Yönetimi ve Kontrol Kanununa ekli (I) sayılı cetvelde yer alan genel bütçe kapsamındaki kamu idareleri, (II) sayılı cetvelde yer alan özel bütçeli idareler, (III) sayılı cetvelde yer alan düzenleyici ve denetleyici kurumlar, (IV) sayılı cetvelde yer alan sosyal güvenlik kurumları ile il özel idareleri, belediyeler, köy hükmî şahsiyetleri, barolar ve noterler tarafından yapılacak tüm tebligat işlemlerine ilişkin usul ve esasları kapsar”.
- 14 **Ruhi**- Tebligat Hukuku, s. 22.

a) Kazaî Merciler

6099 Sayılı Kanun ile Değişik (Yeni) Tebligat Kanunu m. 1 hükmü, tıpkı 7201 sayılı Tebligat Kanunu m. 1 hükmü gibi, “*kazaî mercileri* (yargı organlarını)¹⁵” tebligat çıkartmaya yetkili ilk merci olarak düzenlemiştir.

Kazaî merciler kavramının içine, hem ilk derece yargı organları, hem de üst dereceli yargı organları girmektedir. Bu çerçevede, kazaî mercileri; tüm genel ve özel mahkemeler, tüm yüksek mahkemeler, Yüksek Seçim Kurulu, il ve ilçe seçim kurulları ile HSYK olarak belirtmek mümkündür¹⁶. Ancak bu kazaî mercilerden bir kısmının (AYM, Yargıtay, Danıştay gibi), zaten aşağıdaki başlıkta belirtilecek olan (I) Sayılı Cetvelde yer alan genel bütçe kapsamındaki kamu idareleri olduğu görülmektedir.

Burada şu hususu belirtmek gerekir ki, 5018 sayılı Kamu Malî Yönetimi ve Kontrol Kanununda yapılacak eklemeler veya değişikliklere göre, tebligat yapabilecek merciler de değişebilecektir. Çünkü 5018 sayılı Kanun yürürlüğe girdikten sonra, bu Kanun’da bazı ekler ve değişiklikler yapılmıştır. 6099 sayılı Kanunun yürürlüğe girmesinden sonra da, 5018 sayılı Kanunda ilgili cetvellerde yer alan kurumlarla ilgili olarak bazı değişikliklerin yapılması mümkün olacağından, tebligat yapılabilecek olan ilgili cetvellerdeki kurumlar değişkenlik gösterecektir¹⁷. Bu nedenle tebligat konusunda hangi kurumların yetkili olduğunu belirlemek amacıyla yürürlükte olan 5018 sayılı Kanunun en son hükümlerine bakmak gerekecektir¹⁸. Ayrıca burada dikkati

15 *Yönetmeliğin* 2. maddesinde “yargı mercileri” terimi kullanılmıştır.

16 **Yılmaz, Ejder/ Çağlar, Tacar**, Tebligat Hukuku, Ankara 2007, s. 65- 66; ayrıca bkz. **Afşaroğlu**, s. 20.

17 Bkz. **Akcan, Recep/ Ercan, İbrahim**, Tebligat Kanunu Değişiklikleri, Hukuk Biliminin Güncel Sorunları, III. Uluslararası Kongre Bildiri Kitabı, C. 2 (Özel Hukuk), 4- 6 Mayıs 2012, Samsun/ Türkiye, s. 82.

18 **Akcan/ Ercan**, s. 83, dn.14. Bu konuda şimdiye kadar birçok Kanun ile bu tür değişikliklerin veya eklemelerin yapıldığı görülmektedir. Örneğin;

(1) 1.7.2006 tarihli ve 5538 sayılı Kanunun 19. Maddesiyle 5018 sayılı Kanuna ekli (I) sayılı cetvelde yer alan "45) Orman Genel Müdürlüğü" sırası bu cetvelden çıkarılmış, anılan Kanuna ekli (II) sayılı cetvelin "B) Özel Bütçeli Diğer İdareler" bölümüne Devlet Opera ve Balesi Genel Müdürlüğü sırasından sonra gelmek üzere "11) Orman Genel Müdürlüğü" sırası eklenmiş ve (I) ve (II) sayılı cetvellerdeki idarelerin sıra numaraları teselsül ettirilmiştir.

(2) Aynı şekilde, 16.5.2006 tarihli ve 5502 sayılı Sosyal Güvenlik Kurumu Kanunu 42. maddesiyle, bu cetvelde bulunan “Sosyal Güvenlik Kurumu Başkanlığı” ibaresi çıkarılmıştır.

çeken bir diğer husus, Tebligat Kanunu m. 1’de yer alan tahdidilik ilkesinin yeni değişiklikte de korunması ve 5018 sayılı Kanundaki cetvellerde yer alan kurumlar değişse bile bu ilkenin geçerli olacağıdır¹⁹.

(3)29/5/2009 tarihli ve 5902 sayılı Kanunun 25 inci maddesiyle bu cetvele “38 – Türkiye İstatistik Kurumu” ibaresinden sonra gelmek üzere “39 – Afet ve Acil Durum Yönetimi Başkanlığı” ibaresi eklenmiş ve sıra numaraları yeniden teselsül ettirilmiştir.

(4) 17/2/2010 tarihli ve 5952 sayılı Kanununun 18 inci maddesiyle bu cetvele 33 üncü sırasından sonra gelmek üzere “34) Kamu Düzeni ve Güvenliği Müsteşarlığı” ibaresi eklenmiş ve sıra numaraları yeniden teselsül ettirilmiştir.

(5) 25/6/2010 tarihli ve 6001 sayılı Kanununun 43 üncü maddesiyle, bu cetvelde yer alan “43) Karayolları Genel Müdürlüğü” ibaresi çıkarılmış ve cetveldeki idarelerin sıra numaraları yeniden teselsül ettirilmiştir.

(6) 11/12/2010 tarihli ve 6087 sayılı Kanununun 46 ncı maddesiyle, bu cetvele 6 ncı sırasından sonra gelmek üzere “7) Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu” ibaresi eklenmiş ve diğer sıralar buna göre teselsül ettirilmiştir.

(7) 3/6/2011 tarihli ve 643 sayılı KHK’nin 13 üncü maddesiyle; bu cetvelde yer alan “15) Bayındırlık ve İskân Bakanlığı”, “18) Tarım ve Köyişleri Bakanlığı”, “20) Sanayi ve Ticaret Bakanlığı”, “23) Çevre ve Orman Bakanlığı”, “30) Devlet Planlama Teşkilatı Müsteşarlığı”, “32) Dış Ticaret Müsteşarlığı”, “33) Gümrük Müsteşarlığı”, “36) Avrupa Birliği Genel Sekreterliği”, “39) Özürlüler İdaresi Başkanlığı”, “46) Tarım Reformu Genel Müdürlüğü”, “49) Sosyal Yardımlaşma ve Dayanışma Genel Müdürlüğü”, “50) Sosyal Hizmetler ve Çocuk Esirgeme Kurumu Genel Müdürlüğü, 51) Aile ve Sosyal Araştırmalar Genel Müdürlüğü, 52) Kadının Statüsü Genel Müdürlüğü” sıraları yürürlükten kaldırılmış olup, aynı cetvele 23 üncü sırasından sonra gelmek üzere “24) Aile ve Sosyal Politikalar Bakanlığı, 25) Avrupa Birliği Bakanlığı, 26) Bilim, Sanayi ve Teknoloji Bakanlığı, 27) Çevre, Orman ve Şehircilik Bakanlığı (Not: Bu bakanlık da Orman ve Su İşleri Bakanlığı ile Çevre ve Şehircilik Bakanlığı olmak üzere ikiye ayrılmış olup, şu anda. Bkz. <http://www.asmmmo.org.tr/asmmmo/UserFiles/File/PRATIKB/TVK/5018-EC.pdf>) 28) Ekonomi Bakanlığı, 29) Gençlik ve Spor Bakanlığı, 30) Gıda, Tarım ve Hayvancılık Bakanlığı, 31) Gümrük ve Ticaret Bakanlığı, 32) Kalkınma Bakanlığı” sıraları eklenmiş ve diğer sıralar buna göre teselsül ettirilmiştir, daha sonra bu sıra 29/6/2011 tarihli ve 644 sayılı KHK’nin 37 nci maddesiyle cetvelde yer aldığı şekilde değiştirilmiş ve teselsül ettirilmiştir.

(8) 26/9/2011 tarihli ve 655 sayılı KHK’nin 44 üncü maddesiyle; bu Cetvelin 17 nci sırası “Ulaştırma Bakanlığı” iken metne işlendiği şekilde değiştirilmiş ve aynı Cetvelin “41) Denizcilik Müsteşarlığı” sırası yürürlükten kaldırılmıştır.

(9) 10/10/2011 tarihli ve 657 sayılı KHK’nin 16 ncı maddesiyle bu cetvelde geçen “Devlet Meteoroloji İşleri” ibaresi “Meteoroloji” şeklinde değiştirilmiştir.

(10) 11/10/2011 tarihli ve 663 sayılı KHK’nin 58 inci maddesiyle bu Cetvele “53) Türkiye Halk Sağlığı Kurumu” ve “54) Türkiye Kamu Hastaneleri Kurumu” sıraları eklenmiştir.

11/10/2011 tarihli ve 662 sayılı KHK’nin 58 inci maddesiyle bu Cetveldeki “48) Devlet Su İşleri Genel Müdürlüğü” ve “51) Petrol İşleri Genel Müdürlüğü” sıraları yürürlükten kaldırılmıştır” (Bkz. 5018 sayılı Kanun, <http://mevzuat.basbakanlik.gov.tr>; E.T. 05.12.2012).

¹⁹ Akcan/ Ercan, s. 86.

Aşağıdaki bilgiler 7.12.2012 tarihi itibarıyla www.mevzuat.gov.tr adresinden alınmıştır.

b) 10/12/2003 tarihli ve 5018 sayılı Kamu Mali Yönetimi Ve Kontrol Kanununa Ekli (I) Sayılı Cetvelde Yer Alan Genel Bütçe Kapsamındaki Kamu İdareleri

(I) Sayılı Cetvelde yer alan Genel Bütçe²⁰ Kapsamındaki Kamu İdareleri; TBMM, Cumhurbaşkanlığı, Başbakanlık, AYM, Yargıtay, Danıştay, HSYK, Sayıştay, tüm Bakanlıklar²¹, MGK Genel Sekreterliği, MİT Müsteşarlığı, Jandarma Genel Komutanlığı, Sahil Güvenlik Komutanlığı, Emniyet Genel Müdürlüğü, Diyanet İşleri Başkanlığı, Devlet Planlama Teşkilatı Müsteşarlığı, Hazine Müsteşarlığı, Kamu Düzeni ve Güvenliği Müsteşarlığı, Başbakanlık Yüksek Denetleme Kurulu, Devlet Personel Başkanlığı, Türkiye İstatistik Kurumu, Afet ve Acil Durum Yönetimi Başkanlığı, Gelir İdaresi Başkanlığı, Tapu ve Kadastro Genel Müdürlüğü, Meteoroloji Genel Müdürlüğü, Basın-Yayın ve Enformasyon Genel Müdürlüğü, Türkiye Halk Sağlığı Kurumu ve Türkiye Kamu Hastaneleri Kurumu şeklinde belirtilmiştir. Dolayısıyla belirtilen bu kamu idareleri, tebliğat çıkartmaya yetkilidir.

c) 10/12/2003 tarihli ve 5018 sayılı Kamu Mali Yönetimi ve Kontrol Kanununa Ekli (II) Sayılı Cetvelde Yer Alan Özel Bütçeli İdareler

(I) Sayılı Cetvelde yer alan Özel Bütçeli²² İdareler şunlardır:

²⁰ Genel bütçe, merkezi idare için yapılan bütçe olarak tanımlanabilir. Esasen bütçe denildiğinde ilk akla gelen genel bütçedir. Genel bütçe, devleti oluşturan kurumlarla devletin yüklediği kamu hizmetlerini yapan, yürüten kuruluşların (52 adet) bütçelerinden oluşur. Bu kuruluşlar, tam kamusal ve hizmet ürettiklerinden, gelirleri genel vergi havuzundan sağlanır. Genel bütçeli daireler, tek bir tüzel kişilik olarak, aynı nakit idaresi kapsamında, kendilerine özgü mal varlığı ve geliri olmayan, hazine birliği kapsamında yer alan dairelerdir. Genel bütçe içindeki bu kuruluşların, kamu hizmeti görme amacı taşıyan harcamaları yanında, bu harcamaların karşılanması için gerekli gelirleri de yer alır (Bkz. **Edizdoğan, Nihat/ Çetinkaya, Özhan/ Gümüş, Erhan**, Kamu Maliyesi, 11. Baskı, Bursa 2010, s. 357). Bu anlamda, TBMM ve ona bağlı kurumlar başta olmak üzere, yürütme organını oluşturan Bakanlıklar ve onlara bağlı kamu kurumları bu niteliktedir (**Afşaroğlu**, s. 21).

²¹ (I) sayılı Cetvelde tüm bakanlıklar tek tek sayılmıştır.

²² Özel bütçe, bir bakanlığa bağlı ya da ilgili olarak belirli bir kamu hizmetini yürütmek amacıyla kurulan, gelir tahsis edilen, bu gelirlere harcama yetkisi verilen, kuruluş ve çalışma esasları özel kanunla düzenlenen ve 5018 sayılı Kamu Mali Yönetimi ve Kontrol Kanunu'na ekli II sayılı cetvelde yer alan kamu idarelerinin bütçesi, olarak tanımlanabilir. Bazıları için kapsamı daraltılan, bazıları için de genişletilen bu kuruluşlar, özde eski düzenlemede katma bütçeli kuruluşlar olarak yer almaktaydı. Bir kuruluşun özel bütçeli olabilmesi için o kuruluşa bazı özel gelirlerin tahsis edilmesi ve kanunla özel bütçe ile yürütme yetkisinin verilmesi gerekir. Özel bütçeli kuruluşların kendi özel gelirleri olma-

i- Yükseköğretim Kurulu, Ölçme, Seçme ve Yerleştirme Merkezi (ÖSYM) Başkanlığı ile üniversiteler²³.

ii- Özel Bütçeli Diğer İdareler: Savunma Sanayi Müsteşarlığı, Atatürk Kültür, Dil ve Tarih Yüksek Kurumu, Atatürk Araştırma Merkezi, Atatürk Kültür Merkezi, Türk Dil Kurumu, Türk Tarih Kurumu, Türkiye ve Orta-Doğu Amme İdaresi Enstitüsü, Türkiye Bilimsel ve Teknolojik Araştırma Kurumu, Türkiye Bilimler Akademisi, Türkiye Adalet Akademisi, Yükseköğrenim Kredi ve Yurtlar Kurumu, Karayolları Genel Müdürlüğü, Spor Genel Müdürlüğü, Devlet Tiyatroları Genel Müdürlüğü, Devlet Opera ve Balesi Genel Müdürlüğü, Orman Genel Müdürlüğü, Vakıflar Genel Müdürlüğü, Türkiye Hudut ve Sahiller Sağlık Genel Müdürlüğü, Maden Tetkik ve Arama Genel Müdürlüğü, Sivil Havacılık Genel Müdürlüğü, Türk Akreditasyon Kurumu, Türk Standartları Enstitüsü, Türk Patent Enstitüsü, Ulusal Bor Araştırma Enstitüsü, Türkiye Atom Enerjisi Kurumu, Küçük ve Orta Ölçekli Sanayi Geliştirme ve Destekleme İdaresi Başkanlığı, Türk İşbirliği ve Koordinasyon Ajansı Başkanlığı, GAP Bölge Kalkınma İdaresi, Özelleştirme İdaresi Başkanlığı, Kamu Denetçiliği Kurumu, Ceza ve İnfaz Kurumları ile Tutukevleri İş Yurtları Kurumu, Meslekî Yeterlilik Kurumu, Yurtdışı Türkler ve Akraba Topluluklar Başkanlığı, Türkiye Yazma Eserler Başkanlığı, Konya Ovası Projesi Bölge Kalkınma İdaresi Başkanlığı, Doğu Karadeniz Projesi Kalkınma İdaresi Başkanlığı, Devlet Su İşleri Genel Müdürlüğü, Türkiye Su Enstitüsü, Türkiye İlaç ve Tıbbi Cihaz Kurumu, Türkiye İnsan Hakları Kurumu şeklinde belirtilmiştir.

d) 10/12/2003 tarihli ve 5018 sayılı Kamu Malî Yönetimi ve Kontrol Kanununa Eklî (III) Sayılı Cetvelde Yer Alan Düzenleyici ve Denetleyici Kurumlar

*(III) sayılı cetvelde yer alan düzenleyici ve denetleyici kurumlar*²⁴; Radyo ve Televizyon Üst Kurulu, Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu, Ser-

sı, giderlerini bu gelirlerle karşılamaları ve tüzel kişiliğe sahip bulunmaları, bu kuruluşların idare ve mali bağımsızlığa (özerkliğe) kavuşturulmuştur. Şu anda ülkemizde özel bütçelerin çoğu döner sermayeye sahiptir. Ancak Hudut ve Sahiller Sağlık Genel Müdürlüğü tüzel kişiliği olmadığı gibi, hazine yardımı almayan ve döner sermaye işletmesi bulunmayan özel bütçeli bir dairedir (Bkz. **Edizdoğan/ Çetinkaya/ Gümüş**, s. 357- 358).

²³ (II) sayılı Cetvelde sözü edilen üniversiteler tek tek sayılmıştır.

²⁴ *Düzenleyici ve denetleyici kurumlar*, bütçelerini üç yıllık bütçeleme anlayışı, stratejik planları ve performans hedefleri ile kurumsal, işlevsel ve ekonomik sınıflandırma sistemine göre hazırlarlar (Bkz. **Edizdoğan/ Çetinkaya/ Gümüş**, s. 357- 358). Bu kurumların 2010 yılı itibarıyla sayısının sekiz olduğuna ilişkin olarak bkz. **Edizdoğan/ Çetinkaya/ Gümüş**, s. 360.

maye Piyasası Kurulu, Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurumu, Enerji Piyasası Düzenleme Kurumu, Kamu İhale Kurumu, Rekabet Kurumu, Tütün ve Alkol Piyasası Düzenleme Kurumu ile Kamu Gözetimi, Muhasebe ve Denetim Standartları Kurumu'dur.

e) 10/12/2003 tarihli ve 5018 sayılı Kamu Mali Yönetimi ve Kontrol Kanununa Ekli (IV) Sayılı Cetvelde Yer Alan Sosyal Güvenlik Kurumları

(IV) sayılı cetvelde yer alan sosyal güvenlik kurumları ise, Sosyal Güvenlik Kurumu ile Türkiye İş Kurumu Genel Müdürlüğü'dür.

f) Diğer Kişi ve Kuruluşlar

Kazai merciler ve Kamu Malî Yönetimi ve Kontrol Kanununa Ekli I-II-III ve IV Sayılı Cetvel'de yer alan idare ve kurumlar dışında, il özel idareleri, belediyeler, köy tüzel kişilikleri, barolar ve noterler²⁵ de 6099 Sayılı Kanun ile Değişik Tebligat Kanunu m. 1'e göre tebligat çıkartmaya yetkili olup, yeni Kanun kapsamına girecektir.

Yeni düzenlemenin eski düzenlemeden (7201 sayılı Teb. K. m. 1) farkı, belediyeler, köy tüzel kişilikleri, barolar ve noterlere ilave olarak *il özel idarelerinin*²⁶ de yeni Kanun'da ayrıca belirtilmiş olmasıdır.

3- Tebligatın Yapılacağı Usul

6099 Sayılı Kanun ile Değişik yeni Tebligat Kanunu m. 1 hükmü gereğince, yukarıda belirttiğimiz tebligat çıkartmaya yetkili merciler tarafından yapılacak elektronik ortam da dâhil tüm tebligat, bu Kanun hükümlerine göre Posta ve Telgraf Teşkilatı Genel Müdürlüğü veya memur vasıtasıyla yapılacaktır. Böylece 7201 sayılı Tebligat Kanunu'nun 1. maddesinden farklı olarak, elektronik tebligat da madde hükmüne dâhil edilmiştir²⁷.

Bu yeni hükme kadar da tebligatın, posta idaresi veya memur vasıtasıyla yapıldığı bilinmektedir. Ancak, Tebligat Kanununa eklenen "Elektronik teb-

²⁵ Türkiye Barolar Birliği ile Türkiye Noterler Birliği de buna dâhildir (Yılmaz/ Çağlar, s. 67).

²⁶ İl özel idareleri, il halkının mahalli müşterek nitelikteki ihtiyaçlarını karşılamak üzere kurulan ve kara organı seçmenler tarafından seçilerek oluşturulan, idari ve mali özerkliğe sahip kamu tüzel kişisidir. İl özel idaresinin organları; il genel meclisi, il encümeni ve validir (Edizdoğan/ Çetinkaya/ Gümüş, s. 367).

²⁷ Karş. Yönetmelik, m. 12: "(1) Tebligatlar, elektronik yolla yapılabilir, zorunlu bir sebeple yapılamaması hâlinde bu Yönetmelikte belirtilen usullerle tebligat yapılır. Elektronik yolla tebligata ilişkin usul ve esaslar buna ilişkin yönetmelikle düzenlenir".

ligat" başlıklı 7/a maddesiyle, elektronik yolla tebligat yapılması yöntemi de kabul edildiğinden, bu değişikliğe uyum sağlamak ve bu yeni tebligat usulüne temel oluşturmak üzere, hükümler arasında bir boşluğa sebebiyet vermek için, elektronik ortamda yapılacak tebligat da ayrıca belirtilmiştir²⁸. Elektronik tebligata ilişkin bu düzenlemelere aşağıdaki başlık altında yer verilecektir.

B- Elektronik Tebligat İle İlgili Düzenlemeler

1- Genel Olarak

Enformasyon teknolojileri çağını yaşadığımız günümüzde internet çok hızla yaygınlaşan bir iletişim sistemi olmuş, tüm dünyada iletişim alanında küreselleşmeyi hızlandırmıştır. Bilgisayar teknolojisindeki gelişme, bilgi teknolojilerinin önemini artırmış²⁹, bu çerçevede meydana gelen gelişmeler, davaların makul sürede sonuçlanabilmesi için internet üzerinden elektronik posta vasıtasıyla tebligat yapılmasını önemli kılmıştır³⁰.

Bilişim alanında yaşanan bu gelişmelere adalet camiası da ilgisiz kalamamış ve birçok konuda bilişim teknolojilerinin sunduğu imkânları ve kolaylıkları günlük iş hayatına taşımıştır. Nitekim bu kullanımlar zamanla artmış ve Ulusal Yargı Ağı Projesi (UYAP) vasıtasıyla bilişim teknolojilerinin yaygın olarak tüm Türkiye yargı birimlerinde kullanılması sağlanmıştır. Zira elektronik iletişim, klasik yöntemlere göre çok daha süratli ve çok daha az maliyetli bir iletişim yoludur. Bu yeni iletişim fırsatı, İtalya, İspanya ve Avusturya gibi bazı gelişmiş ülkelerde erken fark edilmiş ve yargı alanındaki tebligatın elektronik yolla yapılması için bazı yeni düzenlemelere ve uygulamalara gidilmiştir. Bu gelişmelere paralel olarak e-adalet konusunda örnek gösterilen ülkemizde de elektronik tebligat kurumunun uygulamasına bu madde vasıtasıyla başlanacaktır³¹.

6099 Sayılı Kanunla Tebligat Kanununda yapılan önemli düzenlemelerden birisi, elektronik tebligata ilişkin düzenlemedir.

28 Madde 1'e ilişkin Hükümet Gerekçesi.

29 Bilgi teknolojilerinin hukuk alanında kullanılması hakkında bkz. **Yeniay, Mehmet Ali**, Bilgi Teknolojilerinin Hukuk Alanında Kullanılması, Bilişim Toplumuna Giderken, Psikoloji, Sosyoloji ve Hukukta Etkiler Sempozyumu, Ankara 2001, s. 99.

30 Bkz. **Ruhi**, s. 309.

31 Bkz. Madde 2'ye ilişkin Hükümet Gerekçesi. Uluslararası alanda elektronik tebligat konusundaki gelişmeler için bkz. **Tanrıkulu, Cengiz**, Türk ve Avusturya Hukukunda Elektronik Tebligat, TBB Dergisi, Sa. 85, 2009, s. 316 vd.

Elektronik tebligat, mevcut vasıtaların hukuk düzeninde kalmaya devam etmesi kaydıyla, tebligat vasıtalarına internetin eklenmesi olarak tanımlanabilir³². Elektronik Tebligat Yönetmeliği Taslağında da, e-tebligat, “bu Yönetmelik kapsamına uygun olarak elektronik ortamda gönderilen tebligat” şeklinde tanımlanmıştır. E-tebligat, bilgisayar yazılımı (soft ware) ortamında yazılı evrakın, yani telekopinin (e-copy), internet üzerinden, e-posta (e-mail) yoluyla iletilmesidir. Yönetmelik Taslağında, e-tebligat mesajı, “tebliğ edilecek içerik veya diğer ekli dokümanlardan oluşan tebligat mesajının tümünün gönderici tarafından güvenli elektronik imza ile imzalanmış halini” ifade etmektedir (Elektronik Tebligat Yönetmeliği Taslağı, m. 3/1-f). E- tebligat zarfı ise, “e-tebligat mesajını içeren, gönderici ve İdare tarafından güvenli elektronik imza ile imzalanmış ve zaman damgası eklenmiş paket” şeklinde tanımlanmaktadır (Elektronik Tebligat Yönetmeliği Taslağı, m. 3/1-g). Böylece, mevcut tebligat yollarına, elektronik yol eklenmiştir. Şu halde, e-tebligat, tebligat vasıta ve yollarına bir yenisinin eklenmesinden ibarettir. Tebligat vasıtası olarak internetin kullanılması sayesinde, yazılı evrakın sanal suretinin, muhatabın kayıtlı e-posta adresine gönderilmesidir³³. Elektronik yolla yapılan tebligatın, yargılama işlerinde hız ve masraflarda azalma getireceği gibi yönleriyle yararlı bir yöntem olarak kabul edildiği söylenebilir³⁴.

Bununla birlikte, elektronik yolla yapılan tebligatta en önemli sorunun, muhatabın tebligatı aldığı anın belirlenmesi olduğu kuşkusuzdur³⁵. Şöyle ki; klasik tebligatta, tebligatın muhataba ulaşması, posta memuru aracılığı ile temin edilmektedir. Posta memuru, yaptığı tebliğ karşılığında muhatabın teslim aldığına ilişkin imzasını almakta, tebellüğden imtina edilmesi halinde kanundaki usule göre ihbarname yaparak tebliğ aşamasını sonuçlandırmaktadır (Teb. K m. 21). Bu nedenle elektronik tebligatta muhatabın bilgiye doğru ulaşmasını sağlamak, bu bilgiyi aldığı zamanı ve öğrendiği zamanı tespit etmek oldukça güçtür. Örneğin elektronik tebligat uygulamasına ge-

32 **Tüzüner**, s. 144. Bir başka görüşe göre ise elektronik yolla tebligattan, elektronik posta yoluyla tebligat başta olmak üzere, faks veya diğer elektronik iletişim araçları kullanılarak yapılacak tebligatlar anlaşılmaktadır (**Akkan, Mine**, Elektronik Ortamda Tebligat Yapılmasına İlişkin Gelişmeler, Haluk Konuralp Anısına Armağan, C. 1, Ankara 2009, s. 34).

33 Bkz. **Tüzüner**, s. 144- 145.

34 Bkz. **Pekcanitez, Hakan**, Yargının Hızlandırılmasına İlişkin Avrupa Usul Hukukundaki Gelişmeler, İzmir BD. 2000/ 4, s. 55- 56; **Akkan**, s. 34.

35 **Oğlakçioğlu, Onur**, Medeni Usul Hukukunda Yönünden Elektronik Adli İletişim, “UYAP Kapsamında Davaların Yürütülmesi”, İzmir 2008, s. 143; **Akkan**, s. 34.

çilmesi ve muhatabın adres olarak elektronik posta adresini göstermesi halinde yapılacak bildirim kendisine ulaşıp ulaşmadığı önemli bir sorundur. Ayrıca bu bilginin ulaştığı bir an için kabul edilse bile, muhatap tarafından incelenip incelenmediğinin anlaşılması günümüz teknik imkânlarında güç görünmektedir. Bu nedenle tıpkı klasik tebligat sisteminde olduğu gibi, elektronik tebligatın karşı tarafa ulaştığının ve öğrenildiğinin temin edilmesi gerektiği haklı olarak ifade edilmektedir³⁶. Aşağıda belirtileceği üzere, hukukumuzda yeni düzenlemede (Teb. K. m. 7/ a, f. 4) bu sakıncayı nispeten asgariye indirmek amacıyla elektronik yolla tebligatın, muhatabın elektronik adresine ulaştığı tarihte değil, ulaştığı tarihi izleyen *beşinci günün sonunda* yapılmış sayılacağı hükme bağlanmıştır.

Elektronik tebligatla ilgili olarak özellikle meclis görüşmelerinde yapılan *eleştirilerden*³⁷ birisi, Kişisel Verilerin Korunması Kanun Tasarısı'nın ka-

36 **Kaplan, Yavuz**, Avrupa Tebligat Hukukundaki Gelişmeler, Düzenleme Çalışmaları Açısından Almanya Örneği ve Türk Hukuku, AÜHFD, 2003/ 3, s. 214; **Oğlakçioğlu**, s. 144. Bu nedenle Alman hukukunda ZPO § 174'de "teslim alındı belgesi karşılığı tebligat" düzenlenmiştir. Böylece meslekleri gereği sıkça tebligatın süjesi olan kişi ve kurumların elektronik tebligatı teslim aldıklarına dair belgeyi tebliğ edene göndermeleri durumunda, tebligat aşamasının tamamlanması imkânı getirilmiştir. Bkz. **Oğlakçioğlu**, s. 144; **Kaplan**, s. 214; **Akkan**, s. 46 vd.

37 TBMM görüşmelerinde *Zonguldak Milletvekili Ali İhsan Köktürk*'ün elektronik tebligatla ilgili şu ifadeleri dikkati çekmektedir: "... Öncelikle, elektronik yolla yapılan tebligat kulağa ve göze hoş gelen, çağa uygun bir düzenleme olarak görülmekle birlikte çok ciddi sorunları da beraberinde getirmektedir. Tasarıyla 7201 sayılı Kanun'a eklenmesi öngörülen "*Elektronik tebligat*" başlıklı 7/a maddesi, günümüzde bilişim teknolojilerinin ulaştığı en son nokta dikkate alındığında, hukuken ve teknik olarak hiçbir şekilde kabul edilmeyen, ağda bulunan herkes tarafından müdahale edilebilecek ve görülebilecek bir haberleşme yöntemi olan normal elektronik posta yoluyla iletişime, Türk hukuk sistemi bakımından hukuki sonuç bağlamaktadır... (N)ormal elektronik posta yoluyla iletişim, elektronik postayı gönderenin ve alanın kimliklerinin, elektronik postanın gönderilme ve alınma zamanlarının, yine, kesin, tartışmasız bir şekilde tespit edilebildiği bir iletişim yöntemi değildir. Normal elektronik postanın bu zafiyetlerini gidermek ve elektronik ortamda hukuken ve teknik olarak güvenilir bir iletişim şeklini ortaya koymak üzere "kayıtlı elektronik posta" adı verilen uygulama uzun zamandan beri, dünyada, farklı ülkeler tarafından kullanılmaktadır. Bu sistemle ilgili, Avrupa Telekomünikasyon Standartları Enstitüsü de 2008 yılının Kasım ayında standartları yayınlamıştır.

Değerli milletvekilleri, tasarıda, elektronik tebligat bakımından dayanılması ve hukuki sonuç bağlanması gereken yöntemin elektronik kayıtlı posta sistemi olması kaçınılmazdır. Aksinin kabulü yani teknik olarak güvenilmeyen bir sisteme, bir hukuk devletinde, yasayla hukuki sonuç bağlanması gerçekten mümkün değildir.

Bu madde kapsamında, sonuç olarak, Tebligat Kanunu Tasarısı'ndaki 7/a maddesinin hükmüyle elektronik ortamda tebligatın yapılması, hem teknik hem hukuki hem de iş modeli olarak uluslararası standartlara ve Türk hukukundaki kabullere aykırı olarak düzenlenmektedir. Bu durum, hem kayıtlı elektronik posta sisteminin hem de tebligat hu-

kununun yerleşmiş kurallarının elektronik tebligat uygulamasıyla dışlanması anlamına gelmektedir.

Değerli milletvekilleri, ayrıca, yıllardır üzerinde çalışılan ancak bir türlü Türkiye Büyük Millet Meclisi Genel Kurul gündemine taşınamayan **Kişisel Verilerin Korunması Tasarısı'nın yasallaşmadığı koşullarda elektronik tebligat uygulamasının ciddi mahremiyet sorunlarını da beraberinde getirmesi kaçınılmazdır.**

Yine 1'inci maddede "... elektronik ortam da dâhil tüm tebligat, bu Kanun hükümlerine göre PTT Genel Müdürlüğü veya memur vasıtasıyla yapılır." ifadesiyle elektronik tebligat PTT tekeline bırakılmaktadır. ... **PTT Genel Müdürlüğünün bu Ulaştırma Bakanlığına ve siyasal iktidara bağlı olması karşısında, güvenilirliği ve bağımsızlığı sağlanmış bir kuruluş tarafından denetlenememesi nedeniyle, elektronik olarak yapılan tebligatın gizliliğinin ihlal edilebileceği ve böyle bir sürecin manipüle edilebileceği kuvvetle muhtemeldir.** Bu durum, karşımıza ciddi bir sorun olarak çıkmaktadır. Keza, özelleştirme ve yabancılaştırmanın doludizgin devam ettiği böyle bir süreçte, PTT'nin özelleştirilmesinin de gündeme gelmesi hâlinde mahremiyetin korunmasında çok daha büyük sorunların karşımıza çıkması söz konusu olabilecektir. Bu bağlamda, elektronik imza uygulamasında olduğu gibi güvenilirliği ve bağımsızlığı sağlanmış bir kurum tarafından organize edilmediği sürece son derece olumsuz tabloların önümüze gelmesi yine kuvvetle muhtemeldir.... **(E)lektronik yolla yapılan tebligatta tebligatın ulaşma anının ve tarihinin belirlenmesinde de problem yaşanabileceği kaygısı, başta Türkiye Barolar Birliği temsilcisi ve Ankara Barosu olmak üzere pek çok kurum temsilcisi tarafından dile getirilmiştir.** Diğer taraftan, tasarının ilgili maddesine bakıldığında "Elektronik yolla tebligat, muhatabın elektronik posta adresine ulaştığı tarihi izleyen beşinci günün sonunda yapılmış sayılır." ifadesinden anlaşılan, bu düzenlemeyle muhatabın öğrenme zamanının değil, posta adresine ulaşma zamanının esas alınmasıdır. Bu durum, Adalet Komisyonunda tartışılmıştır. Hatta Adalet Komisyonu Başkanımız Sayın Ahmet İyimaya, Komisyon tutanaklarına yansıyan konuşmasında -aynen okuyorum bu ifadeyi- "Elektronik postayı açmadıysa sayılmıyor. Erişim yetmiyor. Ben okudum. Zaten onu da içtihatla hallederiz, tebligat geçersiz olur." diyor. ... Yani, bu da tasarının aslında olgunlaşmadan, bir hukuki mantık birlikteliği sağlanmadan Türkiye Büyük Millet Meclisine getirildiğine çok açık bir kanıt oluşturuyor.

Değerli arkadaşlar, bu tartışmalara kısaca değinmemin nedeni, elektronik postada sürenin başlaması için kanunun yazılı metninin aksine, sürenin başlamasında öğrenme anının mı, yoksa ulaşma anının mı esas alınacağı konusunda ciddi bir kafa karışıklığı bulunduğunu ortaya koymak içindir. Bu da maalesef, az önce de ifade ettiğim gibi, tekrarlıyorum, **tasarının olgunlaşmadan Türkiye Büyük Millet Meclisi gündemine indirildiğini göstermektedir.**, Tebligat Kanunu'nun 5490 sayılı Nüfus Hizmetleri Kanunu'nda kabul edilen adres kayıt sistemine intibakının sağlanması da kanunun amaçları arasında görülüyor. Nitekim, bilinen en son adresin tebligata elverişli olmadığına anlaşılmaması veya tebligat yapılamaması hâlinde, muhatabın adres kayıt sisteminde bulunan yerleşim yeri adresinin bilinen en son adres olarak kabul edileceği ve buraya tebligat yapılacağı tasarıda öngörülüyor.

Ancak, değerli milletvekilleri, bu tasarı Adalet Komisyonunda görüşülürken, bu tasarının hazırlanmasına katkı sağlayan ve tasarımı savunan üniversite hocasından tutun Barolar Birliği temsilcisine ve pek çok milletvekilimize kadar çoğunluğun üzerinde hemfikir olduğu konu, ülkemizdeki **adres kayıt sisteminin sağlıklı olmadığıdır, sağlıklı tutulmadığıdır.** Bu durum Komisyondaki temsilcilerce kendi başlarından geçen örneklerle anlatılmış ve geride bıraktığımız seçim sürecinde de hepimizce tanık olunmuştur. Dolayısıyla

nunlaşmadığı şartlarda³⁸ elektronik tebligat uygulamasının ciddi mahremiyet sorunlarını da beraberinde getireceğidir ki, kanımızca bu yerinde bir eleştiridir.

İkinci eleştiri, 6099 sayılı Kanunla değişik Tebligat Kanununun 1'inci maddesinde belirtilen tebligat mercilerince çıkarılacak elektronik ortam da dâhil tüm tebligatın, bu Kanun hükümlerine göre PTT Genel Müdürlüğü veya memur vasıtasıyla yapılacağına ilişkin ifadesinde, elektronik tebligatın tamamen PTT'nin tekeline bırakıldığı hususudur. Zira PTT Genel Müdürlüğünün Ulaştırma, Denizcilik ve Haberleşme Bakanlığı ve siyasi iktidara bağlı olması karşısında, güvenilirliği ve bağımsızlığı sağlanmış bir kuruluş tarafından denetlenememesi nedeniyle, elektronik olarak yapılan tebligatın gizliliğinin ihlal edilebilme ihtimalinin söz konusu olabileceği belirtilmektedir.

Son olarak, yukarıda belirtildiği gibi elektronik yolla yapılan tebligatta tebligatın ulaşma anının ve tarihinin belirlenmesinde sorun yaşanabileceği belirtilmektedir.

Kanaatimizce bazı sakıncaları bulunsa bile, gerek bilgi teknolojilerinin gelişmesinin tebligat hukukuna yansması, gerekse davaların makul sürede sonuçlanabilmesi için elektronik posta vasıtasıyla tebligat yapılması artık kaçınılmaz hale gelmiştir. Ancak uygulamada yaşanabilecek sorunların giderilmesi bakımından gerekli alt yapı çalışmalarının elbette yapılması gerekmektedir.

Bir başka deyişle, hukukumuzda elektronik tebligatın kabul edilmesi isabetli olmakla birlikte, bu usulün uygulanmasına başlamadan önce gerekli alt

la, **adil yargılanmanın önemli bir parçası olan tebligat hukukunun, güvenilirliği herkesçe şüpheli, tartışmalı bir adres kayıt sistemine dayandırılması bu şartlarda son derece sakıncalıdır.** Değerli milletvekilleri, yargılamanın hızlandırılması yolundaki engellerin kaldırılması ve bu yönde Tebligat Kanunu'nda düzenlemeler gerçekleştirilmesi tabii ki önemlidir. Ancak asıl önemli olan hızlandırılmış yargılanma değil makul sürede adil yargılanmadır. Yani yargılama hukukunun temel prensipleri atlanmadan, makul sürede güvenilir ve adil yargılanmayı gerçekleştirmek hepimizin temel görevidir. ... (Bkz. TBMM, 23. Dönem, 5. Yasama Yılı 49. Bileşim). Buna karşılık *Adıyaman Milletvekili Ahmet Aydın*, TBMM görüşmelerinde; sorunların, sıkıntuların birçoğunun e-tebligatın altyapısının PTT tarafından düzenlendiğinde zaten dikkate alınacağını ve gerekli tedbirlerin de alınacağını; ayrıca adres kayıt sistemindeki adresin, kişilerin gerçek adresi, yani aynı zamanda resmî tebligat adresi olarak addedileceğini, adli ilanların gazetelerin dışında elektronik ortamda da yapılabileceğini belirtmektedir (TBMM, 23. Dönem, 5. Yasama Yılı 49. Bileşim).

³⁸ Kişisel Verilerin Korunması Kanun Tasarısı için bkz. <http://www2.tbmm.gov.tr/d23/1/1-0576.pdf> (E.T. 1.12.2012).

yapı çalışmalarının tamamlanması³⁹, kişisel verilerin korunmasına ilişkin bir hükme yer verilmesi⁴⁰, hiç olmazsa elektronik tebligatın tıpkı Alman Tebligat Reformu Kanununda olduğu gibi⁴¹, “alındı belgesinin teyit edilmesi halinde” geçerli olacağına yeni düzenlemeye ilave edilmesi⁴² isabetli olacaktır. Ayrıca elektronik tebligatın, mahkemelerde yeterli bir elektronik veri tabanının oluşturulması, elektronik tebligat adreslerinin düzenlenmesi ve yeterli donanımın sağlanması halinde yapılabilecek bir tebligat türü⁴³ olduğunu da unutmamak gerekir.

2- Elektronik Tebligata İlişkin Yeni Düzenleme

6099 Sayılı Kanun ile Değişik “Elektronik tebligat” kenar başlıklı yeni Tebligat Kanunu m. 7/ a hükmüne⁴⁴ göre;

“Tebligata elverişli bir elektronik adres vererek bu adrese tebligat yapılmasını isteyen kişiye, elektronik yolla tebligat yapılabilir (f.1).

Anonim, limited ve sermayesi paylara bölünmüş komandit şirketlere elektronik yolla tebligat yapılması zorunludur(f. 2).

Birinci ve ikinci fıkra hükümlerine göre elektronik yolla tebligatın zorunlu bir sebeple yapılamaması hâlinde bu Kanunda belirtilen diğer usullerle tebligat yapılır (f. 3).

39 **Stadler, Astrid**, Yeni Avrupa Tebligat Hukuku (Çev. Ruhi, A.Cemal), AÜEHFD, C. VI, Sa. 1- 4, 2002, s. 375- 376; **Akil, Cenk**, 11. 1. 2011 Gün ve 6099 Sayılı Kanun ile 7201 Sayılı Tebligat Kanununda Yapılan Değişiklikler, TBB Dergisi, 2012/ 101, s. 253. Alman Hukuku bakımından benzer eleştiriler için bkz. **Kaplan**, s. 214 vd.; Avusturya Hukuku bakımından bkz. **Tanrıkulu**, s.325.

40 Ayrıca bkz. **Tanrıkulu**, s. 330.

41 Karş. **Koca, Geylani**, Tebligatın Esası, Gecikmesi ve Elektronik Tebligatın Yaygınlaştırılmasının Önemi, İBD, C. 82, Sa. 6, 2008, s. 2991; **Kaplan**, s. 214.

42 Bkz. **Koca**, s. 2992; aynı yönde bkz. **Akil**, s. 254. Alındı belgesine ilişkin Alman Hukukundaki düzenlemeler için bkz. **Akkan**, s. 46 vd.

43 **Kaplan**, s. 215.

44 Bu düzenleme dışında Vergi Usul Kanunu m. 28/ 2 ve 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsili Usulü Hakkında Kanun (AATUHK) m. 79'daki düzenlemelerde de elektronik tebligat kavramlarına yer verildiği görülmektedir. Davetiyelerin elektronik ortamda yapılması ile ilgili olarak ise tanığa davetiyenin gerektiğinde telefon, faks, elektronik posta gibi araçlardan yararlanmak suretiyle de yapılabileceğini belirten HMK m. 243/ 3 hükmü bu konuda güzel bir örnek teşkil eder. Ayrıca bkz. **Oğlakçıoğlu**, s. 143. 6183 sayılı AATUHK m. 79'da yer alan kamu alacaklısının üçüncü kişiye doğrudan elektronik yolla haciz ihbarnamesi göndermesi öngörülmüştür. Konuya ilişkin olarak ayrıca bkz. **Akkan**, s. 41.

Elektronik yolla tebligat, muhatabın elektronik adresine ulaştığı tarihi izleyen beşinci günün sonunda yapılmış sayılır (f. 4).

Bu maddenin uygulanmasına ilişkin usûl ve esaslar yönetmelikle⁴⁵ belirlenir (f. 5)”

Elektronik tebligatla ilgili değişiklik, Tebligat Kanunu m. 7’deki “... postada kullanılan diğer seri veya hususi vasıtalarla ...” ibaresinin somut bir örneğini teşkil eder. Bu nedenle her ne kadar elektronik tebligata ilişkin bu düzenleme yeni bir hüküm olarak görülse de, esasen Tebligat Kanunu m. 7 içine dâhildir. Bu nedenle Teb. K. m. 7 hükmü yeniden ele alınarak, “çağımızda mevcut olan ve bundan sonra mevcut olacak teknik vasıtalarla tebligat mümkündür” şeklinde bir hüküm getirilmek suretiyle, elektronik tebligat dışındaki faks, SMS, telefon gibi teknik araçlarla ve bundan sonra ortaya çıkabilecek teknik araçlarla tebligat yapılıp yapılmayacağına ilişkin tartışmalar da önlenebilecektir⁴⁶.

Bu düzenlemeden hareketle, elektronik tebligat ile ilgili olarak yeni hükümde dikkati çeken özellikleri aşağıdaki şekilde belirtmek mümkündür:

a) Tebligata Elverişli Elektronik Adres Bulunması

6099 Sayılı Kanun ile Değişik yeni Tebligat Kanunu m. 7/ a , f. 1’de, bir kimseye bu yolla tebligat yapılabilmesi için, kendisinin önce tebligata elverişli bir elektronik adres vermesi şartı aranmaktadır. Fıkırdaki, "tebligata elverişli elektronik adres" ifadesi özellikle kullanılmıştır. Ayrıntısı, maddenin son fıkrasındaki atıf sebebiyle, yönetmeliğe bırakılmakla birlikte, herhangi bir elektronik adres değil, ancak "tebligata elverişli" elektronik adres tebligat için esas alınacaktır. Zira, merkezi Türkiye’de olmayan ve kontrol edilemeyen, denetlenemeyen bir elektronik adres birçok sakıncayı doğurabilir⁴⁷.

Normal tebligatta, tebligatın ulaşip ulaşmadığı veya tarihi ve benzeri hususları kontrol etmek bakımından posta idaresinden sorulabilmesinde olduğu gibi, e-tebligatın da benzer şekilde kontrol edilebilir ve güvenilir olması gerekir. Bu çerçevede, merkezî ve resmî bir elektronik adresin esas alınarak,

⁴⁵ Kanunda adı geçen Yönetmelik şu anda taslak halindedir. Elektronik Tebligat Yönetmeliği Taslağı ve Genel gerekçesi için bkz. www.kgm.adalet.gov.tr (E.T. 22.11.2012).

⁴⁶ **Akcan, Recep**, Faks ile Tebligat Yapılması Sorunu, 75. Yaş Günü İçin Prof. Dr. Baki Kuru Armağanı, Ankara 2004, s. 1 vd; **Akcan/ Ercan**, s. 89. Faks ile tebligat konusunda İngiliz Hukukundaki düzenlemeler için bkz. **Gerlis, Stephen M./ Loughlin, Paula**, Civil Procedure, London- Sydney 2001, s. 104- 105; **Loughlin, Paula/ Gerlis, Stephen**, Civil Procedure, London- Sydney- Portland-Oregon, Second Edition, 2004, s. 160.

⁴⁷ Bkz. Madde 2’ye ilişkin Hükümet Gerekçesi.

e-tebligatın yapılması kuralı kabul edilmiş, ancak tebligata elverişli elektronik adresle ilgili hususların ayrıntılı düzenlenmesi yönetmeliğe bırakılmıştır⁴⁸.

b) Elektronik Tebligatın Kural Olarak İhtiyari Olması

6099 Sayılı Kanun ile değişik yeni Tebligat Kanununa ilişkin yeni düzenlemede, bilişim alanındaki gelişmelerin yeni olması, herkesin şu anda bir elektronik adresi kullanamaması gibi nedenlerle, elektronik tebligatın kural olarak zorunlu olmaması esası kabul edilmiştir. Şu anda elektronik tebligatı kabul eden ülkelerde de henüz bu yöntem zorunlu değildir, alternatif olarak sunulmaktadır⁴⁹. Bu gerekçelerle, maddenin birinci fıkrasında, e-tebligat bir zorunluluk değil, kullanmak isteyenler için bir kolaylık ve imkân olarak sunulmuştur. Özellikle her gün yargı alanında tebligatla karşılaşan avukatların, istedikleri takdirde bu yolla daha seri usullerle tebligat yapabilmelerinin önü açılmıştır. Bu şekilde, e- tebligatın uygulama alanı kazanması ve yaygınlaşması da mümkün olabilecektir⁵⁰.

- İstisna: Anonim, Limited ve Sermayesi Paylara Bölünmüş Komandit Şirketlere Elektronik Tebligatın Yapılmasının Zorunlu Kılınması

Hükümetin teklif ettiği ilk metninde “sermaye şirketlerine” elektronik tebligatın yapılmasının zorunlu olduğundan söz edildiği halde, 6099 Sayılı Kanun ile değişik yeni Tebligat Kanunu m. 7/ a, f. 2 hükmünün Adalet Komisyonunca kabul edilen metninde, “anonim, limited ve sermayesi paylara bölünmüş komandit şirketlere” elektronik yolla tebligat yapılmasının zorunlu olduğu belirtilmiştir⁵¹.

48 Bkz. Madde 2’ye ilişkin Hükümet Gerekçesi.

49 İngiliz Hukukunda faks ve e-mail gibi yöntemlerle tebligat yapılması zorunlu değildir. Zira bu tür yöntemlerin taraflarca tercih edilmesi ile işlevsel hale gelmeleri söz konusudur. Bkz. **Gerlis/ Loughlin**, s. 104; **Loughlin/ Gerlis**, s. 159. Alman Hukuku bakımından da iradi yaklaşımın bulunduğu belirtilmektedir. Bkz. **Kaplan**, s. 214.

50 Madde 2’ye ilişkin Hükümet Gerekçesi

51 Yakın bir gelecekte avukatlara da zorunlu olarak elektronik posta yoluyla tebligat yapılabileceği öngörülmektedir (Bkz. **Börü, Levent**, Elektronik Tebligat Yönetmeliği Taslağı’na İlişkin Kısa Bir Değerlendirme, ABD, 2012/ 2, s. 409; **Akkan**, s. 39). İngiliz Hukukunda 1985 tarihli Şirketler Kanunu’nun 6. Bölümü (Part 6) çerçevesinde, şirketlere tebligat yapılması konusunda bkz. **Loughlin/ Gerlis**, s. 160; **Gerlis/ Loughlin**, s. 105 vd.

Kanımızca yeni düzenlemenin temelinde esasen 6102 sayılı yeni TTK m. 124/ 2 hükmü yatmaktadır. Zira yeni TTK m. 124 hükmü⁵² şu şekildedir:

“(1) Ticaret şirketleri; kollektif, komandit, anonim, limited ve kooperatif şirketlerden ibarettir.

(2) Bu Kanunda, kollektif ile komandit şirket⁵³ şahıs; anonim, limited ve sermayesi paylara bölünmüş komandit şirket sermaye şirketi sayılır”.

Şu halde, Türk Ticaret Kanununa göre anonim, limited ve sermayesi paylara bölünmüş komandit şirket, sermaye şirketi sayılacağına göre⁵⁴, Tebligat Kanunundaki yeni düzenleme ile Türk Ticaret Kanununa uyum sağlanmış olmaktadır⁵⁵. İşte bu nedenle, Anayasa Komisyonunda uygulamada sermaye şirketlerinin neler olduğu konusunda ortaya çıkabilecek tereddütleri gidermek amacıyla 7/a maddesinin ikinci fıkrasında tahdidi bir düzenleme yoluna gidilmiş ve bu fıkra “Anonim, limited ve sermayesi paylara bölünmüş komandit şirketlere elektronik yolla tebligat yapılması zorunludur” şeklinde değiştirilmiştir. Böylece sermaye şirketleri terimine açıklık getirilmiştir⁵⁶. Ayrıca sermaye şirketleri ile şahıs şirketleri birbirinden kesin kriterlerle

⁵² Bu hüküm, 1.7.2012 tarihinde yürürlüğe girmiştir (TTK m. 1534/1). Ayrıca TTK m. 124/ 2 hükmü tamamen yeni olup, gerek Türk hukuk doktrininde, gerek vergi mevzuatındaki ayrıma paralel bir şekilde bir düzenleme yapılmıştır. Böylece kanun koyucu birçok maddede bu nitelendirmeye yönelik düzenlemeler de öngörmüş, yani şahıs ve sermaye şirketi ayırımına sonuç bağlamıştır (Bkz. **Kendigelen, Abuzer**, Yeni Türk Ticaret Kanunu, Değişiklikler, Yenilikler ve İlk Tespitler, İstanbul 2011, s. 99; bu ayrıma bağlanan örnek TTK hükümleri için bkz. **Kendigelen**, s. 99, dn. 2).

⁵³ Bundan maksat adi komandit şirkettir.

⁵⁴ Yeni TTK bakımından sermaye şirketleri hakkında bkz. **Bahtiyar, Mehmet**, Ortaklıklar Hukuku, Yeni TTK’na Göre Yazılmış 7. Bası, Haziran 2012, İstanbul 2012, s. 39 vd.; **Altaş, Soner**, Yeni Türk Ticaret Kanunu’na Göre Anonim Şirketler, Karşılaştırmalı, Açıklamalı, Gerekeçli, Gözden Geçirilmiş Güncellenmiş 2. Baskı, Ankara 2011, s. 39 vd.; **Bilgili, Fatih/ Demirkapı, Ertan**, Şirketler Hukuku, Bursa, Ocak 2012, s. 41. Yeni TTK açısından genel anlamda ticaret şirketleri hakkında bkz. **Pulaşlı, Hasan**, 6102 sayılı Türk Ticaret Kanununa Göre Şirketler Hukuku Şerhi, C. I, Ankara 2011, s. 69 vd.

⁵⁵ Karş. Maddeye İlişkin Hükümet Gerekeçesi: “...Tüzel kişiler içinde bu konuda en uygun olanlar sermaye şirketleridir. Zira sermaye şirketleri nitelikleri gereği güven uyandırmak, sağlıklı bir organizasyon yapmak ve belirli ölçüde de şeffaf olmak durumundadır. Sermaye şirketlerinin internet sayfası oluşturması ve bu tür teknolojik gelişmeleri takip etmesi gibi zorunluluklar da gündemde bulunmaktadır. Bu hususlar dikkate alındığında, e-tebligatın yaygınlaştırılmasını sağlamak üzere uygun bir zemin de oluşturulmuş olacaktır. Sermaye şirketlerinin bu yolla resmî işlemlerde daha hızlı iletişim kurmaları ve tebligat almaları da mümkün hale gelebilecektir”.

⁵⁶ Bkz. Madde 2’ye ilişkin Adalet Komisyonu Gerekeçesi. 01.07.2012 tarihinde yürürlüğe girmiş olan 6102 sayılı (yeni) Türk Ticaret Kanununun 18 inci maddesinin 3 üncü fıkrası

ayrılmadığından, şirketlerin ismen sayılmasının isabetli olduğu söylenebilir⁵⁷. Aynı şekilde, yeni Türk Ticaret Kanununun 1524. maddesinin bu çerçevede, sermaye şirketlerine, bir internet sitesi açmak, şirketin internet sitesi zaten mevcutsa, bu sitenin belli bir bölümünü bazı hususların yayınlanmasına özgüllemek zorunda olması da, kanımızca bu amaca hizmet edecek niteliktedir.

c) Zorunlu Sebeplerle Elektronik Tebligatın Yapılamamasının Sonuçları

Bazen elektronik yolla tebligat yapılması mümkün olmayabilir ve bu durum, tebligatı çıkartan merciden veya muhataptan kaynaklanmayabilir. Örneğin, elektronik postaların engellenmesi, teknik altyapının zarara uğraması, istem dışı engellemeler gibi durumlarda, birçok yönden önem taşıyan tebligatın yapılamaması ve bunun da muhatabın iradesi dışı gerçekleşmesi söz konusu olacaktır. İşte, 6099 Sayılı Kanun ile değişik yeni Tebligat Kanunu m. 7/ a, f. 3 hükmüne göre, zorunlu sebeplerle elektronik yolla tebligat yapılamıyorsa (gerek ihtiyari gerekse zorunlu), tebligatın amacını ortadan kaldırmamak için, alternatif olarak diğer tebligat yollarının devrede kalması ve uygulanabilmesi mümkün hale getirilmiştir. Bu hükümle, diğer yollarla tebligatın açık olduğu düzenlenerek bir boşluğun doğmaması amaçlanmıştır⁵⁸.

sında; “*Tacirler arasında, diğer tarafı temerrüde düşürmeye, sözleşmeyi feshe, sözleşmeden dönmeye ilişkin ihbarlar veya ihtarlar noter aracılığıyla, taahhütlü mektupla, telgrafla veya güvenli elektronik imza kullanılarak kayıtlı elektronik posta sistemi ile yapılır*” denilmektedir. Bu maddede e-tebligata ilişkin bir hüküm bulunmadığı gibi, sayma yöntemiyle yapılacak bildirimler de (temerrüt, fesih ve sözleşmeden rücuyla ilişkin ihbar, ihtar) sınırlandırılmıştır. Ayrıca aynı Kanununun 1525. maddesinde “*Tarafların açıkça anlaşmaları ve 18 inci maddenin üçüncü fıkrası saklı kalmak şartıyla, ihbarlar, ihtarlar, itirazlar ve benzeri beyanlar; fatura, teyit mektubu, iştirak taahhütnamesi, toplantı çağrıları ve bu hüküm uyarınca yapılan elektronik gönderme ve elektronik saklama sözleşmesi, elektronik ortamda düzenlenebilir, yollanabilir, itiraza uğrayabilir ve kabul edilmişse hüküm ifade eder*” şeklinde hükme bağlanmıştır. Hâlbuki Tebligat Kanunu’nda anonim, limited ve sermayesi paylara bölünmüş komandit şirketlere elektronik yolla tebligat yapılması zorunludur. Aslında, Tebligat Kanunu’nun düzenlediği alan kazai tebligattır. Buna karşın Türk Ticaret Kanunu maddi hukuka ilişkin düzenlemeler içermektedir. Bu iki Kanunun amaçları her ne kadar birbirinden farklı olsa da, bu iki hükmün yürürlüğe girmesi ile birlikte iki kanunun kapsam ve sınırları bakımından uygulamada bir tartışma ortaya çıkabilir. Bu sebeple, belki bu iki hükmün kapsam ve sınırları daha net olarak ortaya konabilir (Bkz. **Börü**, s. 409).

⁵⁷ **Akil**, s. 252.

⁵⁸ Bkz. Madde 2’ye ilişkin Hükümet Gerekçesi.

d) Elektronik Tebligatın Ne Zaman Yapılmış Sayılacağı

6099 Sayılı Kanun ile değişik yeni Tebligat Kanunu m. 7/ a, f. 4’de, elektronik yolla tebligatın ne zaman yapılmış sayılacağı açıklığa kavuşturulmuştur. Buna göre, elektronik tebligat, muhatabın elektronik adresine ulaştığı tarihte değil, ulaştığı tarihi izleyen⁵⁹ **beşinci günün sonunda** yapılmış sayılacaktır⁶⁰. Her ne kadar (sermaye şirketleri dışında) e-tebligatın ihtiyarî olması esas kabul edilmişse de kişilerin fizikî ortamda bulunmayan elektronik adreslerini her gün kontrol edemeyebilecekleri ve kendileri izin vermedikçe onların yerine bir başkasının da bu adrese ulaşması söz konusu olamayacağından, **beş günlük** süre öngörülmüştür.

Bu şekilde beş gün sonra tebligat yapılmış sayılsa da bu usûl, klasik tebligata göre yine de hızlı olacaktır. Burada hesaplama bakımından, elektronik yolla tebligatın muhatabın elektronik adresine ulaştığı tarih dikkate alınmaksızın, bu tarihi takip eden üçüncü günün sonunda tebligat yapılmış sayılacaktır. Örneğin, elektronik posta 1. 12. 2012 tarihinde elektronik posta kutusuna ulaşırsa, bugün hesaba katılmayacak, bugünü takip eden beşinci günün sonunda, 6. 12. 2012 tarihi bittiğinde tebligat yapılmış sayılacaktır. Dolayısıyla süre 7. 12. 2012’da işlemeye başlayacaktır⁶¹.

⁵⁹ Buradaki tarihin muhatabın elektronik posta hizmeti aldığı servis sağlayıcıya ait sunucuya ulaşma anı olarak mı anlaşılacağı net değildir. Bu düzenlemeyle, sadece gönderme ve alma zamanını değil, elektronik tebligatı gönderenin ve alanın kimliklerinin de kesin ve tartışmasız bir şekilde tespit edilemeyeceği haklı olarak belirtilmektedir (Bkz. **Coşkunoğlu, Osman**, Sakıncalı Bir Yasa Tasarısı: Elektronik Tebligat, <http://www.bthaber.com.tr/?p=1833>; ET. 25.11.2012). Ayrıca, henüz Kayıtlı Elektronik Posta ile ilgili teknik ve hukuki alt yapı oluşmamışken bu düzenlemelerin yapılması ve uygulamaya geçilmesinin sakıncalı olduğu da belirtilmektedir (Bkz. **Coşkunoğlu, Osman**, Sakıncalı Bir Yasa Tasarısı: Elektronik Tebligat, <http://www.bthaber.com.tr/?p=1833>; ET. 25.11.2012).

⁶⁰ Bu hükümdeki süre, Hükümetin Kabul ettiği Tasarı metninde **üç gün** olmasına rağmen, Adalet Komisyonunda süre **beş güne çıkarılmıştır**. Bkz. Adalet Komisyonu Gereğesi: “Uygulamada sermaye şirketlerinin neler olduğu konusunda ortaya çıkabilecek tereddütleri gidermek amacıyla Tasarının çerçeve 2 nci maddesi ile 7201 sayılı Kanuna eklenmesi öngörülen 7/a maddesinin ikinci fıkrasında tahdidi bir düzenleme yoluna gidilmiş ve anılan fıkra “Anonim, limited ve sermayesi paylara bölünmüş komandit şirketlere elektronik yolla tebligat yapılması zorunludur.” şeklinde değiştirilmiştir. Aynı maddenin dördüncü fıkrasında geçen “üçüncü günün” ibaresi, sürenin kısa olması ve tebellüğ edenler açısından sorunlara yol açmaması bakımından “beşinci günün” olarak değiştirilmiştir...”. Bu değişiklik muhtemel hak kayıplarının önüne geçilmesi bakımından daha isabetlidir. Aynı yönde bkz. **Akil**, s. 252.

⁶¹ **Deliduman**, s. 37. İsviçre Hukuku’nda, Federal Adalet Ofisi’nin 20 Temmuz 2009 tarihli yönetmelik projesi ile e-tebligatın ilk adımı atılmıştır. Federal Konsey tarafından hazırlanan 18 Haziran 2010 tarihli Elektronik İletişim Hakkında Yönerge’de, tebligatın yapıldı-

Kanunda tüm ayrıntıların yer alması mümkün olmadığı gibi, gelişen şartlara göre Kanunda kısa aralıklarla değişiklik yapmak da doğru olmayacağından, m. 7/ a, son fıkrada, elektronik yolla tebligata ilişkin ayrıntıların yönetmelikte⁶² düzenleneceği belirtilmiştir. Bu şekilde, genel çerçevesi Kanunda ortaya konulan ve düzenlenen hükümlerin ayrıntıları yönetmeliğe bırakılmış olmaktadır⁶³.

C- Bilinen Adreste Tebligat Yapılmasına İlişkin Tebligat Kanunu m. 10, f. 2 Hükümüne İlişkin Düzenleme

6099 Sayılı Kanun ile 7201 sayılı Tebligat Kanunu m. 10 hükmüne⁶⁴, birinci fıkradan sonra gelmek üzere 2. fıkra eklenmiştir. Bu fıkra hükmüne göre (m. 10, f. 2); *“Bilinen en son adresin tebligata elverişli olmadığına anlaşılması veya tebligat yapılamaması hâlinde, muhatabın adres kayıt sisteminde bulunan yerleşim yeri adresi, bilinen en son adresi olarak kabul edilir ve tebligat buraya yapılır”*⁶⁵.

Bu yeni düzenleme, esasen 5490 sayılı Nüfus Hizmetleri Kanunu’ndaki⁶⁶ bir zorunluluktan kaynaklanmıştır. Zira adı geçen Kanun, adres kayıt sistemini düzenlemiş ve kurumlar ile gerçek/ tüzel kişilerin adres ile iş veya işlemlerinde adres standardına uymak zorunda oldukları öngörülmüştür (5490 Sayılı Kanun, m. 48/ 2).

ğ an düzenlenmiştir. Bu düzenlemede, Türk Hukuku’nun aksine, e-tebligatın muhataba iletilmesinden itibaren ekstra süre tanınmamış; alıcı tarafından alındığı (e-posta adresine yüklendiği veya düştüğü) anda tebligatın yapıldığı kuralı öngörülmüştür (**Tüzüner**, s. 147).

⁶² Elektronik Tebligat Yönetmeliği Taslağı ve Genel gerekçesi için bkz. www.kgm.adalet.gov.tr (E.T. 22.11.2012).

⁶³ Bkz. Madde 2’ye ilişkin Hükümet Gerekçesi.

⁶⁴ Bkz. Tebligat Kanunu m. 10: *“Tebligat, tebliğ yapılacak şahsa bilinen en son adresinde yapılır. Şu kadar ki; kendisine tebliğ yapılacak şahsın müracaatı veya kabulü şartıyla her yerde tebligat yapılması caizdir (f. 1). (Ek fıkra: 11/01/2011-6099 S.K./3.mad.) Bilinen en son adresin tebligata elverişli olmadığına anlaşılması veya tebligat yapılamaması hâlinde, muhatabın adres kayıt sisteminde bulunan yerleşim yeri adresi, bilinen en son adresi olarak kabul edilir ve tebligat buraya yapılır” (f. 2)”.*

⁶⁵ Bkz. Yönetmelik, m. 16.

⁶⁶ Bkz. RG. 29. 04. 2006, Sa. 26153. Konuya ilişkin olarak bu Kanuna dayanarak Bakanlar Kurulunca *Adres Kayıt Sistemi Yönetmeliği* çıkarılmış ve 15. 08. 2007 tarihinde yürürlüğe girmiştir (RG. 14. 12. 2006, Sa. 26377). Bunun dışında İçişleri Bakanlığınca çıkarılan bir de *Adres Kayıt Sistemi Uygulama Yönergesi* bulunmaktadır. Bu Yönerge ise 15. 08. 2007 tarihinde yürürlüğe girmiştir.

Tebliğat Kanununun 10 uncu maddesine eklenen 2. fıkra ile tebligata ilişkin sorunların belki de en önemli kısmının çözüme kavuşturulması amaçlanmıştır. Uygulamada özellikle gerçek kişilerin adreslerinin tam olarak tespit edilememesi sebebiyle, resmî işlemlerde ve bilhassa yargılama sürecinde gereksiz birçok tebligat yapılmakta, bu ise süreci oldukça uzatmakta, zaman, emek ve para harcanmasına yol açmaktadır. Hatta ülkemizde yargılama ile ilgili aksamaların en başında tebligat sorununun geldiği söylenebilir. Yapılan düzenlemeyle bu sorunun önemli ölçüde çözümlenmesi amaçlanmıştır. Daha önce, sağlıklı bir adres veri sistemi mevcut değilken, 5490 sayılı Nüfus Hizmetleri Kanunuyla günümüzde merkezî ve kapsamlı bir adres kayıt sistemi oluşturulmuş bulunmaktadır. Bu sistemden şu anda tüm kuruluşlar, kişisel veriler korunmak suretiyle yararlanabilmektedir. Adres kayıt sistemi, farklı bileşenlerle kontrol edilmekte ve güncellenmektedir. Bu sayede gerek Türkiye'de bulunan Türk vatandaşları ve yabancılar, gerekse yurt dışında yaşayan Türk vatandaşlarının yerleşim yerleri kayıt altına alınmış bulunmaktadır. Hatta bu sistem içinde kişilerin yerleşim yeri adresleri yanında ikincil ve üçüncül adresleri de kayıtlı hale getirilebilmektedir. Kısaca, **artık bir kişinin adresinin bilinmemesi, çok düşük bir ihtimal olarak karşımıza çıkacaktır.** Bu sistemi düzenleyen 5490 sayılı Kanuna göre, yürütülecek iş ve işlemlerde bu sistemdeki adresin esas alınacağı da hükme bağlanmıştır. Yani, adres kayıt sistemindeki adresi kabul etmek hem fiilî hem de kanunî bir zorunluluktur⁶⁷.

Yapılan yeni düzenleme bakımından aşağıdaki sonuçlara ulaşılabilir:

i - Önce yine **bilinen (bildirilen) en son adrese**⁶⁸ tebligat yapılacaktır. Böylelikle, muhataba daha kolay ulaşılacak bir adres biliniyorsa oraya tebligat yapılması imkânı açık tutulmuştur. Burada olumlu bir sonuç alınmışsa, adres kayıt sistemindeki adrese tebligat yapmaya gerek yoktur⁶⁹.

ii- Ancak, tebligatın yapılmasını isteyen veya tebligatı çıkartan makamın **bildirdiği adresin, tebligata elverişli olmadığı anlaşılmaması ya da bu adrese tebligat yapılamaması hâlinde,** muhatabın 5490 sayılı Kanuna göre **adres kayıt sistemindeki adresi bilinen son adresi olarak kabul edilerek,** tebligat buraya yapılacaktır.

⁶⁷ Bkz. Madde 10'a ilişkin Hükümet Gerekçesi.

⁶⁸ Nüfus Hizmetleri Kanununda (m. 3/ 1-a), adres, "herhangi bir toprak parçası veya binanın coğrafi konumu ve işlevi açısından tanımlanması" olarak ifade edilmiştir.

⁶⁹ Aynı şekilde bkz. **Akcan/ Ercan**, s. 91.

Böylece **adres kayıt sistemindeki adres, kişinin resmî tebligat adresi olarak kabul edilmiştir.** Bu gerekçeler yanında, bir devlete vatandaşlık bağıyla bağlı olmak, aynı zamanda belirli yükümlülükleri de içermektedir. Bir vatandaşın adresini doğru bir şekilde bildirmesi ve kendisine ulaşılabilmesi önemlidir. Hiç kimse, adres değişikliğini bildirmemek suretiyle ihmali veya adresini belirsiz hâle getirecek kötü niyetli davranışlarıyla hak elde etmemelidir. Hukuk düzeni, kişinin açık ihmal veya kötü niyetini korumaz. Kaldı ki, yeni adres kayıt sistemi sadece beyana değil, aynı zamanda değişik bileşenlere göre adres tespiti ve doğrulaması yapmakta, kişinin resmî işlemlere esas olacak yerleşim yeri adresi başta olmak üzere, ikincil ve diğer adreslerini de kaydetmektedir. Şu anda tüm adres araştırmaları bu adres kayıt sistemi esas alınarak yapılmaktadır. **Adres kayıt sistemi dışında ayrıca bir adres araştırması yapılmayacaktır.** Bu açıdan, **adres kayıt sistemindeki adres, başkaca araştırma yapılmasını gerekli kılmayan son adres olarak kabul edilmiştir.** Bu durumda, ne tebligatı çıkartan merciin ne de posta memurunun başkaca bir adres araştırması yapmasına gerek bulunmamaktadır. Adres kayıt sistemiyle ilgili olarak yapılan bu düzenlemenin sonucu olarak gereksiz zaman, iş gücü ve maddî kaybın önüne geçmek için, bilinen adrese yapılan tebligatın karşılıksız kalması halinde adres kayıt sistemindeki adrese yapılan tebligatın geçerli sayılacağı kabul edilmiştir. Bu yeni düzenleme, tebligatla ilgili temel sorunların hukukî bakımdan önemli bir kısmını çözebilecek mahiyettedir.

iii- Çok zayıf bir ihtimal olmakla birlikte, **muhatapın adres kayıt sisteminde de bir adresi bulunmuyorsa**, bu durumda ancak o zaman adresi meçhul sayılarak, 28 inci maddedeki araştırmanın ardından **ilânen tebligat** yapılacaktır⁷⁰. **Yeni düzenlemeyle birlikte adres kayıt sisteminde bir adres mevcut olduğu sürece, adresin meçhul sayılması ve adres araştırması yapılması mümkün değildir.** Bu sebeple 28 inci madde hükmünün uygulanması oldukça istisnaî kullanılabilir bir hâl olacaktır⁷¹.

Şu halde, söz konusu düzenlemede **terditli bir tebligat süreci** öngörülmektedir. Şöyle ki, Tebligat Kanunu m. 10'da genel kural olarak ilgilinin bilinen son adresinde tebligat yapılması hususu kabul edilmiştir. Ancak bili-

⁷⁰ Adres kayıt sisteminde birden fazla adres varsa, adil yargılanma hakkı ve hukuki dinlenme hakkı gereğince, birden fazla, fakat sayısı birkaç olan adrese tebligat yapılmasında hukuki yarar olacaktır. Ancak bu adres sayısı onlarca ise, bir adres araştırması ile en doğrusu veya birkaç doğru adrese tebligat yapılması gerekecektir (Bkz. **Akcan/ Ercan**, s. 91).

⁷¹ Bkz. Madde 10'a ilişkin Hükümet Gerekçesi.

nen son adresin tebligata elverişli olmaması halinde tebligat adres kayıt sisteminde yer alan adrese yapılacaktır⁷².

Ülkemizde şu an itibariyle adrese dayalı nüfus sisteminin ne kadar etkin biçimde işlediği tartışmaya açıktır. Bu nedenle, kanımızca vatandaşların adresleri bu sisteme tam olarak girilmeden, sözünü ettiğimiz hükmün kabul edilmesi hak kayıplarına yol açacağından, yeni düzenlemenin (m. 10, f. 2) yayımı tarihinde yürürlüğe gireceğinin kabulü isabetli olmamıştır⁷³. Zira burada yürürlük bakımından bir geçiş süreci öngörülebilir ve Kanunun bu hükmünün yürürlüğü belli bir süre ertelenebilirdi.

D- Avukatın Bürosuna Yapılan Tebligat ile İlgili Tebligat Kanunu m. 11, f. 2 Hükmüne İlişkin Düzenleme (Vekile ve Kanuni Mümessile Tebligata İlişkin Ek)

6099 Sayılı Kanun m. 4 ile Tebligat Kanunu m.11 hükmünün birinci fıkrasından sonra gelmek üzere “*Avukat tarafından takip edilen işlerde, avukatın bürosunda yapılacak tebligatlar, resmî çalışma gün ve saatleri içinde yapılır*” şeklinde ikinci fıkra eklenmiştir.

⁷² Bkz. Madde 10’ a ilişkin Adalet Komisyonu Gerekçesi. Ayrıca Madde 10’ a ilişkin İlişkin Adalet Komisyonu Gerekçesinde şu hususlara değinilmektedir: “... 25/4/2006 tarihli ve 5490 sayılı Nüfus Hizmetleri Kanununun 50 nci maddesinde yerleşim yeri adreslerinin tutulmasında kişilerin beyanının esas alınacağı hükme bağlanmış olduğundan, ilgilinin adres kayıt sistemine bir adres beyan etmediği takdirde “Bunun dışında başkaca bir adres araştırması yapılmaz” hükmünün madde metninden çıkarılmaması ve 28 inci madde uyarınca da bir adres araştırması yapılmadığı takdirde tebligatın yapılmasının imkansız hale geleceği sonucuna varılmışsa da başkaca adres araştırması yapılmaması hükmünün ilgilinin bilinen adresinin tebligata elverişli olmaması halinde adres kayıt sisteminde kayıtlı bir adres bulunması durumuna özgü bir düzenleme olması ihtimaline ilişkin olup, adres kayıt sisteminde de bir adres bulunmaması durumunda her halükarda 28 inci maddeye göre adres araştırması yapılacağından anılan hüküm metninden çıkarılmasa da aynı sonuca ulaşılabilecektir. Ancak uygulamada herhangi bir duraksamaya mahal verilmemesi amacıyla Tasarının çerçeve 3 üncü maddesi ile 7201 sayılı Kanunun 10 uncu maddesine eklenmesi öngörülen fıkranın son cümlesi madde metninden çıkarılmıştır”. Ayrıca karş. *Yönetmelik*, m. 16: “(1) Tebligat, öncelikle tebliğ yapılacak şahsın bilinen en son adresinde yapılır. Bilinen en son adresin tespitinde, tebliğ isteyen beyanı, muhatabın veya diğer ilgililerin bildirimleri ya da mevcut belgeler esas alınır. (2) Bilinen en son adresin tebligata elverişli olmadığı anlaşılsa veya tebligat yapılamaması hâlinde, muhatabın adres kayıt sisteminde bulunan yerleşim yeri adresi bilinen en son adresi olarak kabul edilir ve tebligat buraya yapılır. Ayrıca başkaca adres araştırması yapılmaz. 79 uncu maddenin ikinci fıkrasına göre renkli bastırılan tebligat zarfında, adresin muhatabın adres kayıt sistemindeki yerleşim yeri adresi olduğu belirtilerek bu adrese tebligat yapılacağına dair meşruhata yer verilir”.

⁷³ *Akil*, s. 255.

Şu halde Tebligat Kanunu m.11 hükmünün son şekli şu şekildedir:

“(Değişik fıkra: 06/06/1985 - 3220/5 md.) Vekil vasıtasıyla takip edilen işlerde tebligat vekile yapılır. Vekil birden çok ise bunlardan birine tebligat yapılması yeterlidir. Eğer tebligat birden fazla vekile yapılmış ise, bunlardan ilkinde yapılan tebliğ tarihi asıl tebliğ tarihi sayılır. Ancak, Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununun (yeni CMK’nın), kararların sanıklara tebliğ edilmelelerine ilişkin hükümleri saklıdır (f. 1).

(Ek fıkra: 11/01/2011-6099 S.K./4.mad.) Avukat tarafından takip edilen işlerde, avukatın bürosunda yapılacak tebligatlar, resmî çalışma gün ve saatleri içinde yapılır (f. 2).

Kanuni mümessilleri bulunanlara veya bulunması gerekenlere yapılacak tebligat kanunlara göre bizzat kendilerine yapılması icabetmedikçe bu mümessillere yapılır (f. 3)”.

Şu halde Tebligat Kanunu m. 11’e 6099 Sayılı Kanun ile eklenen düzenleme, yukarıda altı çizili olan m. 11, f. 2 hükmüdür. Eklenen bu fıkra hükmü, **avukat⁷⁴ tarafından takip edilen işlerde, avukatın bürosunda yapılacak tebligatların, resmî çalışma gün ve saatleri içinde yapılacağını** düzenlemektedir⁷⁵.

Gerçekten, Tebligat Kanununda tebligatın yapılacağı zaman bakımından bir sınırlama mevcut değildir. Yani, yılın 365 günü, günün 24 saati, gece ve gündüz tebligat yapılabilir⁷⁶. Bir başka deyişle tebligatların resmi çalışma gün ve saatlerinde yapılması zorunluluğu yoktur⁷⁷. İşte yeni getirilen hüküm, avukat tarafından takip edilen işlerde, avukatın bürosunda yapılacak tebligatlar bakımından “resmî çalışma gün ve saatleri içinde yapılır” şeklinde bir istisnai düzenleme getirmiş olmaktadır.

⁷⁴ Bir görüşe göre, hükümde “avukat” yerine, vekil denilip, madde başlığı (Vekile ve Kanuni Mümessile Tebligat) ile uyum sağlanması gerekirdi. Bu nedenle hükmü, sadece avukatlar için düzenlenmiş bir madde olarak düşünmemek, vekil kavramı içinde kabul edilen dava takipçileri, dava vekilleri gibi kimseleri de buna dâhil etmek gerekir (Akcan/Ercan, s. 93). Ancak kanımızca Tebligat Kanununun 11. maddesinin diğer fıkraları için bu görüş doğrudur; ancak Teb. K m. 11/ 2 hükmünün uygulanması için, vekilin avukat olması şarttır. Benzer yönde bkz. Hanağası/ Özekes, s. 95.

⁷⁵ Karş. Yönetmelik, m. 18/ 1: “Vekil vasıtasıyla takip edilen işlerde tebligat vekile yapılır. Vekile bürosunda yapılacak tebligat, resmî çalışma gün ve saatleri içinde yapılır”

⁷⁶ Muşul, Timuçin, Tebligat Hukuku, Gözden Geçirilmiş ve Yenilenmiş 2. Bası, İstanbul 2008, s. 55; Akcan/ Ercan, s. 93.

⁷⁷ Resmi tatil günlerinde tebligat yapılabileceğine ilişkin olarak bkz. Teb. K. m. 33; Yönetmelik, m. 55.

Resmi çalışma gün ve saatlerinde tebligat yapılması yönünde bir düzenleme olmaması, uygulamada belirtilen zaman dilimlerinin dışında da tebligat yapılmasına neden olmakta ve avukatların resmi tatil gün ve saatlerinde genellikle işleri idame ettirdikleri yerde bulunmamaları nedeniyle hak kayıplarının oluşmasına neden olmaktadır. Vekil aracılığıyla takip edilen işlerde asıl tarafa tebligat yapılamaması⁷⁸ ve resmi tatil gün ve saatleri dışında vekillerin de işlerini idame ettirdikleri yerde bulunmamaları/ bulunamamaları mümkündür. İşte yeni düzenleme, bu ihtimali göz önünde bulundurmuş ve avukat tarafından takip edilen işlerde, avukatın bürosunda yapılacak tebligatların resmi çalışma gün ve saatlerinde yapılmasının sağlanması amacıyla bu maddeye ikinci fıkra eklenmiştir⁷⁹.

Buna karşılık Tebligat Kanunu'nun "*Vekillerin Yekdiğerine Tebligat Yapması*" kenar başlıklı 38. maddesi bakımından durumun ne olacağı hususu tartışılabilir. Zira Tebligat Kanunu m. 38'e göre⁸⁰ "*Vekil vasıtasıyla takibedilen davalarda, vekiller makbuz mukabilinde yekdiğerine tebligat yapabilirler*". Bu, tebligatın yapılma şekli bakımından "doğrudan doğruya yapılan tebligat" olup⁸¹, aynı zamanda avukatın "tebligat yapabilme hakkını (yetkisini)" oluşturur⁸². Bu şekilde yapılan tebligat, avukatların yaptıkları görev nedeniyle sahip oldukları ayrıcalıklı bir durumu yansıtan bir düzenleme olarak karşımıza çıkmakta⁸³ ve bu hükümlerle zaman kaybına engel olunması amaçlanmaktadır⁸⁴. Bu şekilde yapılan tebligat, PTT aracılığıyla yapılan tebligatın hüküm ve sonuçlarını doğurmaktadır⁸⁵. Bu şekilde tebligat yapıl-

78 Bkz. Yönetmelik, m. 18/ 1. Ayrıca bkz. 16. HD. 1. 2. 2001, 124/ 248 (Kazancı İçtihat Bilişim Bankası).

79 Bkz. Madde 4'e ilişkin Hükümet Gerekçesi.

80 Ayrıca karşı. Yönetmelik m. 60: "*Vekil vasıtasıyla takip edilen davalarda, vekil, makbuz karşılığında diğer vekile tebligat yapabilir*".

81 **Moroğlu/ Muşul**, s. 47; **Ruhi**, s. 41; **Hanağası/ Özekes**, s. 91- 92; **Deliduman**, s. 33.

82 **Güner, Semih**, Avukatlık Hukuku, Güncellenmiş ve Genişletilmiş 3. Baskı, Ankara 2011, s. 297; **Sungurtekin Özkan, Meral**, Avukatlık Mesleği, Avukatın Hak ve Yükümlükleri, HMK, BK, TK ve MK Dikkate Alınarak Güncellenmiş ve Yenilenmiş 3. Baskı, İzmir 2012, s. 374- 375. Ayrıca belirtmek gerekir ki, Teb. K m. 7/ a, f. 1'de yer alan elektronik tebligata ilişkin olarak " Tebligata elverişli bir elektronik adres vererek bu adrese tebligat yapılmasını isteyen kişiye, elektronik yolla tebligat yapılabilir" şeklindeki hüküm, avukatlar için de uygulanır. Zira maddedeki kişi bir avukat da olabilir ve bu şekilde işlemler çok daha hızlı gerçekleştirilebilir (**Sungurtekin Özkan**, s. 375).

83 **Güner**, s. 297; **Ruhi**- Tebligat Hukuku, s. 843.

84 **Ruhi**- Tebligat Hukuku, s. 843.

85 **Güner**, s. 299.

dığı makbuz vasıtasıyla ispatlanacağı ve makbuz tarihi tebliğ tarihi sayılacağı için⁸⁶, kanımızca mesleki dayanışma bakımından, avukatların makbuz karşılığı birbirlerine yapmış oldukları tebligatlarda, resmî çalışma gün ve saatleri içinde yapılması zorunluluğu bulunmamalıdır. Ancak elbette tebligat yapılacak avukatın resmi çalışma gün ve saatleri dışında tebligata zorlanmaması, eğer rızası varsa bu şekilde tebligata imkân tanınması daha doğru bir yaklaşım olacaktır.

E- Tebligat Kanunu m. 21, f. 2 Hükmüne İlişkin Düzenleme (Tebliğ İmkânsızlığı ve Tebellüğden İmtinaya İlişkin Maddeye Yapılan Ek)

Tebliğ Kanunu'nun "Tebliğ İmkânsızlığı ve Tebellüğden İmtina" kenar başlıklı olan 6099 sayılı Kanunun 5. Maddesi ile Tebligat Kanununun 21 inci maddesine birinci fıkradan sonra gelmek üzere ikinci fıkra eklenmiş, değişik yeni düzenlemesinden sonraki metnin tümü şu şekilde olmuştur:

*"(Değişik madde: 06/06/1985 - 3220/7 md.) Kendisine tebligat yapılacak kimse veya yukarıdaki maddeler mucibince tebligat yapılabilecek kimse-lerden hiçbiri **gösterilen adreste bulunmaz veya tebellüğden imtina ederse**, tebliğ memuru tebliğ olunacak evraki, o yerin muhtar veya ihtiyar heyeti azasından birine veyahut zabıta amir veya memurlarına **imza mukabilinde teslim eder ve tesellüm edenin adresini ihtiva eden ihbarnameyi gösterilen adresteki binanın kapısına yapıştırmakla beraber, adreste bulunmama halinde tebliğ olunacak şahsa keyfiyetin haber verilmesini de mümkün oldukça en yakın komşularından birine, varsa yönetici veya kapıcıya da bildirilir. İhbarnamenin kapıya yapıştırıldığı tarih, tebliğ tarihi sayılır (f. 1).***

*(Ek fıkra: 11/01/2011-6099 S.K./5.md.) Gösterilen adres muhatabın **adres kayıt sistemindeki adresi olup, muhatap o adreste hiç oturmamış veya o adresten sürekli olarak ayrılmış olsa dahi, tebliğ memuru tebliğ olunacak evraki, o yerin muhtar veya ihtiyar heyeti azasından birine veyahut zabıta amir veya memurlarına imza karşılığında teslim eder⁸⁷ ve tesellüm edenin adresini ihtiva eden ihbarnameyi gösterilen adresteki binanın kapısına yapıştırır. İhbarnamenin kapıya yapıştırıldığı tarih, tebliğ tarihi sayılır (f. 2).***

Ek fıkra: 19/03/2003 - 4829 S.K./5. md.) Muhtar, ihtiyar heyeti azaları, zabıta amir ve memurları yukarıdaki (Değişik ibare: 11/01/2011-6099

⁸⁶ Afşaroğlu, s. 50.

⁸⁷ Bkz. Yönetmelik, m. 31.

S.K./5.mad.) fıkralar uyarınca kendilerine teslim edilen evrakı kabule mecburdurlar (f. 3)”.

Görüldüğü üzere, 6099 sayılı Kanun m. 5 ile getirilen düzenleme Tebligat Kanununun 21 inci maddesine birinci fıkradan sonra gelmek üzere eklenen ve yukarıda belirtilen ikinci fıkradır. Ayrıca yeni düzenlemede, mevcut ikinci fıkrada yer alan “fıkra” ibaresi “fıkralar” olarak değiştirilmiştir. Zira önceden iki fıkra hüküm olması ve ikinci fıkra hükmünde ise üstte bulunan fıkraya yollama yapılması doğru olmuş; ayrıca yeni düzenlemede eklenen 2. fıkra ile fıkra sayısının üçe çıkarılması nedeniyle bu değişikliğin yapılması gerekmiştir.

Tebligat Kanununun 21 inci maddesi çok sık uygulanan bir hükümdür. Bu maddede, muhatap veya kendisine tebliğ yapılabilecek kimselerden hiçbiri tebliğ adresinde bulunmaz veya bulunduğu hâlde tebellüğden imtina ederse, hangi yolun izleneceği belirtilmiştir. Bu durumda **m. 21 birinci fıkradaki** yol izlenerek tebligat yapılacaktır⁸⁸.

Şu halde, tebliğ imkânsızlığı veya tebellüğden imtina (kaçınma) durumunda yapılması gereken işlemlerin sırası değişmemiş; buna karşılık eklenen 2. fıkrayla, adres kayıt sistemindeki adrese tebligat yapılması hâlinde izlenecek yöntem belirtilmiştir. Zira 6099 Sayılı Kanunun 10 uncu maddesinde yapılan değişiklikle birlikte, bilinen en son adrese çıkartılan tebligattan sonuç alınamazsa, adres kayıt sistemindeki adres esas alınacak, başkaca araştırma yapılmadan tebligat o adrese yapılacaktır. Böyle bir durumda, muhatabın adresi, adres kayıt sisteminde görülmek ve kaydedilmekle birlikte, kendisi o adreste hiç bulunmaz ya da sürekli şekilde o adresten ayrılmış olursa, tebliğ memurunun evrakı iade etmemesi, Tebligat Kanunu'nun yukarıda belirtilen işlemlerin sırasını gösteren 21. maddeye göre tebliğ işlemlerini yapması gereklidir. Zira adres kayıt sistemindeki adres, nihaî adres olarak kabul edilecektir. Muhatap adresini değiştirmişse, bu değişikliği belirli bir süre içinde ilgili mercilere bildirmek zorundadır⁸⁹.

Ayrıca yeni düzenlemeye göre, adres kayıt sistemine çıkartılacak tebliğ evrakında, tebliğin, "adres kayıt sistemi"ndeki adrese çıkartıldığının açıkça belirtilmesi gerekmektedir⁹⁰. Böylece tebliğ memuru, yapacağı tebligatın bu çerçevede bir tebligat olduğunu bilerek hareket edecektir. Böyle bir durumda muhatabın adres kayıt sistemindeki adresinde oturmamış olduğu veya sürekli

⁸⁸ Bkz. Madde 5'e ilişkin Hükümet Gerekçesi.

⁸⁹ Bkz.ve karş. Madde 3'e ilişkin Hükümet Gerekçesi.

⁹⁰ Bkz. Yeni Teb. K. m. 23/ 8 no'lu bent.

olarak ayrıldığı tespit edildiğinde, tebliğ memuru tebliğ olunacak evrakı, o yerin muhtar veya ihtiyar heyeti azasından birine veyahut zabıta amir veya memurlarına imza mukabilinde teslim ederek tesellüm edenin adresini ihtiva eden ihbarnameyi gösterilen adresteki binanın kapısına yapıştırılacaktır. İhbarnamenin kapıya yapıştırıldığı tarih, tebliğ tarihi sayılacaktır. Bu durumda, Kanunun Hükümet gerekçesinden de anlaşıldığına göre, 1. fıkradaki, “komşu, kapıcı ya da yöneticiye haber verme zorunluluğu” yoktur. Böylelikle, eklenen bu fıkrayla (f. 2), muhatabın gerçek adresini ilgili mercilere bildirmemesi durumunda, adres araştırması yapma zorunluluğu ortadan kaldırılmaktadır⁹¹. Bu durumda, “komşu, kapıcı ya da yöneticiye haber verme zorunluluğunun bulunmadığına ilişkin” olarak Hükümet Gerekçesinde yer alan bu ifade eleştirilebilir. Zira tebligatın komşu, kapıcı ya da yöneticiye haber verilmesinin zorunlu olmaması, tebligat yapılacak olan ilgilinin muhtemel hak kayıplarına yol açabilir. Bu nedenle eski düzenlemenin daha isabetli olduğunu söylemek mümkündür⁹².

F- Tebliğ Mazbatasında Yer Alması Gereken Hususlarla İlgili Olarak Tebligat Kanunu m. 23 Hükümüne İlişkin Değişiklik

Tebliğ mazbatası, tebligatın kime, ne zaman ve nasıl yapıldığını veya neden yapılamadığını gösteren ve Yönetmeliğe ekli örnek formlara uygun olarak düzenlenen tebliğ evrakının kapalı zarf dışındaki ekli kısmıdır. Bu anlamda tebliğin mazbata ile tevsik edildiği söylenebilir⁹³. Tebliğ mazbatası

⁹¹ Bkz. Madde 3'e ilişkin Hükümet Gerekçesi.

⁹² Bkz. **Akil**, s. 257. Ayrıca belirtmek gerekir ki, Tebligat kanunu m. 21'deki yeni düzenlemede, muhatap yerine tebligatı alabilecek kişiler dışındakilerin muhatabın adresinden geçici olarak ayrıldığına ilişkin beyanları üzerine nasıl işlem yapacağı hususu belirsiz olup, bu konuda boşluk mevcuttur. Bu nedenle esasen, maddede muhatap yerine tebligatı alma yetkisi olmayanların beyanlarının Tebligat Kanunu m. 20 kapsamında değerlendirilmesi uygun olacaktır. Bir başka deyişle, kapıcı, komşu, yönetici ve sair kimselerin; muhatabın tevziat saatlerinden sonra adresine döndüğüne dair beyanına istinaden 21. maddeye göre tebligat yapılabilirse; bu kişilerin, muhatabın geçici olarak adresinde bulunmadığına dair beyanlarına da itibar edilerek 20. maddenin uygulanması da mümkün olmalıdır (Bkz. **Sütçü, Nezih**, Adli Tebligata İlişkin Sorunlar, İBD, 2006/ 5, s. 1995; aynı yönde bkz. **Akil**, s. 257- 258). Hatta doktrinde ileri sürülen bir görüş, ilgili ya da adına kendisine tebligat yapılacak bir kimse, adreste bulunmakla birlikte tebellüğden imtina ediyorsa, tebliğ memurunun, tebliğ evrakını muhatap veya muhatap yerine, adına kendisine tebligat yapılabilecek kişilerin ayaklarının önüne bırakmak suretiyle tebligat yapması ve bu durumu tebliğ mazbatasına yazmasının daha isabetli olduğu, şeklindedir (**Ruhi-Tebligat Hukuku**, s. 430; aynı yönde **Akil**, s. 258).

⁹³ **Deliduman**, s. 141- 142; ayrıca bkz. **Yılmaz/ Çağlar**, s. 652. Tebliğ mazbatalı zarfın içeriği hakkında bkz. Yönetmelik, m. 73, örnek no. 4.

olarak, alelade bir kağıt kullanılmayıp, bu konuda bastırılmış bulunan matbu kağıtlar kullanılır⁹⁴. Bilindiği gibi, tebliğ mazbatasına ilişkin Tebligat Kanunu m. 23 hükmü, mazbatanın içermesi gereken hususları saymıştır. Söz konusu bu hükümde mazbatanın; tebliği çıkaran mercinin adını; tebliği isteyen tarafın adını, soyadını ve adresini; tebliğ olunacak şahsın adını, soyadını ve adresini; tebliğin mevzuunu; tebliğin kime yapıldığını ve tebliğ muhatabından başkasına yapılmış ise o kimsenin adını, soyadını, adresini ve 22 nci madde gereğince tebellüğe ehil olduğunu; tebliğin nerede ve ne zaman yapıldığını; tebliğ evrakı kime verilmiş ise onun imzası ile tebliğ memurunun adı, soyadı ve imzasını içermesi gerektiği belirtilmiştir.

İşte 6099 Sayılı Kanun, bu belirtilen hususlara ilaveten (7) no'lu bentte yer alan “yapıldığını” ibaresi “yapıldığını, adreste bulunmama” şeklinde değiştirilmiş, ayrıca (8) numaralı bent eklenmiştir.

Mazbatanın içermesi gereken hususları düzenleyen yeni hükme göre; yukarıda belirtilen hususlara ilaveten şu iki hususun da mazbatada bulunması gerekecektir⁹⁵. Bunlar;

i- 21 inci maddedeki durumun tahaddüsü (meydana gelmesi) halinde bu hususlara ilişkin muamelenin (Değişik ibare: 11/01/2011-6099 S.K./6.mad.) yapıldığını, adreste bulunmama ve imtina için gösterilen sebebi (Teb. K. m. 23, b. 7; Yönetmelik, m. 35/ 1- f),

ii- (Ek bent: 11/01/2011-6099 S.K./6.mad.) Tebligatın adres kayıt sistemindeki adrese yapılması durumunda buna ilişkin kayıttır (Teb. K. m. 23, b. 8; Yönetmelik, m. 35/ 1- g)

⁹⁴ **Yılmaz/ Çağlar**, s. 652; **Hanağası/ Özekes**, s. 106; ayrıca bkz. Adalet Bakanlığı'nın 12.11.1959 tarih ve 78/ 25- 20659 sayılı Genelgesi (**Yılmaz/ Çağlar**, s. 652, s. 652, dn. 3).

⁹⁵ Bkz. Madde 6'ya ilişkin Adalet Komisyonu Gerekçesi: “Tasarımın çerçeve 5 inci maddesi ile değiştirilmesi öngörülen Tebligat Kanununun 23 üncü maddesine aynı Kanunun 21 inci maddesinin uygulanabilmesinin sağlanması ve tebliğ memurunun tebligat için gittiği adresin adres kayıt sisteminde kayıtlı adres olduğunu bilmesi gerektiğine binaen tebliğ mazbatasında yer alan unsurlara “tebligatın adres kayıt sistemindeki adrese yapılması durumunda buna ilişkin kaydı” unsurunun da eklenmesi amacıyla bent eklenmiş ve eklenmesi öngörülen bent redaksiyona tabi tutulmak suretiyle sekiz numaralı bent olarak düzenlenmiş, diğer bent numarası buna göre teselsül ettirilmiş ve madde belirtilen değişiklik doğrultusunda ve yapılan teselsül neticesinde çerçeve 6 ncı madde olarak kabul edilmiştir”. Tebliğ mazbatasında bulunması gereken bilgiler ve tebliğ mazbatasını düzenlenmesi için ayrıca bkz. Yönetmelik, m. 35; **Deliduman**, s. 142- 146.

G- Siyasi Temsilcilik Aracılığıyla Yabancı Ülkedeki Türk Vatandaşlarına Tebligata İlişkin Tebligat Kanunu m. 25/ a Hükümüne İlişkin Düzenleme

Öncelikle şu hususu belirtmek gerekir ki, “Siyasi Temsilcilik Aracılığıyla Yabancı Ülkedeki Türk Vatandaşlarına Tebligat” kenar başlıklı Tebligat Kanunu m. 25/ a hükmü⁹⁶, 19. 03. 2003 tarih ve 4829 sayılı Kanunla getirilen bir düzenlemedir. Zira 4829 sayılı Kanun (m. 8), Tebligat Kanununun 2 inci maddesinin 2. fıkrasını yürürlükten kaldırmış ve Kanuna 25/ a hükmünü eklemiştir. Daha sonra ise 2011 yılında 6099 sayılı Kanunla (m. 7) 25/ a maddesine son (beşinci) fıkra eklenmiştir. Eklenen bu hükme göre; “*Bu maddeye göre kazaî merciler tarafından çıkarılacak tebligatta, tebliğ evrakı doğrudan o yerdeki Türkiye Büyükelçiliği veya Konsolosluguna gönderilebilir*”.

Şu halde bir bütün olarak 25/ a maddesine bakmak yararlı olacaktır:

“Madde 25/a - (Ek madde: 19/03/2003 - 4829 S.K./8. md.)

Yabancı ülkede kendisine tebliğ yapılacak kimse Türk vatandaşı olduğu takdirde tebliğ o yerdeki Türkiye Büyükelçiliği veya Konsoloslugu aracılığıyla da yapılabilir.

Bu halde bildirim Türkiye Büyükelçiliği veya Konsoloslugu veya bunların görevlendireceği bir memur yapar.

Tebliğin konusu ile hangi merci tarafından çıkarıldığı bilgilerinin yer aldığı ve otuz gün içinde başvurulmadığı takdirde tebliğin yapılmış sayılacağı ihtarını içeren bildirim, muhataba o ülkenin mevzuatının izin verdiği yöntemle gönderilir.

Bildirimin o ülkenin mevzuatına göre muhataba tebliğ edildiği belgelenildiğinde, tebliğ tarihinden itibaren otuz gün içinde Türkiye Büyükelçiliği veya Konsolosluguna başvurulmadığı takdirde tebligat otuzuncu günün bitiminde yapılmış sayılır. Muhatap Türkiye Büyükelçiliği veya Konsolosluguna başvurduğu takdirde tebliğ evrakını almaktan kaçınırsa bu hususta düzenlenecek tutanak tarihinde tebliğ yapılmış sayılır. Evrak bekletilmeksizin mercisine iade edilir.

(Ek fıkra: 11/01/2011-6099 S.K./7.md.) *Bu maddeye göre kazaî merciler tarafından çıkarılacak tebligatta, tebliğ evrakı doğrudan o yerdeki Türkiye Büyükelçiliği veya Konsolosluguna gönderilebilir”.*

⁹⁶ Ayrıca bkz. Yönetmelik, m. 43.

Şu halde; bugüne kadar yurt dışı temsilciliklerine gönderilen tebligat Adalet Bakanlığı aracılığıyla yapılmasına karşılık, maddeye eklenen yeni fıkrada bu hususta kolaylık getirilmiştir⁹⁷. Böylece yeni getirilen düzenleme ile Türk vatandaşları bakımından, Adalet Bakanlığının aracılığı olmadan, doğrudan ilgili siyasi temsilciliğe tebligatın gönderilmesi usulü kabul edilmiştir. Zira Adalet Bakanlığının aracılığı sadece şekli hususların incelenmesi ile ilgilidir. Bu inceleme yargı organınca yapıp tebliğ evrakı gönderilebilecek, böylece hem zaman hem de para kaybı önlenecektir. Ayrıca, Türk yargı organının yine Türk vatandaşı olan taraf için doğrudan Türk temsilciliğini kullanarak tebligat yapması hiçbir sakınca doğurmayacak, bilakis birçok yarar sağlayacaktır. Ayrıca, çok özel durumlarda, ilgili yargı organının Adalet Bakanlığı aracılığıyla temsilcilik üzerinden tebligat yaptırması bazen gerekli olabilir. Bu gibi istisnai durumlarda da bir sakıncanın ve boşluğun doğmaması için, hüküm emredici şekilde düzenlenmemiş, "gönderilebilir" ifadesi kullanılarak bu ihtimal de açık tutulmuştur. Böylece, gerektiğinde yargı organının ilgili temsilciliğe doğrudan değil, Adalet Bakanlığının aracılığıyla tebligatı ulaştırmasının önü de tamamen kapatılmamıştır⁹⁸.

Konuya ilişkin olarak Yönetmelik hükümlerine bakıldığında, Yönetmeliğin 38 inci maddesinde öncelikle "Yabancı ülkelerde bulunanlara tebligat" ile ilgili hüküm öngörülmüş; Yönetmeliğin 42. maddesinde "Yabancı ülkelerdeki Türk vatandaşı olmayanlara tebligat"⁹⁹ düzenlenmiş; son olarak ise 43 üncü maddesinde sadece Türk vatandaşları bakımından uygulanacak olan "Yabancı ülkelerde Türk vatandaşına yapılacak tebligata" yer verilmiş olmaktadır¹⁰⁰. Burada şu husus da belirtilmelidir ki, yurt dışındaki Türk vatandaşlarına¹⁰¹ doğrudan siyasi temsilcilik aracılığıyla yapılan tebli-

⁹⁷ Madde 7'ye ilişkin Hükümet Gerekçesi

⁹⁸ Madde 7'ye ilişkin Hükümet Gerekçesi. Bu hususun emredici olmadığına ilişkin olarak ayrıca bkz. **Akcan/ Ercan**, s. 97; **Akil**, s. 259.

⁹⁹ Ayrıca bkz. Yönetmelik, m. 38/ 2: "*Dışişleri Bakanlığının aracılığına gerek görülmeyen hallerde, tebligat evrakı bakanlıklarca doğrudan o yerdeki Türkiye Büyükelçiliğine veya başkonsolosluluğuna gönderilebilir*". Ayrıca karşı. Yönetmelik, m. 42: "*Yabancı ülkede kendisine tebligat yapılacak kişi Türk vatandaşı olmadığı takdirde, tebligat o ülkenin yetkili makamı vasıtasıyla yapılır. Bunun için anlaşma veya o ülke kanunları müsait ise, o yerdeki Türkiye siyasi memuru veya konsolosu tebligat yapılmasını yetkili makamdandır*".

¹⁰⁰ Konuya ilişkin olarak bkz. ve karşı. **Yılmaz/ Çağlar**, s. 727- 729; **Muşul**, s. 92- 94.

¹⁰¹ Yabancılarla yapılacak tebligatlar bakımından Türkiye'nin 9.7.1971 tarih ve 1483 sayılı Kanunla (RG. 17.06.1972, Sa. 14218) uygun bularak katılmış olduğu 15. 11. 1965 tarihli Hukuki ve Ticari Konularda Adli ve Gayri Adli Belgelerin Yabancı Memleketlerde Tebliğine Dair La Haye Sözleşmesi'nin 10 uncu maddesi özellikle göz önünde bulundurul-

gatlarda, yurt dışı tebligat gideri hariç olmak üzere masraf yatırılmasına gerek bulunmamaktadır. Aksi takdirde mahkemenin hatalı olarak istemi üzerine yatırılmış olan masrafın ilgisine iadesi gerekir¹⁰².

H- İlanen Tebligatın Elektronik Ortamda Da Yapılabilmesini Öngören Tebligat Kanunu m. 29/ Bent 1 Hükümüne İlişkin Düzenleme

İlanen tebligata ilişkin Tebligat Kanununun eski hükmünde, ilanın “*alاکالının ıtılaina en emin bir şekilde vasıl olacağı umulan ve varsa tebliğı çıkaran merciin bulunduğu yerde intişar eden birer gazetede yapılacağı*” hükme bağlanmıştı (Eski Teb. K. m. 29/ 1). Yeni Kanun ise yukarıdaki ifadeye ilave olarak, ilanen tebligatın “*ayrıca elektronik ortamda*” yapılacağına ilişkin bir düzenleme getirmiştir.

Şu halde 6099 Sayılı Kanunla değişik **Tebligat Kanunu m. 29/ 1** hükmüne ilişkin yeni düzenleme şu şekildedir:

“İlan suretiyle tebliğ, tebliğı çıkartacak merciin mucip sebep beyaniyle vereceğı karar üzerine aşağıdaki şekilde yapılır.

1. İlan alakalının ıtılaina en emin bir şekilde vasıl olacağı umulan ve varsa tebliğı çıkaran merciin bulunduğu yerde intişar eden birer (Değişik ibare: 11/01/2011-6099 S.K./8.mad.) gazetede ve ayrıca elektronik ortamda yapılır”¹⁰³.

Görüldüğü gibi, yapılan değişiklikle ilânen tebligatın elektronik ortamda yapılabilmesi mümkün hâle getirilmiştir. Burada ilânen tebligatın tamamen elektronik ortamda yapılması değil, diğer ilânen tebligat yöntemlerine ek bir şekilde düzenlenmesi kabul edilmiştir. Buna göre ilânen tebligatın, gazete yanında, ayrıca elektronik ortamda da yapılması gerekmektedir¹⁰⁴.

Aslında **ilânen tebligat farazî bir tebligattır**. Zira ilânı, muhatabın görüp görmeyeceğı, bu tebligattan haberdar olup olamayacağı meçhuldür. Bu sebeplerdir ki, ilânen tebligat, en son çare olarak ve araştırmalara rağmen

malıdır. Bkz. **Ruhi, Ahmet Cemal**, Türkiye’den Yurt Dışına Yapılan Tebligat, AÜEHFD, C. VII, Sa. 1- 2, Haziran 2003, s. 533 vd; ayrıca bkz. **Akil**, s. 259.

¹⁰² **Ruhi, Ahmet Cemal**, Yurt Dışı Tebligat ve İstinabe İstemlerinde Masraf Gerektiren Durumlar, AÜEHFD, C. IX, Sa. 3- 4, 2005, s. 417- 418.

¹⁰³ Bkz. 6099 Sayılı Kanun m. 8: “7201 sayılı Kanunun 29 uncu maddesinin birinci fıkrasının (1) numaralı bendinde yer alan “ayrıca” ibaresi metinden çıkarılmış ve anılan bentte yer alan “gazetede” ibaresi “gazetede ve ayrıca elektronik ortamda” olarak değiştirilmiştir”.

¹⁰⁴ Madde 8’e ilişkin Hükümet Gerekçesi.

muhabata ulaşamama ihtimaline karşı düzenlenmiştir. Elektronik ortamda yapılacak ilânen tebligattan haberdar olma ihtimali, klasik yöntemlerle yapılan ilânen tebligata göre çok yüksektir. Bir kimsenin her gazeteyi okuması ya da her ilâna bakması mümkün değildir; ancak bir arama motorundan veya ilgili elektronik resmî ilân ortamına girerek ilânen tebligatı öğrenmesi mümkündür. Tüm bu yararları dikkate alındığında, klasik yöntemler yanında elektronik ortamda da ilânen tebligat yapılması kabul edilmiştir¹⁰⁵. Bu düzenleme ile, eski düzenlemeden farklı olarak gazete ile yapılan ilan ile yetinilmemiş, buna elektronik ortamda yapılan ilân da eklenmiştir. Böylelikle yeni düzenlenmenin, ilgilinin kendisine yapılan tebligatı daha kolay olarak öğrenebilmesinin yanı sıra, hukuki dinlenilme hakkının gerçekleşmesi bakımından isabetli olduğu söylenebilir¹⁰⁶.

Kanımızca getirilen bu yeni düzenleme, esasen elektronik tebligata ilişkin 6099 sayılı Kanunla değişik yeni Tebligat Kanunu m. 7/ a hükmünün doğal bir sonucudur. Zira elektronik tebligatı kabul eden kanun koyucunun, ilan tebligatında elektronik tebligat usulünü düzenlememesi büyük bir eksiklik olurdu. Bu nedenle, ilan tebligatın “*ayrıca elektronik ortamda*” yapılacağına ilişkin olarak getirilen bu düzenleme isabetli olmuştur. Zira gerekçe de belirtildiği gibi, elektronik ortamda yapılacak ilânen tebligattan haberdar olma ihtimali, diğer klasik yöntemlerle yapılan ilânen tebligata göre çok yüksektir. Ancak bu yöntemin diğer ilânen tebligat yöntemlerine ek olarak düzenlendiğini, bir başka deyişle ilânen tebligatın tamamen elektronik ortamda yapılmasının söz konusu olamayacağını unutmamak gerekir.

¹⁰⁵ Madde 8’e ilişkin Hükümet Gerekçesi.

¹⁰⁶ **Akil**, s. 260. Genel olarak tebligat yapılmasının hukuki dinlenilme hakkının bir unsuru olduğuna ilişkin olarak bkz. **Özkes, Muhammet**, Medeni Usul Hukukunda Hukuki Dinlenilme Hakkı, Ankara 2003, s. 86; **Pekcanitez, Hakan**, Medeni Usul Hukukunda Hukuki Dinlenilme Hakkı, Prof. Dr. Seyfullah Edis’e Armağan, İzmir 2000, s. 770; **Pekcanitez/ Atalay/ Özkes**, s. 227; **Erdoğan, Gülnur**, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Medeni Yargıda Adil Yargılanma Hakkı, Ankara 2011, s. 154- 155; **İnceoğlu, Sibel**, İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında Adil Yargılanma Hakkı- Kamu ve Özel Hukuk Alanlarında Ortak Yargısal Hak ve İlkeler, Gözden Geçirilmiş 2. Bası, İstanbul 2005, s. 236 vd; **Yeşilova, Bilgehan**, Yargılama Diyalektiği ve Silahların Eşitliği, TBBD, 2010, Sa. 86, s. 62. Türk Hukukunda, taraflar yargılamadan ve yapılan işlemlerden mahkemenin bildirim sonucu haberdar olabilecekleri gibi, bizzat da bilgi edinebilirler. Tarafların mahkeme aracılığıyla bilgilendirilmeleri, bazı hallerde tebliğ, bazı hallerde tarafa bizzat bildirimle söz konusu olabilir (**Pekcanitez- Hukuki Dinlenilme Hakkı**, s. 770; **Özkes**, s. 95).

İ- Adres Değiştirmenin Bildirilmesi Mecburiyetine İlişkin Tebligat Kanunu m. 35, f. 2 ve 4 Hükümüne İlişkin Değişiklik ile Tebligat Kanunu m. 35, f. 5 (son) Hükümüne İlişkin Düzenleme

6099 sayılı Kanunun 9. maddesi ile, Tebligat Kanununun “Adres Değiştirmenin Bildirilmesi Mecburiyeti” kenar başlıklı m. 35 hükmü şu şekli almıştır:

“Kendisine veya adresine kanunun gösterdiği usullere göre tebliğ yapılmış olan kimse, adresini değiştirirse, yenisini hemen tebliğ yaptırmış olan kaza merciine bildirmeye mecburdur. Bu takdirde bundan sonraki tebliğler bildirilen yeni adrese yapılır (f. 1).

(Değişik fıkra: 11/01/2011-6099 S.K./9.md.) Adresini değiştiren kimse yenisini bildirmediği ve adres kayıt sisteminde yerleşim yeri adresi de tespit edilemediği takdirde, tebliğ olunacak evrakın bir nüshası eski adrese ait binanın kapısına asılır ve asılma tarihi tebliğ tarihi sayılır (f. 2).

(Değişik fıkra: 19/03/2003 - 4829 S.K./11. md.) Bundan sonra eski adrese çıkarılan tebliğler muhataba yapılmış sayılır (f. 3).

(Değişik fıkra: 11/01/2011-6099 S.K./9.md.) Daha önce tebligat yapılmamış olsa bile, tüzel kişiler bakımından resmî kayıtlardaki adresleri esas alınır ve bu madde hükümleri uygulanır (f. 4).

(Ek fıkra: 11/01/2011-6099 S.K./9.md.) Daha önce yurt dışındaki adresine tebligat yapılmış Türk vatandaşı, yurt dışı adresini değiştirir ve bunu tebliğ çıkaran mercie bildirmez, adres kayıt sisteminden de yerleşim yeri adresi tespit edilemezse, bu kişinin yurt dışında daha önce tebligat yapılan adresine Türkiye Büyükelçiliği veya Konsolosluga 25/a maddesine göre gönderilen bildirim adresine ulaştığının belgelendiği tarihten itibaren otuz gün sonra tebligat yapılmış sayılır (f. 5)”.

Bu hükümden hareketle, yapılan düzenlemelerle ilgili olarak aşağıdaki sonuçlara ulaşmak mümkündür:

i- Öncelikle yeni düzenlemeden anlaşıldığı üzere, Teb. K. m. 35, f. 1 hükmü bakımından bir değişiklik yapılmamış, yani bu fıkra hükmü aynen muhafaza edilmiştir. şu halde; daha önce kendisine usulüne uygun şekilde tebligat yapılmış olan kimse, adresini değiştirdiğinde yenisini bildirirse, tebligat bu yeni adrese yapılacaktır.

ii- Teb. K. m. 35, f. 2’ye ilişkin olarak eski düzenlemeye göre (Değişik 2. fıkra: 19. 03. 2003- 4829 S.K./ 11 md.)¹⁰⁷; adresini değiştiren kimse, yenisini-

¹⁰⁷ Eski hükme ilişkin açıklamalar için bkz. **Yılmaz/ Çağlar**, s. 922 vd.

ni bildirmediği ve yeni adres tebliğ memurunca da tespit edilemediği takdirde, tebliğ olunacak evrakın bir nüshası eski adrese ait binanın kapısına asılıyor ve asılma tarihi, tebliğ tarihi sayılıyordu. Yeni düzenleme ile, adresini değiştiren, ancak yeni adresini yargı organına bildirmeyen kişi, gerçek kişi ise, öncelikle adres kayıt sisteminde kayıtlı adresine tebligat yapılacaktır. Dolayısıyla, adres kayıt sistemi oluşturulduğundan, tebligat memurunun ayrıca adres araştırması yapması söz konusu olmayacaktır. Buna karşılık, gerçek kişiler bakımından adres kayıt sisteminde bir adresin bulunmaması çok zayıf bir ihtimaldir. Ancak zayıf da olsa, yeni düzenleme ile, bu ihtimalin gerçekleşmesi durumu da gözetilerek, tıpkı eski hükümde olduğu gibi, evrakın bir nüshasının eski adrese ait binanın kapısına asılacağı ve bunu da tebligat tarihi sayılacağı şeklindeki fıkranın geri kalan kısmı aynen muhafaza edilmiştir¹⁰⁸.

iii- Teb. K. m. 35, f. 4 hükmüne ilişkin yeni düzenleme, tüzel kişiler bakımından özel ve açık bir düzenleme getirmiştir. Tüzel kişilerin adreslerinin, bir sicil veya resmî kayıtla belirli olması sebebiyle meçhul olması düşünülemez. Bu nedenle **daha önce kendilerine tebligat yapılmamış olsa bile, tüzel kişiler bakımından resmî kayıtlardaki adreslerinin esas alınacağı ve bu madde hükümlerinin uygulanacağı** açıkça düzenlenmiştir¹⁰⁹.

iv- Teb. K. m. 35'e yeni eklenen **son fıkrada** ise, yurt dışında bulunan Türk vatandaşları bakımından 35 inci maddenin nasıl uygulanacağı hususu açıklığa kavuşturulmuştur. Bu düzenleme ile daha önce kendisine yurt dışında tebligat yapılan Türk vatandaşlarının da adres değişikliklerini ilgili yargı organına bildirmesi zorunluluğu kabul edilerek, bu değişiklik bildirilmediğinde nasıl bir yol izleneceği belirtilmektedir. Daha önce kendisine usulünce tebligat yapılan kimse adresini değiştirdiği halde bu değişikliği bildirmezse, önce adres kayıt sistemindeki adresine bakılacaktır. Çünkü yurt dışındaki Türk vatandaşları bakımından da adres kayıt sisteminde açık adres kaydı tutulması zayıf bir ihtimal de olsa, adres kayıt sisteminden de yerleşim yeri adresi tespit edilemezse, bu yurt dışında daha önce usulüne uygun şekilde tebligat yapılan adresine, Türkiye Büyükelçiliği veya Konsoloslğunca Kanunun 25/a maddesine göre gönderilen bildirim adresine ulaştığının belgelenildiği tarihten itibaren otuz gün sonra tebligat yapılmış sayılacaktır. Bu yöntem, aynı zamanda Kanunun 25/a maddesindeki yöntemle uyumlu bir düzenleme olup, ortaya çıkacak belirsizlikleri gidereceği gibi, bu yolla ortaya çıkacak zaman ve para kaybının da önüne geçilmiş olacaktır. Konsoloslğunca Kanunun 25/a maddesine göre gönderilen bildirim adresine ulaştığının

¹⁰⁸ Karş. Madde 9'a ilişkin Hükümet Gerekçesi.

¹⁰⁹ Bkz. Madde 9'a ilişkin Hükümet Gerekçesi.

belge tarihten itibaren otuz gün sonra tebligat yapılmış sayılacaktır. Bu yöntem, aynı zamanda Kanunun 25/a maddesindeki yöntemle uyumlu bir düzenleme olup, ortaya çıkacak belirsizlikleri gidereceği gibi, bu yolla ortaya çıkacak zaman ve para kaybının da önüne geçilmiş olacaktır¹¹⁰.

J- Celse Esnasında veya Kalemde Tebligata İlişkin Tebligat Kanunu m.36'ya İlişkin Değişiklik

Tebligat Kanununun “Celse esnasında tebligat” kenar başlıklı eski düzenlemesi “*Celse esnasında davayı ait evrakın taraflara, müdahale veya vekillerine tevdi, tebliğ hükmündedir*” şeklinde bir hüküm içermekteydi. Bu hükmün amacının tebligatta kolaylık sağlamak olduğu belirtilebilir¹¹¹. Ayrıca tebliğden maksat ilgilinin o hususta bilgi edinmesini sağlamaktır. Bu nedenle duruşmada sırasında belgenin ilgili tarafa verilmesi ile amaca ulaşılmış olmaktadır¹¹². 6099 sayılı Kanunla (m. 10) değişik Tebligat Kanunu m. 36 ncı maddesi¹¹³ başlığıyla birlikte aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir:

“Celse esnasında veya kalemde tebligat:

MADDE 36 - Celse esnasında veya kalemde, soruşturmaya, davaya ya da takibe ait evrakın, taraflara, ilgili üçüncü kişilere, katılana¹¹⁴ veya vekillerine tutanağa geçirilmek suretiyle veya imza karşılığında, tebliğ konusu belirtilerek tevdi, tebliğ hükmündedir. Bu durumda ayrıca tebliğ mazbatası düzenlenmesi gerekmez ve masraf da alınmaz”.

Uygulamada sıkça başvurulmuş celse esnasında veya kalemde tebligat ucuz ve pratik bir yöntemdir. Böylece hukuki dayanağı olmayan uygulamadaki usul kanunlaşmış olmaktadır. Bu usulle tebligat yapılması halinde tebliğ mazbatası da düzenlemeyeceği gibi masraf da alınmayacaktır¹¹⁵. Bu şekilde;

¹¹⁰ Bkz. Madde 9'a ilişkin Hükümet Gerekçesi.

¹¹¹ Bkz. Eski Hükümün Hükümet Gerekçesi (Yılmaz/ Çağlar, s. 987).

¹¹² Yılmaz/ Çağlar, s. 987.

¹¹³ Aynı şekilde bkz. Yönetmelik, m. 58.

¹¹⁴ Kanımızca yeni düzenlemede “katılan” deyiminin kullanılması yerinde olmamıştır. Zira hukukumuzda “müdahale” terimi artık yerleşik bir terim haline gelmiştir. Kaldı ki, yeni HMK'da (m. 65 vd.) müdahale ve müdahil terimleri kullanılmıştır. Müdahil teriminin isabetli olduğuna ilişkin ifadelerle ayrıca HMK Genel Gerekçesinde de rastlanmaktadır. Bkz. : “...Genel kabul görmeyen terimlere Tasarıda yer verilmemesine özen gösterilmiştir. Örneğin “bağımlı katılan” yerine, “fer’î müdahil”, “bağımsız katılan” yerine, “aslı müdahale” terimleri kullanılmıştır...” (Bkz. HMK- Genel Gerekçe)

¹¹⁵ Ayrıca bkz. Yönetmelik, m. 58.

tebligatın ikinci unsuru olan belgelendirme işleminden vazgeçildiği için, doğrudan doğruya tebligat hallerinden birini düzenleyen¹¹⁶ bu hükme ilişkin Anayasa Komisyonu Gerekçesine göre; "... (Kanunun) 36 ncı maddesine uygulamada zaman zaman taraf ve katılan sıfatına sahip olmayan üçüncü kişilere de celse esnasında veya kalemde tebligat yapılması gereken durumların ortaya çıkabilmesi ihtimaline binaen "tarafalara" ibaresinden sonra gelmek üzere "ilgili üçüncü kişilere", maddenin sonuna da "ve masraf da alınmaz." ibaresi eklenmiştir. Eklenen hüküm ve yapılan değişiklik çerçevesinde madde kabul edilmiştir. Böylece uygulamada celse esnasında veya kalemde soruşturmaya, davaya ya da takibe ait evrakın taraflara tevdi tebliğ hükmünde olmasına ve bu işlem için ayrıca bir tebligat masrafına gerek olmasına rağmen tebliğ masrafı yapılmış veya yapılacakmış gibi ayrıca tebligat masrafı talep edilmesi uygulamasının önüne geçmek amacıyla bu yönde bir değişiklik yapılması ve anılan hükmün eklenmesi Komisyonumuzca uygun görülmüştür...".

Burada şu hususu belirtmek gerekir ki, belgenin tevdi edildiği gün tebliğ tarihi sayıldığı için, süreler de bu tarihten itibaren başlayacaktır¹¹⁷.

Şu halde, yeni düzenleme ile getirilen yenilikleri şu şekilde belirtmek mümkündür:

i- Eski hükmün kenar başlığında "celse esnasında" tebligattan söz edildiği halde, yeni hükümde (m. 36) maddenin kenar başlığı "*Celse esnasında veya kalemde tebligat*" şeklinde değiştirilmiştir.

ii- Eski hükümde tebliğ hükmünde sayılacak sadece "davaya ait evraktan" söz edildiği halde, yeni düzenlemede isabetli olarak "*soruşturmaya, davaya ya da takibe ait evrak*" tan söz edilmiştir.

iii- Eski hükümde "*Celse esnasında davaya ait evrakın taraflara, müdahile veya vekillerine tevdi*"nden söz edildiği halde; yeni düzenlemede bu kişilere ilave olarak "*ilgili üçüncü kişilere*" tevdiinden de söz edilmiştir¹¹⁸.

iv- Eski hükümde celse esnasında tebligat durumunda "*tebliğ mazbatası düzenlenmesinin gerekip gerekmeyeceğine ve masraf alınıp alınmayacağına*" ilişkin bir ibare yoktu. Bununla birlikte, Yönetmelik ile yürürlükten kalkan Tebligat Tüzüğü'nün celse esnasında tebligatla ilgili tüzük hükmü-

¹¹⁶ Moroğlu/ Muşul, s. 47; Akil, s. 262.

¹¹⁷ Bkz. 9. HD. 25. 12. 1990, 5059/ 14304 (Yılmaz/ Çağlar, s. 988).

¹¹⁸ Yeni düzenlemede "vekil" terimi kullanılmıştır. Bunlara kanuni temsilcileri de ilave etmek gerekir. Çünkü kanuni temsilcilere de celse veya kalemde tebligat yapılabilir (Akcan/ Ercan, s. 101).

ne¹¹⁹ (Tüz. m. 56) yollama yapılan 59. maddesinde, celse esnasında tebligat- ta ayrıca tebliğ mazbatası tanzim edilmeyeceği düzenlenmişti. Yeni düzen- lemede (Tebligat K. m. 36, c. 2) ise, tıpkı Yönetmeliğin 58 inci maddesinde olduğu gibi, bu durumda masraf da alınmayacağı açıkça ifade edilmiştir. Sonuç olarak bu durum, yeni düzenlemede “*Bu durumda ayrıca tebliğ maz- batası düzenlenmesi gerekmez ve masraf da alınmaz*” (Teb. K. m. 36/ son cümle; Yönetmelik, m. 58/ son cümle) şeklinde ifade edilmiştir.

v- Eski hükümde, tebliğin bu şekilde yapıldığının tutanağa geçirilmesin- den veya imza karşılığında tevdiinden söz edilmemişti. Fakat doktrinde, eski hüküm bakımından da, celse esnasında tebliğin yapılıp yapılmadığı husu- sunda ileride çıkması muhtemel uyuşmazlıkları önlemek amacıyla, tebliğin bu şekilde yapıldığının mahkeme tutanağında belirtilmesi ve hatta belgenin taraflara verildiğinin onların imzaları alınarak belgelendirilmesinin uygun olacağına ilişkin görüşler söz konusu idi¹²⁰. Böylelikle doktrindeki görüşle- rin yeni düzenlemeye (gerek Kanun gerekse Yönetmeliğe) yansdığı söyle- nebilir.

K- Tapu İdarelerince Yapılacak Tebligatı Düzenleyen Tebligat Ka- nunu m. 49 Hükümüne İlişkin Düzenleme

Tebligat Kanununun tapu idarelerince yapılacak tebligatı düzenleyen 49. maddesi, 6099 sayılı Kanunun 11. maddesi ile değişikliğe uğramıştır. Eski düzenleme “Tapuda kayıtlı veya miras ...” şeklinde başlamasına rağmen, yeni düzenleme “Tapuda kayıtlı taşınmazların veya miras, ...” şeklinde ka- leme alınmıştır. Yeni hükme göre (Yeni Teb. K. m. 49): “*Tapuda kayıtlı taşınmazların veya miras, istimlak, cebrî icra veya mahkeme ilâmı ile ikti- sapta bulunan hak sahipleri, adreslerini ve değiştirdikleri takdirde yenisini, buldukları yerin tapu idaresine bildirmeye mecburdur. Davetiye veya tebliğ evrakı, bu suretle bilinen son adrese gönderilir. Hak sahiplerinin ad- res bildirmemeleri hâlinde adres kayıt sistemindeki adresleri tebligat adres- leri olarak kabul edilir*”. Şu halde yeni düzenlemede, adres kayıt sisteminin oluşturulması nedeniyle, ikinci fıkradaki adres belirsizliği ve ilanen tebligat ihtiyacı ortadan kalktığından eski düzenleme kaldırılmış ve hak sahibinin

¹¹⁹ Tebligat Tüzüğü de yürürlükten kaldırılmıştır. Bkz. Tebligat Tüzüğü'nün Yürürlükten Kaldırılmasına Dair Tüzük, m. 1: “20/8/1959 tarih ve 4/12059 sayılı Bakanlar Kurulu Kararıyla yürürlüğe konulan Tebligat Tüzüğü yürürlükten kaldırılmıştır” (RG. 7. 08.2012, Sa. 28377).

¹²⁰ **Yılmaz/ Çağlar**, s. 988. Ayrıca Adalet Bakanlığı'nın 1. 2. 1959 tarih ve 78/ 25- 20679 sayılı eski bir Genelgesinin yanı sıra, Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun eski tarihli (15. 11. 1972; 718/ 916) bir kararı de bu yönde idi. Bkz. **Yılmaz/ Çağlar**, s. 988, dn. 3-4.

adresinin bilinmemesi halinde, adres kayıt sistemindeki adresin tebligat adresi kabul edileceği yönünde bir düzenleme getirilmiştir. Hâlbuki eski düzenlemede; tapuda adresi olmayan veya mevcut adresine tebligat yapılamayan ve tebliğ memurunca da yeni adresi tespit edilemeyen hak sahibine ilan suretiyle tebligat yapılacağı, ayrıca tapu idaresi tarafından ilanın bir nüshasının taşınmazın bulunduğu köy veya mahalle muhtarına, orada mutad olan şekilde ilan edilmek üzere tevdi edileceği ve bu şekilde yapılan sonuncu ilan tarihinden itibaren 15 günün dolmasıyla hak sahibine tebligat yapılmış sayılacağı öngörülmüştü¹²¹.

L- Diğer Hükümler

1- Tebligat Kanunu m. 60 Hükümüne İlişkin Düzenleme

6099 Sayılı Kanunla değişik Tebligat Kanununun “Yönetmelik” kenar başlıklı 60. maddesine ilişkin (yeni) düzenlemeye göre; “*Bu Kanunun uygulanmasına ilişkin usûl ve esaslar İçişleri, Maliye ve Ulaştırma bakanlıklarının görüşü alınmak suretiyle, Adalet Bakanlığı tarafından çıkarılacak yönetmelikle belirlenir*”. Böylece Kanunun 60 ıncı maddesi değiştirilerek Tebligat Tüzüğü yerine geçmek üzere bir yönetmelik hazırlanması öngörülmüştür¹²². Daha önce de belirtildiği üzere adı geçen yönetmelik, “Tebligat Kanununun Uygulanmasına Dair Yönetmelik” adıyla, 25 Ocak 2012 tarih ve 28184 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanmış ve yayımı tarihinde yürürlüğe girmiştir¹²³.

2- Teknik Altyapının Kurulması ve Tüzük Hükümlerinin Uygulanmasına İlişkin Tebligat Kanununun Geçici 1. Maddesi Hükümü

6099 Sayılı Kanunla değişik Tebligat Kanunu Geçici Madde 1 hükmüne göre;

¹²¹ Taşınmazların vatandaşlar için taşıdığı ekonomik değer dikkate alınarak, hiç olmazsa adres kayıt sisteminde adresi bulunmayan ilgililer bakımından ilan suretiyle tebligat usulünden vazgeçilmesinin isabetli bir düzenleme olmadığı yönündeki görüş için bkz. **Akil**, s. 263. Eski düzenleme bakımından ayrıca bkz. **Yılmaz/ Çağlar**, s. 1022- 1024.

¹²² Tüzük çıkarmanın prosedürünün ağır olması nedeniyle Yönetmelik çıkarılmasının uygun görüldüğüne ilişkin olarak bkz. **Ruhi**- Tebligat Hukuku, s. 988.

¹²³ Bu konuda öncelikle bir tüzük çıkarılmasının vatandaşlara daha fazla hukuki güvence sağlayabileceğine ilişkin görüş için bkz. **Akil**, s. 263.

“Yeni Posta ve Telgraf Teşkilatı Genel Müdürlüğü, elektronik ortamda yapılacak tebligatla ilgili her türlü teknik altyapıyı bu maddenin yürürlüğe girdiği tarihten itibaren en geç bir yıl içinde kurarak faaliyete geçirir.

60 nci maddede belirtilen yönetmelik, bu maddenin yürürlüğe girdiği tarihi izleyen altı ay içinde hazırlanır. Anılan yönetmelik yürürlüğe girene kadar Tebligat Tüzüğü'nün bu Kanuna aykırı olmayan hükümlerinin uygulanmasına devam edilir.

Mevzuatta, Tebligat Tüzüğüne yapılan atıflar 60 nci madde hükmü uyarınca çıkarılacak yönetmeliğe yapılmış sayılır.”

Bu hükme ilişkin Hükümet gerekçesinde şu ifadeler yer almaktadır: “Maddeyle, 60 nci maddede belirtilen **yönetmeliğin** bu Kanunun yayımını izleyen **altı ay içinde hazırlanması** ve anılan yönetmeliğin yürürlüğe konulmasına kadar Tebligat Tüzüğü'nün bu Kanuna aykırı olmayan hükümlerinin uygulanmasına devam olunması öngörülmekte ve mevzuatta **Tebligat Tüzüğüne yapılan atıfların yönetmeliğe yapılmış sayılması** hükme bağlanmıştır. Diğer taraftan, Kanunun amacına ulaşabilmesi için en önemli husus **elektronik ortamda tebligatın yapılabilmesi için teknik altyapının zamanında yerine getirilmesidir**. Kamu kurum veya kuruluşları ile kişiler arasında elektronik yolla yapılacak tebligatın hukuken ve teknik olarak güvenli ve geçerli bir şekilde gerçekleştirilmesini sağlayan sistemin altyapısı PTT Genel Müdürlüğü tarafından gerçekleştirilecektir. Genel Müdürlüğe daha önce sistemi uygulayan uluslararası örneklerdeki tecrübe dikkate alınarak azamî **bir yıllık süre** verilmiştir. Böylece, hâlihazırda resmî tebligatı fizikî ortamda yapma görevi ve inhisarı olan PTT'ye, elektronik tebligat konusunda da bu görevi yürütmesi hususunda tekel olma hakkı verilmiştir”.

3- Yürürlükle İlgili Olarak Tebligat Kanununun 18. Maddesi Hükmü

6099 Sayılı Kanunla değişik Tebligat Kanunu Madde 18 hükmüne göre;

“Bu Kanunun;

a) 1 inci maddesiyle değiştirilen 7201 sayılı Kanunun 1 inci maddesinde yer alan elektronik ortamda tebligata ilişkin hüküm yayımı tarihinden bir yıl sonra,

b) 2 nci maddesiyle 7201 sayılı Kanuna eklenen 7/a maddesinin sermaye şirketlerine elektronik yolla tebligat yapılması zorunluluğu getiren ikinci fıkrası yayımı tarihinden iki yıl sonra, maddenin diğer fıkraları yayımı tarihinden bir yıl sonra,

c) 8 inci maddesi yayımı tarihinden dokuz ay sonra,

ç) Diğer hükümleri yayımı tarihinde,
yürürlüğe girer”.

III- SONUÇ

Belirli hukuki işlemlerin, hukuki sonuçlarından etkilenmeleri amaçlanan kimselere yetkili makam tarafından veya onun aracılığıyla kanuni şekilde bildirilmesi ve bu bildirim aynı şekilde belgelenmesi işlemi olarak tanımlanan tebligat, iddia ve savunma hakkının önemli bir unsuru ve adil yargılanma hakkının bir gereği olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu konuda özellikle 6099 Sayılı “Tebligat Kanunu ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun” ile Tebligat Kanununda değişikliklerin yapılması, ardından Tebligat Kanununun Uygulanmasına Dair Yönetmeliğin 25 Ocak 2012 tarih ve 28184 sayılı Resmi Gazete’de yayınlanması ve yayımı tarihinde yürürlüğe girmesi, bu konuda yeni hükümlerin tekrar gözden geçirilmesini gerektirmiştir.

Bu çerçevede öncelikle tebligatın yapılması kapsamında tebligatı çıkartmaya yetkili merciler konusunda yeni düzenlemeler yapılmış, elektronik tebligata ilişkin olarak Teb. K, m. 7/a hükmü öngörülmüş, bu hükümle sermaye şirketlerine elektronik yolla tebligat yapılmasının zorunlu olduğu belirtilmiştir. Elektronik iletişimin, klasik yöntemlere göre çok daha süratli ve çok daha az maliyetli bir iletişim yolu olması nedeniyle, elektronik tebligata ilişkin yeni düzenlemeleri takdirle karşılamak gerekir. Ancak gerek kişisel verilerin korunması, gerek bu konudaki alt yapı çalışmalarının ülke çapında tamamlanması ve gerekse elektronik yolla yapılan tebligatta tebligatın ulaşma anının ve tarihinin belirlenmesindeki sorunların çözümlenmesi ile, bu konuda yapılan eleştiriler en aza inecektir.

Bilinen adreste tebligat yapılmasına ilişkin Tebligat Kanunu m. 10, f. 2 hükmüne ilişkin yeni düzenleme, bilinen (bildirilen) en son adrese tebligat yapılacağını, ancak, tebligatın yapılmasını isteyen veya tebligatı çıkaran makamın bildirdiği adresin, tebligata elverişli olmadığı anlaşılması ya da bu adrese tebligat yapılamaması hâlinde, muhatabın 5490 sayılı Kanuna göre adres kayıt sistemindeki adresi bilinen son adresi olarak kabul edilerek, tebligatın buraya yapılacağını öngörmüştür. Böylece; adres kayıt sistemindeki adres, kişinin resmî tebligat adresi olarak kabul edilmiştir. Şu halde yeni düzenlemede adres kayıt sistemi dışında ayrıca bir adres araştırması yapılmayacaktır. Bu açıdan, adres kayıt sistemindeki adres, başkaca araştırma yapılmasını gerekli kılmayan son adres olarak kabul edilmiştir. Ayrıca çok zayıf bir ihtimal olmakla birlikte, muhatabın adres kayıt sisteminde de bir adresi bulunmuyorsa, bu durumda ancak o zaman adresi meçhul sayılarak,

28 inci maddedeki araştırmanın ardından ilânen tebligat yapılacağı belirtilmiştir.

Avukatın bürosuna yapılan tebligat ile ilgili Tebligat Kanunu m. 11, f. 2 hükmüne ilişkin düzenlemede, avukat tarafından takip edilen işlerde, avukatın bürosunda yapılacak tebligatlar, resmî çalışma gün ve saatleri içinde yapılacağı hükme bağlanmış, böylece avukat tarafından takip edilen işlerde, istisnai bir düzenleme getirmiştir. Ayrıca Tebligat Kanunu m. 21, f. 2 hükmüne ilişkin olarak tebliğ imkânsızlığı ve tebellüğden imtinayı düzenleyen maddeye ek yapılmış; siyasi temsilcilik aracılığıyla yabancı ülkedeki Türk vatandaşlarına tebligata ilişkin Tebligat Kanunu m. 25/ a hükmüne ilişkin olarak yeni getirilen düzenleme ile Türk vatandaşları bakımından, Adalet Bakanlığının aracılığı olmadan, doğrudan ilgili siyasi temsilciliğe tebligatın gönderilmesi usulü kabul edilmiştir.

Tebligat Kanunu m. 29/bent 1 hükmüne ilişkin düzenleme ile, ilânen tebligatın elektronik ortamda yapılabilmesi mümkün hâle getirilmiştir.

Teb. K. m. 35, f. 2'ye ilişkin olarak yapılan yeni düzenleme ile, adresini değiştiren, ancak yeni adresini yargı organına bildirmeyen kişi, gerçek kişi ise, öncelikle adres kayıt sisteminde kayıtlı adresine tebligat yapılacaktır. Dolayısıyla, adres kayıt sistemi oluşturulduğundan, tebligat memurunun ayrıca adres araştırması yapması söz konusu olmayacaktır. Ayrıca Teb. K. m. 35, f. 4 hükmüne ilişkin yeni düzenleme, daha önce kendilerine tebligat yapılmamış olsa bile, tüzel kişiler bakımından resmî kayıtlardaki adreslerinin esas alınacağı ve bu madde hükümlerinin uygulanacağını öngörmüş; Teb. K. m. 35'e yeni eklenen son fıkrada ise, yurt dışında bulunan Türk vatandaşları bakımından 35 inci maddenin nasıl uygulanacağı hususu açıklığa kavuşturulmuştur.

Celse esnasında veya kalemde tebligata ilişkin Tebligat Kanunu m.36'ya ilişkin değişik hüküm ise, celse esnasında veya kalemde, soruşturmaya, davaya ya da takibe ait evrakın, taraflara, ilgili üçüncü kişilere, katılana veya vekillerine tutanağa geçirilmek suretiyle veya imza karşılığında, tebliğ konusu belirtilerek tevdi, tebliğ hükmündedir. Bu durumda ayrıca tebliğ mazbatası düzenlenmesi gerekmez ve masraf da alınmaz" şeklinde kaleme alınmıştır. Tapu idarelerince yapılacak tebligatı düzenleyen Tebligat Kanunu m. 49 hükmüne ilişkin düzenlemeyle adres kayıt sisteminin oluşturulması nedeniyle, ikinci fıkradaki adres belirsizliği ve ilânen tebligat ihtiyacı ortadan kalktığından eski düzenleme kaldırılmış ve hak sahibinin adresinin bilinmemesi halinde, adres kayıt sistemindeki adresin tebligat adresi kabul edileceği yönünde bir düzenleme getirilmiştir.

TÜRK BORÇLAR KANUNU'NUN HAKSIZ FÜLDEN DOĞAN BORÇ İLİŞKİLERİ ALANINDA GETİRDİĞİ YENİLİKLER VE DEĞİŞİKLİKLER

*Yrd. Doç. Dr. Alpaslan AKARTEPE**

I. GİRİŞ

Türkiye Büyük Millet Meclisi tarafından 22 Nisan 1926 tarihinde kabul edilen ve 743 sayılı Türk Kanunu Medenisi ile birlikte 4 Ekim 1926 tarihinde yürürlüğe giren 818 sayılı Borçlar Kanunu (BK), 1 Temmuz 2012 tarihi itibarıyla yerini 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'na (TBK) bırakmıştır.

Türk hukuk hayatının önemli kanunlarından birisi olan 818 sayılı Borçlar Kanunu'nun değiştirilmesindeki en temel etken, Kanunun günümüzde yaşanan ekonomik, sosyal ve teknolojik gelişmeler karşısında gerek dil açısından, gerekse düzenlediği hukuki müesseseler bakımından artık yetersiz kalmaya başlamış olması ve kendisinden beklenen işlevleri yerine getirmekte zorlanmasıdır. Bu değişim bir anlamda, hukuk kurallarının toplumun ihtiyaç duyduğu düzenlemeleri ve düzeni sağlamak zorunda olması, toplumlar değişip, geliştikçe hukuk kurallarının da buna paralel olarak değişip gelişmesi gereğinin bir sonucudur. Dolayısıyla, günün şartlarına ve ihtiyaçlarına cevap vermekte zorlanan 818 sayılı Borçlar Kanunu'nun yerini almak üzere yeni bir "*Borçlar Kanunu*" hazırlanması için çalışmalara başlanmıştır. Bu çalışmaların sonucunda, o zaman itibarıyla yürürlükte olan Borçlar Kanunu'nun genel yapısına ve sistematığına bağlı kalınarak hazırlanan Türk Borçlar Kanunu Tasarısı gerekli aşamalardan geçerek, 11.01.2011 tarihinde TBMM'de kabul edilmiş, 01.07.2012 tarihinde 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu olarak yürürlüğe girmiş ve hukuk hayatımızdaki yerini almıştır.

Çalışmamızda, Türk Borçlar Kanunu'nun birinci bölüm, birinci kısım, ikinci ayırımında yer verilen ve "*Borç İlişkisinin Kaynakları*"¹ arasında yer alan "*Haksız Fülden Doğan Borç İlişkileri*" alanında getirilen yenilik ve değişikliklerin neler olduğunu ele alacağız.

* Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi.

1 Türk Borçlar Kanunu'nda "*Haksız Fülden Doğan Borç İlişkileri*" (m. 49-76) dışında borç ilişkisinin kaynakları olarak, "*Sözleşmeden Doğan Borç İlişkileri*" (m. 1-48) ve "*Sebepsiz Zenginleşmeden Doğan Borç İlişkileri*" (m. 77-82) düzenlenmiştir.

II. SORUMLULUK ALANINDA GETİRİLEN YENİLİKLER VE DEĞİŞİKLİKLER

A) KUSUR SORUMLULUĞU

Türk Borçlar Kanunu, birinci bölümün ikinci ayırımında “*Haksız Fiilden Doğan Borç İlişkileri*” başlığı altında, BK m. 41’de olduğu gibi, sorumluluk hukukunun genel ilkesi olan kusur sorumluluğuna ilişkin bir düzenleme getirmiştir (TBK m. 49). Bu düzenlemeye göre, “*Kusurlu ve hukuka aykırı bir fiille başkasına zarar veren, bu zararı gidermekle yükümlüdür*”. Madde hükmü, kusurlu ve hukuka aykırı bir davranışla bir başkasına zarar veren kişinin bu zararı gidermekle yükümlü olduğunu düzenlemektedir. Burada kusur, sorumluluğun kurucu unsuru olarak kabul edildiği için bu tür sorumluluk “*kusur sorumluluğu*” olarak adlandırılmaktadır².

Görüldüğü üzere TBK, kusur sorumluluğunu genel kural olarak düzenlemiştir. Ancak günümüzde sanayi ve teknoloji alanında yaşanan gelişmelerin ortaya çıkardığı yeni sorumluluk alanları, gittikçe artan bir şekilde kusursuz sorumluluk hallerinin özellikle de tehlike sorumluluğunun dikkate alınmasını gerektirmektedir³.

B) KUSURSUZ SORUMLULUK

Kusursuz sorumluluk halleri, TBK m. 65’ten itibaren, “*Kusursuz sorumluluk*” başlığı altında kusursuz sorumluluğun dayandığı esaslara uygun olarak sırasıyla hakkaniyet sorumluluğu (m. 65), özen sorumluluğu (m. 66-70) ve tehlike sorumluluğu (m. 71) olmak üzere üç grupta düzenlenmiştir. Böylece TBK m. 65’in gerekçesinde de belirtildiği üzere, BK m. 41-60 arasında kusura dayanan sorumluluk yanında, kusursuz sorumluluk halleri de düzenlenmesine rağmen, “*kusursuz sorumluluk*” kenar başlığının kullanılmaması ile oluşan sistematik eksiklik giderilmiş olmaktadır.

1. Hakkaniyet Sorumluluğu

Türk Borçlar Kanunu’nun 65. maddesinde, bir kusursuz sorumluluk hali olan hakkaniyet sorumluluğu düzenlenmiştir. Söz konusu hükme göre, “*Hakkaniyet gerektiriyorsa; hâkim, ayırt etme gücü bulunmayan kişinin verdiği zararın, tamamen veya kısmen giderilmesine karar verir*”. Madde

² EREN, Fikret: Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, 14. Baskı, Ankara 2012, s. 493.

³ Nitekim bu hususu öngören TBK, tehlike sorumluluğuna ilişkin olarak m. 71’de genel bir düzenleme yapmıştır.

kanunlaşmış hali⁴ ile BK m. 54/f. I'de yer alan hükümle paralellik göstermekte ve ayırt etme gücünden yoksun olanların vermiş oldukları zararlardan dolayı, hakkaniyet ölçüsünde, kısmen ya da tamamen sorumlu olmalarını düzenlemektedir.

2. Özen Sorumluluğu

Objektif özen gösterme yükümlülüğünün ihlaline dayanan sorumluluk halleri, TBK m. 66-70 arasında düzenlenmiştir. Olağan sebep sorumluluğu olarak da ifade edilen bu sorumluluk türünde, sorumlu kimseye, hâkimiyeti altında olan kişi ya da kişilerin veya belirli bir şeyin zarara sebep olmaması için gerekli dikkat ve özeni gösterme mükellefiyeti yüklenmiştir. Objektif nitelikteki bu özen gösterme yükümlülüğünün ihlal edilmesi, bir başka ifadeyle denetim ve gözetim mükellefiyetinin yerine getirilmemesi halinde kanun tarafından sorumlu olması öngörülen kişi, bu ihlal dolayısıyla meydana gelen zararı gidermekle yükümlü kılınmıştır⁵.

Türk Borçlar Kanunu'nda adam çalıştıranın sorumluluğu (TBK m. 66), hayvan bulduranın sorumluluğu (TBK m. 67, 68) ve yapı malikinin sorumluluğu (TBK m. 69, 70) objektif özen yükümlülüğünün ihlaline dayanan sorumluluk halleri olarak düzenlenmiş bulunmaktadır. Bu sorumluluk hallerinden ilk ikisinde kanun koyucu tarafından, sorumlu olan kişilere gerekli dikkat ve özenin gösterdiklerini, yani objektif özen yükümlülüğünün yerine getirildiğini ispat ederek sorumluktan kurtulma imkânı getirilmişken, yapı malikinin sorumluluğunda zarardan sorumlu olanlara kurtuluş kanıtı getirme imkânı tanınmamıştır.

a) Adam Çalıştıranın Sorumluluğu

Adam çalıştıranın sorumluluğu TBK m. 66'da (BK m. 55) düzenlenmiştir. Kusursuz sorumluluk hallerinden birisi olan olağan sebep sorumluluğuna

4 Türk Borçlar Kanunu Tasarısı'nda bu hüküm (m. 64) iki fıkra olarak düzenlenmişti ve I. fıkra "*Tarafların ekonomik durumları göz önünde tutulduğunda, hakkaniyet gerektiriyorsa hâkim, kusura bağlı olmaksızın zarar verenin sebep olduğu zararın, uygun biçimde giderilmesine karar verebilir*" şeklinde hakkaniyet sorumluluğuna dair genel bir düzenleme içermekteydi. Ancak bu hüküm, "*kusur sorumluluğunun için boşalacağı, hukuk güvenliğine aykırı ve belirsiz bir sorumluluk alanının üretileceği, kusursuz sorumluluğun somut sebepler temelinde yasayla düzenlenmesi gerektiği, genel bir hakkaniyet sorumluluğunun benimsenemeyeceği*" gerekçesiyle Adalet Komisyonu tarafından Tasarı metninden çıkarılmıştır. Bu konuda bkz., Türk Borçlar Kanunu Tasarısı Adalet Komisyonu Raporu, s. 268.

5 EREN, age., s. 617; OĞUZMAN, M. Kemal/ÖZ, Turgut: Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, Cilt 2, İstanbul 2012, s. 8, 9.

ilişkin BK m. 55'teki iki fıkra halindeki düzenleme, içerikte yapılan eklemelerle birlikte TBK m. 66'da dört fıkra şeklinde kaleme alınmıştır.

Maddenin birinci fıkrası, “Adam çalıştıran, çalışanın, kendisine verilen işin yapılması sırasında başkalarına verdiği zararı gidermekle yükümlüdür.” demek suretiyle sorumluluğa ilişkin kuralı koymuştur. Söz konusu hükmün ikinci fıkrasında ise “Adam çalıştıran, çalışanın seçerken, işiyle ilgili talimat verirken, gözetim ve denetimde bulunurken, zararın doğmasını engellemek için gerekli özeni gösterdiğini ispat ederse, sorumlu olmaz.” ifadesiyle, adam çalıştıranın kurtuluş kanıtı getirme imkânı tanınmıştır. BK m. 55 kurtuluş kanıtı getirme imkanını daha genel bir ifadeyle “böyle bir zararın vukubulmaması için hal ve maslahatın icabettiği bütün dikkat ve itinada bulunduğunu ... ispat ederse mesul olmaz.” şeklinde ifade etmişti. Fakat bu hüküm doktrinde, adam çalıştıranın sorumluluktan kurtulabilmesi için çalışanın seçerken, ona yapacağı iş ile ilgili talimat verirken, işin yürütülmesi esnasında denetim ve gözetimini yaparken gerekli dikkat ve özeni gösterdiğini ispat etmesi gerektiği şeklinde anlaşılmaktaydı⁶. Bu eğilime uygun olarak TBK m.66/f. II, adam çalıştıranın sorumluluktan kurtulabilmesi için ispat etmesi gereken hususları “seçmede, talimat vermede ve denetimde özen” olmak üzere daha açık bir şekilde belirtmiştir.

Türk Borçlar Kanunu'nun 66. maddesindeki bir diğer değişiklik ise BK m. 55, f. I, c. 2'de yer alan “yahut bu dikkat ve itinada bulunmuş olsa bile zararın vukuuna mâni olamayacağını ispat ederse mesul olmaz.” şeklindeki hükmün, illiyet bağının kesen sebeplerle ilgili olduğu düşüncesiyle, maddede metnine alınmamış olmasıdır. Bir görüşe göre, böyle bir hüküm olmasa bile adam çalıştıran, sorumluluk hukukundaki illiyet bağı ile ilgili genel kurallar çerçevesinde, çalışan kişinin fiili ile meydana gelen zarar arasındaki illiyet bağının mücbir sebep, zarar görenin ya da üçüncü kişinin ağır kusuru nedenlerinden birisi ile kesildiğini ispat ederek sorumluluktan kurtulabilecektir⁷.

Ancak BK m. 55, f. I, c. 2'de ifade edilmek istenen ve adam çalıştıranın illiyet bağının bulunmadığına dair ispat edeceği husus, doktrinde de çoğun-

⁶ TANDOĞAN, Haluk: Kusura Dayanmayan Sözleşme Dışı Sorumluluk Hukuku, Ankara 1981, s. 66 vd.; TEKİNAY, S. Sulhi/AKMAN, Sermet/BURCUOĞLU, Haluk/ALTOP, Atilla: Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, Yeniden Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 7. Baskı, İstanbul 1993, s. 508-510; DECHENAUX, Henri/TERCIER, Pierre, (Çev. Salim ÖZDEMİR): Sorumluluk Hukuku, Ankara 1983, s. 76; ANTALYA, O. GÖKHAN: Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, C. I, İstanbul 2012, s. 561.

⁷ KILIÇOĞLU, M. Ahmet: Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, Genişletilmiş 14. Bası, Ankara 2011, s. 317.

lukla kabul edildiği üzere, çalışanın davranışı ile meydana gelen zarar arasındaki illiyet bağının yokluğu değil, adam çalıştırmanın gerekli özeni göstermemesi ile zarar arasındaki illiyet bağının olmadığıdır⁸. Dolayısıyla adam çalıştırmanın somut olayın gerektirdiği her türlü dikkat ve özeni göstermiş olması halinde de zararın meydana geleceğini ispat ederek sorumluluktan kurtulabilecektir. Bu açıdan bakıldığında, kanaatimce, adam çalıştırmanın sorumluluktan kurtulabilmesi için genel değil de özel bir ispat şartı öngören ve söz konusu sorumluluğa ilişkin ikinci bir kurtuluş kanıtı getirme imkânı tanıyan bu hükmün herhangi bir tereddüde yer vermemesi açısından TBK m. 66'ya alınması yerinde olurdu⁹.

Adam çalıştırmanın sorumluluktan kurtulabilmesi için ispat etmesi gereken bir diğer husus da yeni bir hüküm olarak TBK m. 66/f. III'te yer almıştır. BK m. 55'te bulunmayan bu yeni düzenlemeye göre, *"Bir işletmede adam çalıştıran, işletmenin çalışma düzeninin zararın doğmasını önlemeye elverişli olduğunu ispat etmedikçe, o işletmenin faaliyetleri dolayısıyla sebep olunan zararı gidermekle yükümlüdür"*. Bu hükümle, adam çalıştırmanın bir işletme faaliyeti çerçevesinde çalıştırdığı kişilerin üçüncü şahıslara vermiş olduğu zararlardan dolayı sorumluluktan kurtulabilmesi için çalıştırdığı kişileri seçmede, talimat vermede ve denetlemede gerekli özen yükümlülüğünü yerine getirdiğini ispat etmenin yanı sıra, ayrıca üçüncü kişinin uğramış olduğu zararın işletmenin çalışma düzeninden dolayı meydana gelmediğini, bu hususta gerekli önlemlerin alındığını da ispat etmek zorundadır. Bir başka ifadeyle, adam çalıştırmanın, işletmesinin çalışma düzeninin de zararın doğmasını önlemeye elverişli olduğunu ispat etmedikçe, meydana gelen zararı gidermekle yükümlü olur¹⁰.

8 **DECHENAU/TERCIER**, age., s. 77; **OĞUZMAN/ÖZ**, age., s. 147.

9 Zira BK m. 55, f. I, c. 2, illiyet bağının kesilmesine ilişkin genel değil, özel bir durumu düzenlemekteydi. Karş., **SAĞLAM, İpek**: *"Adam Çalıştırmanın Sorumluluğu"*, MÜHFHAD, Özel Hukuk Sempozyumu Özel Sayı, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Hükümlerinin Değerlendirilmesi Sempozyumu (3-4 Haziran 2011), Prof. Dr. Cevdet YAVUZ'a Armağan, İstanbul 2011, s. 171, 172; **KOÇHİSARLIOĞLU, Cengiz/ERİŞGİN, Özlem**: *"Yeni Türk Borçlar Kanunu Tasarısında Haksız Fiiller"*, Prof. Dr. Rona SEROZAN'a Armağan, Cilt II, İstanbul 2011, s. 1261; **ANTALYA**, age., s. 562.

10 **ANTALYA**, age., s. 564; **YILMAZ, Süleyman**: *"Türk Borçlar Kanunu Tasarısında Sebep Sorumluluğuna İlişkin Yeni Hükümler"*, AÜHFHD, C. 59, S. 3, Y. 2010, s. 565; **ALTAY, Sabah**: *"6098 Sayılı Borçlar Kanunu Uyarınca Adam Çalıştırmanın İşletme Faaliyeti (Organizasyonu) Dolayısıyla Sorumluluğu"*, MÜHFHAD, Özel Hukuk Sempozyumu Özel Sayı, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Hükümlerinin Değerlendirilmesi Sempozyumu (3-4 Haziran 2011), Prof. Dr. Cevdet YAVUZ'a Armağan, İstanbul 2011, s. 182, 183.

Türk Borçlar Kanunu'nun 66. maddesinin son fıkrasında ise rücu ilişkisi düzenlenmiştir. Söz konusu hükme göre, “Adam çalıştıran, ödediği tazminat için, zarar veren çalışana, ancak onun bizzat sorumlu olduğu ölçüde rücu hakkına sahiptir”. Fıkradaki yenilik, adam çalıştıranın ödediği tazminat bakımından çalışana rücu hakkına ilişkin sınırın hükümde açıkça belirtilmesidir. Buna göre, rücu hakkının kapsamı, çalışanın kendi kusurundan kaynaklanan, bir başka ifadeyle bizzat sorumlu tutulabileceği miktarla sınırlı olacaktır¹¹. Esasen, BK m. 55/II'nin amaca uygun olmayan ifadesine rağmen, doktrinde, çalışanın ancak kusurunun varlığı hâlinde ve kusuru oranında sorumlu olacağı kabul edilmekteydi¹². TBK m. 66/f. IV bu hususu daha açık olarak ifade etmiştir.

b) Hayvan Bulunduranın Sorumluluğu

Hayvan bulunduranın sorumluluğu TBK m. 67'de (BK m. 56) düzenlenmiştir. TBK m. 67, üç fıkra olarak kaleme alınmıştır. Birinci fıkrada “Bir hayvanın bakımını ve yönetimini sürekli veya geçici olarak üstlenen kişi, hayvanın verdiği zararı gidermekle yükümlüdür.” şeklindeki ifadeyle sorumluluğa dair kural belirtilmiştir. İkinci fıkrada “Hayvan bulunduran, bu zararın doğmasını engellemek için gerekli özeni gösterdiğini ispat ederse sorumlu olmaz.” denilerek, hayvan bulunduranın objektif özen yükümlüğünü yerine getirdiğini ispat etmesi halinde sorumluluktan kurtulacağı düzenlenmiştir.

Maddedeki hüküm değişikliği, BK m. 56/f. I'deki “yahut bu dikkat ve itinada bulunmuş olsa bile zararın vukuuna mâni olamayacağını ispat etmedikçe tazmine mecburdur” şeklindeki kurtuluş kanıtının, yeni düzenlemeye alınmamış olmasıdır. Değişikliğe ilişkin madde gerekçesinde, TBK m. 66'da olduğu gibi, bu hükmün illiyet bağının kesilmesi ile ilgili olması sebebiyle yeni düzenlemeye alınmadığı ifade edilmiştir. Gerekçedeki ifadeyle, bu hususun kanıtlanması hâlinde, zarar ile objektif özen yükümlülüğü arasındaki illiyet bağı kesileceğinden, sorumluluk hukukunun genel ilkeleri gereği, zaten sorumluluk doğmayacağı ve bu hususun tekrarlanmasına gerek olmadığı kastedilmektedir. Dolayısıyla ayrıca düzenlenmemiş olsa bile, hayvan bulunduran sorumluluktan kurtulmak için gerekli dikkat ve özeni gösterdiğini ispat edememesine rağmen, gerekli özeni gösterseydi bile zararın meydana

¹¹ OĞUZMAN/ÖZ, age., s. 149; KILIÇOĞLU, Borçlar, s. 318; YENİOCAK, Umut: 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun Getirdiği Değişiklikler ve Yenilikler, Genel Hükümler, İstanbul 2011, s. 86; SAĞLAM, agm., s. 173.

¹² TANDOĞAN, age., s. 72; EREN, age., s. 630.

na geleceğini ispat ederek sorumluluktan kurtulabilecektir¹³. Üçüncü fıkrada ise “Hayvan, bir başkası veya bir başkasına ait hayvan tarafından ürkütülmüş olursa, hayvanı bulunduranın, bu kişilere rücu hakkı saklıdır.” ifadesiyle hayvan bulunduranın rücu hakkı hükme bağlanmıştır.

Hayvan bulunduranın sorumluluğuna dair bir diğer hüküm de BK m. 57'nin karşılığı olan TBK m. 68'dir. Hükme göre, “Bir kişinin hayvanı, başkasının taşınmazı üzerinde bir zarar verdiği takdirde, taşınmazın zilyedi, o hayvanı yakalayabilir, zararı giderilinceye kadar alıkoyabilir; hatta durum ve koşullar haklı gösteriyorsa hayvanı diğer yollarla etkisiz hâle getirebilir.

Bu durumda, taşınmazın zilyedi derhâl hayvan sahibine bilgi vermek ve sahibini bilmiyorsa, onun bulunması için gerekli girişimleri yapmak zorundadır.” Maddedeki değişiklik BK m. 57'deki “Eğer hal ve maslahat icap ederse, gayrimenkul zilyedi o hayvanı öldürebilir.” ifadesinin “hatta durum ve koşullar haklı gösteriyorsa hayvanı diğer yollarla etkisiz hâle getirebilir” şeklinde ortaya çıkmıştır.

c) Yapı Malikinin Sorumluluğu

Türk Borçlar Kanunu'nun 69. maddesinde, “Bir binanın veya diğer yapı eserlerinin maliki, bunların yapımındaki bozukluklardan veya bakımındaki eksikliklerden doğan zararı gidermekle yükümlüdür.” hükmü ile yapı malikinin sorumluluğu düzenlenmiştir. Maddenin kenar başlığı, düzenlenmesi amaçlanan sorumluluğu tam olarak yansıtmamaktadır. Zira kenar başlık “Yapı malikinin sorumluluğu” olmasına rağmen, burada sadece bina şeklindeki “yapılarla” ilgili bir sorumluluğun düzenlenmediği, toprağa doğrudan doğruya veya dolaylı olarak bağlı, sabit ve insan eliyle yapılmış şeylerin kastedildiği hükümde ifade edilen “Bir binanın veya diğer yapı eserlerinin” kavramlarından anlaşılmaktadır¹⁴. Ayrıca ikinci fıkrada “intifa ve oturma hakkı sahipleri”nin de sorumlu kişiler arasında sayılmasına rağmen kenar başlığın içeriği kapsayıcı mahiyette kaleme alınmadığı belirtilmiştir¹⁵.

Türk Borçlar Kanunu'nun 69. maddesinin I. fıkrasında, BK m. 58'te olduğu gibi, bina veya diğer yapı eserinin yapımındaki bozukluk ya da bakımındaki eksiklik nedeniyle meydana gelen zararın giderilmesinden malikin

¹³ OĞUZMAN/ÖZ, age., s. 159.

¹⁴ KILIÇOĞLU, Borçlar, s. 335; OĞUZMAN/ÖZ, age., s. 164.

¹⁵ KOÇHİSARLIOĞLU/ERİŞGİN, agm., s. 1263.

sorumlu olduğu belirtilmiştir¹⁶. Ancak, BK 58'den farklı olarak, getirilen yeni bir düzenleme ile bakımdaki eksiklikler nedeniyle meydana gelen zararlardan dolayı intifa veya oturma hakkı sahiplerinin de malikle birlikte müteselsilen sorumlu olduğu hükme bağlamıştır. Gerçekten TBK m. 69/f II'ye göre, “*İntifa ve oturma hakkı sahipleri de, binanın bakımındaki eksikliklerden doğan zararlardan, malikle birlikte müteselsilen sorumludurlar*”. Dolayısıyla, TBK m. 69/f. I ve II birlikte ele alındığında, bina veya diğer yapı eseri maliki yapımdaki bozukluklardan ve bakımdaki eksikliklerden dolayı sorumlu olacak, eğer bina veya diğer yapı eseri üzerinde intifa ya da oturma hakkı tesis edilmişse, bu hak sahipleri de bina veya diğer yapı eserinin¹⁷, yapımındaki bozukluktan kaynaklanan zararlardan değil, yalnızca bakımındaki eksikliklerden ötürü meydana gelen zararlardan malikle birlikte müteselsilen sorumlu olacaklardır¹⁸.

Bina veya diğer yapı eserinin yapımındaki bozukluk ya da bakımındaki eksiklikten dolayı meydana gelen zarardan sorumlu olan malik veya intifa ve oturma hakkı sahiplerinin kendilerine karşı sorumlu olan diğer kişilere rücu hakkı bulunmaktadır. Bu husus, TBK m. 69/f. III'de “*Sorumluların, bu se-*

¹⁶ Bina veya diğer yapı eseri malikinin sorumluluğunun hukuki niteliğine ilişkin olarak çeşitli fikirler ortaya atılmıştır. Bu sorumluluğun, madde hükmünde kurtuluş kanıtı imkânının tanınmaması nedeniyle, ağırlaştırılmış özen sorumluluğu olduğu belirtildiği gibi, tehlike sorumluluğu olduğu yönünde görüş de vardır. Bu görüş için bkz., **KORKUSUZ, Refik**: “*Hukumumuzda Tehlike Sorumluluğu Uygulaması ve Yeni Borçlar Kanunu Tasarısındaki Düzenlenmesi*”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Sorumluluk ve Tazminat Hukuku Sempozyumu (28-29 Mayıs 2009) Ankara 2009, s. 161; **KILIÇOĞLU**, Borçlar, s. 336. Bir başka görüş ise söz konusu sorumluluğun bir şeyden en üst düzeyde yararlanmaya dayanan bir sorumluluk olduğunu belirtmektedir. Bu konuda bkz., **EREN**, age., s. 644, 645; **OĞUZMAN/ÖZ**, age., s. 164 vd.. Fakat TBK, yapı malikinin sorumluluğunu “*özen sorumluluğu*” başlığı altında düzenlemiştir. Ancak, özen sorumluluğu olarak düzenlenen adam çalıştırının ya da hayvan bulunduranın sorumluluklarında olduğu gibi zarardan sorumlu olan kişiye kurtuluş kanıtı getirme imkânı tanımamıştır. Bu bakımdan yapı malikinin sorumluluğunun hukuki niteliğinin, kurtuluş kanıtı tanınmamış olmasını da dikkate alarak, ağırlaştırılmış bir özen sorumluluğu olduğunu söylemek mümkündür.

¹⁷ Türk Borçlar Kanunu'nun 69. maddesinin II. fıkrasında intifa ve oturma hakkı sahiplerinin “binanın” bakımındaki eksikliklerden sorumlu olacağı ifade edilse de madde bir bütün olarak değerlendirildiğinde, bu ifadenin “bina veya diğer yapı eserlerinin bakımındaki eksikliklerden” şeklinde anlaşılması gerekir. Karş., **ÖZTAŞ, İlker**: “*6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Açısından Yapı Malikinin Sorumluluğu*”, MÜHFHAD, Özel Hukuk Sempozyumu Özel Sayı, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Hükümlerinin Değerlendirilmesi Sempozyumu (3-4 Haziran 2011), Prof. Dr. Cevdet YAVUZ'a Armağan, İstanbul 2011, s. 200.

¹⁸ **ÖZTAŞ**, agm., s. 203.

beplerle kendilerine karşı sorumlu olan diğer kişilere rücu hakkı saklıdır.” ifadesiyle hükme bağlanmıştır.

Yapı malikinin sorumluluğu ile ilgili bir diğer hüküm de BK m. 59'u karşılamak üzere TBK m. 70'de getirilmiştir. Hükme göre, “Bir başkasına ait bina veya diğer yapı eserlerinden zarar görme tehlikesiyle karşılaşan kişi, bu tehlikenin giderilmesi için gerekli önlemlerin alınmasını hak sahiplerinden isteyebilir.

Kişilerin ve malların korunması hakkındaki kamu hukuku kuralları saklıdır”.

Madde gereğince, bina veya diğer yapı eserlerinden zarar görme tehlikesiyle karşı karşıya kalan kişiler, duruma göre malik, intifa ya da oturma hakkı sahiplerinden gerekli tedbirlerin alınmasını isteyebileceklerdir. Tedbir alınmasını istemek için zarar görme gerekli olmayıp, zarar görme tehlikesinin bulunması yeterlidir.

3. Tehlike Sorumluluğu ve Denkleştirme

Kusursuz sorumluluk hallerinden bir diğeri de tehlike sorumluluğudur. Günümüzde sanayi ve teknoloji alanında yaşanan gelişmeler, tehlike esasına dayanan sorumluluk ilkesinin gittikçe ön plana çıkmasına yol açmaktadır. Kişilerin ya da işletmelerin faaliyetleri sonucunda çok farklı ve büyük boyutlarda zarara neden olma ihtimallerinin bulunması ve bu faaliyetler sonucunda ortaya çıkabilecek zararların karşılanması zorunluluğu da “tehlike” esasına dayanan sorumluluk ilkesini, hukuk düzenleri tarafından belirli kurallara bağlama gereğini ortaya çıkarmaktadır.

Tehlike sorumluluğunun düzenlenmesi konusunda farklı yöntemler izlendiği görülmektedir. Bu yöntemlerden birisi, söz konusu sorumluluğun özel kanunlarla düzenlenmesidir. Belirli bir işletmenin ya da faaliyetin kendine özgü tehlike olgusunun ortaya çıkması ile birlikte, yeni bir tehlike sorumluluğunu öngören kanuni bir düzenlemenin yapılması şeklinde gerçekleşen bu yöntem İsviçre’de uygulanmaktadır. Bir diğer yöntem ise tehlike sorumluluğunu öngören genel bir düzenlemenin yapılmasıdır. Belirli bir işletme veya faaliyete özgü bir düzenleme yapmadan, genel olarak tipik tehlikeyi oluşturan işletme ya da faaliyetlerle ilgili olarak sorumluluğun düzenlenmesi yoluna gidilmektedir¹⁹.

¹⁹ Ayrıntılı bilgi için bkz., TANDOĞAN, age., s. 39 vd.; ÜÇİŞİK, Güzin: “Tehlike Sorumluluğunun Genel Kural İle Düzenlenmesi”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Sorumluluk ve Tazminat Hukuku Sempozyumu (28-29 Mayıs 2009) Ankara 2009, s. 129vd.; YILDIRIM-AKKAYAN, Ayça: “6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Düzenle-

Türk Borçlar Kanunu'nda yapılan düzenlemeye kadar hukukumuzda tehlike sorumluluğuna ilişkin genel bir hüküm yer almamıştır. Borçlar Kanunu döneminde tehlike sorumluluğunun özel kanunlar ile düzenlendiği görülmektedir²⁰. Örneğin 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanunu'nda araç işletenin sorumluluğu ile ilgili olarak, tehlike sorumluluğu ilkesini esas alan düzenlemeler yapmıştır. Adı geçen Kanunda, motorlu araç işletilmesinin başkaları için oluşturduğu tehlike dikkate alınarak düzenlenen kusursuz sorumluluk ilkesinin, tehlike sorumluluğu esasına dayandığı kabul edilmektedir (KTK m. 85 vd.).

Türk hukukunda tehlike sorumluluğunun özel kanunların yanında genel bir hükümle de düzenlenmesi sorunu öteden beri tartışma konusu olmuştur. Bu sorumluluğun genel bir hükümle düzenlenmesinden yana bulunanlar olduğu gibi, özel düzenlemelerle sorunun çözülmesi gerektiğini belirtenler de bulunmaktadır. Yeni bir Borçlar Kanununun hazırlanması döneminde, yani Türk Borçlar Kanunu henüz tasarı aşamasındayken de bu tartışmalar devam etmiştir²¹. Sonuç olarak, bütün bu tartışmaların ışığında kanun koyucu, tehlike sorumluluğunun genel bir hükümle düzenlenmesini uygun görmüş, *“Tehlike sorumluluğu ve denkleştirme”* kenar başlıklı TBK m. 71 ile *“Önemli ölçüde tehlike arzeden bir işletmenin faaliyetinden zarar doğduğu takdirde, bu zarardan işletme sahibi ve varsa işleten müteselsilen sorumludur.”*

Bir işletmenin, mahiyeti veya faaliyette kullanılan malzeme, araçlar ya da güçler göz önünde tutulduğunda, bu işlerde uzman bir kişiden beklenen tüm özenin gösterilmesi durumunda bile sıkça veya ağır zararlar doğurmaya

meleri Çerçevesinde Kusursuz Sorumluluğun Özel Bir Türü Olarak Tehlike Sorumluluğu”, İÜHFM, C. LXX, S. 1, Y. 2012, s. 204 vd..

- 20 Türk Hukukunda özel kanunlar ile düzenlenmiş tehlike esasına dayanan sorumluluk hallerini,
- Motorlu araç işletenlerin hukuki sorumluluğu (2918 sayılı Karayolları Trafik Kanunu),
 - Sivil hava araçlarını işletenlerin hukuki sorumluluğu (2920 sayılı Türk Sivil Havacılık Kanunu),
 - Petrol hakkı sahiplerinin sorumluluğu (6326 sayılı Petrol Kanunu),
 - Devletin manevra ve atışlar dolayısıyla ortaya çıkan zararlardan sorumluluğu (3634 sayılı Milli Müdafaa Mükellefiyeti Kanunu) olarak belirtmek mümkündür.
- 21 Bu konudaki görüşler için bkz., TANDOĞAN, age., s. 41 vd.; TİFTİK, Mustafa: Türk Hukukunda Tehlike Sorumluluklarının Genel Kural ile Düzenlenmesi Sorunu, 2. Baskı, Ankara 2005, s. 61 vd.; YAVUZ, Cevdet: *“Türk Borçlar Kanunu Tasarısına Göre Kusursuz Sorumluluk Halleri ve İlkeleri”*, MÜHFHAD, Roma Hukukundan Modern Hukuka Sorumluluk Sempozyumu Özel Sayısı), C. 14, S. 4, Y. 2008, s. 43-47; HATEMİ, Hüseyin/GÖKYAYLA, Emre: Borçlar Hukuku, Genel Bölüm, İstanbul 2011, s. 142.

elverişli olduğu sonucuna varılırsa, bunun önemli ölçüde tehlike arzeden bir işletme olduğu kabul edilir. Özellikle, herhangi bir kanunda benzeri tehlikeler arzeden işletmeler için özel bir tehlike sorumluluğu öngörülmüşse, bu işletme de önemli ölçüde tehlike arzeden işletme sayılır.

Belirli bir tehlike hâli için öngörülen özel sorumluluk hükümleri saklıdır.

Önemli ölçüde tehlike arzeden bir işletmenin bu tür faaliyetine hukuk düzenince izin verilmiş olsa bile, zarar görenler, bu işletmenin faaliyetinin sebep olduğu zararlarının uygun bir bedelle denkleştirilmesini isteyebilirler” hükmünü getirmiştir. Madde gerekçesinde belirtildiği üzere, İsviçre hukukunda tehlike sorumluluğunun öngörüldüğü birçok özel kanun bulunmasına rağmen, hukukumuzda bu sorumluluğa ilişkin yeterli sayılabilecek düzenlemelerin olmaması karşısında, tehlike sorumluluğuna ait genel bir kuralın belirtilmesi uygun görülmüştür.

Tehlike sorumluluğu, sonuçları itibariyle, sorumlu açısından en ağır sorumluluk türüdür. Sorumluluğun doğması için bir işletme, faaliyet ya da şeye ilişkin tipik tehlikenin gerçekleşmesi halinde zararın doğması yeterlidir²². Tehlike sorumluluğu ilkesinin ortaya çıkması ve gün geçtikçe de artarak uygulama alanı bulması, günümüzde sanayi ve teknolojiye dayanan işletme ve faaliyetlerin çoğalmasının bir sonucudur. Doktrinde tehlike sorumluluğunun, işletme faaliyetinden ve işletme dışı faaliyetlerden kaynaklanan tehlike sorumluluğu olmak üzere ikiye ayrıldığı belirtilmektedir²³. Bu açıdan bakıldığında, işletme faaliyetinden doğan zararların tehlike sorumluluğu kapsamında giderilmesinin TBK m. 71’de hükme bağlandığı görülmektedir²⁴.

Türk Borçlar Kanunu m. 71/f. I hükmünde, önemli ölçüde tehlike arz eden bir işletmenin faaliyeti nedeniyle zarar meydana geldiği takdirde, söz konusu zararın giderilmesinden işletme sahibinin ve bir işletenin bulunması halinde onun da işletme sahibi ile birlikte müteselsilen sorumlu olacağı belirtilmiştir. Hükmün uygulama alanı bakımından esas alınan temel kavram, “önemli ölçüde tehlike arzeden işletme”dir. Önemli ölçüde tehlike arz eden işletmeden ne anlaşılması gerektiği ise aynı maddenin II. fıkrasında açıklanmıştır. Bu hükme göre önemli ölçüde tehlike arz eden işletme, yürüttüğü faaliyetin niteliği ya da faaliyetinde kullanılan malzeme, araçlar veya güçler göz önüne alındığında, bu işlerde uzman bir kişiden beklenen tüm özenin gösterilmesi durumunda bile sıkça veya ağır zararlar doğurmaya elverişli

²² EREN, age., s. 667; ÜÇİŞİK, agm., s. 128.

²³ TANDOĞAN, age., s. 26 vd.; EREN, age., s. 667.

²⁴ ÜÇİŞİK, agm., s. 140; YILDIRIM-AKKAYAN, agm., s. 208.

olduğu sonucuna varılan işletmedir. Ayrıca herhangi bir kanunda benzeri tehlikeler arz eden işletmeler için özel bir tehlike sorumluluğu öngörülmüş ise bu işletmelerin de önemli ölçüde tehlike arz eden işletme olarak kabul edileceği belirtilmiştir.

Hüküm, tehlike arz eden işletmenin belirlenmesi ve sorumluluk açısından farklı ölçütleri esas almıştır. Buna göre, bir işletme ya “mahiyeti” itibarıyla, yani yürüttüğü faaliyet dolayısıyla ya da faaliyetini gerçekleştirmek için kullandığı araçlar, malzemeler ve güçler dikkate alındığında, bu işlerde uzman bir kişiden beklenen tüm özenin gösterilmesi durumunda bile, sıkça veya ağır zararlar doğurmaya elverişli olmalıdır. Dolayısıyla, TBK m. 71’de öngörülen sorumluluğun doğabilmesi için somut olayda, söz konusu hükümden belirtilen hususların gerçekleşip gerçekleşmediği dikkate alınmalıdır. Daha doğru bir ifade ile önemli ölçüde tehlike arz eden bir işletmeye özgü tipik tehlikenin gerçekleşmesi sonucunda tipik zararın meydana gelmiş olması ve her ikisi arasında uygun illiyet bağının bulunması gerekir. Eğer zarar, işletmeye özgü tipik tehlikenin değil de başka bir sebepten dolayı meydana gelmişse, kural olarak işletme sahibi ya da işleten TBK m. 71 hükmüne göre sorumlu olmayacak²⁵, bu durum başka bir sorumluluk kuralının uygulanmasını mümkün kılacaktır²⁶.

Türk Borçlar Kanunu’nun 71. maddesinin IV. fıkrasında ise madde başlığındaki “denkleştirme” ifadesine ilişkin bir düzenleme getirilmiştir. Söz konusu düzenlemeye göre, önemli ölçüde tehlike arz eden bir işletmenin bu tür faaliyetlerine hukuk düzenince izin verilmiş olsa bile, işletmenin faaliyeti nedeniyle zarar görenler, bu zararlarının uygun bir bedelle denkleştirilmesini isteyebileceklerdir. Öncelikle şunu belirtmek gerekir ki, hükümdeki “denkleştirme” kavramı ile kastedilen, haksız fiil sorumluluğunda zararın belirlenmesi aşamasında, mağdurun meydana gelen zarar dolayısıyla elde ettiği menfaatlerin tespit edilen miktardan indirilmesi olmadığı gibi, “fedakârlığın denkleştirilmesi” ilkesine göre sorumluluğun belirlenmesi durumu da değildir²⁷. Kanun koyucunun böyle bir hüküm getirmesindeki amaç, önemli ölçüde tehlike arz eden bir işletmenin kuruluş ve işleyişi hukuk kurallarına

²⁵ EREN, age., s. 501, 502.

²⁶ ERDEM, Mehmet: “Türk Borçlar Kanunu Uyarınca Tehlike Sorumluluğu”, MÜHFHAD, Özel Hukuk Sempozyumu Özel Sayı, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Hükümlerinin Değerlendirilmesi Sempozyumu (3-4 Haziran 2011), Prof. Dr. Cevdet YAVUZ’a Armağan, İstanbul 2011, s. 223.

²⁷ Türk Borçlar Kanunu’nun 71. maddesinin IV. fıkrasında yapılan düzenlemenin “fedakârlığın denkleştirilmesi” esasına dayandığı yönünde bkz., KILIÇOĞLU, Borçlar, s. 355; YILDIRIM-AKKAYAN, agm., s. 211 vd.; YILMAZ, agm., s. 572, 573.

uygun olsa bile, işletme faaliyetinden dolayı meydana gelen bir zararın giderilmesi aşamasında, sorumlular açısından bu durumun sorumluluktan kurtulmak için öne sürülemeyeceğinin belirginleştirilmesidir. Bir başka ifadeyle bu husus, sorumlular için sorumluluktan kurtulma imkânı tanımayıp, ancak bir indirim sebebi olarak hâkim tarafından dikkate alınmayı gerektirir²⁸. Önemli ölçüde tehlike arz eden bir işletmenin hukuka uygun olarak yürüttüğü faaliyeti sırasında, TBK m. 71'de öngörülen bir zararın meydana gelmesi halinde, zarar görenler, zararlarının “*uygun bir bedelle*” giderilmesini talep edebilecekler, buna karşılık olarak sorumluların ise işletmenin faaliyetine “*hukuk düzenince izin verilmiş*” olduğunu ileri sürerek sorumluluktan kurtulmaları mümkün olamayacaktır²⁹.

C) HUKUKA AYKIRILIĞI KALDIRAN HALLER

Türk Borçlar Kanunu, hukuka aykırılığı önleyen sebepleri BK m. 52'den farklı olarak, iki madde halinde ve daha ayrıntılı düzenlemiştir. TBK m. 63'e göre, “*Kanunun verdiği yetkiye dayanan ve bu yetkinin sınırları içinde kalan bir fiil, zarara yol açsa bile, hukuka aykırı sayılmaz.*”

Zarar görenin rızası, daha üstün nitelikte özel veya kamusal yarar, zarar verenin davranışının haklı savunma niteliği taşıması, yetkili kamu makamlarının müdahalesinin zamanında sağlanamayacak olması durumunda kişinin hakkını kendi gücüyle koruması veya zorunluluk hâllerinde de fiil, hukuka aykırı sayılmaz”. Görüldüğü üzere hüküm, BK m. 52'de belirtilen meşru müdafaa, ıztırar hali ve kendi hakkını korumak için kuvvet kullanma olarak belirtilen hukuka uygunluk sebeplerinin yanına, kanunun verdiği yetkinin kullanılması, zarar görenin rızası³⁰, daha üstün nitelikteki özel ya da kamusal yarar gibi sebepleri de eklemiştir³¹.

²⁸ Karş., OĞUZMAN/ÖZ, age., s. 188, 189; KOÇİSARLIOĞLU/ERİŞGİN, agm., s. 1265; ANTALYA, age., s. 646, 647; HATEMİ/GÖKYAYLA, age., s. 146.

²⁹ ERDEM, agm., s. 226.

³⁰ Türk Borçlar Kanunu'nun 63. maddesinde zarar görenin rızası, TBK m. 52'nin aksine, hukuka aykırılığı önleyen bir sebep olarak öngörülmüştür. Ancak hemen belirtmek gerekir ki, TBK m. 63'te öngörülen rıza, zarar görenin hukuka aykırı fiile hukuken geçerli olan bir rıza ile razı olmasını gerektirir. Ehliyetsizlik, irade beyanında sakatlık, kişilik haklarına aykırılık gibi nedenlerden dolayı rıza geçersiz ise zarar görenin hukuka aykırı fiile razı olması hukuka aykırılığı önlemeyecek, TBK m. 52 gereğince tazminattan indirim sebebi olarak dikkate alınabilecektir. Bu konuda bkz., OĞUZMAN/ÖZ, age., s. 22 vd., EREN, age., s. 603, 604.

³¹ Kişilik haklarının ihlali halinde hukuka aykırılığı önleyen sebeplerle ilgili olarak TMK m. 24/f. II'de de “*Kişilik hakkı zedelenen kimsenin rızası, daha üstün nitelikte özel veya*

Hukuka aykırılığı önleyen sebeplerin hangi haller olduğunu TBK m. 63'te düzenleyen kanun koyucu, TBK m. 64'te ise bu sebeplerden, “*haklı savunma, zorunluluk hali ve hakkını kendi gücüyle koruma*” hallerinde sorumluluğu düzenlemiştir. Maddeye göre, “*Haklı savunmada bulunan, saldırının şahsına veya mallarına verdiği zarardan sorumlu tutulamaz.*”

Kendisini veya başkasını açık ya da yakın bir zarar tehlikesinden korumak için diğer bir kişinin mallarına zarar verenin, bu zararı giderim yükümlülüğünü hâkim hakkaniyete göre belirler.

Hakkını kendi gücüyle koruma durumunda kalan kişi, durum ve koşullara göre o sırada kolluk gücünün yardımını zamanında sağlayamayacak ise ve hakkının kayba uğramasını ya da kullanılmasının önemli ölçüde zorlaşmasını önleyecek başka bir yol da yoksa, verdiği zarardan sorumlu tutulamaz”. Hüküm bu hali ile BK m. 52'nin karşılığını oluşturmaktadır.

III. TAZMİNATIN BELİRLENMESİ

A) GENEL OLARAK TAZMİNATIN BELİRLENMESİ VE İNDİRİLMESİ

Türk Borçlar Kanunu'nun 51. maddesi, tazminatın kapsamının ve ödenme biçiminin belirlenmesi konusunda bir düzenleme yapmıştır. Hüküm uyarınca, “*Hâkim, tazminatın kapsamını ve ödenme biçimini, durumun gereğini ve özellikle kusurun ağırlığını göz önüne alarak belirler.*”

Tazminatın irat biçiminde ödenmesine hükmedilirse, borçlu güvence göstermekle yükümlüdür”. Madde hükmü, hukuka aykırı bir fiile bir başkasına zarar verenin, bu zarara ilişkin ödeyeceği tazminatın belirlenmesi konusunda hâkime yol gösterici bir nitelik taşımaktadır. Hâkim, zararın miktarını belirledikten sonra tazminatın kapsamını ve ödenme şeklini, somut olaydaki şartları ve özellikle de kusurun ağırlığını dikkate alarak tespit edecektir.

Tazminatın indirilmesi ile ilgili olarak TBK m. 52'de yapılan düzenlemeye göre, “*Zarar gören, zararı doğuran fiile razı olmuş veya zararın doğmasında ya da artmasında etkili olmuş yahut tazminat yükümlüsünün durumunu ağırlaştırmış ise hâkim, tazminatı indirebilir veya tamamen kaldıracaktır.*”

Zarara hafif kusuruyla sebep olan tazminat yükümlüsü, tazminatı ödendiğinde yoksulluğa düşecek olur ve hakkaniyet de gerektirirse hâkim, tazminatı

kanusul yarar ya da kanunu verdiği yetkinin kullanılması sebeplerinden biriyle haklı kılınmadıkça, kişilik haklarına yapılan her saldırı hukuka aykırıdır.” ifadesiyle benzer bir hüküm yer almaktadır.

indirebilir". Hükümün I. fıkrası, zarar gören ile bağlantılı indirim sebeplerini düzenlemiştir. Buna göre, zarar gören zarara neden olan fiile razı olmuş³², zararın doğmasına ya da artmasına sebep olmuş veya zarardan sorumlu olan tazminat yükümlüsünün durumunu ağırlaştırmış ise hâkim, kendisine tanınan takdir yetkisine dayanarak tazminattan indirim yapabileceği gibi, söz konusu zararın giderilmesine yönelik olmak üzere bir tazminat ödenmesine gerek olmadığına da karar verebilecektir.

Türk Borçlar Kanunu'nun 52. maddesinin II. fıkrasında ise zarardan sorumlu olan tazminat yükümlüsü açısından öngörülen indirim sebepleri düzenlenmiştir. Hüküm uyarınca, hâkim, zarara hafif kusuruyla neden olan zarar verenin, bu zarara ilişkin olarak ödeyeceği tazminat sebebiyle yoksulluğa düşecek olması halinde, eğer hakkaniyet de gerektiriyorsa tazminat miktarını indirebilecektir³³. Bir başka ifadeyle, tazminat yükümlüsü açısından zarara hafif kusuru ile sebebiyet verme ve tazminatın tamamı ödendiğinde yoksulluğa düşecek olma şartlarının birlikte gerçekleşmesi indirim yapılması için yeterli olmayacak, ayrıca hakkaniyetin de indirim yapılmasını gerekli kılması, ek bir şart olarak aranacaktır³⁴.

B) ÖZEL DURUMLAR

1. Ölüm ve Bedensel Zarar Halinde Tazminatın Belirlenmesi

Türk Borçlar Kanunu'nun 53. maddesinde ölüm halinde doğan zararların neler olduğu maddeler halinde sayılmıştır.

Hükme göre, "*Ölüm hâlinde uğramılan zararlar özellikle şunlardır:*

1. *Cenaze giderleri.*
2. *Ölüm hemen gerçekleşmemişse tedavi giderleri ile çalışma gücünün azalmasından ya da yitirilmesinden doğan kayıplar.*
3. *Ölenin desteğinden yoksun kalan kişilerin bu sebeple uğradıkları kayıplar*". Hüküm BK m. 45'in yeniden düzenlenmiş halidir.

³² Zarar görenin hukuka uygun olarak vermiş olduğu rıza, hukuka aykırılığı engellediği için aslında sorumluluk söz konusu olmaz. Ancak, TBK m. 52/f. I'de öngörülen rıza, hukuken geçerli olmayan rızadır. Böyle bir rıza, geçersiz olmasına rağmen kanun koyucu tarafından tazminattan indirim sebebi olarak kabul edilmiştir. Zira zarar görenin geçerli olmayan rızası, bir anlamda ortak kusur oluşturmaktadır. Bu konuda bkz., **EREN**, age., s. 765; **OĞUZMAN/ÖZ**, age., s. 115 vd..

³³ **EREN**, age., s. 770; **OĞUZMAN/ÖZ**, age., s. 120, 121.

³⁴ **ANTALYA**, age., s. 738.

Bedensel zararların neler olduğu ise TBK m. 54’te hükme bağlanmıştır. Kanun burada da TBK m. 53’deki yöntemi izlemiştir. Madde bedensel zararları, “*Bedensel zararlar özellikle şunlardır:*

1. *Tedavi giderleri.*
2. *Kazanç kaybı.*
3. *Çalışma gücünün azalmasından ya da yitirilmesinden doğan kayıplar.*

4. *Ekonomik geleceğin sarsılmasından doğan kayıplar.*” şeklinde ifade etmiştir. Burada dikkat edilmesi gereken husus, her iki hükümde de “*özellikle*” ifadesinin kullanılmış olmasıdır. Dolayısıyla ölüm halinde ya da bedensel bütünlüğün ihlali halinde, TBK m. 53 ve 54’te sayılan zararların dışında başka bir tür zararın ortaya çıktığını ispat eden zarar gören, bu zararının da giderilmesini talep edebilecektir.

Destekten yoksun kalma zararları ile bedensel zararların belirlenmesinde göz önünde tutulması gereken ilkeler ile bu zararlara ilişkin tazminatta hakkaniyet düşüncesiyle arttırma veya eksiltme yapılamayacağı ise TBK m. 55’te düzenlenmiştir.

Türk Borçlar Kanunu Tasarısı’na TBMM Adalet Komisyonu çalışmaları sırasında eklenen TBK m. 55’e göre, “*Destekten yoksun kalma zararları ile bedensel zararlar, bu Kanun hükümlerine ve sorumluluk hukuku ilkelerine göre hesaplanır. Kısmen veya tamamen rücu edilemeyen sosyal güvenlik ödemeleri ile ifa amacını taşımayan ödemeler, bu tür zararların belirlenmesinde gözetilemez; zarar veya tazminattan indirilemez. Hesaplanan tazminat, miktar esas alınarak hakkaniyet düşüncesi ile arttırılmaz veya azaltılamaz.*

Bu Kanun hükümleri, her türlü idari eylem ve işlemler ile idarenin sorumlu olduğu diğer sebeplerin yol açtığı vücut bütünlüğünün kısmen veya tamamen yitirilmesine ya da kişinin ölümüne bağlı zararlara ilişkin istem ve davalarda da uygulanır”. Hükümde destekten yoksun kalma ve bedensel zararlarının TBK hükümlerine ve sorumluluk hukuku kurallarına göre belirleneceği ifade edilmiştir. Sosyal güvenlik ödemelerinin söz konusu zararların belirlenmesinde dikkate alınabilmesi ise onların sorumlu olan kişiye rücu edilebilmesine bağlanmıştır³⁵. Dolayısıyla, zarardan sorumlu olan kişiye kısmen veya tamamen rücu edilme imkânı olmayan malullük aylığı, ölüm sigortası aylığı gibi sosyal güvenlik ödemelerinin destekten yoksun kalma ve bedensel zararların belirlenmesinde dikkate alınması, belirtilen kural gereğince mümkün olamayacaktır. Maddede ayrıca ifa amacını taşımayan, yani zarar görene üçüncü kişiler tarafından yardım ve iyilik gayesi ile yapılan

³⁵ ANTALYA, age., s. 481.

ödemelerin de zararın belirlenmesinde göz önünde tutulamayacağı ifade edilmiştir³⁶.

Türk Borçlar Kanunu'nun 55. maddesinin I. fıkrasının son cümlesinde ise hükümde belirtilen ilkelere göre belirlenen zarar esas alınarak hesaplanan tazminat miktarının, hakkaniyet düşüncesi ile arttırılamayacağı gibi azaltılamayacağı da ifade edilmiştir. Esasen tazminat miktarı meydana gelen zararlarla sınırlı olacağından, bunun hâkim tarafından ayrıca hakkaniyet düşüncesiyle arttırılması, kural olarak sorumluluk ilkelerine ters düşer. Fakat TBK m. 52/f. II'de belirtildiği üzere, hâkim somut olayda zarardan sorumlu olan kimsenin hafif kusuru olması ya da tazminatı ödemediğinde yoksulluğa (müzayakaya) düşecek olması ve hakkaniyetin de gerektirmesi halinde, tazminattan indirim yapabilecektir. Ancak bu imkân, TBK m. 55 hükmü karşısında artık mümkün olamayacaktır. Daha doğru bir ifade ile TBK m. 55/f. II ile getirilen düzenleme, hâkimin TBK m. 52 uyarınca hakkaniyete dayanarak tazminattan indirim yapabilmesi imkânını, ölüm ve bedensel bütünlüğün ihlalden doğan zararların giderilmesi bakımından kabul etmemiştir³⁷.

Türk Borçlar Kanunu'nun 55. maddesinin II. fıkrasında ise idare hukuku kurallarına göre, idari eylem ve işlemler ile idarenin sorumlu olduğu diğer sebeplerin yol açtığı bedensel zararlar veya ölüm hallerinde, idareye karşı açılan davalarda, TBK'nun bu tür zararlara ilişkin hükümleri uygulama alanı bulabilecektir. Bu hükmü destekleyen bir düzenleme de HMK m. 3'te getirilmiştir. Ancak söz konusu hükümdeki, "*Her türlü idari eylem ve işlemler ile idarenin sorumlu olduğu diğer sebeplerin yol açtığı vücut bütünlüğünün kısmen veya tamamen yitirilmesine yahut kişinin ölümüne bağlı maddi ve manevi zararların tazminine ilişkin davalara asliye hukuk mahkemeleri bakar. İdarenin sorumluluğu dışında kalan sebeplerden doğan aynı tür zararların tazminine ilişkin davalarda dahi bu hüküm uygulanır. 30/1/1950 tarihli ve 5521 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu hükümleri saklıdır.*" şeklindeki düzenleme, Anayasa Mahkemesi'nin 16.02.2012 tarihli kararıyla iptal edilmiştir³⁸.

36 OĞUZMAN/ÖZ, age., s. 87; ANTALYA, age., s. 481.

37 ANTALYA, age., s. 483.

38 AYM, E. 2011/35, K. 2012/23, T. 16.02.2012 (RG, T. 19.05.2012, S. 28297).

2. Manevi Tazminat

a) Bedensel Bütünlüğün Zedelenmesi ve Ölüm Halinde Manevi Tazminat

Türk Borçlar Kanunu'nun 56. maddesi "*Manevi tazminat*" başlığı altında bedensel bütünlüğün zedelenmesi (ihlali), ağır bedensel zarar veya ölüm hallerinde manevi zarara uğrayanların tazminat taleplerine dair bir düzenleme getirmiştir. Düzenlemeye göre, "*Hâkim, bir kimsenin bedensel bütünlüğünün zedelenmesi durumunda, olayın özelliklerini göz önünde tutarak, zarar görene uygun bir miktar paranın manevi tazminat olarak ödenmesine karar verebilir.*

Ağır bedensel zarar veya ölüm hâlinde, zarar görenin veya ölenin yakınlarına da manevi tazminat olarak uygun bir miktar paranın ödenmesine karar verilebilir". Hüküm BK m. 47'yi karşılamakla birlikte, bir takım yeni düzenlemeler de içermektedir.

Türk Borçlar Kanunu'nun 56. maddesinin I. fıkrasında bedensel bütünlüğü ihlal edilen ve manevi zarara uğrayan bir kimsenin, bu zararına yönelik olarak tazminat talep etmesi durumunda, hâkimin, olayın özelliklerini dikkate alarak, zarar görene manevi tazminat olarak uygun bir miktar paranın ödenmesine karar verebileceği belirtilmiştir.

Türk Borçlar Kanunu'nun 56. maddesinin II. fıkrasında ise BK m. 47'den farklı olarak, ağır bedensel zarara uğrayanların yakınlarına da manevi tazminat olarak uygun miktarda bir paranın ödenmesine karar verilebileceği hükme bağlanmıştır³⁹. Hükümdeki diğer bir farklılık ise "*ölenin yakınları*"

³⁹ Borçlar Kanunu döneminde de uygulamanın bu şekilde olması gerektiği yönünde görüşler mevcuttu. Bu konuda bkz., TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, age., s. 658, 659. Yargıtay da bedensel bütünlüğün ihlalinden kaynaklanan manevi tazminat taleplerine ilişkin bazı kararlarında, bedensel bütünlüğü ihlal edilen kimsenin dışında yakınlarının da aynı olay nedeniyle manevi zarara uğramaları halinde, bu zararlarının giderilmesini talep edebileceklerine hükmetmiştir. Örnek olarak bkz., "*Cismani zarar kavramına, ruhi bütünlüğün ihlali, sinir bozukluğu veya hastalığı (ruhi ve asabi sağlık bütünlüğü) gibi hallerin de girdiği kabul edildiğine göre, eğer bir kimsenin cismani zarara maruz kalması sonucunda, onun (ana, baba, karı, koca gibi) çok yakınlarının birinin de (aynı eylem nedeniyle) hukuken korunan ruhi ve asabi bütünlüğü ağır bir şekilde haleldar olmuşsa, onlar da manevi tazminat talep edebilirler. Çünkü, bu durumda onların zararları ile haksız eylem arasında uygun illiyet bağı vardır ve zararlarının niteliği itibarıyla onların da ihlal edilen normun (BK m. 47) koruma amacı içinde bulduklarının (hukuka aykırılık bağının gerçekleştiğinin) kabulü gerekir. Başka bir anlatımla, böyle hallerde, yansıma yoluyla değil, doğrudan doğruya zarara maruz kalma söz konusudur.*" (Yarg., HGK, 26.04.1995 T., E. 11-222, K. 430; UYGUR, Turgut: Açıklamalı ve İçtihatlı Borçlar Kanunu, Sorumluluk ve Tazminat Hukuku, İkinci Cilt, Madde 41-50, Anka-

ifadesi ile getirilmiştir. Dolayısıyla hukuka aykırı bir fiil sonucunda bir kimsenin ölmesi halinde, “aile” kavramı dışında kalan kişiler de zarardan sorumlu olandan manevi tazminat talep edebileceklerdir. Böylece, TBK m. 56/f. II metninde yapılan yeni düzenlemelerle bedensel bütünlüğü ağır şekilde ihlal edilen kişinin veya ölen kimsenin yakınları da yansıma yoluyla uğradıkları manevi zararın giderilmesini talep edebileceklerdir⁴⁰. Böylece bu gibi durumlarda manevi tazminat talep edebilecek kişilerin kapsamı genişletilmiş olmaktadır.

b) Kişilik Hakkının Zedelenmesi Halinde Manevi Tazminat

Kişilik hakkı zedelenen kimsenin uğradığı manevi zararın giderilmesine ilişkin düzenleme TBK m. 58’de yer almaktadır. Hüküm, kişilik değerlerinin hukuka aykırı olarak zedelenmesi halinde ihlale maruz kalan kimsenin manevi tazminat talebine dair bir düzenleme öngörmüştür. TBK m. 58’e göre, “*Kişilik hakkının zedelenmesinden zarar gören, uğradığı manevi zarara karşılık manevi tazminat adı altında bir miktar para ödenmesini isteyebilir.*”

Hâkim, bu tazminatın ödenmesi yerine, diğer bir giderim biçimi kararlaştırabilir veya bu tazminata ekleyebilir; özellikle saldırıyı kınayan bir karar verebilir ve bu kararın yayımlanmasına hükmedebilir”. Madde BK m. 49’u karşılamakla birlikte, BK m. 49/f. II “gereksiz görülerek” TBK m. 58’e alınmamıştır. Gerekçede belirtildiği üzere, “... hâkim tazminat miktarını belirlerken, “hâl ve mevkiin icabını/durumun gereğini”, yani saldırının kişilik hakkı zedelenen kişinin manevî kişilik değerlerinde sebep olduğu eksilmeyi göz önünde tutmalıdır. Bu eksilmenin ise, sıfatı ve makamı daha yüksek ve ekonomik durumu daha iyi olan taraf bakımından çok, diğer taraf için az olduğu şeklinde bir kurala bağlanması yanlış olur. Bu nedenle, ... hâkimin manevî tazminat miktarını belirlerken, tarafların sıfatını, işgal ettikleri makamı ve diğer sosyal ve ekonomik durumları da dikkate alması gerektiğinin belirtilmesinde bir zorunluluk yoktur. Ayrıca, bunların maddede gereksiz yere tekrar edilmesi, herkesin kanun önünde eşit olduğu ilkesine de aykırı görülmüştür”. Ancak TBK m. 58’de böyle bir düzenlemeye yer verilmemiş

ra 2003, s. 2182-2184). Ayrıca bkz., Yarg., HGK, 02.12.1987 T., E. 1987/4-214, K. 1987/894 (YKD, C. XIV, S. 4, Nisan 1988, s. 463, 464); Yarg., 21. HD, 15.06.2000 T., E. 4733, K. 4833 (UYGUR, age., s. 2187).

⁴⁰ OĞUZMAN/ÖZ, age., s. 270; ANTALYA, age., s. 512; ERLÜLE, Fulya: “6098 Sayılı Türk Borçlar Kanununda Beden Bütünlüğünün İhlalinden Doğan Manevi Tazminat Talebi”, MÜHFHAD, Özel Hukuk Sempozyumu Özel Sayı, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Hükümlerinin Değerlendirilmesi Sempozyumu (3-4 Haziran 2011), Prof. Dr. Cevdet YAVUZ’a Armağan, İstanbul 2011, s. 162.

olması, hâkimin tazminat miktarını belirlerken tarafların sıfatlarını, sosyal ve ekonomik konumlarını dikkate almayacağı anlamına gelmemelidir. Bir yandan sorumluluk hukuku ilkeleri gereğince bu tür hususların dikkate alınması gerekir. Diğer yandan TBK m. 51'deki düzenleme gereğince "*Hâkim, tazminatın kapsamını ve ödenme biçimini, durumun gereğini ve özellikle kusurun ağırlığını göz önüne alarak belirler*" hükmündeki; durumun gereği ibaresi de hâkime bu yetkiyi ve görevi vermektedir⁴¹.

Türk Borçlar Kanunu'nun 56. maddesinde kabul edilen ağır bedensel zarar veya ölüm hâlinde, zarar görenin veya ölenin yakınlarının da manevi tazminat talep edebilmesi imkânının, TBK m. 58'de kişilik hakkının ağır ihlali hâli için de öngörülmesi gerektiği belirtilmiştir⁴². Ancak mevcut düzenleme ile böyle bir imkânın tanınması mümkün görülmemektedir. Zira kişilik haklarının ihlali halinde yansıma yolu ile manevi zarara uğrayanların bu zararlarının giderilmesini talep edebilmeleri için gerekli hukuki altyapı, bir başka ifadeyle hukuka aykırılık bağı, TBK tarafından düzenlenmemiştir⁴³.

3. Haksız Rekabet Halinde Tazminat

Türk Borçlar Kanunu'nun 57. maddesi haksız rekabet halinde ortaya çıkan zararların giderilmesine yönelik olarak, "*Gerçek olmayan haberlerin yayılması veya bu tür ilanların yapılması ya da dürüstlük kurallarına aykırı diğer davranışlarda bulunulması yüzünden müşterileri azalan veya onları kaybetme tehlikesiyle karşılaşan kişi, bu davranışlara son verilmesini ve kusurun varlığı hâlinde zararının giderilmesini isteyebilir.*"

Ticari işlere ait haksız rekabet hakkında Türk Ticaret Kanunu hükümleri saklıdır." hükmünü getirmiştir. Hüküm BK m. 48'e göre, kapsam itibariyle biraz genişletilmiştir. Gerçekten, BK m. 48'deki "*yanlış ilanlar*" ibaresi yerine "*gerçek olmayan haberlerin yayılması ve bu tür ilanların yapılması*" ifadesi tercih edilmiştir. Böylece, haksız rekabet teşkil edebilecek eylemlerin kapsamı genişletilmiş olmaktadır.

⁴¹ YENİOCAK, age., s. 70.

⁴² KILIÇOĞLU, M. Ahmet: Türk Borçlar Kanunu Tasarısı'na Eleştiriler, TBB Yayını, Ankara 2008, s. 27.

⁴³ OĞUZMAN/ÖZ, age., s. 254.

4. Ayırt Etme Gücünün Geçici Kaybı Halinde Sorumluluk

Ayırt etme gücünün geçici kaybı esnasında bir zarar neden olan kişinin bu zarar dolayısıyla sorumluluğu TBK m. 59'da düzenlenmiştir. Maddeye göre, “*Ayırt etme gücünü geçici olarak kaybeden kişi, bu sırada verdiği zararları gidermekle yükümlüdür. Ancak, ayırt etme gücünü kaybetmede kusuru olmadığını ispat ederse, sorumluluktan kurtulur*”. Hüküm BK m. 54/f. II'nin karşılığıdır. Dolayısıyla bu sistematik yapı ile BK m. 54/f. I hükmü TBK m. 65'te yer alırken, BK m. 54/f. II'de yer alan düzenleme ise TBK m. 59'da hüküm altına alınmıştır.

5. Tazminat Hükümünün Değiştirilmesi

Bedensel bütünlüğün zedelenmesinden doğan zararların giderilmesine yönelik tazminat davalarında zararın kapsamı tam olarak belirlenemiyorsa, hâkim tazminat hükmünü değiştirme yetkisini saklı tutabilir. Bu hususu düzenleyen TBK m. 75 gereğince, “*Bedensel zararın kapsamı, karar verme sırasında tam olarak belirlenemiyorsa hâkim, kararın kesinleşmesinden başlayarak iki yıl içinde, tazminat hükmünü değiştirme yetkisini saklı tutabilir*”. Madde iki yıllık sürenin başlangıcı bakımından bir değişiklik getirmiştir. Buna göre, hâkim tazminat kararının “*tefhimi tarihinden itibaren*” (BK m. 46/f. II) değil, “*kesinleşme tarihinden itibaren*” iki yıl içerisinde tazminat hükmünü değiştirme yetkisini saklı tutabilecektir.

6. Geçici Ödemeler

Türk Borçlar Kanunu'nun 76. maddesinde “*Geçici ödemeler*” kenar başlığı ile yeni bir düzenleme getirilmiştir. Hükme göre, “*Zarar gören, iddiasının haklılığını gösteren inandırıcı kanıtlar sunduğu ve ekonomik durumu da gerektirdiği takdirde hâkim, istem üzerine davalının zarar görene geçici ödeme yapmasına karar verebilir*”.

Davalının yaptığı geçici ödemeler, hükmedilen tazminata mahsup edilir; tazminata hükmedilmezse hâkim, davacının aldığı geçici ödemeleri, yasal faizi ile birlikte geri vermesine karar verir”. Görüldüğü üzere TBK m. 76/f. I gereğince, zarara uğrayan kişinin tazminat talebinin haklılığını gösteren inandırıcı deliller sunması, ekonomik durumunun gerektirmesi ve bu yönde bir isteminin bulunması şartlarının birlikte gerçekleşmesi halinde, hâkim, dava sonunda zarar görene ödenecek tazminata mahsuben, bir miktar geçici ödemenin sorumlu kişi tarafından yapılmasına karar verebilecektir⁴⁴. TBK

⁴⁴ Geçici ödemeler konusunda detaylı bilgi için bkz., KILIÇOĞLU, M. Ahmet: “*Haksız Fiilde Mütessesil Sorumluluk ve Geçici Ödemeler*”, Türk Medeni Kanunu'nu Yürürlüğe

m. 76/f. II’de ise f. I uyarınca zarar görene yapılan geçici ödemenin, nihai kararda hükmedilen tazminattan mahsup edileceği⁴⁵, tazminat davasının reddedilmesi halinde ise zarar görenin aldığı geçici ödemenin yasal faizi ile birlikte iadesine karar verileceği hükme bağlanmıştır⁴⁶.

IV. ZAMANAŞIMI

1. Haksız Fiillerde Zamanaşımı Süresi

Türk Borçlar Kanunu haksız fiil sorumluluğunda genel zamanaşımı sürelerini 72. maddesinde düzenlemiştir. TBK m. 72’ye göre, “Tazminat istemi, zarar görenin zararı ve tazminat yükümlüsünü öğrendiği tarihten başlayarak iki yılın ve her hâlde fiilin işlendiği tarihten başlayarak on yılın geçmesiyle zamanaşımına uğrar. Ancak, tazminat ceza kanunlarının daha uzun bir zamanaşımı öngördüğü cezayı gerektiren bir fiilden doğmuşsa, bu zamanaşımı uygulanır.

Haksız fiil dolayısıyla zarar gören bakımından bir borç doğmuşsa zarar gören, haksız fiilden doğan tazminat istemi zamanaşımına uğramış olsa bile, her zaman bu borcu ifadan kaçınabilir. Hüküm BK m. 60’ı karşılamakla birlikte bazı değişiklikleri de içermektedir. TBK m. 72, haksız fiilden doğan tazminat taleplerine dair üç farklı zamanaşımı süresi öngörmektedir. Kısa zamanaşımı süresi olarak adlandırılan süre, gerekçede belirtildiği üzere “yetersiz bulunması nedeniyle” iki yıl olarak hükme bağlanmıştır. Uzun zamanaşımı süresi BK m. 60’ta olduğu gibi on yıl olarak belirlenmiştir. Hemen belirtelim ki, uzun zamanaşımı süresi Tasarıda yirmi yıl olarak öngörülmüş idi. Fakat kanunlaşma süreci içerisinde söz konusu süre, BK m. 60’ta olduğu gibi on yıl olarak kabul edilmiştir⁴⁷.

Girişinin 80.Yılı Münasebetiyle Düzenlenen Sempozyum, Symposium anlässlich des 80. Jahrestages des Inkrafttretensdes Türkischen Zivilgesetzbuches (4-5. Oktober 2006), Ankara 2007, s. 176 vd.; **TOPUZ, Murat**: “6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Uyarınca Haksız Fiilden Doğan Borç İlişkilerine Dair Yargılamalarda Geçici Ödemeler (TBK m. 76)”, MÜHFHAD, Özel Hukuk Sempozyumu Özel Sayı, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Hükümlerinin Değerlendirilmesi Sempozyumu (3-4 Haziran 2011), Prof. Dr. Cevdet YAVUZ’a Armağan, İstanbul 2011, s. 257 vd..

⁴⁵ Hükmedilen tazminatın daha önce zarardan sorumlu olan kişi tarafından yapılan geçici ödeme miktarından az olması halinde, zarar görenin bu fazla miktarı iade etmesi gerekir. Bu hususta bkz., **KILIÇOĞLU**, Sempozyum, s. 180.

⁴⁶ **ANTALYA**, age., s. 768; **EREN**, age., s. 780.

⁴⁷ Türk Borçlar Kanunu Tasarısı Adalet Komisyonu Raporu, s. 268, 269.

Adalet komisyonu raporunda bu değişikliğin gerekçesi şöyle belirtilmiştir: “Komisyon, bu gibi sonuçlarda çözümün **“haksız fiil”** kurumunun analizinde aranması gerektiği değerlendirmesinde bulunmuş, süreyi on yıla indiren önergede temel çözümü ortaya koymuştur. Buna göre, haksız fiilin **“sonuç”** unsurunun üzerinde durulması gerekir. **“Sonuç”**, eylemin **“hareket”** unsurunun dış-dünyada meydana getirdiği ve hukukun hüküm tertip ettiği **“değişiklik”**tir (Prof.Dr. Kaneti, Selim. Haksız Fiilde Ani Sonuçlu Olaylarda Hukuka Aykırılık Unsuru, İst.2007, s.19 ve civ.). Hareketten hemen sonra meydana gelen ölüm, yaralanma ve hasar gibi **“ani sonuç”**lar yönünden bir sorun yoktur. Bu hâllerde, hareketle sonuç arasında uzun bir zaman bulunmamaktadır. Hareketle sonuç arasına uzun bir zamanın girdiği hâllerde sorun doğmaktadır. Sözelimi kimi kimyasal ya da radyoaktif kökenli kazalarda hareket unsuru ile dış-dünyadaki değişiklik (sonuç) unsuru arasına, yarım asrı aşan bir süre girebilir. Radyoaktif kaza çevresinde 50 yıl sonra elsiz-kolsuz doğumun gerçekleşmesi farazî örneği uyarıcıdır. İlliyet bağının varlığı hâlinde bu örnekte nükleer santraldeki “patlama”, haksız fiilin **“hareket unsurunu”**, **“noksan doğum”** ise, haksız fiilin **“sonuç unsurunu”** (cismani zararı) ifade eder. Bu somut örnekte haksız fiilin işlendiği tarih, hareketin olduğu “patlama” tarihi değil; sonucun meydana geldiği **“noksan doğum”** tarihidir. Haksız fiil, noksan doğum tarihinde tamamlanmış olmaktadır. (Prof.Dr. Henri Deschenaux, Prof.Dr. Pierre Tercier. Sorumluluk Hukuku. Selim Özdemir çevirisi, Ank.1983.s.12-13). Hareket ve sonuç haksız fiil bütününi oluşturan kurucu unsurlar olup sonucu meydana gelmemiş harekete bir hüküm tertip olunamaz. Öte yandan aynı hareketin farklı zamanlarda birden fazla sonuç doğurması mümkündür. Çernobil kazasından sonra birden fazla özürlü doğum gibi. Her sonucun meydana geldiği tarihe göre zamanaşımının başlangıcı farklı olacaktır. Bu gibi hâllerde zarar, ancak ve ancak sonucun meydana geldiği tarihte oluşmuş olacağından, kısa süreli zamanaşımının da başlangıç tarihi zorunlu olarak, sonucun meydana geldiği tarih sonrasında öğrenme tarihi olacaktır.

Tasarının 71 inci maddesinin birinci fıkrası, uzun zamanaşımı başlangıcına temel alınan fiil terimi eylemin sonuç unsurunun meydana geldiği tarihi içerdiğine; fiilin sonucun meydana geldiği tarihte oluşmuş sayıldığına göre, sonucu on yıl sonra meydana gelen fillerde dahi zamanaşımının dolmamış bulunması karşısında “yirmi yılın” ibaresi “on yılın” şeklinde değiştirilmiş ve madde teselsül nedeniyle 72 nci madde olarak kabul edilmiştir”.

Ayrıca, BK m. 60'ta yer alan on yıllık uzun zamanaşımı süresinin başlangıcı için öngörülen “zararı müstelzim fiilin vukuundan itibaren” şeklindeki ifade yerine, TBK m. 72'de “her hâlde fiilin işlendiği tarihten başlayarak” ifadesi tercih edilmiştir.

Bu değişikle ilgili olarak Tasarı gerekçesinde, BK m. 60'ta yer alan “zararı müstelzim fiilin vukuundan itibaren” ibaresinin, on yıllık azami zamanaşımı süresinin zarar unsurunun gerçekleşmesi anından itibaren başlayacağı yönünde yoruma sebep olduğu, bu yoruma engel olmak üzere maddede ifade değişikliğine gidildiği belirtilmektedir. Bir başka ifadeyle, madde gerekçesinde, on yıllık sürenin, zarar unsurundan bağımsız olarak, fiilin gerçekleştiği andan itibaren işlemeye başlayacağı açıkça belirtilmiştir⁴⁸.

Türk Borçlar Kanunu'nun 72. maddesinde ayrıca, istisnai süre olarak adlandırılan zamanaşımı süresine de yer verilmiştir. Buna göre, tazminat ceza kanunlarının daha uzun bir zamanaşımı öngördüğü cezayı gerektiren bir fiilden kaynaklanmışsa, tazminat davası da ceza davası zamanaşımı süresine tâbi olacaktır.

2. Rücu Talebinde Zamanaşımı Süresi

Türk Borçlar Kanunu yeni bir düzenleme ile 73. maddesinde rücu taleplerine uygulanacak zamanaşımı süresini hüküm altına almıştır. Söz konusu hükme göre, “Rücu istemi, tazminatın tamamının ödendiği ve birlikte sorumlu kişinin öğrenildiği tarihten başlayarak iki yılın ve her hâlde tazminatın tamamının ödendiği tarihten başlayarak on yılın geçmesiyle zamanaşımına uğrar.

Tazminatın ödenmesi kendisinden istenilen kişi, durumu birlikte sorumlu olduğu kişilere bildirmek zorundadır. Aksi takdirde zamanaşımı, bu bildiri-

⁴⁸ Haksız fiilden kaynaklanan tazminat taleplerine ilişkin uzun zamanaşımı süresinin başlangıcı konusunda TBK m. 72/f. I'de “her hâlde fiilin işlendiği tarihten başlayarak” şeklindeki ifade ile Adalet Komisyonu tarafından yapılan değişikliğe esas teşkil eden düşünceler çelişir niteliktedir. Zira haksız fiilin işlendiği tarihten itibaren on yıl geçtikten sonra ortaya çıkan zararlara ilişkin tazminat talepleri Kanunun açık ifadesi karşısında zamanaşımı def'i ile karşılaşılabilecektir. Bu bakımdan, Komisyon, raporda belirtilen düşüncelerle yaptığı süre değişikliğinin beklenen sonucu doğurabilmesi için “her hâlde fiilin işlendiği tarihten başlayarak” ifadesini “her halde zararın doğmasından itibaren” olarak değiştirmesi gerekirdi. Dolayısıyla TBK m. 72'de yapılan düzenleme, yeni tartışmalara yol açacak niteliktedir. Bu konuda ayrıca bkz., **NART, Serdar**: “Haksız Fiillerde Zamanaşımına İlişkin Hükümün Değerlendirilmesi (TBK m. 72)”, MÜHFHAD, Özel Hukuk Sempozyumu Özel Sayı, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Hükümlerinin Değerlendirilmesi Sempozyumu (3-4 Haziran 2011), Prof. Dr. Cevdet YAVUZ'a Armağan, İstanbul 2011, s. 246.

min dürüstlük kurallarına göre yapılabileceği tarihte işlemeye başlar". Madde hükmüne göre rücu taleplerinde zamanaşımı, TBK m. 72'ye paralel olarak, iki yıllık kısa süre ve on yıllık uzun süre şeklinde belirlenmiştir. İki yıllık sürenin başlangıcı için tazminatın tamamının ödenmesi ve diğer sorumlunun, yani rücu edilebilecek kişinin öğrenilmesi şartlarının bir arada gerçekleşmesi gerekir⁴⁹. Buna karşılık on yıllık uzun sürenin başlaması için tazminatın tamamen ödenmiş olması gerekli ve yeterlidir. Bir başka ifadeyle, bir haksız fiilden birlikte sorumlu olanlardan biri, kendi payına düşen tazminat miktarından fazlasını ödediği ve rücu etme imkânı olduğu hâlde, tazminatın tamamı ödenmediği için rücu zamanaşımı işlemeye başlamayacaktır⁵⁰. TBK m. 72/f. II ise kendisinden tazminat talebinde bulunulan kişiye zamanaşımı süresinin başlangıcı açısından bir mükellefiyet yüklemiştir. Buna göre, kendisinden tazminat talep edilen kişi, durumu birlikte sorumlu olduğu kişi ya da kişilere bildirmek zorundadır. Aksi halde, zamanaşımı sürelerinin başlaması için tazminatın tamamının ödenmesi beklenmeyecek, söz konusu bildirimün dürüstlük kurallarına göre yapılabileceği tarih itibarıyla süreler işlemeye başlayacaktır.

V. SORUMLULUK SEBEPLERİNİN ÇOKLUĞU

A) SEBEPLERİN YARIŞMASI

Hukuka aykırı bir fiil dolayısıyla meydana gelen zarar çoğunlukla tek bir sorumluluk sebebine dayanır. Ancak bazı hallerde zararın, dolayısıyla da sorumluluğun birden fazla sebebe dayandığı görülebilmektedir. Örneğin, bir kimsenin davranışı hem borç ilişkisine aykırılık hem de genel davranış kurallarının ihlalini oluşturabilir. Dolayısıyla zarardan sorumlu olan kişi bakımından borca aykırılık nedeniyle sorumluluğun yanı sıra haksız fiilden sorumluluğun şartları da gerçekleşmişse⁵¹, zarar görenin dilediği, daha doğru

⁴⁹ Tazminatın kendi payına düşen kısmından fazlasını ödeyen sorumlu, kural olarak iç ilişkide rücu hakkına sahip olmaktadır. Bu bakımdan ayrıca tazminatın tamamının ödenmesi şartının da gerçekleşmesinin aranmasının çelişkili olduğu yönünde bkz., **NOMER, N. Haluk**: "Rücu İstemine İlişkin Zamanaşımı (TBK m. 73)", MÜHFHAD, Özel Hukuk Sempozyumu Özel Sayı, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Hükümlerinin Değerlendirilmesi Sempozyumu (3-4 Haziran 2011), Prof. Dr. Cevdet YAVUZ'a Armağan, İstanbul 2011, s. 254.

⁵⁰ **NOMER**, agm., s. 254, 255; **YENİOCAK**, age., s. 103.

⁵¹ Zarardan sorumlu kişi bakımından birden çok sorumluluk sebebinin bulunması halinde, bu sorumluluk sebeplerinden birisi borç ilişkisine aykırılık diğeri haksız fiil olabileceği gibi, biri kusura dayanan diğeri kusur aranmayan sorumluluk sebepleri ya da her ikisi de

bir ifadeyle kendisi açısından avantajlı olan sorumluluk sebebine dayanarak zararının giderilmesini talep edebileceği kabul edilmektedir⁵². Nitekim bu husus TBK m. 60'da hükme bağlanmıştır. TBK m. 60'a göre, "*Bir kişinin sorumluluğu, birden çok sebebe dayandırılabiliriyorsa hâkim, zarar gören aksini istemiş olmadıkça veya kanunda aksi öngörülmedikçe, zarar görene en iyi giderim imkânı sağlayan sorumluluk sebebine göre karar verir*". Dolayısıyla TBK m. 60 gereğince, zarar görenin aksi yönde bir talebi olmadıkça, hâkim, somut olayda hangi hukuki sebebe dayanılması zarar görenin lehine ise o sebebi esas alarak tazminata karar verecektir. Bir başka ifadeyle, zarar gören tazminat davasını belirli bir sorumluluk sebebine dayandırmışsa ve bu sorumluluk esasının şartları da gerçekleşmişse, kural olarak hâkim bu esasa dayanarak karar vermelidir. Buna karşılık zarar gören, dava dilekçesinde örneğin, sadece zararının giderilmesini talep etmişse, TBK m. 60 uyarınca dava, hâkim tarafından zarar görenin lehine olan sorumluluk sebebine dayandırılarak karara bağlanacaktır⁵³.

B) MÜTESELSİL SORUMLULUK

Türk Borçlar Kanunu müteselsil sorumluluk alanında yapmış olduğu düzenleme, aynı konuda BK m. 50 ve 51'de yapılan düzenlemeden farklıdır. Borçlar Kanunu müteselsil sorumluluğu, farklı teselsül türleri olarak iki ayrı hükümle düzenlemiştir. Bu hükümlerden ilki olan BK m. 50'ye göre, "*Birden ziyade kimseler birlikte bir zarar ika ettikleri takdirde müşevvik ile asıl fail ve fer'an methali olanlar, tefrik edilmeksizin müteselsilen mesul olurlar. Hakim, bunların birbiri aleyhinde rücu hakları olup olmadığını takdir ve icabında bu rücuun şumulünün derecesini tayin eyler*".

Yataklık eden kimse, vaki olan kârdan hisse almadıkça yahut iştirakiyle bir zarara sebebiyet vermedikçe mesul olmaz". Görüldüğü üzere hüküm, bir zarara ortak kusurlarıyla sebebiyet veren birden fazla kişinin sorumluluğunu düzenlemekteydi ve bu durum "*tam teselsül*" olarak adlandırılmaktaydı. Ayrıca BK m. 50 gereğince, ortak kusurlarıyla zarara neden olanları "*müşevvik, asıl fail, fer'an methali olanlar ve yataklık eden kimse*" olarak ayırma tâbi tutmuş, fakat bunlardan müşevvik, asıl fail ve fer'an methali olanların zarardan müteselsilen sorumlu olacaklarını, yataklık eden kimsenin ise

kusursuz sorumluluk sebeplerinden olmakla birlikte, kusur aranmayan sorumluluğa ilişkin farklı iki sebep de olabilir. Bu hususta bkz., OĞUZMAN/ÖZ, age., s. 277.

⁵² OĞUZMAN/ÖZ, age., s. 278.

⁵³ OĞUZMAN/ÖZ, age., s. 279.

ancak, haksız fiil sonucunda gerçekleşen kazançtan pay aldığı takdirde sorumlu olacağını düzenlemişti⁵⁴.

Borçlar Kanunu'nun 51. maddesinde ise “*eksik teselsül*” olarak adlandırılan ve birden fazla kişinin aynı zarardan farklı hukuki sebeplerden dolayı sorumluluğunu düzenlenmişti. BK m. 51'e uyarınca, “*Müteaddit kimseler muhtelif sebeplere (haksız muamele, akit, kanun) binaen mesul oldukları takdirde haklarında, birlikte bir zarar vukuuna sebebiyet veren kimseler hakkındaki hükümlere göre muamele olunur.*”

Kaideten haksız bir fiili ile zarara sebebiyet vermiş olan kimse en evvel, tarafından hata vaki olmamış ve üzerine borç alınmamış olduğu halde kanunen mesul olan kimse en sonra, zaman ile mükellef olur”. Maddenin I. fıkrasında, farklı hukuki sebepler dolayısıyla aynı zarardan sorumlu olanların BK m. 50'deki hükümlere tâbi olacağı belirtilmiş, II. fıkrada ise rücu aşamasında, kural olarak, önce haksız fiil sorumlusunun, sonra sözleşme ilişkisinden kaynaklanan sorumlunun ve son olarak da kanunen kusursuz olarak sorumlu olanın ödenen tazminattan sorumlu olacağı düzenlenmişti⁵⁵. Ancak Türk Borçlar Kanunu'nun müteselsil sorumlulukla ilgi yaptığı yeni düzenleme karşısında, daha önce BK m. 50 ve 51 dikkate alınarak yapılan tam teselsül-eksik teselsül ayırımının artık bir anlamı kalmamıştır⁵⁶.

1. Dış İlişki

Türk Borçlar Kanunu'nun müteselsil sorumluluk ile ilgili yeni düzenlemesinde iki hüküm (TBK m. 61 ve 62) yer almaktadır. Söz konusu bu iki hükümden birisi olan ve müteselsil sorumlulukta dış ilişkiyi düzenleyen TBK m. 61'e göre, “*Birden çok kişi birlikte bir zarara sebebiyet verdikleri veya aynı zarardan çeşitli sebeplerden dolayı sorumlu oldukları takdirde, haklarında müteselsil sorumluluğa ilişkin hükümler uygulanır*”. Madde gereğince, birden çok kişinin birlikte aynı zarara sebep olmaları veya aynı zarardan farklı sebeplerle sorumlu olmaları⁵⁷ hâllerinde, ayırım yapılmaksızın her iki durum da “*müteselsil sorumluluk*” kabul edilerek, buna ilişkin hükümlerin uygulanacağı açıkça düzenlenmiştir.

⁵⁴ OĞUZMAN/ÖZ, age., s. 282; KILIÇOĞLU, Borçlar, s. 437.

⁵⁵ KILIÇOĞLU, Sempozyum, s. 166; OĞUZMAN/ÖZ, age., s. 283; KILIÇOĞLU, Borçlar, s. 441.

⁵⁶ EREN, age., s. 811; HATEMİ/GÖKYAYLA, age., s. 182; OĞUZMAN/ÖZ, age., s. 284.

⁵⁷ Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz., EREN, age., s. 812 vd..

Türk Borçlar Kanunu'nun 61. maddesinde dikkat çeken bir başka yenilik ise BK m. 50'de yer alan ve hukuka aykırı fiilleriyle aynı zarardan sorumlu olanlar arasında yapılan "müşevvik, asıl fail, fer'an methali olanlar ve yatalık eden kimse" şeklindeki ayırımın da artık madde metninde belirtilmemiş olmasıdır. Dolayısıyla müteselsil sorumluluğu doğuran zararlar uygun illiyet bağı içerisinde olan hukuka aykırı fiili gerçekleştiren herkesin sorumlu olacağı kabul edilmiştir⁵⁸.

2. İç İlişki

Müteselsil sorumlulukta, tazminatın sorumlular arasında kesin ve nihai paylaşımını⁵⁹ ifade eden rücu ilişkisi TBK m. 62'de düzenlenmiştir. TBK m. 62'ye göre, "Tazminatın aynı zarardan sorumlu müteselsil borçlular arasında paylaşılmasında, bütün durum ve koşullar, özellikle onlardan her birine yüklenebilecek kusurun ağırlığı ve yarattıkları tehlikenin yoğunluğu göz önünde tutulur.

Tazminatın kendi payına düşeninden fazlasını ödeyen kişi, bu fazla ödemesi için, diğer müteselsil sorumlulara karşı rücu hakkına sahip ve zarar görenin haklarına halef olur". Burada iki hususu belirtmekte fayda bulunmaktadır. Birincisi, TBK m. 62, hem birden çok kişinin aynı zarara birlikte sebep olmaları, hem de aynı zarardan dolayı farklı sebeplerle sorumlu olmaları halinde uygulanacaktır. İkincisi, birden fazla kişinin farklı hukuki sebeplerden dolayı, fakat aynı zarardan sorumlu olmaları durumunda BK m. 51/f. II'de ifade edilmiş olan iç ilişkideki sorumluluk sırasına, TBK m. 62'de yer verilmemiştir.

Müteselsil sorumlulukta sorumlular arasındaki rücu miktarları, TBK m. 62/f. I'de belirlenen, aynı zarardan müteselsil olarak sorumlu olanların aralarındaki rücu ilişkisinde göz önünde tutulması gereken esaslara göre, her birinin kusurunun ağırlığı; davranış, faaliyet veya işletmeleri dolayısıyla oluşturdukları tehlikenin yoğunluğu ile somut olaydaki durum ve şartlar dikkate alınarak tespit edilecektir⁶⁰.

Türk Borçlar Kanunu'nun 62. maddesinin II. fıkrası gereğince, tazminatın kendi payına düşenden fazlasını ödeyen her bir müteselsil sorumlu, bu

⁵⁸ OĞUZMAN/ÖZ, age., s. 284.

⁵⁹ EREN, age., s. 822.

⁶⁰ EREN, age., s. 822, 823; OĞUZMAN/ÖZ., age, s. 284; ACAR, Faruk: "Tam Teselsül ve Eksik Teselsül Ayırımı", MÜHFHAD, Özel Hukuk Sempozyumu Özel Sayı, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Hükümlerinin Değerlendirilmesi Sempozyumu (3-4 Haziran 2011), Prof. Dr. Cevdet YAVUZ'a Armağan, İstanbul 2011, s. 345.

fazla ödeme için rücu hakkına sahip olduğu diğer müteselsil sorumlulara karşı zarar görenin haklarına halef olacaktır⁶¹.

VI. SONUÇ

1 Temmuz 2012 tarihinde yürürlüğe giren Türk Borçlar Kanunu “*Sözleşmeden Doğan Borç İlişkileri*” ve “*Sebepsiz Zenginleşmeden Doğan Borç İlişkileri*” alanlarında olduğu gibi, “*Haksız Fiilden Doğan Borç İlişkileri*” alanında da bazı yenilikler ve değişiklikler getirmiştir.

Haksız fiilden doğan borç ilişkileri esas itibariyle hukuka aykırı davranışla bir başkasına zarar veren kimsenin bu zararı gidermesi bağlamında, öncelikle sorumluluğu, daha sonra zararı ve tazminatı belirlemeye yönelik hükümleri içermektedir. Bu borç ilişkisi, ister kusurlu isterse kusursuz olsun bir başkasına zarar verilmesi halinde, zarardan sorumlu olan(lar)la, zarar gören(ler) arasındaki hukuki ilişkiyi ifade etmektedir.

Zararın doğmasıyla birlikte ortaya çıkan sorumluluk ve hukuki ilişki alanının, kişilerin adalet duygularını ve beklentilerini tatmin edecek bir biçimde düzenlenmesi zorunludur. Bu zorunluluk da kanunların toplumun ihtiyaçlarına göre gelişip, değişmesini gerekli kılar. Kanun koyucu bu gereklilik karşısında, yaptığı yeni düzenlemelerle toplumun ihtiyaçlarını karşılamaya çalışır. Bu çabanın bir eseri olmak üzere, 818 sayılı Borçlar Kanunu yerine 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu hazırlanmış ve 01.07.2012 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Türk Borçlar Kanunu'nun yürürlüğe girmesi ile birlikte, bu alanda birçok değişiklik ve yenilik de hukuk hayatımızdaki yerini almıştır. Bu bağlamda olmak üzere Türk Borçlar Kanunu'nda, bütünde olduğu gibi, haksız fiilden doğan borç ilişkileri alanında da gerek önceki hükümlerin ifade ve içerik açısından yeniden kaleme alınması, gerekse düzenlenen yeni hükümlerle, haksız fiil sorumluluğunu öngören normlar günümüz ihtiyaç ve şartlarına daha uygun hale getirilmiştir.

⁶¹ EREN, age., s. 826; ACAR, agm., s. 344.

KAYNAKÇA

ACAR, Faruk: “*Tam Teselsül ve Eksik Teselsül Ayırımı*”, MÜHFHAD, Özel Hukuk Sempozyumu Özel Sayı, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Hükümlerinin Değerlendirilmesi Sempozyumu (3-4 Haziran 2011), Prof. Dr. Cevdet YAVUZ’a Armağan, İstanbul 2011, s. 339-346.

ALTAY, Sabah: “*6098 Sayılı Borçlar Kanunu Uyarınca Adam Çalıştırmanın İşletme Faaliyeti (Organizasyonu) Dolayısıyla Sorumluluğu*”, MÜHFHAD, Özel Hukuk Sempozyumu Özel Sayı, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Hükümlerinin Değerlendirilmesi Sempozyumu (3-4 Haziran 2011), Prof. Dr. Cevdet YAVUZ’a Armağan, İstanbul 2011, s. 175-189.

ANTALYA, O. GÖKHAN: Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, C. I, İstanbul 2012.

DECHENAUX, Henri/TERCIER, Pierre, (Çev. Salim ÖZDEMİR): Sorumluluk Hukuku, Ankara 1983.

ERDEM, Mehmet: “*Türk Borçlar Kanunu Uyarınca Tehlike Sorumluluğu*”, MÜHFHAD, Özel Hukuk Sempozyumu Özel Sayı, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Hükümlerinin Değerlendirilmesi Sempozyumu (3-4 Haziran 2011), Prof. Dr. Cevdet YAVUZ’a Armağan, İstanbul 2011, s. 217-226.

EREN, Fikret: Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, 14. Baskı, Ankara 2012.

ERLÜLE, Fulya: “*6098 Sayılı Türk Borçlar Kanununda Beden Bütünlüğünün İhlalinden Doğan Manevi Tazminat Talebi*”, MÜHFHAD, Özel Hukuk Sempozyumu Özel Sayı, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Hükümlerinin Değerlendirilmesi Sempozyumu (3-4 Haziran 2011), Prof. Dr. Cevdet YAVUZ’a Armağan, İstanbul 2011, s. 143-164.

HATEMİ, Hüseyin/GÖKYAYLA, Emre: Borçlar Hukuku, Genel Bölüm, İstanbul 2011.

KILIÇOĞLU, M. Ahmet: “*Haksız Fiilde Müteselsil Sorumluluk ve Geçici Ödemeler*”, Türk Medeni Kanunu’nu Yürürlüğe Girişinin 80.Yılı Münasebetiyle Düzenlenen Sempozyum, Symposium anlässlich des 80. Jahrestages des Inkrafttretensdes Türkischen Zivilgesetzbuches (4-5. Oktober 2006), Ankara 2007, s. 163-183. (KILIÇOĞLU, Sempozyum)

KILIÇOĞLU, M. Ahmet: Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, Genişletilmiş 14. Bası, Ankara 2011. (KILIÇOĞLU, Borçlar)

KILIÇOĞLU, M. Ahmet: Türk Borçlar Kanunu Tasarısı’na Eleştiriler, TBB Yayını, Ankara 2008. (KILIÇOĞLU, Eleştiriler)

KOÇHİSARLIOĞLU, Cengiz/ERİŞGİN, Özlem: “Yeni Türk Borçlar Kanunu Tasarısında Haksız Fiiller”, Prof. Dr. Rona SEROZAN’a Armağan, Cilt II, İstanbul 2011, s. 1243-1271.

KORKUSUZ, Refik: “Hukumumuzda Tehlike Sorumluluğu Uygulaması ve Yeni Borçlar Kanunu Tasarısındaki Düzenlenmesi”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Sorumluluk ve Tazminat Hukuku Sempozyumu (28-29 Mayıs 2009) Ankara 2009, s. 147-207.

NART, Serdar: “Haksız Fiillerde Zamanaşımına İlişkin Hükümün Değerlendirilmesi (TBK m. 72)”, MÜHFHAD, Özel Hukuk Sempozyumu Özel Sayı, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Hükümlerinin Değerlendirilmesi Sempozyumu (3-4 Haziran 2011), Prof. Dr. Cevdet YAVUZ’a Armağan, İstanbul 2011, s. 227-248.

NOMER, N. Haluk: “Rücu İstemine İlişkin Zamanaşımı (TBK m. 73)”, MÜHFHAD, Özel Hukuk Sempozyumu Özel Sayı, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Hükümlerinin Değerlendirilmesi Sempozyumu (3-4 Haziran 2011), Prof. Dr. Cevdet YAVUZ’a Armağan, İstanbul 2011, s. 249-255.

OĞUZMAN, M. Kemal/ÖZ, Turgut: Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, Cilt 2, İstanbul 2012.

ÖZTAŞ, İlker: “6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Açısından Yapı Malikinin Sorumluluğu”, MÜHFHAD, Özel Hukuk Sempozyumu Özel Sayı, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Hükümlerinin Değerlendirilmesi Sempozyumu (3-4 Haziran 2011), Prof. Dr. Cevdet YAVUZ’a Armağan, İstanbul 2011, s. 191-204.

SAĞLAM, İpek: “Adam Çalıştıranın Sorumluluğu”, MÜHFHAD, Özel Hukuk Sempozyumu Özel Sayı, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Hükümlerinin Değerlendirilmesi Sempozyumu (3-4 Haziran 2011), Prof. Dr. Cevdet YAVUZ’a Armağan, İstanbul 2011, s. 165-173.

TANDOĞAN, Haluk: Kusura Dayanmayan Sözleşme Dışı Sorumluluk Hukuku, Ankara 1981.

TİFTİK, Mustafa: Türk Hukukunda Tehlike Sorumluluklarının Genel Kural İle Düzenlenmesi Sorunu, 2. Baskı, Ankara 2005.

TOPUZ, Murat: “6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Uyarınca Haksız Fiilden Doğan Borç İlişkilerine Dair Yargılamalarda Geçici Ödemeler (TBK m. 76)”, MÜHFHAD, Özel Hukuk Sempozyumu Özel Sayı, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Hükümlerinin Değerlendirilmesi Sempozyumu (3-4 Haziran 2011), Prof. Dr. Cevdet YAVUZ’a Armağan, İstanbul 2011, s. 257-295.

UYGUR, Turgut: Açıklamalı ve İçtihatlı Borçlar Kanunu, Sorumluluk ve Tazminat Hukuku, İkinci Cilt, Madde 41-50, Ankara 2003.

ÜÇİŞİK, Güzin: “*Tehlike Sorumluluğunun Genel Kural İle Düzenlenmesi*”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Sorumluluk ve Tazminat Hukuku Sempozyumu (28-29 Mayıs 2009) Ankara 2009, s. 127-145.

YAVUZ, Cevdet: “*Türk Borçlar Kanunu Tasarısına Göre Kusursuz Sorumluluk Halleri ve İlkeleri*”, MÜHFHAD, Roma Hukukundan Modern Hukuka Sorumluluk Sempozyumu Özel Sayısı, C. 14, S. 4, Y. 2008, s. 29-61.

YENİOCAK, Umut: 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu’nun Getirdiği Değişiklikler ve Yenilikler, Genel Hükümler, İstanbul 2011.

YILDIRIM-AKKAYAN, Ayça: “*6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Düzenlemeleri Çerçevesinde Kusursuz Sorumluluğun Özel Bir Türü Olarak Tehlike Sorumluluğu*”, İÜHFH, C. LXX, S. 1, Y. 2012, s. 203-220.

YILMAZ, Süleyman: “*Türk Borçlar Kanunu Tasarısında Sebep Sorumluluğuna İlişkin Yeni Hükümler*”, AÜHFD, C. 59, S. 3, Y. 2010, s. 551-578.

MİRASÇILARIN MURİSİN BORÇLARINDAN DOLAYI SORUMLULUĞU

*Yrd. Doç. Dr. Hayrunnisa ÖZDEMİR**

Giriş

Mirasçılarının sorumluluğu Medeni Kanunda kısa olarak düzenlenmiş olmasına rağmen önemli bir konudur. Çünkü borcu olmadan ölen murise çok nadir rastlanır. Murisin borçlarının ödenmesi için belli bir süre konulmuş olmasına rağmen öğreti ve mahkeme kararları bu konuya hak ettiği ilgiyi göstermemişlerdir¹.

Mirasçılarının, murisin borçlarından sorumlu olabilmeleri için murisin ölmesi şarttır. Murisin ölümünden sonra miras, mirasçılarının harekete geçmelerine hatta herhangi bir harekette bulunmalarına gerek olmaksızın otomatik olarak kendiliğinden kazanılır². Burada menkul ve gayrimenkul eşyaların kazanımına ilişkin kurallar uygulama alanı bulmaz. Mirasçılar terekeye dahil malvarlığını külli halefiyet hükümlerine göre iktisap ederler. Mirasın kendiliğinden kazanımı, geçici bir kazanma sayılır. Şöyleki bu kazanma, mirası ret bozucu koşulunun gerçekleşmesi olasılığı kesin olarak ortadan kalkıncaya kadar askıda kalır. Bu geçici askı döneminde de mirasçıya takip yapılamaz³.

Anahtar Kelimeler: Miras bırakan, mirasçı, mirasbırakanın borçları, mirasbırakanın borçlarından sorumluluk, birlikte sorumluluk.

RESPONSIBILITY OF HEIRS BECAUSE OF THE TESTATORS' DEBTS

Although it is stated in brief in Turkish Civil Code, responsibility of heirs is an important issue. Because of the fact that, rarely, a testator dies without any debt. Despite there is a certain time limit to pay the debts of a testator, both doctrine and court are not interested in that topic as it deserves.⁴

* Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi.

1 Weibel, 55.

2 Dural/Öz, 390; Druey, 171 vd.

3 Serozan/Engin, 369.

4 Weibel, 55.

In order to have a responsibility for testators' debts, the testator should be died. After the death of testator, there is no need to any act of heir in order to inherit the inheritance, they *ipso facto* inherit the estate.⁵ Here, the rules of acquisition of chattel or real estate cannot be put in force. The heirs acquire the estate in according to universal/total succession. *Ipsa facto* acquisition of the heritage is assumed a temporary acquisition. That is to say, until there is no possibility of existence the vitiating condition of disclaimer of the inheritance, that acquisition will be pending. During that temporary pending process any enforcement proceeding against the heir cannot be fulfilled.⁶

Key words: Testator, heir, debts of testator, responsibility for the debts of testator, joint responsibility

I. Genel Olarak

Türk Medeni Kanunu m. 599/I “*miras bir bütün olarak kazanılır*” derken, külli halefiyet kuralını dile getirir⁷. Yasal mirasçıları ve atanmış mirasçıları külliye hak sahibi kılan bu maddi ilke, kabulsüz ve formalitesiz mirasçı olma biçimsel ilkesiyle karşılaştırıldığında daha geniş kapsamlı etkileri olan bir ilkedir. Bu ilkeye göre, tereke paylaşılınca kadar mirasçılar, murisin haklarına ve borçlarına elbirliği ile malik olurlar⁸. Mirasbırakanın malvarlığında bulunan hakların⁹ herbirinin devrine ilişkin kurallar örneğin taşınmazlarda tapuya tescil, taşınırlarda zilyedlik nakline, alacaklarda alacağın temlikine borçlarda ise, borcun nakline gerek olmaksızın haklar ve borçlar kendiliğinden külli halefiyet hükmü gereği mirasçılara geçer¹⁰. Bu kural sayesinde, mirasçıların hiçbir zaman kendi egemenliklerine geçememiş tereke mallarına dahi zilyedliğin egemenlik altında bulundurma çalışmamızın

⁵ Dural/Öz, 390; Druey, 171 vd.

⁶ Serozan/Engin, 369.

⁷ “İşyerini miras yoluyla intikali de, 4721 Sayılı Türk Medeni Kanununun 599 uncu maddesinde düzenlenmiş, sözü edilen hükümde mirasçıların mirasbırakanın ölümüyle mirasa bir bütün olarak hak kazanacakları açıklanmıştır” Y. 9HD., T. 11.10.2011, E. 2009/16391, K. 2011/36852, naklen Kazancı Otomasyon)

⁸ Weibel, 56; Serozan, 370;; BGE 93 II 11, 14; BGE 121 III 118, 122; “...Davacı murise ait borçlardan terekedeki payı oranında diğerleri ile müteselsil sorumlu olup...” (YHGK., T. 19.09.2001, E. 2001/2-425, K. 2001/591, naklen Kazancı Otomasyon).

⁹ “Mirasbırakanın sağlığında ekilen ve ancak onun ölümünden sonra hasadı yapılan mahsul terekeye dahildir. Y. 4HD., T. 17.11.1983, E. 9175/9718 K., YKD., 1984/9, 1362”.

¹⁰ İnan/Ertay/Albaş, 487; Antalya, 372; Öztan, 311; Ayiter/Kılıçoğlu, 226; Kocayusuf-paşaoglu, 519; Oğuzman, 283.

işlenme planı olarak belirlenen sorular çeşevesinde incelenmeye çalışılacaktır. Bun sorular, kim, neden, nasıl ve ne kadar süre ile murisin borçlarından sorumlu olacaktır.

II. Murisin Borçlarından Kim/Kimler Sorumludur?

Kanun maddesi açık bir şekilde, TMK. m. 599/II'de “*Kanunda öngörülen ayrık durumlar saklı kalmak üzere mirasçılar, mirasbırakanın aynı haklarını, alacaklarını, diğer malvarlığı haklarını, taşınır ve taşınmazlar üzerindeki zilyediklerini doğrudan doğruya kazanırlar ve mirasbırakanın borçlarından kişisel olarak sorumlu olurlar*” hükmünde belirtilmiştir. Bu hüküm gereğince murisin borçlarından, kanuni mirasçılar ve atanmış mirasçılar sorumlu olacaklardır. Borçlardan sorumluluk açısından kanuni ve atanmış mirasçılar arasında herhangi bir fark öngörülmemiştir¹¹. Ancak atanmış mirasçılar, külli halef olmadıklarından murisin borçlarında da sorumlu olmazlar. Onların sorumluluğu ancak cüz’i halefiyet hükümlerine göre gerçekleşir.

A. Mirasçılarının Murisin Borçlarından Şahsî Sorumluluğu

Türk Medeni Kanunu m. 599/II'ye göre, mirasçılar tereke borçlarından kişisel malvarlıklarıyla sınırsız olarak sorumludurlar. Mirasçılarının şahsî sorumluluğu bakımından borcun kaynağı önemli değildir. Mirasçılar, murisin sözleşmeden doğan borçlarının yanısıra, sebepsiz zenginleşme ve haksız fiilden doğan borçlarında da şahsen sorumludurlar¹². Mirasçılarının murisin borçlarından sorumluluğu, tereke ile ilgili defter tutma, terekenin mühürlenmesi, mirasın yönetimi gibi bütün diğer haller için de geçerlidir¹³. Mirasçılarının sorumluluğu, sadece borcun esası ile sınırlı olmayıp işlemiş ve işleyecek faizleri de kapsar¹⁴.

Mirasçılarının kişisel sorumluluğu, ancak mirasın kabulü veya ret süresinin geçmesi, yani mirasçılarının mirası kesin olarak kazanmaları ile başlar. Mirası red imkanı olduğu müddetçe mirasçılarının kişisel sorumluluğu başlamaz. Alacaklılar bu dönemde, tereke malları üzerinde takip yapabilirler, haciz

¹¹ Weibel, 51; Serozan, 371.

¹² Baygn, 53; İmre/Erman, 432-433; “ Borçlunun ölümü sebebi ile mirasçılara ödenen hayat sigortası tazminatı terekeye dahil mal olmadığından, müteveffanın borçları için ancak mirasçılar aleyhine takip açılabilir” (Y. İİ D. T. 04.02.1969, E. 1380/1278, RKD., Y. 4(1969), S. 10, 93, naklen İmre/Erman, 433).

¹³ Berki, 141;

¹⁴ İmre/Erman, 433; Şener, 778; Dural/Öz, 443.

koydurabilirler, ancak henüz kendi kişisel malvarlıklarına dokunulamaz. Çünkü bu arada mirasçılar mirası reddedebilirler veya resmi tasfiye isteyebilirler. Bu süre zarfında mirasçıların şahsi sorumlulukları bulunmamaktadır¹⁵. Miras reddedildiğinde geçmişe yönelik sonuç doğurur¹⁶. Mirası reddeden mirasçı murisin borçlarından sorumlu olmaktan kurtulur. Miras, reddeden mirasçı sanki muristen evvel ölmüş gibi paylaşılır. Mirası reddeden yasal mirasçı ve alt soyuda bulunmuyorsa, diğer mirasçılarının payı, reddeden mirasçının payı oranında artar. Ancak altsoyu bulunuyorsa payına tahsis edilir. Reddedenin yerini alan altsoy miras bırakana göre saklı paylı mirasçı değilse, reddedenin saklı payı, miras bırakanın tasarruf nisabına eklenir. Atanmış mirasçılar mirası reddederlerse, TMK. m. 611/II gereği bundan yasal mirasçılar yararlanır. Atanmış mirasçılara ayrılan paylar yasal mirasçılara tahsis edilir. Bunların yanısıra vasiyet alacaklıları mirası reddederlerse, TMK. m. 616'ya göre, “*Vasiyet alacaklısının vasiyeti reddetmesi halinde, mirasbırakanın arzusunun başka türlü olduğu tasarruftan anlaşılmadıkça, bu reddeden vasiyet yükümlüsü yararlanır*”. Buna göre vasiyetin reddi ile birlikte vasiyet borcu sona erer. Vasiyet edilen şey vasiyet borçlusunun olur.

B. Mirasın Reddine Karşı Alacaklıların Korunması

1. Mirasçılarının Kişisel Alacaklılarının Korunması

Malvarlığının aktifi, borçlarını karşılamaya yetmeyen bir mirasçı, sırf kendi alacaklılarına zarar vermek amacıyla mirası reddedecek olursa, alacaklıları ya da hakkında iflas açılmışsa iflas masası yeterli güvence verilmemesi halinde mirasın reddini, altı ay içerisinde iptal ettirebilirler (TMK. m. 617/I). Burada öngörülen altı aylık süre hak düşürücü bir süre olup, mirasçının mirası reddettiği andan itibaren işlemeye başlar¹⁷. Mahkeme reddi iptal ederse, miras resmen tasfiye edilir (TMK. m. 617/II). Resmi tasfiyeye mahkemenin ayrıca karar vermesi gerekmez. Çünkü verilen kararın içerisinde, resmi tasfiye durumunu halihazırda içermektedir¹⁸. Tasfiye sonunda, reddeden miras-

¹⁵ Weibel, 58.

¹⁶ Dural/Öz, 406; Kocayusufpaşaoğlu, 622; Oğuzman, 296; Öztan, 367; İmre/Erman, 348; Antalya, 388; Serozan/Engin, 443; İnan/Ertas/Albaş, 501; Ayiter/Kılıçoğlu, 239; Weibel, 58.

¹⁷ İmre, 570; Dural/Öz, 409; Kocayusufpaşaoğlu, 698; Oğuzman, 290; Serozan/Engin, 437; Antalya, 373; İnan/Ertas/Albaş, 494; Y. 2. HD, T. 30.12.1974, E. 8465/8181 K, YKD., C. II, 304; “Buna rağmen mirasçı terekede tasarruf ederse, hakkı olmadan tasarruf eden üçüncü kişi durumuna düşer, YHGK, T. 10.09.1958, E. 2-44/43 K.”

¹⁸ Weibel, 60; Schwander, PN. 5 Art. 588 ZGB; BGE 54 II 416, 418-419; İmre, 572.

çının payına bir şey düşerse, bu önce itiraz eden alacaklılara tahsis edilir. Geriye bir şey kalırsa, redde itiraz etmeyen alacaklıların alacakları ödenir. Bundan sonra da bir şey kalırsa, o da reddeden mirasçının yerini alan mirasçılara verilir (TMK. m. 617/III).

Mirasın reddinin iptali ancak, dava yoluyla alacaklılar tarafından talep edilir. Yargıtayın uygulamalarına göre bu dava Asliye Hukuk mahkemesinde açılır¹⁹. Mirasın reddinin iptalinin kime karşı açılacağı tartışmalıdır. Bazı yazarlar davayı reddedene, bazıları ise, reddedenin yerini alan mirasçılara karşı açılacağını savunmaktadırlar²⁰. Bazı yazarlar da, mirası reddetmiş mirasçıya karşı açılması gerektiği düşüncesindedirler²¹. Mirasın reddinin iptali için, mirasçının kendi alacaklılarına zarar verme kasdı aranır. Böyle bir durum sözkonusu olmadığı hallerde, mirasçı kendi alacaklılarını tatmin edemese bile, alacaklılar reddin iptali davası açamazlar.

2. Mirasbırakanın Alacaklılarının Korunması

Terekenin alkitfleri pasiflerini karşılamaya yetmiyorsa tereke alacaklıları, mirasbırakanın ölümünden önceki son beş yıl içinde iadeye tabi bir kazandırma almış olup sonradan mirası reddeden mirasçıyı takip edebilirler²². İadeye tabi bir kazandırma almış olma şartı arandığına göre, maddede sözü edilen mirasçı ancak kanuni bir mirasçı olmalıdır. Mansup mirasçılar bu hükmün dışında kalırlar²³. Aktifi borçlarını karşılamaya yetmeyen bir mirası reddeden mirasçı, eğer murisin ölümünden beş yıl evvel denkleştirmeye tabi bir kazandırma almışsa bu miktardan, tereke alacaklılarına paylaşmada geri vermekle yükümlü olduğu değerle sorumlu olur (TMK. m. 618/I). Mirasçılar, muristen aldıkları ve mirasın paylaşılmasında geri vermekle mükellef oldukları değer ölçüsünde sorumludurlar. Bu şekilde daha evvel alınan bağış vermeme için mirası reddetme yoluna gidilerek kanunun dolanılması

19 **İmre**, 571.

20 **Kocayusufpaşaoğlu**, 631, dpn. 17; **Helvacı**, 233; **Oğuzman**, 299, dpn. 153.

21 **Tuor/Picenoni**, PN. 12 Art. 578 ZGB; **İmre**, 572.

22 **Göksu**, 681, Art. 578 ZGB.

23 **Kocayusufpaşaoğlu**, 632; **Escher**, PN. 2 vd, Art. 578; **Tuor/Picenoni**, PN. 16, Art. 579 ZGB; **Schwander**, PN. 2 Art. 578 ZGB; **İmre/Erman**, 358; **Antalya**, 391; **Öztan**, 381; **Serozan/Engin**, 447; **İnan/Ertas/Albaş**, 507; **Oğuzman**, 300; **Şener**, 293; Y. 2HD., T., 27.03.1979, E. 1027/2465 K. Naklen **Şener**, 1377.

yolu kapatılmış olur. Tüm denkleştirmeye tabi alacaklar, istisnasız alacaklılara özgülenir²⁴.

Mirası reddeden mirasbırakanın borçlarından dolayı sorumluluğu, ikinci dereceden bir sorumluluktur. Çünkü miras bütün mirasçılar tarafından reddedildiği için MK. m. 552 (TMK. m.612) resmen tasfiye edilmişse, MK. m. 558 (TMK. m. 618/I) gereği sorumlu olan kişiler ancak tereke alacaklılarının tasfiye ile karşılanamayan alacak miktarları için takip edilebilirler. Mirasçılarının sorumluluğu için terekenin önce resmen tasfiye edilmesi aranır. Mirasçılardan sadece bir kısmı mirası reddetmiş ise, TMK. m. 618/T'in taliliği daha da ortaya çıkar. Bu durumda, tereke alacaklarının önce mirası kabul eden mirasçılara başvurusu ve ancak onlardan elde edemedikleri miktarlar için TMK. m. 618 uyarınca mirası reddedenleri takip etmeleri gerekir²⁵. Mirası reddeden ancak muristen iadeye tabi bağışlama almışlarsa bunun geri verme mükellefiyetinin sınırları, kural olarak alınmış olan bağışlama miktarı ile sınırlıdır. Mirasbırakandan kanunda belirtilen şekilde bağışlama alan ve mirası reddeden birden fazla mirasçı varsa, fakat bu mesuliyet her birinin almış olduğu bağışlama miktarını geçemez²⁶. Mirası reddeden kişinin bu geri verme mükellefiyetini Kanunumuz iki halde hafifletmiştir. Ancak TMK. m. 618/II'de düzenlendiğine göre, olağan eğitim ve öğretim giderleriyle adet üzere verilen çeyiz iadede istisna tutulmuştur²⁷. Ayrıca yine aynı maddenin üçüncü fıkrasında, reddeden mirasçının sorumlu olacağı miktar yönünden de sınırlama getirilmiştir. Madde metnine göre, kötü niyetli mirasçı, geri vermek zorunda olduğu kazandırmanın tam değeri ile sorumlu olurken; iyiniyetli mirasçı sadece sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre, yani talep anında kazandırma veya gelirinden elinde ne kalmışsa onu iade ile mükelleftir. Ayrıca eğer bir olayda TMK. m. 618'in şartları varsa iptal için dava açmaya gerek yoktur. Ancak miras reddedilmiş sayılır²⁸.

²⁴ Tuor/Picenoni, PN. 13, Art. 579; Schwander, PN. 3, Art. 579 ZGB; Serozan/Engin, 447.

²⁵ Tuor/Picenoni, PN. 7, 9, 10 Art. 579 ZGB; İmre, 503; Escher, PN. 11, Art. 579 ZGB; Kocayusufpaşaoğlu, 633.

²⁶ İmre/Erman, 358.

²⁷ Kocayusufpaşaoğlu, 634; İmre/Erman, 358-359; Öztan, 381; Oğuzman, 300; İnan/Ertas/Albaş, 508; Antalya, 391; Serozan/Engin, 447.

²⁸ Dural/Öz, 410; İmre/Erman, 358-359.

C. Mirastan Feragat Durumunda Murisin Borçlarından Sorumluluk

Mirasçı muris ile yapacağı feragat sözleşmesi ile, müstakbel ve muhtemel mirasçı, mirasbırakana karşı ileride doğacak olan miras hakkından mirasbırakan ile yapacağı sözleşme ile vazgeçer²⁹. Mirasın mirasçıya intikalinden önce gelecekteki muhtemel miras hakkına ilişkin bekleme durumundan vazgeçme dar anlamda feragattir. Burada feragat eden miras hakkını değil mirasçılık sıfatını kaybetmektedir. Bu durum ölüme bağlı tasarruf çeşitlerinden biri olarak miras sözleşmesi şeklinde karşımıza çıkar. Yapılan sözleşmeye de mirastan feragat sözleşmesi denir (TMK. m. 528). Burada mirasçının vazgeçtiği hak miras hakkı değil; bilakis, beklenen bir haktır³⁰. Mirastan feragat, mirasçı ile muris arasında gerçekleşir. Mirastan feragat sözleşmesi, miras hakkından vazgeçen mahfuz hisseli mirasçı açısından ölüme bağlı bir tasarruf olmayıp bilakis sağlararası bir hukuki muameledir. Ancak feragat sözleşmesi, mirasbırakan açısından bir ölüme bağlı tasarruftur³¹. Bu durum, 11.02.1959 tarih ve 16/14 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararında açıkça belirtilmiştir. Buna göre, “*Kanunumuza göre, mirastan feragat mukavelesi, miras sözleşmesinin bir nev'idir. Bu itibarla mirastan feragat mukavelesinin bütün miras mukaveleleri gibi resmi vasiyetname şeklinde yapılması icap eder. Bunun sonucu olarak mirastan feragat mukavelesi, hariçten düzenlenip noterden onaylama şeklinde yapılmaz. Resmi senet düzenleme şeklinde yapılması gerekir*” kararı ile açıklığa kavuşmuştur³². Mirastan feragat sözleşmesi hem kendi niteliği hem de İçtihadı Birleştirme Kararı gereği, mirastan feragat sözleşmesi vasiyetname şeklinde yapılamaz.

Mirastan feragat sözleşmesinde, ölüme bağlı tasarrufta bulunan mirasbırakan olduğu için, bu onun açısından bütün ölüme bağlı tasarruflarda olduğu gibi şahsa sıkı sıkıya bağlı bir haktır³³. Bundan dolayı, muris feragat sözleşmesini bizzat temsilci kullanmadan yapmak zorundadır. Ancak mirasçı

²⁹ İmre/Erman, 183; Kocayusufpaşaoğlu, 301; İnan/Ertas/Albaş, 259; Serozan/Engin, 328; Antalya, 238; Antalya, Feragat, 26; Oğuzman, 165; Öztan, 242; Druey, PN. 24-25, Art. 495; Schmid, 15.

³⁰ Dural/Öz, 189.

³¹ Piotet, 335; İmre, 300; İmre/Erman, 183; Serozan/Engin, 329-330.

³² Dural/Öz, 190; Özüğür, 340; İmre/Erman, 183; “Mirastan feragat sözleşmesi, resmi vasiyet şeklinde düzenlenir” (Y. 2HD., T. 05.07.1977, e. 4466/5505 K, naklen Şener, 1055; Y. 2HD., T. 07.05.1998, E. 3565/5470 K, naklen Özüğür, 351.

³³ Escher, PN. 2 Art. 495 ZGB; Tuor, PN. 2 Art. 495 ZGB.

herhangi bir tasarrufta bulunmadığı için temsilci aracılığı ile sözleşme yapabilir³⁴.

Mirastan feragat sözleşmesi ile ileride doğacak haklarından tam feragat eden mirasçı, murisin borçlarından sorumlu olmaz. Çünkü, kendisi muris öldüğünde miras paylaşımı için çağırılmaz. Artık kendisinin külli halefiyet sıfatı da bulunmamaktadır. Kısmî feragatta ise, mirastan daha az pay almakla, ya da saklı payın korunmasından yoksun olmakla beraber, mirasçılık sıfatı devam ettiği için diğer mirasçılıkla birlikte murisin borçlarından şahsî ve müteselsilen sorumluluğu devam eder.

Feragat eden mirasçının murisin borçlarından sorumluluğu için feragat sözleşmesinin ivazlı veya ivazsız olmasının önemi yoktur. Ancak ivazlı feragatta, feragat eden feragat ettiği kısmın karşılığını muris hayatta iken almıştır. Kendisi feragat etmemiş olsaydı, aldığı bedel terekede kalmış olacaktı ve murisin alacaklılarının elde edeceği bedeli engellemiştir. Muris ile yapılan feragat sözleşmesi sonrası hem bedel almak hem de borçlardan sorumlu olmama murisin alacaklıları aleyhinedir. Bu durumu öngören kanun koyucu, TMK. m. 530'da gerekli hallerin varlığı halinde ivazlı feragat edenin mirasçının borçlarından sorumlu olabileceği halleri üç madde şeklinde düzenlemiştir. Bunlar; a) Miras açıldığında terekenin borçlarını karşılayamaması. Terekenin borca batık olması şart olmayıp, borçların bir şekilde terekeden karşılanamaması yeterlidir. b) Mirasbırakanın alacaklılarının kısmen veya tamamen diğer mirasçılar tarafından tatmin edilememiş olmaları durumunda, alacaklı ancak ödenmeyen kısım için ivazlı feragat edene başvurabilir. Burada ivazlı feragat edenin sorumluluğu ikincil derecedir. Feragat eden, alacaklıların diğer mirasçılara başvurup da alacaklarını elde edememeleri halinde sorumlu olur. c) Feragat eden, ölümden ancak beş yıl öncesine kadar elde ettiği ivazdan, talep anında zenginleştiği oranda sorumludur. Buradan anlaşıldığı üzere, TMK. m. 530'da hem sorumluluğun tali olmasının yanı sıra, hem de sınırlı olduğu anlaşılmaktadır. Buradaki sınır, zamana ilişkindir. Feragat eden ancak, ölümden önceki son beşyıl içinde aldığı ivaz ile sorumludur. İvazı daha evvel almışsa, sorumlu olmaz. İkinci sınır, miktar yönündedir. Feragat eden son beş yıl içinde almış olduğu ivazdan sadece talep anında zenginleştiği oranda ödeme yükümü altındadır. Ancak, zenginleşme yoksa, ivazlı feragat edenin sorumluluğu da olmaz. Çünkü sorumluluk zenginleşme oranındadır³⁵.

³⁴ Y. 2 HD, T. 12.10.1992, E. 8409/9487K, YKD. 1993, C. XIX, 993.

³⁵ Tuor, PN. 3, Art. 497; Escher, PN. 5 Art. 497 ZGB; Dural/Öz, 195.

D. Mal Vasiyetinde, Vasiyet Alacaklılarının Murisin Borçlarından Sorumluluğu

Vasiyet alacaklıları, doğrudan tereke üzerinde hak sahibi olamazlar, dolayısıyla da külli halefiyet hükmü vasiyet alacaklıları için geçerli olmaz. Mirasçı olmayan vasiyet alacaklısı, tereke üzerinde tam hak sahibi olmayıp, vasiyet borçlusuna karşı ileri sürebileceği bir şahsi hak kazanır. TMK. m. 601'de bu hususu açıkça belirtilmiştir³⁶. Vasiyet alacaklısı kendisine vasiyet edilen şey üzerindeki hakka ancak bu malın vasiyet borçlusu tarafından usulüne uygun olarak kendisine devri ile kazanır³⁷. Ayrıca, vasiyet alacaklısı, TBK. m. 139 vd hükümleri çerçevesinde şartlar gerçekleşince vasiyet borçlusunun kendisinden olan alacağı ile takas yoluyla vasiyet alacağını ortadan kaldırmasına itiraz edemez.

Atanmış mirasçıların, murisin borçlarından dolayı sorumlu olmamaları, atanmış mirasçılarının murisin alacaklılarının haklarından sonra geleceği TMK. m. 603/I'de düzenlenmiştir. Burada, öncelik terekeden murisin alacaklılarına gerekli ödemelerin yapılması sonra eğer artan bir değer olursa o da atanmış mirasçılara ödenir. Ancak atanmış mirasçılarının hakları, mirasçılarının şahsi alacaklılarından önce gelir (TMK. m. 603/II).

III. Mirasçılar, Kime Karşı ve Niçin Sorumludurlar?

A. Genel Olarak

Türk Medeni Kanunu'nun 599 hükmüne göre, “*Mirasçılar, mirasbırakanın ölümü ile mirası bir bütün olarak, kanun gereğince kendiliğinden kazanırlar*” hükmüne yer verilmiştir. Bu hükümde de belirtildiği üzere, mirasbırakanın ölmü ile mirasa konu tüm malvarlığı hiçbir işlem, talep ya da süre gerekmeksizin bir bütün halinde mirasçılara geçer. Sadece yasal mirasçılar değil atanmış mirasçılar da mirası bu şekilde kendiliğinden elde ederler³⁸. Ancak her mirasçı paylaşımına kadar tereke üzerinde payları olmaksızın ma-

³⁶ Göksu, 669, Art. 563 ZGB; Escher, PN. 1 Art. 563 ZGB; Serozan/Engin, 291; İnan/Ertas/Albaş, 228; İmre/Erman, 329; Druey, 145 vd.

³⁷ Dural/Öz, 393; Tuor/Pictoni, PN. 1 Art. 563 ZGB; Escher, PN. 2 Art. 563 ZGB; Göksu, 669 Art. 563 ZGB.

³⁸ Göksu, 666, Art. 560 ZGB; Tuor/Pictoni, PN. 1 Art. 560 ZGB; Dural/Öz, 390; Escher, PN. 1 Art. 560.

liktirler. Terekenin kazanımı sadece yasal ve atanmış mirasçılar için geçerlidir. Vasiyet alacaklıları bu kuralın dışındadırlar³⁹.

Bunun yanısıra ikinci fıkrada, “*Kanunda öngörülen ayırık durumlar saklı kalmak üzere...*” hükmüne de yer verilmiştir. Burada adı geçen kanundan dolayı istisnai haller, bir borcun mirastan kaynaklanıp kaynaklanmadığı veya murisin ölümü ile borcun da sona erip ermediğinin miras hukukuna göre araştırılmasıdır⁴⁰. Ayrıca kanuni istisnalar arasında, murisin kendi mirasçısına borcunun olduğu durumlarda, borçlu ve alacaklı sıfatlarının birleşmesinden dolayı mirasçının bu alacağının sona erdiği, mirasçılarının özel durumları kastedilmiştir⁴¹. Mirasçılar, murisin kendi şahsiyetine veya fiiline dayanan iş hukuku ve vekalet sözleşmesi gibi kişisel borçlarından sorumlu değildir, bilakis murisin diğer borçlarından dolayı sorumlulukları söz konusudur⁴².

Mirasçılarının, murisin borçlarından sorumlulukları mirasın paylaşılmasından önce ve sonra müteselsil sorumluluk halleri olarak iki farklı kategoride sorumluluğu söz konusudur. Mirasçılarının sorumluluğu TMK. m. 641/I anlamında müteselsildir. Mirasçılarının sorumluluğu kanundan doğmaktadır. TMK. m. 599’da belirtilen mirasbırakanın ölümü ile mirasın bir bütün olarak mirasçılarının herhangi bir rızaları aranmadan geçme kuralı olan külli halefiyet, TMK. m. 641’de düzenlenen sorumluluğun dayanağını oluşturmaktadır⁴³.

³⁹ Göksu, 666, Art. 560 ZGB.

⁴⁰ Weibel, 4-5; “Davacı kurum davalılar murisinin ölümünden sonra hesabından çekildiğini iddia ettiği aylıkların davalı mirasçılardan tahsilini istemiştir. Mahkemece öncelikle murisin ve aynı adı taşıdığı iddia olunan sigortalının açık kimlik kayıtları saptanarak Kurumdan ve ilgili Bankadan iddia olunan yönde araştırma yapılması, keza çekildiği iddia olunan aylıkların Bankanın ATM cihazları kullanılarak mı, yoksa vekaletname ile mi çekildiği hususunun açıklığa kavuşturulması gerekirken, ayrıca bir gelir bağlama kararından Mehmet A.’nın ölümü üzerine eşi Fitnat A.’a ölüm aylığı bağlandığının saptanması karşısında davacı Kurumun hangi nedenle Mehmet A.’nın hesap numarasına aylıklık aylığını yatırmaya devam ettiği hususlarının araştırılarak neticelerinin dikkate alınmaması isabetsizdir. 2- Muris sigortalının ölümünden sonra tahakkuk eden aylığı terekeye dahil bir mal olmadığından mirasçılarının halefiyet yoluyla müteselsilen sorumlu oldukları ilkesinin bu davada uygulama yeri bulunmamaktadır” (Y. 10HD., T. 27.01.2003, E. 2002/10291, K. 2003/299, naklen Kazancı Otomasyon).

⁴¹ OG Zürich, 27 Juni 1989, ZR 88 (1989) Nr. 101; ZK-Escher, PN. 32 Art. 602 ZGB; Weibel, 226-228; Tuor/Picenoni, PN. 35 Art. 602; Dural/Öz, 503; Akkanat, 81.

⁴² Weibel, 67; Escher, PN. 5 ff; Weibel, 137.

⁴³ Göksu, 709 Art. 603 ZGB; Schaufelberger, PN. 1 Art. 603 ZGB; Akkanat, 55; Antalya, 175.

B. Mirasın Paylaşılmasından Evvel Mirasçılarının Tereke Borçlarından Mütessesil Sorumluluğu

Türk Medeni Kanunu'nun 641/I'e göre, "*mirasçılar, tereke borçlarından mütessesilen sorumludurlar*" kuralı getirilmiştir. Kanunun ifadesinde, müteveffanın borçları denilmeyip tereke borçlarından söz edilmiştir. Tereke borçları kavramı, müteveffanın borçları kavramından daha geniştir. Çünkü tereke borçları sadece mirasbırakandan intikal eden borçları değil, mirasçılara karşı ileri sürülebilecek her türlü borcu ifade eder. Bundan dolayıdır ki, mirasçılar sadece, külli halefiyet gereği intikal eden borçlardan değil, terekeye karşı ileri sürülebilecek miras hukuku kaynaklı her türlü borçtan mütessesilen sorumlu olurlar. Burada terekenin borçlarının kaynağı önemli değildir. Söz konusu borçlar, sözleşmeden, haksız fiilden⁴⁴ veya sebepsiz zenginleşmeden doğabilir.

Mirasçılarının, murisin borcu olmamasına rağmen sorumlu oldukları borçların ilki TMK. m. 641/II'de belirtilmiş olanlardır⁴⁵. Buna göre, "*Ana ve baba veya büyük ana ve büyük baba ile birlikte yaşayan ve emeklerini veya gelirlerini aileye özgüleyen ergin çocuklar ile torunlara verilecek uygun miktardaki tazminat, bu yüzden terekenin borç ödeme acze düşmemesi kaydıyla tereke borcu sayılır*". Bu tür borçlar, mirasbırakanın borçları gibi terekenin paylaşılmasından evvel ödenir. Ancak burada zikredilen borcun ödenilebilmesini kanun, bazı sınırlara tabi tutmuştur. Söz konusu sınır, ödeme sonucu terekenin aciz haline düşmemesidir. Eğer tereke adı geçen ödemeler için aciz haline düşecekse, bu tazminat hiç veya tam olarak ödenmeyecektir. Ayrıca TMK. m. 641/II'de belirtilen tazminat sadece çocuklar ve torunlar için ödenir. Dayısının yanında kalan ve gelirini ya da emeğini dayısına özgüleyen bir yeğenin böyle bir talebi söz konusu olamaz⁴⁶. Mirasçılarının, mirasın paylaşılmasından evvel mütessesilen sorumlu olacakları bir diğer hal ise, TMK. m. 507'de öngörülen cenaze masrafları, terekenin mühürlenmesi ve yazım giderleri, mirasbırakan ile birlikte yaşayan ve onun tarafından bakılan kimselerin üç aylık bakım giderleri de, tereke borcu olduklarından, mirasçılar bunlardan da mütessesilen sorumludurlar.

Mirasçılarının tereke borçlarından mirasın paylaşılmasından evvel sorumlulukları miras ortaklığı devam ettikçe vardır. Mirasçılarının mütessesil sorum-

⁴⁴ BGE 101 II 346; Weibel, 62.

⁴⁵ Göksu, 709, Art. 603; Escher, PN. 7 Art. 603; Tuor/Pictoni, PN. 1 Art. 603; Schaufelberger, PN. 7 Art. 603.

⁴⁶ Dural/Öz, 443.

lulukları, mirasın kabulü ile başlar, paylaşımından beş yıl sonra da sona erer⁴⁷. Burada geçerli olan külli halefiyettir. Bu ilkeye göre, mirasçılar murisin borç ilişkilerine hiç bilgileri olmamasına rağmen taraf olurlar. Murisin alacaklıları, mirasçılar terekeden elbirliğine göre sorumlu olmalarına rağmen, bu mirasçılardan diledikleri birinden muristen olan bütün alacaklarını talep edebilirler. Borcun istenildiği mirasçı, alacaklıya borcun tamamını ödemekle yükümlüdür. Mirasçı, benim payımı alacağın aşılıyor kalanını da diğer mirasçılardan talep et diyemez⁴⁸. Çünü mirasçılardan her biri borcun tamamından şahsen ve müteselsilen sorumludurlar⁴⁹. Alacaklı mutlaka bir mirasçıdan alacağını talep etmek zorunda değildir. Alacaklı diğer mirasçılara da alacağın belli bir kısmı için başvurabilir. Ancak tek bir mirasçıdan da alacağın tamamı talep edilmesinde herhangi bir sorun bulunmamaktadır. Burada mirasçılardan sorumluluğu TBK. m. 162-169 maddeleri arasında düzenlenmiş bulunan müteselsil borçluluk kurallarına tabidir⁵⁰.

Mirasçılardan tereke borçlarından olan müteselsilen sorumluluğu, mirasbırakanın sağlığında muaccel olmuş borçları için geçerli olduğu gibi mirasın açılmasından sonra muaccel olacak borçlar bakımından da söz konusu olur. Hatta mirasbırakanın ölümüyle sona ermeyip, taraf sıfatı mirasçılara geçen sözleşmelerde, böyle bir sözleşmeden kaynaklanan dönemli bir borcun mirasın açılmasından sonra gelse bile, mirasçılar bundan da müteselsilen sorumlu olacaklardır. Örneğin kiracının ölümü üzerine mirasçıları olan eşi ve çocukları sözleşme devam ettiği sürece her ay kendi şahıslarında doğan kira borçlarından da müteselsilen sorumlu olmalıdırlar. Burada her ne kadar dar anlamda borçlar mirasbırakandan intikal etmeyip, mirasçılardan şahıslarında doğuyorsa da, bunların kaynaklandığı geniş anlamda borç ilişkisi (kira sözleşmesi) mirasbırakandan intikal etmiştir. Bunun sonucunda doğan borçlar da TMK. m. 651 /I' in muhtevasına dahil olmalıdır⁵¹.

Tereke borçlarından dolayı müteselsilen sorumluluk, ancak mirasçılık sıfatı olmayan alacaklılar için geçerlidir. Murisin alacaklıları arasında mirasçısı da bulunuyorsa, söz konusu mirasçının muristen olan alacağı için diğer

47 **Göksu**, 709, Art. 603 ZGB.

48 “Muvazalı senedin iptalini murisin borçlarından müteselsilen sorumlu olduğu için tek mirasçı da isteyebilir” (YHGK. T. 03.06.1964, E. 1963/5, 1964/397 naklen Özüğür, 903).

49 **Kurtoğlu**, 83-84 ; **İmre/Erman**, 433; **İnan/Ertas/Albaş**, 542; **Kocayusufpaşaoğlu**, 735; **Serozan/Engin**, 419;

50 **Dural/Öz**, 443; **Kocayusufpaşaoğlu**, 46; **Baygın**, 67; **Göksu**, 709, Art. 603 ZGB.

51 **Dural/Öz**, 444.

mirasçılarının müteselsil sorumluluğu bulunmamaktadır⁵². Buna göre tereke alacaklısı mirasçının bu alacağı, terekenin paylaşımı sırasında hesaba katılarak ve mirasçılarının paylarından mahsup edilmek veya tereke mallarından tahsil edilmesi gerekir. Alacağın tereke mallarından tahsili mümkün olmazsa, diğer mirasçılar sadece miras payları oranında sorumlu olurlar⁵³. İsviçre Federal Mahkemesi de, mirasçılardan birinin murisin alacaklısı olması durumunda, diğer mirasçılarının alacaklı olan mirasçıya karşı müteselsil sorumluluğunu kabul etmemektedir⁵⁴. Aslında burada müteselsil borçlulardan birinin şahsında alacaklı ve borçlu sıfatının birleşmesi durumu söz konusu olur. Bu durum, külli halefiyet prensibi sayesinde alacaklının borçluya mirasçı olmasıyla gerçekleşmektedir. Bu durum, TBK. m. 135 anlamında alacaklı ve borçlu sıfatının aynı kişide birleşmesi sayesinde ortaya çıkan borcun sona erme hallerindedir. Böyle bir durumda, diğer borçlular, birleşme şahsında gerçekleşen borçlunun iç ilişkide payına düşen miktar oranında borçtan kurtulurlar⁵⁵. Bunun yanısıra, alacaklı borçluya mirasçı olması durumunda, alacağının tamamını müteselsil borçlu sıfatıyla diğer mirasçılardan talep edemez. Ancak iç ilişkide kendisine miras payı oranına isabet eden borç miktarını tenzil ettikten sonra geri kalan kısım için diğer mirasçı veya mirasçılara müteselsilen başvurabilir. Örneğin, edinilmiş mallara katılma rejiminde, eşlerden birinin ölümüyle evliliğin sona ermesi durumunda, sağ kalan eşin tasfiye sonucu hesaplanan katılma alacağının borçlusu, ölen eşin yasal mirasçısıdır. Bu mirasçılardan bir de, sağ kalan eştir. Eşin, birlikte mirasçı olduğu zümreye göre değişen oranlarda miras payı vardır ve o, külli halef sıfatıyla mirasbırakanın borçlarından diğer mirasçılarla birlikte şahsen ve müteselsilen sorumludur. Ancak, burada alacaklı ve borçlu sıfatları müteselsil borçlulardan biri olan eşin şahsında birleşmekte ve borç onun iç ilişkide payına düşen miktar oranında sona ermektedir. Örneğin, yasal mal rejiminin tasfiyesi sonucunda, katılma alacağı 80 milyon lira olan eşin birinci zümre ile mirasçı olması durumunda, mirasçı iç ilişkide mirasbırakanın borçlarından miras payı olan ¼ oranında sorumlu olacağından, 80 milyonluk borç ¼

52 **İmre/Erman**, 398-399.

53 **Dural/Öz**, 44-445; **İmre/Erman**, 435; **Özüğür**, 899-900; Borçluların TMK. 641. maddesi uyarınca murisin borçlarından müteselsilen sorumlu bulunduğu karar verilmiştir” (Y. 12HD., T. 27.03.2007, E. 2922/5896, naklen Kazancı otomasyon).

54 **Kocayusufpaşaoğlu**, 700.

55 **Akıntürk**, 186; **Baygın**, 69.

oranında sona erecektir. Geri kalan 60 milyon liralık borç için diğer mirasçılarının müteselsil borçluluk durumları devam eder⁵⁶.

Mirasçıya geçebilen malvarlıksal ilişkilerin yanısıra, ayrıca “metalaşmış” kimi kişilik değerlerinin örneğin, manevi fikri hakların, adın, imzanın, ses kaydının da mirasçılara geçebileceği de kabul edilmektedir⁵⁷. Murisin manevi tazminat talebine ilişkin talebinin mirasçılara geçip geçemeyeceği tartışmalı idi. Ancak yapılan düzenleme ile bu konuda TMK. m. 25/IV’de özel düzenleme bulunmaktadır. Buna göre, manevi tazminat talebinin mirasçılara geçebilmesinin şartı, “*yaşarken miras bırakan tarafından ileri sürülme*” dir. Bu durumun murisin dava açması şeklinde olmasına gerek yoktur. Murisin sağlığında mirasçılarının manevi tazminat açacağını belirtmesi durumunda dahi manevi tazminat talebi mirasçılara geçer⁵⁸.

⁵⁶ Baygın, 70.

⁵⁷ Serozan/Engin, 373.

⁵⁸ Oğuzman/Seliçi/Özdemir-Oktay, *Kişiler*, 232; Y. 4HD., 02.06.1994 T., E. 1898/5093, YKD. 1994/3, 227; “Davacı, davalıya ait köpeğin, küçük oğlu (R.)’yi yaralaması sebebiyle maddi ve manevi tazminat talebinde bulunmuştur. Mahkemece tedavi için katlanılan giderlere hükmedilmiş manevi tazminat talebi ise, “yaralanan kişinin davacının oğlu olması, haksız eylem sonucu manevi tazminat isteme hakkının münhasıran haksız eylemden doğrudan doğruya zarar gören kişiye ait bulunması” gerektiğinden bahisle reddedilmiştir. Manevi tazminat isteme hakkı, kural olarak zarar görene ait bir haktır. Ancak zarar gören ölmeyen önce dava açmış veya dava açma iradesini izhar etmiş ise, manevi tazminat isteme hakkı mirasçılara intikal eder. Mirasçılar açılmış davaya devam edebilirler veya dava henüz ikame edilmemiş ise, bizzat dava açabilirler (H.G.K. 3.4.1983 gün ve 4-80 Esas, 42 sayılı Kararı, 4. H.d. 17.9.1962 gün ve 5218/8846 sayılı kararı, 4. H.D. 7.11.1968 gün ve 3112/8654 sayılı kararı).

Dava konusu olayda ceza davası sırasında küçük (R. Ö.)’e velayeten babası (N.Ö.)18.7.1977 günlü dilekçe ile ceza davasına müdahale talebinde bulunmuş, maddi ve manevi tazminat hakkını saklı tuttuğunu açıklamıştır. Böylece yaralanan küçük, henüz hayatta iken onun adına yasal temsilcisi tarafından manevi tazminat isteme iradesi izhar edilmiştir. Yaralanan (R.Ö.) olaydan sonra ve iş bu tazminat davası açılmadan önce 4.2.1980 günü bir başka rahatsızlık nedeniyle ölmüştür. Ceza dosyası içinde bulunan 11.12.1978 günlü Adli Tıp Meclisi Raporuna göre, küçük (R.) çehrede sabit iz ve eser bırakacak şekilde yaralanmıştır. Yine ceza dosyası içinde bulunan Bolu Devlet hastanesinin 11.5.1977 günlü raporuna göre de bu yararın beş gün mutad iştigale engel teşkil edip onbeş günde iyileşeceği anlaşılmaktadır. Görülüyorki küçük (R.), davalının tedbirsiz ve dikkatsiz davranışı sonucu cismani zarara maruz kalmış ve Borçlar Kanununun 47. maddeye göre manevi tazminat talep etmeye hak kazanmıştır. Az yukarıda da değinildiği gibi zarar gören (R.) henüz hayatta iken ceza davasına müdahale dilekçesinde manevi tazminat hakkı saklı tutulmakla, bu konuda ileride talepte bulunulacağı ifade edilmiştir. Bu nedenle artık onun ölümünden sonra mirasçıları dava açarak zarar verenden manevi tazminat talebinde bulunabilirler. Bu dava, cismani zarara maruz kalan küçük (R.)nin ölümünden sonra (24.4.1980) tarihinde mirasçısı olan davacı baba tarafından açılmıştır. Gerçek dava dilekçesinde ve gerekse 11.2.1981 günlü dilekçedeki (velayeten müdahale edi-

Murisin borçlarından mirasçıların külli halefiyet sorumluluğunun dışında kalan ölüm sonrasında doğrudan doğruya mirasçının şahsında doğan haklar

len ceza davasında saklı tutulan manevi tazminatın istendiği yolundaki)açıklamalara göre, ölen (R.)nin mirasçısı sıfatıyla manevi tazminat istendiğinin kabulü gerekir. Ne var ki 18.2.1980 günlü veraset ilamının incelenmesinden ölen (R.)nin mirasçısı olarak babası (N.Ö.)ve annesi (N. Ö.)ın kaldığı anlaşılmaktadır. Bu durumda davacı (N.Ö.)'e diğer mirasçıyı da davaya iştirak ettirmesi veya terekeye bir temsilci tayin ettirmesi için mehil verilmelidir. Zira bu davada istenen manevi tazminat ölen (R.Ö.)'in terekesine dahil bir hak olduğundan mirasçılarının tümünün dava etmesi veya miras şirketi temsilcisi tarafından davanın açılması gerekir. Bu eksiklik tamamlattırdıktan sonra yukarı açıklanan ilkelerin ışığı altında manevi tazminat isteği hakkında bir karar vermek üzere hüküm bozulmalıdır. **SONUÇ** : Temyiz olunan kararın gösterilen nedenlerle BOZULMASINA 12.6.1981 gününde oçokluğuyla karar verildi (Naklen, Kazancı Otomasyon) (Y. 4HD., T. 12.06.1981, E. 7633/8562, naklen Kazancı otomasyon); "Davacılar Hasan ve arkadaşları vekili avukatı tarafından, davalılar Bünyamin ve arkadaşları aleyhine 17.6.1993 gününde verilen dilekçe ile trafik kazası sonucu yaralanma nedeniyle maddi ve manevi tazminat istenmesi üzerine mahkemece yapılan yargılama sonunda; davanın kısmen kabulüne dair verilen 13.12.1999 günlü kararın Yargıtayca incelenmesi davacılar ve davalı vekilleri tarafından süresi içinde istenilmekle temyiz dilekçelerinin kabulüne karar verildikten sonra tetkik hakimi tarafından hazırlanan rapor ile dosya içeriğindeki kağıtlar incelenerek gereği görüldü. **KARAR** : 1- Dosyadaki yazılara, kararın dayandığı kanıtlarla yasaya uygun gerektirici nedenlere ve özellikle delillerin değerlendirilmesinde bir isabetsizlik görülmemesine göre davalıların tüm, davacıların aşağıdaki bentlerin kapsamı dışında kalan temyiz itirazları reddedilmelidir. 2- Davacıların diğer temyiz itirazlarına gelince; dava trafik kazası sonucu yaralanma nedeniyle maddi ve manevi tazminat isteğine ilişkindir. Mahkemece dava kısmen kabul edilmiş ve karar davacılar tarafından temyiz edilmiştir. Dava konusu olay sonucu yaralanmış olan davacı Fahri Çetin yargılama devam ederken başka bir nedenle ölmüştür. Bu durumda bu kişinin maddi tazminata ilişkin hakları yanında; manevi tazminata ilişkin haklarının da, (davayı açtıktan sonra ölmüş bulunması nedeniyle) mirasçılarının geçtiğinin kabulü gerekir. Adı geçen davacının mirasçıları, miras bırakanlarının manevi tazminat isteğine ilişkin olan bölümünü de usulüne uygun mirasçılık ve yetki belgesi ile takip etmiş olduklarına göre manevi tazminatın da verilmesi gerekir. Mahkemece bu yön üzerinde durulmadan manevi tazminat hakkının mirasçılara geçmeyeceği düşüncesi ile bu talebin reddedilmiş olması bozmayı gerektirmiştir..... Bu bakımdan zarar gören kişi davasını açmazdan önce işletenin trafik kaydında adı yazılı kişiden başkası olduğu konusunda bir araştırma yapmakla yükümlü kılınmaz. Olağan olanı, davanın trafik kaydında adı yazılı kişiye yöneltilmesidir. Somut olayda da davacı trafik kaydına dayanarak bu davayı davalı aleyhine açmış ve onun işleten olmadığı davalının ileri sürdüğü kanıtlarla doğrulanmıştır. Bu nedenle davanın açılmasında davacının bir kusuru bulunmadığından davanın husumet nedeniyle reddi üzerine davalı yararına yargılama giderleri ve bu arada avukatlık ücretine hükmedilemez. O halde davalı Cahit ile ilgili hükmün yargılama giderleri ve avukatlık ücretine ilişkin olan bölümünün de bozulması gerekmiştir. **SONUÇ** : Temyiz olunan kararın (2 ve 3) sayılı bentlerde gösterilen nedenlerle davacılar yararına (BOZULMASINA), davalıların tüm, davacıların diğer temyiz itirazlarının (1) sayılı bentte gösterilen nedenlerle reddine ve temyiz eden davacılarından peşin alınan harcın istek halinde geri verilmesine, 2.10.2000 gününde oybirliğiyle karar verildi. (Y. 4HD., T. 02.10.2000, E. 5173/8153K., naklen Kazancı otomasyon).

ayrıdır. Bu davalara, mirasçılarının evliliğin sona erdirilmesi davaları (TMK. m. 159, 181) ve soybağı davaları (TMK. 291, 298) açma hakları örnek olarak gösterilebilir. Bunların yanısıra, ölen kişinin yakınlarının destek kaybından dolayı talep edecekleri destekten yoksun kalma tazminatı (TMK. m. 45/47) ve mirasçılarının miras hukukuna ilişkin ancak murisin ölümünden sonra ileri sürülebilecek olan iptal, tenkis ve mirasçılık davalarını ve yargı alanındaki mirası ret ve mirasçılık belgelerini talep haklarını da bu alanda saymak gerekir.

Gerçekten de, nitelikleri ve işlevleri gereği, bir yabancı tarafından yararlanıldıklarında özelliklerine yabancılaşacak olan ve bu yüzden hak sahibinin veya yükümlünün ölümüyle sona ermesi gereken parasal ilişkilerde külli halefiyetin kapsamı dışında tutulur. Örneğin, nafaka (TMK. m. 176/III), ölünceye kadar bakma (TBK. m. 618), kişisel iş görme (TBK. m. 440/441) ve eşya kullanımına ilişkileridir. Bunlara ek olarak, intifa ve süknâ hakları da hak sahibinin ölümü ile birlikte sona ererler. Ancak düzensiz irtifak dediğimiz, kaynak ve üst hakkı ancak tarafların talebine göre sona erer. Çünkü bu irtifaklar mirasla intikal edebilirler⁵⁹. Üst ve kaynak hakkı dışındaki irtifaklar, mirasçılara geçmezler. Ancak bunun aksi de taraflarca kararlaştırılabilir⁶⁰.

Mirasbırakan yapacağı bir ölüme bağlı tasarrufla, tereke borçlarının ödenmesini bazı mirasçılara yükleyerek, bu borçların alacaklılarına karşı, tüm mirasçılarının müteselsil sorumluluğunu ortadan kaldıramaz. Murisin, bir borcu sadece bir veya birkaç mirasçısına veya mirasçılarında bırakmasını içeren ölüme bağlı tasarrufları, sadece mirasın paylaşılmasına yönelik bir beyan sayılıp, mirasçılar arasındaki iç ilişkide sonuç doğuracak; alacaklının TMK. m. 641/I hükmüne göre serbestçe seçip başvurduğu mirasçılarının buna dayanarak savunma yapmalarına imkan vermeyecektir⁶¹. Çünkü miras hukukunda alacaklıları koruyan kuralların çoğu emredici niteliktedir. Bundan dolayı mirasbırakanın ölüme bağlı tasarrufları ile devre dışı bırakılamaz.

⁵⁹ Akkanat, 117; Engin, 61; Dural/Öz, 80; Druey, PN. 17 vd, 175.

⁶⁰ Oğuzman/Seliçi, 855.

⁶¹ Dural/Öz, 444; Serozan/Engin, PN. 23, 376; Y. 4.HD., T. 31.12.1965, E. 475/8259 sayılı kararına göre, “ Borçlu olan bir kimsenin, ölümünden önce borcunun mirasçılardan birisi tarafından ödenip diğerleri tarafından ödenmemesi ve belirtilen kişinin borcu ödemesi halinde diğerlerine rücu edememesi konusunda bildirdiği şart, mirasçılardan ilgilendiren bir şart olup, açık kabulü olmadıkça alacaklıya tesir etmez” (bkz. Kocayusufoğlu, 738-739).

B. Mirasın Paylaşılmasından Sonra Mirasçuların Mütessesil Sorumluluğu

1. Genel Olarak

Mirasçuların tereke borçlarından mütessesil sorumlulukları, mirasın açılmasıyla yani murisin ölümüyle başlar, ancak, mirasın açılmasıyla kendiliğinden oluşan miras ortaklığının sona ermesi ile ortadan kalkmaz. TMK. m. 681'e göre, "Mirasçular, bölünmesine veya nakline alacaklı tarafından açık veya örtülü olarak rıza gösterilmemiş olan tereke borçlarından dolayı, paylaşmadan sonra da bütün malvarlıklarıyla mütessesilen sorumludurlar. Paylaşmanın gerçekleştiği tarihin veya daha sonra yerine getirilecek borçlarda muacceliyet tarihinin üzerinden beş yıl geçmekle teselsül sona erer"⁶². Mirasçuların mirasın paylaşılmasına rağmen hala beş yıl daha sorumlu olması, murisin alacaklılarının zarar görmemesi için gereklidir. Çünkü mirasçulardan biri murisin borçlarını üstlendikten sonra ekonomik durumu bozulmuş ise, borçları ödeyemez. Murisin alacaklısının durumu da zorlaşır. İşte bu tür durumlar sonucu murisin alacaklılarının durumlarının zorlaşmaması için mirasın paylaşımından itibaren mirasçuların mütessesil sorumlulukları beş yıl daha devam eder⁶³.

Mirasçular mirasın paylaşılması anında, TMK. m. 649/III'e göre, mirasçulardan her biri tereke borçlarının paylaşmadan evvel ödenmesini veya güvenceye bağlanmasını isteyebilir⁶⁴. Ancak mirasçulardan bu yönde herhangi bir talep gelmezse, mirasın tereke borçları ödenmeden paylaşılması mümkündür. Bunların yanısıra, mirasçular aralarında yapacakları taksim sözleşmesi ile mirasbırakanın borçlarını kendi aralarında bölebilirler veya içlerinden birine veya birilerine bırakabilirler. Ancak aralarında murisin borçları konusunda herhangi bir anlaşma da yapmamış olabilirler⁶⁵. Mirasçuların bu şekilde aralarında anlaşma yapmaları onların iç ilişkilerini oluşturur. Ancak mirasçuların aralarında kararlaştırdıkları iç ilişkiye dayanan hükümler, murisin borçlularına karşı olan mütessesil sorumluluklarını etkilemez. Çünkü sözkonusu olan mirasın paylaşılmasından itibaren mirasçuların mütessesil

62 Dural/Öz, 446, 447.

63 İmre/Erman, 354; Kurtoğlu, 110.

64 Dural/Öz, 446.

65 Kılıçoğlu, 111; Dural/Öz, 447.

sorumluluklarının beş yıl süreçeğine ilişkin düzenleme emredici bir hükümdür⁶⁶.

C. Müteselsil Sorumluluğu Sona Erdiren Haller ve Özel Durumlar

Türk Medeni Kanunu m. 681'e göre, mirasçılarının müteselsil sorumluluğu ancak iki halde sona erer. Bunlardan ilki, alacaklının tereke borçlarının mirasçılar arasında bölünmesine ve paylaşmanın tamamlanmasından itibaren beş yılın geçmesi ile gerçekleşir.

1. Alacaklının, Murisin Borcunun Bölünmesine veya Nakline Rıza Göstermesi

Alacaklının, mirasçılar arasında yapılan borcun bölünmesi veya nakli anlaşmasına mirasbırakanın alacaklısı rıza gösterdiği takdirde, mirasçılarının bu tereke borcuna ilişkin olarak alacaklıya karşı olan müteselsil sorumlulukları sona erer⁶⁷. Aslında burada TBK. m. 196 anlamında borcun naklinin, dış üstlenmesine benzer bir durum söz konusudur. TBK. m. 196/I'e göre, “*Borçlunun yerine yenisinin geçmesi ve borcunda kurtarılması, borcu üstlenen ile alacaklı arasında yapılacak sözleşme ile olur*” hükmü doğrultusunda, mirasçılar aralarında borcun kime ait olacağına ilişkin bir karar verdikten sonra bu durumu alacaklılara bildirirler. Söz konusu bu bildirim niteliği itibariyle icaptır. Alacaklıların icabı kabul edip etmeme sebestileri söz konusudur. Alacaklıların söz konusu icabı sonrası mirasçılarla alacaklılar arasında borcun dış yüklenilmesi sözleşmesi kurulmuş olur. Bu şekilde mirasçılarının müteselsil sorumlulukları sona erer⁶⁸. Murisin alacaklılarından bazıları, mirasçılarının gerçekleştirdiği anlaşmayı kabul edebilirler veya tamamen reddedebilirler. Mirasçılarının sorumluluğu da kabul edenlere karşı sona erer⁶⁹.

Mirasçılar ile kabul beyanında bulunan alacaklılar arasındaki ilişkinin borcun dış üstlenilmesinden ayıran nokta, borcun naklinde, nakle kadar borç ilişkisine yabancı bir kişi ile alacaklılar arasında gerçekleşen bir sözleşme söz konusu iken, kanun maddesinde belirtilen durumda, alacaklının rızasını belirtmesine kadar ona borçlu bulunan mirasçılarının olmasıdır. Burada, borcun naklini gerçekleştirecek olan kişiler tamamen borç ilişkisine yabancı kişiler

⁶⁶ İmre/Erman, 557; Aral, 31.

⁶⁷ Dural/Öz, 447; Göksu, 744, Art. 639 ZGB; Escher, PN. 9 Art. 639 ZGB; Schaufelberger, PN. 14 Art. 639 ZGB.

⁶⁸ Baygın, 74.

⁶⁹ Kocayusufpaşaoğlu, 736; İmre/Erman, 558.

değildir. Sadece burada, mirasçılarının sorumluluk, biçimlerinde bir değişiklik olmaktadır. Burada kanundan doğan müteselsil borçluluk yerine, tamamıyla mirasçılarının aralarında kararlaştırdıkları sorumluluk geçerli olmaktadır⁷⁰.

Alacaklıların TMK. m. 681 uyarınca borcun bölünmesine veya nakline göstereceği rıza açık veya zımnî olabilir. Zımnî rıza açısından borcun dış yüklenilmesini düzenleyen TBK. m. 196/III hükmünün burada uygulanması imkansızdır. Çünkü söz konusu hükme göre, alacaklı hiçbir çekince ileri sürmeksizin, borcu üstlenmek isteyen borçlu sıfatı ile yaptığı herhangi bir işleme muvafakat ederse, borcun naklini kabul etmiş sayılır. Fakat mirasçılar ile alacaklılar arasındaki ilişki bakımından böyle bir sonuç meydana gelmez. Ayrıca sözü edilen durumlar alacaklının muvafakati olarak nitelendirilemez. Çünkü borcun naklinden evvelde herhangi bir mirasçı müteselsil borçlu sıfatı ile böyle bir işlem veya ödeme yapılabilir⁷¹.

Alacaklının, mirasçılarının birinden paylaşma sonunda kendisine düşen pay kadar borcun ifasını talep etmesi veya mirasçılara borcun hangi kısmının kime yüklendiğini sorması, mirasçılar arasındaki paylaşmaya örtülü olarak rıza gösterdiği anlamına gelir⁷². Örneğin, mirasbırakanın ölümünden sonra, bir alacaklının alacağına karşılık mirasçılarının her birinden miras payları oranında borç senedi alması da alacaklı bakımından, müteselsil sorumluluğun sona erdirilmesine örtülü rıza sayılır⁷³.

Mirasçılarının söz konusu bu ağır sorumlulukları, değişik yollarla hafifletilebilir. İlk başta, mirasın kazanılması kabul ve ya ret süresinin kaçırılmasıyla kesinleşinceye kadar mirasçıya karşı takip yapılamaz (**İİK. m. 53/I/II**)⁷⁴. Ancak, evvelce miras bırakanın sağlığında kendisine karşı başla-

70 **Kocayusufpaşaoğlu**, 736; **Ayiter/Kılıçoğlu**, 301-302.

71 **Şener**, 855; **İmre/Erman**, 558.

72 **Dural/Öz**, 447.

73 **Kurtoğlu**, 140.

74 **İİK. m. 53** “Terekenin borçlarından dolayı ölüm günü ile beraber üç gün içinde takip geri bırakılır. Mirasçı mirası kabul veya reddetmemişse bu hususta Kanunu Medenide muayyen müddetler geçinceye kadar takip geri kalır.

İcra takibi sırasında borçlu öldüğünde tereke henüz taksim edilmemiş veya resmi tasfiyeye tabi tutulmamış yahut mirasçılar arasında aile şirketi tesis olunmamışsa borçlu hayatta olsaydı hangi usul tatbik olunacak idi ise terekeye karşı ona göre takip devam eder. Bu takibin mirasçıya karşı devam edebilmesi ancak rehinin paraya çevrilmesi veya haciz yollarıyla kabildir”.

tilmiş olan takip terekeye karşı sürdürülebilir⁷⁵ (İİK. m. 53/II). Bunların yanısıra, mirasçıya karşı askı döneminden sonra yapılacak takip özelliklere sahiptir. Çünkü bu takip, eğer birden fazla külli halef mirasçı bulunursa, doğrudan tereke değerlerine yönelen bir takip olmaz. Böyle bir takip ancak mirasçıya terekeden ileride gerçekleşecek olan paylaşma sırasında düşecek olan olası tasfiye payına yönelik olabilir. Ancak kayyım veya icra memuru aracılığı ile paylaşma tahrik edilerek dolaylı yoldan yaşama geçirilebilir (TMK. m. 648, İİK. m. 94/I, 121)^{76 77}.

75 “ Yukarıda tarih ve numarası yazılı mahkeme kararının müddeti içinde temyizen tetkiki alacaklı vekili tarafından istenmesi üzerine bu işle ilgili dosya mahallinden daireye gönderilmiş olmakla okundu ve gereği görüşülüp düşünüldü: Borçlu hakkında 13.05.2005 tarihinde ilama dayalı olarak ilamlı icra takibi yapıldığı ve icra emri tebliği üzerine takip kesinleştikten sonra borçlunun 23.11.2006 tarihinde vefat ettiği anlaşılmaktadır. Bu durumda borçlu takipten sonra öldüğünden İİK.nun 53. maddesi gereğince alacaklının tereke aleyhine veya mirasçılarının aleyhine takibin devamını istemesi gerekir. Eğer mirasçılar hakkında takibin devamını isterse reddi miras için Medeni Kanun gereğince tayin edilen 3 aylık süre içerisinde takibin geri bırakılması icabeder. Alacaklı terekeye karşı takibe devam etmek isterse bundan sonraki işlemlerin tereke mümessillerine tebliği icabeder. Ancak bu durumda üç aylık mirasın reddi süresi beklenmez. İcra takip dosyasının incelenmesinde, şikayet tarihi itibari ile, alacaklı vekilinin tereke veya mirasçılar adına takibin devamına yönelik bir talebin bulunmadığı görülmektedir. Alacaklı bunlardan hangisini ihtiyar ettiğini bildirmeden takibin yürütülmesi mümkün değildir. Bu nedenle İcra Müdürlüğünce takibin durdurulmasına karar verilmesi doğru ise de, alacaklının takibe tereke aleyhine veya mirasçılarının aleyhine devamına yönelik talebinden sonra yukarıda belirtilen ilkeler uyarınca işlem yapılması gerekirken, mirasçılar hakkında takibin devamı yönünde herhangi bir talep olmaksızın, takibin üç ay süre ile durdurulması yönünde karar verilmesi doğru değildir. O halde Mahkemece şikayetin kabulü yerine reddine karar verilmesi isabetsizdir. Alacaklı vekilinin temyiz itirazlarının kısmen kabulü ile mahkeme kararının yukarıda yazılı nedenlerle İİK. 366 ve HUMK.nun 428. maddeleri uyarınca BOZULMASINA 16.05.2007 gününde oybirliğiyle karar verildi (Y. 12HD. T. 16.05.2007, E. 7459/10085, naklen, <http://www.turkhukuk sitesi.com/serh.php?did=2587>, UT. 10.01.2013).

76 İİK. m. 94 “Bir intifa hakkı veya taksim edilmemiş bir miras veya bir şirket yahut iştirak halinde tasarruf edilen bir mal hissesi haczedilirse icra dairesi, yerleşim yerleri bilinen ilgili üçüncü şahıslara keyfiyeti ihbar eder. Bu suretle borçlunun muayyen bir taşınmazdaki tasfiye sonundaki hissesi haczedilmiş olursa icra memuru haciz şerhinin taşınmazın kaydına işlenmesi için tapu sicil muhafızlığına tebligat yapar. (Ek cümleler:17/07/2003 - 4949 S.K./25. md.) Anonim şirketlerde paylar için pay senedi veya pay ilmühaberi çıkarılmamışsa, borçlunun şirketteki payı icra dairesi tarafından şirkete tebliğ olunarak haczedilir. Bu haczin şirket pay defterine işlenmesi zorunludur; ancak haciz, şirket pay defterine işlenmemiş olsa bile şirkete tebliğ tarihinde yapılmış sayılır. Haciz, icra dairesi tarafından tescil edilmek üzere Ticaret Siciline bildirilir. Bu durumda haczedilen payların devri, alacaklının haklarını ihlal ettiği oranda batıldır. Haczedilen payların satışı, taşınır malların satışı usulüne tabidir. Diğer taşınırlarda icra dairesi başkasına devre mani tedbirleri alır. Borçlunun reddetmediği miras veya başka bir sebeple iktisap eyleyip henüz tapuya veya gemi siciline tescil ettirmedeği mülkiyet veya diğer aynı hakların borçlu namı-

Mirasçının ağır kişisel ve müteselsilen sorumluluğunu en etkili olarak ortadan kaldıran yollar şunlardır. a) resmi defter tutma istemiyle sadece deftere kaydettirilmiş borçlarla sınırlayabilir (TMK. m. 619/629), b) Resmi tasfiye istemiyle terekenin aktifi ile sınırlı tutabilir (TMK. m. 632), c) Mirası reddetmekle de müteselsil borçluluktan kesin olarak kurtulunabilir. Bu imkanların yanısıra, mirasçı müteselsil borçluluktan; a) Mirasçı, tereke borçlarının paylaşmadan evvel ödenmesini veya güvenceye bağlanmasını isteyebilir

na tescili alacaklı tarafından istenebilir. Bu talep üzerine icra dairesi alacaklının bu muameleyi takip edebileceğini tapu veya gemi sicili dairesine ve icabında mahkemeye bildirir. Borçlunun zilyed bulunduğu bir taşınmaz üzerindeki fevkalade zamanaşımı ile iktisabını istemek hakkının haczedilmesi halinde, icra dairesi zilyedliğin başkasına devrine mani olacak tedbirleri alır ve alacaklıya bir ay içinde taşınmazın borçlusu adına tescili için dava açması yetkisini verir. Mahkemenin tescil kararı ile taşınmaz bu alacaklı lehine mahcuz sayılır. İkinci fıkra hükmü, almaya hak kazandığı veya almakta bulunduğu emekli veya yetim maaşını istifa için icap eden yoklama muamelesini yaptırmayanlar hakkında yetkili makama bildirmek suretiyle tatbik olunur. Alacaklının bu sebeple yapacağı kanuni masraflar ayrıca takip ve hükme hacet kalmaksızın dairece borçludan tahsil olunur”.

- 77 **Serozan/Engin**, PN. 24, 377; Yukarıda tarih ve numarası yazılı mahkeme kararının müddeti içinde temyizden tetkiki taraf vekillerince istenmesi üzerine bu işle ilgili dosya mahallinden daireye gönderilmiş olmakla okundu ve gereği görüşülüp düşünüldü: 4949 sayılı Yasa ile değişik İİK.nun 94. maddesinin gerekçesi aynen "maddede, anonim şirketlerde hisseleri temsil eden pay senetlerinin veya pay ilmhaberlerinin çıkarılmamış olması halinde çıplak payın haczinin ne şekilde yapılacağı konusunda uygulamada çıkan tereddütleri gidermek amacıyla gerekli düzenlemeler yapıldığına yöneliktir. İlmühaberler, hisse senedi yerine geçmek üzere anonim şirketlere ihraç edildiğinden bunların taşınır malların haczi hakkındaki hükümlere göre haczedilmesi gerekir(Prof.Dr.Baki Kuru, İcra ve İflas Hukuku El Kitabı 2004. Baskı. Sahife: 392-393). İİK.nun 94. maddesinde geçici ilmhaber ve kesin ilmhaber ayrımı yapılmadığından mahkemenin aksine görüşü yerinde bulunmamaktadır. O halde, şikayetin kabulü yerine yazılı gerekçe ile reddi isabetsizdir. KARAR : 3. kişi vekilinin temyiz itirazlarının kabulü ile mahkeme kararının yukarıda yazılı nedenlerle İİK. 366 ve HUMK.nun 428. maddeleri uyarınca (BOZULMASINA), bozma nedenine göre diğer taraf vekillerinin temyiz itirazlarının reddine, 11.05.2007 gününde oybirliğiyle karar verildi (Y. 12HD., T. 11.05.2007., E. 6914/9714, naklen, <http://www.turkhukusitesi.com/serh.php?did=8288>, UT. 10.01.2012); “Davalı A. N. K. 6.9.2008 tarihinde ölmüş olup iş bu davanın tarihi ise 27.10.2008 dir. Dava tarihinde ölü olan şahıs hakkında dava açılmayacağı ve sonradan mirasçıları davaya dahil edilerek taraf sıfatına sokulamayacağı gözetilmeden (1.6.1978 gün ve 1978/4-5 sayılı Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı) mirasçıları yönünden usule ilişkin olarak davanın reddi yerine esasın kabulüne karar verilmesi usul ve yasaya aykırı olup bozmayı gerektirmiştir. SONUÇ : Bu itibarla yukarıda açıklanan esaslar gözönünde tutulmaksızın yazılı şekilde hüküm tesisi isabetsiz, temyiz itirazları bu nedenlerle yerinde olduğundan kabulü ile hükmün HUMK.nun 428. maddesi gereğince BOZULMASINA ve peşin alınan temyiz harcının istek halinde temyiz edene iadesine, 20.01.2011 tarihinde oybirliğiyle karar verildi (Y. 12HD., T., 20.01.2011, E. 2010/22981, K. 2011/558, naklen, <http://yargitaykarar.wordpress.com/2012/10/23/2004-sayili-ik-madde-53-ictihat-4>, UT. 10.01.2013).

(TMK. m. 649/III), b) Mirasçı, ortaklarından birisinin ödeme güçsüzlüğü içinde bulunması durumunda, rücu haklarının korunması için gerekli önlemlerin gecikmeden alınmasını sulh mahkemesinden talep edebilir (TMK. m. 640/V).

2. Mirasın Paylaşılmasında Rehnedilmiş Bir Tereke Malı Düşen Mirasçının Sorumluluğu

Tereke mirasçılar arasında paylaşılırken mirasçılardan birine mirasın borçları için rehnedilmiş bir tereke malı düşene mirasçının sorumluluğu, TMK. m. 655’de düzenlenmiştir. Buna göre, “*Paylaşmada kendisine miras bırakanın borçları için rehnedilmiş bir tereke malı düşen mirasçı, o malın güvence altına aldığı borcu üstlenmiş olur*” hükmüne yer vermiştir. Bu özel hüküm uyarınca rehinli alacaklı, borcun paylaşılmasına razı olmasa bile, paylaştırmadan itibaren rehin konusu alacağını, sadece rehinli malın düştüğü mirasçıdan isteyebilecektir. Böylece TMK. m. 655’e göre, beş yıl beklemeye gerek olmadan, mirasın paylaşıldığı anda, rehinli mal kendisine bırakılan mirasçı buna ilişkin tereke borcundan bizzat sorumlu olacak ve diğer mirasçılar alacaklıya karşı bu borçtan ne müteselsilen ne de kısmen sorumlu olacaklardır⁷⁸.

Kuşkusuz rehinli alacaklının, şayet şartlar gerçekleşmişse, miras ortaklığı devam ederken tüm mirasçılara karşı rehlin paraya çevrilmesi için takipte bulunması mümkündür. Eğer miras ortaklığı TMK. m. 644 uyarınca paylı mülkiyete dönüşmüşse, rehinli mala ilişkin borçtan bu dönüşümden itibaren de beş yıl boyunca tüm mirasçılar müteselsilen sorumlu olacaklardır. Bu süre dolunca, miras paylarına yani paylı mülkiyet paylarına göre sorumlu olacaklardır. Gerçektende, her ki aşamada da rehlin paraya çevrilmesi için tüm mirasçılara karşı takipte bulunulacaktır, meğer ki, paylı mülkiyet dahi sona erdirilip, rehinli mal mirasçılardan birinin mülkiyetine geçmiş olsun.

Bunların yanısıra, doktrinde bazı yazarlara göre ise, söz konusu bu hüküm TMK. m. 655, mirasçılardan kendi iç ilişkilerinde yürüyen bir karinedir. Borcun bu suretle bir mirasçıya yüklenmesinin, alacaklıya karşı da muteber olabilmesi için alacaklının rızası gerekir. Aksi takdirde diğer mirasçılar da bu borçtan dolayı alacaklıya karşı şahsen ve müteselsilen sorumlu olurlar. Ancak mirasçılardan sorumluluğunun devam edebilmesi için rehinli alacaklı, borcun yüklenilmesine rızası olmadığını bir yıl içinde yazılı olarak bildirmek zorundadır⁷⁹ (TMK. m. 888/II). Öngörülen bir yıllık süre içinde rehinli ala-

⁷⁸ Dural/Öz, 448; Berki, 114; Baygın, 80.

⁷⁹ Ayiter/Kılıçoğlu, 302; Kurtoğlu, 118; Şener, 806; İmre, 746; Baygın, 80.

caklı, borcun mirasçılardan biri tarafından üstlenilmesine rıza göstermediğini bildirmezse, borcun nakline zımnen rıza göstermiş sayılır ve diğer mirasçılar sorumluluktan kurtulur.

D. Miras Payını Devreden Mirasçının Tereke Alacaklılarına Karşı Sorumluluğu

1. Miras Payının Diğer Bir Mirasçıya Devri Halinde

Paylaşma sonrası miras payının miras ortaklığına dahil mirasçılardan birine devredilmesi halinde, devir sözleşmesi yazılı şekilde yapılacağı açıkça TMK. m. 677/I'de belirtilmiştir. Hakim görüşüne göre devreden mirasçı, mirasçılık sıfatını ve tereke malları üzerindeki aynî hakkını kaybeder ve miras ortaklığından çıkar. Buna karşılık devralan mirasçının miras payı artar ve miras ortaklığı geriye kalan mirasçılar arasında devam eder. Miras payının devrine “aynî etki” tanıyan bu yaklaşımın dayanağı, miras payının mirasçı olmayan bir kişiye devri halinde, bu kişiye paylaşmaya katılma hakkı tanımayan TMK. m. 677/II hükmüdür⁸⁰. Bu hükmün ters anlamından, miras payının diğer bir mirasçıya devri halinde, devralanın paylaşmaya katılacağı, devir sözleşmesi yapılır yapılmaz, devralanın bu miras payına sahip olacağı sonucu çıkarılmaktadır⁸¹.

Mirasçının miras payını diğer mirasçıya devretmesi ve miras ortaklığından çıkması onun murisin alacaklılarına karşı şahsî ve müteselsil sorumlu olmaktan kurtarmaz⁸². Ancak söz konusu olayın müteselsil sorumluluğun başlangıcı konusunda doktrinde bazı fikir ayrılıkları söz konusudur. Bu görüşlerden bazıları, müteselsil sorumluluğun başlangıcı konusunda, herhangi bir farklılığın olmayacağını savunmaktadır. Buna göre, devreden mirasçı, paylaşmanın gerçekleştiği tarihten itibaren beş yıl süreyle borçlarından sorumlu olmalıdır. Ancak bu görüş temel alınacak olursa, TMK. m. 681/II gereğince mirasın paylaşılmasından itibaren işleyen müteselsil sorumluluk

80 TMK. m. 677/II “ Bir mirasçının üçüncü kişiyle yapacağı böyle bir sözleşmenin geçerliliği, noterlikçe düzenlenmesine bağlıdır. Sözleşme bu kişiye paylaşmaya katılma yetkisi vermez; sadece paylaşma sonunda mirasçıya öngülenen payın kendisine verilmesini isteme hakkını sağlar”.

81 **İmre/Erman**, 524-524; **Dural/Öz**, 373; “ ...Mirasçılar arasında, miras payının temlikine ilişkin yazılı sözleşmeler geçerlidir. Temlik aynı nitelikte olup, miras payını temlik eden mirasçı, miras ortaklığından çıkar ve devralan mirasçı onun yerine geçer...” Y. 12. HD., T., 27.011995, E. 1994/15865, K. 1995/887, YKD., C. 21, S. 5, Mayıs 1995, 758-759.

82 **Kocayusufpaşaoğlu**, 558; **Oğuzman**, 325; **Dural/Öz**, 373; **Eren**, 148; **Antalya**, 308.

süresinin başlangıcını geriye, yani payın devri sözleşmesinin yapıldığı tarihe çekmek olur ki bu durum alacaklıların aleyhine olur⁸³.

Bu görüşün karşıtı olan görüş ise, tereke alacaklılarına karşı diğer mirasçılarla birlikte müteselsilen sorumlu tutulacağını, ancak beş yıllık teselsül süresinin başlangıcının devir sözleşmesinin yapıldığı tarihten itibaren hesaplanacağını savunan görüş, alacaklılar açısından daha elverişlidir. Ayrıca, devreden mirasçının da yararının düşünülmesinin doğru olacağını ifade etmektedir⁸⁴.

Bunlara ek olarak, bir mirasçının miras ortaklığı devam ederken miras payını terekeye ait olmayan değerlerle tatmin edilmek suretiyle veya ivazsız olarak diğer mirasçılara devretmesi durumunda, yukarıda anılan ikinci görüşün benimsenmesi tarafların menfaatleri açısından yerinde olur⁸⁵.

2. Miras Payının Üçüncü Bir Şahsa Devri Halinde

Türk Medeni Kanunu m. 677/II hükmü mirasçının miras payını üçüncü şahıslara devrini mirasçılara devrinden ayrı tutmuş farklı şekilde yapılmasını düzenlemiştir. Bu hükme göre, “ *Bir mirasçının üçüncü kişiyle yapacağı böyle bir sözleşmenin geçerliliği, noterlikçe düzenlenmesine bağlıdır. Sözleşme bu kişiye paylaşmaya katılma yetkisi vermez; sadece paylaşma sonunda mirasçıya özgülenen payın kendisine verilemesini isteme hakkını sağlar*” hükmüne yer verilmiştir. Bunun sonucu olarak da miras payını noterde yapılacak sözleşme ile devralan üçüncü kişi, devir sonucu mirasçılık sıfatını kazanamaz ve miras şirketine giremez. Ancak üçüncü kişinin, mirasın paylaşılması sonucu payını devreden mirasçıya düşen tereke mallarının kendisine verilmesini istemek konusunda alacak hakkı söz konusudur. Ayrıca üçüncü kişi, tenkis, denkleştirme ve miras sebebiyle istihkak davaları açamayacak, terekenin korunması tedbirlerine başvuramayacaktır. Burada, payın devri, aynî etkili olmayıp şahsi etkilidir. Bundan dolayı miras payını alan üçüncü kişinin sadece mirasçıya düşen kısım hakkında alacak hakkı söz konusu olur. Mirasçıdan miras payını devralan üçüncü şahıs, mirasın paylaşılması tamamlandıktan sonra, devir sözleşmesinin ifasını talep ve dava edebilir⁸⁶. Ancak,

⁸³ Antalya, 308; İmre, 875; Kurtoğlu, 128;

⁸⁴ Kocayusufpaşaoğlu, 558; Özakman, 178 vd; Çilingiroğlu, 570.

⁸⁵ Özakman, 47-48; Kılıçoğlu, 74; Baygın, 83.

⁸⁶ Dural/Öz, 373-374; Eren, 138-139; Kocayusufpaşaoğlu, 550; Bolatoğlu, 63 v; İmre/Erman, 520; Çilingiroğlu, 562; Baygın, 81.

devir sözleşmesinde, üçüncü şahıs, devredenden belli süre içinde mirasın paylaşılmasını sağlamayı üstlenmişse, bu yükümlülüğünü yerine getirmesini devralan ondan talep edebilir⁸⁷.

İlgili maddede de yer aldığı üzere, payını devreden mirasçı, devre rağmen mirasçılık sıfatını muhafaza ve miras şirketinin ortağı olmaya devam eder. Bu sebeple mirasbırakanın alacaklılarının ve miras intikalinden doğan borçların alacaklıları, bütün mirasçıları müteselsilen sorumlu tutma olanakları kendileri borcun nakline rıza göstermedikleri müddetçe miras payının devrinden etkilenmez. Miras payını devreden mirasçı da diğer mirasçılar gibi alacaklılara karşı müteselsilen sorumlu olmaya devam eder. Müteselsil sorumluluğun başlangıcı, TMK. m. 681/I gereği, paylaşmanın tamamlanmasından veya daha sonra muaccel olacak alacaklar için muacceliyet tarihinden itibaren beş yıl süre ile müteselsilen sorumlu kalacaktır⁸⁸. Ancak kendiliğinden diğer mirasçılardan paylaşma talep edemez ve paylaşmaya katılamaz. Bununla birlikte, devir sözleşmesinde veya sonradan kendisine paylaşmaya yönelik olarak bazı işlemler yapması hususunda devreden mirasçı tarafından temsil yetkisi verilmişse, temsilci sıfatıyla hareket edebilir⁸⁹.

Türk Borçlar Kanunu kapsamında, miras payının üçüncü kişiye devrinde, alacaklılara ek bir güvence de bahşetmektedir. Bu durum, Borçlar Kanununda m. 202'de düzenlenmiş olan bir mamelekin devralınmasından doğan sorumluluktur⁹⁰. Miras payı da hukuki niteliği itibariyle özel bir malvarlığıdır. Bundan dolayı aynen malvarlığında olduğu gibi para ile ölçülebilir, ekonomik değeri olan hak ve borçlar bütününden ibarettir. Miras payını devralan üçüncü kişi, devralmayı alacaklılara ihbar veya gazetelerde ilan ettiği tarihten itibaren devraldığı miras payına isabet eden tereke borçlarından sorumlu olur. Devralanın söz konusu sorumluluğu, müteselsil sorumluluk olmadığı gibi tereke borçlarının tamamına da ilişkin değildir. Devralanın

87 **İmre/Erman**, 482.

88 **Özakman**, 199-200; **İmre/Erman**, 557; **İnan/Ertaş/Albaş**, 589; **Serozan/Engin**, 513; **Dural/Öz**, 447; **Escher**, PN. 1 Art. 637; **Tuor/Picenoni**, PN. 10b Art. 637; **Schaufelberger**, PN. 19 Art. 637; **Göksu**, PN. 10, 637.

89 **Kocayusufpaşaoğlu**, 551-552.

90 TMK. m. 202/I “ Bir malvarlığını veya işletmeyi aktif ve pasifleri ile birlikte devralan, bunu alacaklılara veya ticari işletmeler için Ticaret Sicili Gazetesinde, diğerleri Türkiye genelinde dağıtım yapılan gazetelerden birinde yayımlanacak ilanla duyurduğu tarihten başlayarak, onlara karşı malvarlığındaki veya işletmedeki borçlardan sorumlu olur

sorumluluğunun kapsamı, tereke borçlarından devredilen miras payına isabet eden kısım kadardır⁹¹.

IV. Mirasçıların Sorumluluğu Ne Kadar Sürer?

Mirasçılar, mirasın paylaşılmasına rağmen tereke borcu konusunda mirasçılar arasında, herhangi bir düzenleme yapılmadığı veya borcun mirasçılar arasında bölünmesine veya nakline alacaklının rıza göstermediği durumlarda, mirasçılarının müteselsil sorumlulukları TMK. m. 681/II anlamında beş yıl boyunca müteselsilen devam eder⁹².

Kanunda belirtilen sürenin başlangıcı, kural olarak mirasın elden veya paylaşma sözleşmesinin ifa edildiği gündür⁹³. Yazılı taksim sözleşmesi aynı etkili olmayıp borçlandırıcı bir işlemdir. Böylelikle, sırf paylaşma sözleşmesinin imzalanması miras ortaklığının sona ermesine ve beş yıllık sürenin işlemeye başlamasına sebep olmaz. Paylaşma sözleşmesinin bu sonucu doğurabilmesi, mirasçılar tarafından tamamen ifa edilmesine bağlıdır. Mirasçılar mirasın paylaşılması hususunda anlayamayıp paylaşma davası açmışlarsa, beş yıllık süre, bu dava sonunda verilen hükmün kesinleşmesiyle işlemeye başlar⁹⁴.

⁹¹ Eren, 149-150; Kocayusufpaşaoğlu, 558; İmre, 876; Acemoğlu, 28-29.

⁹² Baygın, 76; “Mahkemece; davalıların murisi Sami'nin, 9.9.1987 günü gaipliğine karar verildiği ve M.K.'nun 616. maddesine göre mirasçılarının sorumluluklarının taksimden sonra beş yıl ile sınırlandırıldığı, bu sürenin hak düşürücü süre olduğu, bu süre geçirildikten sonra dava açıldığı gerekçesi ile davanın reddine karar verilmiş; hüküm, davacı vekili tarafından temyiz edilmiştir. M.K.'nun 616. maddesi, miras taksim sözleşmesi yapanların miras bırakanın borçları sebebiyle sorumluluklarını düzenlemekte olup, somut olayda davalı mirasçılarının taksim sözleşmesi yaptıklarına ilişkin hiçbir savunmada bulunmadıkları gibi, bu yönde bir delil de ikame edilmediği anlaşılmaktadır. Bu durumda davada, M.K.'nun 616. maddesinin tatbik yeri bulunmadığı halde, mahkemece mirasçılarının terekenin borçlarından dolayı mesuliyetlerinin, yukarıda anılan yasa hükmü gereğince taksimden itibaren beş yıllık hak düşürücü süre ile sınırlandırıldığı ve davanın bu süre geçirildikten sonra açıldığından bahisle reddi doğru olmadığı gibi, taksim sözleşmesi yapılmış olsaydı bile mirasçılarının müteselsil sorumluluklarının taksimden itibaren beş yıl sonunda nihayete erip, bundan sonra sorumluluklarının payları oranında devam edeceğinin düşünülmemesi ve M.K.'nun 616. maddesi hükümlerine yanlış anlam verilmiş olması da kabul tarzı itibarıyla doğru bulunmamıştır” (Y. 19HD, T. 03.02.1997, E. 1996/4606, K. 1997/769).

⁹³ Kılıçoğlu, 13; Kurtoğlu, 115; Baygın, 76; Escher, PN. 14 Art. 639 ZGB; Tuor/Picenoni, PN. 12 Art. 639 ZGB; Tuor/Schnyder/Schmid/Rumo-Jungo, 728; Gök-su, 744, Art. 639 ZGB.

⁹⁴ Taksim davası sonunda hakimin verdiği karar, yenilik doğuran bir karardır. Bu kararla, hem mirasçılar arasındaaki miras ortaklığı sona erer hem de mirasçılar terekeden kendi

Mirasçılarının sorumluluğunu öngören beş yıllık sürenin işleyebilmesi için terekenin tamamının paylaşılması gerekir. Terekeye dahil bazı mal veya hakların paylaşılması halinde beş yıllık süre işlemeye başlamaz⁹⁵. Bu durumun aksinden düşünülecek olursa, mirasçılarının terekedeki mal ve hakların bir bölümünü paylaşmak suretiyle alacaklılara karşı olan müteselsil sorumluluk süresini kısaltmaları ve böylece alacaklıları zarara uğratmaları imkan dahilinde olurdu⁹⁶. Mirasın büyük çoğunluğu paylaştırılmış ancak geride paylaşılmayan küçük bir kısım kalmışsa, beş yıllık sürenin işlemeye başladığını kabul etmek gerekir. Çünkü, özellikle mirasbırakana ait yazı ve vesikalar gibi, hatıra ve manevi değeri üstün olan şeylerin paylaştırmaya dahil edilmemiş olması halinde de miras ortaklığı sona erer⁹⁷.

Mirasçılarının sorumlu olacakları beş yıllık süre, miras ortaklığını sona erdiren diğer hallerde, ortaklığın sona erdiği andan itibaren işlemeye başlar. Örneğin, TMK. m. 644' e göre, bir mirasçı terekeye dahil malların tamamı üzerindeki elbirliği mülkiyetinin paylı mülkiyete dönüştürülmesi isteminde bulunup da diğer mirasçılar elbirliği mülkiyetinin devamını haklı kılacak itiraz ileri sürmedikçe veya mirasçılardan biri belirlenen süre içinde paylaşma davası açmadığı takdirde istem konusu mallar üzerindeki elbirliği mülkiyetinin paylı mülkiyete dönüştürülmesine karar verilir. Bu hüküm gereğince, tereke üzerindeki elbirliği ile mülkiyetin paylaşılma yapılmaksızın paylı mülkiyete dönüştürülmesi halinde, bu tarihten itibaren beş yıl sonra mirasçılarının müteselsil sorumluluğunun sona ereceği kabul edilmelidir. TMK. m. 681' de kanun metninden her ne kadar paylaşmanın tamamlanmasından itibaren hükümüne yer vermiş ise de, amaçsal yorum yapılarak, miras ortaklığının paylaşılma yerine paylı hak sahipliğine dönüştürülerek sona ermesi durumunda da aynı sonuç benimsenmelidir⁹⁸.

Mirasçılarının müteselsil sorumlulukları, onların açık veya örtülü beyanları söz konusu olmazsa, devam eder. Bu durumda, eğer borç paylaşma anında

paylarına düşen değerler üzerinde ferdi hak sahibi durumuna girerler. Taksim kararı kesinlik kazanınca, bu kararın yenilik doğuran niteliği gereğince, taraflar dava sonunda kendilerine tanınan mal ve haklar üzerinde doğrudan doğruya hak sahibi olurlar (Aral, 144).

95 Bununla beraber, mirasçılar paylaşma dışı kalan tereke malları ile olan ilişkileri yönünden miras ortaklığından başka bir ortaklık biçimi, adi şirket veya müşterek mülkiyet kararlaştırmış olabilirler. Bu takdirde kısmi taksim değil, miras ortaklığını sona erdiren tam taksim söz konusu olur (Aral, 39-40).

96 Kılıçoğlu, 113; Kurtuluş, 115; İmre/Erman, 559.

97 Aral, 40.

98 Baygın, 77.

muaccel idi ise, paylaşmadan itibaren beş yıl, eğer borç paylaşmadan sonraki bir tarihte muaccel olacak ise, bu tarihten itibaren beş yıl sonunda müteselsil sorumluluk son bulur⁹⁹. Ayrıca, murisin alacaklıları borcun diğer mirasçılar tarafından üstlenilmesini veya borcun bölünmesine rıza göstermişlerse müteselsil borçluluk sona erer. Alacaklının bu duruma göstereceği rıza özel bir şekle tabi değildir. Hatta alacaklı uygun bir süre içinde borcun üstlenilmesine veya borcun taksimine rıza göstermediğini de bildirebilir¹⁰⁰

Mirasçılarının sorumluluğu için öngörülen beş yıllık süre, zamanaşımı süresi değildir. Tereke alacağı, Borçlar Kanunu hükümleri uyarınca tabi olduğu genel on yıllık zamanaşımı süresi geçmedikçe talep ve dava edilebilir. Dolayısıyla sözü edilen beş yılın geçmesi, sadece mirasçılar arasındaki teselsülü kaldırır¹⁰¹. Buradaki süre zamanaşımı süresi olmadığından durması ve kesilmesi de söz konusu olmaz¹⁰².

SONUÇ

Murisin ölümü ile mirasçılar, daha evvel hiç tanımadıkları kişilere karşı, külli halefiyet kuralı gereği borçlu olmaktadır. Bu ilke, murisin alacaklılarını korumak amacıyla getirilmiş bir ilkedir. Çünkü, alacaklılar mirasçılardan birine başvurarak da kendi alacaklarının tamamını talep edebilmektedirler. Mirasçılarının bu ağır sorumluluk halinden kurtulabilmeleri için ya muris ile sağlığında feragat sözleşmesi yapmaları ya da mirası reddetmeleri gerek-

⁹⁹ Dural/Öz, 447; İmre, 737; İmre/Erman, 589.

¹⁰⁰ Escher, PN. 9 Art. 639 ZGB; Göksu, 744, Art. 639 ZGB.

¹⁰¹ Beş yıllık süre, teselsül açısından hak düşürücü bir süredir, Berki, 111; İmre, 843; İnan/Ertay/Albaş, 589; Tuor/Picenoni, PN. 10b Art. 637 ZGB.

¹⁰² “... MK’nın 616 (TMK. m. 681). maddesi, miras taksim sözleşmesi yapanların mirasbırakanın borçları sebebiyle sorumluluklarını düzenlemekte olup, somut olayda davalı mirasçılarının taksim sözleşmesi yaptıklarına ilişkin hiçbir savunmada bulunmadıkları gibi, bu yönde bir delil de ikame edilmediği anlaşılmaktadır. Bu duraumda davada, MK. M. 616 (TMK. m. 681). Maddesinin tatbik yeri bulunmadığı halde, mahkemece mirasçılarının terekenin borçlarından dolayı mesuliyetlerinin, yukarıda anılan yasa hükmü gereğince taksimden itibaren beş yıllık hak düşürücü süre ile sınırlandırıldığı ve davanın bu süre geçirildikten sonra açıldığından bahisle reddi doğru olmadığı gibi, taksim sözleşmesi yapılmış olsaydı bile mirasçılarının müteselsil sorumluluklarının taksimden itibaren beş yıl sonunda nihayete erip, bundan sonra sorumluluklarının payları oranında devam edeceğinin düşünülmemesi ve MK’nın 616 (TMK. m. 681). Maddesi hükümlerine yanlış anlam verilmiş olması da kabul tarzı itibariyle doğru bulunmamıştır...” (YKD., C. 23, S. 9, Eylül 1997, 1460-1461); Tuor/Picenoni, PN. 19 Art. 639 ZGB; Escher, PN. 12, Art. 639 ZGB; Tuor/Schnyder/Schmid/Rumo-Jungo, 728; Göksu, 744, Art. 639 ZGB.

mektedir. Bu durumlar dışında murisin alacaklılarına karşı beş yıl sũreyle mũteselsilen sorumlulukları devam edecektir. Mirasçuların sorumlulukları miras payını devir etmeleri durumunda da belli şartlar altında mũteselsil sorumlulukları mevcut olur. Mirasın paylaşılması mirasçuların yararınadır. Ancak murisin alacaklılarının da menfaati 3nem arz etmektedir. Bundan dolayı, miras, mirasçular arasında paylaşılmış olsa dahi, mirasçuların sorumlulukları alacaklılara karşı, beş yıl daha mũteselsil sorumluluk sıfatıyla devam eder. Burada mirasçuların menfaatinin yanısıra, murise gũvenip onunla iş yapan kişilerin de gũveni korunarak denge korunmaya çalışılmıştır.

KAYNAKÇA

- Acemoğlu, K.:** Borçlar Kanununun 179. Maddesine Göre Malvarlığı veya Ticari İşletmenin Devri, İstanbul 1971,
- Akıntürk, T.:** Müteselsil Borçluluk, Ankara 1971.
- Akkanat, H.:** Ölümün Özel Hukuk İlişkilerine Etkisi, İstanbul 2004.
- Antalya, G.:** Miras Hukuku, İstanbul 2003.
-: Mirastan Feragat Sözleşmesi, İstanbul 1999.
- Aral, F.:** Türk Medeni Hukukunda Mirasın Taksimi davası, Ankara 1979.
- Ayiter, N/Kılıçoğlu, A.:** Miras Hukuku 3. Bası, Ankara 1993.
- Baygın, C.:** Türk Miras Hukukunda Alacaklıların Korunması, Ankara 2005.
- Berki, Ş.:** Türk Medeni Kanununda Mirasçıların Mesuliyeti, AÜHFD., C. XXV, S. 3-4, Ankara 1968.
- Bolatoğlu, B.:** Miras Açıldıktan Sonra Miras Hakkının Devri Sözleşmesi, İstanbul 1984.
- Çilingiroğlu, C.:** Miras Paylarının Devri, İBD., C. 68, S. 7-8-9, İstanbul 1993.
- Druey, J. N.:** Grundriss des Erbrechts, 5. Auflage, Bern 2002.
- Dural, M/Öz, T.:** Türk Özel Hukuku C. IV, Miras Hukuku, İstanbul 2011.
- Engin, B. İ.:** Dernek Üyeliğinin Kazanılması veya Kaybedilmesi, İstanbul 1995.
- Eren, F.:** Miras Açıldıktan sonra Miras Hisselinin Devri Sözleşmesi, Tahsin Bekir Baltaya Armağan, Ankara 1974.
- Escher, A.:** Zürcher Kommentar, Das Erbrecht, 3. Auflg., Zürich 1959.
- Göksu, T.:** in: Handkommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Zürich 2007.
- Helvacı, İ.:** Türk Medeni Kanununa Göre Mirasın Reddi, İstanbul 2002.
- İmre, Z.:** Türk Miras Hukuku, İstanbul 1978.
- İmre, Z/Erman, H.:** Miras Hukuku, 8. Bası, İstanbul 2012.
- İnan, A.N./Ertay, Ş./Albaş, H.:** Türk Medeni Hukuku, Miras Hukuku, 8. Bası, İzmir 2012.
- Kılıçoğlu, A.:** Miras Taksim Sözleşmesi, Ankara 1989.
- Kocayusufpaşaoğlu, N.:** Miras Hukuku, 3. Bası, İstanbul 1987.

- Kurtoğlu, T.:** Mirasçuların Mütessesil sorumluluğu, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara 1991.
- Oğuzman, M.K.:** Miras Hukuku, 6. Bası, İstanbul 1995.
- Oğuzman, M.K/Seliçi, Ö./Özdemir-Oktay, S.:** Eşya Hukuku, İstanbul 2012.
- Oğuzman, M.K/Seliçi, Ö./Özdemir-Oktay, S.:**Kişiler Hukuku, İstanbul 2012 (Kişiler).
- Özakman, H. C.:** Miras Payının Devrine İlişkin Sözleşmeler, İstanbul 1984.
- Öztan, B.:** Miras Hukuku, Ankara 2012.
- Özüğür, A. İ.:** Medeni Yasadan Önce ve Sonra Türk Miras Hukuku, Ankara 2001.
- Piotet, P.:** Schweizerisches Privatrecht Band IV/I und 2: Das Erbrecht, Basel und Stuttgart, 1978 /1981 (mit Nachtrag, 1986).
- Schaufelberger, P.C.:** in: Basler Kommentar, zum Schweizerischen Obligationenrecht, II (530-1180 ZGB), Hrsg. Honsell, H/Vogt, N.P/ Watter, R., Basel 2002.
- Schmid, H.:** Struktur des entgeltlichen Erbverzichts gemäss Art. 495 Abs. 1 ZGB, Bern 1991.
- Schwander, I.:** in: Basler Kommentar, zum Schweizerischen Obligationenrecht, II (530-1180 ZGB), Hrsg. Honsell, H/Vogt, N.P/ Watter, R., Basel 2002.
- Serozan, R.:** Miras Hukuku, Temel Kavramlar ve İlkeler, Ölümüne Bağlı Tasarruflar, Uygulama Çalışmaları, İstanbul 2000.
- Serozan, R/Engin, B. İ.:** Miras Hukuku, 3. Bası, Ankara 2012.
- Şener, E.:** Eski ve Yeni Miras Hukuku, Ankara 1988.
- Tuor, P.:** Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch, III. Band das Erbrecht erste Abteilung , 2. Aufl., Bern 1952.
- Tuor, P/Picenoni, V.:** Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Band., III/II, Art. 537-640, Bern 1964.
- Tuor, P/Schnyder, B./Schmid/Rumo-Jungo.:** Das Schweizerische Zivilgesetzbuch, 13. Aufl, Zürich 2010.
- Weibel, T.:** Die Haftung der Erben, in: Augewählte Aspekte der Erbteilung, Hrsg. Prof. Dr. Stephan Wolf, Bern 2005.

KISALTMALAR

Art.	: Artikel (madde).
Auflg.	: Auflage (bası).
B.	: Band (Cilt).
BGB.	: Bürgerliches Gesetzbuch für das Deutsche Reich vom 18. August 1896.
BGE.	: Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichts (ohne Zusatz: Amtliche Sammlung)
BT.	: Besonderer Teil (İsviçre Borçlar Kanunu Özel Kısım).
C.	: Cilt.
dpn.	: dipnot.
E.	: Esas.
HD.	: Hukuk Dairesi.
Hrsg.	: Herausgeber (Yayıncı).
İBD.	: İstanbul Barosu Dergisi.
İBK.	: İsviçre Borçlar Kanunu.
K.	: Karar.
m.	: madde.
NJW.	: Neue Juristische Zeitung.
OR.	: Obligationenrecht (Borçlar Hukuku).
PN.	: Paragraf Numarası.
RG.	: Resmi Gazete.
S.	: Sayı.
s.	: sahife.
SJZ.	: Schweizerische Juristen Zeitung (Zürich).
T.	: Tarih.
TBK.	: Türk Borçlar Kanunu.
TMK.	: Türk Medeni Kanunu.
Y.	: Yargıtay.
YHGK.	: Yargıtay Hukuk Genel Kurulu.
YİBK.	: Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı.

- YİİD.** : Yargıtay İcra İflas Dairesi.
YKD. : Yargıtay Kararlar Dergisi.
ZBJV. : Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins (Bern).
ZGB. : Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10. Dezember 1907 (SR 210).

TÜRKİYE’DE MUTAD MESKENİ OLMAYAN TÜRK VATANDAŞLARI İÇİN TEMİNAT GÖSTERME YÜKÜMLÜLÜĞÜ (HMK m.84/1-a)

*Arş. Gör. Emre KIYAK **

GİRİŞ

Bir davada taraflar arasındaki menfaat dengesinin sağlıklı temin edilmesi için, onlara eşit imkânların ve savunma vasıtalarının sağlanmış olması her zaman tek başına yetmez. Bazen bu dengenin korunması, işlem yapan kişi için bir takım (özel) yükümlülüklerin getirilmesini zaruri kılabılır. Zira bazı hâllerde işlemi yapan kişinin içinde bulunduğu özel koşullar, işlemin karşısında yer alan kişinin korunmasını gerektirebilir. Mesela, davacının davayı kaybetmesi hâlinde yargılama giderlerini ödeyemeyeceği hususunda bir şüphenin mevcut olması, davalının bu ihtimale karşı korunma ihtiyacını gündeme getirir. İşte bazı hâllerde davacıdan, dava açarken yargılama giderlerini karşılayacak teminat göstermesini istemek, bu ihtiyacın giderilmesine yöneliktir.

Bu çalışmanın konusu, Türkiye’de mutad meskeni olmayan Türk vatandaşlarının dava açarken, davaya müdahil olurken veya takip yaparken teminat gösterme yükümlülüğünü düzenleyen 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu m.84/1-a hükmüdür. Bu doğrultuda birinci bölümde, teminat kavramı ile HMK m.84/1-a anlamında teminat gösterme yükümlülüğünün amacı ve hukukî niteliği inceleme konusu yapılmıştır. İkinci bölümde ise, Türkiye’de mutad meskeni olmayan Türk vatandaşlarının hangi hâllerde teminat göstermekle yükümlü olduğu, bu yükümlülüğün nasıl yerine getirileceği ile gösterilen teminatın hangi hâllerde iadesine karar verileceği inceleme konusu yapılmıştır. Sonuç bölümünde ise, tüm bunlara ilişkin yapılan değerlendirmeler doğrultusunda HMK m.84/1-a hükmüne ilişkin eleştirilerimiz bir bütün olarak sunulmuştur.

HMK m.84/1-a’nın uygulama alanı dışında olduğundan, yabancıların ve tüzel kişilerin teminat gösterme yükümlülüğü inceleme konusu yapılmamış-

* Atatürk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Usul ve İcra-İflas Hukuku Anabilim Dalı.

tır. Bununla birlikte HMK m.84'de yer alan ve teminat gösterme yükümlülüğü doğuran diğer hâller de inceleme konumuz dışında kalmaktadır. Zira bunların her biri ayrı bir çalışma konusu olabilecek niteliktedir.

I- TEMİNAT KAVRAMI İLE TEMİNAT GÖSTERME YÜKÜMLÜLÜĞÜNÜN AMACI VE HUKUKİ NİTELİĞİ

A- TEMİNAT KAVRAMI

Teminat kelimesi sözlükte güvence, belli bir hukuksal durumu (genellikle borcun ödenmesini) sağlamak için verilen garanti şeklinde tanımlanmaktadır¹. Fakat bu tanım daha çok maddi hukuktaki teminat kavramını karşılar. Zira borçlar hukukunda teminat, bir kimsenin, bir başkasının karşı karşıya olduğu bir tehlikeyi üzerine aldığı sözleşmeyi ifade etmektedir². Buna mukabil usul hukukunda teminat kavramını, belli bir usul işlemi yapmadan önce, işlemin karşısında yer alan kişiyi korumak için, o işlemi yapacak kişiden istenen güvence şeklinde tanımlayabiliriz. Zira anılan kavramın bu anlamda gelebilecek tanımı sözlükte, bir dava sonunda davacının haksız çıkması durumunda, davalı tarafın uğraması muhtemel zararın ödenmemesinin önceden güvence altına alınması amacıyla ve ancak kanunun özel olarak düzenlediği hâllerde mahkemeye tevdi veya teslim edilen malvarlığına ilişkin bir değer şeklinde ifade edilmektedir.³ Aslında usul hukukunda da bu şekilde bir güvencenin istenmesine sebebi, işlemi yapan kişinin işlem sonucunda ortaya çıkacak muhtemel (mali) yükümlülüklerini yerine getirmemesi ihtimalidir. İşte bu noktada hem maddi hukuktaki hem usul hukukundaki teminat kavramları paralellik arz etmektedir. Fakat maddi hukukta teminat yükümlülüğüne baktığımızda, bu yükümlülük genellikle tehlikenin ortaya çıkmasından sonra yerine getirilmektedir. Mesela asıl borçlunun borcunu ödememesi halinde kefilin bu (kefalet) borcunu yerine getirmek zorunda kalmasında durum böyledir. Oysa medeni usul hukukunda teminat gösterme yükümlülü-

1 Yılmaz Tekin, *Ansiklopedik Hukuk Sözlüğü*, Ankara 2007, s. 282; Ejder Yılmaz, *Hukuk Sözlüğü*, 4. bs, Ankara 2010, s. 748; TDK, İktisadi Terimler Sözlüğü, [2 Hüseyin Murat Develioğlu, *Kefalet Sözleşmesini Düzenleyen Hükümler Işığında Bağımsız Garanti Sözleşmeleri*, İstanbul 2009, s. 11; Burak Özen, *Kefalet Sözleşmesi*, İstanbul 2008, s. 1; Haluk Tandoğan, *Borçlar Hukuku: Özel Borç İlişkileri*, C. II, 5. bs, İstanbul 2010, s. 684; Cevdet Yavuz/Faruk Acar/Burak Özen, *Borçlar Hukuku Dersleri: Özel Hükümler*, 8. bs, İstanbul 2010, s. 589.](http://www.tdkterim.gov.tr/?kategori=terimarat&kategori=terimarat&kelime=g%FCvenc e; UYAP Hukuk Sözlüğü, http://www.uyap.gov.tr/destek/hs/index.htm (11.7.2012).</p>
</div>
<div data-bbox=)

3 Tekin, s. 282.

ğü daha işlemi yaparken yerine getirilmelidir. Bu husustaki farkın sebebi şu şekilde izah edilebilir. Maddi hukukta güvence gösterilirken, bu güvenceye sebep olan tehlike henüz gerçekleşmemiştir. Bu nedenle teminat (sözleşmesi) ile öngörülen yükümlülüğün yerine getirilmesi de hemen beklenemez. Buna mukabil, usul hukukunda işlemi yapan kişiden güvence gösterilmesine sebep olan koşullar zaten gerçekleştiği için, teminat gösterme yükümlülüğünün yerine getirilmesi gerekecektir. Mesela davacının Türkiye’de mutad meskeninin bulunmaması hâlinde, teminat gösterilmesine sebep olan vakıa artık gerçekleşmiştir. Şu halde bu özel durumun sebep olduğu şüphenin bertaraf edilmesi için teminat gösterme yükümlülüğü yerine getirilecektir.

B- TEMİNAT GÖSTERME YÜKÜMLÜLÜĞÜNÜN AMACI

Dava açarken⁴ (davaya müdahil olurken, takip yaparken) teminat gösterme yükümlülüğün getirilmesindeki amaç, davacının (müdahilin, takip alacaklısının) haksız çıkması hâlinde karşı taraf lehine hükmedilecek yargılama giderlerinin⁵ ödenmesinin güvence altına alınması endişesidir⁶. Bu endişeyi doğuran hâlleri tespit ederek, bunlardan birinin mevcut olması durumunda davacıyı (müdahili, takip alacaklısını) teminat göstermekle yükümlü kılmak gerekir. Burada tespiti gereken diğer husus ise, teminatın kapsamına ilişkindir. Yani hâkim, davacının göstereceği teminatın kapsamını ne şekilde takdir edecektir. Teminat hükümleri ile elde edilmek istenen amacın

4 Dava açma dışında, teminat gösterme yükümlülüğü doğuran hâllere ilişkin misaller için bkz. Bilge Umar, *Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi*, Ankara 2011, s. 267.

5 Teminat gösterme yükümlülüğünün amacını tanımlarken sadece “yargılama giderlerini” sayıp karşı tarafın muhtemel zarar ve ziyanlarını belirtmememizin sebebi, HMK m.84/1 hükmüdür. Zira mülga HUMK m.97’den farklı olarak bu hükümde teminatın kapsamına karşı tarafın uğraması muhtemel zararlar dâhil edilmemiştir. HMK m.84’ün gerekçesinde böyle bir düzenlemeye gidilmesinin sebebi olarak, karşı tarafın dava ve takip giderleriyle uğrayabileceği muhtemel zararların içeriğinin tümüyle belirsizlik arz etmesi ve bu güne kadar hiç uygulama alanı bulmamış olması gösterilmiştir.

6 Necip Bilge/Ergun Önen, *Medeni Yargılama Hukuku Dersleri*, 3. bs, Ankara 1978, s. 339; Abdurrahim Karlı, *Medeni Muhakeme Hukuku Ders Kitabı*, 2. bs, İstanbul 2011, s. 440; Mustafa Kılıçoğlu, *6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu El Şerhi*, İstanbul 2012, s. 521; Baki Kuru, *Hukuk Muhakemeleri Usulü*, C. 3, 5. bs, İstanbul 1991, s. 2967; Baki Kuru/Ramazan Arslan/Ejder Yılmaz, *Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı*, 22. bs, Ankara 2011, s. 572; Siddık Sami Onar/Mustafa Reşit Belgesay, *Adliye Hukukunun Umumi Esasları*, İstanbul 1944, s. 118-119; Ejder Yılmaz, "Davada İnanca", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi 50. Yıl Armağanı*, C. 1, 1977, s. 405. Ayrıca bkz. Bülent Özden, "Alman Hukukunda 'Cautio Judicatum Solvi' Kuralı", *MHB*, C. 10, S. 1-2, 1990, s. 133-134; İlhan Unat, "Davacının Yabancı Niteliğine Dayanan Adli Teminatın Uygulanma Alanı", *AÜSBFD*, C. 28, S. 3, 1973, s. 2.

gerçekleşmesini sağlamak için, bu iki hususta yapılacak tespitin isabetli olması gerekir.

Çalışmamızın konusu olan HMK m.84/1-a hükmünde, yargılama giderlerinin ödenmeme endişesini doğuran hâl olarak “Türk vatandaşının Türkiye’de mutad meskeninin bulunmaması” tercih edilmiştir. Hükmün gerekçesinde, yerleşim yeri yerine mutad mesken ölçütünün esas alınmasının sebebi, yerleşim yeri yabancı ülkede olan Türk vatandaşlıklarını, sırf bu nedenle Türkiye’de dava açmaları veya takip yapmaları hâlinde teminat gösterme yükümlülüğünden kurtarmak şeklinde izah edilmiştir. Bunun dışında, mutad meskenin, birçok durumda maddi gerçeği yansıtmak hususunda yerleşim yerinden daha isabetli sonuçlar vermesi⁷ bu tercihin diğer sebebi sayılabilir. Anılan gerekçeler, teminat gösterme yükümlülüğünde mutad mesken ölçütünün esas alınmasını amaç bakımından isabetli göstermekle beraber usul ekonomisi bakımından aynı şey söylenemez. Zira bir kişinin mutad meskeninin neresi olduğunu tespit etmek, onun yerleşim yerini tespit etmekten daha zordur⁸. Şu hâlde, usul hükümlerinin amaçlarından birinin usul ekonomisini sağlamak (HMK m.30/1) olduğu göz önünde tutulursa, HMK m.84/1-a hükmünün bu amacı gerçekleştirme hususunda pek de isabetli bir tercihte bulunmadığı söylenebilir.

HMK m.84/1-a hükmünün kapsamı, mülga HUMK m.97/1’den “amaç” bakımından daha geniştir. Zira bu hükümde sadece Türkiye’de mutad meskeni olmayan davacı ve davaya müdahale eden değil, takip yapanlar da teminat yükümlüsü kılındığından, davalıyla birlikte teminat borçlusunu da korumak amaçlanmıştır⁹.

C- TEMİNAT GÖSTERME YÜKÜMLÜLÜĞÜNÜN HUKUKİ NİTELİĞİ

Mülga HUMK m.187/b. 1’den farklı olarak HMK m.114/1-ğ gereğince, teminat gösterilmesine ilişkin verilen kararın gereğinin yerine getirilmiş

⁷ Bkz. Ergin Nomer/Cemal Şanlı, *Devletler Hususi Hukuku*, 18. bs, İstanbul 2010, s. 119.

⁸ Bkz. aşa. II/A/2 altında yapılan açıklamalar.

⁹ Mülga HUMK m.97 ile 1330 sayılı Kanun ve 2675 sayılı MÖHUK m.32’in amaç yönünden karşılaştırılması ile ilgili bkz. Bilge/Önen, s. 341-342; Özden, "Türk Hukukunda Cautio Judicatum Solvi Kuralı", *MHB*, C. 9, S. 1, 1989, s. 28, 35-36; Unat, s. 8. Şu hâlde yeni düzenlemenin, 5718 sayılı MÖHUK m.48/1 hükmü ile paralellik arz ettiği söylenebilir. Bununla birlikte 5718 sayılı MÖHUK m.48/1, teminatın kapsamına karşı tarafın zarar ve ziyanını dâhil etmeye devam etmektedir.

olması bir dava şartıdır¹⁰. Dava şartları, bir davanın esastan görülüp karara bağlanması için varlığı (olumlu dava şartları) veya yokluğu (olumsuz dava şartları) mutlaka gerekli olan şartlardır¹¹. HMK m.114/1-ğ’de düzenlenen şart “olumlu” bir dava şartıdır.

Dava şartları mahkemeye ilişkin, taraflara ilişkin ve dava konusuna ilişkin dava şartları şeklinde üçe ayrılmaktadır¹². Öğretide HMK m.114/1-ğ’deki dava şartı, “taraflara ilişkin dava şartı”¹³ veya “dava konusu şeye ilişkin dava şartı”¹⁴ şeklinde nitelendirilmektedir. Kanaatimce bu dava şartını taraflara ilişkin dava şartı olarak nitelendirmek gerekir. Zira HMK m.84’de teminat yükümlülüğü davacı için öngörülmüştür. Kaldı ki, bu yükümlülüğü doğuran hâller de dava konusu şeyde değil, davacıda vücut bulacaktır. HMK m.114/1-ğ’deki dava şartını taraflara ilişkin dava şartı olarak kabul etmek, dava şartlarının incelenmesi sırasında önemini gösterecektir. Zira hâkim, ilk önce mahkemeye ilişkin dava şartlarını, daha sonra taraflara ilişkin dava şartlarını son olarak ise dava konusuna ilişkin dava şartlarını inceleyecektir¹⁵.

Dava şartı noksanlığının aynı davada giderilmesi mümkün değilse, dava şartı yokluğu sebebiyle dava usulden reddedilecektir (HMK m.115/2-c.1). Eğer dava şartı noksanlığının aynı davada giderilmesi mümkün ise hâkim davayı hemen reddetmeyip noksanlığın giderilmesi için, davacıya “kesin süre” verecektir (HMK m.115/2-c.2). Bu süre içinde, dava şartı noksanlığın giderilmemesi hâlinde, dava şartı yokluğu sebebiyle dava usulden reddedilecektir (HMK m.115/2-c.3). “Niteliğine baktığımızda” teminat gösterilmesine ilişkin kararın gereğinin yerine getirilmemiş olması, “aynı davada giderilme-

¹⁰ Mülga HUMK m.187/b. 1 gereğince, Türkiye’de yerleşim yeri bulunmayan Türk vatandaşlarının Türkiye’de dava açması hâlinde teminat göstermesi gerektiği bir ilk itiraz sebebi olarak düzenlenmişti.

¹¹ Baki Kuru, “Dava Şartları”, *Ord. Prof. Dr. Sabri Şakir Ansay’ın Hatırasına Armağan*, S. 194, 1964, s. 111.

¹² Sabri Şakir Ansay, *Hukuk Yargılama Usulleri*, Ankara 1960, s. 203; Bilge/Önen, s. 403-404; Karşlı, s. 394-395; Kuru, “Dava Şartları”, s. 112; Hakan Pekcanitez/Oğuz Atalay/Muhammet Özeker, *Hukuk Muhakemeleri Kanunu Hükümlerine Göre Medeni Usul Hukuku*, 10. bs, Ankara 2011, s. 287; Saim Üstündağ, *Medeni Yargılama Hukuku*, C. I-II, İstanbul 2000, s. 287.

¹³ Kuru/Arslan/Yılmaz, s. 261; Timuçin Muşul, *Medeni Usul Hukuku*, 3. bs, Ankara 2012, s. 108.

¹⁴ Pekcanitez/Atalay/Özeker, s. 290.

¹⁵ Bilge/Önen, s. 413; Karşlı, s. 405; Kuru, “Dava Şartları” s. 145-146; Pekcanitez/Atalay/Özeker, s. 294.

si mümkün olan” bir dava şartı noksanlığıdır. Fakat HMK m.88/1 hükmü karşısında, HMK m.115/2-c.2’de yer alan davacıya kesin süre verme olanağı HMK m.88/1’in “lafzi” yorumu esas alındığında mümkün değildir. Şöyle ki, hâkim teminat gösterilmesine ilişkin kararında, zaten bu yükümlülüğün yerine getirilmesi için gereken “kesin süreyi” belirleyecektir (HMK m.88/1). Bu süre içinde teminatın gösterilmemesi hâlinde ise davayı usulden reddedecektir. Şu hâlde, kesin süre üzerine ikinci kez kesin süre verilmesi imkânı bulunmadığından (HMK m.94/3), süresinde teminat göstermeyen davacıya (HMK m.115/2-c.2 gereğince) ikinci kez süre verilmesi mümkün olmayacaktır. Bizi bu sonuca götüren, teminat gösterilmesine ilişkin bir “kararın mevcut olmasını” gerekli kılan HMK m.114/1-ğ düzenlemesidir. Yani zaten teminat gösterme yükümlülüğü, bir mahkeme kararıyla dava şartı olacaktır. Bu kararda ise, zaten HMK m.88/1 gereğince bir kesin süre belirtilecektir. Buna mukabil, “hâkim tarafından belirlenen kesin süre içinde teminat gösterilmezse, dava usulden reddedilir” şeklindeki HMK m.88/1 hükmü, teminat gösterilmesine ilişkin kararda belirtilen sürenin mutlaka kesin olması gerekmediği, bu hükmün sadece sürenin hâkim tarafından kesin olarak belirlenmesi yahut hâkim tarafından verilen sürenin kaçırılması hâlinde, bu sefer verilen ikinci sürenin HMK m.94/2 gereğince kesin olacağı şeklinde de yorumlanabilir. Böyle bir yorum ise hem daha makul olacak hem usul ekonomisine daha uygun düşecektir.

Teminat gösterilmesine ilişkin kararın yerine getirilmiş olmasının bir dava şartı olarak düzenlenmesinin diğer sonucu, hâkime açılan her davada teminat gösterme yükümlülüğü doğuran bir hâlin mevcut olup olmadığını inceleme iş yükünü getirmesidir¹⁶. Zira ilk itiraz hâllerinden farklı olarak, dava şartlarının sağlanıp sağlanmadığı mahkemece re’sen gözetilen hususlardandır (HMK m.115/1). Taraflar da dava şartının mevcut olup olmadığını, her zaman ileri sürebilir (HMK m.115/1). Fakat teminat gösterilmesine ilişkin bir karar verilmeden, karşı tarafın “davacının dava açarken teminat göstermesi gerektiği” yönündeki itirazın “dava şartı noksanlığına” ilişkin değil,

¹⁶ Ön inceleme aşamasında hâkim, dosya üzerinden yapacağı inceleme ile dava şartları ve ilk itirazlar hakkında karar verecektir (HMK m.138/1). Bu doğrultuda, HMK m.84 gereğince teminat gösterilmesini gerektiren bir hâlin mevcut olup olmadığını da inceleyecektir. Zira bu hâllerden birinin mevcut olması hâlinde, dava şartının sağlanması yerine getirilmesi için “teminat gösterilmesine ilişkin” karar verecektir. Eğer teminat gösterilmesini gerektiren bir hâlin mevcut olup olmadığını dosya üzerinden tespit edemiyor yahut bu hususta taraflar arasında bir ihtilaf (mesela davacının Türkiye’de mutad meskeninin mevcut olup olmadığı hususunda) mevcut ise, ön inceleme duruşmasında tarafları bu hususta dinleyerek gerekli kararı verecektir (HMK m.140/1).

mahkemeye HMK m.86/1 gereğince re’sen gözetmesi gereken bir hususu hatırlatmaktan ibaret olacağı kanaatindeyim.

Yukarıdaki yorumların önüne geçmek ve HMK m.84’deki hâllerden birinin mevcut olması hâlinde, teminat gösterme yükümlülüğünün dava şartı olduğu hususuna belirginlik kazandırmak için, HMK m.114/1-ğ’deki “teminat gösterilmesine ilişkin kararın gereğinin yerine getirilmesi” şeklindeki lafzın, “teminat göstermenin zorunlu olduğu hâllerden birinin mevcut olması hâlinde, bu teminatın gösterilmiş olması” şeklinde düzeltilmesi yerinde olur. Elbette her iki lafız da mahkemece teminat gösterilmesine ilişkin bir kararın verilmiş olmasını zorunlu kılar. Fakat anılan hükmün yukarıdaki şekilde düzenlenmesi hâlinde, davalının yapacağı itiraz, teknik anlamda bir dava şartı noksanlığı itirazı olacaktır.

Teminat gösterilmesine ilişkin kararın yerine getirilmemiş olması hâlinde verilecek “davanın reddine” ilişkin karar usule ilişkin olduğundan ve dolayısıyla taraflar arasında kesin hüküm teşkil etmeyeceğinden, aynı davanın (bu dava şartı noksanlığı giderilerek) tekrar açılması mümkündür¹⁷.

II- TÜRKİYE’DE MUTAD MESKENİ OLMAYAN TÜRK VATANDAŞLARI İÇİN TEMİNAT GÖSTERME YÜKÜMLÜLÜĞÜ DOĞURAN HÂLLER

A- TÜRK VATANDAŞLIĞI İLE MUTAD MESKEN KAVRAMLARI

HMK m.84/1-a hükmünde, teminat gösterme yükümlülüğünün doğması için iki hususun tespit edilmesi gerekir. Bunlardan ilki davacının Türk vatandaşı olup olmadığıdır. Zira davacı Türk vatandaşı değilse HMK m.84’e göre değil, MÖHUK hükümlerine göre teminat yükümlülüğü tespit edilecektir. Buna mukabil, davacı Türk vatandaşı olmakla birlikte Türkiye’de mutad meskene sahip değilse, HMK m.84/1-a hükmü gereğince, teminat göstermesine karar verilecektir. Fakat HMK m.85/1’deki hâllerden birinin mevcut olması hâlinde, davacının teminat göstermesine gerek kalmayacaktır.

¹⁷ Bilge/Önen, s. 413; Kuru, “Dava Şartları”, s. 146; Kuru/Arslan/Yılmaz, s. 268; Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 295.

1- TÜRK VATANDAŞLIĞI

Vatandaşlık, gerçek kişileri devlete bağlayan hukukî ve siyasi bağdır¹⁸. Türk vatandaşlığının kazanılmasına ilişkin hükümleri içeren 5901 sayılı Türk Vatandaşlığı Kanunu 12.6.2009 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Burada, Türk vatandaşlığının nasıl kazanıldığını inceleme konusu yapılmayacaktır. Zira HMK m.119/1-c hükmü gereğince, davacı dava dilekçesinde Türkiye Cumhuriyeti kimlik numarasını göstermek zorunda olduğundan, uygulamada davacının Türk vatandaşı olup olmadığını tespit etmek zor olmayacaktır. Bununla birlikte dava dilekçesinde TCKN’yi göstermeyen davacıya bu eksikliği gidermesi için bir haftalık kesin süre verilecek, bu süre içinde de eksikliği gidermemesi hâlinde “davanın açılmamış sayılmasına” karar verilecektir (HMK m.119/2).

HMK m.84, davanın açıldığı (yahut müdahale talebinde bulunulduğu veya takibin yapıldığı) tarihteki Türk vatandaşlığını esas almaktadır. Zira dava şartları, davanın açıldığı tarihteki duruma göre değerlendirilir¹⁹. Şu hâlde, dava şartı olan bir hususa ilişkin ölçütün (yani vatandaşlığın ve mutad meskenin) incelenmesinde de davanın açıldığı tarih esas alınmalıdır.

HMK m.84/1-a’daki yükümlülük Türk vatandaşları için öngörüldüğünden, tüzel kişiler için bu fıkra hükmü uygulama alanı bulmayacaktır. Anılan hükmün gerekçesinde de belirtildiği üzere mutad mesken ve vatandaşlık kavramları, sadece gerçek kişiler için söz konusu olabilir²⁰.

2- MUTAD MESKEN

HMK m.84/1-a’nın gerekçesinde mutad mesken “tüm hayat ilişkilerinin belirli bir coğrafî alanda yoğunlaşması” şeklinde tanımlanmıştır. Aslında milletlerarası özel hukukta bağlama noktası olarak kullanılan bu kavramın

¹⁸ Aysel Çelikel/Bahadır Erdem, *Milletlerarası Özel Hukuk*, İstanbul 2010, s. 20; Erdoğan Göger, *Türk Tabiiyet Hukuku*, Ankara 1979, s. 3; Ergin Nomer, *Vatandaşlık Hukuku*, İstanbul 1989, s. 13.

¹⁹ Bilge/Önen, s. 448; Karslı, s. 435; Kuru/Arslan/Yılmaz, s. 306; Pekcanitez/Atalay/Özkes, s. 334.

²⁰ “...Tüzel kişilerin ise, merkezlerinden söz edilebilir ve onların merkezlerinin kuruluş belgelerinde gösterilmesi zorunludur. Bu durum karşısında, ikametgâh ve mutad mesken gibi kavramlar zaten tüzel kişilere yabancıdır. Tüzel kişinin merkezi Türkiye’de ise, o tüzel kişi Türk tabiiyetindedir; merkezi yurt dışında ise, yabancı bir tüzel kişiden söz etmek gerekir. Yabancı tüzel kişi ise Türkiye’de dava açacak yahut takip yapacak olursa, 2675 sayılı Kanunun 32 nci maddesi (5718 sayılı Kanun m.48) uyarınca teminat göstermek zorundadır...” (HMK m.84’ün Gerekçesi).

kabul edilmiş bir tanımı mevcut değildir²¹. Öğretide mutad meskenin kişinin fiilen oturduğu yeri ifade ettiği, hukukî bir kavram olmadığı, belirli maddi delillere göre tespit edilebilen bir vakıa olarak kabul edildiği belirtilmiştir²².

Yerleşim yeri edinmenin aksine, bir yerin mutad mesken edinilmesinde, kişinin o yere yerleşme niyetinin varlığı veya yokluğu bir önem arz etmez²³. Böyle bir niyetin aranmamış olması sebebiyle kişi ile mutad mesken arasındaki bağ, kişi ile yerleşim yeri arasındaki bağdan daha zayıftır²⁴. Fakat aynı özellik onu, milletlerarası özel hukukta yerleşim yerine alternatif, hatta gün geçtikçe daha çok tercih edilen bir bağlama noktası yapmaktadır²⁵. Zira mutad meskende yerleşme niyeti gibi sübjektif bir unsurun aranmamış olması, ona objektif bir nitelik kazandırmaktadır²⁶. Bir yerin mutad mesken edinilmesinde esas olan, kişinin aile, dost çevresi ve meslek ilişkilerinden meydana gelen sosyal bütünleşmeyi o yerde gerçekleştirmekte olmasıdır²⁷. Bu ise genellikle o yerde belli bir süre oturmuş olmakla sağlanır²⁸.

HMK m.84/1-a’da mutad meskenin esas alınmış olması, uygulamada şu şekilde kolaylık sağlayabilir. Çalışmak veya eğitim görmek gibi belli bir amaç için yurtdışına giden vatandaşlar, o yerde yerleşim yeri edinmek zorunda kalabiliyorlar. Fakat böyle hâllerde yurtdışında yerleşim yeri edinilmesindeki amaç, o yerde sürekli kalma niyetinden ziyade bir takım resmi ve özel işlemlerde kolaylıklardan yararlanmaktır. Bu sebeplerden ötürü, yerleşim yeri yurtdışı olan (diğer bir ifadeyle yerleşim yeri yurtdışı görünen) fakat mutad meskeni Türkiye’de bulunan vatandaşların dava açarken teminat gösterme yükümlülüğünden muaf tutulmasını makul bir çözüm tarzı olarak kar-

21 Nomer/Şanlı, s. 119; Gülören Tekinalp/Ayfer Uyanık-Çavuşoğlu, *Milletlerarası Özel Hukuk Bağlama Kuralları*, 11. bs, İstanbul 2011, s. 67; Gülşah Vardar-Hamamcıoğlu, *Türk Medeni Kanunu’na Göre Yerleşim Yeri*, İstanbul 2009, s. 17.

22 Bkz. Çelikel/Erdem, s. 188; Nomer/Şanlı, s. 120; Tekinalp/Uyanık-Çavuşoğlu, s. 68; Vardar-Hamamcıoğlu, s. 17.

23 Erdoğan Göger, "Devletler Hususi Hukuku Yönünden İkametgâh", *AÜHFD*, C. XXVI, S. 3-4, 1969, s. 245; Vardar-Hamamcıoğlu, s. 18.

24 Vardar-Hamamcıoğlu, s. 19.

25 Bkz. Nomer/Şanlı, s. 119, 121; Tekinalp/Uyanık-Çavuşoğlu, s. 68; Vardar-Hamamcıoğlu, s. 17.

26 Çelikel/Erdem, s. 188; Göger, s. 252; Nomer/Şanlı, s. 119-120; Tekinalp/Uyanık-Çavuşoğlu, s. 68.

27 Göger, s. 247; Nomer/Şanlı, s. 120; Uğur Tütüncübaşı, "Milletlerarası Usûl Hukukunda Teminat Gösterme Yükümlülüğü", *DEÜHFD*, C. 12, S. 2, 2010, s. 196.

28 Göger, s. 247, dn. 34; Nomer/Şanlı, s. 120; Tütüncübaşı, s. 196.

şılamak gerekir. Zira onların yerleşim yeri her ne kadar yurtdışı görünse de sosyal bütünleşmeyi gerçekleştirmek istedikleri yer, dolayısıyla mutad meskenleri Türkiye'dir.

Öğretide HMK m.84/1-a hükmü, yerleşim yeri Türkiye'de olan fakat mutad meskeni yurtdışında bulunan Türk vatandaşlarının teminat göstermekle yükümlü olacağı şeklinde yorumlanarak doğru bulunmamıştır²⁹. Kanaatimce hükmün amacı bu yönde değildir³⁰. Zira HMK m.84/1-a'da mutad mesken, kişi ile yerleşim yerinden daha zayıf bir bağı ifade etmek için kullanılmıştır³¹. Yani bu hükme göre, Türkiye'de yerleşim yeri olmayan ve fakat mutad meskeni bile olmayan Türk vatandaşları teminat göstermekle yükümlü olacaktır. Buna mukabil, mesela yurt dışında geçici ikamet izni ile oturan Türk vatandaşlarının yerleşim yeri hala Türkiye olduğu için³² bunların Türkiye'de dava açarken teminat göstermesine gerek olmayacaktır.

Dava şartı olan bir hususta, yerleşim yeri yerine mutad mesken gibi ispatı nispeten zor olan bir ölçütün esas alınmasının usul ekonomisine (HMK m.30/1) uygun olmadığı kanaatindeyim. Şöyle ki, yeni hükmün uygulanmasında, davacının Türkiye'de mutad meskeninin bulunup bulunmadığı hususundaki ihtilaflar artabilecektir. Mahkemenin bunu tespit etmek için harcadığı zaman ise dolaylı olarak iş yükünü artıracaktır.

Yerleşim yeri yurtdışı olan Türk vatandaşının mutad meskeninin Türkiye'de olduğunu iddia etmesi hâlinde, bunu her türlü delille ispat edebilmesi gerekir (HMK m.192/1). Zira burada ispatı gereken husus maddi bir vakıadır. Bununla birlikte davacının mutad meskeninin tespitinde, 10.9.1998 tarihinde Türkiye, Almanya, İspanya, İtalya ve Fransa arasında imzalanan "Ya-

29 Bilge Umar, "Hukuk Muhakemeleri Kanunu (HMK) Tasarısıyla Şimdiki HUMK Kurallarına Getirilme İstenen Değişikliklerin Başlıcaları", *TBB*, S. 68, 2007, s. 327; Bilge Umar, "Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı'na Katkı", *TBB*, S. 67, 2006, s. 128-129. Yazar, son olarak yukarıdaki görüşünü biraz değiştirerek anılan hükmü, yerleşim yeri yabancı ülkede olan vatandaşın, Türkiye'de mutad meskeni olma ihtimalinin çok düşük olduğunu, bu nedenle teminat yükümlüleri açısından anılan hükmün elverişli olmayacağını ileri sürmüştür (Umar, *Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi*, s. 265-266). Ayrıca bkz. Tütüncübaşı, s. 197 vd. Karş. "Teminat, Türkiye'de yerleşim yeri olmayan ve mutad meskeni de bulunmayan Türk vatandaşları açısından uygulama alanı bulur" (Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 338).

30 Karş. Tütüncübaşı, s. 199.

31 Bkz. Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 338.

32 Kuru, *Hukuk Muhakemeleri Usulü*, s. 2971.

şam Belgesi Verilmesine Dair Sözleşme”³³ hükümlerinden yararlanılması da mümkündür. Bu sözleşmenin imzalanmasının amacı, sözleşmenin tarafı olan devletlerden birinin toprakları üzerinde “ikamet etmeyen” fakat yaşamakta olduklarını, o devlette kanıtlamak durumunda olan kişilere kolaylık sağlamaktır. Sözleşme m.1/1’e göre, âkit Devletler, bir kişinin yaşamakta olduğunu, o kişinin ikamet ettiği Devlet dışında diğer bir Devlette kanıtlamak zorunda bulunması hâlinde kendisine bir yaşam belgesi vermeyi taahhüt ederler. Sözleşme m.2/3’e göre, verilen bu belge aksi sabit oluncaya kadar geçerlidir. Öğretide, âkit devlet hukukları için, kişinin mutad meskeninin, onun yaşam belgesini almış olduğu ülkede bulunduğundan hareket edilmesi zaruret olduğu ileri sürülmüştür³⁴. Kanaatimce burada “zaruret” deyimini ile kastedilen, kişinin mutad meskeninin sadece yaşam belgesi aldığı ülke olacağı değil, âkit devletler açısından yaşam belgesi alınan ülkenin de kişinin mutad meskeni sayılması gerektiğidir. Son olarak, mutad meskenin tespitinde yurtdışında sahip olunan oturma izni ve çalışma izni süresine bakılarak karar verilmesi de mümkün olup söz konusu izinler süreli ise mutad mesken Türkiye kabul edilecek, uzun süreli veya süresiz ise mutad mesken kişinin oturduğu yer kabul edilecektir³⁵.

B- TÜRKİYE’DE MUTAD MESKENİ OLMAYAN TÜRK VATANDAŞLARININ DAVA AÇMASI VEYA AÇILAN DAVAYA MÜDAHALE ETMESİ

Türkiye’de mutad meskeni olmayan Türk vatandaşları, Türkiye’de dava açarken³⁶ teminat göstermek zorundadır (HMK m.84/1-a). Bununla birlikte “sırf küçüğün menfaatlerini korumaya yönelik açılan bir davada” davacının HMK m.84/1-a anlamında teminat gösterme yükümlülüğü bulunmamaktadır (HMK m.85/1-c). Keza davacı adli yardımdan yararlanıyorsa teminat gösterme yükümlülüğü yine yoktur (HMK m.85/1-a; HMK m.335/1-b). Davacı-

³³ (RG. 16.3.2004/25404). Sözleşme metni için bkz. T.C. Başbakanlık Resmi Gazete İnternet Sayfası, <http://www.resmigazete.gov.tr/main.aspx?home=http://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2004/03/20040316.htm&main=http://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2004/03/20040316.htm> (25.11.2012).

³⁴ Bkz. Nomer/Şanlı, s. 121 dn. 67.

³⁵ Tütüncübaşı, s. 199.

³⁶ Dava devam ederken Türkiye’deki mutad meskenini kaybeden Türk vatandaşının da teminat göstermesi gerekecektir (Kuru/Arslan/Yılmaz, s. 573).

nın adli yardımdan yararlanabilmesi “ödeme gücünden yoksun olma”³⁷ ve “haklı olma şartına” bağlıdır³⁸. Adli yardım talebi, teminat yükümlülüğünü yerine getirdikten sonra olumlu sonuçlanmışsa, HMK m.89/1 gereğince ödemiş olduğu teminat kendisine iade edilecektir.

HMK m.84/1-a gereğince teminat gösterme yükümlülüğü “davacı” için öngörülmüştür. Fakat karşı davanın açılması hâlinde asıl davanın davalısı için de (karşı davanın davacısı olarak) bu yükümlülük doğabilir³⁹.

Davacı tarafta mecburi dava arkadaşlığının mevcut olması hâlinde teminat gösterme yükümlülüğü, bu yükümlülüğün tüm davacılar bakımından mevcut olması hâlinde doğacaktır (HMK m.84/3). Şu hâlde, elbirliği mülkiyet hükümleri gereğince, adı ortakların veya mirasçıların birlikte dava açmalarının zorunlu olduğu hâllerde teminat gösterme yükümlülüğü, HMK m.84/1’de sayılan sebeplerden biri davacı tarafı teşkil eden herkesin şahsında gerçekleşmiş ise doğacaktır.

Maddi hukuka ilişkin yukarıdaki şekilde bir yükümlülük bulunmamasına rağmen kanun, usul ekonomisi doğrultusunda bazı davalarda şekli anlamda mecburi dava arkadaşlığı tesis edebilir⁴⁰. Fakat şekli anlamda mecburi dava arkadaşlığı yalnız davalılar için söz konusudur⁴¹. Şu hâlde şekli anlamda mecburi dava arkadaşlığı söz konusu olduğunda, HMK m.84 anlamında teminat gösterme yükümlülüğünden söz edilemez.

37 “Davanın küçük adına velisi tarafından açılması hâlinde, ödeme gücünden yoksun olma şartının hem küçük hem velide gerçekleşmiş olmasını aramak gerekir. Çünkü velinin, velayeti altındaki küçüğe bakma yükümlülüğü mevcut olup bunların malvarlığı da velilerinin idare ve gözetimi altındadır. Fakat aynı sonuç vasi açısından doğmaz. Zira vasi, vesayet altındaki kişinin mallarını sadece yönetmekle görevli olup onlardan yararlanamaz ve vasinin, vesayet altındaki kişinin masraflarını bizzat karşılama yükümlülüğü yoktur” (Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 651).

38 Türk vatandaşları için adli yardımdan yararlanma koşullarını düzenleyen HMK m.334/1’de bu husus şu şekilde ifade edilmiştir: “Kendisi ve ailesinin geçimini önemli ölçüde zor duruma düşürmeksizin, gereken yargılama veya takip giderlerini kısmen veya tamamen ödeme gücünden yoksun olan kimseler, iddia ve savunmalarında, geçici hukukî korunma taleplerinde ve icra takibinde, haklı oldukları yolunda kanaat uyandırmak kaydıyla adli yardımdan yararlanabilirler”. Ayrıca bkz. Kuru/Arslan/Yılmaz, s. 744-745; Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 650-652; Üstündağ, s. 776-777.

39 Yılmaz, "Davada İnanca", s. 388.

40 Şekli anlamda mecburi dava arkadaşlığının söz konusu olduğu hâllere misal olarak HMK m.65; TMK m.286/1,c.2; TMK m.713/3; İskân Kanunu m.20/I; Vakıflar Kanunu m.76; İİK m.282 hükümleri verilebilir. Bkz. Kuru/Arslan/Yılmaz, s. 496-497.

41 Kuru/Arslan/Yılmaz, s. 496.

HMK m.84’ün gerekçesinde de belirtildiği üzere, hükümde geçen “müdahale” teriminden fer’î müdahaleyi anlamak gerekir. Zira asli müdahil zaten müdahale davasında taraftır. Bununla birlikte, teminat gösterilmesini gerektiren hâllerden birinin mevcut olması hâlinde, asli müdahil için de, teminat gösterme yükümlülüğü doğacaktır⁴².

Üçüncü kişi, davayı kazanmasında hukukî yararı bulunan taraf yanında ve ona yardımcı olmak amacıyla, tahkikat sona erinceye kadar, fer’î müdahil olarak davada yer alabilir (HMK m.66/1). Şu hâlde hâkim, fer’î müdahale talebini değerlendirirken aynı zamanda teminat gösterilmesini gerektiren bir hâlin mevcut olup olmadığını da inceleyecektir. Eğer gerekiyorsa, talepte bulunanın “fer’î müdahale giderlerini”⁴³ karşılayacak teminat göstermesine karar verecektir. Kararda belirtilen kesin süre içinde teminatın gösterilmemiş olması hâlinde ise “müdahale talebinden vazgeçilmiş sayılmasına” karar verecektir (HMK m.88/2).

HMK m.63/1, dava kendisine ihbar edilen kişiye, hukukî yararı mevcut ise diğer taraf yanında da davaya katılma imkânı tanımaktadır. Fakat HMK m.84/1-a, sadece davacı yanında davaya müdahil olarak katılan kişinin teminat yükümlüsü olacağını öngörmektedir⁴⁴. Acaba dava kendisine ihbar edilen kişi, davacı yanında davaya katılması hâlinde kendisi için teminat gösterme yükümlülüğü doğacağını gerekçe göstererek, davalı yanında davaya müdahil olabilir mi? Kanaatimce hayır. Zira bu durumda fer’î müdahilin gerekçesini hukukî yarar kapsamında değerlendirmek mümkün değildir. Şu hâlde, davacı yanında davaya katılması hâlinde teminat gösterme yükümlülüğünün doğması, fer’î müdahale karşı taraf yanında davaya katılma imkânı vermez.

C- TÜRKİYE’DE MUTAD MESKENİ OLMAYAN TÜRK VATANDAŞLARININ TAKİP YAPMASI

Türkiye’de mutad meskeni olmayan Türk vatandaşı, mülga HUMK m.97/1’den farklı olarak sadece dava açarken veya fer’î müdahalede bulu-

⁴² Bkz. HMK m. 84’ün gerekçesi.

⁴³ Bkz. HMK m.84’ün ve m.86’nın gerekçesi.

⁴⁴ Mülga HUMK m.97 uygulamasında, bu yükümlülüğün yalnızca davacı yanında müdahalede bulunanlar için olduğunu ileri süren yazarlara misal olarak Osman Fazıl Berki, "Ecnabilerin Hukuk ve Vazifeleri Hakkındaki Muvakkat Kanunda Teminat", *AÜHFD*, C. 3, S. 2-4, 1946, s. 420; Bilge/Önen, s. 339 verilebilir. Buna mukabil bazı yazarlar bu yükümlülüğün davalı yanında davaya müdahale edenler için de olduğu görüşündeydi. Bkz. Kuru, *Hukuk Muhakemeleri Usulü*, s. 2996; Yılmaz, "Davada İnanca", s. 389.

nurken değil, Türkiye’de takip yaparken de teminat göstermek zorunda kalacaktır. Buradaki yükümlülük icra takibinin taraflarından takip alacaklısı içindir. Mecburi takip arkadaşlığının söz konusu olduğu hâllerde teminat gösterme yükümlülüğünü, bu yükümlülük tüm takip alacaklılarının şahsında gerçekleşmiş ise mevcut olacaktır (HMK m.84/3).

Türkiye’de mutad meskeni olmayan vatandaş, ilama bağlı bir alacak için ilamlı icra takibi yaptığıında teminat göstermek zorunda olmayacaktır⁴⁵ (HMK m.85/1-ç). Fakat ilam niteliğindeki belgeye⁴⁶ bağlı alacaklar için ilamlı takip yapılması hâlinde, bu istisnanın “uygulanmayacağı” HMK m.85’in gerekçesinde açıkça belirtilmiştir. Mesela Türkiye’de mutad meskeni olmayan vatandaşın, kayıtsız şartsız para borcu ikrarını içeren düzenleme şeklindeki noter senedine dayanarak ilamlı icra yoluna başvurması hâlinde teminat göstermesi gerekecektir. HMK m.85/1-ç’de ilamlı “icra” takibi deyiimi kullanılmış olsa da, ilama bağlı alacak için “iflas” yoluyla takipte de aynı istisnanın işlerlik kazanması gerektiği kanaatindeyim. HMK m.85/1-ç’deki istisna dışındaki tüm takip türlerinde⁴⁷ Türkiye’de mutad meskeni olmayan vatandaş, takip yaparken teminat göstermek zorunda kalacaktır. Bu durumda teminatın kapsamı takip giderleriyle sınırlı olacaktır (HMK m.84/1 kıyasen).

Türkiye’de mutad meskeni olmayan Türk vatandaşının takip yapması hâlinde, teminat gösterilmesine ilişkin kararı kimin vereceği sorunu HMK’da açıkça çözüme kavuşturulmuş değildir. 2006 tarihli HMK Tasarısı m.91/2’de takip giderlerini karşılayabilecek teminat hakkında icra müdürünün kendiliğinden karar vereceği düzenlenmişti. Anılan hükmün gerekçesinde ise, icra müdürüne bu konuda re’sen karar verme yetkisinin tanınmasının temelinde, teminat kararının gereğinin yerine getirilmesinin dava şartı, takip hukukunda ise takip şartı olması gösterilmekteydi⁴⁸. Aynı konuyu düzenleyen yürürlükteki HMK m.86/1’de ise, böyle bir hüküm olmadığı gibi gerekçede de herhangi bir açıklama mevcut değildir. Öncelikle icra müdürünün bu hususta

⁴⁵ HMK m.85’in gerekçesinde, böyle bir düzenlemeye gidilmesinin sebebi olarak, ilama bağlı alacak için ilamlı takibe müracaat edilmesi hâlinde alacağın varlığının sabitlik kazanmış olması gösterilmektedir. Karş. Umar, *Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi*, s. 268.

⁴⁶ Bkz. İİK m.38.

⁴⁷ Genel haciz yoluyla takip (İİK m.46-m.114), kambiyo senetlerine mahsus haciz yoluyla takip (İİK m.167-m.170/b; m.176/a - m.176/b), kiralanan taşınmazların ilamsız icra yolu ile tahliyesi (İİK m.269 – m.276), rehnin paraya çevrilmesi yoluyla takip (İİK m.145 – m.153).

⁴⁸ T.C. Adalet Bakanlığı, *Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı*, Ankara 2006, s. 197.

karar vermesinin mümkün olmaması gerektiğini belirtmek gerekir. Zira takipte bulunan kişinin Türkiye’de mutad meskene sahip olup olmadığını tespit etmek için gerekli delilleri inceleyip karar vermesi, icra müdüründen beklenemez⁴⁹. Bu husustaki kararı takibin yapıldığı icra dairesinin bağlı olduğu icra mahkemesinin vereceği kabul edilirse, bu hâlde de icra dairesindeki bütün takip dosyalarının icra mahkemesine gitmesi gibi hiç istenmeyen bir durum ortaya çıkabilir. Kanaatimce, sorunun çözümü için şu şekilde hareket edilmelidir: takip talebini alan icra müdürü, (Türkiye’de yerleşim yeri olmayan) takip alacaklısının Türkiye’de mutad meskeninin olup olmadığını incelemelidir. Eğer takip alacaklısının Türkiye’de mutad meskeninin olmadığı kanaatine varırsa, bu hususta gerekli kararı vermek üzere takip dosyasını icra mahkemesine göndermelidir. İcra müdürü, böyle bir kanaate ulaşamamışsa takip talebini kabul ederek ödeme emri düzenlemeli ve bunu borçluya tebliğ etmelidir (İİK m.60/3). Fakat kendisine ödeme emri tebliğ edilen borçlu, takip alacaklısının Türkiye’de mutad meskeni bulunmadığını, bu nedenle icra müdürünün gerekli kararı vermek üzere takip dosyasını icra mahkemesine göndermesi gerektiğini “şikâyet”⁵⁰ yolunu kullanarak ileri sürebilir. Bu

⁴⁹ Karş. “...2675 Sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Hukuk Hakkındaki Kanun'un 32. maddesi hükmüne göre, Türk Mahkemelerinde dava ve icra dairelerinde takip açan gerçek ve tüzel kişi yabancıların "yargılama ve takip giderlerini (icra takip harcı, itiraz ve itirazın kaldırılması duruşmasındaki yargılama giderleri) bu yargılama giderlerinden olan vekalet ücretini ve takip yüzünden borçlunun uğrayacağı zararları temin etmesi gerekir Kamu düzeni ile ilgili bu hususun Mahkemece resen gözönünde tutulması icap eder. Somut olayda, icra müdürlüğünce teminatın depo edilmesi yönünden takdir hakkı kullanılmadan alacaklı yabancı kurum tarafından doğrudan, icra dosyasına borçlu İş Bankasından istenen 36.298.399, 21 Amerikan Doları alacağı için, çok cüz 'i olarak 10.000 Amerikan Doları teminat yatırılmıştır. Bu durumun icra hakimliğince denetlenip talep edilen alacak miktarı uyumsuzluğunun mahiyeti de nazara alınarak 2675 Sayılı Kanunun 32. maddesinde belirtilen yargılama ve takip giderleri ile karşı tarafın zarar ve ziyasını karşılayabilecek genel uygulamalar doğrultusunda ve makul yeterlilikte Türk Parasının Korunması Hakkındaki Kanun hükümleri dahilinde döviz üzerinden takdir edilecek teminat tutarının alacaklı tarafa HUMK.nun 163. maddesi gereğince verilecek kesin süre içerisinde Merkez Bankasına depo ettirilmesi, takip şartı olan bu teminat verilen kesin süre içerisinde yatırılmadığı takdirde bu yöne ilişkin şikâyetin kabulüne karar verilmesi gerekirken yazılı şekilde reddi isabetsizdir” 12HD, 13.4.2004, 4973/9047 www.hukukturk.com (22.11.2012). Kararda icra müdürlüğünün teminatın depo edilmesi yönünde bir takdir hakkının bulunduğu söylenmektedir. Fakat burada takip alacaklısının teminat göstermesini gerektiren hâlin, yani takip alacaklısının Yabancı olup olmadığını tespit etmek bir muhakeme işleminin yapılmasını gerektirmeyecek derecede basittir.

⁵⁰ Türkiye’de mutad meskeni bulunmayan Türk vatandaşının takip yaparken teminat gösterme yükümlülüğününün takip şartı olduğu kabul edilirse, bu husustaki şikâyetin de kamu düzenine aykırılığa dayandırılabilmesi kanaatindeyim. Kanunda düzenlenmeyen bu şikâyet sebebiyle ilgili bkz. Hakan Pekcanitez, *İcra-İflâs Hukukunda Şikâyet*, Ankara 1986, s. 85 vd.

durumda itiraz yoluna başvurulamaz. Zira itiraz yolu maddi hukuka ilişkin hususlarda söz konusu olup takip hukukuna ilişkin aykırılıklar kural olarak şikâyet sebebidir⁵¹. İcra müdürünün “yetkili olmamasına rağmen” takip alacaklısının teminat göstermesine karar vermesi hâlinde de (süresiz) şikâyet yoluna başvurulabilir⁵².

D. TEMİNAT GÖSTERME YÜKÜMLÜLÜĞÜNÜN YERİNE GETİRİLMESİ

1- HÂKİMİN TEMİNAT GÖSTERİLMESİNE KARAR VERMESİ

Yargılama giderlerini karşılayacak teminata, mahkemece kendiliğinden karar verilir. Hâkim, teminat kararı vermeden önce tarafları veya müdahale talebinde bulunan kişiyi dinleyebilir (HMK m.86/1). Yargılama giderlerinin nelerden ibaret olduğu HMK m.323/1’de gösterilmiştir. Bu giderler arasında, aynı zamanda gider avansı⁵³ olan hususlar⁵⁴ da sayılmıştır. Şu hâlde hâkim, gider avansı tarifesine göre takdir ettiği tutarı teminat miktarını hesaplarken göz önünde tutabilir. Bununla birlikte teminat miktarı hesaplanırken karar ve ilam harcının göz önünde tutulmaması gerekir. Zira davacının haksız çıkması hâlinde, davalının uğrayacağı zararlar arasında karar ve ilam harcı olmayacaktır⁵⁵.

Hâkim, teminatın tutarını ve şeklini serbestçe tayin edecektir (HMK m.87/1). Hükmün gerekçesinde de belirtildiği üzere, hâkim bir teminat katalogu ile bağlı değildir. Bu nedenle, somut olaya ve tarafların durumuna göre teminatın şeklini serbestçe takdir edebilecektir. Ancak, bu husustaki takdir yetkisini kullanırken taraflar arasındaki menfaat dengesini titizlikle muhafaza

⁵¹ Pekcanitez, s. 26.

⁵² Yargıtay da, icra müdürünün yetkili olmadığı benzer durumlar için süresiz şikâyetin söz konusu olacağı görüşündedir: “İhalenin feshine karar vermek merci hâkimine aittir. Yetkisiz olarak icra memuru tarafından verilen bir karar ve yapılan işlem hükümsüz olup, aleyhine her zaman şikâyet yoluna başvurulabilir” İİD, 26.1.1970, 11639/11800, “İcra memuru şikâyeti incelemeye yetkili olmayıp, bu görev tetkik merciine aittir. Buna rağmen icra memurunun şikâyet hakkındaki kararı, geçersiz bir işlemdir ve süreye bağlı değildir” İİD, 19.11.1971, 11955/11738 (Pekcanitez, s. 88, dn. 98).

⁵³ Hukuk Muhakemeleri Kanunu Gider Avansı Tarifesi (RG. 2.9.2012/28429) [http://www.resmigazete.gov.tr/main.aspx?home=http://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2012/10/20121002.htm](http://www.resmigazete.gov.tr/main.aspx?home=http://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2012/10/20121002.htm&main=http://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2012/10/20121002.htm) (25.11.2012).

⁵⁴ Mesela HMK m.323/1-d, e.

⁵⁵ Bkz. Umar, *Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi*, s. 269.

za etmesi gerekir. Eğer teminatın kefalet sözleşmesi şeklinde gösterilmesine karar vermiş ve kefil de evli ise, kefilin eşinin bu sözleşmeye rıza göstermiş olmasını arayacaktır (TBK m.584/1). Hâkim, teminatın tutarını Türk Lirası cinsinden belirlemek zorunda olup teminatın banka ve sigorta güvencesi şeklinde gösterilmesine de karar verebilmelidir⁵⁶. Son olarak, teminatın taksitle yatırılmasına karar verilebilirse de taksit ödenmesini davanın kazanılma şartına bağlayamayacağı görüşünde olanlar da mevcuttur⁵⁷.

Tarafların teminatın şeklini sözleşmeyle kararlaştırmaları hâlinde, teminat bu sözleşmeye göre belirlenir (HMK m.87/1). Eğer teminatı gerektiren durum ve koşullarda değişiklik olursa, teminatın azaltılması, artırılması, değiştirilmesi ya da kaldırılmasına karar verilebilir (HMK m.87/2). Mesela hâkim, davanın uzaması hâlinde, dava açılırken yatırılan teminatın yargılama giderlerini karşılayamayacağı kanaatine varırsa teminatın artırılmasına karar verebilecektir.

Teminat gösterilmesine ilişkin kararın gereğinin yerine getirilmesi dava şartı olduğu için hâkim, bu husustaki kararını ön inceleme aşamasında verecektir⁵⁸ (HMK m.137/1). Dosya üzerinden yapacağı incelemede teminat hakkında karar veremeyen hâkim, ön inceleme duruşmasında tarafları bu husustaki kararı vermek için dinleyebilecektir (HMK m.138/1). Mesela davacının Türkiye’de mutad meskeninin olup olmadığı hususunda taraflar arasında ihtilaf mevcut olduğunda hâkim, ön inceleme duruşmasında tarafları öncelikle bu hususta dinleyecektir (HMK m.140/1).

2- TEMİNAT GÖSTERİLMESİNE İLİŞKİN KARARIN YERİNE GETİRİLMESİ

Hâkim teminatın gösterilmesine ilişkin kararında, bu kararın gereğinin hangi sürede yerine getirileceğini de “kesin süre” şeklinde belirleyecektir (HMK m.88/1). Kanun’da bu sürenin “kesin” olarak düzenlenmesinin bir sonucu, sürenin kaçırılması hâlinde davacının ikinci kez süre istemesinin mümkün olmamasıdır (HMK m.94/2). Sürenin kaçırılması hâlinde, mahkeme davayı usulden reddedecektir (HMK m.88/1). Fakat buradaki sürenin kesin olması, HMK m.95/1’deki şartların mevcut olması hâlinde eski hâle getirme talebinde bulunulmasını mümkün kılmaktadır. Aynı şekilde, teminat

⁵⁶ Kılıçoğlu, s. 527.

⁵⁷ Bkz. Kılıçoğlu, s. 529.

⁵⁸ Bkz. Hukuk Muhakemeleri Kanunu Yönetmeliği (HMK Yön.), Ek-1: Örnek Ön İnceleme Kontrol Formu, (11).

göstermesine karar verilen fer'î müdahil de bu süre içinde kararın gereğini yerine getirmezse, müdahale talebinden vazgeçilmiş sayılmasına karar verilecektir (HMK m.88/2).

E. TEMİNATIN İADESİ

Teminat gösterilmesini gerektiren sebep ortadan kalktığı takdirde, ilgilinin talebi üzerine mahkeme, teminatın iadesine karar verecektir (HMK m.89/1). Bu kararın gereği yazı işleri müdürü tarafından yerine getirilecektir (HKM Yön. m.6/3-k). Aslında, teminatı gerektiren durum ve koşullarda değişiklik olması hâlinde, hâkimin teminatın azaltılması, artırılması, değiştirilmesi ya da kaldırılmasına⁵⁹ karar verebileceğini öngören HMK m.87/2 hükmü yukarıdaki hükmün anlamını zımnen taşımaktadır. Fakat iki hüküm arasındaki temel fark, HMK m.89/1 de “teminatın iadesine” karar “vereceği”, HMK m.87/2’de ise “kaldırılmasına” karar “verebileceği”dir. Kanaatimce birbiriyle çelişkili görünen bu iki hükmün uygulama alanları farklıdır. HMK m.89/1 davanın kazanılması veya teminat gösteren sebebin ortadan kalkması gibi teminatın artık bir anlam ifade etmeyeceği hâllerde, gösterilen teminatın iade edilebilmesini amaçlamaktadır. Bunun için de “ilgilinin talebini” aramıştır. Buradaki ilgili elbette, teminat sorumlusu davacı, fer'î müdahil veya takip alacaklısı’dır. HMK m.87/2 ise dava devam ederken, teminatı gerektiren durum ve koşullarda değişiklik olması hâlinde, başvurulacak bir hükümdür. Mesela teminat yükümlüsünün dava devam ederken Türkiye’de teminatı karşılamaya yeterli taşınmaz mal edinmesi veya adli yardım talebinin olumlu sonuçlanması hâlinde, mahkeme teminatın kaldırılmasına karar verebilecektir. HMK m.89/1’deki aksine burada hâkime takdir yetkisinin tanınmış olmasının sebebi, söz konusu değişikliklerin teminata etki edecek nitelikte olmaması ihtimalidir. Mesela Türkiye’de edinilen taşınmazın değerinin çok düşük olması hâlinde hâkim, teminat kararında bir değişikliğe gitmeyeceği gibi, teminat miktarını sadece azaltmakla da yetinebilir. Hâkimin daha önce vermiş olduğu teminat kararında değişikliğe giden bu karar, bir ara karardır. Hâkim, değişikliğe ilişkin kararında teminatın artırılmasına karar verilmiş ise, bunun yerine getirilmesi için verilecek sürenin yine kesin olacağı kanaatindeyim.

SONUÇ

HMK’nın yürürlüğe girdiği 1.10.2011 tarihinden itibaren, bu Kanun’un teminata ilişkin hükümleri uygulanacaktır. Bunun sonucu olarak artık Türki-

⁵⁹ Karş. Umar, *Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi*, s. 271.

ye’de yerleşim yeri olmayan Türk vatandaşları değil, Türkiye’de yerleşim yeri olmamakla birlikte mutad meskeni bile bulunmayan Türk vatandaşları dava açarken ve davacı yanında fer’î müdahil olurken, teminat göstermekle yükümlü olacaktır. Yerleşim yerinden daha zayıf bir ölçütü kıstas alan kanun koyucu, bu şekilde daralttığı hüküm kapsamını, teminat gösterilmesine ilişkin kararın yerine getirilmesini bir dava şartı öngörerek genişletmiştir. Yani artık açılan her davada bu yükümlülüğün doğup doğmadığı re’sen incelenecektir. HMK m.84’ün getirdiği diğer yenilik ise, Türkiye’de takip yapılması hâlinde de anılan yükümlülüğün işlerlik kazanacağıdır. Bu suretle de hükmün kapsamının genişletildiği söylenebilir. Bununla birlikte, davacının adli yardımdan yararlanıyor olması, sırf küçüğün menfaatini korumak için dava açılmış olması ile yapılan takibin ilama dayalı bir ilamlı icra takibi olması hâlinde teminat gösterme yükümlülüğü söz konusu olmayacaktır. Son olarak, davacının yurt içinde istenen teminatı karşılamaya yeterli taşınmaz malının veya aynı teminatla güvence altına alınmış bir alacağının bulunması hâlinde de teminat gösterme yükümlülüğü doğmayacaktır.

HMK m.84/1-a düzenlemesine ilişkin eleştirilerimizi şu noktalarda toplayabiliriz. İlk olarak, yerleşim yeri yerine mutad mesken ölçütünün benimsenmesinin, teminat gösterme yükümlülüğünün re’sen incelenecek bir husus olması göz önünde tutulduğunda pek isabetli olmadığı söylenebilir. Zira davacının, fer’î müdahilin veya takip alacaklısının Türkiye’de mutad meskeni olup olmadığını tespit etmek, yerleşim yerini tespit etmek kadar kolay olmayacaktır. Teminat göstermesine ilişkin kararın yerine getirilmesinin dava şartı olması da göz önünde tutulduğunda, açılan her davada bu yönde yapılacak inceleme hâkimin gereksiz yere zaman kaybetmesine sebep olabilecektir. İkinci eleştirimiz ise, teminatın gösterilmesine ilişkin kararın yerine getirilmiş olmasını dava şartı olarak öngören HMK m.114/1-ğ düzenlemesidir. Zira burada dava şartı olan husus bir kararın yerine getirilmiş olmasıdır. Şu hâlde, bu yönde bir karar olmadan karşı tarafın teminatın gösterilmesi yönünde yapacağı itiraz, teknik anlamda bir dava şartı noksanlığı olmayacaktır. Üçüncü eleştirimiz ise, takip yapılırken teminat gösterilmesine kimin karar vereceği sorusunun Kanun’da cevapsız bırakılmış olmasına yöneliktir. Kanaatimce, icra müdürünün bu hususta karar verme yetkisi olmamalıdır. Zira takip alacaklısının mutad meskeninin mevcut olup olmadığı, çok kolay bir şekilde tespit edilebilecek bir husus değildir. Ancak, her takipte böyle bir incelemeyi icra mahkemesinden beklemek, tüm takip dosyalarının icra mahkemesine gitmesi gibi bir duruma sebep olabilir. Şu hâlde, sadece icra müdürünün re’sen inceleme neticesinde icra mahkemesine gönderdiği dosyalar için bu inceleme yapılmalı, icra müdürünün göndermediği dosyalar için ise, takip borçlusuna şikâyet yolu açık bırakılmalıdır. Son eleştirimiz ise, hâki-

min teminatın tutarı ve şeklinde değişikliğe gidebileceğini öngören HMK m.87/2 hükmü ile teminatın iadesine ilişkin HMK m.89/1 hükmüne ilişkindir. Zira her iki hüküm de birbirinin yerine kullanılabilir niteliktedir. Teminatı gerektiren durum ve koşullardaki değişiklik, bu koşulun ortadan kalkmış olması şeklinde de kendini gösterebilir. Böyle bir durumda ise, HMK m.87/2 hükmünün mü yoksa HMK m.89/1 hükmünün mü uygulanacağı hususunda Kanun'da bir açıklık mevcut değildir. Fakat HMK m.89/1 hükmü, teminat gösterilmesini gerektiren sebebin ortadan kalkması hâlinde, teminatın iadesi hususunda hâkime takdir yetkisi bırakmamaktadır. Bununla birlikte ilgilinin talebini aramaktadır. Şu hâlde, teminatı gerektiren sebebin ortadan kalkması hâlinde, doğrudan HMK m.89/1 hükmünü uygulamak gerekir.

KAYNAKÇA

- Adalet Bakanlığı, *Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı*, Ankara 2006.
- Ansay, Sabri Şakir; *Hukuk Yargılama Usulleri*, Ankara 1960.
- Berki, Osman Fazıl; "Ecnebilerin Hukuk ve Vazifeleri Hakkındaki Muvakkat Kanunda Teminat", *AÜHFD*, C. 3, S. 2-4, 1946, s. 403-422.
- Bilge, Necip/Önen, Ergun; *Medeni Yargılama Hukuku Dersleri*, 3. bs, Ankara 1978.
- Çelikel, Aysel/Erdem, Bahadır; *Milletlerarası Özel Hukuk*, İstanbul 2010.
- Develioğlu, Hüseyin Murat; *Kefalet Sözleşmesini Düzenleyen Hükümler Işığında Bağımsız Garanti Sözleşmeleri*, İstanbul 2009.
- Göğer, Erdoğan; "Devletler Hususi Hukuku Yönünden İkametgâh", *AÜHFD*, C. XXVI, S. 3-4, 1969, s. 237-252.
- Göğer, Erdoğan; *Türk Tabiiyet Hukuku*, Ankara 1979.
- Karşlı, Abdurrahim; *Medeni Muhakeme Hukuku Ders Kitabı*, 2. bs, İstanbul 2011.
- Kılıçoğlu, Mustafa; *6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu El Şerhi*, İstanbul 2012.
- Kuru, Baki/Arslan, Ramazan/Yılmaz, Ejder; *Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı*, 22. bs, Ankara 2011.
- Kuru, Baki; "Dava Şartları", *Ord. Prof. Dr. Sabri Şakir Ansay'ın Hatırasına Armağan*, S. 194, 1964, s. 109-147.
- Kuru, Baki; *Hukuk Muhakemeleri Usulü*, C. 3, 5. bs, İstanbul 1991.
- Muşul, Timuçin; *Medeni Usul Hukuku*, 3. bs, Ankara 2012.
- Nomer, Ergin/Şanlı, Cemal; *Devletler Hususi Hukuku*, 18. bs, İstanbul 2010.
- Nomer, Ergin; *Vatandaşlık Hukuku*, İstanbul 1989.
- Onar, Siddık Sami/Belgesay, Mustafa Reşit; *Adliye Hukukunun Umumi Esasları*, İstanbul 1944.
- Özden, Bülent; "Alman Hukukunda 'Cautio Judicatum Solvi' Kuralı", *MHB*, C. 10, S. 1-2, 1990, s. 133-138.
- Özden, Bülent; "Türk Hukukunda Cautio Judicatum Solvi Kuralı", *MHB*, C. 9, S. 1, 1989, s. 27-36.
- Özen, Burak; *Kefalet Sözleşmesi*, İstanbul 2008.

Pekcanitez, Hakan/Atalay, Oğuz/Özekes, Muhammet; *Hukuk Muhakemeleri Kanunu Hükümlerine Göre Medeni Usul Hukuku*, 10. bs, Ankara 2011.

Pekcanitez, Hakan; *İcra-İflâs Hukukunda Şikâyet*, Ankara 1986.

Tandoğan, Haluk; *Borçlar Hukuku: Özel Borç İlişkileri*, C. II, 5. bs, İstanbul 2010.

Tekin, Yılmaz; *Ansiklopedik Hukuk Sözlüğü*, Ankara 2007.

Tekinalp, Gülören/Uyanık-Çavuşoğlu, Ayfer; *Milletlerarası Özel Hukuk Bağlama Kuralları*, 11. bs, İstanbul 2011.

Tütüncübaşı, Uğur; "Milletlerarası Usûl Hukukunda Teminat Gösterme Yükümlülüğü", *DEÜHFD*, C. 12, S. 2, 2010, s. 183-223.

Umar, Bilge; "Hukuk Muhakemeleri Kanunu (HMK) Tasarısıyla Şimdiki HUMK Kurallarına Getirilmek İstenen Değişikliklerin Başlıcaları", *TBBD*, S. 68, 2007, s. 321-342.

Umar, Bilge; "Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı'na Katkı", *TBBD*, S. 67, 2006, s. 121-162.

Umar, Bilge; *Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi*, Ankara 2011.

Unat, İlhan; "Davacının Yabancı Niteliğine Dayanan Adli Teminatın Uygulanma Alanı", *AÜSBFD*, C. 28, S. 3, 1973, s. 2-19.

Üstündağ, Saim; *Medeni Yargılama Hukuku*, C. I-II, İstanbul 2000.

Vardar-Hamamcıoğlu, Gülşah; *Türk Medeni Kanunu'na Göre Yerleşim Yeri*, İstanbul 2009.

www.hukukturk.com (22.11.2012).

www.resmigazete.gov.tr (25.11.2012)

www.tdkterim.gov.tr (11.7.2012).

www.uyap.gov.tr (11.7.2012).

Yavuz, Cevdet/Acar, Faruk/Özen, Burak; *Borçlar Hukuku Dersleri: Özel Hükümler*, 8. bs, İstanbul 2010.

Yılmaz, Ejder; "Davada İnanca", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi 50. Yıl Armağanı*, C. 1, 1977, s. 381-410.

Yılmaz, Ejder; *Hukuk Sözlüğü*, 4. bs, Ankara 2010.

6356 SAYILI SENDİKALAR VE TOPLU İŞ SÖZLEŞMESİ KANUNU ÇERÇEVESİNDE TOPLU İŞ SÖZLEŞMESİNİN YAPILMASINDA YETKİ

*Arş. Gör. Mustafa ÜNLÜTEPE**

*Arş. Gör. Yasemin BAŞMANAV***

ÖZET: Ülkemizin içerisinde bulunduğu kanunlaşma sürecinde, çalışma hayatında karşılaşılan sorunları çözebilmek amacıyla, 6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu yürürlüğe girmiştir. Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu ile 2821 sayılı Sendikalar Kanunu ve 2822 sayılı Toplu İş Sözleşmesi Grev ve Lokavt Kanunu yürürlükten kaldırılmış olup, mülga kanunların düzenleme konuları tek bir kanunda, Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu'nda, bir araya getirilmiştir. Çalışmamızda Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu'nun 41 vd. maddelerinde düzenlenmiş olan toplu iş sözleşmesinin yapılmasında yetki konusu incelenecektir. Bu bağlamda toplu iş sözleşmesinin tarafları, toplu iş sözleşmesi yapma yetkisinin belirlenmesi, yetki tespiti ve yetki itirazı konuları hakkında bilgi verilecektir.

ABSTRACT: The Labour Unions and Collective Bargaining Agreements Act No. 6356 has come into force in the legalization process in our country, in order solve conflicts and problems being encountered in working life. Labour Unions Act No. 2821 and Collective Labour Agreement, Strike and Lockout Act No. 2822 were repealed with the arrival of Labour Unions and Collective Bargaining Agreement which regulates issues that were embodied in the aforementioned repealed Acts. In this study, the matter of authority in the process of making a collective bargaining agreement, as regulated in article 41 of the Trade Unions and Collective Bargaining Agreement Act No. 6356, will be examined. In this context, information will be given regarding parties to a collective bargaining agreement, determination of authority in making a collective bargaining agreement and objection to such authority.

ANAHTAR KELİMELER: 6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu, toplu sözleşme yetkisi, toplu iş sözleşmesi, toplu iş sözleş-

* Sakarya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı.

** Sakarya Üniversitesi Hukuk Fakültesi İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Anabilim Dalı.

mesinin tarafları, yetki şartı, iş yeri veya işletme çoğunluğu, yetki tespiti, yetki itirazı.

KEY WORDS: The Labour Unions and Collective Bargaining Agreement Act No. 6356, authority in collective bargaining, collective bargaining agreement, parties to a collective bargaining agreement, authority clause, majority of workplace or business enterprise, determination of authority, objection to authority.

GİRİŞ

Toplu iş sözleşmeleri, temel olarak, işçi ve işveren taraflarının, çalışma koşullarını birlikte belirleyerek ortak paydada buluşmaları suretiyle, çalışma barışını¹ sağlayacak düzeni oluşturmayı amaçlamaktadır². Nitekim iş hukukunun temel hareket noktasını ve amacını, işveren karşısında ekonomik anlamda zayıf olan işçinin korunması ilkesi³ oluşturur ve bunun bir yansıması olarak işçi lehine yorum ilkesi⁴ kendisini gösterir⁵. Sözleşme serbestisi içerisinde akdedilmiş bulunan iş sözleşmelerinin, işçilerin korunmasının sağlanması bakımından yeterli olmaması, işçilerin birleşerek örgütlenmesi netice-

- 1 **Nuri Çelik**, İş Hukuku Dersleri, 23. Bası, İstanbul, Beta, Eylül 2010, s. 520-521; **Kenan Tunçomağ, Tankut Centel**, İş Hukukunun Esasları, 5. Bası, İstanbul, Beta, 2008, s. 343.
- 2 **Adnan Tuğ**, Türk Hukukunda Toplu İş Sözleşmesi, Ankara, 1998, s. 2, s. 54-55; **A. Can Tuncay**, Toplu İş Hukuku, İstanbul, Alfa, 1999, s. 110 vd.; **Efe Yamakoğlu**, “Toplu İş Sözleşmesi Grev ve Lokavt Kanunu Uyarınca Yetki Tespitine İtiraz Prosedürü”, Kamu-İş, 2010, Cilt: 11, Sayı: 2, s. 23.
- 3 “... İş hukukuna hakim olan başlıca esaslardan biri de işçiyi koruma ilkesidir. İş hukukunun kapsamı dışında kalan bir sözleşme ile kabul edilen herhangi bir koşul Borçlar Kanununun 19. maddesi çerçevesinde akit serbestisi prensibi uyarınca geçerli sayılırken, aynı koşul İş Hukuku alanında işçiye koruma ilkesi ışığında yorumlandığında geçerli sayılamaz. Söz konusu ilke özellikle işverenin yasal yükümlülüklerinden kurtulmak amacıyla hareket etmesi suretiyle meydana gelen davranışlarında etkisini gösterir ve böyle bir durumun gerçekleşmesi halinde işçi yararına çözüm yolunun benimsenmesi gerekir. Ancak işçiyi koruma ilkesi de uyumsuzlukların çözümünde sınırsız olarak uygulanması bu ilkenin benimsenmesi ile güdülen amacın gerçekleşmesini ortadan kaldırır...” Yargıtay HGK, E. 1975/9-762, K. 1976/1164, T. 24.3.1976, **Kazancı İçtihat Bankası**.
- 4 “... Olayların gelişme seyrine göre davacı işçinin kendisinin hizmet aktini feshettiğini kabul etmek doğru değildir. Delillerin hüküm vermeye yeterli olmadığı ya da kesinlik göstermediği durumlarda “işçinin korunması” ve “işçi lehine yorum” iş ilkelerinden hareket edilmelidir. Bu durumda ihbar ve kıdem tazminatlarının hüküm altına alınması gerekirken yazılı gerekçe ile reddi hatalı olup bozmayı gerektirmiştir...” Yargıtay 9. HD, E. 2000/1676, K. 2000/5561, T. 13.4.2000, **Kazancı İçtihat Bankası**.
- 5 **Çelik**, İş Hukuku Dersleri, s. 19-20; **Sarper Süzek**, İş Hukuku, 7. Baskı, İstanbul, Beta, 2011, s. 15, 21 vd.

sinde sendikaların ve toplu iş sözleşmelerinin⁶ ortaya çıkmasını sağlamış; işverenler de işçi sendikaları karşısında örgütlenmiş ve işveren sendikaları kurulmuştur⁷. Bu şekilde toplu iş sözleşmeleri ile işçilerin, bireysel sözleşmelerin kurulmasında, sahip olmadığı pazarlık gücü sağlanmaya ve işyeri ile işletmede çalışma düzeni tesis edilmeye çalışılmıştır.

Sendika kurulması ve toplu iş sözleşmesi yapılması, öncelikle anayasal düzeyde koruma altına alınmıştır (Anayasa [AY] m. 51/1, 53/1). Diğer yandan, toplu iş sözleşmesine ilişkin temel düzenleme, 7.5.1983 tarihinde yürürlüğe girmiş bulunan, 2822 sayılı Toplu İş Sözleşmesi Grev ve Lokavt Kanunu'nda (TİSGLK) yer almaktaydı. Ülkemizin içerisinde bulunduğu kanunlaşma sürecinde, TİSGLK de diğer kanunlarımız gibi, endüstri ilişkileri sisteminin ileriye taşınması, güncel gelişmeler nazara alınarak, çağın getirmiş olduğu değerlerin benimsenmesi ve çalışma hayatının sorunlarına cevap verebilecek özelliklerin sağlanması amacıyla, özgürlükçü bakış açısı ve demokratik toplum düzeni esasları temel alınmak suretiyle yeniden kaleme alınmıştır. Böylelikle, 2821 sayılı Sendikalar Kanunu (SK) ile TİSGLK bir araya getirilerek, 6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu (STİSK) hazırlanmış ve 7.11.2012 tarihinde Resmi Gazete'de⁸ yayımlanarak

⁶ 6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu'nun (STİSK) 36. maddesi [2822 sayılı Toplu İş Sözleşmesi Grev ve Lokavt Kanunu (TİSGLK) m. 6] uyarınca, toplu iş sözleşmesinde aksi belirtilmedikçe iş sözleşmeleri, toplu iş sözleşmesine aykırı olamaz. İş sözleşmelerinde toplu iş sözleşmesine aykırı hükümlerin varlığı halinde, bu hükümlerin yerini toplu iş sözleşmesi hükümleri alır. Toplu iş sözleşmesinde iş sözleşmesine aykırı hükümlerin bulunması halinde de iş sözleşmesinin işçi lehine olan hükümleri uygulama alanı bulur.

Toplu iş sözleşmeleri, temel olarak düzenleyici ve borç doğurucu olmak üzere, iki bölüme ayrılır. Düzenleyici bölümde, ilgili sendika üyesi işçiler hakkında uygulama alanı bulacak hükümler tayin edilmekte; borç doğurucu bölümde ise toplu iş sözleşmesinin tarafları arasındaki hak ve borçların neler olduğu belirlenmektedir. Borç doğurucu bölümde, sözleşmenin uygulanması, denetimi ve uyuşmazlıkların çözümü için başvurulacak yolları düzenleyen hükümler de yer alabilir (STİSK 33/2). Hükmün lafzından bu bölümün toplu iş sözleşmesinin varlığı için zorunlu olmadığı anlaşılmaktadır. Buna göre, toplu iş sözleşmesinin, düzenleyici ve borç doğurucu niteliği nazara alınmak suretiyle, kendine özgü bir özel hukuk sözleşmesi olduğu kabul edilmektedir. **Tunçomağ, Centel**, s. 354; **Çelik**, İş Hukuku Dersleri, s. 534; **Melda Sur**, İş Hukuku Toplu İlişkiler, Güncellenmiş 4. Bası, Ankara, 2011, s. 251; **Tuncay**, s. 132; **Tuğ**, s. 26; **Barış Duman**, Toplu İş Sözleşmesi Yapma Yetkisi, Ankara, Kartal Yayınevi, 2005, s. 63; Yargıtay HGK, E. 1996/9-679, K. 1997/119, T. 26.2.1997, **Kazancı İçtihat Bankası**.

⁷ **Erol Akı**, "İşveren ve İşkolu Değişikliğinin Yetki Süreci ve Toplu İş Sözleşmesine Etkisi", Sicil, Eylül 2010, Yıl: 5, Sayı: 19, s. 88-89.

⁸ 7.11.2012 tarihli ve 28460 sayılı RG.

yürürlüğe girmiştir. STİSK' nin 81. maddesi hükmü ile 2821 sayılı Sendikalar Kanunu (SK) ile TİSGLK yürürlükten kaldırılmıştır.

STİSK m. 2/1-h (TİSGLK m. 2) hükmünde toplu iş sözleşmesi⁹, iş sözleşmesinin yapılması, içeriği ve sona ermesine ilişkin hususları düzenlemek üzere işçi sendikası ile işveren sendikası veya sendika üyesi olmayan işveren arasında yapılan sözleşme olarak tanımlanmıştır. Kanununun 41 vd. (TİSGLK m. 12 vd.) maddelerinde ise toplu iş sözleşmesinin yapılmasında yetki düzenleme altına alınmıştır. Söz konusu hükümler ile kanun koyucu, toplu iş sözleşmesi akdedebilmek hakkını, sınırlayıcı bir biçimde belirli niteliklere sahip kişilere tanımıştır. Bu bakımdan, toplu iş sözleşmesinin geçerli bir şekilde kurulabilmesi, taraflar bakımından öngörülmüş bulunan belirli koşulların mevcut olması halinde mümkün olup; tarafların, toplu iş sözleşmesi yapmak yetkisine sahip olması gerekir. Dolayısıyla toplu iş sözleşmesi taraflarının kimler olabileceği ve hangi koşulları bünyesinde taşıması gerektiğinin belirlenmesi büyük önem taşımaktadır. Uygulamada da konuya ilişkin olarak pek çok davanın açılmış olduğu görülmektedir. Diğer yandan, toplu iş sözleşmesi yapabilme yetkisinin kazanılması, işçi sendikası bakımından parasal gücünün artmasını ve ilgili iş kolunda önemli bir yer edinmesini sağlamaktadır¹⁰.

STİSK ile toplu iş sözleşmesinin taraflarını oluşturacak kişilerin yetkisinin tayin edilmesi bakımından, TİSGLK düzenlemesine nazaran farklı hükümlere yer verilmektedir. İncelememiz ile STİSK' de toplu iş sözleşmesinde yetkiye ilişkin olarak öngörülen hükümler ile TİSGLK hükümleri, karşılaştırmalı olarak değerlendirilmeye çalışılacaktır.

I. TOPLU İŞ SÖZLEŞMESİNİN TARAFLARININ BELİRLENMESİ

A. Genel Olarak

Toplu iş sözleşmesi yapmak hakkı, AY' nin 53. maddesi ile “*Sosyal ve Ekonomik Haklar ve Ödevler*” başlığı altında düzenlenmiştir. Söz konusu hükümde, işçi ve işverenlerin, karşılıklı olarak ekonomik ve sosyal duruma-

⁹ STİSK' nin 35. maddesi (TİSGLK m. 4 ve 7) uyarınca, toplu iş sözleşmesi, yazılı şekil şartına uyulmadıkça geçerlilik kazanamaz ve en az bir ve en çok üç yıllık süre için akdedilebilir.

¹⁰ **Kenan Tunçomağ**, “Toplu İş Sözleşmesi Yetkisinin Saptanmasında Oylama (Referandum)”, Prof. Dr. Osman F. Berki'ye Armağan, Ankara, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1977, s. 835; **Sur**, s. 278-279.

rını ve çalışma şartlarını tanzim etmek amacıyla toplu iş sözleşmesi yapma hakkına sahip oldukları ve toplu iş sözleşmesinin nasıl yapılacağına kanunla düzenleneceği belirtilmiştir. STİSK m. 2/1-h hükmünde de (TİSGLK' nin 2. maddesine paralel şekilde) toplu iş sözleşmesinin, işçi sendikası ile işveren sendikası veya sendika üyesi olmayan işveren arasında yapılacağı öngörülmüştür. Bu bakımdan, toplu iş sözleşmesine taraf olmak hakkı, sadece belirli kişilere tanınmıştır.

B. Toplu İş Sözleşmesine Taraf Olma Hakkı

İşçi sendikaları, toplu iş sözleşmesinde, üyeleri olan işçileri temsilen hareket etmemektedir. Bu bakımdan, yapılan toplu iş sözleşmesinin tarafı sendika olup; sendikalar, sözleşmeden doğan haklara sahip olmakta ve borçları üstlenmektedir. Bu nedenle, toplu iş sözleşmesi ile işçilere borç yüklenmesi mümkün değildir¹¹. Aynı şekilde, yukarıda belirtilmiş olduğu üzere, sendika üyesi işçi ve işveren toplu iş sözleşmesine taraf değillerse de sözleşme ile bağlıdırlar ve bu şekilde, sözleşmenin düzenleyici bölüm ile onlar hakkında uygulama alanı bulacak olan hükümler tayin edilir. Nitekim toplu iş sözleşmesinin söz konusu normatif hükümleri kural olarak emredici niteliktedir ve iş sözleşmesinin buna aykırı olan hükümleri yerini, toplu iş sözleşmesinin ilgili düzenlemesine bırakır (STİSK m. 36).

Toplu iş sözleşmesi tarafı olmak ve akdetmek yeteneği, toplu iş sözleşmesi yapma ehliyeti olarak ifade edilmekte¹² ve buna göre, toplu iş sözleş-

11 “... Toplu İş Sözleşmesinin “Beden Eğitimi” başlıklı 96. maddesinin ... (b) fıkrasında ise, işveren yukarıda belirtilen maksatlar için kullanmak ve hukuki ve mali sorumluluk işçi sendikasına ait olmak üzere işçiden her ay için sözleşmenin birinci yılında “bir milyon” TL. dışında ve ikinci yılında “birmilyonbeşyüzbin” TL. kesmeyi ve en geç 5 işgünü içinde “Maden İşçileri Eğitim ve Spor Vakfı” hesabına yatırmayı kabul eder, denilmektedir...”

İşçi sendikasıyla işverenin yaptığı sözleşmeye göre, sendika üyesi olan işçinin, sözleşmede tarafların yükümlülüklerini düzenleyen hükümlere göre çalışma karşılığı olan hak ve alacaklardan yararlanacağı, anlaşmazlık konusu olan hükmün davacıyı bağlamıyacağı, bunun da işçi haklarında gözetilen kamu düzeni düşüncesinden ileri geldiği kabul edilmektedir. Ayrıca sendika toplu iş sözleşmesinden istifade eden üyesine sadece haklar sağlayabilir. Ona borç yükleyemez. Bu durumda toplu iş sözleşmesinde yer alan düzenleme hükümsüzdür.

Toplu iş sözleşmesinin kısmi hükümsüzlüğü her zaman her ilgili tarafından ileri sürülebilir. Bu ileri sürme bir tesbit davası şeklinde yapılabileceği gibi, eda davasına da konu teşkil edebilir.” Yargıtay 9. HD, E. 2001/5641, K. 2001/5576, T. 4.4.2001, **Kazancı İçtihat Bankası**.

12 **Rüçhan Işık**, Türk Toplu İş Sözleşmesi Hukukunda Ehliyet ve Yetki, İkinci Bası, Ankara, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayını, 1973, s. 13; **Tunçomağ**, s. 836; **Tun-**

mesi yapabilmeye ilişkin ehliyet ile toplu iş sözleşmesi yapma yetkisi¹³ farklı kavramlar olarak değerlendirilmektedir¹⁴. Böylelikle, toplu iş sözleşmesi yetkisi için öncelikle ehliyetin var olması gerektiği¹⁵ ve ehliyete sahip olan kişilerin, belirli birtakım niteliklerinin mevcut olması halinde, toplu iş sözleşmesi yapma yetkisini elde edebileceği benimsenmektedir. Bu şekilde, ehliyetin varlığının belirlenmesi ile toplu iş sözleşmesinin tarafı olabilecek kişiler tayin edilmektedir. Gerek STİSK' de, gerekse de TİSGLK' de toplu iş sözleşmesi ehliyetine ilişkin olarak açık bir hüküm bulunmamaktadır. Yargıtay da vermiş olduğu kararlarında, toplu iş sözleşmesi yapma ehliyetini açıkça vurgulamaktadır¹⁶.

cay, s. 142; **Tunçomağ, Centel**, s. 354; **Nizamettin Aktay**, *Toplu İş Sözleşmesi*, Ankara, 2000, s. 50; **Müjdat Şakar**, *İş Hukuku Uygulaması, Yenilenmiş ve Genişletilmiş 9. Baskı*, İstanbul, Beta, 2011, s. 367; **Tuğ**, s. 59; **Akı**, s. 89; **Çelik**, *İş Hukuku Dersleri*, s. 542; **M. Fatih Uşan**, "Toplu İş Sözleşmesi Yapma Ehliyeti ve Yetkisi Açısında Uygulamada Karşılaşılan Sorunlar (Yargıtay ile Öğreti Arasındaki Görüş Farklılıkları)", *Kamu-İş*, Temmuz 1994, Cilt: 3, Sayı: 4, s. 131; **Sur**, s. 271-272; **Duman**, s. 64-65; Çenberci, ehliyet ve yetki ayrımı yapılmasının mümkün olmadığını, kanun hükmü uyarınca işçi ve işverenlerin bizzat kullanmak yoksun kalmış oldukları toplu sözleşme hakkının sendikalar tarafından, onların nam ve hesabına kullanılmasının hak ve fiil ehliyeti ile ilgisinin bulunmadığını ve bunun yetki kavramı ile açıklanabileceğini benimsemektedir. Buna göre, toplu sözleşme yetkisi kanunda yer verilen bir statü niteliği göstermekte olup, yetkili olmak bu niteliğe sahip bulunmayı ifade etmektedir. **Mustafa Çenberci**, *Türk Toplu İş Sözleşmesi Hukukunda Yetki ve Yetkinin Tesbiti Usulü*, Türkiye Barolar Birliği'nin Düzenlediği Birinci Türk Hukuk Kongresi'ne Sunulan Tebliğ, Ankara, Sevinç Matbaası, 1971, s. 6-9.

- 13 Ehliyet koşullarını haiz olmakla birlikte, yetkisiz olan bir sendikanın bir şekilde itiraz prosedürünü de aşarak yetki belgesini alması durumunda söz konusu sendikanın yetkisizliğinin öne sürülemeyeceği ve yetkisiz olmakla birlikte yetki belgesine sahip olan sendika toplu iş sözleşmesi çağrısında bulunabileceğine ilişkin olarak bkz. **Fevzi Şahlanan**, *Toplu İş Sözleşmesi*, İstanbul, Banksis Yayınları, No: 70, 1992, s. 43; **Uşan**, s. 132.
- 14 **Işık**, s. 14; **Cevdet İlhan Günay**, *İş Hukuku*, 4. Baskı, Ankara, Yetkin, 2005, s. 914-915; **Haluk Hadi Sümer**, *İş Hukuku Uygulamaları*, Üçüncü Baskı, Konya, 2009, s. 453; **Tuncay**, s. 141; **Duman**, s. 64-65.
- 15 "... Çağrı yetkisi üzerinde çıkacak uyuşmazlıklarda 275 sayılı Yasa 11. maddesi ile açıkça iş mahkemelerini görevli kılmıştır. Yukarıda açıklanan çoğunluğu temsil esasına dayanan yetkinin tesbiti kuşkusuz sorun olarak ehliyet hususunun gerçekleşmesini zorunlu kılar; 11. madde uyarınca yetki yönünü inceleyecek hakim, öncelikle kuruluşun toplu iş sözleşmesi yapma ehliyetini haiz bulunup bulunmadığını inceleyerek ancak bu yönden olumlu sonuca varıldıktan sonra çoğunluğun temsil edip edilmediği hususunu araştıracaktır. O halde 11. madde kapsamında evleviyetle mevcut olan ehliyeti inceleme görevinin de iş mahkemesine ait bulunduğunun kabulü gerekir..." Yargıtay HGK, E. 1978/9-1082, K. 1979/216, T. 7.3.1979, **Kazancı İçtihat Bankası**.
- 16 "... Bir toplu iş sözleşmesine, yasa doğrultusunda taraf olma yetkisi toplu iş sözleşmesine taraf olma ehliyetidir. İşçi açısından sendikalar, işveren açısından işveren ya da işve-

İşçi ve işveren sendikasının, toplu iş sözleşmesi yapma ehliyetinin hukuki niteliğinin belirlenmesi bakımından doktrinde farklı görüşler ileri sürülmüştür. Savunulmakta olan bir görüş¹⁷, hak ehliyetinin her gerçek ve tüzel kişiye tanınmış olmasına rağmen, toplu iş sözleşmesi ehliyeti sadece belirli kişilere tanınmış olduğunu ileri sürerek, toplu iş sözleşmesi yapma ehliyetinin, hak ehliyetinden farklı olduğunu ve iş hukuku alanına ilişkin özel bir tür hak ehliyeti olduğu belirtmektedir. Bir diğer görüş¹⁸ ise; toplu iş sözleşmesi yapma ehliyetinin, hak ehliyetinin özel bir türü; diğer bir ifade ile toplu iş sözleşmeleri alanındaki hak ehliyeti olmadığını benimsemekte ve buradaki ehliyetin, iş hukuku kurallarının yapılmasına katılma olanağı verdiğini ileri sürmekte; diğer yandan, toplu iş sözleşmesi ehliyetinin, fiil ehliyetinden de farklı olduğunu, toplu iş sözleşmesinin tarafının kim olacağını tayin edildiğini, fiil ehliyetinin yokluğu halinde onun yerine yasal temsilcinin, sözleşme yapabildiğini ifade etmektedir. Kanaatimizce, toplu iş sözleşmesinin sadece işçi sendikası ve işverenin üye olması halinde işveren sendikası tarafından akdedilebilmesi, işçi ve işveren sendikası dışındakiler bakımından bir hak ehliyeti sınırlamasından ibarettir. Nitekim toplu iş sözleşmesi yapma hakkının, sadece işçi sendikaları ile işveren ve işverenlerin üye olması halinde işveren sendikalarına tanınmış olması nedeniyle, diğer kişilerin, toplu iş sözleşmesi yapabilmek hakkı bulunmamakla, hak ehliyetinde sınırlama söz konusudur. Bu bakımdan, toplu iş sözleşmesi yapmak hakkı, hak ehliyeti çerçevesinde değerlendirilmelidir.

Bu şekilde toplu iş sözleşmesinin yapıldığı sırada ehliyetin bulunmamasına rağmen, toplu iş sözleşmesi akdedilmiş olması halinde, kesin hükümsüzlük yaptırımının söz konusu olacağı ifade edilmektedir. Ehliyetin daha sonra kazanılmış olması da söz konusu sonucu etkilemeyecektir ve hâkim tarafından resen göz önünde bulundurulacaktır. Diğer yandan, ehliyet yokluğu nedeniyle toplu iş sözleşmesinin geçersizliğinin ileri sürülmesi de herhangi bir zaman sınırlamasına tabi değildir¹⁹ ve sözleşmenin tarafları dışında

ren sendikasıdır. Yapılacak toplu iş sözleşmesinin işyeri veya işyerlerinin bulunduğu iş kolunda yapılabilir.

Sayılan bu iki hal ehliyet koşuludur. Ehliyetsizlik iddiası yalnız taraflarca değil üçüncü kişilerce de ileri sürülebilir...” Yargıtay 9. HD, E. 2008/15782, K. 2008/11746, T. 8.5.2008, **Kazancı İçtihat Bankası**.

¹⁷ **Işık**, s. 13; **Tuğ**, s. 59; **Duman**, s. 64; **Sur**, s. 272.

¹⁸ **Tunçomağ**, s. 836-837; **Tunçomağ, Centel**, s. 355.

¹⁹ **Sur**, s. 273; **Işık**, s. 24; **Tuğ**, s. 58-59, 115; **Münir Ekonomi**, “İş Kolunun Değişmesi ve Toplu İş Sözleşmesine Etkisi”, İş Hukukunun Güncel Sorunları (Seminer), 9-12 Aralık 1997, Bolu, s. 46; **Tunçomağ, Centel**, 374; **Tuncay**, s. 142; **Duman**, s. 73-74; **Uşan**, s.

ilgili üçüncü kişiler de ehliyet yokluğunu ileri sürebilir²⁰. Toplu iş sözleşmesinin ehliyetin bulunmaması nedeniyle geçersiz olması halinde, söz konusu geçersizliğin geçmişe etkili olmadığı ve ancak sonuçlarını ileriye etkili olarak doğuracağı belirtilmektedir²¹.

Yargıtay, ehliyet yokluğu halinde, toplu iş sözleşmesinin iptalinin, sözleşme süresinin sonuna kadar her zaman talep edilebileceğini²² ve sözleşme ile verilen hakların, işverenin onayı ile oluşan iş şartı haline geldiğini ve geri alınamayacağını kabul etmektedir²³.

131-132; Ehliyetin bulunmaması halinde yokluk yaptırımının tatbik edilmesi gerektiği görüşünde, **Günay**, s. 904; **A. Eda Manav, İstar (Urhanoglu) Cengiz**, “Toplu İş Sözleşmesinin Hükümsüzlüğü”, Kamu-İş, 2011, Cilt: 11, Sayı: 4, s. 37.

20 **Şahlanan**, Toplu İş Sözleşmesi, s. 43.

21 **Ekonomi, İş Kolu**, s. 47; **Uşan**, s. 132.

22 “... Dava ehliyetsizlik sebebi ile toplu iş sözleşmesinin iptali istemine ilişkindir.

Mahkeme, toplu sözleşmenin yapılmasından itibaren 1 yıl 11 ay 27 gün geçtiğinden ve toplu iş sözleşmesinin iptalini gerektirir bir durum olmadığından davanın reddine karar vermiştir.

Gerçekten; toplu iş sözleşmesinin sendikanın ehliyetsizliği sebebiyle iptali davası bu süreye bağlı değildir. Toplu iş sözleşmesi yürürlükte bulunduğu süre içinde açılabilir...” Yargıtay 9. HD, E. 1977/861, K. 1977/3856, T. 28.2.1977, **Kazancı İçtihat Bankası**.

23 “... toplu iş sözleşmesi yapma ehliyeti, toplu iş sözleşmesine taraf olacak kişi ve kurumları belirtir. 2822 Sayılı Kanun’un ikinci maddesine göre, toplu iş sözleşmesi işçi sendikası ile işveren sendikası veya sendika üyesi olmayan işveren arasında yapılabilir. Dolayısıyla örgütlenmemiş işçi toplulukları toplu iş sözleşmesine taraf olamazlar. Aksi bir düzenleme 1982 Anayasasının 53. maddesine aykırılık oluşturur. Taraf olma hakkı olmayan kişi ve kuruluşlarca yapılan toplu iş sözleşmesi hükümsüzdür. Hükümsüzlük taraflar ya da üçüncü kişilerce her zaman ileri sürülebilir. Yargıç tarafından kendiliğinden göz önünde tutulabilir.

Toplu iş sözleşmesinin yasal ölçütleri taşımayan taraflarca yapılması, elde edilecek haklar açısından işçilere yeterli koruyuculuk sağlamaz. Sosyal ve ekonomik denge beklenen düzeyde gerçekleşmez. Toplu iş sözleşmesi düzeni bozulur. Örgütlülük zayıflar. Yasanın beklediği amaçtan uzaklaşılır.

Somut olayda, bir grup işçi ile işveren yetkilileri arasında “Hizmet Akdi İş Sözleşmesi” yapılmıştır. Sözleşmede sendika (TÜMTİS) yetkilileri de müdahil gösterilmiştir.

Sözleşmenin ikinci maddesinde, üçüncü dönem Toplu İş Sözleşmesine atıfta bulunulmuştur. Dördüncü maddesinde müdahil Sendikaya işyeri temsilcisi atama hakkı verilmiştir. Yedinci maddede üyelik aidatları düzenlenmiştir.

Sözleşme bu niteliği ile toplu iş sözleşmesi öğelerini taşımaktadır. Bu tür sözleşmelere değer verilmesi 2822 Sayılı Kanun ve Anayasa ile getirilen hakları zayıflatacak niteliktedirler. Kamu düzenine aykırıdır, iptali gerekir. Ancak unutulmamalıdır ki dava konusu sözleşme ile verilen haklar işverenin onayı ile olduğu için iş şartı haline gelmiştir, geri alınmaz...” Yargıtay 9. HD, E. 2009/33799, K. 2009/26113, T. 6.10.2009, **Kazancı İçtihat Bankası**.

C. Toplu İş Sözleşmesinin Tarafları

1. İşçi Tarafı

Toplu iş sözleşmesinin işçi tarafını, işçi sendikası oluşturur (STİSK m. 2/1-h [TİSGLK m. 2]). İşçi sendikalarından başka bir kişinin, toplu iş sözleşmesinde işçi tarafı olarak yer alması mümkün değildir. Bu bakımdan, organize olmamış bir işçi topluluğu, dernek, vakıf, işçi birliği veya konfederasyon toplu iş sözleşmesine taraf olamaz. İşçi sendikasının, toplu iş sözleşmesine taraf olabilmesi için, kurulu bulunduğu iş kolunda faaliyet gösteren bir işyerinin söz konusu olması gerekir. Aksi halde işçi sendikası, yine toplu iş sözleşmesi ehliyetine sahip olmaz²⁴.

Sendikalar belirli bir iş kolunda faaliyette bulunmak üzere kurulur²⁵ (STİSK m. 3/1 [SK m. 3/1]). Bu bakımdan iş kolu örgütlenme bakımından temel öge niteliği taşımaktadır²⁶. Bir işyerinin girdiği iş kolunun tespiti, Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı tarafından gerçekleştirilir²⁷. Bakanlık, tespit ile ilgili kararını Resmi Gazete’ de yayımlar. Kararın yayımından itibaren tespite karşı, ilgililer tarafından on beş gün içinde dava açılması mümkündür. Mahkeme iki ay içinde kararını verir. Kararın temyiz edilmesi halinde Yargıtay uyuşmazlığı iki ay içinde kesin olarak karara bağlar (STİSK m. 5/1 [SK m. 4]). Uygulamada iş kolu bakımından, bu şekilde bir başvuru yapılmadan olumlu yetki tespiti kararı alınmasının ardından, ilgili kişilerin, iş kolu tespit kararı alınmasına dair başvuru yapması mümkündür. Bu gibi hallerde, iş kolunun tespiti, yetki itirazının tespitinde bekletici mese-

24 **Çelik**, İş Hukuku Dersleri, s. 542; **Münir Ekonomi**, “Toplu İş Sözleşmesi Türleri Ehliyet ve Yetki”, Toplu İş Sözleşmesine İlişkin Temel Sorunlar Semineri, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Türk Milli Komitesi, Ankara, 1990, s. 23; **Tuğ**, s. 60-64; **Işık**, s. 19; **Tunçomağ, Centel**, s. 357-358; **Tuncay**, s. 142; **Şakar**, s. 367; **Duman**, s. 66; **Sur**, s. 272.

25 STİSK’ ye ilişkin Tasarının ekinde yer verilmiş olan cetvele göre on sekiz iş kolu belirlenmiş; ancak STİSK’ nin ekinde bulunan “(1) Sayılı Cetvel”de yirmi iş kolu tayin edilmiştir. SK’ nin 60. maddesinde ise 28 iş koluna yer verilmekteydi.

26 **Metin Kutal**, “Toplu İş Hukukunda İşkolu Kavramı (Önemi, Uygulaması ve Sorunları)”, Sicil, Eylül 2006, Yıl: 1, Sayı: 3, s. 119.

27 İş kolu tespitinin Bakanlık tarafından yapılması, ILO tarafından, 87 sayılı Sözleşme’ ye aykırılık nedeniyle, eleştirilmesine rağmen STİSK’ de söz konusu sistem korunmuştur. Düzenlemenin eleştirisi için bkz. **Murat Özveri**, Toplu İş İlişkileri Yasa Tasarısı ve Sendikal Haklar, İstanbul, Birleşik Metal-İş Yayınları, 2012, s. 106; **Murat Özveri**, “6356 sayılı Yasa ve Sendikal Haklar”, İstanbul Barosu Dergisi, Cilt: 87, Sayı: 2, Yıl: 2013, s. 116.

le yapılarak, iş kolu tespitine ilişkin karara göre, yetki itirazının kabul veya reddi yönünde karar ittihaz edilmekte idi²⁸.

STİSK' nin 5/2. maddesinde yeni bir toplu iş sözleşmesi için yetki sürecinin başlamış olması halinde, iş kolu değişikliği tespitinin bir sonraki dönem için geçerli olacağı ve iş kolu tespit talebi ve buna ilişkin davaların yetki işlemi ve yetki tespiti davalarında bekletici mesele yapılamayacağı belirtilmiş olup; iş kolu değişikliğinin mevcut toplu iş sözleşmesini etkilemeyeceği öngörülmüştür (STİSK m. 5/3). Söz konusu hükmün gerekçesinde, iş kolu itirazlarının toplu sözleşme yapma sürecini gereksiz şekilde uzatması ve zaman zaman bu itirazların toplu sözleşme sürecini kilitlemek için kötüye kullanılmasının önüne geçilmesi olarak belirtilmiştir. Nitekim Yargıtay da vermiş olduğu kararlarında, akdedilerek yürürlüğe girmiş bulunan bir toplu iş sözleşmesinin, işyerinin başka bir iş koluna girdiğine dair tespit kararı ile geçerliliğini kaybetmeyeceğini kabul etmektedir²⁹.

Yukarıda ifade edildiği üzere, toplu iş sözleşmesi yapma hakkı işçilere aittir (AY m. 53). Ancak kanun hükmü ile toplu iş sözleşmesine taraf olma

28 **Ekonomi**, İş Kolu, s. 44-47; **Tuncay**, s. 152; **Sur**, s. 272; "... somut olayda 2821 sayılı Sendikalar Kanununun 4. maddesinde öngörülen prosedüre göre öncelikle işyerinin girdiği işkolunun tespiti yönünden, hizmet iş sendikası tarafından işkolu tespit kararına karşı dava açılmış ise bu davanın sonucu bekletici mesele yapılarak sonucuna göre hüküm kurulması gerekirken, yazılı biçimde karar verilmesi usul ve yasaya aykırı olup, bozmayı gerektirmiştir..." Yargıtay 9. HD, E. 2010/13660, K. 2010/11491, T. 20.4.2010, **Kazancı İçtihat Bankası**; "... davacının yetki tespitinin iptali ile birlikte işyerinin işkolları tüzüğünün hangi sıra numaralı işkoluna girdiğinin de belirlenmesi uyuşmazlık konusunu oluşturmaktadır. Bu durumda yetki tespitine itiraz konusunda önce işyerinin hangi işkoluna girdiğinin tespiti gerekir. Bunun için de işverenin 2821 sayılı Sendikalar Kanununun 4. maddesindeki prosedüre göre işkolunun tespiti için Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığına başvurması gerekmektedir. Ancak işveren anılan maddedeki prosedüre uymadan dava açtığından davacıya bu prosedürün tamamlanması için süre verilmesi ve bekletici mesele yapılarak alınacak sonuca göre çoğunluk tespitine itirazın çözüme kavuşturulması gerekir..." Yargıtay 9. HD, E. 2003/23766, K. 2004/466, T. 20.1.2004, **Kazancı İçtihat Bankası**; Aynı yönde karar için bkz. Yargıtay 9. HD, E. 2010/958, K. 2010/1400, T. 26.1.2010, **Kazancı İçtihat Bankası**; Yargıtay 9. HD, E. 1996/5811, K. 1996/6378, T. 28.3.1996, **Kazancı İçtihat Bankası**.

29 "... Bir toplu iş sözleşmesine, yasa doğrultusunda taraf olma yetkisi toplu iş sözleşmesine taraf olma ehliyetidir. İşçi açısından sendikalar, işveren açısından işveren ya da işveren sendikasıdır. Yapılacak toplu iş sözleşmesinin işyeri veya işyerlerinin bulunduğu iş kolunda yapılabilir. Sayılan bu iki hal ehliyet koşuludur. Ehliyetsizlik iddiası yanlış taraflarca değil üçüncü kişilerce de ileri sürülebilir. Ancak toplu iş sözleşmesi imzalandıktan sonra işyerinin evvelce tabi sayıldığı işkolunun değişmesi toplu iş sözleşmesinin hükümsüzlüğünü doğurmaz. Öte yandan toplu iş sözleşmesinin hükümsüzlüğü kural olarak ileriye yöneliktir..." Yargıtay 9. HD, E. 2008/15782, K. 2008/11746, T. 8.5.2008, **Kazancı İçtihat Bankası**.

hakının işçi sendikasına bırakılmış olmasının, Anayasanın söz konusu hükmüne aykırılık oluşturup oluşturmadığı noktasında, 1961 Anayasası döneminde, 275 sayılı Toplu İş Sözleşmesi, Grev ve Lokavt Kanunu'nda yer alan benzer düzenleme nedeniyle açılmış bulunan iptal davasında, Anayasa Mahkemesi vermiş olduğu kararında, Anayasa hükmünün konuluş amacının göz önünde bulundurulması gerektiği, toplu iş sözleşmesinde işçiler bakımından kazançlı hükümleri işverenlere kabul ettirebilmek için işçi temsilcilerinin arkalarında güçlü bir işçi varlığının eylemli olarak bulunması ve görüşmede bulunacakları desteklemesi, vazgeçilmez bir koşul olarak görülmüş ve sendika biçiminde ve hem de gerçekten güçlü olan bir sendika durumunda oldukları zaman işçiler olumlu sonuçlar alınabileceği kanaatine ulaşarak, hükmün, Anayasaya aykırı olmadığı sonucuna ulaşmıştır³⁰.

2. İşveren Tarafı

Toplu iş sözleşmesinin işveren tarafını, bizatihi işveren; işverenin sendika üyesi olması halinde işveren sendikası oluşturur (STİSK 2/1-(h) [TİSGLK m. 2]). Bu bakımdan sendika üyesi olmayan gerçek veya tüzel kişi işverenin toplu iş sözleşmesine taraf olması mümkünken; işverenin, sendika üyesi olması halinde, taraf olma hakkı bulunmamaktadır³¹. Diğer yandan, işveren konfederasyonlarının da toplu iş sözleşmesi yapma ehliyeti bulunmamaktadır³². İşveren sendikasının toplu iş sözleşmesini akdedebilmesi için, ilgili işverenin sendika üyesi olması gerekmekte olup; işverenin üye olmaması halinde ehliyetsizlik söz konusu olacaktır³³.

STİSK' nin 2/3. maddesi uyarınca işveren İş Kanunu'na (İş K.) göre tayin edilecek olup; buna göre işçi çalıştıran gerçek veya tüzel kişiye yahut tüzel kişiliği olmayan kurum ve kuruluş işveren olarak kabul edilecektir (İş K. m. 2/1). STİSK m. 41/4' te işveren sendikasının, üyesi işverenlere ait işyeri veya işyerlerine ilişkin olarak, sendika üyesi olmayan bir işverenin ise kendi işyeri veya işyerlerine ilişkin olarak toplu iş sözleşmesi yapmaya yet-

³⁰ Anayasa Mahkemesi, E. 1963/337, K. 1967/31, T. 19-20.10.1967; 13188 sayılı ve 2.5.1969 tarihli RG.

³¹ **Ekonomi**, Ehliyet ve Yetki, s. 24; **Tunçomağ, Centel**, s. 356; **Tuncay**, s. 143; **Çelik**, İş Hukuku Dersleri, s. 546; **Günay**, s. 894; **Tuğ**, s. 64-65; **Sur**, s. 272-273; **Uşan**, s. 133; **Duman**, s. 72; Yargıtay 9. HD, E. 1987/1925, K. 1987/1557, T. 9.2.1987, **Kazancı İċtihat Bankası**.

³² **Tunçomağ, Centel**, s. 357; **Günay**, s. 896; **Sümer**, s. 452; **Uşan**, s. 133.

³³ **Tuğ**, s. 76.

kili olduğu belirtilmiştir. Söz konusu hükümde yetki ibaresine yer verilmişse de bunun ehliyet ile ilgili olduğu kabul edilmektedir³⁴.

Yargıtay da vermiş olduğu kararlarında, toplu iş sözleşmesinin işveren tarafını oluşturabilecek kişilerin tayin edilmesinin bir ehliyet sorunu olduğuna hükmetmektedir³⁵.

II. TOPLU İŞ SÖZLEŞMESİ YAPMA YETKİSİNİN BELİRLENMESİ

A. Genel Olarak

STİSK' nin 41. maddesinde, toplu iş sözleşmesinin akdedilmesinde işçi sendikasının yetkisi düzenleme altına alınmıştır. Söz konusu düzenleme ile TİSGLK' nin toplu iş sözleşmesinde yetkiyi belirleyen 12. maddesine nazaran farklı şartlar öngörülmektedir.

İşçi sendikasının, toplu iş sözleşmesine taraf olmak için ehliyete sahip olması yanında, yetki kavramı içerisinde değerlendirilmekte olan birtakım şartları da taşıması gerekmektedir. Bunlar sendikanın kurulu bulunduğu iş kolunda belirli bir üye barajını aşmış olması ve toplu iş sözleşmesi akdedile-

³⁴ Çelik, İş Hukuku Dersleri, s. 546; Ekonomi, Ehliyet ve Yetki, s. 25; Günay, s. 895, 926; Tuğ, s. 64; Uşan, s. 134.

³⁵ "... 2822 sayılı Toplu İş Sözleşmesi Grev ve Lokavt Kanununun 60. maddesine göre uygulanmakta olan bir Toplu İş Sözleşmesinin yorumundan doğan uyuşmazlıkta sözleşmenin taraflarından herbiri yetkili İş Mahkemesinde yoruma ilişkin bir tesbit davası açabilir. Bu hükümden; sözleşmenin tarafı olmayan işveren sendikası üyesi işverenin böyle bir yorum davası açamayacağı anlaşılmaktadır. Somut olayda 1.4.1997-31.12.1998 dönemini kapsayan Toplu İş Sözleşmesinin tarafları işçi ve işveren Sendikaları olduğuna göre; kamu işverenleri sendikası (TUHİS) üyesi olan işverene karşı dava açılmaz. Bir başka anlatımla gerek dava açmak bakımından ve gerek husumete ehliyet bakımından kural aynıdır. Bu itibarla bu davanın öncelikle husumet yönünden reddine karar verilmelidir. Kaldı ki, Toplu İş Sözleşmesinin b/son maddesi yorumu gerektirmeyecek biçimde açıktır. Mahkemece anılan kural temel alınarak tesbite karar verilmiştir ki, bu tür kararı istemekte de davacının hukuki bir yararı yoktur..." Yargıtay 9. HD, E. 1999/1192, K. 1999/1484, T. 4.2.1999, **Kazancı İçtihat Bankası**; "... Mahkeme yukarıda açıklanan nedenlere göre; İşçi Sendikasının, İşveren Sendikası üyesi olan ... Mamulleri A.Ş. ile, anlaşarak İşveren Sendikasının muvafakatı dışında imzalamış olduğu toplu iş sözleşmesinin hükümsüzlüğüne karar vermiştir..." Yargıtay 9. HD, E. 1987/1925, K. 1987/1557, T. 9.2.1987, **Kazancı İçtihat Bankası**; "... Uyuşmazlık, sadece TİS'nin yorumundan doğan bir dava şeklinde ele alınacak olursa, işverenler sendikasına üye olan davalı işveren husumete ehil olamayacağından davanın bu noktadan reddine karar vermek gerekir ise de; uyuşmazlık TİS'nin yorumuna ilişkin olmayıp, aslında uygulamanın kanuna aykırılığının tesbitine ilişkin bulunmaktadır..." Yargıtay 9. HD, E. 1992/4610, K. 1992/4911, T. 1.5.1992, **Kazancı İçtihat Bankası**.

cek işyeri veya işletmede çalışan işçilerin belirli bir kısmının kendi üyesi olmasıdır. Bu noktada öncelikle iş kolu üyelik barajının sağlanıp sağlanmadığı göz önünde bulundurulacaktır. Nitekim bu şart sağlanmadan, işçi sendikasının işyerindeki üye sayısı araştırılmayacaktır. Bu bakımdan, ülke barajını geçemeyen sendikaların o işyeri veya işyerlerindeki üye sayılarına bakılmaksızın toplu iş sözleşmesi yapma yetkisinin bulunmadığı sonucuna ulaşılabacaktır.

Belirtilen şartlar işçi sendikası için öngörülmüş olup işveren veya işveren sendikası bakımından iş kolu barajı veya çoğunluk gibi bir şart aranmamaktadır³⁶.

B. Yetki Şartları

1. İş Kolu Üyelik Barajı

a. İş Kolu Yüzde Üç Şartı

TİSGLK m. 12/1 hükmünde işçi sendikasının toplu iş sözleşmesi yetkisini kazanılabilmesi için ilk olarak, sendikanın kurulu bulunduğu iş kolunda çalışan işçilerin en az yüzde onunu üyeliğe kaydetmiş olması şartı aranmaktaydı. Tarım ve ormancılık, avcılık ve balıkçılık iş kolu ise söz konusu üyelik barajı şartına istisna tutulmaktaydı. STİSK' nin 41/1. maddesi ile üyelik barajı yüzde üçe indirilmiş olup; tarım ve ormancılık, avcılık ve balıkçılık iş kolu bakımından öngörülen istisnai hükme yer verilmemiştir³⁷.

STİSK ile tayin olunan iş kolu barajının tatbik edilmesi bakımından, geçici 6. madde hükmüyle, Ocak 2013 istatistiğinin yayımı ve kanunun yürürlük tarihi nazara alınarak geçiş süreci belirlenmiştir. STİSK geçici m. 6/4' e göre, STİSK' nin 7.11.2012 yürürlük tarihinden önce başlamış toplu iş sözleşmesi görüşmeleri ve toplu iş uyuşmazlıklarında TİSGLK hükümleri uygulama alanı bulacaktır. Diğer yandan, Ocak 2013 istatistiklerinin³⁸ yayımlandığı 26.1.2013 tarihine kadar, Bakanlığa yapılmış olan yetki tespit başvuruları ile STİSK' nin yürürlüğünden önce imzalanmış toplu iş sözleşmesi 26.1.2013 tarihinden sonra sona erecek olan sendikaların, bir sonraki toplu iş

³⁶ Tuncay, s. 144; Tuğ, s. 76.

³⁷ STİSK' ye ilişkin Tasarı ekinde yer alan cetvelde gıda sanayi iş kolu ile tarım ve ormancılık, avcılık ve balıkçılık iş kolu birleştirilmekteydi. Ancak STİSK' nin ekinde bulunan "(1) Sayılı Cetvel"de avcılık, balıkçılık, tarım ve ormancılık ayrı bir iş kolu olarak belirlenmiştir.

³⁸ 26.1.2013 tarihli ve 28540 sayılı RG.

sözleşmesiyle sınırlı olmak üzere yapacakları yetki tespit başvuruları, TİSGLK hükümleri ve Temmuz 2009 istatistiklerine göre sonuçlandırılacaktır (STİSK geçici m. 6/3). Temmuz 2009 istatistiğinin³⁹ 17.7.2009 yayım tarihinden, 15.9.2012 tarihine kadar kurulmuş ve Ekonomik ve Sosyal Konseye üye konfederasyonlara üye olmuş işçi sendikalarının, 7.11.2012 yürürlük tarihinden, 26.1.2013 istatistik yayım tarihine kadar yapacakları yetki tespit talepleri hakkında, STİSK m. 41/1'de yer alan işyeri veya işletme çoğunluğu şartları geçerli olacaktır (STİSK geçici m. 6/2).

STİSK' nin geçici 6/1. maddesinde ise iş koluna ilişkin yüzde üç üye şartı, Ekonomik ve Sosyal Konsey'e⁴⁰ üye konfederasyonlara bağlı işçi sendikaları için Ocak 2013 istatistiğinin yayımı tarihinden 1.7.2016 tarihine kadar yüzde bir, 1.7.2018 tarihine kadar yüzde iki olarak uygulanacağı belirtilmiştir⁴¹. Bu bakımdan, söz konusu geçici madde hükmü, iş kolu barajının tatbik edilmesi noktasında, Konsey üyesi konfederasyonlara bağlı işçi sendikaları yönünden kademeli bir geçiş sunmaktadır. Ancak düzenleme ile Konsey'e üye olan ve olmayan konfederasyona bağlı sendika ayrımı yapılmasının eşitlik ilkesine aykırı nitelikte olduğu haklı olarak ifade edilmektedir⁴².

Görülebileceği üzere iş kolu barajı düşürülmekte; ancak SK m. 60 hükmü uyarınca yirmi sekiz olan iş kolu sayısı, STİSK m. 4/1 hükmü ile yirmiye düşürülmektedir. Bu bakımdan yüzde onluk baraj ile toplu iş sözleşmesi yapma yetkisine sahip olan bir sendika, iş kolu sayısının azalması ve böylece ait olduğu iş kolunda bulunan işçilerin, yer alacağı iş kolundaki işçi sayısını artırması sonucu sendikanın üye sayısında yüzde olarak azalma meydana geleceğinden, toplu iş sözleşmesi yapma yetkisini kaybetmesi sonucu ortaya çıkabilecektir⁴³.

³⁹ 17.7.2009 tarihli ve 27291 sayılı RG.

⁴⁰ 4641 sayılı ve 14.1.2001 tarihli Ekonomik ve Sosyal Konseyin Kuruluşu, Çalışma Esas ve Yöntemleri Hakkında Kanun; 21.4.2001 tarihli ve 24380 sayılı RG.

⁴¹ STİSK' ye ilişkin Tasarının geçici 1/4. maddesinde, TİSGLK' nin 12. maddesine göre yayımlanan en son istatistiklerde toplu iş sözleşmesi yapma yetkisi için başvuru hakkına sahip işçi sendikaları hakkında, Tasarının yürürlüğe girdiği tarihten itibaren beş yıl süre ile 41. maddede öngörülen yüzde üçlük temsil şartının aranmayacağı belirtilmekteydi. Bu bakımdan Tasarıda, Ekonomik ve Sosyal Konsey'e üye olan ve olmayan sendikalar yönüyle bir ayırım yapılmamaktaydı.

⁴² **Toker Dereli**, "6356 Sayılı Yeni Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu: Genel Bir Değerlendirme", Çalışma ve Toplum, 2013/1, s. 58; **Özveri**, Sendikal Haklar, s. 114.

⁴³ Benzer görüş için bkz. **Dereli**, s. 57.

b. Bakanlık İş Kolu İstatistikleri

Bakanlık tarafından her yıl Ocak ve Temmuz aylarında yayımlanan istatistikler⁴⁴ ile iş kolunda çalışan işçi sayısı ve sendikaların üye sayıları açıklanacak ve yüzde üçlük işçi sayısının sağlanıp sağlanmadığının belirlenmesinde söz konusu istatistikler esas alınacaktır. Yayımlanan istatistik, toplu iş sözleşmesi ve diğer işlemler için yeni istatistik yayımlanıncaya kadar geçerli olacak ve yetki belgesi almak üzere başvuran veya yetki belgesi alan işçi sendikasının yetkisini daha sonra yayımlanacak istatistikler etkilemeyecektir (STİSK m. 41/5 [TİSGLK m. 12/3]). Bu bakımdan başvuru tarihine göre belirlenecektir⁴⁵. Bakanlık, yetkili sendikaların belirlenmesinde ve istatistiklerin düzenlenmesinde kendisine gönderilen üyelik ve üyelikten çekilme bildirimleri ile Sosyal Güvenlik Kurumu'na yapılan işçi bildirimlerini esas alacaktır⁴⁶ (STİSK m. 41/7 [TİSGLK m. 12/3]). Barajın sağlanıp sağlanmadığının tespitinde, ilgili iş kolunda çalışan ve bildirilmiş bulunan işçilerin tamamı, sendika üyesi olup olmadığına bakılmaksızın göz önünde bulundurulur⁴⁷.

İş kolu barajının öngörülmesinin yerinde olduğu haklı olarak ifade edilmektedir⁴⁸. STİSK ile TİSGLK döneminde yüzde on olan iş kolu barajı,

44 6.12.1983 tarihli ve 18243 sayılı İşkolları Tüzüğü'nün 5. maddesinde, her iş kolunda çalışan, sendikalara üye olan ve olmayan işçilerin sayılarıyla bunların sendikalara dağılımının Çalışma Bakanlığınca, her yıl Ocak ve Temmuz aylarında çıkartılacak istatistiklerde gösterileceği ve bu istatistiklerin Resmi Gazete'de yayımlanacağı belirtilmiştir.

45 **Günay**, s. 945; **Tuncay**, s. 148; **Sur**, s. 275.

46 Yetkili sendikaların belirlenmesi ve istatistiklerin düzenlenmesi ile bu şekilde iş kolu barajının tayin edilmesinde Sosyal Güvenlik Kurumu'na yapılan işçi bildirimlerinin esas alınması nedeniyle, STİSK m. 17/5 uyarınca, e-Devlet üzerinden sendika üyeliğinin gerçekleştirileceği göz önüne alındığında, kayıt dışı çalışan işçiler bakımından, sistemde işyeri bulunmayacağından üyelik yapılması mümkün olmayacak ve böylelikle yetki tespitinde işçi sayısının belirlenmesi bakımından dikkate alınmaması sonucunu doğurabilecektir. **Özveri**, Yasa Tasarısı, s. 111; **Özveri**, Sendikal Haklar, s. 117.

47 **Duman**, s. 94; **Tuğ**, s. 73; **Sur**, s. 273; Yargıtay 9. HD, E. 1987/3006, K. 1987/3382, T. 30.3.1987, **Kazancı İçtihat Bankası**; Günay, barajın tespitinde sendikalı işçi sayısının dikkate alınması gerektiğini benimsemektedir, **Günay**, s. 920.

48 **Ekonomi**, Ehliyet ve Yetki, s. 32-33; **Çelik**, iş kolu barajıyla sendikaların birleşerek güçlenmesi ve "etkili bir baskı gücüne" sahip olmalarını sağladığını ve bu nedenle iş kolu barajı düşürülse de kaldırılmaması gerektiğini ifade etmektedir, **Çelik**, İş Hukuku Dersleri, s. 545-546; **Tuncay**, s. 145; **Şakar**, s. 368; **Nuri Çelik**, "Toplu İş Sözleşmesinin Yapılmasına İlişkin Sorunlar", Hukuk Araştırmaları, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayını, Mayıs-Ağustos 1988, s. 13; **Aktay**, s. 55-56; **Günay**, s. 918-919; İşkolu barajını geçemeyen sendikaların bulunduğu işkollarında "en çok üyeye sahip iki sen-

yüzde üçe indirilmektedir. Nitekim yüzde onluk iş kolu barajı, Uluslararası Çalışma Örgütü (ILO) tarafından düzenlenen raporlarda ve Türkiye tarafından onaylanmış olan 98 sayılı “Teşkilatlanma ve Kollektif Müzakere Hakkı Prensiplerinin Uygulanmasına Müteallik Sözleşme”ye aykırılık nedeniyle eleştiriye konu edilmekte idi. Yeni düzenlemenin gerekçesinde de iş kolu barajının “yüzde üç gibi sembolik bir oran” olarak belirlendiği ifade edilmiştir.

İstatistikte belirlenen işçi sayısı ve sendikaların üye sayıları, bir sonraki istatistiğin yayımlanmasına kadar geçerlidir. Yayımlanan istatistikte tayin olunan orana göre toplu iş sözleşmesi yapma yetkisi bulunan sendikanın, yetki belgesi almak için başvuru yapmış veya yetki belgesi almış olması halinde, sendikanın yetkisi daha sonra yayımlanacak olan istatistiklerden etkilenmez (STİSK m. 41/5 [TİSGLK m. 12/3]). Buna göre, işçi sendikasının yetki başvurusu yapmış veya yetki belgesi almış olması durumunda, yeni istatistik ile iş kolu barajı altına düşmüş olsa da bu durum yetkisini etkilemeyecektir. Bu bakımdan, yetki belgesi almak için Bakanlığa başvuru tarihinde geçerli olan istatistik nazara alınır. Diğer yandan, istatistiğin yayımlanmasından sonra, üye sayısını artıran sendikanın toplu iş sözleşmesi yetkisi ancak yeni istatistiğin yayımlanması ile mümkün olur. Bu bakımdan yeni istatistik yayımlanmadan işçi ve üye sayılarında meydana gelen değişiklikler, yetki işlemlerini etkilemez. Dolayısıyla yetki belgesi almak için müracaat etmeden önce yeni istatistiğin yayımlanması ve bu istatistikle sendikanın barajın altında kalması durumunda, yetki belgesi alınması mümkün değildir⁴⁹.

Yargıtay, bir iş kolunda çalışan işçilere ilişkin iş kolu barajının tespitinde, kural olarak bir önceki istatistiğin nazara alınması gerektiğini; ancak bunun mutlak ve mücerret olmadığını belirtmekte ve özellik arz eden durumlarda gerçeğin saptanması bakımından gerekli bilgi ve belgelerinin dikkate alınıp değerlendirilebileceğini ifade etmektedir⁵⁰.

dikanın”, barajı geçen tek sendikanın bulunduğu işkollarında “en çok üyeye sahip ikinci sendikanın” toplu iş sözleşmesi yapmaya yetkili kılınması en sağlıklı sonucu vereceği görüşünde, **Fevzi Demir**, “2822 Sayılı Toplu İş Sözleşmesi Grev ve Lokavt Kanununu Değiştiren Yasa Tasarısı Taslağı Hakkında Düşünceler”, Çalışma ve Toplum, 2005/2, s. 67-68; **Şahlanan**, Toplu İş Sözleşmesi, s. 50 vd.; İş kolu barajının % 1’e indirilmesi görüşü için bkz. **Özveri**, Sendikal Haklar, s. 115-116.

⁴⁹ **Çelik**, İş Hukuku Dersleri, s. 544-545; **Tuncay**, s. 146; **Tuğ**, s. 72-73; **Sur**, s. 275; **Duman**, s. 95; **Aktay**, s. 57; **Uşan**, s. 136.

⁵⁰ Yargıtay 9. HD, E. 1990/10132, K. 1990/9595, T. 24.9.1990, **Kazancı İçtihat Bankası**.

Bakanlık tarafından yayımlanacak olan istatistiklere karşı itiraz yoluna başvurulması mümkündür. İstatistiğin gerçeğe uymadığı gerekçesiyle on beş günlük süre içinde Ankara İş Mahkemesi'ne başvurulabilir. Mahkeme bu itirazı, on beş gün içinde sonuçlandırır. Mahkemece verilen karar ilgililerce veya Bakanlıkça temyiz edilebilir. Yargıtay temyiz talebini on beş gün içinde kesin olarak karara bağlar. İstatistiğin yayımından itibaren on beş gün içinde itiraz edilmeyen istatistik kesinleşir (STİSK m. 41/6 [TİSGLK m. 12/4]). İş kolu istatistiğine ilişkin itiraz, istatistikten etkilenen ve hukuki yararı bulunan kişiler tarafından gerçekleştirilir⁵¹. İlgili iş kolunda kurulu bulunan işçi sendikası ile sendika üyesi olmayan işverenin ve işveren sendikasının itirazda bulunmakta yararı vardır⁵². Sendikanın iş kolu barajını geçmesi şart olmayıp, barajı geçen işçi sendikası da itiraz yoluna başvurabilir⁵³.

Yargıtay vermiş olduğu kararlarında, işçi sendikası tarafından ikame edilmiş bulunan davada, Bakanlık yanında, ilgili iş kolunda kurulu bulunan diğer tüm sendikaların da taraf olarak gösterilmesi gerektiğini benimsemektedir⁵⁴. Zira, itiraz eden işçi sendikasının, yayımlanan istatistikte belirtilenden daha çok üye işçisi olduğu yönünde karar verilirse, baraja yakın durum-

51 **Sur**, s. 275; **Tuncay**, s. 146; **Sümer**, s. 449; **Duman**, s. 96; **Tuğ**, s. 71.

52 **Uşan**, s. 138; **Şahlanan**, Toplu İş Sözleşmesi, s. 53.

53 **Aktay**, s. 57; **Duman**, s. 97.

54 "... Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığınca 1999 -Ocak ayı istatistiği Resmi Gazetesinin 17 Ocak 1999 tarih ve 23586 sayılı nüshasında yayınlanmış olup buna göre "O4 GIDA SANAYİİ" iş kolunda çalışan toplam işçi sayısı 323.105, davacı sendikanın üye sayısı 77.189 yüzdesi de % 23,88'dir.

Davacı sendika Bakanlığın bu tesbitinin hatalı olduğunu üye sayılarının hesabında son dönemde üye olan 4770 işçiden sadece 1657'sinin dikkate alınıp kalanın alınmadığını ve yüzde oranının da daha yüksek olduğunu ileri sürerek itiraz davası açmıştır.

Mahkemece mütalaasına başvuru bilirkişi kurulu raporu dikkate alınarak davacı sendikanın üye sayısının 78.679 ve yüzdesinin de % 24.35 olduğu kabul edilmek suretiyle istek doğrultusunda hüküm kurulmuştur.

2822 sayılı Toplu İş Sözleşmesi Grev ve Lokavt Kanununun 12. maddesine göre yapılan istatistik tesbit, bu tesbit kapsamına giren bütün sendikaların hukuki durumunu etkiler. Bu itibarla "Gıda" iş kolunda kurulu bütün sendikaların taraf gösterilmesi gerekir. Bu itiraz davasına sadece Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı taraf gösterilmiş, hukuki yararı bulunan diğer sendikalar gösterilmemiştir.

Bu durumda mahkemece yapılacak iş itiraz kapsamı içinde davaya katılacak diğer sendikaların yine aynı kapsam içinde kalan varsa itirazları da dikkate alınarak yeni bir inceleme yapıp davacı sendikanın gerçek üye sayısını ve bu üye sayısının aynı iş kolunda çalışanlara oranla yüzdesinin tesbitine karar verilmekten ibarettir..." Yargıtay 9. HD, E. 1999/9533, K. 1999/10565, T. 10.6.1999, **Kazancı İçtihat Bankası**.

daki sendikaların üye oranları düşecektir⁵⁵. Ayrıca iş kolu istatistiğine itiraz davası, yetki tespitine itiraz davasında bekletici mesele olarak kabul edilecektir⁵⁶.

2. İşyeri veya İşletme Çoğunluğu

a. Çoğunluğun Tespiti

İş kolu üyelik barajını sağlamış bulunan işçi sendikası, toplu iş sözleşmesi akdedebilmek için işyeri veya işletmede belirli bir üye oranına da ulaşmak durumundadır. Buna göre, toplu iş sözleşmesinin kapsamına girecek işyerinde başvuru tarihinde çalışan işçilerin yarısından fazlasının, ilgili işçi sendikasının üyesi bulunması gerekir (STİSK m. 41/1 [TİSGLK m. 12/1]). İşletme toplu iş sözleşmesi akdedilebilmesinde yetkinin kazanılabilmesi için ise işletmede çalışan işçilerin yüzde kırkının ilgili sendikanın üyesi olması aranacaktır (STİSK m. 41/1). TİSGLK m. 12/1’de işyeri ve işletme toplu iş sözleşmesi için işçilerin yarısından fazlasının üyeliği aranırken; STİSK’ de işletme toplu iş sözleşmesinin yetkisinde yüzde kırk oranı öngörülmüştür. Diğer yandan, STİSK’ nin 41/2 hükmünde, işletme toplu iş sözleşmeleri için işyerlerinin bir bütün olarak dikkate alınacağı ve yüzde kırk çoğunluğun buna göre hesaplanacağı ifade edilmiştir.

İşletmede birden çok sendikanın yüzde kırk veya fazla üyesinin olması durumunda ise başvuru tarihinde en çok üyeye sahip olan sendika, toplu iş sözleşmesi yapmaya yetkili olacaktır⁵⁷ (STİSK m. 41/3). Hükmün gereke-

⁵⁵ Şahlanan, Toplu İş Sözleşmesi, s. 54.

⁵⁶ “...Dosyada bulunan bilgi ve belgelerden dava konusu istatistikten önce yayınlanan istatistiklere de itiraz edildiği ve davaların derdest olduğu anlaşılmaktadır. Dava konusu istatistiğin sonuçlanması için de önceki istatistiklerin kesinleşmesi gerekir. Kesinleşen istatistikler temel (baz) alınarak sonraki dönemde davalı sendikaların üye sayılarındaki değişikliklerin tespit edilmesi böylelikle üye sayısı ve buna bağlı olarak işkolu yüzdesi belirlenmelidir. Yargılama aşamasında inceleme yeterli değildir. Bu nedenle mahkemece önceki istatistiklerin kesinleşip kesinleşmediği saptanmalı ve kesinleşen istatistikler temel alınmak suretiyle 2821 ve 2822 sayılı Kanun hükümleri çerçevesinde Bakanlık kayıtları üzerinde, gerektiğinde uzman bilirkişi aracılığıyla inceleme yaptırılarak hâsıl olacak sonucuna göre karar verilmesi gerekir...” Yargıtay 9. HD, E. 2008/14076, K. 2008/11744, T. 8.5.2008, **Kazancı İçtihat Bankası**; Aynı yönde karar için bkz. Yargıtay 9. HD, E. 1994/5318, K. 1994/4919, T. 29.3.1994, **Kazancı İçtihat Bankası**; Yargıtay 9. HD, E. 1994/1918, K. 1994/2036, T. 8.2.1994, **Kazancı İçtihat Bankası**.

⁵⁷ Demir, en fazla temsil gücüne sahip sendikaya yetki tanıyan bir düzenlemenin yerinde olmadığı ve bunun iş kolu düzeyinde olması gereken sendikal çoğulculuğu ve rekabeti işyeri düzeyine taşıyacak, ülkemizin en çok ihtiyacı olan verimli çalışma ortamını ve is-

sinde, yüzde kırkı geçen sendikalara eşit üyeliğin söz konusu olması halinde ise yetki talebinin olumsuz karşılanacağı ifade edilmiştir.

STİSK' nin 2/3. maddesinde, işçi, işyeri ve işveren kavramlarının İş K. hükümlerine göre belirleneceği ifade edilmiştir. İş K. m. 2 hükmünde, işçi, bir iş sözleşmesine dayanarak çalışan gerçek kişi olarak tanımlanmış ve işverenin, işçi çalıştıran gerçek veya tüzel kişiyi ya da tüzel kişiliği olmayan kurum ve kuruluşları ifade ettiği belirtilmiştir. İşveren tarafından mal veya hizmet üretmek amacıyla maddi olan ve olmayan unsurlar ile işçinin birlikte örgütlendiği birimin işyeri olacağı ve işverenin, işyerinde ürettiği mal veya hizmet ile nitelik yönünden bağlılığı bulunan ve aynı yönetim altında örgütlenen yerler (işyerine bağlı yerler) ile dinlenme, çocuk emzirme, yemek, uyku, yıkanma, muayene ve bakım, beden ve mesleki eğitim ve avlu gibi diğer eklentiler ve araçların da işyerinden sayılacağı öngörülmüştür (İş K. m. 2/2). Söz konusu hükümler uyarınca, işyeri, mal veya hizmet üreten bir birimdir. İşyerinde üretilen mal veya hizmet ile nitelik yönüyle bağlılık bulunan yerler de işyeri olarak kabul edilir⁵⁸.

İşyeri bakımından hükümde ifade olunan yarıdan fazla ibaresi, yarıdan bir fazla şeklinde değil, yarının üzerinde olan sendika üyesi olarak değerlendirilir⁵⁹.

STİSK' nin 2 /1-d hükmünde, işletme toplu iş sözleşmesi, bir gerçek veya tüzel kişiye ya da bir kamu kurum veya kuruluşuna ait aynı iş kolundaki birden çok işyerini kapsayan sözleşme olarak tanımlanmıştır. Bu bakımdan, aynı işverene ait bulunan farklı iş kollarındaki işyerleri bakımından, işletme toplu iş sözleşmesi yapılması mümkün değildir⁶⁰. Diğer yandan, aynı işve-

tikrarı bozma tehlikesi yaratacağı görüşünü savunmaktadır, **Demir**, Taslak Hakkında Düşünceler, s. 68.

58 **Savaş Taşkent**, "Yetki Tespiti Açısından Belirli Kavramlar ve Bazı Uygulama Sorunları", İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Türk Milli Komitesi 30. Yıl Armağanı, 2006, s. 602-603.

59 **Aktay**, s. 58; **Çelik**, İş Hukuku Dersleri, s. 543, dn. 41; "... 2822 sayılı Toplu İş Sözleşmesi Grev ve Lokavt Kanununun 12. maddesine göre işçi sendikasının işyerinde çalışan işçilerin yarıdan fazlasının kendi üyesi bulunması halinde bu işyerinde TİS yapmaya yetkilidir. Dairemizin yerleşmiş uygulamasına göre işyerinde çalışan işçilerin yarıdan bir fazlasının (% 50+1) değil, yarıdan fazlasının sendika üyesi olması yeterlidir. Dolayısıyla işyerinde başvuru tarihinde çalışan işçi sayısı 11 olduğuna göre yarıdan fazlası 6 dır. Bu durumda davalı sendikanın işyerinde çoğunluğa sahip olduğu anlaşıldığından davanın reddine karar verilmesi gerekirken itirazın kabulü hatalıdır..." Yargıtay 9. HD, E. 2000/8746, K. 2000/8620, T. 15.6.2000, **Kazancı İçtihat Bankası**.

60 **Taşkent**, s. 607; **Tuğ**, s. 75; **Algün Çifter**, "Toplu İş Sözleşmesinin Muhtevası, Düzeyi ve Türleri", Kamu-İş, 2004, Cilt: 7, Sayı: 3, s. 288; "... Her işyerinin durumunun ayrı ay-

renin, aynı iş kolunda birden çok işyerinin olması halinde ancak işletme toplu iş sözleşmesi yapılabilir (STİSK m. 34/2 [TİSGLK m. 3/2]). Söz konusu hüküm emredici niteliktedir; bu nedenle, işletme kapsamı içerisinde yer alan bir işyerinde, işyeri düzeyinde bir toplu iş sözleşmesi yapılamaz⁶¹. İşletme kapsamı içerisinde yer alan bir işyerinde, işyeri düzeyinde bir toplu iş sözleşmesi yapılamaması, işletmeye dahil olan bir işyerinde iyi şekilde örgütlenmiş ve işyeri esasına göre toplu iş sözleşmesi yapabilecek çoğunluğu elde etmiş bulunan bir sendikanın; örnek olarak işletmeye dahil, fakat başka illerde yer almakta işyerlerinde yeterli örgütlenmeyi sağlayamadığından, işletme toplu iş sözleşmesi yapabilecek kadar çoğunluğa sahip olamaması nedeniyle, çoğunluğu sağlamış olduğu işyerinde de toplu iş sözleşmesi yapamayacak olması sonucunu doğuracaktır.

Yargıtay, vermiş olduğu bir kararında, işverenin, birleşme veya özelleştirme gibi nedenlerle sonradan edindiği aynı iş kolunda bulunan işyerlerine ilişkin çoğunluk tespiti başvurusu yapılmasının mümkün olduğuna hükmetmiştir⁶².

STİSK' nin 34/3. maddesi ile gerekçede de ifade edilmiş olduğu üzere, grup toplu iş sözleşmelerine ilişkin düzenlemeye ilk kez yer verilmiştir. Buna göre, grup toplu iş sözleşmesi, işçi sendikası ile işveren sendikası arasında, birden çok üye işverene ait aynı iş kolunda kurulu işyerlerini ve işletmeleri kapsayan toplu iş sözleşmesidir (STİSK m. 2/1-ç). TİSGLK döneminde, grup toplu iş sözleşmeleri kanunda açıkça düzenlenmemiş olmakla birlikte,

rı değerlendirilmesi gerekir. Öncelikle işletme yetki tespitine dahil olan işyerlerinin aynı işkolunda faaliyet göstermeleri gerekir. Kemalpaşa'daki fabrikanın bahçesinde yapılan ek bina inşaatı işkolları Tüzüğü'nün 15 sıra numaralı "İnşaat" işkoluna girmektedir. Fabrika işyeri ise 13.nolu "Metal" işkolundadır. Ek bina inşaatı fabrikanın faaliyet konusuna giren bir işyeri değildir. Bu nedenle fabrika ek bina inşaatında çalışan işçilerin çoğunluk ve üye sayısına dahil edilmesi doğru bulunmamıştır..." Yargıtay 9. HD, E. 2006/13897, K. 2006/15212, T. 23.5.2006, **Kazancı İçtihat Bankası**.

⁶¹ **Tuncay**, s. 139; **Çifter**, s. 289; **Ufuk Aydın**, "Türk Hukukunda İşletme Toplu İş Sözleşmeleri ve Uygulama Sorunları", Prof. Dr. Kemal Oğuzman'a Armağan, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Ocak 2002, Yıl: 1, Sayı: 1, s. 445; Yargıtay 9. HD, E. 1989/2148, K. 1989/2465, T. 17.3.1989, **Kazancı İçtihat Bankası**.

⁶² Yargıtay 9. HD, E. 2006/19490, K. 2006/20465, T. 11.7.2006, Kararı isabetsiz bulun inceleme için bkz. **Saadet Ceylan**, "İşletme Kapsamına Giren Bir İşyerinde, Ayrı Bir İşyeri Toplu İş Sözleşmesi Yapılabilmesine Yönelik Karar İncelemesi", Sicil, Aralık 2006, Yıl: 1, Sayı: 4, s. 114 vd.

uygulamada gerçekleştirilmekteydi. Yargıtay tarafından da grup toplu iş sözleşmesinin yapılması mümkün görülmekteydi⁶³.

b. Çalışan İşçi Sayısının Belirlenmesi

Uygulamada ortaya çıkan sorunlardan bir tanesi de toplu iş sözleşmesinin yapılmasında çoğunluk hesabının yapılmasında kimlerin göz önünde bulundurulacağıdır. Burada, sendikalı sendikasız ayrımı yapılmaksızın tüm işçiler göz önünde bulundurulacaktır⁶⁴. Çoğunluğun sağlanıp sağlanmadığı, sendikanın başvuru tarihine göre tayin edilecektir. Bu bakımdan, başvuru tarihinden sonra sendika üyelerinin azalması veya hiç kalmaması ya da işverenin değişmesi etkili olmayacaktır⁶⁵. Nitekim STİSK' nin 42/2. maddesinde de “Bakanlığın başvuru tarihi itibarıyla işçi sendikasının yetkili olduğunu tespit ettiğinde” ibaresine yer verilmektedir. Hükmün gerekçesinde de aynı hususa işaret edilmektedir.

İşçi, iş sözleşmesine dayanarak çalışan gerçek kişiyi ifade ettiğinden, belirli veya belirsiz süreli iş sözleşmesiyle çalışanlar, tam zamanlı ve kısmi zamanlı çalışan işçiler yanında, daimi ve geçici statüde⁶⁶ çalışanlar ile mevsimlik işçiler⁶⁷ ve çağrı üzerine çalışan işçiler de çoğunluğun tespitinde na-

63 “...Gerçekten 2822 sayılı Kanunda “işyeri” ve “işletme TİS”ne yer verilmiş olup, açıkça, “Grup Sözleşmesi” adı altında bir sözleşme türü düzenlenmiş değildir. Bu nedenle taraflardan biri diğerini yasal olarak grup sözleşmesi yapmağa zorlayamaz; ancak bu durum tarafların anlaşmaları suretiyle grup sözleşmesi yapmalarına da engel teşkil etmez...” Yargıtay 9. HD, E. 1986/3377, K. 1986/4325, T. 24.4.1986, **Kazancı İçtihat Bankası**; TİSGLK m. 3/1’de “...birden çok işyerini kapsayabilir...” ifadesinin grup toplu iş sözleşmesinin yasal dayanağı olması gerektiği görüşü için bkz. **Ercan Akyiğit**, İş Hukuku, 8. Bası, Ankara, Seçkin, 2010, s. 365; Aynı yönde, **Çelik**, İş Hukuku Dersleri, s. 536; **Fevzi Demir**, En Son Yargıtay Kararları Işığında İş Hukuku ve Uygulaması, 5. Bası, İzmir, 2009, s. 547; **Özveri**, Yasa Tasarısı, s. 95.

64 **Günay**, s. 937; **Sur**, s. 276.

65 **Çelik**, İş Hukuku Dersleri, s. 549; **Çelik**, “Toplu İş Sözleşmesinin Yetkisinin Tespitinde İşçi ve Sendika Üyesi Sayısının Belirlenmesine ve Tespit Usulüne İlişkin Sorunlar”, Prof. Dr. Salih Şanver’e Armağan, İstanbul, 1998, s. 144; **Tuğ**, s. 83; **Aktay**, s. 64.

66 Yargıtay 9. HD, E. 2001/1094, K. 2001/1628, T. 1.2.2001, **Kazancı İçtihat Bankası**.

67 “... Dava konusunda 50.000’e yakın işçinin durumu söz konusudur. Yukarıda açıklandığı gibi sayısı belirlenemeyen işyeri vardır. Bilirkişilerin tespit ettiği gibi bazı işyerlerinde beş yıl ara verdikten sonra işbaşı yaptırılan mevsimlik işçiler mevcut olduğu gibi 20 yıl önce hizmet akdi askıya alındığı halde işbaşı yaptırılmayan ve sendika üyeliği devam eden işçiler mevcuttur. Tüm bu verilen ve bundan sonra gelecek bu tür davalarda uygulanmak üzere bir ölçüt konulması zorunluluğu vardır. Bu ölçütün konulmasında açık ve örtülü askı süresinin uzatılması, objektif iyi niyet kuralları, daha önce dairemizde hizmet akdi ile ilgili kıstaslar ve Alman Federal Mahkemesinin uygulamaları göz önünde bulun-

zara alınır. Aynı şekilde, yapılan işin sürekli veya süreksiz olması da etkili olmayacaktır⁶⁸. Sosyal güvenlik destek primi ödeyerek çalışan işçiler için de durum aynıdır⁶⁹. Nitekim iş sözleşmesinin çeşidi önemli değildir. Diğer yandan, fiilen işyerinde çalışma yapılması şart olmayıp, işyerine bağlı olarak işyeri dışında çalışan işçiler de göz önünde bulundurulur⁷⁰. İşe iade davaları kabul edilen işçiler, işe başlatılıp başlatılmama ayrımı yapılmaksızın göz önünde bulundurulur⁷¹.

Sendika üyeliğinden çekilme, sendikaya bildirim tarihinden itibaren bir ay sonra geçerlilik kazanacağı için, söz konusu bir aylık süreçte yetki tespiti yapılacak olursa, çekilme bildiriminde bulunan işçi, sendika üyesi olarak nazara alınır. Çekilen işçinin bir aylık süre içinde başka bir sendikaya üye olması halinde de yeni üyelik bu sürenin bitimi tarihinde kazanılmış sayılır (STİSK 19/3). İşçinin sendika üyeliğinden çıkarılması halinde de çıkarılma kararına karşı, üye, kararın tebliğinden itibaren otuz gün içinde mahkemeye itiraz etmek hakkına sahiptir. Mahkemece itiraz hakkında, iki ay içerisinde

durularak, tarafların açık rızaları ile uygulanan askı süresinden sonra iki askı süresi daha geçtikten sonra toplam üç askı süresi sonunda işçi işbaşı yaptırılmamış ise üçüncü askı süresinin sonundaki mevsim başında işbaşı yaptırılmayan veya açık anlaşma ile askı süresi uzatılmayan işçinin askı süresinin ve hizmet akdinin sona erdiğinin kabulü gerekir. Daire çoğunluğumuzun vardığı bu sonuç bu tür benzer davalarda uygulanması yönünden doğru bulunmuştur...” Yargıtay 9. HD, E. 2006/21611, K. 2006/22886, T. 15.9.2006, **Kazancı İçtihat Bankası**.

68 **Çelik**, Salih Şanver’e Armağan, s. 134-135; **Sümer**, s. 443; **Çelik**, İş Hukuku Dersleri, s. 542; **Aktay**, s. 58; **Sur**, s. 276; **Tuncay**, s. 149; **Uşan**, s. 139; **Duman**, s. 109 vd.

69 **Nuri Çelik**, “Toplu İş Sözleşmesi Yetkisinin Tespitinde Hesaba Katılacak İşçilere İlişkin Yargıtay Kararlarının Değerlendirilmesi”, A. Can Tuncay’a Armağan, İstanbul, Legal, 2005, s. 492; Yargıtay 9. HD, E. 2002/13150, K. 2002/10470, T. 27.6.2002, **Kazancı İçtihat Bankası**.

70 **Tuncay**, s. 149; **Aktay**, s. 64; **Sümer**, s. 444; **Çelik**, Salih Şanver’e Armağan, s. 135; **Duman**, s. 110; “... işyerinde çoğunluğun tesbitinde işçi olarak çalışan kimselerin sendikaya üye olup olmayacakları nazara alınmaksızın hesaplamaya katılması gerekmektedir. Bunun için sendika üyesi olması yasaklanan öğrencilerin, işyerine bağlı olarak merkezde veya işyeri dışında satış elemanı veya propogandist olarak çalışanların ve yasanın işveren vekili olarak tanımladıklarının dışında kalan diğer işçilerin toplamda yer alması icabeder...” Yargıtay 9. HD, E. 1987/3006, K. 1987/3382, T. 30.3.1987, **Kazancı İçtihat Bankası**.

71 Yargıtay 9. HD, E. 2005/35935, K. 2005/39391, T. 13.12.2005; Yargıtay 9. HD, E. 2009/21002, K. 2009/15446, T. 2.6.2009, **Kazancı İçtihat Bankası**; Sendika üyesi işçi tarafından açılmış bulunan işe iade davasının sonucunun yetki tespiti talebine etkili olması halinde, işe iade kararlarının kesinleşmesinin beklenilmesi gerekir. Yargıtay 9. HD, 2004/2822, K. 2004/3219, T. 24.2.2004; Kararın değerlendirilmesi için bkz. **Vahap Ünlü**, “İşe İade Davası Sonuçlarının Toplu İş Sözleşmesi Sürecinde Yetki Tespiti Üzerindeki Etkisine İlişkin bir Karar İncelemesi”, Sicil, Aralık 2006, Yıl: 1, Sayı: 4, s. 120 vd.

kesin olarak karar verilir. Bu durumda üyelik, çıkarılma kararı kesinleşinceye kadar devam eder (STİSK 19/4). Kararın kesinleşmesi sürecinde, yetki tespiti yapılması halinde, çıkarılma kararı verilen işçi, sendika üyesi olarak dikkate alınır.

Önceki sözleşmeyi işveren temsilcisi olarak imzalayan çalışanın, işçi sayısından düşülmesi gerekir⁷². Ayrıca, işçi sayısında işveren vekilleri, işyerinde alt işverene⁷³ bağlı olarak çalışmakta olan işçiler⁷⁴ ve çıraklar ile stajyerler⁷⁵ dikkate alınmaz⁷⁶. Nitekim STİSK' nin 2/2. maddesinde işveren vekillerinin, kanunun uygulanmasında işveren olarak kabul edileceği belirtilmiştir. İşyerinde kayıtlı olarak çalıştığı görülen işçilerin de fiilen çalışmakta olduklarının araştırılması gerekmekte olup; çoğunluğun yitirilmesini sağlamak için muvazaalı olarak çalıştığı gösterilen işçilerin değerlendirme dışında tutulması gerekir⁷⁷. Diğer yandan, muvazaalı bir asıl işveren ve alt

⁷² Yargıtay 9. HD, E. 2002/9460, K. 2002/8986, T. 23.5.2002; Kararı isabetsiz bulan değerlendirme için bkz. **Çelik**, A. Can Tuncay'a Armağan, s. 492 vd.

⁷³ Alt işverenin işçileri, işyeri-işletme çoğunluğunun tespitinde dikkate alınmaz iken yapılan iş, asıl işverenin işyerinin girdiği iş kolu ile aynı ise, iş kolu barajının tespitinde göz önüne alınır. **Çelik**, Salih Şanver'e Armağan, s. 139.

⁷⁴ **Şakar**, s. 368; **Aktay**, s. 59; **Günay**, s. 942-943; **Sur**, s. 276; **Tuncay**, s. 149; **Çelik**, Salih Şanver'e Armağan, s. 139 vd.; **Yamakoğlu**, s. 29; Yargıtay 9. HD, E. 1997/9727, K. 1997/11606, T. 12.6.1997, **Kazancı İçtihat Bankası**; Asıl işveren - alt işveren ilişkisinde muvazaalı ve kanuna karşı hile teşebbüslerinin önüne geçilmesi ve toplu iş hukukunun işlevsiz kalmasını önlemek için alt işveren işçilerinin, işyerlerindeki toplu iş sözleşmesinden faydalanabilmeleri gerektiği görüşüne ilişkin olarak bkz. **Demir**, Taslak Hakkında Düşünceler, s. 64 vd.

⁷⁵ Stajyerler, iş sözleşmesine bağlı olarak çalışmaları halinde, çoğunluğun tespitinde göz önünde bulundurulacaktır. "... stajyer öğrenci kabul edilen 27 kişi çalışanlar listesine katılmamıştır. Stajyer öğrenci olarak değerlendirilen işçilerden 3308 sayılı Kanunun 18. maddesi uyarınca stajyer olan meslek lisesi öğrencisi 9 kişi dışındakilerin okudukları okulda kurs ve sertifika programları dahilinde kısa süreli eğitim alanlardan olduğu dosyadaki bilgi ve belgelerden anlaşılmaktadır. Sözü edilen kişilerin hizmet sözleşmesine bağlı olarak çalışmalarına herhangi bir yasal engel yoktur..." Yargıtay 9. HD, E. 1998/147, K. 1998/425, T. 22.1.1998, **Kazancı İçtihat Bankası**.

⁷⁶ **Çelik**, Salih Şanver'e Armağan, s. 136 vd.; **Sümer**, s. 443; **Tuncay**, s. 156; **Uşan**, s. 139; **Duman**, s. 119, 122-123.

⁷⁷ "... İşveren tarafından dosyaya sunulan büro ve fabrikada çalışan işçilere ait işe giriş bildirgeleri incelendiğinde; fabrika işyerinde 21.6.2007 tarihinde işe alınan Mehmet Dağlı adlı işçi dâhil 66 işçinin, büro işyerinde 17 işçinin işe giriş bildirgelerinin işe başlamadan önce SSK'ya verildiği, buna karşılık 2.6.2007 tarih ve sonrasında fabrikada 11-26.6.2007 tarihleri arasında işe alınan 17 işçinin, büroda 4-20.6.2007 tarihleri arasında işe alınan 10 işçinin işe giriş bildirimlerinin 13-16.7.2007 tarihlerinde SSK'ya verildiği, fabrika işyerinde başvuru tarihi dışındaki önce ve sonra olmak üzere bir yıllık süre içeri-

işveren ilişkisinin varlığı halinde de işveren işçilerinin başlangıçtan itibaren asıl işveren işçileri olarak kabul edilip çoğunluk tespitinin bu çerçevede yapılması gerekir⁷⁸.

C. YETKİ TESPİTİ VE İTİRAZI

1. Yetki Tespiti

Toplu iş sözleşmesinin yer bakımından konusunu oluşturacak olan işyeri, işyerleri ya da işletmede hangi sendikanın iş kolu temsil gücü ve işyeri çoğunluğuna sahip olduğunun belirlenmesine yetki tespiti adı verilir⁷⁹. TİSGLK' nin 13 ve 14. madde hükümlerinde, yetki tespiti için işçi sendikasının ve işveren sendikası veya işverenin başvurusu olmak üzere iki farklı düzenlemeye yer verilmekteydi. STİSK' nin 42. maddesinde ise her iki taraf bakımından yapılan başvuru, tek hüküm ile düzenleme altına alınmıştır.

Yeni bir toplu iş sözleşmesinin akdedilmesinde yetki tespiti için başvuru işlemlerine, mevcut toplu iş sözleşmesi süresinin bitmesinden önceki yüz yirmi gün içinde başlanabilir (STİSK m. 35/4 [TİSGLK m. 7/3]). Söz konu-

sinde fabrikada 65–71 işçi, büroda da 13–17 çalışan işçi olduğu tespit edilmiştir, işveren tarafından başvuru tarihinden önce işçi alınma neden olarak sipariş alındığı, üretimde artış olduğu iddia edilmemiş ve bu konularla ilgili delilde sunulmamıştır. Bu durumda davalı sendikanın muvazaa iddiası gerçek olduğunun kabulü ile sonradan bildirilen işçilerin toplam işçi sayısından düşülmesi, büro ve fabrikanın oluşturduğu işyerinde başvuru tarihinde toplam 66+17=83 işçi çalıştığı, bunlardan 48 işçinin davalı sendikanın üyesi olduğu ve davalı sendikanın işyerinde çalışan işçilerin yarısından fazlasının üye çoğunluğuna sahip bulunduğu kabulü gerekmiştir...” Yargıtay 9. HD, E. 2008/15787, K. 2008/10909, T. 1.5.2008, **Kazancı İçtihat Bankası**; “... Muvazaa iddiası olan işçiler ile ilgili getirilen SGK bordrolarında bu işçiler kayden çalışıyor gözükseler de, muvazaaya yönelik mahkeme incelemesi yeterli değildir. Bu nedenle başvuru tarihinden kısa bir süre önce işçi alınmasının nedenlerinin araştırılması ve gerektiğinde işyerinde sigortalı çalıştıkları bildirilen işçilerin başvuru tarihi ve soması itibarıyla işyerinde fiilen çalışıp çalışmadıkları konusunda tanıkların dinlenilmesi gerekir. Ayrıca Ağustos, Eylül, Ekim 2008 aylarında gerçekleşen sendika üyeliklerinden istifalar konusunda da yeterli araştırma yapılmalıdır.

Kısacası davacı işverenin başvuru tarihinden kısa bir süre önce işe aldığı işçiler ile yetki sürecinde yapmış olduğu diğer işlemlerin davalı sendikanın tespiti konu işyerinde yasal çoğunluğunu bertaraf etmeye yönelik olup, olmadığı araştırılıp incelendikten sonra ortaya çıkacak sonuca göre karar verilmesi gerekir iken eksik inceleme ile yazılı şekilde karar verilmesi hatalı olup...” Yargıtay 9. HD, E. 2010/34472, K. 2010/27861, T. 5.10.2010, **Kazancı İçtihat Bankası**; Aynı yönde karar için bkz. Yargıtay 9. HD, E. 2011/6590, K. 2011/5844, T. 1.3.2011, **Kazancı İçtihat Bankası**.

⁷⁸ Yargıtay 9. HD, E. 2008/12851, K. 2008/8003, T. 10.4.2008, **Kazancı İçtihat Bankası**.

⁷⁹ **Duman**, s. 129.

su süre emredici nitelikte olup; daha erken başvuruda bulunulması mümkün değildir⁸⁰. Bakanlık söz konusu süreye uyulmaksızın yapılmış bulunan başvuruyu reddetmek zorundadır⁸¹. Ayrıca bu süre dikkate alınmaksızın yetki belgesinin verilmiş olması halinde, yetki belgesi de geçersiz olacaktır⁸². Ancak evvelce yapılmış bulunan bir toplu iş sözleşmesinin bulunmaması halinde, her zaman yetki tespiti için başvurulması mümkündür⁸³. Toplu iş sözleşmesi olan bir iş yerinde işveren; aynı iş kolunda, farklı tarihte sona erecek bir toplu iş sözleşmesinin uygulandığı bir işyerini devralırsa, işletme toplu iş sözleşmesi için başvuru tarihi, yürürlük süresi daha sonra sona erecek toplu iş sözleşmesinin bitimine yüz yirmi gün kala başlayacaktır⁸⁴.

TİSGLK m. 13/1’de toplu iş sözleşmesi yapmak isteyen işçi sendikasının, Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı’na yazıyla başvurarak, kurulu bulunduğu iş kolunda üye sayısı itibariyle yüzde on (tarım ve ormancılık, avcılık ve balıkçılık iş kolu hariç) oranını sağladığının belirlenmesini ve sözleşmenin kapsamına girecek işyeri veya işyerlerinde başvuru tarihinde çalışan işçiler ile üyelerin sayısının tespitini isteyeceği ve kendisinde bulunan üyelik fişlerini, başvurduğu tarihten itibaren üç işgünü içinde işverene vermek zorunda olduğu belirtilmekteydi⁸⁵. Ayrıca toplu iş sözleşmesi yap-

80 **Çelik**, İş Hukuku Dersleri, s. 547; **Uşan**, s. 142; **Duman**, s. 131; “... 2822 sayılı Toplu İş Sözleşmesi, Grev ve Lokavt Kanunu’nun toplu iş sözleşmesinin süresi ve bitimini düzenleyen 7/3’üncü maddesinde, “Yeni sözleşme için yetki işlemlerine, eski sözleşme süresinin bitiminden önceki 120 gün içinde başlanabileceği” kuralı getirilmiştir. Bu kural, Yasa’nın genel amac ve sistemi içinde düşünüldüğünde, uyulması zorunlu, emredici bir kuraldır.

Davalı sendika ise, işyerinde uygulanmakta olan sözleşmenin bitiminden 120 günden çok daha önce 19.4.1984 tarihinde başvurmuş ve çalışan işçi, ve üye sayısı ile yetki konusu bu tarihe göre belirlenmiştir.

Oysa, böyle zamansız bir başvuru üzerine yapılacak inceleme sonucu önemli derecede etkili olacak şekilde hatalı bulunduğundan, Yasa’nın amacıyla bağdaşmaz...” Yargıtay 9. HD, E. 1984/9637, K. 1984/8660, T. 5.10.1984, **Kazancı İçtihat Bankası**; Aynı yönde karar için bkz. Yargıtay 9. HD, E. 1990/11621, K. 1990/11769, T. 2.11.1990, **Kazancı İçtihat Bankası**.

81 **Tunçomağ, Centel**, s. 360; **Sümer**, s. 442; **Tuğ**, s. 81; **Aktay**, s. 66; **Uşan**, s. 142.

82 **Uşan**, s. 142; **Aktay**, s. 67.

83 **Tuğ**, s. 79; **Aktay**, s. 62; **Duman**, s. 131.

84 **Çelik**, İş Hukuku Dersleri, s. 547; **Çelik**, Salih Şanver’e Armağan, s. 143; **Şahlanan**, Toplu İş Sözleşmesi, s. 61.

85 Üyelik fişlerinin, başvuru tarihinden itibaren üç işgünü içinde işverene verilmemiş olmasının bir yaptırımı olmadığı ve bu nedenle yetki tespitinin iptaline karar verilemeyeceği ifade edilmekteydi, **Çelik**, İş Hukuku Dersleri, s. 548, dn. 67; **Aktay**, s. 63; **Tuğ**, s. 79; Şakar, sendika üyesi işçilerin adeta işten çıkartılması için işverene bilgi verilmesini

mak isteyen işveren sendikası veya sendika üyesi olmayan işverenin, Bakanlığa yazıyla başvurarak yetkili işçi sendikasının tespitini isteyebileceği öngörülmekteydi (TİSGLK m. 14/1).

STİSK' nin 42/1. maddesinde ise toplu iş sözleşmesi yapmak isteyen işçi sendikasının Bakanlığa başvurarak yetkili olduğunun tespit edilmesini isteyeceği ve işveren sendikası veya sendika üyesi olmayan işverenin de Bakanlığa başvurarak, yetkili işçi sendikasının tespit edilmesini isteyebileceği öngörülmüştür. TİSGLK ve STİSK hükümleri arasındaki temel farklılık, STİSK' de yazılı başvuru yapılması şartının öngörülmemesi ve işçi sendikasının üyelik fişlerini⁸⁶ işverene vermek zorunda olduğuna ilişkin hükme yer verilmemesidir⁸⁷. Nitekim Bakanlık, yetkili sendikanın belirlenmesinde ve istatistiklerin düzenlenmesinde kendisine gönderilen üyelik ve üyelikten

amaçlamış görünen bu düzenlemenin kaldırılması gerektiğini belirtmekteydi, **Şakar**, s. 369.

- 86 TİSGLK döneminde işçi sendikasına üyelik, işçinin beş nüsha olarak doldurup imzaladığı ve notere tasdik ettirdiği üye kayıt fişlerini sendikaya vermesi ve sendika tüzüğünde belirlenen yetkili organın kabulü ile kazanılmakta idi (TİSGLK m. 22/2). Ayrıca bkz. 26.06.1995 tarihli ve 22325 sayılı RG' de yayınlanmış bulunan Sendika ve Konfederasyonlarca Düzenlenecek Üye Kayıt Fişleri ile Defterlerinin Şekli ve İçeriği Hakkında Yönetmelik m. 5-6. Noter tasdiki, sendikaya üye olan işçi sayısının tam ve doğru olarak belirlenebilmesi ve ayrıca sahte üyeliklerin önüne geçilmesini sağlamak için tayin edilmişti. Sahte üyelik sorununa ilişkin bkz. **Murat Özveri**, "Toplu İş Sözleşmesinin Belirlenmesindeki Açmazlar ve 2822 Sayılı Toplu İş Sözleşmesi Grev ve Lokavt Yasası", Çalışma ve Toplum, 2004/2, s. 83; STİSK ile sendikaya üyelik, Bakanlıkça sağlanacak elektronik başvuru sistemine e-Devlet kapısı üzerinden üyelik başvurusunda bulunulması ve sendika tüzüğünde belirlenen yetkili organın kabulü ile e-Devlet kapısı üzerinden gerçekleşecektir (STİSK m. 17/5). Hükümün gerekçesinde de noter tasdiki koşulunun kaldırılarak kolay, basit ve ekonomik bir yöntemle yer verildiği belirtilmiştir. Ancak geçici 4. madde uyarınca, sendika üyeliği, STİSK' nin yürürlüğe girdiği tarihten itibaren birinci yılın sonuna kadar, SK m. 22/3 ve 5. fıkra hükümlerine göre yapılacaktır. e-Devlet kapısı üzerinden üyelik başvurusunun yapılmasının ne ölçüde güvenli olacağı tartışma konusu olabilecek niteliktedir.
- 87 STİSK m. 42/5' te yetki tespiti başvurusunun yapılmasına ilişkin usul ve esasların Bakanlıkça çıkartılacak bir yönetmelikle düzenleneceği belirtilmiştir. TİSGLK m. 13/1 hükmü ile sendikanın, yetki tespiti için Bakanlığa yapılan başvuru tarihinden itibaren üç işgünü içerisinde kendisinde bulunan üyelik fişlerini işverene vermesi gerektiği düzenlenmesi, her ne kadar üyelik fişlerinin işverene verilmesi, işçilerin işten çıkartılması için işverene bilgi sağladığı şeklinde değerlendirme yapılmasına sebebiyet vermeseyse de, diğer yandan, işverenin işyerinde bulunan sendika üyesi işçilerin sayısını öğrenmesi olancağı sunduğundan, sendikanın toplu iş sözleşmesi yapmak yetkisi bulunup bulunmadığının tayin edilerek, işverenin yetki tespiti kararına itiraz edip etmeyeceğini belirlemesi bakımından işlev üstlenebilmekteydi.

çekilme bildirimleri⁸⁸ ile Sosyal Güvenlik Kurumu'na yapılan işçi bildirimlerini esas alacaktır (STİSK m. 41/7 [TİSGLK m. 12/3]). STİSK m. 42/4'e göre, sigortalılığın başlangıcı ile sona ermesine ilişkin bildirimleri yasal süresi içinde Sosyal Güvenlik Kurumu'na yapılmayan işçiler, yetkili işçi sendikasının tespitinde dikkate alınmayacaktır.

Yapılacak olan başvuruda, işyeri veya işyerleri ile işletme ile bilgilere yer verilmelidir. Bakanlık işyeri veya işletme toplu iş sözleşmesi için yapılan başvuruda, yapılan açıklama ile bağlı olmayıp; örnek olarak, işyeri toplu iş sözleşmesine ilişkin başvuru yapılsa da şartların işletme toplu iş sözleşmesi yapılmasını gerektirmesi halinde buna ilişkin yetki belgesi tanzim edecektir⁸⁹.

Bakanlık, almış olduğu başvuruyu yukarıda ifade edilmiş bulunan ehliyet ve yetki şartları bakımından inceleyecektir. Öncelikle başvuruda toplu iş sözleşmesi yapılmak istenilen işyerinin, sendikanın kurulu bulunduğu iş koluna dâhil olup olmadığı ve yürürlükte olan bir toplu iş sözleşmesinin bulunup bulunmadığı araştırılacaktır. Diğer yandan, başvuru yapılabilmesi için öngörülmüş bulunan, yüz yirmi günlük süreye uyulup uyulmadığı göz önünde tutulacaktır⁹⁰. Yukarıda ifade edilmiş bulunan iş kolu barajı ile işyeri veya işletme çoğunluğunun sağlanıp sağlanmadığı da incelenmesi gereken hususlar içerisinde yer alır. Ayrıca, yetki için başvurmuş bulunan bir sendikanın yetkili olup olmadığına ilişkin bir karar verilmeden, daha sonra başvuruda bulunmuş bulunan sendikanın talebi hakkında karar verilemez⁹¹.

İşveren sendikası veya işverenin, yetkili işçi sendikasının tespiti için yapmış olduğu başvuruda da belirtilen esaslar göz önünde bulundurulur. Bu bakımdan, ilgili işyerinde yetki koşullarına sahip bulunan bir sendikanın varlığı gerekir⁹². Diğer yandan, işverenin, sendika üyesi olması halinde,

88 STİSK' ye göre üyelikten çekilme ve çıkarılma da e-Devlet kapısı üzerinden gerçekleştirilir. STİSK m. 19'a göre, her üye, e-Devlet kapısı üzerinden çekilme bildiriminde bulunmak suretiyle üyelikten çekilebilir. Sendika üyeliğinden çıkarılma kararı da e-devlet kapısı üzerinden Bakanlığa elektronik ortamda bildirilir ve çıkarılana yazı ile tebliğ edilir. E-Devlet kapısı üzerinden yapılan çekilme bildirimini elektronik ortamda eş zamanlı olarak Bakanlığa ve sendikaya ulaştır. Ancak geçici m. 4 uyarınca, sendika üyeliğinden çekilme ve çıkarılma işlemleri, STİSK' nin yürürlüğe girdiği tarihten itibaren birinci yılın sonuna kadar SK m. 25/2 hükmü uyarınca yapılacaktır.

89 Tuğ, s. 78; Duman, s. 134.

90 Sur, s. 283; Tuğ, s. 80-81; Duman, s. 137; Çelik, İş Hukuku Dersleri, s. 547-548; Çelik, Salih Şanver'e Armağan, s. 143-144.

91 Tuğ, s. 83; Çelik, İş Hukuku Dersleri, s. 548.

92 Çelik, İş Hukuku Dersleri, s. 549.

yapmış olduğu başvurusu reddedilir. Aynı şekilde, işverenin sendikaya üye olmaması halinde, sendikanın yapmış olduğu başvuru reddedilir⁹³.

Bakanlığa yapılan başvuru neticesinde ilgili sendikanın yetkili olup olmadığına ilişkin bildirimlerin nasıl yapılacağı, başvuru yapan esas alınarak TİSGLK m. 13/2-3 ve 14/2 hükümlerinde düzenlenmekteydi. STİSK' nin 42/2-3 hükmünde ise başvuru sonucunun olumlu ve olumsuz olmasına göre ayırım yapılarak bildirimle ilişkin esaslar tayin edilmiştir. Her iki düzenleme arasında esas anlamda bir farklılık bulunmamaktadır. STİSK' nin belirtilen düzenlemesinde, Bakanlığın, başvuru tarihi itibarıyla işçi sendikasının yetkili olduğunu tespit ettiğinde, başvuruyu, işyeri veya işletmedeki işçi ve üye sayısını, o iş kolunda kurulu işçi sendikaları ile taraf olarak işveren sendikası veya sendika üyesi olmayan işverene altı işgünü içerisinde bildireceği; işçi sendikasının yetki şartlarına sahip olmadığı⁹⁴ ya da işveren sendikası veya işveren sendikası üyesi olmayan işverenin başvurusu halinde işyerinde yetki şartlarına sahip bir işçi sendikasının bulunmadığının tespiti halinde, bu bilgilerin sadece başvuruyu yapan tarafa bildireceği ifade edilmiştir. Diğer yandan, hükmün gerekçesinde ifade edilmiş olduğu üzere, Bakanlığın, incelemeyi altı iş günü içinde tamamlamaması, söz konusu sürenin düzenleyici nitelikte olması nedeniyle, yetki tespiti bakımından etkili olmayacaktır.

Görülebileceği üzere, hükümde, incelemenin yapılması ve bunun neticesinde olumlu yetki bildirimlerinin yapılmasına ilişkin olarak, başvuru tarihinden itibaren altı işgünü tayin edilmiş olmasına rağmen; olumsuz yetki bildirimleri bakımından söz konusu süreye yer verilmemiştir. TİSGLK' nin konuya ilişkin belirtilen hükümlerinde inceleme ile olumlu ve olumsuz yetki bildirimlerinin yapılması bakımından başvuru tarihinden itibaren altı işgünlük süreye yer verilmekteydi. STİSK' de olumsuz yetki bildirimine ilişkin altı işgünü süresine yer verilmemesi, kanaatimizce, Bakanlığın süre bakımından serbesti içerisinde olumsuz yetki bildirimini yapabileceği sonucuna ulaşılmasına imkân vermemelidir. Nitekim Bakanlık, incelemeyi, olumlu yetki tespiti bildirimini başvuru tarihinden itibaren altı işgünü süresinde bildirmekle yükümlü olduğundan, bu süre içerisinde bitirecektir. Ancak sonucun olumsuz olması halinde, Bakanlığın bildirim süresine uyması gerekmeyecektir. Dolayısıyla başvuruya ilişkin neticenin başvurudan çok uzun süre sonra dahi sendikaya bildirilmesi durumu ortaya çıkabilecektir. Bu nedenle, söz konusu

⁹³ Tunçomağ, Centel, s. 360; Aktay, s. 65; Tuğ, s. 86; Duman, s. 140.

⁹⁴ Yetki şartlarını haiz olmadığı tespit edilen sendika, gerekli koşulları tamamladığı anda, belli bir süre beklemesine gerek olmadan, yeniden yetki tespit talebinde bulunabilir, Şahlanan, Toplu İş Sözleşmesi, s. 70.

sürenin olumsuz yetki bildirimini bakımından da geçerli olduğunun kabul edilmesi yerinde olacaktır.

Yapılacak olan bildirimler, Bakanlığın söz konusu kararlarına ilişkin itirazda bulunulması bakımından tayin edilmiş bulunan sürenin başlangıcını belirleyecektir. Elbette ki bir ilgiliye tebligat yapılmamış olması veya tebligatın usulüne uygun olarak yapılmaması halinde, o ilgili için tespit kesinleşmeyecektir⁹⁵.

2. Yetki İtirazı

Bakanlığa yapılan başvuru neticesinde verilmiş bulunan yetki tespit kararına karşı ilgililerin itiraz etmek hakkı vardır. İtiraza yetkili olan ilgililer, tespit bildirimini alan işçi ve işveren sendikası ile işveren sendikası üyesi olmayan işverenden⁹⁶ oluşmaktadır. TİSGLK m. 15/1 hükmünde, kurulu bulunduğu iş kolunda, yüzde on barajı sağlamayan işçi sendikasına itiraz etmek hakkı tanınmamıştı. Söz konusu düzenlemede iş kolu barajını aşamayan sendikaların rakip sendikaya zarar verme çabalarının önüne geçilmesi amacı göz önünde tutulmuştur⁹⁷. TİSGLK' de 1986 yılında yapılan değişikliklerle yer verilen bu düzenleme, STİSK hükmüyle de korunmuştur. STİSK'nin 41/1. madde hükmü uyarınca, iş kolu barajı yüzde üç olarak kabul edildiğinden, yüzde üçten daha az üyeye sahip bulunan işçi sendikası, yetki itirazında bulunamayacaktır (STİSK m. 43/2). Hükmün gerekçesinde de ülke barajını geçememiş bulunan işçi sendikasının itiraz etmekte hukuki yararı bulunmadığı belirtilmiştir.

İtirazın, yetki şartlarına sahip olunmadığı veya kendisince yetki şartlarına sahip olduğuna (STİSK m. 43/1 [TİSGLK m. 15/1]) dayanması mümkün gibi, yetki tespiti yapılan yerin işletme olup veya olmaması, başka bir iş koluna girmesi ya da yetki başvurusu için yüz yirmi günlük süreye uyulmaması da itiraza konu edilebilir⁹⁸. Diğer yandan, itiraz dilekçesinde somut

⁹⁵ Tuğ, s. 84-85; Günay, s. 947; Sur, s. 284, dn. 123; Duman, s. 139.

⁹⁶ İşverenin veya işveren sendikasının, itiraz yolunu kullanarak yetki sürecini geciktirmelerini önlemek için müeyyidenin gerekliliğine ilişkin bkz. Demir, Taslak Hakkında Düşünceler, s. 68 vd.

⁹⁷ Çelik, kanundaki şartı sağlayamayan sendikanın itirazında haklı olmasının mümkün olması ve söz konusu sendikanın itirazının kabulü halinde sonraki dönemde sınırı aşip yetkili olma olasılığının varlığı nedeniyle eleştirmektedir. Çelik, İş Hukuku Dersleri, s. 551; Tuğ ise söz konusu düzenlemeyi, "toplular sözleşmesi düzeninin istikrarı" açısından isabetli bulmaktadır. Tuğ, s. 87.

⁹⁸ Şahlanan, Toplu İş Sözleşmesi, s. 74.

delillere de yer verilmelidir; aksi halde itiraz incelenmeksizin reddedilir (STİSK m. 43/3).

İtiraz süresi, altı iş günüdür. Söz konusu süre, hak düşürücü nitelikte olup, Bakanlığın yetki tespitine ilişkin kararının tebliğinden itibaren işleme-ye başlar⁹⁹ (STİSK m. 43/1 [TİSGLK m. 15/1]). Süre, iş günü olarak tayin edildiğinden ve itiraz resmi bir makama yapılacağından, cumartesi günü hesapta nazara alınmaz¹⁰⁰.

İtirazın görülmesinde görevli mahkeme, iş davalarına bakmakla görevli olan iş mahkemeleridir (STİSK m. 79 [TİSGLK m. 15/1]). STİSK' nin 79. maddesinde görevli makamın bulunduğu yer mahkemesinin yetkili olduğu öngörülmüş¹⁰¹; görevli makam ise STİSK' nin 2/1-c hükmünde belirlenmiştir. Buna göre, görevli makam, işyeri toplu iş sözleşmesi için işyerinin, işletme toplu iş sözleşmesi için işletme merkezinin bağlı bulunduğu Çalışma ve İş Kurumu İl Müdürlüğü'nü¹⁰²; grup toplu iş sözleşmelerinde, aynı Müdürlüğün yetki alanına giren işyerlerinin söz konusu olması halinde, bu işyerlerinin bağlı bulunduğu Müdürlüğü ve birden fazla Müdürlüğün yetki alanına giren işyerlerinin varlığı halinde de Bakanlığı ifade eder. Yetkili mahkemeyi tayin eden söz konusu hüküm, kamu düzenine ilişkin kesin yetki

⁹⁹ Yargıtay 9. HD, E. 1996/18581, K. 1996/19251, T. 10.10.1996, **Kazancı İçtihat Bankası**.

¹⁰⁰ **Tuncay**, s. 151; **Çelik**, İş Hukuku Dersleri, s. 550, dn. 79; **Sümer**, s. 447; **Duman**, s. 162 vd.; **Tuğ**, s. 91; **Günay**, s. 952-953; **Yamakoğlu**, s. 35-36; Yargıtay 9. HD, E. 2008/44181, K. 2008/35255, T. 25.12.2008; Yargıtay 9. HD, E. 1995/5441, K. 1995/5874, T. 23.2.1995, **Kazancı İçtihat Bankası**.

¹⁰¹ TİSGLK' de de itiraz için yetkili mahkeme, işyerinin bağlı olduğu bölge müdürlüğünün bulunduğu yerdeki mahkeme; toplu iş sözleşmesi birden fazla bölge müdürlüğünün yetki alanına giren işyerlerini kapsadığı hallerde Ankara'daki iş mahkemesi ve işletme toplu iş sözleşmesi bakımından ise işletme merkezinin bulunduğu yerdeki iş mahkemesi olarak ifade edilmiştir (TİSGLK m. 15/1).

¹⁰² İşletme toplu iş sözleşmesinin ilişkin yetki tespitine itiraz davalarında, Yargıtay, işletme merkezinin bağlı olduğu Bölge Müdürlüğü'nün bulunduğu yerdeki iş mahkemesinin yetkili mahkeme olduğu yönünde karar vermekte idi. Ancak daha sonra, Yargıtay, yetkili mahkemenin işletme merkezinin bulunduğu yer mahkemesi olduğuna hükmetmiştir. Yargıtay 9. HD, E. 2009/1001, K. 2009/1961, T. 16.11.2009; karara ilişkin inceleme için bkz. **Fevzi Şahlanan**, "İşletme Toplu İş Sözleşmesi Yetki Tespitine İtiraz Davasında Yetkili Mahkeme - Karar İncelemesi", *Tekstil İşveren Dergisi*, Ekim 2010, Sayı: 367, s. 1 vd.

kuralı niteliğinde olmakla, hakim tarafından kendiliğinden göz önünde bulundurulur¹⁰³.

İtiraz dilekçesinin görevli makama kaydettirildikten sonra mahkemeye verilmesi gerekir (STİSK m. 43/2 [TİSİGLK m. 15/1]). Bu sayede Bakanlık itirazdan haberdar olmakta ve itiraza ilişkin karar kesinleşinceye kadar yetki işlemlerini durdurmaktadır¹⁰⁴. Söz konusu düzenleme uyarınca, itiraz dilekçesinin görevli makama kaydettirilmesi, itiraz için zorunlu bir unsur olarak görülmekte ve kayıt yaptırılmadan mahkemeye yapılan yetki itirazının reddedileceği kabul edilmektedir¹⁰⁵. Ancak Yargıtay vermiş olduğu bir kararında, söz konusu kayıt yaptırılmasının bir zorunluluk niteliği taşımadığı, Bakanlığın çoğunluk tespitine itirazda bulunulduğunun haberdar edilmesini sağladığını kabul etmiş ve itirazın incelenmesi gerektiğine hükmetmiştir¹⁰⁶.

Olumlu yetki tespitine itiraz davasında, davalı olarak Bakanlık ve yetkisi tespit edilen sendika gösterilir¹⁰⁷. Mahkemeye yapılan itiraz ile kararın kesinleşmesine kadar yetki işlemleri durur (STİSK m. 43/5 [TİSİGLK m. 15/son]). Mahkemece işçi ve üye sayılarının tespitinde maddi hata¹⁰⁸ ve

¹⁰³ Yargıtay 9. HD, E. 2010/6873, K. 2010/5635, T. 2.3.2010; Yargıtay 9. HD, E. 2008/44008, K. 2008/35252, T. 25.12.2008, **Kazancı İçtihat Bankası**.

¹⁰⁴ **Demir**, İş Hukuku, s. 570; **Günay**, İş Davaları, s. 1543; **Özveri**, Toplu İş Sözleşmesi, s. 85.

¹⁰⁵ **Tuncay**, s. 152; **Çelik**, İş Hukuku Dersleri, s. 550-551; **Günay**, s. 954; **Tuğ**, s. 92; **Sur**, s. 284; **Duman**, s. 154; **Yamakoğlu**, s. 30; "...Toplu İş Sözleşmesi yapma prosedürü, bütün bilgilerin ve bu arada itirazların BÇM ve Çalışma Bakanlığında toplanmasını amaçlayıcı bir sistem getiren 2822 sayılı yasanın getirdiği bu sistem içerisinde konu incelendiğinde itiraz dilekçesinin Çalışma Bakanlığı veya BÇM'ne kaydettirilmesi, itirazın incelenmesini etkileyecek çok önemli koşul olduğu, ihmalinin yasanın getirdiği sistem ve amaçla bağdaşmayacak sonuçlar doğuracağı anlaşılır. Muteriz, bu zorunluluğa uymadan ve süresi içinde ikmal etmeden mahkemeye başvurmuştur. Bu nedenle itirazın reddi gerekirken, işin esasına girilerek itirazın kabulü bozmayı gerektirmiştir..." Yargıtay 9. HD, E. 1984/9922, K. 1984/8987, T. 22.10.1984, **Kazancı İçtihat Bankası**; Aynı yönde karar için bkz. Yargıtay 9. HD, E. 1992/14038, K. 1992/13118, T. 1.12.1992, **Kazancı İçtihat Bankası**.

¹⁰⁶ Yargıtay 9. HD, E. 2009/2061, K. 2009/1467, T. 3.2.2009; kararı yerinde bulan inceleme için bkz. **Selçuk Kocabıyık**, "Yetki Tespitine İtiraz Dilekçesinin İlgili İdari Mercilere Kaydettirilmesi", Sicil, Eylül 2010, Yıl: 5, Sayı: 19, s. 106 vd.

¹⁰⁷ **Tuğ**, s. 87; **Tuncay**, s. 151; **Sur**, s. 266; **Duman**, s. 161; **Yamakoğlu**, s. 34.

¹⁰⁸ Maddi hata, yetki tespitinde belirlenen çalışan işçi ve sendika üyesi işçi sayısının kayıtlar arasındaki uyumsuzluk göstermesi şeklinde ortaya çıkabilir. **Şahlanan**, Toplu İş Sözleşmesi, s. 78.

süreye¹⁰⁹ ilişkin itirazlar, altı işgünü içinde duruşma yapılmaksızın kesin olarak karara bağlanır; bunların dışındaki itirazlar bakımından ise duruşma yapılması zorunludur. Duruşma sonunda verilecek kararın temyizi halinde, Yargıtay on beş gün içinde kesin olarak karar verir¹¹⁰ (STİSK m. 43/3 [TİSGLK m. 15/2]).

TİSGLK’ de Bakanlıkça yapılan inceleme sonucunda, olumsuz karar verilmesi durumuna ilişkin olarak, başvuru yapana bildirim yapılması öngörülmüş (TİSGLK m. 14/2); ancak itiraz usulüne ilişkin düzenlemeye yer verilmemişti. Olumsuz tespiti ilişkin kararlar sendikanın bağlı olduğu ve hiçbir itiraz hakkının bulunmadığı sonucuna ulaşılması, AY’ nin 125. maddesinde idarenin her türlü eylem ve işlemine karşı yargı yolunun açık olduğu öngörüldüğünden, olumsuz yetki tespitine karşı işçi sendikasının itiraz hakkının bulunduğu kabul edilmekteydi¹¹¹. İtirazın hangi kurallar uyarınca yapılacağı konusunda ileri sürülen bir görüş¹¹², TİSGLK’ nin 15. maddesinde, olumlu ve olumsuz tespit ayrımı yapılmadığından, işçi sendikasının itirazlarının da buna göre yapılması gerektiğini benimsemekte; bir diğer görüş¹¹³, genel hükümler uyarınca hareket edilmesi gerektiğini ileri sürmekteydi. Yargıtay ise TİSGLK m. 15 hükmünde öngörülen usule göre sonuca ulaşılması gerektiğini ifade etmekteydi¹¹⁴.

¹⁰⁹ Süreye ilişkin uyumsuzlukların duruşmalı ve temyiz edilebilir nitelikte olması gerektiği hakkında görüş için bkz. **Şahlanan**, Toplu İş Sözleşmesi, s. 78.

¹¹⁰ Söz konusu hükmün gerekçesinde de Yargıtay kararının kesin olması nedeniyle karar düzeltme veya direnmenin mümkün olmadığı belirtilmiştir. “... 2822 sayılı Toplu İş Sözleşmesi Grev ve Lokavt Kanunu’nun 15/2. maddesinde yer alan “Yargıtay’ca ... kesin karara bağlanır” hükmü ile yasa koyucunun bozma kararına karşı direnme yolunu kapamayı amaçladığı, Yargıtay Özel Dairesince verilen kararın kesin olduğu, kuşku ve duraksamadan uzaktır...” Yargıtay HGK, E. 2006/9-193, K. 2006/264, T. 3.5.2006, **Kazancı İçti-hat Bankası**.

¹¹¹ **Tuncay**, s. 153; **Duman**, s. 182; **Günay**, s. 974; **Tuğ**, s. 97; **Yamakoğlu**, s. 42. Olumsuz yetki tespitine itirazda, davacı tarafı işçi sendikası, davalı tarafı ise Bakanlık oluşturur. **Duman**, s. 185; **Günay**, s. 976; **Yamakoğlu**, s. 42.

¹¹² **Günay**, s. 974.

¹¹³ **Çelik**, İş Hukuku Dersleri, s. 553-554; **Tuncay**, s. 153; **Tuğ**, s. 98; **Duman**, s. 183.

¹¹⁴ “... Olumsuz yetki tespitine itiraz sonucu tespit başvurusunda bulunan sendika ile Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı arasında görülüp sonuçlandırılan dava sadece bu iki taraf arasında bağlayıcı olur.

Bu karar kesin yetki belgesi niteliğini taşımaz. İtiraz davası sırasında dava dışında kalan diğer işçi sendikaları ile işveren sendikası veya sendika üyesi olmayan işvereni bağlamaz. Bu nedenle Bakanlığın kesinleşmiş yetki kararına dayanarak çoğunluk başvurusunda bulunan sendikanın yetkili olduğunu gösteren olumlu yetki tespit yazısı düzenleyerek aynı işkolunda kurulu diğer işçi sendikalarına, işveren sendikası veya sendika üyesi ol-

STİSK' nin 43/4. maddesinde olumsuz yetki tespitine ilişkin olarak düzenlemeye yer verilmiştir. Buna göre, yetki tespiti için başvurmuş bulunan işçi sendikası, altı iş günü içerisinde yetkili olup olmadığının tespiti için dava açabilecek ve mahkeme, açılan davayı, o iş kolunda çalışan işçilerin en az yüzde üçünü üye kaydeden işçi sendikaları ile işveren sendikası ve sendika üyesi olmayan işverene bildirecektir. Açılmış bulunan dava ise iki ay içerisinde sonuçlandırılacaktır. İtiraz yerinde görülürse ilgili sendikanın yetkili olduğu tespit edilmiş olacaktır.

Bakanlık tarafından bildirilmiş bulunan tespit yazısına süresi içerisinde itiraz edilmez veya itiraz reddedilirse ya da olumsuz yetki tespiti sonucuna yapılan itiraz sonucunda yetkiyi tespit eden kesinleşmiş mahkeme kararının tebliğ edildiği tarihten itibaren altı iş günü içinde ilgili sendikaya bir yetki belgesi verilir ve taraflardan bir tanesi yetki belgesinin alındığı tarihten itibaren on beş gün içerisinde karşı tarafı toplu görüşmeye çağırır. Bu süre içerisinde toplu görüşme çağrısı yapılmazsa, yetki belgesinin hükmü kalmayacaktır (STİSK m. 44, 46/1-2 [TİSGLK m. 16/1, 17/1]).

SONUÇ

İncelememizle STİSK hükümleri çerçevesinde toplu iş sözleşmesinin yapılmasında yetki hükümleri değerlendirilmeye çalışılmıştır.

TİSGLK döneminde iş kolu tespiti için Bakanlığa başvuru yapılmaksızın olumlu yetki tespiti kararı alınmasının ardından, ilgili kişilerin iş kolu tespit kararı alınmasına dair başvuru yapmaları mümkündür ve bu gibi hallerde, iş kolunun tespiti, yetki itirazının tespitinde bekletici mesele yapılmaktaydı. STİSK' nin 5/2. maddesinde yeni bir toplu iş sözleşmesi için yetki sürecinin başlamış olması halinde, iş kolu değişikliği tespitinin bir sonraki dönem için geçerli olacağı ve iş kolu tespit talebi ve buna ilişkin davaların yetki işlemi ve yetki tespiti davalarında bekletici mesele yapılamayacağı belirtilmiştir. Ayrıca, iş kolu değişikliğinin mevcut toplu iş sözleşmesini etkilemeyeceği öngörülmüştür.

mayan işverene tebliğ edip 2822 sayılı Toplu İş Sözleşmesi Grev ve Lokavt Kanununun 15. maddesinde öngörülen prosedürün işletilmesine imkan vermesi ve bunun sonunda da toplu iş sözleşmesinde taraf olacak sendikanın kesin şekilde belirlenmesi gerekir.

O halde yukarıda açıklanan prosedüre uyulmadan sadece iki tarafı bağlayan kesinleşmiş tespit kararı esas alınarak, aynı yasanın 16. maddesine göre yetki belgesi verilmesi usul ve yasaya aykırıdır. Bu durumda davanın kabulü gerekirken..." Yargıtay 9. HD, E. 2005/5433, K. 2005/7719, T. 8.3.2005; Kararı isabetli bulan inceleme için bkz. **Selçuk Kocabıyık**, "Olumsuz Yetki Tespitine Karşı Yapılan İtirazın Kabulü Üzerine Takip Edilmesi Gereken Usule İlişkin Bir Karar İncelemesi", Sicil, Eylül 2006, Yıl: 1, Sayı: 3, s. 137 vd.

TİSGLK m. 12/1 hükmünde işçi sendikasının toplu iş sözleşmesi yetkisini kazanılabilmesi için öncelikle, sendikanın kurulu bulunduğu işkolunda çalışan işçilerin en az yüzde onunu üyeliğe kaydetmesi gerekmekteydi ve tarım ve ormancılık, avcılık ve balıkçılık işkolu bakımından ise söz konusu üyelik barajı aranmamaktaydı. STİSK' nin 41/1. maddesi ile üyelik barajı yüzde üçe indirilmiş olup; tarım ve ormancılık, avcılık ve balıkçılık işkolu bakımından öngörülen istisnai hükme yer verilmemiştir. Diğer yandan, STİSK m. 4/1 hükmü ile SK m. 60 uyarınca yirmi sekiz olan iş kolu sayısı yirmiyeye düşürülmüştür. Bu bakımdan, iş kolu sayısının azalması ile belli bir iş kolunda bulunan işçilerin sayısının artacak olması nedeniyle, sendikanın üye sayısında yüzde olarak azalma meydana geleceğinden, toplu iş sözleşmesi yapma yetkisinin kaybedilmesi sonucu ortaya çıkabilecektir.

TİSGLK m. 12/1' de işyeri ve işletme toplu iş sözleşmesi için işçilerin yarısından fazlasının üyeliği aranırken; STİSK m. 41/1' de, yetkinin belirlenmesi bakımından işyeri toplu iş sözleşmesi için işçilerin yarısından fazlasının; işletme toplu iş sözleşmesi için ise işçilerin yüzde kırkının sendikaya üye olması gerektiği öngörülmüştür. Diğer yandan, işletme toplu iş sözleşmeleri için işyerlerinin bir bütün olarak dikkate alınacağı ve yüzde kırk çoğunluğun buna göre hesaplanacağı ifade edilmiştir (STİSK m. 41/2).

TİSGLK' nin 13 ve 14. madde hükümlerinde, yetki tespiti için işçi sendikasının ve işveren sendikası veya işverenin başvurusu olmak üzere iki farklı düzenlemeye yer verilmekteydi. STİSK 42. maddesinde ise her iki taraf bakımından yapılan başvuru, tek hüküm ile düzenleme altına alınmıştır.

TİSGLK' de olumsuz yetki tespitine karşı başvuru usulüne yer verilmiştir. Ancak STİSK 43/4. maddesinde konuya ilişkin olarak öngörülen düzenlemeye göre, yetki tespiti için başvurmuş bulunan işçi sendikasının, altı iş günü içerisinde yetkili olup olmadığının tespiti için dava açabileceği ve mahkemenin, açılan davayı, o iş kolunda çalışan işçilerin en az yüzde üçünü üye kaydeden işçi sendikaları ile işveren sendikası ve sendika üyesi olmayan işverene bildireceği ifade edilmiştir.

KAYNAKÇA

- Akı, Erol.** “İşveren ve İşkolu Değişikliğinin Yetki Süreci ve Toplu İş Sözleşmesine Etkisi”, Sicil. Eylül 2010, Yıl: 5, Sayı: 19, ss. 88-99.
- Aktay, Nizamettin.** Toplu İş Sözleşmesi, Ankara, 2000.
- Akyiğit, Ercan.** İş Hukuku. 8. Bası. Ankara, Seçkin, 2010.
- Aydın, Ufuk.** “Türk Hukukunda İşletme Toplu İş Sözleşmeleri ve Uygulama Sorunları”, Prof. Dr. Kemal Oğuzman’a Armağan, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi. Ocak 2002, Yıl: 1, Sayı: 1, ss. 435-460.
- Ceylan, Saadet.** “İşletme Kapsamına Giren Bir İşyerinde, Ayrı Bir İşyeri Toplu İş Sözleşmesi Yapılabilmesine Yönelik Karar İncelemesi”, Sicil. Aralık 2006, Yıl: 1, Sayı: 4, ss. 114-119.
- Çelik, Nuri.** İş Hukuku Dersleri. Yenilenmiş 25. Bası. İstanbul, Beta, Eylül 2012. (İş Hukuku Dersleri).
- Çelik, Nuri.** “Toplu İş Sözleşmesinin Yapılmasına İlişkin Sorunlar”, Hukuk Araştırmaları. Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayını, Mayıs-Ağustos 1988, ss. 10-18.
- Çelik, Nuri.** “Toplu İş Sözleşmesi Yetkisinin Tespitinde Hesaba Katılacak İşçilere İlişkin Yargıtay Kararlarının Değerlendirilmesi”, A. Can Tuncay’a Armağan. İstanbul, Legal, 2005, ss. 491-497. (A. Can Tuncay’a Armağan).
- Çelik, Nuri.** “Toplu İş Sözleşmesinin Yetkisinin Tespitinde İşçi ve Sendika Üyesi Sayısının Belirlenmesine ve Tespit Usulüne İlişkin Sorunlar”, Prof. Dr. Salih Şanver’e Armağan. İstanbul, 1998, ss. 133-155. (Salih Şanver’e Armağan).
- Çenberci, Mustafa.** Türk Toplu İş Sözleşmesi Hukukunda Yetki ve Yetkinin Tesbiti Usulü. Türkiye Barolar Birliği’nin Düzenlediği Birinci Türk Hukuk Kongresi’ne Sunulan Tebliğ, Ankara, Sevinç Matbaası, 1971.
- Çifter, Algun.** “Toplu İş Sözleşmesinin Muhtevası, Düzeyi ve Türleri”, Kamu-İş. 2004, Cilt: 7, Sayı: 3, ss. 279-293.
- Demir, Fevzi.** “2822 Sayılı Toplu İş Sözleşmesi Grev ve Lokavt Kanununu Değiştiren Yasa Tasarısı Taslağı Hakkında Düşünceler”, Çalışma ve Toplum. 2005/2, ss. 61-74. (Taslak Hakkında Düşünceler).
- Demir, Fevzi.** En Son Yargıtay Kararları Işığında İş Hukuku ve Uygulaması. 5. Bası. İzmir, 2009. (İş Hukuku).
- Dereli, Toker.** “6356 Sayılı Yeni Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu: Genel Bir Değerlendirme”, Çalışma ve Toplum. 2013/1, ss. 41-64.

Duman, Barış. Toplu İş Sözleşmesi Yapma Yetkisi. Ankara, Kartal Yayınevi, 2005.

Ekonomi, Münir. “İş Kolunun Değişmesi ve Toplu İş Sözleşmesine Etkisi”, İş Hukukunun Güncel Sorunları (Seminer), 9-12 Aralık 1997, Bolu, ss. 17-51. (İş Kolu).

Ekonomi, Münir. “Toplu İş Sözleşmesi Türleri Ehliyet ve Yetki”, Toplu İş Sözleşmesine İlişkin Temel Sorunlar Semineri. İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Türk Milli Komitesi, Ankara, 1990, ss. 1-34. (Ehliyet ve Yetki).

Günay, Cevdet İlhan. İş Hukuku. 4. Baskı. Ankara, Yetkin, 2005.

Işık, Rüçhan. Türk Toplu İş Sözleşmesi Hukukunda Ehliyet ve Yetki. İkinci Bası. Ankara, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayını, 1973.

Kazancı Mevzuat ve İçtihat Bilgi Bankası. www.kazanci.com (çevrimiçi).

Kocabıyık, Selçuk. “Yetki Tespitine İtiraz Dilekçesinin İlgili İdari Mercilere Kaydettirilmesi”, Sicil. Eylül 2010, Yıl: 5, Sayı: 19, ss. 106-113.

Kocabıyık, Selçuk. “Olumsuz Yetki Tespitine Karşı Yapılan İtirazın Kabulü Üzerine Takip Edilmesi Gereken Usule İlişkin Bir Karar İncelemesi”, Sicil. Eylül 2006, Yıl: 1, Sayı: 3, ss. 137-143.

Kutal, Metin. “Toplu İş Hukukunda İşkolu Kavramı (Önemi, Uygulaması ve Sorunları)”, Sicil, Eylül 2006, Yıl: 1, Sayı: 3, ss. 118-125.

Manav, A. Eda, İştari (Urhanoglu) Cengiz. “Toplu İş Sözleşmesinin Hükümsüzlüğü”, Kamu-İş. 2011, Cilt: 11, Sayı: 4, ss. 9-58.

Özveri, Murat. “Toplu İş Sözleşmesinin Belirlenmesindeki Açmazlar ve 2822 Sayılı Toplu İş Sözleşmesi Grev ve Lokavt Yasası”, Çalışma ve Toplum. 2004/2, ss. 81-90. (Toplu İş Sözleşmesi).

Özveri, Murat. Toplu İş İlişkileri Yasa Tasarısı ve Sendikal Haklar. İstanbul, Birleşik Metal-İş Yayınları, 2012. (Yasa Tasarısı).

Özveri, Murat. “6356 sayılı Yasa ve Sendikal Haklar”, İstanbul Barosu Dergisi. Cilt: 87, Sayı: 2, Yıl: 2013, ss. 89-121. (Sendikal Haklar).

Sur, Melda. İş Hukuku Toplu İlişkiler. Güncellenmiş 4. Bası. Ankara, 2011.

Sümer, Haluk Hadi. İş Hukuku Uygulamaları. Üçüncü Baskı. Konya, 2009.

Süzek, Sarper. İş Hukuku. 7. Baskı. İstanbul, Beta, 2011.

Şahlanan, Fevzi. Toplu İş Sözleşmesi. İstanbul, Banksis Yayınları, No: 70, 1992. (Toplu İş Sözleşmesi).

Şahlanan, Fevzi. “İşletme Toplu İş Sözleşmesi Yetki Tespitine İtiraz Davasında Yetkili Mahkeme - Karar İncelemesi”, *Tekstil İşveren Dergisi*. Ekim 2010, Sayı: 367, ss. 1-8.

Şakar, Müjdat. *İş Hukuku Uygulaması. Yenilenmiş ve Genişletilmiş 9. Baskı.* İstanbul, Beta, 2011.

Taşkent, Savaş. “Yetki Tespiti Açısından Belirli Kavramlar ve Bazı Uygulama Sorunları”, *İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Türk Milli Komitesi 30. Yıl Armağanı*. 2006, ss. 601-610.

Tuğ, Adnan. *Türk Hukukunda Toplu İş Sözleşmesi.* Ankara, 1998.

Tuncay, A. Can. *Toplu İş Hukuku.* İstanbul, Alfa, 1999.

Tunçomağ, Kenan, Tankut Centel. *İş Hukukunun Esasları. 5. Bası.* İstanbul, Beta, 2008.

Tunçomağ, Kenan. “Toplu İş Sözleşmesi Yetkisinin Saptanmasında Oylama (Referandum)”, Prof. Dr. Osman F. Berki’ye Armağan. Ankara, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1977, ss. 835-852.

Uşan, M. Fatih. “Toplu İş Sözleşmesi Yapma Ehliyeti ve Yetkisi Açısında Uygulamada Karşılaşılan Sorunlar (Yargıtay ile Öğreti Arasındaki Görüş Farklılıkları)”, *Kamu-İş. Temmuz 1994*, Cilt: 3, Sayı: 4, ss. 131-153.

Ünlü, Vahap. “İşe İade Davası Sonuçlarının Toplu İş Sözleşmesi Sürecinde Yetki Tespiti Üzerindeki Etkisine İlişkin bir Karar İncelemesi”, *Sicil*. Aralık 2006, Yıl: 1, Sayı: 4, ss. 120-127.

Yamakoğlu, Efe. “Toplu İş Sözleşmesi Grev ve Lokavt Kanunu Uyarınca Yetki Tespitine İtiraz Prosedürü”, *Kamu-İş. 2010*, Cilt: 11, Sayı: 2, ss. 23-46.

İSTİCVABA İLİŞKİN OLARAK HUKUK MUHAKEMELERİ KANUNU İLE GETİRİLEN DÜZENLEMELER

*Arş. Gör. Uğur YAĞCI **

GİRİŞ

İsticvap, 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanun'u döneminde olduğu gibi 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu¹ döneminde de önem arz etmektedir. İsticvabın asıl amacı, dava konusu olan vakıalar hakkında var olan çelişik durumları gidermek ve aydınlatmaktır. İsticvap, kanunda her ne kadar delil olarak kabul edilmemiş olsa da, öğretide bir ispat vasıtası olduğu öne sürülmüştür. İsticvap ile hâkim, isticvap edilen taraftan kendisini bağlayacak beyan alma hakkına sahiptir. İsticvap edilen taraf, sorguya katılmaz ise isticvap konusu vakıaları ikrar etmiş sayılacaktır. İkrar edilmiş vakıalar ise, Hukuk Muhakemeleri Kanunu m. 187/2 gereğince çekişmeli sayılmaz ve bunun sonucu olarak da ispatı gerekmez (HMK m. 188/1).

İsticvap, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 169. maddesi ile 175. maddeleri arasında düzenlenmiştir. HMK'da yer alan bu düzenlemeler 1086 sayılı HUMK'dan bazı konularda farklılıklar göstermektedir. HMK ile isticvabına karar verilen tarafın hâkimle yüz yüze gelmesi amaçlanmış, bu sebeple mahkemeye gelememesi durumunda aynı davaya bakan hâkim tarafından ses ve görüntü yoluyla isticvap edilebileceği düzenlenmiştir. Mahkemenin yargı çevresi dışında fakat mahkemenin bulunduğu ilde bulunan kişilere (mahkemenin yargı çevresi dışındaki bir ilçede bulunsa bile) dahi mahkemeye gelme mecburiyeti getirilmiştir. Ancak mahkemenin bulunduğu il dışında oturanlar için ses ve görüntü nakline ilişkin teknik imkânlardan yararlanmak suretiyle bunun sağlanması öngörülmüştür. İsticvap olunacak kişi, mahkemenin bulunduğu il dışında olur, ses ve görüntü nakline ilişkin tekniklerden yararlanma imkânı da bulunmazsa, istinabe yoluyla isticvap edilebileceği belirtilmiştir.

İsticvap konusunda Hukuk Muhakemeleri Kanunu ile getirilen yeni bir hüküm ise, tanıklığa ilişkin bazı hususların isticvap için de ayrı bir maddede

* Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku Anabilim Dalı.

¹ RG. 4.2.2011, 27836.

düzenlenmiş olmasıdır. Tanıklıkla ilgili; sır saklama nedeniyle çekinme (HMK m. 249), menfaat ihlali tehlikesi nedeniyle çekinme (HMK m. 250), mahkemede dinlenilme (HMK m. 259), bilgilendirilme (HMK m. 260), dinlenilme şekli (HMK m. 261), tarafların yapmalarının yasak olduğu davranışlar (HMK m. 262) ve tercüman kullanılması (HMK m. 263) ile ilgili hükümler, niteliğine aykırı düşmedikçe, isticvapta da uygulanır (HMK m. 175).

Çalışmamızda ilk olarak isticvabın tanımı, hukuki niteliği üzerinde durulacaktır. Sonra, isticvabın konusu ve isticvap edilecek kimseler bakımından yapılan düzenlemeler açıklanacaktır. Daha sonra isticvap kararı ve bu kararın tebliğ edilmesi ile ilgili değişiklikler anlatılacak ve son olarak ise, isticvabın yapılma usulüne değinilecektir.

I. İSTİCVABIN TANIMI VE HUKUKİ NİTELİĞİ

A. İsticvabın Tanımı

İsticvap, sözlükte sorup cevap alma, cevap alma maksadıyla söyletme, sorguya çekme anlamlarına gelmektedir². Hukuk ıstılahında ise, İsticvap, bir tarafın kendi aleyhine olan belli bir vakıa hakkında mahkemece sorguya çekilmesidir³. Öğretideki bir görüşe göre ise isticvap, daha geniş olarak dava konusu vakıaların gerçek veya gerçek olmadığı konusunda, hâkimde kanaat uyandırma amacıyla, davanın taraflarının hâkim tarafından sorguya çekilmesi olarak tanımlanmıştır⁴. İsticvap, bir tarafın sadece Hukuk Muhakemeleri Kanunu m. 169-175'teki usule göre sorguya çekilmesi ile gerçekleşebilir⁵.

² Ferit Devellioğlu, *Osmanlıca-Türkçe Ansiklopedik Lügat*, Yeniden Düzenlenmiş ve Genişletilmiş 18. Baskı, Ankara 2001, s. 455; Ejder Yılmaz, *Hukuk Sözlüğü*, Yenilenmiş 3. Baskı, Ankara 2006, s. 325.

³ Baki Kuru/Ramazan Arslan/Ejder Yılmaz, *Medeni Usul Hukuku*, 22. Baskı, Ankara 2011, s. 362; Hakan Pekcanitez/Oğuz Atalay/Muhammet Özeker, *Medeni Usul Hukuku*, 13. Baskı, Ankara 2012, s. 504; Abdurrahim Karlı, *Medeni Muhakeme Hukuku Ders Kitabı*, 6100 Sayılı HMK Hükümlerine Göre Yargıtay Kararları İşlenmiş ve Gözden Geçirilmiş 2. Baskı, İstanbul 2011, s. 274-275; Oruç Hami Şener, "Medeni Yargılama Hukukunda Tarafların İsticvabı", *Yargıtay Dergisi*, Ocak-Nisan 1990, S.1-2, C. 16, s. 59; Baki Kuru, *Hukuk Muhakemeleri Usulü El Kitabı*, 1. Baskı, İstanbul 1995, s. 409; İbrahim Özbay, *6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu Neler Getirdi?*, 1. Baskı, Ankara 2012, s. 191; YHGK, E. 2009/6-477, K. 2009/546, T. 18.11.2009 (www.kazanci.com, E.T. 14.11.2012).

⁴ Erdal Tercan, *Medeni Usul Hukukunda Tarafların İsticvabı (Tarafların Bilgisine Delil Olarak Başvurulması)*, Ankara 2001, s. 77.

⁵ Kuru/Arslan/ Yılmaz, s. 363; Karlı, s. 557; Özbay, s. 191.

B. İsticvabın Hukuki Niteliği

İsticvabın hukuki niteliği konusunda öğretide görüş birliği bulunmamaktadır. İsticvap sonucunda, ikrar elde edilmesi mümkündür. İsticvabın sonucunda ikrar elde edilmesinin mümkün olması ve ispatla yakın ilgisi sebebiyle isticvabın delil olduğu görüşü savunulmaktadır⁶. Ancak isticvap, hukukumuzda delil olarak düzenlenmemiştir. Öğretide hâkim olan görüşe göre de isticvap delil olarak kabul edilmeyip davanın aydınlatılmasına katkıda bulunan bir usul işlemi olarak kabul edilmiştir⁷.

Usul işlemi, dar ve geniş anlamda kullanılabilir. Dar anlamda usul işlemi, davanın ilerlemesine yardımcı olan ve davanın taraflarınca yapılan şart ve etkilerini usul hukukunda doğuran işlemlerdir⁸. Geniş anlamda usul işlemi ise, bir davada ileri sürülmekle, yargılamanın inşasına veya davada durumun ortaya çıkmasına, yargılamanın ilerlemesine veya engellenmesine sebep olan her işlemdir⁹.

İsticvabı usul işlemi olarak kabul eden görüşün aksine öğretide isticvabı delil olarak kabul eden yazarlar şunlardır:

Üstündağ'a göre, isticvap, diğer delillerin mevcut olmaması veya yetersiz olması halinde başvuru talii bir ispat vasıtası olmayıp hâkimin takdirine göre, deliller ile birleştirilebilen bir ispat vasıtasıdır¹⁰.

⁶ Saim Üstündağ, *Medeni Yargılama Hukuku*, 2. Baskı, C. 1, İstanbul 1977, s. 635; Tercan, *İsticvap*, s. 134-135; Mehmet Akif Tutumlu, *Bilimsel Görüşler ve Yargıtay Kararları Işığında Medeni Yargılama Hukukunda Delillerin İleri Sürülmesi*, 2. Baskı, Ankara 2002, s. 392; Yavuz Alangoya/Kamil Yıldırım/Nevhis Deren-Yıldırım, *Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı Değerlendirme ve Öneriler*, İstanbul Barosu Yayınları, 1. Baskı, Ağustos 2006, s. 103-106; Timuçin Muşul, *Medeni Usul Hukuku*. 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu Esas Alınarak Hazırlanmış 3. Baskı, Ankara 2012, s. 330-331, dn. 443; Mert Namlı, *Türk ve Fransız Hukukunda İsticvap ve Tarafların Dinlenmesi (Danışman: Prof. Dr. Nevhis Deren Yıldırım)*, İÜSBE, YYT, İstanbul 2007, s. 40.

⁷ Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 505; Kuru/Arslan/Yılmaz, s. 363; Şener, s. 61; Necip Bilge/Ergun Önen, *Medeni Yargılama Hukuku*, 3. Baskı, Ankara 1978, s. 484; Ansay, s. 249; Ergun Önen, *Medeni Yargılama Hukuku*, Ankara 1979, s. 185; Bilge Umar, *Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi*, Ankara 2011, s. 470; Ejder Yılmaz, *Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi*, Ankara 2012, s. 945.

⁸ Abdurrahim Karşlı, *Medeni Usul Hukukunda Usuli İşlemler*, 1. Baskı, İstanbul 2001, s. 42; Dinçer Yılmaz, *Medeni Usul Hukukunda Davadan Feragate İlişkin Hükümlerin İdari Yargılama Usulünde Uygulanması*, (Danışman: Doç. Dr. Sema Taşpınar Ayvaz), AÜSBE, YLT, Ankara 2011, s. 9.

⁹ Karşlı, *Usuli İşlemler*, s. 43; Yılmaz, s. 9.

¹⁰ Üstündağ, s. 635.

Tercan ve Tutumlu da isticvabın sadece ikrar elde etmeye yönelik bir araç olduğunun kabul edilmesinin modern ispat teorisiyle ve medeni usulün amacıyla bağdaşmayacağını ifade etmiş ve isticvabın delil olarak kabul edilmesinin önünde hiçbir engel bulunmadığı yönünde görüş beyan etmiştir¹¹.

Ayrıca isticvabı delil olarak kabul eden diğer bir görüş tarafından, isticvabın HMK’da delil olarak düzenlenmemesi eleştirilmiştir. Bu görüşe göre taraf isticvabının delil olarak kabul edilmemesi, tarafı önemli bir bilgi kaynağı, delil olarak kabul eden modern ispat çerçevesine uygun değildir. Çünkü karşılaştırmalı hukukta şekli bir delil olan taraf yemininin yerini, taraf isticvabı almıştır¹².

İsticvap kurumunu, hâkimin re’sen başvurabileceği deliller başlığı altında inceleyen Muşul da isticvabı delil olarak kabul etmektedir¹³.

Diğer bir görüşe göre medeni usul hukukunun amacı “maddi gerçek” ve “adalet”tir. İhtilafı en iyi taraflar bileceği için medeni usulün amacına ulaşabilmesi için onlardan bilgi kaynağı olarak yeterince yararlanılmalıdır. Ayrıca tarafların isticvabına delil niteliği tanınmadan onun sadece ikrar elde etmede bir araç olduğunu belirtmek ispatın belirli bir çerçeveye hapsedilmesi, hâkimi şekli delillere ve şekli ispata mahkûm etme anlamına gelecektir. Oysa medeni usul hukukunun “maddi gerçek” ve “adalet” amacına ulaşabilmesi için, modern usul kanunlarının benimsediği gibi ispatın mümkün olduğunca esnek olması gerekir. İşte bu sebeplerden dolayı bu görüşe göre de isticvap bir ispat aracıdır¹⁴.

Yargıtay’ın isticvabın hukuki niteliği hususunda yerleşmiş içtihadından bahsetmek zordur. Çünkü Yargıtay’ın bir kararında “*Hukuk davalarında hâkim, tarafların istekleri ve gösterdikleri kanıtlar ile bağlıdır. Ancak, toplanan kanıtların hüküm kurma yolunda yetersiz kalması durumunda; hâkim, usul yasasında yazılı sorguya çekme (isticvap) ve yemin gibi olanaklardan yararlanmak suretiyle kendiliğinden (re’sen) soruşturma yaparak gerçeği bulmak zorundadır*” diyerek isticvabı delil olarak algıladığı anlaşılmaktadır¹⁵. Buna Karşılık Yargıtay birçok kararında isticvabı başlı başına delil

11 Tercan, İsticvap, s. 134-135; Tutumlu, s. 392.

12 Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım, Değerlendirme ve Öneriler, s. 103-106.

13 Muşul, s. 330-331, dn. 443.

14 Namlı, s. 40.

15 Y. 1. HD., E. 1987/1347, K. 1988/2838, T. 2.4.1987 (YKD., Nisan 1988, C. 14, S. 4, s. 465); Namlı, s. 39; Tercan, İsticvap, s. 325.

olarak kabul etmeyip bir davada o dava ile ilgili belli vakıaların açıklığa kavuşturulması, varlığı ve yokluğu konusunda aleyhine olan tarafın ikrarının sağlanması amacıyla hâkimin kendiliğinden veya taraflardan birinin istemini kabul ederek başvurabileceği usuli bir işlem olduğuna hükmetmiştir¹⁶.

Her ne kadar, dava ile ilgili vakıaları en iyi bilen kişiler taraflar olsa da, taraflar kendi davalarında en şüpheli kişi konumunda olduklarından isticvabın başlı başına bir delil olarak kabul edilmeyip davanın aydınlatılmasına katkıda bulunan bir usul işlemi olarak kabul edilip kanunda usul işlemi olarak düzenlenmesi kanaatimizce de yerindedir.

İsticvap kurumunu, tarafların dinlenilmesi kurumu ile karıştırmamak lazımdır. Tarafların hâkim tarafından duruşmada dinlenmesi, açıklamalarının alınması isticvap değildir. Hâkim, aydınlatma ödevini yerine getirmek için tarafları ve tarafların vekillerini usulüne uygun olarak davet edip her zaman dinleyebilir (HMK m. 144/f. 1); açık olmayan ve çelişkili konularda açıklama isteyebilir (HMK m. 31). Tarafların bu şekilde dinlenmesi, isticvaptan farklıdır. Tarafların dinlenmesinde hâkim, değişik sebeplerle tarafların bilgisine başvurur, isticvapta ise tarafların aleyhine olan hususlarda, özellikle ikrar elde etme amacı vardır¹⁷. Tarafın davayı aydınlatmak amacıyla dinlenmesi, çelişkinin bertaraf edilmesi, boşluğun doldurulması, açık olmayan hususların açıklanmasına yöneliktir¹⁸.

Tarafların isticvabı, sadece tahkikat aşamasında mümkün olduğu halde, tarafın dinlenmesi, davanın her aşamasında mümkündür¹⁹. Ayrıca taraf, kural olarak dinlenmek için çağrıldığı duruşmaya gelmezse, sadece mazeretsiz gelmediği duruşmada yapılan işlemlere itiraz edemez (HMK m. 150/f. 2); isticvap için çağrılan taraf çağrıldığı duruşmaya gelmez ise, sorulan vakıaları

¹⁶ YHGK, E. 2009/6-477, K. 2009/546, T. 18.11.2009; YHGK, E. 2006/9-315, K. 2006/465, T. 21.6.2006; Y. 13. HD., E. 2003/11403, K. 2004/1235, T. 10.2.2004; Y. 13. HD., E. 1990/6807, K. 1991/860, T. 31.1.1991 (www.kazanci.com, E.T. 12.09.2012); YHGK, E. 2006/9-315, K. 2006/465, T. 21.6.2006 (www.ictihatlar.net, E.T. 12.09.2012).

¹⁷ Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 504; Kuru/Arslan/Yılmaz, s. 362; Şener, s. 62; Sabri Şakir Ansay, *Hukuk Yargılama Usulleri*, 7. Baskı, Ankara 1960, s. 249.

¹⁸ Yavuz Alangoya, *Medeni Usul Hukukunda Vakıaların Ve Delillerin Toplanmasına İlişkin İlkeler*, İstanbul 1979, s. 160; Saim Üstündağ, *Medeni Yargılama Hukuku*, 2. Baskı, İstanbul 1977, C. I, s. 634; Ömer Ulukapı, *Medeni Usul Hukukunda Tarafların Duruşmaya Gelmemesi*, Konya 1997, s. 156; Tercan, *İsticvap*, s. 78; İlker Hasan Duman, *Hukuk Mahkemesinde Tarafların Sorgusu, AD.*, Mayıs-Haziran 1985, Yıl: 76, S. 3, s. 715.

¹⁹ Ulukapı, s. 156; Tercan, s. 83; Alangoya, *Vakıaların ve Delillerin Toplanması*, s. 160-161; Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 505; Karşlı, *Ders Kitabı*, s. 558; Duman, s. 715.

ikrar etmiş sayılır (HMK m. 171). İkrar ise, bir tarafın kendi aleyhine olan bir vakianın doğru olduğunu mahkeme önünde beyan etmesidir²⁰.

İsticvap kurumunun en önemli sonucu, müeyyidesinde kendisini gösterir. Yani isticvap için çağrıldığı duruşmaya gelmeyen veya duruşmaya gelip sorulan soruları cevapsız bırakan taraf bu vakıaları ikrar etmiş sayılır. İkrar edilmiş vakıalar ise, Hukuk Muhakemeleri Kanunu m. 187/f. 2 gereğince çekişmeli sayılmaz ve bunun sonucu olarak da ispatı gerekmez (HMK m. 188/f. 1).

Taraf duruşmaya gelerek sorulanlara cevap verirse, sonuç bakımından isticvap usulü ya da tarafların dinlenilmesi usulüne göre çağrılması önem arz etmez²¹.

İsticvap, taraflarca getirilme ilkesine tabi olan davalarda söz konusudur. Buna karşılık, kendiliğinden araştırma ilkesinin uygulandığı davalarda, isticvap hükümleri uygulanmaz; çünkü tarafların ikrarı hâkimi bağlamaz. Bu sebeple kendiliğinden araştırma ilkesinin uygulandığı davalarda sadece tarafların dinlenmesine ilişkin hükümler uygulanır²².

İsticvap, “dava malzemesinin taraflarca getirilmesi” ilkesinin bir sınırlamasıdır. İsticvap ile dava malzemesinin toplanmasında mahkemeye etkile-yici tedbir alma imkânı sunulmaktadır²³.

II. İSTİCVABIN KONUSU VE İSTİCVAP EDİLECEK KİMSELER BAKIMINDAN YAPILAN DÜZENLEMELER

A. İsticvabın Konusu

Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun 169. maddesinin 2. fıkrası, eski Kanununun 230. maddesinin 2. fıkrasının²⁴ güncelleştirilmiş şeklidir. Buna göre

²⁰ Karşılı, Ders Kitabı, s. 275; Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 545; Taylan Özgür Kiraz, *Medeni Yargılama Hukukunda İkrar*, Ankara 2005, s. 38-39.

²¹ Kuru/Arslan/Yılmaz, s. 362.

²² Kuru/Arslan/Yılmaz, s. 362; Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 505.

²³ Ekkehard Becker-Eberhard, Dava malzemesinin Taraflarca Getirilmesi İlkesinin Esasları ve Sınırları, Çev. M. Kamil Yıldırım, *İlkeler Işığında Medeni Yargılama Hukuku*, 7. Baskı, İstanbul 2012, s. 33.

²⁴ Karş. HUMK m. 230/ f. 2: “İsticvap müddeabihe veya onunla münasebeti olan hallerle vakıalara taallük etmek icap eder”. Bir görüşe göre, “müddeabih” yerine “davanın temelini oluşturan vakıalar” ibaresinin tercih edilmesi, güncelleştirmenin ötesinde, dava konusunun ne olarak anlaşılması gerektiği konusunda teorik bir tercihtir, Alango-ya/Yıldırım/Deren-Yıldırım, Değerlendirme ve Öneriler, s. 104.

isticvap, davanın temelini oluşturan vakıalar ve onunla ilişkisi bulunan hususlar hakkında olur. O halde tarafın isticvabının konusunu, davanın konusu ve onunla bağlı olan maddi vakıalar oluşturur²⁵.

İsticvap, isticvap edilecek tarafı ikrarda bulunmaya götürebileceğinden ve tarafın gelmemesi halinde isticvap konusu vakıayı ikrar etmiş sayılacağından (HMK m. 171), bir taraf, ancak kendi aleyhine olan vakıalar hakkında isticvap edilebilir²⁶, kendi lehine olan vakıalar için isticvap edilemez. Bir taraf, kendi lehine olan vakıalar hakkında ancak HMK m. 144' de düzenlenen şekilde dinlenilebilir.

Vakıa sözlükte “vuku bulmuş, olmuş bir iş” anlamına gelmektedir²⁷. Hukuki olarak vakıa, bir hukuk normunun unsur vakıalarını, karşılayabilecek, zaman ve mekân ile belirli, dış dünyaya veya insanın iç dünyasına ilişkin olarak cereyan etmiş veya halen mevcut olan durumlardır²⁸. Vakıalar maddi bir fiil olabileceği gibi (haksız fiil teşkil eden bir otomobil çarpması gibi), bir hukuki işlem de olabilir (satış sözleşmesi gibi)²⁹.

Şunu belirtmek gerekir ki Hukuk Muhakemeleri Kanunu m. 187 gereğince isticvabın konusunu her türlü vakıa oluşturmayacaktır. Öncelikle ihtilafli olmayan hususlarda tarafların isticvabı gerekmeyecektir³⁰. Tarafların isticvabını gerektiren ihtilafli vakıaların ise, önemli, olayla doğrudan ilgisi bulunan ve hükme tesir edebilecek nitelikte olmaları gerekmektedir³¹.

Vakıalarla ilgili diğer bir önemli husus ise, Hukuk Muhakemeleri Kanunu m. 187/f. 2 gereğince herkesçe bilinen vakıalar ile ikrar edilmiş vakıalar çekişmeli sayılmayacağından bu hususlarla ilgili olarak taraflar isticvap edilemeyecektir. Örneğin, basın, radyo ve kitap gibi herkesin faydalanabileceği

25 Ayrıca bkz. ve karşı. İlhan E. Postacıoğlu, *Medeni Usul Hukuku Dersleri*, 6. Baskı, İstanbul 1975, s. 566; Üstündağ, s. 634.

26 Kuru/Arslan/Yılmaz, s. 363; Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 504; Özbay, s. 192; YHGK, E. 2009/6-477, K. 2009/546, T. 18.11.2009 (www.kazanci.com, E.T. 14.11.2012).

27 Devellioğlu, s. 1135; Yılmaz E., sözlük, s. 726.

28 Yavuz Alangoya, *Medeni Usul Hukukunda Vakıaların ve Delillerin Toplanmasına İlişkin İlkeler*, İstanbul 1979, s. 75; Mehmet Kamil Yıldırım, *Medeni Usul Hukukunda Delillerin Değerlendirilmesi*, İstanbul 1990, s. 114; Oğuz Atalay, *Medeni Usul Hukukunda Menfi Vakıaların İspatı*, İzmir 2001, s. 57.

29 Baki Kuru, *Hukuk Muhakemeleri Usulü*, 6. Baskı, C. 2, İstanbul 2001, s. 1587; Tercan, *İsticvap*, s. 115.

30 Bilge/Önen, s. 491; Yıldırım, s. 114; Yılmaz E., Şerh, s. 946; Tercan, *İsticvap*, s. 114.

31 Bilge/Önen, s. 492; Yıldırım, s. 115; Yılmaz E., Şerh, s. 946.

yollardan öğrenilen vakıalar, herkesçe bilinen vakıalar sayılır³². Yine aynı şekilde 100 bin TL'lik bir alacak davasında davalı taraf, davacıdan 100 bin TL aldığını kabul ederse, davalı taraf borcunu ikrar etmiş sayılacağından bu hususun ispatı gerekmeyecek³³ ve dolayısıyla taraflar da bu husustan dolayı isticvap edilmeyecektir.

Hukuk Muhakemeleri Kanunu m. 175'in yaptığı atıfla, tanıklığa ilişkin belli kurallar isticvap konusunda da uygulanacaktır. Bu kurallar arasında HMK m. 250'ye de yollama vardır. HMK m. 250'yi isticvap konusunda da uyguladığımızda; İsticvaba konu vakıanın açıklanması sorgulanan tarafın veya yakınlarının şeref ve itibarını ihlal edecek ya da ceza soruşturmasına veya kovuşturmasına sebep olacaksa sorgulanan taraf sorulara cevap vermekten kaçınabilecektir. HUMK'da bu konuda açık bir kural olmamasına rağmen bu husus HUMK m. 246/f. 1, b. 2'den kıyas yoluyla çıkarılabiliyordu³⁴. HUMK döneminde bu konuyla ilgili olarak, Yargıtay Hukuk Genel Kurulu suç teşkil eden bir konuda kişinin isticvap edilemeyeceğine hükmetmiştir³⁵.

B. İsticvap Edilecek Kimseler

Mahkeme, kendiliğinden veya talep üzerine taraflardan her birinin isticvabına karar verebilir (HMK m. 169/f. 1)³⁶. İsticvap edilecek kişi, isticvap konusu vakıa aleyhine olan ve bu nedenle isticvabına karar verilmiş olan tarafın bizzat kendisidir (HMK m. 171). Bu sebeple tarafın vekili, taraf yerine isticvap edilemez. Taraf davayı vekil aracılığı ile takip etse bile, isticvap davetiyesinin tarafın kendisine tebliğ edilmesi gerekir³⁷.

³² Bilge/Önen, s. 492.

³³ Ansay, s. 257; Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 545; Kuru/Arslan/Yılmaz, s. 384.

³⁴ Umar, s. 472, dn. 1.

³⁵ YHGK., E. 1996/11-385, K. 1996/508, T. 26.6.1996 (www.kazanci.com, E.T. 14.9.2012); Tercan, İsticvap, s. 247.

³⁶ HMK m. 169/ f. 1 hükmü, eski Kanununun 230. maddesinin 1. fıkrasının birinci cümlesinin güncelleştirilmiş şeklidir. Karş. HUMK m. 230/ f. 1, c. 1: "Tahkikat hâkimi iki taraftan her birini re'sen veya talep üzerine isticvap edebilir".

³⁷ Ejder Yılmaz/Tacar Çağlar, *Tebliğat Hukuku C. 1*, Genişletilmiş 3. Baskı, Ankara 1999, s. 441; Kuru, *El Kitabı*, s. 411; Tercan, İsticvap, s. 138.

Hukuk Muhakemeleri Kanunu m. 170 “*isticvap olunacak kişilerin belirlenmesi*” başlığı ile düzenlenmiştir. Bu madde, eski Kanun 231. maddesinden³⁸ alınmıştır. Ancak HMK m. 170/f. 3 hükmü yeni bir hükümdür.

Hukuk Muhakemeleri Kanununun 170. maddesinin 1. fıkrasına göre, isticvabına karar verilen taraf tüzel kişi ise, tüzel kişi adına “*temsil yetkisine*” sahip kimse isticvap olunur. Örneğin, bir derneğin taraf olduğu davalarda yönetim kurulu üyeleri isticvap yoluyla dinlenebilir³⁹.

İsticvap edilmesi gereken kimseler, “*dava görülürken*” tüzel kişiyi halen temsile yetkili olan kimselerdir. Dava konusu işlem veya isticvap konusu vakıanın, gerçekleştiği zamanda, tüzel kişiyi organ sıfatıyla temsil eden kimse, daha sonra tüzel kişiyi temsil görevi sona ermişse, bu kimseler, o zamanki işlemlerinden dolayı isticvap edilemezler. Bu gibi kimselerin dava konusu hakkındaki bilgilerine başvurmak gerekirse, bunlar ancak, tanık olarak davet edilir ve o şekilde hâkim tarafından sorguya çekilebilirler; yoksa bunların isticvabı mümkün değildir⁴⁰. Kural olarak, artık bunların davada temsilci olarak, taraf sıfatları mevcut değildir⁴¹. Diğer bir ifadeyle, bir davada ancak “ *taraflar*” isticvap edilebilir. Taraflar dışındaki üçüncü kişilerin isticvap edilmesine imkân yoktur; onların bilgisinden tanık olarak yararlanılır (HMK m. 240).

Hukuk Muhakemeleri Kanununun 170. maddesinin 2. fıkrasına göre, ergin olmayan veya kısıtlı bir kimse adına yapılmış bir işleme ilişkin olarak, o kişinin kanuni mümessili isticvap olunur. Buna karşılık Hukuk Muhakemeleri Kanununun 170. maddesinin 3. fıkrasına göre ergin olmayan veya kısıtlı kimselere bizzat dava hakkı tanınan hallerde, ikinci fıkra hükmü uygulanmaz. Yani, bu hallerde ergin olmayan veya kısıtlı kimselerin kanuni mümessili değil, ergin olmayan küçük veya kısıtlının kendisi isticvap olunur. 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun 231. maddesinde yer alan düzenlemeye göre, isticvap olunacak şahıs, kısıtlı veya yaşı on altıdan küçük ise “*hâkimin takdirine*” göre ya kendisi veya velisi veya hükmi şahıs ise mümessili isticvap olunacaktır. Hukuk Muhakemeleri Kanununun 170. maddesi ile ergin olmayan veya kısıtlıların kanuni temsilcileri yanında bizzat

³⁸ Karş. HUMK m. 231: “*İsticvap olunacak şahıs, mahcur veya yaşı on altıdan küçük ise hâkimin takdirine göre ya kendisi veya velisi veya vasisi ve hükmi şahıs ise mümessili isticvap olunur*”.

³⁹ Şener, s. 63; Kuru/Arslan/Yılmaz, s. 363; Tercan, İsticvap, s. 168; Kuru, El Kitabı, s. 411.

⁴⁰ Tercan, İsticvap, s. 170.

⁴¹ Tercan, İsticvap, s. 170.

dinlenilmeleri konusunda “*hâkime tanınmış olan*” takdir hakkı kaldırılmıştır⁴².

Üzerinde durulması gereken başka bir konu da davaya müdahale halinde, müdahilin de isticvabının mümkün olup olmadığıdır. Öncelikle belirtmek gerekir ki, üçüncü kişinin taraflar arasında görülmekte olan bir davaya, davanın taraflardan biri yanında ona yardımcı olmak üzere katılması veya davanın taraflarına dava açarak müdahale etmesi mümkündür. Davaya müdahale, fer’i müdahale ve asli müdahale olmak üzere iki şekilde olabilmektedir.

Fer’i müdahale, üçüncü kişinin, davayı kazanmasında hukuki yararı bulunan taraf yanında ve ona yardım amacıyla, tahkikat sona erinceye kadar davaya katılabilesini ifade eder (HMK m. 66). Müdahale talebinin kabulüne karar verilen üçüncü kişi (müdahil), bununla “*taraf*” veya “*tarafın temsilcisi*” olmaz. Müdahil, sadece lehine müdahalede bulunduğu tarafın yardımcısı olur⁴³. Lehine katıldığı tarafla birlikte hareket etmek zorunda olan (HMK m. 68) fer’i müdahil, ancak lehine müdahale ettiği tarafın iradesine uygun olan usul işlemlerini yapabilir. Fer’i müdahilin yaptığı ve lehine katıldığı tarafın yaptığı işlemlerle çelişik olmayan usul işlemleri, lehine katıldığı taraf için de geçerlidir⁴⁴. Dolayısıyla, katıldığı tarafın görüşüne aykırı bir beyanı, örneğin “*ıkrarı*” göz önünde tutulmaz⁴⁵. Bu sebeple, fer’i müdahilin isticvabından bir yarar elde edilemeyeceği öğretide bir görüş tarafından iddia edilmiştir⁴⁶.

Kanaatimizce de, fer’i müdahil üçüncü kişi olması ve tanık olarak dinlenilmesi sebebiyle isticvap edilemez⁴⁷. Çünkü HMK m. 169 gereğince taraflar isticvap edilebilir. Dolayısıyla fer’i müdahilin isticvabından bir yarar

42 HMK m. 170’in gerekçesi.

43 Hakan Pekcanitez, *Medeni Usul Hukukunda Fer’i Müdahale*, Ankara 1992, s. 18; H. Yavuz Alangoya/M. Kamil Yıldırım/Nevhis Deren Yıldırım, *Medeni Usul Hukuku Esasları*, 7. Baskı, İstanbul 2009, s. 151; Kuru/Arslan/Yılmaz, s. 516; Muhammed Özkes, *Medeni Usul Hukukunda Asli Müdahale*, 1. Baskı, İstanbul 1995, s. 32; Tercan, s. 188; Pekcanitez/Atalay/Özkes, s. 274.

44 Kuru/Arslan/Yılmaz, s. 516; Pekcanitez, s. 142.

45 Şener, s. 64; Pekcanitez, s. 146.

46 Şener, s. 64.

47 Alangoya/Yıldırım/Deren Yıldırım, *Esaslar*, s. 151; Pekcanitez, s. 168; Tercan, *İsticvap*, s. 88.

elde edilemeyeceği için değil, fer'i müdahil taraf olmadığı için isticvap edilemeyecektir⁴⁸.

1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununda yer verilmemesine rağmen Yargıtay içtihatlarında⁴⁹ yer alan davaya müdahalenin diğer bir şekli olan asli müdahale, HMK'nın 65. maddesinde düzenlenmiştir. Söz konusu hükme göre asli müdahale, bir yargılamanın konusu olan hak veya şey üzerinde kısmen ya da tamamen hak iddia eden üçüncü kişinin, hüküm verilinceye kadar bu durumu ileri sürerek, yargılamanın taraflarına karşı aynı mahkemede dava açabilmesini ifade eder. Madde hükmünden de anlaşılacağı üzere, asli müdahil taraflardan birinin yanında davaya katılmamakta, devam eden davanın taraflarına karşı yeni bir dava açmaktadır. Dolayısıyla, asli müdahale ayrı bir davadır ve asli müdahilin böyle bir dava açmakta hukuki yararının bulunması gerekir⁵⁰. Bu sebeple, asli müdahil birlikte görülen iki davadan birinin tarafıdır ve davada taraf sıfatına sahip olduğu için isticvap edilmesi mümkündür⁵¹.

Asli müdahil, fer'i müdahilden farklı olarak görülmekte olan davanın taraflarından birinin yanında davaya katılmayıp, görülmekte olan davanın taraflarına ayrı bir dava açıp davanın tarafı haline gelmektedir. HMK m. 169 gereğince de taraflar isticvap edilebildiği için kanaatimizce de asli müdahilin isticvabı mümkündür.

III. İSTİCVAP KARARI VE TEBLİĞ EDİLMESİNE İLİŞKİN DÜZENLEMELER

A. İsticvap Kararı

Hâkim, bir tarafın isticvabına kendiliğinden karar verebilir (HMK m. 169/f. 1). Taraflardan biri de, diğer tarafın belli bir vakıta hakkında isticvap edilmesini talep edebilir. Ancak hâkim, bir tarafın isticvap talebini kabul etmek zorunda değildir; "*gerekli görürse*" tarafların isticvabına karar ve-

⁴⁸ Pekcanitez, s. 168, dn. 18; Tercan, İsticvap, s. 189.

⁴⁹ Y. 1. HD., E. 2011/3397, K. 2011/4353, T. 14.4.2011; YHGK, E. 2003/9-32, K. 2003/96, T. 26.2.2003; Y. 2. HD., E. 1976/6764, K. 1976/8120, T. 12.11.1976 (www.kazanci.com, E.T, 13.11.2012).

⁵⁰ Özkes, s. 33-34; Pekcanitez, s. 45; Pekcanitez/Atalay/Özkes, s. 289.

⁵¹ Şener, s. 65; Tercan, İsticvap, s. 187; Pekcanitez, s. 46.

rır⁵². Böylelikle isticvap kararı ile hâkime, taraftan kendisini bağlayıcı beyan alma imkânı getirilmiştir⁵³.

B. İsticvap Kararının Tebliğ Edilmesi ve İsticvap Davetiyesi

İsticvap edilecek tarafın davet edilmesi HMK m. 171 hükmünde düzenlenmiştir. Eski Kanunun 234. maddesinin⁵⁴ karşılığını oluşturan bu hükümde, isticvap edilecek kimselerin mahkemeye çağrılmaları ile gelmemeleri yahut cevap vermemelerinin sonuçları gösterilmiştir⁵⁵.

İsticvabına karar verilen kimseye bizzat davetiye gönderilir ve belirlenen gün ve saatte isticvap olunmak üzere hazır bulunması gerektiği belirtilir (HMK m. 171/f. 1). Taraf davayı kendisi takip ediyor ve yüzüne karşı isticvabına karar verilmiş ise, kendisine isticvap davetiyesi gönderilmesine gerek yoktur; hemen tarafın isticvabına geçilebilir⁵⁶.

Tebliğat Kanununun⁵⁷ 11. maddesine göre; vekil vasıtasıyla takip edilen işlerde tebligat vekile yapılır ve kanuni mümessilleri bulunanlara veya bulunması gerekenlere yapılacak tebligat ise kanunlara göre bizzat kendilerine yapılması icap etmedikçe bu mümessillere yapılır⁵⁸. Ancak HMK m. 171/f. 1'e göre, isticvabına karar verilen tarafa yapılacak tebligat, tarafın davasını vekil aracılığı ile takip etmesi halinde dahi, mutlaka tarafa yapılmalıdır. Diğer bir ifadeyle, isticvap, Tebligat Kanunu'nda yer alan bu düzenlemenin önemli bir istisnasını teşkil eder⁵⁹.

İsticvap davetiyesinde, ayrıca isticvap konusu vakıalar gösterilir; ilgili tarafın geçerli bir özrü olmaksızın gelmediği veya gelip de sorulara cevap vermediği takdirde, isticvap konusu vakıaları ikrar etmiş sayılacağı ihtar da

⁵² Kuru, Hukuk Muhakemeleri, s.1956; Kuru/Arslan/Yılmaz, s. 363.

⁵³ HMK. m. 169'un gerekçesi.

⁵⁴ Karş. HUMK m. 234: "İsticvap için çağrılmasına karar verilen tarafa geçerli bir özürü olmaksızın gelmediği veya tertip olunan soruları cevaplandırmadığı takdirde sorulan vakıaları ikrar etmiş sayılacağı, çıkarılacak davetiye yazılır. Çağrılan taraf özürsüz olarak gelmediği veya gelip de soruları cevapsız bıraktığı takdirde, mahkeme sorulan vakıaları ikrar edilmiş sayar".

⁵⁵ HMK m. 171'in gerekçesi.

⁵⁶ Kuru, Hukuk Muhakemeleri, s. 1958; Kuru, El Kitabı, s. 411.

⁵⁷ RG. 19.2.1959, 10139.

⁵⁸ Bkz. ayrıca Tebligat Kanunu'nun Uygulanmasına Dair Yönetmelik m. 18-19, RG. 25.1.2012, 28184.

⁵⁹ Yılmaz/Çağlar, s. 441.

yapılır (HMK m. 171/f. 1)⁶⁰. Ayrıca gerektiği takdirde isticvap davetiyesine isticvap olunacağı konu ile ilgili belgelerin (fatura, senet, sözleşme gibi) fotokopileri de eklenir⁶¹.

Madde hükmünde ifade edilen isticvap için çağrılan tarafın gelmesine engel olabilecek geçerli özür halleri neler olabilir? Bu halleri sınırlı olarak saymak mümkün değildir. Zaten madde hükmü de bu halleri teker teker saymayıp hâkimin takdirine bırakmıştır. Her somut olayın özelliğine göre, geçerli özür hallerinin, isticvap için çağrılan tarafın gelmesine engel olup olmadığını hâkim, araştıracaktır. Örneğin, ağır hastalık hali, yangın, su basması, deprem, trafik kazası gibi haller geçerli özür kavramına dâhil edilebilir⁶².

Çağrılan taraf özürsüz olarak gelmediği veya gelip de sorulara cevapsız bıraktığı takdirde, mahkemece sorulan vakıaları ikrar edilmiş sayılır (HMK m. 171/f. 2).

Madde hükmünde “sayılabilir” ifadesi kullanılmamış, “sayılır” ifadesi kullanılmıştır. Dolayısıyla madde hükmündeki ikrar edilmiş sayma, hâkimin takdirine bırakılmış değildir. Hâkim, isticvap davetiyesi üzerine gelmeyen veya gelip de cevap vermeyen tarafı, kendisine sorulan vakıaları ikrar etmiş saymak zorundadır⁶³. Doktrinde bir görüş, kanun hükmünün emredici ve hâkimin takdir yetkisini bertaraf edici nitelikte olduğunu kabul etmekte, ancak kaynak Neuchatel Kanunu’na paralel bir şekilde hukukumuzda da, bu konuda hâkime takdir yetkisi vermenin ve ikrar etmiş sayılma sonucunu hâkimin takdirine bırakmanın uygun olacağını savunmaktadır⁶⁴.

Madde hükmünü bir örnek ile açıklayacak olursak, davacının dayandığı senet altındaki imzanın davalıya ait olup olmadığını bildirmesi için hâkim davalının isticvabına karar verir (HMK m. 309) ve davalıya isticvap daveti-

⁶⁰ Yargıtay T. 12.2.1954, E. 386, K. 828 sayılı bir kararında isticvaba konu olacak vakıa iddiaları isticvap çağrısında gösterilmemiş olduğu halde, çağrıya rağmen gelmeyen tarafı o vakıaları ikrar etmiş saymanın bozmayı gerektireceğine hükmetmiştir, Umar, s. 474.

⁶¹ Yılmaz E., Şerh, s. 949; Y. 13. HD., E. 2003/5881, K. 2003/10786, T. 29.9.2003 (www.kazanci.com, E.T. 20.09.2012).

⁶² Tercan, İsticvap, s. 255.

⁶³ Kuru, Hukuk Muhakemeleri, s. 1959; Tercan, İsticvap, s. 259; Bilge/Önen, s. 487; Erdal Tercan, Medeni Usul Hukukunda Gerçeği Söyleme Yükümlülüğü, *SÜHFD*, C. 5, S. 1-2, Konya 1996, s. 204.

⁶⁴ Ramazan Arslan, *Medeni Usul Hukukunda Dürüstlük Kuralı*, Ankara 1989, s. 124; Tercan, İsticvap, s. 240; Kiraz, s. 99-100; Duman, s. 719-720; Tercan, Gerçeği Söyleme Yükümlülüğü, s. 204.

yesi gönderir. Bunun üzerine davalı, makul bir özrü olmaksızın oturuma gelmezse veya gelip de imzanın kendisine ait olup olmadığı hakkındaki sorulara cevap vermezse, davacının dayandığı senet altındaki imzanın kendisine ait olduğunu ikrar etmiş sayılır⁶⁵.

IV. İSTİCVAP USULÜNE İLİŞKİN DÜZENLEMELER

Hukuk Muhakemeleri Kanununun 172. maddesinin 1. fıkrasına göre, isticvap olunacak kimsenin bizzat gelmesi gereklidir. Ancak, isticvap olunacak kişi, mahkemenin bulunduğu il dışında oturuyor ve bulunduğu yerde aynı anda ses ve görüntü nakledilmesi yolu ile isticvap olunması mümkün değilse istinabe yolu ile isticvap olunur.

Hukuk Muhakemeleri Kanunu m. 172/f. 1, c. 1'e göre isticvap olunacak kişi, tarafın bizzat kendisidir. Bu cümle, eski Kanunun 232. maddesinin, 1. cümlesinin⁶⁶ sadeleştirilmiş halidir.

Hukuk Muhakemeleri Kanunu m. 172/f. 2, c. 2 hükmü yeni bir hükümdür. Buna göre İsticvap olunacak kişi, mahkemenin bulunduğu il dışında oturuyor ve bulunduğu yerde aynı anda ses ve görüntü nakledilmesi yolu ile isticvap olunması mümkün değilse istinabe yolu ile isticvap olunacaktır.

⁶⁵ Kuru/Arslan/Yılmaz, s. 364; Kuru, Hukuk Muhakemeleri, s. 1959.

Yargıtay bir kararında “senet hamili H.Ö. tarafından davacı keşideci aleyhine senet protesto edilmiş olduğundan senedin davalı H.Ö’de bulunduğu anlaşılmaktadır. Davacı senetteki imzayı inkâr etmiş ve mahkemece senetteki imzanın tahkiki için adı geçen davalıya meşruhatlı isticvap davetiyesi tebliğ edilmiş buna rağmen davalı H.Ö duruşmaya gelmediği gibi senedi de ibraz etmemiştir. Bu durumda davalı, davacının iddiasını ve senetteki imzanın davacıya ait olmadığını kabul etmiş sayılmak ve dava kabul edilmek gerekirken yazılı olduğu şekilde davanın reddine karar verilmesi bozmayı gerektirğine” karar vermiştir (Y. 11. HD., E. 1990/2713, K. 1990/2951, T. 2.4.1990, www.kazanci.com, E.T. 14.09.2012).

Yargıtay bir başka kararında “davalının duruşmaya gelmemesi üzerine adına çıkarılan isticvap davetiyesinde duruşmaya gelmemesi halinde gerek “cari hesap sözleşmesindeki” imzanın kendisine ait olduğunu ve gerek bu hesap sözleşmesi uyarınca davacı tarafın verdiği fiş kart ve evraktaki alış verişi yapmış olduğunu kabul etmiş sayılacağı yazılıdır. Bu davetiye, davalıya tebliğ edilmiş olmasına rağmen duruşmaya gelmemiştir. HUMK'nun 234. maddesi gereğince davalı isticvaba rağmen duruşmaya gelmediği için mahkemece sorulan vakaları ikrar etmiş sayılır. Böylece toplanan delillere göre davalının, davacının iddia ettiği oranda borçlu olduğunun kabulünün zorunlu” olduğuna karar vermiştir (Y. 13. HD., E. 1995/6382, K. 1995/6681, T. 3.7.1995, www.kazanci.com, E.T. 14.9.2012).

⁶⁶ Karş. HUMK m. 232: “İsticvap olunacak kimsenin bizzat gelmesi lazımdır. Ancak o kimse mahkemenin dairei kazası haricinde mukim ise istinabe suretiyle isticvap olunur”.

Hükmün gerekçesinden anlaşılacağı üzere, imkân oldukça tarafın hüküm verecek hâkimle yüz yüze gelmesinde, gerçeğin ortaya çıkması bakımından fayda umulmuş, mahkemenin yargı çevresi dışında fakat mahkemenin bulunduğu ilde bulunan kişilere (mahkemenin yargı çevresi dışındaki bir ilçede bulunsa bile) dahi mahkemeye gelme mecburiyeti getirilmiştir. Ancak mahkemenin bulunduğu il dışında oturanlar için ses ve görüntü nakline ilişkin teknik imkânlardan yararlanmak suretiyle bunun sağlanması öngörülmüştür. İsticvap olunacak kişi, mahkemenin bulunduğu il dışında olur, ses ve görüntü nakline ilişkin tekniklerden yararlanma imkânı da bulunmazsa, istinabe yoluyla isticvap edilir⁶⁷.

Hukuk Muhakemeleri Kanunu m. 172/f. 1 “istinabe suretiyle isticvap olunur” diyerek istinabeyi zorunlu kılmakta ise de, bu konuda hâkime takdir hakkı tanımak ve “olunur” sözcüğünü “olunabilir” diye yorumlamak yasanın gütmüş olduğu amaca göre yorumlama yapılacağı ilkesinin bir gereği olup hâkim, yargı çevresi dışında bulunan tarafı da isticvap için kendi mahkemesine davet edebilmelidir⁶⁸. Ancak Yargıtay 3. HD. E. 1999/3338, K. 3145, T. 5.4.1999 sayılı bir kararında yargı çevresi dışında oturan tarafın istinabe yoluyla isticvap edilmesinin zorunlu olduğunu belirtmektedir⁶⁹.

Hukuk Muhakemeleri Kanunu m. 172/f. 2 hükmü gereğince, hastalık, sakatlık veya benzeri sebeplerle mahkemeye bizzat gelemeyecek durumda olanlar, buldukları yerde isticvap olunur. Maddenin bu fıkrası da yeni bir hükümdür. Maddenin düzenlemesinden mahkemeye gelememe sebeplerinin sınırlı sayıda olmadığı anlaşılmaktadır. Peki, madde hükmündeki “benzeri sebepler” neler olabilir? Bu halleri teker teker saymak güçtür. Somut olayın özelliklerine göre, kişilerin buldukları yerde isticvap olunabilmesi için hastalık ve sakatlık dışındaki geçerli sebepleri hâkim takdir edecektir. Örneğin, yaşlılık, yangın, deprem, su basması, trafik kazası gibi⁷⁰ haller benzeri sebeplere dâhil olabilir.

İsticvabına karar verilen taraf, davaya bakan mahkemede isticvap olunur. Hâkim, isticvaba başlamadan önce isticvap olunan tarafa gerçeği söylemesi gerektiği hususunu hatırlatır (HMK m. 173/f. 2). HUMK m. 230 “*Hâkim isticvap edeceği tarafa evvelemirde hakikati olduğu gibi söylemesi hakkında*

⁶⁷ HMK. m. 172'nin gerekçesi.

⁶⁸ Kuru, Hukuk Muhakemeleri, s. 1961; Bilge/Önen, s. 486; Umar, s. 475; Tercan, İsticvap, s. 269; Özbay, s. 194.

⁶⁹ Nihat Yavuz, *İtirazın İptali, Menfi Tespit ve İstirdat Davaları*, Ankara 2000, s. 500.

⁷⁰ Tercan, İsticvap, s. 255.

vesayada bulunabilir” diyerek hâkime takdir hakkı vermişti. HUMK m. 230’un lafzından anlaşılan, hâkim isticvap edeceği tarafa, dilerse gerçeği söylemesi konusunda tavsiyede bulunur, dilerse bulunmaz⁷¹. Ancak 6100 sayılı HMK hâkime tanınan bu takdir hakkını kaldırmış, isticvap olunacak kişiyi, doğruyu söylemeye yönlendirme görevini hâkime yüklemiştir⁷².

İsticvap olunan kişinin doğruyu söyleme yükümlülüğünün bulunup bulunmadığı da önemli bir sorundur. HMK m. 173/f. 2 hükmünün yorumuyla isticvap olunan tarafın gerçeği söyleme konusunda bir yükümlülüğünün bulunduğu söylenebilir. HUMK’tan farklı olarak HMK’da genel hüküm niteliğinde bir düzenleme olan HMK m. 29 “*Taraflar, dürüstlük kuralına uygun davranmak zorundadırlar. Taraflar, davanın dayanağı olan vakialara ilişkin açıklamalarını gerçeğe uygun bir biçimde yapmakla yükümlüdürler*” diyerek taraflara açık bir şekilde gerçeği söyleme yükümlülüğü getirmiştir. Taraflar yargılamada kendi menfaatlerine uygun olarak neleri ileri sürüp sürmeyecekleri konusunda serbesttirler. Ancak ileri sürdükleri hususların doğru olması, beyan ve açıklamalarının gerçeğe aykırı olmaması gerekir. Taraflardan aleyhlerine olan hususları da beyan etmeleri beklenemez. Ancak gerek kendilerine, gerek karşı tarafa ilişkin hususlarda yaptıkları açıklamalarda mahkemeyi yanıltmamaları gerekir⁷³. HUMK döneminde tarafların davada gerçeği söyleme yükümlülüğünü genel olarak, açıkça kabul eden bir hüküm bulunmamaktaydı. Ancak HUMK’ta, yer alan bazı hükümlerden⁷⁴ hareketle, doktrinde tarafların davada gerçeği söylemekle yükümlü oldukları genellikle kabul edilmekteydi⁷⁵.

İsticvap esnasında doğruyu söyleme yükümlülüğüne aykırı davranmanın yaptırımının ne olduğuna gelince; Hukuk Muhakemeleri Kanununda, isticvap edilen tarafın doğruyu söyleme yükümlülüğüne aykırı davranması halinde ne olacağını düzenleyen özel bir hüküm bulunmadığından, doktrinde bir

71 Tercan, İsticvap, s. 280.

72 HMK m. 173’ün gerekçesi.

73 HMK m. 29’un gerekçesi.

74 Örneğin, HUMK m. 90; 230; 418; 421; 422; 445/7, Tercan, İsticvap, s. 282; Tercan, Gerçeği Söyleme Yükümlülüğü, s. 187; Alangoya, Vakıaların ve Delillerin Toplanması, s. 120; Yıldırım, s. 145.

75 “Her ne kadar bu yükümlülük, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunumuzda açıkça belirtilmemişse de, yasanın susmasının önemi yoktur; çünkü gerçeği söyleme yükümlülüğünün varlığı, yargılamanın amacından anlaşılır” Bilge Umar/Ejder Yılmaz, *İsbat Yüğü*, 2. Baskı, İstanbul 1980, s. 197; Postacioğlu, s. 152; Bilge/Önen, s. 277, 299; Arslan, s. 117; Alangoya, Vakıaların ve Delillerin Toplanması, s. 120-121; Tercan, Gerçeği Söyleme Yükümlülüğü, s. 185-186; Tercan, İsticvap, s. 281; Yıldırım, s. 142, 144.

görüş, (HUMK m. 422) Hukuk Muhakemeleri Kanunu m. 329'da düzenlenen kötü niyetli davalı veya hiçbir hakkı olmadığı halde dava açan taraf için para cezası öngören hükmün isticvap açısından da uygulama alanı bulacağını ileri sürmüştür⁷⁶. Doğruyu söyleme yükümlülüğüne aykırı olarak ileri sürülen iddialar, yapılan işlem veya beyanlar, mahkeme tarafından tespit edilirse, dikkate alınmayacak, verilen hükmeye dayanak oluşturmayacaktır⁷⁷. Ayrıca doğruyu söyleme yükümlülüğüne aykırı davranma sonucunda bir zarar ortaya çıkmışsa, bu yükümlülüğe aykırı davranan kişinin bu zararı tazmin edeceği de doktrinde kabul edilmektedir⁷⁸.

İsticvap esnasında, karşı taraf ve taraf vekilleri hazır bulunabilirler (HMK m. 173/f. 3). Söz konusu fıkra, 1086 sayılı HUMK'un 233. maddesinin 1. fıkrasında yer alan düzenlemenin değiştirilmiş halidir. HUMK'un 233. maddesine göre, hâkim isticvabın iki tarafın huzurunda yapılacağına karar vermemişse, kural olarak isticvap sadece kâtibin ve isticvap edilecek kişinin vekilinin huzurunda yapılabilir. HMK ile karşı tarafın isticvaptan hazır bulunma hakkı hâkimin iznine bağlı olmaktan çıkarılmış ve mutlak hale getirilmiştir⁷⁹. Zabıt kâtibinin ise isticvap sırasında bulunması zorunludur (HMK m. 157/f. 1). Ayrıca, isticvap sırasında tanıklar hazır bulunamaz. Mahkeme, gerekirse tarafı isticvaptan sonra tanıklarla yüzleştirebilir⁸⁰.

İsticvap olunan taraf, mahkemenin izni olmadıkça, yazılı notlar kullanamaz (HMK m. 173/f. 4). Söz konusu fıkra yeni bir düzenlemedir. Doğruya ulaşmak amacıyla tanığın, ifadesini verirken yazılı notlardan yararlanamayacağına yönelik düzenlemenin, isticvaptan, isticvap edilen taraf için de gerekli olduğu düşüncesiyle bu düzenlemeye yer verilmiştir⁸¹. Bununla ulaşılmak istenen amaç, isticvap edilen kimsenin, hâkimin, soracağı sorulara vereceği cevapları önceden yazılı olarak hazırlayıp, onları duruşmada okumasına engel olmaktır. Böylece isticvap edilen kimseden, dürüst ve samimi bir ce-

⁷⁶ Bilge/Önen, s. 485; Tercan, *İsticvap*, s. 283 vd.

⁷⁷ Arslan, s. 122-123; Alangoya, *Vakıaların ve Delillerin Toplanması*, s. 124; Tercan, *İsticvap*, s. 286; Tercan, *Gerçeği Söyleme Yükümlülüğü*, s. 205.

⁷⁸ Alangoya, *Vakıaların ve Delillerin Toplanması*, s. 124; Arslan, s. 127 vd.; Umar/Yılmaz, s. 197; Tercan, *Gerçeği Söyleme Yükümlülüğü*, s. 206 vd.; Tercan, *İsticvap*, s. 287; Zararı tazmin hakkının hukuki temeli ve şartları konusundaki farklı görüşler için bkz. Arslan, s. 218 vd.; Tercan, *Gerçeği Söyleme Yükümlülüğü*, s. 207 vd.

⁷⁹ HMK m. 173'ün gerekçesi.

⁸⁰ Kuru/Arslan/Yılmaz, s. 365; Kuru, *Hukuk Muhakemeleri*, s. 1962.

⁸¹ HMK. m. 173'ün gerekçesi.

vap elde edilmeye çalışılır⁸². Ancak Hukuk Muhakemeleri Kanunu m. 175'te düzenlendiği üzere tanıklığa ilişkin HMK m. 261 hükmü isticvap için de uygulanacağından isticvap edilecek kişi, tarihleri ve rakamları tespit etmek veya bazı hususları açıklamak ya da hatırlayabilmek için yazılarına bakmak zorunda olduğunu hâkime söylese, hâkim derhal yazılarına bakmasına karar verebilir.

Türkçe bilmeyen, sağır ve dilsiz kimselerin isticvabının nasıl yapılacağına ilişkin, Hukuk Muhakemeleri Kanunu m. 175'in yaptığı atıf ile Hukuk Muhakemeleri Kanunu m. 263 isticvap için de uygulama alanı bulacaktır. Buna göre, isticvap edilen kişi Türkçe bilmeyen bir kişi ise, bu kişi tercüman aracılığı ile isticvap edilecektir. İsticvap edilen kişi sağır ve dilsiz olup okuma ve yazma biliyorsa, sorular kendisine yazılı olarak bildirilir ve cevapları yazdırılır; okuma ve yazma bilmediği takdirde, hâkim, kendisini işaret dilinden anlayan bilirkişi yardımıyla isticvap eder.

İsticvap sonunda bir tutanak düzenlenir. İsticvap olunan tarafça yapılan açıklamalar, sorulan sorular ve verilen cevaplar tutanağa yazılır. Tutanak alenen her iki taraf önünde okunduktan sonra tutanağın altı, isticvap olunan kişi tarafından imza olunur. Taraf haklı bir gerekçe göstermeden, tutanağı imzalamaktan kaçınırsa, durum imzadan kaçınma için gösterilen sebep ile birlikte tutanağa yazılarak hâkim tarafından tespit olunur (HMK m. 174). Bu hüküm HUMK m. 235'teki⁸³ ifadenin değiştirilmiş ve sadeleştirilmiş halidir.

Madde hükmüne göre, isticvap sonunda bir tutanak düzenlenecektir. Her ne kadar, burada tutanağın, isticvabın sonunda düzenleneceği belirtilmişse de, tutanak tutmaya duruşmanın başında başlanmalıdır. Dolayısıyla, buradaki isticvap sonunda bir tutanak düzenlenir ifadesini, düzenlenmiş tutanak isticvap sonunda imzalanır şeklinde anlamak gerekir⁸⁴.

Madde hükmünde belirtilen tutanağı imzalamamak için ileri sürülen gerekçenin haklı olup olmadığı nasıl tespit edilecektir? Hüküm gerekçesine göre, "*haklı sebeb*" anlamı ve sınırını belirlemek her zaman çok kolay

⁸² Bilge/Önen, s. 486; Tercan, İsticvap, s. 290.

⁸³ Karş. HUMK m. 235: "*İsticvap bitince zabıtname tanzim olunur. İşbu zabıtname alenen her iki taraf muvecehesinde okunduktan sonra ziri hâkim ve kâtip ile isticvap olunan kimse tarafından imza olunur. Verilen cevaptan sonra yapılan tebeddüller ve ilaveler zabıt varakasına tahşiye ve imza edilir. İmzasız tahşiyelerin hükmü yoktur. Zabıt varakası imzadan imtina halinde keyfiyeti imtina için gösterilen sebep zabıt varakasına yazılarak hâkim tarafından imza olunur*".

⁸⁴ Tercan, İsticvap, s. 305.

olmadığından, isticvap olunanın kendince ortaya koyduğu haklı sebebin değerlendirilmesi hâkim tarafından serbestçe takdir edilecektir⁸⁵.

İsticvap edilen tarafın, haklı gerekçe olmadan tutanağın altını imzalamaması halinde, altı imzalanmamış tutanağa geçirilmiş olan açıklamaların her hangi bir hukuki değeri var mıdır?

Hâkim huzurunda yapılan ve tutanağa geçirilen, ancak haklı gerekçe olmadan altı imzalanmamış tutanak, açıklamaları yapan kişi aleyhine ikrar sayılmayıp⁸⁶, diğer şartları da varsa yazılı delil başlangıcı sayılabilir⁸⁷. Çünkü HMK m. 171’de düzenlenmiş olan ikrar varsayımı sadece, özürsüz olarak gelmemeye ve sorulan sorulara cevap vermemeye ilişkindir. Bu durumu, tutanağın sebepsiz olarak imzalanmaktan kaçınılması haline de uygulamak, m. 171’in lafzına aykırı olur⁸⁸.

Ayrıca, şunu da belirtmek gerekir ki, bir ikrar içermeyen ancak hâkim huzurunda, isticvap esnasında gerçekleşen taraf açıklamalarının da yazılı delil başlangıcı sayılabileceği kabul edilmektedir⁸⁹.

İsticvap bitince düzenlenecek olan tutanağın isticvaba özel bir tutanak olması şart değildir. İsticvap tutanağına yazılacak hususlar HMK m. 154 uyarınca tutanağa yazılacak hususlardır⁹⁰. Bundan dolayı Umar’a göre isticvap tutanağını düzenleyen HMK m. 174 hükmü, tutanakla ilgili olan m. 154-

85 HMK m. 174’ün gerekçesi.

86 “HUMK’nun 151’inci maddesinin son fıkrasında, ‘iki tarafın... ikrarına taalluk eden tutanak bunların huzurunda okunarak kendilerine imza ettirilir’ denilmiş olmasına rağmen sözü edilen beyan okunmamış ve imza ile tevsik olunmamıştır. O yoldaki tutanağa bir ikrar olarak dayanılmaz.” YHGK., E. 966/9-1378, K. 274, T. 24.5.1967, ABD., Yıl 1967, S. 4, C. 24, s. 669-670; HGK., E. 217, K. 592, T. 11.9.1968 ve 8. HD., E. 4302, K. 926, T. 9.2.1967, Celal Erdoğan, *En son Değişikliklere Göre Açıklamalı ve İçtihatlı Hukuk Muhakemeleri Kanunu*, Ankara 1982, s. 275-276.

87 Haluk Konuralp, *Medeni Usul Hukukunda Yazılı Delil Başlangıcı*, Ankara 2009, s. 106-107; Bilge/Önen, s. 568; İlhan E. Postacıoğlu, *Şehadetle İspat Memnuiyeti ve Hudutları*, 2. Baskı, İstanbul 1964, s. 262 vd.; Tercan, *İsticvap*, s. 308; Duman, s. 721.

88 Karş. Tercan, *İsticvap*, s. 308.

89 “Davalı tarafın duruşma sırasındaki beyanları, akdin sözlü olarak yapılmış olduğunu gösteren bir yazılı delil başlangıcı teşkil ettiğinden, mahkemenin akid hakkında tanık dinlemiş olması, HUMK m. 292 hükmüne uygundur” HGK, E. 74, K. 44, T. 6.12.1961, AD., S. 11-12, Yıl 1962 s. 1272-1278; Kuru, *Hukuk Muhakemeleri*, s. 1963; Konuralp, s. 106; Bilge/Önen, s. 567; Postacıoğlu, *Şehadetle İspat*, s. 263.

90 Yılmaz E., *Şerh*, s. 953.

156 hükümlerinden de çıkarılabilir olduğundan bu madde hükmüne gerek yoktur⁹¹.

Tanıklıkla ilgili; sır saklama nedeniyle çekinme (HMK m. 249), menfaat ihlali tehlikesi nedeniyle çekinme (HMK m. 250), mahkemede dinlenilme (HMK m. 259), bilgilendirilme (HMK m. 260), dinlenilme şekli (HMK m. 261), tarafların yapmalarının yasak olduğu davranışlar (HMK m. 262) ve tercüman kullanılması (HMK m. 263) ile ilgili hükümler, niteliğine aykırı düşmedikçe, isticvapta da uygulanır (HMK m. 175). Bu hüküm 1086 HUMK'da yer verilmeyen yeni bir hükümdür.

SONUÇ

İsticvap, hâkimi ve tarafları bağlayıcı önemli bir usul işlemidir. İsticvabın önemi her ne kadar davayı tek başına sonuca bağlamayacak olsa da, her zaman isticvap edilen taraftan ikrar elde etme ihtimali vardır. Kanımızca isticvap, hâkimin dava konusu hakkında aydınlatma ödevinin yerine getirilmesi bakımından önem arz etmektedir.

HMK ile HUMK'da isticvap konusunda var olan bazı eksiklikler giderilmeye çalışılmıştır. İsticvap edilen tarafa, isticvap sırasında yazılı not kullanamama kuralı getirilmiştir. Ayrıca ses ve görüntü yoluyla isticvabın mümkün olduğu belirtilerek, istinabe yoluyla isticvabın yapılması halini kanun koyucu bu düzenleme ile azaltmak istemiştir. İstinabe yolu ile isticvap, ses ve görüntü yoluyla isticvabın yapılamadığı durumlar için söz konusu olabilecektir.

HMK'da yer alan yeni bir düzenleme olan tanıklığa ilişkin hükümlerin isticvap edilen taraf içinde uygulanabilecek olması ve bunun ayrı bir madde de düzenlenmiş olması, isticvabın uygulanması açısından yerinde bir düzenleme olmuştur.

HUMK'un 233. maddesine göre, hâkim isticvabın iki tarafın huzurunda yapılacağına karar vermemişse, kural olarak isticvap sadece kâtibin ve isticvap edilecek kişinin vekilinin huzurunda yapılabilmekteydi. HMK ile karşı tarafın isticvapta hazır bulunma hakkı hâkimin iznine bağlı olmaktan çıkarılmış ve mutlak hale getirilmiştir. Bu düzenleme ile kanun koyucu hâkimin takdir yetkisini ortadan kaldırmıştır.

İsticvap olunan taraf, mahkemenin izni olmadıkça, yazılı notlar kullanamaz (HMK m. 173/f. 4). Söz konusu fıkra yeni bir düzenlemedir. Doğruya ulaşmak amacıyla tanığın, ifadesini verirken yazılı notlardan yararlanamaya-

⁹¹ Umar, s. 476.

cağına yönelik düzenlemenin, isticvapta, isticvap edilen taraf için de gerekli olduğu düşüncesiyle bu düzenlemeye yer verilmiştir.

1086 Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun 231. maddesinde yer alan düzenlemeye göre, isticvap olunacak şahıs, mahcur veya yaşı on altıdan küçük ise “*hâkimin takdirine*” göre ya kendisi veya velisi veya hükmi şahıs ise mümessili isticvap olunabilmekteydi. Hukuk Muhakemeleri Kanununun 170. maddesi ile ergin olmayan veya kısıtlıların kanuni temsilcileri yanında bizzat dinlenilmeleri konusunda “*hâkime tanınmış olan*” takdir hakkı kaldırılmıştır.

KAYNAKÇA

- ALANGOYA H. Yavuz/YILDIRIM M. Kamil/DEREN-YILDIRIM Nevhis**, *Medeni Usul Hukuku Esasları*, 7. Baskı, İstanbul 2009 (Esaslar).
- ALANGOYA Yavuz**, *Medeni Usul Hukukunda Vakıaların Ve Delillerin Toplanması İlişkin İlkeler*, İstanbul 1979 (Vakıaların ve Delillerin Toplanması).
- ALANGOYA Yavuz/YILDIRIM Kamil/DEREN-YILDIRIM Nevhis**, *Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı Değerlendirme ve Öneriler*, İstanbul Barosu Yayınları, 1. Baskı, Ağustos 2006 (Değerlendirme ve Öneriler).
- ANSAY Sabri Şakir**, *Hukuk Yargılama Usulleri*, 7. Baskı, Ankara 1960.
- ARSLAN Ramazan**, *Medeni Usul Hukukunda Dürüstlük Kuralı*, Ankara 1989.
- ATALAY Oğuz**, *Medeni Usul Hukukunda Menfi Vakıaların İspatı*, İzmir 2001.
- BECKER-EBERHARD Ekkehard**, Dava malzemesinin Taraflarca Getirilmesi İlkesinin Esasları ve Sınırları, Çev. M. Kamil Yıldırım, *İlkeler Işığında Medeni Yargılama Hukuku*, 7. Baskı, İstanbul 2012.
- BİLGE Necip/ÖNEN Ergun**, *Medeni Yargılama Hukuku*, 3. Baskı, Ankara 1978.
- DEVELLİOĞLU Ferit**, *Osmanlıca-Türkçe Ansiklopedik Lügat*, Yeniden Düzenlenmiş ve Genişletilmiş 18. Baskı, Ankara 2001.
- DUMAN İlker Hasan**, Hukuk Mahkemesinde Tarafların Sorgusu, *AD.*, Mayıs-Haziran 1985, Yıl: 76, S. 3.
- ERDOĞAN Celal**, *En son Değişikliklere Göre Açıklamalı ve İçtihatlı Hukuk Muhakemeleri Kanunu*, Ankara 1982.
- KARSLI Abdurrahim**, *Medeni Muhakeme Hukuku Ders Kitabı*, 6100 Sayılı HMK Hükümlerine Göre Yargıtay Kararları İşlenmiş ve Gözden Geçirilmiş 2. Baskı, İstanbul 2011 (Ders Kitabı).
- KARSLI Abdurrahim**, *Medeni Usul Hukukunda Usuli İşlemler*, 1. Baskı, İstanbul 2001 (Usuli İşlemler).
- KİRAZ Taylan Özgür**, *Medeni Yargılama Hukukunda İkrar*, Ankara 2005.
- KONURALP Haluk**, *Medeni Usul Hukukunda Yazılı Delil Başlangıcı*, Ankara 2009.
- KURU Baki**, *Hukuk Muhakemeleri Usulü El Kitabı*, 1. Baskı, İstanbul 1995 (El Kitabı).

KURU Baki, *Hukuk Muhakemeleri Usulü*, 6. Baskı, C. 2, İstanbul 2001 (Hukuk Muhakemeleri).

KURU Baki/ARSLAN Ramazan/YILMAZ Ejder, *Medeni Usul Hukuku*, 22. Baskı, Ankara 2011.

MUŞUL Timuçin, *Medeni Usul Hukuku*, 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu Esas Alınarak Hazırlanmış 3. Baskı, Ankara 2012.

NAMLI Mert, *Türk ve Fransız Hukukunda İsticvap ve Tarafların Dinlenmesi (Danışman: Prof. Dr. Nevhis Deren Yıldırım)*, İÜSBE, YYT, İstanbul 2007.

ÖNEN Ergun, *Medeni Yargılama Hukuku*, Ankara 1979.

ÖZBAY İbrahim, *6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu Neler Getirdi?*, 1. Baskı, Ankara 2012.

ÖZEKES Muhammed, *Medeni Usul Hukukunda Asli Müdahale*, 1. Baskı, İstanbul 1995.

PEKCANITEZ Hakan, *Medeni Usul Hukukunda Fer'i Müdahale*, Ankara 1992.

PEKCANITEZ Hakan/ATALAY Oğuz/ÖZEKES Muhammet, *Medeni Usul Hukuku*, 13. Baskı, Ankara 2012.

POSTACIOĞLU İlhan E., *Medeni Usul Hukuku Dersleri*, 6. Baskı, İstanbul 1975.

POSTACIOĞLU İlhan E., *Şehadetle İspat Memnuiyeti ve Hudutları*, 2. Baskı, İstanbul 1964.

ŞENER Oruç Hami, "Medeni Yargılama Hukukunda Tarafların İsticvabı", *Yargıtay Dergisi*, Ocak-Nisan 1990, S.1-2, C. 16, s. 59-76.

TERCAN Erdal, *Medeni Usul Hukukunda Tarafların İsticvabı (Tarafların Bilgisine Delil Olarak Başvurulması)*, Ankara 2001 (İsticvap).

TERCAN Erdal, *Medeni Usul Hukukunda Gerçeği Söyleme Yükümlülüğü*, *SÜHFD*, C. 5, S. 1-2, Konya 1996, s.181-212 (Gerçeği Söyleme Yükümlülüğü).

TUTUMLU Mehmet Akif, *Bilimsel Görüşler ve Yargıtay Kararları Işığında Medeni Yargılama Hukukunda Delillerin İleri Sürülmesi*, 2. Baskı, Ankara 2002.

ULUKAPI Ömer, *Medeni Usul Hukukunda Tarafların Duruşmaya Gelmemesi*, Konya 1997.

UMAR Bilge, *Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi*, Ankara 2011.

UMAR Bilge/YILMAZ Ejder, *İsbat Yüğü*, 2. Baskı, İstanbul 1980.

ÜSTÜNDAĞ Saim, *Medeni Yargılama Hukuku*, 2. Baskı, C. I, İstanbul 1977.

YAVUZ Nihat, *İtirazın İptali, Menfî Tespit ve İstirdat Davaları*, Ankara 2000.

YILDIRIM Mehmet Kamil, *Medeni Usul Hukukunda Delillerin Değerlendirilmesi*, İstanbul 1990.

YILMAZ Dinçer, *Medeni Usul Hukukunda Davadan Feragate İlişkin Hükmelerin İdari Yargılama Usulünde Uygulanması*, (Danışman: Doç. Dr. Sema Taşpınar Ayvaz), AÜSBE, YYT, Ankara 2011.

YILMAZ Ejder, *Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi*, Ankara 2012 (Şerh).

YILMAZ Ejder, *Hukuk Sözlüğü*, Yenilenmiş 3. bs., Ankara 2006 (Sözlük).

YILMAZ Ejder/ÇAĞLAR Tacar, *Tebliğat Hukuku C. 1*, Genişletilmiş 3. Baskı, Ankara 1999.

ELEKTRONİK KAYNAKLAR

<http://www.ictihatlar.net>

<http://www.kazanci.com>