



# Ankara Barosu

DERGİSİ

Yıl: 80 | Sayı: 2022/4 | ISSN 1300-9885

## HAKEMLİ MAKALELER

|   |   |
|---|---|
| Çalınan veya Gasp Edilen Araçta İşletenin Sorumluluğu   | Doç. Dr. Özlem TÜZÜNER<br>Av. Perihan Ece ERZİK         |
| Bilişim Sistemine Girme ya da Sistemde Kalma Suçu   | Av. Ahmet BÜKE  |
| İdari Yargıda Dava Dilekçesi ve Diğer Belgelerin En Yakın Âmirlere Verilebilmesi ve Kapsamın Genişletilmesi                           | Av. Doç. Dr. Celâl İŞIKLAR                              |
| Ticaret Sicilinin Aleniyeti ve Müspet Etkisi Yönünden Ticaret Unvanında Sessiz Kalma Yoluyla Hak Kaybının Değerlendirilmesi           | Av. Dr. Murat CANGÜL                                    |
| Ceza Yargılamasında Silahların Eşitliği İlkesi: Bir Sistematik Derleme Çalışması  | Orhan ARSLAN  |
| Hükümlü ve Tutukluların Nakil Esasları ve Güncel Sorunlar   | Dr. Bahattin ARAS                                       |
| Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı'nın Avrupa Birliği Parlamentosu Konseyi ve Komisyonunun Faaliyetleri Üzerindeki Etkisi              | Doç. Dr. Servet ALYANAK                                 |
| Verilen Karar Sonrasında Tapuda Tescil Değişikliği Yaratan Davalarda Verilen (TMK m.1010/b.1 ve TMK m.1011/b.1) Şerhleri ve Sonuçları | Doç. Dr. Melek BİLGİN YÜCE<br>Prof. Dr. Etem Saba ÖZMEN |
| Uluslararası Hukuk Açısından Tahıl Koridoru Andlaşması'nın Kısa Bir Analizi   | Doç. Dr. Tolga CANDAN<br>Arş. Gör. Ozan Emin HALHALLI   |

## MAKALELER

|   |                             |
|---|-----------------------------|
| Merkantilist Politikalardan 21. Yüzyıl Ticaret Savaşlarına  | Av. İlayda BAŞBUĞA          |
| Hukuki El Atma Davalarında Yargı Yolu Sorunu  | Av. Murat Fatih ÜLKÜ        |
| Mirasın Taksimi ve Tarımsal Arazilerin Miras Yoluyla İntikali   | Av. Ahmet Ertan YILMAZTEKİN |
| Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Yargıtay ve Anayasa Mahkemesi Kararlarında Hükmen Tutukluluk Kavramı ve Kavramın Türk Hukukuna Uygunluğu Sorunu | Ömer DEMİRTAŞOĞLU           |
| Noterlere Taşınmaz Satışı Yetkisi Verilmesine İlişkin Kanun   | Prof. Dr. Etem Saba ÖZMEN   |





# Ankara Barosu

Yil: 80 | Sayı: 2022/4 | ISSN 1300-9885

## DERGİSİ

**BİR GELİNCİĞE DE SEN  
DESTEK OL (TURKCELL ve VODAFONE)**

“BAGIS” yaz  
Gönder **4306**’ya

Projeye gönderdiğiniz her SMS ile  
5 TL’lik destek olabilirsiniz!

**ANKARA BAROSU BAŞKANLIĞI**

Atatürk Bulvarı No:40 Adliye Sarayı Kat:5 Sıhhiye-ANKARA/TÜRKİYE  
T 0312 416 72 00 F 0312 309 22 37  
www.ankarabarusu.org.tr  
ankarabarusu@ankarabarusu.org.tr

**ANKARA BAROSU EĞİTİM VE KÜLTÜR MERKEZİ (ABEM)**

İhlamur Sk. No:1 Kızılay-ANKARA/TÜRKİYE  
T 0312 416 72 00

**ANKARA BAROSU GELİNCİK MERKEZİ**

İhlamur Sk. No:1 Kızılay-ANKARA/TÜRKİYE  
T 0312 444 43 06 (5 Hat)  
www.gelincikprojesi.org.tr

**ANKARA BAROSU GÖLBAŞI AVUKAT ÖZDEMİR ÖZOK SOSYAL TESİSİ**

Gazi Osman Paşa Mah. Sahil Cd. No:46 Gölbaşı-ANKARA/TÜRKİYE  
T 0312 485 03 93 F 0312 484 71 26



**Ankara Barosu Dergisi'nde yayımlanmakta olan makaleler  
hukuk veritabanlarında taranmaktadır.**

*Articles published in the Journal of Ankara Bar Association  
is being permanently indexed in law databases.*

**İletişim Adresi | Contact**

Ankara Barosu Başkanlığı

Atatürk Bulvarı No:40 Adliye Sarayı Kat:5 Sıhhiye-ANKARA/TÜRKİYE

T 0312 416 72 00 F 0312 416 72 80

[www.ankarabarusu.org.tr](http://www.ankarabarusu.org.tr)

[abym@ankarabarusu.org.tr](mailto:abym@ankarabarusu.org.tr)

**Mizanpaj | Page Layout**

Ali Kemal ÇERŞİL (Ankara Barosu)

**Basım Tarihi | Printing Date**

2022

**Baskı ve Cilt | Printing and Bookbinding**

Dergide yayımlanan yazıların herhangi bir bölümü veya tamamı kaynak gösterilmeden başka bir yerde yayımlanamaz.

No part of this publication may be reproduced or published in any form or by any means without reference to the journal.

**ANKARA BAROSU DERGİSİ**

Üç Aylık (Ocak, Nisan, Temmuz, Ekim)  
Hakemli, Bilimsel ve Mesleki Yerel Süreli Yayın  
Ankara Barosu Başkanlığı, 2022  
Tüm Hakları Saklıdır.  
ISSN 1300-9885

**Dergide ileri sürülen görüşler  
yazarlarına aittir.**

**JOURNAL OF ANKARA BAR ASSOCIATION**

is a refereed journal, issued quarterly  
(January, April, July, October)  
Presidency of Ankara Bar Association, 2022  
All Rights Reserved.  
ISSN 1300-9885

**Articles published in this journal reflect  
the views of the authors.**

---

**Sahibi Ankara Barosu Adına** / Owner on Behalf of Ankara Bar Association  
Av. Mustafa KÖROĞLU

**Sorumlu Yazı İşleri Müdürü** / Managing Editor  
Av. Deniz Yağmur GÜNEŞ

**Editör** / Editor  
Doç. Dr. Veysel DİNLER

**Eş Editör** / Peer Editor  
Av. Dr. Zeynep BAHADIR DALKIRAN

---

**ANKARA BAROSU YAYINLARI MERKEZİ**  
ANKARA BAR ASSOCIATION PUBLICATION CENTER

**Koordinatör Yönetim Kurulu Üyesi** / Coordinator Board Member  
Av. Deniz Yağmur GÜNEŞ

**Merkez Başkanı** / Head of the Center  
Doç. Dr. Dilşad Çiğdem SEVER

**Merkez Başkan Yardımcıları** / Vice Presidents  
Av. Songül KARATEKE ÖZTÜRK - Av. Mahmut Fevzi ÖZLÜER

**Merkez Genel Sekreteri** / Secretary  
Av. Berkay YILMAZ

**Merkez Saymanı** / Bookkeeper  
Av. Seçkin TÜRKOĞLU

## Üyeler / Members

1. Av. İbrahim AKIN
2. Av. Abdulkadir ONAY
3. Av. Celal TOSUN
4. Av. Duyşen Selin KUZU KESİCİ
5. Av. Bülent DAĞSALI
6. Av. Taner EKEN
7. Av. Şeyma ERTAŞ
8. Av. Cemre MISIRLIOĞLU
9. Av. Ebubekir BAŞEL
10. Av. Elif BULUT
11. Av. Merve Nur KILIÇ
12. Av. Kübra ÜNLÜTÜRK
13. Av. Işıl Özge TAN
14. Av. Tuğçe TUNÇ
15. Av. Tansu Ceren ÖZÇELİK
16. Av. Defne KARACA
17. Av. Cansu ÇIPLAK
18. Av. Esra YILDIZ
19. Av. Ayşe YARIMOĞLU
20. Av. Mehmet Şerif Furkan ÖZCAN
21. Av. İlayda BAŞBUĞA
22. Av. Ahmet COŞKUN
23. Av. Elif ŞAHİN
24. Av. Nesli Umay SEYDİOĞULLARI
25. Av. Ali Asker ELDEN
26. Av. Berkay AKAN
27. Av. Berkay ÖZDEMİR
28. Av. Elif BAYRAM
29. Av. Yaren Semina BAYRAKTAR
30. Av. Haluk Can ELMADAĞ
31. Av. Hatice ŞAKALAR
32. Av. Harun SAKINAN
33. Av. Özge AKTAŞ
34. Av. Alper ÇETİNER
35. Av. Anıl AKYOL
36. Av. Ahmet Can DULDA
37. Av. Emre CAN
38. Av. Veysel Göktuğ ÇAKMAK

(Sicil numarasına göre)



# ANKARA BAROSU DERGİSİ

## DANIŞMA KURULU

- Prof. Dr. Levent AKIN**, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
- Prof. Dr. Müslüm AKINCI**, Kocaeli Üniversitesi Hukuk Fakültesi
- Prof. Dr. Ramazan ARSLAN**, Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi
- Prof. Dr. İrfan BARLASS**, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi
- Prof. Dr. Sanem Suphiye BAYKAL**, TOBB ETÜ Hukuk Fakültesi
- Prof. Dr. Mehmet DEMİR**, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
- Prof. Dr. Ali Timur DEMİRBAŞ**, Yaşar Üniversitesi Hukuk Fakültesi
- Prof. Dr. Mustafa Ruhan ERDEM**, Yaşar Üniversitesi Hukuk Fakültesi
- Prof. Dr. Fikret EREN**, Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi
- Prof. Dr. Rifat ERTEN**, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
- Prof. Dr. Selin ESEN**, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
- Prof. Dr. İlke GÖÇMEN**, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
- Prof. Dr. Cenker GÖKER**, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
- Prof. Dr. Nadi GÜNAL**, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
- Prof. Dr. Metin GÜNDAY**, Atılım Üniversitesi Hukuk Fakültesi
- Prof. Dr. Devrim GÜNGÖR**, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
- Prof. Dr. Zeki HAFIZOĞULLARI**, Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi
- Prof. Dr. Hakan KARAN**, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
- Prof. Dr. Ali Mehmet KOCAOĞLU**, Uluslararası Final Üniversitesi Hukuk Fakültesi
- Prof. Dr. Hamdi MOLLAMAHMUTOĞLU**, Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi
- Prof. Dr. Zehra ODYAKMAZ**, Ufuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi
- Prof. Dr. Erdal ONAR**, Bilkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi
- Prof. Dr. Mustafa Serdar ÖZBEK**, Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Hukuk Fakültesi
- Prof. Dr. Veli Özer ÖZBEK**, İzmir Ekonomi Üniversitesi Hukuk Fakültesi
- Prof. Dr. Alev ÖZKAZANÇ**, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi (E)
- Prof. Dr. Fırat ÖZTAN**, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi (E)
- Prof. Dr. Sühâ TANRIVER**, Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi
- Prof. Dr. Durmuş TEZCAN**, İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi
- Prof. Dr. Asuman TURANBOY**, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
- Prof. Dr. Ayşenur TÛTÛNCÛ**, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi

**Prof. Dr. Ejder YILMAZ**, Bilkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi  
**Prof. Dr. Süleyman YILMAZ**, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi  
**Prof. Dr. Mustafa Tören YÜCEL**, Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi  
**Doç. Dr. Yıldız ABİK**, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi  
**Doç. Dr. Olgun AKBULUT**, Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi  
**Doç. Dr. Gaye BAYCIK**, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi  
**Doç. Dr. Veysel DİNLER**, Hitit Üniversitesi Siyaset Bilimi ve Kamu Yönetimi  
**Doç. Dr. Serhat Sinan KOCAOĞLU**, Afyon Kocatepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi  
**Doç. Dr. M. Ayhan TEKİNSOY**, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi  
**Doç. Dr. Saim ÜYE**, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi  
**Doç. Dr. Gaye Burcu YILDIZ**, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi  
**Doç. Dr. Bülent YÜCEL**, Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi  
**Dr. Öğr. Ü. Zeliha HACIMURATLAR SEVİNÇ**, MEF Üniversitesi Hukuk Fakültesi  
**Dr. Öğr. Ü. Özge SIRMA GEZER**, İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi  
**Dr. Öğr. Ü. Zafer Ertunç ŞİRİN**, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi  
**Dr. Öğr. Ü. Hamdi Deniz Ege GÖKTUNA**, Özyeğin Üniversitesi Hukuk Fakültesi  
**Av. Dr. Mahcemal SEYHAN**, Ankara Barosu  
**Prof. Dr. Mohamad EL-GHAZI**, Trier Üniversitesi Hukuk Fakültesi (Almanya)  
**Prof. Dr. Felix HERZOG**, Bremen Üniversitesi Hukuk Fakültesi (Almanya)  
**Prof. Dr. Joanna OSIEJEWICZ**, Varşova Üniversitesi Hukuk Fakültesi (Polonya)  
**Prof. Dr. Marek ZUBIK**, Varşova Üniversitesi Hukuk Fakültesi (Polonya)  
**Prof. Dr. Pasquale POLICASTRO**, Szczecin Üniversitesi Hukuk Fakültesi (Polonya)  
**Doç. Dr. Sunčana Roksandić Vidlička**, Zagreb Üniversitesi Hukuk Fakültesi (Hırvatistan)  
**Doç. Dr. Izabela GAWŁOWICZ**, Zielona Góra Üniversitesi Hukuk Fakültesi (Polonya)  
**Dr. Clara da Mota Santos Pimenta ALVES**, Federal Yüksek Mahkeme (Brezilya)  
**Dr. Fatma KARAKAŞ DOĞAN**, Bremen Üniversitesi Hukuk Fakültesi (Almanya)  
**Av. Dr. iur. Necip Kağan KOCAOĞLU**, New York Barosu (Amerika Birleşik Devletleri)

## ANKARA BAROSU DERGİSİ

# YAYIN İLKELERİ

1. Ankara Barosu Dergisi hukuk alanında teorik, mesleki ve uygulamaya dayalı yayınların geliştirilmesini amaçlayan, ULAKBİM/TR Dizin'de taranan hakemli bir bilimsel dergidir. Hakemli makalelerin yanında hakemsiz makale, çeviri, karar incelemesi ve diğer mesleki yazılara da yer vermektedir.
2. Dergiye gönderilen hakemli yazılar başka bir yerde yayımlanmamış veya yayımlanmak üzere gönderilmemiş olmalıdır.
3. Hakemli makaleler Dergipark üzerinden gönderilmelidir (<https://dergipark.org.tr/tr/journal/1756/submission/step/manuscript/new>). Editöryal değerlendirme ve hakemlik süreçleri doğrudan Dergipark sistemi üzerinden yapılacağı ve yazarlar tarafından süreç izlenebileceği için, hakemli makaleler için zorunlu olmadıkça e-posta yoluyla iletişim kurulmayacaktır.
4. Makale yazarına ait gerekli tüm bilgileri (ORC kimlik numarası -ORCID-, unvan, ad-soyad, iletişim adresi, güncel e-posta adresi, güncel cep telefonu) makale kapak sayfasına eklenmelidir. Hakemli makalelerin sisteme yüklenen versiyonunda yazarın kimlik bilgileri yer almayacağı gibi, hakemlerin yazarın tanınmasını sağlayacak işaret veya ifadeler yer verilmemelidir. Kapak ve makale şablonuna <https://dergipark.org.tr/tr/pub/abd/writing-rules> sayfasından ulaşabilirsiniz.
5. Hakemli makaleler önce Editöryal değerlendirmeye alınacak ve uygun görülmesi halinde ULAKBİM kriterleri doğrultusunda hakem incelemesinden geçirecektir. ULAKBİM, en az iki hakem denetimi koşulunu benimsediğinden yazı değerlendirme süreçleri değişken bir zaman aralığına yayılmakta olup, yazarların yazılarını gönderirken bunu göz önüne almaları gerekir.
6. Hakemli makale dışında kalan yazıların [abym@ankarabarusu.org.tr](mailto:abym@ankarabarusu.org.tr) adresine gönderilmesi gerekir. Makale yazarına ait gerekli tüm bilgileri (varsa ORC kimlik numarası -ORCID-, unvan, ad-soyad, iletişim adresi, güncel e-posta adresi, güncel cep telefonu) makalesin son sayfasına eklenmelidir.
7. Dergiye gönderilen tercüme edilmiş yazılar için, yazının sahibinin yayın izni ve metnin orijinali gereklidir.
8. Ankara Barosu Dergisi, elektronik ortamda tam metin olarak yayımlamak da dâhil olmak üzere, kabul edilen yazıların, tüm yayın haklarına sahiptir. Yazılar için telif ücreti ödenmez.
9. Yayımlanması yayın kurulu ya da hakem tarafından uygun bulunmayan yazılar, yazarına geri gönderilmez.
10. Yayın ilkeleri ve hakem süreciyle ilgili ayrıntılı bilgilere adresinden ulaşılabilir.

# ANKARA BAROSU DERGİSİ

## YAZIM KURALLARI

1. Yazım dili Türkçe ve İngilizcedir. Dergiye gönderilen yazıların yazım düzeltmesi Editörler/ Editör yardımcıları tarafından yapılır. Türkçe makalelerin yazımında, noktalamasında ve kısaltmalarda TDK Yazım Kılavuzu'nun en son baskısı esas alınır.
2. Ankara Barosu Dergisine gönderilecek makaleler "Microsoft Word" programında (.doc veya .docx formatında) A4 sayfa düzeni normal, sayfa yapısı; üstten 2,5 cm, alttan 2,5 cm, soldan 2,5 cm, sağdan 2,5 cm, cilt payı 0, üstbilgi 1.25 cm, alt bilgi 1,25 cm olmalıdır. Sayfa numaraları alt ortada gösterilmelidir.
3. Yazı tipi Times New Roman, 12 punto, normal stil; Satır aralığı 1,5 ve sonra 6 nk olmalıdır. Dipnotlarda Times New Roman, 10 punto, satır aralığı 1 olmalıdır.
4. Hakemli makalelerin Türkçe ve İngilizce özetlerin (toplam 400 kelimeyi geçmeyecek şekilde); her iki dilde yazı başlığının ve beşer anahtar sözcüğün de yazının başına eklenerek gönderilmesi gerekmektedir. Makalenin Türkçe Başlığı > Öz > Anahtar Kelimeler > Makalenin İngilizce Başlığı > Abstract > Keywords şeklinde sıralanmalıdır.
5. Başlıklandırma 5 düzeyi aşamaz (önerilen 3 düzeydir). Başlıklandırma şu şekilde yapılmalıdır:

### **I. BİRİNCİ DÜZEY BAŞLIK TÜMÜ BÜYÜK HARF VE KOYU**

#### **A) İKİNCİ DÜZEY BAŞLIK TÜMÜ BÜYÜK HARF VE KOYU**

##### **1- Üçüncü Düzey Alt Başlık Sadece İlk Harfler Büyük ve Koyu**

##### **a) Dördüncü Düzey Alt Başlık Sadece İlk Harfler Büyük ve Koyu**

##### ***i. En Alt Başlık Sadece İlk Harfler Büyük, Koyu ve Eğik Gerekmedikçe Kullanmayın***

6. Metin içinde dipnot numarası, noktalama işaretlerinden sonra verilmelidir. Atıflar, metin içinde gösterilmez.
7. İlk atıfta kaynağın tam künyesi verilmeli, aynı esere takip eden atıflar, aşağıda gösterilen örneklerle uygun olarak kısaltılmış olarak verilir. (Age, agm, agk, ibid, id, loc. cit.) bir önceki kaynağa işaret eden kısaltmalar kullanmayınız. Metin içinde makalenizin başka bir bölümüne dikkat çekmek için dipnotta sayfa numarası vermeyiniz. Metin içinde atıf yapılmamış eserler, kaynakçada gösterilmez.
8. Ankara Barosu Dergisinde yayınlanan makaleler, The Chicago Manual of Style (17th Edition, Notes and Bibliography) atıf ve referans sistemi esas alınarak hazırlanmalıdır. Detaylı bilgi için bkz. [https://www.chicagomanualofstyle.org/tools\\_citationguide/citation-guide-1.html](https://www.chicagomanualofstyle.org/tools_citationguide/citation-guide-1.html)

9. Kitap, editörlü kitap, e-kitap, çeviri kitap, kitap bölümü, dergi makalesi, bildiri, rapor, ansiklopedi maddesi, kitap tanıtımı, tez, gazete yazısı, röportaj, web içerik, blog yazısı vb tüm farklı yazı türleri atıf örneklerini <https://dergipark.org.tr/tr/pub/abd/writing-rules> sayfasından bulabilirsiniz.
10. Mahkeme kararları, kısaltmalar ve noktalama işaretlerinin kullanımında bir standart oluşturmak amacıyla; lütfen makalelerinizi <https://dergipark.org.tr/tr/pub/abd/writing-rules> yazılı kurallara uygun bir biçimde düzenleyiniz.

2022/4

Başkanın Mesajı | *President's Messages* .....XV  
**Av. Mustafa KÖROĞLU**

**Hakemli Makaleler***Peer Reviewed Articles*

- 1** Çalınan veya Gasp Edilen Araçta İşletenin Sorumluluğu ..... 1  
**Doç. Dr. Özlem TÜZÜNER**  
**Av. Perihan Ece ERZİK**
- 2** Bilişim Sistemine Girme ya da Sistemde Kalma Suçu ..... 33  
**Av. Ahmet BÜKE**
- 3** İdari Yargıda Dava Dilekçesi ve Diğer Belgelerin  
En Yakın Âmirilere Verilebilmesi ve Kapsamın Genişletilmesi..... 81  
**Av. Doç. Dr. Celâl İŞIKLAR**
- 4** Ticaret Sicilinin Aleniyeti ve Müspet Etkisi Yönünden  
Ticaret Unvanında Sessiz Kalma Yoluyla  
Hak Kaybının Değerlendirilmesi..... 137  
**Av. Dr. Murat CANGÜL**
- 5** Ceza Yargılamasında Silahların Eşitliği İlkesi:  
Bir Sistematik Derleme Çalışması..... 169  
**Orhan ARSLAN**
- 6** Hükümlü ve Tutukluların Nakil Esasları ve Güncel Sorunlar..... 223  
**Dr. Bahattin ARAS**
- 7** Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı'nın Avrupa Birliği  
Parlamentosu Konseyi ve Komisyonunun Faaliyetleri  
Üzerindeki Etkisi..... 283  
**Doç. Dr. Servet ALYANAK**

- 8** Verilen Karar Sonrasında Tapuda Tescil Değişikliği Yaratın Davalarda Verilen (TMK m.1010/b.1 ve TMK m.1011/b.1) Şerhleri ve Sonuçları..... 323  
**Doç. Dr. Melek BİLGİN YÜCE**  
**Prof. Dr. Etem Saba ÖZMEN**
- 9** Uluslararası Hukuk Açısından Tahıl Koridoru Andlaşması'nın Kısa Bir Analizi ..... 363  
**Doç. Dr. Tolga CANDAN**  
**Arş. Gör. Ozan Emin HALHALLI**

## Makaleler

*Articles*

- 1** Merkantilist Politikalardan 21. Yüzyıl Ticaret Savaşlarına ..... 407  
**Av. İlayda BAŞBUĞA**
- 2** Hukuki El Atma Davalarında Yargı Yolu Sorunu ..... 423  
**Av. Murat Fatih ÜLKÜ**
- 3** Mirasın Taksimi ve Tarımsal Arazilerin Miras Yoluyla İntikali..... 435  
**Av. Ahmet Ertan YILMAZTEKİN**
- 4** Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Yargıtay ve Anayasa Mahkemesi Kararlarında Hükmen Tutukluluk Kavramı ve Kavramın Türk Hukukuna Uygunluğu Sorunu..... 473  
**Ömer DEMİRTAŞOĞLU**
- 5** Noterlere Taşınmaz Satış Yetkisi Verilmesine İlişkin Kanun ..... 501  
**Prof. Dr. Etem Saba ÖZMEN**



Yitirdiklerimiz | *In loving memory of our late colleagues* ..... 543





## BAŞKANIN MESAJI

### PRESIDENT'S MESSAGES

Kıymetli meslektaşlarım ve değerli okuyucular,

Birilerinin hayatında fark yaratıyorsanız, hayatın anlamı O'dur. Biz avukatlar tüccar değiliz! Bu yüzden yaşadığımız ülkenin kılcal damarlarına kadar enjekte edilen “gölgesini satamadığın ağacı kes” yaklaşımına tenezzül etmeden, kendi yalnızlığımızda ama hep beraber yürümeye devam etmeliyiz.

Bu yürüyüş, “menfaat duygularına karşı boyun eğmeyi” ısrar ve inatla reddeden, boyun eğdirmeye çalışan muktedir karşı mücadele eden ve meslek topluluğumuz olan Baroları bu günlere getiren çok değerli meslektaşlarımızdan bize kalan bir sorumluluktur.

Yüzyıllar boyunca onurlu ve cesur avukatlar tarafından temsil edilen mesleğimizin tarihi, bize emanet kalan bir mücadele tarihidir. Bizler, bu mücadele tarihinin bilgi ve bilinciyle, yegane sınırının özgürlük ve haklar olduğu mesleğimizin ve savunmanın güçlendirilmesi adına çaba daha çok çaba sarfetmek zorundayız. Önemle vurgulamak isterim ki, bu mücadele tam olarak bizi ortak bir zeminde bir arada tutan, beraber olmaya zorlayan kaderin ta kendisidir.

Bu yüzden geleceği, hayatı ve mesleğimizi seçmeli ve kalıcı olan şeyler yapmalıyız. Şu anda okumakta olduğunuz Ankara Barosu Dergisi işte bu kalıcılığın en güzel örneğidir. Unutmayın ki aslolan kalıcı olandır ki, kalıcılığın tek anlamı tüm zamanlara seslenebilmektir. Avukatlık mesleğini kendi zamanının sınırlarına hapsedmeye çalışanlara karşı sözümüzle, dilimizle, kalemimizle hep bir karşılık vermeli ve mücadele etmeliyiz.

Bu duygularla;

Ankara Barosu Yayınları Merkezi tarafından hazırlanan Ankara Barosu Dergisi'nin 2022/4 sayısını beğeni ve istifadenize sunmanın heyecanı içerisindeyiz. Yazarlarımızın özenle kaleme aldığı makalelerin mesleki çalışmalarınıza ışık tutmasını temenni ediyor, dergimizin bu sayı da dahil, yayımlandığı ilk andan itibaren sabırla ve fedakârca çok değerli katkılar sunan

Ankara Barosu Yayınları Merkezi başta olmak üzere, kıymetli yazarlarımıza, hakem ve raportörlerimiz ile emeği geçen herkese sonsuz teşekkürlerimizi sunuyoruz.

Yine birbirinden farklı ve güncel konularla siz değerli meslektaşlarımızın karşısına çıktığımız bu sayıda, bilginin çoğalmasının en iyi yolunun paylaşmak olduğu gerçeğinden hareketle önemli konulara değinilmiştir.

Ekim sayımızı armağan ettiğimiz Cumhuriyet için umut kavramına yer vermek istedik. Tek başına büyük anlamları barındıran kapsayıcı ve kucaklayıcı kavrama. Bu kavram var oldukça, Cumhuriyetimiz de meslek örgütümüz de varlığını ilelebet sürdürecektir. Çünkü biliyoruz ki, yargı Cumhuriyet'in, Cumhuriyet de yargının onurudur. Bugün bizler Türkiye Cumhuriyeti sınırlarında hak ve özgürlüklerimize sahip çıkabiliyorsak bunu Mustafa Kemal önderliğindeki cesur milletin yarattığı mucizeye borçluyuz.

Son olarak, Mustafa Kemal ATATÜRK'ün "*Eğer bir gün benim sözlerim bilimle ters düşerse bilimi seçin.*" sözündeki kararlılık ile bilimin ışığından ayrılmayacağımızın sözünü veriyor, elinizde tutmuş olduğunuz derginin de istisnası olmayan bu kararlılığımızın ve hiç durmadan ilerleme hevesimizin yansıması olduğunu belirtmek istiyoruz.

Türkiye Cumhuriyeti'ne, Atatürk devrimlerine ve Cumhuriyet kazanımlarına borçlu olduğunu hiç unutmadan; fikri hür, irfanı hür, vicdanı hür nesillerle bilim dolu sayılara...

Saygılarımla,

**Av. Mustafa KÖROĞLU**  
*Ankara Barosu Başkanı*

**Hakemli Makaleler**

**Peer Reviewed Articles**



# Çalınan veya Gasp Edilen Araçta İşletenin Sorumluluğu

Özlem TÜZÜNER\*

Perihan Ece ERZİK\*\*

---

**Bu makale hakem incelemesinden geçmiştir ve TÜBİTAK–ULAKBİM Veri Tabanında indekslenmektedir.**

\* Doç. Dr., Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medenî Hukuk Anabilim Dalı. ([ozlemtuzuner@gmail.com](mailto:ozlemtuzuner@gmail.com)) **ORCID ID:** [0000-0002-5575-3400](https://orcid.org/0000-0002-5575-3400)

\*\* Avukat, Manisa Barosu. ([perihaneceerzik@gmail.com](mailto:perihaneceerzik@gmail.com))  
**ORCID ID:** [0000-0003-4067-8177](https://orcid.org/0000-0003-4067-8177)

**Makale geliş tarihi:** 7 Ağustos 2021 **Makale kabul tarihi:** 29 Haziran 2022

**Atf önerisi:** Tüzüner, Özlem ve Perihan Ece Erzik. “Çalınan veya Gasp Edilen Araçta İşletenin Sorumluluğu.” *Ankara Barosu Dergisi* 80, no. 4 (Ekim 2022): 1-32. **DOI:** [10.30915/abd.1186639](https://doi.org/10.30915/abd.1186639)

## ÇALINAN VEYA GASP EDİLEN ARAÇTA İŞLETENİN SORUMLULUĞU

### ÖZ

Çalınan veya gasp edilen araçlarda işletenin sorumluluğu ve bu sorumluluğu bertaraf etme yolu 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanunu'nun 107. maddesinin 1. fıkrasında düzenlenmiştir. İlgili hükme göre işleten, aracın çalınmasında veya gasp edilmesinde, kendisinin veya eylemlerinden sorumlu olduğu kişilerin kusurlu davranışlarının bulunmadığını ispatlayarak sorumluluktan kurtulabilir. Bu çalışmada, çalıntı araçta işletenin sorumluluğunun eleştirel incelenmesi, özellikle Karayolları Trafik Kanunu'nun 107. maddesinin 1. fıkrası çerçevesinde gerçekleşmektedir. İşletenin hırsız veya gasıpla müteselsil sorumlu tutulması ihtimalini işletenin kusursuzluğunu ispatlayamamasına bağlayan yasa hükmü tenkit edilmektedir. Nihayet, çalınan veya gasp edilen araçta işletenin sorumluluktan kurtulmasına ek olarak, çalınan veya gasp edilen araca binenlerin durumu da açıklanmaktadır. Böylece, işletenin hırsız veya gasıpla birlikte sorumlu tutulması geniş açıdan dikkate alınmakta ve söz konusu birlikte sorumluluk *de lege ferenda* tartışmaya açılmaktadır.

### Anahtar kelimeler

işletenin sorumluluğu

çalınan veya gasp edilen araç

Karayolları Trafik Kanunu m. 107/1

birlikte sorumluluk

işletenin sorumluluktan kurtulması

## THE RESPONSIBILITY OF THE VEHICLE OPERATORS OF STOLEN OR USURPED MOTOR VEHICLES

### ABSTRACT

The responsibility of the vehicle operators of stolen or usurped motor vehicles and the way to eliminate this responsibility are shown in the first paragraph of article 107 of Highway Traffic Law No: 2918. According to the aforementioned paragraph, operators can escape the liability to pay compensation by proving that they or the persons for whose actions they are responsible have no misbehaviors related to the theft or usurpation of the vehicles. In this study, the correlation between the first paragraph of article 107 of the Highway Traffic Law and the responsibility of the operators for stolen or usurped motor vehicles are examined. The first paragraph of article 107 of the Highway Traffic Law is criticized, in particular the possibility of the joint responsibility of the vehicle operator and the thief or usurper. Finally, in addition to the responsibility of the operator with the thief or usurper, the responsibility of those to the passengers who get into the stolen motor vehicle is also explained. It is hoped that a critical examination of the operator's joint responsibility with the thief or usurper will contribute to the Turkish legal literature.

### Keywords

responsibility of the motor vehicle operators

stolen or usurped motor vehicle

article 107/1 of the Highway Traffic Law

joint responsibility

exemption of the vehicle operators from the responsibility

## GİRİŞ

Modernleşme insanların günlük hayatlarını çeşitli yönlerden etkilemektedir. Modernleşmenin tesir ettiği alanlardan biri de ulaşım'dır. Ulaşım araçlarındaki teknik gelişmeler toplumsal yaşamı kalıcı değiştiren faktörler arasındadır. Bu gelişmelerde, trafik akışındaki tehlikelerin en aza indirilmesi önemsenmektedir. Buna karşılık, her ülkede olduğu gibi, Türkiye Cumhuriyeti'nde de motorlu araç çeşidi ve sayısı her geçen gün artmaktadır. Teknik gelişmelere rağmen, artan motorlu araç sayısı, karayollarında trafik kaynaklı rizikoları da büyütmemekte; böylece, motorlu araç işletenin sorumluluğu gündemdeki önemini hâlâ korumaktadır. Araç işletenin sorumlu tutulduğu hususlardan biri de çalınan veya gasp edilen araçların sebep olduğu zararlardır. Yalnız hırsız veya gasıbın sebep olduğu zararlardan işletenin de sorumlu tutulması bazen haksızlık teşkil etmektedir. Örneğin işletenin basit dalgınlıkla kontak anahtarını araç üzerinde unutması durumunda, hırsızın çaldığı araçla doğurduğu zararlardan işleten de müteselsil sorumludur. Her ne kadar rücu hakkı olsa da işletenin hırsız veya gasıpla müteselsil sorumluluk rejimine katılması, mevcut hukukî durumun vicdanen sorgulanmasına sebep olmaktadır.

Araç işletenin çalınan veya gasp edilen araç bakımından sorumluluğu, 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanunu'nun 107. maddesinin 1. fıkrasında düzenlenmektedir. Bu fıkrada üç ayrı hukukî meselenin düzenlendiği hemen dile getirilmelidir. İşletenin hırsız veya gasıpla birlikte sorumlu tutulması ve bu sorumluluktan kurtulması kadar, aracın çalındığı farkındalığıyla araca binen yolcunun durumu da aydınlatılmaktadır. Bu çalışmada, anılan fıkraya ek olarak 85 ve 88. maddeler kapsamında çalınan veya gasp edilen araçlarda araç işletenin sorumluluğu, bu sorumluluğun bertaraf edilmesi, çalıntı araçtaki yolcunun hukukî vaziyeti ve işletenin rücu hakkı eleştirel bakış açısıyla incelenmektedir.



## I. ÇALINAN VEYA GASP EDİLEN ARAÇTA İŞLETENİN SORUMLU TUTULMASININ ŞARTLARI

Karayolları Trafik Kanunu'nun 107. maddesinin 1. fıkrasında, işletenin kendisinden izinsiz kullanılan, spesifik olarak çalınan veya gasp edilen motorlu araçtan kaynaklanan zararlardan sorumluluğu hükme bağlanmaktadır.<sup>[1]</sup> Aslında 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanunu'yla yürürlükten kalkan 6085 sayılı mülga Karayolları Trafik Kanunu'nda izinsiz kullanmaya dair herhangi düzenleme bulunmuyordu.<sup>[2]</sup> Söz konusu yasal boşluk

- [1] Ahmet Kılıçoğlu, "2918 Sayılı Yasaya Göre Araç İşletenin Sorumluluğu," *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi* 12, no. 2-3 (1984): 13; Hüseyin Ateş, "Motorlu Araç İşletenin Sorumluluktan Kurtulması," *Türkiye Barolar Birliği Dergisi* 100, (2012): 360; Fikret Eren, "Karayolları Trafik Kanunu'na Göre Motorlu Araç İşletenin Akit Dışı Sorumluluğunun Hukukî Niteliği ve Unsurları," *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 39, no.1 (1987): 183-4; Aslıhan Yalçinkaya, "Genel Hatları ile Karayolları Zorunlu Malî Sorumluluk Sigortası," *Ankara Barosu Dergisi* 77, no. 1 (2019): 414; Hatice Karacan Çetin, *Karayolları Trafik Kanunu'nda Hukukî Sorumluluk*, (Ankara: Seçkin, 2016), 112-13; Çağrı Yücel, "Motorlu Araçlar Sorumluluk Sigortasında Riziko İstisnaları," (Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2006), 138; İlknur Şemenoğlu Pakyürek, "Motorlu Araç İşletenin Sorumluluktan Kurtulması," (Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2020), 35, 94; Meltem Hayat Bulgur, "Karayolları Trafik Kanunu'na Göre Tehlike Sorumluluğu," (Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Sabahattin Zaim Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2019), 43; Aziz Serkan Arslan, "Zorunlu Malî Sorumluluk Sigortasından Doğan Rücu Davaları," *Türkiye Barolar Birliği Dergisi* 88, (2010): 206; Selâhattin Sulhi Tekinay vd., *Tekinay Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 7. baskı, (İstanbul: Filiz Kitabevi, 1993), 536-9; Oğuzman M. Kemâl ve M. Turgut Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler II*, 16. baskı, (İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2021), 216; Altan Fahri Gülerci, *Borçlar Hukuku Dersleri*, 2. baskı, (İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2018), 311; Damla Küçük, "Kara Taşıtları Kasko Sigortası Bağlamında, Türk Ticaret Kanunu'nun 1429/1. Maddesinde Geçen -Sigorta Ettiren veya Sigortalının Fiilinden Sorumlu Olduğu Kişiler- Kavramına İlişkin Kısa Bir Değerlendirme," *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 11, no. 1 (2020): 48.
- [2] Mustafa Reşit Karahasan, *Tazminat Davaları Doktrin ve Yargıtay Kararları* (İstanbul: İstanbul Matbaası, 1976), 397; Ergun Özsunay, "Karayolları Trafik Kanun'umuzdaki Büyük Bir Boşluk: Çalınan veya Araç Sahibinin İzni Dışında Kullanılan Motorlu Taşıt Araçlarının Sebep Olduğu Zararlardan Doğan Hukukî Sorumluluk," *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası* 30, no. 3-4 (1964): 829; Yücel, "Riziko İstisnaları," 138.

doktrinde eleştirilmektedir.<sup>[3]</sup> 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanunu'nda özel düzenlemeyle bu boşluk giderilmiş; çalınan veya gasp edilen araçtan mütevellit zararların tazmininde sorumluluk düzeni netleştirilmiştir.<sup>[4]</sup>

Motorlu taşıtın izinsiz kullanılması, çalınması, gasp edilmesi veya sahibinin rızası dışında ele geçirilmesidir. Oysa Karayolları Trafik Kanunu'nun 107. maddesinin 1. fıkrası, geniş anlamda izinsiz kullanmadan değil, sadece çalma ve gasp eylemlerinden bahsetmektedir. Çalma ve gasp dışındaki sahibinin iradesi hilafına kullanımlar bu fıkra kapsamında değildir. Diğer taraftan, aracın çalınma veya gasp edilme sonucu elden çıkmasında söz konusu iki eylemin belirli maddî unsurları haiz olması beklenmektedir. Üstelik çalma veya gasp, neticede motorlu aracı kullanmak amacına yönelmelidir.<sup>[5]</sup> Bu yüzden çalma ve gasp dışındaki izinsiz kullanımlar, belki dolandırıcılık veya güveni suiistimal teşkil edebilirse de Karayolları Trafik Kanunu'nun 107. maddesinin 1. fıkrasının kapsamı dışındadır.<sup>[6]</sup> Bu minvalde, aşağıda, çalınan veya gasp edilen araçta işletenin sorumlu tutulmasının şartları şu şekilde sıralanmaktadır: Aracın çalınma veya gasp edilme sonucu elden çıkması, çalma veya gasp etme eylemlerinden birinin objektif mevcudiyeti, kullanılmak veya malik olmak gayesiyle aracın alınması.

[3] Özsunay, "Boşluk," 829; Yücel, "Riziko İstisnaları,"138, dn. 111.

[4] Hasan Tahsin Gökcan ve Seydi Kaymaz, *Karayolları Trafik Kanunu'na Göre Hukukî Sorumluluk, Tazminat, Sigorta, Rücu Davaları ve Trafik Suçları* (Ankara: Seçkin, 2001), 166; Şemenoğlu Pakyürek, "Motorlu Araç İşletenin Sorumluluktan Kurtulması," 36; Ateş, "Motorlu Araç İşletenin Sorumluluktan Kurtulması," 360.

[5] Ramazan Tunç, "Çalınan veya Gasp Edilen Motorlu Araçların Sebep Oldukları Zararlardan Doğan Hukukî Sorumluluk," *Yargıtay Dergisi* 17, no. 1-2 (Ocak-Nisan, 1991): 69, 71-5; Eren, "Motorlu Araç İşletenin Akit Dışı Sorumluluğu," 184.

[6] Gökcan ve Kaymaz, *Trafik Suçları*, 113; Yücel, "Riziko İstisnaları,"138; Karacan Çetin, *Karayolları Trafik Kanunu'nda Hukukî Sorumluluk*, 113; Eren, "Motorlu Araç İşletenin Akit Dışı Sorumluluğu," 184; Emre Eren, "Trafik Kazalarında Sigorta ve Tazminat," Erişim 20.7.2021. <http://web.e-baro.web.tr/uploads/41/Av.%20Emre%20EREN.pdf>.

**A) ARACIN ÇALINMA VEYA GASP EDİLME SONUCU ELDEN ÇIKMASI**

Karayolları Trafik Kanunu'nun 107. maddesinin 1. fıkrası çalma ve gasp kavramlarını tanımlamamıştır.<sup>[7]</sup> Motorlu aracın zilyetliğinin haksız ele geçirilmesi, çalmadır. Hırsızın motorlu aracı elinde bulundurma hakkı yoktur.<sup>[8]</sup> Gaspta, motorlu aracın haksız zilyetliğinin elde edilmesi şiddet ve zor kullanmayla karakterizedir.<sup>[9]</sup> Örneğin sürücüsü dövülerek kontak anahtarının alınmasıyla araca el konulması gasptır.<sup>[10]</sup> İşletenin hâkimiyetindeki motorlu araca, işleten veya eylemlerinden sorumlu olduğu kişilerin kusu-ruyla veya onların kusurları olmaksızın, hatta sırf kullanmak maksadıyla el konulabilir.<sup>[11]</sup> Fail aracı çalmak zorunda olsa dahi bu zaruret eylemin mezkûr fıkra kapsamında değerlendirilmesini engellemez.<sup>[12]</sup> Dahası, hırsız veya gasıp, üçüncü kişi olabileceği gibi, işletenin çalışanı veya yakını statü-sünde de belirebilir.<sup>[13]</sup>

Bir görüşe göre, istifadesine izin verilen kişinin aracı yetkisi olmadığı hâlde başkasına kullandırması izinsiz veya yetkisiz kullanım sayılmakta ve Kara-yolları Trafik Kanunu'nun 107. maddesinin 1. fıkrasının kapsamına dâhil edilmektedir.<sup>[14]</sup> Oysa karşıt görüşe göre, "motorlu aracı rızasıyla alan kişi

- 
- [7] Karacan Çetin, *Karayolları Trafik Kanunu'nda Hukukî Sorumluluk*, 112.
- [8] Tunç, "Hukukî Sorumluluk," 71.
- [9] Gökcan ve Kaymaz, *Trafik Suçları*, 222-3; Eren, "Motorlu Araç İşletenin Akit Dışı Sorumluluğu," 184; Kılıçoğlu, "Araç İşletenin Sorumluluğu," 14; Yücel, "Riziko İstisnaları," 139.
- [10] Yücel, "Riziko İstisnaları," 139.
- [11] Eren, "Motorlu Araç İşletenin Akit Dışı Sorumluluğu," 184; Yücel, "Riziko İstisnaları," 141.
- [12] Mehmet Altunkaya, "Araç İşletenin Sorumluluğunda Kusurun Rolü," *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 7, no. 1-2 (1999): 192.
- [13] Gökcan ve Kaymaz, *Trafik Suçları*, 223; Karacan Çetin, *Karayolları Trafik Kanunu'nda Hukukî Sorumluluk*, 112-3; Altunkaya, "Araç İşletenin Sorumluluğunda Kusurun Rolü," 192-3.
- [14] Şemenoğlu Pakyürek, "Motorlu Araç İşletenin Sorumluluktan Kurtulması," 92; Ergun Özsunay, "Trafik Hukukunda Sorumlu Kişi Olarak İşleteni (Araç Sahibini) Tayin Bakımından Trafik Sicilinin Rolü," *İstanbul Üniversitesi Mukayeseli Hukuk*

sonradan bu rızaya aykırı şekilde kullanırsa”, özellikle “teslim etmesi gereken zamanda teslim etmeyip kullanmayı” sürdürürse, bu durum, mezkûr hükmün uygulama alanına girmez.<sup>[15]</sup> Gerçekten, Karayolları Trafik Kanunu’nun 107. maddesinin 1. fıkrasında çalma veya gasp eylemlerine açıkça değinilmiş olması ilk anılan görüşe katılmayı imkânsızlaştırmaktadır. Çalınma ve gaspta, gerçek işletenin rızası hilafına araca üçüncü kişi tarafından el konulmaktadır. Ancak araç, işleten tarafından, sürücü, şoför, aile üyesi veya sair yardımcıya verilmişse, bu kişilerin amaç ve görevleri dışında yabancı maksatlarla aracı kullanmaları yahut başkasına kullandırmaları hâlinde bile, ilke olarak çalma veya gasptan bahsedilemez. Kısacası, Karayolları Trafik Kanunu’nun 107. maddesinin 1. fıkrasına göre, izinli fakat yetkisiz kullanımlar çalma veya gasp değildir.<sup>[16]</sup> Örneğin, sürücü görevini bitirdikten sonra, işletenin izni dışında, kendi zevki için araçla gezerken kazaya sebep olmuşsa, çalma söz konusu değildir; işleten, kural olarak, Karayolları Trafik Kanunu’nun 107. maddesinin 1. fıkrasına dayanamaz. Fakat sürücü, garajın kapısını kırarak veya anahtarlarını çalarak ya da başka anahtar uydurarak, işletenin iradesi hilafına aracı ele geçirmişse, çalma eylemi mevcuttur.<sup>[17]</sup> Yargıtay, kiracının kira süresi sonunda aracı iade etmemesini hırsızlık veya gasp saymamıştır.<sup>[18]</sup> İşletenin hırsız veya gasıpla müteselsil sorumluluğunu sınırlayan bu karardaki bakış açısı yerindedir.

---

*Araştırmaları Dergisi* 4, no. 6 (1970): 89; Bulgur, “Karayolları Trafik Kanunu’na Göre Tehlike Sorumluluğu,” 43.

- [15] Oğuzman ve Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler II*, 216, dn. 254. Aynı yönde Tekinay vd., *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 537, dn. 49.
- [16] Altunkaya, “Araç İşletenin Sorumluluğunda Kusurun Rolü,” 192-3; Gökcan ve Kaymaz, *Trafik Suçları*, 223; Tunç, “Hukukî Sorumluluk,” 73.
- [17] Tunç, “Hukukî Sorumluluk,” 73.
- [18] Yücel, “Riziko İstisnaları,” 138-9, dn. 113.

## B) ÇALMA VEYA GASP ETME EYLEMLERİNDEN BİRİNİN OBJEKTİF MEVCUDİYETİ

Karayolları Trafik Kanunu'nun 107. maddesinin 1. fıkrasındaki çalma veya gasp eylemleri ceza hukukundaki anlamlarından farklıdır.<sup>[19]</sup> Objektif (maddî) unsurun mevcudiyeti yeterli görülmemekte; çalma veya gasp kastı yani manevî unsur zorunlu addedilmemektedir.<sup>[20]</sup> Bu sebeple, Karayolları Trafik Kanunu çerçevesinde, kişinin zaruret hâlinde veya kendisinin zannederek başkasının aracını alması çalma eylemi niteliğindedir.<sup>[21]</sup> Diğer taraftan, motorlu aracı çalan veya gasp eden kişinin ayırt etme gücünün bulunmaması da önem arz etmez.<sup>[22]</sup> Yalnız karşıt görüşe göre, çalma ve gasp için şuurulu iradenin varlığı şarttır. Gayri mümeyyiz akıl hastasının motorlu aracı çalması veya gasp etmesinden söz edilemez. Böylesine durumlarda, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 65. veya 4721 sayılı Türk Medenî Kanunu'nun 369. maddesi düşünülebilir.<sup>[23]</sup> 743 sayılı mülga Türk Kanunu Medenisi döneminde, işletenin ve ev başkanının sorumluluğunu kıyaslayarak bu konuyu aydınlatan Yargıtay kararına yer verilmelidir.

Davacı tarafından davalı küçük E. Ç. ve babası H. Ç. hakkında dava açılmış olup, davacı H. Ç.'nin aile başkanı olarak sorumlu olduğu belirtilmiştir. Olay tarihinde davalı E. Ç. yaşının küçük olması nedeniyle kaza tarihinde yürürlükte bulunan Medenî Kanun'un 320. maddesi gereğince davalı H. Ç.'nin aile başkanı olarak sorumlu tutulması gerekirken bu davalı hakkında olumlu veya olumsuz karar verilmemiş olması doğru değildir.<sup>[24]</sup>

[19] Karacan Çetin, *Karayolları Trafik Kanunu'nda Hukukî Sorumluluk*, 112-3. Aksine görüş için bkz. Gökcan ve Kaymaz, *Trafik Suçları*, 223.

[20] Tunç, "Hukukî Sorumluluk," 73; Eren, "Motorlu Araç İşletenin Akit Dışı Sorumluluğu," 183.

[21] Tunç, "Hukukî Sorumluluk," 73.

[22] Eren, "Motorlu Araç İşletenin Akit Dışı Sorumluluğu," 184; Altunkaya, "Araç İşletenin Sorumluluğunda Kusurun Rolü," 194; Tunç, "Hukukî Sorumluluk," 73.

[23] Kılıçoğlu, "Araç İşletenin Sorumluluğu," 14-5; Şemenoğlu Pakyürek, "Motorlu Araç İşletenin Sorumluluktan Kurtulması," 92.

[24] Yargıtay 17. Hukuk Dairesi, E. 2007/187, K. 2007/406, 13.2.2007 (<https://legalbank.net>, Erişim 1.10.2022).

Görüldüğü üzere, mümeyyiz küçük motorlu araçla çarpmak yoluyla başkasına zarar verebilir. Anılan Yargıtay içtihadında, gasıbın temyiz kudretini haiz olmaması gerekçe gösterilerek işletenin sorumluluğu direkt yadsınmamakta fakat ev başkanının kusursuz sorumluluğunun hukuken dışlanmaması dile getirilmektedir. Demek ki, araç işleteni ve ev başkanı aynı kişide birleşebilir. Kusursuzluğunu ispatlayarak Karayolları Trafik Kanunu'nun 107. maddesine göre sorumlu addedilemeyen işleten, bu defa ev başkanı statüsünde Türk Medenî Kanunu'nun 369. maddesi uyarınca kusursuz sorumluluk çerçevesinde sorumlu tutulabilir. Küçüğün aracı yetkisiz ele geçirmesinde çalma veya gasp eylemlerinin objektif mevcudiyeti şartı vücut bulmadığından işletenin sorumluluğu elense bile aile başkanının kusursuz sorumluluğu kendine özgü şartlarıyla ihtimaller arasında değerlendirilmelidir.

Hırsız veya gasıbın cezaî ehliyet ve sorumluluğuyla, özellikle bu suçları algılama yeteneğiyle işletenin sorumluluktan kurtulması arasında bağlantı yoktur.<sup>[25]</sup> Aracın çalınması veya gasp edilmesi fiillerinin ceza muhakemesinde suç sayılması aranmadığı gibi, bunların faillerinin cezalandırılması da zorunlu değildir.<sup>[26]</sup> Zaten hukuk ve ceza hâkimleri kural olarak birbirlerinden bağımsızdır. 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 74. maddesi söz konusu bağımsızlığa işaret etmektedir. Bu kaidenin istisnası soruşturma ve/veya kovuşturma aşamasında tespit edilen vakialardır ki gerçekleştiği yadsınamayan olaylar hem hukuk hem de ceza hâkimini bağlar.<sup>[27]</sup>

Hırsız veya gasıbın çaldığı yahut gasp ettiği aracı başkasına vermesi, işletenin sorumluluğunda hafifleme yaratmamaktadır. Şöyle ki, hırsız veya gasıp çaldığı ya da gasp ettiği aracı başkasına verse işletenin sorumluluğu hâlâ tartışma konusudur. Sonuçta, işleten, kendisinin veya eylemlerinden sorumlu

[25] Tunç, "Hukukî Sorumluluk," 73; Altunkaya, "Araç İşletenin Sorumluluğunda Kusurun Rolü," 192.

[26] Gökcan ve Kaymaz, *Trafik Suçları*, 223; Eren, "Motorlu Araç İşletenin Akit Dışı Sorumluluğu," 183; Haluk Nami Nomer, "2918 Sayılı Karayolları Trafik Kanununa Göre Motorlu Araç İşletenin Hukukî Sorumluluğu," *İstanbul Barosu Dergisi* 66, no. 1-2-3 (1992): 24-6.

[27] Kadir Berk Kapanacı, "Ceza Mahkemesi Kararlarının Hukuk Mahkemesi Kararlarına Etkisi (TBK m. 74)," *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 7, no. 1 (2016): 533-4, 542; Oğuzman ve Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler II*, 82-5; Gülerci, *Borçlar Hukuku Dersleri*, 328; Tekinay vd., *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 711-6.

olduğu kişilerin aracın çalınması veya gasp edilmesinde kusursuzluğunu ispat edemezse, hırsız veya gasıbın aracı bıraktığı/verdiği üçüncü kişi sürücünün sebep olduğu zararlardan zarar görenlere karşı sorumlu addedilebilir.<sup>[28]</sup>

Çalma ve gasp eylemlerinin objektif mevcudiyeti kısmında, nihayet, aracın hareket ettirilmesinin önemi anılmalıdır. Aracın hareket etmesi, karayolu üzerinde, lastik tekerler vasıtasıyla ve motorlu makine gücüyle ilerlemesidir.<sup>[29]</sup> Hırsızlık veya gaspın varlığı için motorlu aracın yer değiştirmesi, yani hareket etmesi gereklidir.<sup>[30]</sup> Bu yüzden kişinin kendisine ait olmayan motorlu aracın nasıl çalıştığını görmek için, aracı hareket ettirmeden çalıştırmasıyla çalma veya gasp gerçekleşmez.<sup>[31]</sup>

### **C) HIRSIZ VEYA GASIBIN KULLANMAK YAHUT MALİK OLMAK GAYESİYLE ARACI ALMASI**

Çalma veya gasp eylemlerinde, başkasına ait araç, fail tarafından yararlanılmak ya da kullanılmak amacıyla sahibinin hâkimiyet alanından onun rızası hilafına bazen cebir ve tehditle alınmaktadır.<sup>[32]</sup> Aslında Karayolları Trafik Kanunu'nun 107. maddesinin 1. fıkrası, çalma veya gasp eylemlerinin altında yatan amaçtan bahsetmez. Yalnız bu kanun maddesi kapsamında, çalma veya gasp eylemindeki amaç, malik olmak ya da sadece kullanmaktır.<sup>[33]</sup>

[28] Eren, “Motorlu Araç İşletenin Akit Dışı Sorumluluğu,” 184; Tunç, “Hukukî Sorumluluk,” 73; Gökcan ve Kaymaz, *Trafik Suçları*, 223.

[29] Eren, “Motorlu Araç İşletenin Akit Dışı Sorumluluğu,” 170-2.

[30] Tunç, “Hukukî Sorumluluk,” 75; Gökcan ve Kaymaz, *Trafik Suçları*, 224; Karacan Çetin, *Karayolları Trafik Kanunu'nda Hukukî Sorumluluk*, 113.

[31] Gökcan ve Kaymaz, *Trafik Suçları*, 224; Karacan Çetin, *Karayolları Trafik Kanunu'nda Hukukî Sorumluluk*, 113.

[32] Eren, “Motorlu Araç İşletenin Akit Dışı Sorumluluğu,” 185.

[33] Tunç, “Hukukî Sorumluluk,” 73; Gökhan Mustafa Gökfidan, “Trafik Kazalarında Motorlu Araç İşletenin Hukukî Sorumluluğu,” (Yüksek Lisans Tezi, Mersin Çağ Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2019), 28-30.

Öyle ki bu eylemler, kullanma veya temellük<sup>[34]</sup> hırsızlığı gayesiyle gerçekleştirilebilir.<sup>[35]</sup> Motorlu araca sadece kullanma amacıyla el konulması mezkûr fıkranın kapsamında mütalaa edilir. Çalan veya gasp eden kullanma hedefine ek olarak ayrıca araca malik olma gayesini gütmek zorunda değildir. Tabii ki, kullanmak hedeflenmeksizin yalnız satmak ümidiyle malik olma amacı da yeterlidir.<sup>[36]</sup> Motorlu araçtan yararlanma, onu kullanma amacı, maddî veya manevî saik ihtiva edebilir. Yine kişinin kendisine avantaj sağlama, kaptirini tatmin etme istekleri söz konusu olabilirse de böylesine gerekçeler çalma veya gaspın kullanma amaçlı objektif mevcudiyetini değiştirmez.<sup>[37]</sup>

## II. ÇALINAN VEYA GASP EDİLEN ARAÇTA İŞLETENİN TÂBİ OLDUĞU SORUMLULUK DÜZENİ

Karayolları Trafik Kanunu'nun 107. maddesinin 1. fıkrası, hırsız ve gasıbın tek başına mesul olması kadar, işletenin bu kimselerle birlikte sorumlu tutulmasını ve zararı tazminden tamamen kurtarılmasını topluca düzenlemektedir. Çalınmış veya gasp edilmiş motorlu araç kazaya sebep olmuşsa, işleten de sorumlu değilse, üçüncü kişinin uğradığı zararlar, Karayolları Trafik Kanunu'nun 108. maddesi gereğince garanti fonundan karşılanır. Bu düzenleme, çalınan ya da gasp edilen araçların yaptıkları kazalarda, mağdur duruma düşenlerin zararlarının zorunlu sigorta tazminatıyla güvence altına alınmasını sağlamaktadır. Kural olarak, motorlu aracın çalınması veya gasp edilmesi nedeniyle ortaya çıkan zararlardan hırsız veya gasıp işleten gibi sorumludur. Esasen hırsız veya gasıpla sürücü ve işletenin tâbi olduğu sorumluluk sistemleri farklıdır. Ayrıca bunların sorumluluktan kurtulma ihtimalleri de birbirlerinden ayırt edilmelidir. Bu bölümde, işletenin sorumluluğuna

[34] Kendine mâl etme anlamında temellük açıklaması için bkz. Ejder Yılmaz, *Hukuk Sözlüğü*, Yorum Matbaacılık-Yayıncılık, Ankara, 1982, 470. Ayrıca bkz. Türk Dil Kurumu Sözlükleri-Güncel Sözlük, <http://www.sozluk.gov.tr>. Erişim 19.7.2021. Nitekim temellük kelimesi, mülga 765 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun (RG. 13.3.1926, S. 320) 511. maddesinin 1. fıkrasında düzenlenen “*kaybedilmiş eşyaya usulsüz temellük*” suçunda da kendine mâl etme manasındaydı.

[35] Tunç, “Hukukî Sorumluluk,” 74; Şemenoğlu Pakyürek, “Motorlu Araç İşletenin Sorumluluktan Kurtulması,” 36.

[36] Eren, “Motorlu Araç İşletenin Akit Dışı Sorumluluğu,” 184.

[37] Gökcan ve Kaymaz, *Trafik Suçları*, 223.



odaklanıldığı üzere, öncelikle, işletenin sorumluluktan kurtulmasına; ardından, hırsız veya gasıpla birlikte sorumlu tutulmasına yer verilmektedir. Daha sonra, işletenin çalınmış veya gasp edilmiş araca binenlere karşı genel hükümler uyarınca sorumlu sayılması ihtimaline değinilmektedir. Anılan üç alt başlığın her birinde ilintili Yargıtay kararlarına atıf yapılmaktadır ki böylece aynı konu üzerinde çalışan meslektaşlara araştırma kolaylığı sağlanması ümit edilmektedir. Nihayet, çalınan veya gasp edilen araç nedeniyle zarara uğrayanlara tazminat ödemek zorunda kalan işletenin rücu hakkına kısaca yer verilmektedir.

### A) ÇALINAN VEYA GASP EDİLEN ARAÇTA İŞLETENİN KUSURSUZLUĞUNU İSPAT ETMESİ

Karayolları Trafik Kanunu'na göre, motorlu aracı çalan ya da gasp eden, işleten gibi sorumludur. 107. maddenin 1. fıkrası, motorlu araçların çalınması veya gaspında, üçüncü kişilerin uğrağı zararlardan kusurlu işleteni sorumlu tutma istisnasını saklı tutmakta; ayrıca hırsız veya gasıbın işleten sayıldığını duyurmaktadır. Bu hâlde hırsız veya gasıp, işleten gibi sorumlu tutulanlar arasında yer almakta ve farazî yani varsayımsal işleten addedilmektedir.<sup>[38]</sup>

[38] Gökcan ve Kaymaz, *Trafik Suçları*, 224; Arslan, 203; Oğuzman ve Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler II*, 216; Gülerci, *Borçlar Hukuku Dersleri*, 311; Tekinay vd., *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 537; Kılıçoğlu, "Araç İşletenin Sorumluluğu," 16; Tunç, "Hukukî Sorumluluk," 81; Yücel, "Riziko İstisnaları," 137; Eren, "Motorlu Araç İşletenin Akit Dışı Sorumluluğu," 185; Altunkaya, "Araç İşletenin Sorumluluğunda Kusurun Rolü," 193; Eren, *Trafik Kazalarında Sigorta ve Tazminat*; Yalçınkaya, "Karayolları Zorunlu Malî Sorumluluk Sigortası," 414; Alev Öznur, "Yargıtay Kararları Doğrultusunda Karayolları Trafik Kanununa Göre Kusursuz Sorumluluk," (Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Kültür Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2012), 95; Gökfidan, "Trafik Kazalarında Motorlu Araç İşletenin Hukukî Sorumluluğu," 30; Canbolat Ferhat ve Günhan Gönül Koşar, "Motorlu Aracın İşletilmesinden Doğan Hukukî Sorumlulukta Kusurun Önemi ve Sorumluluğa Etkisi," *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*23, no. 2 (2021): 849; Erhan Bulut, "2918 Sayılı Karayolları Trafik Kanunu Uyarınca Araç İşletenin Sorumluluğu (Sorumluluğun Şartları)," *Mevzuat Dergisi*, no. 40 (2001): <https://www.mevzuatdergisi.com/2001/04a/01.htm>, Erişim 21.7.2021. Ayrıca 6085 sayılı mülga Karayolları Trafik Kanunu'nda izinsiz kullanmaya dair herhangi düzenleme bulunmadığından, 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanunu'ndan önce kanun boşluğunu doldurmaya yönelik *de lege ferenda* çözüm önerisi için bkz. Özsunay, "Boşluk," 856. Ayrıca bkz. Bulgur, "Karayolları Trafik Kanunu'na Göre Tehlike Sorumluluğu," 38.

Karayolları Trafik Kanunu'nun 107. maddesinin 1. fıkrasındaki sorumluluk düzeninin niteliği hakkında doktrinin uzlaştığı söylenemez. Literatürde, ispat yükü ters çevrilmiş kusur sorumluluğu görüşü bulunduğu gibi bu fikri reddedenler de anılmalıdır. İspat yükü ters çevrilmiş kusur sorumluluğu görüşüne katılmayanlar, sorumluluktan kurtuluş için yasa koyucunun özel yöntem ihdas ettiğini savunur.<sup>[39]</sup> Görüşleri teorik anlamda gruplamak mümkün olmasa da burada katıldığımız fikir belirtilmelidir. İspat yükü yer değiştirmiş kusur sorumluluğu düşüncesi yerindedir. Çünkü buradaki ispat yükü, haksız fiildeki genel kuralın aksine, zarar gören mağdurun değil, işleten üzerindedir.<sup>[40]</sup> Bu hükümde işletenin kusurlu olduğu karinedir. Ancak işleten karineyi çürütebilir. Hem aracın çalınmış veya gasp edilmiş olduğunu, hem de kendisinin ya da eylemlerinden sorumlu olduğu kişilerin çalınma yahut gaspla ilintili hiçbir kusurunun bulunmadığını ispat edebilir.<sup>[41]</sup> Diğer deyişle, aracın izinsiz ele geçirilmesi ile işletenin kusurlu davranışı arasında uygun illiyet bağı araştırılmalıdır. Tersinden ifade edilirse, işletenin kusurlu

[39] Gökcan ve Kaymaz, *Trafik Suçları*, 224; Kılıçoğlu, "Araç İşletenin Sorumluluğu," 16; Tunç, "Hukukî Sorumluluk," 81; Eren, "Motorlu Araç İşletenin Akit Dışı Sorumluluğu," 183-186; Öznur, "Kusursuz Sorumluluk," 39, 94-6; Tekinay vd., *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 537; Kılıçoğlu, "Araç İşletenin Sorumluluğu," 16; Ateş, "Motorlu Araç İşletenin Sorumluluktan Kurtulması," 344, 347, 352; Yalçinkaya, "Karayolları Zorunlu Malî Sorumluluk Sigortası," 414-6; Gökfidan, "Trafik Kazalarında Motorlu Araç İşletenin Hukukî Sorumluluğu," 28-30; Altunkaya, "Araç İşletenin Sorumluluğunda Kusurun Rolü," 192; Şemenoğlu Pakyürek, "Motorlu Araç İşletenin Sorumluluktan Kurtulması," 91; Güzin Üçışık, "Tehlike Sorumluluğunun Genel Kural ile Düzenlenmesi," (bildiri *Gazi Üniversitesi Sorumluluk ve Tazminat Hukuku Sempozyumu*. Ankara, 28-29 Mayıs 2009), içinde *Sorumluluk ve Tazminat Hukuku Sempozyumu*, ed. Mustafa Fadıl Yıldırım ve Erden Ethem Atay, (Ankara: Gazi Üniversitesi Yayını, 2009), 127-46; Hüseyin Ateş, "Motorlu Araç İşletenin Sorumluluğunun Azaltılması," *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, no. 97 (2011): 314-6.

[40] Öznur, "Kusursuz Sorumluluk," 95. Tekinay vd., *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 537.

[41] Karacan Çetin, *Karayolları Trafik Kanunu'nda Hukukî Sorumluluk*, 118; Tunç, "Hukukî Sorumluluk," 76; Altunkaya, "Araç İşletenin Sorumluluğunda Kusurun Rolü," 193; Bolat Bolatoğlu, *Karayolları Trafik Kanunu'na Göre Motorlu Araç İşletenin Hukukî Sorumluluğu*, (Ankara: Kazancı, 1988), 103.

davranışıyla aracın çalınması veya gaspı arasında nedensellik bağı varsa, işleten sorumluluktan kurtulamaz.<sup>[42]</sup>

Kusurluluğun karine mertebesinde kabulü işletenin mesuliyetini ağırlaştıran parametredir.<sup>[43]</sup> İşleten sorumluluktan kurtulmak için kendisine düşen ispat yükünü yerine getiremezse, Karayolları Trafik Kanunu'nun 85. maddesine göre sorumlu tutulur.<sup>[44]</sup> İşleten gasp edilme ve çalınma eylemlerinde kusursuzluğunu ispat edemezse, zarar görene karşı hırsız veya gasıpla müteselsil sorumludur. İşleten, sorumlu addedilerek zararı tazmin ettiği takdirde, aracı çalana veya gasıba rücu edebilir.<sup>[45]</sup> Ne var ki, çalınma olayından uzun süre geçmişse araç sahibinin işleten sıfatını artık kaybedeceği, bundan böyle hırsızın Karayolları Trafik Kanunu'nun 85. maddesi uyarınca tek başına sorumlu kalacağı doktrinde ileri sürülmektedir.<sup>[46]</sup>

İşleten, öncelikle çalma ve gaspı kanıtlamalıdır. Çalma amacı olmadan aracın iade edilmek üzere izinsiz alınması işleteni sorumluluktan kurtarmaz.<sup>[47]</sup> İşleten, kanunun kendisine biçtiği kusur karinesini çürütmek amacıyla, makul ve dürüst her işletenin aracının çalınmaması veya gasp edilmemesi için gerekli tüm tedbirleri bizzat aldığını ispat etmelidir.<sup>[48]</sup> Burada işletenden

[42] Tunç, "Hukukî Sorumluluk," 76.

[43] Gökcan ve Kaymaz, *Trafik Suçları*, 224.

[44] Ergun Özsunay, "Trafik Hukukunda Zarar Giderimi Sorumlusu Olarak İşleten Kavramına İlişkin Bazı Sorunlar," *Banka ve Ticaret Hukuk Dergisi*, no. 6/1 (1971): 86; Öznur, "Kusursuz Sorumluluk," 93, 106; Gökfidan, "Trafik Kazalarında Motorlu Araç İşletenin Hukukî Sorumluluğu," 30; Bolatoğlu, *Motorlu Araç İşletenin Hukukî Sorumluluğu*, 106; Tunç, "Hukukî Sorumluluk," 83; Eren, "Motorlu Araç İşletenin Akit Dışı Sorumluluğu," 184-6.

[45] Tunç, "Hukukî Sorumluluk," 84; Gökcan ve Kaymaz, *Trafik Suçları*, 228; Eren, "Motorlu Araç İşletenin Akit Dışı Sorumluluğu," 185; Gökfidan, "Trafik Kazalarında Motorlu Araç İşletenin Hukukî Sorumluluğu," 30; Özsunay, "İşleten Kavramı," 105.

[46] Nomer, "Motorlu Araç İşletenin Hukukî Sorumluluğu," 15.

[47] Eren, *Trafik Kazalarında Sigorta ve Tazminat*.

[48] Eren, "Motorlu Araç İşletenin Akit Dışı Sorumluluğu," 185; Yalçinkaya, "Karayolları Zorunlu Mali Sorumluluk Sigortası," 414, dn. 83; Bolatoğlu, *Motorlu Araç İşletenin Hukukî Sorumluluğu*, 99.

beklenen özen seviyesi çok yüksektir.<sup>[49]</sup> Şöyle ki, aracın güvenle gözetilmesi maksadıyla gerekli tüm tedbirleri dikkatle aldığı; aracının kapı ve camlarını kapattığını ve kilitlediğini; kontak anahtarını araç üzerinde veya kolayca açılabilen kiltsiz çekmece ya da çanta gibi yerde bırakmadığını; sürücü ve yardımcılarını seçmede, denetlemede, onlara talimat vermede her türlü ihtimamı gösterdiğini kanıtlamalıdır. Dahası işleten, eylemlerinden sorumlu olduğu ev halkının veya istihdam ettiği personelin motorlu araca erişimi hakkında lüzumlu tedbirleri uyguladığını ve aracın kullanılmasıyla ilgili kesin yasaklar koyarak aracı çok iyi muhafaza ettiğini gözler önüne sermelidir.<sup>[50]</sup>

İşleten araçtan ayrıldığı veya aracı uygun yerde park ettiği zaman, yalnızca kazaları önleyecek veya trafiği engellemeyecek tedbirleri almakla yetinmeyip, araçtan izinsiz yararlanmayı önlemekle de yükümlüdür.<sup>[51]</sup> Alınacak önlemler, aracın bırakıldığı yer ve süreyle orantılı, uyumlu ve bağlantılıdır. Kısa süreli park edilen veya bırakılan aracın izinsiz ele geçirilmemesi adına alınan önlemler, uzun süreli tevdiden daha az teferruatlı olabilir. Elzem tedbirlerin tayininde işletenin yaşam şartları ve kalitesi de göz ardı edilmemelidir.<sup>[52]</sup> Örneğin, Türkiye Cumhuriyeti'nde para karşılığı aracın güvenilir otoparka tevdiiini beklemek herkes açısından uygun değildir. Dolayısıyla sırf otoparka bırakılmadığı için hırsızın hukuka aykırılıklarından işleten sorumlu tutulmayabilir.<sup>[53]</sup> Tabii ki işletenin hırsızlık ve gaspa karşı alması gereken özenli tedbirlerin ölçütü somut olayın özelliklerine göre değişir.<sup>[54]</sup>

[49] Eren, Trafik Kazalarında Sigorta ve Tazminat.

[50] Tunç, "Hukukî Sorumluluk," 76; Eren, "Motorlu Araç İşletenin Akit Dışı Sorumluluğu," 186. Altunkaya, "Araç İşletenin Sorumluluğunda Kusurun Rolü," 193; Özsunay, "Trafik Sicilinin Rolü," 90; Tekinay vd., *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 538.

[51] Tunç, "Hukukî Sorumluluk," 76.

[52] Eren, "Motorlu Araç İşletenin Akit Dışı Sorumluluğu," 186.

[53] Çelik Ahmet Çelik, *Trafik Kazaların Tazminat ve Sigorta Hukuk ve Ceza Sorumluluğu Uygulama ve Yargıtay Kararları Hesaplama ve Rapor Örnekleri*, 2. baskı (Ankara: Seçkin, 2019), 113.

[54] Gökfidan, "Trafik Kazalarında Motorlu Araç İşletenin Hukukî Sorumluluğu," 29.

Çalınan veya gasp edilen araçta işletenin sorumluluğu zamanla sınırlıdır. İşleten sıfatının ve bu statünün varlığına bağlanan sorumluluğun başlangıcı ve bitimi eş zamanlıdır. Sonuçta araç işletenin aracı işletme yetkisi, Karayolları Trafik Kanunu'nun 3. maddesindeki ifadeyle araç üzerindeki “fili tasarruf” kudreti, paralelinde bu sorumluluğu ve beraberinde zorunlu trafik sigortası yükümlülüğü getirmektedir. İşleten, araçla ilişkisinin sona erdiği ve dolayısıyla işleten sıfatından kurtulduğu andan itibaren araçla verilen zararlardan sorumlu tutulamaz. Çalınma ya da gasp edilme eylemlerinin üzerinden uzun süre geçmesi ve polislerin araştırmalarının sonuçsuz kalması hâlinde işleten statüsünün sona erdiği ileri sürülebilir.<sup>[55]</sup>

Doktrinde bir görüş, aracın malik olma maksadıyla üçüncü kişi tarafından ele geçirilmesinde, işletenin işleten sıfatının sona erdiğini ve artık Karayolları Trafik Kanunu'nun 107. maddesinin uygulama alanı bulmayacağını ileri sürmektedir. Öyle ki aracı malik olma gayesiyle elde eden artık bizzat işletendir. Önceki işletenin çalınma veya gaspta kusuru bulunmadığını ispatlaması gerekli değildir. Malik olma kaygısıyla çalan hırsız gerçek işleten olarak sorumludur.<sup>[56]</sup> Anılan bakış açısında, Karayolları Trafik Kanunu'nun 107. maddesi kanunun ruhuna ve yasa koyucunun amacına aykırı daraltılmaktadır. Esasen söz konusu madde *de lege ferenda* eleştirilirken *de lege lata* yanlış yollara girilmemelidir. Hırsız ve gasp zaten çoğunlukla malik olmak için ele geçirendir. Salt kullanmak, kiralamak veya tamirciye bırakmak gibi mülkiyet dışı amaçlarla hırsızlık veya gaspa meyledilmesi uzak olasılıktır. Her ne kadar haksız sonuçlara sebep olduğu iddia edilse de söz konusu kanun maddesinin böylesine uç ihtimallere indirgenmesi, yasanın sözüne karşı (*contra legem*) yorum teşkil edebilir.

Çalınan veya gasp edilen araçta işletenin sorumluluktan kurtulması hakkındaki Yargıtay kararlarının vurucu paragraflarına kısaca değinilmelidir. Öncelikle aracın tamirciye tevdiinde üzerinde anahtar bırakılmasının işleten

[55] Gökcan ve Kaymaz, *Trafik Suçları*, 225; Yücel, “Riziko İstisnaları,” 140.

[56] Tunç, “Hukukî Sorumluluk,” 74; Bolatoğlu, *Motorlu Araç İşletenin Hukukî Sorumluluğu*, 90-3; Gökfidan, “Trafik Kazalarında Motorlu Araç İşletenin Hukukî Sorumluluğu,” 30.

aleyhine kusur addedilmediği belirtilmelidir.<sup>[57]</sup> Ardından işletenin kusurunu simgeleyen tedbirsizliklere değinilmelidir.

Motorlu aracı çalan veya gasp eden kimse işleten gibi sorumlu tutulur. Aracın çalınmış veya gasp edilmiş olduğunu bilen veya gereken özen gösterildiği takdirde öğrenebilecek durumda olan aracın sürücüsü de onunla birlikte müteselsilen sorumludur. İşleten, kendisinin veya eylemlerinden sorumlu olduğu kişilerden birinin, aracın çalınmasında veya gasp edilmesinde kusurlu olmadığını ispat ederse, sorumlu tutulamaz.<sup>[58]</sup>

İşleten ve fiillerinden sorumlu olduğu kişiler tarafından aracın kapı ve camlarının kapatılmış olması, kontak anahtarının araç üzerinde veya kolayca elde edilebilecek bir yerde bırakmaması, sürücü ve yardımcılarını seçmede, talimat vermede, denetlemede, her türlü özeni gösterdiği hususlarının ispat edilmesi gerekmektedir. Bu hususlar araştırılmadan eksik inceleme ile yazılı şekilde karar verilmesi doğru görülmemiştir.<sup>[59]</sup>

Takip eden içtihatlarda düz kontak yapılarak çalınan ve korumalı otoparka park edilmeyen araç konuları değerlendirilmekte ve kusursuzluk gerekçelendirilmektedir. Ayrıca Karayolları Trafik Kanunu'nun 107. maddesinin layıkıyla uygulanması için savcılıktaki soruşturma evraklarının tazminat davasının dosyasına eklenmesi gerektiği salık verilmektedir.

Dosyada bulunan görgü ve tespit tutanağında, davalıya ait aracın bulunduğu direksiyon kutusunun sökülmüş ve kablolarının açıkta olduğu belirtilmiştir. Bu durumda aracın anahtarsız düz kontak yapılarak çalındığı konusunda karine oluşmuştur. O hâlde mahkemece aracın park edildiği yerin nitelikleri, davacının

[57] Yargıtay 4. Hukuk Dairesi, E. 1977/1781, K. 1977/2595, 7.3.1977 (Yücel, "Riziko İstisnaları," 140, dn. 120; Eren, "Motorlu Araç İşletenin Akit Dışı Sorumluluğu," 186).

[58] Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, E. 2011/17-398, K. 2011/434, 22.6.2011 (<https://unalgokturk.av.tr>, [www.kararara.com](http://www.kararara.com), Erişim 1.10.2022).

[59] Yargıtay 17. Hukuk Dairesi, E. 2014/163, K. 2014/933, 3.2.2014 ([www.alitumbas.av.tr](http://www.alitumbas.av.tr), [www.azizcihank.av.tr](http://www.azizcihank.av.tr), Erişim 1.10.20).

park etmesi sırasında aldığı, alabileceği tedbirlerin neler olduğu ve aracın niteliğine göre düz kontak yapılarak çalınıp çalınmayacağı belirlenerek ...<sup>[60]</sup>

Hükme esas alınan bilirkişi raporunda; davalı malikin, aracını evinin önüne park ettiği ve korumalı otoparka bırakmadığı gerekçe gösterilerek, sigortalının aracına verilen hasarın, çalınan aracın malikinden tahsiline karar verilmiştir. Ancak ülkemiz koşullarında, herkesin aracını otoparka bırakma imkânı bulunmadığından, davalı malikten de bunun beklenmesi ve bunu yapmadığı için aracını korumak amacıyla gerekli tedbirleri almadığının kabul edilmesi doğru değildir.<sup>[61]</sup>

Mahkemece aracın çalınmasına ilişkin hazırlık soruşturması dosyası getirilerek Karayolları Trafik Kanunu'nun 107. maddesi çerçevesinde gerekli araştırma yapılarak varılacak uygun sonuca göre hüküm kurulması gerekirken eksik inceleme ile yazılı şekilde hüküm kurulması doğru görülmemiştir.<sup>[62]</sup>

## **B) İŞLETENİN HIRSIZ VEYA GASIPLA BİRLİKTE ÜÇÜNCÜ KİŞİLERE KARŞI SORUMLULUĞU**

İşleten, aracın çalınması veya gasp edilmesinde, bu durumu önlemeye yeterli ve gerekli tüm önlemleri almış olduğunu, dolayısıyla kusuru bulunmadığını ispatlayamazsa, hırsız veya gasıpla birlikte sorumlu olur. Söz konusu müteselsil sorumluluk, Karayolları Trafik Kanunu'nun 107. maddesinin 1. fıkrasıyla 85 ve 88. maddelerinden kaynaklanır. Üçüncü kişilere karşı sorumluluğun kapsamı 85. maddede düzenlenmiştir. Motorlu aracın çalınması veya gasp edilmesinde kusursuzluğunu ispatlayamayan işleten, hırsız veya gasıpla müteselsil sorumludur. Öyle ki, sorumluluktan kurtulmak için kendisine düşen ispat yükünü yerine getiremeyen işleten 85. maddeye göre sorumlu olur. İşletene çalınan veya gasp edilen motorlu aracın yol açtığı zararların doğumunda kusurunun bulunmadığını kanıtlayarak sorumluluktan kurtulma olanağı tanınmamıştır. Aracın çalınması veya gasp edilmesinde kendisinin ve gözetimi altındakilerin kusursuzluklarını

[60] Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, E. 2006/6896, K. 2006/7066, 19.6.2006 (Özsunay, "Trafik Sicilinin Rolü," 90; Öznur, "Kusursuz Sorumluluk," 41).

[61] Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, E. 2005/5797, K. 2006/6258, 25.5.2006 ([www.baltaci.av.tr](http://www.baltaci.av.tr), Erişim 1.10.2022).

[62] Yargıtay 17. Hukuk Dairesi, E. 2012/6655, K. 2012/8162, 26.6.2012 ([www.baltaci.av.tr](http://www.baltaci.av.tr), Erişim 1.10.2022).

kanıtlamalıdır. İlgili hususları ispatlayamayan işleten Karayolları Trafik Kanunu'nun 85. maddesine göre sorumlu olur. Özetle, gasp ve çalınma olayında kusursuzluğunu ispat edemeyen işleten, mağdurun zararını hırsız veya gasıpla müteselsil tazmin etmeye mahkûm edilir.<sup>[63]</sup> Karayolları Trafik Kanunu'nun 88. maddesi ise, birden fazla kişinin müteselsil sorumluluğu söz konusu olduğunda, bu çalışmanın spektrumunda hırsız veya gasıpla işleten arasında zararın paylaşılması bakımından uygulama alanı bulur. Burada Türk Borçlar Kanunu'nun müteselsil sorumluluğa ilişkin genel hükümleri, 61 ve 62. maddeleri de dikkate alınmalıdır.<sup>[64]</sup>

### C) ELEŞTİRİLER

Karayolları Trafik Kanunu'nun 107. maddesinin 1. fıkrasının, aracın çalınması ya da gasp edilmesinde kusurlu olmadığını ispatlama yükünü işletene yüklemekle onun sorumluluğunu ağırlaştırdığı yukarıda açıklanmıştır. Kusurluluğun karine mertebesinde kabulü işletenin sorumluluğunu ağırlaştırır parametredir. İşleten sorumluluktan kurtulmak için kendisine düşen ispat yükünü yerine getiremezse, Karayolları Trafik Kanunu'nun 85 ve 88. maddelerine göre hırsız veya gasıpla birlikte sorumlu olur. İşleten, kanunun kendisine biçtiği kusur karinesini çürütmek adına, makul ve dürüst her işletenin aracının çalınmaması veya gasp edilmemesi için alması gerekli tedbirleri bizzat sağladığını kanıtlamalıdır. Burada işletenden beklenen özen seviyesi aşırıdır. *De lege ferenda* perspektifte, 107. maddenin

[63] Tunç, "Hukukî Sorumluluk," 80, 81; Gökcan ve Kaymaz, *Trafik Suçları*, 224-5; Karacan Çetin, *Karayolları Trafik Kanunu'nda Hukukî Sorumluluk*, 120; Eren, "Motorlu Araç İşletenin Akit Dışı Sorumluluğu," 184-5; Altunkaya, "Araç İşletenin Sorumluluğunda Kusurun Rolü," 193; Kılıçoğlu, "Araç İşletenin Sorumluluğu," 16; Öznur, "Kusursuz Sorumluluk," 94-5, 106.

[64] Karacan Çetin, *Karayolları Trafik Kanunu'nda Hukukî Sorumluluk*, 120; Gökfidan, "Trafik Kazalarında Motorlu Araç İşletenin Hukukî Sorumluluğu," 10, 28, 121-3; Şemenoğlu Pakyürek, "Motorlu Araç İşletenin Sorumluluktan Kurtulması," 92; Bulgur, "Karayolları Trafik Kanunu'na Göre Tehlike Sorumluluğu," 43-5; Küçük, "Kara Taşıtları Kasko Sigortası," 48-9; Eren, "Motorlu Araç İşletenin Akit Dışı Sorumluluğu," 184-7; Öznur, "Kusursuz Sorumluluk," 93-5; Tunç, "Hukukî Sorumluluk," 79-81; Bulut, *Araç İşletenin Sorumluluğu*; Eren, *Trafik Kazalarında Sigorta ve Tazminat*; Oğuzman ve Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler II*, 216, 304-7.



1. fıkrasında işletene biçilen ispat yükü yer değiştirmiş kusur sorumluluğu adalet duygusuna aykırıdır.

Kolluk kuvvetine dâhil olmadıkları hâlde tüm motorlu taşıt işletenlerine, âdeta suç işlenmesini engelleme görevi yüklenmektedir. Oysa mala karşı suçları azaltma ve önleme stratejileri, özel hukukun değil, kamu hukukunun uzantısıdır. Motorlu taşıt hırsızlığını ekarte etme misyonu, taşıt maliklerine değil, kamu hukuku çerçevesinde kolluk kuvvetleriyle özel güvenlik görevlilerine ve istisnai olarak 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 579. maddesi gereği münhasır şartları oluştuğunda korumalı otopark işletmecilerine atfedilmelidir.

Aslında ispat yükü yer değiştirilerek işleten açısından zora koşulan sorumluluk rejiminin 88. maddenin 2. fıkrasıyla biraz olsun iyileştiği düşünülebilir. Lâkin hırsız veya gasıbın sebep olduğu zararlardan işletenin sorumlu tutulması çoğunlukla haksızlık teşkil etmektedir. Aracın çalınması ve gasp edilmesinde kusuru bulunmadığını ispatlayamayan işleten, hem aracının rızası dışında elinden çıkmasından doğan zarara katlanmak, hem de hırsız veya gasıbın sebep olduğu kazadan kaynaklanan zararı tazmin etmek yahut giderime katılmak zorundadır. Şöyle ki, işletenin maddî kaybı iki boyutludur: bir yandan kendi aracını tamir ettirmek, diğer yandan hırsız veya gasıpların zarar verdiği üçüncü kişilerin zararlarını kısmen veya tamamen tazmin etmek. Motorlu taşıt hırsızlığında hukuk sosyolojisi şöyle değerlendirmelere zemin hazırlayabilir: Toplumda hırsızlık suçunun engellenmesinden sorumlu otoritelerin görevlerini layıkıyla yerine getirmemesi; cezaların caydırıcı olmaması veya kişilerin hırsızlığa meyledecek kadar fakirleşmesi. Her türlü analiz, aracı çalınan işletenin çift taraflı tazmin borcu altında zorlanmasını gerekçelendirmekten uzaktır.

Kusursuz sorumluluk telakkisiyle, motorlu taşıtın tehlike saçtığı ve sırf buna malik olmanın böylesine aşkın görevler doğurduğu zannı gerçek dışıdır. Kusursuz sorumlulukta bile, öncelikle, hukuka aykırı fiil bulunur; ayrıca, mesul kişinin sorumluluk alanı kanun koyucu tarafından asgarî çerçevelenmiştir ve tahmin edilebilir netliktedir. En başta, işletenin aracının çalınmaması adına gerekli tedbirleri almayı hukuka aykırılık telakki edilince, bundan asıl yararlanan, zarar gören üçüncü kişiler değildir. Söz konusu kanun maddesi otomobil hırsız ve gasıpları ya da bu fiillerin adayları adına istenmeyen ve öngörülme boyutta elverişli ortam sunmaktadır. Büyük olasılıkla, hırsız ve gasıpların malvarlıkları yetersizdir, belki borca

batıktır. Zararın tamamını tazmin etmek zorunda kalan işletenin müteakip rücu imkânı 107. maddeye yöneltilen serzenişleri yatıştırmaktan uzaktır. Çünkü suç işlediği için büyük ihtimalle cezaya mahkûm edilecek kişiden yasa koyucunun planladığı tahsilatın rücuen yapılması olayların ekseriyetinde mümkün olmaz. Kendilerine yalnız rücu için başvurulabildiğini, bizzat zarar verdikleri kişilerin zararlarını bile kısmen veya tamamen gidermek zorunda kalmadıkları düşünülünce söz konusu kanun maddesinin alt yapıda kimi sehven koruduğu açıklığa kavuşmaktadır. Kusursuz sorumlulukta dahi hukukî çerçevenin *conductio juris*'ler sayesinde belirginleştirildiğinden bahsedilmiştir. Meselâ kendi işletmesinin tehlikeye sebep olması, binasının çökmesi, hayvanının ısırması, çocuğunun haksız fiil işlemesi gibi mesuliyet kümesinin tehlike ve özen elemanları olasıdır. Çevre temizliği kurallarına uymama, tehlikeleri bertaraf etmeme, tamir ettirmeme, bakımı aksatma, tasma takmama veya çocuğuna sahip çıkmama gibi şahsî eylem ya da eylemsizliklerle; hırsız ya da gasıbı hırsızlık ve gasp denilen hukuka aykırılıklardan sakındırma misyonu ayırt edilmelidir.

Sırf aracın işleteni olmak ve çalınmasına karşı yeterli önlemleri almamak, hırsız veya gasıpla müteselsil sorumluluğa reva mıdır? Her ne kadar 107. maddenin 1. fıkrasının uygulamasında ceza hukukuna göre suç analizi yapılmasa ve manevî unsur araştırılmasa da hırsız ve gasıplar herhâlde bilerek hukuka aykırı davranırlar. Kasıtlı hırsız veya gasıpla ihmalkâr işletenin müteselsil sorumluluk paydasında yan yana birleştirilmesindeki süje uyumsuzluğu aşikârdır. Öyle ki, kişinin kendi malına gereken değeri vermemesiyle başkasının malını çalması aynı teselsül potasında eritilmemelidir. Hukuk ilmi nazarında buradaki kişi profilleri ve davranış kesitleri öylesine farklıdır ki bunların aynı kanun maddesinin gölgesinde müteselsil sorumlu tutulması hakkaniyetle hiç bağdaştırılamamaktadır. Zilyetlik iradesi cebir ve şiddetle ifsat edilmiş işletenin kendi aracını gasp eden kişiyle müteselsil sorumlu addedilmesi vicdanları rahatsız etmektedir. Zor kullanarak haksız zilyetlik edinen gasıpla bu gaspa boyun eğmek zorunda kalan mağdur işletenin birlikte sorumlu sayılmasındaki adaletsizlik apaçık göze çarpmaktadır. Diğer taraftan, aracı çalanla gasp edenin aynı sorumluluk rejimine tâbi kılınması da tartışmaya açıktır. Zira gasp (yağma) eyleminde taşınırın zorla alınması cebir ve tehditle gerçekleşmektedir. Zaten gasp, hırsızlığa cebir ve tehdit eklenmesinden ibarettir. Şu hâlde, şiddet uygulayan ve cebre başvurmeyen haksız zilyetlerin aynı kanun maddesinde birlikte düzenlenmesi de didaktik açıdan uyum arz etmemektedir.

İşte anılan sebeplerle, Karayolları Trafik Kanunu'nun 107. maddesinin yarattığı haksızlık rejimi hem uygulamacı hem de teorisyen hukukçuları sorgulamaya sevk etmektedir. Eleştirilerden sonra çözüm yolları üzerinde düşünülmelidir. Aracın çalınması ve gaspında işletenin sorumluluğunun Karayolları Trafik Kanunu'nda düzenlenmemesi ve bütünüyle genel hükümlere terk edilmesi önerilerden ilkidir. Bu defa bilinçli susma mertebesinde 6085 sayılı mülga Karayolları Trafik Kanunu'ndaki sisteme dönülmesi dâhi, mevcut durumla kıyaslandığında daha makbuldür. Diğer taraftan, aracı çalınan veya gasp edilen ihmalkâr işletenin malvarlığına alternatif fon muamelesi yapılması yerine, Karayolları Trafik Kanunu'nun 108. maddesinin daha efektif hâle dönüştürülmesi düşünülebilir.

Herhâlde, mevcut kanunî düzenlemenin uygulamasında, Yargıtay, motorlu aracın çalınması veya gasp edilmesinde işleteni hırsız veya gasıpla birlikte sorumlu tutup tutmayacağına karar verirken, ihtimalleri işleten lehine yorumlayabilir; böylece söz konusu kanun maddesinden kaynaklanan adaletsiz sonuçlar minimum düzeye indirilebilir. Örneğin işletenin üçüncü kişileri motorlu araç hırsızlığından veya gaspından sakındırma misyonunu sınırlandırıp onun sorumluluktan kurtulma gerekçelerini geniş yorumlayabilir. Bu noktada, Yargıtay'ın konuya ilişkin eğilimi örneklenmeli ve işletenin sorumluluktan kurtulmasında işleten lehine yorum için tavsiyelerde bulunulmalıdır. Kontak anahtarının araç üzerinde unutulması ya da aracın kapılarının kilitlememesi kusurlu davranış mütalaa edilmiştir.<sup>[65]</sup> Diğer taraftan, aracının anahtarını masasının çekmecesinde bırakan işletenin, izinsiz kullanımı önlemek için gereken özeni gösterdiğinin kabulü mümkün olmamıştır.<sup>[66]</sup> Ayrıca, tamir işlemi tamamlandıktan sonra işletenin aracı başıboş bırakması da kusurlu davranış sayılmıştır. Bu konuda aşağıdaki içtihatlar da anılmalıdır.

Gerçek işleten ancak, çalma ve gasp eyleminin gerçekleşmesinde kendisi veya eylemlerinden sorumlu olduğu kişilerden birinin kusuru bulunmadığını ispat

[65] Yargıtay 15. Hukuk Dairesi, E. 1974/1461, K. 1974/154, 6.11.1974; Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, E. 1981/2228, K. 1981/2675, 28.5.1981 (Yücel, "Riziko İstisnaları," 140, dn. 120; Eren, "Motorlu Araç İşletenin Akit Dışı Sorumluluğu," 186).

[66] Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, E. 2011/17-398, K. 2011/434, 22.6.2011 (<https://unalgokturk.av.tr>, [www.kararara.com](http://www.kararara.com), Erişim 1.10.2022).

etmesi hâlinde sorumluluktan kurtulabilecektir. Aksi takdirde gerçek işleten ile farazi işleten (hırsız ve gasp eden) müteselsilen sorumlu olacaktır.<sup>[67]</sup>

İzinsiz kullanmanın, gerçek işletenin sorumluluğunu kaldırır nitelikte olması gerekir. Davacı kendisine ait motorlu aracı dinamosundaki arızanın giderilmesi için buzdolabı tamircisi F. adlı kişiye bırakmış ve araç adı geçen tarafından yirmi dakika içinde onarılmıştır. Daha sonra kontak anahtarı üzerinde olduğu hâlde dükkânın önünde duran aracın M. adlı kişi tarafından izinsiz alınıp kullanıldığı”, bu izinsiz kullanmanın ... gerçek işletenin sorumluluğunu kaldırır nitelikte olmadığı ...<sup>[68]</sup>

Her an tehlikeli sonuçlar yaratabilecek bir aracın sorumsuz ellere geçmesinin, çalınmasının önlenmesi bakımından olağan, makul, uygulanabilir türden gerekli tüm önlemlerin yerine getirildiğini, aracın gözetimi yönünden gerekli tedbirleri aldığı hâlde, çalınmanın önüne geçilemediğini de kanıtlama yükümü altındadır.<sup>[69]</sup>

Yukarıdaki çözüm önerilerinden sonuncusu, motorlu aracın çalınması veya gasp edilmesinde işleteni hırsız veya gasıpla birlikte sorumlu tutup tutmayacağına karar veren Yargıtay’ın yorumlarını işleten lehine çevirmesiydi. Hakikaten, en doğrusu 107. maddenin 1. fıkrasının büsbütün kaldırılması veya ispat yükü davacıya iade edilerek kökten değiştirilmesidir. Yalnız hırsız veya gasıpla birlikte sorumlu addedilen işletene aşırı yüklenen içtihatlardan cayılması geçici çare sağlayabilir. Öyle ki, araç anahtarının kapalı fakat kilitli masa çekmecesinde saklanmasını kusur saymaktan vazgeçilmelidir. Yüksek Mahkeme marifetiyle, işletenlere araç anahtarlarını yanlarından ayırmama veya kilit altına alma zorunluluğu getirilmemelidir. Makul ve uygulanabilir türden önlemler kriterinde genel geçer kaideler takip edilmemeli, somut olayın şartlarına göre bu kıstasın içi doldurulmalıdır. Örneğin hırsızlığın kasabada veya ilde gerçekleşmesi yanı sıra motorlu aracın yahut gerçek işletenin yaşı bile alınabilen tedbirleri daraltabilir ya da çeşitlendirebilir. Yine

[67] Yargıtay 17. Hukuk Dairesi, E. 2014/163, K. 2014/933, 3.2.2014 ([www.alitumbas.av.tr](http://www.alitumbas.av.tr), Erişim 1.10.2022; [www.azizcihank.av.tr](http://www.azizcihank.av.tr), Erişim 1.10.20).

[68] Yargıtay 4. Hukuk Dairesi, E. 1989/5722, K. 1989/7198, 2.10.1989 (Bulgur, “Karayolları Trafik Kanunu’na Göre Tehlike Sorumluluğu,” 44; Küçük, “Kara Taşıtları Kasko Sigortası,” 49, dn. 54).

[69] Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, E. 2011/17-398, K. 2011/434, 22.6.2011 (<https://unalgokturk.av.tr>, Erişim 1.10.2022).

motorlu taşıt tamircisinin ihmalkârlığı hırsızlıktan haberi dahi olmayan işletenin kusuru sayılmamalıdır.

## D) İŞLETENİN ÇALINMIŞ VEYA GASP EDİLMİŞ ARACA BİNELERE KARŞI SORUMLULUĞU

Araca binerken aracın çalındığını veya gasp edildiğini bilen yolculara karşı sorumluluk rejimi, Karayolları Trafik Kanunu'na değil, genel hükümlere tâbidir. 107. maddenin 2. fıkrasında genel hükümlere atıfla, bilhassa Türk Borçlar Kanunu'nun 49 ve devamı maddeleriyle hüküm içi boşluk doldurulmaktadır.

Genel hükümlere atfedilen ihtimal, aracın çalıntı veya gasp edilmiş olduğunu bilen ve o an araçta yerleşik yolcunun zarar görmesine münhasırdır.<sup>[70]</sup> Böylesine yolcu, çalıntı aracın sebep olduğu kazadan uğradığı zararın tazminini dava yoluyla işletenden talep etse, Karayolları Trafik Kanunu'na göre sorumluluktan basitçe kurtulmak mümkündür. Bunun için işleten, davacı yolcunun içine yerleştiği aracın çalıntı olduğunu bildiğini ispat etmelidir. Aracın çalınmış veya gasp edilmiş olduğunu yolcunun bildiğini veya bilmesi gerektiğini kanıtlamak yeterlidir.<sup>[71]</sup> Bu arada işletenin aracın çalıntı olduğunu bilmeden binen yolculara karşı sorumluluktan kurtulabilmesi için aracın çalınmaması veya gasp edilmemesi için gerekli tüm önlemlerin alındığını ve özenin gösterildiğini kanıtlaması zorunluluğu bakidir. İşleten, aracın çalınmasını veya gasp edilmesini engelleyen tüm önlemleri almış olmadıkça,

[70] Tunç, "Hukukî Sorumluluk," 82; Arslan, 206; Kılıçoğlu, "Araç İşletenin Sorumluluğu," 16-8; Gökcan ve Kaymaz, *Trafik Suçları*, 225; Eren, "Motorlu Araç İşletenin Akit Dışı Sorumluluğu," 186; Altunkaya, "Araç İşletenin Sorumluluğunda Kusurun Rolü," 194; Yücel, "Riziko İstisnaları," 140; Üçışık, 135; Gökfidan, "Trafik Kazalarında Motorlu Araç İşletenin Hukukî Sorumluluğu," 10; Şemenoğlu Pakyürek, "Motorlu Araç İşletenin Sorumluluktan Kurtulması," 94; Bulut, Araç İşletenin Sorumluluğu; Oğuzman ve Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler II*, 217; Tekinay vd., *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 538.

[71] Tunç, "Hukukî Sorumluluk," 82; Kılıçoğlu, "Araç İşletenin Sorumluluğu," 17; Bulut, Araç İşletenin Sorumluluğu; Oğuzman ve Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler II*, 217; Tekinay vd., *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 538.

aracın çalıntı olduğunu bilmeden binen yolculara karşı, Karayolları Trafik Kanunu'nun 107, 85 ve 88. maddeleri uyarınca sorumludur.<sup>[72]</sup>

### E) İŞLETENİN RÜCU HAKKI

Aracın çalınmaması ve gasp edilmemesi adına gerekli önlemleri almamış işleten, zararı tazmin ettiği takdir ve ölçüde, hırsız veya gasıba rücu edebilir. Karayolları Trafik Kanunu'nun 107. maddesinin 1. fıkrasının son cümlesi, işletene bahşedilen rücu imkânını düzenlemektedir. Burada, Türk Borçlar Kanunu'nun 62. maddesinin 2. fıkrası dikkate alınmalıdır. Karayolları Trafik Kanunu'nun 107. maddesinin 1. fıkrasının son cümlesinde rücu imkânından bahsedilmeseydi genel kanun statüsünde Türk Borçlar Kanunu'nun 62. maddesinin 2. fıkrası yine de uygulama alanı bulurdu.

Motorlu araç çalınması veya gasp edilmesi olaylarında, zarar görene karşı sorumluluktan kurtulamamış ve tazminat ödemiş işleten, hırsıza, gasıba veya onlarla beraber sorumlu olanlara rücu edebilir. Rücu hakkının hukukî dayanağı Karayolları Trafik Kanunu'nun 107, 85 ve 88. maddeleri olup, işleten ancak zararı ödedikten sonra ve ödediği nispette hırsız veya gasıba rücu edebilir. Hırsız veya gasıp zarar görene karşı zararın tümünden sorumlu olduğu gibi, rücu bakımından da işletene karşı meydana gelen zararın tamamından sorumludur.<sup>[73]</sup>

[72] Gökcan ve Kaymaz, *Trafik Suçları*, 225; Eren, “Motorlu Araç İşletenin Akit Dışı Sorumluluğu,” 186; Tunç, “Hukukî Sorumluluk,” 82.

[73] Tunç, “Hukukî Sorumluluk,” 84; Gökcan ve Kaymaz, *Trafik Suçları*, 228; Eren, “Motorlu Araç İşletenin Akit Dışı Sorumluluğu,” 185; Özsunay, “İşleten Kavramı,” 105; Yalçınkaya, “Karayolları Zorunlu Malî Sorumluluk Sigortası,” 414, dn. 82; Altunkaya, “Araç İşletenin Sorumluluğunda Kusurun Rolü,” 188-9; Tekinay vd., *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 539.

## SONUÇ

Motorlu aracı çalınan veya gasp edilen işletenin, hırsız veya gasıbın araçla üçüncü kişilere verdiği zarardan sorumlu tutulması ve ödediği tazminat nispetinde hırsız veya gasıba rücu etmesi, Karayolları Trafik Kanunu'nun temelde 107, ayrıca 85 ve 88. maddelerinde düzenlenmiştir. Her nasılsa hırsız veya gasıpla müteselsil sorumlu addedilen işleten, araç hareket hâlindeyken zarar görene daha sonra ödediği tazminat nispetinde, hırsıza, gasıba veya onlarla beraber sorumlu olanlara rücu edebilir. Bu noktada, Türk Borçlar Kanunu'nun 61 ve 62. maddelerinin de uygulama alanı bulduğuna işaret edilmelidir.

Karayolları Trafik Kanunu'nun 107. maddesinin 1. fıkrasını ispat yükü yer değiştirmiş kusur sorumluluğu şeklinde açıklayan görüş tercih edilmiştir. İşleten, aracın çalınmaması veya gasp edilmemesi için kendisinden ve gözetimi altındakilerden beklenen tüm önlemleri aldığını ispat ederse hırsız veya gasıpla müteselsil sorumlu addedilmekten kurtulabilir. Ayrıca aracın çalıntı olduğunu bilmeyen ve bilmesi de gerekmeyen yolcuya karşı Karayolları Trafik Kanunu'ndaki sorumluluk düzeni bakidir. Buna karşılık aracın çalındığını veya gasp edildiğini bilen yahut bilmesi beklenen yolcuya karşı işletenin sorumluluğunda genel hükümlere, özellikle Türk Borçlar Kanunu'nun 49 ve devamı maddelerine atıf yapılmaktadır. Genel hükümlere yapılan atıf, aracın çalınmış veya gasp edilmiş olduğunu bilen veya bilmesi gereken yolcuları ilgilendirmektedir. Çalınan veya gasp edilen aracın sebep olduğu zararların tazminine sıra geldiğinde, işletenin aracının çalınması veya gasp edilmesinde gerekli önlemleri almayarak kusurlu olduğu karinedir. İspat yükü yer değiştirdiği için kusurun karine mertebesinde kabulü işletenin mesuliyetini ağırlaştırır parametredir. İşleten, çalınma veya gasp eylemlerinin gerçekleşmesine meydan vermemek adına makul önlemlerin alındığını ve buna rağmen aracının çalındığını ispatlamalıdır. Aracın çalınmaması veya gasp edilmemesi için gerekli tüm tedbirlerin alındığını kanıtlarsa kusursuzdur ve sorumlu tutulmaz. Buna karşılık, kendisinin veya eylemlerinden sorumlu olduğu kişilerin aracın çalınmaması için lüzumlu önlemleri aldığını ve özeni gösterdiğini ispatlayamadığı takdirde meydana gelen zarardan üçüncü kişilere karşı hırsız veya gasıpla müteselsil sorumludur.

Hırsız veya gasıbın sebep olduğu zararlardan işletenin hırsız veya gasıpla birlikte sorumlu tutulması çoğunlukla haksızlığa sebep olmaktadır. İşte bu haksızlık çekincesi, hukukî sorgulamaya zemin hazırlamaktadır. Burada

işletenden beklenen özen seviyesi çok yüksektir. İşleten, kanunun kendisine yüklediği kusur karinesini çürütmek adına, makul ve dürüst her işletenin aracının çalınmaması veya gasp edilmemesi için alması gerekli tüm tedbirleri yerine getirdiğini kanıtlamalıdır. Böylesine ispat faaliyetini başarılı yönetemezse, Karayolları Trafik Kanunu'nun 107. maddesinden 85 ve 88. maddelerine sığınma söz konusudur. Her ne kadar rücu hakkını haiz olsa da başka kişilere verilen zarardan işletenin hırsız veya gasıpla birlikte müteselsil sorumluluğu, *de lege ferenda* eleştirilebilir ve adaletsiz nitelenebilir. Zira aracın çalınması ve gasp edilmesinde kusuru bulunmadığını ispatlayamayan işletenin, hem aracının rızası dışında elinden çıkmasından doğan zarara katlanma, hem de hırsız veya gasıbın sebep olduğu kazadan kaynaklanan zararı tazmin etme yahut bu giderime katılma yükümlülüğü ortaya çıkmaktadır. Otomobil hırsızlığını veya gaspını men etme görevini layıkıyla yerine getirmediği için iki boyutlu tazmin yükümlülüğü altında ezilen işletenin böylesine çifte talihsizliğe maruz kalmasını aklayan hiçbir hukukî gerekçe bulunmamaktadır. Üstelik, kendilerine yalnız rücu için başvurulabildiğini, bizzat zarar verdikleri mağdurların zararlarını bile kısmen veya tamamen gidermek zorunda kalmadıkları düşünülünce söz konusu kanun maddesinin alt yapıda motorlu araç hırsız ve gasıplarının yararına istenmeyen ve öngörülme sonuç doğurduğu düşünülmektedir. Zaten işletene kolluk kuvvetiymişçesine hırsızlığı ve gaspı önleme görevi yüklenmesi de eleştiriye açıktır. Sırf aracın işleteni olmak ve çalınmasına karşı yeterli önlemleri almamak, hırsız veya gasıpla müteselsil sorumluluk şeklinde aşkın hukukî sonuç yaratmaktadır. Kasıtlı hırsız veya gasıpla ihmalkâr işletenin müteselsil sorumluluk paydasında birleştirilmesindeki özne uyumsuzluğu aşikârdır. Kişinin kendi malına gereken değeri vermemesiyle başkasının malını çalması veya gasp etmesi aynı teselsül potasında eritilmemelidir. Diğer taraftan, gaspta (yağmada) taşının zorla alınması cebir ve tehditle gerçekleşmektedir. Öyleyse aracı çalanla gasp edenin aynı sorumluluk rejimine tâbi kılınması da tartışmaya açıktır. Gasıbın zor kullanması neticesinde zilyetlik iradesi ifsat olmuş işletenin yine gasıpla birlikte sorumlu tutulması ayrıca ironiye sebep olmaktadır. Kısacası, zor kullanarak haksız zilyetlik edinen gasıpla bu gaspa boyun eğmek zorunda kalan mağdur işleten birlikte sorumlu tutulmamalıdır. Tabii ki hırsız veya gasıp hem zarar görene hem de rücu eden işletene karşı zararın tümünden sorumludur. Fakat zararı tazmin eden işletenin ardıl rücu imkânı vicdanları teskin etmemektedir. Çünkü suç işlediği için



büyük ihtimalle cezaya mahkûm edilecek kişiden yasa koyucunun planladığı tahsilatın rücuen yapılması olayların ekseriyetinde mümkün olmaz.

Aracın çalınması ve gaspında işletenin sorumluluğunun Karayolları Trafik Kanunu'nda düzenlenmemesi ve bütünüyle genel hükümlere terk edilerek 6085 sayılı mülga Karayolları Trafik Kanunu'ndaki sisteme bu defa bilinçli dönülmesi önerilerden ilkidir. En doğrusu, 107. maddenin 1. fıkrasının büsbütün kaldırılması veya ispat yükü davacıya iade edilerek kökten değiştirilmesidir. Diğer taraftan, aracı çalınan veya gasp edilen ihmalkâr işletenin malvarlığına alternatif fon muamelesi yapılması yerine, Karayolları Trafik Kanunu'nun 108. maddesinin daha efektif hâle dönüştürülmesi düşünülebilir. Her hâlükârda, mevcut kanunî düzenlemenin uygulamasında, Yargıtay'ın bakış açısını değiştirmesi geçici çözüm sunabilir. Yüksek Mahkeme, motorlu aracın çalınması veya gasp edilmesinde işleteni hırsız veya gasıpla birlikte sorumlu sayıp saymayacağına karar verirken, sorumluluktan kurtulma ihtimallerini işleten lehine geniş yorumlayabilir. Yargıtay özellikle, makul ve uygulanabilir türden önlemler kriterinin içeriğini somut olayın şartlarına göre doldururken, motorlu araç hırsızlığı ve gaspında işletenlerin söz konusu mala karşı suçları azaltma ve/veya önleme misyonlarının bulunmadığını dikkate alabilir.

## KAYNAKÇA

- Altunkaya, Mehmet. “Araç İşletenin Sorumluluğunda Kusurun Rolü.” *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 7, no.1-2 (1999): 171-99.
- Arslan, Aziz Serkan. “Zorunlu Malî Sorumluluk Sigortasından Doğan Rücu Davaları.” *Türkiye Barolar Birliği Dergisi* 88. (2010): 195-224.
- Ateş, Hüseyin. “Motorlu Araç İşletenin Sorumluluktan Kurtulması.” *Türkiye Barolar Birliği Dergisi* 100. (2012): 343-62.
- Ateş, Hüseyin. “Motorlu Araç İşletenin Sorumluluğunun Azaltılması.” *Türkiye Barolar Birliği Dergisi* 97. (2011): 302-20.
- Bolatoğlu, Bolat. *Karayolları Trafik Kanunu’na Göre Motorlu Araç İşletenin Hukukî Sorumluluğu*. Ankara: Kazancı Kitabevi, 1988.
- Bulgar, Meltem Hayat. “Karayolları Trafik Kanunu’na Göre Tehlike Sorumluluğu.” Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Sabahattin Zaim Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2019.
- Bulut, Erhan. “2918 Sayılı Karayolları Trafik Kanunu Uyarınca Araç İşletenin Sorumluluğu (Sorumluluğun Şartları).” *Mevzuat Dergisi*. 40. (2001).
- Canbolat, Ferhat ve Günhan Gönül Koşar. “Motorlu Aracın İşletilmesinden Doğan Hukukî Sorumlulukta Kusurun Önemi ve Sorumluluğa Etkisi.” *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 23, no. 2 (2021): 839-72.
- Çelik, Ahmet Çelik. *Trafik Kazalarının Tazminat ve Sigorta Hukuk ve Ceza Sorumluluğu Uygulama ve Yargıtay Kararları Hesaplama ve Rapor Örnekleri*. 2. baskı, Ankara: Seçkin Yayınevi, 2019.
- Eren, Fikret. “Karayolları Trafik Kanunu’na Göre Motorlu Araç İşletenin Akit Dışı Sorumluluğunun Hukukî Niteliği ve Unsurları.” *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 39, no. 1 (1987): 159-212.
- Eren, Emre. “Trafik Kazalarında Sigorta ve Tazminat”. Erişim 20.7.2021. <http://web.e-baro.web.tr/uploads/41/Av.%20Emre%20EREN.pdf>
- Gökcan, Hasan Tahsin ve Seydi Kaymaz. *Karayolları Trafik Kanunu’na Göre Hukukî Sorumluluk, Tazminat, Sigorta, Rücu Davaları ve Trafik Suçları*. Ankara: Seçkin Yayınevi, 2001.

- Gökfidan, Gökhan Mustafa. “Trafik Kazalarında Motorlu Araç İşletenin Hukukî Sorumluluğu.” Yüksek Lisans Tezi, Mersin Çağ Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2019.
- Gülerci, Altan Fahri. *Borçlar Hukuku Dersleri*. 2. baskı, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2018.
- Kapancı, Kadir Berk. “Ceza Mahkemesi Kararlarının Hukuk Mahkemesi Kararlarına Etkisi (TBK m. 74).” *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 7, no. 1 (2016): 511-552.
- Karacan Çetin, Hatice. *Karayolları Trafik Kanunu’nda Hukukî Sorumluluk*. Ankara: Seçkin Yayınevi, 2016.
- Karahasan, Mustafa Reşit. *Tazminat Davaları Doktrin ve Yargıtay Kararları*. İstanbul: İstanbul Matbaası, 1976.
- Kılıçoğlu, Ahmet. “2918 Sayılı Yasaya Göre Araç İşletenin Sorumluluğu.” *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi* 12, no. 2-3 (1984): 3-52.
- Küçük, Damla. “Kara Taşıtları Kasko Sigortası Bağlamında, Türk Ticaret Kanunu’nun 1429/1. Maddesinde Geçen -Sigorta Ettiren veya Sigortalının Fiilinden Sorumlu Olduğu Kişiler- Kavramına İlişkin Kısa Bir Değerlendirme.” *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 11, no. 1 (2020): 39-55.
- Nomer, Haluk Nami. “2918 Sayılı Karayolları Trafik Kanununa Göre Motorlu Araç İşletenin Hukukî Sorumluluğu.” *İstanbul Barosu Dergisi* 66, no. 1-2-3 (1992): 1-54.
- Oğuzman, M. Kemâl ve M. Turgut Öz. *Borçlar Hukuku Genel Hükümler II*. 16. baskı, İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2021.
- Öznur, Alev. “Yargıtay Kararları Doğrultusunda Karayolları Trafik Kanununa Göre Kusursuz Sorumluluk.” Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Kültür Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2012.
- Özsunay, Ergun. “Karayolları Trafik Kanunumuzdaki Büyük Bir Boşluk: Çalınan veya Araç Sahibinin İzni Dışında Kullanılan Motorlu Taşıt Araçlarının Sebep Olduğu Zararlardan Doğan Hukukî Sorumluluk.” *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası* 30, no. 3-4 (1964): 827-60.

- Özsunay, Ergun. “Trafik Hukukunda Zarar Giderimi Sorumlusu Olarak İşleten Kavramına İlişkin Bazı Sorunlar.” *Banka ve Ticaret Hukuk Dergisi* 6, no. 1 (1971): 83-110.
- Özsunay, Ergun. “Trafik Hukukunda Sorumlu Kişi Olarak İşleteni (Araç Sahibini) Tayin Bakımından Trafik Sicilinin Rolü.” *İstanbul Üniversitesi Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi* 4, no. 6 (1970): 87-100.
- Şemenoğlu Pakyürek, İlknur. “Motorlu Araç İşletenin Sorumluluktan Kurtulması.” Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2020.
- Tekinay, Selâhattin Sulhi, Akman Sermet, Burcuoğlu Halûk ve Atillâ Altop. *Tekinay Borçlar Hukuku Genel Hükümler*. 7. baskı, İstanbul: Filiz Kitabevi, 1993.
- Tunç, Ramazan. “Çalınan veya Gasp Edilen Motorlu Araçların Sebep Oldukları Zararlardan Doğan Hukukî Sorumluluk.” *Yargıtay Dergisi* 17, no. 1-2 (1991): 68-87.
- Üçışık, Güzin. “Tehlike Sorumluluğunun Genel Kural ile Düzenlenmesi.” Bildiri *Gazi Üniversitesi Sorumluk ve Tazminat Hukuku Sempozyumu*. Ankara, 28-29 Mayıs 2009, içinde *Sorumluluk ve Tazminat Hukuku Sempozyumu*, Editörler Mustafa Fadıl Yıldırım ve Erden Ethem Atay, 127-146. Ankara: Gazi Üniversitesi Yayını, 2009.
- Yalçınkaya, Aslıhan. “Genel Hatları ile Karayolları Zorunlu Malî Sorumluluk Sigortası.” *Ankara Barosu Dergisi* 77, no. 1 (2019): 399-457.
- Yılmaz, Ejder. *Hukuk Sözlüğü*. Ankara: Yorum Matbaacılık-Yayıncılık, 1982.
- Yücel, Çağrı. “Motorlu Araçlar Sorumluluk Sigortasında Riziko İstisnaları.” Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2006.

# Bilişim Sistemine Girme ya da Sistemde Kalma Suçu

Ahmet BÜKE\*

---

**Bu makale hakem incelemesinden geçmiştir ve TÜBİTAK–ULAKBİM Veri Tabanında indekslenmektedir.**

\* Avukat, İzmir Barosu, ([bukeahmet@hotmail.com](mailto:bukeahmet@hotmail.com))  
**ORCID ID:** [0000-0001-9515-9003](https://orcid.org/0000-0001-9515-9003).

**Makale geliş tarihi:** 27 Eylül 2021 **Makale kabul tarihi:** 29 Eylül 2022

**Atf önerisi:** Büke, Ahmet. “Bilişim Sistemine Girme ya da Sistemde Kalma Suçu.” Ankara Barosu Dergisi 80, no. 4 (Ekim 2022): 33-80.

**DOI:** [10.30915/abd.1186640](https://doi.org/10.30915/abd.1186640)

## BİLİŞİM SİSTEMİNE GİRME YA DA SİSTEMDE KALMA SUÇU

### ÖZ

Bilim ve teknolojinin baş döndürücü hızla gelişimine paralel olarak bilişim hukuku alanında ülkemizde ve dünyada hukuki düzenleme yapma zorunluluğu doğmuştur. Günümüzde dijital iletişim araçlarının kullanımının yaygınlaşması ile bilişim sistemine girme ya da bilişim sisteminde kalma fiilleri, herkes tarafından kolayca işlenebilecek bir suç türü konumundadır. Bu suç, başta bilişim sisteminin güvenliği ve güvenilirliği olmak üzere kişisel veriler, kişilerin özel yaşamı, ticari alan, ulusal ve uluslararası güvenlik gibi birçok alanı tehdit edebilecek konuma geldiği için temel bir bilişim suçudur. Bu çalışmada Türk Ceza Kanunu'nun 243. maddesinde yer alan "Bilişim Sistemine Girme ya da Sistemde Kalma" suçu, uygulamadan örnekler sunularak yargı kararları ışığında analiz edilmiştir.

### Anahtar kelimeler

bilişim

sistem

teknoloji

bilişim sistemine girme ya da sistemde kalma suçu

TCK m. 243

## THE CRIME OF ACCESSING DATA PROCESSING SYSTEM AND REMAINING WITHIN THE SYSTEM

### ABSTRACT

Parallel to the dizzying development of science and technology, it has become necessary to make legal arrangements in the field of informatics law in our country and the world. Today, with the widespread use of digital communication tools, the acts of entering or staying in the information system are a type of crime that can be easily committed by anyone. This crime is a basic IT crime because it has come to a position that can threaten many areas such as personal data, private life, commercial area, national and international security, especially these security and reliability of the information system. In this study, the crime of accessing data processing system and remaining within the system, which is regulated in Article 243 of the Turkish Penal Code, has been analyzed in the light of judicial decisions by presenting examples from the application.

### Keywords

informatics

system

technology

the crime of accessing data processing system and remaining within the system

article 243 of the Turkish Penal Code

## GİRİŞ

Bilim ve teknolojinin baş döndürücü hızla geliştiği çağımızda bilişim sistemi olarak kabul edilebilecek program ve yazılımlar, sürekli olarak güncellendiği için bu sistemler de yaşamımızın ayrılmaz bir parçası konumuna gelmiştir.<sup>[1]</sup> Teknolojik yenilikler karşısında bilişim sistemlerinin güvenliği ve güvenilirliği de ciddi anlamda sorgulanmaktadır. Çünkü, sosyal medya kullanımının yaygınlaşması, pandeminin de etkisi ile eğitim, ticaret ve bankacılık işlemleri de dahil bir çok faaliyet, bu sistemler kanalı ile yürütülmektedir. Ayrıca devletler de bilişim sistemlerinde, ulusal güvenliğe dayalı gizli bilgiler ile vatandaşlara ait kişisel pek çok veriyi, bilişim sistemlerinde saklamaktadır. Buna bağlı olarak teknolojinin sağladığı hız ve olanaklar her ne kadar büyük bir kolaylık sağlasa da sistemde kullanılan verilerin üçüncü şahıslar tarafından ele geçirilip istismar edilme olasılığı, sistemin güvenliği yönünden ciddi bir tehdit oluşturmaktadır. Bu durumun etkisi ile bilişim sistemlerinde işlenen ya da bilişim sistemleri aracılığıyla işlenen bu fiiller, ceza hukukunun uygulama alanına sokulmuştur.

Bilişim alanında yaşanan yenilikler ve gelişmeler, hukuk alanında da önemli bazı sorunlara yol açmaktadır. Dolayısıyla bu alanda yaşanan gelişmelerle birlikte fikri hak, haksız fiil, mülkiyet, özel hayat gibi önem arz eden hukuksal kavramların tanımları ile anlayış biçimleri değişmiştir. Buna bağlı olarak 5237 sayılı TCK'nin 243. maddesinde düzenlenen bilişim sistemine girmek ya da orada kalmaya devam etmek suçu, uygulamada sıkça karşılaşılan bir suç tipidir.

Çalışmamızda öncelikli olarak bilişim kelimesinin anlamından yola çıkarak bilişim suçlarının kaynağı ve bu suç özelinde bilişim sistemlerine girme ve kalma suçlarına genel olarak değinilecek, sonrasında bu suçla korunan hukuki değer irdelenecektir.

Çalışmada; suçun faili ve mağduruna yer verildikten sonra bilişim sistemine girme suçunun unsurları suç sistematğine uygun olarak incelenecektir. Bu çerçevede suçun maddi unsurları, manevi unsur, hukuka aykırılık unsuru ayrıntılı olarak ele alınacaktır. Bunun dışında suçun nitelikli halleri ile neticesi sebebiyle ağırlaşmış haline değinilecek, ardından kusurluluğa

[1] Özge Sırma Gezer ve Yasemin Filiz Saygılar Kırıt, "Banka veya Kredi Kartlarının Kötüye Kullanılması Suçu (TCK m.245)," *Fasikül Hukuk Dergisi* 11, no. 111, (İstanbul: Şubat 2019): 429.



ilişkin bazı hususlar ve suçun özel görünüş biçimleri, ayrıntılı şekilde ele alınacaktır. Daha sonra bilişim sistemine girme ya da sistemde kalma suçuna uygulanan yaptırım konusuna yer verilecek ve sonuç bölümünde konuya ilişkin izlenimler ile çalışma noktalanacaktır.

## I. GENEL OLARAK

Bilişim sözcüğünün etimolojik kökenini, Fransızca “informatique” kelimesi oluşturmaktadır. Bu sözcük, Türkçe’ye “enformasyon” şeklinde çevrilerek kullanılmıştır;<sup>[2]</sup> ancak, bu sözcüğün kullanımı uzun sürmemiş ve enformasyon yerine Türkçe karşılığı bilişim kelimesi kullanılmaya başlanmıştır. *İnformatique* sözcüğü, bilgi vermek anlamına gelmektedir. Dolayısıyla yabancı kökenli bir kelime yerine, bilgi kökeninden türemiş olan “bilişim” sözcüğünün kullanılması isabetli bir tercih olmuştur. Bu kelime, sözlük anlamı olarak “*İnsanoğlunun teknik, ekonomik ve toplumsal alanlardaki iletişimde kullandığı ve bilimin dayanağı olan bilginin özellikle elektronik makineler aracılığıyla düzenli ve akla uygun bir biçimde işlenmesi bilimi*” olarak tanımlanmaktadır.<sup>[3]</sup>

Bilişim, insanların teknik, ekonomik, sosyal ve toplumsal alanlarda iletişimde kullandığı bilginin, özellikle bilgisayar aracılığıyla sistemli ve düzenli biçimde işlenmesi sonucu her tür bilginin, yapay olarak yeniden üretilmesidir. Bunun sonucu olarak bilgi, bilgisayarlarda depolanmakta ve kullanıcıların erişimine hazır hale getirilmektedir.<sup>[4]</sup> Böylece bilişim hem verilerin işlenmesini hem de bu işlem sonuçlarının aktarılmasını yani veri içeriğini de kapsayan bir kavramdır.<sup>[5]</sup>

Bilişim alanında yaşanan yenilikler ve gelişmeler, hukuk alanında da önemli bazı sorunlara yol açmaktadır. Dolayısıyla bu alanda yaşanan gelişmelerle birlikte fikri hak, haksız fiil, mülkiyet, özel hayat gibi önem arz eden hukuksal kavramların tanımları ile anlayış biçimleri değişmiştir. Sözgelimi

[2] Caner Yenidünya ve Olgun Değirmenci, *Mukayeseli Hukukta ve Türk Hukukunda Bilişim Suçları*, (İstanbul: Legal Yayınevi, 2003), 27.

[3] Yenidünya ve Değirmenci, *Bilişim Suçları*, 29.

[4] Berrin Akbulut, “Bilişim Suçları,” *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 8, no. 1-2, (*Milenyum Armağanı* 2000): 545.

[5] Yenidünya ve Değirmenci, *Bilişim Suçları*, 29.

fikri hak konusunda yazılıma ilişkin ürünler üzerindeki haklar bakımından marka ve patent hakkı ortaya çıkmıştır. Bu hakların içeriğinin izinsiz olarak kullanılmasına bağlı olarak haksız fiil kavramı, yeni bir boyut kazanmıştır. Bunun sonucu olarak sosyal medya hesaplarında bilişim sistemlerine kaydedilen bilgilere izinsiz ulaşılması ve bunların rıza dışı kullanılması, özel hayatın gizliliğini ihlal suçunu oluşturmaktadır.<sup>[6]</sup>

Bilişim kavramına ceza hukukunda ilk kez 1989 tarihli Türk Ceza Kanunu Ön Tasarısı'nda yer verilmiştir. Bu tasarıda bilişim alanı; bilgilerin toplanıp depo edilmesinin ardından bunların otomatik işleme tabi tutulduğu sistem şeklinde tanımlanmıştır. Bu tanıma 765 sayılı mülga Türk Ceza Kanunu'nda 1991 yılında yapılan değişiklik sonrasında 3756 sayılı kanunun gerekçesinde de yer verildiği görülmektedir.<sup>[7]</sup>

Bilişim suçu kavramı, bilişim teknolojisinde çağımızda yaşanan gelişmelerle ceza hukuku alanında ortaya çıkmış ve kendisine özgü özellikleri olan bir kavramdır.<sup>[8]</sup> Bu suçlar ifade edilirken doktrinde çeşitli kavramların kullanıldığı görülmektedir. Bunlar arasında, "siber suç" (*cybercrime*), elektronik suç (*electronic crime*), dijital suç (*digital crime*) ve çoğunlukla da bilgisayar ya da bilişim suçları (*computer-related crime*) terimlerinin kullanıldığı görülmektedir.<sup>[9]</sup>

Günümüzde bilişim teknolojisinin gelişimi ile birlikte gelişmiş batı ülkelerinin çoğunda belgeleme ve veri elde etme tekniğinin üst düzeye ulaşmasına paralel olarak bilişim ayrı bir disiplin olarak algılanmaya başlamıştır. Bunun sonucu olarak insanların gündelik yaşantılarında sahip oldukları ekonomik, sosyal, teknik ve hukuki verilerin saklanması, saklanan bu verilerin gerektiğinde işlenmesi gerekmektedir. İştibilişim sistemi olarak da adlandırılan

[6] Hakan Karakehya, "Türk Ceza Kanunu'nda Bilişim Sistemine Girme Suçu," *Türkiye Barolar Birliği Dergisi* 81, (2009): 14.

[7] Yenidünya ve Değirmenci, *Bilişim Suçları*, 28.

[8] Ali Karagülmez, *Bilişim Suçları ve Soruşturma- Kovuşturma Evreleri*, 5. Baskı, (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2014), 53.

[9] Yenidünya ve Değirmenci, *Bilişim Suçları*, 29.

bu sistemde; bilişim ağları ve iletişim araçları yoluyla verilerin aktarılması söz konusudur.<sup>[10]</sup>

5237 sayılı TCK'nin 243. maddesinde düzenlenen bilişim sistemine girmek ve orada kalmaya devam etmek suçu, 765 sayılı TCK'nin 525-a /1 ve 525- a /2'de yer alan “verilerin ele geçirilmesi” ve “ele geçirilen verilerin zarar vermek üzere kullanılmaları” suçlarının karşılığı olarak görülse de bu suçları düzenlememektedir.<sup>[11]</sup> 765 sayılı mülga TCK' da bilişim sisteminden birtakım verilerin ele geçirilmesi cezai yaptırıma bağlanmıştır. Buna karşılık bilişim sistemindeki verilerin ele geçirilmesi amacına yönelik olmaksızın, sadece sisteme girip orada kalmayı cezalandıran bir hüküm bulunmamaktadır.<sup>[12]</sup> Bu bağlamda 5237 sayılı TCK'nin 243. maddesindeki düzenleme ile sözcülemi bir başkasının sosyal medya hesabına gizlice girip sistemde kalmaya yönelik bu tür fiillere, ilk kez cezai yaptırım uygulanmış ve böylece mevzuattaki eksiklik giderilmiştir.<sup>[13]</sup>

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda 765 sayılı eski Türk Ceza Kanunu'ndan farklı olarak bilişim sistemlerinden söz edilmiştir. Bu düzenlemede; bilişim suçlarının genel olarak bir sisteme izinsiz olarak girilmesi sonucu ortaya çıktığı görülmektedir. Anılan maddenin gerekçesinde bilişim sistemleri, “*verileri toplayıp yerleştirdikten sonra bunları otomatik işlemlere tâbi tutma olanağını veren manyetik sistemler*” olarak tanımlanmaktadır.<sup>[14]</sup> Buna bağlı olarak bilişim teknolojisinin sürekli olarak değişimi ve yeniliği nedeni ile birden fazla sistem aracılığıyla da bu suç işlenebilir. Burada sistemlerden kastedilen ise mekanik, elektronik ve manyetik araçlardır. Dolayısıyla salt bilgisayar, cep telefonu ve internet akla gelmemelidir. Bu konuda birbirlerine

[10] Ali İhsan Erdağ, “Bilişim Alanında Suçlar (Türk ve Alman Hukukunda),” *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 14, no. 2, (2010): 285.

[11] Levent Kurt, *Açıklamalı İçtihatlı Tüm Yönleriyle Bilişim Suçları*, (Ankara: Seçkin Yayınevi, 2005), 53.

[12] Kurt, *Bilişim Suçları*, 54.

[13] Karagülmez, *Bilişim Suçları ve Soruşturma- Kovuşturma Evreleri*, 204.

[14] Erdağ, “Bilişim,” 289.

bilişim ağı üzerinden bağlanabilen her türlü sistem, bilişim sistemi şeklinde değerlendirilebilir.<sup>[15]</sup>

Bilişim sistemine hukuka aykırı olarak erişim, diğer suçların işlenmesine de olanak tanıyacağı için fiilin ayrıca cezalandırılması gerekmektedir. Dolayısıyla bilişim sistemine girme suçu, TCK'nin m. 244 ve m. 245 hükümlerinde doğrudan bilişim suçları içerisinde yer almaktadır. Bilişim sistemlerinin araç olarak kullanılması yoluyla işlenen suçlar ise genel olarak o suçla ilgili maddede düzenlenmiştir. Sözelimi, TCK'nin 142. maddesinin 2. fıkrasının e bendinde yer alan “*nitelikli hırsızlık*” ile TCK'nin 158. maddesinin 1. fıkrasının f bendinde yer alan “*nitelikli dolandırıcılık*” suçları bu duruma örnek olarak gösterilebilir.<sup>[16]</sup>

Yargı Reformu Strateji Belgesi'nde yer alan İnsan Hakları Eylem Planı'nda “*Makul Sürede Yargılanma Hakkının Güçlendirilmesi*” başlığı altında; “*Bilişim alanında işlenen suçlar ile dolandırıcılık suçları başta olmak üzere soruşturma aşamasında ortaya çıkan yetki uyuşmazlıklarının hızlı bir şekilde sonuçlandırılması amacıyla gerekli tedbirler alınacaktır.*” denilerek, bilişim suçları kaynaklı uyuşmazlıkların hızlı bir şekilde sonuçlanması için gereken tedbirlerin alınacağı ifade edilmiştir.<sup>[17]</sup> 30.11. 2021 tarihinde Resmi Gazete'de yayımlanan HSK kararı ile ihtisas mahkemelerine “bilişim ihtisas mahkemeleri” eklenmiştir Böylece bilişim suçlarına ilişkin olarak uyuşmazlıklar, münhasıran bu suçlara yönelecek ihtisas mahkemeleri sayesinde daha hızlı ve makul bir şekilde çözüme kavuşturulacaktır. Çalışmamızda “*bilişim sistemleri girme ve kalma*” suçlarına yönelik genel açıklamaların ardından korunan hukuki yarar konusunu ele alacağız.

[15] Durmuş Tezcan, Mustafa Ruhan Erdem ve Murat Rifat Önok, *Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku*, 17. Baskı (Ankara: Seçkin Yayıncılık 2019), 1116.

[16] Erdağ, “Bilişim,” 289.

[17] Nagihan Merve Akaslan, “Yeni Bir İhtisas Mahkemesi Olarak Bilişim Mahkemesi,” <https://www.Hukukihaber.Net/Yeni-Bir-İhtisas-Mahkemesi-Olarak-Bilisim-MahkemesiMakale,8797.Htm> Erişim tarihi: 31 05.2021.

## II. KORUNAN HUKUKSAL YARAR

Bilişim sistemine hukuka aykırı olarak girme ya da bilişim sisteminde kalmaya devam etme suçunda korunan hukuki yararın birden fazla yönü bulunmaktadır.<sup>[18]</sup> Bilişim alanında TCK'nin uygulama alanına giren bilişim sistemini engelleme, bozma ve yer değiştirme suçu (TCK. m. 244) banka veya kredi kartlarının kötüye kullanılması (TCK m.245) suçunun işlenmesi için bilişim sistemlerine girilmesi gerekmektedir. Dolayısıyla bu düzenlemenin yapılmasındaki temel amaç, sisteme girişin engellenmesidir. Bilişim sistemine girme ya da orada kalmaya devam etme suçu ile korunan başlıca yarar, kamu düzeninin korunmasıdır.<sup>[19]</sup> Buna bağlı olarak kişisel verilerin ve özel hayatın gizliliğinin korunması ve haberleşmenin gizliliğinin sağlanması amaçlanmaktadır. Böylelikle bilişim sistemini kullanan kimselerin hakları korunacağı gibi diğer bilişim yoluyla işlenen suçların engellenmesi de mümkün olacaktır.<sup>[20]</sup>

Anayasamızın 21. maddesinde düzenlenen konut dokunulmazlığı ilkesi gereği *“usulüne göre verilmiş hâkim kararı olmadıkça; yine bu sebeplere bağlı olarak gecikmesinde sakınca bulunan hallerde de kanunla yetkili kılınmış mercii yazılı emri bulunmadıkça; kimsenin konutuna girilemeyeceği, arama yapılamayacağı ve buradaki eşyaya el konulamayacağı* hüküm altına alınmıştır. Anılan düzenlemeden anlaşılacağı gibi nasıl ki kimsenin özel mülküne usulüne uygun yetkili mercii kararı bulunmadıkça keyfi olarak girilemiyor ise hiç kimsenin de bilişim sistemlerine de izinsiz olarak girilmesi mümkün değildir.<sup>[21]</sup> Aksi takdirde bilişim sisteminin dokunulmazlığının ihlali söz konusu olacaktır. İşte; bilişim sistemlerine yönelik bu tür müdahalelerin artması, sistemlerin yetkisiz müdahalelerden korunmasını gerekli kılmaktadır.

[18] A. Caner Yenidünya, “Bilişim Sistemine Hukuka Aykırı Erişim Suçu,” *Legal Fikri ve Sınai Haklar Dergisi* 4, (2005), 1023.

[19] Kurt, *Bilişim Suçları*, 64.

[20] Karagülmez, *Bilişim Suçları ve Soruşturma- Kovuşturma Evreleri*, 166.

[21] Olcay Suphan, “Konut Dokunulmazlığı Hakkı ve Konut Dokunulmazlığının İhlali Suçu,” *İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 6, no. 1, (Bahar 2019): 234.

Bu nedenle bilişim sistemine yetkisiz olarak girilmesi ya da orada kalmaya devam edilmesi fiilleri, suç kapsamına sokularak cezalandırılmaktadır.<sup>[22]</sup>

Günümüzde teknolojik gelişmelerin sürekli ivme kazanması sonucu, internetin ve elektronik araçların, iletişimde öncü bir rol üstlendiği görülmektedir. Doktrindeki bir görüşe göre bu suçla korunan hukuki yararın öncelikle bilişim sisteminin güvenliği olduğu, bu sayede kişilerin verilerinin korunmasının yanı sıra özel hayatın dokunulmazlığı gibi kişisel menfaatlerin de korunduğu ifade edilmektedir. Bu düzenlemenin çıkarılmasındaki temel etkenin, bilişim sisteminin güvenliği ve dokunulmazlığı olduğu belirtilmiştir.<sup>[23]</sup> Bu bağlamda bilgisayar ve mobil cihazların belleğinde bulunan kişisel verilerin korunması, özel hayatın gizliliği açısından da hayati önem taşımaktadır. Yukarıda zikredilen konut dokunulmazlığının korunmasında olduğu gibi Anayasamızın 20'nci maddesinde düzenlenen özel hayatın *gizliliği*" ve Anayasamızın 22. maddesinde yer alan "*haberleşme hürriyeti*" de bilişim sistemlerinin kullanımı yönünden fevkalade önem taşımaktadır. Modern dünyada; haberleşmenin ve iletişimin, mobil araçlar ile sağlanması, bu araçların bağlantılarındaki gizliliğinin korunması sorununun gündeme getirmiştir. Bu noktada; bir kişinin bilgisayarı ya da cep telefonundaki verilerin, sistem sahibinin rızası olmadan üçüncü kişiler tarafından kullanılmaması hem haberleşme özgürlüğü hem de özel hayatın gizliliği hakkı yönünden önemlidir. Aksi takdirde bilişim sistemine yetkisiz kişilerin erişmesi ve bu sistem üzerinde egemenlik kurması, sistem sahipleri ile kullanıcıların, mağduriyetine neden olacaktır. Bu nedenle; bilişim sistemine girme ya da orada kalma suçu, diğer suçların işlenmesine de zemin hazırlamaktadır.<sup>[24]</sup> Sözgelimi, yetkin olmayan bir kişinin, başkasına ait sosyal medya hesap şifresini izinsiz olarak kullanması da haberleşme özgürlüğü ve özel hayatın gizliliği haklarının ihlaline yol açabilir.<sup>[25]</sup>

[22] Yavuz Erdoğan, "Bilişim Sistemine Girme ve Kalma Suçu," *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 12, (Özel Sayı 2012): 1364.

[23] Erdoğan, "Bilişim," 1365.

[24] Muammer Ketizmen, *Türk Ceza Hukukunda Bilişim Suçları*, (Ankara: Adalet Yayınevi, 2008), 79.

[25] Taşkın Şaban Cankat, "Bilişim Hukuku Uluslararası Uyuşmazlıklar," *Türkiye Barolar Birliği Dergisi* 85, (2009): 336.

Bu konuya ilişkin Yargıtay bir kararında; “Sanığın savunmasında, katılanla evli olduğu dönemde mail adreslerinin şifrelerini bilmesi nedeniyle mail adreslerine girdiğini, mail adreslerinin şifrelerini kırmadığı ve değiştirmedeğini beyan ettiği, sanığın kullandığı bilgisayar üzerinde yapılan inceleme sonrası düzenlenen bilirkişi raporlarında da, sanığın, katılana ait mail adreslerine girdiğinin tespit edildiği, ancak üçüncü kişilerle yazışma yaptığına dair kayıtlara rastlanmadığının bildirildiği dikkate alındığında, sanığın aksi kanıtlanamayan savunmaları ve tüm dosya kapsamı birlikte değerlendirildiğinde, sanığın, katılana ait iki farklı mail adreslerine izinsiz olarak girme eyleminin TCK’nin 243/1.maddesinde düzenlenen bilişim sistemine girme suçunu ” oluşturduğu belirtilmiştir.<sup>[26]</sup> Görüldüğü gibi yetkin olmayan bir kişinin, başkasına ait sosyal medya hesap şifresini izinsiz olarak kullanması da haberleşme özgürlüğü ve özel hayatın gizliliği haklarının ihlaline yol açmıştır.

Türk Ceza Kanunu’nun 243. maddesine son fıkrasına 24.03.2016 tarihinde 6698 sayılı kanununun 30. maddesinde yapılan değişiklikle; bilişim sisteminin tamamına veya bir kısmına hukuka aykırı olarak girmek veya orada kalmaya devam etme, suç olarak kabul edilmektedir. Böylelikle suçun işlenebilmesi için bilişim sisteminin tamamına ya da bir kısmına girilmesi veya orada kalmaya devam edilmesi seçimlik hareketleri aranmış ve böylelikle; bilişim sistemlerinin korunması sağlanmak istenmiştir. Bu düzenleme öncesinde, bir fiilin suç teşkil etmesi için hem bilişim sistemine girme hem de orada kalmaya devam etme fiillerinin bir arada bulunması koşulu arandığı için hükmün uygulanması konusunda doktrinde birtakım tartışmalar yaşanmıştır.<sup>[27]</sup> Doktrinde suçun, kullanıcıların, internet ortamında üçüncü kişilerin haksız erişimi ile rahatsız edilmemesi ve kişisel hakların korunması amacıyla düzenlendiği yönünde görüşler bulunmakla birlikte TCK’nin 243. maddenin 2. fıkrasında fiil yönünden daha az cezayı gerektiren halin düzenlenmiş olması, bu hükmün, bilişim sisteminin korunması amacı ile çıkarılmadığı görüşünü de desteklemektedir.<sup>[28]</sup> Buna bağlı olarak bilişim sistemine girme suçu ya da orada kalma suçu ile kişilerin dijital ortamdaki özel alanının korunması amaçlanmaktadır. Madde gerekçesine bakıldığında;

[26] Yargıtay 12. CD, E. 2015/9555, K. 2016/10731, K.T. 22.06.2016.

[27] Karagülmez, *Bilişim Suçları ve Soruşturma- Kovuşturma Evreleri*, 202.

[28] Karakehya, “Türk,” 17.

hangi hukuki yararın gözetildiğine bakılmaksızın, korunmak istenen temel amacın, internet ortamındaki kişisel alan olduğu sonucuna varılabilir.<sup>[29]</sup>

Doktrinde baskın görüş ise, bu suçlarla ilgili korunan hukuki yararın, bilişim sisteminin güvenliği ve özel hayatın gizliliği gibi alanlarla sınırlı kalmadığını, bu kavramı da aşan nitelikte kamu düzeninin korunması olduğunu zikretmektedir. Bunun sonucu olarak eğitim, iletişim, hukuk gibi konularda kamu düzenini ve güvenliğini tehdit eden bu suçlarda, kamu düzeninin korunması fevkalade önem taşımaktadır.<sup>[30]</sup> Kanaatimizce bilişim sistemine girme ve kalma suçlarının, TCK'da "Topluma Karşı Suçlar" başlığı altında düzenlenmesi nedeni ile korunan hukuki yararın, kamu düzeninin korunması olduğunu ifade edebiliriz.

### III. FAİL

5237 sayılı TCK'nin 243. maddesinde suçta cezalandırılacak kişi için 'kimse' ibaresinin kullanıldığı görülmektedir. Anılan hükümden, bu suçun failinin herkes olabileceği sonucuna ulaşılmaktadır. Bunun sonucu olarak bilişim sistemine yetkisi olmadığı halde hukuka aykırı olarak giren veya orada kalmaya devam eden herkes bu suçun faili olabilir. Dolayısıyla bu suçun işlenmesi için üst düzey bir bilişim sistemi programcısı donanımına sahip olma şartı aranmamaktadır; orta zekaya sahip mobil cihaz veya bilgisayar kullanma becerisine sahip kişiler de bu suçun faili olabilir.<sup>[31]</sup> Bu nedenle bilişim sistemlerine yönelik işlenen suçun failleri genel olarak bilişim korsanı, hacker, kod kıran kişi veya *craker* olarak da tanımlanmaktadır.<sup>[32]</sup>

Bilişim sistemine girme suçunun failinin belirlenmesinde IP numarasını kullanan kişi her zaman suçun doğrudan faili olmamaktadır, Buna bağlı olarak IP numarasının kayıtlı olduğu kişi, suçun faili olabileceği gibi başka bir kimse de suçun faili olabilir. Bu nedenle ceza yargılamasında, failin belirlenmesi amacı ile objektif sorumluluk esnasından farklı bir durum

[29] Cengiz Apaydın, *Bilişim Suçları ve Bilişim Ceza Hukuku*, (İstanbul: Acar Matbaacılık, 2017), 51.

[30] Apaydın, *Bilişim Suçları ve Bilişim Ceza Hukuku*, 52.

[31] Yenidünya ve Değirmenci, *Mukayeseli Hukukta ve Türk Hukukunda Bilişim Suçları*, 57.

[32] Erdoğan, "Bilişim," 1392.



ortaya çıkmaktadır. Çünkü, IP numarasını kullanarak bilişim sistemine girme suçunu işlediği iddia edilen kişiye yönelik ceza soruşturmasında; maddi gerçeğin belirlenmesi amaçlanmaktadır. Bu nedenle IP numarası, diğer deliller ile desteklenmek kaydı ile kullanılabilir. Dolayısıyla bu durum, objektif sorumluluktan ayrı olarak düşünülmelidir.<sup>[33]</sup>

Yargıtay konuya ilişkin bir kararında;

“...sanığın, şikayetçinin kullandığı “.....@hotmail. com” e-posta adresi ile irtibatlı olan ... adresine bilgisi ve rızası olmaksızın şifreyi değiştirerek erişilmez kıldığından bahisle açılan davada, yapılan soruşturma ve kovuşturma yetersiz olup olaya ilişkin deliller toplanmadan hüküm kurulmuştur. Sanığın suçlamayı kabul etmediği gibi hattına başkalarının girmiş olabileceği savunmasına ilişkin olmak üzere internet hattını sanık dışında başkalarının da kullanıp kullanmadığı ve kendisine ait olduğu belirtilen e-mail adresinin sanığa aidiyeti hususunda dosyada bir bilgiye rastlanmamıştır. Şikayetçinin bir aydır e-mail adresine giremediğini belirttiğinin anlaşılması karşısında, anılan tarihten şikayet tarihine kadar olan dönemde, bu adresin faal olup olmadığı, şikayetçi tarafından kendi adresine erişim sağlanıp sağlanmadığı tespit edilmemiştir. Sanık tarafından suç tarihinden sonra giriş yapıp yapılmadığı, adrese ait şifrenin değiştirilip değiştirilmediği, şifre değiştirilmişse hangi tarihte ve hangi IP numarası ile erişim sağlanarak şifrenin değiştirildiği ilgili internet sağlayıcısından sorulması gerektiği gözetilmeden eksik inceleme ile hüküm kurulması”<sup>[34]</sup>

denilerek bilişim sistemine girme suçunun oluşması için gerekli tüm tespitlerin yapılmasının zorunlu olduğu, somut olayın niteliğine göre hangi IP numarası ile erişim sağlandığı belirlenmeden dosya üzerinden karar verilemeyeceği ortaya konulmuştur.

Ankara Bölge Adliye Mahkemesi'nin bir kararında da “Sanık hakkında TCK'nin 243. maddesi gereğince bilişim sistemine girme suçundan cezalandırılması istemi ile açılan kamu davasında;

[33] Apaydın, *Bilişim Suçları ve Bilişim Ceza Hukuku*, 53.

[34] Yargıtay 8. CD, E. 2018/1078, K. 2018/2485, K.T. 08.03.2018.

“...A.Ş kayıtlarında sanığın Bayram’ın babası Osman’ın IP numarasının tespit edildiği, sanığın babasının bilgisayarın oğlu Bayram tarafından kullanıldığını beyan ettiği, sanığın atılı suçu işlediği yönünde aşamalarda hiç bir ikrarının bulunmadığı, IP adresinin iddianamede delil olarak gösterildiği ancak IP adresinin kişiye özel olmadığı, IP’nin teknik açıdan değiştirilebilir yapıda olduğu, başka bir kişinin de mevcut IP adresini kullanabileceği, sistem havuzunda IP adresinden çıkıldıktan sonra başkasının da IP’yi kullanabileceği, internet üzerinden alışverişin herhangi bir kişi tarafından da yapılabileceği, abonelik üzerinden başkalarının da bağlanmış olabileceği göz önüne alınarak bu hususların açıklığa kavuşturulması amacıyla bilirkişi raporu alınmaksızın eksik inceleme ile yazılı şekilde karar verilmesi”<sup>[35]</sup>

bozma nedeni olarak yer almaktadır. Bu kararda da IP adresinin değiştirilebilir nitelikte olduğu ve birçok kişi tarafından kullanılabileceği vurgulanmış; ayrıca failin belirlenmesinde teknik incelemenin tereddüte yer bırakmayacak şekilde yapılması gerektiğine dikkat çekilmiştir.

Yargıtay’ın konuya yönelik içtihatlarında, temel yaklaşım, şu şekilde özetlenebilir:

“Bilişim sistemine girmek, bir bilişim sisteminde bulunan verilerin bir kısmına veya tamamına, fiziken ya da uzaktan başka bir cihaz yoluyla erişilmesidir. Erişimi gerçekleştirmek için gevşek güvenlik önlemlerinden faydalanılabileceği gibi, var olan güvenlik önlemlerindeki boşluklar da kullanılabilir. Ağ üzerinden virüsler (komik resimler, kutlama kartları veya ses ve görüntü dosyaları gibi ekler halinde), truva atı (trojan horse), macro virüsü, solucanlar gibi kullanılarak veya sistemin açık kapıları zorlanarak giriş yapılabilir. Bilgisayar veri ve sistemlerine yapılan izinsiz giriş, aynı zamanda, “bilgisayara tecavüz”, “kod kırma” ya da “bilgisayar korsanlığı” olarak da tanımlanmaktadır. Suçun, başkasına ait bilgisayarın açılarak içindeki verilerin görülmesi biçiminde olabileceği gibi bir ağ aracılığıyla bilişim sisteminde oturum açılması yoluyla da işlenebilir. Girmede, iletişimin kablolu veya kablosuz olması ile mesafenin yakın ve uzak olması arasında da fark yoktur. Bir bilişim sistemine e-posta veya dosya gönderilmesi durumunda, bilişim sistemine girme söz konusu olmayıp yalnızca veri gönderildiğinden bu durum girme kapsamında düşünülemez. Mağdurun kişisel bilgisayarına ait işletim

[35] Ankara BAM 13. CD, E. 2018/3653, K. 2019/1533; Uğur İhtiyaroğlu, “Bilişim Sistemine Girme Suçunun Yargı Kararları Bağlamında İncelenmesi”, *Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, (2020): 411.

sistemine (windows, linux vs.), bir başka internet kullanıcısının, mağdurun rızası olmaksızın girmesi de suç oluşturacaktır.<sup>[36]</sup>

Yargıtay'ın konuya ilişkin kararında,

“...Dosya kapsamından, katılana ait mail adreslerine, sanıklara ait şirketler tarafından kullanılan IP adreslerinin erişim sağladığının sabit olduğu, bunun yanında bilgisayar ve yazılım şirketinin sorumlusu olan sanık ...'ın savunmalarında, 77.79.83.186 IP numaralı sunucularına suç tarihinde 65.200.157.177 numaralı IP ile sürekli atak yapıldığını belirttiği, diğer sanık ...'in de atılı suç işlemediğini beyan ettiği, suçların 2009 tarihinde işlenmesi nedeniyle sanıklara ait bilgisayarlarda yapılması gerekli olan ama yapılmayan incelemelerin, aradan geçen zaman itibarıyla şimdi yapılması halinde bir delile ulaşılabileceği görülmemekte ise de; dosyanın kül halinde bilişim alanında uzman bilirkişiye tevdi edilerek, 24/12/2009 günü saat 23.00 ile 25/12/2009 günü saat 09.00 tarihleri arasında, katılana ait mail adreslerine sanıklar dışında başka IP adreslerinin ulaşip ulaşmadığı, sanıklara ait IP numaraları vasıtasıyla, başka IP numaraları ile uzaktan atak yapılarak katılana ait mail adreslerine erişilip erişilemeyeceği konularında, katılanın iddiası ve sanıkların savunmaları dikkate alınarak ayrıntılı bilirkişi raporu alınması, ayrıca katılanın şikayet dilekçesinde bahse konu mail adreslerindeki kayıtların internet ortamında yayınlanmış olduğunu ve başka postalara kendisi adına mail adresi göndermiş olduğu iddiası da gözetilerek, bu kayıtların hangi internet sitelerinde yayınlandığı, bu yayınlara ilişkin çıktılarının bulunup bulunmadığı, kendisine ait mail adresinden üçüncü kişilere gönderildiği belirtilen mail çıktılarının bulunup bulunmadığı, üçüncü kişilerin kimlik bilgileri tespit edilerek, gerektiği takdirde tanık sıfatıyla dinlenmesi sağlandıktan sonra sanıkların hukuki durumunun tayin ve takdiri gerekirken, eksik incelemeyle yazılı şekilde hüküm kurulması”<sup>[37]</sup>

kanaatine ulaşmıştır.

Yargıtay'ın bir başka bir kararında ise;

[36] İhtiyaroglu, “Bilişim,” 433; Yargıtay 8. CD, E. 2018/1078, K. 2018/2485, K.T. 08.03.2018.

[37] Yargıtay 12. CD, E. 2015/7248, K. 2016/6819, K.T. 20.04.2016.

“...sanık tarafından suç tarihinden sonra giriş yapılıp yapılmadığı, adrese ait şifrenin değiştirilip değiştirilmediği, şifre değiştirilmişse hangi tarihte ve hangi IP numarası ile erişim sağlanarak şifrenin değiştirildiği ilgili internet sağlayıcısından sorulması gerektiği gözetilmeden eksik inceleme ile hüküm kurulması”<sup>[38]</sup>

bozma nedeni olarak kabul edilmiştir. Bu kararlarda, fail tarafından gerçekleştirilen bilişim sistemine girme eyleminin şüpheye yer bırakmayacak şekilde araştırılması gerektiği, özellikle IP numarası üzerinde kuşkuya yer vermeyecek şekilde inceleme yapılarak sonucuna göre karar verilmesi gerektiğinin altı çizilmektedir.

#### IV. MAĞDUR

Suçun mağduru, bilişim sistemine girilmesi ya da bu sistemde kalmaya devam edilmesi nedeni ile kişisel hakları tehlikeye düşen herkes olabilir.<sup>[39]</sup> Doktrinde baskın görüş, normatif düzenlemelerde Türk Ceza Hukuku sisteminde mağdurun ancak gerçek kişi olabileceğini kabul etmektedir.<sup>[40]</sup> Buna karşılık doktrinde suçun mağdurunun gerçek kişiler dışında, tüzel kişiler de olabileceği ileri sürülmektedir. Daha önce de belirttiğimiz gibi suçla korunmak istenen bilişim sisteminin güvenliğini tedarik etmektir. Bu nedenle gerçek kişiler dışında tüzel kişiliği haiz bilişim sistemlerinin sahipleri de mağdur konuma düşebilir.<sup>[41]</sup> Buna karşılık tüzel kişilerin bu suçtan ötürü sadece “zarar gören” olabileceği tezini savunanlar, doktrinde çoğunlukta bulunmaktadır.<sup>[42]</sup> Doktrinde azınlıkta kalan görüş ise tüzel kişilerin de bu suçun mağduru olabileceği yönündedir. Buna gerekçe olarak da bilişim sistemi üzerinde hak sahibi olan bir şirketin hesaplarının hackerler tarafından ele geçirilmesi ya da izinsiz olarak tüzel kişiliğe ait gizli bilgilere erişilmesi örnek olarak gösterilebilir. Burada; tüzel kişilerin de bilişim sistemi

[38] Yargıtay 8. CD, E. 2018/1078 K. 2018/2485.

[39] Tezcan, Erdem ve Önok, *Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku*, 1149.

[40] İhtiyaroğlu, “Bilişim,” 434.

[41] Erdoğan, “Bilişim,” 1394.

[42] Fatih Selami Mahmutoğlu, “Türk Ceza Kanununda Yer Alan Bilişim Alanındaki Suçlar ve Karşılaşılan Sorunların Yargı Kararları Işığında Değerlendirilmesi,” *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası* 71, no. 1, (2013): 858.

ve/veya veriler üzerinde mülkiyet hakkı, kira ve vedia gibi sözleşmelerden kaynaklanan tasarruf hakkı bulunduğu ileri sürülmektedir.<sup>[43]</sup>

Tüzel kişilerin de suçun mağduru olabileceğine yönelik olarak Yargıtay bir kararında;

“...Şikayetçi şirketin sistemine hukuka aykırı olarak girerek, sistemin işleyişini engelleme, bozma, sistemdeki verileri bozma, yok etme, değiştirme, erişilmez kılma, sisteme veri yerleştirme, var olan verileri başka bir yere gönderme şeklindeki TCK'nin 244/1-3.madde ve fıkralarında yazılı hallerin gerçekleşmemesi nedeniyle, anılan maddenin 4. fıkrasının uygulanamayacağı, şikayetçi şirkete ait sisteme hukuka aykırı olarak girme ve orada kalmaya devam etme şeklindeki eylemin TCK'nin 243/1. madde ve fıkrasında düzenlenen suç oluşturduğunun gözetilmemesi, bozmayı gerektirmiştir.”<sup>[44]</sup>

şeklinde dir.

## V. MADDİ UNSUR

Bilişim sistemine girme veya bilişim sisteminde kalma suçunda maddi unsurları maddi konu, fiil, netice ve nedensellik bağı hususlarında irdemelerimizin ardından nitelikli haller, hukuka aykırılık ve manevi unsur konularına da yer vereceğiz.

### A) SUÇUN KONUSU: BİLİŞİM SİSTEMLERİ

Günümüzde haberleşme ve bilişim teknolojilerinde yaşanan baş döndürücü değişim ve ilerleme, anında veri alma ve iletme olanağı sağlamaktadır. Bunun dışında bilgisayar, mobil cihazlar ve diğer elektronik araçlar kanalı ile sesli, yazılı ve görüntülü içerikler de paylaşılmakta; kablosuz teknolojinin giderek arttığı görülmektedir.<sup>[45]</sup> Buna bağlı olarak bilişim teknolojisindeki değişimin etkisi ile geçmişle kıyaslanmayacak oranda kullanıcı sayısının hızla arttığı gözlemlenmektedir. Mülga 765 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda

[43] Kurt, *Bilişim Suçları*, 163.

[44] Yargıtay 11. Ceza Dairesi E. 2012/439, K. 2013/16403, K.T. 11.11.2013.

[45] Fahri Atasoy, “Kültürler Üzerinde Bilişim Devriminin Etkileri,” *Modern Türklük Araştırmaları Dergisi* 4, no. 2, (2007): 168.

“bilgileri otomatik olarak işleme tabi tutmuş sistem” ifadesi kullanılmıştı. 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu’nda ise bu ifade yerine “bilgi sistemi” terimi kullanılmıştır.<sup>[46]</sup>

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu yönünden değerlendirildiğinde bir sistemin bilgi sistemi olup olmadığı, somut olayın özelliğine göre konusunda uzmanlaşmış kişiler tarafından yapılacak teknik bir inceleme sonucu belirlenmelidir.<sup>[47]</sup> Bilişim sistemi, bilgisayar ve internet ile doğrudan bağlantılıdır. Buna etken olarak da son çeyrek asırda internetin dünya genelinde kullanımının yaygınlaşması ile bilişim sistemlerinde, küresel düzlemde iletişim ağı kurulması gösterilebilir. Dolayısıyla bu sistem üzerinde bilgisayarların ortak bir alanda birbirlerine bağlanması sonucu elektronik ağ (*network*) oluşmuştur. Buna bağlı olarak da dünyanın farklı bölgelerindeki insanların mobil cihazlar ya da bilgisayarları aracılığı ile sisteme entegre olması sonucu çevrimiçi olarak bilgi alışverişinde bulunmaktadır.<sup>[48]</sup> Bununla birlikte bilgisayar dışında da veriler arasında bağlantı sağlayabilen elektronik ve manyetik cihazlar aracılığı ile veri akışı sağlanabilir. Bu durumda; bilişim sistemlerine girme ya da orada kalma suçu, internet ağı kullanılmaksızın manuel olarak da işlenebilir.<sup>[49]</sup>

Yargıtay Ceza Genel Kurulu’nun bir kararında;

“Elektronik beyin” veya “bilgileri otomatik işleme tabi tutmuş sistem” olarak adlandırılan bilgisayar; “çok sayıda aritmetiksel veya mantıksal işlemlerden oluşan bir işi önceden verilmiş bir programa göre yapıp sonuçlandıran, bilgileri depolayan elektronik araç, elektronik beyin” anlamına gelmektedir. İnternet ise, dünya üzerindeki milyonlarca bilgisayarın birbirlerine bağlanmaları ile oluşan global

[46] Hüseyin Koçak ve Ali Nazmi Dandin, “Toplumsal ve Yönetimsel Alanda Bilişim Teknolojilerinin Kriminallik Etkileri,” *Afyon Kocatepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi* 19, no. 1, (2017): 139.

[47] Özge Apış, “Bilişim Sistemine Girme Suçu Bakımından Bilgisayarlar, Bilgisayar Programlarında ve Kütüklerinde Arama Kopyalama Elkoyma Koruma Tedbiri,” *Yasama Dergisi* 37, (2018): 49.

[48] Ömer Tekelli, “Bilişim Suçlarıyla Mücadelede Polisin Yeri” *Sayder Dış Denetim Dergisi*, (Temmuz-Ağustos-Eylül 2011): 83.

[49] Richard W. Boss, *Intranet and Extranet PLA Technotes*, American Library Association, 2010, 2.

bir bilgisayar ağı sistemi olarak nitelendirilmiştir. Bilişim ise “insanoğlunun teknik, ekonomik ve toplumsal alanlardaki iletişiminde kullandığı ve bilimin dayanağı olan bilginin özellikle elektronik makineler aracılığıyla düzenli ve akla uygun bir biçimde işlenmesi bilimi, bilginin elektronik cihazlarda toplanması ve işlenmesi bilimi”<sup>[50]</sup>

şeklinde tanımlanmıştır.

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu’nun 243. maddesinde düzenlenen bilişim sistemine girme suçu ya da orada kalma suçunun konusunu, yukarıda da izah ettiğimiz “*bilişim sistemi*” oluşturmaktadır. Bilişim sistemi kavramı, TCK’nin 243. maddesinin gerekçesinde, “*verileri toplayıp yerleştirdikten sonra bunları otomatik işlemlere tutma olanağı veren manyetik sistemler*” şeklinde açıklanmıştır.<sup>[51]</sup> Ayrıca ülkemizin de taraf olduğu Avrupa Konseyi Siber Suçlar Sözleşmesinin 1. maddesinde “*bilgisayar sistemi, bir veya birden fazlası, bir program uyarınca otomatik veri işleyebilen herhangi bir cihaz veya birbiriyle bağlantılı veya ilgili bir grup cihazı ifade eder*” şeklinde tanımlanmıştır.<sup>[52]</sup> 5237 sayılı TCK’nin 243. maddesi uyarınca bu suçun işlenebilmesi için bilişim sistemine hukuka aykırı olarak girilmesi ya da orada kalmaya devam edilmesi gerekmektedir. Buna bağlı olarak bilişim sistemine yetkili olmadığı halde izinsiz olarak giren kişiler, “*bilgisayar korsanı*” ya da “*hacker*” olarak nitelendirilmektedir.<sup>[53]</sup>

TCK’nin 243. maddesi uyarınca, bilişim sistemine girme suçunun oluşabilmesi için bilişim sisteminin tamamına ya da bir kısmına hukuka aykırı olarak girilmesi gerekmektedir. Bunun dışında bilişim sistemine rızaen girilmekle birlikte içerisinde hukuka aykırı şekilde kalınan bilişim sistemi de bu suçun konusunu oluşturmaktadır. Anılan maddenin ikinci fıkrası yönünden suçun konusunu “*bedeli karşılığında yararlanılabilen bilişim sistemleri*” oluşturmaktadır. Şayet bu suç, “*Otomatlar aracılığı ile sunulan ve bedeli ödendiği takdirde yararlanılabilen bir hizmet*” karşılığında işlenir

[50] Yargıtay Ceza Genel Kurulu, E. 2016/23-1033 K. 2020/2 sayılı kararı aktaran İhtiyaroğlu, “Bilişim,” 418.

[51] Mahmut Koca ve İlhan Üzülmez, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 4. Basım, (Ankara: Adalet Yayınevi, 2017), 810.

[52] Yenidünya ve Değirmenci, *Bilişim Suçları*, 27.

[53] Karagülmez, *Bilişim Suçları ve Soruşturma- Kovuşturma Evreleri*, 169.

ise TCK'nin 163. maddesinde düzenlenen “*Karşılıksız Yararlanma*” kapsamına girecektir.<sup>[54]</sup> Dolayısıyla TCK'nin 243. maddesinin ikinci fıkrası kapsamına girmesi için fail tarafından bedeli ödenmek suretiyle girilebilecek bir sisteme, bedel ödenmeden girilmesi veya orada kalınması gereklidir. Bu noktada, bedel karşılığı yararlanılabilen bilişim sistemlerinin neler olduğu konusu madde gerekçesinde açıklanmasa da web siteleri, şifreli televizyon ve kiralama karşılığı yararlanılabilen bilişim sistemleri, cep telefonları ve diğer elektronik cihazlara anlaşma karşılığı gönderilen reklam mesajları ve mailler, internet servis sağlayıcı hizmetlerinden yararlanılması uygulamaları anlaşılmaktadır.<sup>[55]</sup>

Yargıtay 11. Ceza Dairesi'nin bir kararında;

“... sanık (M.İ.) (D.)'e abone olmuş ve bunun karşılığında (D.)'ten kendisine verilen kullanıcı bilgilerini, CardSharing yöntemi ve (D\*) uydu alıcısı aracılığıyla başka kişilerle para karşılığında paylaştığı mevcut olan deliller ışığında tespit edilmiştir, hususlarının ifade edilmesi karşısında, her ne kadar katılan tarafça verilen şifreler üzerinde oynama yapılmadığı belirtilmiş ise de, sanığın katılan firmanın şifreleme sistemine herhangi bir müdahalede bulunup bulunmadığı, yayınların şifresiz olarak izlenebilmesini sağlamak için sisteme veri yerleştirip yerleştirmedığı, sistemdeki verileri bozup bozmadığı, keza sistemdeki verileri değiştirmek veya bir yerden başka bir yere göndermek şeklinde bir eylem gerçekleştirip gerçekleştirmediği hususlarının tam olarak belirlenmesi bakımından hükme esas alınan bilirkişi kurulu raporunun yeterli ve açıklayıcı nitelikte bulunmadığı, sanığın, sistemle bağlantıyı tam olarak nasıl sağladığı, ne gibi aşamalardan geçirilerek şifreli yayının izleyiciye şifresiz olarak izlettiği konusunda tatmin edici ve hükme esas alınabilecek nitelikte tespitlerin yapılmadığı görülmekle, bir teknik üniversiteden seçilecek konusunda uzman 3 kişilik bilirkişi kuruluna dosyanın ve emanet muhteviyatı eşyaların kül halinde tevdiine...”<sup>[56]</sup>

[54] Zahit Yılmaz ve Özge Apış, “Karşılıksız Yararlanma Suçu (TCK m.163),” *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi* 19, no. 2, (2013): 1759. Erdoğan, “Bilişim,” 1396-1399.

[55] Erdoğan, “Bilişim,” 1396-1399.

[56] Yargıtay 11. Ceza Dairesi E. 2012/439 K. 2013/16403 K.T. 11.11.2013.



ifadesine yer verilerek şifreli bir yayının izlenmesi sonucu TCK'nin 243. maddesi uyarınca bilişim sistemine hukuka aykırı olarak girme suçunun unsurlarının oluşup oluşmadığının bilirkişi raporu sonucu belirlenebileceği kanısına varmıştır.

TCK'nin 243. maddesinin 3. fıkrasında suçun, neticesi sebebiyle ağırlaşmış halini düzenlemiştir.<sup>[57]</sup> Anılan hüküm uyarınca, “*bu fiil nedeniyle sistemin içerdiği veriler yok olur veya değişirse, altı aydan iki yıla kadar hapis cezasına hükmolunacağı*” belirtilmiştir.<sup>[58]</sup> Böylece verilerin yok olması veya değiştirilmesi ile bilişim sistemine girme suçunun, neticesi sebebiyle ağırlaşmış hali gerçekleşmektedir.<sup>[59]</sup> Bunun sonucu olarak bilişim sistemine hukuka aykırı olarak girilmesi ya da bilişim sisteminde kalmaya devam edilmesi sonucunda “*sistemin içerdiği veriler yok olur ya da değişirse*” cezayı arttırıcı bir etken olacaktır.

Anılan hüküm uyarınca failin kastı, bilişim sistemine hukuka aykırı girme ya da orada kalmaya yönelik olmalıdır. Aksi takdirde sistemdeki verileri yok etme ya da değiştirmeye yönelik bir kastı bulunduğu takdirde bu hükmün uygulanması mümkün değildir. Buna karşılık failin bu yönde bir kastı olmasa dahi bilişim sistemine hukuka aykırı girmesi sonucu veriler yok olur ya da değişirse, failin ağırlatıcı nedenden sorumlu tutulabilmesi için en azından taksirli bir hareketinin bulunması gerekir.<sup>[60]</sup>

Failin kastı, bir bilişim sistemindeki verileri bozma, yok etme değiştirme ya da erişilmez kılma gibi hareketlerden oluşuyor ise TCK'nin 244. maddesinin 2. fıkrası gereği sorumlu tutulacaktır. Görüldüğü gibi TCK'nin 244. maddesinde yer alan “*Sistemi Engelleme, Bozma, Verileri Yok Etme ya*

[57] İsmail Malkoç, *Açıklamalı İçtihatlı Yeni Türk Ceza Kanunu II*, (Ankara: Malkoç Kitabevi, 2007), 1671.

[58] Ö. Umut Eker, “Türk Ceza Hukuku’nda Bilişim Suçları Eski TCK Bağlamında Hukukumuzda Yer Alan İlk Düzenlemeler ve 5237 s. Yeni Türk Ceza Kanunu’nun İlgili Hükümlerinin Yorumu,” *Türkiye Barolar Birliği* 62, (2006): 123.

[59] Veli Özer Özbek, Koray Doğan, Pınar Bacaksız ve İlker Tepe, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 11. Basım, (Ankara: 2017, Seçkin Yayıncılık), 951.

[60] Yılmaz Yazıcıoğlu, “Yeni Türk Ceza Kanunundaki Bilişim Suçlarının Genel Değerlendirmesi,” *Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 2, no. 2, (2005): 404.

*da Değişirme*” suçundan farklı olarak failin sisteme hukuka aykırı olarak girmesi ya da orada kalması durumunda sistemdeki veriler yok olmakta ya da değişmektedir.<sup>[61]</sup>

Failin hukuka aykırı olarak bilişim sistemine girme veya orada kalma kastının bulunmaması durumunda suçun temel şekli meydana gelmeyeceğinden failin sorumluluğu doğmayacaktır. Bu halde TCK’nin 243. maddesinin 3. fıkrası oluşmayacağı gibi ancak kasten işlenebilen TCK’nin 244. maddesinin 2. fıkrasının uygulanması söz konusu olamaz.<sup>[62]</sup> TCK’nin 243. maddesinin 4. fıkrası yönünden ise suçun konusunu “Bir bilişim sisteminin kendi içinde veya bilişim sistemleri arasında gerçekleşen veri nakilleri” oluşturmaktadır.

Yargıtay 12. Ceza Dairesi’nin 22.06.2016 tarihli bir kararında;

“Sanığın savunmasında, katılanla evli olduğu dönemde mail adreslerinin şifrelerini bilmesi nedeniyle mail adreslerine girdiğini, mail adreslerinin şifrelerini kırmadığı ve değiştirmedeğini beyan ettiği, sanığın kullandığı bilgisayar üzerinde yapılan inceleme sonrası düzenlenen bilirkişi raporlarında da, sanığın, katılana ait mail adreslerine girdiğinin tespit edildiği, ancak üçüncü kişilerle yazışma yaptığına dair kayıtlara rastlanmadığının bildirildiği dikkate alındığında, sanığın, katılana ait iki farklı mail adreslerine izinsiz olarak girme eyleminin sistemi engelleme, bozma, verileri yok etme veya değiştirme suçunu değil, TCK’nin 243/1.maddesinde düzenlenen bilişim sistemine girme suçunu oluşturur.”<sup>[63]</sup>

Yargıtay 9. Ceza Dairesi’nin 07.04.2014 tarihli bir kararında ise;

“Katılan E.T.’ye ait MSN adresine şifresini kırmak suretiyle hukuka aykırı olarak giren ve orada kalmaya devam eden sanığın eyleminde, 5237 sayılı Yasa’nın 243/1. madde ve fıkrasında yer alan suçun yasal unsurlarının oluştuğu gözetilmeden, sanığın mahkumiyeti yerine yazılı biçimde beraatine karar verilmesi...”<sup>[64]</sup>

denilerek mail şifresinin kırılması suretiyle girilmesi “bilişim sistemine girme” suçunu oluşturacağı ifade edilmiştir.

[61] Eker, “Türk,”125.

[62] Apaydın, *Bilişim Suçları ve Bilişim Ceza Hukuku*, 71.

[63] Yargıtay 12. CD, E. 2015/9555, K. 2016/10731, K.T. 22.06.2016.

[64] Yargıtay 9. CD, E. 2013/3214, K. 2014/8845, K.T. 07.04.2014.

Yargıtay'ın 25.12.2019 tarihli bir diğer kararında ise;

“Sanığın, eski eşi olan mağdura ait facebook şifresini bildiğini ve şifre kırma gibi bir eyleminin olmadığını beyan etmesi, mağdurun, şifresinin kırılarak facebook hesabına giriş yapıldığına dair iddialarını doğrulayan herhangi bir delil bulunmaması karşısında, sanığın sübut bulan bilişim sistemindeki mağdura özel kısma girip, hakkı olmadığı halde sistemde kalmaya devam etme eyleminin TCK'nin 243/1. madde ve fıkrasındaki bilişim sistemine girme ve mağdura ait içeriği özel mesajları okuyup, tarafı olmadığı haberleşme içeriklerini kaydetmesi eyleminin TCK'nin 132/1. madde ve fıkrasındaki haberleşmenin gizliliğini ihlal suçlarını oluşturacağı gözetilmeden, delillerin takdirinde ve suç vasfında yanılığa düşülerek, sanık hakkında TCK'nin 244/2. madde ve fıkrasındaki sistemi engelleme, bozma, verileri yok etme veya değiştirme ve TCK'nin 136/1. madde ve fıkrasındaki verileri hukuka aykırı olarak verme veya ele geçirme suçlarından mahkûmiyet kararı verilmesi”

bozma nedeni yapılmıştır.<sup>[65]</sup>

Yukarıda zikredilen Yargıtay kararları ışığında bir analiz yapmak gerekirse fail, bilişim sistemine hukuka aykırı şekilde girmiş olsa da şifre kırma ya da değiştirme bir faaliyet gerçekleştirmediği takdirde isnat edilen fiil, TCK'nin 243. maddesinde yer alan bilişim sistemine girme suçudur. Bu fiilin, TCK' da yer alan diğer suçları da oluşturması durumunda somut olayın özelliğine göre mahkeme tarafından inceleme yapılmalıdır. Yargıtay'ın konuya ilişkin 01.06.2020 tarihli bir kararında,

“Sanıkların ..... Esnaf ve sanatkarlar odası üyelerine ait ellerindeki bilgilerin doğruluğunu teyit etmek için Nüfus ve Vatandaşlık İşler Genel Müdürlüğü ile anlaşma yapıp ücreti karşılığı yararlanmak yerine bir yazılım ile müşterki şirketin bilişim sistemine veri gönderip, seri şekilde milyonlarca sorgu yapıp sistemde var olan verileri aldıkları anlaşıldığından sanıkların eyleminin 5237 sayılı TCK'nun 244/2-4 maddelerinde düzenlenen suçu oluşturduğu gözetilmeden, suç vasfında hataya düşülerek yazılı şekilde bilişim sistemine girme suçundan mahkûmiyetlerine karar verilmesi”

bozma nedeni sayılmıştır. Yargıtay'ın konuya ilişkin diğer bir kararında;

[65] Yargıtay 12. CD, E. 2019/577, K. 2019/12248, K.T. 25.12.2019.

“Sanık hakkında bilişim sistemine hukuka aykırı olarak girme ve orada kalma suçundan verilen hüküm açısından; dosya kapsamına göre sanığın, katılan M.T’nin elektronik posta adresinin ve facebook hesabının şifrelerini kırarak, hesaba giriş şifresini değiştirerek erişimini engellemesi şeklinde gerçekleşen eyleminin TCK’nin 244/2. maddesi kapsamında kaldığı halde suç vasfında hataya düşülerek aynı yasanın 243/1. maddesinden mahkûmiyet hükmü kurulması” [66]

bozma nedeni yapılmıştır. Bu kararda, failin kastının, yerel mahkeme tarafından TCK m.243 ve 244. maddeleri yönünden ayrı ayrı değerlendirilmesi gerektiği belirtilmiştir.

## B) FİİL

5237 sayılı TCK’nin 243. maddesinin ilk fıkrası uyarınca bilişim sisteminin tamamına ya da bir kısmına hukuka aykırı olarak girmek ya da bu sistemde kalmaya devam etmek fiillerinin gerçekleşmesi gerekmektedir. Anılan hükümde 6698 sayılı Kanun’un 30. maddesi ile yapılan değişiklikte bu fıkrada yer alan ‘ve’ ibaresi ‘veya’ şeklinde değiştirilmiştir.[67] Bunun sonucu olarak failin bilişim sistemine hukuka aykırı olarak girmesi ya da bilişim sisteminde kalmaya devam etmesi ile suç tamamlanmaktadır.[68] Bilişim sisteminde kalma ya da sistemde kalmaya devam etme hareketi açıkça “ihmali” bir harekettir. Bu seçimlik hareketlerden birinin ihmali davranışla gerçekleştirilmesi ile suç tamamlanmaktadır.[69] Bu değişiklik yapılmadan önce suçun oluşması için sisteme girme eyleminin ve sistemde kalmaya devam etme eyleminin birlikte gerçekleşmesi koşulu aranmaktaydı.[70]

Anılan hükümde adı geçen girme ya da orada kalma fiili, bilişim sistemindeki mekanizmaya dahil birtakım ayarların açılması sonucu fiziken sisteme entegre olunması şeklinde algılanmamalıdır. Burada kastedilen aktif konumdaki bilişim sistemi aracı ile fail tarafından sanal ortama girmek

[66] Yargıtay 15. CD, E. 2017/3013317, K. 2018/2657, K.T. 04. 2018.

[67] İhtiyaroğlu, “Bilişim,” 422.

[68] Murat Volkan Dülger, *Bilişim Suçları ve İnternet İletişim Hukuku*, 4. Baskı, (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2014), 55.

[69] Tezcan, Erdem ve Önok, *Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku*, 1150.

[70] Ketizmen, *Türk Ceza Hukukunda Bilişim Suçları*, 106.

anlaşılmalıdır. Dolayısıyla fail, aktif haldeki bilişim sistemine dahil olduğu için üçüncü kişilere ait özel veriler hakkında bilgi sahibi olabilmektedir.<sup>[71]</sup> Böylece bilişim sisteminin yazılımla ilgili bölümünün tamamına ya da bir bölümüne ulaşılması ile isnat edilen fiil gerçekleşmektedir.<sup>[72]</sup>

Bu hüküm ile bilişim sisteminde yazılım güvenliğini sağlamak amacı ile sistem kullanıcılarının mağduriyetinin önüne geçilmek istenmiştir.<sup>[73]</sup> Söz-gelimi bir kimsenin rızası ile girilen bilişim sistemindeki verilerin hukuka aykırı olarak kopyalanması halinde de bu suç oluşabilir. Bunun yanı sıra kablosuz bir ağ aracılığıyla bilişim sisteminde üçüncü şahsa ait verilerin görüntülenmesi ile de bu suçun işlendiği görülmektedir. Ayrıca banka yetkilisinin, müşterinin hesabına onun bilgisi ve rızası olmadan hukuka aykırı olarak bakması da bu suç kapsamında değerlendirilmelidir.<sup>[74]</sup>

TCK'nin 243. maddesi kapsamında yer alan bilişim sistemine girme ya da bilişim sisteminde kalma suçunun, sıklıkla bir bilişim sistemine sahibinin rızası olmaksızın izinsiz bir şekilde uzaktan ya da ağ üzerinden gizli bir erişimle işlendiği görülmektedir. Bu erişimin en sık kullanılan metotlarından birisi de “*casus yazılım*”dır. Ayrıca dünyaca ünlü internet sitelerinin dahi siber saldırıya, değişik metotlar uygulanarak maruz kaldığı gerçeğini de göz ardı etmemek gerekir.<sup>[75]</sup>

Bilişim sistemine hukuka aykırı olarak girme metotları arasında solucan ve truva atı gibi çeşitli bilgisayar virüsleri bulunmaktadır. Buna bağlı olarak hem özel hem de kamu kuruluşlarının birtakım güvenlik uygulamaları aşılacak sureti ile bilişim sistemlerine girme ya da orada kalma suçu işlenmektedir. Bu durum, kamu kuruluşlarının ya da üçüncü kişilerin şifreleri ve diğer özel verileri ele geçirildiği için web sayfası hırsızlığının oluşmasına neden

[71] Yazıcıoğlu, “Yeni Türk Ceza Kanunundaki Bilişim Suçlarının Genel Değerlendirmesi,” 415.

[72] Erdoğan, “Bilişim,” 1398.

[73] Serkan Gönen, Halil İbrahim Ulus ve Ercan Nurcan Yılmaz, “*Bilişim Alanında İşlenen Suçlar Üzerine Bir İnceleme*,” *Bilişim Teknolojileri Dergisi* 9, no. 3, (2016): 232.

[74] B. Zakir Avcı ve Gürsel Öngören, *Bilişim Hukuku*, (İstanbul: Türkiye Bankalar Birliği, 2010), 17.

[75] Karagülmez, *Bilişim Suçları ve Soruşturma- Kovuşturma Evreleri*, 207.

olmaktadır. Bunun dışında bilişim sisteminde kullanımı münhasıran özel üyeliğe bağlı olan bir internet sitesine üye olunmadığı halde hukuka aykırı olarak girmek de TCK'nin 243. maddesi uyarınca bu suç türü kapsamına girmektedir.<sup>[76]</sup>

5237 sayılı TCK'nin 243. maddesinde öngörülen suç oluşturana seçimlik hareketler yönünden isnat edilen suçun oluşumu için bir neticenin gerçekleşmesine gerek duyulmadığı görülmektedir. Bunun nedeni ise suçun oluşumu için anılan maddede yer alan bilişim sisteminin tamamına ya da bir kısmına girme ya da orada kalma şeklindeki seçimlik hareketlerin yapılmasının gerekli ve yeterli olduğu anlaşılmaktadır. Buna karşılık doktrinde suçun serbest hareketle işlenebilen bir suç olduğu da ifade edilmektedir. Bu suçların oluşması için herhangi bir verinin elde edilmesi de gerekmemektedir.<sup>[77]</sup> Dolayısıyla bu hükümdeki suç, sırf hareket suçu şeklinde tanımlanmaktadır. Bu nedenle failin fiili sonucunda bir zararın gerçekleşmesi aranmamaktadır. Ayrıca sistemin tehlikeye uğramasına yönelik bir saldırı tehdidinin bulunmasına da gerek yoktur. Bu özellikleri nedeni ile bilişim sistemine hukuka aykırı olarak girme ya da orada kalma, soyut bir tehlike suçunu oluşturmaktadır.<sup>[78]</sup>

Bilişim sistemine bir kimse, kasıtlı olmaksızın izinsiz olarak erişmekle birlikte hata yaptığını anlayıp hemen sistemden çıkar ise TCK'nin 243. maddesinin öngördüğü bu suç, failin kastının bulunmaması nedeniyle cezai sorumluluktan söz edilemez. Buna karşılık Yargıtay'ın bir kararında “Sanığın, sübut bulan bilişim sistemine girip, katılan adına başkaları ile konuşma yapacak kadar kalmasından ibaret eyleminin TCK'nin 243/1. maddesinde tanımlanan “Bilişim Sistemine Girme” suçunu oluşturacağı gözetilmeden, TCK'nin 244/2. maddesinden hüküm kurulması kanuna aykırılık oluşturmaktadır.”<sup>[79]</sup>

Bilişim sistemi sahibinin rızası olmaksızın başkasının rızası hilafına konuşma yapmanın anılan hükme göre suç oluşturacağı vurgulanmıştır.

[76] İhtiyaroğlu, “Bilişim,” 412.

[77] Tezcan, Erdem ve Önok, *Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku*, 1153.

[78] Dülger, *Bilişim Suçları ve İnternet İletişim Hukuku*, 341.

[79] Yargıtay, 12. CD, E. 2013/11510, K. 2014/2982, K.T. 10. 02. 2014.

### C) NETİCE VE NEDENSELLİK BAĞI

5237 sayılı TCK'nin 243. maddesinde düzenlenen bilişim sistemine girme ya da orada kalma suçunun işlenebilmesi için hukuka aykırı olarak bir bilişim sisteminin bütününe ya da bir bölümüne girilmesi ya da orada kalınması gerekmektedir. Bu suç, daha önce birden fazla hareketin birbirine bağlı olarak yapılmasının zorunlu bulunduğu çok hareketli suç ya da birden fazla suç iken 6698 sayılı kanunun 30. maddesinde yapılan değişiklikle; seçimlik hareketli suçta dönüştürülmüştür. Daha önce de belirtildiği gibi doktrinde suçun serbest hareketle işlenebilen bir suç olduğu da ifade edilmektedir. Bu suçların oluşması için herhangi bir verinin ele geçirilmesi koşulu da aranmamaktadır.<sup>[80]</sup> Bu düzenleme sonrasında bir kimse, bu yönde bir kastı bulunmayıp üçüncü kişinin bilişim sistemine girmesinin ardından yaptığı hataya rağmen hukuka aykırı bir şekilde sistemde kalmaya devam ediyor ise suç olarak kabul edilecektir.<sup>[81]</sup>

Bilişim sistemine hukuka aykırı olarak girme ya da bilişim sisteminde kalma fiili ile anlaşılması gereken bu sistemin sanal ortamına dahil olunarak bilişim sisteminin yazılımına erişilmesidir. Bu suç, üçüncü kişinin bilgisayar, tablet ya da mobil cihazlarındaki verilerinin, izinsiz olarak görüntülenmesi şeklinde oluşabileceği gibi herhangi bir ağda bilişim sistemine ait oturumun açılması yolu ile de işlenebilir.<sup>[82]</sup> Dolayısıyla suçun oluşumu, bilişim sisteminde kişisel verilerin ele geçirilmesi şartına bağlı değildir. Ayrıca bilişim sisteminde hukuka aykırı olarak kalınmaya devam edilmesi konusunda asgari bir süre şartı bulunmamaktadır. Bu konuda doktrinde baskın görüş, failin bilişim sistemine girdiğini anladığı halde sistemden çıkmaması, suçun oluşumu açısından yeterli görülmektedir. Bunun yanı sıra bilişim sistemine girilip girilmediği ya da hukuka aykırı şekilde sistemde kalınmaya devam edilip edilmediği somut olayın özelliğine göre analiz edilmelidir. Sonuç olarak bilişim sistemine hukuka aykırı olarak girilmesi ya da orada kalmaya devam edilmesi nedeni ile mağdur yönünden herhangi bir zararın meydana gelmemesi, suçun ortaya çıkmasına engel teşkil etmemektedir.<sup>[83]</sup>

[80] Tezcan, Erdem ve Önok, *Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku*, 1153.

[81] Koca ve Üzülmöz, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 812.

[82] İhtiyaroğlu, "Bilişim," 425.

[83] Erdoğan, "Bilişim," 1377.

## D) NİTELİKLİ HALLER

Suçun nitelikli hali denildiğinde cezanın daha az ya da daha fazla verilmesini gerektiren hal akla gelmelidir. Aşağıda belirtildiği gibi suçun varlığını etkilemeyen nitelikli haller, suçun basit şekline yapılan eklemelerdir.<sup>[84]</sup> Bu eklerle suçun basit şekli genişletilmekte ve faile verilecek ceza oranı azalmakta ya da artmaktadır.<sup>[85]</sup> Çalışmamızda öncelikli olarak daha az cezayı gerektiren haller konusunu ele alacağız.

### 1- Daha Az Cezayı Gerektiren Haller

5237 sayılı TCK'nin 243. maddesinin ikinci fıkrası uyarınca hukuka aykırı olarak bilişim sistemine girme ya da sistemde kalmaya devam etme suçuna cezanın daha az verilmesini gerektiren nitelikli hal düzenlenmiştir. Anılan hükme göre “hukuka aykırı olarak bilişim sistemine girme ya da sistemde kalma” fiillerinin, “*bedeli karşılığı yararlanılabilen sistemler*” hakkında işlenmesi, cezanın daha az verilmesini gerektiren nitelikli hal şeklinde düzenlenmiş ve işlenen fiile verilecek cezanın yarı oranında indirileceği öngörülmüştür.<sup>[86]</sup>

Bu düzenleme ile ücret karşılığı hizmet veren bilişim sistemlerine hukuka aykırı şekilde bedelsiz olarak girme halinde failin cezasında yarı oranda indirimle gidilebileceği belirtilmiştir.<sup>[87]</sup> Sözelimi internet ortamında ücret karşılığında şifreli erişimin sağlandığı, dergi, eğlence, sosyal medya ve yazılım gibi sistemlere şifrenin kırılarak girilmesi ya dabu sistemde kalınması, suçun daha az cezayı gerektiren sorumluluk halinin tipik bir örneğidir.<sup>[88]</sup>

Bu hüküm ile bilişim sistemine hukuka aykırı olarak girme ya da orada kalmaya devam etme fiilinin “*bedeli karşılığın yararlanılabilen sistemler*”

[84] Cengiz Apaydın, “Bilişim Sistemine Girme Suçu,” *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi* 7, no. 24 (Ocak 2016): 268.

[85] Hakan Hakeri, “Verileri Hukuka Aykırı Olarak Verme Suçu,” (Tıbbi Müdahaleden Kaynaklanan Hukuki Sorumluluk Sempozyumu, 16-17 Ocak 2009, Mersin Barosu Yayını, Mersin 2009), 126.

[86] Tezcan, Erdem ve Önok, *Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku*, 1154.

[87] Karakehya, “Türk,” 17.

[88] Apaydın, “Bilişim,” 269.



hakkında işlenmesi durumunda faile daha az ceza verilmesinin amacı, özel kişilere ait bir bilişim sistemine girmek ve orada kalmak halinde ihlal edilen hukuki yararın, bedeli karşılığında yararlanılan sistemlere girmek ya da orada kalma sonucu ihlal edilen hukuki yarardan daha fazla korunmaya değer olduğu argümanına dayanmaktadır.<sup>[89]</sup>

Doktrinde anılan hükümde zikredilen bir bedel karşılığı koşuluna bakılmaksızın kamu kurumlarının ya da kuruluşlarının, bilişim sistemlerine hukuka aykırı olarak girmenin ya da orada kalma suçunun, daha fazla cezayı gerektiren hal şeklinde düzenlenmesi gerektiği belirtilmektedir. Hatta kamu kurum ve kuruluşlarında isnat edilen bu fiil karşılığında verilecek cezanın, gerçek kişiler ile özel hukuk kişilerine karşı işlenmesi durumunda verilecek cezadan daha ağır olması gerektiği savunulmaktadır.<sup>[90]</sup>

5237 sayılı TCK'nin 163. maddesi uyarınca karşılıksız yararlanma suçu kapsamında bulunan otomatlar aracılığıyla sunulan ve ücret karşılığı yararlanılan sistemlere hukuka aykırı olarak girmek, bilişim sistemine girme ya da bilişim sisteminde kalma suçunu oluşturmamaktadır. Bunun dışında telefon hatları ya da elektromanyetik dalgalarla yapılan şifreli yayınları hukuka aykırı olarak izlemek, bu fiil kapsamına girmemektedir.<sup>[91]</sup>

## 2- Netice Sebebiyle Ağırlaşmış Hal

Bu konu, 5237 sayılı TCK'nin 243. maddesinin üçüncü fıkrasında düzenlenmiştir.<sup>[92]</sup> Anılan hüküm gereği; suçun işlenmesi sonucunda sistemin içerdiği veriler değişir ya da yok olur ise bu suç yönünden cezanın artırılması zorunludur. Bu hüküm uyarınca, *"bu fiil nedeniyle sistemin içerdiği veriler yok olur veya değişirse, altı aydan iki yıla kadar hapis cezasına hükmolunacağı"* belirtilmiştir.<sup>[93]</sup> Böylece verilerin yok olması veya değiştirilmesi ile bilişim sistemine girme suçunun, neticesi sebebiyle ağırlaşmış hali

[89] Kurt, *Açıklamalı İçtihatlı Tüm Yönleriyle Bilişim Suçları*, 147.

[90] Ketizmen, *Türk Ceza Hukukunda Bilişim Suçları*, 110; Dülger, *Bilişim Suçları ve İnternet İletişim Hukuku*, 361.

[91] Eker, "Türk," 123.

[92] Malkoç, *Açıklamalı İçtihatlı Yeni Türk Ceza Kanunu*, 1671.

[93] Eker, "Türk," 124.

gerçekleşmektedir.<sup>[94]</sup> Bunun sonucu olarak bilişim sistemine hukuka aykırı olarak girilmesi ya da orada kalmaya devam edilmesi sonucunda “*sistemin içerdiği veriler yok olur ya da değişirse*” ceza arttırılacaktır.<sup>[95]</sup>

Daha önce de değindiğimiz gibi bu durumda neticesi sebebiyle ağırlaşmış bir suç ortaya çıkmaktadır.<sup>[96]</sup> Dolayısıyla suç oluşturan bir fiili işlendiği takdirde failin kastettiği neticeden daha ağır ya da farklı bir sonuç gerçekleşmiş olabilir. Burada fail, her ne kadar böyle bir neticenin gerçekleşmesini istemese de kastettiği netice dışında gerçekleşen daha ağır netice ya da farklı bir sonuç nedeni ile neticesi sebebiyle ağırlaşmış suç söz konusudur.<sup>[97]</sup>

Netice sebebiyle ağırlaşmış suç konusunu düzenleyen TCK'nin 23. maddesi uyarınca, “*Bir fiilin, kastedilenden daha ağır veya başka bir neticenin oluşumuna sebebiyet vermesi hâlinde, kişinin bundan dolayı sorumlu tutulabilmesi için bu netice bakımından en azından taksirle hareket etmesi gerekir*” ifadesine yer verilmiştir. Anılan hüküm uyarınca failin kastı, bilişim sistemine hukuka aykırı girme ya da orada kalmaya yönelik olmalıdır. Aksi takdirde sistemdeki verileri yok etme ya da değiştirmeye yönelik bir kastı bulunduğu takdirde bu hükmün uygulanması mümkün değildir. Buna karşılık failin bu yönde bir kastı olmasa dahi bilişim sistemine hukuka aykırı girmesi sonucu veriler yok olur ya da değişirse; failin ağırlatıcı nedenden sorumlu tutulabilmesi için en azından taksirli bir hareketinin bulunması gerekir.<sup>[98]</sup> Buna karşılık fail, bilişim sistemindeki verilerin engellenmesi, bozulması, yok olması ya da değişmesi kastıyla hareket ediyorsa TCK'nin 244. maddesi uyarınca, “*sistemi engelleme, bozma, verileri yok etme veya değiştirme*” fiilinden ötürü sorumlu olacaktır. Öte yandan fail, başkasının bilişim sistemine hukuka aykırı olarak girme ya da orada kalma fiilini işleyip

[94] Özbek, Doğan, Bacaksız ve Tepe, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 951.

[95] Özbek, Doğan, Bacaksız ve Tepe, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 951.

[96] Tezcan, Erdem ve Önok, *Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku*, 1155.

[97] Sulhi Dönmezer ve Sahir Erman, *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku II*, (İstanbul: Beta Yayınevi, 1997), 333.

[98] Yazıcıoğlu, “Yeni,” 403.

bilişim sistemindeki verilere de zarar vermişse, netice sebebiyle ağırlaşmış hal gereği cezalandırılacaktır.<sup>[99]</sup>

Yargıtay 12. Ceza Dairesi 04.11.2013 tarihli bir kararı şu şekildedir:

“TCK’nin 243/1 maddesinde, ‘Bir bilişim sisteminin bütününe veya bir kısmına, hukuka aykırı olarak giren veya orada kalmaya devam eden kimseye bir yıla kadar hapis veya adli para cezası verilir’; aynı kanunun 243/3.maddesinde, ‘Bu fiil nedeniyle sistemin içerdiği veriler yok olur veya değişirse, altı aydan iki yıla kadar hapis cezasına hükmolunur’ şeklinde birbirinden farklı yaptırım içeren ve biri diğerinin neticesi sebebiyle ağırlaşmış halini oluşturan iki ayrı düzenlemeye yer verildiği gözetilmeden, bilişim sistemine hukuka aykırı olarak giriş yaptığı kabul edilen sanığın eylemi nedeniyle sistemden yok olan veya değişen veri ya da veriler hakkında bir açıklamada bulunulmaksızın ve TCK’nin 244/2. maddesinin uygulanabilirliği bakımından kabul edilen bu neticenin sanık tarafından kasten meydana getirilip getirilmediği de irdelenmeksizin, ‘Sanığın bilişim sistemine girme suçundan eylemine uyan TCK 243/1-3 maddesi gereğince suçu işleyiş şekli dikkate alınarak takdiren: ALTI AY HAPİS CEZASI İLE CEZALANDIRILMASINA şeklinde, TCK’nin 243. maddesinin her iki fıkrası da hükümde gösterilip, yasal yeterli ve geçerli bir gerekçeye dayanılmadan, sanığın bilişim sistemine girme suçundan mahkumiyetine karar verilmesi...’<sup>[100]</sup>

## VI. HUKUKA AYKIRILIK

5237 sayılı TCK’nin 243. maddesinin birinci fıkrası gereği; *“bir bilişim sisteminin bütününe ya da bir bölümüne hukuka aykırı olarak giren ya da bu sistemde kalmaya devam eden”* bu suç nedeniyle cezalandırılmaktadır. Bu hükümden de anlaşıldığı gibi anılan suçun kanuni tanımında hukuka aykırılığın bulunması gerektiği zikredilmiştir. Bunun dışında bilişim sistemi üzerinde hak sahibi, kimi durumlarda failin bu sistemin bir bölümüne girmesine rıza göstermiş ise bu durumda failin hak sahibinin rızası dışındaki alanlara girmesi hukuka aykırılık oluşturacak ve bu suç işlenmiş olacaktır. Bu konuda verilen rıza bilişim sistemi üzerinde hak sahibi olan kişi tarafından

[99] Eker, “Türk,” 124.

[100] Yargıtay 12. CD, E. 2012/31498, K. 2013/24496 aktaran Muhammed Sefa Çetin; “Yargıtay Kararları Işığında Bilişim Sistemine Girme veya Kalma Suçu (TCK m.243)”, *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi* 12, no. 45, (Ocak 2021): 18.

verilmez ise yetkili olmayan birisi tarafından verildiği için hukuken geçerli olmayacaktır.<sup>[101]</sup>

Hukuka aykırılık konusunda fail, bir bilişim sistemine girmesi ya da bu sistemde kalması hususlarında hataya düşer ise bu hatasından yararlanması mümkün olabilir. Bu konuda TCK'nin 30. maddesinin birinci fıkrası uyarınca hukuka uygunluk nedenleri çerçevesinde maddi koşullar bakımından kaçınılmaz bir hataya düşen failin hukuken sorumluluğunun olmadığı kabul edilmelidir. Bunun dışında failin işlediği fiilin suç oluşturduğu hususunda hataya düşmesi de ihtimal dahilinde olabileceği için bu hususta da TCK'nin 30. maddesinin üçüncü fıkrası uyarınca hukuka uygunluk nedenlerinin varlığı yönünden kaçınılmaz bir hataya düşüp düşmediğinin mutlaka incelenmesi gereklidir.<sup>[102]</sup>

TCK'nin öngördüğü şekilde kanunların verdiği yetkiye dayanılarak izinsiz olarak bilişim sistemine girilmesi ya da bilişim sisteminde kalınması da hukuka uygunluk nedenidir. Bunun dışında 5271 sayılı CMK'nin 134. maddesinde belirtilen “*Bilgisayarlarda, Bilgisayar Programlarında ve Kütüklerinde Arama, Kopyalama ve Elkoyma*”, anılan kanunun 135. maddesinde yer alan “*İletişimin Tespiti, Dinlenmesi ve Kayda Alınması*” ve bu kanunun 140'ıncı maddesinde öngörülen “*Teknik Araçlarla İzleme*” koruma tedbirleri, kanunda belirtilen şartlara uygun olarak icra edilir ise suç olarak kabul edilmeyecektir. Buna karşılık yetkili kişilerce girilmesi zorunlu bir internet programı ya da web sayfasına fail tarafından hukuka aykırı şekilde şifrenin kırılması sonucu erişilmiş ise bu suç işlenmiş sayılacaktır. Böylece fail tarafından şifre aranan bir sisteme, yetkisiz olarak şifrenin kırılması sonucu erişim sağlandığı için bilişim sistemine hukuka aykırı şekilde girilmektedir.<sup>[103]</sup>

Bir bilişim sisteminin açık konumda olması ya da şifre konulmaması, bilişim sistemi üzerinde hak sahibinin rıza gösterdiği şeklinde değerlendirilmemelidir. Bu konuda evine teslim etmesi için emanet olarak arkadaşından aldığı bilgisayarın şifresiz açılarak sisteme girilmesi durumunda hak sahibinin

[101] İhtiyaroğlu, “Bilişim,” 427.

[102] Büşra Özçelik, “Bilişim Sistemine Girme Suçu,” (Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2019), 73.

[103] Karakehya, “Türk,” 17.

rızası bulunmamaktadır. Dolayısıyla hak sahibinin rızasının, fiil öncesinde bulunması zorunludur. Bunun dışında rızanın şarta bağlı olarak verilir verilmeyeceği konusunda doktrinde farklı görüşler yer almaktadır. Bu konuda bazı yazarlar, bilişim sistemine başlangıçta belirli bir amaç doğrultusunda sisteme girilmesi için verilen rıza nedeni ile bu sistemin farklı bir amaçla kullanılmasının suç kapsamına girmeyeceğini öne sürmektedir.<sup>[104]</sup> Doktrinde baskın görüş ise bilişim sisteminin sahibinin öngördüğü amaç dışında sistemin kullanılmasının suç olduğunu savunmaktadır. Buna gerekçe olarak da hak sahibinin, burada gerçekleşen fiiller yönünden rızasının bulunmadığı zikredilmektedir. Sözelimi hak sahibinin, faile cep telefonunu, sadece bir yakınına mesaj gönderebilmesi amacıyla verdiği halde failin, hak sahibine ait cep telefonundaki özel fotoğrafları görmesi ya da telefondaki özel programları incelemesi tarzındaki fiiller, bilişim sistemine girme ya da orada kalınması suçunun tipik örneğidir.<sup>[105]</sup>

## VII. MANEVİ UNSUR

TCK'nin 243. maddesinin birinci fıkrası gereği; *“bilişim sisteminin tamamına ya da bir bölümüne girme ya da sistemde kalma suçu”*, yalnızca kasten işlenebilmektedir. Bunun sonucu olarak failin kasıtlı olarak bir bilişim sisteminin tamamına ya da bir bölümüne girmesi ya da bu sistemde bilerek ve isteyerek kalması halinde suç gerçekleşmektedir.<sup>[106]</sup> Bu konuyla ilgili olarak Avrupa Konseyi Siber Suçlar Sözleşmesi'nin ikinci maddesi gereği, sözleşmeye taraf ülkelerin *“bir bilgisayar sisteminin tamamına veya bir kısmına haksız yere gerçekleştirilen erişimi, kasten yapıldığı zaman”* bu fiilden ötürü cezai yaptırım uygulamaları öngörülmüştür. Bu düzenleme ile TCK'nin 243. maddesinin birinci fıkrası arasında paralellik olduğu görülmektedir.<sup>[107]</sup>

Anılan hüküm uyarınca isnat edilen fiilin hangi amaçla işlendiğinin herhangi bir önemi yoktur. Bunun sonucu olarak fail tarafından kasıtlı şekilde hareket edilmesi suçun oluşumu yönünden gerekli ve yeterlidir. Dolayısıyla

[104] Gönen, Ulus ve Yılmaz, “Bilişim,” . 235.

[105] İhtiyaroğlu, “Bilişim,” 428.

[106] Koca ve Üzülmöz, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 814.

[107] Erdoğan, “Bilişim,” 1405.

failin kasıtlı hareket etmesi koşulu ile deneme ya da başka bir saikle bu suçun işlenmesinin herhangi bir önemi bulunmamaktadır. Buna karşılık TCK'nin 243. maddenin üçüncü fıkrasında yer alan suçun neticesi sebebiyle ağırlaştırılmış halinde, verilerin yok olması ya da değiştirilmesi durumunda failin en azından taksirle gerçekleşmesi gereklidir. Şayet burada fail, kasıtlı bir şekilde verileri değiştirmiş ya da bozmuş ise TCK'nin 244. maddesi uyarınca sorumluluğu olacaktır.<sup>[108]</sup>

Anılan maddenin dördüncü fıkrası yönünden de tıpkı birinci fıkradaki kast aranmaktadır. Bu konuda Türk Ceza Kanunu'nda failin taksirli fiilinin cezalandırılacağına yönelik bir hüküm olmadıkça o suçtan doğan cezai sorumluluğu bulunmamaktadır. Ayrıca TCK'nin 243. maddesinin üçüncü fıkrası dışında suçun gerçekleşmesi için failde doğrudan kast iradesi aranmaktadır.<sup>[109]</sup> Bunun dışında fail, bilişim sistemine yönelik icra hareketlerine başlamış olmakla birlikte icra hareketlerini tamamlamadan önce sisteme girmekten vazgeçer ise gönüllü vazgeçmeden yararlanabileceği öngörülmektedir.<sup>[110]</sup>

## VIII. SUÇUN ÖZEL GÖRÜNÜŞ BİÇİMLERİ

Bilişim sistemine girme suçunun özel görünüş biçimleri teşebbüs, iştirak ve içtima başlıkları altında incelenecektir.

### A) TEŞEBBÜS

Bilişim sistemine girme ya da bilişim sisteminde kalma suçunun niteliği, seçimlik hareketli bir suç olması nedeni ile teşebbüs açısından doktrinde fikir birliğine ulaşılabilmemiş değildir. Bazı yazarlar, bu suçun, soyut tehlike suçu niteliğinde olması nedeni ile teşebbüse elverişli olmadığını öne sürmektedir. Buna gerekçe olarak da failin bilişim sisteminin tamamına ya da bir bölümüne hukuka aykırı olarak girmesi ya da bu sistemde kalma fiilini

[108] Karakehya, "Türk," 14.

[109] Gönen, Ulus ve Yılmaz, "Bilişim," 230.

[110] Karakehya, "Türk," 14.

işlediği anda suçun tamamlandığı argümanına dayanmaktadır.<sup>[111]</sup> Buna karşılık bazı yazarlar ise bilişim sistemine girme suçunda girme ya da kalma fiillerinin, farklı bir şekilde değerlendirilmesi gerektiğini vurgulamaktadır.<sup>[112]</sup>

Bilişim sistemine kalma fiili yönünden fail, bilişim sistemine hukuka aykırı olarak girmiş ise kalma fiili açısından teşebbüsün varlığından söz edilemez. Dolayısıyla fail, hukuka aykırı olarak erişim sonucunda bilişim sistemine girmesinin ardından çok az bir süre kalsa bile suç işlenmiş sayılacaktır.<sup>[113]</sup> Bunun dışında TCK'nin 243. maddesinin üçüncü fıkrası uyarınca, fail, bilişim sistemine hukuka aykırı olarak girmesi sonucu verileri yok eder ve değiştirir ise artık burada taksirli bir fiil ile suç gerçekleştiği için teşebbüs-ten söz edilemeyecektir.<sup>[114]</sup> Buna karşılık doktrinde baskın görüş, bilişim sistemine girme fiilinin, teşebbüse elverişli nitelikte bir suç olmasıdır.<sup>[115]</sup> Kanaatimizce de fail, bilişim sistemine girme fiili yönünden iradesi dışında gelişen kimi nedenler ile sisteme erişim sağlayamamış ise bu durumda teşebbüsün varlığından söz edilebilir. Sözgelimi failin, mağdura e-posta ile *trojan* olarak da adlandırılan kötü amaçlı program göndermesi durumunda bilişim sistemi sahibi, virüs içeren programı açmaz ya da siler ise bu sisteme girilememesi yüzünden suç, teşebbüs aşamasında kalacaktır.

Yargıtay'ın 21.01.2014 tarihli bir kararında;

“Şüphelilerin kurdukları “www.unimugla.com” adlı internet sitesinin giriş sayfasını, müşteki Muğla Üniversitesi'nin “Dijital Üniversite” adlı internet sitesinin giriş sayfası ile aynı yaparak, kendi sitelerini Dijital Üniversite sitesi sanarak bu siteye parola v.s. bilgilerini giren kullanıcıların bu bilgilerini elde ederek, Muğla Üniversitesinin yasal internet sitesi olan Dijital Üniversite sitesine haksız yere girerek buradaki bilgileri elde etmeye ve yine kullanıcıların gerçek bilgilerini kullanarak dolandırıcılık suçunu işlemeye çalıştıkları iddia olunan

[111] Sacit Yılmaz, *Türk Ceza Hukuku Sisteminde Siber Suçlar*, (Ankara: Adalet Yayınevi, 2016), 190.

[112] Koray Doğan, “Bilişim Suçları ve Yeni Türk Ceza Kanunu,” *Hukuk ve Adalet Eleştirel Hukuk Dergisi*, no. 6-7, (2005): 298.

[113] Akbulut, “Bilişim,” 150-151.

[114] Özbek, Doğan, Bacaksız ve Tepe, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 955.

[115] Erdoğan, “Bilişim,” 1413-1414.

olayda, sanıkların bu site ile herhangi bir şifreyi kopyalama veya öğrenme imkânlarının bulunmadığı, iddia edilen amaca ulaşmaya yarar uygun vasıtalar içermediği, gerek dolandırıcılık gerekse bilişim sistemine girme ya da bu suçlara teşebbüs etme suçlarını işlemeye elverişli araçlar bulunmadığı, sanıkların üzerine atılı bulunan iddiaların eylemlerinin gelecekte tehlike yaratabileceği kaygısına dayandığı, mahkûmiyete yeterli delil bulunmadığı gerekçeleriyle mahkemece verilen beraat kararında bir isabetsizlik görülmemiştir.<sup>[116]</sup>

ifadesine yer verilerek failin kastı, bilişim sistemine hukuka aykırı olarak girme ya da orada kalmaya devam etme suçu yönünden elverişli hareketlerle fiilin icrasına doğrudan başlanmaması nedeni ile teşebbüsten söz edilemeyeceği belirtilmiştir.

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 243. maddesinin dördüncü fıkrasında öngörülen “*bilişim sistemindeki veri nakillerinin sisteme girmeksizin teknik araçlarla hukuka aykırı olarak izlenmesi*” suçunun, teşebbüse elverişli olduğu ifade edilebilir. Anılan hükümde zikredilen veri nakillerinin teknik araçlarla izlenmesi, devamlılık arz ettiği için mütemadi suç niteliğindedir. Buna bağlı olarak fiil devam ettiği sürece suçun kesintiye uğramasından söz edilemez. Burada suçta teşebbüsten söz edebilmek için fail tarafından fiile elverişli hareketlerle doğrudan başlanması ve suçun henüz tamamlanmaması gereklidir. Bu nedenle veri izleme faaliyeti aşamasında fail, iradesi dışında engellenmiş ya da veri nakillerini ve transferlerini takip etme olanağı bulamamış ise bu durumda teşebbüs söz konusudur.<sup>[117]</sup>

Fail, bilişim sistemine hukuka aykırı olarak girmek istese bu sisteme girmekten son anda özgül iradesi ile vazgeçer ise TCK'daki gönüllü vazgeçme hükmünden yararlanabilir. Bu durumda failin, daha önce de değindiğimiz gibi Türk Ceza Kanunu'nun 243. maddenin birinci fıkrası uyarınca sorumluluğu bulunmamaktadır.<sup>[118]</sup>

[116] Yargıtay, 11. CD, E. 2012/13233, K. 2014/795, K.T. 21. 01. 2014.

[117] Koca ve Üzülmez, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 823.

[118] İhtiyaroğlu, “Bilişim,” 430.



## B) İŞTİRAK

TCK m.243'te düzenlenen bilişim sistemine girme ya da orada kalma suçu, birden fazla kişi tarafından iştirak halinde işlenebilir. Bu nedenle, bilişim sisteminin bir kısmına veya bütününe hukuka aykırı olarak girme ya da orada kalma suçu iştirak halinde işlendiği takdirde bu konuya ilişkin olarak 5237 sayılı TCK'nin (m.37-41) hükümleri uygulanacaktır.<sup>[119]</sup>

Bu suçun, başka birini bilişim sistemine girmeye ya da orada kalmaya ikna etme şeklinde gerçekleşmesi durumunda kişi, azmettiren sıfatı ile sorumlu olacaktır. Dolayısıyla bilişim sistemleri hakkında yeterli bilgisi olmadığı için bu hususta yetkili bir arkadaşını, sisteme girme konusunda ikna eden ve bu fiilin gerçekleşmesini sağlayan kimse TCK'nin 38. maddesi uyarınca azmettiren sıfatı ile sorumlu olacaktır. Öte yandan bilişim sistemine giren kimse ise TCK'nin 37. maddesi çerçevesinde suçun faili olarak sorumlu tutulacaktır.<sup>[120]</sup>

Suçun işlenmesinde faile “yardım eden” sıfatıyla da katılmak söz konusu olabilir. Sözgelimi bilişim sistemine erişim olanağı bulunmayan kimselere, şifre kırma programı sağlamak sureti ile failin, bilişim sistemine hukuka aykırı olarak erişim sağlaması durumunda TCK'nin 39. maddesi uyarınca iştirak iradesinin de bulunması şartı ile bu kişi, yardım eden sıfatıyla sorumlu tutulacaktır. Yine bilişim sistemine hukuka aykırı olarak giren ya da orada kalmaya devam eden faile, erişimi sağlayan servis sağlayıcıları da iştirak iradesinin bulunması şartı ile suça iştiraktan sorumlu kılınabilir.<sup>[121]</sup> Yasa dışı erişimin sağlanmasında erişim sağlayıcılar da suç işleme kastı ve iştirak iradelerinin bulunması şartıyla, suça iştiraktan sorumlu tutulabilecektir.<sup>[122]</sup>

İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi tarafından verilen bir kararda “Şüphelinin diğer şüpheli tarafından azmettirmesi ve talimatı sonucu, “... *Medikal Ürün. San. ve Tic. Ltd. Şti. ünvanlı firmada çalıştığı sırada müşterinin kullanımına tahsis edilen bilgisayardan, hukuka aykırı olarak ve bu bilinçle, müşterinin şahsi e-posta hesabına müşterinin izni ve haberi olmaksızın*

[119] Çetin, “Yargıtay,” 19.

[120] Apaydın, *Bilişim Suçları ve Bilişim Ceza Hukuku*, 288.

[121] Çetin, “Yargıtay,” 20.

[122] Erdoğan, “Bilişim,” 168.

*erişerek ve burada kalarak bu hesaptaki şirkete ilişkin yazışmaların içeriğini ele geçirdiği ve böylece üzerlerine atılı bulunan suçu iştirak halinde işledikleri ve atılı suçun unsurları itibari ile oluştuğuna kanaat getirilerek”* bilişim sistemine girme suçundan mahkumiyet kararı verilmiştir.<sup>[123]</sup> Bu kararda, failin, müşterinin rızası dışında bilişim sistemine girmek suretiyle e-posta hesabındaki verilere erişmesi, bilişim sistemine girme suçunu oluşturmuştur. Bu suçun, iştirak halinde işlendiği sonucuna varılmış ve faili suç işleme konusunda yönlendiren kişinin de “azmettiren” olarak sorumlu olacağı hükme bağlanmıştır.<sup>[124]</sup>

### C) İÇTİMA

Suçların içtimaı konusu bilindiği gibi TCK'nin 42, 43 ve 44. maddelerinde düzenlenmiştir. Anılan kanunun 43. maddesinde zincirleme suç düzenlenmiştir. Bu hükme göre fail, suç işleme kastıyla değişik zaman dilimlerinde bir kişiye karşı aynı suçun temel şeklini ya da nitelikli hallerini işler ise zincirleme suçtan söz edilebilir. Bilişim sistemine girme ya da sistemde kalma suçu yönünden TCK'nin 243. maddesinin birinci ve üçüncü fıkraları uyarınca zincirleme suç hükümleri uygulanır. Bu bağlamda failin, başkasına ait bilişim sisteminin tamamına ya da bir bölümüne hukuka aykırı olarak farklı zamanlarda girmesi durumunda zincirleme suç oluşur ve failin cezası dörtte birden dörtte bir ile dörtte üç oranına kadar arttırılabilir.<sup>[125]</sup>

Bu suçun işleniş tarzı özellikle zincirleme suç hükümlerinin uygulanması, failin hukuka aykırı olarak bilişim sisteminde kaldığı süreye bağlıdır. Bu süre, failin aynı suç işleme kastıyla hareket edip etmediğini belirleyen en önemli ölçüttür. Doktrinde bu konuda bazı yazarlar, gerçek içtima hükümleri uygulanması için failin aynı suç işleme kastıyla hareket etmesine olanak tanımayacak derecede yani bilişim sisteminde uzun süre kalmasının gerekli olduğunu savunmaktadır.<sup>[126]</sup> Bunun sonucu olarak fail yönünden, sistem sahibinin rızası dışında hukuka aykırı biçimde sisteme her erişimi

[123] İstanbul BAM 26. CD, E. 2019/141, K. 2019/368 kararı, aktaran İhtiyaroğlu, “Bilişim,” 431.

[124] İhtiyaroğlu, “Bilişim,” 431.

[125] Akbulut, “Bilişim Suçları,” 152.

[126] Erdoğan, “Bilişim,” 1417.

için kendisi hakkında farklı bir cezai yaptırım uygulanacaktır. Buna karşılık bazı yazarlar ise fail çok kısa bir zaman diliminde bilişim sistemine hukuka aykırı olarak girmesi halinde dahi zincirleme suç hükümlerinin uygulanacağını ve bu suç nedeni ile sadece tek bir suç karşılığı cezanın arttırılması gerektiğini öngörmektedir.<sup>[127]</sup>

Bilişim sisteminde kalma fiili, süreklilik arz ettiği için mütemadi suçtur. Bu nedenle bilişim sisteminde kalma süresi kesintiye uğramadıkça fiilin tipikliği gereği failin kastının, tek suça yönelik olduğu şeklinde kabul edilmektedir. Buna karşılık faili, bilişim sistemine hukuka aykırı olarak girme ya da orada kalma fiilini değişik kişilere karşı işlemiş ise mağdur oranı kadar suç sayısı olacaktır.<sup>[128]</sup> Bu suç yönünden bileşik suç hükümleri uygulanabilir. Bu durumda bilişim sistemine girme ya da sistemde kalma suçu başka bir suçun unsuru ya da nitelikli halini oluşturabilir. Sözelimi failin bilişim sistemlerini araç olarak kullanarak nitelikli dolandırıcılık suçunu işlemesi, bu duruma örnek olarak gösterilebilir.<sup>[129]</sup>

Bilişim sistemlerinin fail tarafından hukuka aykırı olarak kullanılması yoluyla mağdurun özel hayatının gizliliği ihlal edilir veya haberleşmesi engellenirse fikri içtima hükümleri uygulanacaktır. Aynı durum haberleşmenin gizliliğinin ihlali için de geçerlidir.<sup>[130]</sup> TCK 243 ve 244 arasındaki ilişkinin de açıklanması zorunluluğu bulunmaktadır. Doktrinde bir görüşe göre iki suç arasında fikri içtima hükümleri uygulanmalıdır.<sup>[131]</sup> Diğer bir görüşe göre ise failin kastına göre hareket edilmeli, 244. maddede yer alan suç olmuşsa artık 243. maddeye göre ceza verilmemelidir.<sup>[132]</sup>

[127] Doğan Soyaslan, *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 11. Basım, (Ankara: Adalet Yayınevi, 2016), 638.

[128] Erdoğan, "Bilişim" 1417.

[129] İhtiyaroğlu, "Bilişim," 432.

[130] Meral Şahin Ekici ve Irmak Koruculu, "Bilişim Sistemine Girme Suçu, Suçun Kamu Personeline ve Özel Sektör Çalışanlarına Tahsis Edilen Bilgisayarlarla İşlenmesine İlişkin Bir Değerlendirme," *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 21, (Özel Sayı, 2019): 599.

[131] Koca ve Üzülmüş, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 819.

[132] İhtiyaroğlu, "Bilişim," 433.

TCK 243 ve 244 arasındaki bağı tüketen ve tükenen norm ilişkisi olarak kabul edenler olduğu gibi bu bağın bulunmadığını, eylemler arasındaki zamansal farka göre hareket edilmesi gerektiğini ileri sürenler bulunmaktadır.<sup>[133]</sup> Ankara Bölge Adliye Mahkemesi'nin bir kararında “*Dosyanın bir bütün halinde incelenmesinde, sanığın birden fazla kez aynı kast altında katılanın yetkilisi olduğu ve ... Bilişim Sistemleri Ltd. Şti'nin internet sitesine girerek kendi savunmasına göre orada tespit ettiği güvenlik açıklarını firma yetkililerine göstermek amacıyla veri yerleştiği ve verileri bozduğu iddia edilmiş ise de, sanığın katılana ait bilişim sistemine izinsiz girdiği ancak veri yerleştirdiğine ve verileri bozduğuna dair delil bulunmadığından, sanığın eyleminin TCK'nın 244/2 maddesinde belirtilen bilişim sistemine izinsiz girerek veri yerleştirme ve bozma suçunu değil, sadece bilişim sistemine hukuka aykırı olarak girme suçunu oluşturduğu ve sanığın aynı suç işleme kararını icrası kapsamında değişik zamanlarda aynı mağdura karşı aynı suçu birden fazla kez işlediği, bu nedenle de hakkında zincirleme suç hükümlerinin uygulanması gerektiği*” belirtilmekle, suçun bilişim sistemine hukuka aykırı girilmesi olduğu, sisteme herhangi bir veri yerleştirilmediği ya da var olan verilerin bozulmadığı, bu nedenle TCK'nın 244. maddesinin 2. fıkrasında yazılı olan suçun somut olayda meydana gelmediği, failin bilişim sistemine girme suçundan zincirleme suç hükümlerine göre cezalandırılması gerektiği kabul edilmiştir.<sup>[134]</sup>

Yargıtay'ın konuya ilişkin bir kararında “*Sanık hakkında düzenlenen iddianamede; sanığın, mağdura ait facebook ve telefon hesaplarına rızası dışında girerek bilişim sistemine girme, mağdurun orijinal fotoğrafları ile birlikte çıplaklık içeren fotoğrafları mağdura aitmiş gibi internette paylaşarak görüntü veya seslerin ifşa edilmesi suretiyle özel hayatın gizliliğini ihlal suçlarını işlediği iddia edilmiş olup, sanığa yüklenen farklı eylemlerden dolayı ayrı ayrı hüküm kurulması gerektiği, TCK'nın 44/1. madde ve fıkrasındaki fikri içtima koşullarının bulunmadığı gözetilmeden, “bilişim sistemlerine girme ve özel hayatın gizliliğini ihlal suçlarının sabit olmakla birlikte tek bir eylem ile icra edildiğinden TCK'nın 44. maddesinin bu suçlar yönünden tatbik edilmesine” biçimindeki yasal ve yeterli olmayan gerekçelerle yazılı şekilde görüntü veya seslerin ifşa edilmesi suretiyle özel*

[133] Dülger, *Bilişim Suçları ve İnternet İletişim Hukuku*, 384.

[134] Ankara BAM 8. CD, E. 2017/207, K. 2018/439, K.T. 17.04.2018.

*hayatın gizliliğini ihlal suçundan mahkûmiyet hükmü kurulması” bozma nedeni yapılmıştır.*<sup>[135]</sup> Görüldüğü gibi failin fiili sonucu bilişim sistemine girme suçu dışında oluşan diğer suçlar bakımından inceleme yapılması gerektiği ifade edilmiş ve bu sonuca göre TCK’nin 44. maddesi çerçevesinde değerlendirilme yapılması gerektiği vurgulanmaktadır. Aksi takdirde fikri içtima hükümlerine uygun olmayan bir hüküm tesis edilecektir.<sup>[136]</sup>

## IX. YAPTIRIM

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu’nun 243. maddesinin birinci fıkrasında düzenlenen suçun temel şeklinin cezası, bir yıla kadar hapis ya da adli para cezası olarak belirlenmiştir. Bununla birlikte TCK’nin 49. maddesinin birinci fıkrası hükmüne göre kısa süreli hürriyeti bağlayıcı cezanın alt sınırı bir aydır. Bu suça ilişkin olarak adli para cezasının da seçenek yaptırım olarak uygulanmasına karar verilebilir. Buna karşılık fail hakkında hürriyeti bağlayıcı cezanın verilmesine karar verildiği takdirde mahkeme tarafından TCK’nin 58. maddesinin üçüncü fıkrası hükmü gereği bu ceza, adli para cezasına çevrilemeyecektir.<sup>[137]</sup>

Bu suç türü yönünden her ne kadar seçenek bir yaptırım olarak öngörülmüş olsa da TCK’nin 243. maddesinde adli para cezasına yönelik herhangi bir alt ve üst sınır oranı belirtilmemiştir. Bu konuyu düzenleyen TCK’nin 61/9 f. hükmü uyarınca; *“adli para cezasına ilişkin gün biriminin alt sınırı, o suç tanımındaki hapis cezasının alt sınırından az; üst sınırı da hapis cezasının üst sınırından fazla olamayacaktır.*<sup>[138]</sup>

5237 sayılı TK’nin 243. maddesinin birinci fıkrası uyarınca, *bilişim sisteminin bir kısmına veya bütününe hukuka aykırı olarak girme veya orada kalma fiilleri sonucu sistemin muhteviyatını oluşturan veriler yok olursa veya değişirse, altı aydan iki yıla kadar hapis cezasına hükmolunacaktır.*

Anılan hükmün ikinci fıkrasında ise *“Yukarıdaki fıkrafta tanımlanan fiillerin bedeli karşılığı yararlanılabilen sistemler hakkında işlenmesi halinde,*

[135] Yargıtay 12. CD, E. 2018/8261, K. 2019/6852.

[136] İhtiyaroğlu, “Bilişim,” 434.

[137] Tezcan, Erdem ve Önok, *Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku*, 1146.

[138] Şahin Ekici ve Koruculu, “Bilişim,” 622.

*verilecek ceza yarı oranına kadar indirileceği” öngörülmektedir. (TCK m.243/2)*

6698 sayılı kanununun 30. maddesinde 24.03.2016 tarihinde yapılan değişiklikle *Bir bilişim sisteminin kendi içinde veya bilişim sistemleri arasında gerçekleşen veri nakillerini, sisteme girmeksizin teknik araçlarla hukuka aykırı olarak izleyen kişi, bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılacağı.*” hükme bağlanmıştır (TCK m.243/4).

Anılan hükümde düzenlenen bilişim sistemine girme veya kalma suçu, takibi şikâyete bağlı bir suç değildir. Bu nedenle Cumhuriyet savcılığınca re’sen soruşturma ve kovuşturmanın yürütülmesi gereklidir.<sup>[139]</sup>

---

[139] Soyaslan, *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 642.

## SONUÇ

Bilim ve teknolojinin baş döndürücü hızla gelişimine paralel olarak bilişim hukuku alanında ülkemizde ve dünyada hukuki düzenleme yapma zorunluluğu doğmuştur. Günümüzde; dijital iletişim araçlarının kullanımının yaygınlaşması ile bilişim sistemine girme ya da bilişim sisteminde kalma fiilleri, herkes tarafından kolayca işlenebilecek bir suç türü konumundadır. Bu suç, başta bilişim sisteminin güvenliği ve güvenilirliği olmak üzere kişisel veriler, kişilerin özel yaşamı, ticari alan, ulusal ve uluslararası güvenlik gibi birçok alanı tehdit edebilecek konuma geldiği için temel bir bilişim suçudur. Bu konunun önemine binaen 5237 sayılı TCK'nin 243. maddesinde bilişim sistemine girme ya da kalma suçu, TCK'nin Onuncu Bölümü'nde Bilişim Alanında Suçlar başlığı altında anılan kanunun 243. maddesinde Bilişim Sistemine Girme başlığı ile yer verilmiştir. Bu hükme göre; *“Bir bilişim sisteminin bütününe veya bir kısmına, hukuka aykırı olarak giren veya orada kalmaya devam eden kimseye bir yıla kadar hapis veya adli para cezası verilir. (TCK m.243/1)*

Türk Ceza Kanunu'nun 243. maddesinin birinci fıkrasına 24.03.2016 tarihinde 6698 sayılı kanunun 30. maddesinde yapılan değişiklikle; *“bilişim sisteminin tamamına veya bir kısmına hukuka aykırı olarak girmek veya orada kalmaya devam etme,”* suç olarak kabul edilmektedir. Böylelikle suçun işlenebilmesi için bilişim sisteminin tamamına ya da bir kısmına girilmesi veya orada kalmaya devam edilmesi seçimlik hareketleri aranmış ve böylelikle; bilişim sistemlerinin korunması sağlanmak istenmiştir. Bu düzenleme ile bir fiilin suç teşkil etmesi için hem bilişim sistemine girme hem de orada kalmaya devam etme fiillerinin bir arada bulunması koşulu arandığı için hükmün uygulanması konusunda doktrinde yaşanan tartışmalara da son verilmiştir.<sup>[140]</sup>

Günümüzde teknolojik gelişmelerin sürekli ivme kazanması sonucu, internetin ve elektronik araçların, iletişimde öncü bir rol üstlendiği görülmektedir. Bu bağlamda bilgisayar ve mobil cihazların belleğinde bulunan kişisel verilerin korunması, özel hayatın gizliliği açısından da hayati önem taşımaktadır. Bu nedenle Anayasamızın 20. maddesinde öngörülen *“konut dokunulmazlığı”* ve *“özel hayatın gizliliği”* nin korunmasında olduğu gibi Anayasamızın 22. maddesinde yer alan *“haberleşme hürriyeti”* de bilişim

[140] Karagülmez, *Bilişim Suçları ve Soruşturma- Kovuşturma Evreleri*, 202.

sistemlerinin kullanımı yönünden fevkalade önem taşımaktadır. Modern dünyada; haberleşmenin ve iletişimin, mobil araçlar ile sağlanması, bu araçların bağlantılarındaki gizliliğinin korunması sorununu gündeme getirmiştir. Bu noktada; bir kişinin bilgisayarı ya da cep telefonundaki verilerin, sistem sahibinin rızası olmadan üçüncü kişiler tarafından kullanılmaması hem haberleşme özgürlüğü hem de özel hayatın gizliliği hakkı yönünden önemlidir. Aksi takdirde bilişim sistemine yetkisiz kişilerin erişmesi ve bu sistem üzerinde egemenlik kurması, sistem sahipleri ile kullanıcılarının, mağduriyetine neden olacaktır. Bu nedenle; bilişim sistemine girme ya da orada kalma suçu, diğer suçların işlenmesine de zemin hazırlamaktadır.<sup>[141]</sup> Sözelimi, yetkin olmayan bir kişinin, başkasına ait sosyal medya hesap şifresini izinsiz olarak kullanması da haberleşme özgürlüğü ve özel hayatın gizliliği haklarının ihlaline yol açabilir<sup>[142]</sup>.

Yargı Reformu Strateji Belgesi'nde yer alan İnsan Hakları Eylem Planı'nda "Makul Sürede Yargılanma Hakkının Güçlendirilmesi" başlığı altında; "Bilişim alanında işlenen suçlar ile dolandırıcılık suçları başta olmak üzere soruşturma aşamasında ortaya çıkan yetki uyuşmazlıklarının hızlı bir şekilde sonuçlandırılması amacıyla gerekli tedbirler alınacaktır." denilerek, bilişim suçları kaynaklı uyuşmazlıkların hızlı bir şekilde sonuçlanması için gereken tedbirlerin alınacağı ifade edilmiştir.<sup>[143]</sup> 30.11.2021 tarihinde R.G'de yayımlanan HSK kararı ile ihtisas mahkemelerine "bilişim ihtisas mahkemeleri" eklenmiştir. Böylece bilişim suçlarına ilişkin olarak uyuşmazlıklar, münhasıran bu suçlara yönelecek ihtisas mahkemeleri sayesinde daha hızlı ve makul bir şekilde çözüme kavuşturulacaktır. Bu nedenle kolluk personeli ve yargı mensuplarının, bilişim suçları yönünden hizmet içi eğitime tabi tutulmaları gerekmektedir. Böylece hukuki ve teknik bilgileri almak sureti ile teknolojiye uyum sağlayan bilişim hukukunda uzmanlaşan hâkimlerle birlikte "Bilişim İhtisas Mahkemeleri" kurulacaktır. Böylece günümüz dünyasının teknoloji ve hukukun birleşimi sonucu vazgeçilmez konumuna gelen bilişim alanındaki suçlar ile ilgili olarak bu alandaki ihtisas

[141] Erdoğan, "Bilişim," 1375.

[142] Taşkın, "Bilişim," 335.

[143] Akaslan, "Yeni Bir İhtisas Mahkemesi Olarak Bilişim Mahkemesi." <https://www.hukukihaber.net/yeni-bir-ih-tisas-mahkemesi-olarak-bilisim-mahkemesimakale,8797.htm> Erişim tarihi: 31 05.2021.



mahkemeleri, uyuşmazlıkları ivedi biçimde karara bağlayarak yargının iş yükünü azaltmada önemli bir rol üstlenecektir.

## KAYNAKÇA

- Akbulut, Berrin. “Bilişim Suçları.” *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 8, no. 1-2, (Milenyum Armağanı, 2000): 545-555.
- Apaydın, Cengiz. “Bilişim Sistemine Girme Suçu.” *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi* 7, no. 24 (Ocak, 2016): 245-308.
- Apaydın, Cengiz. *Bilişim Suçları ve Bilişim Ceza Hukuku*. İstanbul: Acar Matbaacılık, 2017.
- Apiş, Özge. “Bilişim Sistemine Girme Suçu Bakımından Bilgisayarlarda, Bilgisayar Programlarında ve Kütüklerinde Arama Kopyalama Elkoyma Koruma Tedbiri.” *Yasama Dergisi* 37, (2018): 49-86.
- Atasoy, Fahri. “Kültürler Üzerinde Bilişim Devriminin Etkileri.” *Modern Türklük Araştırmaları Dergisi* 4, no. 2, (2007): 163-177.
- Avşar, B. Zakir ve Gürsel Öngören. *Bilişim Hukuku*. İstanbul: Türkiye Bankalar Birliği, 2010.
- Boss, Richard, W. “Intranet and Extranet”, *PLA TechNotes, American Library Association*, (2010): 1-4.
- Çetin, Sefa, Muhammed. “Yargıtay Kararları Işığında Bilişim Sistemine Girme veya Kalma Suçu (TCK m. 243),” *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi* 12, no. 45, (Ocak, 2021): 1-28.
- Doğan, Koray. “Bilişim Suçları ve Yeni Türk Ceza Kanunu,” *Hukuk ve Adalet Eleştirel Hukuk Dergisi*, no. 6-7, (2005): 290-319.
- Dönmezer, Sulhi ve Sahir Erman. *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku II*. İstanbul: Beta Yayıncılık, 1997.
- Dülger, Murat Volkan. *Bilişim Suçları ve İnternet İletişim Hukuku*. 4. Baskı. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2014.
- Eker, Ö. Umut. “Türk Ceza Hukuku’nda Bilişim Suçları Eski TCK Bağlamında Hukukumuzda Yer Alan İlk Düzenlemeler ve 5237 s. Yeni Türk Ceza Kanunu’nun İlgili Hükümlerinin Yorumu.” *Türkiye Barolar Birliği* 62, (2006): 123-131.

- Ekici, Şahin, Meral ve Irmak Koruculu. “Bilişim Sistemine Girme Suçu, Suçun Kamu Personeline ve Özel Sektör Çalışanlarına Tahsis Edilen Bilgisayarlarla İşlenmesine İlişkin Bir Değerlendirme.” *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 21, (Özel Sayı, 2019): 585-626.
- Erdağ, Ali, İhsan. “Bilişim Alanında Suçlar (Türk ve Alman Hukukunda).” *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 14, no. 2, (2010): 275-303.
- Erdoğan, Yavuz, “Bilişim Sistemine Girme ve Kalma Suçu.” *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 12, (Özel Sayı 2012): 1363-1434.
- Gezer, Sırma, Özge ve Yasemin Filiz Saygılar Kırıt. “Banka veya Kredi Kartlarının Kötüye Kullanılması Suçu, (TCK m.245),” *Fasikül Hukuk Dergisi* 11, no. 111, (Şubat 2019): 429-438.
- Gönen, Serkan, Halil İbrahim Ulus ve Ercan Nurcan Yılmaz. “Bilişim Alanında İşlenen Suçlar Üzerine Bir İnceleme,” *Bilişim Teknolojileri Dergisi* 9, no. 3, (2016): 229-236.
- Hakeri, Hakan. “Verileri Hukuka Aykırı Olarak Verme Suçu.” *Tıbbi Müdahaleden Kaynaklanan Hukuki Sorumluluk Sempozyumu*, 16-17 Ocak 2009, Mersin Barosu Yayını, (2009): 126-131.
- İhtiyaroğlu, Uğur. “Bilişim Sistemine Girme Suçunun Yargı Kararları Bağlamında İncelenmesi.” *Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, (2020): 406-440.
- Karagülmez, Ali. *Bilişim Suçları ve Soruşturma- Kovuşturma Evreleri*. 5. Baskı, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2014.
- Karakehya, Hakan. “Türk Ceza Kanunu’nda Bilişim Sistemine Girme Suçu.” *Türkiye Barolar Birliği Dergisi* 81, (2009): 1-24.
- Ketizmen, Muammer. *Türk Ceza Hukukunda Bilişim Suçları*. Ankara: Adalet Yayınevi, 2008.
- Koca, Mahmut ve İlhan Üzülmöz. *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*. 4. Baskı, Ankara: Adalet Yayınevi, 2017.

- Koçak, Hüseyin ve Ali Nazmi Dandin. “Toplumsal ve Yönetmel Alanda Bilişim Teknolojilerinin Kriminal Etkileri.” *Afyon Kocatepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi* 19, no. 1, (2017): 137-152.
- Kurt, Levent. *Açıklamalı İctihatlı Tüm Yönleriyle Bilişim Suçları*. Ankara: Seçkin Yayınevi, 2005.
- Mahmutoglu, Fatih, Selami. “Türk Ceza Kanununda Yer Alan Bilişim Alanındaki Suçlar ve Karşılaşılan Sorunların Yargı Kararları Işığında Değerlendirilmesi.” *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası* 71, no. 1, (2013): 855-889.
- Malkoç, İsmail. *Açıklamalı İctihatlı Yeni Türk Ceza Kanunu II*. Ankara: Malkoç Kitabevi, 2007.
- Özbek, Veli, Özer, Koray Doğan Pınar Bacaksız ve İlker Tepe. *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*. 11. Baskı, Ankara: Seçkin Yayınevi, 2017.
- Özçelik, Büşra. “Bilişim Sistemine Girme Suçu.” Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2019.
- Soyaslan, Doğan. *Ceza Hukuku Özel Hükümler*. 11. Baskı, Ankara: Adalet Yayınevi, 2016.
- Suphan, Olcay. “Konut Dokunulmazlığı Hakkı ve Konut Dokunulmazlığının İhlali Suçu.” *İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 6, no. 1 (Bahar 2019): 226-266.
- Taşkın, Şaban Cankat. “Bilişim Hukuku Uluslararası Uyuşmazlıklar.” *Türkiye Barolar Birliği Dergisi* 85, (2009): 332-372.
- Tekeli, Ömer. “Bilişim Suçlarıyla Mücadelede Polisin Yeri.” *Sayder Dış Denetim Dergisi*, (Temmuz-Ağustos-Eylül 2011): 183-192.
- Tezcan, Durmuş, Mustafa Ruhan Erdem ve Rifat Murat Önok. *Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku*. 17. Baskı, Ankara: Seçkin Yayınevi, 2019.
- Yazıcıoğlu, Yılmaz. “Yeni Türk Ceza Kanunundaki Bilişim Suçlarının Genel Değerlendirmesi.” *Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 2, no. 2, (2005): 401-409.
- Yenidünya, Caner ve Olgun Değirmenci. *Mukayeseli Hukukta ve Türk Hukukunda Bilişim Suçları*. İstanbul: Legal Yayınevi, 2003.

Yenidünya, A. Caner. “Bilişim Sistemine Hukuka Aykırı Erişim Suçu.” *Legal Fikri ve Sınai Haklar Dergisi* 4, (2005): 1018-1042.

Yılmaz, Sacit. *Türk Ceza Hukuku Sisteminde Siber Suçlar*. Ankara: Adalet Yayınevi, 2016.

Yılmaz, Zahit ve Özge Apiş. “Karşılıksız Yararlanma Suçu (TCK m.163).” *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi* 19, no. 2, (2013): 1749-1779.

# İdari Yargıda Dava Dilekçesi ve Diğer Belgelerin En Yakın Âmirlere Verilebilmesi ve Kapsamın Genişletilmesi

Celâl IŞIKLAR\*

---

**Bu makale hakem incelemesinden geçmiştir ve TÜBİTAK–ULAKBİM Veri Tabanında indekslenmektedir.**

\* Av. Doç. Dr. KTO Karatay Üniversitesi Hukuk Fakültesi İdare Hukuku Anabilim Dalı. ([celal.isiklar@karatay.edu.tr](mailto:celal.isiklar@karatay.edu.tr))

**ORCID ID:** [0000-0002-7239-6142](https://orcid.org/0000-0002-7239-6142)

**Makale geliş tarihi:** 4 Ocak 2022 **Makale kabul tarihi:** 10 Haziran 2022

**Atıf önerisi:** Işıklar, Celal. “İdari Yargıda Dava Dilekçesi ve Diğer Belgelerin En Yakın Âmirlere Verilebilmesi ve Kapsamın Genişletilmesi.” *Ankara Barosu Dergisi* 80, no. 4 (Ekim 2022): 81-136. **DOI:** [10.30915/abd.1186641](https://doi.org/10.30915/abd.1186641)

## İDARİ YARGIDA DAVA DİLEKÇESİ VE DİĞER BELGELERİN EN YAKIN ÂMİRLERE VERİLEBİLMESİ VE KAPSAMIN GENİŞLETİLMESİ

### ÖZ

İdari yargıda dava dilekçesi ve diğer belgelerin verilebileceği yerler 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun (İYUK) 4. maddesinde gösterilmiştir. Bununla birlikte İYUK'a 24.06.2021 tarihli ve 7329 sayılı Kanun'la eklenen 20/C maddesiyle belirli personeli ilgilendiren belli uyuşmazlıklarla ilgili yeni ve spesifik bir imkân getirilmiştir. Söz konusu 20/C maddesinin 3. fıkrasına göre, eğer askerî hizmete ilişkin idari işlem ve eylemlerden doğan bir uyuşmazlık söz konusu ise ve bu uyuşmazlık Millî Savunma Bakanlığı kadrolarında çalışan kamu görevlileri ile yedek subaylar ve yedek astsubaylar ile erbaş ve erleri ilgilendiriyorsa, “*Dilekçeler ile davalara ilişkin her türlü evrak, 4 üncü maddede belirtilen yerlere ilaveten ilgili idari yargı merciine gönderilmek üzere en yakın âmirlere verilebilir.*” Mülga 1602 sayılı Askeri Yüksek İdare Mahkemesi Kanunu'ndan alınan bu düzenleme belli ve somut bir ihtiyacı karşılamaktadır. Yürürlüğe konulan kuralın kaynak Kanun'a göre daha geniş kapsamlı olduğu söylenebilir. Yine kuralın düzenleme tekniği ve Kanun'daki yerinin uygunluğu tartışılabilir. Bize göre başka uyuşmazlıklarda da dilekçeler âmirlere verilebilir. Aynı şekilde dilekçelerin verileceği yerlere başka ilaveler yapılabilir: Posta idaresi, vali, kaymakam ve Bölge İdare mahkemeleri gibi. Ancak bunun için kanun yeniden düzenlenmelidir.

### Anahtar Kelimeler

2577 sayılı İdari Yargılama Usûlü Kanunu (İYUK)

dava dilekçesi

askeri hizmet

en yakın âmirler

yetkili kamu makamları

## SUBMISSION OF THE LAWSUIT PETITION AND OTHER DOCUMENTS TO THE NEAREST SUPERIORS IN ADMINISTRATIVE JURISDICTION AND EXTENDING THE SCOPE

### ABSTRACT

The places where a lawsuit petition and other documents can be submitted in the administrative jurisdiction are shown in Article 4 of the Administrative Procedure Law No. 2577 (İYUK). However, with the 20/C article added to the İYUK with the Law No. 7329 dated 24.06.2021, a new and specific opportunity has been introduced regarding some disputes concerning certain personnel. According to the third paragraph of article 20/C, if there is a dispute arising from administrative actions and actions related to military service, and If this dispute concerns public officials, reserve officers and reserve petty officers and privates working in the Ministry of National Defense, “Petitions and all kinds of documents related to lawsuits can be given to the nearest superiors to be sent to the relevant administrative jurisdiction in addition to the places specified in Article 4.” This regulation, taken from the abrogated Supreme Military Administrative Court Law No. 1602, meets a certain and concrete need. It can be said that the enacted rule is more comprehensive than the source Law. Likewise the regulation technique of the rule and the appropriateness of its place in the Law can be discussed. This new arrangement is correct and appropriate. Moreover, the scope of regulation can be further expanded. In our opinion, petitions can be submitted to superiors in other disputes. In the same way, some additions can be made to the places where the petitions will be submitted: Postal administration, governor, district governor and Regional Administrative Courts, etc. However, the law needs to be revised for this.

### Keywords

Administrative Jurisdiction Procedure Law no 2577 (İYUK) lawsuit petition

military service the nearest superiors competent public authorities

## GİRİŞ

2577 sayılı İdari Yargılama Usûlü Kanunu (İYUK)'na 24.06.2021 tarihli ve 7329 sayılı Kanun'la "Askerî hizmete ilişkin idari işlem ve eylemlerden doğan uyuşmazlıklara dair hükümler" başlıklı yeni bir madde eklenmiştir.<sup>[1]</sup> Birbiriyle ilişkili altı fıkrası bulunan bu maddenin 3. fıkrasında Millî Savunma Bakanlığında çalışan kamu personeline, askeri hizmete ilişkin uyuşmazlıklarda dava dilekçelerini ve diğer her türlü evrakı<sup>[2]</sup> en yakın âmirlere verebilme imkânı tanınmıştır. Makale konumuzu ilgilendiren ilk fıkra ile 3. fıkra hükümlerine göre;

MADDE 20/C-1. Bu madde; Millî Savunma Bakanlığı kadrolarında çalışan kamu görevlileri ile 25/6/2019 tarihli ve 7179 sayılı Askeralma Kanunu kapsamında askerlik hizmetini yerine getiren yedek subaylar ve yedek astsubaylar ile erbaş ve erleri ilgilendiren ve askerî hizmete ilişkin idari işlem ve eylemlerden doğan uyuşmazlıklar hakkında uygulanır. (...)

3. Dilekçeler ile davalara ilişkin her türlü evrak, 4 üncü maddede belirtilen yerlere ilaveten ilgili idari yargı merciine gönderilmek üzere en yakın âmirlere verilebilir.

Maddenin diğer fıkraları gibi 3. fıkra hükmünün kaynağı da mülga 1602 sayılı Askerî Yüksek İdare Mahkemesi Kanunu (AYİMK)'dur.<sup>[3]</sup> AYİM Kanunu'nun "İdari davaların açılması" başlıklı 36. maddesinde askeri kişilerle

[1] Madde 30.06.2021 tarih ve 31527 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren 7329 Sayılı Askerî Ceza Kanunu İle Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 16'ncı maddesiyle eklenmiştir. Torba kanun şeklinde kabul edilen ve yürürlüğe giren 7329 sayılı Kanun, adından da anlaşılacağı üzere başta Askerî Ceza Kanunu olmak üzere beş ayrı kanunda değişiklik yapması itibarıyla "çerçeve kanun" mahiyetinde, bu Kanun'un İYUK'a m. 20/C'yi ekleyen 16'ncı maddesi de "çerçeve madde" niteliğindedir.

[2] Bundan sonra dava dilekçelerinin yanı sıra savunmaları, istinaf ve temyiz başvuruları ile mahkemeye ibrazı mümkün bütün belgeleri kastetmek üzere sâdece "dilekçe(ler)" ifadesi kullanılacaktır.

[3] Bilindiği üzere 21.01.2017 tarihli ve 6771 sayılı Kanun ile yapılan Anayasa değişiklikleri 16.04.2017 tarihinde halk oylamasına sunularak kabul edilmiş, buna ilişkin 27.04.2017 tarihli ve 663 sayılı Yüksek Seçim Kurulu Kararı 27.04.2017 tarihli ve 30050 Mükerrer sayılı Resmî Gazete'de yayımlanmıştır. 6771 sayılı Kanun'un 16'ncı maddesiyle Anayasa'nın Askerî Yüksek İdare Mahkemesi (AYİM)'ne ilişkin 157'nci maddesi ilga edilmiş; Anayasa'ya 17'nci maddeyle eklenen Geçici Madde 21 ile de



askeri kişileri ilgilendiren ve askeri hizmete ilişkin idari eylem ve işlemlerden doğan uyuşmazlıklarla ilgili dilekçelerin Askeri Yüksek İdare Mahkemesi Başkanlığına hitaben yazılacağı belirtilmiş; müteakip “Dilekçelerin verilebileceği diğer yerler” başlıklı 37. maddesinde de, dilekçeler ile davalara ilişkin her türlü evrakın bölge ve idare mahkemesi başkanlıklarına, bölge ve idare mahkemesi bulunmayan yerlerde asliye hukuk hâkimliklerine ve yabancı memleketlerde Türk konsolosluklarının yanı sıra en yakın amirlere verilebileceği hüküm altına alınmıştır.<sup>[4]</sup>

Bilindiği gibi 20/C maddesinin 3. fıkrasında atıf yapılan İYUK’un 4. maddesine göre, “Dilekçeler ve savunmalar ile davalara ilişkin her türlü evrak, Danıştay veya ait olduğu mahkeme başkanlıklarına veya bunlara gönderilmek üzere idare veya vergi mahkemesi başkanlıklarına, idare veya vergi mahkemesi bulunmayan yerlerde<sup>[5]</sup> büyükşehir belediyesi sınırları içerisinde kalıp kalmadığına bakılmaksızın asliye hukuk hakimliklerine veya yabancı memleketlerde Türk konsolosluklarına verilebilir.”

Bu çerçevede makalede önce kısaca dilekçenin verilebileceği yerlere değinilecektir. Ardından bunların en yakın âmirlere verilebilmesine ilişkin hükümün hukuki kapsamı ve mahiyeti üzerinde durulacaktır. Son olarak da bu yeni kuraldan hareketle, dava dilekçeleri ile diğer belgelerin başta en yakın amirler olmak üzere başka makam ve yerlere verilebilme imkân ve ihtimali tartışılacaktır. Şüphesiz m.20/C-3’de öngörülen hükmün genelleştirilmesi de, 4. maddenin kapsamının genişletilmesi de ancak yasal bir düzenleme ile mümkün olabilir.

---

askeri mahkemeler ve Askeri Yargıtay ile birlikte Askeri Yüksek İdare Mahkemesi kaldırılarak kuruluş kanunları ilga edilmiştir.

[4] AYİM’de dilekçe ve diğer evrakın verilebileceği yerlere ilişkin geniş bilgi ve kararlarının değerlendirilmesi için bkz. Gürsel Kaplan, “İdari Yargıda Dilekçelerin ve Diğer Belgelerin Verilebileceği Yerler,” *Vergi Dünyası* 270 ( 2004): 133–146.

[5] Büyükşehir Belediyesi olan illerde yanlış uygulamalara ve buna bağlı farklı Danıştay içtihatlarına yol açtığından maddede 02.07.2012 tarih ve 6352 sayılı Kanun’un 52’nci maddesiyle değişiklik yapılarak “buldukları yerde’ ibaresinden sonra gelmek üzere “büyükşehir belediyesi sınırları içerisinde kalıp kalmadığına bakılmaksızın” ibaresi eklenmiştir. Değişiklik öncesi kararlar buna göre değerlendirilmelidir. Bkz. Seda Uçar Akbulut, “Türk İdari Yargılama Hukukunda Mahkemeye Erişim Aracı Olarak Dava Dilekçesi,” (Yüksek lisans tezi, İstanbul Bilgi Üniversitesi, 2019), 102-106.

## I. İYUK'UN 4. MADDESİNE GÖRE DİLEKÇELERİN VE DİĞER BELGELERİN VERİLEBİLECEĞİ YERLER

İYUK'un 4. maddesine göre dilekçeler göre bizzat dava açılan yargı merciine (Danıştaya veya idare/vergi mahkemesine) veya buralara gönderilmek üzere idare veya vergi mahkemesi başkanlıklarına, idare veya vergi mahkemesi bulunmayan yerlerde asliye hukuk hakimliklerine ve Türk konsolosluklarına verilebilir. Görüldüğü üzere Bölge İdare Mahkemesi Başkanlıkları dava dilekçesi ve diğer evrakın verilebileceği yerler arasında sayılmamıştır.<sup>[6]</sup>

### A) DAVA DİLEKÇELERİNİN VE DİĞER BELGELERİN VERİLEBİLECEĞİ YERLER

#### 1- Dava Açılan Yargı Mercii

Normal şartlarda dava görevli ve yetkili görülen yargı merciinde açıldığından dilekçeler öncelikle bu yerlere verilebilir. Ancak davacı bilerek veya bilmeyerek davasını yetkili ve görevli olmayan bir mercide de açabilir. Bu ihtimalde davacının dilekçesini verdiği yer ile davanın görülmesini irade ettiği yer aynıdır. Bu çerçevede dilekçe bizatihi davanın açıldığı idare/vergi mahkemesine, dava Danıştayda açılıyorsa Danıştaya verilebilir. Dava İYUK m.3/1 gereği “Danıştay, idare mahkemesi ve vergi mahkemesi başkanlıklarına hitaben yazılmış imzalı dilekçelerle” açılabilceğinden, bu takdirde dilekçe başlığında sâdece yetkili ve görevli olarak görülen yargı merciinin adına yer verilir. Örnek vermek gerekirse, Konya il sınırları içinde Büyükşehir Belediyesi'nce gerçekleştirilen bir idari eylem ve zararın tazminine ilişkin dava dilekçesinin başına, “Konya İdare Mahkemesi Başkanlığına” yazılması ve dilekçenin buraya verilmesi gerekir. Bunun gibi Cumhurbaşkanlığı Yönetmeliği'nin iptali için açılacak davada yetkili ve görevli Danıştay olduğundan dilekçenin başında “Danıştay Başkanlığına” ibaresine yer verilir. Bu örneklerle göre dilekçeler doğrudan “Konya İdare Mahkemesi Başkanlığına” veya “Danıştay Başkanlığına” verilebilir.<sup>[7]</sup> Ancak dilekçe yetkili ve

[6] Bunun sebebi Bölge İdare Mahkemelerin ilk derecede doğrudan başvurulmuş ve dava açılan yerler arasında bulunmaması olarak açıklanmaktadır. Selami Demirkol ve Zuhul Bereket Baş, *İdari Yargıda Dava Açma ve Dava Takip Usulü*, 2. Baskı (İstanbul: Beta Yayınevi, 2001), 31.

[7] Bkz. Ramazan Çağlayan, *İdari Yargılama Hukuku Dersleri*, 13. Baskı (Ankara: Seçkin Yayınevi, 2021), 258; Bahtiyar Akyılmaz, Murat Sezginer ve Cemil Kaya, *Açıklamalı -İçtihatlı Türk İdari Yargılama Hukuku*, 6. Baskı (Ankara: Savaş Yayınevi, 2021),

görevli yargı yerine verildiği hâlde, başlıkta örneğin yanlışlıkla “Afyon İdare Mahkemesi Başkanlığına Gönderilmek Üzere Konya İdare Mahkemesi Başkanlığına/Danıştay Başkanlığına” denilmiş ise, dilekçenin işaret edilen yere gönderilmesi gerekir. Mahkeme hatalı da olsa davacının tercih ve seçimine uymak zorundadır.

## 2- Diğer İdare veya Vergi Mahkemeleri

Davacı, dava açarken veya açtıktan sonra yargı çevresinin dışında bir yerde bulunuyor olabilir. Bu takdirde dilekçesini veya evrakını varsa bulunduğu yerdeki idare mahkemesine veya vergi mahkemesine verebilir. Bu durumda davacı dilekçe ve diğer belgelerde hem bunları göndermek istediği hem de verdiği yeri göstermek zorundadır. Örnek olarak, dilekçe ve benzeri evrak Konya'dan Danıştay veya Ankara İdare Mahkemesi Başkanlığına gönderilecek ise, başlığına “Danıştay Başkanlığı’na /Ankara İdare Mahkemesi Başkanlığı’na Gönderilmek Üzere Konya İdare mahkemesi Başkanlığına” yazılır.<sup>[8]</sup>

## 3- Asliye Hukuk Hâkimlikleri

Asliye hukuk mahkemelerinin dilekçelerin verilebileceği yerler arasında gösterilmesinin davacılara büyük kolaylık sağladığı ortadadır.<sup>[9]</sup> Zira davacı

281. Daha ayrıntılı örnekler, Demirkol ve Bereket Baş, *İdari Yargıda Dava Açma ve Dava Takip Usulü*, 34-36.

[8] Bir uyuşmazlıkta, Diyarbakır 3. İdare Mahkemesi 7.3.2018 tarihinde verilen istinaf dilekçesini dosyayı tekemmül ettirerek Bölge İdare Mahkemesine göndermek yerine istinaf talebinin reddine karar vermiş ise de, bu karara karşı yapılan kanun yolu başvurusu üzerine Gaziantep Bölge İdare Mahkemesi (BİM) başvurusunun süresinde olduğuna karar vermiştir, Gaziantep BİM 5. İdari Dava Dairesi (İDD), E.2019/717, K.2019/1225, 7.2.2019. Bunun gibi, Ankara 22. İdare Mahkemesinin davanın reddi ve ardından Ankara BİM'nin istinaf başvurusunun reddi kararı üzerine 30 günlük temyiz süresi geçirildikten sonra 28.7.2020 tarihinde Erzurum İlk Derece İdari Yargı Mahkemesi Ön Bürosu kaydına giren dilekçe ile yapılan temyiz başvurusunun süre aşımı sebebiyle reddi hakkında, Danıştay 5. Daire, E.2021/3802, K.2021/2473, 8.7.2021 (Karar yayımlanmamıştır).

[9] A. Şeref Gözübüyük ve Turgut Tan, *İdare Hukuku II İdari Yargılama Hukuku*, 4. Baskı (Ankara: Turhan Kitabevi, 2010), 1021; N. Münci Çakmak, “İdari Yargılama Usûlü Kanunu'nun 4. Maddesi ve Dilekçelerin Kayda Giriş Tarihi,” *Türkiye Barolar Birliği Dergisi* 80, (Ocak-Şubat, 2009): 150.

idare veya vergi mahkemesi olmayan bir yerde bulunabilir. Bu durumda dava dilekçesi bulunulan yerdeki bir asliye hukuk hâkimliğine verilebilir. Örneğin Afyonkarahisar iline bağlı Dazkırı ilçesinde bulunan bir davacı dilekçe ve diğer evrakını Danıştay veya Afyon Vergi Mahkemesine göndermek istiyorsa, bunları başına “Danıştay veya Afyonkarahisar Vergi Mahkemesi Başkanlığı’na Gönderilmek Üzere Dazkırı Asliye Hukuk Hâkimliğine” yazarak Dazkırı Asliye Hâkimliğine verebilir. Şunu da belirtelim ki, maddede 2012 yılında yapılan değişikliğe göre bulunulan yerin “büyükşehir belediyesi sınırları içerisinde kalıp kalmadığına bakılmaz.”<sup>[10]</sup> Bu hüküm, büyükşehir belediyesi sınırları içinde, fakat idare mahkemesi veya vergi mahkemesi olmayan bir ilçedeki davacının dilekçe ve belgelerini bulunduğu ilçenin veya aynı durumdaki yakın ilçenin asliye hukuk hâkimliğine verilebilmesi anlamına gelmektedir.<sup>[11]</sup> Şöyle ki örneğin büyükşehir belediyesi bulunan Ankara ilinde idare ve vergi mahkemeleri merkez Çankaya ilçesinde konuşlandırılmıştır. Buna göre Gölbaşı ilçesindeki bir davacı dilekçe ve diğer belgelerini Ankara İdare veya Vergi mahkemesine gönderilmek üzere Gölbaşı Asliye Hukuk Hakimliğine verebilir.<sup>[12]</sup>

[10] Bu ibarenin eklenmesiyle Danıştay kararlarındaki içtihat farklılığı son bulmuştur, Akyılmaz, Sezginer ve Kaya, *Türk İdari Yargılama Hukuku*, 282. Öncesindeki sorun ve içtihat farklılığı için bkz. Kaplan, “Dilekçeler,” 133-146; Çakmak, “Dilekçelerin Kayda Giriş Tarihi,” 151 vd. Bu yönde, 22.1.2016’da tebliğ edilen ödeme emrine karşı açılan davada dava dilekçesinin İstanbul Vergi Mahkemesine hitaben 29.1.2016 tarihinde İstanbul Anadolu Adliyesi ilgili birimine verildiği, ancak mahkemece İstanbul 8. Vergi Mahkemesine kaydedildiği 03.02.2016 tarihinin esas alındığı, dolayısıyla davanın süreaşımından reddine dair kararda isabet bulunmadığı hakkında, İstanbul BİM 10. İDD, E.2016/ 377, K.2016/251, 13.10.2016 (Karar yayımlanmamıştır). Anayasa Mahkemesi (AYM) de 2012 öncesi düzenleme çerçevesinde dilekçenin verildiği asliye hukuk hâkimliğinin değil idare mahkemesi kaydına giriş tarihinin esas alınmasını hak ihlali kabul etmiştir, AYM İkinci Bölüm, *Saniye Çolakoğlu*, B.No: 2014/5702, 12.7.2016, erişim 18 Aralık 2021, <https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/BB/2014/5702>.

[11] Bahadır Apaydın, “6352 Sayı ve 02.07.2012 Tarihli Kanun ile İdari Yargılama Usûl Kanunu’nda Yapılan Yeniliklere Dair Bir İnceleme,” *İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi* 15, no.2 (Ocak, 2014): 49; Akyılmaz, Sezginer ve Kaya, *Türk İdari Yargılama Hukuku*, 129.

[12] Nitekim büyükşehir belediyesi olan bir il merkezinde asliye hukuk hâkimliğine verilen dilekçe ile açılan davayı süre aşımından reddeden idare mahkemesi kararı, Danıştay tarafından dilekçenin asliye hukuk hâkimliği kaydına girdiği tarihin esas

Dilekçe ve diğer belgelerin mahkeme yerine aynı yargı çevresindeki savcılığa verilmesi hâlinde, buraya verilmiş değil ulaştırılan idare ve vergi mahkemesinin kayıt tarihi esas alınır.<sup>[13]</sup>

#### 4- Konsolosluklar

Davacı dava açacağı sırada veya açtıktan sonra yurt dışında bulunuyor olabilir. Bu durumda davacı dilekçe ve davaya ilişkin diğer belgelerini bulunduğu yabancı ülkedeki bir Türk konsolosluğuna verebilir. Bu takdirde de dilekçe ve belgelerin başına gönderileceği yargı yeri ile verilen konsolosluğun adı yazılmalıdır. Konsolosluklara dilekçe ve belge verilebilmesi için o ülkede ikamet ediyor olmak şart değildir.<sup>[14]</sup> Yabancı ülkede o sırada kısa süreli bir iş bulunanlar dahi rastladığı herhangi bir Türk konsolosluğuna dilekçe ve belgelerini verebilir.

### B) DİLEKÇE VE DİĞER BELGELERİN VERİLMESİ İLE İLGİLİ BAZI HUSUSLAR

Yazılılık ilkesi uygulanan idari yargılama usulünde, “İdari davalar, Danıştay, idare mahkemesi ve vergi mahkemesi başkanlıklarına hitaben yazılmış imzalı dilekçelerle açılır” (İYUK m.3). İster bizatihi davanın görüleceği, ister 4. maddede belirtilen yerlere verilmiş olsun dava dilekçesini alan yargı mercii harç ve posta ücretlerini tahsil ederek derhal deftere kaydını yapar. Bu yerler tarafından dilekçelerin üzerine kayıt tarih ve sayısı yazılır ve davacılara alındı

---

alınmasının gerektiği belirtilerek bozulmuştur. Danıştay 10. Daire, E.2009/11879, K..2013/2432, 20.3.2013, Uçar Akbulut, “Dava Dilekçesi,” 106. Esasen m. 4 hükmünün değiştirilmesinden önceki duruma göre de dilekçelerin büyükşehirlerin idare mahkemesi bulunmayan ilçelerindeki asliye hukuk hakimliklerine verilebileceği ve bu kaydın esas alınması gerektiğine dair, Danıştay 7. Daire, E.2010/7343, K.2012/6416, 29.11.2021; Danıştay 7. Daire, E.2009/5154, K.2013/2400, 8.5.2013; Danıştay 6. Daire, E.2010/8078, K.2013/1366, 5.3.2013 (Karar yayımlanmamıştır). Bu doğrultuda, Danıştay 6. Daire, E.2006/181, K.4145, 18.9.2006, Cafer Ergen, *İdari Yargılama Usulü Kanunu Şerhi* (Ankara: Seçkin Yayınevi, 2008), 95.

[13] Asliye hukuk mahkemesi bulunan Nurdağı ilçesinde bu merci yerine Nurdağı Cumhuriyet savcılığına verilen istinaf dilekçesinin usulüne uygun ve süresinde bir başvuru kabul edilemeyeceği hakkında, Adana BİM 2. Vergi Dava Dairesi (VDD), E.2021/2341, K.2012/1647, 15.9.2021 (Karar yayımlanmamıştır).

[14] Ramazan Yıldırım ve Serkan Çınarlı, *İdare Hukuku Dersleri III, Türk İdari Yargılama Hukuku*, 7. Baskı (Ankara: Adalet Yayınevi, 2021), 151.

kağıdı verilir. Dava bu kaydın yapıldığı tarihte açılmış sayılır (İYUK m.6/1, 2). Dilekçe ve belgelerin bu yerler tarafından zamanında kayda alınmaması veya geç havale edilmesi hâlinde de veriliş tarihi dikkate alınır, ilgili aleyhine sonuç doğuracak şekilde hareket edilemez.<sup>[15]</sup> Bu hususlar dava açıldıktan sonra verilen diğer belgeler için de geçerlidir. Bu merciin her seferinde ve her tür dava evrakı için kayıt tutması ve davacıya alındı belgesi vermesi gerekir. 4. maddede sayılan diğer yerlere verilen belgeler de davanın görüldüğü yargı merciine verilmiş gibi işlem görür. Yani bu yerlerin kayıt tarihi esas alınır.<sup>[16]</sup>

4. maddede sayılan yargı mercileri arasında Danıştay- idare/vergi mahkemesi -asliye hukuk hakimliği şeklinde öncelik sırası mevcuttur. Davacılar buldukları yerde birbirinden ayrı türde yargı merci varsa bu sıraya uymak zorunda olduklarından, o yerde daha öncelikli bir merci varsa sonrakilere dilekçe ve belge veremezler. Bu cümleden olarak Ankara'da bulunan bir davacı Danıştayda açacağı bir davanın dilekçesini ve diğer belgeleri mutlaka Danıştaya vermek zorundadır. Yine bu davacı bulunduğu ilçede konumlanmış Ankara idare/vergi mahkemelerine ait dava evrakını asliye hukuk hâkimliğine veremez. Bunun istisnası Büyükşehir belediyesi olan yerlerde oturduğu ilçede herhangi bir idare/vergi mahkemesinin bulunmamasıdır. Örneğin Ankara şehrinde Mamak Belediyesi sınırları içinde oturan bir davacı, Ankara idare/vergi mahkemesi bu ilçede konuşlandırılmadığından varsa Mamak veya (idare/vergi mahkemesinin bulunduğu Çankaya ilçesi

[15] Dava açma süresinin son günü alınan, fakat tutanakta belirtilen sebeplerle havale edilmeyen belgelerin süresinde kayda girdiğinin kabul edilmesi gerektiği hakkında, Danıştay Vergi Dava Daireleri Kurulu, E.2014/282, K.2014//386, 14.5.2014, Gürsel Kaplan, *İdari Yargılama Hukuku*, 3. Baskı (Bursa: Ekin Kitabevi, 2018), 365 (Kitap Kanun'un kabul ve yürürlüğe girmesinden önceki bir tarihte yayımlanmıştır). Bir uyuşmazlıkta, Pervani Asliye Hukuk Mahkemesi aracılığıyla sunulan dava dilekçesi 07.05.2021 tarihinde kayda alınmış, ancak bu tarihte harçları yatırılıp UYAP kaydı yapılmamıştır. Daha sonra 17.05.2021'de harçlar yatırılarak UYAP kaydı yapılmış ve 01.06.2021 tarihinde gönderildiği Siirt İdare Mahkemesi Başkanlığı'nın evrak bürosuna kaydedilmiştir. İstinaf başvurusu sonucu, dava dilekçesinin 07.05.2021 tarihinde Pervani Asliye Hukuk Mahkemesinde kaydına girdiği görüldüğünden, davanın süresinde açıldığı belirtilerek süre aşımı sebebiyle davanın reddi yönündeki karar kaldırılmıştır. Gaziantep BİM 5. İDD, 5.11.2021, 3287/1778 (Karar yayımlanmamıştır).

[16] Akyılmaz, Sezginer ve Kaya, *Türk İdari Yargılama Hukuku*, 283; Çakmak, "Dilekçelerin Kayda Giriş Tarihi," 150-152.

dışındaki) diğer ilçe belediyelerindeki asliye hukuk hâkimliklerine dilekçe ve diğer belgeleri verebilecektir. Bu ihtimalde asliye hukuk hâkimliklerinin kayıt tarihi dikkate alınır. Buna karşılık idare/vergi mahkemesi bulunan ilçelerde asliye hukuk hâkimliğine verilmesi halinde, dilekçeler ve belgeler bu hâkimlik tarafından idare/vergi mahkemesine gönderilir. Ancak bu takdirde hâkimliğe verilmiş değil, idare/vergi mahkemesi kaydına girdiği tarih esas alınır.<sup>[17]</sup>

İYUK'a göre davanın görüleceği merciden başka yerlere verilen dilekçelerin en geç üç gün içinde Danıştay veya ait olduğu mahkeme başkanlığına taahhütlü olarak gönderilmesi gerekir. Bu yerlerde harç pulları bulunmadığı takdirde bunlara karşılık alınan paraların miktarı ve alındı kağıdının tarih ve sayısı dilekçelere yazılır (m.6/3). Kanunda açıkça belirtilmemekle birlikte aynı hususlar diğer belgeler için de geçerlidir. İlgili yerlerin dilekçe ve belgeleri postaya geç vermeleri davacı aleyhine olumsuz sonuç doğurmaz. Gecikmeden dolayı davanın açıldığı tarihte ve dilekçeler ile diğer belgelerin verilmiş sayılacağı tarihte değişiklik olmaz.<sup>[18]</sup>

Dava dilekçesi nereye verilmiş ve sebebi ne olursa olsun, dava harcı ve/veya posta ücreti tam olarak yatırılmadan dava açıldığı takdirde, bunlardaki eksiklik davanın görüleceği yargı yerince tamamlanır. Tebligata rağmen 30 gün içinde eksiklik giderilmez ise bildirim aynı şekilde bir daha tekrarlanır. Harç veya posta ücreti ikinci kez öngörülen 30 günlük süre içinde yine tamamlanmazsa davanın açılmamış sayılmasına karar verilir (m.6/4). Bunun yanı sıra tam olarak yatırılmış olsa bile, posta ücreti dava açıldıktan sonra

[17] Bkz. Akyılmaz, Sezginer ve Kaya, *Türk İdari Yargılama Hukuku*, 129; Yıldırım ve Çınarlı, *Türk İdari Yargılama Hukuku*, 151; Çakmak, "Dilekçelerin Kayda Giriş Tarihi," 150-152.

[18] Bu süre iç işleyişe ilişkin olup uyulmaması hak kaybına yol açmaz, Akyılmaz, Sezginer ve Kaya, *Türk İdari Yargılama Hukuku*, 284. Bu doğrultuda, asliye hukuk hakimliğince temyiz dilekçesinin kayda geçmeden postayla gönderilmiş olması (Danıştay Vergi Dava Daireleri Kurulu, E.1990/12, K.1990/61, 30.11.1990, *Danıştay Dergisi (DD)*82-83, (1990): 163 ve Turgut Candan, *Açıklamalı İdari Yargılama Usûlü Kanunu*, 8. Baskı (Ankara: Yetkin Yayınevi, 2020), 299-302) veya ilgili idare mahkemesin geç intikal ettirilmesi (D. 7.D., E.1986/1279, K.1989/1262, 25.5.1989, Candan, *İdari Yargılama Usûlü Kanunu*, 299-302) aleyhe olarak sürenin geçirildiği şeklinde değerlendirilemez. Ayrıca Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu, E.2020/321, K.2020/1781, 12.10.2020, *Danıştay Kararlar Dergisi (DKD)*5, (2020): 21-32.

zamanla tebligata engel olacak şekilde azalmış olabilir. Bu takdirde sâdece bir kere tebligat yapılması ve süre verilmesi yeterlidir. Buna rağmen Posta ücreti süresi içinde tamamlanmazsa dosyanın işlemde kaldırılmasına karar verilir. Bu kararın tebliği tarihinden başlayarak üç ay içinde, noksanı tamamlanmak suretiyle yeniden işleme konulması istenmediği takdirde davanın açılmamış sayılmasına karar verilir ve davacıya tebliğ olunur (m.6/5). Her iki durumda da gerek dava açılırken, gerek dava açıldıktan sonra yatırılması gereken eksik harç ve posta ücreti belirlenen yargı merci dışında ve m.4'te belirtilen yerlere de yatırılabilir ve belgesi buralardan gönderilebilir.

Bu noktada belirtelim ki davacı farklı zamanlarda sunduğu dava dilekçeleri ile diğer belgeleri hep aynı yere vermek zorunda değildir. Daha açık bir ifadeyle, örneğin dava dilekçesi davanın görülmesinin irade edildiği yargı yerine verilmiş ise, daha sonra davaya ilişkin evrakın bir kısmı veya tamamı m.4'te gösterilen yerlerden herhangi birine verilebilir.

Diğer bir husus, m.4'teki imkânın yalnızca davanın açılması esnasında verilen ve dilekçe ve eklerine özgü olmadığıdır. Kanun'un 6. maddesinin lafzına ve literatüre bakıldığında konuya m. 4'deki yerlere genellikle dava dilekçeleri bağlamında temas edildiği görülmektedir. Ancak İYUK m.4'ün açık hükmü gereği bu yerlere “Dilekçeler ve savunmalar ile davalara ilişkin her türlü evrak” verilebilir. Her türlü evrak kapsamına dava ve kanun yolu dilekçeleri ile savunmalara ilaveten adli yardım, yürütmenin durdurulması, bilirkişi, keşif ve delil talepleri vb. konulara ilişkin her türlü belge, örneğin 20 ve 21. maddelere göre verilen ara cevap kararları dâhildir.<sup>[19]</sup> Davalara ilişkin olmayan, örneğin Danıştayın idari görevlerine ilişkin dilekçe ve belgelerin Danıştaya gönderilmek üzere idare mahkemelerine veya hâkimliklere verilebilmesi mümkün değildir.<sup>[20]</sup> Keza bu dilekçe ve diğer belgelerin her defasında aynı yere verilmesi zorunluluğu yoktur; bunlar ilgilinin ikâmetgâhından

[19] A. Şeref Gözübüyük, *Yönetmelik Yargı*, 35. Baskı (Ankara: Turhan Kitabevi, 2016), 436; A. Şeref Gözübüyük ve Turgut Tan, *İdare Hukuku II*, 1021; Kazım Yenice ve Yüksel Esin, *Açıklamalı-İçtihatlı-Notlu İdari Yargılama Usulü Kanunu* (Ankara: Kendi Yayını, 1983), 152-153; Celal Karavelioğlu, *İdari Yargılama Usulü Kanunu I*, 5. Baskı (Ankara: Kendi Yayını, 2001), 441; Kaplan, “Dilekçeler,” 138; Demirkol ve Bereket Baş, *İdari Yargıda Dava Açma ve Dava Takip Usulü*, 32.

[20] Karavelioğlu, *İdari Yargılama Usulü Kanunu I*, 446. Yargı yerlerinin böyle bir yetkisinin bulunmadığı hakkında; Danıştay 1. Daire, E.1984/232, K.1984/217, 5.10.1984, Ergen, 99.



bağımsız olarak birbirinden farklı mahaldeki ve türdeki yerlere, neresi kolanına ve işine gelirse oraya da verilebilir.<sup>[21]</sup> Bütün bu imkânlarla davalılar ile müdahiller ile bunların vekilleri de sahiptir.

Davanın gönderilmesi istenen yargı yeri dışındaki makamlar verilen dilekçeleri kabule ve işleme koymaya mecburdurlar. Bu yerlerin dilekçe ve diğer belgeleri reddetme, inceleyip eksikliklerini tamamlatma, değiştirme ve düzelttirme gibi yetki ve görevleri bulunmamaktadır. Başka bir deyişle, özellikle dava dilekçeleri üzerinde dava açılan yargı yeri gibi usul ve esas bakımından inceleme ve denetim yapamazlar. Yalnızca kayıt yapabilir, yargılama giderlerini alabilir ve bildirilen yere gönderebilirler. Aynı şekilde verilen dilekçe ve belgelerin iadesi mümkün olmadığı gibi, davacılar da artık değişiklik ve düzeltme yapamazlar. Sadece hata ve kusurları giderilmiş yeni dilekçe ve belge sunabilirler.<sup>[22]</sup>

Dilekçe ve diğer belgelerin davacı tarafından doğrudan adi veya taahhütlü posta ile gönderilmesi halinde, bunların ulaştırıldığı Danıştay veya idare yargı yerlerinin kaydına girdiği tarih esas alınır. Yani dava dilekçesinin postaya veriliş tarihi davanın açılış tarihi kabul edilemeyeceği gibi, diğer belgeler de davanın görüldüğü yargı yerine bu tarihte verilmiş sayılamaz. Bu bakımdan davacı postada yaşanacak kayıp ve gecikmeden dolayı aleyhine doğacak sonuca katlanmak zorundadır.<sup>[23]</sup>

[21] Yenice ve Esin, *İdari Yargılama Usulü Kanunu*, 151; İbrahim Topuz ve Kadir Özkaya, *Açıklamalı-İçtihatlı İdari Yargılama Usulü* (Ankara: Mahalli İdareler Derneği Yayını, 2002), 140.

[22] Hakkı Müderrisoğlu, *Danıştay Kanunu ve Danıştay Yargılama Usulü*, (Ankara: Doruk Yayınları, 1978), 639.

[23] A. Şeref Gözübüyük ve Güven Dinçer, *İdari Yargılama Usulü*, 2. Baskı (Ankara: Turhan Kitabevi, 1999), 294; Turgut Tan, *İdare Hukuku*, 4. Baskı (Ankara: Turhan Kitabevi, 2015), 1067; Karavelioğlu, *İdari Yargılama Usulü Kanunu I*, 441; Topuz ve Özkaya, *İdari Yargılama Usulü*, 141; Candan, *İdari Yargılama Usulü Kanunu*, 301. Bu doğrultuda evrakın postaya verildiği değil mahkeme kaydına giriş tarihinin esas alınması gerektiğine dair: Danıştay 4. Daire, E.1984/55, K.1984/3440, 27.9.1984, DD, S.58-59, s.160; Danıştay 7. Daire, E.1985/198, K.1985/114, 21.1.1985, DD, S.60-61, s.329; Danıştay 5. Daire, E.2016/9373, K.2018/17018, 30.10.2018, Uçar Akbulut, "Dava Dilekçesi," 111; D.13.D., 13.11.2018, 2015/5221-2018/3174; DİDDK, E.2019/125, K.2019/324, 31.1.2019 (Karar yayımlanmamıştır).

Bir parantez açmak gerekirse, dilekçe ve diğer belgeler fiziki ortamda tevdi edilebileceği gibi Ulusal Yargı Ağı Bilişim Sistemi (UYAP) üzerinden elektronik yollarla da gönderilebilir. Zira İYUK'un 31. maddesinin atfı gereği "Elektronik işlemler" de Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 445. maddesi hükümleri uygulanmaktadır.<sup>[24]</sup> Buna göre elektronik ortamda güvenli elektronik imza kullanılarak dava açılabilir, harç ve avans ödenebilir, dava dosyaları incelenebilir. Bu Kanun kapsamında fizikî olarak hazırlanması öngörülen tutanak ve belgeler güvenli elektronik imzayla elektronik ortamda hazırlanabilir ve gönderilebilir (HMK m.445). Bölge İdare Mahkemeleri, İdare Mahkemeleri ve Vergi Mahkemelerinin İdarî İşleriyle, Yazı İşleri Hizmetlerinin Yürütülmesi Usul ve Esaslarına İlişkin Yönetmelik'te, taraf ve vekilleri ile diğer ilgililerin güvenli elektronik imza ile imzalamak suretiyle UYAP vasıtasıyla dairelere veya mahkemelere elektronik ortamda bilgi ve belge gönderebilecekleri; ancak elektronik ortamda yapılan işlemlerde süre gün sonunda bittiğinden, bu işlemlerin, ertesi güne sarkmaması açısından saat 00:00'a kadar yapılmasının zorunlu olduğu,<sup>[25]</sup> bu takdirde davanın dava dilekçesinin UYAP üzerinden mahkeme ekranlarına düştüğü tarihte açılmış sayılacağı hüküm altına alınmıştır (m.5/4, 62/9,10). Aynı hususlar kanun yollarında da geçerlidir (m.95/8,9). Yine de belirtmek gerekir ki, UYAP sistemi dışında faks,<sup>[26]</sup> internet, e-posta, SMS vb. usullerle gönderilen dilekçe ve belgelerin işleme konulması mümkün değildir.<sup>[27]</sup>

[24] Bu atfın yetersiz olduğu ve İYUK m. 31 çerçevesinde elektronik işlemlerden tam olarak neyin kastedildiğinin açıkça belirtilmesinin gerektiği hakkında, Apaydın, "İdari Yargılama Usûl Kanunu'nda Yapılan Yenilikler," 66.

[25] Bir vergi mahkemesi, davalı idare avukatı tarafından temyiz süresinin son günü olan 12.06.2014 tarihinde UYAP üzerinden verilen temyiz dilekçesinin 13.06.2014 tarihinde kayda girdiğini kabul ederek yapılan başvuruyu süre aşımı yönünden reddetmiş ise de, Danıştay elektronik ortamda yapılan işlemlerde sürenin gün sonunda biteceğine ilişkin Yönetmelik hükmü uyarınca başvurunun süresinde yapıldığının kabulünün gerektiğine karar vererek kararı bozmuştur. Danıştay 3. Daire., E.2014/9965, K.2015/220, 28.1.2015, DD 140, (2015): 399-401.

[26] Bu doğrultuda faksla gönderilen dilekçenin imzalı temyiz dilekçesi olarak kabul edilemeyeceği hakkında Danıştay 7. Daire, E.2000/2119, K.2000/1883, K.T. 8.6.2000, Topuz ve Özkaya, *İdari Yargılama Usulü*, 868-869.

[27] Candan, *İdari Yargılama Usûlü Kanunu*, 302.

## II. İYUK'UN 20/C MADDESİNİN 3. FIKRASINA GÖRE DİLEKÇELERİN VE DİĞER BELGELERİN EN YAKIN AMİRLERE VERİLEBİLMESİ

Önce dilekçelerin ve belgelerin verilebileceği “en yakın âmirler” kavramını, sonra bunun hâl ve şartlarının açıklayalım.

### A) DİLEKÇENİN VERİLEBİLECEĞİ EN YAKIN AMİRLER

#### 1- En Yakın Âmirler: Tanım ve Kavram

“Amir” ve aynı anlamda “hiyerarşik üst” terimlerine başta disiplin mevzuatı olmak üzere kamu personelinin ilgilendiren personel hukukunda sıkça rastlanmaktadır. Hiyerarşik amir kavramı, sicil verme yetkisini kasteden ve tanımını bulunan sicil amiri ile aynı anlama sahip değildir. Kanunda çoğul şekline yer verilen “âmir” kavramı, idare hukukumuzda sâdece askerî mevzuatta tanımlanmıştır. 211 sayılı Türk Silahlı Kuvvetleri (TSK) İç Hizmet Kanunu (m.9) ve 1632 sayılı Askeri Ceza Kanunu’na (m.13/2) göre, “Amir: Makam ve memuriyet itibarıyla emretmek yetkisini haiz kimsedir.” Askerlikte âmir, rütbe veya kıdem büyüklüğünü gösteren üst tabirinden farklı bir anlama sahiptir: Her üst âmir değildir. Bundan başka 6413 sayılı TSK Disiplin Kanunu’nda daha farklı bir olarak, “Amir: Kadro ve kuruluş yönünden bağlı bulunan kimse ile amir olarak yetkilendirilmiş olan diğer kişileri ... ifade eder” (m.3/1-a) şeklinde tanımlanmıştır.

Doktrinde âmir kavramı genellikle hiyerarşi konusu bağlamında açıklanmaktadır.<sup>[28]</sup> Yapılmış nadir tanımlardan birine göre, idari teşkilat içindeki hiyerarşik sıralanmış birbirine tâbi basamaklarda “üst derecedeki makamı işgal eden kişiye ‘âmir’ (...) denir.”<sup>[29]</sup> Başka bir yazar, “idari makam ya da kamu görevlisi ve memurlar üzerinde bu (=hiyerarşik) anlamda yetki kullanan makam veya kişiye ‘hiyerarşik üst/âmir’ denilir” şeklinde birer tanım vermektedir.<sup>[30]</sup>

[28] Siddık Sami Onar, *İdare Hukukunun Umumi Esasları I*, 3. Baskı (İstanbul: Hak Kitabevi, 1966), 598 vd.; Metin Günday, *İdare Hukuku*, 11. Baskı (Ankara: İmaj Yayınevi, 2017), 71; Ender Ethem Atay, *İdari Yargılama Hukuku*, (Ankara: Seçkin Yayınevi, 2021), 163 vd.

[29] Kemal Gözler, *İdare Hukuku I*, 3. Baskı (Bursa: Ekin kitabevi, 2019), 248.

[30] Atay, *İdari Yargılama Hukuku*, 171.

657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun âmirlerin görev ve sorumluluklarını açıklayan 10'ncu maddesinden hareketle âmir, görev yaptıkları "kuruluş ve hizmet birimlerinde kanun ve diğer mevzuatla belirlenen görevleri zamanında ve eksiksiz olarak yapmaktan ve yaptırmaktan, maiyetindeki memurlarını yetiştirmekten, hal ve hareketlerini takip ve kontrol etmekten görevli sorumlu olan kişi"ler olarak tanımlanabilir.

Maddenin 3. fıkrasında geçen "en yakın âmir" kavramının tekil şekline 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun dava, şikâyet ve müracaat hakkına ilişkin m.21/2 hükmünde rastlamaktayız. Bununla birlikte, açıklığından olsa gerek mevzuat ve literatürde en yakın amir kavramı da tanımlanmış değildir. Zira madde hükmünde geçen "silsile yolu" ifadesi dikkate alındığında "en yakın âmirin" üst derecedeki ilk hiyerarşik âmiri kastettiği anlaşılmaktadır.<sup>[31]</sup>

İYUK'un 4. maddesindeki "en yakın amirler" ibaresinin kaynağı, mülga 1602 sayılı AYİM Kanunu'nun "Dilekçelerin verilebileceği diğer yerler" başlıklı 37. maddesi hükmüdür. Askeri hizmetin niteliği dikkate alındığında, böyle bir düzenlemenin mahkemeye erişim yolunu kolaylaştırması açısından gâyet yerinde ve usûl ekonomisine uygun olduğu tartışmasızdır.<sup>[32]</sup> Açıkçası, yerleşim yerinden uzak kışlalarda veya arazide ve hatta sınır dışında bulunan birliklerde bulunan personelin dava dilekçelerini verebileceği mahkeme bulunmadığından dava açma sürelerini kaçırmaması, böylece hak kaybına uğramaları söz konusu olabilir. Bu bakımdan 3. fıkradaki "en yakın amirler" kavramının, mülga Kanun döneminde olduğu gibi fiziken en yakın değil hiyerarşik silsilede ilgilinin hemen üstündeki derecede yer alan sıralı âmirleri kastettiği ortadadır. Fıkra metninde çoğul ifade kullanılmış olup evrakın mutlaka "ilk amire" veya "en yakın (hiyerarşik) âmire" verilmesi şart koşulmamıştır. Yani ilgili daha yakın da olsa bazı sıralı âmirlerini

[31] Atay, *İdari Yargılama Hukuku*, 170; Selman Sacit Boz, A. Kadir İnce, G. Elif Büyükyıldırım ve Enis Acar, *Kamu Personel Hukuku* (Ankara: Adalet Yayınevi, 2021), 288 vd.; Tan Turgut ve Bayazıt Bahar, *İdare Hukuku*, 10. Baskı (Ankara: Turhan Kitabevi, 2021), 504.

[32] Kaplan, mülga AYİMK. m.37'deki dilekçelerin en yakın âmirlere verilebilmesine ilişkin düzenlemenin, asker kişilerin çalışma düzeni, disiplini, özelliği ve gerekleriyle açıklanabileceğini, asker kişilerin görev yerlerini terk etmekteki güçlük ve sakıncalar dikkate alınarak en yakın âmirlerine dilekçe verebilme imkânının tanındığını belirtmektedir. Kaplan, "Dilekçeler," 147-154.

atlayabilecektir.<sup>[33]</sup> Bu cümleden olarak, İYUK m.20/C'nin 3. fıkrasındaki “en yakın âmirler” kavramını, “idarenin hiyerarşi silsilesinde bir kamu görevlisine göre ilk ve sıralı üst derecedeki makamlara sahip emretme yetkisini haiz kişiler” veya kısaca “astın ilk ve onun üstündeki hiyerarşik âmirleri” olarak tanımlayabiliriz.

Bu noktada, çoğul “en yakın âmirlere” ifadesinin tekil “ilk âmire” ifadesinden daha isabetli ve kullanışlı olduğunu söyleyebiliriz. Bunun subjektif ve objektif sebepleri bulunmaktadır. Söz gelimi, her şeyden önce dilekçe sahibinin davası ilk ve/veya sıralı âmirlerin bir işlem veya eylemine, örneğin verdiği sicil notunun iptaline veya verdiği zararın tazminine ilişkin olabilir. Bu takdirde başvuran haklı olarak dilekçesini başka bir âmire vermek isteyebilir. Bu örnekte başvuranın gerekçesi subjektiftir. Diğer taraftan birçok hâlde ilk âmir görevi itibarıyla dilekçe ve evrak teatisi yapmaya yetkili ve muktedir makamda bulunmayabilir. Objektif duruma örnek vermek gerekirse, askerlik süresinin uzatılması işleminin iptalini talep edecek manga komutanı bir çavuş, ilk âmiri olan fakat yazışma yetkisi bulunmayan takım komutanındansa dilekçesini bölük komutanına vermeyi tercih edebilir. Yine ilk amirin o sırada görev yaptığı yer diğer sıralı amirlerinkine göre fiziken daha uzak ve fiilen ulaşılmaması güç olabilir.

## 2- Dilekçenin En Yakın Amirler Verilmesinde Önem Arz Eden Hususlar

En yakın âmirlerin sayısı ve hiyerarşik yeri dilekçe sahibinin konumuna ve uyumsuzluğa göre değişebilir. Bu, dilekçe verenin keyfi davranabilmesi ve kendine göre güven duyduğu her seviyedeki âmire başvurabilmesi anlamına gelmez. Takım komutanı bir üstteğmenin dilekçesini aynı garnizonda olsa bile ordu komutanına teslim etmesi, hem “en yakın âmirler” kavramı ile bağdaşmaz, hem de askeri hiyerarşi, terbiye ve protokol kurallarına ters düşer. Bununla birlikte, ne kadar uzak olursa olsun, böyle bir dava dilekçesini alan yüksek seviyedeki âmirin hak kaybına yol açmamak için dilekçenin ilgili yargı merciine gönderilmesini sağlaması gerekir. Bu takdirde de dilekçe ve diğer evrakın uzak âmire verildiği tarih dava açma tarihi olarak kabul edilmelidir.

[33] Kanun Koyucu, dilekçe ve belgelerin sâdece ve mutlaka sıralı ilk âmire verilmesini murat etse idi, DMK m.21 ve TSK İç Hizmet Kanunu m. 25 ve 27’de olduğu gibi “en yakın amir” tabirini kullanır ve gerektiğinde bunun atlanarak hiyerarşik silsiledeki müteakip amirlere başvuru yapılacağına işaret ederdi.

Maddenin 1. fıkrasının metninde doğrudan en yakın amirlere ifadesi kullanılmakta, silsile yolundan söz edilmemektedir. Hükmün lafzına bakıldığında, idari işlem veya eylem sıralı âmirleri ilgilendirse bile, örneğin bizzat tesis ettiği atama, ceza gibi işlem veya fiiline ilişkin olsa bile dilekçeler sözü geçen amire verilebilecektir. Oysa 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'na göre "Müracaat ve şikâyetler söz veya yazı ile en yakın amirden başlayarak silsile yolu ile şikâyet edilen amirler atlanarak yapılır m.21/2)". Bunun gibi, 211 sayılı TSK İç Hizmet Kanunu'nda da "şikâyet söz veya yazı ile en yakın amire, eğer bu amirden şikâyet olunacaksa bir derece üstündeki amire yapılır. Ve bunun gibi her şikâyet edilen amir geçilir" (m.27) hükmü vardır. Buna göre kamu görevlilerinin ve askerlerin belli bir amirden şikâyet bâbındaki dava dilekçelerini de o amiri atlayarak üstündeki yakın amire vermesi daha doğru olacaktır. Ancak davacı bilerek veya bilmeyerek bu belgeleri işlemi veya eylemi şikâyet edilen amire verse bile, kanaatimize göre bu amir reddetmeyerek ilgili mercie göndermek zorundadır; bu âmire başvuru tarihi yargı yerinin kayıt tarihi olarak kabul edilmelidir.

Dilekçeyi alan âmir öncelikle davacıya kayıt tarih ve sayısını gösteren imzalı ve mühürlü, pulsuz bir alındı kâğıdı vermelidir (İYUK m.6/2). Bunu müteakip amir aldığı dava dilekçesini hitap kısmında yazılı yargı mercie göndermelidir. Sözün gelişi, başlığında hitaben "İstanbul İdare Mahkemesi Başkanlığına gönderilmek üzere" yazılmış dilekçeyi, yetki/görevli merci yanlışlığı açık olsa bile, "Danıştay Başkanlığına" veya "Ankara İdare Mahkemesi Başkanlığına" gönderemez. Ancak, adres yanlışlığı veya böyle bir yargı yerinin bulunmaması gibi açık ve bariz maddi hatalar hariç tutulmalıdır.

Diğer bir husus, dava dilekçesinin en yakın âmire verilmesi hâlinde yargılama masraflarının akıbetidir. Normal şartlarda davacının dilekçesiyle birlikte yargılama giderlerinin makbuz, pul gibi belgelerini de vermesi gerekir. Ancak bu lâzimeyi yerine getirmemesi hâlinde âmir ilgiliyi uyarabilir ise de zorlayamaz; verilen dilekçeyi harç ve/veya posta belgeleri olmasa da ilgili yargı mercie göndermek zorundadır. Yargılama giderlerine âmirin ilgili yargı mercie göndermek için yaptığı posta giderleri de dâhildir. Davacının vermemesi hâlinde sevk gideri -ilerde yargı yerinin kararıyla talep ve mahsup edilmek üzere- idarenin resmi bütçe ve posta kaleminden karşılanmalıdır.<sup>[34]</sup>

[34] İdari yargıda harçlar ve diğer yargılama giderleri için bkz. Candan, *İdari Yargılama Usûlü Kanunu*, 325 vd., 925 vd.

Bununla beraber, iki istisnai hâlde yargılama giderlerine ilişkin belgelerin dilekçeyle birlikte ibrazı gerekmez. Bunların ilki davacının statüsü ne olursa olsun adli yardım talep etmesi hâlidir. Bu takdirde dava dilekçesini sevk masrafı yine idarenin kendi posta kaynağından karşılanır. İkinci istisna ise, askerlik hizmetinin özelliği gereği askeri öğrenciler ile yükümlü erbaş ve erlere tanınan muafiyetlerden kaynaklanmaktadır. Bu durumu harç ve posta giderleri bakımından ayrı ayrı inceleyelim. 6475 sayılı Posta Hizmetleri Kanunu'nun 14/3. ve Evrensel Posta Hizmetleri Yönetmeliği'nin 6/3. madde hükümlerine göre, askerî öğrenciler ile (sözleşmeli erbaş ve erler ile uzman erbaşlar hariç) erbaş ve erlerin 100 grama kadar ağırlıktaki gönderileri, özel hizmet ücretleri hariç, posta ücretinden muafır. Burada, mektup ve karpotalar gibi klasik posta araçları dikkate alınarak gönderinin belli bir ağırlığı aşmaması şart koşulmuş ise de, sonradan getirilen m.20/C'nin 2. hükmü karşısında yargılama evrakına ilişkin posta ücretinin tahakkukunda esnek davranmak yerinde olur. Yargılama harçlarına gelince, 492 sayılı Harçlar Kanunu'nun istisna ve muafiyetlere ilişkin ikinci bölümünün "Harçtan muaf olanlar" başlıklı 14. maddesinde, "Erler ve ihtiyaçları Devlet tarafından deruhde ve temin olunan onbaşı ve çavuşlar adliye işlemlerinden ötürü harçtan muafırlar." hükmü mevcuttur. Buna göre yükümlü statüsündeki erbaş ve erler davalar dahil her türlü adliye işlemine ilişkin harçtan muafır.<sup>[35]</sup> Burada, posta mevzuatına paralel olarak askeri öğrencilerin de kapsama alınmasının yerinde olacağı söylenebilir.

Altını çizmek gerekir ki dava dilekçesi, savunmalar ve diğer dilekçelerin İYUK m.4'de sayılan yerlere verildiği tarih, görevli ve yetkili idarî yargı merciine verildiği tarih olarak kabul edildiğinden,<sup>[36]</sup> en yakın âmire verilmesi de aynı etki ve sonucu sağlar. Bu bakımdan, dava açma süresi ile (savunma,

[35] Candan, *İdari Yargılama Usûlü Kanunu*, 341.

[36] Onar, *İdare Hukukunun Umumi Esasları III*, 1967-1968; Candan, *İdari Yargılama Usûlü Kanunu*, 300; Çakmak, "Dilekçelerin Kayda Giriş Tarihi," 149; Tan, *İdare Hukuku*, 1067; Zehreddin Aslan vd., *Açıklamalı ve İçtihatlı İdari Yargılama Usulü Kanunu*, 2. Baskı (Ankara: Seçkin Yayınevi, 2020), 110-111; Atay, *İdari Yargılama Hukuku*, 396 vd.; 128-129; Akyılmaz, Sezginer ve Kaya, *Türk İdari Yargılama Hukuku*, 128; Çağlayan, *İdari Yargılama Hukuku Dersleri*, 258; Halil Kalabalık, *İdari Yargılama Usulü Hukuku*, 15. Baskı (Ankara: Seçkin Yayınevi, 2021), 342; Tan ve Bayazıt, *İdare Hukuku*, 977-978.

temyiz vb.) diğer süreler dava dilekçelerinin ve diğer dava evrakının en yakın âmire verilmesiyle de kesilecektir.<sup>[37]</sup>

Son olarak, dilekçe ve belgelerin en yakın amirlere verilebilmesi, pratikte idari işlem ve eylemin ilgilendirdiği kişilerin kamu görevlisi ve yükümlülerin davacı olması hâlinde mümkündür. Bunların dışında kalanların kamuyla bağı ve hiyerarşi ilişkisi bulunmadığından zaten dilekçe verebilecekleri bir âmir söz konusu olamaz. Kısacası en yakın âmirlere dilekçe verebilen davacı ile işlemin ve eylemin ilgilendirdiği kamu personeli aynı kişi olmaktadır.

## B) DİLEKÇENİN EN YAKIN AMİRLERE VERİLEBİLMESİNİN HÂL VE ŞARTLARI

20/C maddesinin 3. fıkrasındaki kural, belli hâl ve şartlarla sınırlı olarak uygulanabilmektedir. Bunların her somut olgu ve olayda bir arada (kümülatif) olması aranmaktadır.<sup>[38]</sup>

[37] Onar, *İdare Hukukunun Umumi Esasları III*, 1967-1968; Tan, *İdare Hukuku*, 1077; Candan, *İdari Yargılama Usûlü Kanunu*, 299; Çağlayan, *İdari Yargılama Hukuku Dersleri*, 267; Aslan vd. *İdari Yargılama Usûlü Kanunu*, 110-111; Kalabalık, *İdari Yargılama Usûlü Hukuku*, 353; Kaplan, “Dilekçeler,” 147.

[38] Bu yönde, Gözübüyük, 53; Gözübüyük ve Tan, *İdare Hukuku II*, 106. AYİM’in kümülatiflikle ilgili kararları: 2.Daire, E.2013/213, K.2013/169, 13.02.2013, *Askeri Yüksek İdare Mahkemesi Dergisi (AYİMD)*, no.29 (2014), 37-39; 2. Daire, E.2013/41, K.2013/65, 23.01.2013, *AYİMD*, no.29 (2014), 40-43; 3. Daire, E.2010/688, K.2010/533, 15.04.2010, *AYİMD*, no.26 (2011), 93-96; 3.Daire, E.2010/542, K.2010/420, 25.03.2010, *AYİMD*, no.27 (2012), 95-97; 2. Daire, E.2012/928, K.2012/938, 17.10.2012, *AYİMD*, no.28 (2013), 41-43; 2. Daire, E.2013/213, K.2013/169, 13.02.2013, *AYİMD*, no.29 (2014), 37-39; 2. Daire, E.2013/41, K.2013/65, 23.01.2013, *AYİMD*, no.29 (2014), 40-43. Aynı yönde, UM Hukuk Bölümü, E.2015/179, K.2015/195, K.T. 6.4.2015; E.2016/33, K.2016/69, 15.2.2016; E.2016/73, K.2016/106, 15.2.2016; E.2015/955, K.2016/52, 15.2.2016, son üç karar için bkz. RG. 8.6.2016-29647.



## 1- İdari İşlem Veya Eylemin Askerî Hizmete İlişkin Olması Hâl ve Şartı<sup>[39]</sup>

### a) Genel Olarak Askeri Hizmet Kavramı

Maddenin 1. fıkrası gereği uyuşmazlık konusu idari işlem veya eylemin “askerî hizmete ilişkin” olması şarttır. Tersinden ifade edecek olursak, şayet işlem veya işlem askerî hizmete ilişkin değilse dilekçe ve belgeler en yakın âmirlere verilemez. Örneğin, askeri disiplin cezası alan bir takım komutanı bunun iptaline ilişkin dava dilekçesini bölük veya tabur komutanına verebilir. Buna karşılık belediyenin bir askeri lojmanı yıkması hâlinde, zarar askeri hizmete ilişkin bir eylemden kaynaklanmadığından dilekçenin amirlere verilmesi mümkün değildir.<sup>[40]</sup>

Bilindiği üzere 2017 yılında kaldırılıncaya kadar Anayasa'nın mülga 157'nci hükmü gereği askeri hizmete ilişkin idari işlem ve eylemlerden doğan uyuşmazlıkların yargı denetimi Askerî Yüksek İdari Mahkemesinde yapılmakta idi. Aynı hüküm mülga 1602 sayılı Kanun'un görev alanını düzenleyen 20/1. ve yargı yetkisini sınırlayan 21/1. maddelerinde de mevcuttu. Askeri idari yargıya son verilmesiyle beraber asker kişileri ilgilendiren ve askeri hizmete ilişkin işlem ve eylemlerden doğan uyuşmazlıklara –ayırım yapılmaksızın- genel idari yargıda bakılmaya başlanmıştır. Geçen zaman zarfında, uyuşmazlık konusu idari işlem veya eylemin Milli Savunma Bakanlığındaki (MSB) kamu görevlileri ile yükümlüleri ilgilendirmesi ve askeri hizmete ilişkin olması hâlinde, açılacak davalarda bazı özel usullerine gerek duyulduğu anlaşılmaktadır.

20/C maddesinin ilk fıkrasındaki “askerî hizmete ilişkin işlem ve eylem” kavramı hakkında gerekçede bir açıklama yapılmamıştır. Ancak gerek bazı ifadelerden yola çıkarak, gerek düzenlemelerin aynılığından dolayı bu kavramın doğrudan mülga Anayasa ve 1602 sayılı AYİM Kanunu hükümlerinden alındığını söyleyebiliriz. Bunun sonucu olarak da kavramın “askerî

[39] Burada *askeri hizmete ilişkinlik şartıyla* ilgili yaptığımız açıklamalar için bkz. Celâl Işıklar, “İdari Yargılama Usûlü Kanunu’na 24.06.2021 Tarih ve 7329 Sayılı Kanunla Eklenen 20/C Maddesi Hükümlerinin Değerlendirilmesi,” *AHBVÜ Hukuk Fakültesi Dergisi* 26, no.1, (Ocak, 2022), 354-359.

[40] Kaplan'ın verdiği örneğe göre de, asker kişiler mülki oldukları bir taşınmazın kamulaştırma işleminin iptaline ilişkin dava dilekçesini en yakın âmirlerine veremezler, Kaplan, *İdari Yargılama Hukuku*, 364.

hizmet”ten başlayarak geçmişteki anlamını araştırmak ve tatbikatını ortaya koymak yerinde olur.

Askerî hizmetin askerî mevzuatta doğrudan verilmiş tanımı bulunmamaktadır. Bununla beraber “hizmet” terimi 211 sayılı TSK İç Hizmet Kanunu’nun (İçHK) 6’ncı ve 1632 sayılı Askerî Ceza Kanunu’nun 12’nci maddelerinde “mevzuatın veya âmirin yapılmasını/yapılmamasını emrettiği işler” şeklinde tanımlanmıştır.<sup>[41]</sup> Ancak bu tanımların askerî hizmet kavramını aydınlatmaya elverişli ve yeterli olmadığı açıktır. Yine de 1632 SK m.2’deki tanımın sâdece Askerî Ceza Kanunu’nun tatbikatında geçerli olduğunu, buna karşılık idare hukuku alanında yetersiz de olsa İç Hizmet Kanunu’nda verilen tanımın ve bunun açılımının kullanılmasının gerektiğini kaydedelim. Bunun bir sebebi 211 sayılı Kanun’un idari nitelikte olması, ikincisi ise (TSK İç Hizmet Yönetmeliği ile birlikte) askerî hizmetin iç düzenini ve işleyişini bütün yönleriyle ve ayrıntılı olarak kurallandırmış olmasıdır.

Doktrine baktığımızda askerî hizmetin değişik şekillerde tanımlandığını görmekteyiz.<sup>[42]</sup> Bugün için askerî hizmet TSK dışında sınırlı da olsa Milli Savunma Bakanlığı bünyesinde de görülebilmektedir. Bu sebeple askerî

[41] Hizmet, 211 sayılı TSK İç Hizmet Kanunu m. 6’da; “Kanunlarla nizamlarda yapılması veyahut yapılmaması yazılmış olan hususlarla, amir tarafından yazı veya sözle emredilen veya yasak edilen işlerdir.” şeklinde, 1602 sayılı Askerî Ceza Kanunu m.12’de; “Bu kanunun tatbikatında (Hizmet) tabirinden maksat gerek malûm ve muayyen olan ve gerek bir amir tarafından emredilen bir askerî vazifenin madun tarafından yapılması halidir.” olarak tanımlanmıştır.

[42] Bu tanımlar için bkz. Lütfi Duran, “Askerî İdarenin Yargısal Görev ve Yetkisinin Sınırı,” içinde *İÜHF Onar Armağanı* (İstanbul: İÜ Yayını, 1977), 214; Serdar Özgüldür, *Askerî Yüksek İdare Mahkemesi Kararları Işığında Tam Yargı Davaları* (Ankara: Yetkin Yayınevi, 1996), 189-190; Süheyla Şenlen Sunay, *Askerî Yüksek İdare Mahkemesi ve Görev Kriterleri*, (İstanbul: Beta Yayınları, 1996), 152, 154; Sezai Aydınalp, “Askerî Yüksek İdare Mahkemesinin Görev Alanı Sorunu,” *AYİMD*, no.8 (1994), 28; Bedriye Şenol İspartalı, “Askerî İdari Eylemden Doğan Mali Sorumluluk,” (Yüksek lisans tezi, Dokuz Eylül Üniversitesi, 2009), 57 vd.; Celâl Işıklar, “Askerlik Yükümlülüklerinden Doğan Uyuşmazlıkların Yargısal Denetiminde Görev,” *Ankara Barosu Dergisi* 62, no.2, (2011), 151; Esendal Kızıloğlu, “Askerî Yüksek İdare Mahkemesinin Görev Alanı ve Görev Alanının Sınırları,” (Yüksek lisans tezi, Gazi Üniversitesi, 1989), 70; Osman Çelik, “Tarihsel Gelişimi ve Kararları Işığında Askerî Yüksek İdare Mahkemesi ve Sorunlarına Bir Yaklaşım,” (Yüksek lisans tezi, Gazi Üniversitesi, 1996), 179; Gürbüz Gümüştay, “Askerî İdari Yargının Görev Alanı,” (Yüksek lisans tezi, Gazi Üniversitesi, Ankara 2007), 77.

hizmeti salt TSK'ye özgü bir faaliyet olarak gören mevcut tanımları tekrarlamaktansa<sup>[43]</sup> daha kapsamlı bir şekilde yeniden tanımlamak gerekir AYİM Başsavcılığınca ve öğretide Özgüldür tarafından, ilgili mevzuat da dikkate alınarak yapılan birbirine yakın iki tanımdan hareketle, askerî hizmet; “TSK'nin, İç Hizmet Kanunu'nda belirtilen görevleri yerine getirebilmesi bakımından kanun, tüzük, yönetmelik ve yönergelerde belirtilen etkinlikler ile mevzuatta tanınması hâlinde âmirlerin takdir yetkisi içerisinde kalarak verdiği emirlerle yaptırdığı işler” olarak tanımlanabilir.<sup>[44]</sup>

Duran'ında belirttiği üzere, askeri hizmeti belirlerken yapan organ veya görevlilerin asker olmasına değil, faaliyetin bizzat kendisinin maddi ve fonksiyonel niteliğine bakılmalıdır. Bu bakımdan askeri makam ve kişilerin rolü olsa da milli güvenlik ve savunma hizmetleri ile askeri kuvvetlerin kolluk faaliyetlerinin siyasi ve sivil idari organ ve makamların görev ve yetki alanına giren boyutu, askerî hizmet kavramının kapsamı dışında kalmaktadır.<sup>[45]</sup> Bu bakımdan, milli güvenlik kavramının bir alt kavramı olan milli savunma kavramı, askeri hizmet ve askerlik dışında topyekün yurt içi savunma ve sivil savunma gibi unsurları da içeren geniş bir kapsama sahiptir. Dolayısıyla MSB'deki kamu görevlileri ve yükümlüleri ilgilendiren her türlü işlem ve

[43] Örneğin Duran'a göre, “askeri kesimde yapılan askeri nitelikteki olağan ve günlük faaliyet ve hizmetlerde oluşan veya oluşturulan maddi ve hukuki tasarruflardır.” (Duran, “Askeri İdarenin Yargısal Görev ve Yetkisinin Sınırı,” 214) ve Aydınalp'e göre, “devletin sivil sektöründe bulunmayan, sâdece Silahlı Kuvvetlerde ve Silahlı Kuvvetlerin kaynaklanan hizmetler dar anlamda, bunun dışındaki diğer tüm hizmetler ise geniş anlamda askeri hizmet” (Aydınalp, “Askeri Yüksek İdare Mahkemesinin Görev Alanı Sorunu,” 33-37) olarak tanımlanır. Bu ve benzeri tanımlarda askeri hizmetin sâdece TSK, askeri yönetim ve kesimde görüldüğü açıklanmaktadır. Oysa bizzat 20/C maddesinin 1. fıkrasında geçen “Milli Savunma Bakanlığı kadrolarında çalışan kamu görevlileri” ibaresinden de anlaşılacağı üzere TSK dışında ve asker olmayanlarca da askeri hizmete ilişkin işlem ve eylem tesisi mümkündür.

[44] Bu tanımın esas alındığı daha ayrıntılı tanım için bkz. AYİM Başsavcılığı'nın Uyuşmazlık Mahkemesinde olumlu görev uyumsuzluğu çıkarılması için verdiği 17.05.1989 tarih ve 1989/78 sayılı “Görevlilik Kararının Reddine İlişkin Karara Yapılan İtirazın Reddine Dair Kararı,” *AYİMD*, no.8 (1994): 170-175. Aynı geniş tanım için bkz. Özgüldür, *Tam Yargı Davaları*, 190.

[45] Duran, “Askeri İdarenin Yargısal Görev ve Yetkisinin Sınırı,” 214-215.

eylemin, Bakanlığın iş ve faaliyetleriyle ilgili olsa da 20/C maddesi kapsamında görülmesi mümkün değildir.<sup>[46]</sup>

AYİM ve Uyuşmazlık Mahkemesi kararlarına bakıldığında, münhasıran askeri hizmet kavramını tanımlamak yerine, aşağıda örneklerini vereceğimiz üzere askeri hizmete ilişkin olma şartının -kriterleri itibariyle- açıklanması yoluna gidildiği görülmektedir.

### **b) Askerî Hizmete İlişkinlik Unsuru**

Askerî hizmete ilişkin olmayı, kısaca idari işlem ve eylem ile askeri hizmet arasındaki bağ şeklinde tanımlayabiliriz. Daha açık bir anlatımla ilişkinlik, idari işlem açısından, işlemin askeri nitelikte ve askeri hizmet kapsamında yapılmış olmasını; “idari eylem açısından ise, askerî hizmet yürütülürken meydana gelen sonuç ile bu eylem arasındaki bağılılığı ifade eder.”<sup>[47]</sup> Bu da işlemin ve eylemin askeriliği demektir.

#### **i. İdari İşlemin Askeri Hizmete İlişkinliği**

Bir idari işlemin askeri hizmete ilişkin olması, o işlemin bir askeri hizmetin yürütülmesi veya yerine getirilmesi amacıyla yapılması demektir.<sup>[48]</sup> Ancak öncesinde bu işlemin asker kişiyi ilgilendirse ve askeri hizmete ilişkin olsa bile idari nitelikte bulunması gerektiği bilinen bir husustur.<sup>[49]</sup>

[46] Milli savunma ve askerlik hizmetleri ilişkisi için bkz. Halit Yılmaz, “Türk Silahlı Kuvvetleri Ve Milli Savunma Hizmeti,” *AÜ Hukuk Fakültesi Dergisi* 54, no.4, (2004): 413; Şenol İspartalı, “Askerî İdari Eylemden Doğan Mali Sorumluluk,” 62. Ayrıca Bkz. Yıldızhan Yayla, *İdare Hukuku*, (İstanbul: Beta Yayınevi, 2009), 24 vd.; Ramazan Yıldırım, *İdare Hukuku Dersleri II* (Konya: Mimoza Yayınları, 2010).

[47] Özgüldür, *Tam Yargı Davaları*, 193.

[48] Şenlen Sunay, *Askeri Yüksek İdare Mahkemesi ve Görev Kriterleri*, 128.

[49] Örneğin, bir asker yükümlünün atılan mermi sonucu vefatı ölümü sonucu ölüm yardımı ödenmesi talebiyle açılan davada, kamu tüzel kişisi olmayıp Medeni Kanun hükümlerine göre kurulmuş özel hukuk tüzel kişiliği bulunan Mehmetçik Vakfı Genel Müdürlüğünün ret işleminin kamu gücü kullanılarak tesis edilmediği gerekçesiyle, AYİM adli yargının görevli olduğuna karar vermiştir, AYİM 3.Daire, E. 2014/1407, K. 2014/1288, 23.10.2014, *AYİMD*, no.30 (2015), 53-54.

AYİM, askeri hizmete ilişkin olma kavramının tanımında, başlangıçta işlemin askeri makamlarca tesis edilmesi, askeri mevzuata dayanılması gibi kriterlere başvurmuş ise de, 1982 Anayasasına ve 2568 sayılı Kanunla AYİM Kanununa “askeri olmayan makamlarca tesis edilmiş olsa bile ibâresi konulduktan sonra işlemin niteliğine bakılması yönünden içtihadını geliştirmiştir. AYİM’in yerleşik içtihatlarına göre, “(e)ğer idari işlem askeri gereklere, askeri usul ve yönteme ve askeri hizmete göre tesis edilmiş ise bu işlemin askeri hizmete ilişkin olduğu kabul edilmelidir. Daha açık bir ifadeyle, askeri hizmete ilişkin idari işlemler: İdarenin bir asker kişinin askeri yeterlik ve yeteneklerinin, tutum ve davranışlarının askeri geçmişinin, asker kişi olmaktan kaynaklanan hak ve ödevlerinin; askerlik hizmetinin amacı, askeri görev yerlerinin özellikleri, askeri kural ve gerekler göz önünde tutularak değerlendirilmesi sonucunda tesis edilen işlemlerdir. İşlem, askeri olmayan bir makam tarafından tesis edilmiş olsa bile durum değişmemekte menfaati ihlal edilen asker kişinin açtığı davaya Askeri Yüksek İdare Mahkemesinde bakılması gerekmektedir.”<sup>[50]</sup>

[50] Bu ifadeler için bkz. AYİM 3. Daire, E.2010/688, K. 010/533, 15.04.2010, *AYİMD*, no.26 (2011), 93-96; AYİM 3. Daire, E.2010/542, K.2010/420, 25.03.2010, *AYİMD*, no.27 (2012), 95-97. Bu doğrultudaki diğer kararlar için bkz. 1. Daire, E.1991/2409, K.1991/2563, 5.11.1991, *AYİMD*, no.14, 201-202; 2. Daire, E.1993/42, K.1993/?, 3.2.1993, *AYİMD*, no.9, 89-91; 1. Daire, E.1996/5, K.1996/324, 24.4.1996, *AYİMD*, no.10, 289-291; 1. Daire, E.1999/121, K.1999/673, 22.6.1999, *AYİMD*, no.14, 199-201; 1. Daire, 2001/1289, K.2001/1234, 20.11.2001, *AYİMD*, no.17/K.1, 343-345; 3. Daire, E.2004/362, K.2005/235, 10.2.2005, *AYİMD*, no.20/K.1 (2005), 125-127; 3. Daire, E.2004/1580, K.2005/374, 10.3.2005, *AYİMD*, no.21 (2006), 130-133; 3. Daire, E.2005/1230, K.2005/1275, 17.11.2005, *AYİMD*, no.21 (2006), 135-138; 3. Daire, E.2006/1529, K.2006/1570, 14.12.2006, *AYİMD*, no.22 (2007), 127 vd.; 3. Daire, E.2007/633, K.2007/759, 31.05.2007, *AYİMD*, no.23 (2008), 179-181; 3. Daire, E.2007/48, K.2007/85, 18.1.2007, *AYİMD*, no.23 (2008), 177-179; 2. Daire, E. 2013/41, K.2013/65, 23.01.2013, *AYİMD*, no.29 (2014), 40-43. Bu kararlar için bkz. Gümüşay, “Askeri İdari Yargının Görev Alanı,” 85 vd.; Işıklar, “Görev,” 152, dp.50; Celâl Işıklar, *Türkiye’de Askerlik Usûlleri ve Askerlik İşlemlerine İlişkin İdari ve Adli Davalar*, (Ankara: Adalet Yayınevi, 2011), 297-298, dp.70. Ayrıca, 3. Daire, E. 2008/63, K. 2008/88, 17.01.2008, *AYİMD*, no.24/K.1 (2010), 97 vd.; 3. Daire, E.2012/161, K.2012/93, 19.01.2012 (*Burada ve aşağıda verilen AYİM kararları ile diğer kararlar aynı zamanda Yazarın özel matbu ve dijital dergi ve karar arşivinden alınmıştır.*)

Buna karşılık AYİM asker kişi olmakla beraber davacının yüksek öğreniminden dolayı derece- kademe intibakının yapılmaması ve bu suretle hak edilebilecek özel

Uyuşmazlık Mahkemesinin mülga 1602 sayılı Kanun'un 20/1. maddesiyle ilgili ilk dönem kararlarına bakıldığında, askeri hizmet kavramına genel ve soyut atıfla yetinildiği görülmektedir.<sup>[51]</sup> Buna karşılık Mahkemenin zamanla ve giderek istikrar bulacak şekilde, bir tanım yapmamakla beraber, askerî hizmete ilişkinlikle ilgili olarak yukarıda aktarılan AYİM'in argümanlarını genellikle aynen tekrarladığı söylenebilir.<sup>[52]</sup> Danıştay da, işlemin askeri

hizmet tazminatı, ek ve yan ödemelerin ödenmesi (2. Daire, E.2013/41, K.2013/65, 23.01.2013, *AYİMD*, no.29 (2014), 40-43); taraflar arasındaki kesinleşmiş mahkeme hükmüyle belirlenen nafaka borcunun haciz yoluyla kesilmesi (3. Daire, E.2010/542, K.2010/420, 25.03.2010, *AYİMD*, no.27 (20129, 95-97); asker kişinin şahsına sıkı sıkıya bağlı olmayan ve mirasçılara intikali mümkün bulunan şehit dul ve yetim aylığı gibi haklara ilişkin başvurunun reddi (3. Daire, E.2005/1230, K.2005/1275, 17.11.2005, *AYİMD*, no.21 (2006), 135-138) gibi işlemleri askeri hizmete ilişkin görmemiştir.

[51] Bu tip kararlara örnek, UM Hukuk Bölümü, E.1991/5, K.1991/6, 17.2.1991; E.1994/25, 1994/27, 14.11.1994; E.1997/41, 1997/38, 7.7.1997; E.1995/37, K.1995/39, 3.6.1995; E.2010/147, K.2010/137, 5.7.2010; E.2016/ 87, K.2016/138, 14.3.2016; E.2012/186, K.2013/10, 14.1.2013.

[52] Bu tespit için ayrıca bkz. Gümüşay, "Askeri İdari Yargının Görev Alanı," 63-64.

Uyuşmazlık Mahkemesinin, yukarıda AYİM'ce askeri hizmete ilişkin sayılan hâlleri benimsediği idari işlemlerle ilgili kararları: UM Hukuk Bölümü, E.1995/37, K.1995/39, 3.7.1995, RG. 31.7.1995-22360, s.32-33; E.1997/54, K.1997/52, 17.11.1997, RG. 14.12.1997-23200, s.22-26; E.1999/14, K.1999/15, 3.5.1999, RG. 8.6.1999-23719, s.45-49, E.2005/28, K.2005/57, 10.10.2005, bu kararlar için bkz. Gümüşay, "Askeri İdari Yargının Görev Alanı," 88; Işıklar, "Görev," 152, dp.52; Işıklar, *Askerlik Usulleri*, s.298 vd. Ayrıca E.1999/51, K.1999/55, 27.12.1999, *Askeri Adalet Dergisi* 29, Ocak 2001, s.110; 27.12.1999, E.2005/43, K.2004/52; 51/59, 4.10.2004; E.2007/566, K.2008/76, 3.3.2008; E.2008/160, K.2009/166, 6.7.2009; E.2010/155, K.2011/20, 7.2.2011; E.2010/79, K.2011/8, 7.2.2011; E.2013/1437, K.2013/1624, 11.11.2013; E.2013/103, K.2013/505, 8.4.2013; E.2015/19, K.2015/22, 26.1.2015; E.2015/659, K.2015/662, 28.9.2015; E.2015/767, K.2015/784, 30.11.2015; E.2016/230, K.2016/273, 9.5.2016 (Karar yayımlanmamıştır). Ayrıca E.2015/174, K.2015/533, 28.11.2016; E.2016/183, K.2016/534, 28.11.2016, bu iki karar için bkz. Akyılmaz, Sezginer ve Kaya, *Türk İdari Yargılama Hukuku*, 128, dp.22.

Buna karşılık UM Hukuk Bölümü, yaş haddinden dolayı TSK ile sözleşmesi feshedilen uzman erbaşın sivil memur olarak atandığı askerlik şubesindeki derece kademesine ilişik işlemi (E.2012/53, K.2012/80, 9.4.2012, RG. 2.5.2012-28280); KKK'da sivil memur olan davacının ek özel hizmet tazminatı verilmesi istemiyle yaptığı başvurunun

hizmete ilişkin olup olmadığının belirlenmesinde işlemin niteliğini göz önünde bulundurmıştır.<sup>[53]</sup>

## ii. İdari Eylemin Askeri Hizmete İlişkinliği

Bir idari eylemin askeri hizmete ilişkinliği ise o eylemin kanunların ve nizamların TSK'ye verdiği yetki ve görevlerin ifasına yönelik olması, yâni “askeri hizmet yürütülürken meydana gelen sonuçla bu eylem arasındaki bağılılığı ifade eder.”<sup>[54]</sup> Askerî nitelikteki idari eylem, “askerî kural ve gerekler çerçevesinde yürütülen askerî hizmet sırasındaki bir hareket, tutum veya meydana gelen olay ya da getirilen bir olay” olarak tanımlanabilir.<sup>[55]</sup>

AYİM uygulamasında, idari eylemin askeri hizmete ilişkin olması için, o eylemin, askeri makamlarca tesis edilmesi veya bir askeri hizmetin yerine getirilmesi sırasında meydana gelmesi aranmıştır.<sup>[56]</sup> AYİM'in askeri hizmete ilişkin idari eylemlerin kapsamını geniş tuttuğu söylenebilir. Bu bağlamda

---

reddine ilişkin işlem (E.2012/99, K.2012/90, 9.4.2012, RG. 2.5.2012-28280); askeri revir baştabipliğinde hemşire olan davacının intibakının geri alınmasına ilişkin işlemi (E.2012/100, K.2012/91, 9.4.2021, RG. 2.5.2012-28280); lojman ısı giderlerinin Yönetmelik'e göre paylaşılmasına ilişkin olarak asker kişi hakkında KKK.lığınca yapılan işlemi (E.2016/725, K.2017/73, 20.02.2017) askeri hizmete ilişkin görmemiştir.

- [53] Danıştay 10. Daire, E.1987/1332, K.1488/979, 2.6.1988, DD, S.72-73, s.685-686; Danıştay 10. Daire, E.1987/1332, K.1488/979, 2.6.1988, DD, S.72-73, s.685-686; Danıştay 8. Daire, E.1988/955, K.1989/465, 1.6.1989, DD, S.78-79, s.97-101; Danıştay, 5. Daire, E.1993/928, K.1993/1594, 13.4.1993, DD, S.261-262; DİDDGK, E.1989/378, K.1989/154, 27.10.1989, DD, S.78-79, s.97-101; Danıştay 10. Daire, E.1996/5023, K.1998/807, 24.2.1998, kararlar için bkz. Işıklar, “Görev,” 152, dp.52 ve *Askerlik Usulleri*, 298, dp.71. Ayrıca Danıştay 11. Daire, E.2013/316, K.2014/2317, 22.4.2014, Rukiye Kahya, “Askerî Personel İle İlgili İşlemlerde Yargısal Denetim,” (Yüksek Lisans Tezi, Kırıkkale Üniversitesi, 2015), 94.
- [54] Bu yönde, Özgüldür, *Tam Yargı Davaları*, 193. Bunun gibi, Gümüşay, “Askerî İdari Yargının Görev Alanı,” 91.
- [55] Bu tanım için bkz. Taner Candemir, “Askeri Yüksek İdare Mahkemesinin Görev Alanı,” *Danıştay Dergisi* 28-29, (1978): 2. Aynı yönde, Şenol İspartalı, “Askerî İdari Eylemden Doğan Mali Sorumluluk,” 57.
- [56] Gümüşay, “Askerî İdari Yargının Görev Alanı,” 90; Şenol İspartalı, “Askerî İdari Eylemden Doğan Mali Sorumluluk,” 57.

asker kişiyi ilgilendirmek kaydıyla; askeri sağlık ve tıbbi tedavi hizmetleri, terör eylemleri, lojmanlar dâhil mala yönelik eylemler, askerlik esnasındaki toplu spor müsabakalar ve sportif faaliyetleri, Olağanüstü Hal Kanunu'nun 21 ve 22'nci ve 5542 sayılı İl İdaresi Kanunu'nun 11. maddelerine göre yürütülen TSK'nin yardım faaliyetleri, askeri taşıt araçlarının kazaları gibi olay ve faaliyetler ile NATO'da görevli yabancı bir ülkenin müşterek askeri faaliyetler esnasında Türk askerlerine yönelik eylemlerden meydana gelen zararlar askeri hizmete ilişkin eylem olarak kabul edilmiştir.<sup>[57]</sup>

Askeri nitelikte olmayan bir mülki görevi ifasına bağlı eylem söz konusu ise askeri hizmete ilişkin eylemden bahsedilemez. Jandarma personelinin önleyici kolluk (asayiş) görevi cümlesinden olarak bir takip esnasında yaralanması hâli buna örnek verilebilir. Zira bu faaliyet jandarmanın suç işlenmesini önlemeye ve kamu düzenini sağlamaya yönelik mülki görevi kapsamındadır.<sup>[58]</sup>

UM'nin kararları da AYİM'inkilere paralel gerçekleşmiştir.<sup>[59]</sup>

[57] Bu konuda geniş açıklama ve örnek kararlar için bkz. Özgüldür, *Tam Yargı Davaları*, 194-210, 288-317, 91-106.

[58] AYİM 2. Daire, E.2013/213, K.2013/169, 13.02.2013, *AYİMD*, no.29 (2014), 37-39. Bunun gibi UM Hukuk Bölümü, E.2005/179, K.2005/195, 6.4.2005.

[59] Örneğin, UM hukuk Bölümü, askerlik görevini yaptığı sırada göğsünde tespit edilen kitle nedeniyle GATA Göğüs Hastalıkları kliniğinde yatarak tedavi görürken uygulanan ışın tedavisi sonucu felç kalma (E.2015/725, K.2015, 30.11.2015) veya sağlık hizmetlerinden dolayı uğranılan zarar (E.2012/577, K.2012/472, 24.12.2012 ve E.2012/265, K.202/285, 24.12.2012) sebebiyle asker kişinin askerlik hizmetini yapmakta iken ortaya çıkan hastalık sonucu oğulun ölümü (E.2003/89, K.2003/88, 17.11.2003, RG. 5.1.2004-25337) veya sakatlanması (E.2003/70, K.2003/82, 17.11.2003, RG. 5.1.2004-25337) veya oğulun askerde iken ölümü (E.2003/8, K.2003/10, 10.3.2003) sebebiyle ebeveynlerinin açtığı yahut görev sırasında ölen asker kişinin mirasçılarının nakdi tazminat verilmesi isteklerinin reddine ilişkin işlemin iptali (E.2003/99, K.2003/92, 17.11.2003, RG. 5.1.2004-25337) askerliğe elverişsiz olduğu halde askere alınıp terhis edilen yükümlünün askere sevk işleminden dolayı tazminat (E.2016/33, K.2016/69, 15.2.2016, RG. 8.6.2016-29647) veya (Askeri hastanede çalışan sivil memurun Bakanlar Kurulu kararında belirlenen adalet hizmetleri tazminatının ödenmesi isteğinin reddi (E.2016/73, K.2016/106, 15.2.2016) talepleriyle açılan davaların askerî idarî yargı yerinde çözümlenmesi gerektiğine karar vermiştir. Buna karşılık, vazife malûlü astsubayın malûliyet derecesine



### c) İdari İşlem ve Eylemlerden Doğan Uyuşmazlık Unsuru

Gerek “İdari işlem ve eylemlerden doğan uyuşmazlık” ifadesi, gerek bunların MSB’deki kamu görevlilerini ve yükümlülere ilgilendirmesi hâlinde bu kişilerin dava açabilecekleri, dolayısıyla 3. fıkrada sayılı yerlere dilekçe ve belge verebilecekleri açıktır. Ancak bunların ilgilendirdiği kişiler dışında kalanların davacı olup olamayacakları izaha muhtaçtır.

İdari işlem yönünden, kanaatimizce İYUK m.20/C-1’e göre yapılacak başvurunun da, AYİM uygulamasında olduğu gibi işlemin ilgilendirdiği kişi tarafından yapılması şart değildir. Örneğin askeri hizmet sırasında ölen bir askerine ebeveyni nakdi tazminat için Nakdi Tazminat Komisyonuna başvurabilir. Keza, mirasçılar, askerken ölen bir yakınlarının askerlik hizmetinin tespiti, şehit/gazi sayılması ve bu sebeplerle aylık verilmesi için müracaat etmiş olabilir. Bütün bu durumlarda işlemler asker kişileri ilgilendirmekte ve askeri hizmete ilişkin görünmektedir. Dolayısıyla sözü edilen yakınların davacı olabilecekleri kabul edilmelidir. Ancak bunların statüter bağ ve hiyerarşi ilişkileri bulunmadığından, amirlere başvurma imkânı tanınmış olmasının pratik bir fayda ve önemi yoktur.

Askeri hizmete ilişkin idari işlem birel bir işlem (karar) olabileceği gibi düzenleyici işlem de olabilir. Cumhurbaşkanı ve bakanlıklar tarafından hazırlanan yönetmelikler ve bunlara ilâveten diğer askeri makamlar tarafından hazırlanan yönerge, tebliğ gibi adsız düzenleyici işlemler, -askeri hizmete ilişkin olmak kaydıyla- kural olarak gerek askerleri gerekse MSB kadrolarında çalışan sivil kamu görevlilerini ilgilendirebilir.

AYİM kararlarında, askeri hizmete ilişkin idari eylem çoğunlukla kanun ve nizamlarla TSK’ye tanınan yetki ve görevlerin yerine getirilmesi amacıyla taşıyan, bu çerçevede emir komuta zinciri içerisinde gerçekleştirilen eylemler olarak kabul edilmiştir. AYİM’e göre, eylem ya askeriye makam, organ, görevli ve araçlarından kaynaklanmalı; ya da bir askeri hizmet ve organizasyonu gereği gibi yürütülmemesinden doğmalıdır. Aynı şekilde, her ne kadar AYİMK m.20/1’deki “askeri olmayan makamlarca tesis edilmiş olsa bile” ibâresine yer verilmemiş ise de, 20/C maddesindeki bahsi geçen eylemlerin askeri makamlar, hatta Milli Savunma Bakanlığı makamları tarafından yapılması şart değildir. Öyle ki idari eylem askeri hizmete katılan gönüllü ve arızı

göre aylık bağlanmaması (E.2015/955, K.2016/52, K.T.15.2.2016) gibi işlemlerden doğan uyuşmazlıklara genel idari yargıda bakılacağı kararlaştırılmıştır.

işbirlikçi tarafından bile gerçekleştirilmiş olabilir. Önemli olan idari işlemler gibi idari eylemlerin de kamu görevlilerini ve yükümlüleri ilgilendirmesi ve askeri hizmete ilişkin olmasıdır.

İdari eylemler bakımından hak ihlali arandığından kural olarak davacı, eylemin ilgilendirdiği, yâni eylemden zarar gören kişi olacaktır. Maddenin 1. fıkrasında sayılan bir kişi, örneğin yükümlü er askeri hizmete ilişkin idari eylem sonucu ölmüşse destekten yoksun kalanlar ile zarar gören yakınları -sübjektif ehliyetleri bulunduğu- doğrudan tam yargı davası açabileceklerdir. Bu takdirde aşağıda değineceğimiz üzere bunlar hakkında 20/C maddesi uygulanabilecektir.

Bu konudaki açıklamalarımızdan çıkan sonuç, 20/C maddesinin 1. fıkrasının tatbikatında “askeri hizmete ilişkin” işlem ve eylem kapsamının AYİM uygulamasına göre daha dar tutulacağıdır. Bizim tahminimiz ve beklentimiz, mülki görevlerle adli yargının çözümlenebileceği uyuşmazlıklara ilaveten birçok konunun eskisi gibi “askeri hizmete ilişkin” görülmeyeceği yönündedir. Örneğin, geçmişte “askeri hizmet” niteliği bulunmamakla beraber onunla sıkı sıkıya bağlı görülen ve sağladığı maddi hak ve imkânlardan dolayı askerleri ilgilendiren OYAK işlemlerinin artık 20/C maddesi kapsamında kabul edilmemesi mümkündür. AYİM döneminde bile Danıştayın kendi görev alanında saydığı Sosyal Güvenlik Kurumu'nun (eski TC Emekli Sandığı'nın) vazife malulü aylığı bağlanmaması işlemlerinin de aynı akıbete uğraması kuvvetle muhtemeldir. Öngörümüz, daha önceleri birçok uyuşmazlığı askeri hizmete ilişkin sayan Uyuşmazlık Mahkemesinden farklı olarak Bölge İdare Mahkemelerinin (BİM) ve Danıştayın AYİM uygulamasını belli ölçüde devam ettirmekle beraber, yukarıdakiler dâhil birçok konuda aksine hareket edeceğidir. Bu bakış açısına göre, en yakın âmirlere dilekçe verilebilecek hâllerin giderek sınırlandırılacağını söyleyebiliriz. Tek çekincemiz, en yakın âmirlere verilen dilekçelerden dolayı davaların süre aşımına uğraması ve davacıların hak kaybına sebebiyet verilmesidir.

## 2- İdari İşlem veya Eylemin Millî Savunma Bakanlığındaki Kamu Görevlilerini ve Yükümlüleri İlgilendirme Hâl ve Şartı<sup>[60]</sup>

### a) Millî Savunma Bakanlığındaki Kamu Görevlilerini ve Yükümlüleri İlgilendirme

20/C madde hükmünün uygulanabilmesi için askeri hizmete ilişkin uyuşmazlıkların, birinci fıkraya gereği “Millî Savunma Bakanlığı kadrolarında çalışan kamu görevlileri ile Askeralma Kanunu kapsamında askerlik hizmetini yerine getiren yedek subaylar ve yedek astsubaylar ile erbaş ve erleri ilgilendirmesi” gerekmektedir.<sup>[61]</sup>

Her şeyden önce MSB'deki kamu görevlileri ile yükümlülerin uyuşmazlık karşısındaki durumunu gösteren “ilgilendiren” teriminin ilgili olmaktan daha yoğun bağı ifade ettiğini söyleyebiliriz.<sup>[62]</sup> Demek istediğimiz, idari işlem ve eylemden doğan uyuşmazlık ile MSB'deki kamu görevlileri ve yükümlüler arasında basit bir ilgiden ziyade, aitlik ilişkisinin bulunmasıdır. Ancak bu aidiyetin iki yönü vardır. Burada ilgilendirme, bir yönüyle kime hitap ederse

[60] Maddenin 3. fıkrası çerçevesinde dilekçe verilebilecek âmirler ile uyuşmazlıkların ilgilendirdiği kişiler arasında statü ilişkisi bulunması gerektiğinden, burada yukarıda sözü edilen “İdari Yargılama Usûlü Kanunu’na 24.06.2021 Tarih ve 7329 Sayılı Kanun’la Eklenen 20/C Maddesi Hükümlerinin Değerlendirilmesi,” başlıklı makalemizin ilgili bölümü özetlenmekle yetinilmiş ve kamu görevlileri ile yükümlü askerleri kısaca açıklamak yeterli görülmüştür. Geniş bilgi için bkz. Işıklar, “İdari Yargılama Usûlü,” 362-381.

[61] Biz bundan sonra “Millî Savunma Bakanlığı kadrolarında çalışan kamu görevlileri ile Askeralma Kanunu kapsamında askerlik hizmetini yerine getiren yedek subaylar ve yedek astsubaylar ile erbaş ve erleri” ifade etmek üzere kısaca “MSB'deki kamu görevlileri ve yükümlüler” ibaresini kullanacağız.

[62] Sözlüklerde “ilgi” kelimesi, *iki şey arasındaki bağ, alâka, rabıta, ilişkin*; “ilgisi olmak” (*bir kimsenin*) *bir işle bağı, bir alâkası olmak*; bir oldurgan fiil olan “ilgilendirmek” ise *ilgili olmak, ilişkin olmak ilişkisi bulunmak* ve *bir şeyle ilgili kılmak* olarak tanımlanmaktadır. İlhan Ayverdi, *Misalli Büyük Türkçe Sözlük (Kubbealtı Lügatı)*, 2. Baskı (İstanbul: Kubbealtı Neşriyatı, 2006), 1385; Türkçe Sözlük, *Türk Dil Kurumu*, 10. Baskı (Ankara: TDK Yayını, 2010), s.955. Maddede bir sıfat-fiil olarak “ilgilendiren” ibaresi ait, ilişkin ve ilgili kılınan gibi anlamlara gelmekle, kanaatimizce daha basit ve gevşek bir bağı anlatan “ilgili olmak” fiiline ve “ilgili” sıfatına göre “aidiyet” gibi daha sıkı ve yoğun bir rabıtayı ifade etmektedir.

etsin bu kişilerce yapılan işlem ve eylemleri, diğer yönüyle ise kim tarafından yapılırsa yapılsın bu kişilere yönelik işlem ve eylemleri ifade etmektedir.<sup>[63]</sup>

Diğer bir husus MSB'deki kamu görevlileri ve yükümlüler şartının hukuki mahiyet ve kapsamını tespit ederken, her halükârda askeri hizmete ilişkinlik durumunun da dikkate alınması gerektiğidir.

Öncelikle askeri hizmete ilişkin uyuşmazlıklarda sâdece fıkrada sayılanların mı dava açabileceği, yoksa muhatabı bunlar olmakla beraber başkalarının dava açıp açamayacakları konusu ortaya konmalıdır. Başka bir ifadeyle, hükmün kapsama alanını tayin ve tespit için işlem ve eylemi yapanın sıfatı mı, yoksa işlem ve eylemin yöneldiği (=işlem ve eylemden etkilenen) kişi mi esâs alınmalıdır? Bu soruyu cevaplamadan önce, Kanun Koyucu'nun ilk bakışta bununla davacıları kastettiği söylenebilir. Buna göre, hüküm bizatihi hakkında askeri hizmete ilişkin idari işlem tesis edilen veya eylemden zarar gören kişilerin açacağı davalarda uygulanacaktır. Bu takdirde ilgilinin ölümü hâlinde onu ilgilendiren bir işlemden dolayı açılacak davada hükmün uygulanma şansı yoktur. Hâlbuki, örneğin şehit kabul edilmeme, terhis belgesi verilmeme, askerliğini yapmış sayılmama gibi hizmette esnasında ölen kişileri ilgilendiren işlemlere karşı yakınları tarafından veya menfaati ihlal edilenler tarafından dava açılması söz konusu olabilir. Bu itibarla “MSB'deki kamu görevlileri ve yükümlülere yönelik” işlem veya eylem ibâresini “MSB'deki kamu görevlileri ve yükümlüler ile ilgili” işlem veya “MSB'deki kamu görevlileri ve yükümlülere yönelik” eylem olarak anlamak yerinde olur.

Öte yandan, Kanun Koyucu bizzat ve sâdece işlemin veya eylemin muhatabı kişilerin dava açabileceklerini kastetseydi, bunları “ilgilendiren” yerine doğrudan doğruya “*Bu madde; Milli Savunma Bakanlığındaki kamu görevlileri ve yükümlüler ve askerî hizmete ilişkin idari işlem ve eylemlerden doğan uyuşmazlıklar hakkında uygulanır.*” şeklinde ifade edilirdi. Bu itibarla, “MSB'deki kamu görevlileri ve yükümlülere ilgilendirme” den anlaşılması gereken, davacı birinci fıkrada sayılanlardan olsun olmasın, idari işlemin tesisinde husus MSB'deki kamu görevlileri ve yükümlülerin göz önünde bulundurulması ve zarar doğuran eylemin bunlara yönelik olmasıdır. Sonuç olarak, askeri hizmete ilişkin olmak kaydıyla, hükmün normal

[63] İlgilendirmeyi “ilgili olmak” olarak anlayan Özgüldür'e göre de burada “ilgi” kelimesinin “kaypak ve geniş bir anlamı” bulunmakta ve benzer şekilde bir yandan asker kişilerce yapılmayı, diğer yandan bu kişileri yönelik olmayı ifade etmektedir. Özgüldür, *Tam Yargı Davaları*, 127.

şartlarda sâdece Maddede sayılanların şahsını ilgilendiren işlemlerden dolayı davacı olduğu uyuşmazlıklarda uygulanabilecektir. Ancak hükmün kısıtlı da olsa hukuki ve fiili imkânsızlık hâllerinde MSB'deki kamu görevlileri ve yükümlüleri ilgilendiren işlemlerden dolayı menfaati ihlal edilen başka kişilerin açacağı davalarda da uygulanabileceği kabul edilmelidir.<sup>[64]</sup>

Nitekim hükmün kaynağı olan 1602 sayılı Kanun'un tatbikatında, AYİM kuruluşunu takip eden ilk yıllarda davacının asker kişi olması kriterini aramış,<sup>[65]</sup> ancak ilerleyen yıllarda bunu yetersiz bulmuş ve "genişletici bir yorumla idari işlemin asker kişi göz önünde tutularak tesis edilmiş olması kriterini benimsemiştir."<sup>[66]</sup>

Bu noktada belirtelim ki "MSB'deki kamu görevlileri ve yükümlüleri ilgilendiren işlem" kavramından, öncelikle davacının bu kişilerden olması

[64] Buna karşılık, Kanun'un tasarısına bakılarak Bakanlık ve Genelkurmay Başkanlığı'nda çalışan kamu görevlileri ve asker kişilerin 20/C kapsamında en yakın âmirlere de dilekçe verebileceği ifade edilmiştir. Kaplan, *İdari Yargılama Hukuku*, 364.

[65] AYİM üyeliği yapmış olan iki yazarın bu yöndeki tespit ve gözlemleri için bkz. Özgüldür, *Tam Yargı Davaları*, 176 vd.; Gümüşay, "Askeri İdari Yargının Görev Alanı," 65. Uzun yıllar AYİM mensubiyeti bulunan yazarın gözlemi de bu doğrultudadır. Aynı doğrultuda, AYİM 3. Daire, 06.11.1973, 1908/721; 2.D Daire., 10.12.1987, 231/212, *AYİMD*, no.7/K.1, s.112-114; 1.D Daire., 27.06.1995, 278/729, *AYİMD*, no.10, 283-284. Işıklar, "Görev," 151 ve *Askerlik Usûlleri*, 296.

[66] Bu ifade için bkz. Gümüşay, "Askeri İdari Yargının Görev Alanı," 65. Bu doğrultuda kararlara örnek: 3. Daire, E.2006/1424, K.2006/1314, 2.11.2006, *AYİMD*, no.22 (2007), 121 vd.; 3. Daire, E.2006/1529, K.2006/1570, 14.12.2006, *AYİMD*, no.22/K.1 (2007), 127 vd.; 3. Daire, E.2006/1266, K.2006/1136, 12.10.2006, *AYİMD*, no.22/K.1 (2007), 131 vd.; 3. Daire, E.2007/48, K.2007/85, 18.1.2007, *AYİMD*, no.23 (2008), 179 vd.; 3. Daire, E.2008/1189, K.2008/1390, 25.12.2008, *AYİMD*, no.24/K.1 (2010), 95 vd.; 3. Daire, E. 2008/63, K. 2008/88, 17.1.2008, *AYİMD*, no.24/K.1 (2010), 97 vd.; 2. Daire, E.2009/1043, K.2009/1000, 30.09.2009, *AYİMD*, no.25 (2010), 100-102; 3. Daire, E. 2010/688, K. 2010/533, 15.4.2010, *AYİMD*, no.26 (2011), 93-95; 3. Daire, E.2010/542, K.2010/420, 25.3.2010, *AYİMD*, no.26 (2011), .95-97; 2. Daire, E.2012/928, K.2012/938, 17.10. 2012, *AYİMD*, no.27 (2012), 41-43; 2. Daire, E.2013/213, K.2013/169, 13.02.2013, *AYİMD*, no.29 (2014), 37-39; 2. Daire, E. 2013/41, K.2013/65, 23.01.2013, *AYİMD*, no.29 (2014), .40-43; 2. Daire, E.2014/593, K.2014/525, 2.4.2014, *AYİMD*, no.30 (2015), 50 vd. Diğer kararlar için bkz. Gümüşay, "Askeri İdari Yargının Görev Alanı," 63 vd.; Işıklar, "Görev," 151; Işıklar, *Askerlik Usûlleri*, 296.

gerektiği çıkarımı yapılabilir. Bununla birlikte kavramdan, davacının bu kişilerden olup olmadığına bakılmaksızın, askeri hizmete ilişkin işlemin tesisinde Maddede sayılanların hizmet yönünden beceri, yeterlik ve yeteneklerinin, hâl ve hareketlerinin, hizmet safahatının, yetki, hak ve ödevlerinin göz önünde tutulması ile işlemin doğrudan doğruya bu kişiler göz önünde tutularak yapılması, bunların hak ve menfaatlerini etkilemesi gibi hâller anlaşılabilir.<sup>[67]</sup>

Keza işlem düzenleyici işlem şeklinde de tesis edilmiş olabilir. Askeri hizmete ilişkin düzenleyici işlemlere karşı, MSB kadrolarında çalışan kamu görevlilerini ve yükümlülere ilgilendirdiği takdirde gerek bu kişiler ve kanatimize göre gerekse bu kişilerin dışında kalanlar dava açabilir. Buna sivil memurların üye oldukları sendikalar ile barolar gibi tüzel kişiler örnek verilebilir.<sup>[68]</sup> Bu takdirde, hükmün lafzına bakarak, kamu idaresiyle hiyerarşik bağı bulunmayan bu kuruluşların da dava evrakını en yakın âmirlere verebileceğini savunmak hükmün amacı ve mantığı ile bağdaşmaz.

Bir idari eylemin “MSB’deki kamu görevlileri ve yükümlülere ilgilendirmesini ise, eylemin bu kişilere yönelmesi, yâni eylemden doğan maddi ve/veya manevi zararın bizzat bu kişilerin vücut bütünlüğü ve mal varlığı üzerinde gerçekleşmesi olarak açıklayabiliriz.<sup>[69]</sup> Burada, asker kişinin ölümü

[67] Bu paralelde AYİM kararlarındaki benzer tespitler için bkz. Mustafa Şahin, “Kişi Yönünden Askeri Yüksek İdare Mahkemesinin Görev Alanı”, *Danıştay Dergisi* 30-31, (1978): 45; Erol Alpar, “Askeri Yüksek İdare Mahkemesi’nin Yargılama Yetkisi ve Sınırlandırılması”, *Amme İdaresi Dergisi* 21, no.1 (1998): 44; Taner Candemir, “Askeri Yüksek İdare Mahkemesinin Görev Alanı”, *AYİM Dergisi* 7, no. 1 (1993): 16; Çelik, 175; Gümüşay, “Askeri İdari Yargının Görev Alanı”, 150.

[68] Yargı yerlerince sendikaların Sendikalar Kanunu uyarınca üyelerin haklarıyla ilgili dava açabilecekleri kabul edildiği gibi, baroların 1136 sayılı Avukatlık Kanunu’na göre hukukun üstünlüğünü sağlamak için askeri hizmete ilişkin düzenleyici işlemler aleyhine dava açmaları mümkündür. Baroların dava ehliyetinin kabul edildiği kararlar: DİDDK, E.2020/1033, K.2020/3395, 23.12.2020, erişim 18 Aralık 2021, <https://istanbulbarosu.org.tr/HaberDetay>; DİDDK, YD İtiraz No:2009/1005, YD Kabul Kararı; 10.12.2019; DİDDK, E.2004/2163, K.2004/788, 7.10.2004; DİDDK, E.2002/925, K.2003/409, 6.6.2003; DİDDK, E.2001/176, K.2001/624, 14.9.2001; DİDDK, E.2003/417, K.2005/234, 7.4.2005; DİDDK, E. 2009/1005, 10.12.2009, bu kararlar için bkz. [erişim](https://www.izmirbarosu.org.tr) 28 Aralık 2021, <https://www.izmirbarosu.org.tr>.

[69] 1602 sayılı Kanun yürürlükte iken “İdari eylemin asker kişiyi ilgilendirmesi” şartı da bu paralel de anlaşılmıştır: Candemir, “Danıştay,” 31; Şahin, “Görev Alanı”, 44;

hâlinde yakınlarının manevi zarara ve destekten yoksun kalanların ise maddi zarara ilişkin tazminat taleplerinin, “halefiyet” esâsına göre intikal eden bir hakka değil bizzat kendilerine ait bir hakka dayandığının altını çizelim.<sup>[70]</sup>

Uyuşmazlık Mahkemesi de AYİM’e paralel bir şekilde önceleri davacının asker kişi olması görüşünü benimsemiştir.<sup>[71]</sup> Uyuşmazlık Mahkemesi 1990’ların ortalarından itibaren istikrar kazanan kararlarında ise, davacının asker kişi olması şartını terk ederek işlemin veya eylemin asker kişileri ilgilendirmesini gerektiğine hükmetmiştir. Mahkemenin sonraki dönemde iki kriterin birlikteliğini gözetmekle kalmayıp askeri hizmete ilişkinliği ön planda tuttuğu ve bu çerçevede asker kişileri ilgilendiren askeri hizmete ilişkin işlem ve eylem kavramının kapsamını genişlettiği söylenebilir.<sup>[72]</sup>

Bundan başka mülga 1602 SK m.20/2’de hizmetten ayrılmış olan personel de da askeri kişiler arasında sayılmakta idi. Açıkça belirtilmemekle beraber görevde iken işlem veya eyleme muhatap olan, fakat başvuru esnasında

---

Özgüldür, *Tam Yargı Davaları*, 177.

Özgüldür’e göre, AYİM ve UM uygulaması da bu doğrultuda olmuştur, Özgüldür, *Tam Yargı Davaları*, 176-177. Bu doğrultuda AYİM 2. Daire, E.2008/813, K.2009/532, K.T. 6.5.2009, *AYİMD*, no.25 (2010), 109; 2.Daire, E. 2013/213, K.2013/169, 13.02.2013, *AYİMD*, no.29 (2014), 37-39 ve UM Hukuk Bölümü, E.2002/29, K.2002/51, 7.10.2002, Şenol İspartalı, “Askeri İdari Eylemden Doğan Mali Sorumluluk,” 109.

[70] Bu konuda bkz. Hâluk Tandoğan, (*Mukayeseli Hukuk, Hususiyle Türk – İsviçre ve Alman Hukuku Bakımından*) *Üçüncü Şahsın Zararının Tazmini* (Ankara: AÜHF Yayını, 1963), 1-9’a atfen Özgüldür, *Tam Yargı Davaları*, 181-182. Bu doğrultuda, UM, Hukuk Bölümü, E.2003/8, K.2003/10, 10.3.2003.

[71] Bu tespit için bkz. Özgüldür, *Tam Yargı Davaları*, 176-177. Davacının asker kişi olmasının arandığı kararlara örnek, UM Hukuk Bölümü, E.1982/3, K.1983/4, 17.01.1983; E.1991/19, K.1991/20, 10.10.1991; E.1984/43, K.1984/44, 26.6.1984

[72] Bu doğrultuda, örneğin müteveffa bir astsubayın asker kişi olmayan dul eşinin askeri hastaneye bağlı özel bakım merkezine kabul edilmemesine ilişkin işlemin iptali açtığı davada AYİM görevli görülmüştür: UM Hukuk Bölümü, E.2004/51, K.2004/59, 4.10.2004. Davacının asker kişi olmasının aranmadığı diğer kararlar için bkz. UM Hukuk Bölümü, E.2004/99, K.2004/91, 6.12.2004 ; E.2007/539, K.2008/65, 3.3.2008; E.2013/1835, K.2014/149, 3.3.2014; E.2015/122, K.2015/139, 2.3.2015; E.2015/256, K.2015/267, 6.4.2015; E.2015/ 258, K.2015/277, 4.5.2015, bu kararlar için bkz. erişim <https://kararlar.uyusmazlik.gov.tr/de/kararlar> bilgi bankası.

görevden ayrılmış personelin de 20/C maddesi kapsamında olduğunu söyleyebiliriz. Aksinin kabulü, ayırma, fesih, ihraç, ölüm gibi hâllerde işlem veya eyleme muhatap olan kamu görevlileri ile yükümlüler hakkında madde hükmünün tatbik edilememesi demektir. Durum böyle olmakla birlikte ayrılmış personelin artık hiyerarşik ilişkisi bulunmayan amirlere evrak vermesi hukuka ve akla uygun görülmebilir. Kanaatimize göre statüter bağ kopmuş olsa bile zaruret hali söz konusu ise dilekçeler son görev yerindeki amirlere verilebilmelidir. Faraza asker kişinin yurt dışında veya ücra bir yerdeyken ilişkisi kesilmiş olsun. Bu takdirde ilgililer nasıl İYUK m.11'e göre işlemin kaldırılması ve değiştirilmesi için idareye başvurabiliyorlarsa, dava dilekçelerini de son amirlerine verebilmelidir. Hiç şüphe yok ki, işlem ve eylem statüye girmeden önceki veya statüden çıktıktan sonraki durum itibarıyla gerçekleşmiş ise artık açılan davada bu madde hükümleri tatbik edilemez.<sup>[73]</sup>

## **b) İlgili Millî Savunma Bakanlığındaki Kamu Görevlileri ve Yükümlüler**

Maddenin birinci fıkrası uyuşmazlıkların ilgilendirildiği kişiler konusunda “Millî Savunma Bakanlığı kadrolarında çalışan kamu görevlileri ile Askeralma Kanunu kapsamında askerlik hizmetini yerine getiren yedek subaylar ve yedek astsubaylar ile erbaş ve erler” ibaresine yer vermiştir. Buna göre ilgililerin tespitinde kamu görevlileri yönünden MSB teşkilatının, yükümlüler yönünden ise doğrudan belli statüdeki kişilerin esas alınması gerekmektedir.

### **i. Millî Savunma Bakanlığında Çalışan Kamu Görevlileri**

Maddede sâdece “TSK kadrolarında” değil, bundan daha geniş olarak “Millî Savunma Bakanlığı kadrolarında” çalışan tüm kamu görevlileri kapsama alınmıştır. Burada kamu görevlileri ifadesi daimi ve sözleşmeli statüde

[73] Asker kişi olma sıfatı sona eren davacı, disiplin affından yararlandırılmayarak yeniden TSK'ye alınmama işleminin iptalini talep etmiş olduğundan idari işlemin “asker kişiyi ilgilendirme” şartının gerçekleşmediği hakkında, AYİM 2. Daire, E.2014/593, K.2014/525, 2.4.2014 AYİMD, no.30 (2015), 50-53; henüz askeri öğrenci statüüne girmemiş olan adayın ön sağlık işleminin iptali davasında “asker kişiyi ilgilendirme” şartının gerçekleşmediği anlaşılma ile davanın görev ve çözüm yerinin AYİM olmayıp Genel İdari Yargı Yeri olduğu hakkında, AYİM 2. Daire, E.2012/928, K. 2012/938, 17.10. 2012, AYİMD, no.28 (2013), 41-43.



çalışan (askerlik yükümlüleri ve askerler öğrenciler hariç) tüm askerleri ve (işçiler hariç) sivil personeli kapsamaktadır.

Bilindiği üzere idare hukuku uygulamasında önemli ve esas olan genel idare esaslarına göre kamu hizmetlerinin gerektirdiği asli ve sürekli görevleri yürüten görevliler, yâni dar anlamda kamu görevlisi kavramıdır. Dolayısıyla seçimle iş başına gelenler ile askerlik yükümlüleri geniş anlamda kamu görevlisi olduklarından buraya dâhil edilemezler.<sup>[74]</sup>

Milli Savunma Bakanlığı da merkezi/genel idarenin içinde yer almaktadır. 1 sayılı CBK'da Milli Savunma Bakanlığı'nın, merkez, taşra ve yurtdışı teşkilatından oluştuğu belirtilmektedir (m.337). Hemen takip eden 338. maddede Genelkurmay Başkanlığı ve Kuvvet Komutanlıkları düzenlenmiştir. 2016'daki darbe teşebbüsünden sonraki süreçte Genelkurmay Başkanlığı ile Kara, Deniz ve Hava Kuvvetleri Komutanlıklarının Milli Savunma Bakanı'na bağlı hâle getirilmiş bulunmaktadır.<sup>[75]</sup> Dolayısıyla eskiden genel idare içinde

[74] Bkz. Tan, *İdare Hukuku*, 495; Günday, *İdare Hukuku*, 580; Bahtiyar Akyılmaz, Murat Sezginer ve Cemil Kaya, *Türk İdare Hukuku*, 14. Baskı (Ankara: Savaş Yayınevi, 2021), 663-664; İsmet Giritli, Pertev Bilgen, Tayfun Akgüner ve Kahraman Berk, *İdare Hukuku*, 7. Baskı (İstanbul: Der Yayınları, 2015), 658; Tayfun Akgüner, *İdare Hukuku Dersleri*, 2. Baskı (İstanbul: Der Yayınları, 2017), 195; Ramazan Çağlayan, *İdare Hukuku Dersleri*, 9. Baskı (Ankara: Adalet Yayınevi, 2021), 494 vd.; Ender Ethem Atay, *İdare Hukuku*, 6. Basiya Ek Tıpkı Bası (Ankara: Turhan Kitabevi, 2019), 847-848; Mehmet Rauf Karşlı, *İdare Hukukunda Kamu Görevlisi Kavramı* (İstanbul: Oniki Levha Yayıncılık, 2016), 4; Kemal Gözler ve Gürsel Kaplan, *İdare Hukuku Dersleri*, 22. Baskı (Bursa: Ekin Kitabevi, 2020), 559; Boz, İnce, Büyükyıldırım ve Acar, 41 vd.; Yıldırım ve Çınarlı, *Türk İdari Yargılama Hukuku*, 246 vd.; Tan ve Bayazıt, *İdare Hukuku*, 471; Turan Yıldırım, Melikşah Yasin, Nur Kaman, Eyüp Özdemir, Gül Üstün, H. Melih Çakır ve Özge Okay Tekinsoy, *İdare Hukuku*, 8. Baskı (İstanbul: Onikilevha, 2020), 261 vd.; Hasan Nuri Yaşar, *İdare Hukuku-Genel Esaslar*, 3. Baskı (İstanbul: Der Yayınları, 2016), 663 vd.

[75] Geçmişte birçok cepheden farklı bir hukuki yapısı bulunan Türk Silahlı Kuvvetleri artık tamamen MSB teşkilatı içinde yer almaktadır. 15 Temmuz 2016 tarihinde gerçekleşen darbe teşebbüsünü takiben ilan edilen olağanüstü hâl çerçevesinde, önce 668 sayılı KHK ile Jandarma ve sahil güvenlik kuruluşları TSK'nin bir parçası olmaktan çıkarılarak tamamen İçişleri Bakanlığının bünyesine alınmıştır. Ardından 669 sayılı KHK ile Kara, Deniz ve Hava Kuvvetleri Komutanlıkları Milli Savunma Bakanı'na; Harp Okulları ile askeri okullar yeni kurulan Milli Savunma Üniversitesi Rektörlüğü'ne bağlanmıştır. Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sistemine geçişle beraber 10.07.2018 tarihinde yürürlüğe giren 1 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi'nde,

sivil otoriteye tâbi, fakat özerk bir teşkilat<sup>[76]</sup> olarak kabul edilen Türk Silahlı Kuvvetleri, bugün artık idari ve mali olarak tamamen merkezi idare ve Milli savunma Bakanlığının hiyerarşi yapısı içinde yer almaktadır.<sup>[77]</sup>

1 sayılı CBK'sinde “Bakanlıkların temel kuruluşları ve hiyerarşik kademeler” başlıklı 509. maddesinin birinci fıkrasında genel bir hüküm olarak “Bakanlıklar, merkez teşkilatı ile ihtiyaca göre kurulan taşra ve yurtdışı teşkilatından ve bağlı, ilgili ve ilişkili kuruluşlardan meydana gelir.” kuralına yer verilmiştir. Çoğu kurum ve kuruluşun, hangi bakanlığa bağlı veya bakanlıkla ilgili ve ilişkili olduğu 4 sayılı Bakanlıklara Bağlı, İlgili, İlişkili Kurum Ve Kuruluşlar İle Diğer Kurum ve Kuruluşların Teşkilatı Hakkında Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi'nde gösterilmiştir.

Buna göre, Milli Savunma bakanlığı kadrolarında bulunan ve kamu görevlisi istihdam eden kurum ve kuruluşlar şunlardır:

- *Genelkurmay Başkanlığı ile Kara, Deniz ve Hava Kuvvetleri Komutanlıkları: Tüzel kişilikleri yoktur. Bağlı kuruluşlardır.*
- *Harita Genel Müdürlüğü: Tüzel kişiliği yoktur (4 s. CBK m.169, 657 sayılı Harita Genel Müdürlüğü ile İlgili Bazı Düzenlemeler Hakkında Kanun m. 8).*
- *Millî Savunma Bakanlığı Akaryakıt İkmal ve NATO POL Tesisleri İşletme (ANT) Başkanlığı:[78] Tüzel kişiliği vardır. Bağlı kuruluştur (4 s. CBK m.318).*
- *Millî Savunma Üniversitesi: Kamu tüzel kişiliği vardır. Bağlı kuruluştur (31.07.2016 tarihinde yürürlüğe giren 669 sayılı Olağanüstü Hâl*

---

eskisi gibi Kara, Deniz ve Hava Kuvvetleri Komutanlıklarının Milli Savunma Bakanı'na bağlı olması esâsı korunurken Genelkurmay Başkanı'nın Cumhurbaşkanı'na bağlı olduğu teyit edilmiştir. Ancak 15.07.2018 tarihli ve 4 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi'yle değişiklik yapılarak, Genelkurmay Başkanı, Milli Savunma Bakanı'na bağlanmıştır (m.37).

[76] Tan, *İdare Hukuku*, 130-131.

[77] Tan ve Bayazit, *İdare Hukuku*, 122-123.

[78] CBK'lardan hareketle düzenlenen bağlı, ilgili ve ilişkili kurum kuruluşları gösteren liste için bkz. Akyılmaz, Sezginer ve Kaya, *Türk İdare Hukuku*, 230-235 ve ayrıca dp.214.

*Kapsamında Bazı Tedbirler Alınması ve Milli Savunma Üniversitesi Kurulması ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Hükmünde Kararname, aynen kabul 09.11.2016 tarih ve 6756 SK).*

Bunlardan başka tüzel kişiliği bulunan Makine ve Kimya Endüstrisi Anonim Şirketi bir özel hukuk tüzel kişisi (30.06.2021 tarih ve 7330 sayılı Makine ve Kimya Endüstrisi Anonim Şirketi Hakkında Kanun) ile Askeri Fabrika ve Tersane İşletme Anonim Şirketi (ASFAT A.Ş.) (12 Ocak 2018 tarihinde 1325 sayılı Askeri Okullar, Askeri Öğrenciler, Askeri Fabrikalar ve Bazı Düzenlemeler Hakkında Kanun) MSB'nin teşkilat yapısı içinde gösterilmekle beraber<sup>[79]</sup> bunların asli personeli işçi statüsündedir. Ancak esasen doğrudan askeri hizmet yürütmeyen Şirket'in yönetim kurulu üyeleri 399 sayılı KHK çerçevesinde kamu görevlisi sayılabilir.

Özetlersek, Milli Savunma Bakanlığı'nda çalışan kamu görevlileri; a) 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu (DMK)'na tâbi memurlar ile diğer sözleşmeli personel, b) 926 sayılı TSK Personel Kanunu ve TSK İç Hizmet Kanunu'na tâbi muvazzaf ve 4678 sayılı Kanun'a tâbi sözleşmeli subay ve astsubaylar, c) 3269 sayılı Uzman Erbaş Kanunu'na tâbi uzman erbaşlar, d) 6191 Sözleşmeli Erbaş ve Er Kanunu'na tâbi sözleşmeli erbaş ve erler, e) Başta MSÜ olmak üzere diğer MSB kadrolarındaki 2914 sayılı Yükseköğretim Personel Kanunu'na tâbi öğretim elemanları, f) 399 ve 375 sayılı KHK ile diğer mevzuata göre istihdam edilen üst yöneticiler ile sözleşmeli personelinin oluşmaktadır.

## **ii. Maddede Statüleri İtibariyle Gösterilen kişiler: Yükümlüler<sup>[80]</sup>**

Bu grubu Anayasanın 72'nci maddesinde öngörülen vatan hizmetini ifa etmek silah altına alınan askerlik yükümlüleri oluşturmaktadır. Bunların ilki 7179 sayılı Askeralma Kanunu kapsamında subay ikamesi olarak görev yapmak üzere yedek subay ve yedek astsubaylardır. Esasen bunlar subay ve astsubay nasbedildikten sonra artık bir kamu görevlisi sıfatını taşırlar. İkinci grubu ise yine 7179 sayılı Askeralma Kanunu uyarınca askerlik hizmeti gördürülen erbaş ve erlerdir.

[79] Bkz. Milli Savunma Bakanlığı Teşkilat Şeması Erişim 25 Aralık 2021, <https://www.harita.gov.tr/Teşkilatşeması>.

[80] Askerlik yükümlüsü yedek subaylar ile erbaş ve erler hakkında geniş bilgi için bkz. Işıklar, *Askerlik Usûlleri*, 19; Kahya, "Yargısal Denetim," 76, 83-84.

Daha önce izah edildiği üzere, 20/C maddesinin tatbiki bakımından yedek subay, yedek astsubay ve erbaş ve erlerin MSB kadrolarında istihdamı şart değildir. Örneğin, yedek subaylar yedek subay öğretmen ve er öğretmen olarak Milli Eğitim Bakanlığı; yükümlü erbaş ve erler kolluk personeli olarak Jandarma Genel Komutanlığı (dolayısıyla İçişleri Bakanlığı) kadrolarında çalıştırılabilmektedir. Başka kurum ve kuruluşlarda istihdam edilseler bile askeri hizmete ilişkin uyumsuzluklar söz konusu olduğunda bunlar hakkında 20/C maddesi hükmünün uygulanması gerekir. Buna askerlik yükümlülüğüyle ilgili terhis belgesi verilmemesi, askerlik süresinin uzatılması, yedek subay statüsünün er olarak tadili gibi işlemlerle, TSK Disiplin Kanunu çerçevesinde verilen disiplin cezaları ve diğer yaptırımları örnek verebiliriz.

### **C) İDARİ YARGININ GÖREV ALANI DIŞINDA KALAN HÂLLERDE EN YAKIN ÂMİRLERE DİLEKÇE VERİLİP VERİLEMEYECEĞİ MESELESİ**

Bazı durumlarda yukarıda belirtilen şartların ikisi de bulunduğu hâlde, Kanun Koyucu idari bir uyumsuzluğu çözme görevini adli yargıya vermiş olabilir. Mülga 1602 sayılı Kanun döneminde AYİM'in görev alanı Anayasa tarafından açıkça korunduğundan bu konuda pek uyumsuzluğa rastlanmamakta idi.<sup>[81]</sup> Ancak genel idari yargı düzeni içinde bugün artık böyle bir meseleyle karşı karşıya gelmek mümkündür. Zira belli bir olgu ve olaydan kaynaklanan zararlara karşı başvuru ve tazmin usulünü hüküm altına alan bu tür düzenlemeler 2577 sayılı İYUK'a göre özel kanun mesabesinde olmakla öncelikle uygulanmalıdır.

Konuyu örneklerle açıklayalım: MSB'deki bir kamu görevlisinin veya yükümlü askerin içinde bulunduğu askeri aracın, görev esnasında karayollarında sivil idareye ait başka bir araçla çarpıştığını farz edelim. Kazaya

[81] “Davacılar yakınının Karayolları Trafik Kanunu kapsamındaki karayolun da meydana gelen kaza sonucu şehit olduğunu, 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanununun 110. maddesinin amir hükmü gereği, işbu davanın görev ve çözüm yerinin mahkememiz olmayıp adli yargı olduğu sonucuna varılmıştır.” AYİM, 2. Daire, E. 2014/1316, K. 2014/1274, 10.09.2014, *AYİMD*, no.30 (2015) 48-50. Benzer şekilde bir trafik kazasına müdahale esnasında başka bir sivil aracın çarpması sonucu yaralanan jandarma erinin idare aleyhine açtığı davada, AYİM hem KTK m.110 hükmüne dayanarak, hem de faaliyetin görevin askeri değil adli nitelikte olduğu gerekçesiyle adli yargıyı görevli kabul ederek görevsizlik kararı vermiştir, AYİM, 2. Daire, E.2015/1631, K.2015/1662, 21.10.2015, *AYİMD*, no.31 (2016), 60-61 (Derginin bu sayısı dağıtılmamıştır).

karişan bu şahıslar yaralanarak zarara uğramış olsun. Zarar görenler idareye karşı tazminat davası açmak isterlerse başvurularını adli yargı mercilerine vermek zorundadır. Zira 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanunu'nun 110. maddesine göre bu uyuşmazlığa adli yargıda bakılması gerekmektedir.<sup>[82]</sup>

Bunun gibi, MSB'deki bir kamu görevlisi veya yükümlü asker 3634 sayılı Milli Müdafaa Mükellefiyeti Kanunu çerçevesinde askeri tatbikat ve atış faaliyetleri yürütülürken atılan silah veya bombaların etkisiyle yaralanmış olsun. Bu olayda ilgilendirme ve askeri hizmete ilişkinlik şartlarının birlikte gerçekleştiği ortadadır. Ancak bu kişiler uğradıkları zarardan dolayı tazminat davalarını 3634 sayılı Milli Müdafaa Mükellefiyeti Kanunu'nun 62 ve 63'ncü maddeleri gereği adli yargıda açmak zorundadırlar.

Yukarıdaki gibi durumlarda örneğin askeri aracı kullanan er veya tatbikatta patlamadan zarar gören subay, kusurlu olsun olmasın adliyede açacağı ve açtığı dava dilekçeleri ile diğer belgeleri en yakın amirlerine veremeyecektir. Zira bu imkânı veren kural idari yargılama usulünü düzenleyen Kanun'da yer aldığından ancak idari yargı yerlerinde açılacak davalarda uygulanabilir. Adli yargıda davalar 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu hükümlerine göre açılır. Dolayısıyla gerek dilekçelerin şekli, gerek veriliş usulü ve yerleri konusunda bu Kanun hükümleri uygulanacaktır. Bunun aksi ancak şöyle arızı ve olağan dışı durumda söz konusu olabilir: Örneklerdeki olaylarda kamu görevlisi ve yükümlü asker bilerek veya bilmeyerek idareye karşı açacağı davayı idari yargı yerine yöneltmiş ve burada görülmesini irade etmiş olsun. Bu takdirde en yakın amirler, ilgililerin meselâ "X İdare Mahkemesine Gönderilmek Üzere .... Komutanlığına" şeklinde yazıp takdim ettikleri dilekçe ve belgeleri almak zorundadırlar. Bunlar uyuşmazlığın adli yargıda açılmasının gerektiğini ileri sürerek dilekçe ve belgeleri almamazlık veya alıp da yöneltilen idari yargı yerine göndermemelik edemezler. Bu şekilde

[82] 2918 sayılı KTK'nin 19.1.2011 tarihinde yürürlüğe giren 6099 SK ile değişik 110'ncü maddesine göre; "İşleteni veya sahibi Devlet ve diğer kamu kuruluşları olan araçların sebebiyet verdiği zararlara ilişkin olanlar dahil, bu Kanundan doğan sorumluluk davaları, adli yargıda görülür. Zarar görenin kamu görevlisi olması, bu fıkra hükmünün uygulanmasını önlemez." 2918 SK'a eklenen Geçici Madde 21'de de; "Bu Kanununun 110. maddesinin 1. fıkrasının göreve ilişkin hükmü, yürürlüğe girdiği tarihten önce idari yargıda ve Askeri Yüksek İdare Mahkemesinde açılmış davalara uygulanmaz" hükmüne yer verilmiştir.

davalar usule aykırı olarak görevli olmayan yargı yerinde açılmış olsa veya belgeler buralara gönderilse bile, amirlere teslim tarihi esas alınmalıdır.

### III. DİLEKÇE VE BELGELERİN VERİLEBİLECEĞİ YERLERİN YAYGINLAŞTIRILMASI VE KAPSAMIN GENİŞLETİLMESİ

Burada 7329 sayılı Kanun'la getirilen imkândan hareketle, başka tür uyumsuzluklara ve davacılara ilişkin dilekçe ve belgelerin en yakın âmirlere ve Kanun'a eklenebilecek değişik merci ve makamlara verilir verilemeyeceği konusu tartışılacaktır.

#### A) 20/C MADDESİNDEKİ EKSİKLİK: ASKERİ ÖĞRENCİLER

Askeri öğrenciler 20/C maddesi kapsamına alınmamışlardır. Bunların kamu görevlisi addedilemeyeceği malumdur. Bu konudaki görüşümüzü açıklamadan önce askeri öğrenci kavramının izahı yerinde olacaktır: TSK İçHK m.3/b-4'e göre askerî öğrenci; subay, askerî memur veya astsubay yetiştirilmek üzere çeşitli okul ve üniversitelerde okuyan ve resmî bir kıyafet taşıyan öğrencilerdir. Askerî öğrenci statüsü belirtilen eğitim ve öğretim kurumlarına girmekle başlar ve mezuniyet, çıkarılma, ayrılma gibi yollarla buralardan ilişik kesilmek suretiyle sona erer.

Maddede belirtilen askerî öğrencilik statüsünü veren kurumlar; harp okulları, harp akademileri vb. diğer Milli Savunma Üniversitesi bünyesindeki fakülte ve yüksekokulları ile MSB adına okunan fakülte ve yüksekokullardır. Bunlara çeşitli sınıf okulları ve eğitim merkezi komutanlıklarını da dâhil etmek gerekir. 4678 sayılı Kanun'a göre sözleşmeli subay ve astsubay yapılmak üzere çeşitli okul ve kurumlara alınan adaylar da adaylık statüsü boyunca askerî öğrenci kabul edilirler. TSK Personel Kanunu'na göre TSK'ya alınan subay adayları (hukuk sınıfı dâhil), subay naspedilmeden önceki eğitimleri boyunca askerî öğrenci durumundadırlar. 7179 sayılı Kanun'a tâbi olarak silahaltına alınan yükümlüler de yedek subay veya yedek astsubay naspedilmeden önce askerî okullarda ve eğitim merkezlerinde geçen adaylıkları boyunca asker öğrenci kabul edilirler.<sup>[83]</sup>

Görüldüğü üzere, askeri öğrenciler kendilerini ilgilendiren çok sayıda askeri hizmete ilişkin işlem ve eyleme muhatap olma potansiyeline sahiptir.

[83] Bkz. Kahya, "Yargısal Denetim," 79-81

Açıkçası Bakanlık'taki bir Devlet memuruna veya Milli Savunma Üniversitesi'ndeki bir sivil öğretim üyesine göre üniforma taşıyan askeri öğrencinin kapsam dışı bırakılmasının sebebini anlamak zordur. Askerî öğrencilerin 6475 sayılı Posta Hizmetleri Kanunu'nun 14/3. ve Evrensel Posta Hizmetleri Yönetmeliği'nin 6/3. madde hükümlerine göre yükümlü erbaş ve erler gibi ile posta ücretinden muaf tutulması karşısında, Kanun Koyucu'nun burada aynı hassasiyeti göstermeme sebebi meçhuldür. Üstelik bunların çoğunlukla kısmen tecrit edilmiş bir şekilde yatılı veya "kışlabent" olarak eğitim-öğretim gördükleri göz önünde bulundurulursa, mahkemeye erişim hakkı bakımından evleviyetle kanun hükmü kapsamına alınmaları icap ederdi. Mülga 1602 sayılı Kanun'un 20/2'nci maddesinde tanımlanan asker kişi kavramı içinde yer alan askeri öğrencilerin mutlaka madde kapsamına dâhil edilmeleri gerekir.<sup>[84]</sup>

## B. İYUK'UN 4. MADDESİ HÜKMÜNÜN GENİŞLETİLMESİ İMKÂN VE İHTİMALİ

Mülga 521 sayılı Danıştay Kanunu'nun 66'ncı maddesi ile ondan önce yürürlükte bulunan 669 ve 3546 sayılı Kanunlarda dava dilekçelerinin Danıştay Başkanlığına ve oraya gönderilmek üzere valilik ve kaymakamlıklara, yabancı memleketlerde ise Türkiye elçiliklerine ve konsolosluklara verilmesi esası benimsenmiş idi.<sup>[85]</sup> Bu eski hükümler gibi İYUK'un 4 ve 20/C-1. maddelerinde sayılan yerlerin de davacılara kolaylık sağlamak amacıyla hükme konulduğu görülmektedir. Böylece vakit, nakit ve emek kaybının önüne geçilmiş olacaktır.<sup>[86]</sup>

[84] Krş. bkz. Akyılmaz, Sezginer ve Kaya, *Türk İdari Yargılama Hukuku*, 128.

[85] Onar, *İdare Hukukunun Umumi Esasları III*, 1967-1968; Yenice ve Esin, *İdari Yargılama Usulü Kanunu*, 153; Karavelioğlu, *İdari Yargılama Usulü Kanunu I*, 440; Kaplan, "Dilekçeler," 133.

[86] Danıştaya göre İYUK m.4 hükmü, "kanun koyucunun idare ve vergi mahkemelerinin ülkenin birçok yerinde bulunmaması durumunu göz önünde tutarak ve ilgililere bu yönden kolaylık sağlayarak gereksiz harcamalardan kurtarmak amacıyla (...) kurala bağlanmıştır..." Bkz. Danıştay 10. Daire, E.1997/809, K.1998/2540, 11.6.1998, DD, S.98, s.587-589. Bunun gibi, Danıştay 10. Daire, 4551/4774, 16.9.1999, azlık oyu gerekçesi, Demirkol ve Bereket Baş, *İdari Yargıda Dava Açma ve Dava Takip Usulü*, 32.

AIHM kararlarında, Türk Mahkemelerinin İYUK'un dava açma süresine ilişkin 9. madde hükmünü çok katı bir şekilde uyguladığı ve aşırı şekilci davrandığı ve başvuruları AIHS'nin 6/1'nci maddesindeki adil yargılanma ve mahkemeye erişim haklarından yoksun bıraktığına işaret edilmektedir.<sup>[87]</sup> İYUK m.4 hükmü de dava açma tarihini belirlemek suretiyle hak arama hürriyeti ve mahkemeye erişim hakkını ihlal eden sonuçlara yol açabilmektedir. Nitekim Danıştaya açılan bir davada önce davacının eşi ve sonra kendisi dilekçelerini Danıştay Başkanlığı'na PTT yoluyla göndermiş, birkaç kez verilen dilekçe ret kararına rağmen davacı aynı şekilde hareket etmiş ve sonunda Danıştay 5. Dairesi davanın usule uygun açılmadığından reddine karar vermiştir. DİDDK, 5. Dairece esnek davranıldığını ve usul kurallarının katı uygulanarak erişim hakkının engellenmediğini belirterek, “davacının ikametgah adresi olarak belirttiği Ankara ili, Yenimahalle ilçesinde dava dilekçesi sunabileceği anılan Kanun'un 4. maddesinde belirtilen yerler mevcut olduğundan; davacı tarafından, dilekçe ret kararı üzerine yeniden verilen dilekçede de aynı yanlışlığın yapılmış olması nedeniyle, 2577 sayılı Kanun'un 15. maddesinin 5. fıkrası gereğince davanın reddine karar verilmesinde hukuka aykırılık” bulunmadığı gerekçesiyle temyiz talebini reddetmiştir. Karşı oyda ise aksi savunulmuştur.<sup>[88]</sup>

Bu bakımdan aynı anlayış çerçevesinde günümüzde “iyi idare” imkânlarının ve teknolojik şartların daha gelişmiş olduğunu dikkate alarak,

[87] AIHM *Mesutoğlu/Türkiye* [BD], B.No:36533/04, 14/10/2008; AIHM *Reisner/Türkiye* [BD], B.No: 46815/09, 21/7/2015.

[88] Çoğunluk, ayrıca 4 maddenin düzenlenme geniş tutulma sebebinin davacılar kolaylık sağlanmasının yanı sıra, “asıl amacın, kişilerin gıyabında haberleri olmadan açılacak davaların ya da olumsuz sonuçlara yol açabilecek ihtilafların önlenmesi, bu konuda güvenliklerinin sağlanması olduğu”na işaret etmiştir. Karşı oy gerekçesine göre; “Burada önemli olan husus, dava dilekçesinin görevli yargı mercine dava açma süresi içerisinde ulaşır ulaşmadığı ile ilgili olup; uyumsuzluk konusu olayda da dava dilekçesinin, Devletin resmi kurumlarına ilişkin yazışmalarının tebliği ve yargı yerlerince verilen karar ve dilekçelerin tebliğ edilmesi hususunda görevli olan PTT aracılığıyla gönderildiği ve dava açma süresi içerisinde Danıştay kayıtlarına girdiği göz önüne alındığında, hak arama hürriyeti ve mahkemeye erişim hakkını ihlal eder nitelikte katı bir yorumla verilen davanın reddi yolundaki kararda usul ve hukuka uyarlık bulunmamaktadır.” DİDDK, E.2020/321, K.2020/1781, 12.10.2020 (Karar yayımlanmamıştır).



geçmiş uygulamaların da ışığında dilekçelerin verileceği yerlerle ilgili mevcut durumda ve İYUK hükümlerinde değişiklik yapıp yapılamayacağını tartışmaya açabiliriz.

### 1- Dilekçelerin Başka İdari Uyuşmazlıklarda da En Yakın Amirlere Verilebilmesi

Askeri idari yargı döneminde TSK'deki memurlar asker kişi sayılırdı (1602 SK m.20/2). Bunları ilgilendiren birçok uyuşmazlık 22 ve 23. maddeden dolayı askeri hizmete ilişkin görüldüğünden, en yakın amirlere dilekçe verebilmeleri hukuk tekniği ve mantığıyla bağdaşmakta idi.<sup>[89]</sup> Halbuki bu hükümler ilga edildiği hâlde 20/C maddesiyle bu ayrıcalık, MSB kadrolarındaki tüm kamu görevlilerini kapsayacak şekilde genişletilmiştir. En yakın amirlere başvurabilme imkânını askerler açısından izah ve savunmak mümkün ise de, tüm kamu görevlilerini kapsamı kolayca açıklanamaz. Bu açıdan Ankara'daki bir MSB görevlisine bahsedilen bu ayrıcalığın ülkenin ücra bir köşesindeki memurdan esirgenmesinin tutarsızlığı ortadadır.

Diğer taraftan AYİM tecrübesi göstermiştir ki, idari işlem ve eylemlerin askeri hizmete ilişkin olup olmadığını tespit çoğu zaman zordur. Geçmişte son aşamada Uyuşmazlık Mahkemesinin çözüme bağladığı bu meselenin ilgili kamu görevlisi yada âmir tarafından kolayca ve uygun şekilde halledilmesi beklenmemelidir. Bu güçlük hemen telafi edilemeyecek ölçüde hak ve zaman kaybına yol açabilir. Aynı durum askerlerin başvuruları için de söz konusu olabilir. Yerleşim yerlerinden uzakta görevli bir asker başına gelen uyuşmazlığın askeri hizmetle ilgisini anlamayabilir. Kaldı ki bunun ayır-dına varsa bile, askeri hizmetle ilgili uyuşmazlıklarda dilekçe ve belgelerini en yakın âmirlere verebildiği dikkate alındığında, diğer uyuşmazlıklarda bu imkândan yararlandırılmamasını hak arama hürriyetiyle bağdaştırmak mümkün değildir.

[89] Memurların askeri hizmete ilişkinliği tartışmalı uyuşmazlıklarının dayanağı olan AYİM Kanunu'nun "Birinci Dairenin görevleri" başlıklı 22'nci maddesi, "*Birinci Daire; atanma, yer değiştirme, nasıp, sicil, kademe ilerletilmesi, terfi, emeklilik, maluliyet, aylık ve yolluklara ilişkin ...*"; "İkinci Dairenin görevleri" başlıklı 23. maddesi, "*İkinci Daire; istifa, hizmet yükümlülüğü (...) işlem ve eylemlerden doğan iptal ve tam yargı davalarını çözümler*" hükmünü içermekte idi. Bu hükümlerin AYİM'in görev alanını genişlettiği ve Anayasaya aykırılık teşkil ettiği ileri sürülmekte idi.

Kanaatimiz odur ki, bu gerekçelerden dolayı öncelikle askerlerin ve ardından MSB’de çalışan tüm kamu görevlilerinin her türlü dava dilekçesi ile davaya ilişkin belgeleri en yakın âmirlere verebilmesi sağlanmalıdır. Bu da 20/C maddesinin 1. veya 3. fıkralarını değiştirerek, duruma göre ya imkânı yalnızca askerlere özgülemek ya da “askeri hizmete ilişkin” şartını kaldırmakla mümkün olabilir.

Dahası, bu imkânın bütün kamu görevlilerini kapsayacak şekilde yaygınlaştırılmaması için de bir sebep yoktur. Başka bir deyişle hükmün kapsamının daha da genişletilmesinde hiçbir sakınca görmüyoruz. Ancak bu durumda da şimdi olduğu gibi davacılar bulunduğu yerde idare ve vergi mahkemesi olsa bile dilekçe ve belgelerinin en yakın âmirlerine verilebilir. Bu takdirde yapılacak şey İYUK’un 4. madde metnine doğrudan ve uygun şekilde “en yakın âmirlere” ibaresinin ilave edilmesidir.

## 2- Dilekçelerin Yabancı Ülkelerdeki Türkiye Elçiliklerine Verilebilmesi

İYUK’un 4. maddesine göre yabancı ülkede bulunanlar dava dilekçe ve belgelerini sâdece konsolosluklara verebilmektedir. Yukarıda temas ettiğimiz üzere 2577 sayılı Kanunun yürürlüğe girdiği 1982 yılına kadar her türlü dava evrakı Türkiye elçiliklerine de verilebilmekte idi.<sup>[90]</sup> Bu imkânın konsoloslukların daha yaygın olduğu dikkate alınarak elçiliklerin yükünü azaltmak için ortadan kaldırıldığı düşünülebilir. Konsolosluklar, devletin diplomatik temsilcisi olan büyükelçiliklerin bünyesinde ticari, idari ve vatandaşlık işlerini yürüten alt birimlerdir. Büyükelçilik olan bir yerde konsoloslüğün da bulunduğu dikkate alındığında, büyükelçiliğe de dilekçe verilebilmesinin pratik bir faydası olmadığı aklı gelebilir. Ancak herkesin bu ikisi arasındaki farkı bilmesi beklenemez. Elçiliklerin konsolosluklara göre bilinirliği ve tanınırlığı daha fazladır. Özellikle Türk mahkemelerinde idari dava açacak yabancıların buldukları ülkelerdeki Türkiye Büyükelçiliklerine başvurması kuvvetle muhtemeldir. Esasen geçmişte sakınca görülmediğine göre, şimdi de 4. maddeye konsolosluktan önce gelmek üzere “Türkiye elçiliklerine” ibaresini eklemek suretiyle dilekçe ve belgelerin tekrar bu mercie de verilebilmesi sağlanabilir.

[90] Müderrisoğlu, *Danıştay Yargılama Usulü*, 638-639; Yenice ve Esin, *İdari Yargılama Usulü Kanunu*, 151; Kaplan, “Dilekçeler,” 135.

### 3- Dilekçelerin Mülki Âmirlere Verilebilmesi

İYUK'dan önceki dönemde dava dilekçesi ve türlü evrakın valilik ve kaymakamlıklara verilmesi mümkün idi.<sup>[91]</sup> Bu mülki amirliklere verilen belgelerde de gönderildiği mahkemenin kaydına giriş tarihi esas alınırdı.<sup>[92]</sup> 1982 sonrasında ilçelerdeki asliye hukuk hâkimliklerine ve yaygın şekilde kurulan idare ve vergi mahkemelerine başvuru imkânı tanındığından olsa gerek bu mülki amirliklere İYUK m.4 metninde yer verilmemiştir.

İdare eskiden olduğundan daha modern ve teknolojik ulaşım ve iletişim araç ve gereçlerine sahiptir. Bunun yanında idari yapı ve organizyonu geçmiştekenden daha donanımlı, işlek ve gelişmiş bulunmaktadır. Dilekçe ve belgelerin mülki âmirliklere de verilmesi aşırı bir yük getirmeyecektir. Bu sebeple 4. madde hükmünde değişikliğe gidilerek dilekçe ve belgelerin valilik ve kaymakamlıklara (hatta tekrar kurularsa bucak müdürlüklerine) da verilebilmesi sağlanmalıdır.

### 4- Dilekçelerin Bölge İdare Mahkemesi Başkanlıklarına Verilebilmesi

İlginçtir ki, mülga 1602 sayılı Kanun'a göre AYİM'de açılan davalarda dilekçe ve diğer belgeler bölge idare mahkemesi başkanlıklarına da verilebilmekte idi. Buna rağmen İYUK'da böyle bir imkâna yer verilmemiştir. Bölge İdare Mahkemelerinin olduğu illerde muhakkak idare ve vergi mahkemeleri bulunmaktadır. Bundan dolayı Bölge İdare Mahkemelerinin m.4 kapsamında

[91] Esasen mülga bu merciler 3546 sayılı Kanunda bu merciler “en büyük mülkiye amirine” şeklinde iken (m.31), 521 sayılı Kanunda “valilik veya kaymakamlıklara” olarak değiştirilmek suretiyle açıklığa kavuşturulmuş idi. Bkz. Aydın H. Tuncay, Orhan Özdeş ve Recep Başpınar, “İdari Yargılama Usulü”, içinde *Yüzyıl Boyunca Danıştay*, (Ankara: Danıştay Yayını, 1968), 625; Kaplan, “Dilekçeler,” 135; Müderrisoğlu, *Danıştay Yargılama Usulü*, 638-639; Demirkol ve Bereket Baş, *İdari Yargıda Dava Açma ve Dava Takip Usulü*, 31-32.

[92] Karavelioğlu, *İdari Yargılama Usulü Kanunu I*, 445-446. Kaymakamlık kaydına giriş tarihi dava açma tarihi olarak kabul edilemeyeceğinden, davanın süre aşımı sebebiyle reddinin gerektiği hakkında, Danıştay 9. Daire, E.1983/5300, K.1985/970, 7.6.1985, Ergen, 97; Davacılar kolaylık sağlanması için evrakın valilik ve kaymakamlıklara da verilebilmesine imkânının tanındığı ve dava tarihinin bu mercilere kayıt tarihi kabul edilmesi gerektiği hakkında, Danıştay 7. Daire, E.1966/, K.1966/2075, 21.6.1966, Müderrisoğlu, *Danıştay Yargılama Usulü*, 307.

alınmasının pratikte pek önemli ve yararlı olmadığı söylenebilir.<sup>[93]</sup> Ancak AYİM'e erişim bakımından tanınmış bu kolaylığın neden genel idare yargı düzeninde de sağlanmadığını açıklamak zordur. Kaldı ki özellikle yargı yerlerinin aynı çatı altında toplandığı bazı büyük şehirlerde Bölge İdare Mahkemelerine başvurmak nakit, zaman ve emek kaybını önleyebilir.<sup>[94]</sup>

## 5- Dilekçelerin Posta Yoluyla Gönderilebilmesi

Türkiye'de dilekçe ve diğer belgeleri posta yoluyla göndermek mümkündür. Ancak yukarıda açıkladığımız üzere bu takdirde ilgili yargı yerinde davanın açılma ve dava evrakının verilme tarihi, taahhütlü de olsa postaya teslim değil bunların ulaştığı ve mahkeme kaydına alındığı tarih kabul edilmektedir.<sup>[95]</sup> Kanaatimizce dilekçe ve belgelerin resmi posta idaresi olan PTT ile Kargo şirketlerine verilmesinin önünde mevzuat dışında bir engel bulunmamaktadır. Bu maksada yönelik olarak mevzuatta yapılacak değişiklikler ve kapsamlı düzenlemelerle düzgün ve işler bir sistem kurulabilir.<sup>[96]</sup>

## 6- Tutuklu ve Hükümlülerin Ceza İnfaz Kurumlarına Dilekçe Verebilmesi

İYUK m.4'te Ceza ve tutuk evlerinde hükümlü veya tutuklu olarak bulunan kişilere yer verilmemiştir. Oysa bu kişilerin diğerlerinden farklı olarak sâdece görevli yargı merciine değil Kanun'da sayılan başka idare ve vergi

[93] Kaplan, "Dilekçeler," s.149.

[94] Somut bir örnek vermek gerekirse, Büyükşehir Belediyesi bulunan Konya'da adli mahkemeler (asliye hukuk hâkimlikleri dahil) ve idare/vergi mahkemeleri bir arada ve Karatay ilçesindeki Konya Adliye binasında konuşlandırılmıştır. Buna karşılık Konya BİM Selçuklu ilçesindedir. Dolayısıyla Selçuklu ilçesinde oturan bir davacı yakınındaki BİM yerine daha uzakta bulunan Adliye binasına gitmek zorunda kalmaktadır.

[95] Fransa'da da aynı uygulamanın geçerli olduğu belirtilmektedir. Bkz. René Chapus, *Droit du Contentieux Administratif*, Montchrestien, 8.B., Paris, 1999, 454-455 ve Christian Gabolde, *Procédure Des Tribunaux Administratifs Et Des Cours Administratives D'Appel*, Dalloz, 6.B., Paris, 1997, 109-110'den aktaran Kaplan, "Dilekçeler," 140, dp.27.

[96] Pandemi ortamında insanların adliye gibi kapalı ve kalabalık mekanlara girmekten kaçındığı, aksine sıcak yemek dâhil birçok ihtiyacın kargo şirketleri tarafından taşındığı veya karşılandığı dikkate alındığında, bu teklifimizin hiç de yabana atılır cinsten olmadığı kabul edilecektir.

mahkemeleri, asliye hukuk hâkimlikleri, konsolosluk gibi yerlere dahi bizzat ve doğrudan dilekçe vermeleri fiziken ve fiilen mümkün değildir. Bu itibarla bu kişilerin özel surette m.4 kapsamına alınması keyfiyetten öte hak arama hürriyeti açısından bir zorunluluktur. Nitekim Konya Bölge İdare Mahkemesi 1. İdari Dava Dairesi, bizim de isabetli bulunduğumuz bir kararında istinaf başvurusunun yapıldığı tarih olarak mahkeme kaydının değil ceza infaz kurumuna verilmiş tarihinin esas alınması gerektiğine karar vermiştir.<sup>[97]</sup>

[97] “İdare Mahkemesi tarafından davacının istinaf dilekçesinin 26.09.2019 tarihinde kayda girdiği gerekçesiyle istinaf isteminin süre aşımı nedeniyle reddine karar verilmiş ise de, istinaf dilekçesinin 23.09.2019 tarihinde Bolu T Tipi Kapalı Ceza İnfaz Kurumu Müdürlüğü’ne sunulduğu, bununla birlikte bu tarihe göre de istinaf isteminin süresinde olmadığı dikkate alındığında, Mahkeme kararında 26.09.2019 olarak belirtilen tarihin 23.09.2019 olarak düzeltilmesi” gerektiği hakkında, Konya BİM 1.İDD, 2.6.2020, 2020/1159-2020/444 (Karar yayımlanmamıştır).

## SONUÇ

İYUK'a eklenen 20/C maddesinin 3. fıkrâ hükmüyle, 4. maddedeki sayılan yerlere ilâveten belirli bazı uyuşmazlıklarda dava dilekçesi dâhil her türlü evrakın en yakın âmirlere verilebilmesi imkânı tanınmıştır. Bu düzenlemenin kaynağı olan 1602 sayılı AYİM Kanunu'dur. 20/C maddesinin 1. fıkrasında öngörülen şartlar ile eskiden AYİM'in görevli olduğu hâllerden arasında görünüşte bir fark yok gibidir. Ne var ki yeni düzenlemede asker kişilerin tanımına yer verilmediği de dikkate alındığında, bir açıdan askeri hizmete ilişkin ilişkili uyuşmazlıkların ilgilendirdiği kişilerin kapsamı genişlemiş gözükmektedir. Bunun sebebi, 2016 yılından bu yana yapılan Anayasa ve kanun değişiklikleriyle salt TSK'nin değil, artık onu da kapsayacak şekilde (bağlı ve ilgili kuruluşları dâhil) tüm Milli Savunma Bakanlığı kadrolarında çalışan kamu görevlileri ile muvazzaf veya yükümlü askerlerin tamamının kapsama alınmış olmasıdır. Diğer taraftan askeri öğrenciler getirilen imkândan mahrum bırakılmakla hükmün kişi yönünden kapsamı –bize göre yersiz ve hatalı olarak- daraltılmıştır.

Kanaatimize göre, idari yargı yerleri İYUK 20/C maddesinin 1. fıkrasının uygulamasında “askeri hizmete ilişkinlik” şartını AYİM kadar geniş yorumlamayacaktır. Bazı uyuşmazlıkların Maddenin 1. fıkrasının, dolayısıyla 3. fıkrasının kapsamı dışında tutulması mümkündür. Bunların ilk grubu askerilik özelliği bulunmayan mülki ve istihbari görevler ile sosyal yardım ve dayanışma konularına ilişkin uyuşmazlıklar olacaktır. İkinci grupta ise askeri ve idari nitelik taşımakla beraber özel kanunlarla adli yargının görev alanına sokulan uyuşmazlıklar bulunmaktadır.

Özellikle askerlerin dilekçe ve diğer belgeleri en yakın âmirlere verebilmesi, hukuk mantığına ve tekniğine uygun ve yerinde bir uygulamadır. Bu düzenleme sâdece kamu görevlileri ve yükümlülere kolaylık sağlayan bir atıfet hükmü olarak görülmemelidir. Hak kaybının yanında gereksiz vakit ve emek sarfının da önüne geçeceğinden, yargılamayı hızlandırmak suretiyle hukuk devleti ilkesinin gereklerinin ve mahkemeye erişim hakkının gerçekleştirilmesine de yardımcı olacaktır.

Sonuç olarak İYUK 20/C maddesinin 1. maddesinin kapsamı ve 3. fıkrâ yönünden uygulanması hususunda şunu söyleyebiliriz: Dava dilekçelerinin ve diğer belgelerinin verilebileceği hâllerin, AYİM mevzuatına ve tatbikatına göre daha dar yorumlanması mümkün ve muhtemeldir. Zira artık

AYİM'in görev alanını koruyan bir Anayasa hükmü bulunmadığı gibi, 1602 sayılı Kanun'un AYİM dairelerinin görevlerini belirleyen 22 ve 23. madde hükümleri ortadan kalkmıştır. Buna ilaveten hizmetten ayrılmış olanların eski hizmetleri ve asker olmayanların askerlik yükümlülüğüyle ilgili davaları da kapsam dışına çıkarılmış bulunmaktadır.

## KAYNAKLAR

- Akgüner, Tayfun. *İdare Hukuku Dersleri*. 2. Baskı. İstanbul: Der Yayınları, 2017.
- Akyılmaz, Bahtiyar, Murat Sezginer ve Cemil Kaya. *Türk İdare Hukuku*. 14. Baskı. Ankara: Savaş Yayınevi, 2021.
- Akyılmaz, Bahtiyar, Murat Sezginer ve Cemil Kaya, *Açıklamalı -İçtihatlı Türk İdari Yargılama Hukuku*. 6. Baskı. Ankara: Savaş Yayınevi, 2021.
- Alpar, Erol. “Askeri Yüksek İdare Mahkemesi’nin Yargılama Yetkisi ve Sınırlandırılması.” *Amme İdaresi Dergisi* 21, no.1 (1998): 39-62.
- Apaydın, Bahadır. “6352 Sayı ve 02.07.2012 Tarihli Kanun ile İdari Yargılama Usul Kanunu’nda Yapılan Yeniliklere Dair Bir İnceleme.” *İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi* 15, no.2 (Ocak, 2014): 45-73.
- Aydınalp, Sezai. “Askeri Yüksek İdare Mahkemesinin Görev Alanı Sorunu.” *AYİMD*, no.8 (1994): 7-36.
- Aslan, Zehreddin vd., *Açıklamalı ve İçtihatlı İdari Yargılama Usulü Kanunu*. 2. Baskı. Ankara: Seçkin Yayınevi, 2020.
- Atay, Ender Ethem. *İdari Yargılama Hukuku*, 1. Baskı. Ankara: Seçkin Yayınevi, 2021.
- Atay, Ender Ethem. *İdare Hukuku*. 6.Basıya Ek Tıpkı Bası. Ankara: Turhan Kitabevi, 2019.
- Boz, Selman Sacit, A. Kadir İnce, G. Elif Büyükyıldırım ve Enis Acar. *Kamu Personel Hukuku*. Ankara: Adalet Yayınevi, 2021.
- Candan, Turgut. *Açıklamalı İdari Yargılama Usulü Kanunu*. 8. Baskı. Ankara: Yetkin Yayınevi, 2020.
- Candemir, Taner. “Askeri Yüksek İdare Mahkemesinin Görev Alanı.” *Danıştay Dergisi* 28-29, (1978): 26-34.
- Candemir, Taner. “Askerî Yüksek İdare Mahkemesinin Görev Alanı.” *AYİM Dergisi* 7, no. 1 (1993): 7-36.
- Çağlayan, Ramazan. *İdare Hukuku Dersleri*. 9. Baskı. Ankara: Adalet Yayınevi, 2021.



- Çağlayan, Ramazan. *İdari Yargılama Hukuku Dersleri*. 13. Baskı. Ankara: Seçkin Yayınevi, 2021.
- Çakmak, N. Münci. “İdari Yargılama Usûlü Kanunu’nun 4. Maddesi ve Dilekçelerin Kayda Giriş Tarihi.” *Türkiye Barolar Birliği Dergisi* 80, (Ocak-Şubat, 2009): 149-155.
- Çelik, Osman. “Tarihsel Gelişimi ve Kararları Işığında Askeri Yüksek İdare Mahkemesi ve Sorunlarına Bir Yaklaşım.” Yüksek lisans tezi, Gazi Üniversitesi, 1996.
- Demirkol, Selami ve Zuhâl Bereket Baş. *İdari Yargıda Dava Açma ve Dava Takip Usulü*. 2. Baskı. İstanbul: Beta Yayınevi, 2001.
- Duran, Lütfi. “Askeri İdarenin Yargısal Görev ve Yetkisinin Sınırı.” İçinde *İÜHF Onar Armağanı*. İstanbul: İÜ Yayını, 1977, 193-256.
- Ergen, Cafer. *İdari Yargılama Usulü Kanunu Şerhi*. Ankara: Seçkin Yayınevi, 2008.
- Giritli, İsmet, Pertev Bilgen, Tayfun Akgüner ve Kahraman Berk. *İdare Hukuku*, 7. Baskı. İstanbul: Der Yayınları, 2015.
- Gözler, Kemal. *İdare Hukuku I*. 3. Baskı. Bursa: Ekin kitabevi, 2019.
- Gözler, Kemal ve Gürsel Kaplan. *İdare Hukuku Dersleri*. 22. Baskı. Bursa: Ekin Kitabevi, 2020.
- Gözübüyük, A. Şeref. *Yönetmelik Yargı*. 35. Baskı. Ankara: Turhan Kitabevi, 2016.
- Gözübüyük, A. Şeref ve Güven Dinçer. *İdari Yargılama Usulü*. 2. Baskı. Ankara: Turhan Kitabevi, 1999.
- Gözübüyük, A. Şeref ve Turgut Tan. *İdare Hukuku II İdari Yargılama Hukuku*. 4. Baskı. Ankara: Turhan Kitabevi, 2010.
- Gümüşay, Gürbüz. “Askeri İdari Yargının Görev Alanı.” Yüksek lisans tezi, Gazi Üniversitesi, 2007.
- Günday, Metin. *İdare Hukuku*. 11. Baskı. Ankara: İmaj Yayınevi, 2017.
- Işıklar, Celâl. *Türkiye’de Askerlik Usûlleri Ve Askerlik İşlemlerine İlişkin İdari Ve Adli Davalar*. Ankara: Adalet Yayınevi, 2011.

- Işıklar, Celâl. “Askerlik Yükümlülüklerinden Doğan Uyuşmazlıkların Yargısal Denetiminde Görev.” *Ankara Barosu Dergisi* 62, no.2., (2011), 139-170.
- Işıklar, Celâl. “İdari Yargılama Usûlü Kanunu’na 24.06.2021 Tarih ve 7329 Sayılı Kanunla Eklenen 20/C Maddesi Hükümlerinin Değerlendirilmesi.” *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 26, no.1 (Ocak, 2022): 347-398.
- Kahya, Rukiye. “Askerî Personel İle İlgili İşlemlerde Yargısal Denetim.” Yüksek Lisans Tezi, Kırıkkale Üniversitesi, 2015.
- Kalabalık, Halil. *İdari Yargılama Usulü Hukuku*. 15. Baskı. Ankara: Seçkin Yayınevi, 2021.
- Karavelioğlu, Celal. *İdari Yargılama Usulü Kanunu I*. 5. Baskı. Ankara: Kendi Yayını, 2001.
- Karslı, Mehmet Rauf. *İdare Hukukunda Kamu Görevlisi Kavramı*. İstanbul: Oniki Levha Yayıncılık, 2016.
- Kaplan, Gürsel. *İdari Yargılama Hukuku*. 3. Baskı. Bursa: Ekin Kitabevi, 2018.
- Kaplan, Gürsel. “İdari Yargıda Dilekçelerin ve Diğer Belgelerin Verilebileceği Yerler.” *Vergi Dünyası* 270 (2004): 133–146.
- Kızıloğlu, Esendal. “Askeri Yüksek İdare Mahkemesinin Görev Alanı ve Görev Alanının Sınırları.” Yüksek lisans tezi, Gazi Üniversitesi, 1989.
- Müderrişoğlu, Hakkı. *Danıştay Kanunu ve Danıştay Yargılama Usulü*. Ankara: Doruk Yayınları, 1978.
- Onar, Sıddık Sami. *İdare Hukukunun Umumi Esasları I*. 3. Baskı. İstanbul: Hak Kitabevi, 1966.
- Onar, Sıddık Sami. *İdare Hukukunun Umumi Esasları III*. 3. Baskı. İstanbul: Hak Kitabevi, 1966.
- Özgüldür, Serdar. *Askeri Yüksek İdare Mahkemesi Kararları Işığında Tam Yargı Davaları*. Ankara: Yetkin Yayınevi, 1996.
- Şahin, Mustafa. “Kişi Yönünden Askeri Yüksek İdare Mahkemesinin Görev Alanı.” *Danıştay Dergisi* 30-31 (1978): 45.

- Şenlen Sunay, Süheyla. *Askeri Yüksek İdare Mahkemesi ve Görev Kriterleri*. İstanbul: Beta Yayınları, 1996.
- Şenol İspartalı, Bedriye. “Askeri İdari Eylemden Doğan Mali Sorumluluk.” Yüksek lisans tezi, Dokuz Eylül Üniversitesi, 2009.
- Tan, Turgut. *İdare Hukuku*. 4. Baskı. Ankara: Turhan Kitabevi, 2015.
- Tan, Turgut ve Bahar Bayazıt. *İdare Hukuku*. 10. Baskı. Ankara: Turhan Kitabevi, 2021.
- Topuz, İbrahim ve Kadir Özkaya. *Açıklamalı-İçtihatlı İdari Yargılama Usulü*. Ankara: Mahalli İdareler Derneği Yayını, 2002.
- Tuncay, Aydın H., Orhan Özdeş ve Recep Başpınar. “İdari Yargılama Usulü.” içinde *Yüzyıl Boyunca Danıştay*. Ankara: Danıştay Yayını, (1968): 598-729.
- Uçar Akbulut, Seda. “Türk İdari Yargılama Hukukunda Mahkemeye Erişim Aracı Olarak Dava Dilekçesi.” Yüksek lisans tezi, İstanbul Bilgi Üniversitesi, 2019.
- Yaşar, Hasan Nuri. *İdare Hukuku-Genel Esaslar*. 3. Baskı. İstanbul: Der Yayınları, 2016.
- Yayla, Yıldızhan. *İdare Hukuku*. İstanbul: Beta Yayınevi, 2009.
- Yenice, Kazım ve Yüksel Esin, *Açıklamalı-İçtihatlı-Notlu İdari Yargılama Usulü Kanunu*, Ankara: Kendi Yayını, 1983.
- Yıldırım, Ramazan. *İdare Hukuku Dersleri II*. Konya: Mimoza Yayınları, 2010.
- Yıldırım, Ramazan ve Serkan Çınarlı. *İdare Hukuku Dersleri III, Türk İdari Yargılama Hukuku*, 7. Baskı. Ankara: Adalet Yayınevi, 2021.
- Yıldırım, Turan, Melikşah Yasin, Nur Kaman, Eyüp Özdemir, Gül Üstün, H. Melih Çakır ve Özge Okay Tekinsoy. *İdare Hukuku*. 8. Baskı. İstanbul: Onikilevha, 2020.
- Yılmaz, Halit. “Türk Silahlı Kuvvetleri ve Milli Savunma Hizmeti.” *AÜ Hukuk Fakültesi Dergisi* 54, no.4 (2004): 375-430.



# Ticaret Sicilinin Aleniyeti ve Müspet Etkisi Yönünden Ticaret Unvanında Sessiz Kalma Yoluyla Hak Kaybının Değerlendirilmesi

Murat CANGÜL\*

---

**Bu makale hakem incelemesinden geçmiştir ve TÜBİTAK–ULAKBİM Veri Tabanında indekslenmektedir.**

\* Av. Dr. Ankara Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Görevlisi.  
([muratcangul@yahoo.com](mailto:muratcangul@yahoo.com)) **ORCID ID:** [0000-0002-3246-8762](https://orcid.org/0000-0002-3246-8762)

**Makale geliş tarihi:** 14 Şubat 2022 **Makale kabul tarihi:** 15 Haziran 2022

**Atf önerisi:** Cangül, Murat. “Ticaret Sicilinin Aleniyeti ve Müspet Etkisi Yönünden Ticaret Unvanında Sessiz Kalma Yoluyla Hak Kaybının Değerlendirilmesi.” *Ankara Barosu Dergisi* 80, no. 4 (Ekim 2022): 137-168.  
**DOI:** [10.30915/abd.1186642](https://doi.org/10.30915/abd.1186642)

## TİCARET SİCİLİNİN ALENİYETİ VE MÜSPET ETKİSİ YÖNÜNDEN TİCARET UNVANINDA SESSİZ KALMA YOLUYLA HAK KAYBININ DEĞERLENDİRİLMESİ

### ÖZ

Sessiz kalma yoluyla hak kaybında hak kaybına uğrayan taraf ile hak ihlaline sebep olan taraf arasında hukuki bir denge gözetilmelidir. TTK m.36/3 hükmü hak kaybına uğrayanın kendisi aleyhine sonuç doğurmaya başlayan ilandan haberdar olması gerektiğine ilişkindir. Bu karine uyarınca önceki hak sahibinin kendisi aleyhine hüküm doğurmaya başlayan ilan edilmiş ticaret unvanlarını bilme yükümlülüğü getirildiğine göre hak ihlalinde bulunan tarafın da kendisinden beklenen özeni aynı ölçüde göstermesi gerekmektedir. Zira hak ihlaline sebebiyet veren tarafın hakkını kötüye kullanma özgürlüğü bulunmamaktadır. Hak ihlaline yol açan taraf açısından ticaret sicilinin aleniyeti prensibi uygulama alanı bulmalıdır. Elektronik sicil kayıtlarının tutulması ile sicilün müspet etkisi güçlendirilmiştir. Başkasına ait ticaret unvanının bizatihi aynısını ya da ayırt edilemeyecek derecede benzerini kullanma ya da tescil ettirme yönünde sonraki hak sahibinin iyiniyetli olup olmayacağı tartışılmalıdır.

### Anahtar kelimeler

ticaret unvanı

ticaret sicilinin müspet etkisi

iyiniyet

kötüniyet

sessiz kalma yoluyla hak kaybı

## EVALUATION OF LOSS OF RIGHTS BY KEEPING SILENT ON THE TRADE TITLE IN TERMS OF THE PUBLICITY AND POSITIVE EFFECT OF THE TRADE REGISTRY

### ABSTRACT

A legal balance should be maintained between the party who lost the right through silence and the party that caused the violation. The provision of article 36/3 of the TCC is related to the fact that the person who has lost her right should be aware of the announcement that has started to have consequences against her. Pursuant to this presumption, since the previous right holder is obliged to know the declared trade names that have started to have judgment against. The party violating the right must show the same care expected from him. Because the party causing the violation of rights does not have the freedom to abuse their right. The principle of publicity of the trade registry must find an area of application for the party causing the infringement. The positive effect of the registry has been strengthened by keeping electronic registry records. It should be discussed whether the next right holder will be in good faith to use or register the same or indistinguishably similar trade name belonging to someone else.

### Keywords

trade name

positive effect of the trade registry

goodwill

bad faith

loss of rights through silence

## GİRİŞ

Hukukta belirlilik ihtiyacını karşılamak ve güveni tesis etmek amacıyla çeşitli bilgi ve işlemlerin belli bir sistematik ve düzen içerisinde kayda geçirilmesi bir zorunluluktur. Tacirlerin kendilerine ait iç ilişkilerinde yaptıkları işlemlerin ticari hayatta hukuki güvenliği sağlamak adına kayıt altına alınması ihtiyacı da bu sebeple bir sicil tutulmasını gerektirmiştir.

Ticari işletmelerin, tacirlerin, 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu (TTK), Ticaret Sicili Yönetmeliği (TSY) ve başka mevzuat hükümleri tarafından zorunlu kılınan tescil, değişiklik ve silinmeye ilişkin kayıtlarının tutulduğu sicile ticaret sicili denilmektedir.<sup>[1]</sup> Ticaret sicili devletin gözetim ve denetimi<sup>[2]</sup> altında tutulduğu için resmi sicil<sup>[3]</sup> niteliğine sahiptir.<sup>[4]</sup>

- 
- [1] Fahri Özsungur, *Ticaret Sicili İşlemleri El Kitabı*, (Ankara: Karahan Kitabevi, 2013), 1; Mehmet Bahtiyar, *Ticari İşletme Hukuku Ders Notları Soru Örnekleri, Yeni TTK'ya Uyarlanmış*, 19. Baskı (İstanbul: Beta Yayınevi, 2018), 203.
- [2] Ticaret sicil kayıtları, Ticaret Bakanlığının gözetim ve denetiminde ticaret ve sanayi odaları veya ticaret odaları bünyesinde kurulacak ticaret sicil müdürlükleri tarafından tutulur (TTK m. 24, f.1, c.1)
- [3] TMK m.7 hükmü uyarınca, sicil kayıtlarının içeriğinin doğru olmadığı ispat edilene kadar kaydedilen bilgilerin geçerli olacağı kabul edilerek aksi ispat edilebilir bir karine ortaya konulmuştur. Bu konuda bkz. Ernest Hirsch, *Ticaret Hukuku Dersleri*, 3. Bası (İstanbul: İsmail Akgün Matbaası, 1948), 222; Halil Arslanlı, *Kara Ticaret Hukuku Dersleri Umumi Hükümler*, (İstanbul: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Sulhi Garan Matbaası, 1959), 161; Yaşar Karayalçın, “Türk Hukukunda Ticaret Siciline Tescilin Etkileri,” *Batider* 8, no. 2 (Haziran 1975): 6.
- [4] Hüseyin Ülgen, *Türk Ticaret Hukukunda Hukuki Görünüş Nazariyesi (Ticari İşletme Bakımından Uygulama)*, Ankara 1975'den Tıpkı Bası (İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2005), 146; Bahtiyar, *Ticari İşletme*, 178; Ali Bozer ve Celal Göle, *Ticari İşletme Hukuku*, 3. Baskı (Ankara: BTHAE Yayınları, 2015), 254; Ali Erten, “İyiniyetin Korunmadığı Durumlar,” *Profesör Dr. H. C. Oğuzoğlu'na Armağan* (Ankara: 1972), 195; İsmail Kayar, *Ticari İşletme Hukuku*, 10. Baskı (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2015), 198.



Ticaret sicili kuruluş amacı doğrultusunda herkese açık bir sicildir<sup>[5]</sup> (TTK m. 35/ 2). Ticaret sicil bilgilerinin sicile kaydedilmesi ve herkesin incelemesine açık bir sicil olarak öngörülmesine rağmen aleniyetin ilân kurumu ile pekiştirilmesi ticaret sicilini, aleni nitelik taşıyan tapu sicili ve gemi sicilinden ayırmaktadır.<sup>[6]</sup> Hukukta genel ilke aleniyet ilkesine bağlı olarak tutulan sicillerdeki kayıtları herkesin<sup>[7]</sup> bilmesinin gerektiği şeklindedir.<sup>[8]</sup>

Ticaret siciline yapılan tüm kayıtlar kural olarak açıklayıcı (bildirici) niteliktedir.<sup>[9]</sup> Kanuna uygun bir ticaret unvanı seçmek ve ticari işletmeyi

[5] Açıklık” kenar başlıklı TTK m.35, f.2 hükmü uyarınca “Herkes ticaret sicilinin içeriğini ve müdürlükte saklanan tüm senet ve belgeleri inceleyebileceği gibi, giderini ödeyerek bunların onaylı suretlerini de alabilir. Bir hususun sicile kayıtlı olup olmadığına dair onaylı belge de istenebilir.” Aleniyet prensibine tâbi olan siciller aralarında, sicile düşürülen kayıt ile aleniyetin sağlandığı siciller ve sicile düşürülen kayıt ve onun ilânı ile aleniyetin sağladığı siciller diye ikiye ayrılabilir. Sadece kaydedilmenin aleniyeti sağladığı siciller arasında, tapu sicili ve gemi sicilini; kaydın yanında, aleniyeti sağlamak için, ilânın da gerekli olduğu siciller arasında ticaret sicilini saymak mümkündür. Bkz. Erten, “İyiniyet,” 184

[6] Bkz. Erten, “İyiniyetin Korunmadığı Durumlar,” 197.

[7] Hükümde belirtilen “herkes” kavramı, ilgili olsun olmasın bütün kişileri ifade etmektedir. Bu sebeple tapu sicilinde olduğu gibi (TMK m.1020), ticaret sicil kayıtlarının incelenmesi için ilgili olduğunu ispat etmeye gerek yoktur. İsteyen herkes sicil kayıtlarını inceleyebilecektir. Reha Poroy ve Hamdi Yasaman, *Ticari İşletme Hukuku*, 14. Baskı (İstanbul: 6102 Sayılı TTK Nazara Alınarak Genişletilmiş ve Güncelleştirilmiş, Vedat Kitapçılık, 2012), 208.

[8] Jale Akipek, Turgut Akıntürk ve Derya Ateş, *Türk Medenî Hukuku Başlangıç Hükümleri Kişiler Hukuku I*, 15. Baskı (İstanbul: Beta Yayınları, 2019), 154; Seyfullah Edis, “Türk Medenî Hukukunda İyiniyet (Sübjektif Hüsniyet,” içinde *Profesör Dr. H. C. Oğuzoğlu’na Armağan* (Ankara: 1972), 140.

[9] Rıza Ayhan ve Hayrettin Çağlar, *Ticari İşletme Hukuku Genel Esaslar*, 11. Baskı (Ankara: Yetkin Yayıncılık, 2018), 262; Bahtiyar, *Ders Notları*, 209; Hirsch, *Ticaret Hukuku Dersleri*, 98; Fatih Bilgili ve Ertan Demirkapı, *Ticaret Hukuku Bilgisi (Ticari İşletme-Şirketler-Kıymetli Evrak)*, 5. Baskı (Bursa: Dora Yayınları, 2013), 108; Kayar, *Ticari İşletme*, 197; Karayalçın, “Türk Hukukunda Ticaret Siciline Tescilin Etkileri,” 9; Mehmet Bahtiyar, *Ticaret Sicili, Makaleler II*, (İstanbul: Beta Yayınevi, 2008), 41; Sait Kemal Mimaroglu, *Ticaret Hukuku İşletme Hukuku I*, 3. Baskı (Ankara: Sevinç Matbaası, 1978), 248; Polat Tunçer, *Ticaret Hukuku*, (Ankara: Adalet Yayınevi, 2014), 76.

ticaret siciline tescil ettirmek TTK m. 18'de tacir olmanın hükümleri başlığı altında belirtilmiştir. Ticari işletme ve seçilen ticaret unvanı, ticari işletmenin açıldığı günden itibaren on beş gün içinde, işletme merkezinin bulunduğu yer ticaret siciline tescil<sup>[10]</sup> ve ilan ettirilir (TTK md. 40/1).

Ticaret unvanı tüzel kişi tacir tarafından şirket ana sözleşmesinde belirtilmelidir. Bu sözleşmenin de kuruluş esnasında tescil ve ilan edildiğini dikkate alarak, aslında, tacirin unvanın tescil ve ilan yükümlülüğünü bu esnada yerine getirmiş olduğu söylenebilir.<sup>[11]</sup> Ticaret unvanı tescil ve ilan prosedürünün tamamlanmasıyla aleniyet kazanır ve hukuken tanınan korumadan yararlanabilir.

Ticaret unvanının ticaret siciline tescili normalde açıklayıcı özellikte olmasına rağmen, TTK m.52'de öngörülen özel koruma hükmünden faydalanma hakkı unvanın usulüne uygun tescil ve ilan edilmesi yoluyla olacağı için tescil işlemi bu bakımdan kurucu özelliktedir.<sup>[12]</sup>

6102 Sayılı TTK 50/(1) fıkrası usulen tescil ve ilan edilmiş olan ticaret unvanını kullanma hakkını sadece sahibine bahşetmiştir. Bu hüküm

[10] TSY m. 23 uyarınca sicile başvuru yazılı şekilde ya da elektronik ortamda, elektronik imzalı belgeyle yapılabilecektir. Tescil talebi, ticari işletmenin tescilini istemeye yetkili kişi tarafından yapılır ve tescili istenilen hususlar açıkça belirtilir.

[11] Serhan Dinç, "6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu'na göre Ticaret Unvanı," *İSMMMOMali Çözüm Dergisi* 141, (Mayıs-Haziran 2017): 97.

[12] Bahtiyar, *Ticaret Sicili, Makaleler*, 41; Özge Karaege, "Türk Ticaret Kanunu'na Göre Ticaret Unvanının Özel Olarak Korunması (Özellikle Yeni TTK m. 52; Eski TTK m. 54)," *Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 6, no. 1-2 (Haziran-Temmuz 2011): 12; Kayar, *Ticari İşletme*, 225; Rıza Ayhan, Mehmet Özdamar ve Hayrettin Çağlar, *6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu Hükümlerine Göre Ticari İşletme Hukuku Genel Esaslar*, Tamamen Gözden Geçirilmiş ve Güncellenmiş 5. Baskı (Ankara: Yetkin Yayınları, 2012), 183; Bilgili ve Demirkapı, *Ticaret Hukuku Bilgisi*, 163; Şaban Kayıhan ve Mustafa Yasan, *6335 sayılı Kanun ile Güncellenmiş Yeni Türk Ticaret Kanununa Göre Ticari İşletme Hukuku*, 2. Baskı (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2013), 137; Yargıtay HGK. 30.1.2013, E.2012/21-734, K.2013/152: "...ticaret siciline tescil, kural olarak bildirici etkiye sahiptir. İstisnai olarak, ticaret unvanı ve işletme adının korunması; ticaret şirketlerinin tüzel kişilik kazanabilmesi, esnaf işletmelerinde ticari mümessil tayini; anonim şirketlerde ana sözleşmenin değişikliğinin hüküm ifade etmesi ve ticari işletme rehni halleri için ticaret siciline tescil, zorunlu ve kurucu niteliktedir." [www.kazanci.com](http://www.kazanci.com) Erişim Tarihi: 05.01.2016.

neticesinde tacirler ticaret unvanlarını tekel olarak kullanma hakkına sahiptir. Bu tekel hakkının uygulama alanı tüm Türkiye'dir.<sup>[13]</sup> TTK m.52 hükmü ile tescil edilmiş ticaret unvanları özel olarak korunmaktadır. TTK m.52 uyarınca tescil edilmiş bir ticaret unvanına tecavüz edilmesi durumunda ise, hak sahibi bunun tespitini, yasaklanmasını, silinmesini, imhasını ve zararı nispetince maddi ve manevi tazminini isteyebilir.

Tacirin TTK m. 52'de yer alan korumadan yararlanabilmesi için öncelikle; ticaret unvanının ticari dürüstlüğe aykırı<sup>[14]</sup> biçimde bir başkası tarafından kullanılması ya da tescil edilmesi gerekmektedir. Madde hükmüne göre koruma esasen karıştırılma ihtimaline sebep olacak mahiyette haksız bir kullanımın varlığına bağlı kılınmıştır.<sup>[15]</sup>

Ticaret unvanı sahibinin dava hakkı, hak ihlali devam ettiği sürece bakidir. Ancak bazı hallerde, ticaret unvanı sahibi, tecavüzü önleme davası ve unvanın terkinin davasını açma hakkını kaybetmektedir. Ticari ad ve işaretin sahibi, haklı bir sebep olmaksızın dava açma hakkını uzun süre kullanmayarak bundan sonra da kullanmayacağı yönünde karşı tarafta bir kanaat oluşturmuşsa artık bu hakkını kullanamaması gerekir. Önceki hak sahibinin, sessiz kalması sonucu, ticaret unvanını daha sonra iyi niyetli olarak tescil ettiren kişiye karşı

[13] 6762 Sayılı TTK' da (madde 43/f. 2/c. 2) gerçek kişi tacirlerin ticaret unvanlarını tekel olarak kullanma hakları, sadece unvanın tescil edildiği sicil çevresiyle sınırlı idi. Gerçek kişi tacirin ticaret unvanının sicil çevresi dışında korunması ancak TTK' nın haksız rekabete ilişkin hükümler çerçevesinde söz konusu olabilmekteydi.

[14] 6762 Sayılı TTK' da yer alan "kanuna aykırılık" ifadesi 6102 Sayılı TTK' da ticari dürüstlüğe aykırılık şeklinde değiştirilmiştir.

[15] 6102 Sayılı TTK MADDE 52- (1) Ticaret unvanının, ticari dürüstlüğe aykırı biçimde bir başkası tarafından kullanılması halinde hak sahibi, bunun tespitini, yasaklanmasını; haksız kullanılan ticaret unvanı tescil edilmişse kanuna uygun bir şekilde değiştirilmesini veya silinmesini, tecavüzün sonucu olan maddi durumun ortadan kaldırılmasını, gereğinde araçların ve ilgili malların imhasını ve zarar varsa, kusurun ağırlığına göre maddi ve manevi tazminat isteyebilir. Maddi tazminat olarak mahkeme, tecavüz sonucunda mütecevazinin elde etmesi mümkün görülen menfaatinin karşılığına da hükmedebilir. (2) Mahkeme, davayı kazanan tarafın istemi üzerine, giderleri aleyhine hüküm verilen kimseye ait olmak üzere, kararın gazete ile yayımlanmasına da karar verebilir.

dava açma hakkını veya devam eden eylemli kullanımını menetme hakkını kaybettiğinin<sup>[16]</sup> kabul edilmesi gerektiği ileri sürülmüştür.<sup>[17]</sup>

## II. HAKKIN KÖTÜYE KULLANILMASI YASAĞI ÇERÇEVESİNDE TİCARET SİCİLİNİN MÜSPET ETKİSİNİN HAK KAYBINA UĞRAYAN TARAFATA ETKİSİ

Sessiz kalma yoluyla hak kaybı ilkesi doktrinde TMK m.2. hükmüne dayandırılmaktadır.<sup>[18]</sup>

[16] Doktrinde Hak kaybı kavramı, uzun bir müddet geciktirilen bir hakkın kullanımına olanak tanınmaması olarak ifade edilmektedir. Bkz. Veliye Yanlı: “İltibas Nedeniyle Haksız Rekabetin Önlenmesi Davası Açma Hakkının Kaybı,” *Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu Bildiriler-Tartışmalar XXI* 9- 10 Aralık 2005, (Ankara 2006): 294; Şener Akyol, *Medeni Hukukta Çelişki Yasağı*, (İstanbul: Seçkin Yayıncılık, 2007), 77; Egemen Işık, *Marka Hukukunda Sessiz Kalma Yoluyla Hak Kaybı*, (İstanbul: Oniki Levha Yayıncılık, 2017), 38. Başka bir deyişle hak sahibi, hakkını uzun bir süre kullanmayarak, karşı tarafta artık bu hakkı kullanmayacağına dair bir güven oluşturmuş ise daha sonra bu hakkını kullanmak istemesi halinde hakkını kaybedecektir. Bkz. Seyfullah Edis, *Medeni Hukuka Giriş ve Başlangıç Hükümleri*, 4. Baskı (Ankara: AÜHF Döner Sermaye İşletmesi Yayınları, 1991), 343; Ahmet Battal, *Marka Hakkına Tecavüz Davalarında Hakkın Kötüye Kullanılması*, 18. *Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu*, (Ankara: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 2001), 33; Akyol, *Medeni Hukukta Çelişki Yasağı*, 73; Vedat Buz, *Medeni Hukukta Yenilik Doğuran Haklar*, (Ankara: Yetkin Yayınları, 2005), 405.

[17] Hamdi Yasaman ve Fülurya Yusufoglu, *Marka Hukuku*, (İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2004), 856.

[18] Dilek Cengiz, *Türk Hukukunda İktibas ve İltibas Suretiyle Marka Hakkına Tecavüz*, (İstanbul: Beta Yayınevi, 1995), 179 vd; Yanlı, “İltibas Nedeniyle Haksız Rekabetin Önlenmesi Davası Açma Hakkının Kaybı,” 296; Battal, *Marka Hakkına Tecavüz Davalarında Hakkın Kötüye Kullanılması*, 53; Mehmet Helvacı vd., *Ticari İşletme Hukuku*, Birinci Baskıdan Tıpkı Üçüncü Baskı (İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2009), 334; Poroy ve Yasaman, *Ticari İşletme Hukuku*, 404-405; Akyol, *Medeni Hukukta Çelişki Yasağı*, 57. Yazar konuyla ilgili “dava hakkının kötüye kullanılması” ifadesinin daha uygun olacağını ifade etmektedir; Hayrettin Çağlar ve Mehmet Özdamar, “Ticaret Unvanının Korunması,” *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 14, no. 2 (Aralık 2006): 146, Yazarlar sessiz kalma yoluyla hak kaybı yerine hakkın kötüye kullanılması ifadesinin daha doğru olacağını ifade etmektedir. Cahit Suluk, Rauf Karasu ve Temel Nal, *Fikri Mülkiyet Hukuku*, 3. Bası (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2019), 18; Zehra Yalmankülâh, “Ticaret Unvanı ve Korunması,” (Yüksek Lisans Tezi:

Tacir, TMK 2. maddesi hükmü gereğince belirli bir davranışta bulunması gerekirken, haklı görülemeyecek bir süre<sup>[19]</sup> içinde sessiz kalmışsa, bu unvanı kullanan iyi niyetli kişiye karşı tecavüzün önlenmesi davası açma hakkını kaybeder.<sup>[20]</sup> İyiniyetli olarak ve önceki ticaret unvanı sahibinden habersiz bir şekilde ticaret unvanını tescil ettirmiş ve kullanmaya başlamış olan tacirin, para ve emek sarf ederek bu unvan ile yatırımlar yapması, ancak eski tarihli hak sahibi tacirin bu durumu bilmesine rağmen uzun süre sessiz kalması ve diğer tacirin emeğini ve parasını kaybetmesine yol açacak bir zamanda dava açması hakkını kullanması “dava hakkının kötüye kullanılması” olarak nitelendirilmektedir.<sup>[21]</sup>

Genel olarak sessiz kalma yoluyla hak kaybı ilkesi hak kaybına uğrayan tarafın TMK 2. maddesi hükmüne aykırı davranışı temelinde şekillenmiştir. Bu aykırılık yapılması gereken bir eylemin belli bir süre yapılmayıp, daha sonra harekete geçilmesi nedeniyle hak kaybına uğranması şeklinde kendini göstermiştir.<sup>[22]</sup>

---

Kırıkkale, 2014), 107. Sessiz kalma yoluyla hak kaybı ilkesi mevzuatımıza marka hakkının hükümsüzlüğünü düzenleyen 6769 Sayılı SMK 25/(6) hükmü ile dahil olmuştur. Hükme göre: “Marka sahibi, sonraki tarihli bir markanın kullanıldığını bildiği veya bilmesi gerektiği hâlde bu duruma birbirini izleyen beş yıl boyunca sessiz kalmışsa, sonraki tarihli marka tescili kötünietli olmadıkça, markasını hükümsüzlük gerekçesi olarak ileri süremez.”

[19] Makul süre hususunda doktrinde, ticaret unvanlarında da marka hukukunda olduğu gibi 5 yıllık sürenin esas alınması gerektiğini ileri sürülmüştür. Bkz. Çağlar ve Özdamar, “Ticaret Unvanının Korunması,” 146; Yargıtay bir kararında kesin bir süre belirlemeden ziyade somut olaya göre değerlendirme yapılması gerektiğini ileri sürmüştür. Bkz. Yargıtay 11. HD. E. 2016/6803, K. 2017/7532, K.T. 21.12.2017.

[20] Helvacı vd., *Ticari İşletme Hukuku*, 334; Poroy ve Yasaman, *Ticari İşletme Hukuku*, 404-5.

[21] Çağlar ve Özdamar, “Ticaret Unvanının Korunması”, 146. Yazarlar gerekçe olarak tacirin dava hakkını uzun süre isteyerek kullanmaması nedeniyle hakkının kaybolmayacağı, aksine uzun süre sessiz kalma neticesinde diğer tacirin iyiniyetle yatırımlar yaparak unvanı piyasada tanınır hale getirmesinin ardından, söz konusu durumu bilmesine rağmen uzun süre sessiz kalan tacirin sonradan dava hakkını kullanmak istemesinin çelişki oluşturacağı belirtmiştir.

[22] Yasaman ve Yusufoglu, *Marka Hukuku*, 856.

TTK ve ilgili diğer mevzuatta konuyla ilgili herhangi bir düzenleye yer verilmemesi sebebiyle, ticaret unvanlarında sessiz kalma yoluyla hak kaybı hususunda, marka hukukundaki düzenlemeler ve benimsenmiş görüşlerin dikkate alınması gerektiği ifade edilmiştir.<sup>[23]</sup>

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu 1969 tarihli bir kararında “Hukuka aykırı davranış devam ettiği sürece zamanaşımı süresi yürümeye başlamaz. Ancak hukuka aykırı davranışın önlenmesine veya hukuka aykırı duruma son verilmesine ilişkin talebin kullanılması MK. 2. maddesi anlamında dürüstlük kurallarına aykırı düşecek kadar geciktirilmemelidir”<sup>[24]</sup> şeklinde belirterek sessiz kalma yoluyla hak kaybı ilkesini ilk kez bu kararıyla vurgulamıştır. Yargıtay da dürüstlük kuralına atıfta bulunarak, hak sahibinin kendisinden beklenen davranışı göstermeyip sessiz kalmasının ardından daha sonra hak iddiasında bulunmasının hakkın kötüye kullanılması durumu teşkil edeceğini ve bu hareketin korunmayacağını belirtmiştir.

Yargıtay ticaret unvanları bakımından sessiz kalma yoluyla hak kaybını başlarda hak kaybına uğrayan tarafın (davacının) uzun süre sessiz kalması ve sonrasında dava açmasını hakkın kötüye kullanımı olarak değerlendirmiştir. Önceleri verilen kararlarda ticaret sicilinin müspet etkisinden bahsedilmemiştir.<sup>[25]</sup>

[23] Ahmet Battal, *Marka Hakkına Tecavüz Davalarında Hakkın Kötüye Kullanılması*, 53; Poroy ve Yasaman, *Ticari İşletme Hukuku*, 462, dn. 65.

[24] Yargıtay HGK. E. 1966/T-485, K. 130, K.T. 19.02.1969 bkz. Sahir Erman , Halid K Elbir ve Erdoğan Tuncer, *Türk İçtihatlar Külliyyatı I*, (İstanbul: Tercüman Kitapçılık, 1970), 189-191. Hukuka aykırı davranışın önlenmesine veya hukuka aykırı duruma son verilmesine ilişkin talebin kullanılmasını çok geciktiren kimsenin Medeni Kanunun 2. maddesinde anlamını bulan dürüstlüğe aykırı davranıp davranmadığı ayrı bir sorundur. Başkasının hakkına iyiniyetle el atan kimse büyük masraflara girilerek yeni malvarlığı değerleri meydana getirmiş olabilir. Aradan çok uzun süre geçtikten sonra açmış olduğu hakkın sınırları dışına çıkılarak yarattığı malvarlığı değerlerinin yok olması veya sökülüp bozulması sonucuna yol açmak hakkaniyete aykırı görülebilirse bu takdirde el atanın gayretiyle elde ettiği bu durumdan istifadeye kalkışmak isteyen hak sahibinin bu hakkı Medeni Kanunun 2. maddesine göre himaye görmeyebilir.

[25] Yargıtay 11. HD, E. 2008/8718, K. 2010/4163, K.T. 13.04.2010, [www.karararama.yargitay.gov.tr](http://www.karararama.yargitay.gov.tr), Erişim tarihi: 04.02.2022. “Davacının ticaret unvanında yer alan TEN ibaresi ile davalı şirketin ticaret unvanında bulunan TEN ibaresi aynıyet derecesinde benzerdir. Davacı şirket 1.7.1993 tarihinde kurulmuş olan davalı şirketten

Ticaret sicilinin müspet etkisi TTK m. 36/III hükmü ile düzenlenmiştir.<sup>[26]</sup> TTK m. 36/III'e göre; “Üçüncü kişilerin kendilerine karşı sonuç doğurmaya başlayan sicil kayıtlarını bilmediklerine ilişkin iddiaları dinlenmez”. Bu hükme göre, sicile kaydı gereken bir husus kayıt ve ilan edildikten sonra

çok önce 27.12.1983 tarihinde kurulmuş ve ticaret unvanını bu tarihte tescil ve 29.12.1983 tarihinde ilan ettirmiştir. Hatta kurucu ortak Atilla Orhan'ın daha önceki kullanımı da dikkate alınırsa davacı şirket, kökeni 1970 yılına dayanan bir kullanıma dayanmaktadır. Onun için kullanımda öncelik hakkı hiç kuşkusuz davacı şirkete aittir. Durum bu olmakla birlikte, davalı şirketin TEN sözcüğünü ticaret unvanının da kullandığı 1993 yılından 4.10.2005 dava tarihine kadar geçen yaklaşık 12 yıl boyunca davacı şirket, davalının bu kullanımına sessiz kalmıştır. Üstelik davacı ve davalı aynı ticaret siciline tescilli olup, İstanbul tekstil sektöründe faaliyet göstermektedirler. Bu nedenle anılan süre sessiz kalma yoluyla hak kaybına yol açmayı sağlayacak yeterli bir süredir ve bu itibarla mahkemece, davacı şirketin sessiz kalmak suretiyle MK.nun 2. maddesi uyarınca dava hakkını yitirdiğinin kabulü ile davanın reddine karar verilmesi gerekirken yazılı gerekçelerle davanın kabulüne karar verilmesi doğru görülmemiştir.” Yargıtay 11 YHD, E. 2007/13020, K. 2009/2054, K.T. 23. 02. 2009, [www.karararama.yargitay.gov.tr](http://www.karararama.yargitay.gov.tr), Erişim tarihi: 04.02.2022. Davacı şirketin 1986 yılında, davalı şirketin ise 1995 yılında ticaret siciline tescil edildiği, davanın ise 20.05.2005 tarihinde açıldığı, davacının daha önceye dayalı ticaret unvanı tescilinden doğan üstün hakkı bulunsa da tarafların Alanya ve Antalya gibi birbirine çok yakın mesafede turizm işletmeciliği işi ile iştigal ettikleri, davalının Alanya'da OKAN ismi ile başlayan otel işlettiği, davacının ise Antalya'da Marco Polo isimli tatil köyü işlettiği, turizm işletmeciliği işinin özel dinamizmiyle davacının davalıdan haberdar olmamasının mümkün görülmemesi karşısında, davalının ticaret unvanının tescilinden yaklaşık 10 yıl sonra “OKAN” ibaresinin silinmesinin M.K'nun 2.maddesine aykırı bulunmasına nazaran bu husus tartışılmamış ve terkin talebinin kabulüne karar verilmiştir. Bu durumda mahkemece, yukarıda yapılan açıklamalar çerçevesinde, *davalının tesciline 10 yıl sessiz kalan davacının işbu davayı açmasının TMK'nun 2. maddesi hükmü ile bağdaşıp bağdaşmadığı, anılan bu hükümden hareketle davacının bu davranışını kanunun himaye edip etmeyeceği tartışılmadan, yazılı şekilde karar verilmesi doğru olmamış, kararın bu nedenle bozulması gerekmiştir”*

[26] 6762 Sayılı mülga TTK 39. maddesinde ticaret sicilinin müspet etkisine yer verilmişti. Hükme göre Üçüncü şahısların, yukarıdaki madde gereğince kendilerine karşı hüküm ifade etmeye başlayan kayıtları bilmediklerine müteallik iddiaları dinlenmez. Tescili lazım geldiği halde tescil edilmemiş veya tescil edilip de ilan gerekirken ilan edilmemiş olan bir husus ancak bunu bildikleri ispat edilmek şartıyla, üçüncü şahıslara karşı dermeyan edilebilir.

üçüncü kişilerin<sup>[27]</sup> bu hususu bilmeleri asıdır. Bu bir kanuni karine olup aksi ispat edilmez.<sup>[28]</sup> Usulüne uygun tutulan ticaret sicili kayıtlarının üçüncü kişilerce bilindiğinin karine olarak kabul edilmesi durumuna ticaret sicilinin müspet etkisi adı verilmektedir.<sup>[29]</sup>

Ticaret sicilinin müspet etkisi, ancak sicile kayıt ve ilan edilmesi gereken durumlarda ortaya çıkmaktadır. Yani sicile kaydedilmesine ve ilan edilmesine gerek olmayan durumlarda, yine de sicile kayıt ve ilan yapılmışsa, bu kayıt ve ilanlar üçüncü kişiler üzerinde herhangi bir etkide bulunmayacaktır.<sup>[30]</sup> Yapılacak olan bu kayıt, tescil, tadil veya terkin işlemlerinden herhangi birisi olabileceği gibi; açıklayıcı (bildirici) veya kurucu nitelikte de olabilir.<sup>[31]</sup>

Tescil ve ilan edilen olgu yasal şartlar yerine getirildiği için ispat külfetinin yer değiştirmesine sebebiyet vermektedir. İspat külfeti üçüncü kişiye geçer. Zira tescil ve ilan edilen hususlar hakkındaki bilginin üçüncü kişilerde mevcut bulunduğu varsayılır.<sup>[32]</sup>

[27] Üçüncü kişiler kapsamına hem tacirler hem de tacir olmayanlar dâhildir. Bkz. Karayalçın, “Türk Hukukunda Ticaret Siciline Tescilin Etkileri,” 14; M. Emin Bilge, *Ticaret Sicili*, (İstanbul: Beta Yayınevi, 1999), 166; Duygu Demirel, *Ticaret Sicili*, (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2016), 230.

[28] Karayalçın, “Türk Hukukunda Ticaret Siciline Tescilin Etkileri,” 15; Özge Karaege, “Ticaret Sicili Kayıtlarının Üçüncü Kişiler Bakımından Etkisi,” *Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi* 10, no. 2, (Aralık 2020): 464.

[29] Yaşar Karayalçın, *Ticaret Hukuku I Giriş-Ticari İşletme*, 3. Baskı, (Ankara, Güzel İstanbul Matbaası, 1968), 310; Süleyman Kıran, “Ticaret Sicilinde Görünüşe Güvenin Başlangıç Anına İlişkin Bir Değerlendirme,” *TBB Dergisi* 143, (Temmuz-Ağustos 2019): 276; Fahri Özsungur, “Ticaret Sicilinde Tescil ve İlanın Etkileri Sorunu,” *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 22, no. 2, (Temmuz 2014): 138.

[30] Karayalçın, “Türk Hukukunda Ticaret Siciline Tescilin Etkileri,” 14-15; Bilge, *Ticaret Sicili* 170; Bilgili/Demirkapı, *Ticaret Hukuku Bilgisi (Ticari İşletme-Şirketler-Kıymetli Evrak*, 164; Necla Akdağ Güney, *Yeni Türk Ticaret Kanunu ve Avrupa Birliği Mevzuatı Çerçevesinde Ticaret Sicili*, (İstanbul, İTO Yayınları, 2011), 60.

[31] Bilge, *Ticaret Sicili*, 171; Ülgen, *Türk Ticaret Hukukunda Hukuki Görünüş Nazariyesi*, 166-172; Ekrem Edgü, *Ticaret Hukuku, C. I, Umumi Hükümler* (Ankara: Sevinç Matbaası, 1964), 75; Arslanlı, *Kara Ticaret Hukuku Dersleri Umumi Hükümler*, 161.

[32] Özsungur, “Ticaret Sicilinde Tescil ve İlanın Etkileri Sorunu,” 138.



TTK m. 354/1’de yazılı olan unsurların dışındaki hususlar açısından üçüncü kişiye ispat külfeti yüklemek, sicil hukukunun ve tescilin pozitif etkisine uygun düşmeyecektir. Kanun koyucu madde metninde;

“Tescil ve ilan olunan esas sözleşmeye, aşağıda sayılanlar dışında, 36/1 maddesinin birinci fıkrası hükmü uygulanmaz (a) Esas sözleşmenin tarihi. b) Şirketin ticaret unvanı ve merkezi. c) Şirketin, varsa süresi. d) Şirketin sermayesi, ödenmesinin şekil ve şartları ile payların itibarı değerleri, varsa imtiyazlar. e) Pay senetlerinin türleri, hamiline veya nama yazılı oldukları. f) Şirketin nasıl temsil olunacağı. g) Yönetim kurulu üyeleriyle şirketi temsile yetkili kimselerin ad ve soyadları, unvanları, yerleşme yerleri ve vatandaşlıkları. h) Şirketin yapacağı ilanların şekli; esas sözleşmede buna ilişkin hüküm bulunduğu takdirde, yönetim kurulu kararlarının pay sahiplerine nasıl bildirileceği.

(2) Şubeler, merkezin sicil kaydına gönderme yapılarak buldukları yer ticaret siciline tescil olunurlar.

(3) (Değişik: 26/6/2012-6335/14 md.) 343 üncü madde uyarınca verilen bilirkişi raporu ticaret sicili müdürlüğüne tevdi edilir.”

diyerek, tescilin her hüküm yönünden olumlu etkiye sahip olmadığına altını çizmektedir. Aynı durum TTK m. 587/1’de de yer almaktadır. Hüküm metninden de anlaşılacağı üzere ticaret unvanları, tescilin müspet etkisinden faydalanmaktadır.

TTK m. 36/3’te “kendilerine karşı sonuç doğurmaya başlayan” ve TTK m. 36/4’te “üçüncü kişilere karşı ileri sürülebilir” ifadelerine yer verilerek üçüncü kişi aleyhine olan sonuçların ileri sürülmesinden, yani hakkın üçüncü kişilerden talep edilebilirliğinden bahsedilmektedir. TTK m. 36’da üçüncü kişilerin<sup>[33]</sup> ilgililere<sup>[34]</sup> karşı hak iddiasına ilişkin herhangi bir düzenlemeye

[33] *Üçüncü kişi* bir hukuki işlemin yapılmasına iştirak etmeyen kişi olarak tanımlanmıştır. Bkz. Şener Akyol, *Tam Üçüncü Şahıs Yararına Sözleşme*, (İstanbul: Fakülteler Matbaası, 1976), 12.

[34] Ticaret siciline tescil talebi kural olarak ilgililer tarafından yapılır (TTK m. 28/1). Tescil edilecek husus kimin hukuki çıkarı ile doğrudan bağlantılı ise, o kişinin ‘*ilgili*’ olarak nitelendirileceği yönünde bkz. Karayalçın, *Ticari İşletme*, 290; Ülgen vd, *Ticari İşletme Hukuku*, 362-363; Cafer Eminoğlu, “Ticaret Siciline Tescilde Şirket Sözleşmesine ve Emredici Hükümlere Uygunluk İncelemesi,” *Kazancı Hukuk Araştırmaları Dergisi* 652, (Nisan 2015): 69.

de rastlanılmamaktadır. O halde TTK m. 36'nın doğmuş olan bir hakkın üçüncü kişilerden istenebileceğinin düzenlendiği, buna karşın üçüncü kişilerin hak talebini düzenlemediği kanaatine varılmalıdır.<sup>[35]</sup>

Ticaret unvanı bakımından önceki tescilli hak sahibi üçüncü kişi olarak düşünüldüğünde tescilin olumlu etkisi gereğince, üçüncü kişilerin kendilerine karşı sonuç doğurmaya başlayan sicil kayıtlarını bilmediklerine ilişkin iddiaları dinlenmeyecektir.

TTK m. 36/3 hükmü üçüncü kişilerin kurtuluş kanıtı ortaya koyarak durumu kendi lehlerine çevirmelerini engellemiştir. Böylece üçüncü kişilere tescil ve ilan edilen hususları öğrenmeleri doğrultusunda bir yükümlülük getirilmiştir.<sup>[36]</sup>

Bu itibarla ticaret unvanlarının ticaret siciline tescil edilmek zorunda olmaları ve tescilin müspet etkisi nedeniyle sonradan tescil ve ilan edilmiş ticaret unvanının önceki hak sahibi tarafından bilinmediği ileri sürülemeyecektir.

Bu halde, sessiz kalınması sonucu ihlale sebep olan tescilli unvanın bilinmediğine ilişkin savunmalar incelenmeyerek diğer şartların da bulunması durumunda hak kaybına hükmedilir.<sup>[37]</sup>

Yargıtay nispeten daha yeni tarihli kararlarında<sup>[38]</sup> TMK 2. maddesi hükmünün yansira ticaret sicilinin müspet etkisini de sessiz kalma yoluyla

[35] Kıran, “Ticaret Sicilinde Görünüşe Güvenin Başlangıç Anı,” 273.

[36] Bilge, *Ticaret Sicili*, 175; Ticaret sicili kayıtlarını öğrenme hususunda üçüncü kişilere katı bir yükümlülük getirilmiş olması doktrinde eleştirilmiştir. Bkz. Karayalçın, “Türk Hukukunda Ticaret Siciline Tescilin Etkileri,” 15-16.

[37] M. Emin Bilge, *Ticari Adlarda Karıştırılma Tehlikesi*, (Ankara: Yetkin Yayınları, 2014), 96.

[38] Yargıtay 11 YHD, E. 2009/7914, K. 2011/7383, K.T. 16. 6. 2011, [www.kazanci.com.tr](http://www.kazanci.com.tr). 18. 11. 2013. Dava, davalının ticaret unvanının esas unsuru olan İ... YAPI ibaresinin ticaret sicilinden terkinin istemine ilişkin olup, her ne kadar davacı unvan üzerinde üstün hak sahibi ise de davalı İrvey İnş. Taahhüt San. ve Tic. Ltd. Şti. olan unvanını 26.4.1995 tarihinde İ... Yapı İnş. San. ve Tic. Ltd. Şti. olarak değiştirmiş, işbu dava ise yaklaşık 11 yıl sonra 6.7.2006 tarihinde açılmıştır. T.T.K.nun 43/2. maddesi uyarınca davalının iltibası önleyici ibareler taşıyan ticaret unvanı alması gerekir ise de davaya konu olayda olduğu gibi *davacının ilan sebebiyle bilmek durumunda olduğu bu hususa karşı uzun süre sessiz kalınması halinde sessiz kalma suretiyle hak kaybı*

hak kaybı değerlendirmesinde dikkate almaktadır. Kararlarda önceki unvan sahibinin sonradan tescil edilen unvanları ilan nedeniyle bilmesi gerektiği ve zaman geçirmeden kendisi aleyhine sonuç doğurmaya başlayan ticaret unvanının terkin davasını açması gerektiği, aksi takdirde hak kaybına uğrayacağı üzerinde durulmuştur.

---

*olacağından MK. 2. maddesi hükmü gereğince ticaret unvanının terkinine ilişkin böyle bir davanın dinlenmesi mümkün değildir.* Bu itibarla mahkemece terkin talebin bu gerekçelerle reddine karar verilmesi gerekirken yazılı şekilde karar verilmesi doğru görülmemiş, kararın davalı yararına bozulmasına karar vermek gerekmiştir.

Yargıtay 11. HD, E. 2009/12563, K. 2011/4968, K.T. 25.04.2011. Dava, davalının ticaret unvanının esas unsuru olan “Netpak” ibaresinin ticaret sicilinden terkin istemine ilişkin olup, yukarıda yapılan özetten de anlaşılacağı üzere her ne kadar davacı üstün hak sahibi ise de davalı unvanını 08.02.1999 tarihinde tescil ettirmiş, işbu dava ise yaklaşık 10 yıl sonra 21.07.2008 tarihinde açılmıştır. TTK’nun 43/2 maddesi uyarınca davalının iltibası önleyici ibareler taşıyan ticaret unvanı alması gerekirse de, dava konusu olayda olduğu gibi davacının ilan nedeniyle bilmek durumunda olduğu bu hususa karşı uzun süre sessiz kalması nedeniyle mahkemece hak kaybına uğradığı kabul edilerek MK.’nun 2. maddesi gereğince davanın reddine karar verilmesi gerekirken, kabul hükmü kurulması doğru görülmemiş, kararın bu nedenle bozulması gerekmiştir.” Kararda ilan etkileri, davacı bakımından değerlendirilmiştir.

Yargıtay 11 YHD, E. 2011/6717, K. 2012/10152, Tarih: 08. 06. 2012. www.karararama.yargitay.gov.tr, Erişim tarihi: 01.02.2022. Davacının, kendisine ait Mudo markasının, davalı tarafından ticaret unvanı olarak kullanıldığını 2010 yılında öğrendiği, daha öncesinde de bu konuda bilgisi bulunmadığından, davacının sessiz kalma yoluyla hak kaybına uğramadığı gerekçesiyle istemin kabulüne karar verilmiş ise de Ltd. Şti. olarak kurulan davalı şirketin unvanı, ticaret siciline 31.12.1997 tarihinde tescil edilmiş ve Ticaret Sicili Gazetesi’nde ilan yapılmış, eldeki dava ise 01.02.2010 tarihinde açılmıştır. TTK’nın 20. ve 38. maddeleri uyarınca davacının bu ilandan haberdar olmadığı kabulü mümkün değildir.” Yargıtay bu kararıyla tacirin basiretli bir işadamı gibi davranma yükümlülüğünün bulunduğu ve aynı zamanda ticaret sicilinin olumlu etkisi nedeniyle davacının ticaret unvanının başkası tarafından tescil edildiğinden haberdar olunmadığı yolundaki iddiaya itibar etmemiştir. Ayrıca bkz. Yargıtay HGK, E. 2017/11-27, K. 2020/225, K.T. 26.2.2020. Sessiz kalma yoluyla hak kaybından bahsedilebilmesi için, önceki hak sahibinin ticari ad ve işaretin ayınsının veya benzerinin ticaret unvanı olarak tescil ettirildiğini veya başkaları tarafından kullanıldığını bilmesi ve buna rağmen sessiz kalmış olması gereklidir. Buna karşın ticaret unvanlarının ticaret siciline tescil edilmek zorunda olmaları ve tescilin olumlu etkisi nedeniyle tescil ve ilan edilmiş ticaret unvanının bilinmediği ileri sürülemeyecektir.

### III. SUBJEKTİF İYİNİYET KURALI ÇERÇEVESİNDE TİCARET SİCİLİNİN ALENİYETİ İLKESİNİN HAK İHLALİ YAPAN TARAF A ETKİSİ

Uygulamada ticaret unvanları açısından sessiz kalma yoluyla hak kaybında ticaret sicilinin müspet etkisi hak kaybına uğrayanın bilme yükümlülüğü yönünden değerlendirilmektedir. Başka bir deyişle TTK m. 36/3 hükmü hak kaybına uğrayanın kendisi aleyhine sonuç doğurmaya başlayan ilandan haberdar olması gerektiğine ilişkindir. Bu karine ile önceki hak sahibinin kendisi aleyhine hüküm doğurmaya başlayan ilan edilmiş ticaret unvanlarını bilme yükümlülüğü<sup>[39]</sup> getirildiğine göre kanaatimizce hak ihlalinde bulunan tarafın da kendisinden beklenen özeni aynı ölçüde göstermesi gerekmektedir. Zira hak ihlaline sebebiyet veren tarafın hakkını kötüye kullanma özgürlüğü bulunmamaktadır. Hak ihlaline yol açan taraf açısından da ticaret sicilinin aleniyeti prensibi uygulama alanı bulmalıdır.

Ticaret unvanının kullanımı tacirler için hem bir hak hem bir yükümlülüktür.<sup>[40]</sup> TTK 18. Md). Dolayısıyla diğer haklarda olduğu gibi bu hakkın da amacına uygun olarak kullanılması gerekmektedir.

Amacından farklı olarak kullanılan bir hak, kötüye kullanılmış sayılacaktır.<sup>[41]</sup> Hukukumuzda genel dürüstlük kuralının amacı, kişilerin, haklarını kullanırken veya borçlarını ifa ederken, -dürüst, namuslu, makul ve yaptığı eylemin neticesini bilebilen- orta zekalı bir kimsenin benzer olaylardaki davranışı gibi hareket etmelerini sağlamaktır.<sup>[42]</sup> TMK 2. maddesindeki dürüstlük kuralı ve bununla bağlantılı olarak TTK' da yer alan basiretli bir

[39] Kanundan doğan bilme yükümlüğü hakkında bkz. Edis, "Türk Medeni Hukukunda İyiniyet," 140.

[40] Ali Bozer ve Celal Göle, *Ticari İşletme Hukuku*, 4. Baskı (Ankara: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, 2017), 173.

[41] Kemal Oğuzman ve Nami Barlas, *Medeni Hukuk*, 24. Baskı (İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2018), 266; Turgut Akıntürk, *Medeni Hukuk*, Yeni Medeni Kanuna Uyarlanmış Genişletilmiş 9. Baskı (İstanbul: Beta Yayınevi, 2003), 95; Aytekin Ataay, *Medeni Hukukun Genel Teorisi*, 3. Baskı (İstanbul: İÜHF Yayınları, 1980), 420; Selahattin S. Tekinay, *Medeni Hukukun Genel Esasları ve Gerçek Kişiler Hukuku*, 6. Baskı (İstanbul: Filiz Kitabevi, 1992), 172.

[42] Zahit İmre, *Medeni Hukuka Giriş*, (İstanbul: İÜHF Yayınevi, 1971), 310.

işadamı gibi davranma yükümlülüğünü düzenleyen TTK m.18/2<sup>[43]</sup> maddesi hükmü, bütün hukuki ilişkiler bakımından geçerliliği ve hâkim tarafından da resen göz önünde tutulması gereken temel çerçeve kurallardır.<sup>[44]</sup>

Resmi bir sicil olan ticaret sicilinin kamuya açık olması, herkesin istediği zaman bir engelle karşılaşmadan sicil kayıtlarını inceleyebilmesi ticaret sicilinin aleniyet özelliğini gösterir. Ticaret sicilinin aleni olması kamu yararı ve hukuki güvenlik açısından son derece önemlidir. Kişiler sicili inceleyebilme hakkını elektronik ortamda yapabilecekleri gibi, bizzat ticaret sicili müdürlüğü nezdinde de bu haklarını kullanabilirler (TSY m. 15). “Açıklık” kenar başlıklı TTK m. 35/3 hükmüne göre, Tescil edilen hususlar, kanun veya Kanununun 26. maddesine göre çıkarılacak yönetmelikte aksine bir hüküm bulunmadıkça ilan olunur.

Aleniyet özelliğinin sağlanabilmesi için ticaret sicili kayıtlarının gerçek duruma uygun olması gerekmektedir.<sup>[45]</sup>

Doktrinde resmi sicillerde yer alan bilgilerin, iyiniyet hâlini ortadan kaldıracabileceği ifade edilmiştir.<sup>[46]</sup> Ticaret sicili de bir resmi sicil olduğundan, ilân edilen sicil kayıtları üzerinde ise herkesin öğrenme yükümlülüğü bulunmaktadır.<sup>[47]</sup> Herkes ticaret sicilinin içeriğini ve müdürlükte muhafaza

[43] TTK m.18/ (2): *Her tacirin, ticaretine ait bütün faaliyetlerinde basiretli bir iş adamı gibi hareket etmesi gerekir.* şeklinde olup tacirin ticari faaliyetlerini icra ederken, bu faaliyetleri kapsamında öngörülebilir her tür riske karşı her türlü tedbiri alması ve azami dikkat ve özeni göstermesi gerekmektedir. Bu bağlamda tacir, ticari faaliyetiyle alakalı olarak yürürlükteki yasal mevzuatı ve güncel gelişmeleri yakından takip etmek ve bu mevzuatın gerekliliklerine uymak durumundadır.

[44] Ergun Özsunay, *Medeni Hukuka Giriş*, 4. Baskı (İstanbul: Güryay Matbaacılık, 1981), 350; Bilge Öztan, *Medeni Hukukun Temel Kavramları*, 27. baskı (Ankara: Turhan Kitabevi, 2008), 173; Mustafa Dural ve Suat Sarı, *Türk Özel Hukuku I, Temel Kavramlar ve Medeni Kanununun Başlangıç Hükümleri*, 4. Baskı (İstanbul: Filiz Kitabevi, 2009), 198.

[45] Ayhan ve Çağlar, *Ticari İşletme Hukuku Genel Esaslar*, 255.

[46] Edis, “Türk Medeni Hukukunda İyiniyet,” 141; Jale Akipek, “Sübjektif Hüsniyeti Mahiyeti ve Hükümleri,” *AÜHFD* 14, no. 1 (Mayıs 1957): 63-64; Erten, “İyiniyetin Korunmadığı Durumlar,” 194 vd.

[47] Yaşar Karayalçın, *Ticaret Hukuku I Giriş-Ticari İşletme Hukuku*, 3. Baskı (Ankara: Güzel İstanbul Matbaası, 1968), 311-312; Hüseyin Ülgen, *Türk Ticaret Hukukunda*

edilen tüm senet ve belgeleri inceleyebileceği gibi giderini ödeyerek bunların onaylı suretlerini de alabilir (TTK m.35/1; TSY m.15/1 ile 17/1). Buradaki ‘herkes’ kavramı *ilgili ile üçüncü kişilerin* toplamından ibarettir. Böylelikle ilgili sıfatını kazanan kişi aynı zamanda üçüncü kişi olamayacaktır.<sup>[48]</sup>

Bir hakkı edinmek isteyen kimse, o hakkın doğumuna engel olan bir durumun varlığı veya sonuçlarını meydana getirmesi için aranan bir unsurun yokluğu konusunda araştırma yapmak; olayın özelliklerinin gerektirdiği özeni göstermekle yükümlüdür. Aksi takdirde, bu tutumundan doğan kusurdan dolayı kötünietli sayılır. Hukuk dilinde, kendisinden beklenen özeni göstermeyen kimsenin kötü niyetli kabul edileceği ifade edilmiştir.<sup>[49]</sup> Mevzuatımızda kötüniet tanımlanmamıştır. Yargıtay içtihatları ve doktrinde hak ihlalinde bulunan tarafın kötünietli olmaması şartı tabiri ile TMK m.3’ de yer alan sübjektif iyiniyet kuralı akla gelmektedir.

İyiniyet, bir hakkın geçerli olarak kazanılmasını engelleyen bir hususun hakkı kazanacak olan kimse tarafından mazur görülebilir bilinmeme halidir.<sup>[50]</sup> İyi niyete sadece bir hüküm olarak değil, özel hukuka yön veren

---

*Hukuki Görünüş Nazariyesi Ticari İşletme Bakımından Uygulama*, 166; Ahmet Battal, “Ticaret Sicilinin Müspet Fonksiyonun ve Temsile İlişkin Sonuçlarının Dış Görünüş Teorisi Açısından İncelenmesi,” *BATİDER* 19, no. 1 (Mart 1997): 86, Yazar aleniyeti sağlayacak ilân kurumu ve aleniyetin bir neticesi olarak üçüncü kişilere tanınan inceleme ve suret alabilme yetkilerinden söz etmektedir. Erten, “İyiniyetin Korunmadığı Durumlar,” 204. Yazar kanunen ilânı zorunlu hususlar hakkında da bilgisizlik, dolayısıyla iyiniyet, iddiasında bulunulamaz. İlân edilen hususları herkesin kanunen öğrenmiş sayılacağını ifade etmektedir. Jale Akipek, Turgut Akıntürk ve Derya Karaman Ateş, *Türk Medeni Hukuku I–Başlangıç Hükümleri, Kişiler Hukuku*, 11. Baskı, (İstanbul: Beta Yayınevi, 2014), 154.

[48] İsmail Özgün Karaahmetoğlu, “Vergi Dairesi Özelinde Ticaret Sicili Kayıtlarında “Üçüncü Kişi,” *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 12, no. 2 (Aralık 2021): 458.

[49] Edis, “Medeni Hukukta İyiniyet,” 143.

[50] Akipek, “Sübjektif Hüsnüniyetin Mahiyeti ve Hükümleri,” 63; Turgut Akıntürk, *Medeni Hukuk*, 11. Baskı (İstanbul: Beta Yayınları, 2005), 79-80; Gökhan Antalya ve Murat Topuz, *Medeni Hukuk I Giriş Temel Kavramlar Başlangıç Hükümleri*, 3. Baskı (Ankara: Legal Yayıncılık, 2019), 455; Öztan, *Medeni Hukukun Temel Kavramları*, 174.

bir ilke anlamında TMK m. 3'te<sup>[51]</sup> yer verilmiştir. Kötüniyet ise iyiniyetli olunmaması durumudur.<sup>[52]</sup> Bu hüküm ile herkesin iyiniyetli olduğu kabul edilmiştir. Böylelikle de iyiniyet bir karine vasfı kazanmıştır.<sup>[53]</sup> Dolayısıyla hakkı kazandığını ileri süren kişi, iyiniyetli olduğunu ispatlamak durumunda olmayacaktır.

Bu bağlamda “kötüniyetli” kişi, bir hakkın kazanılması veya hukuki bir sonucun ortaya çıkması bakımından bir engeli, bir eksikliği veya benzeri bir olguyu bilen ya da bilebilecek durumda olan kişi şeklinde düşünülebilir.<sup>[54]</sup> Resmi bir sicil olan Ticaret sicilinin aleniyet fonksiyonu nedeniyle herkesin öğrenme yükümlülüğü durumun gereği bir bilme yükümlülüğü<sup>[55]</sup> olarak kabul edildiğinde hak ihlalinde bulunan tarafın TMK m. 3 gereği iyiniyetli olup olmayacağı tartışma konusu olacaktır.

Sessiz kalma yoluyla hak kaybına konu edilen sonraki hak sahibinin kötüniyeti kavramı ile hakkın kötüye kullanılmasının kastedildiği yönünde Yargıtay içtihatları ve doktrinde bu yönde bir kabulün bulunduğu ifade edilmiştir.<sup>[56]</sup> Bu bir hakkın kötüye kullanılması durumu olduğuna göre,

[51] TMK m. 3 Kanununun iyiniyete hukuki bir sonuç bağladığı durumlarda, asıl olan iyiniyetin varlığıdır. Ancak, durumun gereklerine göre kendisinden beklenen özeni göstermeyen kimse iyiniyet iddiasında bulunamaz.

[52] Ozan Can, “Türk Hukukunda Kötüniyetli Marka Başvuru ve Tescilinde İptal ve Hükümsüzlüğün Kapsamı Üzerine Düşünceler,” *Ticaret ve Fikri Mülkiyet Hukuku Dergisi* 1, no. 1 (Haziran 2015): 49.

[53] Karine, mevcut ve varlığı bilinen olumlu veya olumsuz bir durumdan diğer bir durumun varlığı ya da yokluğu sonucunun çıkarılmasına olanak sağlayan bir kuraldır. Kanunen iyiniyet aranan durumlarda iyiniyetin kural olarak var kabul edilmesine iyiniyet karinesi adı verilmektedir. Bkz. Edis, “Medeni Hukukta İyiniyet,” 282; İyiniyetin teknik anlamda bir karine olmadığı, yasa dolayısıyla karine olarak kabul edildiği hakkında bkz. Bilge Umar, *Hususî Hukukta İspat Yükü*, (İstanbul: Kazancı Yayınları, 1968), 110 vd.

[54] Murat Cangül, “Marka Hakkının Ülkeselliği ve İstisnaları,” (Doktora tezi, Konya, 2020), 284.

[55] Bkz. Edis, “Medeni Hukukta İyiniyet,” 143.

[56] Hangi kavram seçilmiş olursa olsun sonraki tarihli ve iyiniyetli hak sahibinin korunabilmesinin dayanağı TMK. 2. maddesidir. Bkz. Çağlar ve Özdamar, “Ticaret Unvanının Korunması,” 146; Işık, *Marka Hukukunda Sessiz Kalma Yoluyla Hak*

doktrinde marka hukukunda sessiz kalma yoluyla hak kaybının bir koşulu olarak ifade edilen “iyiniyetli olma” kavramı yerine, “dürüstlük” kuralına uygun davranma tabirini kullanmanın daha isabetli olacağı ifade edilmiştir.<sup>[57]</sup>

Marka hukuku bakımından sessiz kalma sebebiyle hak kaybı açısından kötüninietin varlığını önceki marka sahibinin ispat etmesi gerektiği ileri sürülmüştür<sup>[58]</sup>. Ancak ticaret unvanları bakımından ise unvanın ticaret siciline tescil edilmesi dolayısıyla tescilin olumlu etkisinden başka bir deyişle tescilin iyiniyeti ortadan kaldırma fonksiyonunda yararlanması nedeniyle unvanı sonradan kullanan kişinin genel kuralın aksine iyiniyetli olduğunun kabulü mümkün değildir. Bunun sonucu olarak da iyiniyetin ispatının bunu ileri sürene ait olması gerektiği ifade edilmiştir.<sup>[59]</sup>

Sessiz kalma yoluyla hak kaybı müessesesi yasalarımızda düzenlenmediği için bu itibarla yasada olmayan ve içtihatlarla gelişen bir müessesenin

---

*Kayıbı*, 175, Özge Ayan, “Marka Hakkının Kazanılmasında İyiniyetin Rolü,” içinde Prof. Dr. Fikret Eren’e Armağan, (Ankara: 2006), 188; Ünal Tekinalp, *Fikri Mülkiyet Hukuku*, 12. Baskı (İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2012), 427; Yargıtay Hukuk Genel Kurulu 2021 tarihli bir kararında ticaret unvanını sonradan tescil ettiren kişi kötü niyetli ise sessiz kalma yoluyla hak kaybindan söz edilemeyecek önceki hak sahibi ticaret unvanının terkinini süre gözetilmeksizin her zaman talep edebileceğini ifade etmiştir. Yargıtay HGK, E. 2021/456, K. 2021/776, K.T. 17.06.2021.

[57] Işık, *Marka Hukukunda Sessiz Kalma Yoluyla Hak Kaybı*, 175-176.

[58] Hayrettin Çağlar, *Marka Hukuku Temel Esaslar*, 2. Baskı (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2015), 159; Arslan Kaya, *Marka Hukuku*, (İstanbul: Arıkan Basım Yayın Dağıtım, 2006), 341; Remzi Tamer Pekdinçer, *Haksız Rekabet ve Marka Hukukuna İlişkin Bilirkişi Raporları ve Mütalâalar*, (İstanbul: Legal Kitabevi, 2015), 256; Uğur Çolak, *Türk Marka Hukuku*, Genişletilmiş ve Güncellenmiş 3. Baskı (İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2016), 801; İfakat Balık, “Marka Hukukunda Kötüniniet Kavramı,” (Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 2013), 62; Işık, *Marka Hukukunda Sessiz Kalma Yoluyla Hak Kaybı*, 184.

[59] Can Özbey, *Ticaret Unvanı ve Ticaret Unvanının Korunması*, (İstanbul: Seçkin Yayıncılık, 2014), 107-108; Karaege, “Ticaret Unvanının Özel Olarak Korunması,” 1 vd. yazar her ne kadar asolan iyiniyet olsa da TTK m.36/3 gereği olarak tescilin olumlu fonksiyonu nedeniyle unvanı sonradan kullanan kişinin karine olarak iyiniyetli olduğunu ileri sürmesinin mümkün olmadığını ifade etmiştir. Bu konuda ayrıca bkz. Ülgen vd., *Ticari İşletme Hukuku*, 334



uygulanmasında azami derecede titizlik göstermek ve müessesenin sınırlarını belirlemek hukuki güvenlik ve istikrar açısından oldukça önemlidir.

TMK m. 3 hükmü kanunun iyiniyete hukukî bir sonuç bağladığı durumlarda, asıl olan iyiniyetin varlığıdır. Ancak, durumun gereklerine göre kendisinden beklenen özeni göstermeyen kimse iyiniyet iddiasında bulunamaz. Kanun koyucu TMK 3. maddesinin II. fıkrası ile, iyiniyet karinesini çürütebilmek için, iyiniyetli olduğunu iddia eden tarafın «icabı hale göre kendisinden beklenen ihtimamı» sarfetmediğinin karşı tarafça ispat edilmesini yeterli görmüştür. Bu objektif bir ölçüdür.<sup>[60]</sup> TMK m. 3/2 hükmü iyiniyetin, dürüstlük kuralına bakan objektif yönü olarak ifade edilmiştir.<sup>[61]</sup>

Bir kimsenin iyiniyetli olup olmadığını değerlendirirken, hakim in faydalanabileceği özel, belli ölçülerin öngörülmüş olması mümkündür. Bunlar yerine göre özenin derecesine ilişkin olabileceği gibi resmî sicillerin ve resmen İlanı gerekli konularda ilânının rolüne ilişkin olabilir (Tapu sicili ve ticaret sicili bakımından olduğu gibi). Bu takdirde ilânın ve sicilin münderecatının bilinmesi durumun gereği olan dikkatin ya zorunlu ya da yeterli bir şarttır.<sup>[62]</sup>

Yargıtay içtihadı Birleştirme Genel Kurulu'nun 14.2.1951 günlü ve E. 17/K. 1 sayılı içtihadı birleştirme kararında<sup>[63]</sup> «*vakıa ve karinelere dayanarak kanunen iyiniyet iddiasında bulunamayacak durumu belirmiş olan kimsenin kötünüyetinin diğer tarafa ispat ettirilmesine artık sebep kalmayacağına*» işaret edilmiştir. Bu görüşü, MK. m. 3 f. 2'nin metni de doğrulamaktadır. Bir davada tespit edilen ve doğru olduğu kanısına varılan vakıa ve karinelere göre iyiniyet iddiası bertaraf edilmiş ise, artık ispata gerek kalmamış olacaktır.<sup>[64]</sup>

Kanaatimizce ticaret unvanı yönünden sessiz kalma yoluyla hak kaybı açısından hak ihlaline yol açan tarafın kötünüyetli olmaması tabiri ile kastedilen TMK m.3 anlamındaki sübjektif iyiniyet kuralıdır. Ancak ticaret unvanı yönünden sessiz kalma yoluyla hak kaybı müessesesi henüz TTK'da

[60] Erten, “İyiniyetin Korunmadığı Durumlar,” 182.

[61] Oğuzman ve Barlas, *Medeni Hukuk*, 252.

[62] Edis, “Türk Medeni Hukukunda İyiniyet,” 144.

[63] Edis, “Türk Medeni Hukukunda İyiniyet,” 162.

[64] Kemal Oğuzman, *Medenî Hukuk Pratik Çalışmaları*, (İstanbul: Fakülteler Matbaası, 1970), 11-12.

yer almadığından ve sübjektif iyiniyet kuralı da ancak bir yasa hükmü<sup>[65]</sup> dolayısıyla uygulanabileceğinden sonraki hak sahibinin kötünियeti kavramı tabiri ile her ne kadar gerçek anlamında kullanılması da TMK m. 2 anlamındaki genel dürüstlük kuralı ve hakkın kötüye kullanılması yasağından bahsedilmesi isabetsiz değildir. Zira ticaret unvanı kullanımı bir haktır ve bu hakkın kötüye kullanılmaması gerekir. Bu bağlamda marka hukuku açısından ileri sürülen görüşlere katılmaktayız. Yargıtay da ticaret unvanı yönünden sessiz kalma yoluyla hak kaybına ilişkin kararlarında TMK m. 2 hükmünü esas almaktadır.

Elektronik ticaret sicilinin tutulmaya başlanması ile ilân edilmeyen hususları, sanki ilân edilmişçesine herkesin öğrenme imkânı olacağından, bu sayede sicil olumlu etkisinin güçleneceği; olumsuz etkinin uygulama alanının ise daralacağı ifade edilmiştir.<sup>[66]</sup> Günümüz şartlarında ilan yolu<sup>[67]</sup> ile aleniyet sağlanmaya çalışılıyor olsa dahi pratikte sicil kayıtlarının herkes tarafından incelenmesine yönelik imkânı sunan elektronik sicil kaydı ile de aleniyet

[65] TMK m. 3 anlamındaki iyiniyet ilkesi, ancak “kanunun iyiniyete bir hukukî sonuç bağladığı durumlarda” uygulama alanı bulabilecek bir ilkedir (TMK m. 3/1). İyiniyete ilişkin özel bir düzenlemenin bulunmadığı durumlarda ise, iyiniyet koruması söz konusu değildir. Bkz. Edis, *Medeni Hukuka Giriş ve Başlangıç Hükümleri*, 273; Öztan, *Medeni Hukuku Temel Kavramları*, 187; Doktrinde bir başka görüş ise iyiniyete sonuç bağlanan hükümlerin, istisnai nitelikleri dikkate alınarak, yorum ve kıyas yoluyla genişletilmesinde hukukî bir engel bulunmadığı yönündedir. İyiniyete ilişkin düzenlemelerde birbirinden farklı tabirler kullanılması çoğu kez yorumu zorunlu kılmaktadır. Bu konuda bkz. Akipek, “Sübjektif Hüsnüniyetin Mahiyeti ve Hükümleri,” 70-71; Rona Serozan, *Medeni Hukuk, Genel Bölüm-Kişiler Hukuku*, 3. Baskı (İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2011), 257-258.

[66] Erol Ulusoy, “Ticaret Siciline Tescilin Olumsuz Etkisine Veda Elektronik Ticaret Sicili- Ticaret Sicili Bilgi Bankası- İnternet Sayfası,” *Prof. Dr. Hüseyin Ülgen’e Armağan I*, (İstanbul: 2007), 101.

[67] Gazetenin günlük tirajı ile sayfa sayısı incelendiğinde gazetenin en çok ilan sahipleri tarafından alındığı dolayısıyla üçüncü kişilerin gazeteyi alıp ticari hayattaki faaliyetlerden haberdar olma imkânlarının çok sınırlı olduğu buna göre tescil ve ilan aleniyeti sağlama noktasında zayıf kaldığı ileri sürülmüştür. Bkz. Ahmet Battal, “Ticaret Sicilinin Müspet Fonksiyonu,” 83-87; Mustafa İ. Kaya, “Ticaret Sicilinin Elektronik Ortamda Tutulması,” *Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 5, no. 1, (Haziran-2008): 84-85.

sağlanmaktadır.<sup>[68]</sup> Gerek TTK m. 35 ve 36/I ve II ile getirilen düzenlemeler gerek ticaret sicil kayıtlarının elektronik ortamda tutuluyor olması (TTK m. 24/III ve TSY m. 13) ve Türkiye Ticaret Sicili Gazetesi'ne internet ortamında ulaşıyor olması üçüncü kişilerin sicile kaydedilen hususları bilmediğini ileri sürmesini engelleyen hususlardır.<sup>[69]</sup> Sicil kayıtlarının elektronik ortamda tutulması klasik sicil sistemine bir alternatif olarak düzenlenmemiştir. Bu düzenleme klasik sicil sistemini bertaraf ederek elektronik sicilin tutulmasını zorunlu hale getirmektedir.<sup>[70]</sup> Ancak TTK m.24/2'nin gerekçesi incelendiğinde bilgi bankasındaki kayıtların üçüncü kişilere ileri sürülmek gibi hukukî bir gücü ve etkiyi haiz olmadığı belirtilmektedir.<sup>[71]</sup>

[68] Ayhan ve Çağlar, *Ticari İşletme Hukuku Genel Esaslar*, 272.

[69] Karaege, "Ticaret Sicili Kayıtlarının Üçüncü Kişiler Bakımından Etkisi," 465.

[70] Akdağ Güney, *Ticaret Sicili*, 20; Kaya, "Ticaret Sicilinin Elektronik Ortamda Tutulması," 77. Yazar Elektronik ticaret sicilinin tutulması halinde, üçüncü kişilerin tescil edilmesine rağmen ilan edilmeyen bir hususu bilmediklerini ve bilebilecek durumda olmadıklarını ileri sürmeleri neredeyse olanaksız hale geleceğini ileri sürmüştür. Bkz. Kaya, "Ticaret Sicilinin Elektronik Ortamda Tutulması," 90.

[71] Bkz. TTK m. 24/2 gerekçesi: "*Bilgi bankasındaki kayıtlar üçüncü kişilere ileri sürülmek gibi hukukî bir gücü ve etkiyi haiz değildir. Ancak bu kayıtlar, kaydın yolsuz olduğuna veya kayıt bulunması gerekirken kayda yer verilmemiş olduğuna inananları, esas sicil kayıtlarında gerekli düzeltmeleri yapmak amacıyla hukukî yollara başvurmak için harekete geçirecektir. Bilgi bankasına giriş serbest olacağı için, herkes kayıtları denetleyebilecektir. Sistemin yerleşmesi ve işleyiş kurallarının tam olarak ortaya çıkması halinde bir kanun değişikliğiyle bilgi bankasına hukukî işlevler de tanınabilir.*"

## SONUÇ

Hak kaybına uğrayan taraf ile hak ihlaline sebep olan taraf arasında hukuki bir denge gözetilmelidir. Her iki tarafın da korunması gereken menfaatleri hakkaniyete uygun bir ölçüde her somut olayın kendi koşulları dahilinde değerlendirilmelidir.

Günümüz şartlarında gerek MERSİS<sup>[72]</sup> sistemi üzerinden gerekse de ticaret siciline tescil edilen hususların ilanı için TOBB nezdinde yayınlanan Türkiye Ticaret Sicil Gazetesi üzerinde yapılacak unvan araştırmalarında başkasına ait bir unvanın tescilli olup olmadığı araştırması kolaylıkla yapılabilmektedir. Kanaatimizce TTK m. 24/2 hükmünün gerekçesinde ortaya koyulan sicil kayıtlarının üçüncü kişilere ileri sürülmesi gibi hukukî bir gücü ve etkiyi haiz olmadığı görüşü günümüz şartlarında tekrar değerlendirilmeli elektronik kayıtlara açıkça hukuki etki tanınmalıdır. Ticaret sicilinin aleniyeti ilkesi gelişen teknoloji ile birlikte daha işlevsel hale gelmiştir. Tacir olarak ticaret hayatına atılmak isteyenler unvan seçimi yaparken MERSİS üzerinden ya da TOBB nezdinde yayınlanan Ticaret Sicil Gazetesinde kullanmak istedikleri unvanın tescilli olup olmadığını sorgulayabileceklerdir. Bu durum başkasına ait ticaret unvanının bizatihi aynısını ya da ayırt edilemeyecek derecede benzerini kullanma ya da tescil ettirme yönünde iyiniyeti ortadan kaldırmaktadır.

[72] Ticaret sicil kayıtların düzenli olarak depolandığı bir bilgi bankası olarak TOBB nezdinde kurulan MERSİS'te sicil esas defteri, gelen evrak defteri, giden evrak defteri, ihtar ve ceza defteri ve Ticaret Bakanlığı'nın gerekli gördüğü defterler ve bunlara ait kayıtlar tutulur (TSY m. 12). Kanun koyucu bu madde ile ticaret siciline ait kayıtların elektronik olarak tutulması gerektiğini ifade etmiştir. Bkz. Şener, *Ticari İşletme*, 444; TTK m.24/2 gerekçesi *Türkiye çapında sicil kayıtlarına elektronik ortamda ulaşılabilmenin sağlanması amacıyla, söz konusu kayıtların düzenli bir tarzda depolandığı bir bilgi bankasının kurulması öngörülmüştür. Bu bilgi bankası Türkiye Odalar ve Borsalar Birliği nezdinde bulunacaktır. Bu bankanın FSEK anlamında bir veri tabanı oluşturup oluşturmadığı öğreti faaliyetini gerektirir. Bilgilere elektronik ortamda ulaşılabilmesi ile sadece bilgi toplumunun gereklerinden biri yerine getirilmiş olmayacak, aynı zamanda geniş aleniyetle gerçek anlamda şeffaflık gerçekleştirilerek kayıtlardaki yolsuzlukların, aykırılıkların ve düzensizliklerin de önüne geçilebilecektir.* şeklindedir. Klasik sicil sistemi ile elektronik sicil arasında üçüncü kişilerin korunması bakımından bir fark yoktur. Nitekim elektronik sicil sisteminde de sicile yapılacak tescilin dayanağı olan bilgi ve belgelerin doğruluğunun tespit edilmesi ve resmi makamlar tarafından kontrol edilerek onaylanmış olması gerekir. Bilgi için bkz. Kaya, "Ticaret Sicilinin Elektronik Ortamda Tutulması," 77.

Bu durumda hak ihlaline yol açan kişi bakımından değerlendirildiğinde aynı ya da ayırt edilemeyecek derecede benzer ticaret unvanlarının kullanımını ya da tescil ettirilmesi kötüniyetli sayılacaktır. Sessiz kalma yoluyla hak kaybının gerçekleşmesi için gereken şartlardan biri olan sonraki unvan tescilinin kötüniyetli olmaması şartı gerçekleşmemiştir. Ayrıca ticaret sicilinin aleniyeti ilkesi gereğince kanunen ve durumun gereği bilme yükümlülüğü nedeniyle kendisinden beklenen özeni göstermeyen kimse kötüniyetli sayılacağı için hak kaybına uğrayan taraf hak ihlali yaratan tarafın kötüniyetini ispat külfeti altında olmamalıdır. Zira tescilin iyiniyeti ortadan kaldırma fonksiyonu nedeniyle tescilli unvanı sonradan kullanan ve bu bağlamda hak ihlali yaratan tarafın genel kuralın aksine iyiniyetli olduğunun kabulü mümkün değildir. Bunun sonucu olarak da iyiniyetin ispatının bunu ileri sürene ait olması gerektiğine ilişkin görüşlere<sup>[73]</sup> katılmaktayız. Hak ihlali yaratan taraf eğer iyiniyetli olduğunu iddia ediyorsa iyiniyetini ispatlamalıdır.

---

[73] Bkz. yukarıda dipnot 59.

## KAYNAKÇA

- Akıntürk, Turgut, *Medeni Hukuk*. 9. Baskı, İstanbul: Beta Yayınevi, 2003.
- Akıntürk, Turgut. *Medeni Hukuk*. 11. Baskı, İstanbul, 2005.
- Akipek, Jale, Turgut Akıntürk ve Derya Ateş. *Türk Medenî Hukuku Başlangıç Hükümleri Kişiler Hukuku I*. 15. Baskı. İstanbul: Beta Yayınları, 2019.
- Akipek, Jale. “Sübjektif Hüsnüniyetin Mahiyeti ve Hükümleri,” *AÜHF* 14, no. 1, (1957): 56-71.
- Akyol, Şener. *Tam Üçüncü Şahıs Yararına Sözleşme*. İstanbul: Fakülteler Matbaası, 1976.
- Akyol, Şener. *Medeni Hukukta Çelişki Yasağı*. İstanbul: Seçkin Yayıncılık, 2007.
- Antalya, Osman Gökhan ve Murat Topuz. *Medeni Hukuk Giriş Temel Kavramlar Başlangıç Hükümleri I*. 3. Baskı, Ankara: Legal Yayıncılık, 2019.
- Arslanlı, Halil. *Kara Ticaret Hukuku Dersleri Umumi Hükümler*. İstanbul: Sulhi Garan Matbaası, 1959.
- Ataay, Aytekin. *Medeni Hukukun Genel Teorisi*. 3. Baskı. İstanbul: İÜHF Yayınları, 1980.
- Ayan, Özge. “Marka Hakkının Kazanılmasında İyiniyetin Rolü,” içinde *Prof. Dr. Fikret Eren’e Armağan*. 165-192. Ankara: 2006.
- Ayhan, Rıza ve Hayrettin Çağlar. *Ticari İşletme Hukuku Genel Esaslar*. 11. Baskı. Ankara: Yetkin Yayıncılık, 2018.
- Ayhan, Rıza, Mehmet Özdamar ve Hayrettin Çağlar. *6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu Hükümlerine Göre Ticari İşletme Hukuku Genel Esaslar*. Tamamen Gözden Geçirilmiş ve Güncellenmiş 5. Baskı. Ankara: Yetkin Yayınları, 2012.
- Bahtiyar, Mehmet. *Ticari İşletme Hukuku Ders Notları Soru Örnekleri, Yeni TTK’ya Uyarlanmış*. 19. Baskı. İstanbul: Beta Yayınevi, 2018.
- Bahtiyar, Mehmet. “Ticaret Sicili,” içinde *Makaleler II*. İstanbul: Beta Yayınevi, 2008.

- Balık, İfakat. “Marka Hukukunda Kötüniyet Kavramı.” Yüksek Lisans Tezi: Ankara, 2013.
- Battal, Ahmet. “Marka Hakkına Tecavüz Davalarında Hakkın Kötüye Kullanılması.” İçinde 18. *Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu*. 26-54. Ankara: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 2001.
- Battal, Ahmet. “Ticaret Sicilinin Müsbet Fonksiyonun ve Temsile İlişkin Sonuçlarının Dış Görünüş Teorisi Açısından İncelenmesi.” *BATİDER* 19, no. 1 (1997): 83-101.
- Bilge, M. Emin. *Ticaret Sicili*. İstanbul: Beta Yayınevi, 1999.
- Bilge, M. Emin. *Ticari Adlarda Karıştırılma Tehlikesi*. Ankara: Yetkin Yayınları, 2014.
- Bilgili, Fatih ve Ertan Demirkapı. *Ticaret Hukuku Bilgisi (Ticari İşletme Şirketler-Kıymetli Evrak)*. 5. Baskı. Bursa: Dora Yayınları, 2013.
- Bozer, Ali ve Celal Göle. *Ticari İşletme Hukuku*. Güncellenmiş ve Genişletilmiş 3. Baskı. Ankara: BTHAE Yayınları, 2015.
- Bozer, Ali ve Celal Göle. *Ticari İşletme Hukuku*. 4. Baskı. Ankara: BTHAE Yayınları, 2017.
- Buz, Vedat. *Medeni Hukukta Yenilik Doğuran Haklar*. Ankara: Yetkin Yayınları, 2005.
- Can, Ozan. “Türk Hukukunda Kötüniyetli Marka Başvuru ve Tescilinde İptal ve Hükümsüzlüğün Kapsamı Üzerine Düşünceler.” *Ticaret ve Fikri Mülkiyet Hukuku Dergisi* 1, no. 1 (2015): 47-56.
- Cengiz, Dilek. *Türk Hukukunda İktibas ve İltibas Suretiyle Marka Hakkına Tecavüz*. İstanbul: Beta Yayınevi, 1995.
- Çağlar, Hayrettin ve Mehmet Özdamar. “Ticaret Unvanının Korunması.” *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 14, no. 2 (2006): 119- 150.
- Çağlar, Hayrettin. *Marka Hukuku Temel Esaslar*. 2. Baskı. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2015.
- Çolak, Uğur. *Türk Marka Hukuku*. Genişletilmiş ve Güncellenmiş 3. Baskı. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2016.

- Demirel, Duygu. *Ticaret Sicili*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2016.
- Dinç, Serhan. “6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu`na göre Ticaret Unvanı.” *İSMMM Mali Çözüm Dergisi*. (Mayıs-Haziran 2017): 77-99.
- Dural, Mustafa ve Suat Sarı. *Türk Özel Hukuku I Temel Kavramlar ve Medeni Kanununun Başlangıç Hükümleri*. 4. Baskı. İstanbul: Filiz Kitabevi, 2009.
- Edgü, Ekrem. *Ticaret Hukuku I Umumi Hükümler*. Ankara: Sevinç Matbaası, 1964.
- Edis, Seyfullah. “Türk Medeni Hukukunda İyiniyet.” *Profesör Dr. H. C. Oğuzoğlu’na Armağan*. 135-166. Ankara: 1972.
- Edis, Seyfullah. *Medeni Hukuka Giriş ve Başlangıç Hükümleri*. 4. Baskı. Ankara: AÜHF Döner Sermaye İşletmesi Yayınları, 1991.
- Eminoğlu, Cafer. “Ticaret Siciline Tescilde Şirket Sözleşmesine ve Emredici Hükümlere Uygunluk İncelemesi.” *Kazancı Hukuk Araştırmaları Dergisi*. (Nisan 2015): 55-94.
- Erten, Ali. “İyiniyetin Korunmadığı Durumlar.” *Profesör Dr. H. C. Oğuzoğlu’na Armağan*. 179-212. Ankara: 1972.
- Güney, Necla A. *Yeni Türk Ticaret Kanunu ve Avrupa Birliği Mevzuatı Çerçevesinde Ticaret Sicili*. İstanbul: İTO Yayınları, 2011.
- Helvacı, Mehmet, Hüseyin Ülgen, Ömer Teoman, Abuzer Kendigelen, Arslan Kaya ve Fusun Ertan Nomer. *Ticari İşletme Hukuku*. Birinci Basıdan Tıpkı Üçüncü Baskı. İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2009.
- Hirsch, Ernest. *Ticaret Hukuku Dersleri*. 3. Baskı. İstanbul: İsmail Akgün Matbaası, 1948.
- Işık, Egemen. *Marka Hukukunda Sessiz Kalma Yoluyla Hak Kaybı*. İstanbul: Oniki Levha Yayıncılık, 2017.
- İmre, Zahit. *Medeni Hukuka Giriş*. İstanbul: İÜHF Yayınevi, 1971.
- Karaahmetoğlu, İsmail Özgün. “Vergi Dairesi Özelinde Ticaret Sicili Kayıtlarında “Üçüncü Kişi.” *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* (2021): 450-465.



- Karaege, Özge. “Ticaret Sicili Kayıtlarının Üçüncü Kişiler Bakımından Etkisi.” *Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi* 10. No. 2 (2020): 461-493.
- Karaege, Özge. “Türk Ticaret Kanunu’na Göre Ticaret Unvanının Özel Olarak Korunması (Özellikle Yeni TTK m.52; Eski TTK m.54).” *Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 6, no. 1-2 (2011): 1-32.
- Karayalçın, Yaşar. *Ticaret Hukuku I. Giriş-Ticari İşletme Hukuku*. 3. Baskı. İstanbul: Güzel Matbaası, 1968.
- Karayalçın, Yaşar. “Türk Hukukunda Ticaret Siciline Tescilin Etkileri.” *Batider* 8, no. 2 (1975): 1-29.
- Kaya, Mustafa İsmail. “Ticaret Sicilinin Elektronik Ortamda Tutulması.” *Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 5. no. 1 (2008): 67-100.
- Kaya, Arslan. *Marka Hukuku*. İstanbul: Arıkan Basım Yayın, 2006.
- Kayar, İsmail. *Ticari İşletme Hukuku*. Güncellenmiş 10. Baskı. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2015.
- Kayıhan, Şaban ve Mustafa Yasan. *6335 sayılı Kanun ile Güncellenmiş Yeni Türk Ticaret Kanununa Göre Ticari İşletme Hukuku*. 2. Baskı. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2013.
- Kıran, Süleyman. “Sicilinde Görünüşe Güvenin Başlangıç Anına İlişkin Bir Değerlendirme.” *TBB Dergisi* 143. (2019): 257-282.
- Mimaroğlu, Sait Kemal. *Ticaret Hukuku İşletme Hukuku I*. 3. Baskı. Ankara: Sevinç Matbaası, 1978.
- Oğuzman, Kemal. *Medenî Hukuk Pratik Çalışmaları*. İstanbul: 1970.
- Oğuzman, Kemal ve Nami Barlas. *Medeni Hukuk*. 24. Baskı. İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2018.
- Özbey, Can. *Ticaret Unvanı ve Ticaret Unvanının Korunması*. İstanbul: Seçkin Yayıncılık, 2014.
- Özsunay, Ergun. *Medeni Hukuka Giriş*. 4. Baskı. İstanbul: Gürayay Matbaacılık, 1981.

- Özşungur, Fahri. *Ticaret Sicili İşlemleri El Kitabı*. Ankara: Karahan Kitabevi, 2013.
- Özşungur, Fahri. "Ticaret Sicilinde Tescil ve İlanın Etkileri Sorunu." *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 22, no. 2 (2014): 131-155.
- Öztan, Bilge. *Medeni Hukukun Temel Kavramları*. 27. Baskı. Ankara: Turhan Kitabevi, 2008.
- Pekdinçer, Remzi Tamer. *Haksız Rekabet ve Marka Hukukuna İlişkin Birlikli Raporları ve Mütalâalar*. İstanbul: Legal Kitabevi, 2015.
- Poroy, Reha ve Hamdi Yasaman. *Ticari İşletme Hukuku, 6102 Sayılı TTK Nazara Alınarak Genişletilmiş ve Güncelleştirilmiş*. 14. Baskı. İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2012.
- Serozan, Rona. *Medeni Hukuk Genel Bölüm-Kişiler Hukuku*. 3. Baskı. İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2011.
- Suluk, Cahit, Rauf Karasu ve Temel Nal. *Fikri Mülkiyet Hukuku*. 3. Baskı. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2019.
- Tekinalp, Ünal. *Fikri Mülkiyet Hukuku*. 12. Baskı. İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2012.
- Tekinay, Selahattin S. *Medeni Hukukun Genel Esasları ve Gerçek Kişiler Hukuku*. 6. Baskı. İstanbul: Filiz Kitabevi, 1992.
- Tunçer, Polat. *Ticaret Hukuku*. Ankara: Adalet Yayınevi, 2014.
- Ulusoy, Erol. "Ticaret Siciline Tescilin Olumsuz Etkisine Veda Elektronik Ticaret Sicili- Ticaret Sicili Bilgi Bankası- İnternet Sayfası." İçinde *Prof. Dr. Hüseyin Ülgen'e Armağan I*. 89-122. İstanbul: 2007.
- Umar Bilge. *Hususi Hukukta İspat Yükü*. İstanbul: 1968.
- Ülgen, Hüseyin. *Türk Ticaret Hukukunda Hukuki Görünüş Nazariyesi (Ticari İşletme Bakımından Uygulama)*. İstanbul: 2005.
- Yalmankülâh, Zehra. "Ticaret Unvanı ve Korunması." Yüksek Lisans Tezi: Kırıkkale, 2014.
- Yanlı, Veliye. "İltibas Nedeniyle Haksız Rekabetin Önlenmesi Davası Açma Hakkının Kaybı." Bildiri *Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu Bildiriler-Tartışmalar 21*. 9- 10 Aralık 2005, Ankara: 2006.

Murat CANGÜL

Yasaman, Hamdi ve Fülurya Yusufoglu. *Marka Hukuku*. İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2004.

HAKEMLİ



# Ceza Yargılamasında Silahların Eşitliği İlkesi: Bir Sistematik Derleme Çalışması

Orhan ARSLAN\*

---

**Bu makale hakem incelemesinden geçmiştir ve TÜBİTAK–ULAKBİM Veri Tabanında indekslenmektedir.**

\* Ankara Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Doktora Programı Öğrencisi. ([han.arslan@hotmail.com](mailto:han.arslan@hotmail.com));

**ORCID ID:** <https://orcid.org/0000-0002-6833-2584>

**Makale geliş tarihi:** 13 Mart 2022 **Makale kabul tarihi:** 2 Ekim 2022

**Atıf önerisi:** Arslan, Orhan. “Ceza Yargılamasında Silahların Eşitliği İlkesi: Bir Sistematik Derleme Çalışması.” *Ankara Barosu Dergisi* 80, no. 4 (Ekim 2022): 169-222. DOI: [10.30915/abd.1186643](https://doi.org/10.30915/abd.1186643)

## CEZA YARGILAMASINDA SİLAHLARIN EŞİTLİĞİ İLKESİ: BİR SİSTEMATİK DERLEME ÇALIŞMASI

### ÖZ

Silahların eşitliği ilkesi, AİHS'in adil yargılanma ve hakkaniyete uygun yargılanma ilkelerinin bir unsurudur. Bu çalışma, ceza yargılamasında silahların eşitliği ilkesi konulu ulusal literatürdeki tez ve makalelerde ulaşılan bilgi birikiminin ve araştırma boşluklarının tespiti amacıyla yapılmıştır. Nitel araştırma stratejisi ve sistemantik derleme yöntemi işe koşulmuştur. DergiPark, YÖK Tez Merkezi ve TR Dizin portallarında yapılan sistemantik tarama işlemi sonucunda 9 tez ve 6 makale tespit edilerek inceleme ve değerlendirmeye alınmıştır. Ulusal literatürde silahların eşitliği ilkesine yönelik ampirik çalışmanın olmadığı, mevcut çalışmaların ise normatif yaklaşımla yapıldığı gözlenmiştir. Tespit edilen çalışmaların çoğunluğunun silahların eşitliği ilkesini makro ölçekli incelediği, çok azının ise ilkenin somut görünümünden birisini araştırma konusu yaptığı gözlenmiştir. İçerik analizi sonucunda, ilkenin ceza yargılaması aşama ve işlemlerinde 100'e yakın somut görünümünün olduğu tespit edilmiştir.

### Anahtar kelimeler

silahların eşitliği ilkesi

sistemantik derleme

adil yargılanma hakkı

hakkaniyete uygun yargılanma

ceza yargılaması

## PRINCIPLE OF EQUALITY OF ARMS IN CRIMINAL PROCEEDINGS: A SYSTEMATIC REVIEW OF LITERATURE

### ABSTRACT

The principle of equality of arms is an element of the ECHR's principles of fair trial and fair hearing. This study was carried out to determine the knowledge and research gaps in the theses and articles in the national literature on the principle of equality of arms in criminal proceedings. Qualitative research strategy and systematic review method are employed. As a result of the systematic scanning process carried out on DergiPark, YÖK Thesis Center and TrDizin portals, 9 theses and 6 articles were identified and taken into examination and evaluation. It has been observed that there is no empirical study on the principle of equality of arms in the national literature, while existing studies are conducted with a normative approach. It has been observed that the majority of the identified studies examine the principle of equality of arms on a macro scale, while very few of them focus on one of the procedural implementation aspects of the principle. As a result of the content analysis, it has been determined that the principle has nearly 100 procedural implementation appearances in criminal proceedings and processes.

### Keywords

principle of equality of arms

systematic review

right to fair trial

due process

criminal proceedings

## GİRİŞ

Her türlü yargılama faaliyeti, maddi içeriği olan tüm temel hak ve özgürlüklerle, doğrudan veya dolaylı, uzak veya yakın biçimde ilişkilendirilebilmektedir.<sup>[1]</sup> Bu tespitten hareketle, silahların eşitliği ilkesi hem temel haklar hem de yargısal haklar bağlamında her türlü yargılama işleminde etkisini gösteren bir ilkedir. İlke, bu itibarla adil yargıla(n)ma sürecinin önemli bir boyutunu teşkil eder. Ceza yargılamasında, savunma tarafı ile iddia tarafı arasında, iddianın lehine yetki kullanımı farkları bulunmaktadır. Savcılık tarafı delil toplama ve toplatma ile kaynaklara sahip olması açısından kamu gücünü kullanmaktadır. Savcılığın kamu gücünü kullanması, esasında savunma karşısında açık dezavantajlı bir durum oluşturmaktadır. Bu dezavantajlı konum, adil yargılanma açısından silahların eşitliği ilkesi özelinde bir çalışma konusu yapılacak kadar önemli kılmaktadır. İlke aynı zamanda ceza yargılaması uygulamasında adil yargılanma ve hakkaniyete uygun yargılanma haklarının somut bir uzantısı şeklinde görünür hâle gelmektedir. Bu görünümle bağlantılı olarak Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi<sup>[2]</sup> (AİHM) ve Anayasa Mahkemesi<sup>[3]</sup> (AYM) tarafından verilen kararlar ile her iki mahkeme önünde derdest olan başvuruların ezici çoğunluğunun konusunun adil yargılanma şikâyetine dayalı başvurular olduğu istatistiklere ve haberlere yansımaktadır. Aşağıda sunulan veriler silahların eşitliği ilkesinin müstakil bir çalışmaya konu olabilecek kadar önemli bir ilke olduğunu ortaya koymaktadır.

[1] Kemal Gözler, *İnsan Hakları Hukuku*, 2. baskı (Bursa: Ekin, 2017), 466.

[2] Türkiye aleyhine yapılan başvurular hakkında AİHM tarafından 1959-2021 arasında verilen ihlal kararlarından 1.633'ü Sözleşme'nin adil yargılanma hakkını düzenleyen 6'ncı maddesine ilişkindir. Anılan yıllar arasında tüm üye ülkelerin Sözleşme maddeleri bazında istatistiki bilgileri için bkz. [https://www.echr.coe.int/Documents/Stats\\_violation\\_1959\\_2021\\_ENG.pdf](https://www.echr.coe.int/Documents/Stats_violation_1959_2021_ENG.pdf). Sadece 2021 yılında ise Türkiye hakkında 6. Madde ihlali kararı verilen dosya sayısı 23'tür. Bkz. [https://www.echr.coe.int/Documents/Stats\\_violation\\_2021\\_ENG.pdf](https://www.echr.coe.int/Documents/Stats_violation_2021_ENG.pdf) (Erişim Tarihi: 05.07.2022)

[3] Anayasa Mahkemesinin bireysel başvurularda verdiği ihlal kararlarının hak ve özgürlükler bağlamında dağılımına göre; 23/9/2012 ile 31/3/2022 tarihleri arasında verilen kararların % 78'i (20.318) adil yargılanma hakkının ihlaline ilişkindir. Bkz. [https://www.anayasa.gov.tr/media/7946/bb\\_2022-1\\_tr.pdf](https://www.anayasa.gov.tr/media/7946/bb_2022-1_tr.pdf) (Erişim Tarihi: 05.07.2022)



Anayasa Mahkemesine bireysel başvuru hakkının tanındığı tarih olan 23 Eylül 2012 ve 31 Aralık 2021 tarihleri arasında, AYM tarafından toplam 28.710 ihlal kararı verilmiş olup bunların içinde ilk sırayı adil yargılanma hakkının ilişkin kararlar almaktadır. Silahların eşitliği ilkesi, adil yargılanma hakkının bir unsurudur. Dolayısıyla istatistiği verilen bu hak ihlali kararları arasında silahların eşitliği ilkesinin ihlalinin içeren başvurular da yer almıştır.<sup>[4]</sup>

Silahların eşitliği ilkesinin gerçek görünümü ile ilişkili algı araştırmaları, adil yargılanma hakkının yüksek düzeyde ihlal edildiğini ve adalete olan güveni olumsuz şekilde etkilediğini göstermektedir. En son yapılan kamuoyu araştırmasında katılımcıların %69'unun adalete güvenmediğini ve %72'sinin ise insanların haksız yere tutuklandığını düşündüğü raporlanmıştır.<sup>[5]</sup> Yine, Dünya Adalet Projesi (*World Justice Project*) tarafından düzenli yürütülen Hukukun Üstünlüğü Endeksi (*Rule of Law Index*) 2021 Raporuna göre; Türkiye'nin, hukukun üstünlüğü endeksinde 139 ülke arasından 117. sıraya; yine Endeksin temel haklar alt endeksinde ise 133. sıraya ve ceza adaleti alt endeksinde ise 103. sıraya gerilediği bildirilmektedir.<sup>[6]</sup> Önemle belirtelim ki, temel haklar ve ceza adaleti endeks verileri doğrudan adil yargılanma ve silahların eşitliği ilkesinin somut görünümünün hangi düzeyde olduğunu ortaya koymaktadır.

2016 yılında yapılan ve katılımcıların büyük çoğunluğunu hukuk fakültesi öğrencileri ile öğretim elemanları, avukatlar ve hâkim/savcılarının olduğu

[4] Suç isnadına ilişkin yargılamalarda özel olarak silahların eşitliği ilkesi veya silahların eşitliği ilkesinin özel görünüm biçimleri olan diğer hak ve güvenceler kapsamında ileri sürülen hak ihlali iddiaları üzerine verilen kararların özetleri için bkz. Akif Yıldırım ve Zehra Gayretli, *Suç İsnadına İlişkin Yargılamalarda Silahların Eşitliği İlkesi (Karar Özetleri)*, (Ankara: Anayasa Mahkemesi Yayını, 2022).

[5] KONDA Araştırma Şirketi tarafından yapılan "Türkiye'de Hapishaneler ve Mahpuslar Algısı Araştırması" Raporunda toplumun adalet sistemine bakışı, hapishanelerde ayrımcılık ve kötü muameleyle dair görüşler derlenmiştir. Toplam 60 sayfadan oluşan Raporun tamamı için bkz. [https://www.ihd.org.tr/wp-content/uploads/2021/10/IHD\\_Hapishaneler\\_Raporu-1.pdf](https://www.ihd.org.tr/wp-content/uploads/2021/10/IHD_Hapishaneler_Raporu-1.pdf) (Erişim Tarihi: 05.07.2022)

[6] WJP Rule of Law Index, "Global Insights 2021 Report," <https://worldjusticeproject.org/rule-of-law-index/country/2021/Turkey> (Erişim Tarihi: 14.10.2021) Bu sıralama 2020 yılında ise şöyleydi: (128 ülke arasında) Hukukun Üstünlüğü: 107., Temel Haklar:123., Ceza Adaleti:85.

“Türkiye’de Hukuk Zihniyeti” başlıklı kamuoyu araştırması sonuçlarına göre katılımcıların düşünceleri şöyledir:<sup>[7]</sup>

- Hukuk sistemi adalet üretmektedir : % 35
- Kanunlar toplum vicdanını tatmin etmektedir : % 34
- Adamına göre muamele yapılmaktadır : % 85
- Kurallara uymayanlar kârlı çıkmaktadır : % 67
- Ayrımcılığa uğrama kaygısı taşımaktayım : % 81
- Hukukun toplumda karşılığı vardır : % 33
- Hukuk politikalarının amacı devleti güçlü kılmaktır : % 48
- Hukuk politikalarının amacı toplumu dönüştürmektir : % 18
- (Avukatlara göre) hâkim ve savcılar adildir : % 36
- Yargının geleceği hakkında olumlu düşünüyorum : % 22
- Yargı işleri şablonlara bağlı yapılmaktadır : % 67
- (Hâkim ve savcılara göre) avukatlar dürüsttür : % 39
- Hukuk sistemi adaleti sağlamaya izin vermektedir : % 56

İçten, silahların eşitliği ilkesi ile doğrudan ilişkili olmasa da belli alt başlıklarda ilişkili olan tutukluluk koruma tedbirinin pratikte nasıl uygulandığını görmek için Diyarbakır, İstanbul Anadolu ve Çağlayan Adliyelerinde sulh ceza hâkimliklerince verilen 2018 yılına ait sorgu ve tutukluluk değerlendirme kararlarını incelenmiştir.<sup>[8]</sup> 93 sorgu kararı ile verilen ‘*tutuklama*’ tedbiri ve 104 ‘*tutukluluk halinin devamı*’ tedbiri olmak üzere toplamda 197 karar analiz edilmiştir. İncelenen tutuklama kararlarında ulaşılan bulgular

[7] “Türkiye’de Hukuk Zihniyeti” isimli anket 4170 katılımcı ile tamamlanmış ve varılan sonuçlar kitaplaştırılmıştır. Ankete; 1723 hukuk fakültesi öğrencisi, 201 hukuk fakültesi öğretim elemanı, 639 avukat, 135 hâkim/savcı ve 915 kamu çalışanı katılmıştır. 21 Şubat-31 Mart 2016 tarihleri arasında yapılan çalışmanın sonuçlarının tamamı ve geniş yorumu için bkz. Emir Kaya, *Hukuk Zihniyeti*, 3. baskı, (Ankara: Siyasal Yayınevi, 2018), 365-491.

[8] Muhammet Polat İçten, “Tutuklama ve Türkiye’deki Tutuklama Kararlarının Gereksizliği Sorunu,” *Dicle Üniversitesi Adalet Meslek Yüksekokulu Dicle Adalet Dergisi* 3, no.5 (Haziran 2019): 46-81.

arasında silahların eşitliğini ilgilendiren tespitler de bulunmaktadır. Araştırmacı, kararları ‘gerekçesiz’, ‘sözde gerekçe’, ‘eksik gerekçe’ ve ‘tam gerekçe’ içeren karar olmak üzere dört tematik başlık altında gruplandırmıştır. Tutuklamaya karar verilen sorgu kararlarında 53 kararın gerekçesizlik, 25 kararın sözde gerekçe ve 15 kararın ise eksik gerekçe içerdiği görülmüştür. Yine tutukluluk halinin devamı kararlarında ise 100 kararın gerekçesizlik, 2 kararın sözde gerekçe ve sadece 1 kararın eksik gerekçe içerdiği tespit edilmiştir. Sorgu ve tutuklama gibi yargılama işlemleri, silahların eşitliği ilkesinin somut görünümünün test edildiği işlemlerden bazılarıdır. Bu veriler, silahların eşitliği ilkesinin yasal düzenlemeler ve doktrinle sınırlı kaldığını; gerçekte ise içselleştirilmediğini göstermektedir. Öte yandan “sözde gerekçeli karar” kategorisine ilişkin veriler ise silahların eşitliği ilkesinin neredeyse hiç uygulanmadığını göstermektedir.

Yenisey ve Nuhoglu, 2013 yılında İstanbul Kartal, Çağlayan ve Bakırköy Adliyelerindeki ağır ceza mahkemelerinde 734 tutuklama kararı içeren kesinleşmiş dosyayı incelemiştir.<sup>[9]</sup> Tutuklama kararlarının inceleme kriterlerinden birisi de ‘adil yargılama ilkesi’ olmuştur. Silahların eşitliği ilkesi açısından herhangi bir gerekçe göstermeden tutuklama talebinde bulunulan dosyaların oranının % 97 olduğu tespit edilmiştir. Bir başka ifadeyle hâkimlerin, savcıların tutuklama istemlerini % 97 oranında kabul ettiği ortaya çıkmıştır. Yine silahların eşitliği ilkesi özelinde, savunma avukatlarının % 30’unun tutuklama kararına itiraz etmediği ya da yeterli savunma yapmadığı; dosyaların % 91’inde kuvvetli suç olgusunun gösterilmediği; müdafilerin % 65’inin duruşma öncesinde dosyayı incelemedikleri gözlenmiştir.

Anılan incelemenin sonuçlarını değerlendirirken; tutuklama taleplerinin incelendiği duruşma ile silahların eşitliği ilkesi arasındaki bağlantıyı nasıl kurduğumuzun da üzerinde durmak gerekmiştir. 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu’nun (CMK) 101/2 ve 3. maddelerinde “*tutuklama kararının içeriğinin şüpheli veya sanığa sözlü olarak bildirileceği*” ve “*tutuklama istenildiğinde şüpheli veya sanık kendisinin seçeceği veya baro tarafından görevlendirilecek bir müdafinin yardımından yararlanır.*” şeklinde hükümler yer almaktadır. Bu düzenlemeler uyarınca, tutuklama kararının oturum

[9] Feridun Yenisey ve Ayşe Nuhoglu, “Türkiye’de Tutukluluk Uygulamaları ve Tutuklamada Savunmanın Rolü Araştırması,” *Bahçeşehir Üniversitesi* (blog), 2013, <https://bau.edu.tr/blog/tr/2266-turkiyede-tutukluluk-uygulamaları-ve-tutuklamada-savunmanın-rolü-arastırması>.

açılarak verilmesi gerekmektedir.<sup>[10]</sup> Kanunda tutuklama kararı verilmesine ilişkin düzenlenen oturuma doktrinde ‘tutuklama oturumu’ (veya tutuklama duruşması) adı verilmektedir. Tutukluluk muhakemesine bakıldığında, Kanun metninin içine serpiştirilen birkaç kelimeden, bir oturum açılacağına ilişkin bir çıkarım yapmak gerektiği görülmektedir.<sup>[11]</sup>

Dolayısıyla tutuklama talebinin hâkim/mahkemece değerlendirildiği aşama, bir duruşma olarak kabul edildiğinde diğer duruşmalardaki (tanık sorgulama, doğrudan soru sorma, delillerin toplanmasını isteme gibi) yasal güvencelerin sağlanmaması nedeniyle silahların eşitliği ilkesi ihlal edilmiş olmaktadır. Hakeza şayet soruşturmada gizlilik kararı alınmış ise dosyada yer alan delillerin savunma tarafından incelenememesi ve müdafinin hukuki yardımından arzu edilen düzeyde yararlanılamaması nedeniyle yine silahların eşitliği ilkesi zedelenecektir. Müdafilerin duruşma öncesinde dosyayı inceleyememeleri hususunun silahların eşitliği ilkesini ihlal edeceği ise her türlü izahattan varestedir.

Bu araştırma bulgularından hareketle, *silahların eşitliği ilkesinin ceza yargılamasında yok denecek kadar az oranda uygulandığını* ileri sürmek mümkündür.

İçten ile Yenisey ve Nuhoglu’nun araştırma bulgularından hareketle, ceza yargılamasında bir koruma tedbiri olan tutuklama özelinde silahların eşitliği ilkesi açısından ülkenin doğusunda (Diyarbakır, 2018) veya batısında (İstanbul, 2013) benzer sorunların mevcut olduğu, yıllar geçmesine rağmen bu sorunların çözül(e)mediği; aksine kronik bir duruma evrildiği görülmektedir. Yukarıda sunulan veriler genelde adil yargılanma, özelde ise silahların eşitliği ilkesinin özenli, gerçekte ve özde uygulanmasının ne kadar gerekli ve önemli olduğunu bariz biçimde ortaya koymaktadır.

Konusu tam olarak ceza yargılaması olmasa da ilişkili olarak yapılan tarama işleminde ulusal literatür açısından suç ve ceza alanında bir meta-analiz

[10] Feridun Yenisey ve Ayşe Nuhoglu, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 5. bası, (Ankara: Seçkin, 2017), 371.

[11] Fahri Gökçen Taner, *Ceza Muhakemesi Hukukunda Adil Yargılanma Hakkı Bağlamında Çelişme ve Silahların Eşitliği*, (Ankara: Seçkin, Mart 2019), 251.

çalışmasına rastlanılmıştır.<sup>[12]</sup> Anılan çalışmada, “suçun önlenmesinde hapis cezası ile seçenek yaptırımlarının etkinliği” konusu meta-analiz yöntemiyle incelenmiştir. Meta-analiz kapsamına alınan makaleler yabancı literatürde ve İngilizce olarak yazılmış müstakil araştırmalardır. Araştırmacının yaptığı tarama çalışmasında Türkiye’de araştırma konusu ile ilgili *ampirik çalışmanın*<sup>[13]</sup> olmadığı tespit edilmiştir.<sup>[14]</sup> Söz konusu alanda tekil ampirik çalışmaların olmaması, ulusal literatürde doğal olarak meta-analiz ya da sistematik derleme çalışmasının yapılmasını zorlaştırmaktadır. Benzer durum, ceza yargılamasında silahların eşitliği konulu meta-analiz ya da sistematik derleme çalışmalar için de gözlenmektedir. YÖK Tez Merkezi ve DergiPark portallarında yapılan tarama işleminde ‘silahların eşitliği ilkesi’ konulu meta-analiz ve sistematik derleme çalışmasının olmadığı tespit edilmiştir. Tarama yöntemi ve işlemlerine ait bilgilendirmeye makalenin yöntem bölümünde detaylı olarak yer verilmiştir.

Türkiye’de ulusal hakemli dergiler, DergiPark portalına akreditedir. DergiPark portalı; dergi, makale, yazar, konu ve benzeri konulara ait istatistikleri tutmakta ve açık bir şekilde herkesin erişimine imkân sağlamaktadır. Portalda yapılan incelemede, hukuk konusu altında indekslenmiş 4.045 makale ve bu makalelerin 159 dergide yer aldığı bilgisi görülmüştür.<sup>[15]</sup> Söz konusu 159 dergi tek tek incelendiğinde, dergilerin hepsinin sadece hukuk konulu makalelerin yayınlandığı dergiler olmadığı gözlenmiştir. Türkiye’deki tüm hukuk dergilerinde yayınlanmış makaleleri arşivleyen ve ücretli üyelikle erişime açık tutan Jurix portalında, hukuk alanında 43 derginin indekslen-

[12] Buket Abanoz, “Suçun Önlenmesinde Hapis Cezası ile Seçenek Yaptırımların Etkinliğinin Karşılaştırılması: Meta-Analiz Çalışmalarının Sistematik Olarak İncelenmesi,” *Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi* 5, no. 2 (2017): 1-28.

[13] Kökeni Fransızca (*ampirique*) olan kelimenin anlamı; deney ve tecrübe ile anlaşılan her türlü bilgidir. Ampirik araştırma, çalışmanın sonuçlarının kesinlikle somut ve dolayısıyla “doğrulanabilir” kanıtlardan alındığı herhangi bir araştırma olarak tanımlanır. Konu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. İrfan Erdoğan, “Sosyal Bilimlerde Pozitivist-Ampirik Akademik Araştırmaların Tasarım ve Yöntem Sorunları,” *Anatolia: Turizm Araştırmaları Dergisi* 12, (Güz 2001): 119-134.

[14] Abanoz, “Suçun Önlenmesinde,” 23.

[15] DergiPark, Konu ve Dergi İndeksi, erişim 22 Eylül 2021, <https://dergipark.org.tr/tr/search/3?section=journal&aggs%5Bsubjects.id%5D%5B0%5D=321>

diği görülmüştür.<sup>[16]</sup> 2021 yılı itibarıyla Türkiye’de 38’i devlet, 35’i vakıf, 11’i Kıbrıs’ta olmak üzere toplamda 84 hukuk fakültesi bulunmaktadır.<sup>[17]</sup>

Yukarıda yer verilen akademik kurum ve akademik yayın verileri, ceza yargılaması ve silahların eşitliği ilkesinin uygulamada görünümünü inceleyen ve değerlendiren tekil ampirik araştırmaların yapılması ve yayınlanması potansiyelinin var olduğunu göstermektedir. Bu potansiyel aynı zamanda sistematik derleme araştırmalarının yapılma potansiyelini de ortaya koymaktadır. Oysa ulusal literatürde yapılan tarama işleminde ceza yargılaması alanında silahların eşitliği ilkesi konulu sistematik derleme araştırmasının yapılmadığı tespit edilmiştir. Sonuç itibarıyla denilebilir ki; söz konusu alanda bir araştırma boşluğu tespit edilmiştir. Hem ceza yargılamasında silahların eşitliği ilkesi konulu makale ve tez çalışmalarında ulaşılan bilgi birikimini tespit etme hem de sistematik derleme anlamında araştırma boşluğunu doldurma, bu çalışmanın araştırma gerekçesi ve amacı yapılmıştır.

Hemen belirtelim ki, silahların eşitliği konusuna hem giriş bölümünde hem de diğer bölümlerde fazla yer verilmiş olabilir. Bunun nedeni ise genelde hukuk, özeldede ise ceza hukukunda sistematik derleme yönteminin uygulanmasının yeni bir yöntem olması ve Türkiye’de yeni yeni denenmesidir. Bu itibarla detaylı ve doyurucu bir açıklama yapma zarureti doğmuştur.

Daha açık bir anlatımla, ceza yargılaması alanında silahların eşitliği ilkesi konulu ulusal literatürdeki bilimsel dergilerde yayınlanan makale ve lisansüstü tez çalışmalarındaki *mevcut durum ve yönelimlerin belirlenmesi, ulaşılan araştırma bulgularının sentezinin yapılması ve araştırma boşluklarının tespit edilmesi amacıyla* bu sistematik derleme (*systematic review, meta-synthesis*) çalışması yapılmıştır. Bu sistematik derleme denemesinin, ceza yargılaması alanında bilgi gelişimine katkı sağlayacağı, sistematik derleme yönteminin kullanılması açısından silahların eşitliği ilkesi özelinde araştırma boşluklarının tespit edilmesi ve bu alana yönelik mikro çalışmaların yapılmasında teşvik edici olacağı öngörülmektedir.

[16] Jurix, Hukuk Dergileri, erişim 22 Haziran 2022, <https://www.jurix.com.tr/journals>

[17] Hukuk Programı Bulunan Tüm Üniversiteler, YÖK Lisans Atlası, erişim 22 Haziran 2022, <https://yokatlas.yok.gov.tr/lisans-bolum.php?b=10094>

## I. CEZA YARGILAMASINDA SİLAHLARIN EŞİTLİĞİ İLKESİ

Bu bölümde silahların eşitliği ilkesinin, adil yargılanma ve hakkaniyete uygun yargılanma haklarının bir uzantısı olduğu, ilkenin çıkış kaynağı, tanımlarında yer alan odak noktalar ile ceza yargılamasında somut görünüm biçimlerine yönelik tasnifler ve dayanakları incelenmektedir.

### A) ADİL YARGILANMA VE HUKUKİ DİNLENİLME HAKKININ BİR UZANTISI OLARAK SİLAHLARIN EŞİTLİĞİ İLKESİ

Adil yargılanma hakkı, hukuk devleti ilkesinin bağlayıcı koşulu olmasının yanı sıra hukuk devleti ve demokrasi kavramlarıyla çok sıkı bir ilişki içindedir.<sup>[18]</sup> Hukuki dinlenilme hakkı, hukuk devletinin bir göstergesi; hukuk devleti ise, hukuki dinlenilme hakkının güvencesidir.<sup>[19]</sup> Zira silahların eşitliği ilkesi, daha geniş kapsama sahip olan ve yargılamanın çelişmeli olması hakkını da içeren adil yargılanma hakkının bir unsuru olan hukuki dinlenilme hakkı ya da hakkaniyete uygun yargılanmanın gereğidir. Dolayısıyla silahların eşitliği ilkesinin gölgesi, tüm yargılamanın üzerine düşmektedir ve hukuki dinlenilme hakkı ile anılan ilke arasında çok sıkı bir bağ bulunmaktadır.<sup>[20]</sup>

Silahların eşitliği terimi ve silahların eşitliği ilkesi kavramı, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS veya Sözleşme) ve Anayasa'da açıkça düzenlenmemiş ve doğrudan kullanılmamıştır. Bu ilke, AİHM'in hakkaniyete uygun yargılama kavramından geliştirdiği bir ilkedir.<sup>[21]</sup> Diğer bir anlatımla, söz konusu ilke, AİHM kararlarında kendine yer bulmuş ve içtihatlar ile doğmuş

[18] Burak Güngör, "Silahların Eşitliği İlkesi ve Çelişmeli Yargılama Hakkı'nın Bireysel Başvuru Usulünde İncelenmesi," (Doktora tezi, Kocaeli Üniversitesi, 2019), 120.

[19] Muhammet Özekes, *İcra Hukukunda Temel Haklar ve İlkeler*, (Ankara: Seçkin, 2009), 42.

[20] Bilgehan Yeşilova, "Yargılama Diyalektiği ve Silahların Eşitliği", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi* 86, (2009): 56.

[21] Ertuğrul Ünal, "Ceza Muhakemesi Hukukunda Silahların Eşitliği İlkesi," (Doktora tezi, İstanbul Marmara Üniversitesi, 2020), 381.

bir ilkedir.<sup>[22]</sup> Bu ilkeye aynı zamanda, *eşit işlem ilkesi* de denilmektedir.<sup>[23]</sup> Sözleşmenin adil yargılanma koşullarını düzenleyen 6. maddesinin 1. fıkrasında yer alan hakkaniyete uygun yargılama (*fair trial/procès équitable*) kavramı, Strazburg Mahkemesinin yorumları sonucunda ‘silahların eşitliği’ ilkesinin hukuki temelini oluşturmuştur.<sup>[24]</sup>

Silahların eşitliği ilkesinin tarifi ilk kez 27.10.1993 tarihli *Dombo Beheer BV/Netherlands* kararı ile yapılmıştır.<sup>[25]</sup> Bu kararda silahların eşitliği ilkesi, “*muhalefet halindeki özel menfaatleri içeren uyuşmazlıklarda, bir tarafı, davanın diğer tarafı karşısında nitelikli bir dezavantaj içine sokmayacak şartlar altında, her bir tarafın delilleri de dâhil olmak üzere, davasını ortaya koymak için makul bir olanağa sahip olması zorunluluğu*” şeklinde tanımlanmıştır. Bu karardan sonra, Sözleşme organları, taraf devletin, AİHS’in adil yargılanma hakkına ilişkin 6. maddesini ihlal ettiği iddiasıyla kendilerine yapılan bireysel başvurularda adil yargılanma hakkı ve hakkaniyete uygun dinlenilme ilkesi ile birlikte silahların eşitliği ilkesine ilişkin

[22] AİHM’nin silahların eşitliği konusundaki ilk kararları ağırlıklı olarak ceza yargılamasıyla ilgilidir. Bkz. *Ekbatani/İsveç* (no. 10563/83, 26.5.1988); *Borgers/Belçika* (no.12005/86, 30.10.1991); *İncal/Türkiye* (41/1997/825/1031, 9.6.1998); *Göç/Türkiye* (no. 36590/97, 11.7.2002); *Brandstetter/Avusturya* (no. 13468/87, 28.8.1991); *Pakelli/Almanya* (no. 8398/78, 25.4.1983). Ancak zamanla hukuk davalarında ve idari uyuşmazlıklarda da silahların eşitliği ilkesi uygulama alanı bulmuştur. Anılan kararların başlıcaları ve konuları şöyledir:

- *Dombo Beheer/B. V./Hollanda*, (no. 14448/88, 1993): Bir banka ile müşterisi arasında, ticari krediler nedeniyle oluşan uyuşmazlık,

- *Van De Hurk/Hollanda*, (no.16034/90, 1994): Avrupa Birliği kararları nedeniyle süt üretim kotaları daraltılan üretim çiftliği sahibinin idari organlara yaptığı itiraz ve başvuruların reddedilmesi,

- *Hentrich/Fransa*, (no. 13616/88, 1994): Kamu kurumundan koşullu olarak satın alınan tarım alanının bedeline ilişkin uyuşmazlık,

[23] Güngör, “Çelişmeli Yargılama Hakkı,” 133.

[24] Güney Dinç, “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’ne Göre Silahların Eşitliği,” *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, no.57 (Mart-Nisan, 2005): 283.

[25] AİHM, *Dombo Beheer B.V./ The Netherlands*, B. No: 14448/88, 27/10/1993.



iddiaları da denetlenmeye başlanmıştır.<sup>[26]</sup> Süreç içinde silahların eşitliği

---

[26] Zehra Yavuz, “Silahların Eşitliği İlkesine İlişkin Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları ve İç Hukukumuzdaki Dönüştürücü Etkileri,” (Yüksek Lisans tezi, İstanbul Üniversitesi, 2009), 1.

ilkesi, iç hukukta, AYM<sup>[27]</sup> ve Yargıtay<sup>[28]</sup> içtihatları ile adil yargılamanın

[27] Anayasa Mahkemesi silahların eşitliği ilkesini Anayasa'nın 36. maddesi altında korunan adil yargılanma hakkı kapsamında ele almaktadır. Yapılan incelemelerde, Sözleşme'nin lafzî içeriğinde yer almayan ancak AİHM içtihadıyla adil yargılanma hakkının kapsamına dâhil edilen silahların eşitliği ilkesi gibi ilke ve hakların da adil yargılanma hakkı kapsamında olduğu ifade edilmektedir. AYM'nin konuyla ilgili kararlarından bazıları şunlardır:

Delillere Erişim İmkânının Tanınması: *Yankı Bağcıoğlu ve Diğerleri* [GK], B. No: 2014/253, 9/1/2015; *Ali Pala*, B. No: 2013/3056, 14/10/2015; Bilirkişi, Keşif ve Adli Muayene Taleplerinin Karşıllanması: *Hülya Doğan*, B. No: 2014/5613, 18/5/2016; *Nihal Gökten*, B. No: 2014/10290, 7/6/2017; Soruşturmanın Genişletilmesi Taleplerinin Değerlendirilmesi: *Sencer Başat ve diğerleri* [GK], B. No: 2013/7800, 18/6/2014; *Hüseyin Güneş Özmen*, B. No: 2014/1514, 22/9/2016; Delil Toplanması Taleplerinin Karşıllanması: *Sebahat Tuncel (2)*, B. No: 2014/1440, 26/2/2015; *Yıldırım Soysal (2)*, B. No: 2014/14341, 10/1/2018; Sanığın Yokluğunda veya Savunması Alınmadan Karar Verilmemesi: *Ömer Akdağ*, B. No: 2014/13265, 4/4/2018; *Murat Tezel*, B. No: 2017/20307, 13/10/2020; Duruşma Gün ve Saatinin Bildirilmesi: *Faik Gümüş*, B. No: 2012/603, 20/2/2014; *Hüseyin Güneş Özmen*, B. No: 2014/1514, 22/9/2016; İleri Sürülen İddia ve Savunmaların İncelenmesi: *İbrahim Ünal*, B. No: 2014/2554, 17/5/2016; *Turgay Yiğit*, B. No: 2015/18479, 11/12/2018; Yargıtay Başsavcılığı Tebliğnamesinin Tebliğ Edilmesi: *Gürhan Nerse*, B. No: 2013/5957, 30/12/2014; *Özgür Murat Engin*, B. No: 2014/7806, 21/9/2016. Sanığın Suçlamadan Haberdar Edilmesi: *Ali Kemal Tekin*, B. No: 2014/875, 2/2/2017; *Salih Öz*, B. No: 2015/13327, 17/7/2018; Savunma İçin Gerekli Zamanın Tanınması: *Mehmet Özyer*, B. No: 2014/8783, 5/4/2017; *Cemal Ağırman*, B. No: 2014/6915, 8/3/2018; Savunma İçin Gerekli Kolaylıkların Tanınması: *Ayşe Eşlik*, B. No: 2014/15969, 21/6/2017; *Fethi Oğuz*, B. No: 2019/38141, 14/9/2021; Müdafî Yardımından Ücretsiz Yararlanma İmkânının Tanınması: *Kazım Albayrak*, B. No: 2014/3836, 17/9/2014; *Zülfikar Sarıtürk*, B. No: 2013/1516, 16/12/2015; Aleyhte Beyanda Bulunan Tanıkların Sorgulanması: *Zana Güneş*, B. No: 2016/73184, 25/9/2019.

[28] Yargıtay, bir içtihadında kavramın önem ve kapsamını şöyle açıklamıştır: “Sanığın duruşmada hazır bulunması hem savunma hakkının etkin bir şekilde kullanılmasını sağlamakta hem de silahların eşitliği ve çelişmeli yargılama ilkelerine işlerlik kazandırmaktadır. Ceza adaletinin hakkaniyete uygun şekilde gerçekleştirilmesi için sanığın mahkemenin huzuruna çıkarılması büyük önem arz etmektedir. Anılan hak, sadece duruşmada hazır bulunmayı değil duruşma sürecini takip etmeyi, iddiaları ve tanık ifadelerini dinlemeyi, iddia/savunmaları destekleyecek argümanları ileri sürmeyi de içerir. Dolayısıyla duruşmada hazır bulunma hakkı, sanığın yargılamaya etkili katılım hakkıyla da doğrudan ilişkilidir. Suç isnadı altındaki bir kimse duruşmada hazır bulunarak yargılamaya etkin olarak katılmakta, hakkında kurulacak hükmün

temel unsur olarak kabul edilmiştir.<sup>[29]</sup>

Öğretide silahların eşitliği ilkesinin AİHS ve ceza yargılamasındaki yerine ilişkin ayrışan ya da benzeşen tespit ve değerdendirmeler bulunmaktadır. Bunlardan birkaçına değinmek yerinde olacaktır.

Silahların eşitliği ilkesi, Sözleşmenin öncelikle 6/1. maddesi, sonra 6/3. maddesi ve 14. maddesiyle ilişkilidir.<sup>[30]</sup> AİHM'in içtihat kararlarında, Sözleşmenin 6/3-d maddesi, silahların eşitliği ilkesinin özel görünümü ve tamamlayıcısı<sup>[31]</sup>; 6/1. fıkrası ise genel görünümü olarak kabul edilmektedir.<sup>[32]</sup> Silahların eşitliği ilkesi, adil yargılanma hakkının bir alt görünümüdür.<sup>[33]</sup> Silahların eşitliği ilkesi, adil yargılama hakkının bir unsuru olan 'hakkaniyete uygun yargılama' ilkesinin bir uzantısıdır.<sup>[34]</sup> Silahların eşitliği ilkesi, iddia ve savunma makamlarının ispata katılma aracıdır.<sup>[35]</sup> Başka bir yazara göre de silahların eşitliği ilkesi, çelişmeli yargılama ilkesinin öncülü,

---

*inşasına ortak olmakta ve yargılamaya yön verme imkânına kavuşmaktadır.*" (Yargıtay 3. Ceza Dairesi, 22.12.2121 tarihli E. 2021/15211, K. 2021/11109) Yargıtay'ın benzer diğer kararları için bkz. 3. Ceza Dairesi 15.3.2022 tarihli E. 2021/1801, K.2022/1324; 3.Ceza Dairesi, 9.3.2022 tarihli E. 2021/2313–K. 2022/1206 Sayılı ilamları.

- [29] Güngör, "Çelişmeli Yargılama Hakkı," 2.; Erol Ceylan, "Ceza Muhakemesi Açısından Silahların Eşitliği İlkesi," (Yüksek Lisans tezi, İzmir Dokuz Eylül Üniversitesi, 2017), 6.
- [30] Güngör, "Çelişmeli Yargılama Hakkı," 151.
- [31] Sözleşme'nin 6/3 maddesinin anılan bendi şöyledir: "*Bir suç ile itham edilen herkes aşağıdaki asgari haklara sahiptir: d) İddia tanıklarını sorguya çekmek veya çektirmek, savunma tanıklarının da iddia tanıklarıyla aynı koşullar altında davet edilmelerinin ve dinlenmelerinin sağlanmasını istemek.*"
- [32] Yavuz, "İç Hukukumuzdaki Etkileri," 46.
- [33] Gizem Hünkar, "Ceza Muhakemesinde Silahların Eşitliği İlkesi," (Yüksek Lisans Tezi, İzmir Yaşar Üniversitesi, 2017), 4.
- [34] Tevfik Barboros Ulutaş, "Adil Yargılanma Hakkı ve Yargılamada Silahların Eşitliği Problemi", (Yüksek Lisans tezi, Ankara Üniversitesi, 2008), 2.
- [35] Cumhur Şahin, "Anayasa Mahkemesi Kararları Çerçevesinde Ceza Muhakemesinde Silahların Eşitliği ve Çelişmeli Yargılama İlkeleri," *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 21, (2019): 3051-65.

özel bir görünümüdür.<sup>[36]</sup> Nihayet Taner'e göre de ortak tarihsel kökleri başta olmak üzere, çelişme ve silahların eşitliği kavramları arasında yakın bir ilişki vardır, zira ancak silahların eşit olduğu bir ortamda gerçek bir çelişmeden söz edilebilir.<sup>[37]</sup>

Silahların eşitliği ilkesi ile ilgili tanımlar ve açıklamalar incelendiğinde 'denge', 'eşitlik', 'usuli eşitlik', 'dezavantaj', 'nitelikli avantaj', 'eşit koşullar', 'suje/taaraf', 'hak ve yetkiler' ve 'nihai hükme etki edebilme', 'orantılı olma' odak noktalarının öne çıktığı ve tanımlarda bu noktalara özel vurgu yapıldığı görülmektedir. Bunlara arasında en çok vurgu yapılan ise 'denge' ifadesidir. 'Denge' kavramından; "kamu güvenliği, kamu yararı ile bireysel hak ve güvenceler arasındaki denge", AİHM kararlarına göre ise, "eşitlik, karşılıklılık, orantılılık" kavramlarının anlaşılması gerektiği değerlendirilmektedir.<sup>[38]</sup> İlkenin adının konularak "silahların eşitliği" şeklinde ifade edilmesi, ilk kez 1964 yılında *Neumeister/Avusturya* kararında<sup>[39]</sup> olmuştur. Silahların eşitliği ilkesine ilişkin ilk ihlal kararı içinse 1991 tarihli *Borgers/Belçika* kararını<sup>[40]</sup> beklemek gerekmiştir.<sup>[41]</sup>

Öğretiden seçilen bir dizi silahların eşitliği ilkesi tanımları aşağıda sunulmuş ve denge kavramı ile birlikte diğer odak noktaları belirginleştirilerek gösterilmiştir.

Adil yargılanma hakkı, hakkaniyete uygun yargılanma ve silahların eşitliği ilkesi, "kamu otoritesinin üstünlüğünü pekiştiren ayrıcalıklı hukuk anlayışından uzaklaşarak bireysel hakların önem kazandığı özgürlükçü bir kamu düzenine yönelik olgusu" üzerinde yükselmektedir. Bu yönelişin kilit noktası ise yargılama *süjeleri* arasında *denge*nin kurulması talebidir.<sup>[42]</sup> Kamu adına

[36] Sibel İnceoğlu, *İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında Adil Yargılanma Hakkı*, (İstanbul: Beta, 2002), 226.

[37] Taner, *Çelişme ve Silahların Eşitliği*, 96.

[38] Ulutaş, "Silahların Eşitliği Problemi," 43.

[39] AİHM, *Neumeister/Avusturya* Kararı, B. No: 1936/63, 27/06/1968, § 22 vd.

[40] AİHM, *Borgers/Belçika* Kararı, B. No: 12005/86, 30/10/1991.

[41] Taner, *Çelişme ve Silahların Eşitliği*, 99.

[42] Dinç, "AİHS'e Göre Silahların Eşitliği," 283.

yürütülen yargılamanın adil ve verilecek kararların doğru olabilmesi için, yargı makamları önünde sahip oldukları *hak ve yetkiler* açısından taraflar arasında *usuli eşitliğin* kurulması ve bu *dengenin* bütün yargılama aşamalarında sürdürülmesi gerekir.<sup>[43]</sup>

Yargılama taraflarının usule ilişkin haklar bakımından *aynı koşullara* tabi tutulması; taraflardan birinin diğerine göre daha *zayıf bir duruma düşürülmesizin* iddia ve savunmalarını makul bir şekilde mahkeme önünde dile getirme fırsatına sahip olması anlamına gelmektedir.

Anayasa Mahkemesi'ne göre, davanın taraflarının yargılama sırasında usul hükümleri bakımından aynı konumda olmasını, taraflardan birine dezavantaj diğerine avantaj sağlayabilecek kurallara yer verilmemesini, başka bir anlatımla davanın *süjeleri* olan davacı ve davalı arasında hakkaniyete uygun bir *dengenin* varlığını gerekli kılmaktadır.<sup>[44]</sup>

Savunma ile iddia makamları arasında dengenin olması hakkaniyetin gereğidir. Denge ifadesi ile bağlantılı olarak hakkaniyete uygun yargılanma kavramı AİHM'in içtihatları sonucunda silahların eşitliği ilkesinin hukuki temelini oluşturmuştur.<sup>[45]</sup> Silahların eşitliği ilkesinin işleyişinde amaç, hukukun 'baskın taraf' egemenliği yerine 'denge' anlayışının öne çıkartılmasıdır.<sup>[46]</sup> Özetle, silahların eşitliği ilkesi, *haklarda denge* ve *yetkilerde* ise *usulî eşitlik* olarak ifade edilmektedir.

Bu ilke uyarınca, yargılama makamı önünde sahip olunan *hak ve yetkiler* açısından taraflar arasında tam bir *eşitlik* gözetilmeli, bu *denge* yargılama boyunca korunmalı, bir başka ifadeyle, eşit silahlarla mücadele edilmelidir.<sup>[47]</sup>

[43] Dinç, "AİHS'e Göre Silahların Eşitliği," 285.

[44] AYM, E. 2008/12, K. 2011/104, Kt. 16.06.2011, RG. 28.12.2011-28156.

[45] Dinç, "AİHS'e Göre Silahların Eşitliği," 283.

[46] Ender Anaklı, "Silahların Eşitliği İlkesi," (Yüksek Lisans tezi, Marmara Üniversitesi, 2006), 11.

[47] A. Şeref Gözübüyük ve Feyyaz Gölcüklü, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması-Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İnceleme ve Yargılama Yöntemi*, (Ankara: Turhan Kitabevi, 2005), 291.

Ceza yargılamasında iddia makamı ile savunma makamı arasında *baklarda eşitlik, yetkilerde denge* olmasını gerektiren bu ilke, savunma aleyhine bir hukuki durumun (*dezavantajın*) oluşturulmamasını ifade eder.<sup>[48]</sup>

Silahların eşitliği ilkesi tarafların argümanlarını sunabilmesi için hükmü verecek mahkeme önünde birbirlerine karşı *özlü bir dezavantaja* maruz kalmadan argümanlarını sunabilecek imkânların güvence altına alınmasını ve uygulanmasını esas alır.<sup>[49]</sup> Sanığın yargılamada bir obje değil, *süje* olması sebebiyle kendisine karşı yöneltilen suçlama hakkında iddia makamıyla *eşit şartlarda* delillerini ortaya koyması, adil dinlenme hakkının bir gereğidir.<sup>[50]</sup>

İlkeyle getirilen eşitlik; *ceza muhakemesinde şüpheli/sanığın iddia makamı ve iddia makamı yanında yer alan katılan ile eşit şartlarda verilecek hükme etki edebilme imkânına sahip olmasını* ifade etmektedir.<sup>[51]</sup>

Ceza yargılamasında, bu yargılamanın niteliğinden ötürü, silahların eşitliği ilkesi taraflara mutlak anlamda bir eşitlik yüklemeyiz. Dolayısıyla taraflar arasında aslında tam bir eşitlik kastedilmemektedir. O halde tarafların hak ve yetkileri arasında bir orantının sağlanması gerektiği anlaşılmalıdır.<sup>[52]</sup> Yargılamada bu ilkeye ilişkin temel kural; iddia ve savunma makamlarına usul hukukuna ilişkin tanınan imkânların *dengeli* olması, *dengenin* savunma aleyhine bozulmamasıdır.<sup>[53]</sup> Ceza yargısında, savcı ile şüpheli/sanık arasındaki yetkilerin karşılıklı olması aranır. Savcı, devlet adına iddia makamını işgal ettiği için makam itibarıyla taraftır.<sup>[54]</sup> Oysa hâkim tarafsız olmak zorundadır.

[48] Şahin, “Anayasa Mahkemesi Kararları Çerçevesinde,” 3051.

[49] Mehmet Emin Alşahin ve Ertuğrul Ünal, “Kara Avrupası Ceza Muhakemesi Hukukunda Silahların Eşitliği İlkesi Uygulanabilir mi?,” *İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 7, no.2 (2021): 208.

[50] Ünal, “Ceza Muhakemesi Hukukunda Silahların Eşitliği,” 381.

[51] Ünal, “Ceza Muhakemesi Hukukunda Silahların Eşitliği,” 382.

[52] Erol Ceylan, “Ceza Muhakemesi Açısından Silahların Eşitliği İlkesi,” (Yüksek Lisans tezi, İzmir Dokuz Eylül Üniversitesi, 2017), 5.

[53] Nur Centel ve Hamide Zafer, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, (İstanbul: Beta Yayınları, 2012), 194.

[54] Tuğrul Katoğlu, “Asliye Ceza Mahkemelerinin Yeni Durumu ‘Silahların Eşitliği’ Tartışmalarından ‘Silahlara Veda’ya,” *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi*

Bir başka ifadeyle, şüpheli/sanık kadar savcının da hâkimden uzak olması şarttır. Esas olan iddia ve savunma makamları için geçerli *usulî imkânların* birbirleriyle *dengeli* olması; yani dengenin birisi aleyhine bozulmamasıdır.<sup>[55]</sup> Dolayısıyla, eşitliğin sujelerin görev ve yetkileri temel alınarak belirlenmesi gerektiği anlaşılmalıdır.<sup>[56]</sup> Esasen tam olarak anlatılmaya çalışılan, yetkiler arasında tam bir eşitlik olmayıp, yalnızca tarafların yetkileri kullanmasında sıralı bir şekilde bu imkândan faydalanması, her iki tarafın silahların eşitliği ilkesinin getirmiş olduğu imkânlardan karşılıklı olarak yararlandırılmasıdır.<sup>[57]</sup> Bir başka ifadeyle; *bir taraf diğer taraf karşısında 'nitelikli bir dezavantaj' içine girmemiş ise silahların eşitliği ilkesi ihlal edilmiş olmayacaktır.*<sup>[58]</sup> Nitekim “*yargılama sürecinde ortaya çıkan ancak sonuca ve genel olarak yargılama adaletine etkili olmayan bir eşitsizliğin, silahların eşitliği ilkesini zedelemeyeceği*” şeklinde yorumlanmaktadır.<sup>[59]</sup>

İlke, şüpheli/sanık hakları ile savcının sahip olduğu yetkiler arasında bir *dengenin* sağlanmasını güvence altına almayı amaçlar.<sup>[60]</sup> Güdülen amaç, yargılama faaliyetinin, taraflar arasındaki çelişmeyi sağlamak suretiyle gerçekleştirilmesidir. Bu nedenle, adil yargılamanın önemli güvencelerinden biri olarak kabul edilmektedir. Güdülen amaç ile tarafların rolleri arasında sıkı bir ilişki vardır. Bilindiği üzere uygulamada savunma ile iddia makamlarının rolleri belirleyicidir. İddia makamının çok sayıda yetkiye sahip olması, baskın bir role sahip olması, kamu gücünü arkasına alması, soruşturmayı gizli yürütmesi gibi durumlar iddia makamına avantajlı konum sağlayan

---

*Dergisi* 9, no.1 (Ocak-Şubat, 2010): 536.

[55] Güngör, “Çelişmeli Yargılama Hakkı,” 160.

[56] Nurullah Kunter, Feridun Yenisey ve Ayşe Nuhoglu, *Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku*, 18. Bası (İstanbul: Beta Yayınları, 2010), 402.

[57] Nur Centel ve Hamide Zafer, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 4. Basım (İstanbul: Beta Yayınları, 2015), 216.

[58] İnceoğlu, *Adil Yargılanma Hakkı*, 228.

[59] AİHM, *Kremzow/Avusturya*, B. No: 12350/86, 21/09/1993.

[60] Dovydas Vitkauskas ve Grigory Dikov, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Kapsamında Adil Yargılanma Hakkının Korunması*, çev. Serkan Cengiz, (Strazburg: Avrupa Konseyi, 2012), 54.

etkenlerin bazılarıdır. Bu nedenle ilke, kişinin, iddia makamına karşı *deza-*  
*vantajla* karşılaşmadan, delil ve savlarını eşit şekilde ortaya koyabilmesini  
ve hükme etki edebilmesini güvence altına almak amacıyla geliştirilmiştir.  
Bu amaç doğrultusunda ilkenin özenli ve gerçekçi uygulanmasının birçok  
faydası bulunmaktadır.<sup>[61]</sup> Silahların eşitliği ilkesi kâmil manada uygulanacak  
olursa; hükmedilecek kararda hata riski azaltılır, delillerin hâkim/mahkeme  
önünde serbestçe tartışılması sağlanır, tarafların delillere ulaşma imkân ve  
fırsatı artar, yargılama konusu olayda eksik soruşturma olasılığı ortadan  
kaldırılır. Kısacası bu yolla gözden kaçabilecek olası hukuka aykırılıklar en  
alt düzeye indirilir.

## B) SİLAHLARIN EŞİTLİĞİ İLKESİNİN CEZA YARGILAMASINDAKİ SOMUT GÖRÜNÜMLERİ

İlkenin ceza yargılamasındaki somut görünümüne ilişkin öğretide  
ayrışan ve benzeşen çeşitli tasnifler bulunmaktadır. Somut görünüm tas-  
niflerinin bir bölümünün Sözleşme'nin 6/3. fıkrasında sayılan haklar, bir  
bölümünün ise yargısal temel haklar üzerinden yapıldığı görülmektedir.  
Bir çalışmada ise, ilkenin somut görünümleri “silahların eşitliği ilkesinin  
içerdiği güvenceler” şeklinde tasnif edilerek incelemiş ve tasnifin dayanağı  
olarak da AİHS kabul edilmiştir.<sup>[62]</sup>

Şahin, ilkenin somut biçimleri/görünümlerini yargısal temel haklar  
bağlamında aşağıdaki gibi tasnif etmiştir:<sup>[63]</sup>

- Dosyaya erişim hakkı,
- Delillerin ortaya konulması ve tartışılması,
- Talep veya itirazların duruşmalı/duruşma dışı incelenmesi ve taraf-  
lardan görüş alınması,
- Bir tarafın görüşünün, savcı tarafından düzenlenen tebliğnamelerin  
karşı tarafa bildirilmesi.

[61] Karen Reid, *A Practitioner's Guide to the European Convention on Human Rights*,  
(London: Sweet & Maxwell, 2019), 178.

[62] Hünkar, “Ceza Muhakemesinde,” 10.

[63] Şahin, “Anayasa Mahkemesi Kararları Çerçevesinde,” 3054.



İnceoğlu, ilkenin somut görünüm biçimlerini altı kategoride tasnif ederek incelemiş ve değerlendirmiştir.<sup>[64]</sup>

- Tanık dinlemede (ve delil sunmada) hak eşitliği,
- Bilirkişi açısından eşitlik,
- Savcılık ve savunma arasındaki usuli eşitsizlikler,
- Bilgi ve belgelere ulaşmada eşit imkânlar,
- Davanın tarafı haline gelen yasal görevlilerin üstlendiği rol,
- Yasama müdahalesi.

Ünal ise ilkenin somut görünüm biçimlerini temel haklar merkezli tasnif ederek incelemiştir.<sup>[65]</sup>

- İsnadı öğrenme hakkı,
- Tarafların savunmasını hazırlamak için yeterli zaman ve imkânlarla sahip olma hakkı,
- Şüpheli/sanığın müdafii yardımından faydalanma hakkı,
- İddia tanıklarının sorgulama ve savunma tanıklarının hazır edilmesini sağlama hakkı.

Çavuşoğlu ise ceza yargılaması ilkeleri üzerinden ilkenin somut biçimlerini ele almıştır.<sup>[66]</sup>

- Doğrudan doğrualık,
- Kesintisizlik,
- Hâkimin değişmezliği,
- Sözlülük,
- Alenilik,
- Yüz yüzelik.

[64] İnceoğlu, *Adil Yargılanma Hakkı*, 214 ve devamı.

[65] Ünal, “Ceza Muhakemesi Hukukunda Silahların Eşitliği,” 93-234.

[66] Hasan Emre Çavuşoğlu, “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Anayasa Mahkemesi Bireysel Başvuru Kararları Işığında Ceza Muhakemesinde Silahların Eşitliği İlkesi,” (Yüksek Lisans tezi, Ankara Polis Akademisi, 2020), 78-85.

## II. SİSTEMATİK DERLEMEDE KULLANILAN METODOLOJİ

Bu bölümde, çalışmanın amacı ve hedefleri, yöntemi, veri toplama ve analiz araçları, sistematik derleme yöntemi, araştırma sorusu ve alt soruları, ekleme ve çıkarma kriterleri ile sistematik tarama işlemi bulguları sunulmaktadır.

### A) ARAŞTIRMANIN AMACI

Giriş bölümünde çalışmanın temel amacı belirtilmiştir. Ceza yargılamasında silahların eşitliği ilkesi konusunda ulusal literatürdeki bilimsel dergilerde yayınlanan makale ve lisansüstü tez çalışmalarındaki;

- Mevcut durum ve yönelimlerin tespiti, ulaşılan bilgi birikiminin belirlenmesi,
- Ulaşılan araştırma bulgularının sentezinin yapılması,
- Araştırma boşluklarını tespit edilmesi,

bu sistematik derleme çalışmasının amaç ve hedefleri olarak kararlaştırılmıştır.

### B) ARAŞTIRMANIN YÖNTEMİ, VERİ TOPLAMA VE ANALİZ TEKNİKLERİ

Sistematik derleme çalışmalarında, kullanılan veri toplama ve analiz araçları dikkate alındığında doğal olarak nitel bir araştırma yönteminin benimsendiği görülecektir. Dolayısıyla bu çalışmada da *nitel araştırma yöntemi* işe koşulmuştur. Nitel araştırma yöntemlerinde nitel verileri ve çıkarımları desteklemek amacıyla şüphesiz nicel veriler de kullanılabilir. Sistematik tarama işlemi sonucunda incelemeye alınan makale ve tezler nitel araştırma yöntemi veri toplama ve inceleme teknikleri olan *içerik analizi* ve *doküman analizi* teknikleri ile incelenmiştir.

Yıldırım ve Şimşek içerik analizini “*birbirine benzeyen verilerin, belirli kavramlar ve temalar çerçevesinde bir araya getirilmesi ve bunların okuyucunun anlayabileceği bir biçimde organize edilerek yorumlanması*” olarak açıklamaktadır.<sup>[67]</sup> Gökçe, içerik analizine yapılan işlemler üzerinden

[67] Ali Yıldırım ve Hasan Şimşek, *Sosyal Bilimlerde Nitel Araştırma Yöntemleri*, 10. Baskı, (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2016), 193.

tanımlama getirmektedir.<sup>[68]</sup> Gökçe'ye göre; çok sayıdaki metin içeriklerinin ortak yönlerinin ortaya çıkarılması amaçlanır, önemli olan anlamlar yapılandırılır ve sınıflandırılır, bu işlem için nitelden nicele doğru bir genelleştirme işlemi yapılarak veriler gruplandırılarak yorumlandırılır.

Doküman analizinde, araştırma amacıyla belirli olgu veya olgular hakkında bilgi içeren yazılı malzemeler incelenmektedir. Yıldırım ve Şimşek, doküman analizini şu şekilde açıklamaktadır:<sup>[69]</sup> “*Bir araştırma problemi hakkında belirli zaman dilimi içerisinde üretilen dokümanlar ya da ilgili konuda birden fazla kaynak tarafından ve değişik aralıklarla üretilmiş dokümanların geniş bir zaman dilimine dayalı analizinin yapılmasıdır.*”

Doküman ve içerik analizi kullanılarak belirlenen makale ve tezlerden ulaşılan bulgular, tematik gruplandırma ile raporlanmıştır. Bu çalışmada çalışmanın geçerlilik ve güvenilirliğini artırmak için toplanan veriler ve veri toplama süreci ayrıntılı bir şekilde rapor edilmiş ve sonuçlara nasıl ulaşıldığı detaylı olarak açıklanmıştır. Sistematik derleme sonucunda elde edilen veriler düzenli ve değerlendirilmiş olarak ‘Bulgular’ bölümünde sunulmuştur.

### C) SİSTEMATİK DERLEME

Yukarıda da belirtildiği üzere sistematik derleme çalışmalarının doğası gereği bu çalışmada nitel yöntem kullanılmıştır. Araştırma deseni olarak *sistematik derleme yöntemi* işe koşulmuştur. Sistematik derleme çalışmaları, araştırılan bir soru ya da probleme cevap ya da çözüm bulmak için, o alanda/literatürde daha önce yapılmış olan çalışmaların kapsamlı bir şekilde taranması, tespit edilmesi, tespitli çalışmaların incelenmesi ve değerlendirilmesidir. Hanley ve Cutts, sistematik derleme yöntemini; önceden belirlenmiş bir konuda gerçekleştirilmiş çalışmaların tespit edilmesi ve bunlardan yararlanılarak çıkarımların yapılması ve araştırma konusu ile ilgili kavramsal bilgi elde etme şeklinde açıklamaktadır.<sup>[70]</sup> Sistematik derleme (incelemeler) ise, “*belirli bir konuda tasarlanmış araştırma sorusuna cevap bulmak*

[68] Orhan Gökçe, *İçerik Analizi: Kuramsal ve Pratik Bilgiler*, (Ankara: Siyasal Kitabevi, 2006), 17-18.

[69] Yıldırım ve Şimşek, *Nitel Araştırma Yöntemleri*, 246-49.

[70] Terry Hanley ve Laura Cutts, “What Is a Systematic Review?,” *Counselling Psychological Review* 28, no. 4, (December, 2013): 3-6.

*için önceden belirlenmiş parametreler/kriterlere uygun olarak o alanda yayınlanmış bilimsel çalışmaların sistematik ve taraf tutmadan taranması, tespit edilen çalışmaların geçerliğinin değerlendirilmesi ve sentezlenerek birleştirilmesi” şeklinde tanımlanmaktadır.*<sup>[71]</sup>

Sistematik incelemeler; yöntemsel, şeffaf, tekrarlanabilir bir metodoloji ve sunum ile karakterize edilmektedir. Bir veya daha fazla araştırma sorusunu ele alan tüm ilgili yayınlanmış çalışmaları bulmak için kapsamlı ve sistematik bir araştırma yapılır; bu araştırmanın sonuçlarının özellikleri ve bulguları sistematik bir şekilde entegre edilir ve sunulur.<sup>[72]</sup> Sistematik derleme araştırma yönteminin belirli güçlü yönleri bulunmaktadır; bu güçlü yönler aşağıda listelenmiştir.<sup>[73]</sup>

- Araştırmacı ve uygulayıcıların, alanda biriken kanıtları takip etmelerini sağlar,
- Araştırmacı ve uygulayıcıların kanıta dayalı uygulama yapmalarını temin eder,
- Sistematik derlemeler daha çok bilimsel bilgi içermektedir,
- Daha güçlü kanıt üretirler,
- Belirli bir yöntem ile yapıldığından çok daha kapsamlıdır ve tekrar edilebilir,
- Kullanılan metotlar çalışmada açıkça belirtilir,
- Araştırma sorusu ve alt soruları belirlenir,
- Çalışmaları seçerken kullanılan kriterler açıkça belirtilir,
- Gelecekte araştırılması gereken konular tespit edilebilir,
- Literatürdeki boşluklar ya da yetersizlik alanları belirlenebilir.

[71] “Sistematik Derleme (Power Point Sunum)”, sayfa 6, Nursan Çınar, erişim 2 temmuz 2022, [https://sagbil.sakarya.edu.tr/sites/sagbil.sakarya.edu.tr/file/Prof.\\_Dr.\\_Nursan\\_CINAR-\\_Sistematik\\_derleme\\_.pdf](https://sagbil.sakarya.edu.tr/sites/sagbil.sakarya.edu.tr/file/Prof._Dr._Nursan_CINAR-_Sistematik_derleme_.pdf)

[72] Andy Siddaway, Alex Mathew Wood ve Larry V. Hedges, “How to do a systematic review: a best practice guide for conducting and reporting narrative reviews, meta-analyses, and meta-syntheses,” *Annual Review of Psychology* 70, no.1, (2019): 751.

[73] Nursan Çınar, “Sistematik Derleme (Power Point Sunum)”, s.8 vd.

Uygulama sürecinde sistematik derleme yönteminin bir dizi işlem basamağı bulunmaktadır. Gough ve arkadaşları, bu basamakları aşağıdaki şekilde sıralamıştır.<sup>[74]</sup> Bu uygulama işlemleri, çalışmanın açık ve somut bir şekilde yapıldığını ve aynı zamanda tekrar edilebilir olduğunu göstermektedir. Bu sistematik derleme çalışması, aşağıda sayılan işlem basamakları doğrultusunda yapılmıştır. Böylece, çalışmanın objektifliği ve bulgularının da güvenilir olması amaçlanmıştır.<sup>[75]</sup>

- Araştırma sorusunun belirlenmesi,
- Ekleme ve çıkarma kriterlerinin belirlenmesi,
- Literatür taramasının yapılması,
- İnceleme kapsamında alınacak çalışmaların tespit edilmesi,
- Verilerin toplanması ve analiz edilmesi,
- Ulaşılan bulguların düzenlenmesi,
- Bulguların yorumlanması ve raporlanması.

#### D) ARAŞTIRMA SORUSU VE ALT SORULARI

Araştırmanın temel sorusu, “ulusal literatürde ceza yargılaması alanında *‘silahların eşitliği ilkesi’* konulu tez ve makalelerde ulaşılan bulgular ve araştırma boşlukları nelerdir?” şeklinde kurgulanmıştır. Temel araştırma sorusuna bağlı olarak aşağıdaki alt sorular formüle edilmiş ve yanıtları aranmıştır.

Uluslararası literatürde ceza yargılaması alanında silahların eşitliği ilkesi konulu;

- tez ve makalelerin yayımlandıkları dergiler *üniversite ve/veya fakülterelere göre nasıl bir dağılım* göstermiştir?
- tez ve makaleler *yayın yıllarına göre nasıl bir dağılım* göstermiştir?
- tez ve makalelerde kullanılan *yöntem, veri toplama ve veri analiz araçları* nelerdir?

[74] David Gough, Sandy Oliver ve James Thomas, “Introducing Systematic Reviews”, içinde *An Introduction to Systematic Reviews*, ed. D. Gough, S. Oliver ve J. Thomas, (London: Sage Publications, 2012) 1-18.

[75] “*Cochrane Handbook for Systematic Reviews of Interventions*”, Cochrane Training, Version 6.3, Julian Higgins and James Thomas, erişim 2 Temmuz 2022, <https://training.cochrane.org/handbook/current>

- tez ve makalelerde *ulaşılabilir bulgular* nelerdir?
- tez ve makalelerde konuyla ilişkili *araştırma boşlukları* nelerdir?

## E) EKLEME VE ÇIKARMA KRİTERLERİ

Sistemantik tarama işlemine başlamadan önce araştırma amacı ve çalışma konusu ile ilgili tez ve makaleleri tespit etmeyi sağlayacak şekilde anahtar kelimeler belirlenmiştir. İlk tarama sürecinde ‘silahların eşitliği ilkesi’ anahtar kelimesi kullanılarak tarama yapılmıştır. Gelen sonuçlarda ‘silahların eşitliği’, ‘silahların eşitliği ve çekişmeli yargılama’ ya da ‘silahların eşitliği ve çelişmeli yargılama’ ifade gruplarının kullanıldığı başlıklar görülmüştür. Bunun üzerine kullanılacak anahtar kelimelere, ‘çekişmeli yargılama’ ve ‘çekişmeli yargılama’ ifade grupları da eklenmiştir.

Tarama sonucunda ulaşılan çalışmaların önce başlıkları incelenmiştir. İlgili bir başlık tespit edildiği durumda bu sefer özet incelenmiştir. Özet incelemesi sonucunda araştırma konusu ile ilgili olan çalışmalar inceleme kapsamına alınmış, olmayanlar ise çıkarılmıştır. Bazı çalışmalarda ise başlık ve özet incelemesinin yeterli olmaması nedeniyle, çalışmanın tam metni incelenmiş ve içeriği uygun çalışma incelemeye alınmış, olmayanlar ise çıkarılmıştır.

Tarama işlemi İngilizce ve Türkçe dillerinde yayınlanmış tez ve makaleler ile sınırlandırılmıştır. Ulusal literatürün dışındaki tez ve makaleler kapsama alınmamıştır. Açık kaynaklardan *tam metin erişimi olan çalışmalar* incelemeye alınmıştır. Erişimi olmayanlar ise çıkarılmıştır. Araştırma konusu ile ilgili sınırlı sayıda tez ve makale olması nedeniyle zaman bakımından bir sınırlandırma yapılmamıştır. İlk tur tarama işleminde sadece ampirik çalışmaların kapsama alınması düşünülmüştü. Fakat tarama sonucunda araştırma konusu ile ilgili sınırlı sayıda tez ve makale saptanmıştır. Bundan ötürü bu kriter hariç diğer kriterleri karşılayan çalışmalar kapsama alınmıştır.

Çalışmanın bir dizi temel sınırlılıkları bulunmaktadır. Ulusal literatürde birincil veriye dayalı ampirik çalışmanın olmaması, sadece ulusal literatürle sınırlı tutulması, Türkçe ve İngilizce dilinde yayınlanmış ve tam erişimi olan çalışmaların kapsama alınması, DergiPark, YÖK Tez Merkezi ve TRDizin portallarının veri tabanlarında tarama işleminin yapılmış olması bu araştırmanın sınırlılıkları arasındadır.

## F) SİSTEMATİK TARAMA İŞLEMİ BULGULARI

Ulusal literatürü temsil etme kabiliyeti ve özelliği bulunan YÖK Tez Merkezi, TRDizin ve DergiPark Portalı üzerinde ‘silahların eşitliği ilkesi’, ‘silahların eşitliği’ anahtar kelimeleri kullanılarak makale ve tez çalışmalarını tespit etmek amacıyla tarama işlemi yapılmıştır. Tarama işlemi 10-15 Eylül 2021 tarihleri arasında yapılmıştır. Tarama işlemi bulguları Tablo 1’de detaylı olarak gösterilmiştir. Farklı anahtar kelime taramalarında gelen aynı sonuçlar açısından bir önceki taramada gelen sonuç dikkate alınmıştır. Tarama sonucunda, toplamda 88 sonuç alınmış ve bunlara yönelik başlık ve özet incelemesi sonucunda 15 tez ve makale incelenmiştir.

**Tablo 1.** Sistematik Tarama İşlemi Bulguları

| Anahtar Kelimeler                                   | Gelen Sonuç | İncelemeye Alınan Sonuç |
|---|-------------|-------------------------|
| <b>DergiPark Portalı</b> (www.dergipark.org.tr)     |             |                         |
| Silahların eşitliği ilkesi                          | 6           | 2                       |
| Silahların eşitliği                                 | 16          | 1                       |
| Çelişmeli yargılama                                 | 6           | 0                       |
| Çekişmeli yargılama                                 | 2           | 0                       |
| Toplam  | 30          | 3                       |
| <b>YÖK Tez Merkezi Portalı</b> (www.tez.yok.gov.tr) |             |                         |
| Silahların eşitliği ilkesi                          | 9           | 9                       |
| Silahların eşitliği                                 | 9           | 0                       |
| Çelişmeli yargılama                                 | 1           | 0                       |
| Çekişmeli yargılama                                 | Yok         | Yok                     |
| Toplam  | 19          | 9                       |
| <b>TRDizin Portalı</b> (www.trdizin.gov.tr)         |             |                         |
| Silahların eşitliği ilkesi                          | 5           | 1                       |
| Silahların eşitliği                                 | 23          | 2                       |
| Çelişmeli yargılama                                 | 8           | 0                       |
| Çekişmeli yargılama                                 | 3           | 0                       |
| <b>Toplam</b>                                       | <b>39</b>   | <b>3</b>                |
| <b>Genel Toplam</b>                                 | <b>88</b>   | <b>15</b>               |

### III. TARAMA BULGULARININ SUNULMASI VE DEĞERLENDİRİLMESİ

Ulusal literatürde ceza yargılaması alanında silahların eşitliği ilkesi konulu 9 tez ve 6 makale çalışması tespit edilerek incelenmiştir. Tarama işlemi sonucunda belirlenen makale ve tezlerden inceleme sonucunda elde edilen bulgular, benzerlikleri ve odak konuları itibariyle tematik olarak gruplandırılmıştır. Yöntem bölümünde belirtildiği üzere analiz sürecinde birbirine benzeyen veriler, belirli temalar çerçevesinde bir araya getirilmiştir. İnceleme sonucu elde edilen bulgular, yıl, üniversite, dergi, çalışmayı yapan yazarlar, çalışmanın amacı ve gerekçesi ile araştırma boşluğu tespiti, yöntem, çalışmaların bulguları olacak şekilde bu tematik başlıklar altında sentezlenmiştir.

Bu bölümde tez ve makalelerden elde edilen bulguların tablo ve metin içerisinde sunumunda ilgili makale ve tezle atıf ilişkisi kurmak için *tez ve makale özelinde harf ve rakamsal kodlama* yapılmıştır. Çalışmalar önce tez ve yıl sırası, sonra makale ve yıl sırasına göre listelenmiştir. Bu listelemeye göre çalışmalar sırasıyla tez (T) ve makale (M) ile birlikte numaralandırılmıştır (Bakınız Tablo 1). Böylece Bulgular bölümünde kullanılmak üzere her çalışmaya bir atıf kodu verilmiştir. Analiz bulguları sunulurken hangi bulgunun, hangi çalışmaya ait olduğu ise bu atıf kodu ile eşleştirilerek gösterilmiştir.

#### A) İNCELENEN ÇALIŞMALARIN DERGİ, TEZ TÜRÜ, YIL VE ÜNİVERSİTELERE GÖRE DAĞILIM BULGULARI

İncelenen makale ve tezlerin yıllara göre dağılımı Tablo 2’de gösterilmiştir. Ulaşılan bulgulara göre en fazla çalışma 2019 yılında (T3, T4, M3) ve 2020 yılında (T1, T2, M1) yapılmıştır. 2009 ve 2017 yıllarında ise ikişer çalışmanın yapıldığı görülmüştür. Diğer yıllarda ise birer çalışma yapılmıştır. En yeni ve en eski çalışma tarihleri arasındaki zaman dilimi esas alındığında, 2007, 2015 ve 2016 yıllarında “silahların eşitliği ilkesi” konulu bir makale ya da tez çalışmasının *olmadığı* gözlenmiştir. Çalışmaların türüne göre dağılımı; 2 doktora tezi, 7 yüksek lisans tezi ve 6 makaleden oluşmaktadır. Tez çalışmalarının yapıldığı üniversitelerin dağılımına bakıldığında, Marmara ve İstanbul Üniversitelerinde ikişer, diğer üniversiteler ve Polis Akademisinde ise birer tez yazılmıştır.

Sistemantik derleme çalışma yöntemi ve üretilen ampirik çalışmalarda yer alan tez çalışmalarına ait üniversite istatistiklerine yer verilmesi süreklilik arz eden bir pratiktir. Bu pratiğe yer verilmesinin gerekçesi şöyle olabilir.



Bu usul bize, hangi üniversitelerde hangi araştırmaların ön plana çıktığını, üniversitelerin hangi araştırma konularını merkeze aldıkları ve uzmanlaştıkları araştırma alanlarını tespit etmede kolaylık sağlamaktadır.

Makalelerin yayınlandığı dergilere göre dağılımı incelendiğinde, altı makaleden dördünün baro dergilerinde yayınlandığı görülecektir (M3, M4, M5, M6). Üniversitelerin hukuk fakültesi dergilerinde yayınlanan sadece iki makale bulunmaktadır (M1, M2). Giriş bölümünde yer verilen 84 hukuk fakültesi ve hukuk alanında indekslenen 43 hukuk dergisi verileri ile araştırma kapsamındaki makale ve tez çalışması sayıları karşılaştırıldığında, ceza yargılamasında silahların eşitliği ilkesini konu edinen çalışmaların sayısının *yeterli olmadığı* çıkarımı yapılabilir.

Ceza Yargılamasında Silahların Eşitliği İlkesi:  
Bir Sistematik Derleme Çalışması

**Tablo 2:** Tez/Makalelerin Üniversite, Tür, Araştırmacı, Yıl ve Dergi Dağılımı Analizi Bulguları

| Araştırmacı ve Yıl | Atıf kodu | Üniversite               | Tez Türü      | Araştırmacı ve Yıl     | Atıf kodu | Dergi-Makale  |
|--------------------|-----------|--------------------------|---------------|------------------------|-----------|---|
| Ünal (2020)        | T1        | Marmara Üniversitesi     | Doktora       | Alşahin ve Ünal (2020) | M1        | İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi |
| Çavuşoğlu (2020)   | T2        | Polis Akademisi          | Yüksek Lisans | Sevdiren (2019)        | M2        | Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi[76]  |
| Uğurtaş (2019)     | T3        | İstanbul Üniversitesi    | Yüksek Lisans | Esmer (2014)           | M3        | İzmir Barosu Dergisi[77]                              |
| Güngör (2019)      | T4        | Kocaeli Üniversitesi     | Doktora       | Kocaoğlu (2010)        | M4        | Ankara Barosu Dergisi[78]                             |
| Hünkar (2017)      | T5        | Yaşar Üniversitesi       | Yüksek Lisans | Yeşilova (2009)        | M5        | TBB Dergisi   |
| Ceylan (2017)      | T6        | Dokuz Eylül Üniversitesi | Yüksek Lisans | Dinç (2005)            | M6        | TBB Dergisi   |
| Yavuz (2009)       | T7        | İstanbul Üniversitesi    | Yüksek Lisans |                        |           |   |
| Ulutaş (2008)      | T8        | Ankara Üniversitesi      | Yüksek Lisans |                        |           |   |
| Anaklı (2006)      | T9        | Marmara Üniversitesi     | Yüksek Lisans |                        |           |   |

[76] Öznur Sevdiren, “Çelişmeli Yargılama ve Silahların Eşitliği İlkeleri Bağlamında Teşhis İşlemi ve Bu İşlemden Müdafinin Hazır Bulunma Yetkisi,” *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 18, no.1, (2019):15-55.

[77] Metin Esmer, “Adil Yargılanma Hakkı Çerçevesinde Silahların Eşitliği İlkesinin Georgi Dimitrov’un Yargılanması Üzerinden Değerlendirilmesi,” *İzmir Barosu Dergisi* 79, no.1, (2014):136-47.

[78] Serhat Sinan Kocaoğlu, “Türk Ceza Muhakemesi Sisteminde Silahların Eşitliği İlkesini Gerçekleştirebilmek İçin Bir Reform Önerisi Amerika Birleşik Devletleri Ceza Muhakemesi Sistemine Savunma ve Müdafî Perspektifinden Mukayeseli Bir Bakış,” *Ankara Barosu Dergisi*, no.4, (Temmuz, 2010):209-47.

## B) İNCELENEN ÇALIŞMALARDA AMAÇ, GEREKÇE VE ARAŞTIRMA BOŞLUĞU TESPİTİNE AİT BULGULAR

Tez ve makaleler; çalışma amacı, gerekçe ve araştırma boşluğu tespiti parametrelerine göre incelenmiştir. Araştırma gerekçesinden kasıt, araştırmacının doktrinde ya da literatürde araştırma çalışma konusu ile ilgili araştırma boşluğu tespiti yapıp yapmadığıdır. Zira araştırma boşluğu tespitinin yapılması ve araştırma boşluğunun hedeflenen araştırma çalışması ile ya tamamen ya da belirli düzeyde doldurulacağını ortaya koyan tespit ile çalışmanın amacı arasında bir bütünleştirme olup olmadığı da incelenmiştir. Tez ve makalelerin giriş bölümünde ya da ilgili başka bir bölümünde, söz konusu çalışmanın hangi gerekçe ile yazıldığı açık, somut ve sınırları belli şekilde açıklanıp açıklanmadığına dair tespit çalışması da yapılmıştır. Bu parametrelere ait bulgular Tablo 3'te özet olarak sunulmuştur.

Çalışmanın amacı analiz bulgularına göre; altı tez çalışmasının giriş bölümünde tez çalışmasının yapılma amacının açıkça ifade edildiği, diğer üç tezde ise yeterince açık biçimde ifade edilmediği belirlenmiştir. Dört makalenin giriş bölümünde çalışmanın amacının açıkça ifade edilmediği, diğer iki makalede ise net olarak açıklandığı görülmüştür. Amacı açıkça belirtilmeyen tez ve makalelerin amaçları ise içerik analizinden hareketle çıkarım yapılarak yaklaşık olarak ifade edilmiştir. İlgili tez ve makalelere ait amaç çıkarımlarına Tablo 3'te yer verilmiştir.

Biri tez ve diğeri ise makale olmak üzere iki çalışmada araştırma gerekçesine açıkça yer verildiği görülmüştür (T3, M2). Tez çalışmasında “*Müdafii ile ilgili çok sayıda akademik çalışma ortaya konulmuş; ancak müdafinin silahların eşitliği ilkesi çerçevesinde ifade alma ve sorgudaki rolüne ilişkin yeterli sayıda monografik çalışma yapılmamıştır*” ifadesi gerekçe olarak belirtilmiştir (T3). Fakat bu tespite nasıl ulaşıldığı ve ulaşma yöntemi ise yeterince açıklanmamıştır. Bu gerekçe açıklamasının araştırma boşluğuna işaret ettiğini fakat araştırma boşluğunun ne ölçüde ve nasıl doldurulacağını açıklamasının göreceli olarak eksik kaldığı gözlenmiştir. Makale çalışmasında ise “*öğretinin aksine Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun teşhis işleminde müdafinin hazır bulundurulmamasının silahların eşitliği ilkesine aykırı olmadığı içtihatı, AYM ve AIHM içtihatları ve öğretiyi argümanları temelinde araştırılmasına ihtiyaç [vardır]*” ifadesi, araştırma gerekçesi yapılmıştır (M2). Ancak anılan çalışmada da araştırma boşluğu tespiti ile ilgili herhangi bir açıklama ve değerlendirmenin olmadığı görülmüştür. Diğer çalışmalarda

Ceza Yargılamasında Silahların Eşitliği İlkesi:  
Bir Sistematik Derleme Çalışması

gerekece belirlenmesi ve araştırma boşluğu tespitine yönelik açıklama ya da raporlama olmadığı tespit edilmiştir.

**Tablo 3:** Amaç, Gerekece ve Araştırma Tespiti Analizi Bulguları

| Tez Makale | Çalışmanın Amacı  |
|------------|---|
| T1         | - Giriş bölümünde tezin amacı açıklanmıştır.<br>- Ceza yargılamasında silahların eşitliği ilkesi açısından savunmanın hükme etki etme olasılığını ortaya koyma ve sınırlarını belirleme,<br>- Türk ceza muhakemesi hukukunun silahların eşitliği ilkesi ile uyumluluğunu inceleme,  |
| T2         | - Giriş bölümünde tezin amacı açıklanmıştır.<br>- Ceza yargılaması pratiğinde silahların eşitliği ilkesi ile ilgili somut sorunları tespit etme ve bu sorunlara çözüm yolları geliştirme,   |
| T3         | - Giriş bölümünde tezin amacı açıklanmıştır.<br>- AİHS ve Ceza Muhakemesi Kanunu çerçevesinde, müdafinin ifade alma ve sorgu işlemleri sırasındaki rolünün silahların eşitliği ilkesi açısından incelenmesi,  |
| T4         | - Giriş bölümünde tezin amacı açıklanmıştır.<br>- Adil yargılama hakkının koruma altına aldığı ilke ve hakları tespit etme,<br>- Silahların eşitliği ilkesi ve çelişmeli yargılama hakkının AİHM ve AYM kararları özelinde incelenmesi,<br>- Adil yargılama hakkı kapsamında koruma görmeyen fakat içtihatlar ile kabul gören konuların tespit edilmesi,                        |
| T5         | - Giriş bölümünde tezin amacı açıklanmıştır.<br>- Şüpheli/sanık açısından silahların eşitliği ilkesinin, soruşturma evresi, iddianame, kovuşturma evresi, olağan kanun yolları (istinaf, temyiz ve itiraz), olağanüstü kanun yolları (Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısının itirazı, kanun yararına bozma, yargılanmanın yenilenmesi) evrelerinde uygulanmasının değerlendirilmesi, |
| T6         | - Tezde doğrudan amaç cümlesinin yeterli açıklıkta kurulmadığı gözlenmiştir.<br>- Araştırmacının açıklamalarından yola çıkarak çalışmanın amacının silahların eşitliği ilkesinin somut biçimlerini öğretme ve içtihatlar üzerinden incelenmesi olduğu çıkarımı yapılmıştır.   |
| T7         | - Tezde doğrudan amaç cümlesinin yeterli açıklıkta kurulmadığı gözlenmiştir.<br>- Araştırmacının açıklamalarından yola çıkarak çalışmanın amacının silahların eşitliği ilkesinin somut görünüm biçimlerinin ceza yargılaması aşamalarında ceza muhakemesi açısından incelenmesi ve değerlendirilmesi olduğu çıkarımı yapılmıştır.   |
| T8         | - Tezde doğrudan amaç cümlesinin yeterli açıklıkta kurulmadığı gözlenmiştir.<br>- Araştırmacının açıklamalarından yola çıkarak çalışmanın amacının adil yargılama açısından yargılamada silahların eşitliği ilkesi sorununun incelenmesi ve değerlendirilmesi olduğu çıkarımı yapılmıştır.  |

|           |  |
|-----------|--|
| <b>T9</b> | - Giriş bölümünde tezin amacına ve amaç alt başlığına yer verilmiştir.<br>- AİHS ve iç hukuk karşılaştırılarak silahların eşitliği ilkesinin incelenmesi,<br>- İç hukukta silahların eşitliği ilkesi ilgili olarak yapılması gereken değişikliklerin tespit edilmesi,  |
| <b>M1</b> | - Makalede çalışmanın amacı açık ve somut şekilde kısmen açıklanmıştır.<br>- Araştırmacının açıklamalarından yola çıkarak çalışmanın amacının Kıta Avrupası ceza yargılaması hukukunda silahların eşitliği ilkesinin uygulanabilirliğinin tartışılması olduğu çıkarımı yapılmıştır.  |
| <b>M2</b> | - Makalede çalışmanın amacı açık ve somut şekilde yeterince açıklanmıştır.<br>- Silahların eşitliği ve çelişmeli yargılama açısından teşhis işleminin hukuksal niteliği, uygulaması ve delil olarak kabulünün incelenmesi ve değerlendirilmesi   |
| <b>M3</b> | - Makalede çalışmanın amacı açık ve somut şekilde kısmen açıklanmıştır.<br>- Araştırmacının açıklamalarından yola çıkarak çalışmanın amacının vaka incelemesi üzerinden adil yargılanma hakkının öneminin ortaya konması olduğu çıkarımı yapılmıştır.  |
| <b>M4</b> | - Makalede çalışmanın amacı açık ve somut şekilde yeterince açıklanmıştır.<br>- Türk ceza ve ceza yargılaması hukukunda yer alan Hümanist Doktrin görüşleri doğrultusunda Amerikan ceza yargılaması sistemini inceleme ve sistemde müdafinin konumunun incelenmesi,<br>- Amerikan ceza yargılamasından Türk ceza yargılama sistemine uyarlanabilecek kurumları tespit etme ve silahların eşitliğini sağlayabilecek önerilerin sunulması, |
| <b>M5</b> | - Makalede çalışmanın amacı açık ve somut şekilde kısmen açıklanmıştır.<br>- Araştırmacının açıklamalarından yola çıkarak çalışmanın amacının yargılama diyalektiği temelinde silahların eşitliği ilkesinin incelenmesi ve değerlendirilmesi olduğu çıkarımı yapılmıştır.  |
| <b>M6</b> | - Makalede çalışmanın amacı yeterince açıklanmamıştır.<br>- Araştırmacının açıklamalarından yola çıkarak AİHS ve AİHM içtihatları temelinde Türk ceza yargılamasında silahların eşitliği ilkesinin incelenmesi ve değerlendirilmesi olduğu çıkarımı yapılmıştır.   |

### C) TEZ VE MAKALELERDE KULLANILAN YÖNTEM VE VERİLER

Tez ya da makale olsun, hukuk alanında yürütülen çalışmaların normatif ağırlıklı olduğu görülmüştür. Normatif ağırlıklı olması nedeniyle incelenen tez ve makalelerde kullanılan yöntem, veri toplama ve analiz ile ilişkili bölüm, alt başlık ya da metin içerisinde bu şekilde özelleştirilmiş bilgi ve açıklamalara yer verilmediği; bu yönde bir çalışma sunum geleneğinin olmadığı çıkarımı yapılmıştır. Bu nedenle, incelenen çalışmalarda kullanılan yöntem, veri toplama ve analiz araçlarının belirlenmesinde bir dizi zorluklarla karşılaşmıştır. Bu zorluklar, araştırma yöntemleri literatürü yardımıyla belirli düzeyde aşılarak çalışmalar incelenmiş ve bir dizi tespit yapılmıştır.

Çalışmalarda kullanılan araştırma desenlerinin doktrin araştırması, içtihat araştırması ve karşılaştırma araştırması olduğu belirlenmiştir. Tablo 4'te araştırma deseni sütunu altında, incelenen çalışmalarda bu desenlerin kullanım yoğunluğu birincil, ikincil ve üçüncül düzeyleri belirlenerek yoğunluk düzeyine göre sıralamaları yapılmıştır.

Tez ve makalelerin, birincil veri toplama olmaması nedeniyle ampirik olmadıklarına karar verilmiştir. Çalışmaların daha çok kuramsal olduğu ve ağırlıklı doküman araştırmasına dayalı olduğu görülmüştür. Doküman analizine bağlı olarak ikincil veriler toplanarak analiz edilip değerlendirildiği gözlenmiştir. Birincil veriden kasıt, araştırmanın bizzat kendisi tarafından araştırma katılımcılarından veri toplanmasıdır. İkincil veriden kasıt ise daha önce yazılmış, kitap, kitap bölümü, makale, içtihat kararı, içtihat kararlarının yer aldığı kitap vb. dokümanlara ulaşma ve bunlardan yararlanmadır. İkincil verilerin toplanması ise doküman analizi altında kategorileştirilmiştir. Dokümanların incelenmesinde çalışma konusu ve amacı doğrultusuna içerik analizinin kullanıldığı sonucuna varılmıştır. Zira incelenen tez ve makalelerde veri toplama ve veri analiz araçlarından açıkça bahsedilmediği için böyle bir çıkarım yapılamamıştır. Tez ve makalelerde kullanılan yöntem, araştırma deseni, örneklem, veri toplama ve analiz araçlarının analiz bulguları Tablo 4'te özet olarak sunulmuştur.

Sadece bir çalışmada veri toplama aracı olarak ceza yargılaması (istinaf aşaması) aktörleri ile görüşme yönteminin kullanıldığı bilgisinin yer aldığı görülmüştür (T5). Fakat tez yazarının, ceza yargısı sistemi içindeki aktörlerle yaptığı görüşmelere ilişkin seçtiği ve uyguladığı yöntem, veri analizi ve bulgularının raporlanmadığı tespit edilmiştir.

Yukarıda tespit edilen araştırma desenlerinden farklı olarak bir çalışmada, vaka incelemesinin tercih edildiği görülmüştür (M3). Toplam 11 tez ve makalede birincil düzeyde doktrin araştırması deseni odaklı çalışma yapıldığı, bir çalışmada vaka incelemesinin çalışıldığı, iki çalışmada karşılaştırma araştırmasının uygulandığı ve bir çalışmada ise içtihat araştırmasının işe koşulduğu belirlenmiştir. Tez ve makalelerde büyük çoğunlukla doktrin ve içtihat araştırmasının yapıldığı gözlenmiştir. Bu nedenle, *ulaşılan bulguların hukuk alanın normatif doğası ile uyumlu olduğu sonucuna varılmıştır*. Birincil veri toplama olmaması nedeniyle, çalışmalarda doğal olarak veri toplama örnekleminin olmaması kaçınılmaz olmaktadır. Bundan dolayı, örneklem parametresi ile ilgili analiz ve bulgu sunumu yapılamamıştır.

**Tablo 4:** Tez ve Makalelerde Kullanılan Yöntem ve Veri Analizi Bulguları

| Tez Makale | Araştırma deseni  | Araştırma yöntemi | Veri toplama                       | Veri analiz    |
|------------|---|-------------------|------------------------------------|----------------|
| T1         | - Doktrin araştırması (kuramsal)<br>- İçtihat araştırması                     | Nitel             | İkincil veri<br>Doküman            | İçerik analizi |
| T2         | - İçtihat araştırması<br>- Doktrin araştırması                                | Nitel             | İkincil veri<br>Doküman            | İçerik analizi |
| T3         | - Doktrin araştırması<br>- İçtihat araştırması                                | Nitel             | İkincil veri<br>Doküman            | İçerik analizi |
| T4         | - Doktrin araştırması<br>- İçtihat araştırması                                | Nitel             | İkincil veri<br>Doküman            | İçerik analizi |
| T5         | - Doktrin araştırması<br>- İçtihat araştırması                                | Nitel             | İkincil veri<br>Doküman<br>Mülakat | İçerik analizi |
| T6         | - Doktrin araştırması<br>- İçtihat araştırması                                | Nitel             | İkincil veri<br>Doküman            | İçerik analizi |
| T7         | - Doktrin araştırması<br>- İçtihat araştırması                                | Nitel             | İkincil veri<br>Doküman            | İçerik analizi |
| T8         | - Doktrin araştırması<br>- İçtihat araştırması                                | Nitel             | İkincil veri<br>doküman            | İçerik analizi |
| T9         | - Karşılaştırma araştırması<br>- Doktrin araştırması<br>- İçtihat araştırması | Nitel             | İkincil veri<br>Doküman            | İçerik analizi |
| M1         | - Doktrin araştırması<br>- Karşılaştırma araştırması                          | Nitel             | İkincil veri<br>Doküman            | İçerik analizi |
| M2         | - Doktrin araştırması<br>- İçtihat araştırması                                | Nitel             | İkincil veri<br>Doküman            | İçerik analizi |
| M3         | - Vaka incelemesi<br>- Doktrin araştırması                                    | Nitel             | İkincil veri<br>Doküman            | İçerik analizi |
| M4         | - Karşılaştırma araştırması<br>- Doktrin araştırması<br>- İçtihat araştırması | Nitel             | İkincil veri<br>doküman            | İçerik analizi |
| M5         | - Doktrin araştırması<br>- İçtihat araştırması                                | Nitel             | İkincil veri<br>Doküman            | İçerik analizi |
| M6         | - Doktrin araştırması<br>- İçtihat araştırması                                | Nitel             | İkincil veri<br>Doküman            | İçerik analizi |

#### D) TEZ VE MAKALELERDE ULAŞILAN BULGULAR

Tez ve makalelerde raporlanan bulguların derlenmesi ve değerlendirilmesinde silahların eşitliği ilkesinin ceza yargılamasındaki somut görünümüleri kullanılmıştır. Somut görünümler, tez ve makalelerde hem yargılama işlemi ve kavramı hem de sorun tespiti olarak yer almıştır. Bu durum tespitinden hareketle, silahların eşitliği ilkesi ile ilgili somut görünümler ve beraberinde ilişkili sorunlar, bir bütün halinde, kısa ve özet ifade grupları altında Tablo 5'da gösterilmiş ve ilgili çalışma ile eşleştirilerek sunulmuştur. Derlenen bulguların, yargılama işlemleri ve süjeleri ile ilişkili olduğu anlaşılmıştır.

İncelenen tez ve makalelerde, birincil düzeyde yoğun şekilde *doktrin araştırması* yapıldığı görülmüştür. İkincil düzeyde ise AİHM, AYM, Yargıtay kararları üzerinden *içtihat araştırması* yapıldığı gözlenmiştir. Üçüncül düzeyde çok az olsa farklı ülke doktrin, içtihatları ve sistemleri üzerinden *karşılaştırma araştırması* yapıldığı belirlenmiştir. Kısaca, tez ya da makale konusu ile ilgili doktrin araştırması, içtihat araştırması ve karşılaştırma araştırması yapıldığı; araştırma türlerinin uygulama yoğunluğunun çalışmadan çalışmaya değiştiği gözlenmiştir. Bu üç araştırma türünün, hukuk literatüründe tipik bir araştırma yöntemi olarak başvurulduğu ve uygulandığı çıkarımı yapılmıştır.

Tez ve makalelerin hepsinde, silahların eşitliği ilkesinin ceza yargılamasında somut görünüm biçimlerinin neler olduğu önce doktrinden tespitinin yapıldığı ve kategorik olarak ele alındığı, mahkeme kararlarında ve içtihatlarda geçen somut olaylar üzerinden tartışıldığı ve değerlendirildiği görülmüştür. Tez ve makalelerin doktrin araştırması bölümlerinde çalışma konusu olan silahların eşitliği ilkesinin AİHS ve AİHM kaynaklı bir ilke olduğu üzerinde uzlaşma olduğunun raporlandığı gözlenmiştir.

Silahların eşitliği ilkesinin ceza yargılamasına etkisinin çok geniş olduğu; soruşturmanın başından başlayıp kovuşturmayla devam edip, olağan ve olağanüstü kanun yollarında uygulanan usul işlemlerini etkilediği konusunda tüm tez ve makalelerde bir uzlaşma olduğu saptanmıştır. Tez ve makalelerde ulaşılan kuramsal analiz ya da uygulama sonucu elde edilen bulguların doğrudan sunulduğu ve tartışıldığı özelleştirilmiş bölümlerin yeterince olduğu görülmüştür. Bulguların daha çok inceleme altında olan kavram ve kavramın ilgili yargılama usulündeki somut görünümü üzerinden tartışıldığı ve sunulduğu gözlenmiştir.



İncelenen tez ve makalelerde ulaşılan temel bulguların, doktrin araştırması bulguları ile içtihat araştırması bulgularına dayalı olduğu görülmüştür. Uygulamaya dönük bulgular ise içtihat araştırması bulgularından derlenmiştir. Uygulamadan, yani; duruşma gözleme, duruşma tutanakları veya yargılama dosyalarından, savunma avukatları ile şüpheli ve/veya sanıklardan veri toplama yolu elde edilen bulguların olmadığı tespit edilmiştir.

Çalışmaların büyük çoğunluğu silahların eşitliği ilkesi ile ilgili tüm somut görünüm biçimlerini; çok azının ise sadece bir somut görünümü (teşhis işleminde müdafinin hazır bulundurulmasını (M2) ya da yargılama süjesinin müdafiden yararlanmasını (T4)) kapsama aldığı belirlenmiştir. Tez ve makalelerde silahların eşitliği ilkesinin pratiğe geçirilmesinde yaşanan sorunların dolaylı ya da doğrudan çalışma bulgusu olarak raporlandığı da görülmüştür. Çalışma bulgusu olarak sorun tespitleri, ilkenin yargılama sürecindeki somut görünümleri üzerinden yapılmıştır.

**Tablo 5:** Tez ve Makalelerde Silahların Eşitliği İlkesinin Somut Biçimleri ve Sorunlu Alanları

| Bulgular   | Tez–Makale                                      |
|--|---|
| <ul style="list-style-type: none"> <li>- İsnat edilen suç ve aleyhe olan delilin bildirimi</li> <li>- Hakların bildirimi</li> <li>- Savcılığın mahkemeye sunduğu belge ve bilgilerin sanık/şüpheliye bildirilmemesi</li> </ul>   | T2, T3, T4, T5,<br>T6, T7, T8, T9<br>M1, M4, M5 |
| <ul style="list-style-type: none"> <li>- Kollukta, müdafisiz şüpheli ile görüşme yapılması</li> <li>- Kolluktaki ifade işleminde müdafiyeye soru sordurulmaması</li> </ul>   | T1, T3, T4, T5                                  |
| <ul style="list-style-type: none"> <li>- Soruşturmanın gizliliği</li> <li>- Dosyaya erişim konusunda yasa ve uygulamadan kaynaklı sorunlar</li> <li>- Gizli bilgilere erişim ve inceleme</li> <li>- Tutukluların bilgi ve belgelere erişim sorunu</li> <li>- Dosya inceleme süresi</li> <li>- Sulh ceza sorgusunda savunmanın delil getirme ve getirtmesine fırsat verilmemesi</li> <li>- Sorgunun SEGBİS üzerinden yapılması</li> </ul> | T1, T2, T3, T4,<br>T6, T7, T8, T9,<br>M4, M5    |

Ceza Yargılamasında Silahların Eşitliği İlkesi:  
Bir Sistematik Derleme Çalışması

|   |                                      |
|---|--------------------------------------|
| <ul style="list-style-type: none"> <li>- Ara muhakemede iddianamenin tebliğ edilmemesi</li> <li>- Ara muhakemede iddianamenin incelenmesi ve itiraz edilmesi</li> <li>- Ara muhakemede çelişme yapılmasına fırsat verilmesi</li> <li>- Delilsiz/ yetersiz delil ile iddianame hazırlanması</li> <li>- Sadece şüpheli aleyhine toplanmış deliller doğrultusunda iddianamelerin hazırlanması</li> <li>- İddianame tebliği ile ilk duruşma arasındaki süre ve savunma hazırlığı</li> <li>- Taraflara sürelerin eşit şekilde verilmemesi</li> </ul> | T1, T2, T4, T5, T8,<br>M1, M3, M5    |
| <ul style="list-style-type: none"> <li>- Sulh ceza sorgusunda koruma tedbirine dayanak gösterilen delillerin sorgulanmaması</li> <li>- Tutukluluk değerlendirmesinde savcı görüşünün savunmaya bildirilmemesi</li> <li>- Tutukluluk değerlendirmesinin duruşmasız yapılması</li> <li>- Tutuklama delillerinin gösterilmemesi/bildirilmemesi</li> </ul>  | T1, T5, T4, T7                       |
| <ul style="list-style-type: none"> <li>- Savcılık, kolluk ve mahkemenin, şüpheli/ sanık lehine delil toplamaması</li> </ul>   | T1, T2, T3, M1, M4                   |
| <ul style="list-style-type: none"> <li>- Zorunlu müdafinin usulen görev yapması</li> <li>- Somut ve etkili yardımı olmaması</li> </ul>  | T1, T3, T6,<br>M1, M2, M3            |
| <ul style="list-style-type: none"> <li>- Anadilde savunma sorunu</li> <li>- Anladığı dilde savunma sorunu</li> <li>- Tercümandan yararlanmama</li> </ul>  | T2, T4, T5, T6,<br>T7, T9, M3        |
| <ul style="list-style-type: none"> <li>- Keşif talebi ile ilgili sorunlar</li> </ul>  | T3                                   |
| <ul style="list-style-type: none"> <li>- Yargılama ile ilgili yapılan ihtarların usulen yapılması, etkisi ve sonuçlarının anlatılmaması</li> </ul>  | T3                                   |
| <ul style="list-style-type: none"> <li>- Asliye ceza yargısında savcının bulunmaması</li> <li>- Kollektif hüküm sorunu</li> <li>- İddianamenin iadesi kurumunun zayıflaması</li> </ul>  | T5                                   |
| <ul style="list-style-type: none"> <li>- Duruşma salonlarının tasarım ve oturma düzeni</li> <li>- İddia ile savunma arasında yetki bakımından eşitsizlikler olması</li> <li>- Hâkim ve savcıların özlük hakları, kariyer ve mesleki açıdan sürekli birlikte olmaları</li> </ul>   | T2, T3, T5, T6, T8,<br>M1, M4, M6    |
| <ul style="list-style-type: none"> <li>- Duruşma ve sorgunun SEGBİS üzerinden yapılması</li> <li>- Saniğin duruşmadan zorunlu vareste tutulması</li> <li>- Sanık ve müdafinin duruşmadan çıkarılması</li> <li>- Saniğin duruşmaya SEGBİS ile katılması</li> <li>- Kovuşturma evresinde, müdafisiz duruşma ve delil sorgusu yapılması</li> <li>- Benzer duruşma disiplinsizliği durumunda müdafinin salon dışına çıkarılması karşısında savcının çıkarılmaması</li> </ul>  | T1, T2, T3, T4,<br>T5, T7, T9,<br>M3 |
| <ul style="list-style-type: none"> <li>- Tutuklu yargılamalarda, duruşmada sanık ile müdafinin farklı yerlerde oturması ve kısıtlı iletişim fırsatı verilmesi</li> </ul>  | T2, T3, T5,<br>M3                    |

|   |  |
|---|--|
| <ul style="list-style-type: none"> <li>- Kovuşturma evresinde ortaya çıkan esaslı değişikliklerin bildirimi</li> <li>- Kovuşturma evresinde savcının re'sen delil toplaması</li> <li>- Kovuşturma evresinde hâkimin re'sen delil toplaması</li> <li>- Asliye Ceza Mahkemesi ile Ağır Ceza Mahkemesi hâkimlerinin savcı rolünü/görünümünü alması</li> </ul>  | T2, T4, T5, T8, T9,<br>M1, M5            |
| <ul style="list-style-type: none"> <li>- Savunma tanıkları ile iddia tanıklarının aynı koşullar altında dinlenmesi</li> <li>- İstinabe yöntemi ile tanık dinletilmesi</li> <li>- İstinabe yöntemi ile sanık sorgusunun yapılması</li> <li>- Resmi görevlilerin tanık olarak dinlenmesi</li> <li>- Müdafî olmaksızın teşhis yaptırılması</li> <li>- Diğer dosyalarda dinlenen tanıkların sorgulanmaması</li> <li>- Soruşturmada dinlenen tanığın kovuşturma aşamasında sorgulanmaması</li> </ul> | T1, T2, T5, T6,<br>T7, T8, T9,<br>M2, M5 |
| <ul style="list-style-type: none"> <li>- Gizli tanıklık sorunu</li> <li>- Tanıkların dinlenmemesi</li> <li>- Tanıkların SEGBİS yöntemiyle dinlenmesi</li> <li>- Gizlilik ve devlet sırrı sorunu</li> <li>- Teknik/dijital verilerin ve raporların savunmaya verilmemesi</li> <li>- Devlet sırrı gerekçesiyle bir kısım delillerin verilmemesi</li> </ul>  | T1, T2, T4, T5, T6,<br>T7, T8, T9,<br>M5 |
| <ul style="list-style-type: none"> <li>- Delil toplatma</li> <li>- Delil sunma</li> <li>- Delilleri takdir yetkisi</li> <li>- Hukuka aykırı delil getirme</li> </ul>  | T1, T2, T3, T8, T9,<br>M2, M4, M5        |
| <ul style="list-style-type: none"> <li>- Bilirkişi veya uzman raporu</li> <li>- Hazırlık soruşturmasında savunmanın bilirkişi ve uzman raporu alınması</li> <li>- İdari kurumda görev yapan bilirkişilerin tarafsızlığı</li> <li>- Kamu görevlileri karşısında eşitsizlik</li> <li>- Bilirkişi raporunun tebliğ edilmemesi</li> </ul>   | T2, T3, T4, T6,<br>T7, T8, M3            |
| <ul style="list-style-type: none"> <li>- Dosyaya giren delillerin yeterince tartışılmaması</li> <li>- Delillerin değerlendirilmesinde Adli Tıp Kurumunun tarafsızlık sorunu</li> <li>- Delili inceleyen/tanığı dinleyen hâkim ile kararı veren hâkimin farklı olması</li> <li>- Resmi görevlilerin hazırladığı belgeler</li> </ul>  | T2, T4, T6, T7,<br>T8, T9,<br>M4, M5     |
| <ul style="list-style-type: none"> <li>- Esas hakkındaki savunmadan sonraki esaslı değişikliklerin bildirilmemesi</li> </ul>  | T1, T2, T4, T5                           |
| <ul style="list-style-type: none"> <li>- Yargı yeri belirlenmesinde Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığının görüşünün tebliğ edilmemesi</li> <li>- Yargıtay Başsavcılığının görüşünün tebliğ edilmemesi</li> <li>- İstinaf tebliğnamesinin olmaması ve tebliğ edilmemesi</li> <li>- Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığının olağanüstü kanun yolu itirazının tebliğ edilmemesi</li> <li>- Kanun yollarında Cumhuriyet Başsavcılığına verilen itiraz hakkının savunmaya verilmemesi</li> </ul>           | T2, T4, T5, T6,<br>T7, T8, M6            |

Ceza Yargılamasında Silahların Eşitliği İlkesi:  
Bir Sistemantik Derleme Çalışması

|   |                           |
|---|---------------------------|
| - Duruşmalı temyiz işlemlerinde savunmanın soru sormasına fırsat verilmemesi<br>- İstinaf sürecinde üye hâkimin inceleme raporunun savunma ve iddia makamına verilmemesi ve görüşlerinin alınmaması<br>- Tetkik hâkimlerinin görüşleri<br>- Temyiz dilekçesinin incelenmeden reddi<br>- Karar müzakerelerine savcıların katılması | T3, T4, T5, T7,<br>T8, M5 |
| - Yasama müdahaleleri   | T4, T5, T8, M5            |

## SONUÇ

Özde silahların eşitliği ilkesi ve genelde adil yargılanma hakkının, hukuk devleti ilkesinin bir gereği olduğu giriş bölümünde ortaya konulmuştur. Ulusal ve uluslararası literatürde yer alan araştırma ve endeks verileri, adil yargılanma hakkı ve bağlantılı olarak silahların eşitliği ilkesinin ne kadar sorunlu bir alan olduğu ve en çok bu alanların ihlal edildiğini göstermiştir. Adil yargılanma hakkı ve unsuru olan silahların eşitliği ilkesinin gerçekte ve özde uygulanmasının ne kadar önemli olduğu bir kez daha anlaşılmıştır. Bu gerçeklikten hareket ederek ulusal literatürde silahların eşitliği ilkesi kapsamında üretilen tez ve yazılan bilimsel makalelerde gelinen bilgi birikimi ve yönelimleri tespit etme amacıyla bu sistematik derleme çalışması yapılmıştır. Tez ve makalelerin incelenmesi sonucunda çok sayıda temel bulgulara ulaşılmıştır.

### A) ULAŞILAN TEMEL BULGULAR

Başta şu hususu önemle vurgulamalıyız ki; incelenen tez ve makalelerin ciddi bir emek ve çalışmanın ürünü oldukları, yazarlarının bilimsel çalışma ilkelerine son derece riayet ettikleri ve silahların eşitliği ilkesini teorik anlamda açıklayıcı biçimde ortaya koydukları aşikârdır. Çalışmaların sayıca az olması, bunların içerik ve katkı olarak da yetersiz oldukları anlamına gelmediğini bir kez daha teyit etmekte fayda görmekteyiz. Bu çalışmanın böyle bir tespit etme amacı yoktur. Tekil çok nitelikli çalışmaların da bulunduğu şüphesizdir. Dolayısıyla bu çalışmanın amacı, ceza yargılaması alanında yer alan bir ilke ve uygulaması ile ilgili çalışmaların sistematik derlemesinin yapılması ve oluşan birikimin ne olduğunu tespit etme; araştırma boşluklarının belirlenmesi ve yeni bir yöntemin uygulanabilirliğini ortaya koyma olduğunu yinelemekteyiz. Öte yandan incelenen 15 çalışmadan elde edilen veriler ışığında; ulusal literatürde silahların eşitliği ilkesi özelinde meta-analiz ya da sistematik derleme çalışmalarının bulunmadığı görülmüştür. Yine aynı şekilde birincil verilere dayalı ampirik makale ya da tez çalışmalarının da yeterince yapılmadığı gözlenmiştir.

Mevcut tez ve makalelerde çalışma amacı, gerekçesi ve araştırma boşluğu tespitinin bir bütün halinde yeterince yer almadığı sonucuna varılmıştır. Araştırma gerekçelerine dair bulgular incelendiğinde, özellikle tez çalışmalarında tezin yazılış ya da doktora araştırmasının yapılaş gerekçesinin somut bulgularla ortaya konması gerekmektedir.

Ancak bununla birlikte belirtelim ki; incelenen çalışmalarda, literatürde (doktrinde) araştırma boşluğu tespitinin yapılmadığı ve tespit edilecek araştırma boşluğunun hangi veriler toplanılarak ve analiz edilerek doldurulacağı yönünde görüş belirtilmediği de görülmüştür. Buna rağmen incelenen akademik çalışmaların hukuk literatürü bilgi birikimine kayda değer katkı yaptığı tartışmasızdır. Bu itibarla bir kez daha belirtilmelidir ki, bu makale ile ulaşılmak istenen amaç incelenen çalışmaların akademik yeterliliklerini asla ölçmek ve değerlendirmek olmayıp, silahların eşitliği ilkesi açısından sadece sistematik bir derleme yapmaktır.

Ulusal literatürde yer alan makale ve tezlerin ağırlıklı olarak normatif gelenek doğrultusunda yazıldığı ve çalışma konularının incelendiği gözlenmiştir. Çalışmaların, büyük çoğunlukla doktrin araştırması ve içtihat araştırması üzerine kurulu olması yanı sıra çok az oranda vaka çalışması ve karşılaştırma araştırmasının yapıldığı görülmüştür.

Tez ve makalelerde, silahların eşitliği ilkesinin somut görünümüne yönelik sorunların tespit edilmiş olduğu ve fakat bu sorunlara yönelik yapılandırılmış/özelleştirilmiş çözüm önerilerinin geliştirilmesi yerine daha çok genel bir yaklaşımla çözüm önerilerinin sunulduğu görülmüştür. Bir çalışmada somut bir görünüm olan savunmanın kendi lehine delil araştırma yapabilmesi için Amerikan kaynaklı savunma araştırmacısı kurumunun, karşılaştırmalı araştırma bağlamında Türk ceza yargılaması sistemine dâhil edilmesi için sistematik ve özelleştirilmiş çözüm önerilerinin getirildiği belirlenmiştir (M4).

Yazılan tez ve makalelerin, olay ve yargısal işlem odaklı mikro çalışma konularına odaklanmadığı, daha çok konunun teorik yönü ve yüksek yargı organları içtihatlarını esas alarak değerlendirme ve sonuçlara ulaştığı gözlenmiştir.

İki çalışmada mikro çalışma konusu belirlenmiş ve incelenmiştir. Birinci çalışma, müdafii yardımı (süje) ve ifade alma ile sorgu işlemleri özelinde silahların eşitliği ilkesinin somut görünümüne odaklanmıştır (T3). İkinci çalışma ise kapsamı ilkenin somut görünümü açısından sadece teşhis işlemi (yargılama faaliyeti) ve müdafinin hazır bulunması (yargılama süjesi) ile sınırlı tutmuştur (M2). Kanaatimizce, ikinci çalışma türünde makale ve tez türünde araştırmaların yapılması, sistematik derleme yöntemine dayalı çalışmaların yapılabilmesi için gereklidir. Bu tür mikro odaklı ve özele

indirgenmiş çalışmaların araştırma konusunu derinlemesine çalışılması sayesinde doktrinde bilgi birikimine katkı yapılabilir ve özgün olma niteliği artabilir. Silahların eşitliği ilkesinin genel ve makro ölçekli araştırılması durumunda, tekrardan kaçınılması çok zor olabilir. Nitekim bu sistematik derleme çalışmasının bulguları, incelenen tez ve makalelerde silahların eşitliği ilkesi çalışma konusunun görece tekrar ettiğini ortaya koymaktadır.

Silahların eşitliği ilkesinin somut görünüm biçimlerine yönelik tarama ve tespit bulguları, ilkenin ceza yargılamasına etkisinin, suç isnadın yapılmasıyla başladığını ve yargılamanın tüm aşamalarında etkisini sürdürdüğünü göstermiştir (bakınız Tablo 5). Bu tespitten hareketle, silahların eşitliği ilkesi, ceza yargılamasının tüm aşama ve işlemlerinde doğrudan ya da dolaylı biçimde gözetilecek bir ilke olduğu gerçeği ortaya çıkmıştır. Bir ceza yargılamasının tüm işlemlerinde silahların eşitliği ilkesinin gereklerinin açık ya da zımni şekilde hissettirilmesi ve gösterilmesi, söz konusu yargılamada ulaşılan hükme derinlik, evrensellik ve güven kazandıracaktır.

İçtihat araştırması desenini kullanan tez ve makalelerin büyük çoğunluğunun AİHM, AYM ya da her iki mahkeme içtihat kararlarını, silahların eşitliği ilkesi ile ilgili kavramların açıklanması ve tartışılmasında kullandığı görülmüştür. Öte yandan Yargıtay içtihat kararlarının ise sınırlı düzeyde doktrin kavramlarının açıklanmasında ve uygulama işlemlerinin değerlendirilmesinde kullanıldığı gözlenmiştir. Örneğin, silahların eşitliği ilkesinin ceza yargılaması işlemlerindeki uygulama ve değerlendirilmesinde ağırlıklı olarak Yargıtay içtihatlarının gayet isabetle kullanıldığı bir çalışmaya rastlanılmıştır (T6).

Kuramsal olarak her ne kadar iddia makamının sanığın lehine de delil toplaması ve araştırma yapması gerektiği kanun metinlerinde düzenlenmiş olsa da uygulamada insan faktörü ortaya çıkmakta ve kanunda yazılı hükümler maalesef basit birer temenni olma niteliğinden öteye gidememektedir (T6). Nitekim giriş bölümünde ortaya konulan veriler, bu tespiti doğrulamaktadır. Bu nedenle hakkaniyete uygun yargılama (*due process*) modelini benimseyen ceza adaleti sistemine yönelik bir yapılanma ve işleyişin gerekli olduğu sonucu ortaya çıkmaktadır.<sup>[79]</sup>

[79] Bedri Eryılmaz, “Suçla Mücadele Politikası Açısından Yeni Ceza Muhakemesi Kanunu,” *Ceza Hukuku Dergisi 1*, no.1, (Eylül, 2006): 208.

Giriş bölümünde çalışmanın gerekçesi tespit edilirken ‘hukuk zihniyeti araştırması’ verilerine yer verilmişti. Bu araştırmanın bulgularından birisi; hâkim ve savcılarının en çok terfi ve kanun yolunda onanma kararlarına değer verdiği yönündedir. Ceza adaleti sisteminde yargılama aktörlerinin iki süjesi (hâkim ve savcı) özelinde hukuk değeri ile terfi ve onama arasında kariyer ilerlemesi ilişkisinin kurulduğu görülmektedir. Denilebilir ki bu ilişkiyi olumsuz etkileyen kurumsal ve politik davranışlar medya üzerinden kamuoyuna yansımaktadır. En son Hâkimler ve Savcılar Kurulu’nun AİHM ve AYM kararlarını uygulamayan hâkimleri terfi ettirmesinin adalete olan güveni sarstığını, adil yargılanma hakkı ile silahların eşitliği ilkesinin gerçekte ve özde uygulanmasının teoride kaldığını göstermektedir.<sup>[80]</sup> Bu tespitten hareketle, *kanıta dayalı ceza yargılaması uygulamaları* açısından adaletsiz yargılama yapan ve soruşturan sùjeleri toplumda teşhir etme şeklinde psikolojik ve toplumsal yaptırımlar uygulan(a)bilmelidir. Zira iyi uygulama ve kötü uygulama tespitinin yapılması, temel hak ihlalcilerinin teşhir edilmesi ve toplumca bilinmesi, yargılamayı finanse eden vatandaşların en doğal hakkıdır.

## B) ARAŞTIRMA BOŞLUKLARI VE GELECEK ARAŞTIRMA ÖNERİLERİ

İncelenen tez ve makalelerde çalışma konusu ile ilgili birincil verilere yönelik araştırma yerine çoğunlukla doktrin ve içtihat araştırmasının yapılması nedeniyle çalışmaların zorunlu olarak birbirini tekrar ettiği ve yeniden ürettiği gözlenmiştir. Bu tekrar ve yeni üretim sorununun nedenlerinden birisi, çalışma konusunun geniş kapsamlı tutulmuş olmasıdır. Çalışma konusunun çok geniş kapsamlı tutulması, haliyle çalışmaları doktrin araştırması ve içtihat araştırmasına yöneltmektedir. Oysa dar kapsamlı çalışma konusunun belirlenmesi durumunda, derinlemesine araştırma yapılması, birincil verilerin toplanması ve analiz edilmesini içeren nicel veya nitel yahut karma yöntemlere dayalı ampirik araştırmaların yapılması mümkün olabilir. Dolayısıyla, silahların eşitliği ilkesinin ceza yargılamasındaki somut görünümünün herhangi birine yönelik yapılacak ampirik çalışmaların, bu alandaki bilgi birikimini arttıracığı tartışmasızdır. Ceza yargılamasının bir ilkesine ilişkin olarak yapılacak bu tür çalışmalarda yargı kararlarının değerlendirilmesi dışında ampirik çalışmalar yapılabilir. Örneğin, soruşturma

[80] “HSK AYM’yi yok sayan hakimi terfi ettirdi,” Deutsche Welle, erişim 28 Eylül 2021, <https://www.dw.com/tr/hsk-aymyi-yok-sayan-hakimi-terfi-ettirdi/a-59327429>.



evresinde silahların eşitliği ilkesinin somut görünümüne ilişkin iş ve işlemler gözlemlenebilir. İki ya da daha fazla yargı yerindeki iş ve işlemler karşılaştırmalı olarak analiz edilebilir. Bu işlemler ile savunma tarafındaki kişilerin demografik özellikleri arasında korelasyon analizleri yapılabilir. Aynı şekilde bu tür ampirik çalışmalar iddia tarafına da uygulanabilir.

İncelenen çalışmalarda kovuşturma evresi veya soruşturma evresi yahut her ikisine yönelik birincil veri toplama ve analiz yapılmadığı gözlenmiştir. Bu yönde önemli bir araştırma boşluğu bulunmaktadır. Bu araştırma boşluğu, bilimsel araştırma fonlama kurumları, bilimsel dergiler ve üniversitelerin bir dizi teşvik ve zorlayıcı uygulamalara gitmesiyle doldurulabilir. Üniversitelerin hukuk fakülteleri, uygulamalı hukuk ya da kanıta dayalı hukuk araştırmalarına odaklı tez ve araştırma programları oluşturabilir. Adalet ile ilgili kurum ve kuruluşlar, savunma ve müdafilik alanında uygulamalı ve kanıta dayalı savunma araştırma projelerine fon desteği sağlayabilirler. Bilimsel dergi editörlükleri, kanıta dayalı ya da uygulamalı araştırma makalelerinin yayınlanmasına öncelik verebilir ve bu makaleler için hızlandırılmış hakemlik uygulaması başlatabilir. Ceza adaleti sisteminde yer alan ve elinde fon bulduran kamusal kurumların bütçeleri belirli oranda, kanıta dayalı ve uygulamalı araştırmalara tahsis edilebilir.

Silahların eşitliği ilkesi açısından Yargıtay, AYM ve AİHM kararları karşılaştırmalı şekilde sistematik analiz ve değerlendirmeye tabi tutulmalıdır. İlkenin somut görünümü (bileşenleri/unsurları), bu kararlarda incelenmelidir. Kararlar üzerinden sorun üreten ve sorunu deneyimleyen yargılama süreçlerine yönelik nicel algı araştırmalarının yapılmasına ihtiyaç bulunmaktadır.

Silahların eşitliği ilkesi ile ceza muhakemesi hukuku ve mevzuatına göre savcı ve yardımcılarının (adli kolluk) sanığın lehine ve aleyhine olan ve olacak delilleri toplama yetki/görevi arasında uyuşmanın mümkün olup olmadığını, belirli suç türü dosyaları özelinde araştırılması ve değerlendirilmesi için araştırmaların yapılmasına ihtiyaç bulunmaktadır. Örneğin araştırma konusu olarak iddianın çıkarları ile savunmanın çıkarlarının, silahların eşitliği ilkesi açısından gerçekte ve özde ne ölçüde sorunsuz uyumlaştırılabileceği ortaya konulmalıdır.

Soruşturma evresini yansıtan iddianame metinlerine yönelik içerik analizi yapılarak silahların eşitliği ilkesinin somut görünümü açısından inceleme ve değerlendirme yapılabilir.

Yine gerek soruşturma evresinde gerekse kovuşturma evresinde uygulanan tutuklama ve tutukluluğun devamı kararları silahların eşitliği ilkesi açısından incelenebilir ve değerlendirilebilir.

Silahların eşitliği ilkesi açısından katılımcı gözlem yöntemiyle ceza yargılaması duruşmaları gözlemlenebilir. Gözlem bulgularının raporlaştırıldığı araştırmalar yapılabilir. Böylece, Yargıtay kararlarında şablon biçimde kullanılan “*duruşma tutanaklarından oluşan vicdanî kaniye göre hüküm kurulması*” davranışının ne ölçüde gerçeği yansıttığı karşılaştırmalı olarak araştırma olanağı elde edilebilir.

Yargıtay kararlarında kullanılan “*vicdanî kanının oluştuğu duruşma sürecinin yansıtan tutanaklar ve belgeler*” şablon ibaresi ve silahların eşitliği ilkesi özelinde Yargıtay kararlarından oluşturulacak bir örneklem kapsamında doküman ve içerik analizi yapılarak anılan kalıp ifadenin hangi ölçüde gerçeği yansıttığı ve tetkik hâkimi ile ilgili daire üyesi hâkimlerin bu kaniye nasıl ulaştıkları araştırılabilir.

İstinaf kanun yolunda silahların eşitliği ilkesinin etkisi istinaf kararları üzerinden araştırılarak bu kanun yolunun adil yargılanma hakkı bağlamında ne ölçüde etkili bir yol olduğu araştırılabilir.

Nihayet, asliye ceza ve ağır ceza mahkemeleri yargılamalarında, sulh ceza mahkemesi işlemlerinde ilkenin sanık, şüpheli ve avukat/müdafilerin algıları ve görüşlerini araştırarak ampirik çalışmalar yapılabilir.

Bütün bu bilgiler ışığında, önemle vurgulamamız gerekir ki; bu makalenin hukuk alanında yapılmış kâmil manada bir sistematik derleme çalışması olduğunu savunmak son derece iddialı olacaktır. Ancak hukuk alanında yapılmış bir derleme çalışması *denemesi* olarak ileride yapılacak çalışmalar için teşvik edici olacağını hiç şüphesiz savunabiliriz. Dolayısıyla bu makale, hukuk alanında da derleme çalışmalarının yapılıp yapılamayacağını ortaya koymayı amaçlamıştır. Makalenin, bu yönüyle, literatüre katkı sağlaması öngörülmektedir.

Zira bu çalışma, daha önce pek denenmemiş ve hukuk gibi güç bir alana yönelmiştir. Ülkemizdeki yerleşik yargı kalıpları ve adaletin yeniliklere kapalı işleyişinden kaynaklanan zorluklara rağmen hukuk doktrininde araştırma boşluklarını tespit etmek için alternatif yöntemlerin olduğunu ve bunlardan birinin de sistematik tarama yöntemi olup olamayacağını ortaya koymaya çalışmıştır. Öz olarak; gelecekte ceza yargılamasında silahların eşitliği ilkesi

konusuna katkı sağlayacak özgün araştırma çalışmalarına yol göstermek için aslında bir sistematik derleme deneme çalışması yapılmıştır.

Son olarak vurgulamak gerekir ki; bu çalışmada incelenen tez ve makaleler üzerinden varılan sonuçlar, araştırmacıların bir eksiklik veya hatasından asla kaynaklanmamaktadır. Bu makalede varılan bulguları gidererek daha adil bir hukuk sistemine kavuşmak, şüphesiz yine bu makalede incelenen eser sahiplerinin ve hukukun üstünlüğüne inanmış gayretli araştırmacıların sayesinde olacaktır.

## KAYNAKÇA

- Abanoz, Buket. “Suçun Önlenmesinde Hapis Cezası İle Seçenek Yaptırımların Etkinliğinin Karşılaştırılması: Meta-Analiz Çalışmalarının Sistematik Olarak İncelenmesi.” *Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi* 5, no. 2, (2013):1-28. <https://doi.org/10.26650/JPLC360264>.
- Alşahin, Mehmet Emin ve Ertuğrul Ünal. “Kara Avrupası Ceza Muhakemesi Hukukunda Silahların Eşitliği İlkesi Uygulanabilir mi?.” *İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 7, no.2, (2021):197-212. <https://orcid.org/0000-0003-0440-5673>.
- Anaklı, Ender. “Silahların Eşitliği İlkesi.” Yüksek Lisans tezi, Marmara Üniversitesi, 2006.
- Ceylan, Erol. “Ceza Muhakemesi Açısından Silahların Eşitliği İlkesi.” Yüksek Lisans tezi, İzmir Dokuz Eylül Üniversitesi, 2017.
- Centel, Nur ve Hamide Zafer. *Ceza Muhakemesi Hukuku*. İstanbul: Beta Yayınları, 2012.
- Çavuşoğlu, Hasan Emre. “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Anayasa Mahkemesi Bireysel Başvuru Kararları Işığında Ceza Muhakemesinde Silahların Eşitliği İlkesi.” Yüksek Lisans tezi Ankara Polis Akademisi, 2020.
- Dinç, Güney. “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’ne Göre Silahların Eşitliği.” *Türkiye Barolar Birliği Dergisi* 57, (Mart-Nisan, 2005): 283-306.
- Erdoğan, İrfan. “Sosyal Bilimlerde Pozitivist-Ampirik Akademik Araştırmaların Tasarım ve Yöntem Sorunları.” *Anatolia: Turizm Araştırmaları Dergisi*, Yıl: 12, (Güz 2001):119-34.
- Eryılmaz, Bedri. “Suçla Mücadele Politikası Açısından Yeni Ceza Muhakemesi Kanunu.” *Ceza Hukuku Dergisi* 1, no.1, (Eylül 2006): 207-29.
- Esmer, Metin. “Adil Yargılanma Hakkı Çerçevesinde Silahların Eşitliği İlkesinin Georgi Dimitrov’un Yargılanması Üzerinden Değerlendirilmesi.” *İzmir Barosu Dergisi* 79, no.1 (2014):136-47.
- Gökçe, Orhan. *İçerik Analizi: Kuramsal ve Pratik Bilgiler*. Ankara: Siyasal Kitabevi, 2006.

- Gough, David, Sandy Oliver ve James Thomas. “Introducing Systematic Reviews”, içinde *An Introduction to Systematic Reviews*, Editörler David Gough, Sandy Oliver ve James Thomas, London: Sage Publications, 2012.
- Gözler, Kemal. *İnsan Hakları Hukuku*. Bursa: Ekin Yayınları, 2017.
- Gözübüyük, A. Şeref ve Feyyaz Gölcüklü. *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması-Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İnceleme ve Yargılama Yöntemi*. Ankara: Turhan Kitabevi, 2005.
- Güngör, Burak. “Silahların Eşitliği İlkesi ve Çelişmeli Yargılama Hakkı’nın Bireysel Başvuru Usulünde İncelenmesi.” Doktora tezi, Kocaeli Üniversitesi, 2019.
- Hanley, Terry and Laura Cutts, “What Is a Systematic Review?.” *Counselling Psychological Review* 28, no.4, (December, 2013): 3-6.
- Hünkar, Gizem. “Ceza Muhakemesinde Silahların Eşitliği İlkesi.” Yüksek Lisans tezi, İzmir Yaşar Üniversitesi, 2017.
- İçten, Muhammet Polat. “Tutuklama ve Türkiye’deki Tutuklama Kararlarının Gereksizliği Sorunu.” *Dicle Üniversitesi Adalet Meslek Yüksekokulu Dicle Adalet Dergisi* 3, no.5, (Haziran, 2019):46-81.
- İnceoğlu, Sibel. *İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında Adil Yargılanma Hakkı*. 1. Baskı, İstanbul: Beta Yayınları, 2002.
- Katoğlu, Tuğrul. “Asliye Ceza Mahkemelerinin Yeni Durumu ‘Silahların Eşitliği’ Tartışmalarından ‘Silahlara Veda’ya.” *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 9, no.1 (Ocak-Şubat, 2010): 533-44.
- Kaya, Emir. *Hukuk Zihniyeti*. 3. Baskı, Ankara: Siyasal Yayınevi, 2018.
- Kocaoğlu, Serhat Sinan. “Türk Ceza Muhakemesi Sisteminde Silahların Eşitliği İlkesini Gerçekleştirebilmek İçin Bir Reform Önerisi Amerika Birleşik Devletleri Ceza Muhakemesi Sistemine Savunma ve Müdafî Perspektifinden Mukayeseli Bir Bakış.” *Ankara Barosu Dergisi*, no.4, (Temmuz, 2010): 209-47.
- Kunter, Nurullah, Feridun Yenisey, Ayşe Nuhoglu. *Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku*. 18. Baskı, İstanbul: Beta Yayınları, 2010.

- Özekes, Muhammet. *İcra Hukukunda Temel Haklar ve İlkeler*. Ankara: Seçkin, 2009.
- Reid, Karen. *A Practitioner's Guide to the European Convention on Human Rights*. London: Sweet & Maxwell, 2019.
- Sevdiren, Öznur. “Çelişmeli Yargılama ve Silahların Eşitliği İlkeleri Bağlamında Teşhis İşlemi ve Bu İşlemden Müdafinin Hazır Bulunma Yetkisi.” *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 18, no.1, (Ocak, 2019):15-55.
- Siddaway, Andy, Alex Mathew Wood, Larry V. Hedges. “How to do a systematic review: a best practice guide for conducting and reporting narrative reviews, meta-analyses, and meta-syntheses.” *Annual Review of Psychology* 70, no.1, (2019): 747-70.
- Şahin, Cumhuri. “Anayasa Mahkemesi Kararları Çerçevesinde Ceza Muhakemesinde Silahların Eşitliği ve Çelişmeli Yargılama İlkeleri.” *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 21, (2019): 3051-65. <https://orcid.org/0000-0002-0612-6486>.
- Taner, Fahri Gökçen. *Ceza Muhakemesi Hukukunda Adil Yargılanma Hakkı Bağlamında Çelişme ve Silahların Eşitliği*. Ankara: Seçkin Yayınları, 2019.
- Uğurtaş, Gülizar. “Silahların Eşitliği İlkesi Bağlamında Müdafinin İfade ve Sorguda Rolü.” Yüksek Lisans tezi, İstanbul Üniversitesi, 2019.
- Ulutaş, Tevfik Barboros. “Adil Yargılanma Hakkı ve Yargılamada Silahların Eşitliği Problemi.” Yüksek Lisans tezi, Ankara Üniversitesi, 2008.
- Ünal, Ertuğrul. “Ceza Muhakemesi Hukukunda Silahların Eşitliği İlkesi.” Doktora tezi, Marmara Üniversitesi, 2020.
- Vitkauskas, Dovydas ve Grigory Dikov. *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Kapsamında Adil Yargılanma Hakkının Korunması*. Çeviren Serkan Cengiz, Strazburg: Avrupa Konseyi, 2012.
- Yavuz, Zehra. “Silahların Eşitliği İlkesine İlişkin Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları ve İç Hukukumuzdaki Dönüştürücü Etkileri.” Yüksek Lisans tezi, İstanbul Üniversitesi, 2009.
- Yenisey, Feridun ve Ayşe Nuhoğlu. *Ceza Muhakemesi Hukuku*. 5. Bası, Ankara: Seçkin, 2017.

Yeşilova, Bilgehan. “Yargılama Diyalektiği ve Silahların Eşitliği.” *Türkiye Barolar Birliği Dergisi* 86, (2009): 47-101.

Yıldırım, Akif ve Zehra Gayretli. *Suç İsnadına İlişkin Yargılamalarda Silahların Eşitliği İlkesi (Karar Özetleri)*. Ankara: Anayasa Mahkemesi Yayını, 2022.

Yıldırım, Ali ve Hasan Şimşek. *Sosyal Bilimlerde Nitel Araştırma Yöntemleri*. 10. Baskı, Ankara: Seçkin, 2016.

### **Mahkeme Kararları**

AİHM, *Neumeister/Avusturya*, B. No: 1936/63, 27/06/1968.

AİHM, *Borgers/Belçika*, B. No: 12005/86, 30/10/1991.

AİHM, *Dombo Beheer B.V./The Netherlands*, B. No:14448/88, 27/10/1993.

AİHM, *Kremzow/Avusturya*, B. No:12350/86, 21/09/1993.

AİHM, *Van De Hurk/Hollanda*, B. no.16034/90, 19/4/1994.

AİHM, *Hentrich/Fransa*, B. no. 13616/88, 22/9/1994.

AYM, *Yankı Bağcıoğlu ve Diğerleri* [GK], B. No: 2014/253, 9/1/2015.

AYM, *Ali Pala*, B. No: 2013/3056, 14/10/2015.

AYM, *Hülya Doğan*, B. No: 2014/5613, 18/5/2016.

AYM, *Nihal Gökten*, B. No: 2014/10290, 7/6/2017.

AYM, *Sencer Başat ve diğerleri* [GK], B. No: 2013/7800, 18/6/2014.

AYM, *Hüseyin Güneş Özmen*, B. No: 2014/1514, 22/9/2016.

AYM, *Sebahat Tuncel (2)*, B. No: 2014/1440, 26/2/2015.

AYM, *Yıldıray Soysal (2)*, B. No: 2014/14341, 10/1/2018.

AYM, *Ömer Akdağ*, B. No: 2014/13265, 4/4/2018.

AYM, *Murat Tezel*, B. No: 2017/20307, 13/10/2020.

AYM, *Faik Gümüş*, B. No: 2012/603, 20/2/2014.

AYM, *Hüseyin Güneş Özmen*, B. No: 2014/1514, 22/9/2016.

AYM, *İbrahim Ünal*, B. No: 2014/2554, 17/5/2016.

- AYM, *Turgay Yiğit*, B. No: 2015/18479, 11/12/2018.  
AYM, *Gürhan Nerse*, B. No: 2013/5957, 30/12/2014;  
AYM, *Özgür Murat Engin*, B. No: 2014/7806, 21/9/2016.  
AYM, *Ali Kemal Tekin*, B. No: 2014/875, 2/2/2017.  
AYM, *Salih Öz*, B. No: 2015/13327, 17/7/2018.  
AYM, *Mehmet Özyer*, B. No: 2014/8783, 5/4/2017.  
AYM, *Cemal Ağırman*, B. No: 2014/6915, 8/3/2018.  
AYM, *Ayşe Eşlik*, B. No: 2014/15969, 21/6/2017.  
AYM, *Fethi Oğuz*, B. No: 2019/38141, 14/9/2021.  
AYM, *Kazım Albayrak*, B. No: 2014/3836, 17/9/2014.  
AYM, *Zülfikar Sarıtürk*, B. No: 2013/1516, 16/12/2015.  
AYM, *Zana Güneş*, B. No: 2016/73184, 25/9/2019.

### **Yargıtay Kararları**

- Yargıtay 3. Ceza Dairesi, E. 2021/15211, K. 2021/11109, 22.12.2021.  
Yargıtay 3. Ceza Dairesi E. 2021/1801, K.2022/1324, 15.3.2022.  
Yargıtay 3.Ceza Dairesi, E. 2021/2313–K. 2022/1206, 9.3.2022.

### **İnternet Kaynakları**

- DergiPark, Konu ve Dergi İndeksi, erişim 22 Eylül 2021, <https://dergipark.org.tr/tr/search/3?section=journal&aggs%5Bsubjects.id%5D%5B0%5D=321>
- Deutsche Welle. “HSK AYM’yi yok sayan hakimi terfi ettirdi.” Erişim 28 Eylül 2021, <https://www.dw.com/tr/hsk-aymi-yok-sayan-hakimi-terfi-ettirdi/a-59327429>.
- Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, “Madde ve Ülke Bazında İhlaller 1959-2021.” Erişim 5 Temmuz 2022. [https://www.echr.coe.int/Documents/Stats\\_violation\\_1959\\_2021\\_ENG.pdf](https://www.echr.coe.int/Documents/Stats_violation_1959_2021_ENG.pdf)



- Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, “Madde ve Ülke Bazında İhlaller 2021.” Erişim 5 Temmuz 2022, [https://www.echr.coe.int/Documents/Stats\\_violation\\_2021\\_ENG.pdf](https://www.echr.coe.int/Documents/Stats_violation_2021_ENG.pdf)
- Anayasa Mahkemesi, “Bireysel Başvuru İstatistikleri.” Erişim 5 Temmuz 2022, [https://www.anayasa.gov.tr/media/7946/bb\\_2022-1\\_tr.pdf](https://www.anayasa.gov.tr/media/7946/bb_2022-1_tr.pdf)
- İnsan Hakları Derneği, “Hapishaneler ve Mahpuslar Algı Araştırması 2021.” Erişim 5 Temmuz 2022, [https://www.ihd.org.tr/wp-content/uploads/2021/10/IHD\\_Hapishaneler\\_Raporu-1.pdf](https://www.ihd.org.tr/wp-content/uploads/2021/10/IHD_Hapishaneler_Raporu-1.pdf)
- Feridun Yenisey ve Ayşe Nuhoglu, “Türkiye’de Tutukluluk Uygulamaları ve Tutuklamada Savunmanın Rolü Araştırma Raporu” Bahçeşehir Üniversitesi, (blog) 2013, <https://bau.edu.tr/blog/tr/2266-turkiyede-tutukluluk-uygulamaları-ve-tutuklamada-savunmanın-rolü-arastirması>
- Cochrane Handbook for Systematic Reviews of Interventions, Cochrane Training, Julian Higgins and James Thomas, V: 6.3, erişim 25 Eylül 2021, <https://training.cochrane.org/handbook/current>
- Hukuk Dergileri, Jurix, erişim 22 Haziran 2022, <https://www.jurix.com.tr/journals>.
- Nursan Çınar, Sistemantik Derleme, 2019, Erişim 22 Eylül 2021, [https://sagbil.sakarya.edu.tr/sites/sagbil.sakarya.edu.tr/file/Prof.\\_Dr.\\_Nursan\\_CINAR-\\_Sistemantik\\_derleme\\_.pdf](https://sagbil.sakarya.edu.tr/sites/sagbil.sakarya.edu.tr/file/Prof._Dr._Nursan_CINAR-_Sistemantik_derleme_.pdf)
- WJP Rule of Law Index, “Global Insights 2020 Report”, Erişim 14 Ekim 2021, <https://worldjusticeproject.org/rule-of-law-index/country/Turkey>.
- YÖK Lisans Atlası, “Hukuk Programı Bulunan Tüm Üniversiteler.” Erişim 22 Haziran 2022, <https://yokatlas.yok.gov.tr/lisans-bolum.php?b=10094>.



# Hükümlü ve Tutukluların Nakil Esasları ve Güncel Sorunlar

Bahattin ARAS\*

---

**Bu makale hakem incelemesinden geçmiştir ve TÜBİTAK–ULAKBİM Veri Tabanında indekslenmektedir.**

\* Dr., Freelance Editör/Danışman, ([bahattinaras2018@gmail.com](mailto:bahattinaras2018@gmail.com)),  
**ORCID:** [0000-0002-3551-7363](https://orcid.org/0000-0002-3551-7363)

**Makale geliş tarihi:** 24 Mart 2022 **Makale kabul tarihi:** 7 Haziran 2022

**Atıf önerisi:** Aras, Bahattin. “Hükümlü ve Tutukluların Nakil Esasları ve Güncel Sorunlar.” *Ankara Barosu Dergisi* 80, no. 4 (Ekim 2022): 223-282.

**DOI:** [10.30915/abd.1186645](https://doi.org/10.30915/abd.1186645)

## HÜKÜMLÜ VE TUTUKLULARIN NAKİL ESASLARI VE GÜNCEL SORUNLAR

### ÖZ

Cezaların infazı sürecinde hükümlü ve tutuklunun disiplin, asayiş ve güvenlik, hastalık, eğitim, öğretim, suç ve yargılama yeri nedenleriyle başka bir kuruma nakledilmeleri veya geçici olarak dış kurumlara götürülüp getirilmeleri gündeme gelmektedir. Bu tip naklilerde kurumu kapasitesi ve personeli durumu gibi yasal gerekçeler önemli olduğu kadar hükümlü veya tutuklunun kişisel veya ailevi durumu, sağlık sorunları, yargılama durumu gibi hususlarında dikkate alınması gerekmektedir. Esasen hükümlü veya tutuklunun nakli gündeme geldiğinde hükümlü veya tutuklunun durum analizinin iyi yapılması ve bireyselleştirilmiş bir plan çerçevesinde bu konuda karar verilmesi gerekir. Bunun yanında nakil sırasında hükümlü ve tutuklu ile nakil personelinin can güvenliğinin sağlanması, firarın önlenmesi ve sağlıklarının korunması noktasında gerekli tedbirlerin alınması gerekmektedir. Ancak her halükârda alınacak tedbirlerin temel hakların özüne zarar veren, onların kullanılmasını imkânsız hale getiren, ayrımcı ve insan onuruna aykırı nitelikte olmaması gerekir. Nakil süreci kişiyi rahatsız etmeden tamamlanmalıdır.

### Anahtar kelimeler

infaz hukuku

cezaevi

hükümlü

tutuklu

nakil

## PRINCIPLES OF TRANSFER OF CONVICTS AND DETAINEES AND CURRENT PROBLEMS

### ABSTRACT

During the execution of sentences, the transfer of convicts and detainees to another prison due to discipline, public order and security, illness, education, training, crime, and place of trial, or temporarily taking them to foreign institutions comes to the fore. In this type of transfer, legal reasons such as the capacity of the prison and the status of the personnel are important, as well as the personal or family situation, health problems, and judicial status of the convict or detainee. In fact, when the transfer of the convict or detainee is on the agenda, the situation analysis of the convict or detainee should be done well, and a decision should be made within the framework of an individualized plan. In addition, necessary measures should be taken to ensure the safety of life of convicts, detainees, and transport personnel, to prevent their escape and to protect their health during transfer. However, in any case, the measures to be taken must not be of a nature that harms the essence of fundamental rights, renders them impossible to exercise, discriminates and is contrary to human dignity. The transfer process should be completed without disturbing the person.

### Keywords

law on criminal execution

prison

detainee

convict

transfer

## GİRİŞ

Çağdaş ceza infaz sisteminde infazın çağdaş esaslar çerçevesinde tamamlanabilmesi bakımından çerçevesi kanunlarla belirlenmiş olan tedbir ve uygulamalar önemlidir. Bu tedbir ve uygulamalara başvurulurken, bunlardan kaynaklı olarak hükümlünün infaza konu eylemi ne olursa olsun infaz kurumunda ikincil bir cezalandırmaya maruz kalmamasına; etkin, ıslah edici ve onarıcı bir infaz süreci yaşamasına katkı sağlanmasına dikkat edilmelidir. Bu ise ancak hükümlünün veya tutuklunun eşitlikçi, insan onuruna uygun, kanuni ve bireyselleştirilmiş tedbir ve uygulamalara tabi olması ile mümkündür.

Cezaevlerinin disiplin, düzen ve güvenliğinin sağlanması infazın etkinliği noktasında önemlidir. İdarenin güvenlik, disiplin ve düzen noktasında bir kısım uygulamalar geliştirmesi gerekebilir. İdarenin bu amaçla geliştireceği uygulamaların sınırı ise evrensel hukuk ilkeleri ve kanunlarla tutuklu ve hükümlülere tanınmış olan hak ve yükümlülüklerdir. Cezaevi idaresinin tutuklu ve hükümlüye tanınmış olan hakların özüne zarar verecek, infazdan beklenen amacı ortadan kaldıracak uygulamalardan uzak durması gerekmektedir.

Cezaevi idaresinin güvenliği, disiplini ve düzeni sağlamak için kaçınılmaz olarak alması gereken bir kısım istisnai önlemler gerekebilir. Bu kapsamda hükümlü ve tutuklular disiplin, asayiş ve güvenlik, hastalık, eğitim, öğretim, suç ve yargılama yeri nedenleriyle başka bir kuruma nakledilmeleri veya geçici olarak dış kurumlara götürülüp getirilmeleri gündeme gelebilir. Bu noktada bir kısım nakiller ortaya çıkan zorunlu nedenlere bağlı olarak kaçınılmazdır. Bir kısım nakil halleri ise hükümlünün refahını, huzurunu ve sağlığını esas almaktadır. 5275 sayılı Kanun'un 53 ila 58. maddeleri uyarınca hükümlü ve tutuklular kendi istekleri veya toplu sevk, disiplin, asayiş ve güvenlik, hastalık, eğitim, öğretim, suç ve yargılama yeri nedenleriyle başka bir kuruma nakledilebilirler. Burada önemli olan nakillerin insan onuruna uygun, infazın amacını gerçekleştirmeyi amaçlayan, ikincil bir cezalandırma ve örseleme içermeyen bir nitelikte olmasıdır. Mevcut çalışmada infaz hukukuna ilişkin hâkim olan temel ilkeler ışığında hükümlü ve tutukluların nakillerine ilişkin temel esaslar ve uygulamada yaşanan sorunlar ve oluşan hak ihlalleri ele alınacaktır. Bu konular ele alınırken ilgili ulusal ve uluslararası mevzuat hükümleri ile birlikte Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin, Anayasa

Mahkemesi'nin ve Yargıtay'ın konuya ilişkin uygulama ve içtihatlarına yer verilecektir.<sup>[1]</sup>

## I. HÜKÜMLÜ ve TUTUKLULARIN NAKİLLERİNE İLİŞKİN TEMEL ESASLAR

### A) GENEL OLARAK

Cezaevlerinin kapasiteleri, hükümlülerin talepleri, zorunlu nedenler, eğitim ve sağlık gibi farklı gerekçelerle bir ceza infaz kurumundan başka bir ceza infaz kurumuna nakilleri gündeme gelebilir. Nakil süreci hükümlü bakımından sıkıntılı olduğu gibi cezaevi idaresi bakımından da külfetli bir durumdur.<sup>[2]</sup> Bununla birlikte bir noktada hükümlü bakımından koşulların varlığı halinde nakil talebi bir hak iken yeri geldiğinde cezaevi idaresi bakımından da başvurulması kaçınılmaz olan bir tedbire dönüşmektedir.

Hükümlü veya tutuklunun bir infaz kurumundan diğer bir infaz kurumuna götürülmesi nakil; hükümlü veya tutuklunun duruşma, savcılık soruşturması, hastalık veya sınav gibi nedenlerle geçici olarak infaz kurumu dışına çıkarılması ve görev bitiminde infaz kurumuna teslim edilmesi ise sevk olarak tanımlanmaktadır. Görüldüğü üzere nakil sürekli bir ayrılmayı ifade ederken sevk ise kısa süreli ve geçici bir ayrılmayı ifade etmektedir<sup>[3]</sup>. Gerek nakil ve gerek sevk sırasında kurum dışına çıkıldığından dolayı alınacak tedbirler benzer niteliktedir.<sup>[4]</sup>

Hükümlülerin nakline ilişkin esaslar 5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun'un 53 ila 58. maddeleri ve Ceza İnfaz Kurumlarının Yönetimi ile Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Yönetmelik'in (İnfaz Yönetmeliği) 126 ve devamı maddeleri ile Adalet

[1] Çalışmamızda atıf yapılan AİHM kararlarının orijinal metnine "<https://www.echr.coe.int/Pages/home.aspx?p=home>"; Anayasa Mahkemesi kararlarının orijinal metnine "<https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/>" adresinden dosya bilgilerini yazmak suretiyle ulaşılabilmesi mümkün olduğundan dolayı atıf yapılan her bir karar bakımından bu sayfalara tekraren atıf yapılmamıştır.

[2] Veli Özer Özbek, *İnfaz Hukuku*, 14. Baskı, (Ankara: Seçkin, 2021), 275; Nimet Özkavalcı, *İnfaz Hâkimliği*, 3. Baskı, (Ankara: Seçkin, 2021), 429.

[3] Timur Demirbaş, *İnfaz Hukuku*, 8. Baskı, (Ankara: Seçkin, 2021), 402; Özbek, *İnfaz Hukuku*, 275.

[4] Oktay Erdoğan, *İnfaz Hukuku*, (Ankara: Adalet, 2022), 1153.

Bakanlığı Ceza ve Tevkif Evleri Genel Müdürlüğü'nün 05.06.2015 tarihli ve "Ceza İnfaz Kurumlarının Tahsisi, Nakil İşlemleri ve Diğer Hükümler" konulu 167 sayılı Genelge'sinde belirlenmiştir. Mevzuattaki düzenlemeler uyarınca hükümlüler, kendi istekleri veya toplu sevk, disiplin, asayiş ve güvenlik, hastalık, eğitim, öğretim, suç ve yargılama yeri nedenleriyle başka bir kuruma nakledilebilirler. Hükümlü nakilden önce aranır ve cezaevi tabibince, yoksa diğer bir resmî hekime muayene ettirilir; muayene sonucu yola çıkarılmayacağı anlaşılanlar, kurumun en üst amirince derhâl resmî bir sağlık kuruluşuna sevk edilir. Mazeretinin, biri hastalığın uzmanı olmak üzere en az iki uzman hekimin imzaladığı ve hastane başhekiminin onayladığı resmî rapor ile belgelenmesi hâlinde nakil, mazeret ortadan kalkıncaya kadar geri bırakılır ve durum Bakanlığa bildirilir.

Görüldüğü üzere hükümlüler, 5275 sayılı Kanun'un 53 ila 58. maddeleri çerçevesinde kendi istekleri veya toplu sevk, disiplin, asayiş ve güvenlik, hastalık, eğitim, öğretim, suç ve yargılama yeri nedenleriyle başka bir kuruma nakledilebilirler. Nakil konusunda yetki ise 1721 sayılı Hapishane ve Tevkifhanelerin İnfaz Hakkında Kanun'un 5. maddesindeki düzenleme uyarınca Adalet Bakanlığına aittir.

## B) ULUSLARARASI BELGELERDE NAKİL İÇİN BELİRLENEN İLKELER

Hükümlü ve tutukluların bir cezaevinden diğer bir cezaevine nakil süreçlerinde ortaya çıkan sorunlar ve oluşan hak ihlalleri çerçevesinde sorunların çözümü adına bir kısım uluslararası belgelerde hükümlü ve tutukluların nakline ilişkin esaslara yer verilmiştir. Bu kapsamda Avrupa Cezaevi Kuralları'nın<sup>[5]</sup> 17. maddesi uyarınca ilk yerleştirme ve sonradan yapılacak bir cezaevinden diğerine nakil konusunda, mümkün olabildiğince mahpusa danışılmalıdır. Burada hükümlü ile iletişim kurulması ve nakil talebinin bu iletişim sonucu verilmesi infazdan beklenen sonuçların elde edilmesi bakımından önemlidir. Burada hükümlü ile kurulacak bir iletişim, bireyselleştirilmiş doğru bir kararın ortaya çıkmasına kaynaklık edecektir. Aynı şekilde Belge'nin 24.8. maddesi uyarınca mahpusların başka bir kuruma nakil edildiklerini derhal ailelerine bildirmelerine izin verilmelidir. Avrupa

[5] Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi'nin Üye Devletlere Avrupa Cezaevi Kuralları Hakkında Rec (2006) 2 Sayılı Tavsiye Kararı'nın (Avrupa Cezaevi Kuralları), [https://cte.adalet.gov.tr/Resimler/Dokuman/1982019151\\_705\\_tavsiye\\_kararlari.pdf](https://cte.adalet.gov.tr/Resimler/Dokuman/1982019151_705_tavsiye_kararlari.pdf), Erişim tarihi: 21/02/2022.



Cezaevi Kurallarında özellikle nakil konusunun ele alındığı “*Mahpusların nakli*” başlıklı 32. maddede nakle ilişkin önemli kurallar belirlenmiştir. Buna göre;

- Mahpuslar bir cezaevine nakledildiğinde veya cezaevinden alındığında ya da mahkeme veya hastane gibi diğer kurumlara sevk edildiğinde, toplumun gözü önünde mümkün olduğunca az tutulmalı ve gerçek kimliklerinin açığa çıkmamasının temini için uygun güvenlik önlemleri alınmalıdır.
- Mahpuslarının nakillerinin havalandırma veya ışıklandırması yetersiz olan ya da onlara gereksiz olarak fiziksel acı verecek ya da onurlarını kırarak taşıtlarda yapılması yasaklanmalıdır.
- Mahpusların nakilleri kamu otoritelerinin kontrolü altında yapılır ve nakil giderleri bu otoritelerce karşılanır.

Nakil konusunu ele alındığı bir diğer belge ise Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesinin Üye Devletlere Ömür Boyu Hapis ve Diğer Uzun Süreli Cezalara Mahkûm Olanların Cezaevi İdaresine Yönetimi Hakkında R (200) 23 Sayılı Tavsiye Kararıdır. Tavsiye Kararı'nın “*Ömür Boyu Hapis ve Diğer Uzun Süreli Mahkûmiyetin Zarar Verici Etkileriyle Başa Çıkma*” başlıklı 22. maddesindeki düzenleme uyarınca aile bağlarının kopmaması için özel çaba gösterilmeli ve bu amaçla; mahkûmlar mümkün olduğunca ailelerine veya yakın akrabalarına en yakın cezaevlerine yerleştirilmelidirler.<sup>[6]</sup>

Görüldüğü üzere uluslararası belgelerde hükümlünün cezaevinde bulunduğu süreçte kurumsal düzen önemli olduğu kadar hükümlü veya tutuklunun kişisel ve ailevi durumun da dikkate alınması gerekmektedir. Bu nedenle nakil konusunun da bu çerçevede değerlendirilmesi gerekmektedir.

### C) NAKİL SEBEPLERİ

5275 sayılı Kanun'un 53. maddesinde genel olarak hükümlülerin kendi istekleri veya toplu sevk, disiplin, asayiş ve güvenlik, hastalık, eğitim, öğretim, suç ve yargılama yeri nedenleriyle başka bir kuruma nakledilebilecekleri

[6] “Ömür Boyu Hapis ve Diğer Uzun Süreli Cezalara Mahkûm Olanların Cezaevi İdaresine Yönetimi Hakkında R (200) 23 Sayılı Tavsiye Kararı”, [www.cte.adalet.gov.tr%2FResimler%2FDokuman%2F1982019151705tavsiye\\_kararlari.pdf&cflen=1362801&chunk=true](http://www.cte.adalet.gov.tr%2FResimler%2FDokuman%2F1982019151705tavsiye_kararlari.pdf&cflen=1362801&chunk=true), Erişim tarihi: 09/03/2022.

düzenlenmiştir. Kanun koyucu bu kapsamda Kanun'un 54 ila 57. maddeleri arasında hükümlülerin kendi istekleriyle veya disiplin, zorunlu nedenler ve hastalık nedeniyle nakillerine ilişkin esaslara yer verilmiştir. Bununla birlikte Kanun'un 53. maddesinde sayılan diğer nakil halleri olan toplu sevk, asayiş ve güvenlik, eğitim, öğretim, suç ve yargılama yeri nedenleriyle nakil talepleri ise talebin niteliğine göre zorunlu nedenler veya kendi isteğiyle nakil halleri kapsamında değerlendirilerek karar verilecektir.<sup>[7]</sup>

## 1- Kendi İstekleri ile Nakil

### a) Nakil Talep Usulü ve Koşulları

Hükümlünün kendi kişisel veya ailevi nedenlerle nakil talep etmesi genel olarak bir hak olarak değerlendirilmektedir. Bu kapsamda 5275 sayılı Kanun'un "*Kendi istekleri ile nakil*" kenar başlıklı 54. maddesindeki düzenleme uyarınca hükümlülerin kendi istekleri ile buldukları kurumdan başka kurumlara nakledilebilmeleri belirlenen koşullar çerçevesinde mümkündür. Bu koşulların bir kısmı hükümlünün şahsına ilişkin, bir kısmı ise ceza infaz kurumlarının şartlarına ilişkindir. Buna göre hükümlünün şahsına ilişkin şartların eksik olması halinde talep doğrudan reddedilecektir.<sup>[8]</sup> Kanun'daki düzenleme uyarınca başka bir kuruma naklen gitmek isteyen hükümlüler;

- a) Gitmek istedikleri kurumlardan durumlarına uygun en az üç yeri belirten bir dilekçe vermeleri,
- b) Çocuk hükümlüler ile maddi durumunun yetersiz olduğunu belgelendiren hükümlüler<sup>[9]</sup> hariç nakil giderlerini peşin olarak ödemeyi kabul etmeleri,

[7] Özbek, *İnfaz Hukuku*, 275; Demirbaş, *İnfaz Hukuku*, 402; Özkavalcı, *İnfaz Hâkimliği*, 429.

[8] Cihat Arslan, "Hükümlülerin Nakli (Transferi)," (Yüksek Lisans Tezi, Ankara: Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2010), 44; Özbek, *İnfaz Hukuku*, 276; Demirbaş, *İnfaz Hukuku*, 403; Erdoğan, *İnfaz Hukuku*, 1156.

[9] 25.06.2021 tarihinde yürürlüğe giren 7328 sayılı Kanun'un 6. maddesiyle 5275 sayılı Kanun'un 54. maddesinin birinci fıkrasına "*çocuk hükümlüler*" ibaresinden sonra gelmek üzere "*ile maddi durumunun yetersiz olduğunu belgelendiren hükümlüler*" ibaresi eklenmiştir.

- c) Ceza infaz kurumlarında bulunulması gereken sürenin üç aydan fazla olması,
- d) İyi hâl göstermeleri, disiplin cezası almamış veya kaldırılmış olması,
- e) İstekte bulunulan kurumda yer, kapsama gücü ve sınıfının uygun bulunması ve tutukevi olmaması,
- f) Mahkûmiyet sürelerine uygun hükümlülerin barındırıldığı bir kurum olması,
- g) Talep edilen kurumun daha önce disiplin nedeniyle ayrılmak zorunda kaldıkları kurum olmaması,

gerekir. Görüldüğü üzere istek üzerine nakil talebinin kabulü için hükümlünün sahsına ve talep edilen ceza infaz kurumuna ilişkin koşulların bir bütün halinde mevcut olması gerekmektedir.<sup>[10]</sup>

5275 sayılı Kanun'un 54. maddesinin birinci fıkrasının (c) bendi; “*koşullu salıverilmelerine beş aydan az süre kalmamış olması,*” şeklinde iken 7242 sayılı Kanun'un 30'uncu maddesiyle (c) bendi “*ceza infaz kurumlarında bulunulması gereken sürenin üç aydan fazla olması*” şeklinde değiştirilmiştir.

İstek üzerine naklin düzenlendiği bir diğer düzenleme ise 167 sayılı Genelge'dir. 167 sayılı Genelge'nin 15. maddesinin üçüncü fıkrası 31.07.2017 tarihinde değiştirilmiştir. Değişiklikle birlikte getirilen düzenleme uyarınca nakil talebi kabul edilen hükümlüler nakledildikleri kurumlarda, eğitim öğretim veya hastalık nedeniyle nakil hariç, bir yıl kalmak zorundadırlar. Çocuklar bakımından bu süre altı ay olarak belirlenmiştir.<sup>[11]</sup> Bakanlık tarafından kendi istekleri üzerine nakli yapılan hükümlü ve hükümözlülerin, nakledildikleri kurumlarda 1 yıl kalmaları zorunlu olduğu için 1 yıllık süre dolana kadar ağır ceza merkezi Cumhuriyet başsavcılıkları tarafından, kendi istekleri üzerine müdürlük teşkilatı bulunmayan ceza infaz kurumlarına yapılacak nakiller hariç, merkez ve bağlı ceza infaz kurumlarından birine nakilleri yapılmayacaktır.

[10] Çetin Akkaya, *Açıklamalı-İçtihatlı Cezaların Belirlenmesi Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Ve İnfaz Hukuku*, 1. Baskı, (Ankara: Kartal, 2006), 579; Özbek, *İnfaz Hukuku*, 276; Erdoğan, *İnfaz Hukuku*, 1156; Özkavalcı, *İnfaz Hâkimliği*, 431.

[11] Akkaya, *İnfaz Hukuku*, 579; Arslan, “Hükümlülerin Nakli (Transferi),” 53; Erdoğan, *İnfaz Hukuku*, 1165.

Yukarıda da belirtildiği üzere 7242 sayılı Kanun’la 5275 sayılı Kanun’un 54/1-c maddesinde yapılan değişiklikle, nakil talebi için ceza infaz kurumlarında bulunulması gereken sürenin üç aydan fazla olması şeklinde değiştirilmiştir. Önceki düzenleme koşullu salıverme tarihine beş ay süre kalmış olmasını ararken yeni düzenleme koşullu salıverme tarihini değil ceza infaz kurumlarında bulunulması gereken süreyi esas almıştır. Bunun sebeplerinden biri de koşullu salıverme öncesi denetimli serbestlik nedeniyle kişinin tahliye olma durumunun da dikkate alınacak olmasıdır. 7242 sayılı Kanun değişikliği ile birlikte Genelge’deki hüküm Kanun’dan farklı hale gelmiştir. Genelge’deki hükmün de Kanun’a göre yeniden düzenlenmesi gerekmektedir. Maddedeki düzenleme uyarınca nakil için dilekçe tarihi itibariyle koşullu salıverilmelerine beş aydan az süre kalmamış olması şartı aranmayacak, bunun yerine dilekçe tarihi itibariyle ceza infaz kurumlarında bulunulması gereken sürenin üç aydan fazla olması şartı aranacaktır.<sup>[12]</sup>

Burada süre hesaplanırken hükümlün birden fazla suçtan mahkûmiyet durumu varsa öncelikle 5275 sayılı Kanun’un 99. maddesi uyarınca yapılan içtima neticesinde bulunan süreye göre bir değerlendirme yapılacaktır. Ancak hükmen tutuklular bakımından koşullu salıverilme tarihi belli olmadığından ve bunlar hakkında bir içtima kararı alınması da mümkün olmadığından bu koşulun hükmen tutuklu olarak adlandırılan hükümlülüler bakımından aranması gerekir.<sup>[13]</sup> Zira Hükümlülüler karar tarihi itibariyle tutuklu olan veya mahkûmiyet kararıyla birlikte tutuklanmasına karar verilen kişilerdir. Görüldüğü üzere hükümlülülük kavramı tutukluluk süreci ile hükümlülülük süreci bakımından arada bir süreci ifade etmektedir. Daha doğrusu tutukluluktan hükümlüye geçiş sürecinde mahkemece karar verilen ancak karar henüz kesinleşmediği için hükümlü olamayan kişilerdir. Bu nedenle statü olarak hükümlü ve tutuklulardan farklı bir pozisyona sahiptir. Hükümlülüler, koşullu salıverme, denetimli serbestlik, açık cezaevi gibi uygulamalardan yararlanamamaktadırlar.<sup>[14]</sup>

Mevzuat hükümleri bir bütün olarak değerlendirildiğinde nakil talebinde bulunan hükümlülülerin nakil talep dilekçesi;

[12] Bahattin Aras ve Sezgin Güverçin, *İnfaz Hukuku*, (Ankara: Yetkin, 2021), 443.

[13] Arslan, “Hükümlülülerin Nakli (Transferi),” 49.

[14] Halit Dönmez, “CMK 102’deki Tutukluluk Süresiyle İlgili Değerlendirme,” *Ankara Barosu Dergisi* 68, no. 4 (Temmuz, 2010), 195.

- İstekte bulunulan kurumda yer bulunması, kapsama gücü ve sınıfının uygun olması ve sadece tutuklulara tahsis edilmiş (tutukevi) olmaması,
- Talep ettikleri ceza infaz kurumunda güvenlik riski oluşturmaması,
- Disiplin nedeniyle ayrıldıkları kurumlar hariç, talep ettikleri kurumlarda daha önce kalmış iseler, Bakanlıkça değerlendirilmek üzere bu yer idare ve gözlem kurulunun taleple ilgili görüşünün alınmış olması,

koşulları haricinde diğer koşulların varlığı noktasında ilgili Cumhuriyet başsavcılığınca değerlendirme yapılacaktır. Bu noktada hükümlünün Genelge'de yer alan;

- Gitmek istedikleri kurumlardan durumlarına uygun en az üç yeri belirten bir dilekçe vermeleri,
- Nakil giderlerini peşin olarak ödemeyi kabul etmeleri,
- Kanuna göre cezaevinde kalacakları sürenin üç aydan fazla olması
- İyi hâl göstermeleri, disiplin cezası almamış veya kaldırılmış olması,
- Mahkûmiyet sürelerine uygun hükümlülerin barındırıldığı bir kurum olması,
- Daha önce disiplin nedeniyle ayrılmak zorunda kaldığı kurum olmaması,
- Bakanlık tarafından dönem itibariyle isteğe bağlı nakil için kapatılmamış olması,

koşulları bakımından ilgili başsavcılık tarafından bir değerlendirme yapılacaktır. Burada iyi halli olmaktan kastedilen ise kanun koyucunun koşullu salıverilme ve denetimli serbestlikten faydalanmak için gerekli olan iyi hal durumudur. Aynı kriterlere göre değerlendirme yapılacaktır.<sup>[15]</sup>

Nakil talep eden bakımından bu koşulların bulunmaması halinde nakil istemlerine ait dilekçe, gereksiz yazışmaları önlemek amacıyla, Cumhuriyet başsavcılıklarınca değerlendirilerek reddedilecek ve ret kararı gerekçesi ile birlikte kendilerine tebliğ edilecektir. Belirtilen koşulları taşıması halinde

[15] Arslan, "Hükümlülerin Nakli (Transferi)," 47.

ise hükümlünün nakil talep dilekçesi ve ekleri karar verilmek üzere Adalet Bakanlığı Ceza ve Tevkifevleri Genel Müdürlüğüne gönderilecektir.

Diğer taraftan Adalet Bakanlığı Ceza ve Tevkifevleri Genel Müdürlüğü tarafından kapasite yoğunluğu ve konumu itibarıyla isteğe bağlı nakil yapılamayacak kurumların listeleri dönem dönem Cumhuriyet başsavcılıklarına bildirilmektedir. Özellikle nakil dönemlerinde bu listelerin talep halinde hükümlülerle paylaşılması, hükümlülerin isteğe bağlı nakillerde nakle kapalı kurumlardan haberdar olmaları ve onlar haricinde kendi durumlarına uygun kurumları talep etmeleri veya hiç talepte bulunmamalarının temini bakımından önemlidir. Bu paylaşımın yapılması halinde gereksiz yazışmaların da önüne geçilmiş olacaktır.<sup>[16]</sup>

Burada dikkat edilecek bir diğer husus ise talep edilen infaz kurumunun hükümlünün suç tipine uygun bir kurum olmasıdır. 5275 sayılı Kanun'un 8 ilâ 15. maddeleri arasında ceza infaz kurumlarının türleri tanımlanmış ve bu cezaevlerinin hangilerinde ne tür hükümlülerin kalacağı belirlenmiştir. Bu nedenle 5275 sayılı Kanun'un 9. maddesi uyarınca yüksek güvenlikli kapalı ceza infaz kurumunda kalması gereken hükümlünün bu nitelikte bir cezaevi tercih ve talep etmesi gerekir.<sup>[17]</sup>

Nakil talebinde dikkat edilecek bir diğer husus ise nakil talep edilen infaz kurumunun daha önce disiplin nedeniyle ayrılmak zorunda kaldığı kurum olmaması gerekir. Hükümlü Sincan Ceza İnfaz Kurumlarından disiplin cezası nedeniyle Silivri Ceza İnfaz Kurumlarına nakledilmiş ise hükümlü nakil talebinde Sincan dışında koşullarına uygun bir ceza infaz kurumunu talep etmesi gerekir.

## b) Uygulamada Yaşanan Sorunlar

Her alanda olduğu gibi cezaevlerinde isteğe bağlı nakil konusunda da ciddi sorunlar yaşanmaktadır. Avrupa Cezaevi Kuralları'nın<sup>[18]</sup> 17. maddesi uyarınca ilk yerleştirme ve sonradan yapılacak bir cezaevinden diğerine nakil konusunda, mümkün olabildiğince mahpusa danışılmalıdır. Burada hükümlü ile iletişim kurulması ve nakil talebinin bu iletişim sonucu verilmesi

[16] Aras ve Güverçin, *İnfaz Hukuku*, 444-5.

[17] Arslan, "Hükümlülerin Nakli (Transferi)," 49-50.

[18] Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi, "Avrupa Cezaevi Kuralları."

infazdan beklenen sonuçların elde edilmesi bakımından önemlidir. Burada hükümlü ile iletişim bireyselleştirilmiş doğru bir kararın ortaya çıkmasına kaynaklık edecektir.

### ***i. Kapasite Yoğunluğu Gereçesiyle Taleplerin Reddedilmesi***

İsteğe bağlı nakillerdeki temel sorun özellikle taleplerin hakkaniyete uygun bir bireyselleştirme yapılmadan reddedilmesidir. Özellikle Türkiye'deki bütün cezaevlerinin kapasitenin üzerinde yoğun olduğu ve hatta talepte bulunan kişinin kaldığı kurum da kapasitenin üzerinde olmasına rağmen taleplerin çoğunluğu “*İstekte bulunulan kurumda yer bulunmaması, kapsama gücü ve sınıfının uygun olmaması*” gibi matbu gerekçelerle reddedilmektedir.

TÜİK verilerine göre 2020 yılı itibariyle Türkiye’de 370 ceza infaz kurumunun olduğu ve 266.831 hükümlü ve tutuklunun bulunduğu istatistiklerde belirtilmiştir. Buna karşılık 2019 yılında cezaevlerindeki yatak sayısı 245.200 olarak tespit edilmiştir.<sup>[19]</sup> Diğer bir ifade ile yaklaşık 21.631 hükümlünün yatacak bir yatağı bulunmamaktadır. Esasen yoğunluğun büyük şehirlerdeki cezaevlerinde yaşandığı dikkate alındığında bu cezaevlerinde yatak sıkıntısının çok yüksek oranda olduğu açıktır.

Adalet Bakanlığı’nın açıkladığı son verilere göre ise 28.02.2022 tarihi itibariyle ceza infaz kurumlarında kalan tutuklu ve hükümlü sayısı ise 309.558 olarak tespit edilmiştir.<sup>[20]</sup> Görüldüğü üzere genel olarak Türkiye’de cezaevleri kapasitenin üzerinde bir doluluğu sahipler. Bu nedenle kapasite yoğunluğunun tek başına ret gerekçesi olarak hükümlü aleyhine kullanılması hakkaniyete ve infazın temel almaçlarına aykırı olacaktır.

### ***ii. Taleplerin Değerlendirilmesinde Aile Bütünlüğünün Sağlanmasına Dikkat Edilmemesi***

Cezanın infazı sürecinde önemli konulardan biri de nakil talebi karara bağlanırken aile bütünlüğünün olabildiğince muhafaza edilmesidir. Bu hükümlünün ıslahı ve topluma kazandırılması noktasında önemli bir

[19] Ceza İnfaz Kurumu İstatistikleri, 2020: <https://data.tuik.gov.tr/Bulten/Index?p=Ceza-Infaz-Kurumu-İstatistikleri-2020-37202>, Erişim tarihi: 10/03/2022.

[20] Ceza İnfaz Kurumunda Bulunan Tutuklu/Hükümlü Mevcutları, <https://cte.adalet.gov.tr/Home/SayfaDetay/cik-istatistikleri12012021090932>, Erişim tarihi: 10/03/2022.

etkendir. Dolayısıyla aileye yakın olma gerekçesi ile yapılan isteğe bağlı nakil taleplerinin hassasiyetle incelenmesi gerekir. Bu bağlamda Anayasa Mahkemesi'nin *Ahmet Kılıçelli Kararında*<sup>[21]</sup> vurguladığı üzere aile hayatına saygı hakkı kapsamında, tutuklu ya da hükümlünün aile hayatını sürdürmesini sağlamaya yönelik olarak devletin üstlenmesi gereken birtakım yükümlülükler ortaya çıkabilir. Söz konusu pozitif yükümlülükler, somut olayın koşullarına göre tedbirler alınmasını ya da edimde bulunulmasını gerekli kılabilir. Benzer şekilde Mahkeme *Mehmet Zahit Şahin Kararında* ise,<sup>[22]</sup> hükümlü ve tutukluların özel ve aile hayatına saygı gösterilmesi hakkının, ceza infaz kurumu idaresinin hükümlü ve tutukluların ailesi ve yakınlarıyla temasını devam ettirecek önlemleri almasını da zorunlu kıldığını belirtmiştir.

Hükümlünün ailesi ile iletişimini kolaylaştırmak için onların ikamet yerinde veya oraya yakın bir kurum talep etmesi halinde değerlendirmenin öncelikli olarak bu noktada yapılması gerekir. Zira burada hükümlünün kurum değişikliği ile elde edeceği refahtan ziyade hükümlü ile aile ve çocuklarının bu nakil nedeniyle kavuşacakları kolaylık ve bunun hükümlünün ıslahına yapacağı katkı önemlidir. Kars'ta ikamet eden bir ailenin İstanbul'da hükümlü olan yakınlarını ziyaretlerinin yol giderleri ve mesafe itibarıyla zahmetli ve masraflı olacağı kaçınılmazdır. Bu şekilde uzun mesafelerde aile bireylerinin açık veya kapalı görüşlere katılma oranı çok düşüktür. Bu nedenle aile bütünlüğünün ve iletişimin sağlanması ve ziyaretçi kabul hakkının etkin kullanılabilmesi bakımından hükümlünün ailesine yakın bir yerde tutulması gerekir.<sup>[23]</sup> Dolayısıyla bu tip nakil taleplerinin özellikle "*İstekte bulunulan kurumda yer bulunmaması, kapsama gücü ve sınıfının uygun olmaması*" gibi matbu gerekçelerle reddedilmemesi gerekir.<sup>[24]</sup> Zira ziyaretçinin ailesi ve yakınından birinin hükümlüyü ziyaret etmesini zorlaştıracak nitelikte hükümlünün uzak mesafedeki bir yerdeki cezaevinde kalmasının

[21] AYM Ahmet Kılıçelli Kararı, Başvuru No: 2017/31069, K.T: 30/9/2020, Prg.47-48.

[22] AYM Mehmet Zahit Şahin Kararı, Başvuru No: 2013/4708, K.T: 20/4/2016, Prg.36.

[23] Bilal Osmanoğlu ve Oğuzhan Emre Parlak, "Mahpusların Aileleri ve Yakınlarıyla Görüşme Hakkı," *YÜHFD* 18, no. 1, (Ocak 2021) 273-274.

[24] Aras ve Güverçin, *İnfaz Hukuku*, 446.



oluşturacağı maddi külfet ve sıkıntı esasen bu hakkın fiilen sınırlandırılması sonucunu doğurmaktadır.<sup>[25]</sup>

## ii. Nakil Masraflarının Hükümlüden Alınması

Nakil işlemleri nitelikleri itibariyle masraf gerektiren işlemlerdendir. İsteğe bağlı nakillerle ilgili sorunlardan biri de Kanun'daki emredici hüküm gereğince nakil talebinin kabulü halinde masrafların hükümlüce karşılanmasıdır. Ancak bu masraflar talebin kabulü halinde yatırılacaktır. Hükümlünün nakledileceği cezaevinin belli olmasından sonra kendisine makul bir süre verilmelidir.<sup>[26]</sup>

Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi'nin Üye Devletlere Avrupa Cezaevi Kuralları Hakkında Rec (2006) 2 Sayılı Tavsiye Kararı'nın (Avrupa Cezaevi Kuralları) "*Mağpusların nakli*" başlıklı 32. maddesi uyarınca mağpusların nakil masraflarının nakli yapan kamu otoritelerince karşılanması gerekir.<sup>[27]</sup> Öğretide 5275 sayılı Kanun'un 58/4. maddesinde yer alan "*Görevli nezaretinde yapılan nakiller sırasında hükümlünün iâşe ve bedensel ihtiyaçları giderilir.*" şeklindeki düzenlemede naklin çeşitleri arasında bir ayırım yapılmadığından naklin hükümlünün kendi isteğiyle gerçekleşmiş olsa dahi nakil masraflarının devlet tarafından giderilmesi gerektiği öğretide dile getirilmektedir.<sup>[28]</sup> Ancak Kanun'un 54. maddesinde isteğe bağlı nakillere ilişkin olarak "*Nakil giderlerini peşin olarak ödemeyi kabul etmeleri*" kanuni koşul olarak öngörüldüğünden burada 5275 sayılı Kanun'un 58/4. maddesi hükmünün bu şekilde yorumlanması mümkün değildir.

Kural olarak 5275 sayılı Kanun'un 54. maddesi uyarınca isteğe bağlı nakillerde nakil masraflarının hükümlü tarafından karşılanması gerekmektedir. 7328 sayılı Kanun öncesi özellikle düşük gelirli veya geliri olmayan hükümlüler bakımından bu ciddi bir sorun teşkil etmekteydi. Ancak isteğe bağlı nakillerde yaşanan ve nakil masraflarını karşılayacak bir geliri olmadığı için

[25] Melike Orçin, "Avrupa İnsan Hakları Hukuku'nda Tutuklu ve Hükümlülerin Dış Dünya ile İletişim Kurma Hakkı," Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2020), 119; Aras ve Güverçin, *İnfaz Hukuku*, 446.

[26] Arslan, "Hükümlülerin Nakli (Transferi)," 46.

[27] Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi, "Avrupa Cezaevi Kuralları."

[28] Özbek, *İnfaz Hukuku*, 278.

nakil talep edemeyen hükümlüler yönünden masrafların Devlet tarafından karşılanması yönünde 7328 sayılı Kanun’la lehe bir düzenleme yapılmıştır. 7328 sayılı Kanun’un 6. maddesiyle 5275 sayılı Kanun’un 54. maddesinin birinci fıkrasına yapılan eklemeye birlikte “*çocuk hükümlülerin*” yanı sıra düşük gelirlili veya geliri olmayan hükümlüler de nakil masraflarından muaf tutulmuşlardır. Düzenleme uyarınca çocuk hükümlüler ve maddi durumunun yetersiz olduğunu belgelendiren yetişkin hükümlüler nakil masrafı ödemediği isteğe bağlı nakil talebinde bulunabileceklerdir. Bu kişilerin nakil masrafları Devlet’çe karşılanacaktır. Bu şekilde isteğe bağlı nakillerde masrafın ödenmemesi nedeniyle nakil talebinde bulunamama sorununa çözüm getirilmiştir.

İsteğe bağlı nakil talebi ilgili Cumhuriyet başsavcılığı veya Bakanlık tarafından reddedilen hükümlü bu karara karşı genel hüküm niteliğinde olan 4675 sayılı Kanun’un 4 ve 5. maddeleri gereğince infaz hâkimliğine şikâyet yoluna başvurulabilir.<sup>[29]</sup>

## 2- Disiplin Nedeniyle Nakil

5275 sayılı Kanun’un 55. maddesinde hükümlülerin disiplin nedeniyle nakilleri düzenlenmiştir. Buna göre hükümlü, hücreye koyma cezasını gerektiren eylemlerde bulunması hâlinde kurum yönetimince hakkında disiplin işlemi yapılır ve kurum en üst amirinin istemi üzerine Bakanlıkça başka kurumlara nakledilebilir. Burada disiplin cezası olarak hücreye koyma cezası uygulanmakta ve verilen hücreye koyma disiplin cezası ise yeni kurumlarda çektirilir. Bu hükümlüler nakledildikleri kurumlarda altı ay kalmak zorundadırlar. Ancak mahkeme kararı, kurum güvenliği, can güvenliği veya hastalık sebepleriyle nakil hallerinde ise bu süre koşulu aranmaz. Görüldüğü üzere hükümlünün disiplin nedeniyle nakil edilmesi için hücreye koyma cezasını gerektiren eylemlerde bulunması ve kurum en üst amirinin nakil konusunda istemde bulunması varlığı halinde Bakanlık nakil kararı verebilir.<sup>[30]</sup>

[29] Metin Özmen, “Türkiye’de Cezaevlerinin İdari Açısından Denetimi,” (Yüksek Lisans Tezi, Ankara: Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2007), 81; 1. CD., E. 2002/3120, K. 2002/2946, K.T., 5.7.2002.

[30] Özbek, *İnfaz Hukuku*, 277; Demirbaş, *İnfaz Hukuku*, 404; Aras ve Güverçin, *İnfaz Hukuku*, 447; Arslan, “Hükümlülerin Nakli (Transferi),” 59; Erdoğan, *İnfaz Hukuku*, 1159; Özkavalcı, *İnfaz Hâkimliği*, 433.

5275 sayılı Kanun'un 44. maddesinde düzenlenmiş olan hücreye koyma cezası, hükümlünün eylemlerinin nitelik ve ağırlığına göre bir günden yirmi güne kadar, açık havaya çıkma hakkı saklı kalmak üzere, geceli ve gündüzlü bir hücrede tek başına tutulması ve her türlü temastan yoksun bırakılmasıdır. Hücreye koyma cezası verildikten sonra bu karara karşı hükümlünün önce infaz hâkimine şikâyet daha sonra da infaz hâkiminin kararına karşı ağır ceza mahkemesi nezdinde itiraz hakkı bulunmaktadır. Dolayısıyla bu süreçler tamamlanıp bu kararın kesinleşmesinden sonra 5275 sayılı Kanun'un 48. maddesi gereğince hücreye koyma cezasının infazına, infaz hâkiminin onayı ile başlanacaktır. Görüldüğü üzere diğer disiplin cezalarından farklı olarak kesinleşen hücreye koyma cezasının infazına doğrudan başlanılamamaktadır.<sup>[31]</sup> İnfaz için infaz hâkiminden onay kararı alınmalıdır.

Hücre cezası kesinleşmeden ve infaz hâkiminin onayı olmadan infaz edilemediği gibi bu cezaya bağlı olarak disiplin nedeniyle nakil işlemleri bakımından da hücreye koyma disiplin cezası kesinleşmeden nakil kararı verilmemesi gerekir. Her ne kadar Genelge'nin 16. maddesindeki düzenlemeden kararın kesinleşmeden nakil yapılabileceği ve kararın infaz hâkimliği veya ağır ceza mahkemesi tarafından iptali halinde ilgilinin talep etmesi halinde Adalet Bakanlığı'nca karar verileceği belirtilmiş ise de bu düzenleme Kanun'un genel amacına aykırıdır. Disiplin cezasına bağlı bir tedbirin bu şekilde disiplin cezası kesinleşmeden uygulanması hukuka aykırı bir uygulamadır. Dolayısıyla eylemin işlenmiş olması ve disiplin cezası verilmiş olması nakil talebi için yeterli olmayıp kurum tarafından verilen hücreye koyma

[31] "...Hücreye koyma disiplin cezasının infazına, infaz hakiminin onayı ile başlanacağını öngören 5275 Sayılı Kanununun 48.maddesinin 3.fıkra a bendi ile yukarıda açıklanan kesinleşme sürecinden sonra kesinleşen disiplin cezalarının bir kez de infaz hakiminin onayından geçmesi amaçlanmış, bu onay ile cezaların infazına derhal başlanacağı düzenlenmiştir.

Kütahya E Tipi Kapalı ve Açık Ceza İnfaz Kurumu Disiplin Kurulunun 02.02.2007 gün, 2007/14 sayılı kararından sonra yasal on beş ve otuz günlük süreler dolmadan, henüz kesinleşmeyen disiplin cezaları Kütahya İnfaz Hakimliğince onaylanmış olmakla ve itiraz merciince itirazların bu yönden kabulüne karar verilmesi gerekirken, yazılı şekilde reddine karar verilmesi nedeniyle kanun yararına bozma istemi yerinde görüldüğünden, ... sayılı kararların, 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun 309.maddesinin 3.fıkrası uyarınca BOZULMASINA...2.CD., 2011/24626 E., 2011/38231 K., 02.11.2011 T.", <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/>, Erişim tarihi: 02/06/2022.

disiplin cezasının kesinleşmiş olması gerekir. Bu sonradan iptal edilen disiplin cezaları nedeniyle yapılan haksız nakillerin de önüne geçecektir.

### 3- Zorunlu Nedenlerle Nakil

#### a) Nakil Koşulları

Hükümlünün isteği dışında nakledilebileceği bir diğer hal ise, zorunlu nedenlerle nakildir. Kurumların elverişsiz ve yetersiz kalması, kapsama gücünün aşılması, kullanılamaz hâle gelmesi, asayiş, güvenlik, doğal afet, yangın ve büyük onarım gibi zorunlu nedenler ortaya çıktığında hükümlüler başka kurumlara nakledilirler. Kanun'un 56. maddesindeki düzenleme uyarınca ortaya zorunlu nedenlerle başka kurumlara nakledilmeleri gerekli görülen hükümlüler, yargı çevresi dışında Adalet Bakanlığı'nca belirlenen ve konumlarına uygun olan diğer kurumlara nakledilebilirler.<sup>[32]</sup>

Zorunlu nedenler kavramından anlaşılması gereken aslında infaz faaliyetinin sorunsuz ve düzenli bir şekilde yapılmasına engel olan hallerdir. Kanuni düzenlemede zorunlu nedenler tadadi olarak belirtilmiş olup bu nedenler dışında nakli gerektiren başkaca zorunlu haller ortaya çıkması halinde hükümlünün nakline karar verilebilir.<sup>[33]</sup> Burada önemli olan, ortaya çıkan zorunlu nedenlerin objektif olarak yorumlanması ve söz konusu ortaya çıkan zorunlu hâllerin kötüye kullanılarak keyfi nakle gerekçe yapılmamasıdır.<sup>[34]</sup>

Kanunda geçen “*kapsama gücü*”, infaz kurumunun barındırılabilceği hükümlü ve tutuklu kapasitesini ifade etmektedir. Düzenlemede yer alan “*elverişsizlik*” ve “*yetersizlik*” kavramları ise birbirini tamamlayan ancak farklı kavramlardır. Buna göre elverişsizlik hükümlünün cezasının infaz edilmekte olduğu ceza infaz kurumunun o cezanın infazı için uygun bir infaz kurumu olmamasını ifade ederken, yetersizlik hükümlünün bulunduğu ceza infaz kurumunun infaz edilmekte olan cezanın infazı için yeterli donanıma sahip olmamasını ifade etmektedir. Hükümlünün bulunduğu ceza infaz kurumunun depreme dayanıklı olmaması nedeniyle tamirata alınması nedeniyle

[32] Osmanoğlu ve Parlak, “Mahpusların Aileleri”, 277.

[33] Akkaya, *İnfaz Hukuku*, 580; Arslan, “Hükümlülerin Nakli (Transferi),” 61; Demirbaş, *İnfaz Hukuku*, 404; Erdoğan, *İnfaz Hukuku*, 1160; Özkavalcı, *İnfaz Hâkimliği*, 433.

[34] Özbek, *İnfaz Hukuku*, 277.

hükümlünün nakli kurumun yetersizliğinden; hükümlünün kesinleşen cezasının yüksek güvenilirli bir kapalı ceza infaz kurumunda infazının zorunlu olması ve bulunulan kurumun da yüksel güvenilirli kapalı ceza infaz kurumu olmaması nedeniyle hükümlünün yüksek güvenilirli kapalı ceza infaz kurumuna nakli ise kurumun elverişsizliğinden kaynaklanmaktadır. Buna karşılık infaz kurumunun kullanılamaz hale gelmesi ise yetersizlik kavramının daha ötesine geçen ve tamiratla giderilemeyecek iskân sorunları nedeniyle kurumun kapatılmasını ifade etmektedir.<sup>[35]</sup>

Zorunlu nedenlerle nakilde 167 sayılı Genelge'de belirlenen esaslar çerçevesinde öncelik verilecekler ve zorunlu nakil sürecine tabi tutulmayacaklar belirlenmiştir. Genelge'nin 17. maddesi uyarınca zorunlu nedenlerle nakillerde kurum tarafından hazırlanacak listelerde;

- Açık ceza infaz kurumundan firar edenlere,
- Bulunduğu yer nüfusuna kayıtlı olmayanlara,
- Eşi, alt soyu, üst soyu ve kardeşleri buldukları yerde ikamet etmeyenlere

öncelik verilmesi gerekir. Ayrıca çok zorunlu olmadıkça kendi istekleri ile naklen gelmiş olanlar bu listelere dâhil edilemeyecektir. Bu kapsamda;

- 75 yaşın üzerinde olanların,
- Kurumda, eşi, alt soyu, üst soyu ve kardeşleri bulunanların,
- Sağlık, disiplin ve güvenlik nedeniyle bulunulan kuruma nakle-dilenlerin ve
- Tedavisi halen devam edenlerin

kapasite ve kapsama gücü aşımı nedeniyle nakilleri talep edilemeyecektir. 167 sayılı Genelge'nin 17. maddesinin ikinci fıkrasında 31.07.2017 tarihinde yapılan değişiklik kapsamında, Bakanlık tarafından kendi isteği üzerine veya zorunlu nedenlerle, disiplin, asayiş ve güvenlik, eğitim, öğretim nedeniyle nakil emri verilenlerin, zorunlu olmadıkça kapsama gücü aşımı nedeniyle nakilleri yapılmayacaktır. 167 sayılı Genelge'nin 17. maddesinin üçüncü fıkrasında 31.07.2017 tarihinde yapılan değişiklik kapsamında nakli talep edilmeden önce kişilerin kurumda eşi, çocuğu, kardeşi, anne ve babası

[35] Arslan, "Hükümlülerin Nakli (Transferi)," 62-65.

olup olmadığı tespit edilecek, nakil talep evrakında ceza infaz kurumunda yakınları bulunup bulunmadığı hususu mutlaka belirtilecektir.

### **b) Bireysel Nakiller Bakımından Uygulanamaması**

Zorunlu nedenlerle yapılacak nakiller, istisnai durumlar haricinde bireysel nakiller olmaktan ziyade toplu veya belirli sayıda nakilleri esas almaktadır. Bu nedenle özellikle Türkiye'deki bütün cezaevlerinin kapasitenin üzerinde yoğun olduğu açık olmasına karşın sadece bir hükümlünün bu maddeye istinaden başka cezaevine nakli mümkün değildir. Bu madde uyarınca yapılacak nakillerde kararın gerekçesinin yargısal denetime imkân verecek biçimde açık olması gerekir. Aksi takdirde kanun koyucunun amacı bu olmamasına rağmen bu maddeye istinaden hükümlülerin zaman sınırlamasına tabi olmaksızın yılda birkaç defa nakil işlemine konu olmaları kaçınılmaz hale gelecektir.<sup>[36]</sup>

Zorunlu nedenlerle nakil gerekçelerinden biri de can güvenliğidir. Can güvenliği gerekçesi zorunlu durumlarda bu maddeye istinaden bireysel nakle imkân vermektedir. Genelge'nin 17. maddesinin beşinci fıkrası gereğince hükümlü veya tutuklunun can güvenliği nedeniyle yaptığı nakil taleplerinde kurum tarafından gerekli inceleme ve araştırmalar yapılarak can güvenliği iddiasının doğruluğu, kurum içinde alınabilecek önlemlerle giderilme durumu ve naklin zorunlu olup olmadığı birlikte değerlendirilerek talep idare ve gözlem kurulunca karara bağlanacaktır. Naklin zorunlu olmadığı kararı verilmesi halinde ilgili Cumhuriyet başsavcılığınca ilgilinin can güvenliği nedeniyle nakil talebi reddedilecek ve karar ilgisine tebliğ edilecektir. Bu karara karşı infaz hâkimliği nezdinde itiraz edilebilir. Naklin zorunlu olduğuna karar verilmesi halinde ise ilgili Cumhuriyet başsavcılığınca ilgilinin can güvenliği nedeniyle nakil talebi, idare gözlem kurulu kararı ve diğer evrakları nihai karar için Adalet Bakanlığı'na gönderilecektir.

### **4- Hastalık Nedeniyle Nakil**

Hükümlü ve tutukluların cezaevinde ve tahliye sonrası hayatlarında sağlıklı bir yaşama sahip olabilmeleri bakımından cezaevlerinde etkin bir sağlık hizmeti almaları önemlidir. 5275 sayılı Kanun'da tutuklu ve hükümlülerin hastalık halinde muayene ve tedavilerinin nasıl yapılacağı hususu ayrıntılı bir

[36] Aras ve Güverçin, *İnfaz Hukuku*, 448.

şekilde düzenlenmiştir. Kanun'un 71 ve 78. maddeleri uyarınca hükümlü, beden ve ruh sağlığının korunması, hastalıklarının tanısı için muayene ve tedavi olanaklarından, tıbbî araçlardan yararlanma hakkına sahiptir. Avrupa Cezaevi Kuralları'nda da hükümlülerin sağlık hizmeti alma hakkına ilişkin önemli kurallar belirlenmiştir. Avrupa Cezaevi Kuralları'na göre öncelikle cezaevi yetkilileri tüm mahpusların sağlığını korumalı ve mahpusların, hukuki durumları nedeniyle ayrımcılığa tabi tutulmaksızın ülkede mevcut olan sağlık hizmetlerine erişmeleri sağlanmalıdır.<sup>[37]</sup>

Hükümlü veya tutukluların acil veya olağan muayene ve tedavisi ilk önce ceza infaz kurumunun revirinde kurum hekimi tarafından yapılır. Muayene ve tedavinin kurumda mümkün olmaması hâlinde hükümlü ve tutuklular devlet veya üniversite hastanelerinin mahkûm koşullarında tedavi ettirilir. Kurumun bulunduğu ceza infaz kurumları kampüsündeki sağlık üniteleri ve hastanenin veyahut kurumun bulunduğu yerde yer alan resmi sağlık kuruluşlarında tedavinin mümkün olmaması halinde ise hükümlünün tedavi amaçlı olarak başka yer hastanelerine veya başka cezaevine nakli gündeme gelmektedir. Hastalık nedeniyle nakil esasları 5275 sayılı Kanun'un 57. maddesinde düzenlenmiştir. Maddenin beşinci fıkrasındaki düzenleme uyarınca hükümlünün, sağlık nedenleriyle bulunduğu kurumda kalmasının uygun olmadığı, kurum hekiminin önerisi ve en üst amirinin isteği üzerine alınacak sağlık kurulu raporuyla belirlendiği takdirde, hükümlü başka kurumlara nakledilebilir.<sup>[38]</sup>

### a) Nakil Talep Usulü

İnfaz sürecinin en önemli esaslarından biri de kişi onurunun, sağlığının ve yaşam hakkının korunarak cezanın infaz edilmesidir. Bu kapsamda hükümlünün ciddi bir sağlık sorunu gündeme geldiğinde tedavi edilebileceği kurumun bulunduğu yerdeki cezaevine nakledilmesi gerekebilir. Hastalık nedeniyle nakil esasları 5275 sayılı Kanun'un 57. maddesinde düzenlenmiştir. Maddenin beşinci fıkrasındaki düzenleme uyarınca hükümlünün, sağlık nedenleriyle bulunduğu kurumda kalmasının uygun olmadığı, kurum hekiminin önerisi ve en üst amirinin isteği üzerine alınacak sağlık kurulu

[37] Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi, "Avrupa Cezaevi Kuralları."

[38] Özbek, *İnfaz Hukuku*, 277; Demirbaş, *İnfaz Hukuku*, 404; Erdoğan, *İnfaz Hukuku*, 1161; Özkavalcı, *İnfaz Hâkimliği*, 434.

raporuyla belirlendiği takdirde, hükümlü başka kurumlara nakledilebilir.<sup>[39]</sup> Maddede hasta hükümlülerin hastane sevklerine ilişkin esaslara da yer verilmiştir. Buna göre hastaneye sevki zorunlu görülen hükümlü, bulunduğu yere en yakın tam teşekküllü Devlet veya üniversite hastanesinin hükümlü koğuşuna yatırılır. Bu hastanelere gönderilen hükümlülerin başka yerlerdeki hastanelere sevki, sağlık kurulu raporuyla, acil ve yaşamsal tehlikesi bulunması hâlinde, varsa biri hastalığın uzmanı olmak üzere iki uzman hekim tarafından verilip, başhekim tarafından onaylanan ve hastalığın sebebi, tedavinin hangi sebeple bulunduğu hastanede gerçekleştirilemediği, hastaya nerede ve ne tür bir tedavi gerektiğini açıkça belirten bir raporla mümkündür. Bu durumda da en yakın ve hükümlü koğuşu bulunan Devlet veya üniversite hastaneleri tercih edilir. Hükümlünün bu hastanelerde kontrol ve tedavisinin devam edip etmeyeceğinin sağlık kurulu raporuyla belgelendirilmesi gerekir; aksi hâlde hükümlü ait olduğu kuruma iade edilir.<sup>[40]</sup> Ayrıca acil hâller dışında özel sağlık kuruluşlarında tedavi edilemez. Özel sağlık kuruluşlarına getirilen bu kısıtlamanın temelinde hastalık nedeniyle nakil hakkının kötüye kullanılmasının önüne geçmektir.<sup>[41]</sup>

Adalet Bakanlığı Ceza ve Tevkifevleri Genel Müdürlüğü'nün 05.06.2015 tarihli 167 sayılı Genelgesi'nin 24. maddesinde 18.06.2012 tarihli ve 151 sayılı Genelge'nin "*Hastalık nedeniyle nakil*" başlıklı 9. madde hükümlerinin yürürlükte olduğu belirtildiğinden hastalık nedeniyle nakil işlemlerinde 151 nolu Genelge'nin 9. maddesindeki hükümler dikkate alınacaktır.

Genelge'nin 9. maddesine göre hükümlü veya tutuklunun sağlık nedeniyle başka kuruma naklinin kurum idaresince talep edilmesi veya hükümlü ve tutuklunun kendi talebi hâlinde, sağlık nedenleriyle bulunduğu kurumda kalmasının uygun olmadığı, kurum hekiminin önerisi ve en üst amirinin isteği üzerine alınacak sağlık kurulu raporuyla belirlendiği takdirde, hükümlünün veya tutuklunun başka kurumlara nakilleri yapılabilecektir. Hükümlü veya tutuklunun sağlık sorunlarından dolayı, tedavi edilmek üzere acil olarak, aynı yerdeki bir sağlık kuruluna nakli gerektiğinde, ceza infaz kurumu tabibinin

[39] Özbek, *İnfaz Hukuku*, 277.

[40] Arslan, "Hükümlülerin Nakli (Transferi)," 70; Özbek, *İnfaz Hukuku*, 277; Demirbaş, *İnfaz Hukuku*, 404; Erdoğan, *İnfaz Hukuku*, 1161.

[41] Demirbaş, *İnfaz Hukuku*, 404; Arslan, "Hükümlülerin Nakli (Transferi)," 70; Özbek, *İnfaz Hukuku*, 277; Özkavalcı, *İnfaz Hâkimliği*, 434.



kurumda olması durumunda tabip raporuyla, bulunmaması durumunda o an kurumda bulunan en üst yetkilinin yazılı izniyle derhâl nakledilmesi sağlanacaktır. Genelge'ye göre hükümlü ve tutukluların hastaneye şevkleri sırasında azami çabukluğun sağlanması için gerekli önlemler alınacaktır.

Görüldüğü üzere hastalık nedeniyle nakilde kural olarak hükümlü bir başka cezaevinden ziyade hastaneye nakledilmektedir. Ancak hükümlünün hastaneye naklinden ziyade hastanenin bulunduğu yerdeki infaz kurumuna nakli yapılmak suretiyle tedavisi mümkün ise sağlık nedeniyle hastaneye değil doğrudan hastanenin bulunduğu yer ceza infaz kurumuna nakil yapılır. Mesela hükümlünün astım hastası olması nedeniyle bulunduğu kurum sağlığı bakımından uygun değilse hastalığına uygun bir yere nakline karar verilebilir.<sup>[42]</sup>

Diğer taraftan Avrupa Cezaevi Kuralları'nın<sup>[43]</sup> “Sağlık Bakımının Temini” başlıklı 46. maddesi uyarınca uzman doktor tedavisine gerek duyan hasta mahpuslar, bu hastalığının tedavisinin cezaevinde yapılmasının mümkün olmaması halinde uzman kurumlara veya sivil hastanelere nakledilmelidir. Cezaevi servisinin kendisine ait hastane tesislerinin olması halinde bu hastane ilgili mahpusların uygun bakım ve tedavilerini sağlamak için yeterli personele sahip olmalı ve yeterince donatılmış olmalıdır.

### **b) Hastalık Nedeniyle Nakillerde İvedi Hareket Edilmesi**

Hastalık nedeniyle hastane sevki ve başka kuruma nakilde önemli olan husus bu tip taleplerin ivedi olarak incelenip karara bağlanmasıdır. Hükümlü veya tutuklunun yaşam hakkının korunması ve etkin bir sağlık hizmeti alabilmesi bakımından kurumun ivedi karar vermesi önem arz etmektedir. Bu alandaki gecikmeler hastalık nedeniyle cezaevlerindeki ölümleri arttırmaktadır. Dolayısıyla hastalık nedeniyle nakil taleplerinin idarece ivedi karara bağlanması aynı zamanda idare bakımından bir görevdir.

Diğer taraftan hastalık nedeniyle nakillerde gidilen kurumun hükümlünün sağlık durumuna vakıf olup gerekli işlemleri ivedi yapabilmesi bakımından hükümlünün hastalığına ilişkin bilgilerin, hastanın gelişim kaydının ve geçirdiği özel muayenelerin de bulunduğu ve UYAP üzerinde de kayıtlı

[42] Arslan, “Hükümlülerin Nakli (Transferi),” 69.

[43] Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi, “Avrupa Cezaevi Kuralları.”

tıbbi bir dosyası hazırlanmalı ve gidilen her yerde kurum doktorlarınınca takibi mümkün olmalıdır.

Hastalık nedeniyle nakil taleplerinin durumun gereklerine uygun ve hızlı bir şekilde karara bağlanmaması hak ihlallerine sebebiyet vermektedir. Bundan dolayı AİHM ve Anayasa Mahkemesi nezdinde hak ihlaline karar verilen birçok vaka vardır. Bu bağlamda Anayasa Mahkemesi *Mete Dursun Kararında*<sup>[44]</sup> 2012 yılından bu yana Aydın'daki ailesinden uzak kalması pahasına sağlığının korunması gerekçesiyle R (rehabilitasyon) tipi kapalı ceza infaz kurumlarından birine nakledilmeyi talep eden başvurucunun talebini değerlendirirken, hasta hükümlülerin nakil taleplerinde ve kalmaları gereken cezaevlerinde Devletin yükümlülüklerini ortaya koyan önemli tespit ve değerlendirmelerde bulunmaktadır. Mahkemeye göre başvurucunun ilk kez Aydın E Tipi Kapalı Ceza İnfaz Kurumlarından İzmir'e sevk edilmesiyle başlayan ve hâlen devam eden hastalığına uygun bir ceza infaz kurumu arayışından, Devletin hasta bir mahkûmun nasıl bir yere gönderileceğini incelememesinden, tüm ihtiyaçlarına cevap verebilecek kolaylıkların sağlanması konusunda önlem almamasından ve sağlık durumu açısından gerekli önlemleri almada yetersiz kalmasından kaynaklanmaktadır. Tüm bu tespitler ışığında mahkemeye göre, somut olayda Anayasa'nın 17. maddesi kapsamında işkence ve kötü muamele yasağı için gerekli olan asgari eşliğin aşıldığı açıktır. Başvurucuyu küçük düşürmek veya aşağılamak için kasıtlı bir niyet olup olmadığına bakılmaksızın, ki CPT'nin de belirttiği gibi kötü muamelelerin çoğunun kasti olmayıp organizasyon eksikliklerinden veya kaynak yetersizliklerinden kaynaklandığı dikkate alındığında, başvurucunun ileri düzeyde bir astım hastası için gerekli koşulları sağlayan en uygun ceza infaz kurumuna gönderilmemesi ve böylelikle tedavisiyle infazının birlikte yürütülmesinin sağlanamaması neticesinde insan onurunu zedeleyecek düzeyde acı çekmesine yol açıldığından başvurucunun maruz kaldığı şartlar insan haysiyetiyle bağdaşmayan muamele olarak değerlendirmiştir.

AİHM *Raffray Taddei/Fransa Kararında*<sup>[45]</sup> ise, Anoreksi ve Munchausen sendromu olarak da adlandırılan hastalık taklidi yapma ihtiyacı olarak nitelendirilen bir akıl hastalığı dâhil birtakım tıbbi sorunları bulunan başvurucu, devam eden tutukluluğu ve sağlık sorunlarına yönelik olarak

[44] AYM Mete Dursun Kararı, Başvuru No: 2012/1195, K.T:18/11/2015, Prg.98-99.

[45] AİHM Raffray Taddei/Fransa Kararı, Başvuru No: 36435/07, K.T: 21.12.2010.

kendisine uygun tedavinin sağlanmaması nedeniyle şikâyetle bulunmuştur. Mahkeme, başvuranın sağlık durumu nedeniyle, uygun bir tesiste kendisine özel bakım sağlanmasına yönelik gerekliliğin yetkililerce yeterince dikkate alınmamasının ve hassas olmasına rağmen nakil işlemlerinin gerçekleştirilmesi ile birlikte erteleme talebinin ardından uzun bir belirsizliğin yaşanmasının, başvurucuyu, tutukluluğun tabiatında kaçınılmaz olarak bulunan sıkıntı seviyesini aşan zorluğa maruz bırakabileceğini belirtmiştir. Mahkeme bu nedenle Sözleşme'nin 3. maddesi kapsamında insanlık dışı ya da aşağılayıcı muamele yasağının ihlal edildiğine karar vermiştir.

### 5- Eğitim Nedeniyle Nakil

Eğitim hakkı her vatandaşın olduğu kadar cezaevindeki imkânlar ölçüsünde hükümlü ve tutuklularında en temel haklarından biridir. 5275 sayılı Kanun'un "Eğitim" başlıklı üçüncü bölümünde hükümlü ve tutukluların eğitim hakkı kapsamındaki eğitim programları ve öğretimden yararlanmaya ilişkin esaslara yer verilmiştir. Buna göre Kanun'un "Eğitim programları" kenar başlıklı 75. maddesi uyarınca ceza infaz kurumlarında bulunduğu süre içinde hükümlüye, kişiliğini geliştirecek, eğitimini güçlendirecek, yeni beceriler elde etmesini, suç işleme eğilimini yok etmeyi sağlayacak ve salıverilme sonrasına hazırlayacak programlar uygulanacaktır. Maddedeki düzenleme uyarınca hükümlünün yaş, ceza süresi ve yeteneklerine öncelik verilerek ekonomik ve kültür durumuna uygun biçimde düzenlenen eğitim programları; temel eğitim, orta ve yükseköğretim, meslek eğitimi, din eğitimi, beden eğitimi, kütüphane ve psiko-sosyal hizmet konularını kapsamaktadır. Kanun'un "Öğretimden yararlanma" kenar başlıklı 76. maddesinde ise açık ceza infaz kurumları ile çocuk eğitimevlerinde bulunan hükümlülerin örgün ve yaygın, kapalı ceza infaz kurumunda bulunan hükümlülerin yaygın öğretimden yararlanmalarının sağlanması gerektiği belirtilmiştir.

5275 sayılı Kanun'un "Öğretimden yararlanma" kenar başlıklı 76. maddesinde ve Yönetmeliğin 89. maddesinde açık ceza infaz kurumları ile çocuk eğitimevlerinde bulunan hükümlülerin örgün ve yaygın, kapalı ceza infaz kurumunda bulunan hükümlülerin yaygın öğretimden yararlanmalarına ilişkin esaslar düzenlenmiştir. Ancak uygulanma esasları ayrıntılı olarak Adalet Bakanlığının 27.7.2007 tarihli ve 46/1 sayılı Genç ve Yetişkin Hükümlü ve Tutukluların Eğitim ve İyileştirilme İşlemleri ve Diğer Hükümlere İlişkin Genelge'de düzenlenmiştir.

Avrupa Cezaevi Kuralları'nın 66. maddesinin (a) bendinde mahpuslara yönelik olarak “*Ruhsal destek ve rehberlik ile uygun iş, sanat rehberliği ve eğitimi, öğrenim, beden eğitimi, sosyal yeteneklerin geliştirilmesi, danışmanlık, grup ve boş zamanları değerlendirme için fırsatlar*” sunulması gerektiği belirtilmiştir. Aynı şekilde Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesinin Üye Devletlere Cezaevlerinde Eğitim Hakkında 13 Ekim 1989 tarih ve 89/12 sayılı Tavsiye Kararı'nda R (87)3 sayılı Avrupa Cezaevi Kuralları ve R (81) 17 sayılı Yetişkin Eğitim Politikası konulu tavsiye kararlarını hesaba katarak; Üye devletlerin hükümetlerine belirlenen 17 ilke çerçevesinde cezaevlerinde eğitime yönelik politikalar geliştirmeleri gerektiği belirtilmiştir.<sup>[46]</sup>

Adalet Bakanlığının 27.7.2007 tarihli ve 46/1 sayılı Genç ve Yetişkin Hükümlü ve Tutukluların Eğitim ve İyileştirilme İşlemleri ve Diğer Hükümlere İlişkin Genelge'de açık ilköğretim okulu, açık öğretim lisesi ve açık öğretim fakültesine ilişkin ortak hükümlere ve Öğrenci Seçme ve Yerleştirme Merkezi ve Millî Eğitim Bakanlığı tarafından yapılan sınavların yapılma esaslarına yer verilmiştir.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine göre<sup>[47]</sup> ceza infaz kurumunda bulunan kişiler, kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkı dışında eğitim hakkı da dâhil olmak üzere temel hak ve hürriyetlerin tamamına sahip olmaya devam ederler. Bu nedenle, söz konusu kişiler, AİHS 1 No'lu Protokol'ünün 2. maddesinde güvence altına alınan eğitim hakkına sahiplerdir. Bir tutuklunun mevcut cezaevi okuluna yazılmasına izin vermemek, söz konusu hükmün ihlaline neden olmuştur.<sup>[48]</sup> AİHM yakın tarihli *Mehmet Reşit Arslan ve Orhan Bingöl/Türkiye Kararında* da cezaevlerinde eğitim hakkı ve kapsamına ilişkin önemli değerlendirmelere yer vermiştir.<sup>[49]</sup> Mahkeme eğitim imkânlarının bütün tutuklulara sunulması gerektiği yönünde Bakanlar Komitesinin tavsiyelerinin farkında olduğunu ancak Sözleşme'ye Ek 1 No.lu Protokol'ün 2. maddesinin, Sözleşmeciler Devletlere, tutuklular için bu türden

[46] Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi, “Avrupa Cezaevi Kuralları.”

[47] AİHM Hirst/Birleşik Krallık Kararı, (No. 2) [BD], Başvuru No: 74025/01, K.T: 6/10/2005, Prg.69.

[48] AİHM Velyo Velev/Bulgaristan Kararı, Başvuru No: 16032/07, K.T: 27/05/2014.

[49] AİHM Mehmet Reşit Arslan ve Orhan Bingöl/Türkiye Kararı, Başvuru No: 47121/06, 13988/07 ve 34750/07, K.T: 18/06/2019.

imkânları, bu imkânların mevcut olmaması halinde de sağlama yükümlülüğü getirmediğini hatırlatmaktadır. Mahkemeye göre Sözleşme'ye Ek 1 No.lu Protokol'ün 2. maddesi, her türlü koşulda cezaevinde bir eğitimi öngörme yönünde pozitif bir yükümlülük getirmese bile, bu türden bir imkânın bulunması halinde, bu imkânın keyfi ve makul olmayan sınırlamalara tabi tutulmaması gerekmektedir.

Hükümlü ve tutuklu bakımından temel bir hak olan eğitim hakkı, çağdaş infaz sisteminde etkin, ıslah edici ve onarıcı bir infaz sürecinin en önemli unsurunu da oluşturmaktadır.<sup>[50]</sup> Bu hakkın kullanılabilmesi bakımından hükümlü ve tutuklunun naklinin gerektiği durumlar da olabilir. Kaynağını milletlerarası hukuk ve insan haklarından alan eğitim ve öğretim hakkı ve bu hak nedeniyle nakil hakkı 5275 sayılı Kanun'un 53. maddesinde düzenlenmiştir. Maddedeki düzenleme uyarınca hükümlüler, eğitim ve öğretim nedenleriyle başka bir kuruma nakledilebilirler.<sup>[51]</sup> Hükümlü veya tutuklu eğitim hakkı kapsamında devam edeceği eğitim kurumun bulunduğu yere nakil talebinde bulunma hakkına sahiptir. Esasen bu talep Kanun'un 54. maddesi kapsamındaki kendi isteğiyle nakil talebi gibi görünse de burada nakil talebi anayasal bir hak olan eğitim hakkı olması nedeniyle nakil talep edildiğinden talebin bu kapsamda değerlendirilmesi gerekmektedir.

Kanunda yer verilen eğitim nedeniyle nakil işlemine ilişkin esaslar ise 167 sayılı Genelge'de düzenlenmiştir. Buna göre; Hükümlüler, eğitim ve öğretim nedeniyle;

- Nakil giderlerini peşin olarak ödemeyi kabul etmeleri,
- Eğitimini sürdürdüğüne dair eğitim kurumundan belge ibraz etmeleri,
- Talep edilen kurumda yer, kapsama gücü ve sınıfının uygun bulunması,
- Tutuklulara tahsis edilmiş olmaması,
- Daha önce disiplin nedeniyle ayrılmak zorunda kaldıkları kurum olmaması,

[50] Mustafa Saldırım, "Uluslararası Hukuk Açısından Türkiye'deki Tutuklu ve Hükümlülerin Eğitim Hakkı," *Adalet Dergisi*, no. 20, (Eylül, 2004), 95.

[51] Erdoğan, *İnfaz Hukuku*, 1164.

— Almış oldukları disiplin cezaları, cezanın türü ve ceza almalarına neden olan eylemin nedeni ve suç vasfı itibarıyla talep ettikleri ceza infaz kurumunda güvenlik riski oluşturmaması,

koşuluyla, süreli veya daimi olarak Adalet Bakanlığı tarafından başka bir ceza infaz kurumuna nakledilebilecektir. Hükümlü veya tutuklular Milli Eğitim Bakanlığı veya YÖK'e bağlı okullarda yapılan sınavlara; kapalı ceza infaz kurumlarında kalanların dış koruma görevlileri olan jandarmanın; açık ceza infaz kurumu ve çocuk eğitimevi hükümlüleri ile bu kurumlarda kalmaktayken sınava katılmak amacıyla kapalı ceza infaz kurumlarına nakledilenler ise iç güvenlik görevlisi olan infaz koruma memurları eşliğinde katılacaklardır.<sup>[52]</sup>

## D) TUTUKLULARIN NAKİL ESASLARI

### 1- Genel Olarak

Hükümlülerin nakline ilişkin esasların düzenlendiği 5275 sayılı Kanun'un 53 ila 58 maddeleri ve İnfaz Yönetmeliği'nin 126 ve 127. maddelerinde tutukluların nakillerine ilişkin herhangi bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Ancak Kanun'un "*Tutukluların yükümlülükleri*" kenar başlıklı 116. maddesi uyarınca Kanun'un 54. maddesindeki "*Kendi istekleriyle nakil*" haricindeki Kanun'un 53 ilâ 58'inci maddelerinde düzenlenmiş olan nakiller, disiplin nedeniyle nakil, zorunlu nedenlerle nakil, hastalık nedeniyle nakil ve nakillerde alınacak tedbirler konusundaki hükümlerin tutukluluk hâliyle uzlaşır nitelikte olanları tutuklular hakkında da uygulanabilir. Görüldüğü üzere kanun koyucu tutuklular bakımından kendi istekleri ile nakil konusunda hükümlülerin tabi olduğu hükümleri kıyasen tutuklular bakımından uygun görmemiştir. Esasen Kanun'un 54. maddesinde hükümlüler için tanınmış olan kendi istekleriyle nakil imkânının tutuklulara da tanınması gerekir. Özellikle ailelerinin ikamet ettiği yer dışında tutuklu bulunanların aile birliğinin sağlanması, aile ve çocukların ziyaretlerinin masraf ve mesafe nedeniyle getireceği külfetin ortadan kaldırılması bakımından Kanun'da bu yönde düzenleme yapılması gerekmektedir.<sup>[53]</sup>

Öte yandan 167 sayılı Genelge'nin "*Nakillerle ilgili ortak hükümler*" başlıklı 22. maddesinde hükümlüleri ile kapsama gücü aşımı nedeniyle

[52] Arslan, "Hükümlülerin Nakli (Transferi)," 109.

[53] Aras ve Güverçin, *İnfaz Hukuku*, 452.

kendi istekleri dışında buldukları kuruma gönderilmiş olan tutukluların, bu Genelge'deki hükümler çerçevesinde kendi istekleri ile nakil talebinde bulunabileceklerine dair hüküm yer almaktadır. Bu kapsamda kapsama gücü aşımı nedeniyle kendi istekleri dışında buldukları kuruma gönderilmiş olan tutuklular Genelge'nin 15. maddesi kapsamında kendi istekleri ile nakil talebinde bulunabileceklerdir. Ancak bunun için kapsama gücü aşımı nedeniyle kendi istekleri dışında bir kuruma gönderilmiş olmaları gerekmektedir.

## 2- Tutukluların Yargılandıkları Yer Dışındaki Uzak Cezaevlerine Resen Nakledilmeleri Sorunu

Kural olarak tutukluların yargılandıkları yere en yakın ceza infaz kurumunda tutulmaları gerekir. Bu yargılama süreçlerinde etkin olarak savunma hakkını kullanabilmeleri ve duruşmaları takip edebilmeleri bakımından bir gerekliliktir.<sup>[54]</sup> Bu kurala aykırı bir nakil veya yerleştirme AİHS kapsamında mahkeme önünde hazır bulunma ilkesi, iddia ve savunmanın eşitliği ilkesi ve bunların sonucu olarak adil yargılanma ilkesinin ihlali sonucunu doğuracaktır.<sup>[55]</sup>

Diğer taraftan 167 sayılı Genelge'nin "Suç ve yargılama yeri nedeniyle nakil" kenar başlıklı 18. maddesi gereğince tutuklular öncelikle yargılandıkları mahkemenin bulunduğu yerdeki kapalı ceza infaz kurumunda, bu yerde kapalı ceza infaz kurumu bulunmaması halinde ise suçları itibariyle konumlarına uygun en yakın kapalı ceza infaz kurumunda barındırılacaklardır. Yargılandıkları mahkemenin yargı çevresi dışındaki yerlerde haklarında verilen yakalama kararı nedeniyle yakalanarak tutuklanan ve başka suçtan tutuklu veya hükümlü olmayanlar, yakalandıkları yer Cumhuriyet başsavcılığınca Bakanlıktan izin alınmaksızın mahkemesinin bulunduğu yer kapalı ceza infaz kurumuna re'sen sevk edileceklerdir.

Tutukluların nakilleri konusunda yaşanan problemlerden biri de yargılamaları halen devam eden tutukluların yargılamalarının yapıldığı mahkemeden binlerce kilometre ötedeki cezaevlerine nakledilmeleridir. Burada tutuklunun adil yargılanma ilkesi çerçevesinde hakları ihlal edildiği gibi hükümlünün aile bütünlüğü bozulmakta ve ailesi ile yakınlarının ziyaretleri

[54] Osmanoğlu ve Parlak, "Mahpusların Aileleri", 274.

[55] Erdoğan, *İnfaz Hukuku*, 1652.

de mesafe ve masraflar nedeniyle külfetli hale gelmektedir. Aynı şekilde savunma hakkı kapsamında avukatları ile etkin ve yeterli bir şekilde görüşebilme imkânları da ellerinden alınmaktadır. Böylelikle avukatın duruşma öncesi müvekkili ile görüşmesi ve etkin bir hukuksal destek sunması açık bir şekilde engellenmektedir. Kısaca SEGBİS olarak adlandırılan ses ve görüntü bilişim sistemleri ile tutukluların ifadeleri alınmaya çalışılmakta ise de, gerek yargılamanın yüz yüzeligi, gerekse de bu sistemin yeterli altyapısı olmaması nedeni ile adil bir yargılama ortamı oluşmamaktadır. Bu nedenle zorunlu nedenlerin tutuklular bakımından daha hassas değerlendirilmesi gerekir. Masumiyet karinesi gereğince henüz suçları sabit görülüp hükümlü pozisyonuna gelmemelerine rağmen bu tip nakillerle bir tedbir olarak uygulanan tutukluluk ağır bir cezaya dönüşmektedir.

Tutuklunun yargılandığı yer ile ailesinin ikamet yerlerinin farklı olması halinde ise talep etmesi halinde tutuklunun aile bütünlüğü dikkate alınarak ailesinin bulunduğu yerdeki kapalı ceza infaz kurumlarına nakillerinin sağlanması gerekir. Özellikle yargılama aşaması tamamlanıp tutuklunun hükümlü pozisyonuna geldiği durumlarda bu taleplerin olumlu karşılanması gerekir. Zira istinaf ve Yargıtay aşamalarının uzunluğu dikkate alındığında bu süreçte hükümlülüğünün ailesinden uzak bir cezaevinde kalması kendisine ve ailesine ağır külfet ve mağduriyet getirecektir.

## E) HÜKÜMLÜLERİN NAKLİNDE ALINACAK TEDBİRLER

Hükümlü ve tutukluların kendi istekleri veya toplu sevk, disiplin, asayiş ve güvenlik, hastalık, eğitim, öğretim, suç ve yargılama yeri nedenleriyle veyahut zorunlu nedenlerden biriyle başka bir kuruma nakil taleplerinin değerlendirme süreçlerinde hassas davranılması gerekmektedir. Bu noktada kurum düzen ve işleyişi önemli olduğu kadar hükümlünün kişisel ve ailevi durumu ile infazdan beklenen amaç da göz ardı edilmemelidir. Bunun yanı sıra nakle karar verilmesi halinde de bir kısım hazırlıkların yapılması ve insani bir nakil sürecinin yaşanması bakımından bazı tedbirlerin alınması gerekmektedir. Burada zamanın getirdiği teknolojik ve ulaşım imkanlarının kullanılması önem arz etmektedir. Nakil sürecinin onur kırıcı ve kötü muameleye dönüşmeden tamamlanması devletin pozitif yükümlülüğüdür. Bu kapsamda hükümlünün ailesinin bilgilendirilmesi, hükümlünün uygun araçlarla naklinin sağlanması gibi bir takım gerekli önlemleri almak devletin yükümlülüğü altındadır.



Diğer taraftan hükümlü ve tutukluların nakil taleplerine karşı yapılan işlemlerin ırk, dil, din, mezhep, milliyet, renk, cinsiyet, doğum, felsefi inanç, millî veya sosyal köken ve siyasî veya diğer fikir yahut düşünceleri ile ekonomik güçleri ve diğer toplumsal konumları yönünden ayırım yapılmaksızın ve hiçbir kimseye ayrıcalık tanınmaksızın çağdaş infaz esas ve ilkelerine göre değerlendirilmesi gerekir.

Avrupa Cezaevi Kurallarında özellikle nakil sürecinde alınması gereken tedbirlerin düzenlendiği “*Mahpusların nakli*” başlıklı 32. maddesinde nakil sürecinde alınması gereken tedbirlere yer verilmiştir.<sup>[56]</sup> Buna göre;

- Mahpuslar bir cezaevine nakledildiğinde veya cezaevinden alındığında ya da mahkeme veya hastane gibi diğer kurumlara sevk edildiğinde, toplumun gözü önünde mümkün olabildiğince az tutulmalı ve gerçek kimliklerinin açığa çıkmamasının temini için uygun güvenlik önlemleri alınmalıdır.
- Mahpuslarının nakillerinin havalandırma veya ışılandırması yetersiz olan ya da onlara gereksiz olarak fiziksel acı verecek ya da onurlarını kırarak taşıtlarda yapılması yasaklanmalıdır.
- Mahpusların nakilleri kamu otoritelerinin kontrolü altında yapılır ve nakil giderleri bu otoritelerce karşılanır.

### 1- Nakil Öncesinde Alınacak Tedbirler

Hükümlü ve tutuklu hakkına nakil kararı verilmekle birlikte nakil öncesi hükümlünün sağlık durumu itibariyle nakle uygun olup olmadığının tespiti gerekmektedir. Hükümlülerin nakline ilişkin esasların düzenlendiği 5275 sayılı Kanun’un 53. maddesi ve İnfaz Yönetmeliği’nin 126 ve devamı maddeleri ile Adalet Bakanlığı Ceza ve Tevkif Evleri Genel Müdürlüğü’nün 05.06.2015 tarihli ve “*Ceza İnfaz Kurumlarının Tahsisi, Nakil İşlemleri ve Diğer Hükümler*” konulu 167 sayılı Genelge’sindeki düzenlemeler uyarınca hükümlüler, kendi istekleri veya toplu sevk, disiplin, asayiş ve güvenlik, hastalık, eğitim, öğretim, suç ve yargılama yeri nedenleriyle başka bir kuruma nakledilmeden önce aranır ve cezaevi tabibince, yoksa diğer bir resmî hekime muayene ettirilir; muayene sonucu yola çıkarılamayacağı anlaşılanlar, kurumun en üst amirince derhâl resmî bir sağlık kuruluşuna

[56] Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi, “Avrupa Cezaevi Kuralları.”

sevk edilir. Mazeretinin, biri hastalığın uzmanı olmak üzere en az iki uzman hekimin imzaladığı ve hastane başhekiminin onayladığı resmî rapor ile belgelenmesi hâlinde nakil, mazeret ortadan kalkıncaya kadar geri bırakılır ve durum Bakanlığa bildirilir.<sup>[57]</sup>

## 2- Nakil Sırasında Alınması Gereken Tedbirler

Nakil sürecinin insan haklarına aykırı uygulamalara sebebiyet vermemesi, hükümlünün ifşa edilmemesi ve onur kırıcı ve kötü muamele niteliğinde nakil süreci yaşanmaması bakımından 5275 sayılı Kanun'da alınması gereken önlemler düzenlenmiştir. 5275 sayılı Kanun'un “*Nakillerde alınacak tedbirler*” kenar başlıklı 58. maddesi uyarınca hükümlülerin kuruma veya başka bir yere götürülüp getirilmesi sırasında;

- Halkla bir araya gelmelerine ve başkaları tarafından görülmelerine engel olacak tedbirler alınması,
- Hükümlü, havalandırma ve ışık durumu yetersiz araçlarla, eziyet verici veya onur kırıcı şekilde nakledilmemesi,
- Nakil sırasında hükümlünün firarını önleyici, halkla bir araya gelmelerine ve başkaları tarafından görülmelerine engel olacak tedbirler alınırken orantılı hareket edilmesi

gerekmektedir.<sup>[58]</sup> Nakil sürecinde alınacak tedbirler, 167 sayılı Genelge'nin 21 ve 22. maddelerinde de ayrıntılı olarak düzenlenmiştir. 167 sayılı Genelge'de hükümlü veya tutuklunun kuruma veya başka bir yere götürülüp getirilmesi sırasında, mümkün olabildiğince halk tarafından az görülmesinin sağlanması, her hangi bir biçimde aşağılanmaktan, merak uyandırmaktan ve reklam olmaktan koruyacak uygun tedbirler alınması gerektiği belirtilmiştir. Burada başta firarı önleyecek tedbirler olmak üzere nakil sırasında alınacak her türlü tedbirin insani olması, onur kırıcı olmaması ve tedbirin amacı ile orantılı olması önemlidir. Aynı şekilde nakil için kullanılacak araçların havalandırma ve ışık durumu yeterli olması gerekir.<sup>[59]</sup> Burada nakil mesafesi, yol durumu

[57] Demirbaş, *İnfaz Hukuku*, 405; Özkavalcı, *İnfaz Hâkimliği*, 434-435; Osmanoğlu ve Parlak, “Mahpusların Aileleri”, 277-278.

[58] Özbek, *İnfaz Hukuku*, 278; Erdoğan, *İnfaz Hukuku*, 1166.

[59] Arslan, “Hükümlülerin Nakli (Transferi),” 11-112; Demirbaş, *İnfaz Hukuku*, 405.

ve hükümlünün durumu dikkate alınarak hava veya demir yolu araçları da kullanılabilir.

Nakil sürecinde önemli tedbirlerden biri de hükümlünün afişe edilmesidir. Toplumdan soyutlanan hükümlünün nakil sürecinde dış dünya ile olumsuz bir şekilde temas etmelerinin önüne geçilmesi gerekmektedir. Bu ise öncelikle nakil sürecinin dış dünya ile bu şekilde oluşacak teması engelleyecek donanımına sahip nakil araçlarıyla naklin gerçekleştirilmesi gerekir. Ayrıca nakil sürecinde kullanılan araçların teknik donanımının iyi olması gerekir. Yeterli ışık alamayan, havalandırması yetersiz araçlarla nakil yapılmamalıdır. Aynı şekilde nakil sırasında aracın teknik donanımı yeterli olsa da araç kapasitesinin üstünde hükümlü nakledilmemelidir. Bu eziyet verici veya onur kırıcı nakil yasağının da bir gereğidir.

Diğer taraftan çocuk eğitimevlerine nakiller kurum görevlisinin; açık ceza infaz kurumlarına nakiller ise dış güvenlik görevlileri olan jandarma nezaretinde yapılır. Açık ceza infaz kurumlarına nakiller ise kurum görevlisi olmaksızın yapılır. Bu hâlde hükümlünün, aynı il sınırları içinde bulunan ceza infaz kurumları arasındaki nakillerde aynı gün içinde; farklı illerde bulunan ceza infaz kurumları arasındaki nakillerde ise kurum amirinin kırksekiz saati geçmeyecek şekilde belirleyeceği süre içinde, nakledildiği açık ceza infaz kurumuna giriş yapması gerekir.<sup>[60]</sup>

## II. NAKİLLERDE DİKKATE ALINMASI GEREKEN HUSUSLAR VE YAŞANAN HAK İHLALLERİ

### A) HÜKÜMLÜ ve AİLESİNİN BİLGİLENDİRİLMESİ

Nakil öncesi hükümlü ve ailesinin bilgilendirilmesi önemlidir. Uygulamada özellikle zorunlu nakillerde çoğu zaman nakilden çok kısa bir süre önce hükümlüye haber verilmekte ve çoğu zaman aileler bilgilendirilmemektedir. Esasen bu yasal zorunluluğa da aykırıdır. Zira bu bağlamda 5275 sayılı Kanun'un "*Hükümlüler ile yakınları ve ilgililerin bilgilendirilmesi*" kenar başlıklı 22. maddesi uyarınca hükümlülerin ceza infaz kurumlarına alınmalarında, başka kuruma nakillerinde ve hastaneye yatırılmalarında, istekleri üzerine ailelerine veya gösterdikleri kişilere; hükümlü yabancı ise, yazılı olarak karşı çıkmaması hâlinde, uyruğu olduğu devletin diplomatik temsilcilik veya konsoloslughuna durumun bildirilmesi gerekir. Bu husus

[60] Özbek, *İnfaz Hukuku*, 278.

özellikle hükümlünün ailesinin gereksiz olarak eski kalınan cezaevine gelmesi ve nakledilen yerde hükümlünün ihtiyaçlarını gidermeleri noktasında önem arz etmektedir.<sup>[61]</sup>

Diğer taraftan hükümlünün kendi isteği, disiplin, hastalık, eğitim veya diğer zorunlu sebeplerle bir başka cezaevine nakledilmesi halinde talepleri halinde ailesine muhakkak haber verilmesi gerektiği Avrupa Cezaevi Kuralları'nda da hükme bağlanmıştır. Avrupa Cezaevi Kuralları'nın 24.8. maddesi gereğince mahpusların, hapsedildiklerini veya başka bir kuruma nakledildiklerini, herhangi bir ciddi hastalığa ya da yaralanmaya maruz kaldıklarını derhal ailelerine bildirmelerine izin verilmelidir.<sup>[62]</sup>

## **B) NAKİLLERDE AİLE BÜTÜNLÜĞÜNÜN ESAS ALINMASI ve UZAK CEZAEVLERİNE NAKİL YAPILMAMASI**

Anayasa'nın "Özel hayatın gizliliği" başlıklı 20. maddesindeki düzenleme uyarınca herkes, özel hayatına ve aile hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkına sahiptir. Özel hayatın ve aile hayatının gizliliğine dokunulamaz. Aynı şekilde Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin "Özel ve aile hayatına saygı hakkı" başlıklı 8. maddesinde herkesin özel ve aile hayatına, konutuna ve yazışmasına saygı gösterilmesi hakkına sahip olduğu; bu hakkın kullanılmasına bir kamu makamının müdahalesi, ancak müdahalenin yasayla öngörülmüş ve demokratik bir toplumda ulusal güvenlik, kamu güvenliği, ülkenin ekonomik refahı, düzenin korunması, suç işlenmesinin önlenmesi, sağlığın veya ahlakın veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması için gerekli bir tedbir olması durumunda söz konusu olabileceği belirtilmiştir.<sup>[63]</sup>

Yukarıdaki düzenlemelerden de anlaşılacağı üzere devletin bireyin özel ve aile hayatına saygı gösterme ve bu konuda gerekli tedbirleri alma yükümlülüğü bulunmaktadır. Devletin bu noktadaki yükümlülüğü tutuklu ve hükümlüler bakımından da aynen geçerlidir. Kişi tutuklu veya hükümlü olsa da Devletin ilgilinin aile bütünlüğünü koruyucu tedbirleri alma veya aile bütünlüğünü bozucu müdahalelerden kaçınma mükellefiyeti devam

[61] Aras ve Güverçin, *İnfaz Hukuku*, 453.

[62] Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi, "Avrupa Cezaevi Kuralları."

[63] Ali Korkmaz, "İnsan Hakları Bağlamında Özel Hayatın Gizliliği ve Korunması," *KMÜ Sosyal ve Ekonomik Araştırmalar Dergisi*, no.16, (Eylül, 2014), 99-103.

etmektedir. Burada nakil konusu değerlendirilirken hükümlünün ailesinin hükümlüyü insani koşullarda ziyaret edebilmek hakkının varlığı gözden uzak tutulmalıdır.<sup>[64]</sup>

Tutuklu ve hükümlüden sonra infaz sürecinden doğrudan en fazla etkilenen kesim tutuklu ve hükümlünün ailesidir. Esasen aile bireyleri burada herhangi bir suç ithamı altında olmamasına rağmen hükümlüye işlediği suçtan dolayı uygulanan bütün kısıtlayıcı tedbirlerden birinci derecede en fazla etkilenen kişilerdir. Özellikle çocuklar “suç” olgusunun bile farkında olmamasına rağmen hapis hayatından en fazla etkilenen bireylerdir. Bu nedenle infazın etkin, ıslah edici ve onarıcı olması için hükümlü ile ailesinin iletişiminin devam etmesi önemlidir. Bu noktada hükümlü ile alakalı alınacak her bir kararın ilgilinin ailesine olan yansımalarının da hesaba katılması gerekir. Bir işlem hükümlü için olmasa bile ailesi bakımından eziyet veya kötü muameleye dönüşebilir. Özellikle hükümlünün barındırıldığı cezaevi koşulları veya uygulamaları ile nakledildiği cezaevinin konumu ve aileye olan mesafesi önem arz etmektedir. Mesela binlerce kilometre uzaklıkta tutulan bir hükümlünün ailesi bakımından bu kadar mesafeye kısa sürelik bir görüş için katlanmak eziyet halini alabilir.<sup>[65]</sup> Bu nedenle hükümlünün ailesi ve yakınlarıyla görüşme hakkını etkin kullanabilmesi bakımından ailesine yakın bir yerde tutulması gerekmektedir.<sup>[66]</sup>

## 1- Bu Konuda Uluslararası Belgelerde Getirilen İlkeler

Hükümlü ile ailesinin cezaevi sürecinde iletişimin kopmaması gerektiği bu konuda hazırlanan uluslararası belgelerde vurgulanmıştır. Bu bağlamda 9 Ekim 2003 tarihinde kabul edilen Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi'nin üye devletlere ömür boyu hapis ve diğer uzun süreli cezalara mahkûm olanların cezaevi idaresince yönetimi hakkında Rec (2003) 23 sayılı Tavsiye Kararı'nın “*Ömür Boyu Hapis ve Diğer Uzun Süreli Mahkûmiyetin Zarar Verici Etkileriyle Başa Çıkma*” başlıklı 22. maddesindeki düzenleme uyarınca aile bağlarının kopmaması için özel çaba gösterilmeli ve bu amaçla; mahkûmlar

[64] Osmanoğlu ve Parlak, “Mahpusların Aileleri,” 237-290.

[65] Aras ve Güverçin, *İnfaz Hukuku*, 454.

[66] Andrew Coyle, *Cezaevi Yönetimini İnsan Haklarını Göz Önüne Alan Bir Yaklaşım*, Uluslararası Araştırmaları Merkezi, (Londra: 2002), 95. <https://prisonstudies.org/sites/default/files/resources/downloads/turkish3.pdf>, Erişim Tarihi: 12/03/2022.

mümkün olduğunca ailelerine veya yakın akrabalarına en yakın cezaevlerine yerleştirilmelidirler. Aynı şekilde 11 Ocak 2006 tarihinde kabul edilen Avrupa Cezaevi Kuralları hakkında Rec (2006) 2 sayılı Tavsiye Kararı'nın "Yerleştirme ve Barınma" kenar başlıklı bölümünün 17. maddesinde nakillerde ailenin korunması noktasında esas alınması gereken önemli kriterler belirlenmiştir.<sup>[67]</sup> Buna göre;

- Tutuklular mümkün olduğunca evlerine veya sosyal rehabilitasyon yerlerine yakın cezaevlerine nakledilmelidirler. (17.1)
- Dağıtım devam eden cezai soruşturmaların, asayiş ve güvenliğin gerekleri ve tüm tutuklular için uygun rejim sağlanması ihtiyacı da dikkate alınarak yapılmalıdır. (17.2)
- İlk dağıtımlar ve sonraki nakiller konusunda mümkün olduğunca tutukluların görüşleri alınmalıdır. (17.3)

Görüldüğü üzere Avrupa Cezaevi Kuralları'nda ailenin korunması ve aile bireyleri ile mahpusun iletişiminin devamı noktasında gerekli kolaylıkların sağlanması gerektiği vurgulanmaktadır.

Öte yandan Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi'nin Üye Devletlere Yönelik Avrupa Cezaevi Kuralları Hakkındaki Rec (2006) 2 sayılı Tavsiye Kararına dair yaptığı Yorum<sup>[68]</sup> da önemli tespit ve tavsiyeler içermektedir. Bu tespitler sistematize edildiğinde şu sonuçlar ortaya çıkmaktadır:

[67] Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi, "Avrupa Cezaevi Kuralları."

[68] "...Kural 17, tutukluların uygun şekilde nakledilmesinin önemini vurgulamaktadır. Genel olarak, bu alanda karar verirken, tutuklular ve aileleri için, bilhassa ebeveynlerini görmeye ihtiyaç duyan tutukluların çocukları için, gereksiz zorluklardan kaçınılmalıdır. Özellikle, yüksek güvenli bölgede tutuklu olmanın uygulamada tutuklular için ek zorluklar getirmesi nedeniyle, tutukluları nakletmek için güvenlik kategorileri kullanıldığında en az kısıtlayıcı kategorilerin kullanılması önemlidir. Ayrıca, bütün tutuklular, Kural 24'ün gerektirdiği şekilde dış dünyayla iletişimi kolaylaştırmak için, mümkün olduğunca evlerine veya topluma yeniden kazandırma merkezlerine yakın tutulmalıdır. Tahsis kararları verirken yalnızca uygun kriterleri dikkate almak da önemlidir. Dolayısıyla, örneğin, bir kişinin ömür boyu hapis cezasına mahkûm edilmesi, mutlaka belirli bir cezaevine yerleştirilmesi ya da özellikle kısıtlayıcı olan bir rejime tabi olması gerektiği anlamına gelmez (...). Tutukluların tahsislerine ilişkin verilen kararların sonucuna doğrudan ilgi duyduklarının kabul edilmesi uygundur. Dolayısıyla, nihai kararın makamlar tarafından verilmesine rağmen, mümkün olduğunca tutuklulara danışılması ve buldukları makul başvuruların

- Tutuklular ve aileleri için, bilhassa ebeveynlerini görmeye ihtiyaç duyan tutukluların çocukları için, gereksiz zorluklardan kaçınılmalı,
- Tutukluları nakletmek için güvenlik kategorileri kullanıldığında en az kısıtlayıcı kategoriler kullanılmalı,
- Dış dünyayla iletişimi kolaylaştırmak için, mümkün olduğunca evlerine veya topluma yeniden kazandırma merkezlerine yakın tutulmalı,
- Nakil konusunda nihai kararın makamlar tarafından verilmesine rağmen, mümkün olduğunca tutuklulara danışılmalı ve buldukları makul başvurular dikkate alınmalı,
- İstisnai olarak, güvenlik ve emniyet gereklilikleri tutuklulara danışılmadan önce tahsis edilmelerini veya nakledilmelerini zorunlu kılıyorsa, danışma daha sonra yapılmalı ve bir tutuklunun farklı bir cezaevine nakledilmesi için iyi bir nedeni varsa, verilen kararın değiştirilmesi mümkün olmalı,
- Nakil işlemlerinin kaçınılmaz olabileceği ve bazı durumlarda bir tutuklunun menfaatine olabileceği kabul edilse de, art arda ve gereksiz şekilde yapılan nakil işlemlerinden kaçınılmalı,
- Nakil işleminin avantajları ve dezavantajları, bu işlem yapılmadan önce dikkatlice değerlendirilmeli.

---

*dikkate alınması gerekmektedir. Tutukluların, ilk kez tahsis edildiklerinde, sistematik olarak yerel bir cezaevine tahsis edilmeleri nedeniyle her zaman mümkün olmasa da, bu danışmanın tutuklunun dağıtımı veya nakledilmesinden önce yapılması gereklidir.*

*Eğer, istisnai olarak, güvenlik ve emniyet gereklilikleri tutuklulara danışılmadan önce tahsis edilmelerini veya nakledilmelerini zorunlu kılıyorsa, danışma daha sonra yapılmalıdır. Bu durumda, bir tutuklunun farklı bir cezaevine tahsis edilmesi için iyi bir nedeni varsa, verilen kararın değiştirilmesi mümkün olmalıdır.*

*Kural 70 uyarınca, bir tutuklu, yetkili makamlardan belirli bir cezaevine tahsis edilme veya nakledilme talebinde bulunabilir. Bir tutuklu, ayrıca, tahsis veya nakil işlemleriyle ilgili verilen bir kararı iptal ettirmek için aynı prosedürü kullanabilir.*

*Tutukluların nakli, işlemlerine ilişkin ciddi bozukluklara neden olabilir. Nakil işlemlerinin kaçınılmaz olabileceği ve bazı durumlarda bir tutuklunun menfaatine olabileceği kabul edilse de, art arda ve gereksiz şekilde yapılan nakil işlemlerinden kaçınılmalıdır. Bir nakil işleminin avantajları ve dezavantajları, bu işlem yapılmadan önce dikkatlice değerlendirilmelidir.”*

Diğer taraftan Birleşmiş Milletler Genel Kurulunun 9 Aralık 1988 tarihli ve 43/173 sayılı kararıyla kabul edilen, “Herhangi Bir Şekilde Tutulan veya Hapsedilen Kişilerin Korunmasına İlişkin Prensipler Bütünü”nün<sup>[69]</sup> “*Aile mensupları ve dış dünya ile iletişim kurma hakkı*” başlıklı 19. maddesinde tutuklanan veya hapsedilen bir kimseye kanunda veya kanuna dayanan bir düzenlemede belirtilen makul şartlara ve sınırlamalara tabi olarak, özellikle aile üyeleri tarafından ziyaret edilebilme ve onlarla haberleşme gibi, dış dünya ile iletişim kurabilmesi için kendisine yeterli imkân verilmesi gerekir. Aynı şekilde Belge’nin “*İkametgâhına yakın bir yerde tutulma hakkı*” başlıklı 20. maddesindeki düzenleme uyarınca da tutuklanan veya hapsedilen kişi talep ettiği takdirde, mümkün olduğu ölçüde ikamet ettiği yere makul uzaklıktaki bir tutukevinde veya hapisanede tutulmalıdır. Aynı şekilde Birleşmiş Milletler Mahpusların İslahı İçin Asgari Standart Kurallar (Nelson Mandela Kuralları)’nın 59. Maddesinde de Mahpuslar, mümkün olduğu ölçüde, evlerine veya sosyal iyileştirme yerlerine yakın cezaevlerine yerleştirilmesi gerektiği belirtilmiştir.<sup>[70]</sup>

Bütün bu hususlar dikkate alındığında hükümlünün suçu ne olursa olsun hükümlünün aile bütünlüğünün sağlanması noktasında devletlerin pozitif yükümlülüğü bulunmaktadır. Bu noktada objektif koşullar ve imkânlar ölçüsünde hükümlünün ailesi, eşi ve çocuklarıyla rahat görüşebileceği bir cezaevinde kalma ve bu nedenle böyle bir cezaevine nakil talebinde bulunabilmesi en doğal hakkıdır. Bu noktada nakil talepleri objektif olarak değerlendirmeye alınmalı ve objektif olarak kabulü mümkün değilse hangi nedenlerle reddedildiğinin somut ve hakkaniyetli gerekçelerle ortaya konulması gerekir.<sup>[71]</sup>

İşlenen her bir suç ile birlikte parçalanmış ailelerin ortaya çıkmasının yeni sorunların ve suçların ortaya çıkmasına neden olduğu bir gerçektir. Bu nedenle infazda onarıcı hareket etmenin bir gereği de hapis hayatı nedeniyle

[69] “Herhangi Bir Şekilde Tutulan veya Hapsedilen Kişilerin Korunmasına İlişkin Prensipler Bütünü”, [chrome-extension://efaidnbmnnnibpcajpcglclefindmkaj/viewer.html?pdfurl=https%3A%2F%2Ffinhak.adalet.gov.tr%2FResimler%2FDokuman%2F2312020094946bm\\_24.pdf&cldn=185894&chunk=true](chrome-extension://efaidnbmnnnibpcajpcglclefindmkaj/viewer.html?pdfurl=https%3A%2F%2Ffinhak.adalet.gov.tr%2FResimler%2FDokuman%2F2312020094946bm_24.pdf&cldn=185894&chunk=true), Erişim Tarihi: 03/03/2022

[70] Birleşmiş Milletler Mahpusların İslahı İçin Asgari Standart Kurallar (Nelson Mandela Kuralları), <https://tihv.org.tr>, Erişim Tarihi: 12/03/2022.

[71] Aras ve Güverçin, *İnfaz Hukuku*, 454.



ailenin tamamen parçalanmasının önüne geçecek tedbirleri almak gerekir. Özellikle bu süreçten çocukların en az hasarla çıkabilmeleri bakımından hükümlünün aile ile iletişiminin ve bağının devam etmesine imkân verecek şekilde ailenin ikametinin bulunduğu yerde veya ikametine yakın bir yerde barındırılması hayati öneme sahiptir.

## 2- AİHM'nin Bakış Açısı

AİHM, cezaevlerinin disiplin, düzen, güvenlik ve işleyişi noktasında idaresinin takdir yetkisinin olması kaçınılmaz olmakla birlikte bu cezaevi yönetiminin her alanda olduğu gibi nakiller konusunda da mahkûmların en azından bazı aile ve sosyal bağlarının korunması noktasında hassas davranması gerektiğini birçok kararında vurgulamaktadır. Mahkeme bu nedenle bu yöndeki hak ihlallerini Sözleşme'nin 8. maddesi kapsamında değerlendirmektedir. Mahkeme ulusal makamların aile bağlarının koparılmasının önlenmesi ve mümkün olduğu takdirde, hükümlülerin ikamet yerlerine yakın bulunan cezaevlerine nakillerine imkân sağlaması gerektiğine vurgu yapmaktadır. Mahkemeye göre infaz sürecinde aile bağlarının korunması her zaman dikkate alınması gereken bir kriterdir. Bu kapsamda AİHM, *Vintman/ Ukrayna Kararında*<sup>[72]</sup> Sözleşme'nin, mahkûmlara cezalarının nerede infaz edileceği konusunda bir seçim hakkı tanımadığını, mahkûmların ailelerinden ayrı olduklarını ve ailelerinden uzak olmalarının hapis cezasının bir sonucu olduğunu, ancak, mahkûmun, ailesinin ziyaretlerini zorlaştıracak ya da imkânsız hale getirebilecek şekilde uzak bir bölgede barındırılmasının, aile hayatına müdahale teşkil edebileceğini vurgulamıştır. Mahkeme orantılılık ilkesi yönünden yaptığı değerlendirmede ise mahkûmun, ailesine yakın bir kuruma transfer talebinin reddi için, cezaevlerindeki aşırı yoğunluğun meşru bir gerekçe olarak öne sürülebileceğini, ancak bu durumda dahi mahkûmun görece daha yakın cezaevlerine nakli hususunun değerlendirilmesi gerektiğini; aksi halde, yani kişinin nispeten daha yakın bir bölgeye nakli önünde meşru bir engel yokken uzakta bulunan bir kurumda barındırılması halinde, AİHM'nin 8. maddesinin ihlalinin gündeme geleceğini belirtmiştir.

[72] AİHM Vintman/ Ukrayna Kararı, Başvuru No: 28403/05, K.T: 23/01/2015.

Diğer taraftan Mahkeme *Avşar ve Tekin/Türkiye Kararında*,<sup>[73]</sup> cezaevi nakil taleplerinde ailenin korunması hakkının gerekliliğine özellikle vurgu yapılmıştır. Karara konu başvuruçular, ailelerinin ikamet ettiği yere yakın bir cezaevine nakledilme taleplerinin reddedilmesinden dolayı Sözleşme'nin 8. maddesi kapsamında özel hayatlarının ve aile hayatlarının korunması hakkının ihlal edildiğini iddia etmişlerdir.

Mahkeme'ye göre Sözleşme, tutuklulara tutukluluk yerlerini seçme hakkı tanımamakta ve tutuklunun ailesinden ayrılmasının ve uzaklaştırılmasının, tutukluluğun kaçınılmaz sonuçlarını oluşturmaktadır. Bununla birlikte, bir kişinin ailesinden uzak bir cezaevinde tutuklu bulunmasının bazı koşullarda aile hayatına bir müdahale teşkil edebilmekte zira aile üyeleri için, aile hayatının korunması için, tutukluyu ziyaret etme imkânı temel bir faktördür. Zira bu tip uzak cezaevlerine yapılan nakiller her türlü ziyareti çok güç ve bazen imkânsız hale getirmektedir.<sup>[74]</sup>

Başvuruçulardan Avşar, Diyarbakır'da ikamet eden ailesinden 1400 km uzaklıkta bulunan Tekirdağ Cezaevinde; Tekin ise, Siirt'te ikamet eden ailesinden yaklaşık 1000 km uzaklıkta Kırıkkale Cezaevinde kalmaktadır. Mahkemeye göre, davanın mevcut koşullarında, başvuruçuların yıllar boyunca ailelerinin ikamet yerlerinden binlerce kilometre uzakta bulunmalarının özel ve aile hayatına saygı haklarına bir müdahale teşkil ettiğinin kabulü gerekir.

Mahkeme, cezaevi sisteminin düzenlenmesine bağlı güçlüklerin farkında ve ulusal makamların bu alanda takdir yetkisine sahip olduklarını hatırlatmaktadır. Ayrıca, Mahkeme, cezaevi dağılımının, tamamen idari makamların isteğine bırakılmayacağını ve bir şekilde mahkûmların en azından bazı aile ve sosyal bağlarının korunması menfaatini dikkate alması gerektiğinin daha önce altını çizdiğini hatırlatmaktadır. Mahkeme, idarenin hükümlülerin aile yakınları ile temaslarını sürdürmelerine yardımcı olması gerektiğini yeniden belirtmektedir. Mahkeme, ömür boyu hapis cezası çeken hükümlülerin dâhil olmak üzere, cezaevi dağılımı konusunda Avrupa düzeyindeki

[73] AİHM *Avşar ve Tekin/Türkiye Kararı*, Başvuru No. 19302/09 ve 49089/12, K.T: 17/09/2019, Prg.68-75.

[74] AİHM bu konuda ilgili ilkelerin hatırlatılması için *Khodorkovskiy ve Lebedev/Rusya* (Başvuru No:11082/06 ve 13772/05, K.T. 25.07.2013, Prg.835), *Vintman/Ukrayna*, (Başvuru No: 28403/05, K.T:23.10.2014, Prg.78) ve *Bellomonte/İtalya* (Başvuru No.28298/10, K.T:01.04.2014,Prg.70) kararlarına atıf yapmaktadır.

düzenlemede, ulusal makamların aile bağlarının koparılmasını önlenmesi ve mümkün olduğu takdirde, hükümlülerin ikamet yerlerine yakın bulunan cezaevlerine dağılmalarına imkân sağlaması gerektiğine dair ilkenin desteklendiğini vurgulamaktadır. Mahkeme, nakillerde dikkate alınan mahpusun ceza ve cezaevi profili, tehlikeliliği, suç faaliyetlerinin soruşturulması riski, güvenlik riskleri ve cezaevinde nüfus kalabalığı gibi kriterlerinin yanı sıra aile bağlarının korunmasının bu bağlamda dikkate alınması gereken bir kriter olduğunun da altını çizmektedir. Mahkeme için, coğrafi mesafenin, aile ziyaretlerinin ve dolayısıyla aile bağlarının bozulmasına neden olacak nitelikte olan bir faktör olduğu konusunda hiçbir şüphe bulunmamaktadır.

Sonuç olarak, Mahkeme, dosyadaki belgeleri ve özellikle başvuruların sevk edilme taleplerine verilen yanıtları dikkate alarak, yerel makamlar tarafından başvuruların sevk edilme talepleri hakkında ayrıntılı bir incelemenin yapıp yapılmadığı ve tespit edilen gerekçe çerçevesinde, başvuruların ailelerinden uzakta bulunan cezaevlerinde geçirdikleri uzun süre dâhil olmak üzere, ilgililerin kişisel durumunun kapsadığı, söz konusu menfaatlerin bireyselleştirilmesinin dengelenmesi ve sırasıyla yaş, sağlık durumu ve yakınlarının maddi durumuna bağlı zorlukların ilgilileri ziyaret etmek için seyahat etmeyi engelleyebileceği hususunun değerlendirilmesi için hiçbir bilginin bulunmadığını tespit etmektedir. Mahkeme, mevcut davanın spesifik koşullarını ve özellikle başvuruların ailelerinden uzakta çektikleri mahpusluk süresini ve uzun süren bu tür bir uzaklığın etkisini dikkate alarak, somut olayda söz konusu müdahalenin izlenen meşru amaç bakımından orantılı olmadığı ve dolayısıyla demokratik bir toplumda gerekli olmadığı kanaatine varmaktadır. Belirtilen bu sebepler nedeniyle Mahkeme, Sözleşme'nin 8'inci maddesinin ihlal edildiği sonucuna varmaktadır.

AİHM uygulamaları dikkate alındığında nakil taleplerinde ailenin korunması ve bütünlüğünün sağlanmasında ailenin hükümlüyü ziyaret etme imkânına sahip olması temel bir faktördür. Hükümlü ile ailesi arasındaki uzak coğrafi mesafenin, aile ziyaretlerinin azalmasına ve dolayısıyla aile bağlarının bozulmasına neden olacağı da açıktır. Bu noktada hükümlülerin yıllar boyunca ailelerinin ikamet yerlerinden binlerce kilometre uzakta bulunmaları, özel ve aile hayatına saygı haklarına bir müdahale teşkil etmektedir. Cezaevi nakillerinde sürecin tamamen idari makamların isteğine bırakılmaması ve hükümlülerin aile ve sosyal bağlarının korunması menfaatinin ve bu konudaki taleplerinin dikkate alınması gerekir. Devletin

pozitif yükümlülüğü çerçevesinde aile bağlarının koparılmasının önlenmesi ve mümkün olduğu takdirde, hükümlülerin ikamet yerlerine yakın bulunan cezaevlerinde barındırılmaları ve bu bağlamda nakillerinin yapılması gerekir. Hükümlülerin cezaevlerine yerleştirme ve nakillerinde kişinin ceza ve cezaevi profili, tehlikeliliği, suç faaliyetlerinin soruşturulması riski, güvenlik riskleri ve cezaevinde nüfus kalabalığı gibi kriterlerinin yanı sıra aile bağlarının korunması da bu bağlamda dikkate alınması gereken bir kriterdir. Bu nedenle idarenin nakil talebinde bulunan hükümlülerin bu yöndeki talepleri hakkında ayrıntılı bir inceleme yapması ve hükümlü ile ailesinin bir araya gelmesine imkân sağlayacak bir çözümle nakil talebini karşılaması gerekir.

### C) RE'SEN VE SIK SIK NAKİLLERDEN KAÇINILMASI

Hükümlü ve tutuklu bakımından kötü muamele ve dolayısıyla Sözleşme'nin 3. maddesinin ihlali sonucunu ortaya çıkaran hallerden biri de hükümlü veya tutuklunun sık sık ve resen başka cezaevlerine nakledilmesidir. Hükümlülerin infazının belirli ve öngörülebilir bir süreçte yürütülebilmesi bakımından gerek cezaevinde kendilerince belirledikleri düzenin ve gerekse aileleriyle olan görüş ve iletişimlerinin sekteye uğramaması bakımından koşullar oluşmadan hükümlüler başka cezaevlerine nakledilmemelidir. Hükümlünün sürekli kaldığı cezaevinin değiştirilmesi infaz ve iyileştirme programlarının da takibini zorlaştıracığı gibi infazdan etkin, ıslah edici ve onarıcı sonuçlar elde edilmesini de imkânsız hale getirmektedir.<sup>[75]</sup>

Öte yandan Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi'nin Üye Devletlere yönelik Avrupa Cezaevi Kuralları Hakkındaki Rec (2006) 2 sayılı Tavsiye Kararına dair yaptığı Yorum'da nakil işlemlerinin kaçınılmaz olabileceği ve bazı durumlarda tutuklunun menfaatine olabileceği kabul edilse de, art arda ve gereksiz şekilde yapılan nakil işlemlerinden kaçınılması gerektiği vurgulanmıştır.

AİHM *Bamouhammad/Belçika Kararında*<sup>[76]</sup> Ganser sendromundan (cezaevi psikozu) muzdarip olan başvurunun altı yıl içerisinde 43 kez cezaevleri arasında sürekli nakil olmasını Sözleşme'nin 3. maddesi kapsamında aşağılayıcı muamele olarak değerlendirmiştir. Mahkeme başvurana

[75] Aras ve Güverçin, *İnfaz Hukuku*, 462.

[76] AİHM Bamouhammad/Belçika Kararı, Başvuru No: 47687/13, KT: 17/11/2015.

yönelik tekrarlayan bir şekilde özel tedbirlerin uygulanmasının ve cezaevi yönetiminin başvurana terapi sağlanması konusunda gecikmesinin ve başvuranın tutukluluk haline bir alternatif bulma konusunda değerlendirme yapmayı reddetmesinin söz konusu olduğu tutukluluğun infaz sürecinin, başvurana ciddi sıkıntı verdiğine kanaat getirmiştir.

Kararlarda da vurgulandığı üzere sık tekrarlanan nakiller hükümlü ve ailesi bakımından kötü muameleye dönüştüğü gibi hükümlünün farklı hapisane kurumlarına uyum sağlama ve aile ziyaretleri almaya devam etme olasılığının azalması nedeniyle hükümlünün psikolojisini olumsuz etkileyen durumlardır.<sup>[77]</sup>

## D) EZİYET VERİCİ VEYA ONUR KIRICI ŞEKİLDE NAKİL YASAĞI

### 1- Genel Olarak

Hükümlünün bir başka cezaevine veya sağlık, eğitim ve benzeri nedenlerle dış kurumlara naklinde dikkat edilmesi gereken bir diğer husus ise bu nakillerin eziyet verici ve insan onurunu kırıcı nitelikte olmamasıdır. AİHS'nin 3 ve Anayasa'nın 17. maddesinin üçüncü fıkrasındaki düzenleme uyarınca hiç kimse insan haysiyetiyle bağdaşmayan bir cezaya veya muameleye tabi tutulamaz. Bu temel kural, hükümlü ve tutuklulara yönelik uygulamalar için de geçerlidir. Bu husus, 5275 sayılı Kanun'un "İnfazda temel ilke" başlıklı 2. maddesinin ikinci fıkrasında "Ceza ve güvenlik tedbirlerinin infazında zalimane, insanlık dışı, aşağılayıcı ve onur kırıcı davranışlarda bulunulamaz." ve yine Kanun'un 6. maddesinin birinci fıkrasının (b) bendinde "Hürriyeti bağlayıcı cezanın zorunlu kıldığı hürriyetten yoksunluk, insan onuruna saygının korunmasını sağlayan maddî ve manevî koşullar altında çektirilir." şeklindeki düzenlemeler ile açıkça vurgulanmıştır. Dolayısıyla verilen bir mahkûmiyet veya tutuklama kararının infazında mahpus için sağlanacak şartlar insan onuruna saygıyı koruyacak nitelikte olmalıdır. Bu nedenle mahkûmların nakillerinde yapılan muamele ve uygulamaların Sözleşme'nin 3 ve Anayasa'nın 17. maddesine uygun olması ve bu noktadaki değerlendirme de AİHM kararları ile birlikte özellikle Onur Kırıcı Ceza

[77] Orçin, "Avrupa İnsan Hakları Hukuku'nda Tutuklu ve Hükümlülerin Dış Dünya ile İletişim Kurma Hakkı," 121.

veya Muamelenin Önlenmesi Komitesi'nin (CPT) belirlediği standartlar ve ülkemiz hakkında hazırladıkları raporlar çerçevesinde yapılmalıdır.<sup>[78]</sup>

Diğer taraftan Avrupa Cezaevi Kuralları'nın "*Mahpusların nakli*" başlıklı 32. maddesi<sup>[79]</sup> uyarınca mahpuslar bir cezaevine nakledildiğinde veya cezaevinden alındığında ya da mahkeme veya hastane gibi diğer kurumlara sevk edildiğinde, toplumun gözü önünde mümkün olduğunca az tutulmalı ve gerçek kimliklerinin açığa çıkmamasının temini için uygun güvenlik önlemleri alınmalıdır. Ayrıca mahpusların nakillerinin havalandırması veya ışıklandırması yetersiz olan ya da onlara gereksiz olarak fiziksel acı verecek ya da onurlarını kırarak taşıtlarda yapılması yasaklanmalıdır.

Aynı şekilde Mandela Kuralları'nın 47. maddesinde,<sup>[80]</sup> niteliği gereği acı verici ve küçük düşürücü olan zincir, pranga ve diğer kısıtlama araçlarının kullanımı yasaklanmıştır. Kurallara göre, diğer kısıtlama araçlarına ise yasa izin verdiğinde ve hükümlünün kaçmasını ve kendine veya başkalarına zarar vermesini engellemek amacıyla başvurulmalıdır. Tehlikeyi giderici araçlar içinden en az rahatsızlık verici olanı seçilmeli ve araç, gerekli olduğu sürece uygulanmalıdır.<sup>[81]</sup>

Hükümlülerin hangi koşullarda nakledileceklerine ilişkin olarak 5275 sayılı Kanun'un 58. maddesinde de önemli kurallar yer almaktadır. Kanun'un 58. maddesi gereğince hükümlülerin kuruma veya başka bir yere götürülüp getirilmesi sırasında, halkla bir araya gelmelerine ve başkaları tarafından görülmelerine engel olacak tedbirlerin alınması gerekir. Bu kapsamda hükümlü, havalandırma ve ışık durumu yetersiz araçlarla, eziyet verici veya onur kırıcı şekilde nakledilemez. Nakil sırasında alınacak tedbirler, hükümlünün firarını önleyici, halkla bir araya gelmelerine ve başkaları tarafından görülmelerine engel olacak engelleri gerçekleştirici sınırları aşmaması gerekir. Aynı şekilde birbirleriyle ve görevlilerle herhangi bir tartışmaya girmelerini engelleyici boyutları geçemez.

[78] AYM Turan Günana Kararı, Başvuru No: 2013/3550, K.T:9/11/2014, Prg.36.

[79] Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi, "Avrupa Cezaevi Kuralları."

[80] Birleşmiş Milletler Mahpusların İslahı İçin Asgari Standart Kurallar (Nelson Mandela Kuralları), <https://tihv.org.tr>, Erişim Tarihi: 12/03/2022.

[81] Osmanoğlu ve Parlak, "Mahpusların Aileleri," 278.

## 2- Uygulamada Ortaya Çıkan Sorunlar ve AİHM'nin Nakil İçin Belirlediği Kriterler

Uluslararası sözleşme ve kurallar ile ulusal mevzuat hükümlerinde bu kadar açık bir şekilde hükümlü nakillerinin insan onuruna uygun koşullarda yapılması gerektiği belirtilmesine karşın uygulamada nakillerle alakalı ciddi hak ihlalleri yaşanmaktadır. Özellikle;

- Nakiller ve hastanelere gidiş-gelişler sırasında, tutuklu ve hükümlülerin dış güvenliği sağlayan güvenlik personeli tarafından onur kırıcı ve kötü muamele niteliğinde davranışlara maruz kaldıkları,
- Nakil sonrasında, cezaevi girişleri sırasında hükümlülerin somut bir gerekçe olmadan çıplak soyularak aşağılayıcı şekilde aramalara tabi tutuldukları,
- Gerekli güvenlik tedbirlerinin alındığı ring aracıyla şehirlerarası nakil işlemi sırasında herhangi bir somut güvenlik riski bulunmamasına rağmen hükümlülerin kelepçeli olarak nakledildikleri,
- Fiziki olarak yetersiz araçlarla çok uzun mesafeleri içeren nakillerin yapıldığı,
- Aynı şekilde kapasitenin üstünde hükümlünün aynı araçla nakledildiği,

dile getirilen başlıca şikâyet sebepleridir. Sevk ve nakillerin insan onuruna uygun koşullarda yapılması, gerekli tedbirlerin ve yeni uygulamaların geliştirilmesi Devletin pozitif yükümlülükleri arasındadır. Özellikle hükümlülerin güvenli ortamda nakilleri önem arz etmektedir. Bu noktada geçmişte nakillerde yaşanan facialar da bu tedbirlerin alınmasını zorunlu kılmaktadır. Bu noktada 16 Eylül 2012 tarihinde Van'dan İstanbul'a mahkûm götürülen cezaevi aracının Malatya-Kayseri yolunda yanması sonucunda, buldukları bölümün kilidinin açılmaması nedeniyle 5 tutuklu ve hükümlü diri diri yanarak can verirken, 2 şoför ve 10 jandarma yaralı kurtulmuştur. Bu tip faciaların yaşanmaması adına uzak mesafedeki cezaevlerine yapılan nakillerin uygun ve güvenli koşullarda sağlanması gerekir. Bu noktada koşulların oluşması halinde karayolu yerine havayolu imkânlarının da değerlendirilebilmesi gerekir.<sup>[82]</sup>

[82] Aras ve Güverçin, *İnfaz Hukuku*, 459-460.

AİHM uzun mesafeleri kapsayan nakillere ilişkin önemli ihlal kararları vermiştir.<sup>[83]</sup> Mahkeme *Dudchenko /Rusya Kararında*<sup>[84]</sup> toplam nakil süresi birkaç gün süren demiryoluyla nakillerde üç metre karelik bir kompartımana 16 kişinin yerleştirildiği çok sıkışık koşullarda yapılan nakilleri Sözleşme'nin 3. maddesine aykırı değerlendirerek ihlal kararı vermiştir. Benzer şekilde *Guliyev/Rusya Kararında*,<sup>[85]</sup> başvuru, altmış beş saat boyunca daha küçük, iki metre karelik bir kompartımanda tek başına seyahat etmiştir. Bununla birlikte, tutukluların ulaşımı ile ilgili düzenlemeler uyarınca, gardiyanlar sürekli başvuruları kontrol etmiş ve iki saatte bir duruşunu değiştirmeye zorlamıştır. Mahkeme, bunun sonucunda uykudan yoksun bırakmanın, başvuran üzerinde ağır fiziksel ve psikolojik bir yük teşkil ettiğine kanaat getirerek Sözleşme'nin 3. maddesi bağlamında ihlal kararı vermiştir.

AİHM *Tarariyeva/Rusya Kararında*<sup>[86]</sup> ise başvuranın oğlunun cezaevi hastanesine nakledilme koşullarıyla ilgili olarak, başvuranın oğlunun ağır durumunu, yolculuğun süresini ve sağlık durumuna yönelik zararlı etkilerini göz önünde bulundurarak, başvuranın oğlunun standart cezaevi minibüsü ile nakledilmesinin mağduriyetine önemli ölçüde katkıda bulunduğu ve bu nedenle Sözleşme'nin 3. maddesine aykırı olarak insanlık dışı muamele teşkil ettiğine karar vermiştir.

AİHM, meşru amaçlarla hükümlü ve tutukluların aile hayatına saygı hakkına yönelik müdahalelerin demokratik bir toplumda gerekli olup olmadığını incelerken, yetkililerin cezaevi sistemlerinin düzenlenmesinde takdir yetkisine sahip olduklarını ancak bu yetkinin kullanılmasında mahpusların bazı aile ve sosyal bağlarının korunması menfaatine dikkat edilmesi gerektiğini belirtmektedir. Bu bağlamda AİHM vermiş olduğu ihlal kararlarıyla esasen hükümlü ve tutukluların nakline ilişkin kriterleri ortaya koymaya çalışmıştır. Mahkeme özellikle Sözleşme'nin 3. maddesi bağlamında eziyet ve kötü muameleyle dönüşmeden bir nakil sürecinde uyulması gereken esaslara yer vermiştir. Bu bağlamda AİHM istikrar kazanmış geçmiş içtihatları

[83] AİHM Yakovenko/Ukrayna, Başvuru No:15825/06, K.T: 25/10/2007, Prg 110-113; Sudarkov/Rusya Kararı, Başvuru No:3130/03, K.T:10/07/2008, Prg. 63-69.

[84] AİHM Dudchenko /Rusya Kararı, Başvuru No: 37717/05, K.T: 07/11/2017, Prg.131.

[85] AİHM Guliyev/Rusya Kararı, Başvuru No: 24650/02, K.T: 19/06/2008.

[86] AİHM Tarariyeva/Rusya Kararı, Başvuru No: 4353/03, K.T: 14/12/2006.



çerçevesinde *Tomov ve Diğerleri/Rusya Kararında*<sup>[87]</sup> mahpusların nakil ulaşımına ilişkin aşağıdaki standartları ortaya koymuştur: Buna göre;

- Sözleşme'nin 3. maddesinin ihlal edilmediğinin değerlendirilmesi, nakil sırasında bir mahpusun kullanabileceği alanın tamamen sayısal olarak hesaplanmasına indirgenemez. Sadece davanın kendine özgü koşullarına yönelik kapsamlı bir yaklaşım, nakli yapılan kişi bakımından gerçeğin doğru bir tasvirini sağlayabilir.
- Tutukluların kişi başına 0,5 metrekareden az alan sunan araçlarda naklinin yapıldığı durumlarda güçlü bir ihlal varsayımı ortaya çıkar. Bu tür sıkışık koşulların tutuklu bulunan aşırı sayıda kişinin birlikte nakledilmesinden veya kompartımanların kısıtlayıcı tasarımıyla kaynaklanıp kaynaklanmadığı, naklin nedenlerinden ziyade objektif koşullarına ve başvuranlar üzerindeki etkisine odaklanan Mahkeme'nin analizi için önemsizdir.
- Düşük tavan yüksekliği-özellikle mahpusları eğilmeye zorlayan tek mahpus hücrelerinin tavan yüksekliği fiziksel acı ve yorgunluğu artırabilir.
- Mahpus hücreleri yeterince ısıtılmadığında veya havalandırılmadığında, dış sıcaklıklardan yetersiz koruma, ağırlaştırıcı bir faktör olacaktır.
- Sözleşme'nin 3. maddesinin ihlal edildiğine dair güçlü bir varsayım, yalnızca kısa veya arada bir yapılan bir nakil durumunda çürütülebilir. Aksine, aşırı kalabalıklaşmanın zararlı etkilerinin nakillerin daha uzun süreli ve daha sık olmasıyla artacağı değerlendirilmelidir. Bu durum, ihlal vakasını daha da güçlü hale getirmektedir.
- Demiryoluyla gece yolculukları gibi daha uzun yolculuklarla ilgili olarak da, Mahkeme'nin yaklaşımı, sabit tesislerde karşılaştırılabilir niteliktedir. Buna göre kalınan kompartıman alanı, teknik imkânları, kullanan kişi sayısı ve yolculuğun mesafesine göre bir değerlendirme yapılmaktadır. Bu noktada çok katlı ranzalardan dolayı kısıtlı bir zemin alanı tolere edilebilse de, mahpuslar için yetersiz sayıda uyku yeri bulunması veya başka türlü yetersiz uyku

[87] AİHM *Tomov ve Diğerleri/Rusya*, Başvuru No: 18255/10-11-12-13-14-15, K.T: 09/04/2019, Prg.123-128.

düzenlemeleri nedeniyle gece uykusundan yoksun kalması, 3. madde ile uyumsuz olacaktır. Her tutuklu için bireysel bir uyku yeri ayarlanmaması veya yeterli içme suyu ve yiyecek veya tuvalete erişimin temin edilmemesi gibi faktörler, nakiller sırasında mahpusların durumunu ciddi şekilde ağırlaştırmaktadır ve bu 3. maddenin ihlal edildiğinin göstergesidir.

- Nakil koşullarına ilişkin davalara karar verirken Mahkeme, CPT standartlarına ve Sözleşmeci Devletlerin bunlara uymasına dikkat etmeye devam edecektir.

### E) NAKİL TEDBİRLERİNDE ORANTILI HAREKET EDİLMESİ

İdarenin her işlem ve faaliyetinde olduğu gibi cezaevleri arası nakil işlemleri sürecinde de alınacak tedbirler noktasında orantılı hareket etmesi gerekmektedir. Kişi hak ve hürriyetlerinin özüne zarar veren, infazın amacına aykırı ve tedbirin amacını aşan orantısız uygulamalardan kaçınılması gerekmektedir. Nitekim 5275 sayılı Kanun'un "*Nakillerde alınacak tedbirler*" kenar başlıklı 58. maddesinde hükümlülerin kuruma veya başka bir yere götürülüp getirilmesi veyahut nakli sırasında hükümlünün firarını önleyici, halkla bir araya gelmelerine ve başkaları tarafından görülmelerine engel olacak tedbirler alınırken orantılı hareket edilmesi gerektiği vurgulanmıştır.

Nakilde alınacak tedbirlerde temel amaç hükümlünün firarını önlemek, kendisine veya diğer mahkûmlara veyahut kurum personeline zarar vermesi engellemek ve hükümlünün ifşasının önüne geçmektir. Bu amaçlara hizmet etmeyen ve hükümlüye eziyet ve kötü muameleyle dönüşen orantısız tedbirler yasaktır. Sevk sürecinde orantısız tedbirler ve güç kullanımı hak ihlallerine neden olacaktır.<sup>[88]</sup>

### F) GÜVENLİK VE FİRAR RİSKİ OLMAYAN DURUMLARDA KELEPÇE TAKILMAMASI

Hükümlü ve tutuklunun nakil sürecinde sorun oluşturan ve çoğu zaman hak ihlaline neden olan konulardan biri de nakil sırasında kelepçe takılmasıdır. 5275 sayılı Kanun'un "*Zorlayıcı araçların kullanılması*" kenar başlıklı 50. maddesindeki düzenleme uyarınca yetkili makamın önüne getirildiğinde çıkarılmak kaydıyla, sevk ve nakil sırasında kaçmayı önlemek için kelepçe

[88] Arslan, "Hükümlülerin Nakli (Transferi)," 113.

ve bedensel hareketleri kısıtlayıcı araçlar kullanılabilir. Ayrıca maddedeki emredici düzenleme uyarınca çocuk hükümlüler bakımından sevk ve nakil sırasında kelepçe ve bedensel hareketleri kısıtlayıcı araçların kullanılması yasaktır.<sup>[89]</sup> 5275 sayılı Kanun'un "Nakillerde alınacak tedbirler" kenar başlıklı 58. maddesinde ise hükümlülerin kuruma veya başka bir yere götürülüp getirilmesi veyahut nakli sırasında hükümlünün firarını önleyici, halkla bir araya gelmelerine ve başkaları tarafından görülmelerine engel olacak tedbirler alınırken orantılı hareket edilmesi gerektiği vurgulanmıştır.

Avrupa Cezaevi Kurallarının 68. maddesinde<sup>[90]</sup> hükümlü ve tutuklulara kelepçe takılabilecek istisnai haller belirtilmiştir. Bu hallerden biri de nakil sürecidir. Maddedeki düzenleme uyarınca nakil sırasında kaçmaya karşı engelleyici bir önlem olarak kelepçe, deli gömleği ve diğer bedensel kısıtlama araçları kullanılabilir. Avrupa Cezaevi Kurallarında belirtilen bu tedbirlerin son çare ve orantılı olarak başvurulacak tedbirler olduğu unutulmamalıdır.

Mevcut mevzuat hükümleri incelendiğinde hükümlü ve tutukluların sevk ve nakilleri sırasında kelepçe güvenlik ve firar gerekçesiyle takılabilir. Burada esasen kelepçenin takılması zorunluluğu idarenin takdirine bırakılmıştır. Gerekli güvenlik tedbirlerinin alındığı ring aracıyla şehirlerarası nakil işlemi sırasında herhangi bir somut güvenlik ve firar riski bulunmadığı sürece hükümlünün kelepçeli olarak araç içerisinde bekletilmesi keyfi ve orantısız bir uygulama olacaktır. Bu noktada idareye bir takdir hakkı tanınmış olup her takdir hakkının kullanılmasında olduğu gibi somut koşullar çerçevesinde hakkaniyete uygun bir değerlendirmeye bu takdir hakkının kullanılması gerekir. Zira kelepçe yetkili makamın önüne getirildiğinde çıkarılmak kaydıyla, sevk ve nakil sırasında kaçmayı önlemek için takılır. Kişinin kaçma durumu söz konusu değilse saatlerce kelepçeli bir şekilde kapalı araç içerisinde tutulma nihayetinde Sözleşme'nin 3. ve Anayasa'nın 17. maddesi kapsamında kötü muameleye dönüşebilir.<sup>[91]</sup>

Sevk ve nakil sırasında kelepçe gibi hareket kısıtlayıcı araçların kullanılması, hukuka uygun bir tutma kararıyla ilgili olarak uygulanması ve makul ölçüde gerekli olandan fazla güç kullanmayı içermemesi veya kişinin

[89] Özbek, *İnfaz Hukuku*, 423.

[90] Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi, "Avrupa Cezaevi Kuralları."

[91] Aras ve Güverçin, *İnfaz Hukuku*, 582.

kelepçeli halini kamuya ifşa etme amacı taşımaması halinde Sözleşme'nin 3. maddesi bakımından bir sorun doğurmaz. Bu işlemin uygulanmasında kişinin kaçma, yaralamaya veya bir zarara sebebiyet verme riski bulunup bulunmadığı dikkate alınmalıdır.<sup>[92]</sup>

### G) AÇIK CEZAEVLERİNE NAKİLLERDE YAŞANAN SORUNLAR

5275 sayılı Kanun'da öngörülen düzenleme gereğince açık ceza infaz kurumlarına nakiller kurum görevlisi olmaksızın yapılır. Bu hâlde hükümlünün, aynı il sınırları içinde bulunan ceza infaz kurumları arasındaki nakillerde aynı gün içinde; farklı illerde bulunan ceza infaz kurumları arasındaki nakillerde ise kurum amirinin kırksekiz saati geçmeyecek şekilde belirleyeceği süre içinde, nakledildiği açık ceza infaz kurumuna giriş yapması gerekir. Belirlenen sürelerde açık ceza infaz kurumuna giriş yapmayan hükümlüler hakkında 5275 sayılı Kanun'un 97. maddesi hükümleri uygulanır. 5275 sayılı Kanun'un "İzinden dönmeme, geç dönme" kenar başlıklı 97. maddesi uyarınca izinden dönmeyen veya iki günden fazla bir süre geçtikten sonra dönen hükümlüler hakkında Türk Ceza Kanunu'nun 292. ve izleyen maddelerinde yazılı hükümler uygulanır. 7242 sayılı Kanun'un 40. maddesi ile 5275 sayılı Kanun'un 97. maddesinde yapılan değişiklik kapsamında<sup>[93]</sup> salgın hastalık, doğal afet, savaş veya seferberlik durumunda bu sebeplerden dolayı izinden dönemeyen veya geç dönen hükümlülere ceza verilmez. Ancak izin süresini iki gün veya daha az bir süre geçiren hükümlüler hakkında disiplin işlemi yapılır. İzinden dönmeyen veya iki günden fazla bir süre geçtikten sonra dönen hükümlüler ile firar eden hükümlülere bir daha özel izin verilmez. Buna karşılık çocuk eğitimevlerine nakiller kurum görevlisinin nezaretinde yapılır.<sup>[94]</sup>

[92] Osman Doğru ve Atilla Nalbant, *İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi Açıklama ve Önemli Kararlar I*, (Ankara: T.C. Yargıtay Başkanlığı Yayını, 2012), 69.

[93] 7242 sayılı Kanun'un 40'inci maddesi ile 5275 sayılı Kanun'un 97'nci maddesinin birinci fıkrasına "Salgın hastalık, doğal afet, savaş veya seferberlik durumunda bu sebeplerden dolayı izinden dönemeyen veya geç dönen hükümlülere ceza verilmez." cümlesi eklenmiş, ikinci fıkrasının ikinci cümlesi (İzinli iken firar eden hükümlüye bir daha izin verilmez) yürürlükten kaldırılmış ve maddeye 3'üncü fıkraya olarak "İzinden dönmeyen veya iki günden fazla bir süre geçtikten sonra dönen hükümlüler ile firar eden hükümlülere bir daha özel izin verilmez." hükmü eklenmiştir.

[94] Erdoğan, *İnfaz Hukuku*, 1169.

Açık ceza infaz kurumunda bulunan hükümlü başka bir açık cezaevine nakil olduğunda, infaz dosyası zamanında gönderilmediğinden hükümlü izin hakkını kullanamamaktadır. Bu nedenle hükümlü nakil olunca infaz dosyasının bir an önce ilgili infaz savcılığına gönderilmesi veya ilgili dosyanın bir an önce UYAP üzerinden iletilmesi gerekmektedir.

Hükümlünün izne ayrıldıktan sonra izin dönüş saatinin belirlenmesinde 5275 sayılı Kanun'un 58. maddesinin üçüncü fıkrasının dikkate alınması gerekir. Yani aynı il sınırları içerisinde bulunan ceza infaz kurumları nakillerde aynı gün içerisinde, farklı illerde bulunan ceza infaz kurumları arasındaki nakillerde ise kurum amirinin 48 saati geçmeyecek şekilde belirleyeceği sürede dönüşün gerçekleşmesi gerekir.

Hükümlünün izin süresini geçirdikten sonra 5275 sayılı Kanun'un 97. maddesinin ikinci fıkrası gereğince 2 gün (48 saat) içerisinde teslim olması durumunda, disiplin suçunun uygulanması ancak 2 günden sonra teslim olması durumunda hakkında firar işlemi yapılması gerekmektedir.

Firarla ilgili soruşturmanın ve disiplin işleminin hangi savcılıkça yapılacağı hususunda tereddütler bulunduğu, çözüm önerisi olarak hükümlünün nakil olduğu, ancak giderek teslim olmadığı cezaevinin bağlı bulunduğu infaz savcılığınca soruşturma ve disiplin işleminin yapılması gerektiği düşünülmektedir.

Diğer taraftan Açık Ceza İnfaz Kurumlarına Ayrılma Yönetmeliği'nin "Açık kurumlar arası nakil kararı" kenar başlıklı 11. maddesinde 22.08.2015 tarihli ve 29453 sayılı Resmi Gazete'de yayınlanan değişikliklerle yeni hükümlere yer verilmiştir. Buna göre maddenin birinci fıkrasında yapılan değişikliklerle hükümlülerin nakillerine ilişkin olarak en az üç tane kurum ismi bildirmeleri gerekir. Önceki düzenlemede ise hükümlüler gitmek istedikleri en fazla beş kurumu bildirebiliyorlardı. Yine maddenin üçüncü fıkrasında yapılan değişikliklerle daha önceden sadece koşullu salıverilme tarihine beş aydan az süre kalan hükümlünün başka açık kurumlara nakil taleplerinin ilgili Cumhuriyet başsavcılığı tarafından reddedileceği düzenlenmişken yeni düzenleme ile hak ederek tahliyelerine veya koşullu salıverilmelerine ya da cezasının kalan kısmının denetimli serbestlik tedbiri uygulanmak suretiyle infazına beş aydan az süre kalan hükümlülerin başka açık kurumlara nakil taleplerinin, Cumhuriyet başsavcılığınca reddedileceği hüküm altına alınmıştır. Görüldüğü üzere hak ederek tahliyelerine ya da cezasının kalan kısmının denetimli serbestlik tedbiri uygulanmak suretiyle infazına beş

aydan az süre kalan hükümlüler de artık açık ceza infaz kurumuna nakil talebinde bulunamayacaklardır.

Yönetmeliğin 5. maddesinde beş aylık süreden bahsedilmişse de, bu süre 5275 sayılı Kanun'un "*Kendi istekleri ile nakil*" kenar başlıklı 54. maddenin birinci fıkrasının (c) bendinde yer alan "*koşullu salıverilmelerine beş aydan az süre kalmamış olması*" hükmüne dayanmaktaydı. Ancak 5275 sayılı Kanun'un 54. maddesinin birinci fıkrasının (c) bendi; "*koşullu salıverilmelerine beş aydan az süre kalmamış olması*" şeklinde iken 7242 sayılı Kanun'un 30. maddesiyle (c) bendi "*ceza infaz kurumlarında bulunulması gereken sürenin üç aydan fazla olması*" şeklinde değiştirilmiştir.

Kanun'daki düzenlemede (m. 54/1-c) 7242 sayılı Kanun değişikliği öncesi Yönetmelikte belirtildiği üzere koşullu salıverilmelerine beş aydan az süre kalmamış olması gerektiği belirtilmişse de 7242 sayılı Kanun'la 5275 sayılı Kanun'un 54/1-c maddesi ceza infaz kurumlarında bulunulması gereken sürenin üç aydan fazla olması şeklinde değiştirilmiştir. Bu nedenle Yönetmelikteki hüküm Kanun'dan farklı hale kavuşmuştur. Yönetmelikteki hükmün de Kanun'a göre yeniden düzenlenmesi gerekmektedir. Kanun maddesindeki düzenleme uyarınca nakil için dilekçe tarihi itibarıyla hak ederek tahliyelerine veya koşullu salıverilmelerine ya da cezasının kalan kısmının denetimli serbestlik tedbiri uygulanmak suretiyle infazına beş aydan az süre kalan hükümlülerin başka açık kurumlara nakil taleplerinin, Cumhuriyet başsavcılığınca reddedileceği hükmü uygulanmayacak bunun yerine dilekçe tarihi itibarıyla ceza infaz kurumlarında bulunulması gereken sürenin üç aydan fazla olması şartı aranacak, bu şart gerçekleşmemişse nakil talebi reddedilecektir.

### III. NAKİL İŞLEM VE KARARLARINA KARŞI BAŞVURU YOLU

#### A) NAKİL İŞLEM VE KARARLARINA KARŞI BAŞVURULACAK KANUN YOLU

İdarenin bütün işlem, eylem ve kararları idari ve yargısal denetime tabi olduğu gibi cezaevi idaresinin hükümlü veya tutuklunun nakline ilişkin işlem ve kararları da idari ve yargısal denetime tabidir. Aynı şekilde nakil sırasında meydana gelecek eziyet veya kötü muamele tarzı uygulamalar da idari, hukuki ve cezai denetime tabidir. Bu kapsamda hükümlünün kendi isteği ya da diğer sebeplerle nakillerine ilişkin işlem, faaliyet ve kararlara karşı genel hüküm niteliğinde olan 4675 sayılı Kanun'un 4 ve 5. maddeleri

gereğince infaz hâkimliğine şikâyet yoluna başvurulabilir.<sup>[95]</sup> Zira Kanun'un "İnfaz hâkimliklerinin görevleri" kenar başlıklı 4. maddesinin birinci fıkrasının ikinci bendinde yer alan "Hükümlülerin cezalarının infazı, müşahedeye tâbi tutulmaları, açık cezaevlerine ayrılmaları, izin, sevk, nakil ve tahliyeleri; tutukluların sevk ve tahliyeleri gibi işlem veya faaliyetlere ilişkin şikâyetleri incelemek ve karara bağlamak" hükmü gereğince nakilden kaynaklı şikâyetlerde infaz hâkimliği görevlidir.

Bu noktada her ne kadar Uyuşmazlık Mahkemesi hükümlünün başka bir ceza infaz kurumuna nakline ilişkin Adalet Bakanlığı Ceza ve Tevkifevleri Genel Müdürlüğü işleminin iptali istemiyle açılan davanın idari yargı yerinde görülmesi gerektiği yönünde karar vermiş ise de bunun hukuken kabulü mümkün değildir. Zira 7242 sayılı Kanun'la 4675 sayılı Kanun'da yapılan son yasal değişikliklerle birlikte infaz hâkimliklerinin infaz sürecinin ihtisas mahkemesi haline gelmişlerdir. Ayrıca 4675 sayılı Kanun'un "İnfaz hâkimliklerinin görevleri" kenar başlıklı 4. maddesindeki açık hüküm gereğince hükümlülerin sevk ve nakilleriyle ilgili işlem veya faaliyetlere ilişkin şikâyetleri incelemek ve karara bağlamak noktasında infaz hâkimlikleri yegâne görevli mercidir. Burada Adalet Bakanlığı Ceza ve Tevkifevleri Genel Müdürlüğü işleminin idari işlem olması nedeniyle Uyuşmazlık Mahkemesi idari yargıyı görevli kabul etse de esasen infaz sürecindeki birçok işlem ve kararın nitelik olarak idari işlem ve karar olmasına rağmen Kanun koyucunun özel tercihi ile bu konudaki şikâyetlerde infaz hâkimlikleri görevlendirilmiştir. Dolayısıyla Uyuşmazlık Mahkemesinin bu konudaki gerekçesi kanun koyucunun iradesine de aykırıdır. Bir de infaz sürecinde kararların ivedi olarak verilip infazın ona göre devamının sağlanması gerektiği göz önüne alındığında bu tip işlemler için idari yargının görevli kabul edilmesi hem idare hem de hükümlü veya tutuklu bakımından uzun bir idari yargılama sürecinin oluşmasına neden olacaktır. Kaldı ki idari yargılama usulündeki yargılama aşaması dikkate alındığında çoğu zaman bu dava sürecinin infazın tamamlanmasına rağmen tamamlanamadığı veya tamamlansa bile infaz sürecine bir katkısının kalmadığı görülmektedir. Dolayısıyla infaz sürecinin kendine has yapısı ve bu konudaki kararların ivedi olarak verilmesi gereği dikkate alındığında bu konuda ihtisas mercii haline gelen infaz hâkimliklerinin nakil de dâhil olmak üzere verilen idari kararları denetim

[95] Özmen, "Türkiye'de Cezaevlerinin İdari Açından Denetimi," 81; 1. CD., E. 2002/3120, K. 2002/2946, K.T., 5.7.2002.

mercii olarak kabul edilmesi usul ekonomisi ve hükümlü ve tutuklu hakları bakımından da daha pratik bir çözüm olacaktır.

Diğer taraftan infaz hâkimliğine şikâyetle başlayan süreç ağır ceza mahkemesine itiraz ve nihayetinde Anayasa Mahkemesine bireysel başvuru aşaması ile tamamlanmakta ve böylece iç hukuk yolları tüketilmektedir. Anayasa Mahkemesi'nin lehe karar vermemesi halinde ise AİHM nezdinde hak ihlali nedeniyle bireysel başvuru yapılabilir.

İç hukuk yollarının tüketilmesi sonrası bireysel başvuru olarak uyuşmazlık AİHM nezdinde derdestken Bakanlık tarafından nakil talebinin kabulü halinde de AİHM başvurucunun mağdur sıfatı devam ettiği için bireysel başvuruyu başvuru aşamasındaki koşullara ve oluşan maddi ve manevi zararlar ile oluşan hak ihlalleri çerçevesinde incelemeye devam edecektir. Nitekim AİHM, *Avşar ve Tekin/Türkiye Kararında* başvuruculardan Avşar yönünden AİHM nezdinde bireysel başvuru yapıldıktan sonra talep ettiği cezaevine naklinin yapılması nedeniyle mağdur sıfatının olmadığı Hükümet tarafından iddia edilmişse de Mahkeme, başvuran hakkında verilen uygun bir kararın veya tedbirin, ulusal makamların açıkça veya özet olarak kabul ettiği ardından Sözleşme ihlalinin telafi edildiği takdirde, genellikle mağdur niteliğinden yoksun bırakılması için yeterli olmadığını hatırlatmaktadır.<sup>[96]</sup>

Mahkemeye göre ancak, başvuran hakkında uygun bir kararın veya tedbirin verilmesinin yanında Sözleşme ile güvence altına alınan hakkın ihlalinin, yerel düzeyde telafi edilmesi için “uygun” ve “yeterli” tazminat elde edilmesi halinde Sözleşme'nin koruma mekanizmasının ikincil niteliği, başvurunun incelenmesini engellemektedir.<sup>[97]</sup> Bu bağlamda, Mahkeme, şayet başvurudan belirli bir cezaevine sevk edilme talebine yönelik olumlu bir cevabın ancak kendisine uygun bir tedbir olabileceğini kabul ederse, bu tedbir hakkında karar vermeden önce, ailesinden uzak bulunan cezaevlerinde uzun yıllar geçirdiği göz ardı edilemez. Öte yandan, bu tedbire, yetkili ulusal mahkemeler tarafından Sözleşme ile korunan hak ihlalinin açıkça tanınması da eşlik etmemiştir- en azından, Hükümet bunu savunmamaktadır. Ayrıca,

[96] Benzer nitelikte AİHM Scordino/İtalya Kararı, [BD], Başvuru No: 36813/97, Prg.179-180) ve Gäfgen/Almanya Kararı ([BD], Başvuru No. 22978/05, K.T:01/06/2010, Prg.115) kararları da bulunmaktadır.

[97] AİHM Rooman/Belçika Kararı, [BD], Başvuru No:18052/11, K.T:31/01/2019, Prg.129.



bu tedbir, başvuranın özel hayatına ve aile hayatına saygı hakkının ihlal edildiğine dair bir onay olarak yorumlanamaz. Sonuç olarak, Mahkeme, başvuran Avşar'ın mağdur sıfatını kaybettiğine ilişkin Hükümetin itirazını reddetmektedir.

## **B) NAKİL SIRASINDA MADDİ VE MANEVİ ZARARA UĞRANILMASI HALİNDE BAŞVURULACAK KANUN YOLU**

Kamu hizmetini yürütmekle görevli kılınmış kamu kurumunun, anılan hizmetin yürütülmesi sırasında kişiye verdiği ileri sürülen zararın tazmini istemiyle açılan davanın görülmesi ve kamu hizmetinin yöntemince yapıлып yapılmadığının tespiti, idari yargının görevine girmektedir.

Nakil sırasında meydana gelecek eziyet veya kötü muamele tarzı uygulamalar da idari, hukuki ve cezai denetime tabidir. Bu bağlamda hükümlü hakkındaki nakil işleminin haksız olarak gerçekleşmemesi veya nakil sırasında meydana gelen hukuka aykırı uygulamalar nedeniyle oluşan maddi ve manevi zararlara ilişkin uyuşmazlığın idari yargı yerince çözümlenmesi gerekmektedir. Zira Anayasa'nın 125. maddesinin son fıkrasındaki düzenleme uyarınca idare, kendi eylem ve işlemlerinden doğan zararı ödemekle yükümlüdür. Bu kapsamda hükümlülerin yerleştirileceği ceza infaz kurumlarını belirleme ve hükümlülerin nakil taleplerini değerlendirme görevi Adalet Bakanlığı Ceza ve Tevkifevleri Genel Müdürlüğüne aittir. Genel Müdürlüğün buradaki görevi idari bir görevdir ve bu idari işlem ve kararlardan dolayı bir zarar meydana gelmişse idare bundan sorumlu olacaktır. Dolayısıyla 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 2.maddesi uyarınca hükümlünün kalacağı ceza infaz kurumunun belirlenmesi ve bu nedenle yapılan nakil işlemleri birer idari işlemdir. Bu işlemlere yönelik itiraz ve şikâyet niteliğindeki başvurular bakımından infaz hâkimliği görevli olsa da bu nakle ilişkin idari işlem ve kararlar ile nakil sürecinde idarenin uygulamalarından kaynaklanan maddi ve manevi zararların tazmin yeri idari yargıdır. Nitekim yakın tarihte Uyuşmazlık Mahkemesi ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası ile hükümlü olup, sağlık sorunları bulunan davacı tarafından; hastalığına uygun bir ceza infaz kurumu arayışı nedeniyle 16.02.2011 ile 02.04.2014 tarihleri arasında altı farklı ceza infaz kurumunda bulundurulduğundan bahisle uğranıldığı ileri

sürülen maddi ve manevi zararın tazmini istemiyle açılan davanın idari yargı yerinde görülmesi gerektiğine karar vermiştir.<sup>[98]</sup>

## SONUÇ

Çağdaş infaz siteminde cezaevinin disiplin, düzen ve güvenliği noktasında idareye geniş bir yetki alanı ve takdir hakkı verilmiştir. İdareye tanınan bu yetki ve takdir hakkı kullanılırken çağdaş infaz rejiminin beklentileri doğrultusunda hükümlü ve tutuklunun temel haklarının da göz önünde bulundurulması gerekmektedir. Nihayetinde cezaevi hizmetindeki kamusal amaç, bu kişilerin ıslahı ve tekrardan topluma kazandırılması olduğundan bu hizmetin sunulması sürecinde tutuklu veya hükümlünün yok sayılması modern infaz rejimi anlayışına aykırı olacaktır.

Cezaevlerinin etkin ve verimli olarak idaresi kapsamında, 5275 sayılı Kanun'un 53 ila 58. maddeleri uyarınca hükümlü ve tutuklular kendi istekleri veya toplu sevk, disiplin, asayiş ve güvenlik, hastalık, eğitim, öğretim, suç ve yargılama yeri nedenleriyle başka bir kuruma nakledilmeleri veya geçici olarak dış kurumlara götürülüp getirilmeleri gündeme gelmektedir. Bu tip nakillerde kurum güvenliği, kapasitesi ve personel durumu gibi yasal meseleler önemli olduğu kadar hükümlü veya tutuklunun kişisel veya ailevi durumu, sağlık sorunları, yargılama durumu gibi hususların da karar sürecinde göz önünde bulundurulması gerekmektedir. Burada infaz sürecini olumsuz etkileyen, kamu yararı bulunmadığı gibi hükümlü veya ailesi bakımından da faydadan ziyade ciddi manada olumsuz etki ve sonuçlar doğuran nakil kararları alınmamalıdır. Bu noktada kişi mahkûmiyet kararıyla özgürlük ve güvenlik hakkını kaybetse de diğer haklarını hapis hayatının elverdiği ölçüde kullanacaktır. Yaşam hakkı, Eğitim, sağlık ailenin korunması gibi temel hakların korunması için gerekli tedbirlerin alınması gerekmektedir.

Nakil süreci gündeme geldiğinde hükümlünün ve ailesinin durumu ile nakli gerektiren sebeplerin iyi analiz edilmesi gerekmektedir. Kamusal fayda ile bireysel fayda arasında iyi bir dengenin kurulması gerekmektedir. Nakil karar sürecinde hükümlünün aile bütünlüğünün özellikle dikkate alınması gerekmektedir. Zira hapis yaşamıyla birlikte bir suç işlememiş olmalarına rağmen başta çocuklar olmak üzere aile bireyleri bu hapis yaşamının ve cezaevi sürecinden kaynaklı sorunların bir parçası haline gelmektedirler.

[98] Uyuşmazlık Mahkemesi Hukuk Bölümü, 2017/591 E., 2018/3 K. , 29/1/2018 T.

Dolayısıyla hapis hayatının kaçınılmaz olarak getirdiği kısıtlamaların ötesinde aile bireylerine ekstrasadan maddi ve manevi zorluk ve külfet getirecek uygulamalardan kaçınılması gerekmektedir. Bu kapsamda ailesi Kars'ta ikamet eden bir hükümlünün hiçbir somut güvenlik ve firar riski olmamasına rağmen kapasite yoğunluğu gibi matbu ve soyut gerekçelerle Silivri Cezaevine nakledilmemesi gerekir. Bu çerçevede devlet imkânlar ölçüsünde hükümlünün aile bütünlüğünü koruma yükümlülüğü altındadır. Dolayısıyla bu yükümlülüğün gereği doğrultusunda nakil işlemlerinin gerçekleştirilmesi gerekmektedir.

Nakil süreçlerinde sıkıntı oluşturan hususlardan biri de hasta hükümlü ve tutukluların hastalık nedeniyle nakilleridir. Hükümlü veya tutuklunun yaşam hakkının korunması ve etkin bir sağlık hizmeti alabilmesi bakımından kurumun ivedi karar vermesi önem arz etmektedir. Bu alandaki gecikmeler hastalık nedeniyle cezaevlerindeki ölümleri arttırmaktadır.

Diğer taraftan nakil sürecinde hassas davranılması gerekir. Hizmet gerekleriyle bağdaşmayan, kamusal yararı bulunmayan ve hükümlü ve ailesi için, aile bütünlüğünün ihlali, eziyet ve kötü muamele gibi hak ihlali sonuçlarını doğuran nakil işlemlerinden kaçınılması gerekir. Naklin hükümlü ve tutuklu bakımından insani koşullarda ve uygun araçlarla yapılması gerekir. Nakil sürecinde güvenlik ve firar riskleri göz önüne alınarak bir kısım tedbirlerin alınması kaçınılmaz olmakla birlikte bu tedbirlerde de orantılı hareket edilmesi gerekir. Hiçbir güvenlik ve firar riski olmamasına rağmen 20 saatlik bir nakil sürecinde ilgilinin sürekli kelepçeli tutulması orantısız bir uygulama olacaktır. Bu noktada nakil sürecinin eziyet ve kötü muameleyle dönüşmeden tamamlanması noktasında gerekli önlemlerin alınması gerekmektedir. Nakledilecek hükümlünün suç durumu, kişiliği, firar etme riski, sağlık durumu, nakledecek cezaevinin mesafesi gibi hususlar bir bütün olarak değerlendirilerek bir nakil programı hazırlanmalıdır. Bu kapsamda uçak ile ulaşımın mümkün olduğu uzak mesafedeki bir cezaevine kötü ve donanımsız ring araçlarıyla nakil yapılması Sözleşme'nin 3. maddesi kapsamında hak ihlallerine neden olabilir. Bu nedenle insanı örselemeden bir nakil süreci yaşanabilmesi bakımından modern ulaşım araç ve gereçleri dâhil olmak üzere bütün imkânların kullanılması ve gerekli tedbirlerin alınması gerekmektedir.

## KAYNAKÇA

- Akkaya, Çetin. *Açıklamalı-İçtihatlı Cezaların Belirlenmesi Ceza Ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı ve İnfaz Hukuku*. Ankara: Kartal, 2006.
- Aras, Bahattin ve Sezgin Güverçin. *İnfaz Hukuku*. Ankara: Yetkin, 2021.
- Arslan, Cihat. “Hükümlülerin Nakli (Transferi).” Yüksek Lisans Tezi, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 2010.
- Coyle, Andrew. *Cezaevi Yönetimini İnsan Haklarını Göz Önüne Alan Bir Yaklaşım*, Uluslararası Araştırmaları Merkezi. Londra: 2002). <https://prisonstudies.org/sites/default/files/resources/downloads/turkish3.pdf>, Erişim Tarihi: 12703/2022.
- Demirbaş, Timur. *İnfaz Hukuku*. 8. Baskı, Ankara: Seçkin, 2021.
- Doğru, Osman ve Atilla Nalbant, *İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi Açıklama ve Önemli Kararlar I*. Ankara: T.C. Yargıtay Başkanlığı Yayını, 2012.
- Dönmez, Halit. “CMK 102’deki Tutukluluk Süresiyle İlgili Değerlendirme.”, *Ankara Barosu Dergisi* 68, No:4, (Temmuz, 2010), 189-198.
- Erdoğan, Oktay. *İnfaz Hukuku*, Ankara: Adalet, 2022.
- Korkmaz, Ali. “İnsan Hakları Bağlamında Özel Hayatın Gizliliği ve Korunması.” *KMÜ Sosyal ve Ekonomik Araştırmalar Dergisi*, no.16, (Eylül, 2014), 99-103.
- Orçin, Melike. “Avrupa İnsan Hakları Hukuku’nda Tutuklu ve Hükümlülerin Dış Dünya ile İletişim Kurma Hakkı.” Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2020.
- Osmanoğlu, Bilal ve Oğuzhan Emre Parlak. “Mahpusların Aileleri ve Yakınlarıyla Görüşme Hakkı.” *YÜHFD* 28, no:1, (Ocak, 2021): 237-290.
- Özbek, Veli Özer. *İnfaz Hukuku*, 14. Baskı. Ankara: Seçkin, 2021.
- Özkavalcı, Nimet. *İnfaz Hâkimliği*. 3. Baskı. Ankara: Seçkin, 2021.
- Özmen, Metin. “Türkiye’de Cezaevlerinin İdari Açından Denetimi.” Yüksek Lisans Tezi, Gazi Üniversitesi, Ankara, 2007.

- Saldırım, Mustafa. “Uluslararası Hukuk Açısından Türkiye’deki Tutuklu ve Hükümlülerin Eğitim Hakkı.” *Adalet Dergisi*. no. 20, (Eylül, 2004): 91-103.
- “Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi’nin Üye Devletlere Avrupa Cezaevi Kuralları Hakkında Rec (2006) 2 Sayılı Tavsiye Kararı (Avrupa Cezaevi Kuralları)”, [https://cte.adalet.gov.tr/Resimler/Dokuman/1982019151\\_705\\_tavsiye\\_kararlari.pdf](https://cte.adalet.gov.tr/Resimler/Dokuman/1982019151_705_tavsiye_kararlari.pdf), Erişim tarihi:21/02/2022.
- “Birleşmiş Milletler Herhangi Bir Şekilde Tutulan veya Hapsedilen Kişilerin Korunmasına İlişkin Prensipler Bütünü”, [chrome-extension://efaidnbmnnnibpcajpcglclefindmkaj/viewer.html?pdfurl=https%3A%2F%2Finhak.adalet.gov.tr%2FResimler%2FDokuman%2F2312020094946bm\\_24.pdf&cLen=185894&chunk=true](chrome-extension://efaidnbmnnnibpcajpcglclefindmkaj/viewer.html?pdfurl=https%3A%2F%2Finhak.adalet.gov.tr%2FResimler%2FDokuman%2F2312020094946bm_24.pdf&cLen=185894&chunk=true), Erişim tarihi:03/03/2022.
- “Birleşmiş Milletler Mahpusların Islahı İçin Asgari Standart Kurallar (Nelson Mandela Kuralları)”, <https://tihv.org.tr>, Erişim tarihi: 12/03/2022.
- “Ceza İnfaz Kurumu İstatistikleri”, 2020: <https://data.tuik.gov.tr/Bulten/Index?p=Ceza-Infaz-Kurumu-İstatistikleri-2020-37202>, Erişim tarihi: 10/03/2022.
- “Ceza İnfaz Kurumunda Bulunan Tutuklu/Hükümlü Mevcutları”, <https://cte.adalet.gov.tr/Home/SayfaDetay/cik-istatistikleri12012021090932>, Erişim tarihi: 10/03/2022.



# Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı'nın Avrupa Birliği Parlamentosu Konseyi ve Komisyonunun Faaliyetleri Üzerindeki Etkisi

Servet ALYANAK\*

---

**Bu makale hakem incelemesinden geçmiştir ve TÜBİTAK–ULAKBİM Veri Tabanında indekslenmektedir.**

\* Doç. Dr., Türkiye Adalet Akademisi Öğretim Görevlisi-Hâkim.  
([seralyanak06@gmail.com](mailto:seralyanak06@gmail.com)), ORCID ID: [0000-0002-3551-7363](https://orcid.org/0000-0002-3551-7363)

**Makale geliş tarihi:** 28 Haziran 2022 **Makale kabul tarihi:** 3 Ekim 2022

**Atıf önerisi:** Alyanak, Servet. "Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı'nın Avrupa Birliği Parlamentosu Konseyi ve Komisyonunun Faaliyetleri Üzerindeki Etkisi." *Ankara Barosu Dergisi* 80, no. 4 (Ekim 2022): 283-322.

**DOI:** [10.30915/abd.10.30915/abd.1137072](https://doi.org/10.30915/abd.10.30915/abd.1137072)

## AVRUPA BİRLİĞİ TEMEL HAKLAR ŞARTI'NIN AVRUPA BİRLİĞİ PARLAMENTOSU KONSEYİ VE KOMİSYONUNUN FAALİYETLERİ ÜZERİNDEKİ ETKİSİ

### ÖZ

Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı'nın AB Antlaşmaları (AB Antlaşması ve Avrupa Birliğinin İşleyişi Hakkında Antlaşma 'ABİHA') ile aynı hukuki değere ulaşmasını sağlayan Lizbon Antlaşmasının yürürlüğe girmesinden bu yana on üç yıl ve Avrupa Birliği'nin üç büyük siyasi kurumu olan Parlamento, Konsey ve Komisyon tarafından 7 Aralık 2000'de Nice Avrupa Konseyi Zirvesinde bu Şart'ın ilk ilanından bu yana neredeyse yirmi iki yıl geçti. Bu süre içerisinde Temel Haklar Şartı içerisinde yer alan hakların AB'nin siyasi kurum ve organlarının uygulamalarında ne gibi etkiler doğurduğunun ortaya konulması ve analiz edilmesi önem arz etmektedir. Son yıllarda; Avrupa Parlamentosu, Konsey ve Avrupa Komisyonu, temel hak korumasını güçlendirmiş, AB mevzuatının ve politikalarının Şart'a tam olarak uymasını sağlamak için sağlam bir araç kutusu geliştirmişlerdir. AB vatandaşlarının haklarını etkin bir şekilde korumayı amaçlayan yasal bir araç olarak AB'nin en önemli üç kurumu tarafından Şart'ın nasıl uygulandığı ile bu süreçte Şart'ın fiilî etkisi ve kullanımını değerlendirilmiştir.

### Anahtar kelimeler

Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı

Temel haklar

AB Komisyonu

AB Konseyi

AB Parlamentosu



## THE IMPACT OF THE EUROPEAN UNION CHARTER OF FUNDAMENTAL RIGHTS ON THE ACTIVITIES OF PARLIAMENT, COUNCIL AND COMMISSION OF THE EUROPEAN UNION

### ABSTRACT

Thirteen years have passed since the entry into force of the Lisbon Treaty, which enables the European Union Charter of Fundamental Rights to attain the same legal value as the EU Treaties (EU Treaty and Treaty on the Functioning of the European Union ‘TFEU’), and almost twenty-two years have passed since the first declaration of this Charter at the European Council Summit in Nice by the three major political institutions of the European Union, the Parliament, the Council and the Commission, on 7 December, 2000. It is important to reveal and analyze what kind of effects the rights included in the Charter of Fundamental Rights have had on the implementations of the EU’s political institutions and organs during this period. Over the recent years, the European Parliament, the Council, and the European Commission have strengthened their fundamental rights protection and developed a solid toolbox to ensure that EU legislation and policies fully respect the Charter. As a legal instrument aiming to effectively protect the rights of EU citizens, the actual impact and use of the Charter and how it is implemented by the three most important institutions of the EU in this process have been evaluated.

### Keywords

EU Charter of Fundamental Rights

fundamental rights

EU Commission

EU Council

EU Parliament

*“Avrupa Birliği; sadece siyaset, siyasi partiler, kurallar, çeşitli düzenlemeler, piyasalar ya da para birimleri ile ilgili değildir, nihayetinde -ve her şeyden önce- insanlarla ve onların özlemleriyle ilgilidir, özgürlükleri, değerleri ve sade bir anlatımla daha iyi bir gelecek inşası için bir arada duran insanlarla ilgilidir.”*

AB Komisyonu Başkanı Von Der Leyen,  
27 Kasım 2019

## GİRİŞ

Avrupa Birliği (AB) hukuk düzeni kapsamında gerçekleştirilecek yasal düzenlemelerin kabulü sürecinde, Birliğin üç ana organı olan AB Konseyi, AB Parlamentosu ve AB Komisyonu, hazırladıkları mevzuat tekliflerinin Temel Haklar Şartı'nda yer alan hak, özgürlük ve ilkelere uygun olmasını sağlamakla sorumludur. Aşağıda, Temel Haklar Şartı'nın AB Parlamentosu, AB Konseyi ile AB Komisyonunun faaliyetleri üzerindeki etkisi analiz edilecektir. Makale, Temel Haklar Şartı'nın AB kurumları üzerindeki etkisini analiz edecek ve Şart'ın bu kurumların yapılarına ve faaliyetlerine olan etkisini de değerlendirecektir. AB Antlaşmasının 6(1) maddesinde; “Birlik, 12 Aralık 2007 tarihinde Strazburg'da uyarlandığı haliyle, Antlaşmalarla aynı hukuki değere sahip olan 7 Aralık 2000 tarihli Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı'nda yer alan hakları, özgürlükleri ve ilkeleri tanır” düzenlemesi yer almaktadır. Dolayısıyla, Temel Haklar Şartı, hukuki nitelik olarak AB hukukunun birincil kaynakları<sup>[1]</sup> arasında yer almakta ve Avrupa Birliği'nin “maddi anayasasının” bir parçası olarak değerlendirilmektedir. Bu haliyle Temel Haklar Şartı, Avrupa değerlerinin bir mihenk taşı olarak temel haklara saygıyı teyit etmektedir. Gerek AB kurumlarının gerek Üye Devletlerin AB

[1] AB hukukunun birincil kaynakları, AB Antlaşması ve ABİHA ile bu antlaşmaların ekleri, protokolleri ve bu antlaşmalarda değişiklik yapan antlaşmalardan oluşur. Bu konuda ayrıca bkz. Ayşe Füsün Arsava, “AB Temel Haklar Şartının AB Hukuku İle İlişkisi,” *Uyumsuzluk Mahkemesi Dergisi* 7, (2016): 149-51; Matteo Manfredi, “Enhancing Economic and Social Rights Within the Internal Market Through Recognition of the Horizontal Effects of the European Charter of Fundamental Rights,” *European Papers* 6, (2021): 297; Charlotte Denizeau-Lahaye, “La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne dans le renvoi préjudiciel en interprétation, source d'un dialogue juridictionnel renouvelé,” *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu* 57, no. 1, (2020): 18.

üyesi olarak hareket ederken politikalarını, faaliyetlerini ve kararlarını sürekli olarak yönlendirmesi ve belirlemesi gereken bir değerler manzumesidir.<sup>[2]</sup> Temel Haklar Şartı, AB kurumlarının ve Üye Devletlerin Şart içerisinde yer alan hakların tüm politika alanlarında etkin bir şekilde uygulanmasını sağlaması gerektiğinin altını çizer.<sup>[3]</sup> Bu nedenle Şart başlangıç kısmında, AB'yi ve AB hukuku kapsamında hareket ederken Üye Devletleri, Şart'ın içerisinde yer alan temel haklara riayet edilmesi ve korunmasına yönelik çabalarını artırmaya çağırmaktadır.<sup>[4]</sup>

Temel Haklar Şartı'nı yazanların temel amacı, Avrupa Birliği'nin temel haklar alanındaki müktesebatını daha görünür kılmak ve uzun vadede Şart'ın tüm AB hukuk düzeni ile siyasal sistemi üzerinde yaygın bir şekilde uygulanmasını sağlamaktır.<sup>[5]</sup> Nitekim, aşağıda yapılan tespitlerden de görüleceği üzere, Temel Haklar Şartı artık, AB kurum ve kuruluşlarının çalışmalarında bu hakların farkındalığını geliştirmiş olup, başlangıçta yasal olarak bağlayıcı bir belge olmasa da, yavaş yavaş AB Parlamentosu ile AB Komisyonunun ve nihayetinde AB Konseyinin çalışmalarını biçimlendirmiştir.

Her ne kadar Temel Haklar Şartı'nın deklare edildiği 2000 yılı<sup>[6]</sup> itibariyle Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin (AİHS) yanı sıra böyle bir metne AB düzeyinde ihtiyaç olup olmadığı bir tartışmaya yol açmıştı. Ancak Şart'ın kabul edildiği tarihten bu yana AB düzeyinde temel hakların korunması ve geliştirilmesi bakımından yeni bir ivme yaratılmasındaki rolü de inkâr edilemez. Bu açıdan Avrupa Birliği Adalet Divanı (ABAD) Hukuk Sözcüsü Mischo'nun ifade ettiği üzere; “Şart, şu an için demokratik biçimde oluşan bir siyasi uzlaşma olarak, AB'deki temel hak güvencelerinin katalog halinde en

[2] Arsava, “AB Temel Haklar Şartının,” 150.

[3] COM/2020/711 final, Strategy to strengthen the application of the Charter of Fundamental Rights in the EU, s. 1. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A52020DC0711&qid=1608047356199> Erişim tarihi 10.04.2022.

[4] Temel Haklar Şartı'nın başlangıç kısmında şu ifade mevcuttur; “Bu hakların kullanılması; diğer kişilere olduğu kadar, insanlık alemine ve gelecek kuşaklara karşı olan ödev ve sorumlulukları da içerir.”

[5] Bahar Yeşim Deniz, “Avrupa Birliği Hukukunda Temel Haklar ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Sistemi ile Etkileşim,” *Türkiye Barolar Birliği Dergisi* 97, (2011): 53.

[6] OJ C 364, 18.12.2000, s. 1.

üst düzeydeki ifadesini oluşturur".<sup>[7]</sup> Temel Haklar Şartı, gerek temel haklar alanında AB hukuk düzeninin mevcut müktesebatının kodifikasyonu biçiminde yeniden ifade edilmesi, gerek bu metni hazırlamakla görevlendirilen Konvansiyonun oluşumu ve yapısı nedeniyle herhangi bir meşruiyet sorunu yaşanmamıştır. Şart'ın hazırlanması sürecinde ulusal hükümetler ve Avrupa Komisyonu temsilcilerinin yanı sıra ulusal parlamentolar ve Avrupa Parlamentosu üyeleri de yer almıştı.<sup>[8]</sup> Temel Haklar Şartı, belli temel hakların korunmasını sağlayan ve güçlendiren yeni AB mevzuatını tetiklemiştir. Kişisel verilerin korunması, cinsiyet eşitliği, adil yargılanma ve savunma hakları ile suç mağdurlarına ilişkin yeni kurallar bu önemli katkıya önemli örneklerdir. Şart, toplam 54 maddeden oluşmakta ve 50 maddesi temel hak ve ilkelerden ibaret modern bir hak ve özgürlükler kataloğu olup Şartın ek dört maddesi de bu 50 hükmün yorumlanması ve uygulanmasıyla ilgilidir.

Bununla birlikte, Temel Haklar Şartı, halen AB vatandaşları arasında bütün potansiyel etkisiyle uygulanma seviyesine henüz ulaşamamıştır. Az sayıda insan Temel Haklar Şartı'nın içeriğinden haberdardır. Yakın tarihli bir Eurobarometer anket araştırmasının sonuçları, ankete katılanların yalnızca %65'inin (ki bu oran 2019 yılında %42 idi) Temel Haklar Şartını duyduğunu ve yalnızca %27'sinin de ne olduğunu gerçekten bildiğini gösteriyor.<sup>[9]</sup>

[7] ABAD Hukuk Sözcüsü Mischo'nun 20 Eylül 2001 tarihinde C-20/00 and C-64/00 sayılı birleştirilmiş dava dosyalarında sunduğu görüş, [126] no.lu paragraf.

[8] Temel Haklar Şartı'nı hazırlayan Konvansiyon, o zamanki 15 AB Üye Devletinin Devlet ve Hükümet Başkanlarının tayin ettiği 15 temsilci, ulusal parlamentoların belirlediği 30 temsilci, Avrupa Parlamentosunun belirlediği 16 temsilci ve Avrupa Komisyonunun belirlediği bir temsilciden oluşuyordu. Temel Haklar Şartı'nın hazırlık çalışmaları hakkında bkz. Timur Demir, "Avrupa Birliği'nde Temel Hak ve Hürriyetlerin Korunması ve AİHS'nin Avrupa Birliği Hukukundaki Yeri," (Doktora Tezi, Konya: Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı, 2010), 168-173.

[9] European Commission; Justice, Rights and Values, Special Eurobarometer 514, Report, Fieldwork, March-April 2021, erişim 20.04.2022 <https://europa.eu/eurobarometer/surveys/detail/2269>.

## I. ŞART'IN AB KOMİSYONU FAALİYETLERİ ÜZERİNDEKİ ETKİSİ

Antlaşmaların<sup>[10]</sup> koruyucusu olarak AB Komisyonu, AB Antlaşmasının 17(1) maddesi uyarınca ve Antlaşmaların ve Antlaşmalar uyarınca kurumlar tarafından kabul edilen tedbirlerin uygulanmasını sağlama meşruyet, hak ve yetkisine sahiptir.

5 Nisan 1977 tarihinde, Avrupa Parlamentosu, Avrupa Konseyi ve Avrupa Toplulukları Komisyonu Başkanları Lüksemburg'da kendilerine ait yetkileri kullanırken ve Avrupa Topluluklarının amaçlarının gerçekleştirilmesi bakımından hem Üye Devletlerin anayasalarında hem de AİHS'de yer alan temel hakları korumak için ellerinden gelenin en iyisini yapacaklarını teyit eden ortak bir deklarasyonu kabul ettiler.<sup>[11]</sup> Bu deklarasyon Temel Haklar Şartı'nın kabul edildiği 2000 yılına kadar bir sembol olarak kaldıysa da temel hak ve özgürlüklerin korunmasına yönelik AB'nin önemli organlarının siyasi açıdan bir taahhüdü ve hukuki açıdan etik bir değeri ifade etmiştir. AB Komisyonu, Temel Haklar Şartı'nın Lizbon Antlaşmasıyla yasal olarak bağlayıcı bir taahhüt olmasından çok önce “temel haklar kültürünün oluşturulmasını” amaç edinen bir temel haklar politikası geliştirmeye başlamıştı.<sup>[12]</sup>

AB Komisyonu Temel Haklar Şartı'nın kabul edildiği 2000 yılından bu yana da, AB yasama tekliflerinin temel haklarla uyumluluğunu teyit etme görevini de üstlenmiştir. Bu taahhüt kapsamında Haziran 2005'te kendi yasal taslakları bakımından mevzuatın kabulüne yönelik sürecin bütün

[10] AB Antlaşmasının 1(3) maddesine göre; “Birlik, Avrupa Birliği Antlaşması ve Avrupa Birliği'nin İşleyişi Hakkında Antlaşma (bundan sonra “Antlaşmalar” olarak anılacaktır) üzerine kuruludur. Bu iki Antlaşma aynı hukuki değere sahiptir. Birlik, Avrupa Topluluğu'nun yerini alır ve halefi olur”. Lizbon Antlaşması ile Temel Haklar Şartı'nın hukuki niteliğine getirdiği yenilik için bkz. Aslı Bilgin, “Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı ve Lizbon Antlaşması,” *Avrupa Birliği'nin Güncel Sorunları ve Gelişmeler* içinde ed. Belgin Akçay, Sevilay Kahraman ve Sanem Baykal, (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2008), 317–347.

[11] AB Konseyi, AB Komisyonu ve AB Parlamentosu 1977 ortak deklarasyonu ile AB hukukunun genel ilkeleri olarak temel haklara ‘saygı duyacaklarını ve saygı duymaya devam edeceklerini’ beyan etmişlerdir, bkz. OJ (1977) C 103/1.

[12] Commission communication – ‘Compliance with the Charter of Fundamental Rights in Commission legislative proposals—Methodology for systematic and rigorous monitoring’, COM(2005) 172 final of 27.4.2005, s. 7-8.

aşamalarında ‘Temel Haklar Etki Değerlendirme Analizi’ ile ilgili bir Tebliğ de kabul etmiştir.<sup>[13]</sup>

### A) AB MEVZUATININ OLUŞTURULMASI SÜRECİNDEKİ ETKİSİ

3 Mayıs 2010 tarihinde ve tarihte ilk kez, tüm AB Komiserleri Avrupa Birliği Adalet Divanı önünde hem AB Antlaşmaları hem de Temel Haklar Şartı'nın kuralları ile amaçlarına uygun davranma konusunda yemin etmişlerdir. AB Komisyonu, 19 Ekim 2010'da Şart'ın etkin bir şekilde uygulanması ve AB'yi temel haklara yaklaşımında ‘örnek’ ve ‘kusursuz’ kılmayı amaçlayan bir ‘Uygulama Stratejisini’ yayınladığı bir Tebliğ ile (“Communication”) kabul etti.<sup>[14]</sup>

Temel Haklar Şartı, insan hakları alanında sadece soyut ilke ve normları ortaya koyan bir metin değildir. İnsanların temel hak ve özgürlüklerinden etkin bir şekilde yararlanabilmeleri için AB kurumları ve organları işlem yaptığında veya hukuki tasarrufta bulunduğunda veya AB hukuku uygulandığında riayet edilmesi gereken bir metindir. Bu amaçla AB Komisyonu, 2010 yılında Şartın etkin bir şekilde uygulanmasına ilişkin bu Strateji'yi kabul etmiştir.<sup>[15]</sup> Bu Strateji, AB kurumları tarafından hazırlanan AB mevzuatı için sistematik bir “temel haklar kontrolü” yapılmasını öngörmüş ve Şart'ın uygulanmasına ilişkin yıllık bazda bir raporun yayınlanmasını da içermiştir. Komisyon bu amaç doğrultusunda, AB adına yapılacak yasal düzenlemelerin Şart'ın içerisinde yer alan temel haklarla uyumluluğunu öngören *ex ante* denetim (ön inceleme) gerçekleştirmektedir.

AB'nin amaçlarından birisi de AB düzeyindeki politika yapıcıların, izledikleri politikalarda karar alma süreçlerine insan haklarını dâhil etmeleri ve temel haklar korumasını merkeze alma bakımından ilgili araçlarla donatması

[13] COM (2005) 172.

[14] COM(2010) 573 final, Strategy for the effective implementation of the Charter of Fundamental Rights by the European Union, erişim 10.04.2022, <https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2010:0573:FIN:EN:PDF>.

[15] Press release, European Commission adopts strategy to ensure respect for EU Charter of Fundamental Rights, 19 October 2010, IP/10/1348, erişim 10.04.2022, [https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/IP\\_10\\_1348](https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/IP_10_1348).

gerekmektedir.<sup>[16]</sup> Yasal tasarrufların temel haklarla uyumluluk durumunu da analiz eden Düzenleyici Etki Analizi (*Regulatory Impact Assessment*),<sup>[17]</sup> ‘yeni mevzuatın’ hazırlık aşamalarında temel haklar üzerindeki etkisinin değerlendirilmesinin yanı sıra ileride bu mevzuata karşı iptal davası açılması ihtimaline karşı AB Komisyonunun bir savunma mekanizması mahiyetindedir.<sup>[18]</sup>

AB Komisyonunun yukarıda açıkladığımız Stratejileri ile yasal tasarımlar üzerinde yapılan Düzenleyici Etki Analiz çalışması kapsamında ayrıca temel hakların korunmasına dair “kontrol listesi”<sup>[19]</sup> aracılığıyla gerçekleştirilen ön incelemenin etkin ve sistematik bir temel haklar incelemesi bakımından

[16] Mustafa T. Karayigit, “AB Temel Haklar Şartı’nın Uygulanmasının Kapsamı,” *Ankara Avrupa Çalışmaları Dergisi* 20, (2021): 571; Gheorghe Dinu, “The European Union Charter of Fundamental Rights, The Treaty of Lisbon’s Objectives and Principles,” *Contemporary Readings in Law and Social Justice*, 9, (2017): 232-233; Oana-Mihaela Salomia, “The Role of The European Union Charter of Fundamental Rights in the New European Context,” *LESIJ–Lex ET Scientia International Journal* 19, (2012): 180-2; EU Commission Communication, 2.12.2020 COM(2020) 711 final, Communication From The Commission To The European Parliament, The Council, The European Economic And Social Committee And The Committee Of The Regions, Strategy to strengthen the application of the Charter of Fundamental Rights in the EU, 1-20.

[17] Düzenleyici Etki Analizi, AB mevzuatına 2002 yılında girmiş ve AB Komisyonunun ‘Daha İyi Düzenleme’ yapma programının önemli bir parçası olmuştur. Bu Analiz, politika geliştirme sürecinin kalitesini ve tutarlılığını artırmak için bir araç ve Amsterdam Antlaşmasına eklenen ikincillik ve orantılılık protokolünün uygulanmasını tamamlayıcısı olarak tasarlanmıştır. Bu değerlendirme; taslak mevzuatın, sürdürülebilir kalkınmanın boyutları olarak ekonomi, çevre ve toplum üzerindeki sonuçlarının değerlendirilmesini de içermektedir. Etki Analizi, altı temel analitik adımı izleyerek bir dizi sorunun yanıtlanması yoluyla gerçekleştirilmektedir: 1) Sorunun belirlenmesi; 2) Hedeflerin belirlenmesi; 3) Ana politika seçeneklerinin geliştirilmesi; 4) Seçeneklerin etkilerinin analizi; 5) Seçeneklerin karşılaştırılması; 6) politika izlemenin ana hatları ve değerlendirme.

[18] Commission Staff Working Paper, “Operational Guidance on taking account of Fundamental Rights in Commission Impact Assessments,” SEC 567 (2011), 5.

[19] Temel Haklar ‘Kontrol Listesi’

1. Hangi temel haklar etkilenir?
2. Söz konusu haklar mutlak haklar mıdır (bu haklar herhangi bir kısıtlamaya tâbi olmayabilir, örneğin ‘insanlık onuru ve işkence yasağı’)?

yetersiz olduğu yönünde literatürde eleştirilmektedir.<sup>[20]</sup> Burada yöneltilen temel eleştiri konuları; yapılan Düzenleyici Etki Analizinin temel haklar alanında yetkin hukuk uzmanlarından oluşan bir heyet tarafından yapılması ve mevzuat taslağının da ilgili paydaşlara danışılması noktasında Strateji dokümanının yetersiz kaldığı, bu haliyle de ön inceleme aşamasının temel haklar boyutunun detaylı bir değerlendirme içermeyip sistematik olmadığı şeklindedir. Özellikle, Düzenleyici Etki Analizi değerlendirmesinde temel haklarla ilgili ayrı bir kategorinin bulunmaması ve Analizin 'ekonomik, çevresel ve sosyal etkiler' başlığı altında temel haklarla ilgi soruların çoğunun Analizin 'sosyal etkiler' kategorisi altında inceleneceği açık olsa da, taslak

3. Söz konusu çeşitli politika seçeneklerinin temel haklar üzerindeki etkisi nedir? Faydalı (temel hakların geliştirilmesi) veya olumsuz (temel hakların sınırlandırılması) etkisi?

4. Seçeneklerin ilgili temel hakka bağlı olarak hem yararlı hem de olumsuz bir etkisi var mıdır?

(örneğin, ifade özgürlüğü üzerinde olumsuz bir etki ve fikri mülkiyet hakkı üzerinde bir tane faydalı etkisi vardır)?

5. Temel haklar üzerinde olumsuz etki yaratacak kısıtlamanın açık ve öngörülebilir bir şekilde düzenleme altına alınabilir mi?

6. Temel haklar üzerinde kısıtlayıcı etki doğuracak düzenleme:

— genel menfaat hedefine ulaşmak veya başkalarının haklarını korumak için gerekli olmalı (hangisi)?

— ulaşılmak istenen hedefle orantılı mı?

— ilgili temel hakların özünü koruyor mu?

Bu kontrol listesi 2010 tarihli AB'de Temel Haklar Şartı'nın Etkili Uygulanması Stratejisi'ni konu edinen Komisyon Tebliği'nden alınmıştır. Bkz. COM(2010) 573 final, Strategy for the effective implementation of the Charter of Fundamental Rights by the European Union, s. 5.

[20] Bkz. John Morijn, 'The EU Fundamental Rights Charter, the European Commission and the Council of Ministers: Checking the "Charter Check lists" ', EUtopia law, 28.09.2011, erişim 11.04.2022, <https://eutopialaw.wordpress.com/2011/09/28/the-eu-fundamental-rights-charter-the-european-commission-and-the-council-of-ministers-checking-the-%E2%80%98charter-checklists%E2%80%99-part-1/> John Morijn; Etki Değerlendirme sürecinin önerildiği gibi standart bir 'kontrol listesi' olarak değil farklı politika seçenekleri arasında seçim yapmaya imkan tanıyacak şekilde düzenleme konusunun özel ihtiyaçlarına göre uyarlanarak yapılmasının daha mantıklı olduğunu belirtmektedir.



düzenlemenin temel haklar bakımından olası etkilerinin yeterince incelenmediği ifade edilmektedir.<sup>[21]</sup>

Son on yılda temel hakların korunması bakımından AB Komisyonu uygulamasının gelişimi incelendiğinde, Komisyonun AB yasama sürecindeki işlevi nedeniyle temel hakları ihlâl etme potansiyeli olan eksiklikleri tespit etme ve düzeltme imkânını artıran bir dizi önlem başlatmıştır. Bu bağlamda 2010 yılı Stratejisi, Temel Haklar Şartı'nın AB kurumları ve Üye Devletler tarafından AB hukukunu uyguladıkları durumlarda nasıl uygulandığına dair somut örnekler içermektedir. Rapor, Şart'ta güvence altına alınan temel hakların AB'nin sorumlu olduğu adalet, ulaşım politikası ve sınır yönetimi gibi bir dizi politika alanındaki uygulamasına değinmiştir.<sup>[22]</sup>

Lizbon Antlaşmasının 1 Aralık 2009 tarihinde yürürlüğe girmesini müteakiben 2010 yılından bu yana, AB Komisyonu, AB'de Temel Haklar Şartı'nın uygulanmasına ilişkin yıllık bir rapor yayınlamaktadır. Yıllık rapor, AB'nin yetki alanında kalan konulardaki gelişmelere bakarak, özellikle yeni AB mevzuatı önerildiğinde, Temel Haklar Şartının fiili durumlarda nasıl dikkate alındığını göstermektedir.

AB Komisyonu, 2 Aralık 2020 tarihinde Temel Haklar Şartı'nın uygulanmasına yönelik 'Şart'ın AB'de Uygulanmasını Güçlendirmeye İlişkin Yeni Stratejisini' bir Tebliğ ile ("Communication") deklare etmiştir.<sup>[23]</sup> Üye Devletlerle yakın bir şekilde çalışmayı ve diyalog yoluyla onlara AB hukukunu etkin bir şekilde ve Şart'a tam olarak uymaları konusunda desteklemeyi amaç edinmiştir. Yeni Strateji, AB Komisyonunun Temel Haklar Şartı'nın uygulanmasına yönelik uyumu sağlamak için elindeki tüm araçları kullanma kararlılığını yinelemektedir.

[21] Israel de Jesus Butler, "Ensuring Compliance with the Charter of Fundamental Rights in Legislative Drafting: The Practice of the European Commission," *European Law Review* 37, no. 4, (2012): 397; Vasiliki Kosta, *Fundamental Rights in EU Internal Market Legislation*, (*Modern Studies in European Law*, Hart Publishing-Bloomsbury Publishing, 2018), 79-86.

[22] Erişim 10.04.2022, <https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/3883477d-a821-40db-b01e-890439fa8942/language-en>.

[23] COM/2020/711.

Ayrıca bu Strateji Belgesi, 'Avrupa Demokrasi Eylem Planı'<sup>[24]</sup> ve 'Hukukun Üstünlüğü Raporu'<sup>[25]</sup> ile birlikte Komisyonun AB'nin üzerine kurulduğu temel değerlerin desteklenmesi ve korunmasına yönelik kapsamlı yaklaşımlarını tamamlamaktadır.

2021 yılından bu yana, 'Şart'ın AB'de Uygulanmasını Güçlendirmeye İlişkin Yeni Stratejisi' doğrultusunda söz konusu yıllık rapor artık, her yıl AB hukuku kapsamında kalan stratejik önemi haiz farklı bir tematik konuya odaklanacağı belirtilmiştir. Bu bağlamda, yıllık rapor, Temel Haklar Şartı'nın uygulanmasıyla alakalı olarak AB Parlamentosu ve AB Konseyi ile yıllık görüş alışverişi için bir fırsat sunmaktadır. Örneğin, 2021 yılı raporu, dijital çağda Üye Devletlerin temel hakların korunması bakımından karşılaştıkları zorluklara ve en iyi uygulamalarına odaklanmıştır.<sup>[26]</sup>

Yukarıda açıklanan tarihsel gelişmeden de anlaşılacağı gibi, AB kurumları içerisinde Komisyon, AB'de 'temel haklar kültürü' oluşturmak adına bir metodoloji geliştirmede başlatıcı ve itici güç olmuştur. Bu rol, yalnızca kendi mevzuat tekliflerinin temel haklar üzerindeki etkileri ve Şart ile uyumluluk açısından kontrol edilmesini sağlama görevini içermekle kalmayıp, aynı zamanda diğer kurumlardaki yasama süreci boyunca temel hak standartlarına uyulması taahhüdüne riayet edilmesini sağlama ve ayrıca Üye Devletlerin AB hukukunu temel hakları ihlâl etmeyecek bir şekilde uygulandığını gözetlemeyi de içerir.<sup>[27]</sup> Komisyonun, AB düzeyinde yasal girişimlerin başlatıcısı ve AB hukukunun koruyucusu konumu ile gündem belirleyici rolü dikkate alındığında Komisyondan beklenen sadece temel hak ihlalleri meydana geldiklerinde 'tepki verme' değil, aynı zamanda temel hakları proaktif olarak geliştirme ve şekillendirme kapasitesine sahip ana aktör olduğu söylenebilir.

[24] COM(2020)790.

[25] COM(2020)580.

[26] Brüksel, 10.12.2021 COM(2021) 819 final, erişim, 10.05.2022, [https://ec.europa.eu/info/sites/default/files/1\\_1\\_179442\\_ann\\_rep\\_en\\_0.pdf](https://ec.europa.eu/info/sites/default/files/1_1_179442_ann_rep_en_0.pdf)  
[https://ec.europa.eu/info/aid-development-cooperation-fundamental-rights/your-rights-eu/eu-charter-fundamental-rights/application-charter/annual-reports-application-charter\\_en](https://ec.europa.eu/info/aid-development-cooperation-fundamental-rights/your-rights-eu/eu-charter-fundamental-rights/application-charter/annual-reports-application-charter_en).

[27] Kosta, *EU Internal Market Legislation*, 78.

## B) KOMİSYONUN BAŞLATTIĞI İHLAL PROSEDÜRÜ BAĞLAMINDAKİ ETKİSİ

Temel Haklar Şartı, AB birincil hukukunun bir parçası olup AB Komisyonu, Şart'ın uygulanması gereken bir durum olması koşuluyla, Şart'ın bir Üye Devlet tarafından AB hukukunun uygulanması kapsamında meydana geldiği iddia edilen insan hakları ihlâline karşı ABİHA'nın 258. maddesi uyarınca ihlâl prosedürü başlatabilir.<sup>[28]</sup>

AB Antlaşmasının 7. maddesinde öngörülen prosedürün veya ABAD tarafından ön kararların verilmesinin aksine, ABİHA'nın 258. maddesi uyarınca açılacak ihlâl davası uygulamasında ne Üye Devletlerin siyasi desteğine ne de ön karar davası usulündeki gibi ulusal mahkemelerin işbirliğine bağlıdır. AB hukukunun uygulandığı bir alanda Birlik değerlerinin bir parçası olan temel hakların ihlâl edildiği durumlarda, AB Komisyonu tarafından ihlâl davası açılması imkânı AB Komisyonu açısından vazgeçilmez bir araç olmaya devam etmektedir.<sup>[29]</sup>

AB Komisyonu, yukarıda aktarılan Temel Haklar Şartı'nın etkin bir şekilde uygulanması için Ekim 2010'da açıkladığı Stratejide, Üye Devletlerin AB hukukunun uygulanması kapsamında hareket ettiklerinde Temel Haklar Şartı'na tam olarak uyulmasını sağlamak için ihlâl davası usulünün kilit bir rol oynadığını belirtmişti. Bu Strateji belgesinde AB Komisyonunun, Üye Devletlerin yetkili makamlarının AB hukukunu uygularken Şart'a uyulmasını sağlamak için elindeki tüm araçları kullanmaya kararlı olduğunu belirtmiştir. Bu doğrultuda, AB Komisyonu gerektiğinde, AB hukukunun uygulanması bağlamında Şart'a uyulmaması nedeniyle Üye Devletlere karşı ihlâl davası usulünü başlatma imkanına sahiptir. Anılan Strateji belgesinde, AB Komisyonun Şart'a uyulmamasıyla ilgili ihlâl davası açmasına yönelik bu yetkisini kullanırken vatandaşlar üzerinde özellikle geniş kapsamlı olumsuz

[28] Oana-Mihaela Salomia, "The Role of The European Union Charter of Fundamental Rights in the New European Context," *LESIJ-Lex ET Scientia International Journal* 19, no. 2 (2012) 180-186, 182-183; Deniz, "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Sistemi," 55.

[29] Olivier De Schutter, *Infringement Proceedings as a Tool for the Enforcement of Fundamental Rights in The European Union*, (Open Society European Policy Institute, 2017), 5.

etkileri olan veya prensip sorunları itibariyle öne çıkan durumlara öncelik vereceğini de belirtmiştir.<sup>[30]</sup>

Dolayısıyla, Temel Haklar Şartı bağlamında ihlâl prosedürü, Üye Devletlere ancak Şart'ın 51. maddesinde belirtildiği gibi AB hukukunu uygularken söz konusu olabilmektedir. Bu nedenle Temel Haklar Şartı'nın ihlali nedeniyle ihlâl prosedürünün başlatılabilmesi ancak AB hukukuyla ilgili ve yeterli bir bağlantı kurulduğunda mümkün olabilir. Komisyon her yıl Üye Devletlerin Temel Haklar Şartı'nı ihlal ettiği iddiasıyla çok sayıda başvuru almaktadır. Ancak, bu başvuruların önemli bir kısmında somut olay konusunun AB hukuku kapsamında değerlendirilmemesi nedeniyle, bireylerin Şart'ın içinde yer alan haklarının ihlal edildiğine yönelik başvuruları olumlu sonuçlanmamaktadır. Örneğin, 2018 yılında AB Komisyonuna yapılan ihlâl başvurularının %45'i AB hukukunun kapsamı dışında kalan ve AB'nin yetki alanı dışında kalan konular hakkında yapılmıştır.<sup>[31]</sup>

Örneğin; Komisyon bir Üye Devletin (Macaristan'ın) ulusal sığınma (iltica) yasasının, AB mevzuatına (Sığınma Prosedürlerine ilişkin 2013/32/EU sayılı Yönerge ile 2018/115/EC sayılı Dönüş Yönergesi, 2013/33/EU sayılı Kabul Koşullarına İlişkin Yönerge) ve Temel Haklar Şartı'nın 6, 18 ile 47. maddelerine uymadığını düşündüğü bir ihlâl prosedürünü 18 Mayıs 2017 tarihinde başlatmıştır. Komisyon, Macaristan'ın sığınma başvurularını şahsen ve münhasıran Macar makamları tarafından erişime izin verilen Röszke (Macaristan) ve Tompa (Macaristan) transit bölgelerine yapılmasını zorunlu kılarak ciddi şekilde kısıtladığı ve 2013/32/EU sayılı Direktifin 3 ve 6. maddeleri ile 2008/115/EC sayılı Direktifin 5, 6(1), 12(1) ve 13(1) maddelerini ve 2013/33/EU sayılı Direktifin 2(h), 8 ve 9. maddelerini ihlâl ettiği iddiasıyla ABAD'a ABİHA'nın 258. maddesi uyarınca ihlâl prosedürü için 21 Aralık 2018 tarihinde dava açmıştır.

ABAD yaptığı yargılama sonucunda, Sırbistan'dan gelen ve kendi topraklarında uluslararası koruma prosedürüne erişmek isteyen üçüncü ülke vatandaşlarının veya vatansız kişilerin uluslararası koruma başvurularının

[30] Bkz. COM(2010) 573 final, 10.

[31] European Commission, 2018 Report on the Application of the EU Charter of Fundamental Rights, Luxembourg: Publications Office of the European Union, 2019, s. 13, erişim 16.04.2022, [https://ec.europa.eu/info/sites/default/files/2018\\_annual\\_report\\_charter\\_en\\_0.pdf](https://ec.europa.eu/info/sites/default/files/2018_annual_report_charter_en_0.pdf).

yalnızca Röske (Macaristan) ve Tompa (Macaristan) geçiş bölgelerine günlük olarak girme imkanı olan kişilerin sayısını büyük ölçüde sınırlayan bir idari uygulamayı benimserken;

- i. Röske ve Tompa transit bölgelerinde uluslararası koruma için başvuruların sistematik bir şekilde gözümlüne alınma sistemi oluşturulması bakımından 2013/32/EU sayılı Direktifin 24(3) ve 43. maddelerinde ve 2013/33/EU sayılı Direktifin 8, 9 ve 11. maddelerinde sağlanan güvencelere uyulmadığı,
- ii. Bir suç işlediğinden şüphelenilenler hariç olmak üzere, kendi topraklarında yasa dışı olarak kalan tüm üçüncü ülke vatandaşlarının, 2008/115 sayılı Direktifin 5, 6(1), 12(1) ve 13(1) maddelerinde belirtilen usul ve güvencelere uyulmadan sınır dışı edilmesine izin verilmesinin, anılan AB mevzuatına aykırı olduğuna karar vermiştir.

Görüldüğü üzere bu somut olayda AB hukukunun uygulandığı bir kapsam içinde kaldığından Temel Haklar Şartı'nın özgürlük ve güvenlik hakkını düzenleyen 6. maddesi ile sığınma hakkını düzenleyen 18. maddesi ve etkili denetim hakkı ile adil yargılanma hakkını düzenleyen 47. maddesinin uygulanması da söz konusudur. Nitekim, AB Komisyonu bu nedenle ABAD'a Macaristan aleyhinde ihlâl davası açmış ve açılan dava da bu şekilde ihlâl kararıyla sonuçlanmıştır.<sup>[32]</sup>

Başka bir örnek yargıyı reforme eden ve Polonya Yüksek Mahkemenin önemli bir bölümünü emekli olmaya zorlayan bir yasayla ilgilidir. Komisyon, anılan yasaya göre, 3 Nisan 2018'den önce Polonya Yüksek Mahkemesine atanan üyelerin emeklilik yaşının düşürülmesi ile Cumhurbaşkanı, Yüksek Mahkemenin yargıçlarının görev sürelerini yeni belirlenen emeklilik yaşının ötesine uzatmak için takdir yetkisi verilmesini, yargıçların görevden alınamazlığı da dâhil olmak üzere yargı bağımsızlığı ilkesini zedelediği ve dolayısıyla Avrupa Birliği Antlaşmasının 19(1) AB Temel Haklar Şartı'nın 47. maddesine aykırı olduğu iddiasıyla ABAD'a ABİHA'nın 258. maddesi uyarınca ihlâl prosedürü için 2 Ekim 2018 tarihinde dava açmıştır.

[32] Case C-808/18, *Commission v Hungary*. ECLI:EU:C:2020:1029.

Komisyon, bu davada esasen, Temel Haklar Şartı'nın 47. maddesi<sup>[33]</sup> ışığı altında okunduğunda AB Antlaşmasının 19(1) maddesinin ihlâl edildiğine dair bir beyan talep ettiğini belirtmişti. Komisyona göre 'etkili hukuki koruma kavramı', Temel Haklar Şartı'nın 47. maddesi içeriği göz önünde tutularak yorumlanması gerekir. Komisyona göre bu kavram özellikle, 47. maddesi hükmünde ortaya konan 'etkili bir hukuk yoluna başvurma hakkı' için gerekli olan unsurlardan ilki, diğer unsurların yanısıra, Polonya Yüksek Mahkemesi gibi AB hukukunu yorumlama ve uygulama görevini ifa eden bir organın bağımsızlığının korunması ve güvence altına alınmasını gerektirmektedir. Nitekim ABAD, anılan ulusal düzenlemenin AB Antlaşmasının 19(1) maddesine aykırı olduğuna ve Polonya'nın anılan hükümden kaynaklanan yükümlülöklere aykırı davrandığına karar vermiştir.<sup>[34]</sup>

## II. ŞART'IN AB PARLAMENTOSU FAALİYETLERİ ÜZERİNDEKİ ETKİSİ

AB Konseyi, hükümetlerarası çıkarların temsil edildiği bir organ olup, AB Komisyonu diğer ilişkilerde kendisine devredilen yetkileri kullandığı bir platform iken, AB vatandaşları tarafından seçilen Avrupa Parlamentosu ise daha çok AB vatandaşlarının uluslarüstü düzeyde bir nevi temsilini sağlamaktadır. Kurucu antlaşmalarda Birliğin ilk ve en önemli hedefi, Üye Devletler arasında malların, hizmetlerin, kişilerin ve sermayenin serbest dolaşımına dayanan ortak bir pazarın kurulması olmakla birlikte müteakip antlaşmalarla ekonomik ve parasal birlik, ortak diğer ve güvenlik politikası, temel hakların korunması gibi hedefler AB'nin amaçları arasına dâhil edilerek Birlik daha da geniş bir hedefler yelpazesine kavuşmuştur. AB Antlaşmasının 3. maddesinde iç pazar, dengeli ekonomik büyüme, özgürlük, güvenlik ve adalet alanı oluşturmak gibi hedeflerin yanı sıra Birliğin barışı, kendi değerlerini ve halklarının refahını ileriye götürmek amacı da vurgulanmıştır. Dolayısıyla, AB'nin diğer temel hedeflerinin yanı sıra, insan haklarına saygıyı içeren

[33] Şart'ın 47. maddesinin 2. fıkrası ile teyit edildiği üzere, temel haklarla bağlantılı etkili bir çözüm için başvuruda bulunma hakkı, 'bağımsız' bir mahkemeye erişim hakkı anlamına da gelmektedir. Bu yöndeki ABAD kararları için bkz. C-64/16, 27 Şubat 2018, *Associação Sindical dos Juizes Portugueses*, EU:C:2018:117, [41] nolu paragraf ve C-216/18, 25 Temmuz 2018, *Minister for Justice and Equality (Deficiencies in the system of justice)*, EU:C:2018:586, [53] nolu paragraf.

[34] Case C-619/18, *Commission v Poland*, [2008] ECR I-6351.

temel değerleri savunmak ve bir “Haklar Avrupası” geliştirme arzusunun da olduğunu söyleyebiliriz.

Avrupa Parlamentosu, özgürlük, güvenlik ve adalet konusundaki Stockholm programında<sup>[35]</sup> bahsedilen ‘çeşitliliğin Birliği zenginleştirdiği’ bir ‘Haklar Avrupası’ geliştirmek ve ayrımcılıkla mücadele etmek taahhüdüne bağlılığına karar verdiği 2009 yılı dâhil olmak üzere, insan haklarını önceliklerinden biri haline ilaveten getirmiştir.<sup>[36]</sup>

Avrupa Parlamentosu İçtüzüğü’nün 121(1) maddesine göre; “Parlamento, faaliyetlerinin Avrupa Birliği Antlaşmasının 1. maddesinin 2. fıkrası, Avrupa Birliği’nin İşleyişi Hakkındaki Antlaşmanın 15. maddesi ve Temel Haklar Şartı’nın 42. maddesine uygun olarak azami şeffaflık içinde yürütülmesini sağlar”.

### **A) AB ANTLAŞMASININ 7. MADDESİNDE ÖNGÖRÜLEN YAPTIRIM MEKANİZMASI**

AB Antlaşmasının 7. maddesine göre; “AB Antlaşmasının 2. maddesinde yer alan değerlerin bir Üye Devlet tarafından insan hakları ve temel özgürlüklerin ciddi ve sürekli biçimde ihlaline yönelik” bir yaptırım mekanizması öngörülmüştür.<sup>[37]</sup> Nice Antlaşması, bu yaptırım mekanizması usulünde

[35] Multi-annual programme 2010-2014 regarding the area of freedom, security and justice (Stockholm programme) European Parliament resolution of 25 November 2009 on the Communication from the Commission to the European Parliament and the Council – An area of freedom, security and justice serving the citizen – Stockholm programme. OJ C 285E, 21.10.2010, p. 12–35, erişim 19.05.2022, [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/HR/TXT/?uri=CELEX:52009IP0090\(01\)](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/HR/TXT/?uri=CELEX:52009IP0090(01)).

[36] European Parliament, Report on the Mid-Term Review of the Stockholm Programme, Rapporteurs: Luigi Berlinguer, Juan Fernando López Aguilar ve Carlo Casini, 4.3.2014 - (2013/2024(INI)), <NoDocSe>A7-0153/2014, <Commission>{CJ08} Committee on Legal Affairs/Committee on Civil Liberties/Justice and Home Affairs/Committee on Constitutional Affairs, 3.</Commission>

[37] AB Antlaşmasının 7. maddesinde; “1. Konsey, üye devletlerin üçte birinin, Avrupa Parlamentosunun veya Avrupa Komisyonu’nun gerekçeli önerisi üzerine ve Avrupa Parlamentosunun muvafakatini aldıktan sonra, 2. maddede belirtilen değerlerin bir üye devlet tarafından ciddi biçimde ihlaline yönelik açık bir risk bulunduğunu üyelerinin beşte dört çoğunluğuyla tespit edebilir. Konsey, bu tespiti yapmadan önce ilgili üye devleti dinler ve aynı usule göre hareket ederek bu devlete tavsiyelerde bulunabilir. Konsey, bu tespitin dayandığı gerekçelerin geçerliliğini sürdürüp sürdürmediğini

Avrupa Parlamentosuna Üye Devletler tarafından temel hak ve özgürlüklerin ciddi ve sürekli ihlâl riski olması durumunda bu prosedürün başlatılmasını talep etme hakkını vererek Avrupa vatandaşlarının savunucusu olarak Parla-mentonun özel rolünü kabul etmektedir.

Amsterdam Antlaşmasında yapılan değişikliklerin yarattığı fırsatı değer-lendiren Avrupa Parlamentosu 1999'da, AB'deki temel hakların durumuna ilişkin yıllık raporların kabul edilmesi uygulamasını başlattı. Ertesi yıl, Temel Haklar Şartı'nın kabul edilmesi, bu uygulamanın güçlendirilmesine imkân tanıdı ve bu sayede Avrupa Parlamentosu meşru bir zeminde Üye Devletlerin temel haklar alanındaki uygulamalarının daha açık ve daha detaylı bir analizini yapmaya başladı. Dolayısıyla, Birliğin temel haklarının durumuna ilişkin yıllık rapor hazırlama uygulaması Temel Haklar Şartı'nın kabul edilmesinden daha önceydi.<sup>[38]</sup> Temel Haklar Şartı'nın kabulünden sonra, Parlamento bu yetkisini güçlü bir şekilde kullanmaya başlamıştır. Bu madde Parlamento'ya temel hakların korunmasında önemli bir işlev verse de bu rolün uygulanması çoğu zaman kapsamlı olmaktan uzaktır.

Aralık 2000 tarihli Nice Avrupa Konseyi, Avrupa Parlamentosunun anılan izleme uygulamasının bir Üye Devletin AB'nin üzerine inşa edildiği değerlere uymadığı durumlarda (bu değerlerin 'ciddi bir şekilde ihlal edilmesine ilişkin

---

düzenli olarak kontrol eder. 2. Avrupa Birliği Zirvesi, üye devletlerin üçte birinin veya Avrupa Komisyonunun önerisi üzerine ve Avrupa Parlamentosunun muvafakatini aldıktan sonra, 2. maddede belirtilen değerlerin bir üye devlet tarafından ciddi ve sürekli biçimde ihlal edildiğini, ilgili üye devleti gözlemlerini sunmak üzere davet ettikten sonra, oybirliğiyle tespit edebilir. 3. Konsey, 2. paragraf uyarınca bir tespitte bulunulması halinde, ilgili üye devletin hükümet temsilcisinin Konseydeki oy hakları da dahil, Antlaşmalar'ın bu üye devlete uygulanmasından kaynaklanan haklardan bazılarının askıya alınmasına nitelikli çoğunlukla karar verebilir. Konsey bu kararı verirken, askıya alma işleminin gerçek ve tüzel kişilerin hak ve yükümlülükleri üzerindeki muhtemel etkilerini göz önünde bulundurur. İlgili üye devletin Antlaşmalar'dan kaynaklanan yükümlülükleri, her hâlıkârda bu devlet için bağlayıcı olmaya devam eder. 4. Konsey, sonradan, 3. paragrafta belirtilen tedbirlerin alınmasına neden olan durumun değişmesine bağlı olarak, bu tedbirlerin değiştirilmesine veya kaldırılmasına nitelikli çoğunlukla karar verebilir" düzenlemesi yer almaktadır. Bu yaptırım mekanizması için bkz. Temel Haklar Şartı'nın hazırlık çalışmaları hakkında bkz. Timur Demir, "AİHS'nin Avrupa Birliği Hukukundaki Yeri", 194-197.

[38] Resolution on the annual report on human rights in the EU (1998-1999), (rapp. Haarder) of 16 March 2000 (EP doc. A5-0050/2000).



açık bir riskin' mevcut olduğu durumlarda) AB kurumlarının harekete geçme imkânını güçlendirmiştir.<sup>[39]</sup> Nice Antlaşması ile getirilen AB Antlaşmasının 7. maddesine yapılan bu değişiklik, Avusturya'da 3 Ekim 1999'da yapılan genel seçimlerde Jörg Haider'in aşırı sağcı bir partisi Avusturya Özgürlük Partisi'nin (FPÖ) oyların yüzde 29'unu kazanmasının ardından Avusturya iktidar koalisyonuna Şubat 2000'de katılmasıyla gündeme geldi.<sup>[40]</sup> Fransa ve özellikle Belçika ile önde gelen diğer AB Üyesi Devletler, Avusturya hükümeti ile herhangi bir ikili temas kurmayı reddettiler. Kriz Eylül 2000'e kadar sürdü ve Avusturya ile normal ilişkiler ancak *Comité des Sages*'in Avusturya hükümetinin hiçbir eyleminin AB değerlerinin ihlâli olarak görülemeyeceğini belirten bir rapor sunmasından sonra devam edebildi. Ancak Akil Kişiler Komitesi, aynı zamanda, böyle bir riskin ortaya çıktığı durumlarda önleyici tedbir alınmasına imkân tanıyan bir prosedürün getirilmesini tavsiye etmesi üzerine nihai olarak Nice Zirvesi'nde üzerinde anlaşmaya varılan metinde yapılan son dakika değişikliği olarak AB Antlaşmasında anılan madde düzenlemesi yapılmıştır.

Avrupa Parlamentosu, Temel Haklar Şartı'nın ilanından kısa bir süre sonra Temmuz 2001'de, AB kurumlarının, AB Üyesi Devletlerdeki temel hakların durumunun izlenmesine yönelik kendi rollerini icra etmelerini sağlayacak her türlü inisiyatifin almanın AB kurumlarının sorumluluğunda olduğunu açıklayan yeni bir prosedür öngören kararı kabul etti. Parlamentonun bu kararında, özellikle AB Antlaşmasının yeni düzenlenen 7(1) maddesine atıfta bulunularak bu madde uyarınca, Avrupa Parlamentosunun ve Parlamento içerisinde Sivil Özgürlükler, Adalet ve İçişleri Komitesi'nin (LIBE) hem AB kurumlarının hem de Üye Devletlerin temel Haklar Şartı'nda yer alan hakların korunması ve geliştirilmesi taahhüdüne uygun davranmalarını

[39] Communication from the Commission to the Council and the European Parliament on Article 7 of the Treaty on European Union—Respect for and promotion of the values on which the Union is based, COM(2003) 606 final 15.10.2003, s.3, erişim 10.04.2022, <https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2003:0606:FIN:EN:PDF>.

[40] Konrad Lachmayer, "Questioning the Basic Values – Austria and Jörg Haider", *The Enforcement of EU Law and Values: Ensuring Member States' Compliance* içinde, ed. András Jakab ve Dimitry Kochenov, (Oxford University Press: 2017), 436–455.

sağlamalıdır.<sup>[41]</sup> Bu şekilde yaptırım mekanizması bakımından Avrupa Parlamentosu, LIBE Komitesi aracılığıyla bu konuda öncü bir rol üstlenmiştir.

Avrupa Parlamentosu, LIBE Komitesinin kaynakları, bu şekilde tasarlanan bir izleme işlevini tamamen tatmin edici bir şekilde yürütmesini sağlamak için insan hakları konusunda yetkili hukuk uzmanlarından oluşan ve Üye Devletlerin her birinden de hukukçulardan oluşan ve AİHM ve ABAD'ın insan haklarıyla ilgili içtihadını da takip eden bir ağ kurulmasını talep etmiştir. Parlamentonun çalışma yöntemleri çoğunlukla siyasetle ilgilidir ve tarafsız ve nesnel bir izleme işlevine kolayca uygulanamaz. Bu nedenle, Parlamentonun kendisi, insan hakları alanında Üye Devletlerin her birinden gelen bir hukuk uzmanları ağının kurulmasını talep etmiştir. Ağ, 2002 yılında kurulmuş ve 2003 yılında Komisyon Üye Devletler tarafından temel hakların korunmasının izlenmesi için kalıcı bir mekanizmanın kurulmasını tavsiye eden bir tebliği kabul etmiştir.

AB kurumlarında Temel Haklar Şartı'na uygun işlem ve tasarrufta bulunulmasına yönelik bu eğilim bazı Üye Devletlerde de benzer bir yaklaşımı teşvik edici olmuştur. Örneğin, Avrupa Parlamentosu LIBE Komitesinin İtalya'daki alıkonulma merkezlerindeki aşırı kalabalık sorununun giderilmesine ilişkin bu ülkeye yaptıkları ziyaret ve düzenledikleri raporlar sonucunda İtalyan mevzuatında bazı yeniliklere gidilmiştir.<sup>[42]</sup>

Avrupa Parlamentosu, Temel Haklar Şartı'nın kabulüyle Avrupa Birliği'nde 2004-2008 tarihleri arasındaki temel hakların durumuna ilişkin 14 Ocak 2009 tarihli Kararında şu hususlara dikkat çekmiştir. Avrupa Parlamentosu, temel hakların pratikte uygulanmasının tüm Avrupa politikalarının bir hedefi olması gerektiği görüşünü benimsemiş; bu amaçla, Avrupa Birliği kurumlarının temel hakları aktif olarak geliştirmesi ve koruması gerektiği ve mevzuat taslağı hazırlarken ve kabul ederken bunları tam olarak dikkate alması gerektiği görüşündedir. Aktif bir temel hakların korunması politikasının,

[41] Resolution of 5 July 2001 on the situation of fundamental rights in the European Union (2000) (rapp. Thierry Cornillet) (2000/2231(INI)) (OJ C 65 E, 14.3.2002, pp. 177-350), paras. 2-3.

[42] Giulia Tiberi, Stefania Ninatti ve Alessandra Osti, "The Legal Importance and Implementation of the Charter of Fundamental Rights in Italy", içinde *Making the Charter of Fundamental Rights a Living Instrument*, ed. Giuseppe Palmisano, (Leiden: Brill Nijhoff, 2014), 294-295.

kamuoyunda en fazla maruz kalınan davalarla sınırlandırılmayacağına ve ciddi hak ihlallerinin eleştirel bir kamu denetimine tâbi tutulmadığına dikkat çekmiş ve Üye Devletler ile Avrupa Birliği'nin bu konuda daha aktif bir politika izlenmesini sağlaması gerektiğini vurgulamıştır. Parlamento ayrıca, Şart'ın hakların ortak bir asgari temelini oluşturduğunu ve Üye Devletlerin, Şart'ın belli haklara yönelik kendi ulusal anayasalarında sağlanan güvencelerden daha düşük düzeyde bir koruma sağladığı argümanını Şart'ın sağladığı güvencelerin etkisini zayıflatmak için bir gerekçe olarak kullanamayacaklarını da özellikle belirtmiştir.<sup>[43]</sup>

Ayrıca, Avrupa Parlamentosu, anılan 14 Ocak 2009 tarihli Kararında; Şart'ın 53. maddesindeki<sup>[44]</sup> düzenlemeyi memnuniyetle karşıladığını ve Üye Devletlerin çoğunun tarafı olduğu ancak AB'nin resmi olarak tarafı olmadığı temel hakların korunması alanındaki sözleşmelere veya diğer uluslararası sözleşmelerde yer alan hükümlere AB'nin uyması gerektiği görüşündedir. Ancak, AB hukukunun (Temel Haklar Şartı veya başka bir AB düzenlemesinin) eşdeğer veya daha yüksek bir koruma düzeyi sunduğu durumlarda ise AB hukukuna göre işlem yapılması gerektiğini belirtmiştir. Parlamento da ABAD'ı kararları aracılığıyla bu yaklaşımı desteklemeye de çağırmıştır.<sup>[45]</sup>

Parlamento, 3 Temmuz 2013 tarihli kararında; AB kurumlarına, AB Antlaşmasının 2. maddesini 2 etkin bir şekilde uygulamak için yeni bir mekanizma kurulmasına ilişkin tavsiyeler ortaya koymuştur. Avrupa Parlamentosu, AB Komisyonunu AB Antlaşmasının 2. maddesinde ifade edilen Birliğin üzerine kurulu olduğu değerlerin ihlâl riski belirlenir belirlenmez, bir 'AB Antlaşması 2. Madde/Alarm Gündemi' oluşturması, yani Birlik değerlerini izleme mekanizması oluşturması için çağrıda bulundu. Parlamento, AB

[43] European Parliament, Resolution of 14 January 2009 on the situation of fundamental rights in the European Union 2004-2008 (2007/2145(INI)), erişim 15.05.2022, [https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-6-2009-01-14\\_EN.html#sdocta5](https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-6-2009-01-14_EN.html#sdocta5).

[44] Temel Haklar Şartının "Koruma düzeyi" başlıklı 53. maddesinde; "Bu Şartta yer alan hiçbir hüküm; ilgili uygulama alanlarında, Birlik hukuku, uluslararası hukuk, İnsan Haklarının ve Temel Özgürlüklerin Korunması Hakkında Avrupa Sözleşmesi de dâhil olmak üzere, Birlik, Topluluk ve tüm üye devletlerin taraf olduğu uluslararası sözleşmeler ve üye devletlerin anayasaları tarafından tanınan insan hakları ve temel özgürlükleri sınırlayıcı veya zedeleyici biçimde yorumlanamaz" düzenlemesi bulunmaktadır.

[45] European Parliament, "Resolution 2009", 23 nolu paragraf.

Antlaşmasının 2. maddesinde ifade edilen Birliğin üzerine kurulu olduğu ortak değerlere yönelik ihlal riski ile tehditler ortadan kaldırılana kadar ve bu değerlere tam uyum sağlanana münhasıran bu konunun öncelik ve aciliyetle ele alınabileceğini belirtmiştir.<sup>[46]</sup> Parlamento, AB'nin sözde 'Kopenhag kriterleri ikilemi' olarak adlandırılan sorunla ilgili acilen mücadele edilmesi gerektiğini yinelemiş ve AB kurumlarının aday ülkeler açısından bu ortak değerlere ve standartlara uyum konusunda çok katı olmasına rağmen AB'ye katıldıktan sonra Üye Devletlerin bu açıdan etkin olarak izlenmesi ve yaptırım araçlarından yoksun olduğuna dikkat çekmiştir. Avrupa Parlamentosu, Üye Devletlerin, Birliğin temel değerlerine ve demokrasinin ve hukukun üstünlüğünün gerekliliklerine sürekli uyumlarının, herhangi bir çifte standarttan kaçınarak ve böyle bir değerlendirmenin yapılması gerektiği akılda tutularak düzenli olarak değerlendirilmesini şiddetle talep etmiştir. Parlamento, aday ülkeler gibi Üye Devletlerin de Kopenhag kriterlerine benzer durumların aynı modele göre izlenmesi gerektiğini, aksi takdirde Üye Devletlerin Antlaşmalar önünde eşitlik ilkesine riayet edilmemiş olacağını belirtmiştir. Bu nedenle tüm Üye Devletlerin Birliğin temel değerlerine sürekli uyum açısından düzenli olarak değerlendirilmesi çağrısında bulunmuş ve bu uyumu sağlamak için yeni bir mekanizma oluşturulması gerektiğine dikkat çekmiştir.<sup>[47]</sup>

Parlamento bu mekanizmanın bir 'Kopenhag Komisyonu' veya üst düzey bir grup, bir 'akıllı adamlar grubu' ( bir 'Kopenhag üst düzey grubu') veya ABİHA'nın 70. maddesinde<sup>[48]</sup> belirtilen şekilde oluşturulabileceğini

[46] European Parliament, Resolution of 3 July 2013 on the situation of fundamental rights: standards and practices in Hungary (pursuant to the European Parliament Resolution of 16 February 2012), 70 no.lu paragraf, s. 27, erişim 16.05.2022, [https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-7-2013-0315\\_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-7-2013-0315_EN.pdf). Bu konuda bkz. Gabriel N. Toggenburg, "The EU Charter: Moving from a European Fundamental Rights Ornament to a European Fundamental Rights Order", içinde *Making the Charter of Fundamental Rights a Living Instrument*, ed. Giuseppe Palmisano, (Leiden: Brill Nijhoff 2014), 24-27.

[47] European Parliament, "Resolution 2013", 73-72 nolu paragraf, 32.

[48] ABİHA'nın 70. maddesinde; "258, 259 ve 260. maddelere hâle gelmeksizin, Konsey, Komisyonun önerisi üzerine, özellikle karşılıklı tanıma ilkesinin tam olarak uygulanmasını kolaylaştırmak amacıyla, üye devletlerin, Komisyon ile işbirliği yaparak, bu Başlık kapsamında yer alan Birlik politikalarının üye devletlerin makamları

belirtmiştir. Böyle bir mekanizmanın, Avrupa Birliği Temel Haklar Ajansının yetkisinin reforme edilmesi ve güçlendirilmesi ile mekanizma kapsamında alınacak önlemlere ilişkin güçlendirilmiş bir Komisyon-Konsej-Avrupa Parlamentosu-Üye Devletler diyalogu çerçevesi üzerine inşa edilmesi gerektiği görüşünü dile getirmiştir. Parlamento bu çerçevede, AB kurumları ve diğer uluslararası kuruluşlar, özellikle Avrupa Konseyi ve Venedik Komisyonu arasında daha yakın işbirliğine ve demokrasi, insan hakları ve hukukun üstünlüğü ilkelerinin desteklenmesinde onların uzmanlıklarından yararlanılması çağrısında da bulunmuştur.<sup>[49]</sup>

Ne var ki 2019 yılında Avrupa Parlamentosu tarafından kabul edilen ‘Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı’nın AB Kurumsal Çerçevesinde Uygulanmasına İlişkin 30 Ocak 2019 Tarihli Avrupa Parlamentosu Kararında’, tüm Üye Devletlerin Birliğin temel değerlerine sürekli uyum açısından düzenli olarak değerlendirilmesi ve bu uyumu sağlamak için yeni bir mekanizmanın henüz kurulmamış oluşturulmamasını ise üzüntüyle karşıladığını belirtmiştir.<sup>[50]</sup>

## **B) ŞART’IN PARLAMENTONUN MEVZUAT OLUŞTURMA SÜRECİNDEKİ ETKİSİ**

Temel Haklar Şartı, Avrupa Parlamentosunun dâhil olduğu yasama düzenlemelerinin temel hak ve özgürlükler ile ilkelere sistematik olarak kontrol edilmesini daha kolay hale getirmiştir. “Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı’na Saygı” başlıklı Avrupa Parlamentosu İçtüzüğü’nün 39. maddesine göre; “Parlamento, tüm faaliyetlerinde, Avrupa Birliği Antlaşmasının 6. maddesi ile tanınan haklara, özgürlüklere ve ilkeler ile Antlaşma’nın 2. maddesinde yer alan değerlere tam olarak saygı gösterir”. Parlamento İçtüzüğü’nün 39.

---

tarafından uygulanmasını objektif ve tarafsız biçimde değerlendirmelerine imkan veren kuralları içeren tedbirler kabul edebilir. Avrupa Parlamentosu ve ulusal parlamentolar, bu değerlendirmenin kapsam ve sonuçları hakkında bilgilendirilir” düzenlemesi yer almaktadır.

[49] European Parliament, “Resolution 2013,” 79-80 nolu paragraf, 33.

[50] European Parliament, 2014-2019, A8-0051/2019, European Parliament resolution of 30 January 2019 on the implementation of the Charter of Fundamental Rights of the European Union in the EU institutional framework (2017/2089(INI)), Rapporteur: Barbara Spinelli, 13, 26. [https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/A-8-2019-0051\\_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/A-8-2019-0051_EN.pdf) (erişim tarihi 16.05.2022).

maddesinde ayrıca, Avrupa Parlamentosu tarafından bir yasama teklifine getirilen değişikliklerle temel hakların olası herhangi bir ihlâlinin yakın bir incelemeye tâbi tutulmasını sağlayacak bir prosedür öngörmüştür. Temel hak ve özgürlüklere aykırı tasarrufta bulunulmaması yönündeki yaklaşım AB hukuk düzeninde artık önemli bir aşamaya gelmiştir. Nitekim, Craig ve De Búrca, AB ve ABİHA'nın hükümlerinin, AB Temel Haklar Şartı'ndaki haklara en uygun yorumu sağlayacak şekilde Temel Haklar Şartı ışığında yorumlanması gerektiğini belirtmiştir.<sup>[51]</sup> Avrupa Parlamentosu İttüzüğünün 39. maddesi de bu yaklaşımı yansıtmıştır.

Avrupa Parlamentosu Sivil Özgürlükler, Adalet ve İişleri Komitesi (LIBE), bir yasama faaliyetinin temel haklara uygunluğu hakkında görüş bildirebilir. LIBE Komitesi, Parlamento içerisinde AB'nin Özgürlük, Güvenlik ve Adalet alanında politika oluşturmak ve şekillendirmek için çeşitli yetkilerle donatılmış bir komitedir.<sup>[52]</sup> Ayrıca, Avrupa Parlamentosu ve Konsey, daha iyi hukuki düzenleme yapma konusunda aralarında yaptıkları kurumlar arası anlaşma uyarınca, Komisyonun bir önerisinde yaptıkları önemli değişiklikler hakkında Etki Değerlendirme Analizleri yapabilirler. Burada yapılacak Etki Değerlendirme Analizlerinin temel haklar konusunu içermesi gerekmektedir. Aslında Avrupa Parlamentosu Lizbon Antlaşmasının yürürlüğe girmesinden sonra 2012 yılında, AB Komisyonunun hazırlayacağı Etki Değerlendirme Analizlerinde, insan hakları konularına daha fazla önem verilmesini, bu analize ilişkin ilke ve standartların Birleşmiş Milletler ve Avrupa Konseyi insan hakları araçlarını da içerecek şekilde genişletilmesini ve özellikle AB Temel Haklar Ajansının bağımsız dış uzmanlığı sistematik olarak kullanılmasını önermişti.<sup>[53]</sup> Parlamento ayrıca Komisyonu, AB mevzuatının temel haklar üzerindeki etkisinin ve Üye Devletler tarafından sistematik olarak uygulanmasının, Komisyonun AB mevzuatının uygulanmasına ilişkin değerlendirme raporlarının ve AB hukukunun uygulanmasının izlenmesine ilişkin yıllık raporunun bir parçasını oluşturmasını sağlamaya da çağırmıştır.<sup>[54]</sup>

[51] Paul Craig ve Grainne De Búrca, *EU Law: Text, Cases and Materials*, 5th Edition, (New York: Oxford University Press, 2011), 109.

[52] Avrupa Parlamentosu İttüzüğünün VI no.lu Eki'nin XVII. maddesi.

[53] European Parliament, Resolution of 12 December 2012 on the situation of fundamental rights in the European Union, Para 3.

[54] Toggenburg Gabriel N., "European Fundamental Rights Order", 21.

Özetle, Avrupa Parlamentosu LIBE Komitesi, AB Temel Haklar Şartı'nın Lizbon sonrası hukuki açıdan bağlayıcı bir niteliğe kavuşması ile AB Özgürlük, Güvenlik ve Adalet alanında işbirliği kapsamında temel hakların ve hukukun üstünlüğünün destekçisi olarak önemli bir rol oynamaya devam etmiştir. LIBE Komitesi, kendi yasama çalışmalarının ve genel olarak AP'nin temel hakların korunmasını sağlamak için bir dizi araç ve güvenceye dayanır.<sup>[55]</sup> LIBE Komitesi, örneğin, Mayıs 2021 tarihinde, AB Komisyonunun Europol'ün yapısını ve yetkisini güçlendirmeye ve Üye Devletlerle olan ilişkisini değiştirmeye yönelik 9 Aralık 2020 tarihli mevcut yasal mevzuat değişiklik taslağı hakkında Temel Haklar Şartı bakımından bir değerlendirme yapmıştır.<sup>[56]</sup>

Bir yasama önerisi AB Komisyonundan çıktıktan sonra Avrupa Parlamentosu ve Konsey tarafından bazı değişikliklere maruz kalabilir. Bu kurumların her ikisi de AB Temel haklar Şartı'nda yer alan hak ve özgürlükler odaklı bir yaklaşım benimsemiştir. Temel Haklar Şartı yürürlüğe girdiğinde, Parlamento kendi bünyesinde bulunan LIBE Komitesinin, talep üzerine, Şart'ta yer alan haklara uymayan bir yasama teklifi hakkında görüş bildirmesine izin veren yeni bir uygulama başlatmıştır. Bu uygulama da '39. madde prosedürü' olarak adlandırılmıştır. Bu konudaki benzer bir uygulamayı AB Konseyi de kendi bünyesinde yer alan 'Temel Haklar, Vatandaş Hakları ve Kişilerin Serbest Dolaşımına İlişkin Çalışma Grubu (FREMP)' aracılığıyla yapmaktadır.<sup>[57]</sup>

LIBE Komitesi, Antlaşmalarda ve Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı'nda belirtildiği gibi, azınlıkların korunması da dahil olmak üzere, vatandaşların haklarının, insan haklarının ve temel haklarının Birlik sınırları içinde korunmasından sorumludur. Avrupa Parlamentosu İçtüzüğü'nün 39. maddesi, Parlamento çalışmalarında AB Temel Haklar Şartı'na saygı gösterilmesiyle ilgili ana hükmü oluşturmaktadır. 39. madde, Parlamantonun tüm

[55] Elspeth Guild, Sergio Carrera, Leonhard den Hertog ve Joanna Parkin, "Implementation of the EU Charter of Fundamental Rights and its Impact on EU Home Affairs Agencies—Frontex, Europol and the European Asylum Support Office", (Study for the European Parliament LIBE Committee, Policy Department C—Citizens' Rights and Constitutional Affairs, 2011), PE 453.196.

[56] Erişim tarihi 10.06.2022, [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/ATAG/2022/729382/EPRS\\_ATA\(2022\)729382\\_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/ATAG/2022/729382/EPRS_ATA(2022)729382_EN.pdf).

[57] European Parliament, "Resolution 2013," 21 ve 22.

faaliyetlerinde AB Şartı'nda belirtilen temel hakların yanı sıra AB Antlaşmasının 2 ve 6. maddelerinde belirtilen genel ilkelere saygı göstereceğini belirtir. Ayrıca, İçtüzüğün 39. maddesinin 2. fıkrasına göre; “Parlamento-daki bir siyasi grup veya en az 40 Parlamento Üyesi, bir yasama teklifi veya onun bölümlerine ilişkin bir önerinin, AB Temel Haklar Şartı'nda yer alan haklara uygun olmadığı görüşündeysen yapacakları talep üzerine, konu, Şart'ın yorumlanmasından sorumlu Komiteye (LIBE) havale edilecektir. Bu Komitenin görüşü, konudan sorumlu Komitenin raporuna eklenecektir”. İçtüzüğün 39. maddesinin uygulanması bakımından LIBE Komitesinde basit çoğunluk yeterli olmakla birlikte Komitenin görüşünün Parlamento Genel Kurulunda da onaylanması gerekir.<sup>[58]</sup> Görüldüğü üzere, LIBE Komitesi, AB yasama sürecinde Avrupa Parlamentosu içerisinde temel haklara uyulmasını sağlamak için özel bir sorumluluk üstlendiği anlaşılmaktadır.

AB Parlamentosu 16 Ocak 2019 tarihli temel hakların AB düzeyinde uygulanmasını konu alan raporunda; tüm Üye Devletlerin (hükümetler, parlamentolar ve yargı dâhil olmak üzere) hukukun üstünlüğünü, demokrasiyi ve temel hakları tam olarak desteklemesini sağlama çabalarını hızlandırmaya çağırılmıştır. AB Parlamentosu, hukukun üstünlüğü ile temel haklar arasında var olan esaslı bağı ve tüm Avrupalıları AB'nin ortak değerleri ve Temel Haklar Şartı konusunda daha bilinçli hale getirme ihtiyacını vurgulamış ve Üye Devletlerde, demokrasi, hukukun üstünlüğü ve temel hakların ciddi şekilde ihlal edildiğine dair açık kanıtlar olduğunda AB Parlamentosunun geçici (ad hoc) delegasyonlar göndermesinin önemini altını çizmiştir. AB Parlamentosu anılan raporunda; temel hakların tüm yasama teklifleri için etki değerlendirmesinin bir parçası olarak dahil edilmesi gerektiği, bu bağlamda, BM, Avrupa Konseyi ve AB düzeyinde farklı mekanizmalar altında sunulan temel haklarla ilgili tüm mevcut bilgileri bir araya getirecek olan AB

[58] Sergio Carrera, Nicholas Hernandez ve Joanna Parkin, *The 'Lisbonisation' of the European Parliament—Assessing Progress, Shortcomings and Challenges for Democratic Accountability in the Area of Freedom, Security and Justice*, (European Parliament-Policy Department C—Citizens' Rights and Constitutional Affairs, 2013), 38.



Temel Haklar Ajansının yeni Avrupa Birliği Temel Haklar Bilgi Sistemini (EFRIS)<sup>[59]</sup> memnuniyetle karşıladığını da belirtmiştir.<sup>[60]</sup>

“Avrupa Birliği Adalet Divanı, bir Üye Devlet, Avrupa Parlamentosu, Konsey veya Komisyon tarafından yetkisizlik, esaslı şekil kurallarının ihlali, Antlaşmaların ihlali veya Antlaşmaların uygulanmasına ilişkin herhangi bir hukuk kuralının ihlali veya yetkinin kötüye kullanılması gerekçeleriyle açılan davalar hakkında karar vermeye yetkilidir”.<sup>[61]</sup> Avrupa Parlamentosu, kendisine ABİHA’da tanınan bu dava açma yetkisini Konsey ve Komisyonun temel hakların gereklerini ihlâl ettiğini düşündüğü tasarruf ve işlemlerine karşı da kullanmıştır.<sup>[62]</sup>

“Bir kere, Divana göre “temel haklar” ya da “insan hakları”, Birlik hukukunun genel ilkesi olarak koruma altındadır. Yerleşik içtihat hukuku uyarınca: “Temel haklar, Divanın gözettiği hukukun genel ilkelerinin ayrılmaz bir

[59] Avrupa Birliği Temel Haklar Bilgi Sistemi (EFRIS), mevcut insan hakları veri tabanlarından veri ve bilgileri bir araya getiren ve AB’deki temel haklara ilişkin ilgili değerlendirmelerin görüntülenmesi ve analizi ile bu ağlar arasında veri transferine olanak sağlayan sistemin adıdır, erişim tarihi, 12.06.2022. <https://fra.europa.eu/en/content/eu-fundamental-rights-information-system>.

[60] European Parliament, 2014-2019, P8\_TA(2019)0032, European Parliament resolution of 16 January 2019 on the situation of fundamental rights in the European Union in 2017 (2018/2103(INI)), 6.

[61] Seyful Abdulla Oglu Meyarli, “Temel Hak ve Özgürlükleri Koruma Bakımından Avrupa Birliği Adalet Divanı’nın Yeri ve Önemi,” (Yüksek Lisans Tezi, Dokuz Eylül Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kamu Hukuku ABD, İnsan Hakları Hukuku Yüksek Lisans Programı, İzmir, 2020), 34.

[62] Case C-540/03, *Parliament v. Council*, [2006] ECR I-5769; Joined Cases C-317/04 and C-318/04, *Parliament v. Council and Parliament v. Commission*, [2006] ECR I-4721. Bu konuda bkz. Elaine Fahey, “Between One-Shooters and Repeat Hitters: A Retrospective on the role of the European Parliament in the EU-US PNR Litigation”, *EU Law Stories* içinde Fernanda Nicola ve Bill Davies (Eds.), (Cambridge: Cambridge University Press, 2017), 528-550; Federico Camporesi, “The European Parliament and the EU Charter of Fundamental Rights”, *The EU Charter of Fundamental Rights: From Declaration to Binding Instrument*, içinde, ed. Giacomo Di Federico, (Dordrecht: Springer, 2011), 77-94.

parçasını oluşturur”.<sup>[63]</sup> Hukukun genel ilkeleri, ABAD tarafından belirlenen yazılı olmayan ilkelerdir. Hukukun genel ilkeleri 1960'ların sonlarından<sup>[64]</sup> beri AB'nin hukuk kaynakları arasında kabul edilmektedir.<sup>[65]</sup> Bu bağlamda hukukun genel ilkeleri, ikincil bir hukuk kaynağının (örneğin, bir AB Tüzüğü veya Direktifinin) hukuken geçerli olup olmadığını veya ulusal hukukun bir hükmünün uygulanabilir olup olmadığını belirlemek için kullanılır.<sup>[66]</sup> “...Divan, bu amaçla, üye devletlerdeki ortak anayasal geleneklerden ve üye devletlerin işbirliği yaptığı ya da imzaladığı insan haklarının korunmasına ilişkin uluslararası belgelerin sunduğu ana esaslardan esinlenmektedir. Bu yönden, [Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (“AİHS”)], özel öneme sahiptir”.<sup>[67]</sup> “Yine, Divan bugüne kadar, adil yargılanma hakkı, suç ve cezaya ilişkin kanunilik ilkesi, özel hayata saygı gösterilmesi ve ifade özgürlüğü, kazanılmış haklara riayet edilmesi ilkesi, meşru beklentilerin korunması ilkesi, orantılılık ilkesi, etkili yargısal koruma ilkesi ve hakkın kötüye kullanılması yasağı gibi temel hakları AB hukukunun genel ilkesi olarak kabul etmiştir”.<sup>[68]</sup> ABAD bu ilkeleri gerek ABİHA'nın 263. maddesi

[63] Sanem Baykal ve İlke Göçmen, “Avrupa Birliği Hukukunun Kaynakları Bakımından Normlar Hiyerarşisi,” *Prof. Dr. Erdal Onar'a Armağan*, (Ankara: Ankara Üniversitesi Basımevi, 2013), 339.

[64] CJEU, Case 29-69, *Erich Stauder v. City of Ulm – Sozialamt*, 12 November 1969; CJEU, Case 11-70, *Internationale Handelsgesellschaft mbH v. Einfuhr- und Vorratsstelle für Getreide und Futtermittel*, 17 December 1970; CJEU, Case 4-73, *J.Nold, Kohlen- und Baustoffgroßhandlung v. Commission of the European Communities*, 14 May 1974.

[65] Nitekim, AB Antlaşmasının 6(3) maddesinde; “İnsan Haklarının ve Temel Özgürlüklerin Korunmasına İlişkin Avrupa Sözleşmesi tarafından güvence altına alınan ve Üye Devletlerin ortak anayasal geleneklerinden kaynaklanan temel haklar, Birlik hukukunun genel ilkelerinin parçasıdır” düzenlemesi yer almaktadır.

[66] Opinion of Advocate General Colomer of 24 January 2008, para. 19 in CJEU, Joined cases C-55/07 and C-56/07, *Othmar Michaeler (C-55/07 and C-56/07), Subito GmbH (C-55/07 and C-56/07) and Ruth Volgger (C-56/07) v. Amt für sozialen Arbeitsschutz and Autonome Provinz Bozen*, 24 April 2008.

[67] Sanem Baykal ve İlke Göçmen, Sanem Baykal ve İlke Göçmen, “Avrupa Birliği Hukukunun Kaynakları,” 339.

[68] Sanem Baykal ve İlke Göçmen, Sanem Baykal ve İlke Göçmen, “Avrupa Birliği Hukukunun Kaynakları,” 340.

uyarınca açılan iptal davası gerek 267. maddesine göre ön karar davası bakımından yaptığı yargısal incelemede hukuki dayanak olarak ele almaktadır.<sup>[69]</sup>

### III. ŞART'IN AB KONSEYİNİN FAALİYETLERİ ÜZERİNDEKİ ETKİSİ

Temel Haklar Şartı'nın Lizbon Antlaşması ile hukuken bağlayıcı hale gelmesinden sonra, AB kurumları yetkilerini kullanırken Şart'ta yer alan temel hak ve özgürlüklere uygun işlem ve tasarrufta bulunmalarını sağlamıştır. AB Konseyi, her ne kadar AB Komisyonu ile Avrupa Parlamentosuna göre daha geç harekete geçmiş olsa da Lizbon Antlaşmasının yürürlüğe girmesinden sonra bu konuda adımlar atmaya başladı.

Konsey, Temel Haklar Şartı'nın kabulünden sonra Şart'la ilgili ilk açık siyasi taahhütlerini 2009 yılı Stockholm programı kapsamında yapmıştır. Temel Haklar Şartı'nın yasal olarak bağlayıcı hale gelmesinden önce Konsey; Komisyon ve Avrupa Parlamentosundan farklı olarak, tüm taslak tekliflerde tüm temel haklara saygı duyulmasını garanti altına alacak 'daimi usul ve yapısal çerçeveye' sahip olmayan kurumdu.<sup>[70]</sup> AB Üyesi Devletlerin Adalet ve İçişleri Bakanlarının 20-21 Ocak 2011 tarihli 'Yasama Sürecinde Temel Haklar Şartı'nın Etkin Bir Şekilde Uygulanmasının Sağlanmasında Konseyin Rolü' başlıklı gayri resmi toplantısı akabinde Adalet ve İçişleri Konseyi, 24-25 Şubat 2011 tarihli toplantısında, Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı'nın etkin bir şekilde uygulanmasının sağlanmasında Avrupa Birliği Konseyinin rolüne ilişkin Konsey sonuçlarını kabul etmiştir.<sup>[71]</sup>

2015 yılında Konsey, kendi mevzuat birimlerinin taslak düzenlemelerde temel hakların uygunluk kontrollerine ilişkin takip edilmesi gereken

[69] Paul Craig ve Grainne De Burca, "EU Law Text," 109.

[70] Council discussion document, "The Role of the Council in Ensuring the Effective Implementation of the Charter of Fundamental Rights in the Legislative Process" (Informal meeting of the Justice and Home Affairs Ministers, 20–21 January 2011). Bu doküman, AB Komisyonunun 2010 yılında kabul ettiği Şart'ın etkili olarak uygulanmasına ilişkin stratejisiyle ilgili Tebliği ile Avrupa Parlamentosunun 2009-2010 yılları için temel haklarla ilgili durumuna ilişkin kararında belirtilmiştir.

[71] Council, Guidelines on methodological steps to be taken to check fundamental rights compatibility at the Council preparatory bodies (16.12.2014), 4, erişim tarihi 17.04.2022. <https://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-5377-2015-INIT/en/pdf>.

metodolojik adımlarla ilgili bir kılavuz yayınladı.<sup>[72]</sup> Aslında, bunun öncesinde de 2011 yılında Konsey aynı konuda bir kılavuz yayınlamıştı. 2015 yılında kabul edilen yeni kılavuz ise ABAD'ın Temel Haklar Şartı'yla ilgili verdiği kararların dikkate alınarak güncellenmesi mahiyetindedir. Konseyin Temel Haklar, Vatandaş Hakları ve Kişilerin Serbest Dolaşımına İlişkin Çalışma Grubu (FREMP) bu konuda araçsal bir rol oynamaktadır.

Hukuken bağlayıcı niteliği olmayan ve tavsiye olarak ele alınması gereken bu kılavuzun amacı, görüşülmekte olan AB mevzuat taslaklarıyla ilgili Konseydeki mevzuat birimlerinde gerekli metodolojik adımların atılmasına yardımcı olmaktır.<sup>[73]</sup> Bu kılavuz, temel haklara uygunluğun kontrol edilmesi sürecinde bağlam ve rehberlik sağlamakta olup temel haklarla uyumluluğun değerlendirilmesini kolaylaştıracak bir araç olan “temel haklar kontrol listesi” de içermektedir.<sup>[74]</sup> Bu liste yukarıda aktarılan AB Komisyonunun 2010 tarihli AB'de Temel Haklar Şartı'nın Etkili Uygulanması Stratejisi'ni konu edinen Komisyon Tebliği'nde geçen “kontrol listesi” ile hemen hemen aynıdır.

Konseyin bu Kılavuzu, inceleme konusu mevzuda öncelikle Temel Haklar Şartı ile Temel Haklar Şartı'yla İlgili Açıklamalara, akabinde konuyla ilgili Avrupa Birliği Adalet Divanı içtihatlarına ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi içtihatlarına bakılarak bir değerlendirme yapılmasını öngörmektedir.<sup>[75]</sup>

Bu Kılavuz'da, AB Temel Haklar Şartı'nın 52(1) maddesinde temel hak ve özgürlüklerin kullanılmasına ilişkin yapılacak kısıtlamalara ilişkin bazı düzenlemeler yapılmış ve bu kısıtlamaların AB Konseyi birimleri tarafından nasıl uygulanması gerektiği izah edilmiştir. Buna göre; Şart içerisinde belirtilen hak ve özgürlüklerin kullanılmasına ilişkin herhangi bir kısıtlama yasalarca öngörülmeli, ilgili hakkın özüne zarar vermemeli ve ölçülülük ilkesine gereği, bu hak ve özgürlüklere ancak gerekli olmaları ve Birlik tarafından tanınan genel çıkar hedeflerine gerçekten uygun olmaları veya başkalarının hak ve özgürlüklerini koruma ihtiyacının ortaya çıkması halinde kısıtlamalar

[72] Council, Guidelines, “on methodological steps,” 1-22.

[73] Council, Guidelines, “on methodological steps,” s. 2.

[74] Council, Guidelines, “on methodological steps,” Ek-5, 22.

[75] Council, Guidelines, “on methodological steps,” 7.

getirilebilir.<sup>[76]</sup> ABAD'ın temel hak ve özgürlüklere getirilecek kısıtlamalara ilişkin yaklaşımı dikkate alınarak Kılavuz'un IV no.lu Eki'nde ayrıntılı olarak belirtilmiştir. Konsey ve Konseyin mevzuat hazırlama birimleri, temel hak ve özgürlüklere olası her türlü müdahaleyi yapılan açıklamalar doğrultusunda dikkatle değerlendirmesi ve söz konusu hak veya özgürlüğü daha az kısıtlayıcı bir tedbirle ulaşılmak istenen amaca varmak açısından alternatif araçları da araştırılması önerilmektedir.<sup>[77]</sup>

Konseyin, 26 Eylül 2019 tarihli Temel Haklar Şartı'nın 10. yıldönümüyle ilgili açıklamasında; Birliğin insan onuruna saygı, özgürlük, demokrasi, eşitlik, hukukun üstünlüğü ve azınlıklara mensup kişilerin hakları da dahil olmak üzere insan haklarına saygı gibi ortak değerlere dayandığını teyit etmektedir.<sup>[78]</sup> Konsey, Şart'ta yer alan hakların Avrupa Birliği'nin temel taşı olduğunu, tüm Üye Devletler ve AB kurumları tarafından bu haklara tam olarak saygı gösterilmesi gerektiğini ve AB'nin Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne katılımına olan bağlılığını yinelediğini belirtmiştir. AB Konseyi, Üye Devletleri; politika yapıcılar, memurlar ve hukukçular ile ulusal insan hakları kurumları, sivil toplum kuruluşları da dâhil olmak üzere ve diğer insan hakları savunucularına Temel Haklar Şartı ile ilgili bilinçlendirme ve eğitim faaliyetlerini güçlendirmeye çağırmıştır.<sup>[79]</sup>

Temel Haklar Şartı'nda yer alan hakların benimsenmesine yönelik Komisyona nazaran Konseyin isteksiz ve yavaş tutumu, Konseyin ulusal çıkarları gözetken kurumsal konumu göz önüne alındığında ancak anlaşılabilir. Örneğin, Komisyon yukarıda ayrıntılı olarak aktarılan Etki Analiz

[76] Temel Haklar Şartı'nın 52(1) maddesinde temel hak ve özgürlüklerin kullanılmasına ilişkin yapılacak kısıtlamalara ilişkin bkz. Takis Tridimas ve Giulia Gentile, "The Essence of Rights: An Unreliable Boundary?," *German Law Journal* 20, (2019): 794.

[77] Council Guidelines, op.cit., Ek-5, 17-21; ilgili ABAD kararı için bkz. EUCJ Judgment of 8 April 2014, Joined Cases C-293/12 and C-594/12, *Digital Rights Ireland and Seitlinger and Others*.

[78] Council Conclusions on the Charter of Fundamental Rights after 10 Years: State of Play and Future Work, 3. erişim tarihi 10.06.2022, <https://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-12357-2019-INIT/en/pdf>.

[79] Council Conclusions on the Charter of Fundamental Rights after 10 Years: State of Play and Future Work, 8.

değerlendirmesiyle ilgili olarak Kılavuzun önemi ve bağlayıcılığını vurgularken, Konsey ise, Temel Haklarla ilgili Kılavuzların yalnızca “bağlayıcı olmayan tavsiye olarak değerlendirilmesi gerektiğini” belirtmiştir.<sup>[80]</sup>

Komisyon ve Konsey arasındaki Temel Haklar Şartı'na yönelik bu bakış açısı farklılığı, Konseyin Şart'ın kapsamına ilişkin görüşüne de yansımaktadır. Daha önce belirtildiği gibi, Komisyon, Şart'ın kapsamı hakkında Avrupa Parlamentosundan daha kısıtlayıcı bir görüşe sahip görünüyor ve uygulama yetkilerini AB mevzuatıyla açık bir bağlantısı olan konularla sınırlandırıyor. Konsey'in kapsama yönelik görüşü ise daha da kısıtlayıcı niteliktedir. 2014 yılının sonlarında, Konseyin İtalya Dönemi Başkanlığı'nda, Komisyonun yeni 'hukukun üstünlüğü mekanizmasına' ilişkin yapılan müzakereler kapsamında, Konseyin hukuk departmanı, 'Antlaşmalarda kurumlara yeni bir denetim mekanizması oluşturma yetkisi veren yasal bir dayanak yoktur' şeklindeki Konseyin tutumunu teyit eden bir görüş sunmuştur.

Avrupa Birliği Konseyi, Mart 2021'in başında, AB Temel Haklar Şartı'nın uygulanmasının güçlendirilmesine ilişkin bazı kararlar kabul etmiştir. Bu kararlar, Şart'ın ulusal düzeyde daha iyi uygulanmasına ve dolayısıyla AB Üye Devletlerinde temel hakların daha iyi korunmasına katkıda bulunma potansiyeline sahiptir. Konsey, daha fazla eğitim, daha fazla bilinçlendirme, yasa yapma konusunda daha iyi kurallar, Şart'ın uygulanmasıyla alakalı daha fazla deneyim ve uygulama alışverişi, AB fonlarından faydalanmak için Şart'la uyumlu işlem yapma, Şart ile ilgili konularda daha fazla koordinasyon ve sivil toplumla daha fazla işbirliği ile güçlü ulusal insan hakları kurumları için çağrıda bulunmaktadır.<sup>[81]</sup>

Avrupa Birliği Konseyi, Temel Haklar Şartı ile ilgili farkındalığı artırmak, en iyi uygulamaları paylaşmak, ortak araçlar geliştirmek ve bu konularda bir yol haritası yapılması için Üye Devletleri teşvik etmiştir.<sup>[82]</sup> Konsey ayrıca,

[80] Mark Dawson, *The Governance of EU Fundamental Rights*, (Cambridge: Cambridge University Press, March 2017), 108.

[81] Council of the European Union, Brussels, 8 March 2021, 6795/21, Council conclusions on strengthening the application of the Charter of Fundamental Rights in the European Union, erişim tarihi 13.06.2022, <https://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-6795-2021-INIT/en/pdf>.

[82] Applying the Charter of Fundamental Rights of the European Union in law and policymaking at national level Guidance, Luxembourg: Publications Office of the

AB Temel Haklar Ajansının, Üye Devletlerdeki kamu görevlilerinin Temel Haklar Şartı'nda yer alan hakların uygulanması konusunda eğitilmesine yardımcı olabileceğine dikkat çekmiş ve özellikle Ajanstan uygulayıcılar ve uzman olmayanlar için Şart'ın ulusal düzeyde uygulanması ile ilgili bir el kitabı hazırlamasını da talep etmiştir.<sup>[83]</sup>

## SONUÇ

Temel Haklar Şartı'nın 2000 yılında kabulü öncesinde AB'nin net bir insan hakları politikasından bahsetmek zordu. Temel haklar koruması daha önce, AB hukukunun genel ilkeleri, ardından AB Temel Haklar Şartı aracılığıyla kademeli olarak AB hukuk sistemine dâhil edilmiştir.

Temel Haklar Şartı, 2000 yılında Nice şehrinde kabul edildiği tarih itibarıyla siyasi bir deklarasyon biçimindeydi. Şart, hem AB hukuk düzeninin temel haklar alanındaki mevcut müktesebatın kodifiye edilerek yeniden ifade edilmesi hem de Şart'ın hazırlanması sürecinde Üye Devletlerin de katılımını sağlaması nedeniyle, AB düzeyinde ve Üye Devletler nezdinde bir meşruiyet sorunu yaşanmamıştır. Temel hakların korunmasının AB hukuk düzenindeki gelişimi kademeli olmakla birlikte, Temel Haklar Şartı'nın kabulünden bu yana AB kurumlarının özellikle yasal düzenleme gerçekleştirdikleri zaman Şart'ın hükümleri artık gündemlerinin merkezinde yer almaktadır. Temel Haklar Şartı, AB kurumlarını, temel haklara uygun düşecek tasarrufları kabul etmeye veya işlemlerde bulunmaya yönelik bir yaklaşımı benimsemeleri ve yasa ve politika oluşturma süreçlerine Şart'ın hükümlerini de entegre etmeye yönlendirmiştir.

AB Komisyonunun 2 Aralık 2020 yılında açıkladığı 'Şart'ın AB'de Uygulanmasını Güçlendirmeye İlişkin Yeni Stratejisi'ne Yönelik Tebliğ'de açıkladığı üzere, temel hak ve özgürlükler demokratik tartışmanın yapılabildiği, bağımsız medya ve aktif bir sivil toplumun olduğu bir yerde insanların yaşamlarında etkili olabilir. Bu bağlamda Temel Haklar Şartı, kabul edildiği 20 yılı aşkın bir süredir çeşitli biçimlerde AB'de insanların temel haklarının daha fazla güçlendirilmesi, geliştirilmesi ve korunmasında önemli katkılar sağlamıştır. Yukarıda izah edildiği üzere Temel Haklar Şartı, AB kurumlarının temel

---

European Union, 2020, 3.

[83] European Union Agency for Fundamental Rights, "Applying the Charter," 12.

hak ve özgürlüklere saygılı kalma taahhüdünü pekiŐtirmiş ve bu durum AB Parlamentosu, AB Konseyi ve AB Komisyonunun Şart'ta yer alan hakların ihlâl edilmesi durumunda aktif bir tutum içinde kalmalarına vesile olmuştur.

AB Konseyi ile AB Komisyonunun kendi bünyelerinde AB mevzuat taslaklarının temel haklara uyumluluğunu kontrol etmek için hazırladıkları kılavuz ilkeler mevcuttur. Avrupa Parlamentosu da kendi hukuk departmanına danışma olanağı da dâhil olmak üzere AB mevzuat taslağının kendi bünyesinde yer alan LIBE Komitesine *ex ante* temel haklar incelemesi için imkan tanıyan özel ilave bir prosedür uyarınca temel haklara uygunluk incelemesi için yürürlükte olan standart usuller geliştirmiştir. Bu üç önemli AB kurumu gerektiğinde bu konuda AB Temel Haklar Ajansından da bir görüş talep edebilme olanağına da sahiptir.

AB Komisyonunun ihlâl usulü uyarınca da AB hukukunun uygulandığı alanlarda Üye Devletlerin AB Temel Haklar Şartı'nda yer alan temel hakları ihlâl eden tasarruf ve işlemlerine karşı da ayrı bir zorlayıcı mekanizma bulunmaktadır. Bu Şekilde, AB Temel Haklar Şartı'na dayalı bir hak kültürü yaklaşımı sadece AB düzeyinde değil, aynı zamanda AB hukukunu uygularken Üye Devletler düzeyinde de söz konusu olmaktadır. Bununla birlikte, yukarıda aktarılan Eurobarometer anket araştırmasına göre, Temel Haklar Şartı halen AB vatandaşları arasında bütün potansiyel etkisiyle uygulanma seviyesine de ulaşabilmiş değildir. AB'de yaşayan az sayıda insan AB Temel Haklar Şartı'nın içeriğine vakıftır. Bu nedenle, AB Temel Haklar Şartı'nın içeriği ve uygulanmasına ilişkin AB'de yaşayan kişiler açısından farkındalık ve bilincin artırılması gerçeği de AB kurumlarının önünde çözümlenmesi gereken bir sorun olarak durmaktadır.



## KAYNAKÇA

- Arsava, Ayşe Füsün. “AB Temel Haklar Şartının AB Hukuku ile İlişkisi.” *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi* 7, (2016): 149-166.
- Baykal, Sanem ve İlke Göçmen. “Avrupa Birliği Hukukunun Kaynakları Bakımından Normlar Hiyerarşisi.” *Prof. Dr. Erdal Onar’a Armağan*. 317-365. Ankara: Ankara Üniversitesi Basımevi, 2013.
- Bilgin, Aslı. “Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı ve Lizbon Antlaşması.” *Avrupa Birliği’nin Güncel Sorunları ve Gelişmeler* içinde Editörler Belgin Akçay, Sevilay Kahraman ve Sanem Baykal, 317-347. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2008.
- Butler, Israel de Jesus. “Ensuring Compliance with the Charter of Fundamental Rights in Legislative Drafting: The Practice of the European Commission.” *European Law Review* 37, no. 4, (2012): 397.
- Camporesi, Federico. “The European Parliament and the EU Charter of Fundamental Rights.” *The EU Charter of Fundamental Rights: From Declaration to Binding Instrument*. İçinde Eds. Giacomo Di Federico, 77-94. Dordrecht: Springer, 2011.
- Carrera, Sergio, Nicholas Hernanz ve Joanna Parkin, *The ‘Lisbonisation’ of the European Parliament—Assessing Progress, Shortcomings and Challenges for Democratic Accountability in the Area of Freedom, Security and Justice*. European Parliament- Policy Department C—Citizens’ Rights and Constitutional Affairs, 2013.
- Craig, Paul ve De Burca, Grainne. *EU Law Text, Cases and Materials*, 5th Edition. New York: Oxford University Press, 2011.
- Dawson, Mark. *The Governance of EU Fundamental Rights*. Cambridge: Cambridge University Press, March 2017.
- Deniz, Bahar Yeşim. “Avrupa Birliği Hukukunda Temel Haklar ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Sistemi İle Etkileşim.” *Türkiye Barolar Birliği Dergisi* 97, (2011): 49-74.

- Denizeau-Lahaye, Charlotte, “La Charte des droits fondamentaux de l’Union européenne dans le renvoi préjudiciel en interprétation, source d’un dialogue juridictionnel renouvelé”, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu* 57, no 1, (2020): 13-22.
- Demir, Timur. “Avrupa Birliği’nde Temel Hak ve Hürriyetlerin Korunması ve AİHS’nin Avrupa Birliği Hukukundaki Yeri.” Doktora Tezi, Konya: Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı, 2010.
- De Schutter, Olivier. *Infringement Proceedings as a Tool for the Enforcement of Fundamental Rights in The European Union*. Open Society European Policy Institute, 2017.
- Gheorghe, Dinu. “The European Union Charter of Fundamental Rights, The Treaty of Lisbon’s Objectives and Principles.” *Contemporary Readings in Law and Social Justice*, 9, (2017): 229–235.
- Guild, Elspeth, Sergio Carrera, Leonhard den Hertog ve Joanna Parkin, “Implementation of the EU Charter of Fundamental Rights and its Impact on EU Home Affairs Agencies–Frontex, Europol and the European Asylum Support Office.” Study for the European Parliament LIBE Committee, Policy Department C – Citizens’ Rights and Constitutional Affairs, 2011, PE 453.196.
- Fahey, Elaine. “Between One-Shotters and Repeat Hitters: A Retrospective on the role of the European Parliament in the EU-US PNR Litigation.” içinde *EU Law Stories*. Eds Fernanda Nicola ve Bill Davies, 528-550. Cambridge: Cambridge University Press, 2017.
- Lachmayer Konrad. “Questioning the Basic Values – Austria and Jörg Haider.” içinde *The Enforcement of EU Law and Values: Ensuring Member States’ Compliance*. Editörler András Jakab ve Dimitry Kochenov, 436–455. Oxford University Press, 2017.
- Karayığit, Mustafa T. “AB Temel Haklar Şartı'nın Uygulanmasının Kapsamı.” *Ankara Avrupa Çalışmaları Dergisi* 20, (2021): 563-594.
- Manfredi, Matteo. “Enhancing Economic and Social Rights Within the Internal Market Through Recognition of the Horizontal Effects of the European Charter of Fundamental Rights.” *European Papers* 6, (2021): 293-309.

- Kosta, Vasiliki. *Fundamental Rights in EU Internal Market Legislation* (*Modern Studies in European Law*, Hart Publishing-Bloomsbury Publishing, 2018).
- Meyarli, Seyful Abdulla Oglu. “Temel Hak ve Özgürlükleri Koruma Bakımından Avrupa Birliği Adalet Divanı’nın Yeri ve Önemi.” Yüksek Lisans Tezi: Dokuz Eylül Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kamu Hukuku ABD, İnsan Hakları Hukuku Yüksek Lisans Programı, İzmir, 2020.
- Morijn, John. “The EU Fundamental Rights Charter, the European Commission and the Council of Ministers: Checking the “Charter Check lists.” *EUtopia Law*, 28.09.2011. <https://eutopialaw.wordpress.com/2011/09/28/the-eu-fundamental-rights-charter-the-european-commission-and-the-council-of-ministers-checking-the-%E2%80%98charter-checklists%E2%80%99-part-1/> Erişim tarihi 11.04.2022.
- Salomia, Oana-Mihaela. “The Role of The European Union Charter of Fundamental Rights in the New European Context.” *LESIJ–Lex ET Scientia International Journal* 19, no. 2 (2012): 180-186.
- Tiberi, Giulia, Stefania Ninatti ve Alessandra Osti. “The Legal Importance and Implementation of the Charter of Fundamental Rights in Italy.” içinde *Making the Charter of Fundamental Rights a Living Instrument*. Editör Giuseppe Palmisano, 276-313. Leiden: Brill Nijhoff, 2014.
- Toggenburg, Gabriel N. “The EU Charter: Moving from a European Fundamental Rights Ornament to a European Fundamental Rights Order.” içinde *Making the Charter of Fundamental Rights a Living Instrument*. Editör Giuseppe Palmisano, 10-29. Leiden: Brill Nijhoff 2014.
- Tridimas, Takis ve Giulia Gentile. “The Essence of Rights: An Unreliable Boundary?.” *German Law Journal* 20, (2019): 794–816.

### **Mevzuat ve diğer kaynaklar**

Applying the Charter of Fundamental Rights of the European Union in law and policymaking at national level Guidance, European Union Agency for Fundamental Rights, Luxembourg; Publications Office of the European Union, 2020, s. 12.

Commission Communication, Compliance with the Charter of Fundamental Rights in Commission legislative proposals, COM (2005) 172. COM(2010) 573 final, Strategy for the effective implementation of the Charter of Fundamental Rights by the European Union, <https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2010:0573:FIN:EN:PDF> Erişim tarihi 10.04.2022.

Commission Staff Working Paper, Operational Guidance on taking account of Fundamental Rights in Commission Impact Assessments, SEC (2011) 567, s. 5.

COM/2020/711 final, Strategy to strengthen the application of the Charter of Fundamental Rights in the EU, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A52020DC0711&qid=1608047356199> Erişim tarihi 10.04.2022.

COM(2010) 573 final, Strategy for the effective implementation of the Charter of Fundamental Rights by the European Union, s. 10.

COM(2021) 819 final, [https://ec.europa.eu/info/sites/default/files/1\\_1\\_179442\\_ann\\_rep\\_en\\_0.pdf](https://ec.europa.eu/info/sites/default/files/1_1_179442_ann_rep_en_0.pdf) [https://ec.europa.eu/info/aid-development-cooperation-fundamental-rights/your-rights-eu/eu-charter-fundamental-rights/application-charter/annual-reports-application-charter\\_en](https://ec.europa.eu/info/aid-development-cooperation-fundamental-rights/your-rights-eu/eu-charter-fundamental-rights/application-charter/annual-reports-application-charter_en) Erişim tarihi 10.05.2022.

COM(2003) 606 final, Communication from the Commission to the Council and the European Parliament on Article 7 of the Treaty on European Union—Respect for and promotion of the values on which the Union is based, 15.10.2003, s.3. <https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2003:0606:FIN:EN:PDF> Erişim tarihi 10.04.2022.

COM(2020) 711 final, EU Commission Communication Communication From The Commission To The European Parliament, The Council, The European Economic And Social Committee And The Committee Of The Regions, Strategy to strengthen the application of the Charter of Fundamental Rights in the EU, 1-20.

Council of the European Union, Brussels, 8 March 2021, 6795/21, Council conclusions on strengthening the application of the Charter of Fundamental Rights in the European Union, <https://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-6795-2021-INIT/en/pdf> Erişim tarihi 13.06.2022.

Council Conclusions on the Charter of Fundamental Rights after 10 Years: State of Play and Future Work. <https://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-12357-2019-INIT/en/pdf> Erişim tarihi 10.06.2022.

Council discussion document, ‘The Role of the Council in Ensuring the Effective Implementation of the Charter of Fundamental Rights in the Legislative Process’ (Informal meeting of the Justice and Home Affairs Ministers, 20–21 January 2011).

Council, Guidelines on methodological steps to be taken to check fundamental rights compatibility at the Council preparatory bodies (16.12.2014). <https://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-5377-2015-INIT/en/pdf> Erişim tarihi 17.04.2022.

European Commission; Justice, Rights and Values, Special Eurobarometer 514, Report, Fieldwork, March-April 2021 <https://europa.eu/eurobarometer/surveys/detail/2269> Erişim tarihi 20.04.2022.

European Commission, 2018 Report on the Application of the EU Charter of Fundamental Rights, Luxembourg: Publications Office of the European Union, 2019, s. 13. [https://ec.europa.eu/info/sites/default/files/2018\\_annual\\_report\\_charter\\_en\\_0.pdf](https://ec.europa.eu/info/sites/default/files/2018_annual_report_charter_en_0.pdf) Erişim tarihi 16.04.2022).

European Parliament, Resolution of 12 December 2012 on the situation of fundamental rights in the European Union, Para 3.

European Parliament, 2014-2019, P8\_TA(2019)0032, European Parliament resolution of 16 January 2019 on the situation of fundamental rights in the European Union in 2017 (2018/2103(INI)), s. 6.

European Parliament, Resolution of 3 July 2013 on the situation of fundamental rights: standards and practices in Hungary (pursuant to the European Parliament Resolution of 16 February 2012), 70 no.lu paragraf, s. 27. [https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-7-2013-0315\\_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-7-2013-0315_EN.pdf) Erişim tarihi 16.05.2022.

European Parliament resolution of 14 January 2009 on the situation of fundamental rights in the European Union 2004-2008 (2007/2145(INI)). [https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-6-2009-01-14\\_EN.html#sdocta5](https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-6-2009-01-14_EN.html#sdocta5) Erişim tarihi 15.05.2022.

European Parliament, 2014-2019, A8-0051/2019, European Parliament resolution of 30 January 2019 on the implementation of the Charter of Fundamental Rights of the European Union in the EU institutional framework (2017/2089(INI)), Rapporteur: Barbara Spinelli, s.13, 26. [https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/A-8-2019-0051\\_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/A-8-2019-0051_EN.pdf) Erişim tarihi 16.05.2022.

Multi-annual programme 2010-2014 regarding the area of freedom, security and justice (Stockholm programme) European Parliament resolution of 25 November 2009 on the Communication from the Commission to the European Parliament and the Council – An area of freedom, security and justice serving the citizen – Stockholm programme. *OJ C 285E, 21.10.2010, p. 12–35.* [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/HR/TXT/?uri=CELEX:52009IP0090\(01\)](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/HR/TXT/?uri=CELEX:52009IP0090(01)) Erişim tarihi 19.05.2022.

Resolution on the annual report on human rights in the EU (1998-1999), (rapp. Haarder) of 16 March 2000 (EP doc. A5-0050/2000).

Resolution of 5 July 2001 on the situation of fundamental rights in the European Union (2000) (rapp. Thierry Cornillet) (2000/2231(INI)) (OJ C 65 E, 14.3.2002, pp. 177-350), paras. 2-3.

<https://fra.europa.eu/en/content/eu-fundamental-rights-information-system>  
Erişim tarihi 12.06.2022.

[https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/ATAG/2022/729382/EPRS\\_ATA\(2022\)729382\\_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/ATAG/2022/729382/EPRS_ATA(2022)729382_EN.pdf) Erişim tarihi 10.06.2022.

<https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/3883477d-a821-40db-b01e-890439fa8942/language-en> Erişim tarihi 10.04.2022.

# Verilen Karar Sonrasında Tapuda Tescil Değişikliği Yaratan Davalarda Verilen (TMK m.1010/b.1 ve TMK m.1011/b.1) Şerhleri ve Sonuçları

Melek BİLGİN YÜCE\*

Etem Saba ÖZMEN\*\*

---

**Bu makale hakem incelemesinden geçmiştir ve TÜBİTAK– ULAKBİM Veri Tabanında indekslenmektedir.**

\* Doç. Dr., Özyeğin Üniversitesi Hukuk Fakültesi, ([melekyuce@hotmail.com](mailto:melekyuce@hotmail.com)),  
**ORCID ID:** [0000-0002-7029-9939](https://orcid.org/0000-0002-7029-9939)

\*\* Prof. Dr., Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi, ([sabaozmen@hotmail.com](mailto:sabaozmen@hotmail.com)),  
**ORCID ID:** [0000-0002-8622-9660](https://orcid.org/0000-0002-8622-9660).

**Makale geliş tarihi:** 2 Ağustos 2022 **Makale kabul tarihi:** 21 Eylül 2022

**Atf önerisi:** Bilgin Yüce, Melek ve Etem Saba Özmen. “Verilen Karar Sonrasında Tapuda Tescil Değişikliği Yaratan Davalarda Verilen (TMK m.1010/B.1 ve TMK m.1011/B.1) Şerhleri ve Sonuçları.” *Ankara Barosu Dergisi* 80, no. 4 (Ekim 2022): 323-362. **DOI:** [10.30915/abd.1153100](https://doi.org/10.30915/abd.1153100)

## VERİLEN KARAR SONRASINDA TAPUDA TESCİL DEğİŞİKLİğİ YARATAN DAVALARDA VERİLEN (TMK m.1010/b.1 ve TMK m.1011/b.1) ŞERHLERİ VE SONUçLARI

### ÖZ

Uygulamada taşınmazlara yönelik olarak açılan davalarda, mahkemelerce *davalıdır Şerhi* adı altında tapu siciline Şerh verdirilmekte; hatta teknik anlamda Şerh tabirine rağmen, beyanlar hanesine yazıldığı görülmektedir. Türk Medeni Kanun (TMK) sistematiği ile uyumlu olmayan bu uygulama, Yargıtay kararlarına dayalı oluşmuştur. Benzer sorun tapu iptal ve tescil davaları terimiyle ilgili olarak da bulunmaktadır. Bu ifade Türk Medeni Kanunu'nda geçmediği gibi, doktrindeki temel eserlerde de bu yönde bir kullanım bulunmaz. Hal böyle olmasına rağmen, uygulamanın yarattığı bu tabir, uypap sistemine dahi girmiştir. Çalışmanın konusu, yargı kararlarında, Medeni Kanun'da yer alan ve farklı işlemlere sahip iki Şerhin, tek bir Şerh gibi anılmasına ilişkin yanlışlığın giderilmesini hedeflemektedir. Bu iki Şerhin verildiği davalara ilişkin olarak da ayırım yapmayan yargı kararları, bu davalarda verilen Şerh konusunda ayırım yapmamaktadır. Oysa TMK m.1010/b.1'de yer alan Şerh alacak hakkına dayalı açılan bir davada, kişisel nitelikteki bu hakkı üçüncü kişilere karşı koruma altına alırken, TMK m.1011/b.1'de düzenlenen Şerh davacının iddia ettiği aynı hakkın, iyiniyetli üçüncü kişiler tarafından kanunen kazanılmasına engel olur. Çalışmada bu iki ayırma dayalı sonuçlar ortaya konulmaktadır. Ayrıca Hukuk Muhakemeleri Kanunu uyarınca verilen ihtiyati tedbirlerle de söz konusu Şerhlerin arasındaki fark tespit edilmektedir.

### Anahtar kelimeler

tapu iptal ve tescil davası

davalıdır Şerhi

tasarruf yetkisi kısıtlaması

geçici tescil Şerhi

ihtiyati tedbir



**ANNOTATIONS (TCC Art.1010/b.1 and TCC Art.1011/b.1)  
GIVEN IN THE CASES CREATING A CHANGE IN THE  
DEED AND THE RESULTS OF THE ANNOTATIONS**

**ABSTRACT**

In practice, during the lawsuits against immovables, an annotation is given to the land registry under the name of annotation of the lawsuit as there is only one. This, which is not compatible with the systematic of the Civil Code, was formed by the Supreme Court. The same problem exists in the cases related to cancellation of a deed. The expressions used by the courts don't exist in Turkish Civil Code (TCC) or in doctrine. The study aims to show the mistake regarding the mentioning of two annotations, which have different functions, as a single annotation in judicial decisions. Judicial decisions that don't discriminate the two annotations which are given in these cases, cannot make the distinction regarding the annotations. When in a lawsuit annotation TCC 1010/ 1 is given, it protects the personal right of the plaintiff has. On the other hand, the annotation regulated in TCC 1011/ 1 prevents the plaintiff's real rights from being acquired by law by bona fide third parties. In this study, results based on these two distinctions are presented. In addition, the difference between these annotations and the interim injunction given in accordance with the Code of Civil Procedure is determined.

**Keywords**

deed cancellation

annotation of the lawsuit

constraint on the power of disposition

temporary registration annotation

interim measures

## GİRİŞ

Uygulamada Yargıtay tarafından oluşturulan tabirlerle, Türk Medeni Kanununun (TMK) genel hükümlerine dayalı terimlerden uzaklaşılması, verilen içtihatların bilimsel temelden uzaklaşmasına yol açmaktadır. Roma Hukukuna kadar dayanan kökü ile, Türk Medeni Kanunumuzun hükümlerinden yararlanılmıyor olması ciddi sıkıntılara neden olmaktadır. Yargıtay, TMK’de yer almamasına rağmen, tescilde değişiklik yapan, bir başka ifadeyle aynı neticeli davalar arasında hiçbir ayırım yapmadan, onlara tapu iptal ve (hükmen) tescil davaları adını vermiş;<sup>[1]</sup> sonrasında bu ifade uyap sistemine de bu şekilde girmiştir. Temelinde iki farklı dava barındırıyor olmakla birlikte, kesinleşen ilam sonucunda tescil değişikliği her zaman gündeme gelmektedir. Davacı lehine verilen karar sonrasında tescilde değişiklik olmaksızın da, bu davalardaki kararlar ve sonrasında tapuda yapılan tescil bakımından hukuken çok farklı sonuçlar söz konusudur. Bu davalar, esasen iki temele dayanır; TMK’nin sistematüğinde kişisel hakka dayalı davalar ile aynı hakka dayalı davalar.

Birinci sınıftan beri öğretildiği üzere, alacak hakları ile aynı hakların apayrı temelleri olduğu bilinmesine ve TMK’de taşınmazın aynına yönelik davalar bakımından bu esasa dayalı bir ayırım yapılmasına rağmen, hatta bu iki davanın yarışma başlığı altında düşünülmesi dahi imkânsız iken, Yargıtay uygulaması ile tapu iptal ve (hükmen) tescil davası başlığı altında, hepsi aynı davaymış gibi ifade edilmesi genel anlamda bilinçli hukukçuların eleştirilerine konu olmaktadır.

Esasen bu çalışmada anılacak olan iki grup davanın tapudaki diğer yazımlar için de açılması mümkündür; ancak bu çalışmayla hedeflenen bu ayrımları yapmak olmadığından, açıklamalarımızı sadece aynı haklar için öngörülen tescil üzerinden yapacağız. Ayrıca örneklerimizi de genelde mülkiyet hakkına dayalı vereceğiz. Ancak açıklamalarımızın, mülkiyete özel olanları dışındakiler, diğer yazımlar için de geçerlidir.

Taşınmazın aynına yönelik olarak açılan ve bu nedenle mahkeme önünde dava niteliğine bürünmüş olduğundan üst başlıkta aynı neticeli talep olarak da adlandırılan bu davalarda, davanın açılması sonrasında davacının

[1] Etem Saba Özmen ve Gülşah Sinem Aydın, “Tapu İptal Davası Olarak Yanlış Adlandırma ile Açılan Davalar (Tescili İsteme Davası / Yolsuz Tescilin Düzeltilmesi Davası),” *İstanbul Barosu Dergisi* 88, no.6 (Eylül-Ekim, 2014): 179 vd.

korunması amaçlı olarak TMK’de iki temel şerh öngörülmektedir. Bu iki şerh de davalarla aynı temele dayalıdır; bu nedenle bu şerhlerin de amaçları davalardaki taleple uyumludur. Oysa davaların adlandırılmasında yapılan yanlış, bu iki dava türünde mahkemece verilen şerhler konusunda da yapılmakta olup, farklı sonuçlara sahip şerhler arasında ayırım yapılmaksızın, adeta tek bir şerh varmışçasına, *davalıdır şerhi* olarak adlandırılmaktadırlar.

Ayrıca uygulamada bu şerhlerin, Hukuk Muhakemeleri Kanunu (HMK) kapsamında verilen tedbir kararlarıyla da karıştırıldığı görülebilmektedir. Oysa mahkemelerce verilen bu tedbir kararları sonrasında, yıllarca süren davalarda, davalının taşınmaza yönelik tasarruf yetkisi tamamen kaldırılmakta ve uzun yıllar boyunca bu taşınmazlara ilişkin, tapuda herhangi bir işlemin yapılması mümkün olmamaktadır. Oysa TMK kapsamında verilen şerh kararları sonrasında, aşağıda açıklanacağı üzere, davalının taşınmaz üzerindeki tasarruf yetkisi kural olarak etkilenmemektedir. Davacının talebi TMK’de yer alan şerhlerden biri olmasına rağmen, mahkemece talepten farklı olarak, HMK uyarınca tapuyu kilitleyen tedbir kararı verilebilmektedir. Bu uygulamanın da hatalı olduğu açıktır.

Bu çalışmada tescilin değişmesini öngören, aynı neticeli bir davanın açılması haline bağlı olarak mahkemece verilmesi gereken şerh, davaya uygun olarak verilecek bu şerhin söz konusu dava bakımından sonuçları açıklanacaktır. Ayrıca, dava sırasında davacı ya da davalı bakımından taraf değişikliği olup olamayacağı; olabildiği durumlarda bunun sonuçları, usul hukuku ile de bağlantısı kurularak değerlendirilecektir.

Çalışma, asıl olarak *davalıdır şerhi* olarak adlandırılan tapu kütüğü yazımının, TMK m.1010/b.1’de ve TMK m.1011/b.1’de yer alan iki şerhin niteliğine dayalı ayrımla açıklanmaya odaklıdır.<sup>[2]</sup> Bu konunun açıklanmasına faydası olacak kadarıyla, şerhlerin verildiği davalara ilişkin açıklamalar

[2] “Uygulamada ve Yargıtay kararlarında “davalıdır şerhi” olarak bilinen çekişmeli hakların korunmasına ilişkin mahkeme kararlarının kuvvetlendirilmiş şahsî hak niteliğinde olup olmadığı, hukukî temeli, kısıtladığı tasarrufların neler olduğu, dava konusu taşınmazın vasfının yapı ruhsatı vermek sûretiyle Belediye, Kat irtifakı kurmak suretiyle Tapu Müdürlüğü tarafından değiştirilmesi veya tevhit, ifraz, cins tashihi işlemleriyle tapu kaydının kapatılmasının mümkün olup olmadığı tartışılmaktadır.” Mustafa Serdar Özbek, “Tapu Kütüğüne Şerh Edilen Çekişmeli Hakların Korunmasına İlişkin İhtiyatî Tedbir Kararlarının Doğurduğu Tasarruf Kısıtlamaları,” *Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 3, no.1 (Ocak, 2017): 66.

yapılacaktır. Çalışmada, davaların açıklanması hedeflenmemekte; bu davaların ortak noktaları belirtilerek sayılan davalarda, söz konusu şerhlerin nasıl bir sonuç yarattığına, bu sonuca bağlı olarak lehte olan kararın yazım şekli ve nasıl tapuya yazılması gerektiğine odaklanılmaktadır.

Çalışmada öncelikle dava sırasında şerh konulabilecek davalar, temel özellikleri açıklanarak sayılacaktır. Daha sonra, anılan gruplandırmalarda hangi şerhin talep edilmesi gerektiği ve sonuçları açıklanacaktır. Bu iki grup dava ve konulması gereken şerhler açıklandıktan sonra, şerhlerin sonuçlarının daha net görülebilmesi için, bu iki grup davanın farklılıkları şematik olarak tespit edilecektir. Son olarak da, HMK m.389 kapsamında verilebilecek ihtiyati tedbir kararınının TMK'de yer alan şerhlerden farklılıkları kısaca açıklanacaktır.

## I. TESCİLDE DEĞİŞİKLİK YAPAN DAVALAR VE SONUÇLARI

Konumuz şerh olmakla araştırmamızın tapuya kayıtlı taşınmazlara yönelik olması nedeniyle tapuya kayıtlı<sup>[3]</sup> taşınmazlara özgü olacaktır. TMK m.704'e göre, arazi, kat mülkiyetine tabi bağımsız bölümler ile tapuda sayfa açılmış bağımsız ve sürekli haklar taşınmaz sayılır. Taşınmazlara ilişkin

[3] “İşte, MK.910'da (TMK m.997) sözü edilen tapu sicili, bu anlamda bir sicildir. Bir taşınmazın ilk defa kütüğün bir sahifesine yazılmasına ve bu suretle belli bir arz parçasının (yer yüzünün) hukuken ferdileştirilmesine ve kabili tedavül hale getirilmesine ‘kayıt’ denir. Bu deyim, teknik anlamdaki ‘tescil’ deyiminden ayırt etmek lazımdır. Zira ‘tescil’, esasen kütükte kayıtlı olan bir taşınmazın hukuki statüsünde değişikliği mucip olan hukuki bir işlemi ve bunun kütüğe yazılmasını ifade eder. Bu işlemle, gayrimenkul üzerinde mevcut olan aynı hakta bir değişme vukua gelir. Bununla ya mevcut mülkiyet hakkı bir başkasına kısemn ya da tamamen devredilir veya kanun dışı vukua gelen intikallerde bu husus kütüğe intikal ettirilir veyahut da belli bir taşınmaz üzerinde sınırlı bir aynı hak kurulur.” Kemal T. Gürsoy, Fikret Eren ve Erol Cansel, *Türk Eşya Hukuku*, 2. Baskı (Ankara: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1984), 178. Eski Medeni Kanunda (eMK'da) kayıt ve tescil terimleri arasında ayırım gözetilmeksizin kullanım söz konusu iken, TMK'de bu ayırma dayalı kullanıma dikkat edilmektedir. Şekli anlamda tapu sicili hakkında bilgi için bkz. Gürsoy, Eren ve Cansel, *Türk Eşya Hukuku*, 177 vd.; M. Kemal Oğuzman, Özer Seliçi ve Saibe Oktay-Özdemir, *Eşya Hukuku*, 23. Baskı (İstanbul: Filiz, 2021), N.683 vd.; Murat Topuz, *Türk Özel Hukukunda Taşınmaz Mülkiyeti*, 1. Baskı (Ankara: Seçkin, 2020), 80 vd.; Erhan Günay, “Tapu Sicili” içinde *Gayrimenkul Davaları 2*, ed. Ayşe Havutçu, Müslüm Akıncı ve Mutlu Dinç (Ankara: Seçkin, 2019), 1363.

temel kurallardan biri aynı hakların tescil ile doğmasıdır (TMK m.705/I, m.1021, m.1022).

Taşınmaz hukuku çerçevesinde açılacak davalara bakıldığında, tek tip bir davadan bahsedilemez. Ancak uygulamada aynı neticeli taleple taşınmazlara yönelik açılan bir grup davaya ortak bir ad verilerek, bunların tümü tek bir davaymış gibi tapu iptal ve (hükmen) tescil davası denilmektedir.<sup>[4]</sup> Bu davaların bu şekilde adlandırılmasının altında yatan düşünce, alınan karara dayalı tapudaki tescilde değişiklik olmasıdır. Bu davaların sonucu benzer gibi görünmekteyse de aslında hem temelindeki iddia hem de sonuçta alınan kararın yarattığı hukuki sonuç bambaşkadır.

Bu davaları iki grup altında toplayabiliriz. Bir grup davada davacının hakkı, taşınmaz üzerinde aynı hak sahibi olmasını sağlayacak bir borç ilişkisinden doğan bir haktır; bu nedenle kişisel bir hakka dayalı olarak ya mülkiyetin kendisine devrini ister ya da diğer bir aynı hakkın kurulmasını talep eder. Diğer grup davada ise davacı, asla kaybetmemiş olduğu aynı hakka dayalı olarak taşınmaza ilişkin tescilin ya da diğer yazımların yanlış olduğunu ve tapudaki yazımlar sonucunda geçerli bir aynı hak doğmadığını iddia etmekle, durumun tespitini ister. Her iki halde de davacı lehine verilen karar sonrasında tapu siciline yeni bir yazım yapılması gerekir. Bu davalarda alınan hüküm çerçevesinde tescilde değişiklik yapılmasına nedeniyle, davaların sonucunun aynı olduğu düşünülebilecekse de aslında davaların hepsini, uyarı sisteminde yapıldığı şekilde tek bir potada toplamak mümkün değildir.

Aşağıda birinci grupta tescile zorlama davası veya tescili isteme davası olarak adlandırılan dava ile onunla aynı sonuçlara sahip diğer davalara değinilecek; ikinci grup olarak da tapu sicilinin düzeltilmesi davası ile onun görünüşleri tespit edilecektir.

[4] Konu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Özmen ve Aydın, *Tapu İptal Davası*, 179 vd.; Melek Bilgin Yüce, “Uygulamada Tapu İptal ve Tescil Davalarının Anlamı ve Sonuçları,” *I. Medeni Hukuk Kongresi*, ed. Hakan Tokbaş (İstanbul: Aristo, 2020): 341 vd.

## A) TESCİLE ZORLAMA DAVASI VE GÖRÜNÜMLERİ

Tescile zorlama davası<sup>[5]</sup> (Tescili İsteme Davası)<sup>[6]</sup> TMK m.716'da düzenlenmektedir. Maddenin ilk fıkrasına göre, “Mülkiyetin kazanılmasına esas olacak bir hukukî sebebe dayanarak malikten mülkiyetin kendi adına tescilini istemek hususunda kişisel hakka sahip olan kimse, malikin kaçınması hâlinde hâkimden, mülkiyetin hükmen geçirilmesini isteyebilir”. Madde ifadesinde görüldüğü üzere, bu davayı açan kişinin kişisel bir hakkı mevcuttur ve bu hakkın içeriği kişiye, tescili istemek hakkı verir.<sup>[7]</sup> Bu nedenle bu davanın temelinde bir nisbi hak söz konusudur.

Bu davaların bir grubu, alacak hakkına dayanır. Bir borç ilişkisi çerçevesinde mülkiyetin kendisine devrini ya da bir aynı hak kurulmasını isteme yönünde aktifinde alacak hakkına sahip olan kişi, borçlusuna karşı tescile zorlama davası açabilir. Alacak hakkını doğuran borç ilişkisi bir hukukî işleminden doğabileceği gibi, diğer borç kaynakları olan haksız fiil, sebepsiz

[5] Bilgi için bkz. Oğuzman, Seliçi ve Oktay-Özdemir, *Eşya Hukuku*, 468 vd.; Gürsoy, Eren ve Cansel, *Türk Eşya Hukuku*, 253 vd.; Topuz, *Taşınmaz Mülkiyeti*, 194 vd.; Ahmet Arslan, *Taşınmaz Mülkiyetinin Tescile Zorlama Davası ile Kazanılması*, 1. Baskı (Ankara: Yetkin, 2021), 83 vd.; Arthur Meier-Hayoz, Berner Kommentar, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Das Sachenrecht, 1. Abteilung, Das Eigentum: 2. Teilband, Grundeigentum I, Art. 655-679 ZGB, 3. Auflage, (Bern: Stampfli & Cie, 1965), 217 vd.

[6] Bu davaya ilişkin kanundaki ifade tescili isteme olarak geçmekte olmasına rağmen, doktrinde tescile zorlama davası olarak anılmaktadır. Bunun temelinde, eMK'daki ifadenin ferağa icbar olması olduğu söylenebilir. eMk döneminden kalma icbar ifadesi nedeniyle, türkçeleştirilmesi sonrası ifade zorlama olarak yerleşmiştir. Biz de kanuni ifade isteme olmasına rağmen, tescile zorlama davası ifadesini uygun bulmaktayız. Yine de yasal terminolojiyi de tamamen göz ardı etmemek adına, isteme ifadesinin varlığına da işaret etmek isteriz.

[7] “Görüldüğü üzere davacı alacaklının malvarlığının aktifinde yer alan alacak hakkı, dava konusu taşınmaza yöneliktir. Söz konusu irade özgürlüğüne dayalı olarak gerek isimli gerekse isimsiz sözleşmelerden, sebepsiz zenginleşmeden veya kanundan doğabilecek alacak hakkı, taşınmaz üzerinde mülkiyet hakkı kazanımı ya da adına bir sınırlı aynı hakkın kurulması talebinden oluşmaktadır. Buna karşılık kazandırma sebebini meydana getiren hukukî sebep olarak alacak hakkının borçlusunun malvarlığının pasifinde ise, taşınmaz mülkiyetinin veya sınırlı aynı hakkın davacı adına kazandırılması yer almaktadır.” Özmen ve Aydın, *Tapu İptal Davası*, 186.

zenginleşme, vekâletsiz işgörme ve kanundan da doğabilir.<sup>[8]</sup> Sözleşmeye dayalı olarak açılacak davalarda, sözleşme kanunda düzenlenmiş bir sözleşme olabileceği gibi, kanunda düzenlenmemiş isimsiz bir sözleşme olabilir. Taşınmaz satış vaadi, mal değişim sözleşmesi, bağışlama sözleşmesi, dolaylı temsil yetkisi içeren vekâlet sözleşmesi gibi isimli sözleşmelerden birine dayalı olabileceği gibi, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi, inanç sözleşmesi gibi isimsiz sözleşmelerden birine dayalı da tescile zorlama davası açılabilir. Ayrıca irtifak kurma vaadleri bakımından da yine tescile zorlama davası gündeme gelebilir. Tek taraflı hukuki işlem olan vasiyetname çerçevesinde, bir taşınmazın devri ya da bir sınırlı aynî hak kurulması yönünde bir belirli mal bırakma vasiyeti yapıldığında, mirasın açılmasıyla alacak hakkına sahip olan lehdar yine tescile zorlama davası açar.

Bir diğer grup dava ise, bir yenilik doğuran hakkın kullanılmasına dayanır. Alım hakkı ve geri alım hakkının kullanılmasına bağlı olarak taraflar arasında bir satış ilişkisi kurulur.<sup>[9]</sup> Hak sahibinin tek taraflı iradesiyle kurulan bu satış ilişkisi çerçevesinde yine bir alacak hakkı söz konusu olur ve borçlunun temerrüdü halinde tescile zorlama davası açılır.

Bu temel davanın görünüşleri oldukça fazla olup, paydaşıktan çıkarma (TMK m.696), haksız yapı (TMK m.724), kanundan doğan önalım hakkı (TMK m.734), KMK m.25 ve KMK m.26 gibi çeşitli yerlerde bulunmaktadır. Bütün bu davalarda davacının hakkı incelendiğinde, kanundan doğan bir borç ilişkisi çerçevesinde bir alacak hakkının varlığı görülür. Bu hükümlere dayalı açılan davalarda, davanın açılmasının koşullarının oluşup oluşmadığı bu hükümlere dayalı olarak tespit edilir; ancak sonrasında devam eden dava ve bu davaların sonuçları tescile zorlama davası ile aynıdır.<sup>[10]</sup>

TMK'nin eşya hukuku kitabında TMK m.716 hükmünde düzenleme konusu yapılmış olan bu davanın kişisel hakka sahip olma ifadesinde bu defa

[8] Bu konuda ayrıntılı bilgi ve her konuya ilişkin verilen örnekler için bkz. Özmen ve Aydın, *Tapu İptal Davası*, 186 vd.; Meier-Hayoz, *Berner Kommentar*, 221 vd.; Bilgin Yüce, *Uygulamada Tapu İptal*, 374 vd.

[9] Önalım hakkı sözleşmeye dayalı olsa dahi, TMK m.735/sonun atfıyla, TMK m.734'e dayalı açılacak dava yoluyla kullanılır. Bu nedenle açılan davanın sonuçları tescile zorlama davasının sonuçlarıyla aynı olmakla birlikte, davanın dayanağı olan hüküm TMK m.734'tür.

[10] Bilgin Yüce, *Uygulamada Tapu İptal*, 388 vd.

borçlar hukuku yönüyle de örneklendirerek, davanın niteliğini pekiştirmek isteriz. Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi uyarınca arsa maliki, yükleniciye sözleşme ile taahhüt ettiği bağımsız bölümlerin mülkiyetini devir borcu altındadır. Yüklenici, kişisel hakka sahiptir; sözleşme ilişkisi çerçevesinde yüklenicinin malvarlığının aktifinde mülkiyetin devrine yönelik alacak hakkı, arsa malikinin malvarlığının pasifinde ise, mülkiyeti devir borcu vardır. Arsa malikinin temerrüdü sonucu yüklenici, aynen ifada ısrar ederse<sup>[11]</sup>, açması gereken dava tescile zorlama davasıdır. Bu davada verilecek karar, mülkiyetin *hükmen geçirilmesidir*. Yargıtay'ın her iki dava için de hatalı bir şekilde kullandığı bu ifade, aslında sadece bu dava için geçerlidir. TMK m.705/II'de anılan mülkiyetin tescilsiz kazanılmasına yol açan tescile zorlama davası ve görünümüdür. TMK m.1025 kapsamında açılan davalarda bu özellik bulunmaz; çünkü, bu halde yolsuz tescil düzeltilir.

Mahkemeden hükmen mülkiyetin kazandırılmasının, eş deyişle adına tescil yapılmasının istendiği bu davalarda davacı tescilin, artık davalının rızasına (TMK m.1013 uyarınca) gerek olmaksızın mahkeme kararı sonucu gerçekleşmesini ister. Bu yolda kesinleşmiş mahkeme kararı (ilam) sonrasında yapılan tescil, TMK m.1013/II uyarınca açıklayıcıdır (izharîdir). Taşınmazın mülkiyetinin devrine ya da sınırlı ayni hak kurulmasına yönelik bir alacak hakkı söz konusu olduğundan bu davalardaki amaç alacak hakkına kavuşmaktır. Alacak hakkından doğan menfaat borcun ifası ile olacağından, aynen ifada ısrar edilmiş olur; buna bağlı olarak da bu davalar eda talepli davalardır. Bu nedenle, bir alt başlıkta açıklanan diğer grup olan, tapu sicilinin düzeltilmesi davası ve görünümünde verilen tespit hükmünden farklı olarak bu davalarda bir eda hükmü ortaya çıkmaktadır.

Mevcut bir borç ilişkisi çerçevesinde, taşınmaz mülkiyetini devretme ya da başka bir ayni hak tesis etme borcu altına girmiş olan borçlu, borcunu gereği gibi ifa etmek üzere tapuda tescil yaptırması gerekir; bunu yapmadığında, alacaklı ifanın mahkeme kararıyla yerine getirilmesini talep edebilir. Bu talep TMK m.716'da yer alan tescili isteme hakkı ile ileri sürülür. Alacaklının

[11] “Borçlu tescil talebinde bulunmaktan haksız olarak kaçınırsa, alacaklı mahkemeden mülkiyetin kendisine hükmen geçirilmesini isteyebilir. Malikin tescili talepten kaçınmasını haklı kılan sebeplerin varlığı halinde dava reddedilir. Örnek olarak, alıcının kendi bedel borcunu yerine getirmedeği hallerde, satıcı ödemezlik def’ini kullanarak davanın reddini sağlayabilir.” Oğuzman, Seliçi ve Oktay-Özdemir, *Eşya Hukuku*, N.1501.



borcun ifası için açtığı bu eda davasında, borçlunun tapuda taleple alacaklı adına yaptıracacağı tescil ile sağlanmak istenen sonuç, mahkeme kararıyla sağlanmış olur; davacı taşınmazın mülkiyetini ya da diğer bir sınırlı aynî hakkı TMK m.705/II uyarınca mahkeme kararı ile sicil dışı kazanır. Bu nedenle davada verilen karar tespit hükmü niteliğinde değildir; yeni bir durum ortaya çıkardığından yenilik doğuran bir karardır<sup>[12]</sup>. Taşınmaz üzerindeki hak sahipliğinde farklı bir durum meydana gelir, bu nedenle dava eda davası olmakla birlikte, karar yenilik doğuran niteliğe sahiptir<sup>[13]</sup>. Salt ilamın tescilsiz edinmeye ve aynı hakkın el değiştirmesine yol açması nedeniyle, bu davanın yenilik doğuran (inşai) bir dava olduğu söylenemez. Tapuya kayıtlı taşınmazlarda mülkiyet karinesinin<sup>[14]</sup> farklılığı nedeniyle bu sonuç ortaya çıkar, bir taşınıra yönelik açılan bir eda davasında böyle bir sonuç elde edilmesi mümkün değildir. Yenilik doğuran karar niteliği, eda davalarının genel bir sonucu olmayıp; taşınmaz mülkiyetinin devrine yönelik olan tescile zorlama davasına özeldir.

## B) TAPU SİCİLİNİN DÜZELTİLMESİ DAVASI VE GÖRÜNÜMLERİ

Bu şekilde tescilde değişiklik yapan davaların diğer grubu ise, TMK m.1025'te yer alan tapu sicilinin düzeltilmesi davasıdır<sup>[15]</sup>. TMK m.1025'te düzenlenen bu dava, tescile ilişkin bir yolsuzluk olduğunda yanlılığın düzeltilmesi için açılır. Her ne kadar hükümde tescil esas alınmışsa da,

[12] Oğuzman, Seliçi ve Oktay-Özdemir, *Eşya Hukuku*, N.1500; Selahattin Sulhi Tekinay, Sermet Akman, Haluk Burcuoğlu ve Atilla Altop, *Tekinay Eşya Hukuku I, Zilyedlik–Tapu Sicili–Mülkiyet*, 5. Baskı (İstanbul: Filiz Kitabevi, 1989), 716; Gürsoy, Eren ve Cansel, *Türk Eşya Hukuku*, 502.

[13] “Hak sahibinin MK m.716’ya göre açacağı dava eda davası niteliğinde olmasına rağmen, hüküm bir eda ilamı olmayıp, bir yenilik doğuran karar niteliğindedir.” Oğuzman, Seliçi ve Oktay-Özdemir, *Eşya Hukuku*, N.1503.

[14] TMK m.992/I’ye göre, “Tapuya kayıtlı taşınmazlarda, hak karinesinden ve zilyetlikten doğan dava açma hakkından yalnız adına tescil bulunan kimse yararlanır”.

[15] Bilgi için bkz. Oğuzman, Seliçi ve Oktay-Özdemir, *Eşya Hukuku*, N.1010 vd.; Haluk Nami Nomer ve Mehmet Serkan Ergüne, *Eşya Hukuku*, 9. Baskı (İstanbul: Onikilevha, 2022), N.561 vd.; Bilgin Yüce, Uygulamada Tapu İptal, 349 vd.; Gürsoy, Eren ve Cansel, *Türk Eşya Hukuku*, 302 vd.; Erhan Günay, “Tapu İptali ve Tescil Davaları” içinde *Gayrimenkul Davaları 2*, ed. Ayşe Havutçu, Müslüm Akıncı ve Mutlu Dinç (Ankara: Seçkin, 2019), 1561 vd.

tapudaki diğer yazımlar için de bu davanın açılması mümkündür. Ancak biz çalışmanın kapsamını genişletmemek adına tescil üzerinden açıklamalarımıza devam edeceğiz.

“E-Terkin ve Değiştirme” başlığı altında “I-Yolsuz Tescilde” adlı TMK m.1025 hükmünün, konumuzu ilgilendiren ilk fıkrasına göre, “Bir aynı hak yolsuz olarak tescil edilmiş veya bir tescil yolsuz olarak terkin olunmuş ya da değiştirilmiş ise, bu yüzden aynı hakkı zedelenen kimse tapu sicilinin düzeltilmesini dava edebilir.”. Dava ancak tescilin yolsuz olması halinde açıldığından, hangi hallerin bu sonucu yarattığı tespit edilmelidir.

Tescilin hükümlerini doğurmaması, tescil yapılmasının sebebi olan işlemin geçersiz olması halinde gündeme gelir. Borçlandırıcı işlem yapılırken bir geçersizlik sebebi mevcut ise, tapu uygulaması sonucu aynı anda yapılan tasarruf işleminde de sakatlığına yol açar. Taraflardan birinin ayırt etme gücüne sahip olmaması, işlemin emredici hükme aykırı olması, irade sakatlıkları bulunması, yetkisiz temsilcinin işlem yapması gibi durumlarda, hem borçlandırıcı işlem hem de tasarruf işlemi geçersiz olur. Ancak tasarruf işleminin ayrı olarak yapıldığı durumlarda, işlemlerdeki geçerlilik koşulları ayrı ayrı aranır. Borçlandırıcı işlem ile tasarruf işleminin aynı anda yapılmayıp, her ikisi için hukuki işlem bakımından aranan geçerlilik koşulları ayrı olarak sorgulandığında, karşımıza sebebe bağlılık (illilik) kavramı çıkar.<sup>[16]</sup> TMK m.1024/II uyarınca tescilin hüküm doğurabilmesi için sebebi olan borçlandırıcı işlemin geçerli olması gerekir. Bu halde her iki işlemin de

[16] “Taşınmazlarda mülkiyetin geçişi sebebe bağlıdır. Sebebe bağlılık ilkesi uyarınca tasarruf işleminin kendisi tüm hukuki işlemler için aranan geçerlilik koşullarını taşısa dahi, sebebi olan borçlandırıcı işlem geçerli olmadığı takdirde tasarruf işlemi geçerli olamaz. TMK m.1024’te düzenlenmiş olan, taşınmazlarda mülkiyetin geçişinin sebebe bağlılığı ilkesi tapu uygulaması nedeniyle tescilin yapıldığı anda anlamını yitirmektedir. Bahsettiğim üzere, borçlandırıcı işlem ve tasarruf işlemi aynı anda yapıldığından, baştan geçersiz olan bir borçlandırıcı işleme dayalı olarak sebebe bağlılık ilkesi karşımıza sorun olarak çıkmaz. (...) sebebe bağlılık, işlemin ilk yapıldığı anda aranan bir geçerlilik koşuludur; sözleşme ilişkisinin bozucu yenilik doğuran bir hakka dayalı olarak sona erdirilmesi halinde sebebe bağlılık ilkesi gündeme getirilmemelidir. Nasıl ki, ayırt etme gücünün varlığı işlemin yapıldığı anda aranan bir geçerlilik koşulu ise, sebebe bağlılık da böyledir.” Bilgin Yüce, Uygulamada Tapu İptal, 357. Ayrıca bkz. Heinz Rey, *Die Grundlagen des Sachenrechts und das Eigentum; Grundriss des schweizerischen Sachenrechts*, Bd. I, 2. Auflage (Bern: Stampfli, 2000), N.347 vd.; Gülşah Vardar Hamamcıoğlu, *Medeni Hukukta Tasarruf İşlemi Kavramı*, 1. Baskı (İstanbul: Onikilevha, 2014), 163 vd.

hükümleri doğmaz; bu işlemlere dayalı yapılan tescil de hüküm doğurmaz. Kurucu tesciller bakımından gündeme gelecek olan bu sorun çerçevesinde, tescille doğması beklenen aynı hak doğmaz. Ama tapuda yapılan yazım sonucunda ortada bir hak varmış gibi görünür. Tapudaki sicilin gerçek hak sahipliğini yansıtmadığı bu hale yolsuz tescil denir. Bu sonuçla TMK m.705/I hükmünce aynı hakkın tescille doğması, asla gerçek hak sahibinin bu tescile dayalı saptanması gerektiği sonucunu doğurmaz. Yaratılan sonuç sadece TMK m.992'de öngörülen yanıltıcı mülkiyet karinesidir. Kesin karine niteliği taşımayan bu tescilin yarattığı, iyiniyetli edinim tehlikesini bertaraf için tapu sicilinin düzeltilmesi davası açılması gerekir. Aynı yönde doğan hukuki yararlar, tapuda olması gereken bir hakkın bu defa yanlışlıkla terkin edilmesi ya da yeniden tescilin yapılması hallerinde de gündeme gelebilir. Tam bu durumda davacının talebi tescilin yeniden adına yapılması olup, tescile zorlama davası ile karıştırılmamalıdır. Unutulmamalıdır ki, yolsuz olarak terkin edilen bir aynı hakkın yeniden davacı adına, ilgili sütuna yazımı tescilin düzeltilmesinden ibarettir. Örneğin, taşınmazını acil ihtiyaç nedeniyle satmak isteyen malik, değer düşüklüğüne yol açan taşınmaz üzerinde banka lehine tanınmış ipotek hakkını, sahte bir belge ile terkin ettirmiş olduğu takdirde, davacı banka yanlış olan durumun düzeltilmesini TMK m.1025 uyarınca talep eder; yoksa, kendisine daha önceden geçerli olarak taahhüt edilmiş ipotek kurma vaadine dayalı olarak değil. Biz anlaşım kolaylığı sağlamak adına açıklamalarımızı yolsuz tescil üzerinden yapacağız.

Tapu sicilinin doğru olmadığı iddiasıyla açılan genel dava niteliğindeki tapu sicilinin düzeltilmesi davası TMK m.1025'te yer alır, ancak bu davanın özelliklerine sahip diğer bazı davalar da bulunmaktadır. Tapu sicilinin düzeltilmesi davasının görünümleri niteliğindeki, Kadastro Kanununda yer alan ve kadastro tespitlerine itiraz davalarındaki iddia da kadastro faaliyetleri sonucunda taşınmaza ilişkin yapılan tespitlerin doğru olmadığı temellidir. Bu çerçevede yapılan yanlış tespitlerin düzeltilmesi, yani sicilin düzeltilmesi talep edilir. TMK m.713/II çerçevesinde, tapuya kayıtlı bir taşınmazın olağanüstü zamanaşımıyla kazanılmasına dayalı açılan davada da, davacı söz konusu taşınmazın mülkiyetini sicil dışı kazandığını ispatlar. Davacı sicilin, artık gerçek hak sahipliğini yansıtmadığını ortaya koyarak, düzeltim ister. Davada elde edilmek istenen sonuç, yine hak sahipliğine uygun yazımların tapuda yapılmasının sağlanmasıdır. Bu şekilde, aynı hak temelli açılan bir dava söz konusu olduğunda, davanın hangi koşullarda açılması gerektiği ilgili hükümde bulunur; söz konusu koşulların oluşmasından sonra açılan dava

tapu sicilinin, gerçek hak sahipliğine uygun olarak düzeltildiği bir davadır. Bu nedenle bu davalar, genel dava niteliğindeki tapu sicilinin düzeltilmesi davasının görünümüdür.

Yolsuz bir tescilin varlığı halinde gündeme gelen tapu sicilinin düzeltilmesi davası, tapu sicilinin mevcut hali ile doğru olmadığı iddiası üzerine şekillenir. Bu davada istenen tapuda gözükmeyen bir aynı hakkın varlığının tespit edilip, buna dayalı olarak tapudaki yanlışlığın da tespit edilmesiyle doğru durumun mahkemece açıklanmasıdır. Tescile zorlama davasından farklı olarak bu davada, yeni bir durum yaratılmamakta, bir borç ifa edilmemekte; sadece maddi hukuk bağlamında taşınmaz üzerindeki gerçek durumun tespiti yapılarak, sicil hakikate uygun hale getirilmektedir. Bu nedenle bir tespit davası niteliği taşır.<sup>[17]</sup> Bu davada verilen karar, *sicilin düzeltilmesidir*.

### C) İKİ GRUP DAVA ARASINDAKİ FARKLAR

Tapu iptal ve tescil davası olarak adlandırılan bu iki grup davanın, ne kadar farklı olduğunu şematik olarak gösterebilmek adına bir liste şeklinde farklılıkları sıralamak isteriz. Kanımızca aşağıdaki şema ile bu iki grup davanın ne kadar farklı davalar olduğu net bir şekilde görülebilir.

| <b>Tescile Zorlama Davası (vb)<br/>(TMK m.716)</b> | <b>Tapu Sicilinin Düzeltilmesi Davası (vb)<br/>(TMK m.1025)</b>                  |
|--|--|
| Alacak Hakkı vardır                                | Aynı Hak vardır  |
| Alacağın devri mümkün<br>(Davacı değişebilir)      | Alacak hakkı yok, sicil dışı devir mümkün değil<br>(Bu nedenle davacı değişemez) |
| Borç ilişkisi var                                  | Yolsuz tescil/terkin var   |
| Nispi Hakka dayalı davadır                         | Mutlak Hakka dayalı davadır  |
| Borçluya karşı ileri sürülebilir                   | Aynı hakka sahip olduğu sürece herkese karşı ileri sürülebilir                   |
| Aynen ifa istenir                                  | Aynı hakkın korunması istenir  |

[17] Davanın esasen tespit davası niteliğinde olması nedeniyle, bu davada alınan hükmün aynı zamanda taşınmazın tahliyesini sağlayıp sağlayamayacağı tartışmalıdır. Tartışmalar için bkz. Oğuzman, Seliçi ve Oktay-Özdemir, *Eşya Hukuku*, N.1092; Elif Beyza Akkanat Öztürk ve Abdullah Furkan Korkmaz, “Tapu Sicilinin (Sicil Kaydının) Düzeltilmesi Kararının Değerlendirilmesi” içinde *Sermet Akman’a Armağan*, ed. Saibe Oktay-Özdemir, Azra Arkan Serim ve Atilla Altop (İstanbul: Filiz Kitabevi, 2020), 1 vd.

|   |  |
|---|--|
| Eda davası niteliğindedir   | Tespit davası niteliğindedir   |
| Zamanaşımına tabidir (TBK m.82/146/147)   | Zamanaşımı, hak düşürücü süre yoktur   |
| Malike karşı açılır   | Aynı hak sahibi olmayana karşı açılır  |
| Borçlunun irade beyanı yerine geçen karar verilir                               | Aynı hakkın varlığını/yokluğunu tespit eden karar verilir  |
| Karar ile borç ifa edilmiş olur   | Karar ile yolsuz tescil/terkin tespit edilmiş olur   |
| Davacı karar ile aynı hakkı kazanır   | Davacının mevcut hak sahipliği tespit edilir,  |
| Tescilsiz kazanım yaratır   | Tapu sicilinin gerçek hak sahipliği yansıtması sağlanır (TMK m.992)  |
| Davacının adına "hükmen tescile" karar verilir                                  | Davacının aynı hakkına uygun olarak "sicilin düzeltilmesine" karar verilir   |
| Yeni bir hak sahipliği yaratır  | Mevcut durumun aleniyetini sağlar  |
| Dava boyunca davalının tasarruf yetkisi vardır                                  | Davalı hak sahibi olmadığından maddi hukuk anlamında tasarruf yetkisi yoktur   |
| Üçüncü kişiler hak sahibinden devraldıkları için her hâlde mülkiyeti kazanırlar | Üçüncü kişilerin mülkiyeti kazanması TMK m.1023'e tabidir  |
| Hükümden önce taşınmazın devri halinde borca aykırılık oluşur                   | Hükümden önce devir halinde Sebepsiz zenginleşme/haksız fiil/vekâletsiz işgörmeye vb. tazmin sorumluluğu söz konusu olur |
| Tasarruf Yetkisi Kısıtlaması Şerhi verilir (TMK m.1010/b.1)                     | Geçici Tescil Şerhi verilir (TMK m.1011/b.1)   |

Görüldüğü üzere, akla kara, gece ile gündüz kadar farklı iki davanın, tek bir dava grubu olarak algılanması uygun değildir. Konumuz olan şerhler de elbette, bu iki davadaki farklılıklardan da anlaşılabilirdiği üzere bambaşka sonuçlara sahiptir. Bir alacak hakkının korunması ile aynı hakkın korunmasının aynı olmaması gerektiği açıktır. Aşağıda öncelikle Türk Medeni Kanunda yer alan şerhler sistematigi kısaca açıklanacak; daha sonra ise iki grup davaya dayalı olarak verilmesi gereken şerhler ve bu şerhlerin sonuçları açıklanmaya çalışılacaktır.

## II. TESCİLDE DEĞİŞİKLİK YAPAN DAVALARDAKİ ŞERHLER VE SONUÇLARI

### A) GENEL OLARAK ŞERH SİSTEMİ

TMK’de şerhler<sup>[18]</sup> üç maddede düzenlenmektedir. TMK m.1009 ile 1011 arasında üç grup olarak düzenlenen şerhlerin sonuçları farklıdır. Hatta, başlık olarak tek bir grup içinde yer almaktaysalar da, aynı grup içinde de farklı sonuçlara sahip şerhler vardır.

Şerhlerle ilgili temel bilgilerden biri de, tapu kütüğüne hâkim olan ilkelere biri uyarınca, sınırlı sayıda (*numerus clausus*) olmalarıdır.<sup>[19]</sup> Kanunda öngörülmedikçe bir hakkın şerhi mümkün değildir. Ancak TMK’de düzenlenen bu üç madde dışında, diğer kanunlarda da şerh öngörülmüş olabilir. Örneğin TBK m.312’de kira sözleşmesinin şerhi öngörülür.

TMK m.1009’da düzenlenen şerhler, madde başlığı ile “2. Şerhler a. Kişisel Haklarda” şeklinde, kişisel hak başlığı altında toplanmaktadır. Hukuk Fakültesi birinci sınıfta gördüğümüz, şerh edilmiş nispi hak, kuvvetlendirilmiş nispi hak bu grup şerhlerdir. Her şerh nispi bir hakkı kuvvetlendirme etkisine sahip değildir; sadece kişisel bir hakkın şerhinin öngörüldüğü durumlarda bu sonuç ortaya çıkar.

Konuyu düzenleyen TMK m.1009’a göre,

[18] Şerhler hakkında bilgi için bkz. Mustafa Alper Gümüş, *Türk Medeni Kanununun Getirdiği Yeni Tasarruf Sınırlaması Şerhleri*, 2. Bası (İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2007), 2 vd.; Oğuzman, Seliçi ve Oktay-Özdemir, *Eşya Hukuku*, N.1036 vd.; Gürsoy, Eren ve Cansel, *Türk Eşya Hukuku*, 272 vd.; Nomer ve Ergüne, *Eşya Hukuku*, N.467 vd.; Bettina Deillon-Schegg, *Sachenrecht Art. 641-977 in ZGB CHK Handkommentar zum Schweizer Privatrecht*, Hrsg. Breitschmid Peter und Jungo Alexandra, 3. Auflage (Zürich: Schulthess, 2016), 909 vd. ; Aron Pfammatter, *ZGB Kommentar, Schweizerisches Zivilgesetzbuch*, Hrsg. Jolanta Kostkiewicz, Stephan Wolf, Marc Amstutz und Roland Fankhauser, 4. Auflage, (Zürich: OFK–Orell Füssli Kommentar, 2021), Art.958-961 N.1 vd.

[19] Nomer ve Ergüne, *Eşya Hukuku*, N.468; Gürsoy, Eren ve Cansel, *Türk Eşya Hukuku*, 273; Yüksel Orhun, *Tasarruf Yetkisi*, 2088; Silvia Verena Leemann, *Die Vormerkung von Verfügungs-beschränkungen im Grundbuch nach dem schweizerischen Zivilgesetzbuch*, (Zürich: Diss, 1937), 30; Deillon-Schegg, *Sachenrecht Art. 641-977*, 909 (N.1); Jürg Schmid, *Art. 457-977 ZGB und Art. 1-61 SchIT ZGB in Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch II*, 5. Auflage, Hrsg. Heinrich Honsell, Nedim Peter Vogt und Thomas Geiser (Basel: Helbing & Lichtenhahn, 2015), 959 N 1.

“Arsa payı karşılığı inşaat, taşınmaz satış vaadi, kira, alım, önalım, gerilim sözleşmelerinden doğan haklar ile şerh edilebileceği kanunlarda açıkça öngörülen diğer haklar tapu kütüğüne şerh edilebilir. / Bunlar şerh verilmekle o taşınmaz üzerinde sonradan kazanılan hakların sahiplerine karşı ileri sürülebilir.”

Madde ifadesinde de açıkça belirtildiği üzere, kişisel hakların şerhi sadece maddede düzenlenenler değildir. Bu şerh ile, şerhin konusu olan hak, ileri sürülebileceği çevre bakımından sadece borçlusuna ileri sürülebilen nispi bir hak iken, şerh ile artık üçüncü kişilere karşı da bu hak ileri sürülebilir hale gelir. Maddedeki ifadeye göre, “Bunlar şerh verilmekle (...) sonradan kazanılan hakların sahiplerine karşı ileri sürülebilir”. Buna göre, eşyaya bağlı borç ve munzam etki olarak adlandırılan<sup>[20]</sup> ve taşınmazda sonradan hak sahibi olan kişilerin<sup>[21]</sup>, koruma altına alınan nispi haktan doğan sonuçlara katlanmasını sağlayan etkiler doğar.<sup>[22]</sup>

İkinci grup şerh TMK m.1010’da yer alır. “Tasarruf yetkisinin kısıtlanmasında”<sup>[23]</sup> başlıklı maddeye göre,

[20] Bilgi için bkz. M. Kemal Oğuzman, “Eşyaya Bağlı Haklar ve Borçlar,” *İÜHFİM* 31, no.1-4 (1965): 209 vd.; Şafak N. Erel, *Eşyaya Bağlı Borç*, 1. Baskı (Ankara: Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları, 1982), 37 vd.; Rona Serozan, “Nisbi Hakların Güçlendirilmesi,” *İÜHFİM* 40, no.1-4 (1974): 459 vd.; Oğuzman, Selici ve Oktay-Özdemir, *Eşya Hukuku*, N.1039 vd.; Gürsoy, Eren ve Cansel, *Türk Eşya Hukuku*, 39 vd., 278 vd.; Nomer ve Ergüne, *Eşya Hukuku*, N.473 vd.; Peter Liver, *Die Realobligation*, 1. Auflage (ZBGR 1962, 257 vd.; Pfammatter, *ZGB Kommentar*, Art.959 N.6; Schmid, *Basler Kommentar*, 959 N.2.

[21] Şerhten önce mevcut haklara katlanmakla yükümlüdür. Schmid, *Basler Kommentar*, 959 N.7.

[22] Kişisel hakların şerhi konusunda bkz. İsmet Sungurbey, *Kişisel Hakların Tapu Kütüğüne Şerhi*, 1. Baskı (İstanbul:Sermet Matbaası, 1963), 1 vd.; İsmet Sungurbey, “Kişisel Hakların Tapu Kütüğüne Şerhinin Etkisi Üzerine,” *İÜHFİM* 3, no.4 (1969), 121 vd.; Turgut Öz, “Kişisel Hakların Şerhine İlişkin Bazı Sorunlar ve Özellikle Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinin Şerhi” içinde II. Medeni Hukuk Kongresi, ed.Hakan Tokbaş (İstanbul:Aristo, 2022), 215 vd.; Gümüş, *Şerhler*, 101 vd.; Erel, *Eşyaya Bağlı Borç*, 205 vd.; Schmid, *Basler Kommentar*, ZGB 959 N 15 vd. Pfammatter, *ZGB Kommentar*, Art.959 N.1 vd.

[23] Bu ifadenin tam olarak doğru olmadığı, ‘sınırlandırma’ olarak kullanılmasının daha uygun olacağı hakkında bkz. Gümüş, *Şerhler*, 9-10; Gürsoy, Eren ve Cansel, *Türk Eşya Hukuku*, 282; Leeman, *Die Vormerkung*, 25.

“Aşağıdaki sebeplere dayanan tasarruf yetkisi kısıtlamaları, tapu kütüğüne şerh verilebilir: 1. Çekişmeli hakların korunmasına ilişkin mahkeme kararları, 2. Haciz, iflâs kararı veya konkordato ile verilen süre, 3. Aile yurdu kurulması, artmirasçı atanması gibi şerh verilmesi kanunen öngörülen işlemler. / Tasarruf yetkisi kısıtlamaları, şerh verilmekle taşınmaz üzerinde sonradan kazanılan hakların sahiplerine karşı ileri sürülebilir.”

Her ne kadar buradaki ifadede de, sonradan hak sahiplerine ileri sürülebilir denmekteyse de, bu gruptaki şerhlerin hepsinin aynı sonuca sahip olduğunu söylemek mümkün değildir. Biz aşağıda bent 1’de yer alan çekişmeli hakların korunmasına ilişkin mahkeme kararlarını inceleyeceğiz. Bu şerhin sonuçlarının tasarruf yetkisini sona erdirmediğini netleştireceğiz.

Maddede yer alan diğer şerhlere bakıldığında da, sonuçlarının farklı olduğu görülebilir.<sup>[24]</sup> İflasın açılmasıyla hak sahibinin tasarruf yetkisi o anda iflas masasına geçer. Taşınmazlara bu şerhin konulması onun tasarruf yetkisini ortadan kaldırmaz, eş deyişle kurucu nitelikte bir şerh söz konusu olmaz,<sup>[25]</sup> sadece iflas nedeniyle artık tasarruf yetkisi olmadığını üçüncü kişilere karşı alenileştirir, açıklar.<sup>[26]</sup> Haciz şerhi bakımından da sonuçlar farklıdır<sup>[27]</sup>. Maddede yer alan diğer şerhlerin sonuçları da farklıdır.

[24] Özmen, *Haciz*, 86; Aydın Aybay, “Haciz Şerhinin Haksız Terkininden Doğan Sorunlar,” *Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2003/1, 145 vd. (Haciz Şerhi); Mercan Yüksel Orhun, “Haczin Tasarruf Yetkisine Etkisi,” *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi 22 Cevdet Yavuz’a Armağan*, No.3 (2016), 2081; Deillon-Schegg, *Sachenrecht*, 913-914.

[25] “Tasarruf kısıtlamalarının bazılarında şerh sadece açıklayıcı (izhari) rol oynar. Medeni Kanun m.1010/b.2’de yer alan haciz, iflas kararı, konkordato ile verilen sürenin şerhinde durum böyledir. (...) Medeni Kanun n.1010/b.1 ve 3’te ise şerh, tasarruf kısıtlaması için kurucu unsurdur.” Oğuzman, Seliçi ve Oktay-Özdemir, *Eşya Hukuku*, N.1047.

[26] Konu hakkında tartışmalar için bkz. Gümüş, *Şerhler*, 15 vd.; Yüksel Orhun, *Tasarruf Yetkisi*, 2090 (özellikle dn.46, 47).

[27] Konu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Özmen, *Haciz*, 182 vd.; Haluk Nami Nomer, “Açıklayıcı Nitelikteki Tasarruf Yetkisi Kısıtlaması Şerhlerinin İyiniyeti Ortadan Kaldırmadaki Rolü: Haciz Şerhi Örneği” içinde *Haluk Burcuoğlu’na Armağan*, ed.Saibe Oktay-Özdemir, Azra Arkan Serim ve Atilla Altop (İstanbul: Filiz Kitabevi, 2020), 1389 vd. Yüksel Orhun, *Tasarruf Yetkisi*, 2079 vd.; Schmid, *Basler Kommentar*, Art.960 N.10.



Diğer şerh grubu ise TMK m.1011'de düzenlenen, “geçici tescil şerhi” olarak adlandırılan şerhlerdir.<sup>[28]</sup> Hükmün ilk iki fıkrası,

“Aşağıdaki hâllerde geçici tescil şerhi verilebilir: 1. İddia edilen bir aynı hakkın güvence altına alınması gerekiyorsa, 2. Tasarruf yetkisini belirleyen belgelerdeki noksanlıkların sonradan tamamlanmasına kanun olanak tanıyorsa. / Geçici tescil şerhi, bütün ilgililerin razı olmasına veya hâkimin karar vermesine bağlıdır. Şerhin konusu olan hak sonradan gerçekleşirse, şerh tarihinden başlayarak üçüncü kişilere karşı ileri sürülebilir.”

şeklindedir. Bu şerhlerden ilki çalışmanın konusu olan şerhlerden biridir. Bir aynı hakka dayalı dava açılması halinde b.1 uyarınca şerh verilmesi gündeme gelir. Diğer şerhlerden farklı olarak maddenin son fıkrasında, “Geçici tescil şerhi verilmesi istemi üzerine hâkim, tarafları dinleyerek veya dosya üzerinde inceleme yaparak şerhe konu olan hakkın varlığının kabul edilebileceği kanaatine varırsa, şerh kararı verir. Kararda şerhin etki bakımından süresi ve içeriği belirlenir; gerektiğinde mahkemeye başvurulması için bir süre verilir.” şeklinde hâkime şerhin etkilerini belirleme yetkisi verildiği görülür. Bu bağlamda, TMK m.1010/b.1'deki şerhten farklı olarak hâkim, aynı hakkı güvenceye almak için tapuda işlem yapılmasını yasaklayarak, tapunun kilitlenmesini sağlayabilir. Ancak kararda bu yönde bir yasaklama bulunmadıkça, aşağıda açıklanacağı üzere, bu şerh ile de tapunun kilitlenmesi gündeme gelmez.

Aşağıda öncelikle söz konusu iki şerhle bağlantılı ortak bir sonuç olarak, tasarruf yetkisinin kalkmamasına ilişkin genel açıklama yapılacaktır; daha sonra iki ayrı başlık altında bu iki şerhin sonuçları irdelenecektir. Sonrasında davaların karşılaştırmasında olduğu gibi, bu iki şerhin farkları da, şematik olarak sıralanacaktır.

[28] Bilgi için bkz. AYBAY, Aydın, Tapu Sicilinde Muvakkat Tescil, İstanbul 1962 (Muvakkat Tescil); Gürsoy, Eren ve Cansel, *Türk Eşya Hukuku*, 286 vd.; Oğuzman, Seliçi ve Oktay-Özdemir, *Eşya Hukuku*, N.1062 vd.; Nomer ve Ergüne, *Eşya Hukuku*, N.524 vd.; Deillon-Schegg, *Sachenrecht*, 915 vd.; Pfammatter, *ZGB Kommentar*, Art.961, N.1 vd.

## B) TMK UYARINCA DAVA SIRASINDA VERİLEN ŞERHLER DAVALININ TASARRUF YETKİSİNİ ORTADAN KALDIRMAZ

TMK'de, taşınmaza yönelik açılan alacak ve aynı hakka dayalı davaların, yukarıda saydığımız farklılıkları dikkate alınarak, davaların nitelikleri ile bağdaşan iki ayrı şerh öngörülmüştür. Hemen belirtmek gerekir ki, bu iki şerh de, davalının tasarruf yetkisini ortadan kaldıracı bir etkiye sahip değildir.<sup>[29]</sup> Bu bağlamda TMK m.1010'un başlığındaki ifadenin tam olarak şerh ile yaratılan sonucu ortaya koyamadığı aşağıdaki başlık altında açıklanmaktadır. TMK, kural olarak davalının, dava boyunca tasarruf yetkisini kullanabilmesini hedeflemektedir; aslında bu hedef, çoğu olayda tarafların da menfaatindedir. Davalının tasarruf yetkisini kullanması nedeniyle, uzun yıllar süren dava süreçlerine bağlı olarak, zararının doğma ihtimali azalacaktır. Davacı bakımından ise, davayı kazanması halinde, dava konusu hakkını, şerhi görerek alan üçüncü kişilere karşı da ileri sürebilecek; davayı kaybetmesi halinde de, tasarruf yetkisini kaybetmediği için taşınmaz üzerinde işlem yapabilen davalının zararı olmadığından, çoğu olayda tazminat sorumluluğu söz konusu olmayacaktır.

Bu nedenle bu TMK hükümleri gözetilmeksizin yıllardır süregelen alışkanlıkla ihtiyatı tedbir ile davalının tasarruf yetkisinin kısıtlanması formalite icabı bir de kaynağı belli olmayan %15'lik bir teminata bağlı kılınması, bazen de hâkimin takdirine bağlı olarak oranın değişmesi ya da teminatsız verilmesi kanımızca TMK kapsamındaki şerhler bakımından uygun değildir.<sup>[30]</sup> TMK kapsamında verilen şerhler çerçevesinde, hiçbir hukuki dayanağı olmadan

[29] Özbek, *Tapu Kütüğüne Şerh*, 68; Nomer ve Ergüne, *Eşya Hukuku*, N.511. 528.

[30] “Medeni Kanun m.1010/2 göz önünde tutulursa, taşınmaz üzerinde aynı hak değişikliği gerektirecek uyuşmazlıklarda mahkemelerin alacağı ihtiyatı tedbir kararlarının, o taşınmaz için tapu sicilini tasarruflara kapatması, sadece kararın şerh verilmesinden sonra hak kazanan kimselerin, davayı kazanan davacının hakkını elde etmesine engel olmamaları sonucunu doğurması gerekir. Halbuki uygulamada mahkemelerin, ihtiyatı tedbir kararı ile taşınmaz üzerinde her türlü tasarrufta bulunulmasını yasak ettikleri ve böylece tapu sicilini tasarruf kapattıkları anlaşılmaktadır. Medeni Kanunun sistemine aykırı düşen bu uygulamayı, HMK m.125'te düzenlenmiş olan davalı şeyin temlikinin sonuçlarından, davacıyı koruması yönünde doktrinde tasvip edenler de mevcuttur.” Oğuzman, Seliçi ve Oktay-Özdemir, *Eşya Hukuku*, N.1049 (özellikle dn.797 ve 799). Aynı yönde Nomer ve Ergüne, *Eşya Hukuku*, N.528; Vardar Hamamcıoğlu, *Tasarruf İşlemi*, 369. Aksi görüş için bkz. Nezih Sütçü, “İhtiyatı Tedbir ve İhtiyatı Haciz,” *Bursa Barosu Dergisi* 34, no.88 (Ocak, Şubat ve Mart, 2010), 9.

verilen bu teminatlar olmasa da, davacının tazminat yükünden kurtulması söz konusu olmaz; şartları oluşmuşsa tazminat ödemekle yükümlü olunur. Ancak bu tür bir teminat öngörülmesi, adeta her davada tazminat sorumluluğu söz konusu imiş gibi bir durum yaratmakta; bu da dava sonrasında davalının ayrıca tazminat davası açmasına yol açmakta ve yargının yükü artmaktadır.

Usul Hukuku çerçevesinde verilecek ve tapuyu kilitleyerek, davalının tapuda işlem yapmasına engel olan tedbir kararı ise, TMK'deki şerhlerden<sup>[31]</sup> farklıdır.<sup>[32]</sup> Yukarıdaki açıklamalarımızla, ihtiyatı tedbir kararının aynı neticeli taşınmaz davalarında gereksiz olduğunu asla söylemek istemiyoruz. Ancak altını çizerek vurgulamak gerekirse salt davalının tasarruf yetkisini kaldırmak için ara karara konu edilmesinin dayanaksız olduğunu ifade etmek isteriz.

Şöyle ki, her iki tür davada da davalının tasarruf konusunda bir işlem yapması söz konusu olmaksızın, arazide kendi adına ve hesabına, fiili veya hukuki tasarruflar gerçekleştirmesi gündeme geldiğinde, ihtiyatı tedbir kararı verilmesi gerekeceği açıktır. Örneğin, arazisinin döküm sahası ruhsatı olarak hukuki ürün elde etmeye çalışması, belediyeye müracaatla yapı ruhsatı olarak davacının hiçbir şekilde düşünmediği bir inşaatın başlatılması, arazinin davacının arzu etmediği bazı bitkilerin dikilmek istenmesi gibi durumlarda davayı kazanmakla mülkiyet karinesi (TMK m.992) doğru olarak lehine işleyecek olan malik, bu tasarruflar karşısında zarar görebilir. Bu gibi durumlarda ara kararlar hakimden ihtiyatı tedbir istenebilecek, ancak içerik olarak ne yönde tedbir istendiği, yani davalının neyden kaçınması gerektiği ara kararda, yukarıda belirttiğimiz şekilde, (ruhsatın verilmemesi kararında olduğu gibi) idari mercileri de bağlı yetki ile yükümlü kılacak ve tedbirin kapsamı konusunda yeterince açıklayıcı olacak şekilde, tedbirler kararda belirtilmelidir.

[31] Schmid, *Basler Kommentar*, Art. 960 N.2; Deillon-Schegg, *Sachenrecht*, 913.

[32] “Eşya hukukunda, tapu sicilini kilitlemediği için sicilde işlem yapılmasını en gellemeyen çekişmeli haklar şerhi (TMK m. 1010, 1/1) ile geçici tescil şerhinin (TMK m. 1011) kanunî dayanağı esas itibarıyla TMK olsa da, bu şerhlerin dayandığı mahkeme kararlarının medenî usûl hukukunda da yansımaları vardır. Her iki şerhin amaçları itibarıyla HMK'daki dayanağı, tedbire konu olan mal veya hakkın muhafaza altına alınması için mahkemece her türlü tedbire karar verebileceğini öngören HMK m. 391'in birinci fıkrası hükmüdür” Özbek, *Tapu Kütüğüne Şerh*, 68.

### C) ÇEKİŞMELİ HAKLARIN KORUNMASI ŞERHİ (TMK m.1010/b.1)

Bir mahkemede taşınmaza ilişkin bir çekişmenin bulunması halinde, mahkemece verilecek şerh, TMK m.1010/b.1’de yer alan şerhtir. Hükmün ifadesi, *çekişmeli hakların korunmasına ilişkin mahkeme kararları* şeklindedir. 818 sayılı eMK m.920/b.1’deki ifade ise şöyledir: *Münaziünfih hakların muhafazası veya icrai iddia zımında müttehas resmi kararlar*. Her ne kadar hükmün ifadesinden, taşınmaz ilişkin her türlü uyumsuzluk halinde bu şerhin verilmesi gerektiği gibi bir sonuç çıkmaktaysa da, hemen sonraki maddenin birinci bendinde yer alan diğer şerh, bizi bu düşünceden uzaklaştırır. Maddede yer alan ve kişisel isteme dayalı çekişmeli olan bir hakkın<sup>[33]</sup> korunması için verilen şerh, bir borç ilişkisi çerçevesinde hakkın korunması gerektiğinde verilen bir şerhtir.

Taşınmaza dair uyumsuzluk konusu olan bir hak söz konusu olup, onun üçüncü kişilere karşı korunması gerekmesi, bizi nispi hak kavramına götürür. Yukarıda açıklandığı üzere, kişisel hakların korunmasına ilişkin şerh TMK m.1009’da düzenlenir. Bir kişisel hak daha önceden kanundan doğan imkanla tapuda şerh ettirilmiş olabilir; söz konusu şerh ile, eşyaya bağlı borç ve münzam etkiye sahip kuvvetlendirilmiş bir nispi hak gündeme gelir. Taşınmaz satış vaadi, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi gibi şerh edilebilen bir sözleşmeye dayalı taşınmaz mülkiyetinin devrine ilişkin alacak hakkına<sup>[34]</sup> dayalı tescile zorlama davası açıldığında da, bu sözleşmeden doğan hakların daha önceden şerh edilmesinin önemi olmaksızın yine TMK m.1010/b.1 uyarınca şerh talep edilebilir. Sözleşmeye dayalı verilen şerhlerin bazılarında ilişkin olarak sürelerin bulunması nedeniyle, uzun süren dava boyunca şerhin

[33] “(...) çekişmeli haktan kasıt nisbi bir hak olup, bu nisbi hak mülkiyet hakkına ilişkin tasarruf işlemi yapma borcu doğuran bir borçlanma işleminden veya yenilik doğuran bir hakkın kullanılmasından veyahut da ölüme bağlı tasarruftan kaynaklanabilir.” Vardar Hamamcıoğlu, *Tasarruf İşlemi*, 368.

[34] “Satım sözleşmesine dayalı olarak açılan tapu iptali ve tescil davalarında da\_vacılar, dava konusu taşınmaz üzerinde bir aynı hakka sahip olduklarını iddia etmemekte, sâdece temlik borcunun ifasını istemektedirler. İsviçre Federal Mahkemesi de, TMK m. 1010, 1/1’de düzenlenen çekişmeli hakların korunmasına ilişkin mahkeme kararlarının, sonunda aynı hakların kazanılmasını sağlayan şahsî hakkın şerhine yönelik talep haklarını kapsadığı görüşündedir<sup>12</sup>. Bu sebeple, TMK m. 1010, 1/1’de düzenlenen çekişmeli haklar şerhi, taşınmaz malikinin tasarruf yetkisini kaldırmamakta, sâdece kısıtlamaktadır.” Özbek, *Tapu Kütüğüne Şerh*, 70-71.

koruması kalkar; ancak TMK m.1010/b.1 uyarınca verilen şerh, dava devam ettiği sürece nispi hakka ilişkin koruma sağlar.

Şerhler kanunda sınırlı sayıda olduğunda, her kişisel hakka ilişkin bir şerh mevcut değildir. Dolaylı temsil yetkisi içeren bir vekâlet sözleşmesine, inanç sözleşmesine, bağış sözleşmesine dayalı taşınmaz mülkiyetini devir talepli dava açıldığında davacının hakkı yine nispi nitelikte bir alacak hakkıdır ve bu sözleşmelerin şerhi olmadığından, söz konusu davacının nispi hakkını borçlusu dışında üçüncü kişilere sürme imkânı yoktur. Ayrıca sebepsiz zenginleşme, haksız fiil ya da kanundaki hallerden birine, örneğin haksız yapıya dayalı bir dava açıldığında bunların da önceden şerh edilmiş olması mümkün değildir. Oysa tüm bunlardaki haklar kişisel nitelikte olup, sadece borçluya karşı ileri sürülebilirler. Sözleşmesel önalım hakkı için şerh öngörülmüşken, kanundan doğan önalım hakkı yasal kısıtlama olması nedeniyle şerhi düzenlenmemiştir. Sözleşmesel önalıma ilişkin dava açıldığında, tekrar bir şerhe ihtiyaç duyulmayabilir; ancak kanundan doğan ve mülkiyet kısıtlaması niteliğindeki önalım hakkı kullanıldıktan sonra alelade bir satış ilişkisi ortaya çıkar, bu satış ilişkisindeki borcun ifası talepli yürüyen TMK m.734'e dayalı davada, önalım hakkını kullanarak artık satış ilişkisinden doğan alacak hakkına sahip olan davacının bu nispi hakkının korunması için TMK m.1010/b.1 uyarınca şerh verdirilmesi gerekir. Aksi takdirde, yasal önalım hakkının munzam etkisi olmaması nedeniyle,<sup>[35]</sup> davanın açılmasından sonra hak kazanan üçüncü kişilere karşı bu hakkın ileri sürülmesi mümkün olmaz.

Tescile zorlama davası ve görünümünde davacının hakkı, maddede de açıkça belirtildiği üzere kişisel niteliktedir; taşınmaz üzerinde aynı hak kazanmaya yönelik olarak sahip olunan alacak hakkı<sup>[36]</sup> çerçevesinde borcun

[35] “Sözleşmeden doğan ön alım ancak şerh verildiği takdirde eşyaya bağlı borç ilişkisi kurduğu halde yasal ön alımda bu, kanun gereği mevcuttur. Buna karşılık, yasal ön alımda, şerhin munzam etkisini (MK m.1009) sağlayan bir hüküm yoktur. Bu durumda munzam etkisinin bulunmamasından doğabilecek sakıncalardan kaçınmak için MK m.1010/b.1 hükmündeki şerhin işlenmesi, ön alım davasıyla birlikte talep edilebilir. Öte yandan dava devam ederken payın devri halinde HMK m.125/1 hükmü uygulanabilir.” Oğuzman, Seliçi ve Oktay-Özdemir, *Eşya Hukuku*, N.1969.

[36] “MK 920/I.1’de (TMK m.1010/b.1’de) sadece ileride iktisap edilecek bir hakkın şerh edilmesi söz konusudur. Eğer çekişme konusu hak, esasen iktisap edilmiş, iddia bu merkezde ise, MK 920 değil, 921/I.1 (TMK m.1011/b.1) hükmü uygulanacaktır.

ifası istenir. Aynı haklardan farklı olarak alacak hakları ileri sürülebileceği çevre açısından mutlak olmayıp, nispi nitelikte olduğundan, borçluya tescile zorlama davası veya görünümünden biri açılmak istendiğinde, sorgulanması gereken husus tapuda hâlâ malik olup olmadığıdır. Nispi nitelikteki hakkı koruyan bir şerh olmaksızın, taşınmazın dava öncesinde ya da sonrasında üçüncü bir kişiye devredilmesi halinde üçüncü kişiden bir talepte bulunulamaz. Ancak borcunu kusurlu olarak imkânsızlaştıran borçlunun TBK m.112 uyarınca borca aykırılığı gündeme gelir. Bu halde üçüncü kişinin, taşınmazın mülkiyetinin bir başka kişiye borçlanıldığını biliyor olmasının da hiçbir önemi bulunmaz. Borç ilişkisinin nispiliğinin sonuçlarından biri de, sadece borçlunun borca aykırı davranabileceğidir; üçüncü kişiler borca aykırı davranamaz.<sup>[37]</sup> Bu nedenle nispi alacak hakkımızın üçüncü kişilere ileri sürülebilmesi, ancak dava açıldığında TMK m.1010/b.1 uyarınca şerh verilmesiyle mümkün olur.

Söz konusu şerh *tasarruf yetkisi kısıtlaması* şerhleri grubunda yer alır. Ancak doktrinde haklı olarak belirtildiği üzere, TMK m.1010'da yer alan şerhlerin sonuçları aynı değildir. Tasarruf yetkisinin kalmadığı, iflasın açılmasıyla iflas masasına geçtiği hal olan iflas halinde dahi, şerh nedeniyle tasarruf yetkisi sona ermez;<sup>[38]</sup> iflasın açılması tasarruf yetkisini sona erdirdi. Bu halde şerh kurucu olmayıp, açıklayıcıdır. Haciz şerhi ya da art mirasçı atanması hallerinde de malikin tasarruf yetkisi sona ermemektedir; yaptığı işlemler geçerlidir. Söz konusu şerh ile ileride taşınmaza ilişkin bir sorun

---

Zira bu son halde, iddia sahibi aynı bir hakkının esasen mevcut olduğunu beyan ederek, bunun korunmasını istiyor demektir.” Gürsoy, Eren ve Cansel, *Türk Eşya Hukuku*, 284. Aynı yönde Özbek, *Tapu Kütüğüne Şerh*, 74.

[37] Üçüncü kişilerin davranışı ancak haksız fiil olabilir. Haksız fiil çerçevesinde TBK m.49/II'ye dayalı bir durum olduğunda bu kişiye karşı da, aynen tazmin kapsamında tescile zorlama davası açılabilir. Ancak her halde açılan davanın hukuki dayanağı borca aykırılık değil, haksız fiildir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Özmen ve Aydın, *Tapu İptal*, 179 vd.; Kadir Berk Kapancı, *Ahlaka Aykırı Bir Fiille Kasten Verilen Zararın Tazmini*, 1. Baskı (İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2016), 12 vd.

[38] “Merinden açıkça anlaşıldığı gibi, yapılan şerhle, kütük kapatılmış ve bundan sonra kütükte herhangi bir işlemin yapılması yasaklanmış değildir. (...) O halde, bir sınırlama şerhinin mevcut olması –Medeni Kanunun sistemine göre- artık kütüğün kapsanması, o taşınmaz üzerinde hiçbir tasarruf (tescil) yapılamaz demek değildir.” Gürsoy, Eren ve Cansel, *Türk Eşya Hukuku*, 282.

çıkabileceği ve bazı sonuçlara katlanılması gerektiği konusunda üçüncü kişiler uyarılmaktadır; yoksa malikin tasarruf yetkisi elinden alınmamaktadır.

Her ne kadar şerh ile davalının tasarruf yetkisi ortadan kalkmamaktaysa da, geniş anlamda bir kısıtlama söz konusu olmaktadır. Şerhi gören üçüncü kişilerin taşınmaz ile ilgili bir uyumsuzluk olduğunu öğrenmelerine bağlı olarak, taşınmaz üzerinde işlemlerin eskisine oranla daha sınırlanacağı; değersel olarak bir azalma yaratabileceği ortadadır. Bu nedenle doktrinde,<sup>[39]</sup> davalının hakkının sınırlanması ifadesinin kullanılmasının daha uygun olduğu belirtilir.

Bir dava sırasında davacının nispi hakkının üçüncü kişilere karşı korunması amacıyla verilen TMK m.1010/b.1 şerhi ile de davalı konumundaki malikin tasarruf yetkisi, taşınmaz hakkında bir dava mevcut olması nedeniyle değersel olarak azalması ve cazibesini yitirmesi nedenleriyle etkilenecekse de, tamamen ortadan kalkmaz. Tasarruf yetkisine sahip olmaya devam eden malik, şerhin yaptığı uyarıya rağmen taşınmazın mülkiyetini ya da taşınmaz üzerinde bir sınırlı aynı hak edinmek isteyen kişilerle tapuda geçerli işlemler yapar. Üçüncü kişiler işlemlere konu aynı hakkı tescille kazanır. TMK m.1010/b.1'de yer alan şerhin söz konusu hakların kazanılması bakımından herhangi bir etkisi bulunmaz.

TMK m.1010/b.1'de öngörülen dava konusu çekişmeli hakları korumayı hedefleyen şerh, maddenin üst başlığından farklı olarak, dava konusu nispi hakkın üçüncü kişilere karşı ileri sürülmesini sağlar. TMK m.1010/b.1 şerhi verildiğinde, HMK sistemindeki tedbirden farklı olarak tapudaki işlemler durmaz, işlem yapılabilir; ancak işlemlere dayalı hak kazanan kişiler, kıdeme itibar ilkesi uyarınca, şerhin koruduğu hakkın sonuçlarına katlanmakla yükümlü olurlar. Örneğin, haksız yapı çerçevesinde TMK m.724'e dayalı taşınmaz mülkiyetinin devri talebiyle dava açıldığı halde TMK m.1010/b.1 uyarınca şerh verdirilmelidir; aksi halde, haksız yapıdan doğan taleplerin

[39] “Şerh isteminin tasarrufi etkisi nedeniyle, tapu kütüğüne yapılan bütün şerhler, geniş anlamda bir tasarruf sınırlaması şerhidir. ‘Tasarruf sınırlaması’ kavramı bir üst başlık olarak, bir taşınmaz üzerindeki tasarruf sürecine, tasarrufun geçerliliğine etki ederek veya etmeyerek çeşitli araçlar kullanılarak gerieilen sınırlamaları ifade eder. Bu kapsamda bir tasarruf sınırlaması, bir tasarruf sınırlaması şerhi ile gerçekleşebileceği gibi, tapu kütüğünün kilitlenmesi (kayıtlara kapatılması) yoluyla da gerçekleşir.” Gümüş, *Şerhler*, 23. Ayrıca bkz. Aydın, Aybay ve Hüseyin Hatemi, *Eşya Hukuku*, 4. Baskı (İstanbul: Vedat, 2014), 102.

tümü nispi nitelik taşır, yapının yapıldığı anda taşınmazın maliki kim ise ona karşı ileri sürülebilir; sonradan edinen kişilere karşı ileri sürülemez.<sup>[40]</sup> TMK m.724'teki koşulların oluşması halinde davacının aktifinde taşınmaz mülkiyetinin kendisine devredilmesine yönelik kanundan doğan bir alacak hakkı mevcut olur. Elbette koşulların oluşup oluşmadığı konusundaki takdir hakkı hâkime aittir. Dava açılıp TMK m.1010/b.1 şerhi verildikten sonra, bir uzman değerlemesi ile koşulların oluşmadığını düşünen üçüncü bir kişi taşınmaz satın alabilir; tapu kilitlenmediğinden tapuda adına tescil yapılabilir. Tescil kurucu nitelikte olur, taşınmazın mülkiyeti bu tescille kazanılır. Sonradan davada, bilirkişi incelemesine göre yapının değerinin arazinin değeri ile aynı ya da düşük çıkması ihtimalinde, diğer koşullar oluşmuş olsa dahi davacının taşınmaz mülkiyetine yönelik talebi söz konusu olamaz; dava bu yönden reddedilir.<sup>[41]</sup> Eğer TMK m.1010/b.1 şerhi ile malikin tasarruf yetkisi kısıtlanmış olsa, mülkiyeti devretmesi mümkün olmaz; üçüncü kişinin tescille mülkiyeti kazanması mümkün olmaz ve yolsuz tescil gündeme gelirdi. Hatta geçersiz olan bu işlem sonradan kendiliğinden geçerli hale gelmeyeceğinden, yeniden işlemin tapuda geçerli olarak yapılması gerekirdi. Oysa şerh varken yapılan işlem geçerlidir ve dava kazanılsa da, kaybedilse de artık adına tescil yapılan üçüncü kişi taşınmaz üzerinde hak sahibidir. Fakat bu hak sahipliği ona bir yük yüklemektedir; şerhten sonra hak sahibi olan bu kişi davanın sonuçlarına katlanır. Dava kaybedildiğinde katlanacağı bir sonuç bulunmaz; ama dava kazanıldığında, davada verilen karar onun hakkında sonuç doğurur. TMK m.724 çerçevesinde açılan davada haksız yapıya dayalı mülkiyet devri

[40] “Malzeme sahibi bu hakkını, yapı, arazinin hangi maliki zamanında yapılmışsa ona ve külli haleflerine karşı yöneltilebilir. Bu hak, arazi devralan sonraki cüz’i haleflere karşı ileri sürülemez.” Oğuzman, Seliçi ve Oktay-Özdemir, *Eşya Hukuku*, N.1775. Ayrıca bkz. İsmet Sungurbey, “Başkasının Nesnesine Gider Yapan Elmenin ve Başkasının Arsasına Yapı Yapan Kimsenin Haklarının Niteliği, Özelliği, Nesnel Borç Görüşünün Eleştirisi,” *İstanbul Hukuk Fakültesi 50. Yıl Armağanı*, (İstanbul: Fakülteler Matbaası, 1973): 291 vd.; Serozan, *Nisbi Haklar*, 472; Vehbi Umut Erkan, “Kendi Malzemesini Kullanarak Başkasının Arazisinde Haksız Yapı Meydana Getirilmesi Durumunda Malzeme Sahibinin Arazinin Mülkiyetinin Kendisine Verilmesi Talebi (TMK m. 724),” *AÜHFD* 63, no. 3 (Eylül, 2014): 459-460.

[41] Bu nedenle haksız yapıdan doğan taleplerin terditli ileri sürülmesi çok önemlidir. TMK m.724'e dayalı taşınmaz mülkiyetinin devrine yönelik talebin koşullarının oluşmaması ihtimaline dayalı olarak, mutlaka tazminat talebi de aynı dava ile ileri sürülmelidir. Oğuzman, Seliçi ve Oktay-Özdemir, *Eşya Hukuku*, N.1760.



talebinin mahkemece kabul edilmesi halinde, taşınmaz mülkiyetini edinen üçüncü kişi, TMK m.1010/b.1 şerhinin eşyaya bağlı borç etkisine bağlı olarak, mülkiyeti kazandığı anda davalı malikin pasifindeki mülkiyeti devir borcunu da üstlenmiş olduğundan dava sonucunda davacı tescilsiz olarak mülkiyeti kazandığında, yeni malik konumundaki üçüncü kişi mülkiyeti kaybeder. Şerhten sonra sınırlı aynî hak kazanan üçüncü kişi bakımından ise, şerhin munzam etkisi devreye girer; davacının mahkemenin kararıyla tescilsiz olarak taşınmaz mülkiyetini kazanmasıyla sınırlı aynî hakkın terkin ettirilmesi sonucuna katlanma yükümlülüğü söz konusudur.

Açıklanan nedenlerle TMK m.1010/b.1’de düzenlenen Çekişmeli hakların korunmasına ilişkin mahkeme kararları çerçevesinde konulan ve uygulamada *davalıdır şerhi* diye adlandırılan bu şerh, kanımızca tam bir tasarruf yetkisi kısıtlaması getirmemektedir. Bu şerh, kanunda açık bir hükümlerle şerhi öngörülmemiş, taşınmaz üzerinde aynı hak kazanmayı sağlayacak bir kişisel hakka dayalı olarak tescile zorlama davası veya görünümünden biri açıldığında, buradaki nispi hakkın üçüncü kişilere karşı ileri sürülmesini sağlamaktadır. Bu haliyle, TMK m.1009’daki şerhlerle benzer şekilde, eşyaya bağlı borç ve munzam etki sonuçlarına sahip olarak davaya konu kişisel hakkın üçüncü kişilere ileri sürülmesini sağlamaktadır.

### **D) İDDİA EDİLEN BİR AYNÎ HAKKIN GÜVENCE ALTINA ALINMASI ŞERHİ (TMK m.1011/b.1)**

Uygulamada davalıdır şerhi olarak adlandırılan diğer şerh, TMK m.1011/b.1’de yer alır. Madde başlığı “geçici tescil şerhi” olup, bentteki ifade “iddia edilen bir aynı hakkın güvence altına alınması gerekiyorsa” şeklindedir. Buna göre, bir dava açıldığında, eğer davacının iddia ettiği husus, taşınmaz üzerinde bir aynı hakkının var olduğu ise,<sup>[42]</sup> talep üzerine hâkimin vereceği karar ile TMK m.1011/b.1 uyarınca tapuda geçici tescil şerhi konulur.

Maddede yer alan, *aynî hakkın güvence altına alınması* ifadesinden anlaşılması gereken, davacının taşınmaz üzerinde mevcut olduğunu iddia ettiği aynı hakkın, yine üçüncü kişilere karşı koruma sağlaması ama bu sefer

[42] “Çekişmeli hakların korunmasına ilişkin mahkeme kararının şerhinden farklı olarak, burada aynı hakta değişikliği talep etme yetkisi veren kişisel bir hakka ilişkin bir uyuşmazlık söz konusu olmayıp doğrudan aynı hakkın varlığı veya kime ait olduğu hususunda bir uyuşmazlık bulunmaktadır.” Nomer ve Ergüne, *Eşya Hukuku*, N.524.

TMK m.1023<sup>[43]</sup> çerçevesinde, tapuya güven ilkesine dayalı olarak taşınmaz üzerinde aynı hakkı kazanmalarına engel olmasıdır.<sup>[44]</sup> Bu durumda davacının aynı hakkı TMK m.992 kapsamında aleniyete kavuşmadığı; buna bağlı olarak tescilin olumsuz hükmü nedeniyle, hakkında tam anlamıyla yararlanamadığıdır. Fakat tapuda hak sahibi olmayan bir kişinin adına tescil mevcuttur. Davalı konumundaki bu kişi ise, taşınmazlara ilişkin TMK m.992 hükmüne tabi mülkiyet karinesinden yararlanır ve bu kişi tasarruf yetkisine sahip olmasa dahi,<sup>[45]</sup> tescilin olumlu hükmünün<sup>[46]</sup> etkisi ile, tescile güvenen üçüncü kişiler kanun gereği aynı hakkı, aslen kazanır. Üçüncü kişilerin, bu şekilde korunabilmesi iyiniyetli olmalarına bağlıdır. İşte TMK m.1011/b.1'deki şerhin verilmesiyle, üçüncü kişiler iyiniyet iddiasında bulunamazlar; çünkü artık taşınmaz üzerinde bir başkasının hak sahibi olma ihtimalini bilmiyorlarsa bile, bilmeleri gerekir. Buna bağlı olarak da, adlarına tescil yapılsa dahi, tasarruf yetkisine sahip olmayan bir kişiden devraldıklarını bilmeleri gerektiğinden tescille hedeflenen aynı hakkı kazanamazlar.

TMK m.1011/b.1 uyarınca aynı hakkın iyiniyetli üçüncü kişiler tarafından kazanılmasına engel olmak için şerh verilmesi için, davacının iddiasının, davalının hak sahibi olarak gözüktüğü taşınmaz üzerinde bir aynı hakkının var olduğudur. Bu davalar da, yukarıda açıklandığı üzere TMK m.1025 uyarınca açılan tapu sicilinin düzeltilmesi davası veya görünümünden birine

[43] Erol Cansel, *Tapu Siciline İtimat Prensibi*, 1. Baskı (Ankara: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1964), 15 vd.; Sendi Yakuppur, *Tapu Kütüğüne Güven İlkesi*, 1. Baskı (İstanbul: Onikilevha, 2016), 43 vd.; Gürsoy, Eren ve Cansel, *Türk Eşya Hukuku*, 267 vd.

[44] “Aynı hak iddiasının geçici tescili halinde şerh üçüncü kişilerin iyi niyetini ortadan kaldıracı rol oynar. Şerh sahibinin aynı hak iddiası sabit olursa şerhten sonra taşınmazda hak kazananlar, bu aynı hakkı bilmediklerini ve bilecek durumda olmadıklarını ileri süremezler.” Oğuzman, Seliçi ve Oktay-Özdemir, *Eşya Hukuku*, N.1062.

[45] “Tapu kütüğünde yolsuz bir tescil vardır, yani tapu sicilinde hak sahibi gözüken kimse gerçekte hak sahibi değildir; dolayısıyla tasarruf yetkisine de sahip değildir.” Nomer ve Ergüne, *Eşya Hukuku*, N.446.

[46] Cansel, *Tapu Sicili*, 5; Oğuzman, Seliçi ve Oktay-Özdemir, *Eşya Hukuku*, N.995; Gökhan Antalya, “Eşya Hukukuna Hâkim İlkelerden Aleniyet İlkesi,” *MÜHF-HAD Bülent Tabiroğlu'na Armağan 23*, no.3 (Özel sayı, 2017), 427; Gürsoy, Eren ve Cansel, *Türk Eşya Hukuku*, 269; Nomer ve Ergüne, *Eşya Hukuku*, N.433 vd.

dayalı açılan davalardır.<sup>[47]</sup> Tapu sicilinin düzeltilmesi davası ve görünüm-lerinde, yukarıda açıklandığı üzere aynı hakkın varlığının veya yokluğunun tespiti istenmektedir; bu nedenle her halde bu dava ve görünümleri aynı hak iddiasına dayanır. Bu şerhin fonksiyonu, taşınmazda aynı hak sahibi olmak isteyerek işlem yapan üçüncü kişilerin, tapudaki yolsuzluktan haberdar olmalarını sağlamaktır. Bu şerh, söz konusu taşınmaza ilişkin işlem yapan üçüncü kişilere uyarı niteliği taşır. Şerhin yaptığı uyarı şudur:

“Yaptığınız işlem gerçek hak sahibi tarafından yapılmıyor olabilir, adına tescil olan bu kişi tasarruf yetkisine sahip olmayabilir veya taşınmazda şu an görünmeyen başka aynı haklar olabilir; bu nedenle işleme konu aynı hakkı hiç kazanamayabilirsiniz ya da sizden daha önce mevcut olan bir hakla birlikte kazanabilirsiniz.”

Bu uyarıyla şerh, iyiniyeti ortadan kaldırdığından TMK m.1023 uyarınca tapuya güven ilkesinin devreye girmesine engel olur. Bu şerhten sonra yapılan bir işleme dayalı olarak taşınmaz üzerinde hak sahibi olan kişinin iyiniyet iddiası dinlenmez.

Bu şerh hiçbir şekilde tapunun kilitlenmesine yol açmaz; tapuda hala işlem yapılır. Zaten işlem yapılması halinde iyiniyetli olarak aynı hakkın kazanılmasının önüne geçen bir şerhtir. İşlem yapılmasına engel olmadığı, şerhin fonksiyonu ile zaten nettir.

Ancak TMK m.1010/b.1'deki şerhten farklı olarak, mahkeme bu şerhin verilmesiyle birlikte, tasarruf yetkisinin devam ettirilmesi halinde daha büyük bir sorun yaşanma ihtimali var ise, hâkim tapunun kilitlenmesine, işlemlere kapatılmasına da karar verebilir. Bu husus açıkça şerhe ilişkin ara kararda belirtilmelidir. Aksi halde işlemler devam ettirilir.

Uygulamada aynı tapu iptal ve tescil davası şeklindeki ifade ile yapılan yanlışlık, şerhlere ilişkin olarak da yapılmaktadır. Tapu sicilinin düzeltilmesi davası ve görünüm-lerinde TMK m.1011/b.1 şerhi verilirken, tescile zorlama davası ve görünüm-lerinde TMK m.1010/b.1 şerhi verilmelidir. İki dava ve bu iki şerh, bu kadar birbirine benzemezken, uygulamada hiçbir fark

[47] “Aynı hak iddiasında bulunan kimse, tapu kütüğünde gözükmeyen hakkının tespiti ve tescili, yolsuz bir tescil varsa öncelikle bunun terkin edilerek tapu sicilinin düzeltilmesi için dava açabilir ve bu davada hakkını güvence altına almak için hâkimden tapuya geçici tescil şerhi verilmesine karar verilmesini isteyebilir.” Nomer ve Ergüne, *Eşya Hukuku*, N.524.

yokmuşçasına ikisine de davalıdır şerhi denilmesi konusundaki yanlışlığın bir an önce düzeltilmesinde fayda bulunmaktadır

### E) TMK m.1010/b.1 İLE TMK m.1011/b.1 ŞERHLERİNİN KARŞILAŞTIRILMASI

| Tasarruf Yetkisi Kısıtlaması Şerhi<br>TMK m.1010/b.1   | Geçici Tescil Şerhi<br>TMK m.1011/b.1  |
|--|--|
| Tescile Zorlama Davasında verilir<br>(TMK m.716)   | Tapu Sicilinin Düzeltilmesi Davasında verilir<br>(TMK m.1025)  |
| Haksız Yapı (TMK m.724), Yasal Önalım (TMK m.734), Zorunlu geçit (TMK m.747) vb. tescile zorlama davasının görünümleri | Kadastro tespitlerine itiraz (KadK m.9-12), Olağanüstü zamanaşımıyla kazanım (TMK m.712/II) vb. tapu sicilinin düzeltilmesi davasının görünümleri                |
| Nispi hakkın korunmasını sağlar  | Ayni hakkın korunmasını sağlar   |
| Dava boyunca davalının tasarruf yetkisi var  | Davalı hak sahibi olmadığından maddi hukuk anlamında tasarruf yetkisi yoktur   |
| Tapu kilitlenmez, işlemler yapılır   | Kural olarak tapu kilitlenmez, işlemler yapılır; ancak hâkim gerekli gördüğü takdirde, kararda açıkça belirtmek suretiyle tapunun kilitlenmesine karar verebilir |
| Üçüncü kişiler hak sahibinden devraldıkları için her hâlde mülkiyeti kazanırlar  | Üçüncü kişilerin mülkiyeti kazanması ancak TMK m.1023'e tabidir, iyiniyetli olmaları gerekir   |
| Şerh eşyaya bağlı borç ve munzam etki yaratır  | Şerh iyiniyet iddiasını ortadan kaldırır; TMK m.1023'e dayalı kazanımlara engel olur   |

Şerhlerin verildiği davalara ilişkin şemada da farklılıklar açıkça görüldüğü gibi, şerhlerin fonksiyonları açısından yapılan şemadan da şerhlerin farkları görülebilir. Her bir sonucu açısından bu kadar farklı iki şerhin, sırf bir dava sırasında verilmiş olmalarına dayalı olarak, aynı sonuçlara sahipmiş gibi davranılması uygun değildir.

### F) ŞERHLERİN VARLIĞI HALİNDE KARARLARIN İÇERİĞİ

Hem davalarda hem de şerhlerde hukuken farklılıklar bulunduğu açıktır. Bu hususlar doktrinde net olup, bir sorun yaşanmamaktadır. Davaların ve şerhlerin karıştırılması, aralarında bir ayırım yapılmaması, HMK sistemi içindeki tedbirlerle karıştırılması genelde uygulamadan kaynaklı bir sorundur. Kanımızca bu konudaki yanlışlıkların düzeltilmesi konusunda görev büyük ölçüde mahkemelere düşmektedir.

Uygulamanın düzgün yürütmesi, hukukun uygulanmasına dayalı olarak mağduriyet yaratılmaması adına mahkemeler davalar sırasında koruma amaçlı karar verdiklerinde, şerhlerin etkilerini değerlendirmeli; bu çerçevede hangi tedbiri almanın o dava bakımından uygun olacağına karar vermelidirler. Elbette, ara kararlarında tedbirin neye dayandığı, amacı ve sonuçları da, uygulama bakımından tereddüt yaratmayacak şekilde açıklanmalıdır. Bu bağlamda sadece davalıdır şerhi konulmasına denilerek ara karar yazılmamalıdır. Hangi şerhin verdirilmek istendiği, şerhin sonuçlarının ne olduğu tapuda netleştirilmelidir.

Şerhlerin koruması, her halde üçüncü kişilere karşıdır. TMK m.1010/b.1'deki şerh çerçevesinde nispi bir hakkın üçüncü kişilere ileri sürülmesini iki biçimde sağlamaktadır. Taşınmaza ilişkin mülkiyet devri söz konusu ise eşyaya bağlı borç etkisi ile yeni maliki mülkiyeti devir borcu altına sokmakta; sınırlı aynî hak kurulması söz konusu ise de, munzam etki ile hak sahibini aynı hakkın terkin edilmesine katlanma borcu yaratmaktadır.

TMK m.1011/b.1'deki şerh de dava konusu hakkı üçüncü kişilere karşı korur; ancak bu sefer korunan hak bir aynı hak olduğundan, bir borç yaratılması söz konusu değildir. Tapu siciline güvenip aynı hak kazanabilecek olan üçüncü kişilerin, kanundaki iyiniyete sonuç bağlanan bu durumdan yararlanmasına engel olunmaktadır; üçüncü kişiler, davacının gerçek hak sahibi olabileceğini bilerek işlemler yapmaktadırlar. Eş deyişle, üçüncü kişiler, tapuda adına tescille TMK m.992'deki hak karinesinden yararlanan ve tasarruf yetkisine sahip olduğu varsayılan kişiyle işlem yaparken, bu kişinin gerçekte tasarruf yetkisine sahip olmayabileceği konusunda uyarılmaktadırlar. Mahkeme, işlemler yapılmasında sakınca gördüğü durumlarda, davacının iddia ettiği aynı hakkının ciddi bir tehlike içinde olduğunu düşündüğü takdirde, TMK m.1011/b.1 uyarınca şerh verdirirken, kararın içeriğinde işlemlerin yapılmasını da yasaklayabilir. TMK m.1011/son fıkranın<sup>[48]</sup> verdiği yetki ile, şerhin içeriğini, süresini ve etkisini belirleme hakkına sahiptir. Yeter ki, şerhin verildiği ara kararda bu hususlar, tapu memurlarının anlayabileceği ve uygulayabileceği açıklıkta yazılmış olsun.

[48] TMK m.1011/son “Geçici tescil şerhi verilmesi istemi üzerine hâkim, tarafları dinleyerek veya dosya üzerinde inceleme yaparak şerhe konu olan hakkın varlığının kabul edilebileceği kanaatine varırsa, şerh kararı verir. Kararda şerhin etki bakımından süresi ve içeriği belirlenir; gerektiğinde mahkemeye başvurulması için bir süre verilir.” şeklinde hâkime takdir yetkisi vermektedir.

Her iki durumda da, tapu kilitlenmeyerek işlemler yapılmaya devam edildiğinde, karar davalı lehine olduğunda bir sorun yaşanmaz. Alacak hakkının ifasının reddedilmesi veya davacının aynı hakkının olmadığına tespiti halinde, zaten tapudaki hak sahibinin dava sırasında üçüncü kişilerle geçerli işlemler yapması söz konusu olur.

Davada verilen şerhler sonrasında taşınmaza ilişkin işlemlerde tapuda adlarına tescil yapılan üçüncü kişiler, ancak davaların davacı lehine sonuçlanması halinde sorun yaşarlar. Hemen belirtmek gerekir ki, şerh mevcut olduğu takdirde, dava sırasında davalının taşınmazı devretmesi halinde HMK m.125'in uygulanmasına gerek yoktur.<sup>[49]</sup> Mahkemelerin tapuya müzekkere yazarak, işlem yapılıp yapılmadığını; mülkiyet devri ya da sınırlı aynî hak tesisi olup olmadığını öğrenmelerine gerek yoktur. Söz konusu şerhler, zaten bir dava olduğu konusunda, işlem yapan üçüncü kişileri uyarmaktadır; üçüncü kişiler, taşınmazda hak sahibi oldukları takdirde, söz konusu davanın sonuçlarına katlanmakla yükümlü olduklarını bilerek işlemleri yapmaktadırlar. Bu halde, alelade bir hak konusunun devrinden farklı olarak, ayrıca başka bir işleme gerek olmaksızın, şerhler üçüncü kişilere karşı korumayı sağlamaktadırlar. Elbette, davacı davasını bu kişilere karşı da devam ettirmeyi seçebilir. Ancak bu zorunlu bir sonuç olmamalıdır.

Dava sırasında üçüncü kişilerle işlem yapılması halinde, ister mülkiyet devri söz konusu olsun, isterse diğer bir sınırlı aynî hak kurulması, davacı lehine hüküm verilmesi halinde, bu kararın şerhin varlığına bağlı olarak üçüncü kişilere karşı etkisinin olacağına tereddüt yaşanmamalıdır. Bu bağlamda yine mahkemelere, kararlarında bu hususu netleştirme görevi düşmektedir.

Alacak hakkına dayalı açılan bir davada, TMK m.1010/b.1 uyarınca verilen şerhin üçüncü kişilere uyarı niteliğinde olması nedeniyle, üçüncü kişiler davacı lehine alınan karara dayalı olarak hak sahipliklerinde sorun yaşayacaklarını bilmektedirler. Bu halde, söz konusu karar şerhten sonra işlem yapan üçüncü kişilere karşı da etkili olur; davacı, lehe verilen hükümlerle, tescilsiz olarak taşınmazın mülkiyetini kazanır. Şerh olduğu sürece, kimin mülkiyetinde olduğundan bağımsız ve dava sırasında, şerhten sonra olmak üzere, kaç el değiştirmiş olursa olsun, TMK m.716'ya dayalı açılan davada davacı mahkemenin vereceği karar ile mülkiyeti kazanır.

[49] Aksi yönde bkz. Nomer ve Ergüne, *Eşya Hukuku*, N.511.

Aynı hakka dayalı olan davada TMK m.1011/b.1 çerçevesinde verilmiş olan şerhi görerek, taşınmaza ilişkin işlem yapan üçüncü kişiler iyiniyet iddiasında bulunamayacaklardır. Bu halde, tapu sicilinin düzeltilmesi davası niteliğindeki davada verilen karar ile, adlarına hangi türden yazım olmuşsa olsun, tapu sicilinin mahkemenin tespit ettiği hale uygun olarak düzeltilmesine, bu bağlamda kendi adlarının da terkin edilmesine katlanmakla yükümlü olduklarını bilerek taşınmazda işlem yaparlar. Bu nedenle bu durumda da, alınan kararın HMK m.125'in uygulanmasına gerek olmadan, bu kişiler hakkında da sonuç doğuracağına yine tereddüt edilmemelidir. İcra İflas Kanunu (İİK) m.28 hükmünün<sup>[50]</sup> TMK hükümlerine atıf yaptığı düşünülürse, bu sonuç daha netleşir.

Her iki davanın gerekçeli kararının yazılmasında, mahkemelerin, özellikle TMK m.1007 kapsamında ağır bir tazminat sorumluluğu bulunan tapu müdürlüğündeki tereddütleri ortadan kaldıracak şekilde sonuçları açıklamalarının uygulamayı rahatlatacağını düşünmekteyiz. TMK m.716 tescile zorlama davasına veya görünümüne dayalı açılan davalardaki kararda, “kimin mülkiyetinde olursa olsun davacının mülkiyeti kazanmasına, taşınmaz üzerinde şerhten sonra kurulan sınırlı aynî hakların terkinine” şeklinde bir ifadenin kullanılması tapu memurlarının taşınmaza ilişkin nasıl yazım yapması gerektiğini netleştirir. Benzer şekilde, TMK m.1025 tapu sicilinin düzeltilmesi davası ve görünümündeki kararlarda ise, “Kimin adına mülkiyet, herhangi bir sınırlı aynî hak tescil edilmiş olursa olsun, diğer yazımlar da dahil olmak üzere sicilin (...) şeklinde düzeltilmesine” denilerek gerekçelendirilmesi yerinde olur. Bu şekilde davacının, şerhten sonra tapuda adlarına tescil yapılan kişilere tekrar dava açmasına gerek kalmadan, şerhle korunan aynı hakkın sicile yazımı sağlanır.

[50] İİK m.28'e göre, “Taşınmaz davalarında davacının lehine hüküm verildiği takdirde mahkeme davacının talebine hacet kalmaksızın hükmün tefhimi ile beraber hulasasını tapu sicili dairesine bildirir. İlgili daire bu ciheti hükmolunan taşınmazın kaydına şerh verir. Bu şerh, Türk Medeni Kanununun 1010 uncu maddesinin ikinci fıkrası hükmüne tâbidir. / Taşınmaz davası üzerine verilen karar ileride davacının aleyhine kesinleşirse mahkeme, derhal bu hükmün hulasasını da tapu sicili dairesine bildirir.”

## SONUÇ

Uygulamada tapu iptali ve hükmen tescil adı altında iki grup dava ele alınmakta; uygulama tarafından bu iki davalar aynı sonuçlara sahip tek davaymış gibi davranılmaktadır. Hatta resmi sistem olan Uyap sisteminde dahi isimlendirme bu şekilde, yanlış olarak yer almaktadır. Oysa bu davalar bambaşka sonuçlara sahip iki dava grubudur.

Uygulamada bu davalarla bağlantılı olarak yapılan bir diğer yanlış da, bu davalarda mahkeme tarafından verilen şerhlerle ilgilidir. Hangi dava olduğunun ya da TMK sisteminde hangi maddede yer aldığına bir önemi olmaksızın, davalıdır şerhi ifadesi kullanılmakta; hatta HMK'deki tedbirlerle de zaman zaman karıştırılmaktadır.

Bu davaların farklılığına dayalı olarak söz konusu şerhler de, aslında iki grup olup; davaların özelliklerine dayalı olarak farklı sonuçlara sahiptirler. Alacak hakkına dayalı açılan tescile zorlama davası ve görünümünde, şerhle korunan hak kişisel bir haktır. Bu tür bir davada verilmesi gereken şerh, TMK m.1010/b.1'de yer alan çekişmeli hakkın korunması için olmalıdır. Söz konusu şerh, tasarruf kısıtlaması başlığı altında yer alsa da, davalı konumundaki malikin tasarruf yetkisini ortadan kaldırmaz. Bu şerh üçüncü kişileri, söz konusu taşınmazı edindikleri ya da taşınmaz üzerinde bir diğer hak kazanmak istediklerinde, malikin bu dava ile değişebileceği ve kendilerinin de bu sonuca katlanmak zorunda olduğu konusunda uyarır. Bu haliyle, esasen aynı kişisel hakların korunmasında olduğu gibi eşyaya bağlı borç ve munzam etki yaratır. Bu tür bir davada mahkeme kararının davacı lehine verilmesi halinde, tapuda hak sahipliğinde değişiklik olsa dahi, HMK m.125 uygulanmasına gerek olmaz; TMK m.1010/b.1 şerhinden sonra hak sahibi olan herkes bu davanın sonucunda verilen karara katlanmakla yükümlü olur. Bu nedenle hâkimin gerekçeli kararında, *kimin mülkiyetinde olursa olsun* şeklinde hüküm kurması yerinde olacaktır.

Diğer grup dava olan tapu sicilinin düzeltilmesi davasında ise verilmesi gereken şerh, davacının iddiasına uygun olarak, aynı hakkın korunması içindir. Bu şerh geçici tescil şerhi olarak, TMK m.1011/b.1'de yer alır. Bu şerh, üçüncü kişileri tapuda işlem yaptıkları kişinin gerçek hak sahibi olmayabileceği konusunda uyarmaktadır. Buna bağlı olarak da, üçüncü kişilerin iyiniyet iddialarını ortadan kaldırarak, TMK m.1023 uyarınca tapuya güvenerek iyiniyetli olarak aynı hak kazanımına engel olmaktadır. Bu halde



de, şerhten sonra taşınmaz üzerinde hak sahibi olan kişiler, davacının lehine çıkan kararın sonuçlarına bu şerh nedeniyle katlanmakla yükümlü olurlar. Yoksa HMK m.125 uyarınca davanın onlara yöneltilmesi ya da yeniden dava açılması gerekmez. Hükümde de bu husus açıkça belirtilerek, *kimin adına tescil olduğundan bağımsız olarak, sicil düzeltilmesine* şeklinde karar verilmesi yerinde olur.

Uygulamadaki bu yanlışlığın düzeltilmesinde büyük görev mahkemelerin olup, hem gerekçeli hem de şerhlere ilişkin ara kararların yazımında bu ayrımlara dikkat ederek sonuçları yazmalıdırlar. Tapu memurları bakımından tereddüt yaratmayacak şekilde gerekçelendirilecek kararlarla, dava süreçlerini uzatmadan ya da tekrar dava açılmasına gerek kalmaksızın sonuçların sağlanması mümkündür.

## KAYNAKLAR

- Akkanat Öztürk, Elif Beyza ve Abdullah Furkan Korkmaz. “Tapu Sicilinin (Sicil Kaydının) Düzeltilmesi Kararının Değerlendirilmesi.” içinde *Sermet Akman’a Armağan*, ed. Saibe Oktay-Özdemir, Azra Arkan Serim ve Atilla Altop, 1-17, İstanbul: Filiz Kitabevi, 2020.
- Antalya, Gökhan. “Eşya Hukukuna Hâkim İllkelerden Aleniyyet İlkesi.” *MÜHF-HAD Bülent Tahiroğlu’na Armağan 23*, no.3, (Özel sayı, 2017): 419-440.
- Arslan, Ahmet. *Taşınmaz Mülkiyetinin Tescile Zorlama Davası ile Kazanılması*, 1. Baskı, Ankara: Yetkin, 2021.
- Aybay, Aydın. *Tapu Sicilinde Muvakkat Tescil*, İstanbul: Fakülteler Matbaası, 1962.
- Aybay, Aydın. “Haciz Şerhinin Haksız Terkininden Doğan Sorunlar.” *Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi I*, (2003): 145-148.
- Aybay, Aydın ve Hüseyin Hatemi. *Eşya Hukuku*, 4. Baskı, İstanbul: Vedat, 2014.
- Bilgin Yüce, Melek. “Uygulamada Tapu İptal ve Tescil Davalarının Anlamı ve Sonuçları.” *I. Medeni Hukuk Kongresi*, ed. Hakan Tokbaş, 341-396, İstanbul: Aristo, 2020.
- Cansel, Erol. *Tapu Siciline İtimat Prensibi*. Ankara: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1964.
- Deillon-Schegg, Bettina. Sachenrecht. in *ZGB CHK Handkommentar zum Schweizer Privatrecht*, 3. Auflage, Hrsg. Breitschmid Peter und Jungo Alexandra, Art. 641-977 Zürich: Schulthess, 2016.
- Erel, Şafak N. *Eşyaya Bağlı Borç*, Ankara: Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları, 1982.
- Erkan, Vehbi Umut. “Kendi Malzemesini Kullanarak Başkasının Arazisinde Haksız Yapı Meydana Getirilmesi Durumunda Malzeme Sahibinin Arazinin Mülkiyetinin Kendisine Verilmesi Talebi (TMK m. 724).” *AÜHFD 63*, no.3 (Eylül, 2014): 449-478.
- Gümüş, Mustafa Alper. *Türk Medeni Kanununun Getirdiği Yeni Tasarruf Sınırlaması Şerhleri*, 2. Bası, İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2007.

- Günay, Erhan. “Tapu İptali ve Tescil Davaları.” içinde *Gayrimenkul Davaları* 2, ed. Ayşe Havutçu, Müslüm Akıncı ve Mutlu Dinç, 1519-1826, Ankara: Seçkin, 2019.
- Günay, Erhan. “Tapu Sicili.” içinde *Gayrimenkul Davaları II*, ed. Ayşe Havutçu, Müslüm Akıncı ve Mutlu Dinç, 1361-1396, Ankara: Seçkin, 2019.
- Gürsoy, Kemal T., Fikret Eren ve Erol Cansel. *Türk Eşya Hukuku*, 2. Baskı, Ankara: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1984.
- Hamamcıoğlu, Gülşah Vardar. *Medeni Hukukta Tasarruf İşlemi Kavramı*, 1. Baskı, İstanbul: Onikilevha, 2014.
- Kapancı, Kadir Berk. *Ahlaka Aykırı Bir Fiille Kasten Verilen Zararın Tazmini*, 1. Baskı, İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2016.
- Leemann, Silvia Verena. *Die Vormerkung von Verfügungs-beschränkungen im Grundbuch nach dem schweizerischen Zivilgesetzbuch*, Zürich: Diss, 1937.
- Liver, Peter. *Die Realobligation*, 1. Auflage, ZBGR 1962.
- Meier-Hayoz, Arthur. *Berner Kommentar, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Das Sachenrecht, 1. Abteilung, Das Eigentum: II. Teilband, Grundeigentum I, Art. 655-679 ZGB*, 3. Auflage, Bern: Stampfli & Cie, 1965.
- Nomer, Haluk Nami. “Açıklayıcı Nitelikteki Tasarruf Yetkisi Kısıtlaması Şerhlerinin İyiniyeti Ortadan Kaldırmadaki Rolü: Haciz Şerhi Örneği.” içinde *Haluk Burcuoğlu’na Armağan*, ed. Saibe Oktay-Özdemir, Azra Arkan Serim ve Atilla Altop, 1389-1397, İstanbul: Filiz Kitabevi, 2020.
- Nomer, Haluk Nami ve Mehmet Serkan Ergüne. *Eşya Hukuku*, 9. Baskı, İstanbul: Onikilevha, 2022.
- Oğuzman, M. Kemal. “Eşyaya Bağlı Haklar ve Borçlar.” *İÜHFD* 31, no.1-4 (1965): 209-219.
- Oğuzman, M. Kemal, Özer Seliçi ve Saibe Oktay-Özdemir, *Eşya Hukuku*, 23. Baskı, İstanbul: Filiz, 2021.

- Orhun, Mercan Yüksel. “Haczin Tasarruf Yetkisine Etkisi.” *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi* 22 *Cevdet Yavuz’a Armağan*, No. 3 (2016): 2079-2103.
- Öz, Turgut. “Kişisel Hakların Şerhine İlişkin Bazı Sorunlar ve Özellikle Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinin Şerhi.” içinde II. Medeni Hukuk Kongresi, ed.Hakan Tokbaş, 215-241, İstanbul: Aristo, 2022.
- Özbek, Mustafa Serdar. “*Tapu Kütüğüne Şerb Edilen Çekişmeli Hakların Korunmasına İlişkin İhtiyatî Tedbir Kararlarının Doğurduğu Tasarruf Kısıtlamaları.*” Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 3, no.1 (Ocak, 2017): 65-91.
- Özmen, Etem Saba ve Gülşah Sinem Aydın. “Tapu İptal Davası Olarak Yanlış Adlandırma ile Açılan Davalar (Tescili İsteme Davası/ Yolsuz Tescilin Düzeltilmesi Davası).” *İstanbul Barosu Dergisi* 88, no.6 (Kasım-Aralık, 2014): 179-215.
- Özmen, Etem Sâba. “Türk hukukunda Hacizlerin Şerhle Kazandığı Hukukî Nitelik ve Buna Bağlı Hukukî Sonuçların İrdelenmesi.” *Ankara Barosu Dergisi*, No.2, (1991), 182-212.
- Pfammatter, Aron. *ZGB Kommentar, Schweizerisches Zivilgesetzbuch*, Hrsg. Jolanta Kostkiewicz, Stephan Wolf, Marc Amstutz und Roland Fankhauser, 4. Auflage, Zürich: OFK–Orell Füssli Kommentar, 2021.
- Rey, Heinz, *Die Grundlagen des Sachenrechts und das Eigentum; Grundriss des schweizerischen Sachenrechts I*, 2. Auflage, Bern: Stampfli, 2000.
- Schmid, Jürg. Art. 457-977 ZGB und Art. 1-61 SchIT ZGB. in *Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch II*, 5. Auflage, Hrsg. Heinrich Honsell, Nedim Peter Vogt und Thomas Geiser, Basel: Helbing & Lichtenhahn, 2015.
- Serozan, Rona. “Nisbi Hakların Güçlendirilmesi.” *İÜHFİM* 40, no.1-4 (1974): 459-479.
- Sungurbey, İsmet. *Kişisel Hakların Tapu Kütüğüne Şerhi*, 1. Baskı, İstanbul:Sermet Matbaası, 1963.

- Sungurbey, İsmet. “Kişisel Hakların Tapu Kütüğüne Şerhinin Etkisi Üzerine.” İÜHFİM 3, no.4 (1969): 121-131.
- Sungurbey, İsmet. “Başkasının Nesnesine Gider Yapan Elmenin ve Başkasının Arsasına Yapı Yapan Kimsenin Haklarının Niteliği, Özelliği, Nesnel Borç Görüşünün Eleştirisi.” *İstanbul Hukuk Fakültesi 50. Yıl Armağanı*, (İstanbul: Fakülteler Matbaası, 1973): 291-315.
- Sütçü, Nezh. “İhtiyatı Tedbir ve İhtiyatı Haciz.” *Bursa Barosu Dergisi* 34, no.88 (Ocak, Şubat ve Mart, 2010): 9-25.
- Tekinay, Selahattin Sulhi, Sermet Akman, Haluk Burcuoğlu ve Atila Altop. *Tekinay Eşya Hukuku I, Zilyedlik–Tapu Sicili–Mülkiyet*, 5. Baskı, İstanbul: Filiz Kitabevi, 1989.
- Topuz, Murat. *Türk Özel Hukukunda Taşınmaz Mülkiyeti*, 1. Baskı, Ankara: Seçkin, 2020.
- Yakuppur, Sendi. *Tapu Kütüğüne Güven İlkesi*. İstanbul: Onikilevha, 2016.



# Uluslararası Hukuk Açısından Tahıl Koridoru Andlaşması'nın Kısa Bir Analizi

Tolga CANDAN\*

Ozan Emin HALHALLI\*\*

---

**Bu makale hakem incelemesinden geçmiştir ve TÜBİTAK–ULAKBİM Veri Tabanında indekslenmektedir.**

\* Doç. Dr., Türk Alman Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Milletlerarası Hukuk Anabilim Dalı. ([candan@tau.edu.tr](mailto:candan@tau.edu.tr)), **ORCID ID:** [0000-0003-0666-3027](https://orcid.org/0000-0003-0666-3027)

\*\* Araştırma Görevlisi, Türk Alman Üniversitesi, İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi, Siyaset Bilimi ve Uluslararası İlişkiler Bölümü. ([ozanemin.halhalli@tau.edu.tr](mailto:ozanemin.halhalli@tau.edu.tr)), **ORCID ID:** [0000-0002-0203-7662](https://orcid.org/0000-0002-0203-7662)

**Makale geliş tarihi:** 15 Ağustos 2022 **Makale kabul tarihi:** 21 Eylül 2022

**Atf önerisi:** Candan, Tolga ve Ozan Emin Halhallı. "Uluslararası Hukuk Açısından Tahıl Koridoru Andlaşması'nın Kısa Bir Analizi." *Ankara Barosu Dergisi* 80, no. 4 (Ekim 2022): 363-404. **DOI:** [10.30915/abd.1161930](https://doi.org/10.30915/abd.1161930)

## ULUSLARARASI HUKUK AÇISINDAN TAHİL KORİDORU ANDLAŞMASI'NIN KISA BİR ANALİZİ

### ÖZ

24 Şubat 2022 Perşembe günü Rusya Federasyonu tarafından Ukrayna topraklarına yönelik başlatılan askeri saldırı, uluslararası toplumda yoğun tepkiler doğurmuştur. Bu tepkiler sonucunda, başta Birleşmiş Milletler (BM) ve Avrupa Birliği (AB) üyeleri tarafından Rusya'ya yönelik geniş kapsamlı yaptırım kararları alınmıştır. Öte yandan, Rusya'nın Ukrayna limanlarına yönelik uyguladığı askeri abluka nedeniyle, Ukrayna'dan başta Kuzey Afrika ülkelerine olmak üzere 3. ülkelere yönelik tahıl ihracatı engellenmektedir. Bu durum, Dünya tahıl fiyatlarında yüksek fiyat artışına yol açarak, küresel düzeyde bir gıda güvenliği sorununa ve açlık tehdidine sebep olmuştur. Bu sorunun çözümü için başta Türkiye olmak üzere BM aracılığıyla yürütülen diplomatik girişimler başarılı olmuş ve 22 Temmuz 2022 tarihinde Rusya, Ukrayna, Türkiye ve BM tarafından kısaca "Tahıl Koridoru Andlaşması" olarak ifade edilen "Tahıl ve Yiyecek Maddelerin Ukrayna Limanlarından Emniyetli Sevki Girişimi Belgesi" imzalanmıştır. Bu andlaşma ile Ukrayna'nın Odesa, Çornomorsk ve Yujniy limanları üzerinden çizilen kırmızı hat boyunca güvenli rotaların oluşturulması ve bu güvenli koridorlardan yararlanılarak gıda sevkiyatının sağlanması gıda maddelerinin ve özellikle de tahıl ürünlerinin güvenli bir şekilde geçişi sağlanarak, küresel gıda fiyatlarının ve gıda kıtlığının azaltılması amaçlanmıştır. İmzalanmasında Türkiye'nin de önemli rol üstlendiği bu uzlaşma metninin hazırlık süreci, kapsamı ve uygulanmasının hukuki olarak değerlendirilmesi bu çalışmanın temel amacını oluşturmaktadır.

### Anahtar Kelimeler

Rusya- Ukrayna Savaşı

gıda güvenliği

Ukrayna Tahıl Koridoru

Tahıl Koridoru Andlaşması

Müşterek Koordinasyon Merkezi



## A BRIEF ANALYSIS OF THE GRAIN CORRIDOR AGREEMENT IN TERMS OF INTERNATIONAL LAW

### ABSTRACT

On Thursday 24 February 2022, the military aggression launched by the Russian Federation against the territory of Ukraine provoked intense reactions from the international community. As a result of these reactions, the United Nations (UN) and the European Union (EU) have adopted comprehensive sanctions against Russia. On the other hand, Russia's military blockade of Ukrainian ports prevents grain exports from Ukraine to third countries, particularly to North African countries. This has led to a sharp increase in world grain prices, causing a global food security problem and threat of hunger. Diplomatic initiatives carried out through the UN, particularly by Turkey, have been successful in solving this problem and on 22 July 2022, Russia, Ukraine, Turkey and the UN signed the "Document on the Initiative for the Safe Shipment of Grain and Foodstuffs from Ukrainian Ports", shortly referred to as the "Grain Corridor Treaty". With this agreement, it is aimed to establish safe routes along the red line drawn through the ports of Odessa, Chornomorsk and Yujniy in Ukraine and to ensure food shipments by utilizing these safe corridors, to reduce global food prices and food shortages by ensuring the safe passage of foodstuffs and especially grain products. The main purpose of this study is to evaluate the preparation process, scope and implementation of this compromise text, in which Turkey played an important role.

### Keywords

Russia-Ukraine War

food security

Ukraine Grain Corridor

Grain Corridor Treaty

Joint Coordination Centre

## GİRİŞ

22 Temmuz 2022 tarihinde, kısaca “Tahıl Koridoru Andlaşması” olarak ifade edilen “Tahıl ve Yiyecek Maddelerin Ukrayna Limanlarından Emniyetli Sevki Girişimi Belgesi” imzalanmıştır.<sup>[1]</sup> Andlaşma, Rusya Federasyonu'nun Ukrayna topraklarına yönelik gerçekleştirdiği askeri müdahalenin, 2. Dünya Savaşı sonrası kurulan Birleşmiş Milletler sisteminde doğurduğu sarsıcı etkilerin bir sonucu olarak ortaya çıkmıştır.<sup>[2]</sup> 24 Şubat 2022 tarihinde başlayan ve Ukrayna'nın ulusal bütünlüğüne yönelik yapılan bu saldırı, uluslararası toplumda büyük tepki toplamış ve özellikle başta Amerika Birleşik Devletleri (ABD) ve Avrupa Birliği'ne (AB) üye devletler olmak üzere çok sayıda ülke

[1] 1982 Türkiye Cumhuriyeti Anayasası madde 90 düzenlemesinde, 15.07.2018 tarihinde 30479 sayılı Resmi Gazete ile yürürlüğe girmiş olan 9 no.lu Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi'nde ve yine 1969 Viyana Andlaşmalar Hukuku Sözleşmesi madde 2 fıkra 1 düzenlemesinde yer alan terminoloji ile de uyumlu olmak amacıyla, incelemeye konu edilen “hukuki irade uyuşmasını” ifade etmek için “andlaşma” terimi tercih edilmiştir. İngilizce kaynaklarda “agreement” ve Almanca kaynaklarda “abkommen” terimleri kullanılmaktadır. Bu terimin karşılığı Türkçe kaynaklarda “anlaşma” şeklindeyse de açıklanan nedenlerle terminolojik bütünlüğün sağlanabilmesi amacıyla metin içerisinde “andlaşma” terimi kullanılmıştır. Aynı yönde kullanım örnekleri için bakınız: Hüseyin Pazarıcı, *Uluslararası Hukuk*, 19. Baskı (Ankara, Turhan Kitabevi, 2020), 49 vd.; Ayşe Nur Tütüncü, Enver Arıkoğlu, Verda Neslihan Akün ve Elif Başkaracaoglu (Derleyenler ve Düzenleyenler), *Toluner Milletlerarası Hukuk (Giriş, Kaynaklar) Prof. Dr. Sevin Toluner'in Ders Notlarından*, 2. Baskı (İstanbul, Beta Yayınevi, 2019), 73 vd.; Melda Sur, *Uluslararası Hukukun Esasları*, 14. Baskı (İstanbul: Beta Yayınevi, 2020), 24.

[2] Birleşmiş Milletler Andlaşması madde 2 fıkra 4 düzenlemesi uyarınca kuvvet kullanma tehdidinde ya da kuvvet kullanmaya başvurulması yasaklanmıştır. Kuvvet kullanma yasağının istisnaları ise Birleşmiş Milletler Andlaşması içerisinde “Bölüm VII” altında özel olarak düzenlenmiştir. Bu konu hakkında daha detaylı bilgi için bakınız: Yusuf Aksar, *Teoride ve Uygulamada Uluslararası Hukuk II*, 5. Baskı (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2019), 111 vd.; Askeri operasyon kararının video kaydında Rusya Devlet Başkanı Vladimir Putin'in okuduğu metnin çevirisi için bakınız: “Çeviri/Putin'in Ulusa Sesleniş Konuşması: Geleneksel değerlerimizi yok etmeye çalıştılar,” Deniz Karakullukçu (çev.), 27.02.2022, erişim 3 Ağustos 2022, <https://serbestiyet.com/haberler/ceviri-putinin-ulusa-seslenis-konusmasi-geleneksel-degerlerimizi-yok-etmeye-calistilar-85581/>.

tarafından, Rusya'ya yönelik çeşitli yaptırım kararları alınmıştır.<sup>[3]</sup> Avrupa Birliği, alınan geniş kapsamlı ekonomik yaptırımların temel amacını, özellikle Rusya'nın savaşı finanse etme kabiliyetini engellemek ve bu askeri saldırının gerçekleşmesinden sorumlu olan ya da bu saldırının gerçekleşmesinde rol oynayan Rusya'nın yönetici siyasi elitine bedel ödetmek olarak açıklamaktadır.<sup>[4]</sup> Alınan bu kararların içeriğine bakıldığında, Rusya yönetimi ile ilişkili bireysel mal varlıklarının dondurulması, Rus diplomatlara seyahat yasakları ve vize kısıtlamaları getirilmesi gibi yaptırımların yanı sıra, ekonomi ve finans sektörlerinde geniş kapsamlı ticareti kısıtlamalar da yer almaktadır.<sup>[5]</sup>

Öte yandan, alınan ekonomik yaptırımların, Rusya ve Ukrayna'dan tahıl ithalatı yapan üçüncü ülkeler açısından da olumsuz sonuçlar doğurduğu kısa sürede anlaşılmıştır. Özellikle, Ukrayna'nın tahıl üretimi ve ihracatı konusunda Dünya'nın önde gelen ülkeleri arasında yer alması, çatışma bölgelerindeki limanların güvenlik nedeniyle kullanılamaması, tahıl fiyatlarında küresel bir artışa ve gıda kıtlığına yol açmıştır.<sup>[6]</sup> Konunun öneminin daha

- 
- [3] Rusya Federasyonu'na uygulanan yaptırımların güncel ve tam listesi için lütfen bakınız: "Aktuelle Sanktionen gegen Russland," CORRECTIV Recherchen für die Gesellschaft, erişim 9 Ağustos 2022, <https://correctiv.org/aktuelles/2022/02/28/sanktionstracker-aktuelle-sanktionen-gegen-russland%E2%80%8B/>.
- [4] "EU-Sanktionen gegen Russland: ein Überblick," Europäischer Rat (Rat der Europäischen Union), 22.07.2022, erişim 9 Ağustos 2022, <https://www.consilium.europa.eu/de/policies/sanctions/restrictive-measures-against-russia-over-ukraine/sanctions-against-russia-explained/>.
- [5] European Council, Council Decision 2014/512/CFSP of 31 July 2014, "concerning restrictive measures in view of Russia's actions destabilising the situation in Ukraine," erişim 8 Ağustos 2022, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A32014D0512>; Matthias Valta, "Wirtschaftssanktionen gegen Russland und ihre rechtlichen Grenzen," Verfassung (blog), 28.02.2022, erişim 3 Ağustos 2022, <https://verfassungsblog.de/wirtschaftssanktionen-gegen-russland-und-ihre-rechtlichen-grenzen/>.
- [6] İstatistikler ve konu ile ilgili daha detaylı açıklamalar için lütfen bakınız: Joseph Glauber ve David Laborde, "The Russia-Ukraine grain agreement: What is at stake?," International Food Policy Research Institute (blog), 27.07.2022, erişim 10 Ağustos 2022, <https://www.ifpri.org/blog/russia-ukraine-grain-agreement-what-stake>; "Pressemitteilung Nr. 103: Erzeugerpreise landwirtschaftlicher Produkte im Januar 2022 um 21,1 % höher als im Januar 2021," Statistisches Bundesamt (DESTATIS), 11.03.2022, erişim 3 Ağustos 2021, <https://www.destatis.de/DE/>

kolay anlaşılması açısından Ukrayna'nın 2018-2019 verilerine baktığımızda; Dünya tahıl arzının karşılanması amacıyla gerçekleştirilen mısır ihracatının % 17,64'ünün, buğday ihracatının ise % 9,13'ünün Ukrayna tarafından karşılandığı görülecektir.<sup>[7]</sup>

Rusya'nın askeri müdahalesinin altıncı ayında, başta Odesa, Çornomorsk ve Yujniy limanları olmak üzere Doğu Ukrayna'nın önemli bir bölümü, Rusya Federasyonu'na bağlı askeri güçler tarafından abluka altındadır.<sup>[8]</sup> Bu durum

[Presse/Pressemitteilungen/2022/03/PD22\\_103\\_61211.html#:~:text=Der%20Preisanstieg%20bei%20den%20pflanzlichen,mehr%20so%20stark%20wie%20zuletzt;](https://www.vdg-ev.de/infotek/zahlen-und-fakten/) “Statistik Getreideproduktion und –verbrauch,” Verein der Getreidehändler der Hamburg Börse e.V., erişim 3 Ağustos 2022, <https://vdg-ev.de/infotek/zahlen-und-fakten/>; Matthias Janson, “Wohin die Ukraine ihr Getreide exportiert,” statista, 06.04.2022, erişim 3 Ağustos 2022, <https://de.statista.com/infografik/27192/ziellaender-ukrainischer-getreideexporte/>; “Wichtigste Abnehmerländer von Weizen und Mengkorn aus der Ukraine nach Exportmenge weltweit im Jahr 2020,” statista, 15.06.2022, erişim 3 Ağustos 2022, <https://de.statista.com/statistik/daten/studie/1293944/umfrage/exportmenge-von-weizen-und-mengkorn-ukraine-laender/>; Ayrıca Rusya Federasyonu ve Ukrayna arasındaki askeri çatışmalar nedeniyle durma noktasına gelen tahıl sevkiyatının Ermenistan'da yarattığı gıda krizi için bakınız: Samvel Avetisyan ve Gayane Salnazaryan, “Russian-Ukrainian Conflict and Armenia'a Food Security Risks,” *ALTERNATIVE*, (January-March, 2022): 235-41; Ayrıca tahıl sevkiyatında yaşanan krizin Türkiye-Avrupa Birliği ticari ilişkilerine etkisi ile ilgili olarak bakınız: Volkan Sezgin, “How Will Turkey – EU Trade Relations Change after the Ukraine – Russia War?,” *Journal of the Human and Social Science Researches* 11, no. 2 (2022): 1198-215.

- [7] Emrah Turmuş ve Erdoğan Güneş, “Dünyada ve Türkiye’de Gıda Güvenliği/ Güvencesinin Hububat Sektörü Yönüyle Değerlendirilmesi,” *Türkiye Biyoetik Dergisi* 7, no. 3 (2020): 132-34.
- [8] Uluslararası hukuk açısından “abluka”, savaş veya barış dönemlerinde karşılaşılabilen bir müdahale biçimidir. Konumuz itibarıyla savaş esnasında uygulanan abluka, düşman tarafından bir bölgenin giriş ve çıkışlarının denetim altına alınmış olmasını ifade eder. Rusya Federasyonu, Ukrayna'ya ait bazı bölgelerde giriş ve çıkışları kontrol altında tutmaktadır ve uluslararası hukuk açısından bu müdahale biçimi bir abluka niteliğindedir. Daha detaylı bilgi için bakınız: M. Yusuf Eren, “Uluslararası Hukukta Savaşa Varmayan Kuvvet Kullanma Yolları,” İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 3, no. 2 (2012): 242 vd.; Ayrıca konuya ilişkin haberler için bakınız: “Waffen gegen den drohenden Hunger,” *tagesschau*, 13.05.2022, erişim 5 Ağustos 2022, <https://www.tagesschau.de/ausland/europa/schwarzes-meer-ukraine-hafen-russland-blockade-101.html>; “BM'nin Ukrayna limanlarını açın çağrısına Rusya'dan yanıt:

nedeniyle, Ukrayna'nın çoğunluğu Afrika ülkelerine olan tahıl sevkiyatı olumsuz yönde etkilenmiştir.<sup>[9]</sup> 19 Mayıs 2022 tarihinde yayınladığı bildiri *Birleşmiş Milletler Dünya Gıda Programı* (World Food Programme), Rusya tarafından Ukrayna'ya yönelik başlatılan askeri müdahalenin, gıda fiyatlarında yüksek oranda bir artışı meydana getirdiğini ve bunun da gıda sektöründe kıtlığa neden olduğunu açıklayarak bu savaşın, genel itibarıyla küresel gıda güvenliğine yönelik bir savaş olarak nitelendirilmesi gerektiğini belirtmiştir.<sup>[10]</sup> Yine, *Birleşmiş Milletler Gıda ve Tarım Örgütü de* (FAO), Rusya Federasyonu ve Ukrayna arasında yaşanan silahlı çatışmaların yeni bir küresel gıda güvenliği meselesi olduğunu vurgulamış ve tavsiye senaryolarını uluslararası kamuoyuna sunmuştur.<sup>[11]</sup> Söz konusu meseleye ilişkin olarak, Milli Savunma Bakanı tarafından paylaşılan güncel verilere göre, halen Ukrayna limanlarında 25 milyon tondan fazla tahıl sevkiyat

---

Yaptırımları gözden geçirin,” euronews, 19.05.2022, erişim 5 Ağustos 2022, <https://tr.euronews.com/2022/05/19/bm-nin-ukrayna-limanlar-n-ac-n-cagr-s-na-rusya-dan-yan-t-yapt-r-mlar-gozden-gecirin>; “Limanlarını kullanamayan Ukrayna'nın binlerce vagon tahıl ve bitkisel yağı Polonya sınırında kaldı,” euronews, 07.04.2022, erişim 5 Ağustos 2022, <https://tr.euronews.com/2022/04/07/limanlar-n-kullanamayan-ukrayna-n-n-binlerce-vagon-tah-l-ve-bitkisel-yag-polonya-s-n-r-nda>; “Tahıl koridoru: İstanbul Anlaşması 10 maddeden oluşuyor... İhracat 3 liman üzerinden yapılacak,” Şarku'l Avsat, 23.07.2022, erişim 5 Ağustos 2022, <https://turkish.aawsat.com/home/article/3774551/tah%C4%B1l-koridoru-i%C5%9Fstanbul-anla%C5%9Fmas%C4%B1-10-maddeden-olu%C5%9Fuyor-i%C5%9Fhracat-3-liman>.

- [9] Glauber ve Laborde, “The Russia-Ukraine grain agreement: What is at stake?”
- [10] “Failing to open Ukrainian ports means declaring war on global food security, WFP Chief warns UN Security Council,” World Food Programme, 19.05.2022, erişim 5 Ağustos 2022, <https://www.wfp.org/news/failing-open-ukrainian-ports-means-declaring-war-global-food-security-wfp-chief-warns-un>.
- [11] İlgili metin için bakınız: “G20: FAO urges Finance Ministers and Central Bank Governors to support the Food Import Financing Facility,” Food and Agriculture Organization of the United Nations, 15.07.2022, erişim 5 Ağustos 2022, <https://www.fao.org/newsroom/detail/g20-fao-urges-finance-ministers-and-central-bank-governors-to-support-the-food-import-financing-facility/en>.

için beklemektedir.<sup>[12]</sup> Başta Türkiye Cumhuriyeti olmak üzere uluslararası toplum, bu sorunun çözülebilmesi adına, Ukrayna topraklarında üretilen veya ihraç edilmeyi bekleyen tahıl ürünlerinin sevkiyatına devam edilebilmesi ve böylece küresel bir gıda krizinin önüne geçilebilmesi amacıyla yoğun diplomatik adımlar atmıştır. Bu adımların neticesinde, 22 Temmuz 2022 tarihinde, “Tahıl Koridoru Andlaşması” imzalanmıştır. İmzalanmasında Türkiye'nin de önemli rol üstlendiği bu uzlaşma metninin hazırlık süreci, kapsamı ve uygulanmasının hukuki olarak değerlendirilmesi bu çalışmanın temel amacını oluşturmaktadır. İncelemeye konu edilen uluslararası belgenin ortaya çıkış sürecinin daha net anlaşılabilmesi için öncelikli olarak Rusya Federasyonu ile Ukrayna arasındaki ilişkinin genel hatlarıyla ele alınması yararlı olacaktır.

## I. RUSYA FEDERASYONU VE UKRAYNA İLİŞKİLERİ HAKKINDA KISA BİR DEĞERLENDİRME

Şubat ayında başlayan Rusya'nın Ukrayna'ya yönelik askeri saldırısının temelinde yatan anlaşmazlıkların geçmişini, 16 Mart 2014 tarihli Kırım'ın Rusya Federasyonu'na katılmasına yönelik yapılan referandum tarihine kadar götürmek çok yanlış olmayacaktır.<sup>[13]</sup> Bahse konu referandumun öncesinde de taraflar arasındaki ilişkileri etkileyen birçok önemli olay yaşanmıştır. Bu olaylardan ilki 2008 yılında Ukrayna'nın NATO üyeliği için başvuruda bulunmasıdır.<sup>[14]</sup> Ancak, bu başvuru 2010 senesinde Rusya yanlısı Viktor

[12] Milli Savunma Bakanlığı tarafından konuya ilişkin yayınlanan bilgilendirme metni için bakınız: “Milli Savunma Bakanı Hulusi Akar, Tahıl Ürünlerinin Emniyetli Sevki için Oluşturulan Müşterek Koordinasyon Merkezini Açtı,” Türkiye Cumhuriyeti Milli Savunma Bakanlığı, 27.07.2022, erişim 10 Ağustos 2022, <https://www.msb.gov.tr/SlaytHaber/2772022-24470>; Konuya ilişkin haber metni için bakınız: Gary Howard, “Ukraine Crisis: Grain agreement to unlock 65% of Ukraine grain export capacity,” Seatrade Maritime News, 27.07.2022, erişim 12 Ağustos 2022, <https://www.seatrade-maritime.com/dry-cargo/grain-agreement-unlock-65-ukraine-grain-export-capacity>.

[13] Fatma Taşdemir ve Adem Özer, “Uluslararası Hukuk Açısından Kırım Sorunu: Kosova'nın Rövanşı mı?,” *Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 10, no. 1 (2015): 51.

[14] NATO, 1949 senesinde Amerika Birleşik Devletleri, İngiltere, Kanada, İtalya, Portekiz, Fransa, Hollanda, Lüksemburg, Belçika, Norveç, Danimarka ve İzlanda arasında yapılan anlaşma neticesinde kurulmuştur. Anlaşma metninin 5. maddesi uyarınca

Yanukoviç'in Cumhurbaşkanı olarak göreve gelmesinin ardından askıya alınmıştır. Benzer şekilde Avrupa Birliği ile ticaret ve ortaklık görüşmelerinin de askıya alınması diğer önemli bir gelişme olarak dikkat çekmektedir. Batı'dan uzaklaşma yönündeki bu gelişmelerin sonucu olarak çıkan iç karışıklıklar nedeniyle, dönemin Cumhurbaşkanı Viktor Yanukoviç ülkeyi terk ederek Rusya Federasyonu'na sığınmak zorunda kalmıştır.<sup>[15]</sup>

16 Mart 2014 tarihinde düzenlenen referandum neticesinde, Kırım'ın Rusya Federasyonu'na katılmasına yönelik sonuç ortaya çıkmış; Rusya Federasyonu Devlet Başkanı Vladimir Putin de 17 Mart 2014 tarihinde bu sonucu hukuki anlamda tanımıştır.<sup>[16]</sup> Birleşmiş Milletler Genel Kurulu ise referandum sonucunda ortaya çıkan hukuki durumu tanımadığını, 68/262 sayılı kararıyla kabul etmiştir.<sup>[17]</sup>

Kırım meselesini takip eden süreçte, Ukrayna'nın doğusunda bulunan ve önemli oranda Rus kökenli nüfusun yaşadığı Luhansk ile Donetsk isimli

---

NATO en genel anlamda, Birleşmiş Milletler Andlaşması madde 51 düzenlemesinde ifadesini bulan bireysel ya da toplu meşru savunma hakkını kullanarak Kuzey Atlantik Bölgesi'nin güvenliğini sağlamak amacıyla kurulmuştur. Ukrayna'nın 2008 tarihinde, NATO üyeliği konusundaki tutumu ile ilgili daha detaylı bilgi için lütfen bakınız: "Rice, Kouchner, comment NATO Ministerial's decision," The Georgian Times, 03.12.2008, erişim 12 Ağustos 2022, <https://web.archive.org/web/20081205055811/http://www.unian.net/eng/news/news-287949.html>. Türkiye Cumhuriyeti, Türkiye Büyük Millet Meclisi'nin 5886 sayılı Kanun'u ile birlikte 18.02.1952 tarihli onayı neticesinde NATO'ya katılmıştır. Bu konuda lütfen bakınız: Resmi Gazete, "Kuzey Atlantik Antlaşmasına Türkiye Cumhuriyetinin katılmasına Dair Kanun," 19.02.1952, erişim 7 Eylül 2022, <https://www.resmigazete.gov.tr/arsiv/8038.pdf>.

[15] "Putin: Russia helped Yanukovych to flee Ukraine," British Broadcasting Corporation (BBC), 24.10.2014, erişim 8 Ağustos 2022, <https://www.bbc.com/news/world-europe-29761799>.

[16] Uluslararası hukuk açısından "tanıma", farklı başlıklar içeren bir hukuki konuyu ifade eder. Burada kullanılan "tanıma" terimi ile kastedilen yalnızca bir devletin, bir başka devleti veya hükümeti ve yine onun egemenliğinde bulunan toprak parçasını tanımış olduğu ile ilgili bir vurgudur. Sürece ilişkin daha detaylı bilgi için bakınız: Taşdemir ve Özer, "Uluslararası Hukuk Açısından Kırım Sorunu:," 51.

[17] United Nations, Resolution adopted by the General Assembly (A/RES/68/262), "Territorial integrity of Ukraine," 27.03.2014, erişim 3 Ağustos 2022, <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N13/455/17/PDF/N1345517.pdf?OpenElement>.

bölgeler de Ukrayna'dan ayrılmak yönünde iradelerini açıklamışlardır.<sup>[18]</sup> Bahse konu dönemde Ukrayna'nın yeni Cumhurbaşkanı olan Batı yanlısı Petro Poroşenko tarafından bu ayrılıkçı hareketlere sert biçimde askeri müdahalede bulunulmuştur.<sup>[19]</sup> Olayların büyümesini engellemek için yapılan görüşmeler sonucunda, Rusya Federasyonu, Ukrayna ve ayrılıkçı gruplar arasında Minsk-1 ve Minsk-2 Protokolleri ile silahlı çatışmaların engellenmesine çalışılmıştır.<sup>[20]</sup> Silahlı çatışmaların büyük ölçüde engellenmiş olmasına karşın siyasi uyumsuzluklar daha sonra da devam etmiştir.

2017 yılında Ukrayna'nın Avrupa Birliği ile imzaladığı Ortaklık Andlaşması da bu siyasi uyumsuzlukların derinleşmesinin nedenlerinden birisi olarak gösterilmiştir.<sup>[21]</sup> Bu girişimleri takip eden süreçte, 2019 yılında Ukrayna'nın yeni Devlet Başkanı olarak Volodimir Zelenski göreve gelmiş; Ukrayna'nın Avrupa Birliği ve NATO ile yakın ilişkilerini geliştirme politikasını sürdürmüştür. 2021 tarihinde Ukrayna Devlet Başkanı Zelenski, Ukrayna'nın NATO üyeliğine kabul edilmesi adına siyasi girişimlerde bulunmuştur.<sup>[22]</sup> Rusya Federasyonu'nun dış politikasına ve ulusal güvenliğine aykırı kabul

[18] Osman Ağır ve Abdulkadir Baharççek, “Kırım’ın Rusya Federasyonu’na Bağlanması ve Rusya’ya Komşu Ülkelere Olası Etkileri,” *Akademik Bakış Dergisi*, no. 52 (Kasım-Aralık 2015): 43.

[19] Daha detaylı bilgi için bakınız: “Ukrayna’da Son Durum ve İkili İlişkiler,” T.C. Dışişleri Bakanlığı, erişim 4 Ağustos 2022, [https://www.mfa.gov.tr/ukrayna\\_da-son-durum-ve-ikili-iliskiler.tr.mfa](https://www.mfa.gov.tr/ukrayna_da-son-durum-ve-ikili-iliskiler.tr.mfa).

[20] Uluslararası hukuk açısından “protokol”, andlaşmalar hukuku açısından çok daha sınırlı nitelikte veya tamamlayıcı, açıklayıcı nitelikte olan hukuki metinleri ifade eder. Minsk I ve Minsk II Protokolleri ile ilgili haber metni için bakınız: “Minsk Anlaşması nedir, neleri kapsıyor ve tarafları kimler?,” British Broadcasting Corporation (BBC), 23.02.2022, erişim 3 Ağustos 2022, <https://www.bbc.com/turkce/haberler-dunya-60488784>.

[21] “Ukraine: Council adopts EU-Ukraine association agreement,” European Council, 11.07.2017, erişim 3 Ağustos 2022, <https://www.consilium.europa.eu/en/press/press-releases/2017/07/11/ukraine-association-agreement/>.

[22] Pavel Polityuk, “Zelenskiy to Biden: give us clear ‘yes’ or ‘no’ on Ukraine NATO path,” Reuters, 24.06.2021, erişim 4 Ağustos 2022, <https://www.reuters.com/world/zelenskiy-asks-us-clarity-nato-membership-plan-ukraine-2021-06-14/>; Stefan Meister, “Lehren aus der Krise: Die Ukraine, Russland und die EU,” *Osteuropa* 64, no. 5/6, (Mai-Juni 2014): 327 vd..



ettiği bu süreçler, Ukrayna ile Rusya Federasyonu'nun ilişkilerinin olumsuz yönde etkilenmesine neden olmuştur.

Özetle, iki devlet arasında yaşanan siyasi uyuşmazlıkların küresel krizlere yol açtığı bir dönemden bahsedilmektedir. Bu dönem siyasi sonuçların yanı sıra, hukuki ve ekonomik sorunlara da yol açmıştır.<sup>[23]</sup> Söz konusu savaşın ekonomik sonuçların içinde en çok tartışılanı ve uluslararası toplumun hukuki çözüm arayışı içerisinde olduğu mesele, gıda ürünleriyle ilgilidir. Dünyadaki tahıl arzının yaklaşık üçte biri Rusya ve Ukrayna tarafından sağlanmaktadır. Devam eden çatışmalar dolayısıyla Ukrayna'dan ihraç edilemeyen tahıllara ilişkin sorun, en başta Orta Doğu ve Afrika ülkeleri olmak üzere küresel açıdan açlık ve düzensiz göç konusunda ciddi bir güvenlik riski meydana getirmektedir. Bu nedenle Ukrayna limanlarında bekleyen tahıl ve diğer gıda maddelerinin güvenli biçimde ve kısa sürede ihtiyaç sahibi ülkelere ulaştırılması için Karadeniz'den başlayarak denizde bir koridor oluşturulması zarureti doğmuştur.

22.07.2022 tarihinde; Ukrayna, Rusya Federasyonu, Birleşmiş Milletler ve Türkiye'nin katılımıyla ortaya çıkan "Tahıl ve Yiyecek Maddelerin Ukrayna Limanlarından Emniyetli Sevki Girişimi Belgesi" ile birlikte bu soruna bir çözüm arayışı içerisinde bulunduğu anlaşılmaktadır.<sup>[24]</sup> Çalışmanın

[23] Ukrayna'da çiftçilerin üretmiş oldukları tahılların Rusya Federasyonu tarafından ellerinden alındığına yönelik iddialar gündeme getirilmiştir. Bu iddiaların bir kısmının en azından bedel karşılığında yapıldığı raporlanmıştır. Ancak özel mülkiyete konu tahılların, işgalci güçler tarafından bedel karşılığında da olsa satın alınması, bu işlemin uluslararası hukuka uygun olmasına yol açmayacaktır. Bunun temel nedeni ise özel mülkiyete sahip kişilerin işleme yönelik iradelerinin var olup olmadığının kuşku olmasıdır. Özel mülkiyete el konulduğu tespit edilirse, Uluslararası İnsancıl Hukuk kurallarının ihlal edildiği kabul edilecektir. Bu konuya ilişkin olarak daha detaylı bir inceleme için bakınız: Tillmann Lindner, "No Purchase, No Requisition, No Seizure: Why the Grain Acquisitions by Russian Forces in Ukraine Violate International Humanitarian Law," *Völkerrecht* (blog), 27.07.2022, erişim 10 Ağustos 2022, <https://voelkerrechtsblog.org/no-purchase-no-requisition-no-seizure/>.

[24] Milli Savunma Bakanlığı tarafından konuya ilişkin yayınlanan bilgilendirme metni için bakınız: "Türkiye, Rusya, Ukrayna ve BM Arasında Gerçekleşen İmza Töreninde Ülkemiz Adına Anlaşmayı Milli Savunma Bakanı Hulusi Akar İmzaladı," Türkiye Cumhuriyeti Milli Savunma Bakanlığı, 22.07.2022, erişim 3 Ağustos 2022, <https://www.msb.gov.tr/SlaytHaber/2272022-42883>; Konuya ilişkin haber metni için bakınız: "Russia and Ukraine sign grain export deal: What you should know," ALJAZEERA,

devamında, bahse konu metnin hukuki niteliğinin tespit edilmesine ve bu belgenin uygulamadaki etkilerinin ne şekilde olduğuna yönelik değerlendirmeler yapılacaktır.

## II. TAHIL VE YİYECEK MADDELERİN UKRAYNA LİMANLARINDAN EMNİYETLİ SEVKİ GİRİŞİMİ BELGESİ (TAHIL KORİDORU ANDLAŞMASI)

Türkiye Cumhuriyeti Milli Savunma Bakanlığı internet sitesi üzerinden yayınlanan duyuru metninde, Milli Savunma Bakanı Hulusi Akar'ın 16 Haziran 2022 tarihinde NATO Savunma Bakanları Toplantısı sırasında Ukrayna'da bulunan ve ihraç edilmeyi bekleyen tahıl rezervinin sevkiyatında yaşanan aksaklıkların giderilmesi amacıyla Ukrayna Savunma Bakanı Oleksii Reznikov ile görüştüğü bilgisi yer almaktadır.<sup>[25]</sup> Aynı doğrultuda, 21 Haziran 2022 tarihinde; Türkiye Cumhuriyeti, Rusya Federasyonu ve Ukrayna arasında “kırmızı hat” isimli bir rota çizildiği ve tahıl sevkiyatının bu rota doğrultusunda gerçekleştirilmesine yönelik bir planlama olduğu, basın-yayın kuruluşları tarafından ilan edilmiştir.<sup>[26]</sup> Bu gelişme üzerine 13 Temmuz 2022 tarihinde İstanbul Kalender Kasrı'nda ilk defa Birleşmiş Milletler, Türkiye Cumhuriyeti ve Rusya Federasyonu ile Ukrayna'nın katılım sağladığı “dörtlü toplantı” gerçekleştirilmiştir.<sup>[27]</sup> 22 Temmuz 2022 tarihinde, kısaca “Tahıl Koridoru Andlaşması” olarak ifade edilen hukuki

22.07.2022, erişim 10 Ağustos 2022, <https://www.aljazeera.com/news/2022/7/22/ukraine-grain-export-deal-what-you-need-to-know>.

[25] İlgili metin için bakınız: “Türkiye, İngiltere ve Ukrayna Savunma Bakanları Üçlü Toplantıda Bir Araya Geldi,” Türkiye Cumhuriyeti Milli Savunma Bakanlığı, 16.06.2022, erişim 3 Ağustos 2022, <https://www.msb.gov.tr/SlaytHaber/1662022-18830>.

[26] İlgili haber metni için bakınız: “İstanbul'daki Müşterek Koordinasyon Merkezi açıldı,” TRT Haber, 27.07.2022, erişim 3 Ağustos 2022, <https://www.trthaber.com/haber/gundem/istanbuldaki-musterek-koordinasyon-merkezi-acildi-697553.html>.

[27] Milli Savunma Bakanlığı tarafından konuya ilişkin yayınlanan bilgilendirme metni için bakınız: “Milli Savunma Bakanı Hulusi Akar'dan Dörtlü Toplantı Açıklaması,” Türkiye Cumhuriyeti Milli Savunma Bakanlığı, 13.07.2022, erişim 5 Ağustos 2022, <https://www.msb.gov.tr/SlaytHaber/1372022-47308>.

metin üzerinde anlaşmaya varılmıştır.<sup>[28]</sup> Rusya Federasyonu'nun Ukrayna ile aynı hukuki belgeyi imzalamadığı; ancak içeriği aynı olan iki farklı belgenin Birleşmiş Milletler ve Türkiye Cumhuriyeti'nin de katılımıyla imzalanması sonucunda dört tarafın da tahıl krizinin çözümü konusunda anlaştıkları kabul edilmiştir.<sup>[29]</sup> Tahıl Koridoru Andlaşması'nın yürütülmesi amacıyla da Türkiye Cumhuriyeti sınırları içerisinde, Milli Savunma Üniversitesi yerleşkesi içerisinde bir Müşterek Koordinasyon Merkezi kurulmuştur.<sup>[30]</sup> Müşterek Koordinasyon Merkezi, 2 Ağustos 2022 tarihinde düzenlediği basın toplantısında kendi görev ve sorumluluklarını açıklamıştır.<sup>[31]</sup> Buna göre Müşterek Koordinasyon Merkezi'nin görev ve sorumlulukları; Tahıl Koridoru Andlaşması kapsamına dâhil olacak ticari gemilerin kaydını ve takibini sağlamak, kaydı sağlanan gemilerin Ukrayna limanlarına giriş ve çıkışlarını planlamak, Türkiye'de belirlenecek bir limanda ilgili gemilerin denetimini yaptırmak, gemilerin tüm rota boyunca teknik takibini sağlamak, Tahıl Koridoru Andlaşması'na taraf devletlerle koordinasyonu sağlamaktır.<sup>[32]</sup>

[28] Tam ismi: Tahıl ve Yiyecek Maddelerin Ukrayna Limanlarından Emniyetli Sevki Girişimi Belgesi.

[29] 1969 Viyana Andlaşmalar Hukuku Sözleşmesi madde 2 fıkra 1 düzenlemesinin (a) bendi uyarınca da, “andlaşma, ister tek bir belgede, isterse iki veya daha fazla belgede yer alsın...” denilerek andlaşmaların birden fazla belge ile meydana gelebileceği ifade edilmiştir. Ayrıca konuya ilişkin olarak bakınız: Yücel Acer, “Rusya-Ukrayna Savaşının Gıda Arzına Etkileri ve Tahıl Koridoru Anlaşması,” *SETA PERSPEKTİF*, no. 343 (Temmuz 2022): 3, erişim 5 Ağustos 2022, <https://setav.org/assets/uploads/2022/07/P343.pdf>; Konuya ilişkin haber metni için bakınız: Şarku'l Avsat, “Tahıl koridoru: İstanbul Anlaşması 10 maddeden oluşuyor... İhracat 3 liman üzerinden yapılacak.”

[30] Milli Savunma Bakanlığı tarafından konuya ilişkin yayınlanan bilgilendirme metni için bakınız: Türkiye Cumhuriyeti Milli Savunma Bakanlığı, “Milli Savunma Bakanı Hulusi Akar, Tahıl Ürünlerinin Emniyetli Sevki için Oluşturulan Müşterek Koordinasyon Merkezini Açtı.”

[31] Milli Savunma Bakanlığı tarafından konuya ilişkin yayınlanan bilgilendirme metni için bakınız: “Ukrayna Limanlarındaki Tahıl Ürünlerinin Güvenli Sevkiyatını Sağlayan Müşterek Koordinasyon Merkezinde Basın Bilgilendirme Toplantısı Yapıldı,” Türkiye Cumhuriyeti Milli Savunma Bakanlığı, 02.08.2022, erişim 5 Ağustos 2022, <https://www.msb.gov.tr/SlaytHaber/282022-23535>.

[32] Ukrayna'nın imzaladığı metnin tam haline ulaşmak için lütfen bakınız: WIKISOURCE, “Initiative on the Safe Transportation of Grain and Foodstuffs from Ukrainian Ports.”

Söz konusu mutabakat kapsamında ilk tahıl sevkiyatını gerçekleştirmek üzere Sierra Leone bayraklı RAZONİ isimli gemi, 1 Ağustos 2022 tarihinde saat 08.30 itibariyle yola çıkmıştır.<sup>[33]</sup> 2 Ağustos 2022 tarihinde saat 21.00 itibariyle gemi, İstanbul Boğazı'nın Karadeniz kıyılarına ulaşmıştır.<sup>[34]</sup> Müşterek Koordinasyon Merkezi tarafından oluşturulan “Müşterek Denetleme Timi” tarafından 3 Ağustos 2022 tarihinde saat 10.00 itibariyle denetleme faaliyetleri kapsamında ziyaret edilmiştir.<sup>[35]</sup> Denetleme faaliyetlerinin

[33] Milli Savunma Bakanlığı tarafından konuya ilişkin yayınlanan bilgilendirme metni için bakınız: “Ukrayna Limanlarından İlk Gemi Bugün Hareket Edecek.” Türkiye Cumhuriyeti Milli Savunma Bakanlığı, 01.08.2022, erişim 5 Ağustos 2022, <https://www.msb.gov.tr/SlaytHaber/182022-80071>; Konuya ilişkin haber metni için bakınız: “Ukraine aktuell: Erster Getreide-Frachter unterwegs in Richtung İstanbul,” Deutsche Welle, 01.08.2022, erişim 5 Ağustos 2022, <https://www.dw.com/de/ukraine-aktuell-erster-getreide-frachter-unterwegs-in-richtung-istanbul/a-62664610>.

[34] Milli Savunma Bakanlığı tarafından konuya ilişkin yayınlanan bilgilendirme metni için bakınız: “Odessa'dan Yola Çıkan Tahıl Yüklü RAZONİ İsimli Gemi Müşterek Denetleme Timi Tarafından Denetlendi,” Türkiye Cumhuriyeti Milli Savunma Bakanlığı, 03.08.2022, erişim 5 Ağustos 2022, <https://www.msb.gov.tr/SlaytHaber/382022-14316>; Konuya ilişkin haber metni için bakınız: “Erster Getreidefrachter aus der Ukraine in Istanbul eingetroffen,” SPIEGEL Ausland, 02.08.2022, erişim 5 Ağustos 2022, <https://www.spiegel.de/ausland/ukraine-krieg-getreide-frachter-aus-odessa-in-tuerkei-eingetroffen-a-532bb198-f0a5-4304-8ccb-8267434a7da6>.

[35] Kural itibariyle açık denizlerde bulunan bir gemi üzerinde yasama, yürütme ve yargı yetkisi sadece bayrak devletine aittir. Ancak 1982 tarihli Birleşmiş Milletler Deniz Hukuku Sözleşmesi madde 110 düzenlemesinde bazı istisnalar öngörülmüştür. Bu istisnaların yanı sıra aynı maddede yer alan, “Müdahalenin bir andlaşma ile tanınan yetkilerden kaynaklanması durumu dışında... aşağıda belirtilen ciddi nedenler olmadıkça, bu gemiyi durdurup denetleme hakkına sahip değildir.” ibaresi konumuz açısından benzer bir hukuki durum yaratması nedeniyle dikkat çekicidir. Bu düzenleme ile birlikte, sadece bayrak devletinin müdahale yetkisinin olduğu bir konuda, bayrak devletine ait olan müdahale yetkisinin aksine bir durumun uluslararası andlaşma ile belirlenebileceği hüküm altına alınmıştır. Buna karşılık, açık denizler ile kıyı devletinin limanları hukuki açıdan birbirinden farklı nitelikteki deniz yetki alanlarıdır. Ayrıca günümüzde Türkiye Cumhuriyeti, 1982 tarihli Birleşmiş Milletler Deniz Hukuku Sözleşmesi'ne taraf da değildir. Ancak 1982 tarihli Birleşmiş Milletler Deniz Hukuku Sözleşmesi ile öngörülen, uluslararası andlaşmalar ile bayrak devletinin yetkisine istisna getirilebileceği şeklinde özetlenebilecek olan bu kuralın, benzer şekilde incelememize konu hukuki metin aracılığıyla da sağlandığını söylenebilir. Uluslararası hukuk

ardından RAZONİ, taşıdığı 27 bin ton mısırı Lübnan'a ulaştırmak üzere tekrar yola çıkmıştır.<sup>[36]</sup>

Tahıl Koridoru Andlaşması'nın yürürlüğe girmesiyle birlikte ilk uygulaması, şu ana kadar herhangi bir hukuki uyumsuzlığa yol açmamıştır. Ancak, Türkiye'nin bu Andlaşmaya taraf olması, Andlaşma ile belirlenen koridorun rotasının Türk Boğazları ile kesişmesi, söz konusu gemilerin denetim için oluşturulan kurumsal yapının merkezinin İstanbul'da yer alması ve süregelen bir çatışma ortamı içinde küresel bir soruna çözüm sağlama çabası olarak nitelendirilmesi nedeniyle Türk hukuku açısından bu metnin incelenmesi önem taşımaktadır. Bu nedenle çalışmamızda, öncelikle uluslararası andlaşmalar ile ilgili kısa açıklama yapılarak Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın 90. maddesi açısından genel bir değerlendirmenin paylaşılması; sonrasında ise sırasıyla Tahıl Koridoru Andlaşması'nın konusu, kapsamı ve uygulamada bulunduğu karşılığı ile Montrö Boğazlar Sözleşmesi konusunda ortaya çıkabilecek tartışmaların üzerinde durulması gerekli görünmektedir.

## A) ULUSLARARASI ANDLAŞMALAR İLE İLGİLİ ÖN BİLGİLER VE TAHIL KORİDORU ANDLAŞMASI

Uluslararası hukukun kendilerine yetki tanıdıkları bir alanda, uluslararası hukuk kişileri arasında ve yine uluslararası hukuka aykırı olmamak üzere; hak ve sorumluluklar doğuran, bunları sona erdiren veya değiştiren yazılı irade beyanlarının örtüşmesiyle ortaya çıkan hukuki metinlere uluslararası

---

kuralları arasındaki benzerliği bu yönüyle ifade etmek yanlış olmayacaktır. Tahıl Koridoru Andlaşması ile sağlanan yetki uyarınca, Türkiye Cumhuriyeti limanlarında Müşterek Denetleme Merkezi, gemiye ziyarette bulunabilmektedir. Ne kıyı devleti olarak Türkiye Cumhuriyeti ne de bayrak devleti tek başına bir denetim yetkisine sahip değildir. Müşterek kullanılacak olan bir denetleme yetkisi, uluslararası bir andlaşma ile kabul edilmiştir. Ayrıca, Milli Savunma Bakanlığı tarafından konuya ilişkin yayınlanan bilgilendirme metni için bakınız: Türkiye Cumhuriyeti Milli Savunma Bakanlığı, "Odessa'dan Yola Çıkan Tahıl Yüklü RAZONİ İsimli Gemi"; Konuya ilişkin haber metni için bakınız: "Getreideschiff aus Ukraine wird inspiziert," tagesschau, 03.08.2022, erişim 5 Ağustos 2022, <https://www.tagesschau.de/ausland/getreideschiff-aus-ukraine-in-tuerkei-eingetroffen-101.html>.

[36] Milli Savunma Bakanlığı tarafından konuya ilişkin yayınlanan bilgilendirme metni için bakınız: Türkiye Cumhuriyeti Milli Savunma Bakanlığı, "Odessa'dan Yola Çıkan Tahıl Yüklü RAZONİ İsimli Gemi".

andlaşma denilmektedir.<sup>[37]</sup> Ayrıca, uluslararası antlaşmalar hukukunun temel kaynakları arasında bulunan 1969 tarihli Viyana Andlaşmalar Hukuku Sözleşmesi madde 2 fıkra 1 düzenlemesinin altında yer alan (a) bendi uyarınca, “andlaşma, ister tek bir belgede, isterse iki veya daha fazla ilgili belgede yer alsın ve kendine özgü adı ne olursa olsun, Devletler arasında yazılı şekilde akdedilmiş ve uluslararası hukuka tabi olan uluslararası andlaşma demektir.” şeklinde tanımlanmıştır.<sup>[38]</sup>

Keza, 1986 tarihli Devletlerle Uluslararası Örgütler veya Uluslararası Örgütler Arasında Yapılan Andlaşmalara İlişkin Viyana Sözleşmesi madde 2 fıkra 1 düzenlemesinin altında yer alan (a) bendi uyarınca, “andlaşma demek ister tek bir belgede, isterse iki veya daha fazla ilgili belgede yer alsın ve (kendine) mahsus ismi ne olursa olsun;

i. Bir veya birden çok Devlet ile bir veya birden çok uluslararası örgüt veya

ii. Uluslararası örgütler arasında,

yazılı şekilde akdedilmiş ve uluslararası hukuk kurallarına tabi olan uluslararası anlaşma demektir.” tanımı yer almaktadır.<sup>[39]</sup>

Uluslararası andlaşmanın unsurlarıyla ilgili olarak 1969 ve 1986 tarihli Viyana Sözleşmeleri kapsamında, en az iki irade beyanının yazılı şekilde açıklanması gerektiği düzenlenmiştir.<sup>[40]</sup> Bu irade beyanlarının hukuki

[37] Pazarıcı, *Uluslararası Hukuk*, 45.

[38] “Gesetz zu dem Wiener Übereinkommen vom 23. Mai 1969 über das Recht der Verträge,” Bundesgesetzblatt Teil II, Nummer 28 vom 13.08.1985, erişim 11 Ağustos 2022, [https://www.bgbl.de/xaver/bgbl/start.xav?start=%2F%2F\\*%5B%40attr\\_id%3D%27bgbl285s0926.pdf%27%5D#\\_\\_bgbl\\_\\_%2F%2F\\*%5B%40attr\\_id%3D%27bgbl285s0926.pdf%27%5D\\_\\_1660233947225](https://www.bgbl.de/xaver/bgbl/start.xav?start=%2F%2F*%5B%40attr_id%3D%27bgbl285s0926.pdf%27%5D#__bgbl__%2F%2F*%5B%40attr_id%3D%27bgbl285s0926.pdf%27%5D__1660233947225).

[39] “Gesetz zu dem Wiener Übereinkommen vom 21. März 1986 über das Recht der Verträge zwischen Staaten und internationalen Organisationen oder zwischen internationalen Organisationen,” Bundesgesetzblatt Teil II, Nummer 44 vom 29.11.1990, erişim 11 Ağustos 2022, [https://www.bgbl.de/xaver/bgbl/start.xav?start=/\\*%5B@attr\\_id=%27bgbl290s1414.pdf%27%5D#\\_\\_bgbl\\_\\_%2F%2F\\*%5B%40attr\\_id%3D%27bgbl290s1414.pdf%27%5D\\_\\_1660234216879](https://www.bgbl.de/xaver/bgbl/start.xav?start=/*%5B@attr_id=%27bgbl290s1414.pdf%27%5D#__bgbl__%2F%2F*%5B%40attr_id%3D%27bgbl290s1414.pdf%27%5D__1660234216879).

[40] Tek taraflı irade açıklamaları ile uluslararası andlaşmanın ortaya çıkmayacağı kabul görmektedir. Ancak bu durum, tek taraflı irade açıklamasının uluslararası hukukta

sonuç doğurmaya elverişli olması gerektiği kabul edilmektedir.<sup>[41]</sup> Hukuki metnin sadece devletlerin arasında değil; devletler ve uluslararası örgütler veya uluslararası örgütlerin kendi aralarında da gündeme gelebileceği ifade edilmelidir. Yine tanımlar incelendiğinde fark edilebileceği üzere, bir uluslararası andlaşma metninden bahsedilebilmesi için ilgili andlaşma metninin uluslararası hukuk kurallarına uygun olması gerekmektedir. Uluslararası hukuka uygunluk, ilgili uluslararası andlaşma metni ile ilgili bir uyumsuzluk yaşandığında, bu uyumsuzluğa ilişkin olarak uluslararası hukuk çerçevesinde bir çözümünün bulunabilir olması, tarafların yükümlülük ve haklarının uluslararası hukuk kuralları ile belirlenebilir olması şeklinde açıklanabilir.<sup>[42]</sup> Uluslararası andlaşmanın tanımında açıkça düzenlendiği üzere, uluslararası andlaşma metninin birden çok hukuki metinden oluşabileceği kabul edilmektedir. Ayrıca ilgili metnin kendisine verdiği ismin de hukuki niteliği açısından bir önemi olmadığı kabul edilmiştir.

Tahıl ve Yiyecek Maddelerin Ukrayna Limanlarından Emniyetli Sevki Girişimi Belgesi, 22 Temmuz 2022 tarihinde, Birleşmiş Milletler Genel Sekreteri'nin tanık statüsünde; Türkiye, Ukrayna ve Rusya Federasyonu'nun ise taraf statüsünde imzalamış oldukları iki ayrı belge ile ortaya çıkmıştır.<sup>[43]</sup>

Belge, uluslararası hukuk kişileri tarafından; yani ilgili devletlerin ve bir uluslararası örgüt olan Birleşmiş Milletlerin katılımıyla kabul edilmiştir.<sup>[44]</sup>

---

herhangi bir sonuç doğuramayacağı şeklinde yorumlanmamalıdır. Tek taraflı irade açıklaması ile uluslararası hukukta sonuç doğuran örnek bir olay için bakınız: International Court of Justice, *Nuclear Tests Case, Australia v. France*, Judgment of 20.12.1974, 253, erişim 10 Ağustos 2022, <https://www.icj-cij.org/public/files/case-related/58/058-19741220-JUD-01-00-EN.pdf>; Uluslararası andlaşmaların sözlü de yapılabileceğine ilişkin kabul için ayrıca bakınız: Pazarıcı, *Uluslararası Hukuk*, 48.

[41] Pazarıcı, *Uluslararası Hukuk*, 45.

[42] Yusuf Aksar, *Teoride ve Uygulamada Uluslararası Hukuk I*, 5. Baskı (Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2019), 114.

[43] 1969 ve 1986 Viyana Sözleşmeleri uyarınca, ilgili Tahıl Koridoru Andlaşması'nın birden fazla hukuki belgeden meydana gelmesinin herhangi bir farklılığa sebep olmayacağı, ortaya çıkan birden fazla belgeden meydana gelen andlaşmanın diğer uluslararası andlaşmalar ile aynı nitelikte olduğu unutulmamalıdır.

[44] Andlaşma ile ilgili detaylar ve tarafların tespiti için lütfen bakınız: "Initiative on the Safe Transportation of Grain and Foodstuffs from Ukrainian Ports," WIKISOURCE,

Yine ilgili metnin uluslararası hukuka aykırı olmamak üzere; hak ve sorumluluklar doğuran, bunları sona erdiren veya değiştiren yazılı irade beyanlarının örtüşmesiyle ortaya çıkan bir metin olduğu kabul edilmelidir. Aksi yönde hukuki bir durum, henüz gündeme getirilmiş değildir.<sup>[45]</sup> Bu yönüyle değerlendirildiğinde, kısaca Tahıl Koridoru Andlaşması olarak ifade edilen belgenin, bir uluslararası andlaşma olduğu kabul edilmelidir.

## **B) TAHIL KORİDORU ANDLAŞMASI'NIN TÜRKİYE CUMHURİYETİ ANAYASASI'NIN 90. MADDESİ AÇISINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ**

Uluslararası bir andlaşma metninin tarafları için bağlayıcılık kazanabilmesi, belirli prosedürlerin tamamlanmasını gerektirmektedir. Andlaşma metninin oluşturulabilmesi için öncelikle uluslararası hukuk kişisi kabul edilen taraflar bir araya gelmeli ve müzakereler yürütmelidir. İlgili müzakereler genellikle tarafların temsilcileri ile yürütülmektedir.<sup>[46]</sup> Temsilciler, yetki belgeleri ile birlikte bu müzakereleri yürütmektedirler. Sonrasında ise üzerinde anlaşılan hukuk metninin kabul edilmesi neticesinde ilgili hukuk metni genellikle imza usulü ile resmileştirilmektedir.<sup>[47]</sup> İlgili uluslararası andlaşmanın tarafları için bağlayıcılık kazanabilmesi için öncelikle onaylanması ve onay belgelerinin

---

9.8.2022, erişim 12 Ağustos 2022, [https://en.wikisource.org/wiki/Initiative\\_on\\_the\\_Safe\\_Transportation\\_of\\_Grain\\_and\\_Foodstuffs\\_from\\_Ukrainian\\_Ports](https://en.wikisource.org/wiki/Initiative_on_the_Safe_Transportation_of_Grain_and_Foodstuffs_from_Ukrainian_Ports).

[45] Kamuoyunda Andlaşma'nın Montrö Boğazlar Sözleşmesi'ne aykırı düzenlemeler içerdiğini ifade eden emekli Büyükelçi Ahmet Erozan'ın görüşleri için bakınız: Zeynep Güranlı, "Tahıl Koridoru, Kimin Zaferi?," DÜNYA, 26.07.2022, erişim 6 Ağustos 2022, <https://www.dunya.com/kose-yazisi/tahil-koridoru-kimin-zaferi/664497>.

[46] 1969 tarihli Viyana Andlaşmalar Hukuku Sözleşmesi madde 7 fıkra 2 düzenlemesi üç grup şahıs için yetki belgesi gerekmediğini düzenleme altına almıştır. Bir andlaşmanın imzalanması ile ilgili her türlü işlemi gerçekleştirmek üzere Devlet Başkanı, Hükümet Başkanı ve Dışişleri Bakanı yetki belgesine ihtiyaç duymamaktadır. Ayrıca, kendilerini akredite eden devletle akredite oldukları devlet arasındaki bir andlaşma metnini saptamak amacıyla diplomatik misyon başkanları yetki belgesine ihtiyaç duymamaktadırlar. Son olarak, bir uluslararası konferans veya uluslararası örgüt ya da organlarından birine akredite olan temsilciler, ilgili konferansta, örgütte veya organda bir andlaşma metnini saptamak amacıyla yetki belgesine ihtiyaç duymazlar.

[47] Aksar, *Teoride ve Uygulamada Uluslararası Hukuk I*, 127; Ayrıca diğer usuller için lütfen 1969 tarihli Viyana Andlaşmalar Hukuku Sözleşmesi'nin 10. maddesine bakınız.



belirlenen usulle andlaşma taraflarına sunulmuş olması gerekmektedir.<sup>[48]</sup> Andlaşmaların onaylanması prosedürü, genellikle devletlerin iç hukuk düzenlerinde öngördükleri kurallar ile gerçekleştirilir.<sup>[49]</sup>

Türkiye Cumhuriyeti Anayasası madde 90 düzenlemesi uyarınca, Türkiye Cumhuriyeti adına yabancı devletlerle ve milletlerarası kuruluşlarla yapılacak andlaşmaların onaylanması, Türkiye Büyük Millet Meclisi tarafından onaylanmanın bir kanunla uygun bulunmasına bağlıdır. Bu kuralın istisnaları vardır. T.C. Anayasası madde 90 fıkra 2 düzenlemesi uyarınca, “Ekonomik, ticari veya teknik ilişkileri düzenleyen ve süresi bir yılı aşmayan andlaşmalar, devlet maliyesi bakımından bir yüklenme getirmemek, kişi hallerine ve Türklerin yabancı memleketlerdeki mülkiyet haklarına dokunmamak şartıyla, yayımlanma ile yürürlüğe konabilir. Bu takdirde bu andlaşmalar, yayımlarından başlayarak iki ay içinde Türkiye Büyük Millet Meclisinin bilgisine sunulur.” ve yine aynı maddenin 3. fıkrası uyarınca da “Milletlerarası bir andlaşmaya dayanan uygulama andlaşmaları ile kanunun verdiği yetkiye dayanılarak yapılan ekonomik, ticari, teknik veya idari andlaşmaların Türkiye Büyük Millet Meclisince uygun bulunması zorunluğu yoktur; ancak, bu fıkraya göre yapılan ekonomik, ticari veya özel kişilerin haklarını ilgilendiren andlaşmalar, yayımlanmadan yürürlüğe konulamaz.” şeklinde istisnalar öngörülmüştür. Ancak T.C. Anayasası madde 90 fıkra 4 düzenlemesi uyarınca, ilgili andlaşma eğer Türk kanunlarında bir değişiklik öngörüorsa o halde bu andlaşma için istisnai prosedür geçerli olmayacaktır.

T.C. Anayasası'nın 90. maddesinin, 30479 sayılı Resmi Gazete ile 15.07.2018 tarihinde yürürlüğe girmiş olan 9 No.lu Milletlerarası Andlaşmaların Onaylanmasına İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi ile birlikte ele alınması gereklidir. 9 No.lu Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi'nin 2. ve 3. maddeleriyle birlikte, uluslararası andlaşmaların onaylanması ve onaylanmanın uygun bulunması ile ilgili süreçler düzenlenmiştir. Bu düzenlemelere göre, süresi bir yılı aşmayan ticari, ekonomik veya teknik konuları düzenleyen andlaşmalar içerisinde Türkiye Cumhuriyeti devlet maliyesine yük getirmeyen, yine kişi hallerine ve Türk vatandaşlarının yabancı devletlerdeki mülkiyet haklarına dokunmayan andlaşmalar şayet

[48] Aksar, *Teoride ve Uygulamada Uluslararası Hukuk I*, 131.

[49] Tütüncü, Arıkoğlu, Akün ve Başkaracaoğlu, *Toluner Milletlerarası Hukuk*, 101.

Türk kanunlarında da bir değişiklik gerektirmiyorsa doğrudan Cumhurbaşkanlığı tarafından onaylanır.

22.07.2022 tarihinde resmileştirilen ve uluslararası andlaşma niteliğinde olan Tahıl ve Yiyecek Maddelerin Ukrayna Limanlarından Emniyetli Sevki Girişimi Belgesi, Türkiye Cumhuriyeti açısından henüz bağlayıcılık kazanmamış bir hukuki metindir.<sup>[50]</sup> İlgili uluslararası andlaşmanın yukarıda açıklanan nitelikler dikkate alındığında T.C. Anayasası'nın 90. maddesinin 3. fıkrası uyarınca düzenlenen bir uluslararası andlaşma olması nedeniyle, 9 No.lu Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi ile de uyumlu olarak çıkartılacak yürürlük kararının ardından Resmi Gazetede yayımlanarak yürürlüğe girmesi gerekmektedir. Öncesinde ise 9 No.lu Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi'nin 2. maddesinin 3. fıkrası uyarınca, uygun bulma kanunu gereksizdir Cumhurbaşkanlığı tarafından doğrudan onaylanmalıdır. Aksi yönde bir düzenleme içermiyor ise onay belgesinin taraflara sunulmasıyla birlikte, ilgili andlaşma metninin Türkiye Cumhuriyeti açısından tam olarak bağlayıcı olacağı ifade edilebilir. Diğer yandan, Türkiye Cumhuriyeti her ne kadar ilgili hukuki metnin kendisi açısından henüz bağlayıcı bir uluslararası andlaşma olmadığı bilincindeyse de, ilgili Andlaşma'nın kendisi için öngördüğü yükümlülüklerini ahde vefa ilkesiyle de uyumlu olarak yerine getirmektedir.<sup>[51]</sup> Örneğin, Andlaşma ile Türkiye'de kurulması öngörölmüş olan Müşterek Koordinasyon Merkezi gerçekten de Milli Savunma Üniversitesi içerisinde, İstanbul'da kurulmuştur.<sup>[52]</sup>

[50] Andlaşma, 10.08.2022 itibarıyla henüz onaylama işlemini gösterir şekilde T.C. Resmi Gazetesi'nde ilan edilmemiş ve onaylama işlemi ilgili taraflara iletilmemiştir.

[51] İmza, andlaşma metninin tespit edilmesi veya resmileştirilmesinin yanı sıra andlaşmaların bağlayıcılık kazanması açısından da sonuç doğurabilir. İlgili andlaşmanın doğrudan imza ile birlikte bağlayıcılık kazanabilmesi için "onaylama, tasvip etme veya kabul" benzeri ek prosedürlerin olmaması gerekmektedir. Benzer şekilde Viyana Andlaşmalar Hukuku Sözleşmesi'nin 12. maddesinde de bu yönde bir düzenlemeye yer verilmiştir. Tahıl Koridoru Andlaşması ise iç hukuk açısından ek prosedürlerin gerçekleştirilmesinin gerekli olması nedeniyle henüz Türkiye Cumhuriyeti açısından bağlayıcılık kazanmamıştır. Ayrıca imza usulü ile ilgili daha detaylı bilgi için bakınız: Aksar, *Teoride ve Uygulamada Uluslararası Hukuk I*, 128.

[52] Milli Savunma Bakanlığı tarafından konuya ilişkin yayınlanan bilgilendirme metni için bakınız: Türkiye Cumhuriyeti Milli Savunma Bakanlığı, "Milli Savunma Bakanı Hulusi Akar, Tahıl Ürünlerinin Emniyetli Sevki için Oluşturulan Müşterek Koordinasyon Merkezini Açtı."

Özetle, Tahıl Koridoru Andlaşması'nın bir uluslararası andlaşma niteliğinde olduğu kabul edilmelidir. Ancak ilgili uluslararası belgenin hukuki statüsü, henüz Türkiye Cumhuriyeti açısından bağlayıcı bir metin niteliğinde olmaması nedeniyle hukuki anlamından yoksun kalmaktadır. Bu duruma rağmen Türkiye Cumhuriyeti'nin, Andlaşma ile üstlendiği görev ve sorumluluklarını yerine getirmek için yoğun bir çaba içerisinde olduğu ise yadsınamaz bir gerçektir.

### C) TAHIL KORIDORU ANDLAŞMASI'NIN KONUSU

Tahıl Koridoru Andlaşması ile birlikte, Karadeniz üzerinden gıda maddelerinin ve özellikle de tahıl ürünlerinin güvenli bir şekilde geçişi sağlanarak, küresel gıda fiyatlarının ve gıda kıtlığının azaltılması amaçlanmıştır. Bu kapsamda tarafların üzerinde anlaştıkları metnin konusunu, çizilen kırmızı hat boyunca güvenli rotaların oluşturulması ve bu güvenli koridorlardan yararlanılarak gıda sevkiyatının sağlanması olarak özetlemek mümkündür.

Her ne kadar iki farklı belgeden söz edilmekteyse de bu belgelerin içeriğinin aynı olması nedeniyle konusu aynı olan uluslararası hukuk metinlerinin varlığı kabul edilmektedir. Söz konusu belgelerde, aynı belgeye imza atılmaması nedeniyle Rusya Federasyonu'nun ve Ukrayna'nın açık bir şekilde birbirlerine karşı verdikleri herhangi bir taahhütleri olmasa da her iki devlet de imzaladıkları metinler ile birlikte, Müşterek Koordinasyon Merkezi aracılığıyla gıda sevkiyatının güvenliği konusunda hareket edeceklerini kabul etmişlerdir.<sup>[53]</sup>

Rusya Federasyonu'na uygulanan uluslararası yaptırımlar, andlaşmanın konusunu etkilemiştir. Rusya Federasyonu, askeri operasyon kararı sonrasında kendisine uygulanan yaptırımlardan dolayı Tahıl Koridoru Andlaşması kapsamında gerçekleştireceği faaliyetlerinin kısıtlanabileceğini belirtmiştir.<sup>[54]</sup> Bu nedenle de Rusya Federasyonu, Türkiye ve Birleşmiş Milletler arasında

[53] Milli Savunma Bakanlığı tarafından konuya ilişkin yayınlanan bilgilendirme metni için bakınız: Türkiye Cumhuriyeti Milli Savunma Bakanlığı, "Ukrayna Limanlarındaki Tahıl Ürünlerinin Güvenli Sevkiyatını Sağlayan Müşterek Koordinasyon Merkezinde Basın Bilgilendirme Toplantısı Yapıldı."

[54] Konuya ilişkin haber metni için bakınız: "Tahıl koridoru: İstanbul Anlaşması 10 maddeden oluşuyor... İhracat 3 liman üzerinden yapılacak," Şarku'l Avsat, 23.07.2022, erişim 5 Ağustos 2022, <https://turkish.aawsat.com/home/article/3774551/>

Tahıl Koridoru Andlaşması'na dâhil olduğu kabul edilen bir başka konu daha ortaya çıkmıştır. Rusya Federasyonu'na uygulanan uluslararası yaptırımlar nedeniyle gündeme gelen kısıtlamalar, yine Rusya Federasyonu'na ait olan gübre ve gıda rezervlerinin ihracatının Tahıl Koridoru Andlaşması özelinde gerçekleştirilmesi sırasında uygulanmayacaktır.<sup>[55]</sup>

Özetle, Tahıl Koridoru Andlaşması'nın konusunun, küresel gıda fiyatlarının ve gıda kıtlığının azaltılması amacıyla Karadeniz'de güvenli rotaların oluşturularak, bu güvenli koridorlardan Ukrayna ve Rusya'da ihracı beklenen başta tahıl ürünleri olmak üzere, gıda ürünlerinin sevkiyatının güvenli bir şekilde sağlanması olduğu söylenebilir. Diğer taraftan, Tahıl Koridoru Andlaşması özelinde Rusya Federasyonu'nun gübre ve gıda ihracatı sürecinde kendisine yönelik uygulanmakta olan uluslararası yaptırımlar nedeniyle kısıtlanmaması için bu yaptırımların uygulanmayacak olması önemli bir gelişmedir. Yine de Rusya Federasyonu'na yönelik uluslararası yaptırımların kısmi olarak askıya alınması, Tahıl Koridoru Andlaşması'nın konusu olarak kabul edilemez görünmektedir.

#### **D) TAHIL KORİDORU ANDLAŞMASI'NIN TARAFLARI VE KAPSAMI**

Tahıl Koridoru Andlaşması, Birleşmiş Milletler Genel Sekreteri Antonio Guterres'in tanık statüsünde her birini imzaladığı ve içerik olarak esas itibariyle birbirine aynı olan iki farklı belgeden oluşmaktadır. Rusya Federasyonu ve Ukrayna aynı belgeye imza atmak istemedikleri için Andlaşma metni, içerik olarak birbirine eş olan iki metnin imzalanması ile meydana gelmiştir. İlkinin taraf statüsündeki imzacı devletleri, Türkiye Cumhuriyeti

[tah%C4%B1-koridoru-i%CC%87stanbul-anla%C5%9Fmas%C4%B1-10-maddeden-olu%C5%9Fuyor-i%CC%87hracat-3-liman.](https://www.un.org/sg/en/content/sg/note-correspondents/2022-07-22/note-correspondents-today%E2%80%99s-agreements#:~:text=The%20United%20Nations%2C%20represented%20by,entering%20or%20departing%20Ukrainian%20ports.)

[55] Acer, "Rusya-Ukrayna Savaşının Gıda Arzına Etkileri ve Tahıl Koridoru Anlaşması," 3; Bu konuyla ilgili olarak Birleşmiş Milletler tarafından yayınlanan metin önemlidir, bakınız: "Note to correspondents on today's agreements," United Nations Secretary-General, 22.07.2022, erişim 11 Ağustos 2022, <https://www.un.org/sg/en/content/sg/note-correspondents/2022-07-22/note-correspondents-today%E2%80%99s-agreements#:~:text=The%20United%20Nations%2C%20represented%20by,entering%20or%20departing%20Ukrainian%20ports.>

ve Ukrayna; ikincisinin ise Türkiye Cumhuriyeti ve Rusya Federasyonu olmuştur.<sup>[56]</sup> Birleşmiş Milletler ise belgeyi tanık statüsüyle imzalamıştır.<sup>[57]</sup>

Tahıl Koridoru Andlaşması'nın kapsamı az sayıda madde metni ile belirlenmiştir. Andlaşma'nın kapsamını ortaya koyabilmek için öncelikle genel hatlarıyla ilgili maddelere yer verilmesi ve ardından bu maddelerin çizdiği sınırların somutlaştırılması gereklidir. Sözleşme maddelerinin tamamı henüz uluslararası toplum ile paylaşılmamış olsa da bir basın-yayın kuruluşunun haber metninde yer aldığı üzere:<sup>[58]</sup>

- Ukrayna'nın tahıl rezervlerinin sevkiyatı üç farklı limandan; Yuj-niy Limanı, Çornomorsk Limanı ve Odessa Limanı üzerinden gerçekleştirilecektir.
- Ukrayna kıyılarında yer aldığı düşünülen mayınların kaldırılması vakit alacağı için bu yönde bir ön çalışma yapılmayacaktır. Gerekli olması halinde ise tarafların ortak mutabakatı ile bir başka ülkenin mayın temizleme gemisi bu görevi süreç içerisinde yürütecektir.
- Yük gemileri ve yükleme limanlarına herhangi bir şekilde saldırıda bulunulmayacaktır.
- Tahıl yüklü gemiler, Ukrayna tarafının uzmanlarının eşlik edeceği bir süreç ile limanlardan ayrılacaktır.
- Süreç, tarafların katılımı ile İstanbul merkezli ve Birleşmiş Milletler himayesinde kurulacak olan bir Müşterek Koordinasyon Merkezinden takip edilecektir.
- Askeri gemilerin yük gemilerine eşlik etmesi veya yük gemilerine belirli bir mesafeden daha yakında bulunmaları yasaktır.

[56] Milli Savunma Bakanlığı tarafından konuya ilişkin yayınlanan bilgilendirme metni için bakınız: Türkiye Cumhuriyeti Milli Savunma Bakanlığı, “*Türkiye, Rusya, Ukrayna ve BM Arasında Gerçekleşen İmza Töreninde Ülkemiz Adına Anlaşmayı Milli Savunma Bakanı Hulusi Akar İmzaladı.*”

[57] Ukrayna'nın imzaladığı metnin tam haline ulaşmak için lütfen bakınız: WIKISOURCE, “Initiative on the Safe Transportation of Grain and Foodstuffs from Ukrainian Ports.”

[58] Konuya ilişkin haber metni için bakınız: Şarku'l Avsat, “Tahıl koridoru: İstanbul Anlaşması 10 maddeden oluşuyor... İhracat 3 liman üzerinden yapılacak.”

- Müşterek Koordinasyon Merkezi kontrolünde ekipler tarafından, limanlara giren gemilerde silah araması yapılacaktır. Türkiye Cumhuriyeti tarafından belirlenen limanlarda, Türk Boğazı giriş ve çıkış noktalarında, yük gemilerine denetim gerçekleştirilecektir.
- Limanlarda, Türkiye Cumhuriyeti, Ukrayna ve Birleşmiş Milletler temsilcileri tahıl sevkiyatını izleyeceklerdir.
- Tarafların katılımı ile İstanbul merkezli ve Birleşmiş Milletler himayesinde kurulacak olan Müşterek Koordinasyon Merkezi, süreç içerisinde gündeme gelebilecek diğer meselelerle de ilgilenecektir.
- Andlaşma 120 gün süreyle geçerli olacaktır, meğerki Andlaşma taraflarca uzatılmamış olsun.

Bir an için Andlaşma metninin kapsamına, sadece Ukrayna'da bulunan tahıl ürünlerinin dâhil edildiği düşünülse de Rusya Federasyonu ile imzalanan hukuki metin ile birlikte Rusya Federasyonu'nun gübre ve tahıl ürünlerinin ihracatının da kabul edildiği ifade edilmelidir.<sup>[59]</sup> Ek olarak, iki belge arasında içerik açısından bir fark bulunmasa da Rusya Federasyonu ile imzalanan metin için öngörülen geçerlilik süresi üç yıldır.<sup>[60]</sup>

Özetle, Tahıl Koridoru Andlaşması'nın kapsamını belirlerken; tahıl sevkiyatının gerçekleştirileceği limanların sınırlı olması, yük gemilerinin güvenliği için alınan önlemlerin varlığı, askeri gemilerin sürece eşlik edemeyecek olmaları, Müşterek Koordinasyon Merkezi'nin yetkilendirilmiş olması, yük gemilerinin ve yükleme limanlarının hedef olamaması ve Andlaşmanın uzatılmadığı sürece kısa bir süre için geçerli olacağının öngörülmüş olması temel sınırları göstermektedir. Diğer yandan Andlaşma'nın konusunu oluşturan ürünlerin sınırlı olması; yani Ukrayna açısından gıda sevkiyatı ve Rusya açısından ise gübre ve gıda sevkiyatının esas alınmış olması, Andlaşma'nın kapsamını konu itibariyle belirlemiştir.

[59] Acer, "Rusya-Ukrayna Savaşının Gıda Arzına Etkileri ve Tahıl Koridoru Anlaşması," 3; Daha detaylı bilgi için bakınız: United Nations Secretary-General, "Note to correspondents on today's agreements."

[60] Haber metni için bakınız: Güranlı, "Tahıl Koridoru, Kimin Zaferi?"; Sabir Askeroğlu, "Rusya'nın Tahıl Anlaşması için Yaptığı Pazarlık," Ankara Kriz ve Siyaset Araştırmaları Merkezi, 02.08.2022, erişim 11 Ağustos 2022, <https://www.ankasam.org/rusyanin-tahil-anlasmasi-icin-yaptigi-pazarlik/>.

## E) TAHIL KORIDORU ANDLAŞMASI'NIN UYGULANMASI

Tahıl Koridoru Andlaşması ile ilgili uygulamalar henüz erken bir dönem içerisinde. Andlaşma kapsamında tahıl sevkiyatını gerçekleştirmek üzere 1 Ağustos 2022 tarihinde saat 08.30 itibariyle yola çıkan ve kaydı sağlanan ilk gemi, Sierra Leone bayraklı RAZONİ isimli gemidir.<sup>[61]</sup> Geminin Andlaşma ile öngörülen denetimlerden geçmek suretiyle güzergâhına devam etmesi, Tahıl Koridoru Andlaşması'nın ilk defa başarılı bir şekilde uygulandığının göstergesidir.

Başarılı kabul edilen ilk uygulamanın öncesinde, Andlaşma imzalandıktan hemen sonra ilgili Andlaşma'nın ihlali sayılabilecek gelişmeler yaşanmıştır. Hatırlanacağı üzere Andlaşma, Odessa Limanı dâhil toplam üç yükleme limanının askeri güçlerin hedefi olmayacağını öngörmekteydi. Andlaşma 22 Temmuz 2022 tarihinde imzalanmışsa da 23 Temmuz 2022 tarihinde Odessa'daki bir siloya füze saldırısı gerçekleştirildiği bilgisi Milli Savunma Bakanlığı tarafından kamuoyuyla paylaşılmış ve bu durumdan endişe duyulduğu resmi olarak paylaşılmıştır.<sup>[62]</sup> Tahıl Koridoru Andlaşması'nın ihlali kabul edilebilecek başka bir olay daha yaşanmıştır. 26 Temmuz'da, Odessa'nın Zatoke isimli köyüne Rusya Federasyonu'na ait 13 savaş uçağıyla bir saldırı düzenlediği ve saldırının ardından Ukrayna askeri güçleri tarafından Rusya Federasyonu'na ait bir savaş uçağının düşürüldüğü bilgisi kamuoyuyla paylaşılmıştır.<sup>[63]</sup>

Özetle, Tahıl Koridoru Andlaşması açısından uyumsuzluk konusu olabilecek her iki olaya rağmen yük gemilerinin gıda sevkiyatı başlamıştır. İlk

[61] Milli Savunma Bakanlığı tarafından konuya ilişkin yayınlanan bilgilendirme metni için bakınız: Türkiye Cumhuriyeti Milli Savunma Bakanlığı, "Ukrayna Limanlarından İlk Gemi Bugün Hareket Edecek"; Konuya ilişkin haber metni için bakınız: Deutsche Welle, "Ukraine aktuell: Erster Getreide-Frachter unterwegs in Richtung İstanbul."

[62] Milli Savunma Bakanlığı tarafından konuya ilişkin yayınlanan bilgilendirme metni için bakınız: "Milli Savunma Bakanı Hulusi Akar, Ukrayna Savunma Bakanı Oleksii Reznikov ve Ukrayna Altyapı Bakanı Aleksandr Kubrakov ile Görüştü," Türkiye Cumhuriyeti Milli Savunma Bakanlığı, 23.07.2022, erişim 5 Ağustos 2022, <https://www.msb.gov.tr/SlaytHaber/2372022-35817>.

[63] Selmin Seda Coşkun, "Turkey's Mission Becomes More Difficult if Attacks on Ukrainian Ports Continue," Panorama (blog), 04.08.2022, erişim 7 Ağustos 2022, <https://www.uikpanorama.com/blog/2022/08/04/tr-uk>.

yük gemisi RAZONİ başarılı bir şekilde sevkiyatını gerçekleştirmiştir. Yine daha sonrasında ise örneğin, İrlanda'ya 33 bin ton tahıl ürünü olarak mısır taşıyan Panama bayraklı NAVI-STAR adlı gemi ve İngiltere'ye 13 bin ton tahıl ürünü olarak mısır taşıyan Malta bayraklı ROJEN adlı gemi denetimlerin ardından güzergâhlarına devam etmişlerdir.<sup>[64]</sup> Bir hafta içerisinde 10 gemi ile toplamda 305.458 ton tahıl ürününün sevkiyatının gerçekleştiği bilinmektedir.<sup>[65]</sup>

Andlaşma kapsamında, Müşterek Koordinasyon Merkezi'nin görev ve sorumluluklarından birisinin, süreç içerisinde gündeme gelebilecek diğer meselelere çözüm bulmak olduğu unutulmamalıdır. Bu kapsamda, Tahıl Koridoru Andlaşması ile ilgili uygulamanın garanti altına alınmasının amaçlandığını söylemek yanlış bir değerlendirme olmayacaktır. Ek olarak, ilgili Andlaşma'nın herhangi bir ciddi yaptırım içermediğini; aksine Andlaşma'nın tarafların ekonomik, siyasi ve ticari çıkarları doğrultusunda bir denge üzerine kurulduğunu söylemek de yine yanlış bir değerlendirme olmayacaktır. Bu doğrultuda, yaptırım ile bağlayıcılığının sağlanmamış olması nedeniyle Tahıl Koridoru Andlaşması'nın uygulanabilirliği, ilk bakışta eleştirilebilir görünmekteyse de aslında tarafların görev ve sorumlulukları belirli bir çıkar

[64] Millî Savunma Bakanlığı tarafından konuya ilişkin yayınlanan bilgilendirme metni için bakınız: "Yarın Seyre Başlamasının Planlandığı Açıklandı," Türkiye Cumhuriyeti Millî Savunma Bakanlığı, 04.08.2022, erişim 7 Ağustos 2022, <https://www.msb.gov.tr/SlaytHaber/482022-03213>.

[65] Sırasıyla; Razoni isimli gemi ile 27 bin ton mısır ürünü, Navi-Star isimli gemi ile 33 bin ton mısır ürünü, Rojen isimli gemi ile 13 bin ton mısır ürünü, Polarnet isimli Türk bayraklı gemi ile 12 bin ton mısır ürünü, Mustafa Necati isimli gemi ile 6 bin ton ayçiçeği yağı, Star Helena isimli gemi ile 45 bin ton ayçiçeği küspesi, Glory isimli gemi ile 66 bin ton mısır, Riva Wind isimli gemi ile 44 bin ton mısır ürünü, Sacura isimli gemi ile 11 bin ton soya ve Arizona isimli gemi ile 48 bin 458 ton mısır ürünü sevkiyata konu edilmiştir. Daha detaylı bilgi için bakınız: Cemil Murat Budak, "Tahıl koridorundan bir haftada 10 gemiyle 305 bin ton sevkiyat gerçekleşti," Anadolu Ajansı, 08.08.2022, erişim 13.08.2022, <https://www.aa.com.tr/tr/gundem/tahil-koridorundan-bir-haftada-10-gemiyle-305-bin-ton-sevkiyat-gerceklesti/2656295>; Ayrıca Ukrayna limanlarında bulunan ve Rusya Federasyonu'nun askeri müdahalelerine kalkan olarak kullanılmakta olan Türk gemileri olduğu; bu gemilerin bir kısmının da tahıl yüklü olduğu bilinmektedir. Bu konuda açıklamalar için bakınız: "Prof. Dr. Toğrul İsmayıl: Gemiler Ukrayna Limanları'nda Rehin Tutuluyor," Türk Deniz Medya, 26.07.2022, erişim 13.08.2022, <https://turkdeniz.com/prof-dr-togrul-ismayil-gemiler-ukrayna-limanlarında-rehin-tutuluyor>.



dengesi üzerine kurulmuştur. Andlaşma'nın uygulanabilirliğinin hukuki uyumsuzluklar ile sık sık gündeme gelmeyeceği öngörülebilir. Bunun en büyük göstergesi, Andlaşma'nın imzalanmasını takip eden süreçte yaşanan iki saldırıya rağmen tarafların Andlaşma metnini uygulamayı tercih etmeleridir.

### III. MONTRÖ BOĞAZLAR SÖZLEŞMESİ AÇISINDAN TAHİL KORİDORU ANDLAŞMASININ KISA BİR DEĞERLENDİRMESİ

Uluslararası seyrüsefere açık boğazlar, uluslararası hukuku ilgilendiren ve bu boğazlardan gerçekleştirilen geçişin uluslararası hukuk kurallarıyla düzenlendiği; coğrafi açıdan ise iki kara parçası arasında daralarak yer alan ve iki denizi birbirine bu noktada ileten doğal deniz parçası olarak ifade edilebilir.<sup>[66]</sup> Uluslararası seyrüsefere açık boğazlar ile ilgili olarak genel itibariyle beş farklı geçiş rejimi gündeme gelebilir. Bunlar; transit geçiş rejimine tabi boğazlar, özel sözleşmelere tabi olan boğazlar, zararsız geçiş rejimine tabi boğazlar, takımda sularından geçiş rejimine tabi olan boğazlar ve serbest geçiş rejimine tabi olan boğazlar şeklindedir.<sup>[67]</sup> Konumuz itibariyle, eskiden beri geçiş rejimi uluslararası sözleşmeler ile özel bir şekilde düzenlenmekte olan uluslararası seyrüsefere açık boğazların üzerinde durulması gerekmektedir.<sup>[68]</sup> Bu tür boğazlara uygulanan geçiş rejimi, tamamıyla ilgili sözleşmede yer alan düzenlemelere göre tespit edilmektedir.<sup>[69]</sup>

Çanakkale Boğazı, Marmara Denizi ve İstanbul Boğazı ile oluşan, uzunluğu yaklaşık 300 kilometre (164 mil) olan su yolu, "Türk Boğazları" olarak adlandırılmaktadır.<sup>[70]</sup> Bu terim ilk önce 1923 tarihli Lozan Boğazlar Sözleşmesinin metninde ve sonrasında ise 1936 tarihli Montrö Boğazlar

[66] Sur, *Uluslararası Hukukun Esasları*, 362; Terminolojik açıdan, 1982 Birleşmiş Milletler Deniz Hukuku Sözleşmesi'nin 45. maddesiyle de uyumlu olmak adına "uluslararası seyrüsefere açık boğazlar" ifadesinin kullanımı tercih edilmiştir.

[67] Aydoğan Özman, *Deniz Hukuku I*, (Ankara, Turhan Kitabevi, 2006) 359.

[68] 1857 tarihli Kopenhag Andlaşması ile Danimarka Boğazları, 1936 tarihli Montrö Boğazlar Sözleşmesi ile Türk Boğazları, 1881 tarihli Buenos Aires Andlaşması ile Macellan Boğazı örnek olarak gösterilebilir.

[69] Özman, *Deniz Hukuku I*, 360.

[70] Pazarcı, *Uluslararası Hukuk*, 294; Özman, *Deniz Hukuku I*, 380.

Sözleşmesi metninde yer almıştır.<sup>[71]</sup> Konumuz itibariyle değerlendirilmesi gereken tartışmalar 1936 Montrö Boğazlar Sözleşmesi özelindedir. İncelemeye konu edilen Tahıl ve Yiyecek Maddelerin Ukrayna Limanlarından Emniyetli Sevki Girişimi Belgesi ise konusu itibariyle ticaret gemilerine ilişkin bir uluslararası andlaşma metnidir. Bu doğrultuda, 1936 Montrö Boğazlar Sözleşmesi'nin ticaret gemilerine ilişkin düzenlemelerinin ele alınması ve bu düzenlemelerin ise incelemeye konu edilen uluslararası andlaşmanın hükümleri çerçevesinde değerlendirilmesi gerekmektedir.

Montrö Boğazlar Sözleşmesi'nin 3. ve 4. maddeleri incelendiğinde, ticaret gemilerinin, barış zamanında veya Türkiye Cumhuriyeti'nin tarafsız kaldığı savaş zamanında, gece ve gündüz, yükleri ve bayrakları önem arz etmeksizin, ek prosedür uygulanmaksızın Türk Boğazlarından geçiş ve seyrüsefer konusunda tam serbestileri olduğu tespit edilebilir.<sup>[72]</sup>

Montrö Boğazlar Sözleşmesi'nin 6. maddesi uyarınca, eğer Türkiye Cumhuriyeti pek yakın bir şekilde savaş tehdidi ile karşılaşır ise bu durumda, ticaret gemilerinin Türk Boğazlarına gündüz girmeleri şartıyla yine geçiş ve seyrüsefer konusunda tam serbestileri olduğu kabul edilmektedir.

Montrö Boğazlar Sözleşmesi'nin 5. maddesi uyarınca, Türkiye Cumhuriyeti savaş zamanında savaşan devlet konumunda ise bu durumda, Türkiye Cumhuriyeti ile savaşan durumda olmayan bir başka devletin ticaret gemilerinin serbest geçiş hakkı olduğu kabul edilmiş; ancak bu gemilerin, Türkiye ile savaşan statüsünde olan diğer devletlere yardım taşıması gerektiği vurgulanmıştır.

Sözleşme'nin 3. maddesi uyarınca ise Ege Denizi'nden veya Karadeniz'den Boğazlar'a giren her geminin uluslararası sağlık kuralları uyarınca Türk kanunlarına göre yürürlükte olan sağlık denetimleri için Boğazlar'ın girişine yakın bir sağlık istasyonunda durdurulacağı; bu gemilerin Boğazlar'dan

[71] Pazarıcı, *Uluslararası Hukuk*, 294.

[72] 5 Ağustos 1936 tarihli Resmi Gazete ile ilan edilen Sözleşme metni için bakınız: "Boğazlar rejimi hakkında Montreux'de 20 Temmuz 1936 tarihinde imza edilen mukavelename," Türkiye Cumhuriyeti Resmi Gazetesi, no. 3374, 05.08.1936, erişim 11 Ağustos 2022, <https://www.resmigazete.gov.tr/arsiv/3374.pdf>; Ayrıca daha detaylı bilgi için bakınız: Sami Doğru, "Türk Boğazları'nın Hukuki Statüsü: Sevr ve Lozan'dan Montrö'ye Geçiş," *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 15, no. 2 (2013): 157.

geçişleri sırasında başka hiçbir duruş zorunluluğuna tabi tutulmayacağı düzenlenmiştir.<sup>[73]</sup>

Tahıl Koridoru Andlaşması'nın Montrö Boğazlar Sözleşmesi'ne aykırı ve Türkiye Cumhuriyeti'nin Sözleşme'den kaynaklanan yetkilerini kısıtlayan bir durum ortaya koyduğunu savunanlar bulunmaktadır.<sup>[74]</sup> Bu iddiayı ileri sürenlere göre her ne kadar Montrö Boğazlar Sözleşmesi, ticari gemilere Boğazlar üzerinden serbest geçiş hakkı tanımakta ve bu geçişin Türkiye Cumhuriyeti tarafından düzenleneceğini öngörmekteyse de, Tahıl Koridoru Andlaşması ile kurulan Müşterek Koordinasyon Merkezi'nin yetkilendirilmesi neticesinde artık Türkiye Cumhuriyeti'nin yetkisinin "paylaşılan yetki" olduğu ifade edilmektedir. Ancak bu görüşe katılmak mümkün görünmemektedir. 2674 sayılı Karasuları Kanunu madde 4 düzenlemesi uyarınca, limanlar Türkiye Cumhuriyeti'nin iç sularıdır ve iç sularda Montrö Boğazlar Sözleşmesi uygulama alanı bulamayacaktır. Tahıl Koridoru Andlaşması'nın

[73] Her ne kadar doğrudan bu düzenlemeye ilişkin olarak Tahıl Koridoru Andlaşması'na yöneltilmiş somut bir eleştiri olmasa da bu konu hakkında kısa bir açıklama yapılması gerekmektedir. Tahıl Koridoru Andlaşması, ilk bakışta Türk Boğazları içerisinde ve Montrö Boğazlar Sözleşmesi madde 3 düzenlemesine aykırı olacak bir şekilde sağlık kontrolü dışında başka bir durdurma öngörmektedir. Ancak madde metni dikkatle incelendiğinde "mecbur edilmeyecek" ibaresi ile karşılaşılmaktadır. Tahıl Koridoru Andlaşması ile gündeme gelen düzenlemeler, tarafların karşılıklı uyuşan irade beyanlarıyla meydana gelmiştir. Bu düzenlemelerin taraflar için bir zorunluluk olmadığı; aksine, tarafların ekonomik ve ticari kaygılarını ortadan kaldırmak için kendi istekleri ile kabul ettikleri anlaşılmaktadır. Yine tarafların kendi istekleri ile ticari gemilerine yönelik ikinci bir durdurma, denetleme sistemini meydana getirdikleri ifade edilmelidir. Bu duruma ilişkin olarak ifade edilmesi gereken diğer önemli bir konu, Tahıl Koridoru Andlaşması ile öngörülen denetimin Türkiye'nin belirleyeceği bir limanda gerçekleştirileceğidir. Limanlar, Türkiye Cumhuriyeti iç suları olması nedeniyle esasında Montrö Boğazlar Sözleşmesi kapsamı içerisinde değildir. Bu nedenle ilgili denetimin, Montrö Boğazlar Sözleşmesi madde 3 düzenlemesini ihlal etmediği söylenmelidir.

[74] Haber metni ile birlikte kamuoyunda Andlaşma'nın Montrö Boğazlar Sözleşmesi'ne aykırı düzenlemeler içerdiğini ifade eden emekli Büyükelçi Ahmet Erozan'ın görüşleri için bakınız: Zeynep Gürcanlı, "Tahıl Koridoru, Kimin Zaferi?," DÜNYA, 26.07.2022, erişim 6 Ağustos 2022, <https://www.dunya.com/kose-yazisi/tahil-koridoru-kimin-zaferi/664497>; "Yarın Seyre Başlamasının Planlandığı Açıklandı," Türkiye Cumhuriyeti Milli Savunma Bakanlığı, 04.08.2022, erişim 7 Ağustos 2022, <https://www.msb.gov.tr/SlaytHaber/482022-03213>.

metni incelendiğinde tespit edileceği üzere, “Türkiye tarafından belirlenen limanlarda” bir denetim gerçekleştirileceği belirtilmiştir.<sup>[75]</sup> Denetim yetkisi, Türkiye Cumhuriyeti'nin belirleyeceği bir limanda ve bir uluslararası andlaşma niteliğinde olan Tahıl Koridoru Andlaşması düzenlemelerine göre müşterek bir katılım ile gerçekleştirilecektir. Türkiye Cumhuriyeti'nin tam egemenliğinde olan iç sularda öngörülmesi nedeniyle bu denetimin, Türkiye Cumhuriyeti'nin Montrö Boğazlar Sözleşmesi'nden doğan yetkisinin paylaşılması şeklinde ele alınamayacağı kabul edilmelidir. Ek olarak, Türkiye Cumhuriyeti'nin imzaladığı Tahıl Koridoru Andlaşması'nın özel, istisnai ve kısa süreli bir hukuki metin olduğu, küresel bir sorunun çözümüne yönelik olduğu, Birleşmiş Milletler tarafından da ilgili metnin onaylandığı unutulmamalıdır.

Tahıl Koridoru Andlaşması'nın Montrö Boğazlar Sözleşmesi'ne aykırı bir durum ortaya koyduğunu savunanların bir diğer eleştirisi, Andlaşma metninde “uluslararası deniz hukuku” ifadesinin yer alması ile ilgilidir.<sup>[76]</sup> Bu ifadenin, Türkiye Cumhuriyeti'nin imzalamadığı 1982 tarihli Birleşmiş Milletler Deniz Hukuku Sözleşmesi'ne doğrudan bir atıf niteliğinde olduğu değerlendirilmektedir. Bu yönde bir değerlendirmenin ise Türkiye Cumhuriyeti açısından olumsuz hukuki sonuçlar doğurabileceği savunulmaktadır; çünkü bu atfın, Yunanistan'ın Ege uyumsuzlukları için ileri sürdüğü argümanlarının dayanağı olan hukuki metne yapılan bir atıf olacağı belirtilmektedir. Tahıl Koridoru Andlaşması metni incelendiğinde, “uluslararası deniz hukuku” şeklinde doğrudan doğruya bir atıf tespit edilememiştir. Böyle bir ibarenin metnin içeriğinde yer alması halinde dahi bu ifadeden sadece 1982 tarihli Birleşmiş Milletler Deniz Hukuku Sözleşmesi'nin anlaşılması çok kısıtlayıcı bir yorum olacaktır. Bu şekilde bir ifadenin yer aldığı Tahıl Koridoru Andlaşması'na Türkiye'nin taraf olmasının, Türkiye'nin başlangıçtan itibaren Birleşmiş Milletler Deniz Hukuku Sözleşmesine yönelik uluslararası toplum ile paylaştığı “ısrarlı itirazlarından” vazgeçmiş olacağı

[75] Andlaşma metninin orijinal halinden ilgili ibareleri tespit etmek için bakınız: WIKISOURCE, “Initiative on the Safe Transportation of Grain and Foodstuffs from Ukrainian Ports.”

[76] Emekli Büyükelçi Ahmet Erozan'ın görüşleri için bakınız: Zeynep Gürcanlı, “Tahıl Koridoru, Kimin Zaferi?,” *Dünya*, 26.07.2022, erişim 6 Ağustos 2022, <https://www.dunya.com/kose-yazisi/tahil-koridoru-kimin-zaferi/664497>.

yönünde ileri sürülebilecek iddiaların kabul edilmesinin mümkün olmayacağı görüşündeyiz.<sup>[77]</sup>

Tahıl Koridoru Andlaşması'na yöneltilen son eleştiri ise terminolojik bir eleştiridir. Andlaşma'nın Montrö Boğazlar Sözleşmesi'ne aykırı uygulamalar getirdiğini savunanlara göre Andlaşma metninde “Türk Boğazı” ifadesi geçmektedir ve bu kullanım, Montrö Boğazlar Sözleşmesi'nde yer bulan “Türk Boğazları” ifadesini karşılamamaktadır. Oysaki Tahıl Koridoru Andlaşması ile çizilen kırmızı hattın yani Rusya Federasyonu ve Ukrayna arasındaki silahlı çatışmalarının dışında bırakılan güvenli alanın, Çanakkale Boğazı ve Marmara Denizi ile doğrudan bir ilgisi bulunmamaktadır. Güvenli koridor, Karadeniz boyunca devam edip İstanbul Boğazı ile içerisinden çıkılan, güvenli olmayan bir alan ile ilgili olarak oluşturulmuştur. “Türk Boğazları” ifadesinin bu nedenle yanlış bir kullanım olacağı, Andlaşma'nın konusu ve kapsamı açısından isabetli olmayacağı kabul edilmelidir. Ancak bu değerlendirme neticesinde, Tahıl Koridoru Andlaşması metninde “Türk Boğazı” ibaresinin kullanımının, Montrö Boğazlar Sözleşmesi terminolojisi açısından karışıklığa yol açabileceği de kısmen anlaşılabilir görünmektedir. Bu nedenle, “Türk Boğazı” ifadesi yerine doğrudan doğruya “İstanbul Boğazı” şeklinde bir kullanımın tercih edilmesi, terminolojik açıdan daha uygun bir kullanım olacağı düşünülmektedir.

Özetle, Tahıl Koridoru Andlaşması'nın Montrö Boğazlar Sözleşmesi ile kurulan düzenin dışında, sınırlı ve geçici bir hukuki rejime dâhil olduğu gözardı edilmemelidir. Ayrıca Tahıl Koridoru Andlaşması'nın Montrö Boğazlar Sözleşmesi açısından herhangi bir ihlale sebebiyet vermediği kabul edilmesi gereken bir durumdur.

[77] Türkiye Cumhuriyeti Dışişleri Bakanlığı tarafından kamuoyuyla paylaşılan metin incelendiğinde de Türkiye'nin ısrarlı itirazlarının niteliği tespit edilebilmektedir. İlgili metne ulaşmak için lütfen bakınız: “Başlıca Ege Denizi Sorunları,” Türkiye Cumhuriyeti Dışişleri Bakanlığı, erişim 11 Ağustos 2022, <https://www.mfa.gov.tr/baslica-ege-denizi-sorunlari.tr.mfa>.

## SONUÇ YERİNE

24 Şubat 2022 Perşembe günü Rusya Federasyonu tarafından Ukrayna topraklarına yönelik başlatılan askeri saldırı ve ardından gerçekleştirilen abluka neticesinde, Ukrayna limanlarından başta Kuzey Afrika ülkelerine olmak üzere çeşitli ülkelere yönelik planlanan tahıl ihracatı engellenmiştir. Bu durum, Dünya tahıl fiyatlarında yüksek fiyat artışına yol açarak, küresel düzeyde bir gıda güvenliği sorununa ve açlık tehdidine sebep olmuştur. Küresel sorunun çözümü için 22 Temmuz 2022 tarihinde, niteliği itibariyle bir uluslararası andlaşma metni olan, kısaca “Tahıl Koridoru Andlaşması” olarak ifade edilen “Tahıl ve Yiyecek Maddelerin Ukrayna Limanlarından Emniyetli Sevki Girişimi Belgesi” imzalanmıştır. Andlaşma’ya göre Ukrayna’nın tahıl rezervlerinin sevkiyatı üç farklı limandan; Yujniy Limanı, Çornomorsk Limanı ve Odessa Limanı üzerinden gerçekleştirilecektir. Rusya Federasyonu’nun Ukrayna ile aynı hukuki belgeyi imzalamadığı; ancak içeriği aynı olan iki farklı belgenin Birleşmiş Milletler ve Türkiye Cumhuriyeti’nin katılımıyla imzalanması sonucunda tahıl krizinin çözümü konusunda hukuki bir adım atıldığı anlaşılmaktadır. Diğer yandan, tarafların üzerinde uzlaştıkları bir diğer konunun, Rusya Federasyonu’na uygulanan uluslararası yaptırımlar nedeniyle gündeme gelen kısıtlamalar ile ilgili olduğu anlaşılmıştır. Bu kısıtlamaların, Rusya Federasyonu’na ait olan gübre ve gıda rezervlerinin ihracatının Tahıl Koridoru Andlaşması özelinde gerçekleştirilmesi sırasında uygulanmayacağı, tarafların bu şart ile uzlaştıkları tespit edilmiştir.

Hukuki metin henüz Türkiye Cumhuriyeti Anayasası ve 9 No.lu Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi düzenlemelerine göre bir onay sürecinden geçmemiştir. İlgili metin bu nedenle henüz kendisi açısından bağlayıcılık kazanmamış olsa da Türkiye Cumhuriyeti, Andlaşma ile üstlendiği yükümlülüklerini yerine getirmektedir. Andlaşma’nın yürütülmesi amacıyla Türkiye Cumhuriyeti sınırları içerisinde bir Müşterek Koordinasyon Merkezi kurulmuştur. Müşterek Koordinasyon Merkezi’nin, Andlaşma’nın hedeflenen amacının gerçekleştirilebilmesi adına önemli bir merkez olduğu anlaşılmıştır. Merkez bünyesinde, Rusya Federasyonu ve Ukrayna temsilcilerinin de çalışmalara katılmasının, uzlaşının korunması ve Andlaşma’nın uygulanabilirliği adına doğru bir adım olduğu tespit edilmiştir. Merkezin görev ve sorumluluklarının; Tahıl Koridoru Andlaşması kapsamına dâhil olacak ticari gemilerin kaydını ve takibini sağlamak, kaydı sağlanan gemilerin Ukrayna limanlarına giriş ve çıkışlarını planlamak, Türkiye’de belirlenecek bir limanda ilgili gemilerin denetimini yaptırmak, gemilerin tüm rota boyunca teknik takibini

sağlamak, Tahıl Koridoru Andlaşması'na taraf devletlerle koordinasyonu sağlamak olduğu anlaşılmıştır.

23 ve 26 Temmuz 2022 tarihlerinde her ne kadar Rusya Federasyonu askeri güçleri Odessa'ya saldırılar düzenlemiş olsalar bile küresel gıda fiyatlarının, gıda kıtlığının azaltılması amacıyla Andlaşma'nın uygulanması konusunda kararlı davranılmıştır. Karadeniz'de oluşturulan güvenli koridorlardan geçerek Ukrayna'da ihracı bekletilen başta tahıl ürünlerinin sevkiyatının güvenli bir şekilde sağlanması için gemiler, Müşterek Koordinasyon Merkezi'nin takibi ile seyrüsefere başlamışlardır. İlk tahıl sevkiyatını gerçekleştirmek üzere Sierra Leone bayraklı RAZONİ isimli gemi, 27 bin ton mısır ürünü ile birlikte 1 Ağustos 2022 tarihinde yola çıkmış ve Müşterek Koordinasyon Merkezi'nin süreci yönetmesi neticesinde İstanbul Boğazı'nı başarıyla geçmiştir. Ardından sırasıyla; Navi-Star isimli gemi ile 33 bin ton mısır ürünü, Rojen isimli gemi ile 13 bin ton mısır ürünü, Polarnet isimli Türk bayraklı gemi ile 12 bin ton mısır ürünü, Mustafa Necati isimli gemi ile 6 bin ton ayçiçeği yağı, Star Helena isimli gemi ile 45 bin ton ayçiçeği küspesi, Glory isimli gemi ile 66 bin ton mısır, Riva Wind isimli gemi ile 44 bin ton mısır ürünü, Sacura isimli gemi ile 11 bin ton soya ve Arizona isimli gemi ile 48 bin 458 ton mısır ürünü başarılı bir şekilde İstanbul Boğazı'ndan geçmiştir. Bu durum, Andlaşma ile amaçlanan hedefin şu an için gerçekleştirilebildiğini göstermektedir.

2674 sayılı Karasuları Kanunu madde 4 düzenlemesi uyarınca, limanlar Türkiye Cumhuriyeti'nin iç sularıdır ve iç sularda Montrö Boğazlar Sözleşmesi uygulama alanı bulamayacaktır. Bu hukuki durumun varlığına rağmen, Tahıl Koridoru Andlaşması'nın Montrö Boğazlar Sözleşmesi'ni ihlal ettiğine yönelik iddialar gündeme getirilmiştir. Andlaşma metni incelendiğinde tespit edileceği üzere, "Türkiye tarafından belirlenen limanlarda" bir denetim gerçekleştirileceği belirtilmiştir. İlgili düzenlemelerin Montrö Boğazlar Sözleşmesi açısından bir ihlal doğurmadığı tespit edilmiştir.

İlgili Andlaşma'nın birden fazla belgeden meydana gelen özel nitelikli bir uluslararası andlaşma metni olduğu, istisnai ve kısa süreli olduğu, küresel bir sorunun çözümüne yönelik olduğu, Birleşmiş Milletler tarafından onaylandığı birlikte ele alınmalıdır. Değerlendirme neticesinde, Tahıl Koridoru Andlaşması'nın uluslararası hukuka uygun bir andlaşma olduğu ve hedeflenen amacı gerçekleştirmeye uygun düzenlemeler içerdiği kabul edilebilir görünmektedir.

## KAYNAKÇA

- Acer, Yücel. “Rusya-Ukrayna Savaşının Gıda Arzına Etkileri ve Tahıl Koridoru Anlaşması.” *SETA Perspektif*. no. 343 (Temmuz 2022): 1-4. Erişim 5 Ağustos 2022. <https://setav.org/assets/uploads/2022/07/P343.pdf>.
- Ağır, Osman ve Abdulkadir Baharçipek, “Kırım’ın Rusya Federasyonu’na Bağlanması’nın Rusya’ya Komşu Ülkelere Olası Etkileri,” *Akademik Bakış Dergisi*, no. 52 (Kasım-Aralık 2015): 29-47.
- Aksar, Yusuf. *Teoride ve Uygulamada Uluslararası Hukuk I*. 5. Baskı. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2019.
- Aksar, Yusuf. *Teoride ve Uygulamada Uluslararası Hukuk II*. 5. Baskı. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2019.
- Aljazeera. “Russia and Ukraine sign grain export deal: What you should know.” 22.07.2022. Erişim 10 Ağustos 2022. <https://www.aljazeera.com/news/2022/7/22/ukraine-grain-export-deal-what-you-need-to-know>.
- Askeroğlu, Sabir. “Rusya’nın Tahıl Anlaşması için Yaptığı Pazarlık.” Ankara Kriz ve Siyaset Araştırmaları Merkezi. 02.08.2022. Erişim 11 Ağustos 2022. <https://www.ankasam.org/rusyanin-tahil-anlasmasi-icin-yaptigi-pazarlik/>.
- Avetisyan, Samvel ve Gayane Salnazaryan. “Russian-Ukrainian Conflict and Armenia’a Food Security Risks.” *Alternative*. (January-March, 2022): 235-41. <https://doi.org/10.55528/18292828-2022.1-235>.
- British Broadcasting Corporation (BBC). “Minsk Anlaşması nedir, neleri kapsıyor ve tarafları kimler?.” 23.02.2022. Erişim 3 Ağustos 2022. <https://www.bbc.com/turkce/haberler-dunya-60488784>.
- British Broadcasting Corporation (BBC). “Putin: Russia helped Yanukovich to flee Ukraine.” 24.10.2014 Erişim 8 Ağustos 2022. <https://www.bbc.com/news/world-europe-29761799>.
- Budak, Cemil Murat. “Tahıl koridorundan bir haftada 10 gemiyle 305 bin ton sevkiyat gerçekleşti.” Anadolu Ajansı. 08.08.2022. Erişim 13.08.2022. <https://www.aa.com.tr/tr/gundem/tahil-koridorundan-bir-haftada-10-gemiyle-305-bin-ton-sevkiyat-gerceklesti/2656295>.



- Bundesgesetzblatt Teil II Nummer 28 vom 13.08.1985. “Gesetz zu dem Wiener Übereinkommen vom 23. Mai 1969 über das Recht der Verträge.” Erişim 11 Ağustos 2022. [https://www.bgbl.de/xaver/bgbl/start.xav?start=%2F%2F\\*%5B%40attr\\_id%3D%27bgbl285s0926.pdf%27%5D#\\_\\_bgbl\\_\\_%2F%2F\\*%5B%40attr\\_id%3D%27bgbl285s0926.pdf%27%5D\\_\\_1660233947225](https://www.bgbl.de/xaver/bgbl/start.xav?start=%2F%2F*%5B%40attr_id%3D%27bgbl285s0926.pdf%27%5D#__bgbl__%2F%2F*%5B%40attr_id%3D%27bgbl285s0926.pdf%27%5D__1660233947225).
- Bundesgesetzblatt Teil II Nummer 44 vom 29.11.1990. “Gesetz zu dem Wiener Übereinkommen vom 21. März 1986 über das Recht der Verträge zwischen Staaten und internationalen Organisationen oder zwischen internationalen Organisationen.” Erişim 11 Ağustos 2022, [https://www.bgbl.de/xaver/bgbl/start.xav?start=//\\*%5B@attr\\_id=%27bgbl290s1414.pdf%27%5D#\\_\\_bgbl\\_\\_%2F%2F\\*%5B%40attr\\_id%3D%27bgbl290s1414.pdf%27%5D\\_\\_1660234216879](https://www.bgbl.de/xaver/bgbl/start.xav?start=//*%5B@attr_id=%27bgbl290s1414.pdf%27%5D#__bgbl__%2F%2F*%5B%40attr_id%3D%27bgbl290s1414.pdf%27%5D__1660234216879).
- Correctiv Recherchen für die Gesellschaft. “Aktuelle Sanktionen gegen Russland.” Erişim 9 Ağustos 2022. <https://correctiv.org/aktuelles/2022/02/28/sanktionstracker-aktuelle-sanktionen-gegen-russland%E2%80%8B/>.
- Deutsche Welle. “Ukraine aktuell: Erster Getreide-Frachter unterwegs in Richtung İstanbul.” 01.08.2022. Erişim 5 Ağustos 2022. <https://www.dw.com/de/ukraine-aktuell-erster-getreide-frachter-unterwegs-in-richtung-istanbul/a-62664610>.
- Doğru, Sami. “Türk Boğazları'nın Hukuki Statüsü: Sevr ve Lozan'dan Montrö'ye Geçiş.” *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 15. no. 2 (2013): 123-69.
- Eren, M. Yusuf. “Uluslararası Hukukta Savaşa Varmayan Kuvvet Kullanma Yolları.” *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 3. no. 2 (2012): 229-60.
- Euronews. “BM'nin Ukrayna limanlarını açın çağrısına Rusya'dan yanıt: Yaptırımları gözden geçirin.” 19.05.2022. Erişim 5 Ağustos 2022. <https://tr.euronews.com/2022/05/19/bm-nin-ukrayna-limanlar-n-ac-n-cagr-s-na-rusya-dan-yan-t-yapt-r-mlar-gozden-gecirin>.

- Euronews. “Limanlarını kullanamayan Ukrayna'nın binlerce vagon tahıl ve bitkisel yağı Polonya sınırında kaldı.” 07.04.2022. Erişim 5 Ağustos 2022. <https://tr.euronews.com/2022/04/07/limanlar-n-kullanamayan-ukrayna-n-n-binlerce-vagon-tah-l-ve-bitkisel-yag-polonya-s-n-r-nda>.
- Europäischer Rat (Rat der Europäischen Union). “EU-Sanktionen gegen Russland: ein Überblick.” 22.07.2022. Erişim 9 Ağustos 2022, <https://www.consilium.europa.eu/de/policies/sanctions/restrictive-measures-against-russia-over-ukraine/sanctions-against-russia-explained/>.
- European Council. “Ukraine: Council adopts EU-Ukraine association agreement.” 11.07.2017. Erişim 3 Ağustos 2022. <https://www.consilium.europa.eu/en/press/press-releases/2017/07/11/ukraine-association-agreement/>.
- European Council. Council Decision 2014/512/CFSP of 31 July 2014. “concerning restrictive measures in view of Russia's actions destabilising the situation in Ukraine.” Erişim 8 Ağustos 2022. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A32014D0512>.
- Food and Agriculture Organization of the United Nations. “G20: FAO urges Finance Ministers and Central Bank Governors to support the Food Import Financing Facility.” 15.07.2022. Erişim 5 Ağustos 2022. <https://www.fao.org/newsroom/detail/g20-fao-urges-finance-ministers-and-central-bank-governors-to-support-the-food-import-financing-facility/en>.
- Glauber, Joseph ve David Laborde. “The Russia-Ukraine grain agreement: What is at stake?.” International Food Policy Research Institute (blog). 27.07.2022. Erişim 10 Ağustos 2022. <https://www.ifpri.org/blog/russia-ukraine-grain-agreement-what-stake>.
- Güranlı, Zeynep. “Tahıl Koridoru, Kimin Zaferi?.” *Dünya*. 26.07.2022. Erişim 6 Ağustos 2022. <https://www.dunya.com/kose-yazisi/tahil-koridoru-kimin-zaferi/664497>.

- Howard, Gary. "Ukraine Crisis: Grain agreement to unlock 65% of Ukraine grain export capacity." *Seatrade Maritime News*. 27.07.2022. Erişim 12 Ağustos 2022. <https://www.seatrade-maritime.com/dry-cargo/grain-agreement-unlock-65-ukraine-grain-export-capacity/>.
- International Court of Justice. *Nuclear Tests Case, Australia v. France*. Judgment of 20.12.1974. Erişim 10 Ağustos 2022. <https://www.icj-cij.org/public/files/case-related/58/058-19741220-JUD-01-00-EN.pdf>.
- Janson, Matthias. "Wohin die Ukraine ihr Getreide exportiert." *Statista*. 06.04.2022. Erişim 3 Ağustos 2022. <https://de.statista.com/infografik/27192/ziellaender-ukrainischer-getreideexporte/>.
- Karakullukçu, Deniz (çev.). "Çeviri/Putin'in Ulusa Sesleniş Konuşması: Geleneksel değerlerimizi yok etmeye çalıştılar." 27.02.2022. Erişim 3 Ağustos 2022. <https://serbestiyet.com/haberler/ceviri-putinin-ulusa-seslenis-konusmasi-geleneksel-degerlerimizi-yok-etmeye-calistilar-85581/>.
- Lindner, Tillmann. "No Purchase, No Requisition, No Seizure: Why the Grain Acquisitions by Russian Forces in Ukraine Violate International Humanitarian Law." *Völkerrecht (blog)*. 27.07.2022. Erişim 10 Ağustos 2022. <https://voelkerrechtsblog.org/no-purchase-no-requisition-no-seizure/>.
- Meister, Stefan. "Lehren aus der Krise: Die Ukraine, Russland und die EU." *Osteuropa* 64. no. 5/6. (Mai-Juni 2014): 323-31.
- Özman, Aydoğan. *Deniz Hukuku I*, Ankara: Turhan Kitabevi, 2006.
- Panorama (blog). "Turkey's Mission Becomes More Difficult if Attacks on Ukrainian Ports Continue." 04.08.2022. Erişim 7 Ağustos 2022. <https://www.uikpanorama.com/blog/2022/08/04/tr-uk>.
- Pazarıcı, Hüseyin. *Uluslararası Hukuk*. 19. Baskı. Ankara: Turhan Kitabevi, 2020.
- Polityuk, Pavel. "Zelenskiy to Biden: give us clear 'yes' or 'no' on Ukraine NATO path." *Reuters*. 24.06.2021. Erişim 4 Ağustos 2022. <https://www.reuters.com/world/zelenskiy-asks-us-clarity-nato-membership-plan-ukraine-2021-06-14/>.

- Resmi Gazete. “Kuzey Atlantik Antlaşmasına Türkiye Cumhuriyetinin katılmasına Dair Kanun.” 19.02.1952. erişim 7 Eylül 2022. <https://www.resmigazete.gov.tr/arsiv/8038.pdf>.
- Sezgin, Volkan. “How Will Turkey – EU Trade Relations Change after the Ukraine – Russia War?.” *Jornal of the Human and Social Science Researches* 11. no. 2 (2022): 1198-215. <https://doi.org/10.15869/itobiad.1090260>.
- Spiegel* Ausland. “Erster Getreidefrachter aus der Ukraine in Istanbul eingetroffen.” 02.08.2022. Erişim 5 Ağustos 2022. <https://www.spiegel.de/ausland/ukraine-krieg-getreide-frachter-aus-odessa-in-tuerkei-eingetroffen-a-532bb198-f0a5-4304-8ccb-8267434a7da6>.
- Statista. “Wichtigste Abnehmerländer von Weizen und Mengkorn aus der Ukraine nach Exportmenge weltweit im Jahr 2020.” 15.06.2022. Erişim 3 Ağustos 2022. <https://de.statista.com/statistik/daten/studie/1293944/umfrage/exportmenge-von-weizen-und-mengkorn-ukraine-laender/>.
- Statistisches Bundesamt (DESTATIS). “Pressemitteilung Nr. 103: Erzeugerpreise landwirtschaftlicher Produkte im Januar 2022 um 21,1 % höher als im Januar 2021.” 11.03.2022. Erişim 3 Ağustos 2021. [https://www.destatis.de/DE/Presse/Pressemitteilungen/2022/03/PD22\\_103\\_61211.html#:~:text=Der%20Preisanstieg%20bei%20den%20pflanzlichen,mehr%20so%20stark%20wie%20zuletzt.](https://www.destatis.de/DE/Presse/Pressemitteilungen/2022/03/PD22_103_61211.html#:~:text=Der%20Preisanstieg%20bei%20den%20pflanzlichen,mehr%20so%20stark%20wie%20zuletzt.)
- Sur, Melda. *Uluslararası Hukukun Esasları*, 14. Baskı. İstanbul: Beta Yayınevi, 2020.
- Şarku'l Avsat. “Tahıl koridoru: İstanbul Anlaşması 10 maddeden oluşuyor... İhracat 3 liman üzerinden yapılacak.” 23.07.2022. Erişim 5 Ağustos 2022. <https://turkish.aawsat.com/home/article/3774551/tah%C4%B1l-koridoru-i%C8%7Stanbul-anla%C5%9Fmas%C4%B1-10-maddeden-olu%C5%9Fuyor-i%C8%7Hracat-3-liman>.
- T.C. Dışişleri Bakanlığı. “Ukrayna’da Son Durum ve İkili İlişkiler.” Erişim 4 Ağustos 2022. [https://www.mfa.gov.tr/ukrayna\\_da-son-durum-ve-ikili-iliskiler.tr.mfa](https://www.mfa.gov.tr/ukrayna_da-son-durum-ve-ikili-iliskiler.tr.mfa).

- Tagesschau. "Getreideschiff aus Ukraine wird inspiziert." 03.08.2022. Erişim 5 Ağustos 2022. <https://www.tagesschau.de/ausland/getreideschiff-aus-ukraine-in-tuerkei-eingetroffen-101.html>.
- Tagesschau. "Waffen gegen den drohenden Hunger." 13.05.2022. Erişim 5 Ağustos 2022. <https://www.tagesschau.de/ausland/europa/schwarzes-meer-ukraine-haefen-russland-blockade-101.html>.
- Taşdemir, Fatma ve Adem Özer. "Uluslararası Hukuk Açısından Kırım Sorunu: Kosova'nın Rövanşı mı?." *Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 10. no. 1 (2015): 43-61.
- The Georgian Times. "Rice, Kouchner, comment NATO Ministerial's decision." 03.12.2008, Erişim 12 Ağustos 2022. <https://web.archive.org/web/20081205055811/http://www.unian.net/eng/news/news-287949.html>.
- TRT Haber. "İstanbul'daki Müşterek Koordinasyon Merkezi açıldı." 27.07.2022. Erişim 3 Ağustos 2022. <https://www.trthaber.com/haber/gundem/istanbuldaki-musterek-koordinasyon-merkezi-acildi-697553.html>.
- Turmuş, Emrah ve Erdoğan Güneş. "Dünyada ve Türkiye'de Gıda Güvenliği/Güvencesinin Hububat Sektörü Yönüyle Değerlendirilmesi." *Türkiye Biyoetik Dergisi* 7. no. 3 (2020): 124-43. Erişim 2 Ağustos 2022. <https://dx.doi.org/10.5505/tjob.2020.36449>.
- Türk Deniz Medya. "Prof. Dr. Toğrul İsmayıl: Gemiler Ukrayna Limanları'nda Rehin Tutuluyor." 26.07.2022. Erişim 13.08.2022, <https://turkdeniz.com/prof-dr-togrul-ismayil-gemiler-ukrayna-limanlarinda-rehin-tutuluyor>.
- Türkiye Cumhuriyeti Dışişleri Bakanlığı. "Başlıca Ege Denizi Sorunları." Erişim 11 Ağustos 2022. <https://www.mfa.gov.tr/baslica-ege-denizi-sorunlari.tr.mfa>.
- Türkiye Cumhuriyeti Milli Savunma Bakanlığı. "Milli Savunma Bakanı Hulusi Akar, Tahıl Ürünlerinin Emniyetli Sevki için Oluşturulan Müşterek Koordinasyon Merkezini Açtı." 27.07.2022. Erişim 10 Ağustos 2022. <https://www.msb.gov.tr/SlaytHaber/2772022-24470>.

- Türkiye Cumhuriyeti Milli Savunma Bakanlığı. “Milli Savunma Bakanı Hulusi Akar’dan Dörtlü Toplantı Açıklaması.” 13.07.2022. Erişim 5 Ağustos 2022. <https://www.msb.gov.tr/SlaytHaber/1372022-47308>.
- Türkiye Cumhuriyeti Milli Savunma Bakanlığı. “Milli Savunma Bakanı Hulusi Akar, Ukrayna Savunma Bakanı Oleksii Reznikov ve Ukrayna Altyapı Bakanı Aleksandr Kubrakov ile Görüştü.” 23.07.2022. Erişim 5 Ağustos 2022. <https://www.msb.gov.tr/SlaytHaber/2372022-35817>.
- Türkiye Cumhuriyeti Milli Savunma Bakanlığı. “Odessa’dan Yola Çıkan Tahıl Yüklü RAZONİ İsimli Gemi Müşterek Denetleme Timi Tarafından Denetlendi.” 03.08.2022. Erişim 5 Ağustos 2022. <https://www.msb.gov.tr/SlaytHaber/382022-14316>.
- Türkiye Cumhuriyeti Milli Savunma Bakanlığı. “Türkiye, İngiltere ve Ukrayna Savunma Bakanları Üçlü Toplantıda Bir Araya Geldi.” 16.06.2022. Erişim 3 Ağustos 2022. <https://www.msb.gov.tr/SlaytHaber/1662022-18830>.
- Türkiye Cumhuriyeti Milli Savunma Bakanlığı. “Türkiye, Rusya, Ukrayna ve BM Arasında Gerçekleşen İmza Töreninde Ülkemiz Adına Anlaşmayı Milli Savunma Bakanı Hulusi Akar İmzaladı.” 22.07.2022. Erişim 3 Ağustos 2022. <https://www.msb.gov.tr/SlaytHaber/2272022-42883>.
- Türkiye Cumhuriyeti Milli Savunma Bakanlığı. “Ukrayna Limanlarındaki Tahıl Ürünlerinin Güvenli Sevkiyatını Sağlayan Müşterek Koordinasyon Merkezinde Basın Bilgilendirme Toplantısı Yapıldı.” 02.08.2022. Erişim 5 Ağustos 2022. <https://www.msb.gov.tr/SlaytHaber/282022-23535>.
- Türkiye Cumhuriyeti Milli Savunma Bakanlığı. “Ukrayna Limanlarından İlk Gemi Bugün Hareket Edecek.” 01.08.2022. Erişim 5 Ağustos 2022. <https://www.msb.gov.tr/SlaytHaber/182022-80071>.
- Türkiye Cumhuriyeti Milli Savunma Bakanlığı. “Yarın Seyre Başlamasının Planlandığı Açıklandı.” 04.08.2022. Erişim 7 Ağustos 2022. <https://www.msb.gov.tr/SlaytHaber/482022-03213>.

- Türkiye Cumhuriyeti Resmi Gazetesi No. 3374. “Boğazlar rejimi hakkında Montreux’de 20 Temmuz 1936 tarihinde imza edilen mukavelename.” 05.08.1936. Erişim 11 Ağustos 2022. <https://www.resmigazete.gov.tr/arsiv/3374.pdf>.
- Tütüncü, Ayşe Nur, Enver Arıkoğlu, Verda Neslihan Akün ve Elif Başkaracaoğlu (Derleyenler ve Düzenleyenler). *Toluner Milletlerarası Hukuk (Giriş, Kaynaklar) Prof. Dr. Sevin Toluner’in Ders Notlarından*. 2. Bası. İstanbul: Beta Yayınevi, 2019.
- United Nations Secretary-General. “Note to correspondents on today’s agreements.” 22.07.2022 Erişim 11 Ağustos 2022. <https://www.un.org/sg/en/content/sg/note-correspondents/2022-07-22/note-correspondents-today%E2%80%99s-agreements#:~:text=The%20United%20Nations%2C%20represented%20by,entering%20or%20departing%20Ukrainian%20ports>.
- United Nations. Resolution adopted by the General Assembly (A/RES/68/262). “Territorial integrity of Ukraine.” 27.03.2014. Erişim 3 Ağustos 2022. <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N13/455/17/PDF/N1345517.pdf?OpenElement>.
- Valta, Matthias. “Wirtschaftssanktionen gegen Russland und ihre rechtlichen Grenzen,” *Verfassung (blog)*. 28.02.2022. Erişim 3 Ağustos 2022, <https://verfassungsblog.de/wirtschaftssanktionen-gegen-russland-und-ihre-rechtlichen-grenzen/>.
- Verein der Getreidehändler der Hamburg Börse e.V. “Statistik Getreideproduktion und –verbrauch.” Erişim 3 Ağustos 2022. <https://vdg-ev.de/infothek/zahlen-und-fakten/>.
- WIKISOURCE. “Initiative on the Safe Transportation of Grain and Foodstuffs from Ukrainian Ports.” 09.08.2022. Erişim 12 Ağustos 2022. [https://en.wikisource.org/wiki/Initiative\\_on\\_the\\_Safe\\_Transportation\\_of\\_Grain\\_and\\_Foodstuffs\\_from\\_Ukrainian\\_Ports](https://en.wikisource.org/wiki/Initiative_on_the_Safe_Transportation_of_Grain_and_Foodstuffs_from_Ukrainian_Ports).
- World Food Programme. “Failing to open Ukrainian ports means declaring war on global food security, WFP Chief warns UN Security Council.” 19.05.2022. Erişim 5 Ağustos 2022, <https://www.wfp.org/news/failing-open-ukrainian-ports-means-declaring-war-global-food-security-wfp-chief-warns-un>.





**Makaleler**

**Articles**



# Merkantilist Politikalar 21. Yüzyıl Ticaret Savaşlarına

İlayda BAŞBUĞA\*

---

\* Avukat, Ankara Barosu. ([ilayda.develi.123@hotmail.com](mailto:ilayda.develi.123@hotmail.com))

## MERKANTİLİST POLİTİKALARDAN 21. YÜZYIL TİCARET SAVAŞLARINA

### ÖZ

Bu çalışmada, temelini merkantilist felsefeden alıp günümüzde Neo Merkantilizm olarak kendine uygulama alanı bulan korumacı politikalar incelenmektedir. Ayrıca 21. yüzyılda yaşanan benzer ekonomik olaylar hakkında tarihi süreç genel olarak ele alınmıştır. Korumacılık ve merkantilizm kavram olarak farklı bakış açılarıyla incelenmiş ve literatür taraması tarihi olay ve olgularla desteklenerek açıklanmıştır. Bununla beraber ülkelerin üretimi ve ihracatı arttırmak amacıyla uygulamaya koydukları politikalar neticesinde Ticaret Savaşları olgusu ortaya çıkmıştır. ABD'nin uygulamaya koyduğu çeşitli uygulamalar sonucunda birçok ülke ve dünya ekonomisi bu durumdan etkilenmiştir. Ticaret Savaşları neticesinde ithal girdi maliyetleri artarken ihracat maliyetleri yükselmiştir. Bu çalışmada Ticaret Savaşı kavramı hakkında literatür taraması yapılarak merkantilist politikalar ile ticaret savaşları arasındaki bağlantı incelenmiştir.

### Anahtar Kelimeler

ticaret savaşları

Merkantilizm

Neo-merkantilizm

korumacılık

misilleme

## MERCANTILIST POLICIES TO 21<sup>st</sup> CENTURY TRADE WARS

### ABSTRACT

In this study, protectionist policies, which take their foundation from mercantilist philosophy and find their application area as neo-mercantalism today, are examined. In addition, the historical process about similar economic events in the 21st century is discussed in general. Protectionism and mercantilism as a concept have been studied from different perspectives and explained by supporting the literature review with historical events and facts. However, as a result of the policies that countries have implemented to increase production and exports, the phenomenon of Trade Wars has emerged. As a result of the various practices implemented by the United States, many countries and the world economy have been affected by this situation. As a result of the Trade Wars, import input costs increased and export costs increased. In this study, a literature review was conducted on the concept of Trade War and the dec between mercantilist policies and trade wars was examined.

### Keywords

Trade Wars

Mercantilism

Neo-Mercantilism

Protectionism

Retaliation

## GİRİŞ

Dünya ticareti her geçen gün küreselleşmektedir. 1947 yılı sonrasında Gümrük ve Ticaret Anlaşması (GATT) toplantıları başlamıştır. Bu toplantılardan alınan kararlar neticesinde dünya ticaretinin önündeki engellerin kaldırılması hedeflenmiştir. Toplantıda alınan kararlar sonrasında ticaretin serbestleşmesi için 1995 yılında Dünya Ticaret Örgütü kurulmuş ve birçok kurum, ülkelerin korumacı politikalarının önüne geçerek ticareti serbestleştirmek amacıyla çalışmalar yapmaya başlamışlardır. 1986 yılında *Uruguay Round* görüşmeleri ile başlayıp, Dünya Ticaret Örgütünün kurulmasına kadar geçen süreçte; gümrük tarifeleri, kotalar, vergiler gibi birçok engelin önüne geçilmesi amaçlanmıştır. Küreselleşen dünya ticareti ve Dünya Ticaret Örgütünün etkileri ile tarife önlemlerinde görülen azalma trendi, 2008 krizi sonrasında yerini daha korumacı politikalara bırakmıştır. Küresel ölçekte tarife dışı önlemler ile korumacı politikalarda artış yaşanmaktadır. Neo merkantilist politikaların neticesinde; ekonomi politikaları git gide korumacı bir hale gelmektedir. Ülkeler kendi ekonomilerini korumayı hedefleyerek, çeşitli tarife engellerini uygulamaya koymaktadır. Bunun sonucunda tarifelerin muhatabı olan ülkeler misilleme yaparak karşılık vermektedirler. Karşılıklı olarak uygulanan bu yaptırımlar sonucunda Ticaret Savaşları ortaya çıkmaktadır. Ticaret savaşları tarih boyunca dönem dönem yaşanmış ve günümüzde de yaşanmaya devam etmektedir. Karşılıklı olarak misilleme yapılması ticaret savaşlarına küresel bir kimlik kazandırmıştır.<sup>[1]</sup> Çalışma kapsamında korumacı politikaların ve ticaret savaşlarının tarihi incelenmektedir. Ayrıca tarihte yaşanan benzer ekonomik olaylar hakkında tarihi süreç genel olarak ele alınmakta ve günümüz ile karşılaştırılmaktadır.

---

[1] Fabian Wallen and Magnus Wiberg, "Growing Protectionism After the Financial Crisis: What is the Evidence Institute of Economic Affairs," *IEA Current Controversies Papers*, no. 60, (2018).

## I. TİCARET SAVAŞLARI

Ticaret savaşlarının kavramının teorik olarak açıklamasını incelediğimizde karşımıza ilk olarak Johnson vakası çıkmaktadır.<sup>[2]</sup> Johnson 1953 yılında yapmış olduğu araştırma ile optimum tarifeler üzerine çalışmış ve olası bir ticaret savaşı halinde doğru tarife dengesi sağlanırsa büyük ülkelerin fayda sağlayarak refah düzeyini arttıracığını ve küçük ülkelerin her zaman kaybedeceğini buna bağlı olarak refah düzeyinin azalacağını teorik olarak ortaya koymuştur.<sup>[3]</sup>

Johnson'ın bu teorik çalışmasının ardından; dengeli bir tarife politikası üzerine yoğunlaşan çeşitli çalışmalar yapılmıştır. Yapılan çalışmaların farklı enstrümanlar üzerine yoğunlaşmıştır. Örneğin Tower 1975 yılında yapmış olduğu çalışmada kotalar üzerinden inceleme yaparken, Kuga 1973 yılında yayınlamış oldu çalışmada çeşitli mal grupları üzerinden araştırma yapmıştır. Bu yazarların ortak yanı tarife dengesinin oluşumunu ve iş birliğine dayalı bir politika dengesi olasılığını incelemiş olmaları ve dış ticaret hadleri dışsallıklarına dayanmalarındır. İlerleyen dönemde ticaret savaşından sonra yapılacak ticaret anlaşmalarının küresel refahı iyileştireceği savunan ikinci bir grup daha ortaya çıkmıştır.<sup>[4]</sup> Ayrıca ticaret savaşı dendiğinde her ne kadar ilgili ülkenin ticari ortaklarına zarar verecek olsa da yerli şirketlerin karlarını arttırmak amaçlı çeşitli vergiler ve sübvansiyonlar gibi ticaret politikaları da uygulamaya konulmuştur.<sup>[5]</sup> Çeşitli şekillerde kendine uygulama alanı bulan stratejik ticaret politikası argümanı aynı zamanda ticaret politikası dengelerinin özelliklerinin incelenebileceği bir kanaldır.

[2] Antoine Bouët and David Laborde Debucquet, "Make America and its partners lose again," *The World Economy* 41, no 9 (2018): 2276-2319. <https://doi.org/10.1111/twec.12719>.

[3] Harry G Johnson, "Optimum tariffs and retaliation," *Review of Economic Studies* 21, no. (1953): 142-153, <https://doi.org/10.2307/2296006>.

[4] Kiyoshi Kuga, "Tariff Retaliation and Policy Equilibrium," *Journal of International Economics* 3, no. 4 (1973): 351-366, [https://doi.org/10.1016/0022-1996\(73\)90027-5](https://doi.org/10.1016/0022-1996(73)90027-5).

[5] Edward Tower, "The optimum quota and retaliation," *Review of Economic Studies* 42, no. 4 (1975): 623-630.

Brander ve Spencer tarafından 1985 yılında yapılan çalışmada; iki ülke arasındaki ihracat sübvansiyon savaşı incelenmiştir.<sup>[6]</sup> Bu senaryoda, iki ülkede; ulusal firmaların eksik rekabet altındaki bir sektörde daha fazla kar toplamasını sağlamayı amaçlamıştır.

Eaton ve Grossman 1986 yılında iki ülke arasındaki Bertrand rekabeti ve oligopolistik firmaların ihracatlarını vergilendiren politika dengesi durumunu incelemiştir. 2012 yılında Ossa tarafından yapılan bir çalışmada ise Nash tarifleri ve bu tarifelerin uygulanmasına ilişkin refah değişikliklerini Krugman'ın "yeni ticaret" modelini kullanarak formüle edilmiştir.

Ossa bir üretim yer değiştirme dışsallığının ticaret politikasını da motive edebileceği fikrini desteklemektedir; bu aynı zamanda ticaret ortakları için ticaret anlaşmalarında içselleştirilebilecek bir dışsallık kaynağı oluşturur. Daha doğrusu, bu dışsallık, yerli imalat sektörüne girişe ve yabancı imalat sektörlerinden çıkışa yol açan bir ithalat vergisinden kaynaklanmaktadır. Bu tür üretim yer değiştirmeleri iç refahı arttıracaktır.<sup>[7]</sup>

Literatürün ampirik tarafını inceleyecek olursak; Conybeare ticaret savaşlarını, devletlerin, ekonomilerinin ticareti yapılan mal veya hizmet sektörleriyle doğrudan ilgili ekonomik hedefler üzerinde etkileşimde bulunduğu, pazarlık yaptığı ve misilleme yaptığı ve kullanılan araçların birbiriyle bağlantılı olduğu yoğun bir uluslararası çatışma kategorisi, olarak tanımlamaktadır. Tüm bu çalışmalar literatüre katkı sunmuş ve günümüzde devam eden çalışmaların çoğuna yol gösterici olmuştur.<sup>[8]</sup>

Bu incelemelerden genel olarak üç sonuç çıkartılmıştır.; Birincisi, küresel tarife savaşları tüm ülkelere ve genel olarak dünya ekonomisine çok zarar verebilir. İkincisi, ikili ticaret savaşlarında iki olası sonuç vardır; genel durumda, iki ülke bir serbest ticarete başlangıç noktasındaki durumlarına kıyasla zarar görmektedir. Johnson davaları diyebileceğimiz bazı durumlarsa

---

[6] James A. Brander and Barbara J. Spencer, "Export subsidies and international market share rivalry," *Journal of International Economics* 18, no. 1-2 (February 1985): 83-100.

[7] Ralph. A Ossa, "New Trade Theory of GATT/WTO Negotiations," *Journal of Political Economy* 119, no. 1 (February 2011): 122-152.

[8] John Conybeare, *Trade Wars: The Theory and Practice of International Commercial Rivalry*, New York Columbia University Press, 1987.



ise büyük ülke refahını artırırken küçük ülkenin refah düzeyi düşmektedir. Üçüncü sonuç ise dengeli bir tarife politikası üzerine yoğunlaşan Johnson davalarında bile küresel refah azalmıştır.

Merkantilizm bu nedenle bir para politikası sistemi olarak düşünülebilir. Ülkelerde para ve kıymetli madenlerin miktarını artıracığına inanılan tedbirlerin kendine uygulama alanı bulmaya başlamıştır.

Paranın sermaye kavramıyla özdeşleşmiş olması, ülke içinde artan para dolaşımının ulusal zenginliğin artmasını ve diğer ülkelerle olumlu bir değişim ilişkisi sağlayacağı düşüncesi paraya karşı tutumu değiştirmiştir.<sup>[9]</sup> İlerleyen dönemde en yüksek amaç devletin gücü ve zenginliği haline gelmiş ve devletin refahı bireyin refahından önce gelmeye başlamıştır. Coğrafi keşifler, dünyanın varlığının olması gerekenden daha büyük ve taşıdığı değer in insanlık için daha önemli olduğu sorgulamasının yapıldığı bir devrimdir.<sup>[10]</sup> Bu devrimin öncüleyici sebepleri de yeni ticaret alanları bulmak, altın ve gümüş gibi değerli madenlere erişmek, üretim için gerekli olan hammadde kaynaklarını keşfetmek ve olası bir yeni dünyada yer kapmak isteğidir.<sup>[11]</sup>

Uluslararası ticaret sayesinde ülkelerin refah düzeyinin artacağına yönelik görüşler dikkate alındığında tarife engelleri sadece bu ticaretin taraflarına değil aynı zamanda ülkelerin kendilerine de zarar vereceği görüşü yaygındır.<sup>[12]</sup> Bu görüşler dikkate alındığında tarifeler, ülke içerisindeki bazı çıkar grupları için yarar sağlar gibi görünse de tarifeleri uygulayan ülke ekonomisine zarar vermektedir.<sup>[13]</sup> Daha önce yapılmış çalışmalar incelendiğinde ticari çatışmaların altında politik ekonomik kararların olduğu görülmektedir.<sup>[14]</sup>

Politik olarak verilen bu ekonomik kararlara dayanarak koyulan tarife engelleri ticaretin tarafları için olduğu kadar bu tarifeleri koyan ülkeler

---

[9] B.F. Haley, "Heckscher, Mercantilism," *The Quarterly Journal of Economics* 50, no. 2, (February 1936): 347-354, <https://doi.org/10.2307/1885028>.

[10] Haley, "Heckscher, Mercantilism."

[11] Riamondo Luraghi, *Sul sentiero della guerra*, (Rizzoli, 2000).

[12] David Ricardo, *Principles of Political Economy and Taxation*, (1891).

[13] Chad Bown, "On the Economic Success of GATT/WTO Dispute Settlement," *The Review of Economics and Statistics* 86, no. 3, (August 2004): 811-823.

[14] Ricardo, *Principles of Political Economy and Taxation*.

için de zararlıdır.<sup>[15]</sup> Ülkelerin tarifelere ilişkin yaklaşımlarını inceleyen araştırmalar sonucunda genel olarak tarifeleri düşürme eğiliminde oldukları ortaya çıkmıştır.<sup>[16]</sup>

## II. NEO MERKANTİLİZM

Neo Merkantilizmi açıklamak için öncelikle merkantilizmin incelenmesi daha doğru olacaktır.

Merkantilizm Gustav Schmoller tarafından amacı birleştirme olan bir ekonomi politikası olarak resmedilmiştir. William Cunningham, merkantilizmi bir güç sistemi olarak tanımlamıştır. Bu açıklamalardan daha önce Adam Smith, merkantilistlerin korumacı politikasını ve parasal doktrinlerini çalışmalarında vurgulamıştır. Ekonomik düşüncelerle hazırlanan eserler arasında Adam Smith'in *The Wealth of Nation* çalışması gibi döneminin ekonomik konjonktürün gereklerine paralel olarak ortaya konmuş çalışma sayısı çok azdır.<sup>[17]</sup>

Heckscher'in çalışmalarında merkantilizm geniş bir biçimde incelenmiştir. İlk olarak, merkantilizmi devletin birliğini teşvik etmek için tasarlanmış bir ekonomik politika sistemi olarak tanımlamıştır. Modern merkantilist dönem, devletin gümrük engelleri ve geçiş ücretleri, para sistemi, sınıai faaliyetin düzenlenmesi, iç ve dış ticaretin düzenlenmesi, ağırlık ve ölçü sistemi bakımından birlik sağlama girişimleriyle başlamıştır. Merkantilist teori dış ticaret üzerinde etkilidir. Merkantilizm, temelde devletin gücünü artırmak için tasarlanmış bir ekonomik politika sistemidir; tüm ekonomik faaliyetler bu amaca hizmet etmektedir.

Devlet gücü için gerekli görülen belirli mal ve hizmetlerin, arzını doğrudan etkilemek için girişimlerde bulunulmuş ve buna ek olarak, merkantilistler, devletin gücünün, devletin vergilendirme yoluyla yararlanabileceği toplam milli gelirdeki genel artışla destekleneceğini ortaya koyarak korumacılık politikalarını ve para politikalarını bu amaçla geliştirmişlerdir.

---

[15] Bown, "On the Economic Success."

[16] Daniel Y. Kono, "Optimal Obfuscation: Democracy and Trade Policy Transparency," *The American Political Science Review* 100, no. 3 (August, 2006): 369-384.

[17] Deane Phyllis, *The first industrial revolution*, (Cambridge, 1979), 203.

Merkantilizm, yerli üreticilerin sistematik korunması yoluyla devletin zenginliğini ve dolayısıyla gücünü teşvik etmek için tasarlanmış bir ekonomik politika sistemi olarak tanımlanabilir.

Bu terimi Heckscher ‘koruma’ şeklinde kullanmıştır ve temel olarak üretim neredeyse başlı başına bir amaç olarak görülmüştür. Ancak üreticilerin mallarını elden çıkaramayacaklarına ilişkin yaşadığı korkular neticesinde ihracatı artırma ve ithalatı azaltma arzusu gelişmiştir. Aslında amaç, malları mümkün olan herhangi bir yolla elden çıkarmaktır. Bu düşünce, iş yaratma ve işsizliği önleme arzusuyla daha da güçlenmiştir. Bununla birlikte, bazı önemli istisna malları, özellikle para ve değerli metallerin ihracatını engelleme arzusu ortaya çıkmıştır. Heckscher tarafından Mal Korkusu (Fear of Goods) olarak isimlendirilen bu tutum genel olarak ithalatı artırıp ihracatı azaltma yönünde politikaları ortaya çıkartmıştır. Merkantilizm bu nedenle bir para politikası sistemi olarak düşünülebilir. Ülkelerde para ve kıymetli madenlerin miktarını artıracığına inanılan tedbirlerin kendine uygulama alanı bulmaya başlamıştır. Paranın sermaye kavramıyla özdeşleşmiş olması, ülke içinde artan para dolaşımının ulusal zenginliğin artışı ve diğer ülkelerle olumlu bir değişim ilişkisi sağlayacağı düşüncesi paraya karşı tutumu değiştirmiştir.<sup>[18]</sup> İlerleyen dönemde en yüksek amaç devletin gücü ve zenginliği haline gelmiş ve devletin refahı bireyin refahından önce gelmeye başlamıştır.

Coğrafi keşifler, dünyanın varlığının olması gerekenden daha büyük ve taşıdığı değer için daha önemli olduğu sorgulamasının yapıldığı bir devrimdir. Bu devrimin öncüleyici sebepleri de yeni ticaret alanları bulmak, altın ve gümüş gibi değerli madenlere erişmek, üretim için gerekli olan hammadde kaynaklarını keşfetmek ve olası bir yeni dünyada yer kaplamak isteğidir.<sup>[19]</sup> Sömürgecilik anlayışının fikirselleşmesi ise merkantilizm düşüncesinin, bir ülkenin ancak başka bir ülkenin fakirleşmesi pahasına büyüyebileceği, inancına dayanmaktadır.

Bu inanç kapsamında ortaya çıkan sonuç ise devletin içerisinde oluşan tekellerin hükümetin mutlak koruyuculuğu içerisinde varlıklarını sürdürürken, sınır dışında ise sömürgecilik faaliyetlerinin hız kazanması için çaba göstermeleridir. Bu amaç doğrultusunda sömürgeleştirilebilecek nitelikteki güçsüz devletlerin değerli madenlerine el koyabilmek için başta İspanya ve

[18] Haley, “Heckscher, Mercantilism.”

[19] Luraghi, *Sul sentiero della guerra*.

Portekiz olmak üzere yayılmacı idealler taşıyan devletler öncü kuvvetlerini uzak topraklara gönderilmişlerdir.<sup>[20]</sup>

Orta Çağdan itibaren yaklaşık üç yüzyıl boyunca etkili ekonomik bir politika olan merkantilizm temelde devlet içerisinde iç Pazar yaratmayı amaçlamıştır.<sup>[21]</sup> Bu bağlamda, merkantilizm metodolojik, teorik ve siyasal sistem açısından geniş bir tartışma ortamı yaratmaktadır.<sup>[22]</sup>

### III. 21.YÜZYIL TİCARET SAVAŞLARI

2016 yılının sonun itibariyle küresel ticareti derinden etkileyecek değişiklikler yaşanmaya başlamıştır. İngiltere'nin Brexit süreci ve ABD başkanlığı seçim sonuçları ile başlayan bu sürecin mevcut ticari dengeleri derinden etkileyen sonuçları olmuştur. Seçim kampanyaları sırasında korumacı bir ekonomik politika izleyeceğini açık bir şekilde ortaya koyan Donald Trump, başkanlık seçimini kazandıktan sonra icraata geçmekte gecikmemiştir. Çin, Meksika ve Almanya'ya karşı uygulanan ithalat vergilerini Amerikan ekonomisini haksız rekabete karşı korumak amacıyla yükselteceğine ilişkin açıklamalarının ardından Amerika'yı Trans Pasifik Ortaklığından çıkartmayı amaçlayan kararı imzalamıştır (For Americans, Trump's tariffs on imports could be costly 2016). Başlangıçta imzalamış olduğu bu karar ABD kongresi tarafından onaylanmadığı için sembolik olarak görünse de; günümüz ekonomisinde hala etkisini gösteren 21.Yüzyıl Ticaret Savaşları bu şekilde başlamıştır.

Bu gelişmeler karşısında Çin'in adeta misilleme odaklı stratejiler benimsemesi gerginliği arttırmış ve yaklaşık iki ay içerisinde yükseltelen tarifelerin yaklaşık değeri 100 milyar dolara ulaşmıştır. İki ülkede birbirini ticaret ağlarını genişletmekle tehdit eder hale gelmiştir. ABD; Çinli bireylerin ve firmaların yasal ve yasadışı yollarla teknoloji transferi yaptığı iddiası ile ilgili şikâyette bulunarak Çin'i Amerika'nın fikri mülkiyetini çalmakla suçlamıştır.

---

[20] Mark Skousen, *The Structure of Production*, (New York & London: New York University Press, 2007).

[21] Ejvind Damsgaard Hansen, *European Economic History: From Mercantilism to Maastricht and Beyond*, Copenhagen, Copenhagen Business School Press, (2001).

[22] Lars Magnusson and Eli F. Heckscher, *Mercantalism*, (London & New York: Routledge, 2007).

Çin'in Amerikan fikri mülkiyet hırsızlığının Amerikan ekonomisine yıllık yaklaşık 225 ila 600 milyar dolar ve bir sürü Amerikan işine mal olduğu tahmin edilmektedir.<sup>[23]</sup>

20. yüzyılda yaşanmış benzer durumların incelenmesi süreci açıklamak adına faydalı olacaktır. Ekim 1929'daki Wall Street Çöküşünden 8 ay sonra Haziran 1930'da ABD Kongresi 20.000 ithal mal kalemi için ithalat tarifelerini yükseltme kararı almıştır.

Bu karar sonrası ortalama ithalat tarifesi %39'dan %53'e yükselmiştir. ABD'nin ticaret ortaklarından misilleme gecikmemiş ve Kanada ile başlayan misillemeleri diğer ülkeler takip etmiştir. 1930 sonrası küresel ticaretin çöküşünden ABD ekonomisi olumsuz etkilenmiştir. 1930 yılında dünya ticaretindeki payı %16 olan ABD'nin bu payı 1935 yılında %11'e düşmüştür. ABD ithalatı da 1930 Haziran'ından sonra yaklaşık %40 düşmüştür. Düşüşün bir kısmı, ABD ulusal gelirindeki düşüş ile ilişkili diğer bir kısmı ise, Smooth-Hawley Tarife Yasası'nın korumacı etkisini artıran yabancı misilleme ve deflasyonla ilişkilidir. ABD ithalatındaki Basit bir genel denge modeli tasarlayan Irwin, bu yasanın ABD gayri safi milli hasılasında %0,3 ile %1,9 arasında bir verimlilik kaybına yol açtığı sonucuna varmıştır.<sup>[24]</sup> Karşılıklı olarak alınan bu kararlar devletler arasında ekonomik belirsizliklerin artmasına neden olmuştur. Dünya Ticaret Örgütü tarafından yayınlanan 2018 yılına ait Ticaret izleme raporu küresel mal ticaretine ilişkin hazırlanmış olduğu raporda yıllık büyümenin yılın ilk altı ayında %3.9 seviyelerinden ikinci 6 ayda %2.7'ye düştüğünü açık bir şekilde ortaya koymuş ilerleyen yıllarda ise büyümenin gözle görülür bir şekilde yavaşladığını raporlarında belirtmiştir. Ticaret Savaşlarının yanı sıra 2019, 2020, 2021 verileri elbette Covid-19 pandemisinden de etkilenmiştir.

Ticaret savaşları 21. Yüzyılın belki de en önemli ekonomik olaylarına neden olmaktadır. Bu kapsamda ülkelerce uygulamaya konan yaptırımlar hukuki, ekonomik ve sosyal hayatı somut olarak etkilemiş ve etkileri gündelik hayata dahi yansımıştır. Ticaret Savaşı olgusu tarihte dönem dönem ortaya çıkmış ve çeşitli sonuçlar doğurmuştur. Bunlardan en bilineni 19.

[23] K.M. Siby and Arunachalam P, *The US-China Trade Competition: An Overview*, (2018). [https://mpr.ub.uni-muenchen.de/87236/1/MPPA\\_paper\\_87236.pdf](https://mpr.ub.uni-muenchen.de/87236/1/MPPA_paper_87236.pdf)

[24] Douglas Irwin A, "The Smoot-Hawley Tariff: A Quantitative Assessment," *The Review of Economics and Statistics* 80, no. 2 (May, 1998): 326-334.

yüzyıl yüzyılda ortaya çıkan 1. Afyon savaşlarıdır. Yaşanan bu savaşta Çin'in yasadışı ilan ettiği Afyonu İngiltere Çin'e satmaya başlamıştır. Günümüzden farklı olarak bu durumda Çin tarafından ithalat vergileri değil direkt olarak İngiltere'nin büyük bir ithalat kaleminin yasadışı ilan edilmesi söz konusudur.

Sonrasında İngiltere bu yasaklara aldırılmayarak afyon satışlarına devam etmiş ve fiziki bir savaş ortaya çıkmıştır. Ancak savaşta İngiltere'nin yanına Fransa'yı da alarak yapmış olduğu müdahaleler sonucu İngilizler bu savaşı kazanmış ve Çin İngiltere'ye imtiyaz tanımak zorunda kalmıştır.

Farklı bir gelişme de Doğu Asya'da başlayan Japonya ekonomisinin hızlı kalkınma hamlelerini takiben ortaya çıkmıştır. Japon Mucizesi olarak anılan bu ekonomik kalkınma hamlesi ile Japon şirketleri uluslararası piyasada çok kısa bir süre içinde rekabet üstünlüğünü ele geçirmiştir. Japon markalı otomobiller, elektronik cihazlar ve birtakım mallar başta ABD olmak üzere birçok piyasayı adeta işgal etmiştir. Hatta bazı Japon şirketleri ABD şirketlerini satın almaya başlamıştır.

Japonya'nın bu hamlesi ABD tarafından tehdit olarak algılanmış ve yaptırımlar gecikmemiştir. ABD'de bu durumu engellemek için sendikalar hemen harekete geçmiştir. Bu sendikalar ABD şirketlerinin Japonlara satılmasına karşı çıkmış ve ABD'nin sembolik sayılan Rockefeller binası gibi bazı yapılarının satışına engel olmaya çalışmışlardır. Hatta ABD tarafından teknolojilerinin çalındığı iddialarıyla birlikte casusluk iddiaları ile davalar dahi açılmıştır. Sivil toplum kuruluşları çeşitli eylemler yaparak Japon otomobillerini parçalamıştır.

ABD dış ticaret açığı noktasında iş bu makale konusu ticaret savaşları öncesinde birçok hamle yapmıştır. Örneğin ucuz iş gücü nedeniyle ABD'li teknoloji şirketlerinin Hindistan'da olan tüm tesislerini ülkelerine geri getirmek adına çalışmalar yapmıştır. Bunun en büyük nedeni şirketler ABD kökenli olsa da üretim Hindistan'da yapıldığından yapılan bu üretim sonucu mal satışlarının Hindistan ihracatını arttırmasıdır. ABD bu şirketleri kazanabilmek adına vergi avantajları ile birçok teşvik uygulaması yapmıştır. Çinin önlenemez yükseliş ve ABD'nin artan dış ticaret açığı neticesinde 2018 yılında ABD bu amaçla güvenlik tehdidi gerekçesiyle Çelik ve Alüminyum %10 ile %25 oranlarında ithalat vergisini yürürlüğe koymuş ancak birçok ekonomiste göre bu uygulamalarla ABD'nin en önemli amacı dış ticaret açığını kapatmaktır. Nitekim sonuca bakıldığında zaman bu uygulamalar

ABD'nin dış ticaret açığını kapatmaktan ziyade son yıllarda bu açığı gitgide daha çok arttırmıştır. Uygulamaya koyulan ithalat ilk yıllarda da kayda değer bir ticaret açığında düşüş yaratmadığı gibi ABD'nin yapmış olduğu bu yaptırımlar Çin'in yükselişini engellemeye de yeterli olmamıştır. Çin günümüzde ekonomik büyüme anlamında dünyada en çok artış gösteren ülke konumunda bu nedenle kimi yazarlara göre ticaret savaşlarını ABD'nin kaybettiğini dahi söyleyebiliriz.

## KAYNAKÇA

- Bouët, Antoine and David Laborde Debucquet, “Make America and its partners lose again.” *The World Economy* 41, no 9 (2018): 2276-2319. <https://doi.org/10.1111/twec.12719>.
- Bown, Chad. “On the Economic Success of GATT/WTO Dispute Settlement.” *The Review of Economics and Statistics* 86, no. 3, (August 2004): 811-823.
- Brander James A. and Barbara J. Spencer. “Export subsidies and international market share rivalry.” *Journal of International Economics* 18, no. 1-2 (February 1985): 83-100.
- Conybeare, John. *Trade Wars: The Theory and Practice of International Commercial Rivalry*. New York Columbia University Press, 1987.
- Haley, B.F. “Heckscher, Mercantilism.” *The Quarterly Journal of Economics* 50, no. 2, (February 1936): 347–354, <https://doi.org/10.2307/1885028>.
- Hansen, Ejvind Damsgaard. *European Economic History: From Mercantilism to Maastricht and Beyond*. Copenhagen, Copenhagen Business School Press, 2001.
- Irwin, A. Douglas. “The Smoot-Hawley Tariff: A Quantitative Assessment.” *The Review of Economics and Statistics* 80, no. 2 (May, 1998): 326-334.
- Johnson, Harry G. “Optimum tariffs and retaliation.” *Review of Economic Studies* 21, no. 2 (1953): 142–153, <https://doi.org/10.2307/2296006>.
- Kono, Daniel Y. “Optimal Obfuscation: Democracy and Trade Policy Transparency.” *The American Political Science Review* 100, no. 3 (August, 2006): 369-384.
- Kuga, Kiyoshi. “Tariff Retaliation and Policy Equilibrium.” *Journal of International Economics* 3, no. 4 (1973): 351-366, [https://doi.org/10.1016/0022-1996\(73\)90027-5](https://doi.org/10.1016/0022-1996(73)90027-5).
- Luraghi, Riamondo. *Sul sentiero della guerra*. Rizzoli, 2000.



- Magnusson, Lars and Eli F. Heckscher. *Mercantalism*. London & New York: Routledge, 2007.
- Ossa, Ralph. A. "New Trade Theory of GATT/WTO Negotiations." *Journal of Political Economy* 119, no. 1 (February 2011): 122-152.
- Phyllis, Deane. *The first industrial revolution*. Cambridge, 1979.
- Ricardo, David. *Principles of Political Economy and Taxation*, 1891.
- Siby, K.M. and Arunachalam P. *The US-China Trade Competition: An Overview*. 2018. [https://mpa.ub.uni-muenchen.de/87236/1/MPRA\\_paper\\_87236.pdf](https://mpa.ub.uni-muenchen.de/87236/1/MPRA_paper_87236.pdf)
- Skousen, Mark. *The Structure of Production*. New York & London: New York University Press, 2007.
- Tower, Edward. "The optimum quota and retaliation." *Review of Economic Studies* 42, no. 4 (1975): 623–630.
- Wallen, Fabian and Magnus Wiberg. "Growing Protectionism After the Financial Crisis: What is the Evidence Institute of Economic Affairs." *IEA Current Controversies Papers*, no. 60, (2018).



# Hukuki El Atma Davalarında Yargı Yolu Sorunu

Murat Fatih ÜLKÜ\*

---

\* Avukat, İzmir Barosu. ([mfulku@hotmail.com](mailto:mfulku@hotmail.com))

## GİRİŞ

Hukukumuzda uzun yıllar, sadece idarenin özel mülkiyet konusu taşınmazı işgal ettiği ve zilyetliğini ele geçirdiği olaylar -fiili el atma kabul edilen durumlar- kamulaştırmaz el atma olarak kabul edilmiş; işgalin ve zilyetliği ele geçirmenin bulunmadığı, kısaca hukuki el atma olarak adlandırdığımız idarenin işlem ve eylemleri (imar planları) ile özel mülkiyet konusu taşınmazda, malikin tasarruf yetkilerinin kısıtlanması ise kamulaştırmaz el atma olarak kabul edilmemiştir.

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 2010 yılında; *“bir taşınmazda fiilen el atılması ile, taşınmazın hukuken kullanılmasına (imar hakkına) sınırlama getirilmesi arasında sonuç yönünden fark bulunmadığını, her iki halde de kişinin mülkiyet hakkının sınırlandırılmış olacağını ve hukuki el atmanın varlığı halinde de, taşınmazın bedelinin idareden istenebileceğini”* kabul etmesine kadar. <sup>[1]</sup> Bu tarihten sonra, hukuki el atma kaynaklı çok fazla sayıda davanın açılması ile hukuki el atma ile ilgili uyuşmazlıklar artmış, hukuki el atma kaynaklı davaların görüleceği yargı yolu vb. konularda yasa değişikliklerine, Anayasa Mahkemesi kararlarına yol açan sorunlar yaşanmış ve yaşanmaya da devam etmektedir.

Hukuki el atma kapsamındaki uyuşmazlıklara hangi yargı yolunun çözüm bulacağı konusunda farklı dönemlerde farklı uygulamalar benimsenmiş olup, halen bu konuda adli ve idari yargıda birbirleriyle çelişen kararlar verilmektedir. Bu çalışmamızda konuyla ilgili içtihatlardaki farklı görüşleri ortaya koyduktan sonra, kamulaştırmaz *“hukuki el atmaya”* ilişkin uyuşmazlıklarda hangi yargı yolunun görevli olması gerektiği hakkında görüşlerimizi açıklamaya çalışacağız.

---

[1] HGK E. 2010/5-662, K. 2010/651, K.T. 15.12.2010; Hukuk Genel Kurulu E. 2004/5-555, K. 2005/17, K.T. 02.02.2005 sayılı kararıyla uygulama alanında okul alanı olarak ayrılan bir taşınmazda paydaş yapılan bir yurttaşın açtığı davada, “hukuki el atmaya”, “kamulaştırmaz el atma” olarak kabul etmesine karşın; sadece imar uygulaması sonucunda, kamusal nitelikteki parsellerde paydaş olan yurttaşlara örnek olabilecek ve çok istisnai bu örnek dışında, Yargıtay, 2010 tarihli kararına kadar genel olarak “kamulaştırmaz el atmanın varlığı için, fiili el atmanın (işgalin) varlığını” koşul olarak aramaya devam etmiştir. (HGK E. 2007/5-80, K. 2007/826, K.T. 07.11.2007.)

## I. HUKUKİ EL ATMA KAVRAMI

Kamulaştırma Kanunu Ek Madde 1'e göre hukuki el atma; özel mülkiyet konusu taşınmazlar üzerindeki tasarruf hakkının, uygulama imar planlarında umumi hizmetlere ve resmi kurumlara ayrılmak suretiyle mülkiyet hakkının özüne dokunacak şekilde hukuken kısıtlanmasıdır.

Fiili el atma- hukuki el atma ayrımının temel ölçütü, idarenin özel mülkiyet konusu taşınmazı işgal etmesi-zilyetliğini ele geçirmesidir. Kural olarak idare taşınmazı işgal edip zilyetliğini ele geçirmiş ise fiili el atma, idare taşınmazı işgal etmemiş-zilyetliğini ele geçirmemiş ise hukuki el atma olduğunu vurgulamak gerekir.

Hukuk uygulamasında; "hukuki el atma" olarak nitelendirilen durum genel anlamıyla; imar planı ile bir kişinin taşınmazının yol, park, okul alanı, yeşil saha, ibadet yeri gibi umumi hizmet alanı olarak belirlenmesi veya bir imar uygulaması (parselasyon) sonucunda, uygulama alanında taşınmazı olan bir kişinin, genel (umumi) tesis alanı olarak ayrılan taşınmazda<sup>[2]</sup> paydaş haline getirilmesi biçiminde karşımıza çıkmaktadır.

Kamulaştırma Kanunu Ek 1.madde çerçevesinde, hukuki el atmanın öğeleri şunlardır: 1. Mülkiyet hakkı kısıtlanan taşınmaz hakkında 1/1.000'lik uygulama imar planının düzenlenmiş olması, 2. Bu imar planının yürürlüğe girmesinden itibaren beş yıllık süre içinde imar planı çerçevesinde parselasyon işleminin (imar uygulamasının) yerine getirilmeyerek, plan gereğinin yapılmamış olması, 3. Taşınmazın kamulaştırılmamış olması, 4. Taşınmaz üzerindeki imar hakkı kısıtlamasını kaldıracak imar planı değişikliğinin yapılmamış olmasıdır.

El atılan taşınmaz özelinde, fiili el atma ve hukuki el atma birlikte bulunabilir. Bu durumda fiili el atmanın varlığı kabul edilerek, fiili el atmaya öncelik verilerek uyumsuzluğun çözümlenmesi gerekir. Uygulamada taşınmazın bir

---

[2] İmar Kanunu madde 18'e göre; yol, park, okul alanı, yeşil alan gibi genel (umumi) hizmetlere ayrılacak alanları karşılamak için, uygulamaya giren yurttaşlara ait taşınmazlardan, taşınmazların %45'ini geçmemek üzere, bedelsiz olarak düzenleme ortaklık payı (DOP) alınmaktadır. Ancak, hukuka uygunluğu tartışmalı ise de, uygulama alanında, gerek genel (umumi) hizmet alanları, gerekse İmar Yasası md. 18'de öngörülenler dışındaki (hastane, kreş, belediye hizmet alanı vb.) resmi kurum ve kuruluşlara ayrılması gereken yerler için oluşturulan taşınmazlarda yurttaşlar paydaş da yapılabilmektedir.

kısımında fiili el atma, kalan kısmında veya tamamında hukuki el atma varsa, fiili el atmanın varlığı kabul edilmektedir.<sup>[3]</sup> İhtihatlarda, hukuki el atmanın ilişkin olduğu bir imar planı kapsamındaki el atmadan ve proje bütünlüğü kavramından söz edilmekte ise de<sup>[4]</sup>, uygulamada proje bütünlüğü aranmaksızın da fiili el atmanın önceliği kabul edilmektedir.

## II. HUKUKİ EL ATMAYA İLİŞKİN YARGI YOLUNDA FARKLI DÖNEMLERE AİT UYGULAMALAR

### A) 15.12.2010 TARİHLİ YARGITAY HGK KARARI İLE 6487 SAYILI KANUNLA KAMULAŞTIRMA KANUNU'NUN GEÇİCİ 6. MADDESİNDE YAPILAN DEĞİŞİKLİK (24.05.2013) ARASINDAKİ DÖNEM

15.12.2010 tarihli Yargıtay HGK kararı ile başlayan bu dönemde, adli yargı tarafından hukuki el atma, aynen fiili el atmanın bağlı olduğu hukuksal çerçeve içinde değerlendirilmiş, hukuki el atmadan kaynaklanan kamulaştırmasız el atma davaları da adli yargıda görülmüştür. Ancak bu dönemde, hukuki el atmanın idari dayanağının bir anlamıyla imar ve tasarruf hakkını kısıtlayan imar planı olması, hukuki el atma davalarında idari yargının görevli olup olmadığı konusunda duraksama yaratmış, bu konuda Uyuşmazlık Mahkemesi idari yargının görevli olduğu yönünde karar vermiştir.<sup>[5]</sup> Ancak genel olarak bu dönemdeki uygulamada, hukuki el atma davalarının görülme yerinin adli yargı olarak benimsendiğini söylemek mümkündür.

### B) 6487 SAYILI KANUNLA KAMULAŞTIRMA KANUNU'NUN GEÇİCİ 6.MADDESİNDE YAPILAN DEĞİŞİKLİK (24.05.2013) İLE 6745 SAYILI KANUNLA KAMULAŞTIRMA KANUNU'NA EK MADDE 1'İN EKLENMESİ (20.08.2016) ARASINDAKİ DÖNEM

Uygulamadaki görüş farklılığı, yasa koyucuyu bu konuda düzenleme yapmaya yönlendirmiş, yasa koyucu da 6487 sayılı kanunla Kamulaştırma

[3] Uyuşmazlık Mahkemesi E. 2021/275, K. 2021/311, K.T. 03.05.2021,

[4] 5 HD E.2019/11438, K. 2021/4882, K.T. 06.04.2021: “Taşınmazda fiili el atma ile hukuki el atma birlikte bulunduğu, tek bir taşınmaza tek bir imar planı kapsamında yapılan el atmanın, taşınmazın tamamı için bir bütün olarak ele alınması ve değerlendirilmesi gerektiği, bu durumda proje bütünlüğü gereği adli yargının görevli olduğu” kabul edilmektedir.

[5] Uyuşmazlık Mahkemesi E. 2012/4, K. 2012/77, K.T. 09.04.2012.

Kanunu'nun geçici 6.maddesinde yaptığı değişiklik ile hukuki el atmadan kaynaklanan kamulaştırmaz el atma davaları konusunda idari yargıyı görevli kılmıştır.<sup>[6]</sup>

**C) 6745 SAYILI KANUNLA KAMULAŞTIRMA KANUNU'NA EK MADDE 1'İN EKLENMESİ (20.08.2016) İLE ANAYASA MAHKEMESİ'NİN 05.04.2019 TARİHİNDE YÜRÜRLÜĞE GİREN E. 2016/181, K. 2018/111 SAYILI İPTAL KARARI ARASINDAKİ DÖNEM**

6745 sayılı kanunla, 6487 sayılı kanun ile getirilen Kamulaştırma Kanunu Geçici 6. maddenin 10. fıkrasındaki 3. cümle yürürlükten kaldırılırken, Kamulaştırma Kanunu Ek 1.madde eklenerek, hukuki el atmalarda idari yargının görevli olduğu ilkesi korunmuş, uygulama imar planlarının yürürlüğe girmesinden itibaren beş yıllık süre içinde imar uygulamasının (parselasyon işleminin) yapılmamış, taşınmazın kamulaştırılmamış olması, taşınmaz üzerindeki imar hakkı kısıtlamasını kaldıracak imar planı değişikliğinin yapılmamış olması dava şartı haline getirilmiştir.<sup>[7]</sup> Özetlersek, imar hakkı kısıtlaması yaratan uygulama imar planlarının yürürlüğe girmesinden sonra

[6] 6487 sayılı kanunun 10.fıkrasının 3.cümlesinde yer alan ifade: “Uygulama imar planlarında umumi hizmetlere ve resmî kurumlara ayrılmak suretiyle veya ilgili kanunların uygulamasıyla tasarrufu kısıtlanan taşınmazlar hakkında, 3/5/1985 tarihli ve 3194 sayılı İmar Kanunu'nda öngörülen idari başvuru ve işlemler tamamlandıktan sonra idari yargıda dava açılabilir.”

[7] 6745 sayılı kanunla getirilen Ek Madde 1'in Anayasa Mahkemesi iptal kararındaki önceki hali:

“Uygulama imar planlarında umumi hizmetlere ve resmî kurumlara ayrılmak suretiyle mülkiyet hakkının özüne dokunacak şekilde tasarrufu hukuken kısıtlanan taşınmazlar hakkında, uygulama imar planlarının yürürlüğe girmesinden itibaren beş yıllık süre içerisinde imar programları veya imar uygulamaları yapılır ve bütçe imkânları dâhilinde bu taşınmazlar ilgili idarelerce kamulaştırılır veya her hâlde mülkiyet hakkını kullanmasına engel teşkil edecek kısıtlılığı kaldıracak şekilde imar planı değişikliği yapılır/yaptırılır. Bu süre içerisinde belirtilen işlemlerin yapılmaması hâlinde taşınmazların malikleri tarafından, bu Kanunun geçici 6 ncı maddesindeki uzlaşma sürecini ve 3194 sayılı İmar Kanununda öngörülen idari başvuru ve işlemleri tamamlandıktan sonra taşınmazın kamulaştırmasından sorumlu idare aleyhine idari yargıda dava açılabilir.

Birinci fıkra uyarınca dava açılması hâlinde taşınmazın ya da üzerinde tesis edilen irtifak hakkının dava tarihindeki değeri, mahkemece; bu Kanunun 15 inci maddesine göre bilirkişi incelemesi yapılarak, taşınmazın hukuken tasarrufunun kısıtlandığı

5 yıl boyunca dava açılmayacak; bu 5 yıl içinde genel anlamıyla sorunu çözüme kavuşturulmayan taşınmaz maliki hukuki el atmaya dayalı kamu-laştırmasız el atma davası açabilecektir.

#### **D) ANAYASA MAHKEMESİ'NİN 05.04.2019 TARİHİNDE YÜRÜRLÜĞE GİREN E. 2016/181, K. 2018/111 SAYILI İPTAL KARARINDAN SONRAKİ DÖNEM**

Anayasa Mahkemesi'nin 20.12.2018 tarih ve 2016/181 E., 2018/111 K. sayılı kararıyla<sup>[8]</sup>, 6745 sayılı kanunla Kamulaştırma Kanunu'na eklenen geçici 1. Maddenin “*Uygulama imar planlarında umumi hizmetlere ve resmî kurumlara ayrılmak suretiyle mülkiyet hakkının özüne dokunacak şekilde tasarrufu hukuken kısıtlanan taşınmazlar hakkında, uygulama imar planlarının yürürlüğe girmesinden itibaren beş yıllık süre içerisinde imar programları veya imar uygulamaları yapılır ve bütçe imkânları dâhilinde bu taşınmazlar ilgili idarelerce kamulaştırılır veya her hâlde mülkiyet hakkını kullanmasına engel teşkil edecek kısıtlılığı kaldırarak şekilde imar planı değişikliği yapılır/yaptırılır*” kısmı korunarak geriye kalan kısmı tamamen iptal edilmiştir.

Anayasa Mahkemesi'nin bu iptal kararından sonra yüksek mahkemelerin “hukuki el atmaya” ilişkin davalarda görevli yargı yolunun neresi olacağı konusunda farklı ve birbirleriyle çelişen kararlar verdiği görülmektedir. Bu

---

veya fiilen el konulduğu tarihteki nitelikleri esas alınmak suretiyle tespit edilir ve taşınmazın veya hakkın idare adına tesciline veya terkinine hükmedilir.

Bu madde kapsamında kalan taşınmazlar hakkında açılacak dava ve takiplerde, bu Kanunun geçici 6 ncı maddesinin üçüncü, yedinci, sekizinci ve on birinci fıkra hükümleri, bu maddenin yürürlüğe girdiği tarihten önce açılan ancak henüz karara bağlanmayan veya kararı kesinleşmeyen davalara bu madde hükümleri, kesinleşen ancak henüz ödemesi yapılmayan kararlar hakkında ise geçici 6 ncı maddenin üçüncü, sekizinci ve on birinci fıkra hükümleri uygulanır.

Bu Kanunun geçici 6 ncı maddesinin sekizinci fıkrası uyarınca ayrılması gereken yüzde iki oranındaki ödenekler, yüzde dört olarak ayrılır. İlave olarak ayrılan yüzde iki oranındaki ödenekler, münhasıran bu ek madde ile geçici 11 inci ve geçici 12 nci maddeler kapsamında yapılacak ödemelerde kullanılır. Yapılacak ödemelerin toplam tutarının ilave olarak ayrılan ödeneğin toplamını aşması hâlinde, ödemeler, en fazla on yılda ve geçici 6 ncı maddenin sekizinci fıkrası hükmüne göre yapılır.”

[8] 05.04.2019 tarihli Resmi Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir.



nedenle, konuyu yüksek yargı organları üzerinden ayrı başlıklar altında incelemenin daha yararlı olacağını düşünüyoruz.

## 1- Yargıtay Uygulaması

Anayasa Mahkemesi'nin konuya ilişkin iptal kararından sonra, Yargıtay hukuki el atmalar konusunda adli yargının görevli olduğu konusunda içtihat geliştirmiştir.<sup>[9]</sup> Adli yargının görevli olduğu yönündeki bu içtihadını istikrarlı biçimde günümüzde de sürdürmektedir.<sup>[10]</sup> Araştırmamız sırasında günümüzde adli yargının hukuki el atmalar konusunda idari yargıyı görevli gördüğü bir kararına rastlamış isek de<sup>[11]</sup>, Yargıtay'ın hukuki el atmalar konusunda adli yargının görevli olduğu çok sayıda kararı bulunduğundan, kökleşmiş içtihadın bu yönde olduğunu söyleyebiliriz.

Yargıtay bu içtihadını, Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararında Ek Madde 1'de yer alan idari yargıyı görevlendiren hükmün iptal edilmesine dayandırmaktadır. Yargıtay bu yöndeki içtihatlarında; *“Yargıtay İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulunun 16.05.1956 gün ve 1/16 sayılı kararı ile HGK.nun 15.12.2010 gün ve 2010/5-662/651 sayılı kararı da gözetildiğinde, uzun yıllar programa alınmayan imar planının hayata geçirilmemesi nedeniyle kamulaştırma ya da takas cihetine gitmeyen davalı İdarece, pasif ve suskun kalınmak ve işlem tesis edilmemek suretiyle taşınmaza müdahale edildiği; bu haliyle İdarenin, mülkiyet hakkının özüne dokunan ve onu ortadan kaldıran bu eylemi ile kamulaştırmaz el koyma olgusunun gerçekleştiğinin kabulü gerekir. Kamulaştırmaz el koyma olgusunun varlığının doğal sonucu, İdarenin hukuka aykırı eylemiyle mülkiyet hakkı engellenen taşınmaz mal sahibi davacının, dava yoluyla kamulaştırmaz el koyma hükümleri doğrultusunda mülkiyetin bedele çevrilmesini, eş söyleyişle idareden değer*

[9] 5 HD E. 2018/972, K. 2019/10586, K.T. 23.05.2019

[10] HGK, E. 2017/5-3114, K. 2021/1190, K.T. 07.10.2021; HGK, E. 2017/2032, K. 2021/497, K.T. 15.04.2021; 5 HD E. 2021/1975, K. 2021/9690, K.T. 14.09.2021; 5 HD E. 2020/10337, K. 2021/8862, K.T. 15.06.2021; 5 HD E.2020/9664, K. 2021/6318, T.26.04.2021; 5 HD E. 2020/4535, K.2021/5527, K.T. 14.04.2021

[11] 4. HD E. 2021/752, K. 2021/2399, K.T. 03.06.2021 (Kamulaştırmaz el atma davalarını incelemekle görevli Yargıtay 5. Hukuk Dairesi olmakla, “Yargıtay karar arama” sitesinden bulduğumuz bu kararın neden 4.Hukuk Dairesi tarafından verildiği anlaşılammıştır.)

*karşılığının verilmesini isteyebileceğini*” belirtmektedir. Yargıtay’ın kamulaştırmasız el atma davalarını görmek konusunda genel görevli yargı yolunun adli yargı olduğu görüşüne dayandığı anlaşılmaktadır. Ayrıca, Yargıtay HGK da, Kamulaştırma Kanunu’nun 37. maddesinde hüküm karşısında Kamulaştırma Kanunu’nda açıkça “*idari yargıda görülür*” şeklinde düzenlenmeyen uyuşmazlıkların adli yargıda görüleceğini belirtmektedir.<sup>[12]</sup>

## 2- Danıştay Uygulaması

Anayasa Mahkemesi’nin konuya ilişkin iptal kararından sonra, Danıştay ve idari yargı da kendisini görevli görerek hukuki el atma davalarına bakmaya devam etmektedir.<sup>[13]</sup>

Danıştay’ın bu görüşünün, Anayasa Mahkemesi’nin iptal kararından önce uygulamada büyük oranda oturmuş olan “*hukuki el atma nedeniyle açılan tam yargı davaları, adli yargıdaki fiili el atma nedeniyle açılan davalardan farklı olarak, 3194 ve 2942 sayılı Kanunlar kapsamında açılan davalar olduğundan*”<sup>[14]</sup> belirlemesine dayandığı; iptal kararından önceki hukuki el atmalarda idari yargının görevli olduğu yönündeki uygulamayı devam ettirmek amacına yönelik olduğu anlaşılmaktadır.

Burada önemle belirtilmesi gereken konu, Anayasa Mahkemesi kararından sonra, idari yargıda görülen hukuki el atma davalarında Danıştay, Ek Madde 1’in iptal edilen kısımları içinde yer aldığından idari yargının “tescil” hükmü kuramayacağını belirtmektedir.<sup>[15]</sup>

[12] HGK, E. 2017/5-3114, K. 2021/1190, K.T. 07.10.2021

[13] Danıştay 6.D. E. 2020/11288, K. 2021/8281, K.T. 15.06.2021; 6. D. E. 2016/3228, K.2020/7183, K.T. 07.09.2020

[14] Danıştay 6.D. E.2019/1147, K.2020/13548, K.T. 23.12.2020

[15] Danıştay 6. D., E.2018/9008, K. 2021/14908, K.T.16.12.2021; E. 2018/9030, K. 2021/14908, K.T. 23.12.2021 Danıştay’ın hukuki el atma konusunda idari yargıyı görevli gören bu kararlarındaki karşıoy yazılarında, “*İmar Kanununun 10. maddesinde öngörülen 5 yıllık sürenin sonunda kamulaştırmama işlemi iptal davasının; idarenin hareketsiz kalması nedeniyle 5 yıllık sürenin bitiminden kamulaştırma tarihine ya da mülkiyetin idareye geçtiği tarihe kadar varsa uğranılan zararın tazmini ise idari yargıda açılan tazminat davasının konusu olduğu; ancak burada (hukuki el atma kastedilerek) söz konusu olan, kişilerin mülkiyet hakları üzerinde süresi belli olmayan sınırlama şeklindeki idarenin işlem ve eyleminden doğan zararın tazmini*

### 3- Uyuşmazlık Mahkemesi Uygulaması

Uyuşmazlık Mahkemesi, “hukuki el atmanın idarenin bir eyleminden değil, idarenin bir işlem niteliğindeki imar planından kaynaklandığı, bu işlem nedeniyle doğduğu iddia edilen zararın ancak idari yargıda açılacak bir tam yargı davasına konu edilebileceğinin tartışmasız olduğu, bunun yanında; Anayasa Mahkemesi’nin iptal kararının gerekçesinde; bu konuya ilişkin uyuşmazlıkların adli yargıda görülmesinin gerektiği, diğer bir anlamıyla taşınmazın malikleri tarafından idari yargıda dava açılabilmesinin hukuka aykırı olduğu yönünde herhangi bir irdelemeye yer verilmediği, Uyuşmazlık Mahkemesi’nin bu konuda istikrar bulmuş kararları doğrultusunda, yargı yolunun değişmesini gerektirecek bir durum bulunmadığı” gerekçesiyle idari yargının görevli olduğu yönünde kararlar vermektedir.<sup>[16]</sup>

Dolayısıyla çalışmanın kaleme alındığı tarih itibarıyla, hukuki el atmalar konusunda hem adli yargı hem de idari yargı kendini görevli görmektedir.

### **SONUÇ: HUKUKİ EL ATMALAR KONUSUNDA GÖREVLİ YARGI YOLUNUN NETLEŞTİRİLMESİ, ADLİ YARGININ GÖREVLİ OLDUĞU GÖRÜŞÜNÜN BENİMSENMESİ UYGUN OLACAKTIR**

Günümüz yargı uygulamasında, hukuki el atma konusunda hem idari hem adli yargının kendini görevli saydığı, bu konuda hak aramak isteyen yurttaşların her iki yargı yoluna da başvurulabilecekleri gibi paradoksal bir durum ile karşı karşıya olduğumuzu söyleyebiliriz. Tabii şunu da belirtmek gerekir, günümüzde hem idari yargıda hem adli yargıda konuyu özümsememiş uygulayıcıların neden oldukları, açılan davalarda ciddi zaman yitirilmesine neden olan görev sorunları ve uyuşmazlıkları da yaşanmaktadır.

---

*olup, mülkiyetin bedele çevrilmenin ise idari yargıda açılan tazminat davasının değil, adli yargıda açılacak bedel tespiti ve tescil davasının konusuna girdiğini” belirtilmekte, hukuki el atma kaynaklı kamulaştırmaz el atma nedeniyle tazminat davalarının idari yargının görev alanına girmediği, dolayısıyla adli yargının görev alanına girdiği vurgulanmaktadır.*

[16] Uyuşmazlık Mahkemesi’nin E. 2021/136, K. 2021/265, K.T. 03.05.2021; E. 2019/213, K. 2019/416, K.T. 08.07.2019

Avukat uygulayıcılar bakımından, hukuki el atma kaynaklı davaların adli yargıda görülmesinin; hükmedilecek vekalet ücretinin nispi olması<sup>[17]</sup>, ıslah ve ek davada işleyecek faizin ilk kamulaştırmasız el atma dava tarihinden işlemesi<sup>[18]</sup> gibi lehe ögeler içerdiğini belirtebiliriz.

Hukuki el atmaların idari yargıda görülmesi konusundaki tek avantaj, idari yargıdaki maktu vekalet ücreti uygulamasına paralel olarak maktu harç uygulamasıdır. Böylece taşınmaz maliki taşınmazın değeri üzerinden nispi harç yatırmak zorunda kalmayacaktır. Ancak yatırılan harcın dava sonunda davalı idareden tahsil edileceği düşünülürse, bu avantajın adli yargıdaki lehe ögelere göre çok geçici ve göreceli olduğunu söylemek gerekir.<sup>[19]</sup>

İki yargı yolunun da kendini görevli gören bu yaklaşımının uygulamada görev uyumsuzlukları kapsamında yaratabileceği zaman kayıplarına karşı, bir an önce bu çelişkili durumun sona erdirilip, tek yargı yolunu görevli kılacak yaklaşımının benimsenmesi yararlı olacaktır.

Esasen gerek fiili el atmalarda, gerekse hukuki el atmalarda mülkiyete ilişkin bu uyumsuzlukların adli yargıda görülmesinin daha sağlıklı olduğu, bu nedenle günümüzdeki Yargıtay içtihadının kendi içinde daha tutarlı olduğu görüşüdeyiz.

Ayrıca, yasa koyucu 2013 yılındaki 6487 sayılı kanunla hukuki el atma davalarının idari yargıda görülmesi konusunda bir yasa değişikliği yaparak, bu davaların idari yargıda görülmesi için bir yasal düzenlemeye gereksinim olduğunu, yasa koyucunun iradesinin bu yönde olduğunu ortaya koymuştur. Her ne kadar Anayasa Mahkemesi kararının gerekçesinde hukuki el atma davalarının adli yargıda görülmesi gerektiği yönünde bir açıklama bulunmamasına ise de, 6487 sayılı kanun ile “*idari yargıda görülür*” hükmünün getirilmesi karşısında, yasa koyucunun hukuki el atma davalarının idari yargıda

---

[17] İdari yargıda hukuki el atma davalarında maktu vekalet ücreti uygulaması benimsenmiştir.

[18] İdari yargıda ıslah edilen kısım için ıslah tarihinden itibaren faiz uygulaması benimsenmiştir.

[19] Ayrıca Yargıtay’ın “harçtan muaf kurumlara karşı açılan davalarda, başlangıçtaki peşin harcın da maktu alınması gerektiği” yönündeki görüşü de düşünüldüğünde, özellikle harçtan muaf kurumlara karşı açılan hukuki el atma davaları adli yargıda da maktu harç ile açılabilir. Bkz. Yargıtay HGK E. 2010/10-550, K. 2010/561, K.T. 03.11.2020

görülmesi için bir yasal düzenleme gerektiği yönündeki yaklaşımı ve iradesi bulunduğunu söyleyebiliriz. Bu nedenle, Anayasa Mahkemesi kararının hüküm kısmında hukuki el atma davalarının idari yargıda görülmesine ilişkin yasa hükmünün iptal edilmesi karşısında, hukuki el atma davalarının da adli yargıda görülmesi gerektiği şeklinde bir yorumda bulunmak olanaklıdır.

Önemle belirtmek gerekir ki, kamulaştırılmasına karar verilen taşınmazlarla ilgili açılan “bedel tespit ve tescil davası” adli yargıda görülürken, kamulaştırılmayan taşınmazlar ile ilgili açılan hukuki el atma davaları bakımından idari yargıyı görevli kılmak çelişkilidir. Çünkü, hukuki kısıtlama nedeniyle taşınmaz malikinin tasarruf edemediği, kamulaştırma gerektiği halde idare tarafından kamulaştırılması yapılmayan taşınmazlar ile ilgili; “bedel tespit tescil davaları”ndaki taşınmazının değerinin belirlenmesine yönelik hükümlerin uygulanacağı gerçeği karşısında; kamulaştırmaz el atma nedeniyle tazminat davalarında idari yargıyı görevli görmenin tutarlı bir hukuksal gerekçesi olamaz. Kaldı ki, Danıştay’ın “idari yargıda tescil kararı verilemeyeceği” yönündeki görüşü karşısında<sup>[20]</sup>, hukuki el atmalardan doğan uyuşmazlıklarda verilecek idari yargı kararının bir ayağı sakat olup, esasen uyuşmazlığı sonlandırmayacak ve kanayan yaraya da tam olarak merhem olamayacaktır.

İdari yargının kamulaştırmaz el atma gibi mülkiyete ilişkin bir davada yeterli birikim, deneyim ve pratiğinin olmadığını, bunun ne yazık ki uygulamaya yansıdığını da söylemek zorundayız. Oysa adli yargıda uzun yıllardır (fiili el atma kaynaklı) kamulaştırmaz el atma davalarının görülmesi sonucu çok önemli bir literatür, içtihat külliyatı, pratik ve birikim oluşmuştur. Bu birikimin büyük oranda benzerlik taşıyan hukuki el atma davaları için de kullanılması önemli bir kolaylık sağlayacaktır. Uyuşmazlıkların anlam ve niteliğinin kavranması ve çabuk karara bağlanması gibi nedenlerle usul ekonomisi ilkesi açısından da “hukuki el atmaya” ilişkin tazminat davalarında adli yargının görevli olduğunun kabulü, hukuka uygun ve yerinde bir çözüm olacaktır.

---

[20] Danıştay 6.Daire E. 2018/9030, K. 2021/14427, K.T. 23.12.2021; Danıştay 6.Daire E. 2018/9008, K. 2021/14098, K.T. 16.12.2021.



# Mirasın Taksimi ve Tarımsal Arazilerin Miras Yoluyla İntikali

Ahmet Ertan YILMAZTEKİN\*

---

\* Avukat. ([eyilmaztekin@gmail.com](mailto:eyilmaztekin@gmail.com))

## GİRİŞ

Miras hukuku, mirasbırakan olarak adlandırılan gerçek kişinin, ölümünden veya ölümle eşdeğer olgunun ortaya çıkmasından sonra, onun hak, borç ve diğer hukuksal ilişkilerinin geleceğini düzenleyen özel hukuk dalıdır. Bu hukuk dalı, ölen mirasbırakanın miras yoluyla intikal etmeye elverişli hakları ve borçlarını ölümünden sonra yaşayan mirasçılara geçmesi düzenlemektedir. Mirasbırakanın ölümü ile mirasa konu tüm mal varlığı hiçbir işleme gerek kalmaksızın bir bütün halinde mirasçılara geçmektedir. Mirasçılara geçen malvarlığı; taşınmaz, taşınır, alacaklar gibi aktif malvarlığı değerleri olabileceği gibi borçlar gibi pasif malvarlığı değerleri de olabilir. Mirasbırakanın ölümüyle birlikte geride kalan mirasçıları yasal veya atanmış mirasçı olabilir. Mirasbırakanın tek bir mirasçısı varsa, mirasbırakanın ölümüyle birlikte terekede bulunan haklar ve borçlar doğrudan doğruya mirasçıya geçeceği için mirasın paylaşılması söz konusu olmayacaktır. Ancak mirasbırakanın ölümüyle birlikte geride kalan birden fazla mirasçının olması durumunda mirasın paylaşılması gündeme gelecektir. Ayrıca birden çok mirasçıya kalan mal varlığı değerleri içerisinde tarımsal arazinin bulunması durumunda tarımsal arazinin taksimi söz konusu olacaktır. Birden fazla mirasçının bulunduğu durumlarda mirasın paylaşılması konusunun ele alındığı çalışmamızın birinci kısmında mirasın paylaşılması, tam paylaşma-kısmi paylaşma ve iradi paylaşma-yargı kararıyla paylaşma şeklinde alt başlıklar halinde incelenmiş olup, çalışmamızın ikinci tarımsal arazilerin paylaşımı ve son kısımda ise tarımsal taşınmazın miras yoluyla intikali ele alınarak Toprak Koruma ve Arazi Kullanımı Kanunu'na göre tarımsal arazilerin devri için aranan şartlar, adı geçen kanuna göre; yan sınai işletmelerin devri, taşınırın devri, diğer mirasçıların miras paylarının parasal karşılığının ödenmesi konuları hakkında bilgi verilerek değerlendirmelerde bulunulmuştur.



## I. MİRASIN PAYLAŞILMASI

### A) GENEL OLARAK

Miras paylaşılması Türk Medeni Kanunu'nun (TMK) 640. ve devamı maddelerinde düzenlenmiştir. Mirasın paylaşımı, mirasbırakanın ölümüyle geride birden çok mirasçı kalması durumunda söz konusu olmaktadır. Miras hukukunda paylaşma, mirasa konu terekede bulunan intikale elverişli hak ve borçların paylaşılması veya bir başka deyişle taksimidir. Mirasın paylaşımında kimlerin ne oranda mirasçı oldukları ve mirasçıların tereke üzerindeki hak ve borçları ile yetkileri belirlenmektedir. Aslında mirasbırakanın ölümü halinde mirasa konu tüm malvarlığı hiçbir işleme gerek kalmaksızın bir bütün (kül) halinde mirasçılara geçmektedir. Geride tek bir mirasçının olması durumunda mirasbırakanın ölümü ile birlikte terekede bulunan tüm haklar ve borçlar tek olan mirasçıya geçmektedir. Birden fazla mirasçı olması durumunda ise mirasçılar arasında yasadan doğan miras ortaklığı meydana gelmektedir. Miras ortaklığı mirasın açılması birlikte birden fazla mirasçı tarafından oluşturulan geçici bir ortaklıktır. Bu ortaklığın amacı mirasın paylaşılmasına kadar malların dağılması ve kaybolmasını önlemek, sorunsuz ve ihtilafsız bir paylaşmanın sağlanmasıdır. Miras ortaklığı ile birlikte mirasçılar mallar ve haklar üzerinde elbirliği ile mülkiyet hakkına sahip olurlar. Borçlardan dolayı da tüm malvarlıklarıyla müteselsilen kişisel olarak sorumlu olurlar.<sup>[1]</sup>

Doktrinde mirasın paylaşılması hem geniş hem de dar anlamda tanımlanmaktadır. Mirasın geniş anlamda paylaşılması; miras ortaklığının tasfiyesi niteliğinde, miras ortaklığını sona erdirecek hazırlayıcı işlem ve eylemler dahil tüm işlemleri ifade eder. Mirasın dar anlamda paylaşılması ise

---

[1] Fikret Eren ve Yücer Aktürk, *Türk Miras Hukuku* (Ankara: Yetkin Basım Yayım, 2021), 498; Ahmet M. Kılıçoğlu, *Miras Hukuku* (Ankara: Turhan Kitapevi, 2021), 335; Mustafa Dural ve Turgut Öz, *Türk Özel Hukuku IV Miras Hukuku* (İstanbul: Filiz Kitap Evi, 2015), 468; Rona Serozan ve Baki İlkey Engin, *Miras Hukuku ve Uygulama Çalışmaları* (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2014), 638; Ali Naim İnan, Şeref Ertaş, Hakan Albaş, *Miras Hukuku* (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2019), 566; Nurcihan Dalcı Özdoğan, *Tarımsal Arazilerin Miras Yoluyla İntikali* (Ankara: Onikilevha Yayıncılık, 2021), 9-10; Miray Özer Deniz, "Mirasın Paylaşılması Sözleşmesi ve Bunun Arabuluculuk Bakımından Değerlendirilmesi," *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 11/1 (2020): 27; O. Gökhan Antalya ve İpek Sağlam, *Miras Hukuku* (İstanbul: Legal Yayıncılık, 2015), 429.

terekede yer alan mal ve hakların fiilen paylaşılarak bireysel hak sahipliğine dönüştürülmesidir.<sup>[2]</sup>

Paylaşmanın amacı, terekede bulunan ve elbirliği ile malik olunan mal varlığı değerlerinin mirasçılar arasında taksim edilip paylaştırılmasıdır.<sup>[3]</sup>

## B) HUKUKİ NİTELİĞİ

Mirasın paylaşılmasının hukuki niteliği hakkında doktrinde bir mutabakat bulunmamaktadır. Bu konuda birden fazla görüş ileri sürülmekte, ancak başlıca iki görüş ön plana çıkmaktadır. Bu görüşlerden ilki hakkın devri görüşü, diğeri ise haktan feragat görüşüdür. İlk görüşe göre, mirasın açılmasıyla birlikte miras malları miras ortaklığına geçer. Terekeyi oluşturan hak ve malların sahibi mirasçılar topluluğu bir başka ifadeyle miras ortaklığıdır. Miras ortaklığının her bir mirasçı için özgülener mallar üzerindeki hakkını mirasçıya devretmesiyle birlikte, mirasçılar kendilerine özgülener mallar üzerinde hak sahibi olabilmektedirler. Ancak bu devirle birlikte her mirasçılar kendilerine özgülener mallar üzerinde kişisel hak sahibi olmaktadır. Bu görüşe göre, miras malları önce mirasbırakandan miras ortaklığına geçmekte, daha sonra ise devirle bu ortaklıktan mirasçılara geçmektedir. Gerçekleşen iki devir sonunda miras malları mirasçılarının kişisel mal varlıklarına dahil olmaktadır. Doktrinde hâkim olan ikinci görüşe (feragat görüşüne) göre, miras ortaklığı terekedeki hakların sahibi değildir. Bu hakların sahibi mirasçılardır. Terekede yer alan hakların sahibi mirasçılar olduğundan, mirasın paylaşılmasında mal varlığı değerlerinin devri söz konusu değildir. Zira hak sahibi olunan şeyin ikinci kez kazanılması mümkün olmadığından burada gerçekleşen işlem devir değildir. Aksine terekenin sahibi olan mirasçılarının özgülener mallar üzerinden haklarından karşılıklı vazgeçmeleri, feragat etmeleri söz konusudur. Vazgeçme, bir başka ifadeyle feragat neticesinde her mirasçı kendilerine özgülener mallar üzerinde kişisel hak sahibi olmaktadır.<sup>[4]</sup>

[2] Eren ve Aktürk, *Türk Miras Hukuku*, 564; Deniz, “Mirasın Paylaşılması Sözleşmesi ve Bunun Arabuluculuk Bakımından Değerlendirilmesi,” 27.

[3] Dural ve Öz, *Türk Özel Hukuku IV Miras Hukuku*, 468; Serozan ve Engin, *Miras Hukuku ve Uygulama Çalışmaları*, 566; Deniz, “Mirasın Paylaşılması Sözleşmesi ve Bunun Arabuluculuk Bakımından Değerlendirilmesi,” 27.

[4] Eren ve Aktürk, *Türk Miras Hukuku*, 564-566; Kılıçoğlu, *Miras Hukuku*, 340-341; Özdoğan, *Tarımsal Arazilerin Miras Yoluyla İntikali*, 11.

Bu görüş TMK’de yer alan “mirasçılar, mirasbırakanın ölümü ile mirası bir bütün olarak, kanun gereğince kazanırlar” (TMK m. 599/1) ve “mirasçılar terekeye elbirliğiyle sahip olurlar” (TMK m. 540/2) düzenlemeleri göz önüne alındığında tutarlı bir görüştür. Zira bu hükümlerden terekede hak sahibinin miras ortaklığı değil mirasçılar olduğu açıkça anlaşılmaktadır.<sup>[5]</sup>

## II. PAYLAŞMA TÜRLERİ

Paylaşma türleri kapsam bakımından tam paylaşma ve kısmi paylaşma, gerçekleşme şekli bakımından iradi paylaşma ve yargı kararıyla paylaşma şeklinde iki türe ayırmaktadır.<sup>[6]</sup>

### A) TAM PAYLAŞMA- KISMİ PAYLAŞMA

#### 1- Tam Paylaşma

TMK’de yer alan mirasın paylaşılmasına ilişkin hükümler, mirasın tamamının paylaşılmasını esas almaktadır. Tam paylaşmanın gerçekleşmesi için; terekede yer alan mal varlıklarının tümünün, yasal veya atanmış mirasçılarının tamamı tarafından paylaşılması gerekmektedir. Bir başka ifadeyle terekenin tamamı tüm yasal veya atanmış mirasçılar tarafından paylaşılırsa tam paylaşma gerçekleşmiş olur. Ancak mirasçılardan birinin veya birkaçının paylaşmaya yanaşmaması veya terekede yer alan mal varlıklarının bir kısmının paylaşma dışında bırakılması durumunda tam paylaşma gerçekleşmiş olmaz.<sup>[7]</sup>

Mirasbırakan geçerli bir ölüme bağlı tasarrufta mirasın nasıl paylaşılacağını belirtmiş olsa bile, mirasçıların hepsi anlaşarak bundan farklı bir paylaşmaya karar verebilir. Bu paylaşma anlaşması geçerli bir anlaşma olacaktır.<sup>[8]</sup>

[5] Eren ve Aktürk, *Türk Miras Hukuku*, 565-566.

[6] Özdoğan, *Tarımsal Arazilerin Miras Yoluyla İntikali*, 19.

[7] Dural ve Öz, *Türk Özel Hukuku IV Miras Hukuku*, 469; Özdoğan, *Tarımsal Arazilerin Miras Yoluyla İntikali*, 19; Kemal Erdoğan, “Tarım Arazilerinin Miras Yoluyla İntikali,” *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 24 (2016): 126; Hasan İşgüzar, Mehmet Demir ve Süleyman Yılmaz, *Miras Hukuku* (Ankara: Yetkin Yayınları, 2019), 175.

[8] Dural ve Öz, *Türk Özel Hukuku IV Miras Hukuku*, 469; İnan vd., *Miras Hukuku*, 570.

Mirasın tam paylaşılmasında mirasçı veya ortak kök sayısınca miras payı oluşturularak her bir mirasçının hissesine düşen ve miras payını oluşturan terekedeki mallar mirasçılarının bireysel mülkiyeti geçmektedir. Böylece paylaşma neticesinde miras ortaklığı sona ermektedir.<sup>[9]</sup>

## 2- Kısmi Paylaşma

Mirasçılar tam paylaşma yerine mirasçılar veya terekedeki mallar yönünden kısmi paylaşmayı kararlaştırabilirler. Mirasçılarının birinin veya birkaçının paylaşma konusunda anlaşamaması veya terekede yer alan mal varlıklarının bir kısmının paylaşma dışında bırakılması durumunda kısmi paylaşma söz konusu olur. Kısmi paylaşma, miras ortaklığında yer alan tereke malları üzerinde kısmen paylaşma (objektif kısmi paylaşma) şeklinde ortaya çıkabileceği gibi miras ortaklığında yer alan mirasçılar bakımından kısmen paylaşma (sübjektif kısmi paylaşma) şeklinde de ortaya çıkabilir. Kısmi paylaşmada miras ortaklığının mirasçılarının veya miras mallarının bir kısmı yönünden tasfiyesi söz konusu olur. Burada ya terekenin belli bir bölümü paylaşılmakta ya da bazı mirasçılar açısından paylaşım yapılmaktadır. Bu durumda miras ortaklığının tamamı tasfiye edilmediğinden, miras ortaklığı devam etmektedir.<sup>[10]</sup> TMK'de kısmi paylaşmanın mümkün olup olmadığı açıkça düzenlenmemiştir.<sup>[11]</sup> Ancak doktrin ve yargı kararlarında kısmi paylaşmanın mümkün olduğu kabul edilmektedir.<sup>[12]</sup>

[9] Eren ve Aktürk, *Türk Miras Hukuku*, 567; Özdoğan, *Tarımsal Arazilerin Miras Yoluyla İntikali*, 27.

[10] Dural ve Öz, *Türk Özel Hukuku IV Miras Hukuku*, 469-470; Kılıçoğlu, *Miras Hukuku*, 360-362; Özdoğan, *Tarımsal Arazilerin Miras Yoluyla İntikali*, 28; Hasan İşgüzar, Mehmet Demir ve Süleyman Yılmaz, *Miras Hukuku*, 175.

[11] TMK'nın 676/2'inci maddesi, "Paylaşma sözleşmesiyle mirasçılar, tereke mallarının tamamı veya bir kısmı üzerindeki elbirliği mülkiyetinin miras payları oranında paylı mülkiyete dönüştürülmesini de kabul edebilirler" şeklindedir. Adı geçen maddeye göre mirasın kısmen paylaşılması mümkündür. Adı geçen maddede her ne kadar terekedeki malların bir kısmının paylaşılması ve bu paylaşımın paylı mülkiyete çevirme şeklinde olacağı öngörülse de irade serbestisi gereği geniş yorumla fiilen kısmi paylaşma ile bazı mirasçılar arasında kısmen paylaşmanın olabileceği kabul edilmektedir. Bkz. Dural ve Öz, *Türk Özel Hukuku IV Miras Hukuku*, 469-470.

[12] Dural ve Öz, *Türk Özel Hukuku IV Miras Hukuku*, 469-470; Özdoğan, *Tarımsal Arazilerin Miras Yoluyla İntikali*, 28.

### a) Objektif Kısmi Paylaşma

Objektif kısmi paylaşmada, terekeye yer alan değerlerin bir kısmı mirasçılar tarafından paylaşılmakta, paylaşma dışında kalan değerler üzerinde elbirliğiyle mülkiyet dolayısıyla miras ortaklığı devam etmektedir.<sup>[13]</sup> Objektif kısmi paylaşmanın gerçekleşebilmesi için tüm mirasçıların paylaşma katılmaları, paylaşma konusunda anlaşmaları gerekmektedir. Bir mirasçının bile paylaşma konusunda anlaşmaya yanaşmaması durumunda objektif kısmi paylaşmanın gerçekleşmesi mümkün değildir.<sup>[14]</sup>

### b) Sübjektif Kısmi Paylaşma

Sübjektif kısmi paylaşımında, mirasçılardan birinin veya birkaçının miras payı belirlenerek belirlenen miras payları mirasçıya veya mirasçılara verilir. Miras paylarını alan mirasçıların miras ortaklığı sona erir. Paylaşmaya katılmayan diğer mirasçıların ise miras ortaklığı devam eder. Objektif kısmi paylaşmada olduğu gibi sübjektif kısmi paylaşmada da tüm mirasçıların paylaşım konusunda anlaşmaları zorunludur. Dolayısıyla sadece bir mirasçı bile paylaşmaya karşı çıkarsa, söz konusu paylaşma gerçekleşmez.<sup>[15]</sup>

## B) İRADİ PAYLAŞMA- YARGI KARARIYLA (KAZAİ) PAYLAŞMA

Mirasın paylaşılması; tüm mirasçıların anlaşmasıyla, mirasçılar arasında yapılan paylaşma sözleşmesi veya elden paylaşmayla iradi olarak gerçekleşebilir. Ancak mirasçılar iradi olarak mirasın paylaşılması hususunda anlaşamazlarsa, bu durumda paylaşma yargısal yolla yapılır.

---

[13] Dural ve Öz, *Türk Özel Hukuku IV Miras Hukuku*, 470; Eren ve Aktürk, *Türk Miras Hukuku*, 568; Özdoğan, *Tarımsal Arazilerin Miras Yoluyla İntikali*, 28.

[14] Dural ve Öz, *Türk Özel Hukuku IV Miras Hukuku*, 470; Eren ve Aktürk, *Türk Miras Hukuku*, 568.

[15] Dural ve Öz, *Türk Özel Hukuku IV Miras Hukuku*, 470; Eren ve Aktürk, *Türk Miras Hukuku*, 567-568; Özdoğan, *Tarımsal Arazilerin Miras Yoluyla İntikali*, 29; Numan Tekelioğlu, *Miras Paylaşma Sözleşmesi* (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2021), 72.

### 3- Tüm Mirasçılarının Anlaşmasıyla (İradi) Paylaşma

İradi paylaşma, bütün mirasçılarının özgür iradeleriyle kendi aralarında anlaşarak, mirası paylaşmalarını esas olan bir paylaşma türüdür. Mirasın paylaşılmasının yapılış şekli TMK'nin 676. maddesinde düzenleme altına alınmıştır. İlgili düzenlemeye göre, “*mirasçılar arasında payların oluşturulması ve fiilen alınması veya aralarında yapacakları paylaşma sözleşmesi mirasçıları bağlar*”. Adı geçen düzenleme incelendiğinde mirasçılarının anlaşarak mirası iki şekilde paylaşabileceği görülmektedir. Bunlar her mirasçının payına düşen şeyleri belirlemesi ve bunların fiilen verilmesi veya mirasçılar arasında paylaşma sözleşmesi yapılmasıdır.<sup>[16]</sup>

#### a) Elden Paylaşma

Elden paylaşma<sup>[17]</sup>; tüm mirasçılarının, hangi mirasçının terekede yer alan hangi unsuru alacağı konusunda koşulsuz şartsız olarak anlaşması ve yine tüm mirasçılarının katılımıyla anlaşılan unsurların belirlenen mirasçılara devredilmesi şeklinde gerçekleşmektedir. Ayrıca devir işlemi terekede yer alan her bir unsurun niteliklerine uygun tasarruf işlemi yapılarak gerçekleştirilmelidir. Böylece devir işlemi taşınmazlarda tescil, taşınırlarda mülkiyeti geçirme kasıtıyla zilyetliğin devri, alacaklarda yazılı temlik sözleşmesi gerçekleşmelidir.<sup>[18]</sup>

Terekede yer alan taşınmazlarda devir işlemi tapu sicilinde devralacak mirasçı adına tescil edilerek gerçekleştirilmelidir. Bu bağlamda tescil işlemi gerçekleşmeden, elden paylaşma ile taşınmazın kime devredileceği konusunda mirasçılarının anlaşmış olması ve taşınmazın kullanımının mirasçıya

[16] Dural ve Öz, *Türk Özel Hukuku IV Miras Hukuku*, 475; Kılıçoğlu, *Miras Hukuku*, 389.

[17] Yargıtay bazı kararlarında özellikle de taşınmazların yazılı paylaşma sözleşmesi dışında paylaşılmasını ifade etmek üzere “elden paylaşma” ifadesi yerine “haricen taksim” veya “fiili rızai taksim” ifadelerine de yer vermektedir. Bkz. Tekelioğlu, *Miras Paylaşma Sözleşmesi*, 117. “...birlikte mirasçı iken aralarında fiili rızai taksim yaptıklarını...” Yargıtay 8. H.D. E.2017/16133, K. 2020/1444, K.T. 17.02.2020, [www.lexpera.com.tr](http://www.lexpera.com.tr) 12.04.2022.

[18] Dural ve Öz, *Türk Özel Hukuku IV Miras Hukuku*, 475; Özdoğan, *Tarımsal Arazilerin Miras Yoluyla İntikali*, 20-21; Tekelioğlu, *Miras Paylaşma Sözleşmesi*, 117-118; Hüseyin Hatemi, *Miras Hukuku* (İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2014), 147-148; O. Gökhan Antalya, *Miras Hukuku* (İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2009), 467.

birakılması yeterli değildir. Tapuda tescil işlemi gerçekleşmediği müddetçe elden paylaşma sonuçlanmış olmaz. Hukukumuzda taşınmazların tescilinde TMK'nin 706. maddesi uyarınca resmi senet düzenlenmesi şarttır. Elden paylaşmada ise mirasçılar arasında düzenlenmiş resmi veya yazılı bir sözleşme bulunmamaktadır. Ancak Tapu Sicili Tüzüğü'nün (TST) 20. maddesinin birinci fıkrasının c bendinde resmi senet düzenlenmesi gerekmeyen işlemler düzenlenmiştir. İlgili düzenlemeye göre, “*noterde düzenlenen miras paylaşım ve miras payının devri sözleşmesi veya mirasçılar arasında düzenlenmiş yazılı miras sözleşmesinden mirasçılarının imzaları noterce onaylanmamışsa tüm mirasçılarının; imzaların bir kısmı onaylanmış ise imzaları onaylanmamış olanların istemleri üzerine tescil gerçekleşir*”. Bu düzenleme dikkate alındığında taşınmazların elden paylaşımının mümkün olmadığı açıktır. Ancak doktrinde tapuya kayıtlı taşınmazların elden paylaşılmasının mümkün olduğu yönünde aksi görüş de yer almaktadır.<sup>[19]</sup> Bu görüşe karşın (TST) 20. maddesinin birinci fıkrasının c bendinde yer alan düzenleme dikkate alındığında tapuya kayıtlı taşınmazların elden paylaşılmasının mümkün olmadığı yönündeki değerlendirmelere iştirak etmekteyiz.<sup>[20]</sup>

Ancak tapuya kayıtlı olmayan taşınmazlar bakımından elden paylaşmanın mümkün olduğu yargı makamlarınca da kabul edilmektedir. Tapuya kayıtlı olmayan taşınmazlar bakımından tüm mirasçılarının anlaşarak taşınmazların zilyetliğini paylaşma amacıyla bir mirasçıya veya bazı mirasçılara devredilmesini Yargıtay geçerli bir paylaşma kabul etmektedir.<sup>[21]</sup> Yargıtay'ın bu içtihadı doğrultusunda tapuya kayıtlı olmayan taşınmazlar elden paylaşmaya konu olabilmektedir.<sup>[22]</sup>

[19] Serozan ve Engin, *Miras Hukuku ve Uygulama Çalışmaları*, 660-661; Bkz. Eren ve Aktürk, *Türk Miras Hukuku*, 643, dpn.227.

[20] Dural ve Öz, *Türk Özel Hukuku IV Miras Hukuku*, 476; Özdoğan, *Tarımsal Arazilerin Miras Yoluyla İntikali*, 22-23; Öztan, *Miras Hukuku*, 521.

[21] Dural ve Öz, *Türk Özel Hukuku IV Miras Hukuku*, 476; Özdoğan, *Tarımsal Arazilerin Miras Yoluyla İntikali*, 22-23; Bilge Öztan, *Miras Hukuku* (Ankara: Turhan Kitapevi, 2016), 520.

[22] Bkz. Dural ve Öz, *Türk Özel Hukuku IV Miras Hukuku*, 476, dpn. 1204; O. Gökhan Antalya, *Miras Hukuku*, 468.

## b) Paylaşma Sözleşmesi

Miras paylaşım sözleşmesi; tüm mirasçıların katılması gereken, adi yazılı şekilde yapılması şart olan bir sözleşmesidir. TMK'nin 676. maddesine göre, “*mirasçılar arasında payların oluşturulması ve fiilen alınması veya aralarında yapacakları paylaşma sözleşmesi mirasçıları bağlar. Paylaşma sözleşmesiyle mirasçılar, tereke mallarının tamamı veya bir kısmı üzerindeki elbirliği mülkiyetinin miras payları oranında paylı mülkiyete dönüştürülmesini de kabul edebilirler. Paylaşma sözleşmesinin geçerliliği yazılı şekilde yapılmasına bağlıdır*”. Adı geçen düzenleme gereğince, mirasçılar elden paylaşma konusunda anlaşmadıkça ve elden paylaşma yapmadıkça, yapacakları miras paylaşım sözleşmesi ancak yazılı şekilde yapılırsa geçerli olacaktır. Bir başka ifadeyle elden paylaşma dışında yapılacak miras sözleşmesinin mirasçıları bağlaması için sözleşmenin yazılı şekilde yapılması şarttır. Miras paylaşım sözleşmesinin geçerli olması için yazılı şekilde düzenlenmesinin yanı sıra sözleşmenin tüm mirasçılar tarafından imzalanması da gerekmektedir. İttifakla meydana gelmeyen bir başka ifadeyle tek bir mirasçının bile imzalamadığı miras paylaşım sözleşmesi geçerli olmayacaktır. Bu bağlamda miras paylaşım sözleşmesinin geçerli olması için sözleşme yazılı şekilde düzenlenmeli ve tüm mirasçılar tarafından imzalanmalıdır.<sup>[23]</sup> Şayet mirasçılar arasında tam ehliyetsiz olanlar varsa, onlar adına paylaşma sözleşmesini yasal temsilcileri imzalayacaktır. Mirasçılar arasında sınırlı ehliyetsizler olması durumunda ise, vesayet makamının iznini almak koşuluyla sınırlı ehliyetsiz miras paylaşma sözleşmesine imza atabilecektir (TMK m. 462, b-9). İstisnai bir durum olarak TMK'nin 648. maddesi uyarınca mirasçı yerine kayyım atanmışsa, bu durumda miras paylaşma sözleşmesi kayyım tarafından imzalanacaktır.<sup>[24]</sup>

[23] Eren ve Aktürk, *Türk Miras Hukuku*, 645-646; Dural ve Öz, *Türk Özel Hukuku IV Miras Hukuku*, 477; Kılıçoğlu, *Miras Hukuku*, 390-391; Özdoğan, *Tarımsal Arazilerin Miras Yoluyla İntikali*, 23-24; Tekelioğlu, *Miras Paylaşma Sözleşmesi*, 119; Hüseyin Hatemi, *Miras Hukuku*, 145.

[24] Eren ve Aktürk, *Türk Miras Hukuku*, 645-646; Dural ve Öz, *Türk Özel Hukuku IV Miras Hukuku*, 477; Özdoğan, *Tarımsal Arazilerin Miras Yoluyla İntikali*, 23-24



Paylaşma sözleşmesi hukuki niteliği itibariyle borçlandırıcı işlem olduğundan paylaşma sözleşmesine konu tereke unsurlarının kendine özgü tasarruf işlemi yoluyla mirasçılara devredilmesi gerekmektedir.<sup>[25]</sup>

TMK'de paylaşmanın ne zamana kadar yapılması gerektiğine yönelik bir süre öngörülmemiştir. Bu nedenden ötürü paylaşma sözleşmesi en geç miras paylaşımına kadar yapılabilir. Ancak mirasbırakan ölmeden önce paylaşma sözleşmesi yapılamaz. Mirasbırakanın ölümünden önce müstakbel mirasçılar tarafından paylaşma sözleşmesi yapılırsa, ilgili sözleşme ahlaka aykırılık nedeniyle geçersiz sayılmalıdır.<sup>[26]</sup> Bunun yanı sıra paylaşma sözleşmesi yazılı olarak yapılmamışsa da geçersiz olur. Buradaki geçersizlik kendine özgü bir geçersizlik olup, butlan değildir. Dolayısıyla şekle aykırılığa sebep olan mirasçı bu aykırılığı ileri süremez. Aksi halin kabulü dürüstlük kuralına aykırı olacaktır.<sup>[27]</sup>

---

[25] Eren ve Aktürk, *Türk Miras Hukuku*, 643; Özdoğan, *Tarımsal Arazilerin Miras Yoluyla İntikali*, 25.

[26] Dural ve Öz, *Türk Özel Hukuku IV Miras Hukuku*, 477; Özdoğan, *Tarımsal Arazilerin Miras Yoluyla İntikali*, 24.

[27] Eren ve Aktürk, *Türk Miras Hukuku*, 646; Kılıçoğlu, *Miras Hukuku*, 451; Özdoğan, *Tarımsal Arazilerin Miras Yoluyla İntikali*, 25.

### c) Yargı Kararıyla (Kazai) Paylaşma/Paylaşma Davası

Mirasın paylaşılması konusunda bütün mirasçılar anlaşamayabilir. Böylesi bir durumda açılacak miras paylaşım davasıyla<sup>[28]</sup> ve bu dava sonunda elde edilen hükümlerle, mirasın mahkeme kararıyla paylaşılmasını sağlayabilir.<sup>[29]</sup>

Mirasçılardan her biri paylaşma davasını açabilir. Ancak dava açan mirasçı diğer tüm mirasçıları davalı olarak göstermek zorundadır. Zira miras ortaklığı ve elbirliğiyle mülkiyet nedeniyle mirasçılar arasında mecburi dava arkadaşlığı söz konusudur.

Paylaşma davasının tespit davası veya eda davası olduğu yönünde azınlık görüşleri olsa da<sup>[30]</sup> hâkim görüşüne göre paylaşma davası yenilik doğuran bir

---

[28] “Mirasçılar, murisin ölümü ile mirası bir bütün olarak kanun gereğince kazanırlar. Kanunda öngörülen ayrıık durumlar saklı kalmak üzere mirasçılar, murisin aynı haklarını, alacaklarını, diğer malvarlığı haklarını, taşınır ve taşınmazlar üzerindeki zilyetliklerini dolaysız kazanırlar. Birden çok mirasçı bulunması halinde mirasın geçmesiyle birlikte paylaşmaya kadar mirasçılar arasında terekedeki bütün hak ve borçları kapsayan bir ortaklık meydana gelir. Mirasçılar terekeye elbirliğiyle sahip olurlar ve sözleşme veya kanundan doğan temsil ya da yönetim yetkisi saklı kalmak üzere, terekeye ait bütün haklar üzerinde birlikte tasarruf ederler. (TMK m. 640/1-2) Mirasçılardan her biri sözleşme veya kanun gereğince ortaklığı sürdürmekle yükümlü olmadıkça, her zaman mirasın paylaşılmasını isteyebilirler. Her mirasçı, terekedeki belirli malların aynen, olanak yoksa satış yoluyla paylaşılmasına karar verilmesini sulh hakiminden isteyebilir. (TMK m. 642/1-2) Mahkeme davaya konu uyuşmazlığı miras nedeniyle istihkak olarak nitelendirip tazminata hükmetmiştir. Bir kimse terekenin veya terekeye giren bir malın mirasçısı olarak sahibi bulunduğunu ileri sürüp o terekenin veya o terekeye giren bir malın, terekeyi veya malı elinde bulunduran kimseden kendisine teslimini istediği ve davalı tarafından davacının miras hakkına itiraz edildiği hallerde Türk Medeni Kanununun 637. maddesi hükmüne uygun bir miras sebebiyle istihkak davası söz konusu olur. Mirasçılar arasında elbirliği hali devam ettiği sürece birbirlerine karşı adi istihkak davası açılmasına gerek bulunmamaktadır. Çünkü mirasçılar bu durumda paylaşım davası açarak paylarına düşecek değerlerin kendilerine verilmesini talep edebilirler.” Yargıtay 14. H.D. E. 2015/1903, K. 2015/6262, [www.lexpera.com.tr](http://www.lexpera.com.tr) 14.04.2022.

[29] Eren ve Aktürk, *Türk Miras Hukuku*, 647; Dural ve Öz, *Türk Özel Hukuku IV Miras Hukuku*, 480; Özdoğan, *Tarımsal Arazilerin Miras Yoluyla İntikali*, 29; Öztan, *Miras Hukuku*, 521-522.

[30] Miras davasının hukuki niteliği ile ilgili görüşler için bkz. Hatice Tolunay Ozanemre Yayla, “Mirasın Paylaşılması,” (Doktora Tezi, Gazi Üniversitesi, 2011), 230-231.

davadır. Yenilik doğuran davalar yeni bir hukuki ilişki kurar veya var olan bir hukuki ilişkiyi değiştirir ya da ortadan kaldırır. Paylaşma davası sonunda miras ortaklığı sona erer. Bu haliyle paylaşma davası mevcut bir hukuki ilişkiyi sona erdirir ve bu nedenle bozucu yenilik doğuran davadır.<sup>[31]</sup>

Paylaşma davasının konusu, mirasa konu terekede yer alan mal varlığı değerlerinin paylaşılmasıdır. Miras paylaşma davasında davacı miras paylarının mirasçılar arasında paylaştırılmasını sağlamak için; tereke yer alan mal varlığı değerlerinin miktar ve değerinin tespit edilmesini, kendi ve diğer mirasçıların miras paylarının belirlenmesini talep eder.<sup>[32]</sup>

Paylaşma davasında görevli mahkeme davanın konusuna ve değerine bakılmaksızın her zaman sulh hukuk mahkemesidir. Yetkili mahkeme ise terekede yer alan unsurların nerede olduğuna bakılmaksızın mirasbırakanın son yerleşim yeridir. Böylece terekede taşınmaz olsa dahi yetkili mahkeme taşınmazın bulunduğu yer mahkemesi değil mirasbırakanın son yerleşim yeri mahkemesi olacaktır.<sup>[33]</sup>

Dava sonunda hükümlerle birlikte mirasçılar kendilerine tahsil edilen terekedeki mallar üzerinde kişisel mülkiyet veya alacak hakkına kendiliğinden sahip olurlar. Zira karar miras paylaşımında yer alan taşınır ve taşınmaz mallar üzerinde aynı etki ve sonuçlar doğurmaktadır. Aynı etkinin sonucu olarak mirasçılar terekedeki mallar üzerinde kişisel bir hakka sahiptirler. Yani paylaşım kararı borç doğurucu değil aynı etkiye sahiptir. Bu nedenle terekedeki unsurların mirasçılara geçmesi için ayrıca bir tasarruf işlemine gerek yoktur.<sup>[34]</sup> Terekedeki unsurlar hâkim kararıyla mirasçıların mülkiyetine geçmiş sayılacaktır.<sup>[35]</sup>

---

[31] Eren ve Aktürk, *Türk Miras Hukuku*, 649.

[32] Eren ve Aktürk, *Türk Miras Hukuku*, 648.

[33] Eren ve Aktürk, *Türk Miras Hukuku*, 652; Özdoğan, *Tarımsal Arazilerin Miras Yoluyla İntikali*, 30.

[34] Taşınırlarda zilyetliğin devrine, taşınmazlarda tapu siciline tescil edilmesine gerek kalmaksızın mülkiyet mirasçılara geçecektir.

[35] Eren ve Aktürk, *Türk Miras Hukuku*, 654; Dural ve Öz, *Türk Özel Hukuku IV Miras Hukuku*, 482.

Mirasçılar miras paylaşma davasını sözleşme veya yasadan doğan geciktirici bir neden olmadıkça her zaman açabilir.<sup>[36]</sup> Erteleyici sebebin varlığı halinde ise bu sebebin ortadan kalkmasından sonra paylaşma davası açılabilir.<sup>[37]</sup>

### III. TARIMSAL ARAZİLERİN PAYLAŞIMI

#### A) GENEL OLARAK

Mirasbırakanın ölümüyle terekesinde tarımsal arazi veya tarımsal işletme yer alabilir. Bu malvarlığı değerlerinin paylaşımı diğer mal varlığı değerlerine göre özellik arz etmektedir. Zira tarımsal arazilerin özel bir tereke niteliği taşıdığı ifade edilmektedir. Bu farklılık nedeniyle bu tereke unsurları genel paylaşım kurallarından farklı olarak özel paylaşım kurallarına tabidir. Özel paylaşım kuralları getirilmesindeki gaye tarımsal işletme ve arazilerin küçük parçalara bölünmesini engellemektir. Zira küçük parçalarda tarımsal üretim yapılması üretim verimini düşürecek, toprağın rasyonel kullanımına engel olacaktır.<sup>[38]</sup>

Tarım arazilerinin miras yoluyla parçalanması, yıllardır süregelen bir sorundur. Miras yoluyla küçük parçalara ayrılan tarım arazilerinde üretim düşmekte ve buna bağlı olarak gelir azalmakta, az gelir elde eden tarımsal arazi işletmecisi veya çiftçi işletme veya arazisine zorunlu ya da faydalı yatırımları yapamamaktadır. Bu tarz sorunların önüne geçilmesi amacıyla, bu tür taşınmazlar genel paylaşım kurallarının dışında bırakılarak bir bütün halinde özgülenmesini amaçlanmış ve bu amacı sağlamaya yönelik özel paylaşım kuralları getirilmiştir.

[36] Sözleşmeden doğan geciktirici sebep miras ortaklığını uzatma sözleşmesidir. Mirasçılar belirli bir süre miras ortaklığının ve elbirliği ile hak sahipliğinin devam etmesi konusunda anlaşmışlarsa, anlaşılan süre dolmadan mirasçılar paylaşma davası açılmaz. Yasadan kaynaklı geciktirici sebepler ise, yapılacak paylaşımın malın veya malların değerini önemli ölçüde azaltması ve mirasçılar arasında ceninin bulunmasıdır.

[37] Eren ve Aktürk, *Türk Miras Hukuku*, 652; Dural ve Öz, *Türk Özel Hukuku IV Miras Hukuku*, 482-487; Özdoğan, *Tarımsal Arazilerin Miras Yoluyla İntikali*, 30.

[38] Kemal Erdoğan, "Tarım Arazilerinin Miras Yoluyla İntikali," 130; Özdoğan, *Tarımsal Arazilerin Miras Yoluyla İntikali*, 38-39; Ali Naim İnan, Şeref Ertaş ve Hakan Albaş, *Türk Medeni Hukuku Miras Hukuku* (Ankara: Seçkin Yayınevi, 2019), 579; Zahit İmre ve Hasan Emre, *Miras Hukuku* (İstanbul, Der Yayınları, 2017), 505.

## B) TARIMSAL İŞLETME- TARIMSAL ARAZİ KAVRAMI

İşletme girişimcinin sermaye ve emeği birleştirilerek mal ve hizmet üretmek amacıyla oluşturduğu ekonomik birlik olarak adlandırılabilir. Üretilen ürüne göre işletmeler değişik isimler almaktadırlar. Tarımsal ürünlerin üretildiği işletmeler tarımsal işletmeler olarak adlandırılmaktadır.<sup>[39]</sup> Tarımsal işletme; tarımsal üretime tahsis edilmiş taşınmazlarda, tarımsal üretim ve kazanç elde etme amacıyla hayvan ve bitki üretim faaliyetidir. Bu nedenle tarımsal işletme; tarımsal alanda üretim faaliyetinde bulunan, belirli bir ekonomik büyüklükte ve bütünlükte olan, toprak, yapı, araç-gereç, hayvan ve diğer sermaye unsurlarından oluşan ekonomik bir yapıdır.<sup>[40]</sup>

Tarım arazisi ise, üzerinde tarımsal üretim yapılan sınırları belirlenmiş yeryüzü toprak parçasıdır. Tarım arazisi Toprak Koruma Arazi Kullanımı Kanunu'nun (TKAKK) 3. maddesinde tanımlanmaktadır. Adı geçen maddede tarım arazisi, “*toprak, iklim, topografya, ana materyal, hidroloji ve canlıların değişik oranda etkisi altında bulunan yeryüzü parçası*” olarak tanımlanmaktadır. Arazi eşya hukuku anlamında taşınmaz mal niteliğindedir.<sup>[41]</sup> Tarımsal işletme ve tarımsal arazi ayrımı 15.05.2014 tarihinde yürürlüğe giren TKAKK'den önce önem taşımaktaydı. Zira adı geçen düzenlemeden önce tarımsal işletmeler ve tarımsal arazi ayrımı ve bu ayırmadan kaynaklı miras paylaşımında uygulanan hükümler arasında farklılıklar bulunmaktaydı. Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten önce tarımsal arazilerin paylaşımında genel hükümler uygulanmaktaydı.<sup>[42]</sup> TKAKK'nin yürürlüğe girmesiyle birlikte TMK'de yer alan tarımsal mirasa ilişkin hükümler

[39] Tarım işletmesi 5488 sayılı Tarım Kanunu'nda, “hayvansal, bitkisel veya su ürünlerinin üretimine dayalı tarım faaliyetinde bulunan, bu üretim faaliyetiyle birlikte, işleme, pazarlama, depolama, muhafaza, faaliyetlerini yürüten işletmeler” olarak tanımlanmıştır.

[40] Dural ve Öz, *Türk Özel Hukuku IV Miras Hukuku*, 519; Arzu Kalenderoğlu, “5403 Sayılı Toprak Koruma ve Arazi Kullanımı Kanunu Kapsamındaki Tarım Arazilerinin Miras Yoluyla Devri,” (Yüksek Lisans Tezi, Selçuk Üniversitesi, 2019), 6-8; Özdoğan, *Tarımsal Arazilerin Miras Yoluyla İntikali*, 42-43.

[41] Kalenderoğlu, “5403 Sayılı Toprak Koruma ve Arazi Kullanımı Kanunu Kapsamındaki Tarım Arazilerinin Miras Yoluyla Devri,” 9; Özdoğan, *Tarımsal Arazilerin Miras Yoluyla İntikali*, 45.

[42] Bkz. Özdoğan, *Tarımsal Arazilerin Miras Yoluyla İntikali*, 46.

yürürlükten kaldırılmıştır. TMK'nin yürürlükten kalkan hükümlerinde tarımsal işletmeler ifadesi yer almaktayken, TKAKK'de yer alan yeni düzenleme tarımsal arazilerden bahsetmektedir. Bu çerçevede, yeni düzenlemeden sonra gerçekleşen ölümlerde tarımsal arazinin paylaşımında genel hükümler değil özel hükümler uygulama alanı bulacaktır. Bu doğrultuda adı geçen yürürlük tarihinden sonra hem tarımsal araziler hem de tarımsal arazilerin yer aldığı tarımsal işletmeler, bu kapsamda yer alacaktır. Bir başka ifadeyle tarımsal arazi ve işletmelerin devri, TKAKK'de yer alan paylaşım kurallarına göre gerçekleşecektir.<sup>[43]</sup>

## **VI.TOPRAK KORUMA VE ARAZİ KULLANIMI KANUNUNA GÖRE TARIMSAL ARAZİLERİN PAYLAŞIMI**

### **A) GENEL OLARAK**

2014 yılında tarımsal arazilerin paylaşılmasıyla ilgili düzenlemelerde değişikliğe gidilmiştir. Bu çerçevede 6537 sayılı Toprak Koruma ve Arazi Kullanımı Kanununda Değişiklik Yapılması Hakkındaki Kanun ile tarımsal işletmelerin özgülenmesine ilişkin hükümler TMK'den çıkarılmıştır. Söz konusu değişiklik ile TMK'nin 659 ila 668. maddeleri yürürlükten kaldırılmıştır. Yeni düzenlemeyle Toprak Koruma ve Arazi Kullanımı Kanununa 8/B maddesinden başlayarak 8/K maddesine kadar (bu madde dahil) yeni hükümler eklenmiştir. Ayrıca adı geçen kanuna geçici 5. madde eklenmiştir. Bu maddeye göre, “*bu maddenin yayımı tarihinde mirasçılar arasında henüz paylaşımı yapılmamış tarımsal arazilerin devir işlemleri, bu maddeyi ihdas eden Kanundan önceki kanun hükümlerine göre tamamlanır. Bu maddenin yayımı tarihinden önce tarımsal arazilerin paylaşımına ilişkin olarak açılmış ve hâlen devam etmekte olan davalarda, bu maddeyi ihdas eden Kanundan önceki kanun hükümleri uygulanır*”. TKAKK 15.05.2014 tarihinde yayımlanıp yürürlüğe girdiğinden bu kanunda yer alan paylaşım kuralları bu tarihten sonra gerçekleşen ölümler hakkında uygulanacaktır.<sup>[44]</sup>

[43] Eren ve Aktürk, *Türk Miras Hukuku*, 673-674; Özdoğan, *Tarımsal Arazilerin Miras Yoluyla İntikali*, 46; Alper Uyumaz ve Onur İlhan, “Tarımsal Arazilerde Mülkiyetin Devri,” *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi* 24, (2018): 864.

[44] Eren ve Aktürk, *Türk Miras Hukuku*, 673-674; Kalenderoğlu, “5403 Sayılı Toprak Koruma ve Arazi Kullanımı Kanunu Kapsamındaki Tarım Arazilerinin Miras Yoluyla

Yukarıda bahsi geçen kanun değişikliğinden önce, tarım arazilerinin miras yoluyla intikali bakımından TMK'nin miras hukukuna ilişkin hükümleri uygulanmaktaydı. Bu hükümlere göre, terekede tarım arazisi bulunması durumunda mirasçılarının özgüleme talebinde bulunması gerekmektedir. Miras paylaşımının ertelenmesi durumunda ertelenen tarihe kadar veya mirasçılar tarafından açılmış miras paylaşımına yönelik bir dava varsa bu dava sonuçlanıncaya kadar terekede bulunan diğer mallar ve tarım arazilerinin paylaşımı ertelenmekteydi. Bu durum terekede bulunan tarım arazisinin âtil halde kalmasına neden olmaktaydı. TKAKK'de yer alan değişiklikle birlikte terekede tarım arazisi bulunması durumunda 8/B maddesinde yer alan emredici hüküm uygulama alanı bulmaktadır. İlgili düzenleme “*mirasın açılmasından itibaren 1 yıl içerisinde terekede bulunan tarım arazisinin mülkiyetinin devri işlemleri tamamlanır*” şeklindedir. Bu düzenlemeyle birlikte diğer taşınmazlardan farklı olarak tarım arazisi mülkiyet devrinin gerçekleştirilmesi için 1 yıllık süre belirlenmiştir.<sup>[45]</sup> Doktrinde “kanunda belirlenen bir yıllık sürenin kanunda öngörülen seçeneklerden herhangi birini gerçekleştirmek için yeterli bir süre olmadığı, bazı durumda bu sürenin aşılmasının kaçınılmaz olduğu” ileri sürülmektedir.<sup>[46]</sup> Devir işlemlerinin bir yıl içinde tamamlanmaması<sup>[47]</sup> ve mirasçılarının paylaşım davası

---

Devri,” 31; Özdoğan, *Tarımsal Arazilerin Miras Yoluyla İntikali*, 65-66; Cevdet Yavuz ve Murat Topuz, “Toprak Koruma ve Arazi Kullanımı Kanununda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun’un Türk Medeni Kanunu’nun Miras Hukukuna İlişkin Hükümlerinde Yaptığı Değişiklikler,” *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, 21 / 2 (Ocak 2016): 664-665; Bünyamin Kartal, “6537 Sayılı Kanun ile 5403 Sayılı Toprak Koruma ve Arazi Kullanımı Kanunu’na Getirilen Değişikliklerin Medenî Usûl Hukuku Bakımından İncelenmesi,” *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 27 (2019): 846-847.

[45] Kalenderoğlu, “5403 Sayılı Toprak Koruma ve Arazi Kullanımı Kanunu Kapsamındaki Tarım Arazilerinin Miras Yoluyla Devri,” 30.

[46] Osman Levent Özay, *Tarım İşletmelerinin ve Arazilerinin Miras Yoluyla İntikali*, (Ankara: Yetkin Yayınları, 2015), 166-177; Bünyamin Kartal, “6537 Sayılı Kanun ile 5403 Sayılı Toprak Koruma ve Arazi Kullanımı Kanunu’na Getirilen Değişikliklerin Medenî Usûl Hukuku Bakımından İncelenmesi,” 849.

[47] Mirasçılar tarımsal arazilerin devir işlemlerini birden farklı yolla tamamlayabilir. Mirasçılar tarımsal arazileri aralarında yapacakları anlaşma ile bir veya birden çok mirasçıya ya da aile ortaklığına yahut miras payları oranında kuracakları limitet şirkete devredebilecekleri gibi üçüncü bir kişiye satabilirler.

açamamaları durumunda ve bu durumun kamu kurum veya kuruluşları ile finans kurumları tarafından öğrenilmesi hâlinde; durum, bu kurum veya kuruluşlar tarafından derhâl Gıda, Tarım ve Hayvancılık Bakanlığa ihbar edilir. İhbar üzerine bakanlık üç ay süre verir. İlgili düzenlemeye göre, mirasçılar verilen üç aylık sürede tarım arazisini mülkiyetini kanunda öngörülen hükümlere göre devretmesi gerekir. Verilen süre sonunda devir olmaması hâlinde, Bakanlık resen veya bildirim üzerine bu yerlerin istemde bulunan ehil mirasçıya, ehil mirasçı olmaması durumunda en fazla teklifi veren istekli mirasçıya devri, aksi hâlde üçüncü kişilere satılması için ilgili sulh hukuk mahkemesi nezdinde dava açabilir (TKAKK m.8-Ç/I).

## **B) TOPRAK KORUMA VE ARAZİ KULLANIMI KANUNUNA GÖRE TARIMSAL ARAZİLERİN DEVRİ İÇİN ARANAN ŞARTLAR**

### **1- Terekede Tarımsal Arazi Bulunması**

İlgili kanun hükümlerinde öngörülen yollardan biriyle tarımsal arazinin devrinin gerçekleştirilebilmesi için öncelikle mirasbırakanın geride bıraktığı terekede tarımsal arazinin bulunması gerekmektedir. Bir başka ifadeyle mirasbırakandan mirasçılarına arazi kalmalı ve geride kalan arazi tarımsal arazi olmalıdır. Tarım yapılması mümkün olmayan yerler tarım arazisi kapsamında değildir. Dolayısıyla inşaat yapılan araziler, tarımsal ürün yetiştirmeye imkân bulunmayan taşlık araziler, maden arazileri gibi yerler tarımsal arazi kapsamında değildir.<sup>[48]</sup> Mirasbırakanın terekesinde bir tarım arazisi olabileceği gibi birden fazla tarım arazisi de olabilir. Bu durumda her tarım arazisi ayrı bir devir işlemine konu olabilir.<sup>[49]</sup>

[48] Eren ve Aktürk, *Türk Miras Hukuku*, 673-674; Kalenderoğlu, “5403 Sayılı Toprak Koruma ve Arazi Kullanımı Kanunu Kapsamındaki Tarım Arazilerinin Miras Yoluyla Devri,” 31-32; Özdoğan, *Tarımsal Arazilerin Miras Yoluyla İntikali*, 73-74; Kemal Erdoğan, “Tarım Arazilerinin Miras Yoluyla İntikali,” 140.

[49] Eren ve Aktürk, *Türk Miras Hukuku*, 675; Özdoğan, *Tarımsal Arazilerin Miras Yoluyla İntikali*, 73-74; İnan, Ertaş ve Albaş, *Türk Medeni Hukuku Miras Hukuku*, 580.



TKAKK'de Medeni Kanunu'nun aksine arazinin mirasçılarında birine özgülenmesi yerine devri öngörülmüştür. Bir başka deyişle TMK'de özgülenme ifadesi yer almaktayken TKAKK'de devir ifadesine yer verilmiştir.<sup>[50]</sup>

## 2- Tarımsal Arazi Ekonomik Bir Bütünlük Arz Etmelidir

TKAKK'de tarımsal araziler arasında ekonomik bütünlük öngörülmektedir. Ekonomik bütünlük fiziki veya maddi bütünlük değildir. Birden fazla tarım arazisinde aynı tarım ürününün üretilmesidir şart değildir. Burada aranan tarımsal araziler arasında bir ekonomik bütünlüğün olmasıdır. Ekonomik bütünlükten anlaşılması gereken aynı amaca hizmet edip, tek kişinin mülkiyetinde olup tek ve ortak bir merkezden işletilip yönetilmesidir.<sup>[51]</sup> Doktrinde bir görüşe göre, mirasbırakanın terekesinde farklı parsellerde bulunan birden fazla tarım arazisi olabilir. Böyle bir durumda bu araziler ekonomik bir bütünlük içerisindeyse bunlar bir bütün olarak devre konu olabilir. Ancak birden fazla olan araziler arasında ekonomik bir bütünlük yoksa bunlar ayrı ayrı devre konu olabilir. Ancak mirasbırakanın arazisinde tek bir tarımsal arazi varsa ekonomik bütünlük şartı aranmaz, tek başına devre konu olur.<sup>[52]</sup> Ancak bizim de katıldığımız görüş çerçevesinde mirasbırakanın terekesinde tek veya birden fazla parça arazi bulunsa bile bunlar arasında ekonomik bütünlük olup olmadığı tespit edilmelidir. Zira terekede yer alan tarım arazisi tek parça olsa dahi geniş alana sahip büyük bir arazi parçası olabilir. Tarımsal arazinin sırf tek parça olmasından hareket edilmesi (tek parselde yer alması) hatalı değerlendirmelere neden olabilir. Bu nedenle ister

[50] Adı geçen düzenlemede özgülenme yerine devir kavramı kullanılmıştır. Doktrinde özgülenme kavramı yerine devir kavramının kullanılması eleştirilmiştir. Yapılan eleştirilerde devir kavramının miras hukukuna özgü bir kavram olmadığı, hak geçişinde kullanımında kullanılan bir kavram olduğu, özgülenme kavramının ise miras hukukuna özgü terekede bulunan mal varlığı değerlerinin hangi mirasçıya ait olduğunu ilişkin bir kavram olduğu bunun yanı sıra mülkiyet geçişini sağladığı ifade edilmiştir. Ayrıca bu iki kavramın eş kavram olmadığı, dolayısıyla birbirinin yerine kullanılamayacağı savunulmaktadır. Ayrıntılı bilgi için bkz. Özdoğan, *Tarımsal Arazilerin Miras Yoluyla İntikali*, 68-71.

[51] Eren ve Aktürk, *Türk Miras Hukuku*, 677; İnan, Ertaş ve Albaş, *Türk Medeni Hukuku Miras Hukuku*, 581.

[52] Özdoğan, *Tarımsal Arazilerin Miras Yoluyla İntikali*, 79; Kemal Erdoğan, "Tarım Arazilerinin Miras Yoluyla İntikali," 141-142.

tek parça isterse de birden fazla olsun tarım arazisinde ekonomik bütünlük olup olmadığı değerlendirilmeli; tarım arazisinin aynı amaca hizmet edip etmediği, tek kişinin mülkiyetinde olup olmadığı ve ortak bir merkezden işletilip işletilmediği gibi kriterlere bakılmalı ve bu kriterlere göre tespit yapılmalıdır.<sup>[53]</sup>

Ekonomik bütünlükle ilgili düzenleme Tarımsal Arazilerin Mülkiyetinin Devrine İlişkin Yönetmeliğin (TAMDİY) 7. maddesinde düzenlenmiştir.<sup>[54]</sup> Yönetmelik gereğince tarımsal arazilerde ekonomik bütünlük bazı kriterlere göre tespit edilmektedir. Buna göre örtü altı tarım arazileri bir dönüm (dekar)<sup>[55]</sup>, dikili tarım araziler beş dönüm, sulu ve kuru tarım arazileri ise on dönümün altında ise ekonomik bütünlük arz etmez (TAMDİY m.7/a). Bunun yanı sıra aynı kişiye ait sınırdış olmayan tarım arazilerinin aralarındaki mesafe üç km'den az ve örtü altı tarım arazilerinde bir dönüm, dikili tarım arazilerinde beş dönüm, sulu ve kuru tarım arazilerinde on dönüm üzerinde ise bu araziler arasında ekonomik bütünlük bulunduğu kabul

---

[53] Eren ve Aktürk, *Türk Miras Hukuku*, 677.

[54] Tarımsal Arazilerin Mülkiyetinin Devrine İlişkin Yönetmeliğin (TAMDİY) 7'inci maddesi, (1) Aynı kişiye ait tarımsal araziler arasındaki ekonomik bütünlük olup olmadığının tespiti aşağıdaki kriterlere göre belirlenir: a) Örtü altı tarım arazilerinde bir dekar, dikili tarım arazilerinde beş dekar, sulu ve kuru tarım arazilerinde on dekarın altında olan tarım arazileri ekonomik bütünlük arz etmez. b) Aynı kişiye ait sınırdış olmayan tarım arazilerinin aralarındaki mesafe (Değişik ibare: RG-8/12/2021-31683) üç km'den az ve örtü altı tarım arazilerinde bir dekar, dikili tarım arazilerinde beş dekar, sulu ve kuru tarım arazilerinde on dekarın üzerinde ise bu araziler arasında ekonomik bütünlük bulunduğu kabul edilir. c) Mülkiyeti aynı kişiye ait, sınırdış olan tarımsal arazilerin (Ek ibare: RG-8/12/2021-31683) toplamının ekonomik bütünlük değerlerini karşılaması durumunda ekonomik bütünlük teşkil ettiği kabul edilir. ç) Aynı kişiye ait tarımsal arazilerden birinin veya birkaçının paylı olması durumunda kişinin tarım arazisi içindeki pay miktarı dikkate alınarak ekonomik bütünlük değerlendirmesi yapılır. (2) (Mülga: RG-8/12/2021-31683) (3) Ekonomik bütünlük değerlendirmesi yukarıdaki kriterler doğrultusunda il veya ilçe müdürlükleri tarafından yapılır. Topoğrafik koşullar ve kullanım güçlüğünden kaynaklanan diğer mücbir nedenlerden dolayı bu kararlara karşı yapılan itirazlar Bakanlıkça değerlendirilerek karara bağlanır” şeklindedir.

[55] Dış iklim etkilerini ortadan kaldırılıp, özel çevre şartlarıyla sebze, meyve, süs bitkileri yetiştirilmesine örtü altı yetiştiriciliği olarak adlandırılır. Cam veya plastikle örtülü yapılar ise sera olarak adlandırılır.

edilir (TAMDİY m.7/b). Buna karşın mülkiyeti aynı kişiye ait, sınırdaş olan tarımsal arazilerinde ise arazi toplamının ekonomik bütünlük değerlerini karşılaması durumunda ekonomik bütünlük olduğu kabul edilir (TAMDİY m.7/c). Son olarak tarım arazisinde paylı mülkiyet söz konusu ise, kişinin tarım arazisi içindeki pay miktarı dikkate alınarak ekonomik bütünlük değerlendirmesi yapılır (TAMDİY m.7/ç). Ayrıca TAMDİY'nin 7/3. maddesi gereğince, ekonomik bütünlük değerlendirmesi yönetmelik uyarınca yukarıda açıklanan kriterler doğrultusunda il veya ilçe müdürlükleri tarafından yapılır.

### 3- Tarımsal Arazi Yeter Gelirli Olmalıdır

TKAKK'de yer alan düzenlemeye göre; tarımsal arazinin devri için, bu arazinin en azından bir çiftçi ailesini geçindirmeye yetecek yeter geliri olmalı, bir başka ifadeyle bu arazi bir çiftçinin kendisinin ve ailesinin geçimini sağlayacak düzeyde gelir sağlamalıdır. Bir ailenin geçimini sağlayacak düzeyde geliri olmayan bir tarım arazisinin bir bütün halinde mirasçıya devri mümkün olmaz. Tarımsal arazinin bir bütün halinde mirasçıya devri için en azından insan onuruna yakışır seviyede geçimini sağlayacak ölçüde gelir sağlamalıdır. Çiftçinin geliri kendisinin ve ailesinin geçimini sağlamaya yeterli, kimsenin yardımına ihtiyaç duymadan ailesinin temel ihtiyaçlarını giderecek düzeyde olmalıdır. Bu seviyenin üstünde, çiftçinin refah içinde yaşaması sağlayacak düzeyde gelir elde etmesi beklenmez.<sup>[56]</sup> Ancak çiftçinin asgari düzeyde geçimi sağlayacak seviyede gelir yeterli olacaktır. Burada çiftçinin ailesinin geçimini sağlayacak yeter gelir, yıllık net gelirdir. Ancak kanaatimizce yeter gelirin tespitinde çiftçinin bir sonraki yıl tarımsal üretim yapabilmesi için gerekli olan tohum, gübre, mazot gibi zorunlu giderlerin de hesaba katılması gerekmektedir. Zira tarımsal üretimin sürekliliği ve çiftçinin ailesinin geçimini sağlayacak geliri elde edebilmesi için bu giderlerinde de dikkate alınması gerekmektedir.

[56] Eren ve Aktürk, *Türk Miras Hukuku*, 679; Kalenderoğlu, "5403 Sayılı Toprak Koruma ve Arazi Kullanımı Kanunu Kapsamındaki Tarım Arazilerinin Miras Yoluyla Devri," 22-23; Fahri Gürgenburan, "5403 Sayılı Toprak Koruma ve Arazi Kullanımı Kanununda Yapılan Değişikliklerin Mülkiyet Hakkına Yaptığı Müdahaleler," (Yüksek Lisans Tezi, Ufuk Üniversitesi, 2021), 42-43; İnan, Ertaş ve Albaş, *Türk Medeni Hukuku Miras Hukuku*, 581.

TKAKK'de yeter gelirli tarımsal arazi büyüklüğü tanımlanmıştır. Kanunda yer alan tanıma göre; yeter gelirli tarımsal arazi büyüklüğü, bölge farklılıkları göz önünde bulundurularak il ve ilçelerin ekli (1) sayılı listede belirlenen yeter gelirli tarımsal arazi büyüklüklerini ifade eder (TKAKK m.3/I-1). Yeterli tarım arazi kriteri ise aynı kanununun 8/A maddesinde belirlenmiştir. İlgili düzenlemeye göre yeterli arazi büyüklüğü bölge farklılıkları göz önünde bulundurularak her il ve ilçe için ayrı olarak bu Kanuna ekli (1) sayılı listede belirlenmiştir. Yapılan belirlemede tarım arazileri sulu arazi, kuru arazi, dikili arazi ve örtü altı arazi olarak ayrıma tabi tutulmuş, bu ayrıma göre ayrı ayrı yeterli arazi büyüklükleri tespit edilmiştir. Ekli listede yer alan tespitlere göre, Harran Ovası olarak adlandırılan bölgede yer alan Şanlıurfa ili Akçakale ilçesinde yeter gelirli arazi büyüklükleri sulu arazide 55 dönüm, kuru arazide 140 dönüm, dikili arazide 10 dönüm, örtü altı arazide 3 dönüm olarak belirlenmiştir. Antalya ili Alanya ilçesinde ise yeterli gelirli arazi büyüklükleri sulu arazide 100 dönüm, kuru arazide 190 dönüm, dikili arazide 10 dönüm, örtü altı arazide 3 dönümdür. Ekli listede yer alan arazi büyüklüklerinin bilimsel gelişmeler ve günün koşullarına göre değişmesi mümkündür. Bu değişiklik Cumhurbaşkanı kararı ile yapılabilir (TKAKK m.8/A).<sup>[57]</sup> Yine ilgili düzenleme gereğince, tarımsal araziler bu Kanuna ekli (1) sayılı listede belirlenen yeter gelirli tarımsal arazi büyüklüklerinin altında ifraz edilemez, bölünemez (TKAKK m.8/A).

TKAKK'de düzenlenen yeter gelirli arazi büyüklüklerinin belirlenmesindeki amaç, tarım arazilerinden elde edilen verimliliğin artırılmasıdır. Verimliliğini artırılması ise, tarımsal faaliyetin sürdürülebilirliği anlamına gelmektedir.<sup>[58]</sup>

### **C) TOPRAK KORUMA VE ARAZİ KULLANIMI KANUNUNA GÖRE TARIMSAL ARAZİLERİN DEVRİ**

Mirasbırakanın ölümünün ardından terekesinde tarım arazisi bulunması durumunda, mirasçılar oybirliği ile anlaşarak yeter gelirli tarım arazisini bir veya birden çok mirasçıya devredebilirler. Bunun dışında mirasçılar yine ortak

[57] Yeterli gelirli tarımsal arazilerinin büyüklüğü, aynı zamanda kanundaki düzenlemeye uygun olarak tarımsal arazilerin mülkiyetinin devrine ilişkin yönetmeliğin 6. maddesinde de düzenlenmiştir.

[58] Kalenderoğlu, "5403 Sayılı Toprak Koruma ve Arazi Kullanımı Kanunu Kapsamındaki Tarım Arazilerinin Miras Yoluyla Devri," 22.

kararla anlaşarak yeter gelir tarım arazisini kuracakları aile malları ortaklığına veya limited şirkete de devredebilirler (TKAKK 8/C).<sup>[59]</sup> Mirasçılar bu sayılan ihtimallerden birinde anlaşamadıkları takdirde, tarımsal araziye üçüncü bir kişiye satmak mecburiyetindedirler.<sup>[60]</sup> Çalışmanın bundan sonraki kısmında bu devir ihtimalleri ayrı başlıklar altında değerlendirilmiştir.

## 1- Tarımsal Arazileri Mülkiyetinin İradi Devri

### a) Terekede Yer Alan Tarımsal Arazinin Bir veya Birden Fazla Mirasçıya Devri

Mirasçılar alacakları ortak bir karar ile terekede bulunan tarım arazilerinin veya yeter gelirli tarımsal arazinin mülkiyetini, bir veya yeter gelirli arazi büyüklüğünde olması koşuluyla birden fazla mirasçıya devredebilirler.<sup>[61]</sup> Bu durum TKAKK'nin 8/C maddesinde düzenlenmiştir. Bu çerçevede tarımsal araziye devralmak isteyen mirasçı bu iradesini diğer mirasçılara bildirerek tarım arazilerinin kendisine devredilmesini talep etmelidir.<sup>[62]</sup> Bu talep üzerine mirasçılar devir kararı verirse, tarımsal arazinin devredileceği kişinin devir kararının verildiği tarihinde mirasçı ve sağ olması gerekir. Zira mirasçıların devir kararı verdiği tarihte, devredilecek kişi miras payı kaybetmiş, mirası reddetmiş, mirastan feragat etmiş veya mirastan yoksun kalmış ise mirasçı sıfatı olmadığından kendisine devir yapılamaz. Bu durumda bu kişiye sadece TKAKK kapsamında ve ancak mahkeme kararıyla devir yapılabilir. Devir yasal mirasçıya yapılabileceği gibi atanmış mirasçıya da yapılabilir.

[59] TKAKK'nın ilgili hükmü, "mirasçılar, terekede bulunan tarımsal arazi ve yeter gelirli tarımsal arazinin mülkiyeti hakkında; a) Bir mirasçıya veya yeter gelirli tarımsal arazi büyüklüklerini karşılaması durumunda birden fazla mirasçıya devrini, b) 22/11/2001 tarihli ve 4721 sayılı Türk Medeni Kanununun 373 üncü ve devamı maddelerine göre kuracakları aile malları ortaklığına veya kazanç paylı aile malları ortaklığına devrini, c) Mirasçılarının tamamının miras payı oranında hissedarı oldukları 13/1/2011 tarihli ve 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu hükümlerine göre kuracakları limited şirkete devrini, ç) Mülkiyetin üçüncü kişilere devrini, kararlaştırabilirler" şeklindedir.

[60] Eren ve Aktürk, *Türk Miras Hukuku*, 681.

[61] Terekede yeter gelirli birden fazla tarımsal arazi bulunmaması durumunda, devir tek mirasçıya yapılır.

[62] Eren ve Aktürk, *Türk Miras Hukuku*, 681; Gürgenburan, "5403 Sayılı Toprak Koruma ve Arazi Kullanımı Kanununda Yapılan Değişikliklerin Mülkiyet Hakkına Yaptığı Müdahaleler," 76.

Bunun yanı sıra devir yapılacak kişi ölüme bağlı tasarrufla mirasbırakan tarafından da belirlenmiş olabilir. Fakat katıldığımız görüş çerçevesinde mirasçılar oybirliğiyle alacakları kararlar mirasbırakanın arzusunun aksini kararlaştırabilirler.<sup>[63]</sup>

Devir talebi, tarım arazilerinin tamamını kapsayacak şekilde yapılmalıdır. Kısmi devir talebi, bir başka ifadeyle arazilerinin bölünerek devredilmesinin istenmesi ya da birden çok mirasçının kendilerine tarımsal arazilerin paylı veya elbirliği ile mülkiyet şeklinde kendilerine devredilmesini talep etmeleri hukuken mümkün değildir.<sup>[64]</sup> TKAKK'de devir talebiyle ilgili herhangi bir şekil şartı öngörülmediği için, devir talebi sözlü, yazılı veya resmi şekilde yapılabilir.<sup>[65]</sup> Devir talebi şahsa sıkı sıkıya bağlı bir haktır. Bu nedenle devir talebi başkasına devredilemeyeceği gibi miras yoluyla da başkasına geçmez.<sup>[66]</sup>

### **b) Terekede Yer Alan Tarımsal Arazinin Aile Malları Ortaklığına veya Kazanç Paylı Aile Malları Ortaklığına Devri**

Bir diğer devir yöntemi ise, terekede yer alan tarımsal arazinin mirasçılarının anlaşarak kuracakları aile malları ortaklığına veya kazanç paylı aile malları ortaklığına devridir. TKAKK 8/C/I/b maddesinde, tarımsal arazilerin TMK'nin 373. ve devamı maddelerine göre kurulacak aile malları ortaklığına veya kazanç paylı aile malları ortaklığına devredilebilecekleri düzenlenmiştir. Bu devir işlemi mirasçılar kendi aralarında ittifakla anlaşarak gerçekleştirmelidir. Bir başka ifadeyle aile malları ortaklığı veya kazanç paylı aile malları ortaklığı kurularak tarım arazilerinin devri için tüm mirasçılarının oybirliğiyle karar alması gerekir. Devir işlemi TAMDİY'nin 9/II/b maddesi

[63] Eren ve Aktürk, *Türk Miras Hukuku*, 681; Özdoğan, *Tarımsal Arazilerin Miras Yoluyla İntikali*, 93.

[64] Burada amaç, miras bırakandan geriye kalan tarımsal arazilerinin devir yapılan mirasçının bireysel mülkiyetine geçmesinin sağlanmasıdır.

[65] TKAKK'da yer alan düzenlemeye göre, “yeter gelirlili tarımsal arazi mülkiyeti kendisine devredilen kişi, bu araziler için zorunlu olan araç, gereç ve hayvanların mülkiyetinin gerçek değerleri üzerinden kendisine devredilmesini isteyebilir” TKAKK m.8/E-1).

[66] Eren ve Aktürk, *Türk Miras Hukuku*, 681-682; Gürgenburan, “5403 Sayılı Toprak Koruma ve Arazi Kullanımı Kanununda Yapılan Değişikliklerin Mülkiyet Hakkına Yaptığı Müdahaleler,” 76-78; Özdoğan, *Tarımsal Arazilerin Miras Yoluyla İntikali*, 93-94.

gereğince ortaklık noter senediyle kurulur ve bu senedin bir örneği tapu dairesine ibraz edilerek beyanlar hanesine işlenir.<sup>[67]</sup> Aile malları ortaklığı veya kazanç paylı aile malları ortaklığının tüzel kişiliği bulunmamaktadır.<sup>[68]</sup>

Aile malları ortaklığında yönetim, tüm mirasçılar tarafından birlikte gerçekleştirilir. Mirasçılar aile malları ortaklığını kurarken aksini kararlaştırmadığı müddetçe, ortakların her biri eşit haklara sahiptirler (TMK m.376/2). Miras ortaklığını mirasçılar elbirliği ile yönetebilir. Mirasçılar bu yönetim tarzını tercih etmedikleri takdirde, yönetim veya temsil işlerini ortaklardan birine devredebilirler.<sup>[69]</sup> Mirasçılar aksini kararlaştırmadıkları müddetçe, ortaklığın devamı müddetince ortaklar payları üzerinde tasarrufta bulunamazlar ve paylarını talep edemezler.<sup>[70]</sup>

Kazanç paylı aile malları ortaklığında ise mirasçılar tarımsal arazinin işletilmesi mirasçılardan birine bırakılarak, elde edilen kazançtan yıllık belirli bir yüzde olarak kazanç paylı aile malları ortaklığı kurabilirler (TMK m.384). Kazanç paylı aile malları ortaklığında tarımsal arazi işletilmesi bırakılan mirasçı, yönetim ve temsil yetkisine sahip olur. TKAKK'nin 9/J maddesi gereğince, aile malları ortaklığının veya kazanç paylı aile malları ortaklığının; herhangi bir sebeple sona ermesi ve tasfiye olması hâlinde, bu ortaklıklara ait tarımsal araziler, yeter gelirlili tarımsal arazi büyüklüklerinin altında kalacak şekilde bölünemez.<sup>[71]</sup>

---

[67] TAMDİY' 9/II/b maddesi, "22/11/2001 tarihli ve 4721 sayılı Türk Medenî Kanununun 373 ila 385 inci maddelerine göre noter senedi ile aile malları ortaklığı veya kazanç paylı aile malları ortaklığı kurabilirler. Noter senedinin bir örneği tapu müdürlüğüne ibraz edilerek, söz konusu ortaklık tapu kütüğünün beyanlar hanesine işlenir" şeklindedir.

[68] Eren ve Aktürk, *Türk Miras Hukuku*, 682; Gürgenburan, "5403 Sayılı Toprak Koruma ve Arazi Kullanımı Kanununda Yapılan Değişikliklerin Mülkiyet Hakkına Yaptığı Müdahaleler," 78-79.

[69] Eren ve Aktürk, *Türk Miras Hukuku*, 682; Özdoğan, *Tarımsal Arazilerin Miras Yoluyla İntikali*, 100-101; Gürgenburan, "5403 Sayılı Toprak Koruma ve Arazi Kullanımı Kanununda Yapılan Değişikliklerin Mülkiyet Hakkına Yaptığı Müdahaleler," 78-79.

[70] Eren ve Aktürk, *Türk Miras Hukuku*, 682; Özdoğan, *Tarımsal Arazilerin Miras Yoluyla İntikali*, 101.

[71] Eren ve Aktürk, *Türk Miras Hukuku*, 682-683; Özdoğan, *Tarımsal Arazilerin Miras Yoluyla İntikali*, 101; Gürgenburan, "5403 Sayılı Toprak Koruma ve Arazi Kullanımı

### c) Terekede Yer Alan Tarımsal Arazinin Limited Şirkete Devri

Bir diğer devir yöntemi ise, terekede yer alan tarımsal arazinin mirasçıların ortak kararıyla kuracakları limited şirkete devridir. TKAKK'nin 8/C/II/c maddesi uyarınca; mirasçılar kendi aralarında anlaşarak miras payları oranında hissedar oldukları tarım arazilerinin mülkiyetini, Türk Ticaret Kanunu'nun (TTK) 573. maddesi hükümlerine göre kuracakları bir limited şirkete devredebilirler. Doktrinde yer alan bir görüşe göre mirasçıların tamamının kurulacak şirkete ortak olması şart değildir.<sup>[72]</sup> Aksi yönde olmakla birlikte bizim katıldığımız diğer görüşe göre ise, limited şirkete tüm mirasçıların ortak olması mecburidir. Zira kanunda yer alan düzenlemede mirasçıların tamamının miras payları oranında hissedar oldukları bir limited şirketin kurulması öngörülmüştür.<sup>[73]</sup> Tarımsal arazilerin işletilmesi amacıyla limited şirkete devrinde, TTK'de limited şirketlerin kurulması için aranan sermaye ve diğer şartlar aranmaz. Aile malları ortaklığının veya kazanç paylı aile malları ortaklığının da olduğu gibi limited şirketin herhangi bir sebeple sona ermesi ve tasfiye olması hâlinde, bu ortaklıklara ait tarımsal araziler, yeter gelirlili tarımsal arazi büyüklüklerinin altında kalacak şekilde bölünemez. İlgili düzenleme TKAKK'nın 8/J maddesinde emredici olarak düzenlenmiştir.<sup>[74]</sup>

### d) Terekede Yer Alan Tarımsal Arazinin Üçüncü Bir Kişiye Devri

Mirasçılar tarımsal arazilerin devri için yukarıda sayılan yollardan herhangi biri üzerinde anlaşmaya varamazsa; mirasçılar, aralarında anlaşarak tarımsal arazinin mülkiyetini üçüncü bir kişiye devrini gerçekleştirebilirler

---

Kanununda Yapılan Değişikliklerin Mülkiyet Hakkına Yaptığı Müdahaleler,” 79.

[72] Ş. Barış Özçelik, “5403 Sayılı Toprak Koruma ve Arazi Kullanımı Kanunu'nda 6537 Sayılı Kanun'la Yapılan Değişiklikler ve Değerlendirilmesi”, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 19/1, (2015), 93; Gürgenburan, “5403 Sayılı Toprak Koruma ve Arazi Kullanımı Kanununda Yapılan Değişikliklerin Mülkiyet Hakkına Yaptığı Müdahaleler,” 80.

[73] Eren ve Aktürk, *Türk Miras Hukuku*, 683; Özdoğan, *Tarımsal Arazilerin Miras Yoluyla İntikali*, 102.

[74] Eren ve Aktürk, *Türk Miras Hukuku*, 683; Gürgenburan, “5403 Sayılı Toprak Koruma ve Arazi Kullanımı Kanununda Yapılan Değişikliklerin Mülkiyet Hakkına Yaptığı Müdahaleler,” 81.



(TKAKK m. 8/C, I, ç). Bu durumda üçüncü kişi için mülkiyet tescille birlikte kazanılacaktır.<sup>[75]</sup>

## 2- Tarımsal Arazileri Mülkiyetinin Mahkeme Kararıyla Devri

TKAKK'nin 8. maddesinin ikinci fıkrası uyarınca; mirasçılar kanunda belirtilen veya yukarıda açıklanan yollardan biri üzerinde anlaşmadıkları takdirde, mirasçılardan her biri tarımsal arazinin devri hususunda yetkili sulh hukuk mahkemesi nezdinde dava açabilir. Ayrıca mirasçılar kanunda belirtilen devir durumlarından biri üzerinde anlaşarak tarımsal arazinin devrini 1 yıl içinde gerçekleştirmemeleri durumunda, bu durumun kamu kurum veya kuruluşları ile finans kurumları tarafından öğrenilmesi hâlinde, durum, bu kurum veya kuruluşlar tarafından derhâl Gıda, Tarım ve Hayvancılık Bakanlığına bildirilir. Gıda, Tarım ve Hayvancılık Bakanlığı öncelikle mirasçılara üç ay süre verir. Verilen süre sonunda devir olmaması veya mirasçılar tarafından dava açılmaması durumunda<sup>[76]</sup>, Gıda, Tarım ve Hayvancılık Bakanlığı resen veya bildirim üzerine bu yerlerin istemde bulunan ehil mirasçıya, ehil mirasçı olmaması durumunda en fazla teklifi veren istekli mirasçıya devri, aksi hâlde üçüncü kişilere satılması için ilgili sulh hukuk mahkemesi nezdinde dava açabilir (TKAKK m. 8/Ç, I; TAM-DİY m.9/III, IV, V).<sup>[77]</sup> Bu aşamada bir hususa değinmekte fayda vardır. Mirasçıların önceden veya bakanlığın vermiş olduğu 3 aylık sürede kendi aralarında anlaşamaması durumunda bakanlığa dava açması için yetki verilmesi kamu yararı amacıyla olsa daha mülkiyet hakkına ölçsüz bir müdahale niteliğindedir.<sup>[78]</sup> Mülkiyet hakkına ölçsüz bir müdahale niteliği taşıyan bu

[75] Eren ve Aktürk, *Türk Miras Hukuku*, 683; Özdoğan, *Tarımsal Arazilerin Miras Yoluyla İntikali*, 103.

[76] Katıldığımız görüş uyarınca bakanlık tarafından verilen üç aylık sürede, mirasçılardan biri dava açarsa bakanlığın dava açmasına gerek yoktur. Bkz. Dural ve Öz, *Türk Özel Hukuku IV Miras Hukuku*, 514; Eren ve Aktürk, *Türk Miras Hukuku*, 684.

[77] Dural ve Öz, *Türk Özel Hukuku IV Miras Hukuku*, 514; Eren ve Aktürk, *Türk Miras Hukuku*, 684; Kalenderoğlu, “5403 Sayılı Toprak Koruma ve Arazi Kullanımı Kanunu Kapsamındaki Tarım Arazilerinin Miras Yoluyla Devri,” 47.

[78] Yavuz ve Topuz, “Toprak Koruma ve Arazi Kullanımı Kanununda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun'un Türk Medeni Kanunu'nun Miras Hukukuna İlişkin Hükümlerinde Yaptığı Değişiklikler,” 665

düzenlemenin anayasaya ayıklık iddiasıyla gündeme gelmesi muhtemeldir. Bu nedenle tarımsal arazinin paylaşılmasını sağlamak amacıyla bakanlığa dava açma yetkisi verilmesi yerinde bir düzenleme olmamıştır.

İster mirasçılar ister bakanlık tarafından dava açılsın, yasal düzenlemeler çerçevesinde mahkemenin uyması gereken belirli kurallar vardır. İlgili kural- lar çerçevesinde görevli sulh hukuk mahkemesi aşağıda belirtilen yollardan birine göre karar verebilir.

### **a) Terekede Yer Alan Tarımsal Arazinin Mahkeme Kararıyla Ehil Mirasçığa Devri**

TKAKK'nin 8/C-II-a maddesi, “*kişisel yetenek ve durumları göz önünde tutulmak suretiyle tespit edilen ehil mirasçığa tarımsal gelir değeri üzerinden devrine, birden çok ehil mirasçının bulunması hâlinde, öncelikle asgari geçimini bu yeter gelirli tarımsal arazilerden sağlayan mirasçığa, bunun bulunmaması hâlinde bu mirasçılar arasından en yüksek bedeli teklif eden mirasçığa devrine, ehil mirasçı olmaması hâlinde, mirasçılar arasından en yüksek bedeli teklif eden mirasçığa devrine karar verir*” şeklindedir.

İlgili düzenleme çerçevesinde hâkim, kişisel yetenek ve durumunu göz önünde bulundurarak tespit ettiği ehil mirasçığa tarımsal arazinin mülkiye- tinin devredilmesine karar verebilir. TKAKK'nin 8/C maddesinde yer alan düzenlemeye göre; ehil mirasçığa ait niteliklerin, Gıda, Tarım ve Orman Bakanlığı tarafından çıkarılacak yönetmelikle belirleneceği düzenlenmiştir. Bu düzenleme çerçevesinde çıkarılan ilgili yönetmelikte (TAMDİY) yer alan düzenlemede ehil mirasçığa ilişkin birtakım kriterler belirlenmiştir. Belirlenen kriterlerde ehil mirasçığı belirlemek için puanlama sistemi getirilmiştir. Bu puanlama sisteminde 50 ve üzeri puan alan mirasçılar ehil mirasçı olduğu kabul edilmektedir. Yapılacak puanlama, değerlendirme yapılacak kişinin geçimini mirasa konu tarım arazilerinden sağlayıp sağlamadığı, tarımsal arazileri işleyebilecek mesleki bilgi ve beceriye sahip olup olmadığı, sosyal güvencesi olup olmadığı gibi birçok kritere göre yapılmaktadır.<sup>[79]</sup> Ehil

[79] İlgili düzenlemeye göre, “ehil mirasçının belirlenmesinde aşağıdaki kısıtlar dikkate alınarak yapılan hesaplama sonucunda elli puan ve yukarisına sahip olan mirasçı veya mirasçılar ehil mirasçı olarak kabul edilir. Mirasçılardan; a) Geçimini mirasa konu tarım arazilerinden sağlayanlara yirmi puan, b) Tarım dışı geliri bulunmayanlara on puan, c) Eşi fiilen tarımsal faaliyette bulunanlara on puan, ç) Tarımsal arazileri işleyebilecek mesleki bilgi ve beceriye sahip olanlara on puan, d) Mirasa konu arazilerin bulunduğu ilçe sınırları içinde(Değişik ibare:RG-8/12/2021-31683) beş

mirasçı için öngörülen 50 puanı birden fazla mirasçı alırsa ve birden fazla ehil mirasçı devir talep ederse öncelikle asgari geçimini bu (yeter gelirli) tarım arazisinden karşılayan mirasçıya devir gerçekleşir. Asgari geçimini bu araziden sağlayan mirasçının bulunmaması durumunda ise mirasçıların arasında en yüksek bedeli teklif eden ehil mirasçıya devir gerçekleşir. Buna karşın ehil mirasçı olmaması durumunda ise mahkeme istekli mirasçılar arasında en yüksek teklifi veren mirasçıya devrin yapılmasına karar verir bu durumda yasal düzenleme uyarınca asgari geçini sağlayan mirasçının, bu da yoksa en yüksek bedeli teklif eden mirasçının seçilmesi gerekir.<sup>[80]</sup>

Doktrinde yer alan bir görüşe göre, ehil mirasçı tespit edilirken mirasçının tarımsal araziyi bizzat işletmesi kural olarak zorunlu değildir. Devir talebinde bulunan mirasçı, tarımsal araziye bizzat işletme niyetinde olmadığını belirtmesine rağmen diğer mirasçılar buna itiraz etmezlerse hâkimin mülkiyetin devrine karar vermesi gerekir. Zira bizzat işletme ilkesi hem faktör olarak öngörülmemiş hem de tarımsal miras hukukunun amacı bölmek veya başka bir kişiye devretmektense bütünlüğü bozulmadan işletmektir. Buna karşın diğer mirasçılardan biri araziye bizzat işletmek niyetindeyse bu mirasçının tercih edilmesi yerinde olacaktır. Kanaatimizce gerçekten ehil mirasçı olmak için tarımsal araziye bizzat işletme kural olarak zorunlu olmamalıdır. Zira büyük tarımsal arazilerinde tarımsal araziye bizzat işleten kişiler yardımcı çalışan yardımından yararlanmak durumundadırlar. Hatta kimi zaman bu yardımcı çalışanlar bir oran karşılığında tarımsal üretime ortak edilmektedir. Bunun yanı sıra malik tarımsal arazi kiraya verse dahi, ehil mirasçı tarımsal

---

yıla kadar ikamet edenlere beş puan, (Değişik ibare:RG-8/12/2021-31683) beş yıl ve daha uzun süre ikamet edenlere on puan, e) Herhangi bir sosyal güvencesi olmayanlara on puan, f) Sosyal Güvenlik Kurumu (SGK) kapsamında tarım sigortası olanlara beş puan, g) Bakanlığın mevcut kayıt sistemlerine kayıtlılık süreleri (Değişik ibare:RG-8/12/2021-31683) beş yıla kadar olanlara beş puan, (Değişik ibare:RG-8/12/2021-31683) beş yıl ve daha uzun süre olanlara on puan, ğ) Tarımsal örgütlere kayıtlılık süreleri (Değişik ibare:RG-8/12/2021-31683) beş yıla kadar olanlara iki puan, (Değişik ibare:RG8/12/2021-31683) beş yıl ve daha uzun süre olanlara beş puan, h) Tarım alet ve donanımlarına sahip olanlara beş puan, ı) Kadın olanlara beş puan verilir” (TAMDİY m.10).

[80] Dural ve Öz, *Türk Özel Hukuku IV Miras Hukuku*, 514-515; Eren ve Aktürk, *Türk Miras Hukuku*, 685; Özdoğan, *Tarımsal Arazilerin Miras Yoluyla İntikali*, 104-109; Kalenderoğlu, “5403 Sayılı Toprak Koruma ve Arazi Kullanımı Kanunu Kapsamındaki Tarım Arazilerinin Miras Yoluyla Devri,” 48-49.

araziyi işletebilecek uygun kiracıyı seçebilir ve tarımsal verim ile tarımsal üretimin devamlılığı sağlanabilir. Bu nedenle önemli olan ehil mirasçının tarımsal araziyi bizzat işletmesi değil, tarım arazisi bölünmeden ve üretim ile verimi azalmadan işletmesidir. Buna karşın mirasçılardan biri tarımsal araziyi bizzat işletmekte veya işletme niyetindeyse bu mirasçının tercih edilmesi yerinde olacaktır.

Terekede bulunan tarımsal araziye işletecek birden fazla ehil mirasçı olması ve bu mirasçıların miras dışı tarımsal arazilere sahip olması durumunda, bu mirasçıların mevcut arazilerini yeter gelirli büyüklüğe ulaştırmak veya bu arazilerin ekonomik olarak işletilmesine katkı sağlamak amacıyla hâkim, tarım arazilerinin yeter gelir büyüklüğünü aramaksızın bu mirasçılara devrine karar verebilir (TKAKK m. 8/C, I, c). Örneğin mirasçının önceden 200 dönüm arazisinin olduğu ve mirasbırakanın ölümü üzerine 50 dönüm arazi kaldığı bir durumda, hâkim mirasçının sahip olduğu 200 dönüm arazisine ek olarak mirasbırakandan kalan 50 dönümün devrine karar verebilir.

Tarımsal arazinin miktar olarak büyük olması ve birden fazla yeter gelirli araziye bölünmesi mümkün ise, hâkim kanunda öngörülen şartlara göre ehil mirasçıya ayrı ayrı devredilmesine karar verebilir (TKAKK m. 8/C, I, c).

Mahkemece tarımsal arazinin devrine karar verilmesi durumunda devir, tarım arazisinin gelir değeri hesaplanarak ortaya çıkan bu değer üzerinden gerçekleşir. Tarımsal arazinin gelir değeri davanın açıldığı tarih dikkate alınarak hesaplanır. Gelir değerinin nasıl hesaplanacağı ise, TAMDİY'nin 5. maddesinde düzenlenmiştir.<sup>[81]</sup>

[81] TAMDİY'nin 4'üncü maddesinde tarım arazilerinin değeri, "tarım arazilerinden elde edilecek yıllık ortalama net gelirin, kapitalizasyon oranı kullanılarak hesaplanan değerini" ifade eder şeklinde tanımlanmıştır. İlgili düzenleme göre, "(1) Tarım arazilerinin gelir değeri, değerlendirme tarihinde, arazilerin optimum koşullarda işletilmesi halinde elde edilecek yıllık ortalama net gelire göre hesaplanır. (2) Üretim dönemlerine ait gayrisafi üretim değerlerinin hesaplanmasında, çiftçi eline geçen ürün fiyatları ile verimler dikkate alınır. Çiftçi eline geçen ürün fiyatlarında Türkiye İstatistik Kurumu (TÜİK) verileri ile Bakanlık sistemlerindeki veriler esas alınır. Ürün deseni ve verimlerin hesabında, değerlendirme yapılacak arazinin veya bu arazilere benzer özellik arz eden yöredeki diğer arazilerin Bakanlık sistemlerindeki arazilerde yetiştirilen ürünlerin münavebe dönemine göre yıllık kayıtları esas alınarak belirlenir. (3) Değerleme yapılan yıl içinde çiftçi eline geçen ürün fiyatlarıyla, arazilerde yetiştirilen ürünlerin münavebe dönemine göre yıllık verim ortalamaları çarpılarak araziden elde edilen yıllık gayrisafi üretim değeri hesaplanır. Bakanlıkça değerlendirme yapılacak tarım arazilerinde mutad

## **b) Terekede Yer Alan Tarımsal Arazinin Mahkeme Kararıyla Satışına Karar Verilmesi**

TKAKK'nin 8/C maddesinde yer alan düzenlemeye göre, “*mirasa konu yeter gelirli tarımsal arazinin kendisine devrini talep eden mirasçı bulunmadığı takdirde, hâkim satışına karar verir. Bu suretle yapılacak satış sonucu elde edilen gelir, mirasçılara payları oranında paylaştırılır*” (TKAKK m. 8/C, II, c). İlgili düzenleme bağlamında terekede ehil mirasçı bulunmaması veya hiçbir mirasçının devir talebinde bulunmaması durumunda hâkim, tarımsal arazinin üçüncü kişiye satılmasına karar vermek durumundadır. Bu durumda satış sonucunda elde edilecek gelir, mirasçılara miras payları oranında paylaştırılır.<sup>[82]</sup>

## **D) TOPRAK KORUMA VE ARAZİ KULLANIMI KANUNUNA GÖRE YAN SINAI İŞLETMELERİN DEVRİ**

TKAKK'nin 3. maddesinde yer alan tanıma göre yan sınaî işletmeler, yeter gelirli tarımsal arazilere ait ürün depolama, koruma, işleme ve pazarlama gibi faaliyetlere yönelik tesisleri ifade etmektedir (TKAKK m. 3, I, u). Yan

---

münavebeye giren ürünler için yıllık üretim masraflarının, yıllık gayrisafi üretim değerinden çıkartılması sonucu, ürünlerin yıllık net geliri tespit edilir. (4) Değerlemesi yapılacak arazide münavebeye giren ürünler dikkate alınarak, Bakanlık kayıtlarındaki söz konusu arazide yetiştirilen ürün verim değerleri kullanılarak yıllık ortalama net gelir tespit edilir. (5) Meyve bahçelerinde; tesis, artış, normal üretim ve eksilış dönemleri dikkate alınarak, bu arazilerin ekonomik ömrü boyunca her yıla ait net gelirlerinden yararlanılarak değerleri belirlenir. Meyvesiz ağaçlıklarda ise net gelir; ilk tesis yılı ile kesim yılı arasında ağaçlıktan elde edilen toplam gayrisafi üretim değeri ile aynı dönemde yapılan toplam tesis ve bakım masrafları arasındaki fark kadardır. Bunların dışında kalan tarla tarımı ürünlerinden uzun ömürlü olanlarında da ekonomik ömrü boyunca her yıl elde ettiği gayrisafi üretim değeri ve yıla düşen masraflar dikkate alınarak arazi değerlemesi yapılır. Meyveli ve meyvesiz ağaçlıklarda hesaplanacak masraflar ve gelirler için Bakanlık verileri kullanılır. (6) Tarımsal gelir değerine yapılacak itirazlar; hesaplamada kullanılan arazilerdeki ürün deseni ve verimleri, ürün maliyetleri ve çiftçi eline geçen fiyatlar üzerinden yeniden değerlendirilir. Arazilerin ürün desenine, masraflarına ve çiftçi eline geçen fiyatlara yapılacak itirazlarda Bakanlık ve TÜİK sistemlerindeki kayıtlar esas alınır”.

[82] Eren ve Aktürk, *Türk Miras Hukuku*, 686-687; Özdoğan, *Tarımsal Arazilerin Miras Yoluyla İntikali*, 126-127; Kalenderoğlu, “5403 Sayılı Toprak Koruma ve Arazi Kullanımı Kanunu Kapsamındaki Tarım Arazilerinin Miras Yoluyla Devri,” 51.

sınai işletmeler tarım arazisiyle sıkı bir bağ içerisinde bulunabileceği gibi tarım arazisinden bağımsız bir yapı halinde de bulunabilmektedir. Yeter gelirli tarımsal arazilere sıkı şekilde bağlı bir yan sınai işletme mevcut ise yan sınai işletme ile yeter gelirli tarımsal arazilerin mülkiyeti bir bütün olarak istemde bulunan ve ehil görülen mirasçıya gerçek değeri üzerinden devredilir. Mirasçılardan birinin itiraz etmesi veya birden çok mirasçının kendilerine devredilmesini istemeleri hâlinde sulh hukuk hâkimi yeter gelirli tarımsal arazi ve yan sınai işletmenin ekonomik gelir ve bütünlüğünü sürdürme imkânını ve mirasçıların kişisel durumlarını göz önünde bulundurarak yan sınai işletmenin birlikte veya ayrı olarak devrine ya da satışına karar verir.<sup>[83]</sup>

### **E) TOPRAK KORUMA VE ARAZİ KULLANIMI KANUNUNA GÖRE TAŞINIRLARIN DEVRİ**

Yeter gelirli tarımsal arazi mülkiyeti kendisine devredilen kişi, bu araziler için zorunlu olan traktör, pulluk, mibzer gibi araç, gereç ve hayvanların mülkiyetinin gerçek değerleri üzerinden kendisine devredilmesini isteyebilir (TKAKK m. 8/E-I).

### **F) TOPRAK KORUMA VE ARAZİ KULLANIMI KANUNUNA GÖRE DİĞER MİRASÇILARIN MİRAS PAYLARININ PARASAL KARŞILIĞININ ÖDENMESİ**

TKAKK'de diğer mirasçıların paylarının ödenmesi usulü 8/D maddesinde düzenlenmiştir. Bunun yanı aynı kanunun 8/Ĝ maddesinde terekede bulunan tarım arazisi üzerinde bulunan miras bırakanın borcuna ilişkin düzenleme yer almaktadır. Kanunun 8/E<sup>[84]</sup> ve 8/H<sup>[85]</sup> maddelerinde ise taşınır ve

[83] Dural ve Öz, *Türk Özel Hukuku IV Miras Hukuku*, 516-517; Eren ve Aktürk, *Türk Miras Hukuku*, 687-688; Özdoğan, *Tarımsal Arazilerin Miras Yoluyla İntikali*, 126-127.

[84] TKAKK'nın 8/E maddesi, “yeter gelirli tarımsal arazi mülkiyeti kendisine devredilen kişi, bu araziler için zorunlu olan araç, gereç ve hayvanların mülkiyetinin gerçek değerleri üzerinden kendisine devredilmesini isteyebilir. 8/C maddesinin birinci fıkrasının (c) bendi hükmü gereğince mirasçılar arasında limited şirket kurulması hâlinde yeter gelirli tarımsal araziler için gerekli olan taşınır ve da şirket mal varlığına dâhil edilir” şeklindedir.

[85] TKAKK'nın 8/H maddesi, “yeter gelirli tarımsal arazilere sıkı şekilde bağlı bir yan sınai işletme mevcut ise yan sınai işletme ile yeter gelirli tarımsal arazilerin mülkiyeti bir bütün olarak istemde bulunan ve ehil görülen mirasçıya gerçek değeri üzerinden

yan sınaî işletmelerin mirasçıya devredilmesi halinde değer tespiti usul ve esaslarına yer verilmiştir.

Tarımsal arazinin bir bütün halinde devri durumunda, diğer mirasçılarının miras paylarının ödenmesi gerekir. TKAKK'nin 8/D maddesinde diğer mirasçılarının paylarının ödenmesi usulü belirlenmiştir. Belirlenen usulde ilk kural bedelin peşin para olarak ödenmesidir.<sup>[86]</sup> Sulh hukuk hâkimi, mülkiyetin devrini uygun bulduğu mirasçıya, diğer mirasçılarının miras paylarının bedelini mahkeme veznesine depo etmek üzere altı aya kadar süre verir. Bedeli ödeyecek olan mirasçı tarafından talep edilmesi hâlinde altı ay ek süre verilebilir. Belirlenen süreler içinde bedelin depo edilmesi gerekir. Bu sürede bedel ödenmezse devir hususunda istekli başka mirasçı bulunup bulunmadığına bakılır. Devir konusunda istekli başka bir mirasçı bulunmazsa bu durumda sulh hukuk hâkimi, tarımsal arazinin veya yeter gelirlî tarımsal arazinin açık artırmayla satılmasına karar verir (TKAKK m.8/D-I). Kendisine yeter gelirlî tarımsal arazi mülkiyeti devredilen mirasçı, diğer mirasçılarının paylarının karşılığını öz kaynakları ile ödemesi beklenir. Ancak mirasçı öz kaynakları ile ödeme imkanına sahip değilse ve kredi kullanmak isterse bu durumda verilecek kredi diğer mirasçılarının payları karşılığı tutarın toplamından fazla olamaz.<sup>[87]</sup> Bu durumda bakanlık faiz desteğinde bulunabilir (TKAKK m.8/D-II).

Bunun yanı sıra aynı kanunun 8/Ğ maddesi uyarınca tarımsal arazi mülkiyeti ehil mirasçıya devri durumunda, tarımsal arazi üzerinde daha önce miras-bırakanın borcu nedeniyle kurulan rehin konusu borçlar mahsup edilir. Geriye kalan bir miktar olursa bu durumda kalan miktar diğer mirasçılara payları oranında ödenir (TKAKK m.8/Ğ).

---

devredilir. Mirasçılardan birinin itiraz etmesi veya birden çok mirasçının kendilerine devir istemesi hâlinde sulh hukuk hâkimi yeter gelirlî tarımsal arazi ve yan sınaî işletmenin ekonomik gelir ve bütünlüğünü sürdürme imkânını ve mirasçılarının kişisel durumlarını göz önünde bulundurarak yan sınaî işletmenin birlikte veya ayrı olarak devrine ya da satışına karar verir. 8/C maddesinin birinci fıkrasının (c) bendi gereğince mirasçılar arasında limited şirket kurulması hâlinde yeter gelirlî tarımsal arazilere sıkı şekilde bağlı olan yan sınaî işletme de şirketin mal varlığına dâhil edilir” şeklindedir.

[86] Eren ve Aktürk, *Türk Miras Hukuku*, 687.

[87] Eren ve Aktürk, *Türk Miras Hukuku*, 687; Alper Uyumaz ve Onur İlhan, “Tarımsal Arazilerde Mülkiyetin Devri,” 877.

Tarım arazisinin aile malları ortaklığına veya kazanç paylı aile malları ortaklığına devrinde, yasa hükmü gereğince tüm mirasçılarının aile malları ortaklığına katılımının zorunlu olması nedeniyle ortaklığa katılmayan diğer mirasçılarının paylarının ödenmesi gerekecektir. Tarımsal arazisinin aile malları ortaklığına veya kazanç paylı aile malları ortaklığına devrinde mirasçılarının kendi aralarında sözleşme yaparlar. Devrin kendi aralarında yaptıkları sözleşmeye dayalı olması nedeniyle diğer mirasçılarının paylarının ne şekilde ödeneceği konusu da mirasçılarının aralarında yaptıkları sözleşmeye göre belirlenir. Ancak tarımsal arazilerin mirasçılarının anlaşarak kurdukları limited şirkete devri durumunda, tüm mirasçılarının limited şirket hissedarı olmaları emredici kural olduğundan paylaştırmadan söz edilmesi mümkün değildir.<sup>[88]</sup> Bunun yanı sıra tarım arazisinin işletilmesi amacıyla aile malları ortaklığı veya kazanç paylı aile malları ortaklığının kurulması durumunda, ortaklardan birinin payını üçüncü kişiye satması durumunda, tarımsal arazinin bölünmesini önlemek amacıyla diğer ortakların ön alım hakkı bulunmaktadır.<sup>[89]</sup>

TKAKK'nin 8/C'de yer alan düzenlemeye göre, “*yeter gelirli tarımsal arazi mülkiyetinin mirasçılardan birine devredilmesinden itibaren yirmi yıl içinde bu arazilerden tamamının veya bir kısmının tarım dışı kullanım nedeniyle değerinde artış meydana gelmesi durumunda; devir tarihindeki arazinin parasal değeri tarım dışı kullanım izni verilen tarihe göre yeniden hesaplanır. Bulunan değer ile arazinin yeni değeri arasındaki fark, diğer mirasçılara payları oranında arazinin mülkiyetini devralan mirasçı tarafından ödenir*”. Kanaatimizce bu düzenleme yerinde değildir. Zira hiçbir mal varlığı değeri devir tarihindeki değerinde kalmaz. Zaman içinde kimi mal varlığı değer kazanırken kimi mal varlığı değeri zaman içinde değeri kaybetmektedir. Tarımsal arazinin devrinden sonra tarımsal arazilerden tamamının veya bir kısmının tarım dışı kullanım nedeniyle değerinde artış meydana gelmesi durumunda bu değer artışına göre yeniden bir hesaplama yapılarak diğer mirasçılara ödenmesi ilk bakışta adil bir yaklaşım olarak görülse de geçen yıllara rağmen paylaşımı yapılan bir miras payının yenden uyumsuzluk konusu yapılması demektir. Böylesi bir durum yıllar sonra mirasçılar arasında bir uyumsuzluğun çıkmasına, mirasçılarının karşı karşıya

[88] Kalenderoğlu, “5403 Sayılı Toprak Koruma ve Arazi Kullanımı Kanunu Kapsamındaki Tarım Arazilerinin Miras Yoluyla Devri,” 51

[89] Eren ve Aktürk, *Türk Miras Hukuku*, 689.



gelmesine sebep olabilir.<sup>[90]</sup> Bu gerekçelerle ilgili düzenlemenin yerinde olmadığı kanaatindeyiz.

Tarım arazilerinin kanun hükümlerine göre mahkeme kararı ile mirasçılardan birine tarımsal gelir değeri üzerinden devri halinde, devir işleminden itibaren yirmi yıllık süre içinde tarım dışı amaçla kullanım izni sonucu oluşacak değer artışından diğer mirasçıların hak sahibi olacağı konusunda tapu kütüğünün beyanlar hanesine şerh konulur (TAMDİY m. 11/2). Şerh konulan tarım arazilerinin yirmi yıllık şerh süresi dolmadan tarımsal amaçlı kullanılmak üzere satışa konu edilmesi durumunda, diğer mirasçıların muvafakatinin alınması gerekir. Diğer mirasçıların muvafakat vermesi durumda şerh kaldırılır. Muvafakat alınmadığı takdirde ise tarımsal arazinin satışı şerhli olarak yapılabilir. Taşınmazı şerhli olarak satın alan üçüncü kişiler, aynı süre içinde tarım dışı kullanım nedeniyle oluşacak değer artışlarından diğer mirasçılara karşı sorumludur (TAMDİY m. 11/3).

Tarımsal arazilere şerh süresi içinde tarım dışı kullanım izni verilmesi durumunda, verilen izin on beş gün içinde Bakanlık tarafından diğer mirasçılara bildirilir. Mirasçıların, bildirim yapıldığı tarihten itibaren altmış günlük süre içinde değer artışına istinaden talepte bulunması gerekmektedir (TAMDGY. m. 11/4). Yasal düzenleme çerçevesinde 60 günlük süre içinde talepte bulunulması zorunludur. Zira diğer mirasçıların değer artış payları ödenmediği müddetçe tarımsal arazi üzerindeki şerh kaldırılmaz. Tarım dışı amaçla kullanım nedeniyle oluşan değer artışı sonrasında mirasçılar arasında mutabakat sağlanması durumunda, mirasçıların muvafakat vermesiyle tapunun beyanlar hanesindeki şerh kaldırılır. Mirasçılar arasında anlaşma sağlanamazsa, diğer mirasçılara ödenecek değer artış farkı TÜİK tarafından belirlenen Üretici Fiyatları Endeksi kullanılarak Sulh Hukuk Hâkimi tarafından belirlenir (TAMDGY. m. 11/5).

---

[90] Mustafa Fadıl Yıldırım, “1926’dan Günümüze Türk İsviçre Medeni Hukuku,” içinde *Miras Hukukunda Aksayan Yönler-Ya Da Ne Yönde Bir Reform*, ed. Şebnem Akipek Öcal vd., (Ankara: Yetkin Yayınları, 2016), 531-532.

## SONUÇ

Mirasbırakanın ölümü ile birlikte birden çok mirasçı olması durumunda mirasın paylaşılması söz konusu olacaktır. Mirasın paylaşılmasının en yaygın hali mirasın tamamen paylaşılmasıdır. Ancak bazı durumlarda mirasın kısmen paylaşılması söz konusu olabilir. Miras mirasçılar arasında iradi olarak paylaşılabilir gibi mirasçıların kendi aralarında anlaşamaması durumunda mirasın mahkeme karar ile paylaşılması söz konusu olmaktadır.

Mirasbırakanın ölümü durumunda geride kalan terekesinde yer alan malvarlığı değerlerinin hepsi aynı niteliklere sahip değildir. Bazı malvarlığı değerleri özellik arz eder. Terekede yer alan ve özellik arz eden malvarlığı değerleri genel paylaşım kuralları dışında özel paylaşım kurallarına göre taksim edilir. Tarımsal araziler de özellik arz eden malvarlığı değerleri arasında olup, bu farklılıkları nedeniyle özel paylaşım kurallarına tabidirler. Tarımsal arazilerin farklı paylaşım kurallarına tabi tutulmasında amaç tarımsal arazilerin bir bütün halinde devrinin sağlanarak küçük tarımsal araziler haline dönüşmesini ve tarımsal arazinin verisiz hale gelmesini engellenerek tarımsal araziden elde edilen verimim sürekliliğini sağlamaktır.

Tarımsal arazilerin paylaşımına ilişkin kurallar TKAKK'de düzenlenmiştir. Adı geçen kanun çerçevesinde, mirasın açılmasından itibaren 1 yıl içerisinde terekede bulunan tarım arazisinin mülkiyetin devri işlemleri tamamlanması gerekmektedir. Mirasçılar oybirliği ile anlaşarak yeter gelirli tarım arazisini bir veya birden çok mirasçıya devredebilirler. Bunun dışında mirasçılar yine ortak kararla yeter gelirli tarım arazisini kuracakları aile malları ortaklığına veya limited şirkete de devredebilirler. Mirasçılar bu yollardan biri üzerinde anlaşmadıkları takdirde, mirasçılardan her biri tarımsal arazinin devri hususunda yetkili sulh hukuk mahkemesi nezdinde dava açabilir. Devir işlemlerinin bir yıl içinde tamamlanmaması veya mirasçıların tarımsal arazinin paylaşılması için dava açamamaları durumunda ve bu durumun kamu kurum veya kuruluşları ile finans kurumları tarafından öğrenilmesi hâlinde; durum, bu kurum veya kuruluşlar tarafından derhâl Gıda, Tarım ve Hayvancılık Bakanlığına ihbar edilir. İhbar üzerine bakanlık üç ay süre verir. Mirasçılar verilen üç aylık sürede tarım arazisini mülkiyetini kanunda öngörülen hükümlere göre devretmesi gerekir. Verilen süre sonunda devir olmaması hâlinde, Bakanlık resen veya bildirim üzerine bu yerlerin istemde bulunan ehil mirasçıya, ehil mirasçı olmaması durumunda en fazla teklifi veren istekli mirasçıya devri, aksi hâlde üçüncü kişilere satılması için ilgili sulh hukuk mahkemesi nezdinde dava açabilir.

## KAYNAKÇA

- Antalya, O. Gökhan ve İpek Sağlam. *Miras Hukuku*. İstanbul: Legal Yayıncılık, 2015.
- Antalya, O. Gökhan. *Miras Hukuku*. İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2009.
- Deniz, Miray Özer. “Mirasın Paylaşılması Sözleşmesi ve Bunun Arabuluculuk Bakımından Değerlendirilmesi”. *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 11, no. 1 (2020): 26-38.
- Dural, Mustafa ve Turgut Öz. *Türk Özel Hukuku Cilt IV Miras Hukuku*. İstanbul: Filiz Kitap Evi, 2015.
- Erdoğan, Kemal. “Tarım Arazilerinin Miras Yoluyla İntikali.” *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 24. (2016): 123-179.
- Eren, Fikret ve Yücer Aktürk. *Türk Miras Hukuku*. Ankara: Yetkin Basım Yayım, 2021.
- Gürgenburan, Fahri. “5403 Sayılı Toprak Koruma ve Arazi Kullanımı Kanununda Yapılan Değişikliklerin Mülkiyet Hakkına Yaptığı Müdahaleler.” Yüksek Lisans Tezi, Ufuk Üniversitesi, 2021.
- Hatemi, Hüseyin. *Miras Hukuku*. İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2014.
- İmre, Zahit ve Hasan Emre. *Miras Hukuku*. İstanbul, Der Yayınları, 2017.
- İnan, Ali Naim, Şeref Ertaş ve Hakan Albaş. *Türk Medeni Hukuku Miras Hukuku*. Ankara: Seçkin Yayınevi, 2019.
- İnan, Ali Naim, Şeref Ertaş, Hakan Albaş. *Miras Hukuku*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2019.
- İşgüzar, Hasan, Mehmet Demir ve Süleyman Yılmaz. *Miras Hukuku*. Ankara: Yetkin Yayınları, 2019.
- Kalenderoğlu, Arzu. “5403 Sayılı Toprak Koruma ve Arazi Kullanımı Kanunu Kapsamındaki Tarım Arazilerinin Miras Yoluyla Devri.” Yüksek Lisans Tezi, Selçuk Üniversitesi, 2019.
- Kartal, Bünyamin. “6537 Sayılı Kanun ile 5403 Sayılı Toprak Koruma ve Arazi Kullanımı Kanunu’na Getirilen Değişikliklerin Medenî Usul Hukuku Bakımından İncelenmesi.” *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 27 (2019): 845-884.

Kılıçoğlu, Ahmet M. *Miras Hukuku*. Ankara: Turhan Kitapevi, 2021.

Ozanemre Yayla, Hatice Tolunay. "Mirasın Paylaşılması." Doktora Tezi, Gazi Üniversitesi, 2011.

Özay, Osman Levent. *Tarım İşletmelerinin ve Arazilerinin Miras Yoluyla İntikali*. Ankara: Yetkin Yayınları, 2015.

Özçelik, Ş. Barış. "5403 Sayılı Toprak Koruma ve Arazi Kullanımı Kanunu'nda 6537 Sayılı Kanun'la Yapılan Değişiklikler ve Değerlendirilmesi." *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakóltesi Dergisi*, 19/1, (2015): s. 87-110.

Özdoğan, Nurchihan Dalcı. *Tarımsal Arazilerin Miras Yoluyla İntikali*. Ankara: Onikilevha Yayıncılık, 2021.

Öztan, Bilge. *Miras Hukuku*. Ankara: Turhan Kitapevi, 2016.

Serozan, Rona ve Baki İlkey Engin. *Miras Hukuku ve Uygulama Çalışmaları*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2014.

Tekelioğlu, Numan. *Miras Paylaşma Sözleşmesi*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2021.

Uyumaz, Alper ve Onur İlhan. "Tarımsal Arazilerde Mülkiyetin Devri". *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakóltesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, 24 (2018): 861-905.

Yavuz, Cevdet ve Murat Topuz. "Toprak Koruma ve Arazi Kullanımı Kanununda Deđerliklik Yapılması Hakkında Kanun'un Türk Medeni Kanunu'nun Miras Hukukuna İlişkin Hükümlerinde Yaptığı Deđerliklikler". *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakóltesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, 21 / 2 (Ocak 2016): 663-700.

Yıldırım, Mustafa Fadıl. "1926'dan Günümüze Türk İsviçre Medeni Hukuku" içinde *Miras Hukukunda Aksayan Yönler-Ya Da Ne Yönde Bir Reform*. Editörler, Şebnem Akipek Öcal, Özge Yücel, Ahmet Ayar, Zeliha Gizem Sayın , Nesli Şen Özçelik, (525-533), Ankara: Yetkin Yayınları, 2016.

# **Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Yargıtay ve Anayasa Mahkemesi Kararlarında Hükmen Tutukluluk Kavramı ve Kavramın Türk Hukukuna Uygunluğu Sorunu\***

Ömer DEMİRTAŞOğLU\*\*

---

\* Bu makale, 2022 ELSA Ankara Prof. Dr. Münci Kapani IV. Makale Yarışması'nda üçüncü olmuştur.

\*\* İhsan Doğramacı Bilkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Anayasa Hukuku Burslu Yüksek Lisans Öğrencisi ([demirtasogluomer@gmail.com](mailto:demirtasogluomer@gmail.com))  
**ORCID ID:** [0000-0003-1739-5144](https://orcid.org/0000-0003-1739-5144)

## AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ, YARGITAY VE ANAYASA MAHKEMESİ KARARLARINDA HÜKMEN TUTUKLULUK KAVRAMI VE KAVRAMIN TÜRK HUKUKUNA UYGUNLUĞU SORUNU

### ÖZ

Kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkı, kişinin bedensel özgürlüğünü korumaya ve bu özgürlüğe devlet tarafından yapılacak keyfi müdahaleleri önlemeye yönelik bir haktır. Temel insan haklarının en önemlilerinden olan bu hak Anayasa'mızda, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde ve birçok belgede koruma altına alınmıştır. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin içtihatlarıyla ortaya çıkarmış olduğu hükmen tutukluluk kavramı, kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkı bağlamında yoğun tartışmalara neden olmuştur ve olmaya devam etmektedir. Bu makalede öncelikle, hükmen tutukluluk kavramının ortaya çıkışı ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Yargıtay ve Anayasa Mahkemesi kararlarına yansımaları incelenmiştir. Sonrasında ise kavramın Türk Hukuku'na uygunluğu irdelenmiş ve tartışma ile ilgili bazı çözüm önerileri öne sürülmüştür.

### Anahtar Kelimeler

Kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkı

hükmen tutukluluk

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi 5. madde

Türkiye Cumhuriyeti Anayasası 19. madde

Ceza Muhakemesi Kanunu 102. madde

**THE CONCEPT OF DEPRIVATION OF LIBERTY AFTER  
CONVICTION IN THE JUDGMENTS OF EUROPEAN COURT  
OF HUMAN RIGHTS, HIGH COURT OF APPEALS AND  
CONSTITUTIONAL COURT AND THE PROBLEM OF THE  
COMPLIANCE OF THE CONCEPT WITH TURKISH LAW**

**ABSTRACT**

The right to personal liberty and security is a right which aims to protect the corporal liberty of a person and prevent the arbitrary interferences in this liberty by the state. This right, which is one of the most important fundamental human rights, is guaranteed in our Constitution, European Convention on Human Rights and many documents. The concept of deprivation of liberty after conviction which is constituted by European Court of Human Rights with its precedents have been causing intense arguments in regard to the right to personal liberty and security. In this article, firstly, the emerge of the concept of deprivation of liberty after conviction and its effects on the judgments of European Court of Human Rights, High Court of Appeals and the Constitutional Court are analysed. Afterwards, compliance of the concept with Turkish Law is examined and some solution offers for the argument are proposed.

**Keywords**

the right to personal liberty and security

deprivation of liberty after conviction

European Convention on Human Rights article 5

Constitution of the Republic of Turkey article 19

Turkish Criminal Procedure Code article 102

## GİRİŞ

Kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkı, bireylerin bedenleri üzerindeki kısıtlamalardan uzak bir biçimde, istedikleri gibi hareket edebilmeleri şeklinde tanımlanabilir. Söz konusu bu hak, devlete de bireylerin bu serbestçe hareket edebilme özgürlüğüne keyfi olarak müdahale etmeme yükümlülüğünü yüklemektedir.<sup>[1]</sup> Bu bağlamda tarihsel süreç boyunca, devletin keyfi müdahalelerinin önlenmesi ve dolayısıyla kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkının korunabilmesi için çok mücadele verilmiştir. Söz konusu mücadeleler sonucunda ise bu hakkı güvence altına alan birçok belge ortaya çıkmıştır. 1215 tarihli *Magna Carta Libertatum*, 1679 tarihli *Habeas Corpus Act* ve 1789 tarihli Fransız İnsan Hakları ve Yurttaşlık Hakları Bildirisi bu belgelerin en önemli örneklerindedir. Bizim coğrafyamızda ise 1839 tarihli Tanzimat Fermanı, kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkını korumaya yönelik içerdiği düzenlemeler ile dikkat çekmektedir.<sup>[2]</sup> Günümüzde ise bu hak Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi gibi uluslararası bazı metinlerde ve birçok devletin anayasasında koruma altına alınmıştır.

Devletin kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkına yapabileceği müdahaleler düşünüldüğünde akla ilk gelen durum, kişinin bir ceza soruşturması veya kovuşturmasına muhatap olmasıdır. Çünkü şüpheli veya sanık durumuna düşen bir kişi, ceza muhakemesi hukukunda koruma tedbirleri olarak adlandırılan; yakalama, gözaltına alma, adli kontrol altına alma, tutuklama gibi kişinin özgürlüğünü önemli ölçüde sınırlayan bazı ceza muhakemesi işlemlerine maruz kalabilmektedir. Bu koruma tedbirlerinin uygulanması sürecinde keyfi davranılması, bireylerin özgürlük ve güvenlik hakkını büyük bir tehditle karşı karşıya bırakacaktır. Bu durumun önlenmesi için hem Anayasa'mızın kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkını düzenleyen 19. maddesinde<sup>[3]</sup> bu tedbirler belirtilerek bazı kurallar öngörülmüş hem de Ceza Muhakemesi Kanunu'nda bu tedbirlerin uygulanabilmesi için sıkı şartlar aranmıştır.

[1] Tolga Şirin, *Özgürlük ve Güvenlik Hakkı Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru El Kitapları Serisi-1*, (Ankara: MRK Baskı ve Tanıtım, 2018), 3.

[2] Ahmet Büke, *Kişi Özgürlüğü ve Güvenliği Hakkı*, (Yüksek Lisans Tezi, Yaşar Üniversitesi, 2014), 1.

[3] Anayasa'mızın 19. maddesinde kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkı *Kişi Hürriyeti ve Güvenliği* başlığı altında koruma altına alınmıştır.



Sözü edilen tedbirlerden tutuklama tedbiri şüphesiz koruma tedbirlerinin en ağıridır.<sup>[4]</sup> Çünkü tutuklanan kişi dışarı çıkamadığı gibi konutundan da ayrılmak zorunda kalmakta ve bir tutukevine veya bir ceza infaz kurumuna alınmaktadır. Bu sebeple tutuklama tedbiri CMK’de ayrıntılı bir biçimde düzenlenmiştir. Bu bağlamda tutuklamanın belirli aralıklarla incelenmesi (m. 108) ve ancak kanunda belirlenmiş olan süre zarfında uygulanabileceği (m. 102) gibi bazı kurallar getirilmiştir.

Tutuklama tedbirinin ağırlığı ve kişinin özgürlüğüne yaptığı büyük etki, bu tedbirin uygulanabileceği sürenin önemini arttırmaktadır. Çünkü çok uzun süreli uygulanan bir tutuklama tedbiri, kişinin özgürlük ve güvenlik hakkına ciddi bir biçimde zarar verecektir. Bu sebeple ulusal ve uluslararası mevzuatlarda tutuklamanın süresine ilişkin bazı düzenlemeler yer almaktadır. Örneğin AİHS’in kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkını güvence altına alan 5. maddesinin ilgili kısımları şu şekildedir:

“MADDE 5

Özgürlük ve güvenlik hakkı

1. Herkes özgürlük ve güvenlik hakkına sahiptir. Aşağıda belirtilen haller dışında ve yasanın öngördüğü usule uygun olmadan hiç kimse özgürlüğünden yoksun bırakılamaz:

...

c) Kişinin bir suç işlediğinden şüphelenmek için inandırıcı sebeplerin bulunduğu veya suç işlemesine ya da suçu işledikten sonra kaçmasına engel olma zorunluluğu kanaatini doğuran makul gerekçelerin varlığı halinde, yetkili adli merci önüne çıkarılmak üzere yakalanması ve tutulması;

...

3. İşbu maddenin 1.c fıkrasında öngörülen koşullar uyarınca yakalanan veya tutulan herkesin derhal bir yargıç veya yasayla adli görev yapmaya yetkili kılınmış sair bir kamu görevlisinin önüne çıkarılması zorunlu olup, bu kişi makul bir süre içinde yargılanmaya da yargılama süresince serbest bırakılma hakkına sahiptir. Salıverilme, ilgilinin duruşmada hazır bulunmasını sağlayacak bir teminat şartına bağlanabilir.”

[4] Nevzat Toroslu ve Metin Fezyioğlu, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 20. Baskı (Ankara: Savaş Yayınevi, 2020), 252.

Anayasa'mızda da bu konuda bir düzenleme mevcuttur. Anayasa'mızın 19. maddesinin 7. fıkrası şu şekildedir:

“(7) Tutuklanan kişilerin, makul süre içinde yargılanmayı ve soruşturma veya kovuşturma sırasında serbest bırakılmayı isteme hakları vardır. Serbest bırakılma ilgilinin yargılama süresince duruşmada hazır bulunmasını veya hükmün yerine getirilmesini sağlamak için bir güvenceye bağlanabilir.”

Anayasa'mızda da AİHS'te de tutuklama tedbirinin uygulanabileceği belirli bir süre öngörülmemiş olmasına rağmen tutuklanan kişinin makul bir süre içinde yargılanma hakkına sahip olduğu belirtilmiştir.

CMK ise Anayasa ve AİHS'ten farklı olarak, tutuklama tedbirinin uygulanabileceği belirli süreler öngörmüştür. Kanunun ilgili maddesi şu şekildedir:

“Tutuklulukta geçecek süre

Madde 102 – (1) Ağır ceza mahkemesinin görevine girmeyen işlerde tutukluluk süresi en çok bir yıldır. Ancak bu süre, zorunlu hallerde gerekçeleri gösterilerek altı ay daha uzatılabilir.

(2) Ağır ceza mahkemesinin görevine giren işlerde, tutukluluk süresi en çok iki yıldır. Bu süre, zorunlu hallerde, gerekçesi gösterilerek uzatılabilir; uzatma süresi toplam üç yılı, 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun İkinci Kitap Dördüncü Kısım Dördüncü, Beşinci, Altıncı ve Yedinci Bölümünde tanımlanan suçlar ile 12/4/1991 tarihli ve 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanunu kapsamına giren suçlarda beş yılı geçemez.

(3) Bu maddede öngörülen uzatma kararları, Cumhuriyet savcısının, şüpheli veya sanık ile müdafinin görüşleri alındıktan sonra verilir.

(4) Soruşturma evresinde tutukluluk süresi, ağır ceza mahkemesinin görevine girmeyen işler bakımından altı ayı, ağır ceza mahkemesinin görevine giren işler bakımından ise bir yılı geçemez. Ancak, Türk Ceza Kanununun İkinci Kitap Dördüncü Kısım Dördüncü, Beşinci, Altıncı ve Yedinci Bölümünde tanımlanan suçlar, Terörle Mücadele Kanunu kapsamına giren suçlar ve toplu olarak işlenen suçlar bakımından bu süre en çok bir yıl altı ay olup, gerekçesi gösterilerek altı ay daha uzatılabilir.

(5) Bu maddede öngörülen tutukluluk süreleri, fiili işlediği sırada on beş yaşını doldurmamış çocuklar bakımından yarı oranında, on sekiz yaşını doldurmamış çocuklar bakımından ise dörtte üç oranında uygulanır.”

Ulusal ve uluslararası mevzuatta yer alan tutukluluk süresiyle ilgili bu düzenlemelerin anlaşılması ve uygulanabilmesi için tutukluluk kavramının tanımının yapılması gerekmektedir. Tutukluluk halinin; soruşturma aşamasında yetkili sulh ceza hakiminin, kovuşturma aşamasında ise ceza davasının esasına bakmakta olan mahkemenin verdiği tutuklama kararıyla (CMK, m. 102) başlayacağı hususunda bir tereddüt bulunmamaktadır. Ancak tutukluluk halinin sona erdiği anın belirlenmesi bu kadar kolay olmamaktadır. Kişinin ilk derece mahkemesi tarafından yürütülen ceza yargılaması sonunda beraat ettiği durumlarda bir problem yoktur, kişinin özgürlüğüne kavuştuğu an tutukluluk halinin sona erdiği an olacaktır. Ancak diğer durumda, yani kişinin ilk derece mahkemesinin yaptığı yargılama sonunda mahkum olduğu ihtimalde, tutukluluk hali ne zaman sona ermiş sayılacaktır? Daha açık bir ifade ile, bu halde CMK’de belirtilen süreler veya Anayasa ve AİHS’te ifade edilen makul süreye uyulup uyulmadığı değerlendirilirken tutuklama kararının verilmesinden hangi ana kadar geçen süre esas alınacaktır? Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin bir başvuruyu değerlendirirken bu soru üzerine yaptığı tartışma ve bu soruya verdiği cevap yeni bir kavramı ortaya çıkarmıştır: Hükmen tutukluluk (CMK, m. 102).

## I. HÜKMEN TUTUKLULUK KAVRAMI VE ÇEŞİTLİ YARGI KARARLARINA YANSIMALARI

### A) AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ KARARLARI

AİHM’in yukarıdaki soruyu 1968 tarihli *Wemhoff/Almanya* kararında tartıştığı ve verdiği kararda hükmen tutukluluk kavramını ilk kez kullandığı görülmektedir.<sup>[5]</sup> Mahkemenin yaptığı bu değerlendirmenin anlaşılabilmesi için AİHS’in 5. maddesinin ilgili kısımlarının hatırlanmasında fayda vardır. İlgili kısımlar şu şekildedir:

[5] Alican Soysal, “Hükmen Tutukluluk Kavramı ve Türk Hukuku’nda “Hükmen Tutuklu” Statüsünün Kabul Edilmesinin Yarattığı Hak İhlalleri,” erişim 08 Şubat 2022 <https://nabantoglu.av.tr/hukmen-tutukluluk/>.

## “MADDE 5

### Özgürlük ve güvenlik hakkı

1. Herkes özgürlük ve güvenlik hakkına sahiptir. Aşağıda belirtilen haller dışında ve yasanın öngördüğü usule uygun olmadan hiç kimse özgürlüğünden yoksun bırakılamaz:

a) Kişinin, yetkili bir mahkeme tarafından verilmiş mahkumiyet kararı sonrasında yasaya uygun olarak tutulması;

...

c) Kişinin bir suç işlediğinden şüphelenmek için inandırıcı sebeplerin bulunduğu veya suç işlemesine ya da suçu işledikten sonra kaçmasına engel olma zorunluluğu kanaatini doğuran makul gerekçelerin varlığı halinde, yetkili adli merci önüne çıkarılmak üzere yakalanması ve tutulması;

...

3. İşbu maddenin 1.c fıkrasında öngörülen koşullar uyarınca yakalanan veya tutulan herkesin derhal bir yargıç veya yasayla adli görev yapmaya yetkili kılınmış sair bir kamu görevlisinin önüne çıkarılması zorunlu olup, bu kişi makul bir süre içinde yargılanma ya da yargılama süresince serbest bırakılma hakkına sahiptir. Salıverilme, ilgilinin duruşmada hazır bulunmasını sağlayacak bir teminat şartına bağlanabilir.”

Maddenin 1. fıkrası kişilerin özgürlüklerinden yoksun bırakılabileceği durumları belirtmektedir. Fıkranın a bendi kişinin yetkili bir mahkeme tarafından verilen mahkumiyet kararı sonrası yasaya uygun olarak tutulmasını düzenlerken, c bendi kişinin bir suç işlediğinden şüphelenilmesi sebebiyle, adli merci önüne çıkarılmak amacıyla tutulmasını yani gözaltı, adli kontrol, tutuklama gibi tedbirlerin uygulanmasını düzenlemektedir.

Burada sorulması gereken soru şudur: Acaba 5. maddenin 1. fıkrasının a bendinde geçen *mahkumiyet kararı* ifadesinden kasıt, ilk derece mahkemesi tarafından verilmiş bir mahkumiyet kararı mıdır yoksa olağan kanun yollarının tüketilmesi yoluyla kesinleşmiş bulunan bir mahkumiyet kararı mıdır? Bu soruya verilecek cevabın önemi maddenin 3. fıkrasından kaynaklanmaktadır. Zira 3. fıkrada belirtilmiş olan *makul süre* güvencesi yalnızca 1. fıkranın c bendi uyarınca özgürlüğünden yoksun bırakılan kişileri kapsamaktadır. Yani a bendindeki ifade, ilk derece mahkemesinin verdiği

mahkumiyet hükmü olarak anlaşılırsa bu hükümden sonraki süreçte, kanun yolları aşamasında, özgürlüğünden yoksun kalan kişiler, 1. fıkranın c bendi kapsamında özgürlüklerinden yoksun kalmış olmayacakları için, maddenin 3. fıkrasındaki makul süre güvencesinden yararlanamayacaklardır.

Mahkemenin *Wemhoff/Almanya* kararında çoğunluk görüşünün bu soruya verdiği cevap, fıkranın a bendinde yer alan *mahkumiyet kararı* ifadesinin ilk derece mahkemesi tarafından verilmiş mahkumiyet kararı olarak anlaşılması gerektiğidir. Çünkü çoğunluk görüşüne göre aksi bir yorum, dava ilk derece aşamasında iken tutuklu bulunmayıp ilk derece mahkemesinin verdiği mahkumiyet kararı ile özgürlüğünden yoksun bırakılan kişinin durumunu 5. maddenin kapsamı dışında bırakacaktır.<sup>[6]</sup>

Kanaatimce, sunulan bu gerekçe tartışmaya açıktır. Çünkü bu durumda olan bir kişinin ilk derece mahkemesinin verdiği mahkumiyet kararı ile özgürlüğünden yoksun bırakılmasının, neden suç şüphesi sebebiyle özgürlükten yoksun bırakmayı düzenleyen 1. fıkranın c bendi kapsamına girmeyeceği Mahkeme tarafından açıklanmamıştır. Zira AİHS'in 6. maddesinin 2. fıkrasında düzenlenen masumiyet karinesi kuralı gereğince “Bir suç ile itham edilen herkes, suçluluğu yasal olarak sabit oluncaya kadar masum sayılır.” 6. madde *suçluluğun yasal olarak sabit* olmasından söz ettiği için kişinin verilen karara karşı başvurabileceği, yasaların kendisine tanımış olduğu hukuki yollar henüz tükenmemişken suçluluğunun sabit olduğundan söz etmek çok mantıklı görünmemektedir.<sup>[7]</sup> Dolayısıyla ilk derece mahkemesinin verdiği mahkumiyet kararı sonucu özgürlüğünden yoksun bırakılan kişinin de suçluluğu sabit değildir, sadece o kişinin suçlu olduğu yönündeki şüphe devam etmektedir. Bu sebeple anılan durumun da 5. maddenin 1. fıkrasının c bendi kapsamında değerlendirilebileceği düşünülebilir. Bu açıdan bakıldığında, Mahkemenin belirttiği gibi a bendindeki *mahkumiyet kararı* ifadesinin kesinleşmiş mahkumiyet kararı olarak anlaşılması halinde bu durumun 5. maddenin kapsamı dışında kalmış olacağı fikrine katılmak mümkün değildir.

[6] AİHM, *Wemhoff/Almanya*, B. No: 2122/64, 27.06.1968, “As to the Law”, §9.

[7] Caner Yenidünya, “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Masumiyet Karinesi,” *Güncel Hukuk Aylık Hukuk Dergisi*, no. 5, (Mayıs 2004): 20.

AİHM'in masumiyet karinesi ile ilgili bazı kararlarında yapmış olduğu yorumlar da bu görüşü destekler niteliktedir.<sup>[8]</sup> Örneğin Mahkeme, *Konstas/Yunanistan* kararında masumiyet karinesinin kişinin ilk derece mahkemesi tarafından mahkum edilmesiyle sona ermeyeceğini, temyiz aşamasında da karinenin devam edeceğini belirtmiştir.<sup>[9]</sup> Dolayısıyla Mahkemenin *Wemhoff/Almanya* kararında öne sürmüştüğü bu gerekçe, masumiyet karinesini yorumlarken yaptığı değerlendirmeler ile de çelişmektedir.

Özet olarak AİHM *Wemhoff/Almanya* kararında, kişinin kesinleşmiş bir mahkûmiyet kararıyla mahkum edilene kadar özgürlüğünden yoksun kaldığı süreyi ikiye ayırmıştır. Kişinin tutuklanmasından ilk derece mahkemesi kararı ile mahkum edilmesine kadar geçen süreyi suç şüphesine bağlı tutma (*provisional detention*)<sup>[10]</sup>, ilk derece mahkemesinin mahkumiyet kararından kesinleşmiş mahkumiyet kararına kadar geçen süreyi hükme bağlı özgürlükten yoksun bırakma (*deprivation of liberty after conviction*) olarak adlandırmıştır.<sup>[11]</sup> Suç şüphesine bağlı tutma Sözleşme'nin 5/1c hükmü kapsamına girerken, hükme bağlı özgürlükten yoksun bırakma Sözleşme'nin 5/1a hükmü kapsamına girmektedir. Bu sebeple Sözleşme'nin 5. maddesinin 3. fıkrasında düzenlenmiş olan makul süre güvencesinden sadece suç şüphesine bağlı olarak tutulanlar yararlanabilecektir. Hükme bağlı tutulanlar

---

[8] Burcu Değirmencioglu, "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihatları Işığında "Masumiyet Karinesi"nin Korunması," *Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, no. 2, (2019): 321. AİHM, *Nölkenbockhoff/Almanya*, B. No: 10300/83, 25.08.1987; AİHM, *Engel ve Diğerleri/Hollanda*, B. No: 5100/71, 08.06.1976.

[9] AİHM, *Konstas/Yunanistan*, B. No: 53466/07, 24.05.2011, §36.

[10] *Provisional detention* ifadesi Türkçeye *geçici tutma* veya *tedbiren tutma* olarak da çevrilebilir. Anayasa Mahkemesi ise kararlarında bu kavramı karşılamak için *bir suç isnadına bağlı tutukluluk* ifadesini kullanmaktadır. Makalede, Anayasa Mahkemesinin kararları incelenirken Mahkemenin kullandığı ifadeye bağlı kalınmış ancak makalenin kalanında kavramı karşılamak için, anlamı daha iyi yansıttığı ve *mahkumiyet sonrası tutma* kavramı ile olan zıtlığı daha iyi gösterdiği düşünüldüğü için *suç şüphesine bağlı tutma* kavramı kullanılmıştır.

[11] AİHM, *Wemhoff/Almanya*, B. No: 2122/64, 27.06.1968, "As to the Law", §5,9.

ise ancak Sözleşme'nin 6. maddesinin 1. fıkrasında öngörülmüş olan makul sürede yargılanma güvencesinden yararlanabileceklerdir.<sup>[12]</sup>

*Wemhoff/Almanya* kararında bazı yargıçların, çoğunluğun yaptığı bu ayrıma katılmadığı görülmektedir. Örneğin yargıç Wold, karara değişik gerekçe ile katılmakla birlikte, AİHS 5/1a hükmünde geçen *mahkumiyet kararı* ifadesinin kesinleşmiş mahkumiyet kararı olarak anlaşılması gerektiği görüşündedir. Wold'e göre, ilk derece mahkemesi tarafından verilmiş olan mahkumiyet kararı, kişinin özgürlüğünden yoksun bırakılmasının makul olup olmadığının değerlendirilmesinde etkili olacaktır. Ancak bu mahkumiyet kararı sonrasında da kişinin tutulmasının makul süreyi aşma riski mevcut olacaktır.<sup>[13]</sup> Wold ayrıca olaydaki başvurucunun, ilk derece mahkemesinin verdiği mahkumiyet kararından, kararın kesinleşmesine kadar özgürlüğünden yoksun bırakıldığı sürenin de cezaevinde geçireceği süreden mahsup edileceğini, bu sebeple bu sürenin de suç şüphesine bağlı tutma olarak yani 5. maddenin 1. fıkrasının c bendi kapsamında değerlendirilmesi gerektiğini belirtmiştir.<sup>[14]</sup>

Yargıç Favre de çoğunluk görüşü tarafından yapılan bu ayrıma katılmamıştır. Favre, böyle bir ayrımın Sözleşme'de hiçbir temeli olmadığını belirtmiş ve yapılan bu ayrımın AİHS'in 5. fıkrasının 3. maddesinin sağladığı koruma alanını daralttığı için Sözleşme'nin amacına uygun olmadığını vurgulamıştır.<sup>[15]</sup> Favre ayrıca, böyle bir ayrımın kabul edilmesi halinde, ilk derece mahkemesi tarafından beraat ettirilmiş bulunan bir sanığın kanun yolu aşamasında tutuklanması halinin 5. madde kapsamı dışında kalacağını ve bu yorumun 5. maddede bir boşluk oluşmasına sebep olacağını öne sürmüştür.<sup>[16]</sup> Yani Favre'ye göre, çoğunluk görüşü kabul edilirse, sanığın ilk

[12] AİHM, *Wemhoff/Almanya*, B. No. 2122/64, 27.06.1968, "As to the Law" §9.

[13] AİHM, *Wemhoff/Almanya*, B. No: 2122/64, 27.06.1968, yargıç Terj Wold'ün değişik gerekçesi §14.

[14] AİHM, *Wemhoff/Almanya*, B. No: 2122/64, 27.06.1968, yargıç Terj Wold'ün değişik gerekçesi §15.

[15] AİHM, *Wemhoff/Almanya*, B. No: 2122/64, 27.06.1968, yargıç A. Favre'nin değişik gerekçesi §4-5.

[16] AİHM, *Wemhoff/Almanya*, B. No: 2122/64, 27.06.1968, yargıç A. Favre'nin değişik gerekçesi §7.

derece mahkemesi tarafından mahkum edilmeyip kanun yolu aşamasında verilen bir tutuklama kararıyla özgürlüğünden yoksun bırakılması hali, AİHS 5 hükmü kapsamına girmeyecektir. Çünkü bu yoksun bırakma, ilk derece mahkemesi tarafından verilmiş bir mahkumiyet hükmü bulunmadığı için a bendi kapsamında da, dava kanun yolu aşamasında olduğu için c bendi kapsamında da değerlendirilemeyecektir.

Görüldüğü üzere, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin *Wemhoff/Almanya* kararında yaptığı bu değerlendirme ve ortaya çıkardığı hükme bağlı tutma kavramı birçok yönden eleştiriye açıktır. Ancak Mahkemenin daha sonra verdiği birçok kararında da bu içtihadını takip ettiği ve Sözleşme'nin 5. maddesinin 3. fıkrasında düzenlenen tutuklulukta makul süre güvencesinin ihlal edildiği iddiasıyla yapılan başvurularda, yalnızca ilk derece mahkemesi tarafından verilen mahkumiyet kararına kadar geçmiş olan süreyi değerlendirmeye aldığı görülmektedir.<sup>[17]</sup>

## B) YARGITAY KARARLARI

Yargıtayın 2011 yılı öncesinde verdiği kararlar incelendiğinde, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin *Wemhoff/Almanya* kararında yapmış olduğu *suç şüphesine bağlı tutma* ve *hükme bağlı tutma* ayrımı ile ilgili istikrarlı bir görüşe sahip olmadığı anlaşılmaktadır.

Yargıtay Ceza Genel Kurulu 2008 yılında verdiği bir kararda, ilk derece mahkemesi tarafından mahkum edilmiş ancak hakkındaki mahkumiyet hükmü kesinleşmemiş sanıkları belirtmek için *hükmen tutuklu* ifadesini kullanmıştır ancak bu kararda tutukluluk süresi ile ilgili bir yorumda bulunmamıştır.<sup>[18]</sup> Yine Yargıtay 2. Hukuk Dairesinin de aynı yıl içinde vermiş olduğu bir kararda, bu durumdaki sanıkları belirtmek için *hükmen tutuklu* ifadesini kullandığını görmekteyiz.<sup>[19]</sup>

Ancak Yargıtay Ceza Genel Kurulunun 2009 yılında verdiği bir karara baktığımızda, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin *Wemhoff/Almanya*

[17] AİHM, *B./Avusturya*, B. No: 11968/86, 28/03/1990, §36; AİHM, *Solmaz/Türkiye*, B. No: 27561/02, 16.01.2007, §24,25; AİHM, *Şahap Doğan/Türkiye*, B. No: 29361/07, 27.05.2010, §26.

[18] Yargıtay Ceza Genel Kurulu, E. 2007/258, K. 2008/24, 12.02.2008.

[19] Yargıtay 2. Hukuk Dairesi, E. 2007/5368, K. 2008/2887, 06.03.2008.



kararında yapmış olduğu *suç şüphesine bağlı tutma* ve *hükme bağlı tutma* ayrımını benimsemediği ve *hükmen tutuklu* ifadesini kullanmadığı görülmektedir. Karar konusu olayda, asliye ceza mahkemesinde yargılanmakta olan sanık 29 Ağustos 2006 tarihinde tutuklanmış, 15 Kasım 2006 tarihinde ise ilk derece mahkemesi tarafından mahkum edilmiştir. Hüküm temyiz edilmiş ve Yargıtay'ın ilgili dairesi tarafından bozulmuştur. Daha sonra ise ilk derece mahkemesinin 2 Mayıs 2007 tarihinde verdiği bozmaya direnme kararıyla Yargıtay Ceza Genel Kurulunun önüne gelmiştir. Yargıtay Ceza Genel Kurulu, 26 Mayıs 2009 tarihinde karar vermiştir. Kararda Ceza Genel Kurulu, AİHM'in görüşüne zıt bir şekilde, tutuklama süresini 29 Ağustos 2006 tarihinden 26 Mayıs 2009 tarihine kadar geçen süre olarak kabul etmiştir. Böylece sanığın 2 yıl 9 aydır tutuklu olduğunu belirterek azami tutukluluk süresinin<sup>[20]</sup> aşıldığı gerekçesiyle, sanığın tahliyesine hükmetmiştir ve böylelikle direnme kararı vermiş olan ilk derece mahkemesinin kararını bozmuştur.<sup>[21]</sup> Görüldüğü üzere bu kararda Ceza Genel Kurulu, CMK'de öngörülmüş olan azami tutukluluk süresinin temyiz aşamasında sanığın özgürlüğünden yoksun bırakıldığı süreyi de kapsadığı düşüncesindedir.<sup>[22]</sup>

Yargıtay Ceza Genel Kurulu 2011 yılında verdiği bir kararında ise *hükmen tutukluluk* kavramını tekrar kullanmıştır. Ayrıca, bu ifadeyi kullanmış olduğu önceki kararlarından farklı olarak, bu kararda açıkça hükmen tutuklu bulunan, yani ilk derece mahkemesinin mahkumiyet kararından sonra kişinin özgürlüğünden yoksun kaldığı sürenin, CMK'de öngörülmüş olan azami tutukluluk sürelerine dahil olmadığı görüşünü benimsemiştir.<sup>[23]</sup> İlgili kararda, ağır ceza mahkemesinde yargılanmakta olan sanıklardan bir tanesinin 22 Nisan 2005 tarihinde tutuklanmış olduğu görülmektedir. Yargıtay Ceza Genel Kurulunun incelemeyi yaptığı 12 Nisan 2011 tarihinde, CMK'de ağır cezada yargılanmakta olan sanıklar için öngörülmüş bulunan

[20] 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 102. maddesine göre Asliye Ceza Mahkemesi'nin görev alanına giren işlerde tutukluluk süresi en fazla 1 yıl 6 ay olabilmektedir.

[21] Yargıtay Ceza Genel Kurulu, E. 2009/73, K. 2009/129, 26.05.2009.

[22] Z. Özen İnci, "Tutukluluk ve Hükümlülük Arasındaki Araf: Hükmen Tutukluluk ve Uygulamada Yaşanan Sorunlar," *Ceza Hukuku Dergisi* 9, no. 25, (Ağustos 2014): 109.

[23] Yargıtay Ceza Genel Kurulu, E. 2011/1-51, K. 2011/42, 12.04.2011.

5 yıllık azami süre (CMK, m. 102) dolmuştur ve bu sebeple sanık tahliyesini istemiştir. Ancak Ceza Genel Kurulu, AİHM'in *Wemhoff/Almanya* kararını incelerken ele aldığımız içtihadını hatırlatarak “yerel mahkeme tarafından hükmün verilmesinden sonra tutuklu sanığın hükmen tutuklu hale gelmesi nedeniyle” temyiz aşamasında geçen sürenin 5 yıllık azami süre değerlendirilirken hesaba katılmayacağını belirtmiştir. Bu sebeple Ceza Genel Kurulu, sanığın 22 Mart 2010 tarihinde ilk derece mahkemesi tarafından mahkum edilmesi sebebiyle 5 yıllık azami tutuklama süresinin dolmadığı ve sanığın tahliyesi için yasal bir zorunluluğun söz konusu olmadığı şeklinde karar vermiştir.<sup>[24]</sup>

İlgili kararda, bu görüşe katılmayan bazı Yargıtay üyelerinin karşı oyları da bulunmaktadır. Ancak ileride “Hükmen Tutukluluk Kavramının Türk Hukukuna Uygunluğu” başlığı altında bu görüşlere değinileceği için burada ayrıca bu karşı oylar zikredilmeyecektir.

Yargıtayın daha sonra verdiği kararlar incelendiğinde ise 2011 yılında verilen kararın içtihat olarak benimsendiği ve birçok kararda söz konusu karara atıf yapılarak ilk derece mahkemesinin vermiş olduğu mahkûmiyet hükmünden sonra “geçen sürenin, CMK'nin 102. maddesinde yazılı azami tutukluluk süresinin hesabında dikkate” alınmadığı görülmektedir.<sup>[25]</sup> Yargıtay, ilk derece mahkemesi tarafından mahkum edilmiş ancak hakkında verilmiş olan hüküm henüz kesinleşmemiş sanıkları *hükmen tutuklu* veya *hüküm özlü* şeklinde adlandırmakta ve 2011 yılında oluşturduğu bu içtihadını yakın tarihte vermiş olduğu kararlarında da devam ettirmektedir.<sup>[26]</sup>

### C) ANAYASA MAHKEMESİ KARARLARI

Bilindiği üzere 2010 yılında yapılan 5982 sayılı Anayasa değişikliği ile Anayasa'nın, Anayasa Mahkemesinin görev ve yetkilerini düzenleyen, 148. maddesinde değişiklik yapılmış ve bireysel başvuru yolu hukuk sistemimize

[24] Yargıtay Ceza Genel Kurulu, E. 2011/1-51, K. 2011/42, 12.04.2011.

[25] Yargıtay 5. Ceza Dairesi, E. 2014/8219, K. 2014/13259, 25.12.2014; Yargıtay Ceza Genel Kurulu, E. 2018/334, K. 2019/45, 24.01.2019.

[26] Yargıtay 5. Ceza Dairesi, E. 2021/11709, K. 2021/5554, 11.11.2021; Yargıtay 1. Ceza Dairesi, E. 2021/12443, K. 2021/14860, 10.12.2021.

girmiştir.<sup>[27]</sup> Bu değişikliğin akabinde, 2011 yılında 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun kabul edilerek bu kanunun 45 ila 51. maddelerinde bireysel başvuru usulü düzenlenmiştir. Böylece AYM, “23.09.2012 tarihinden sonra kesinleşen nihai işlem ve kararlar aleyhine” yapılan bireysel başvuruları karara bağlamaya başlamıştır.

Ceza kovuşturmasına muhatap olmuş kişilerin yaptığı bireysel başvurularda AYM’nin hükmen tutukluluk kavramına değindiği gözlenmektedir. Konunun AYM tarafından ilk defa *Korcan Pulatsü* başvurusunda değerlendirildiği görülmektedir. Karara konu olan olayda başvuru, bir ceza soruşturması kapsamında 17 Haziran 2011 tarihinde tutuklanmıştır. 21 Eylül 2012 tarihinde başvuru ilk derece mahkemesi tarafından mahkum edilmiş ve tutukluluk halinin devamına karar verilmiştir. Başvuru 20 Kasım 2012 tarihinde AYM’ye bireysel başvuruda bulunarak yaklaşık 17 aydır tutuklu bulunduğunu, bu sebeple tutuklamada makul sürenin aşıldığını iddia etmiştir.<sup>[28]</sup> AYM bu başvuruyu değerlendirirken AİHM’in *Wemhoff/Almanya* kararında ve Yargıtay Ceza Genel Kurulunun 2011 yılında verdiği kararla oluşturduğu içtihadı takip ederek kişinin özgürlüğünden yoksun kaldığı süreyi *bir suç isnadına bağlı tutukluluk ve mahkumiyet sonrası tutma* olarak ikiye ayırmış ve *mahkumiyet sonrası tutmanın* tutukluluk süresinin hesabında dikkate alınmayacağını belirtmiştir. Bu sebeple başvuru tutukluluk halinin ilk derece mahkemesi kararıyla yani 21 Eylül 2012 tarihinde sona erdiği kabul edilmiş ve bu tarih AYM’nin bireysel başvurularda zaman bakımından yetkisinin dışında kaldığı için bu iddia bakımından *zaman bakımından yetkisizlik* sebebiyle başvurunun kabul edilemez olduğuna karar verilmiştir.<sup>[29]</sup>

Benzer şekilde *Enver Beyaztaş* başvurusunda da AYM’nin bu ayrımı kullanılarak karar verdiği görülmektedir. Başvuruya konu olan olayda, başvuru 18 Kasım 2010 tarihinde tutuklanmıştır. Ceza davası ilk derece aşamasında görülmekte iken 16 Şubat 2015 tarihinde başvuru tahlisyesine karar verilmiştir. 18 Mayıs 2015 tarihinde ise ilk derece mahkemesi başvuru mahkum etmiş ve akabinde başvuru tekrar tutuklanmıştır. Başvuru

[27] 7 Mayıs 2010 tarihli, 5982 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının Bazı Maddelerinde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun, m. 18.

[28] AYM, *Korcan Pulatsü*, B. No: 2012/726, 02.07.2013, §8,14,20,21.

[29] AYM, *Korcan Pulatsü*, B. No: 2012/726, 02.07.2013, §33,36.

hakkında verilmiş olan mahkumiyet hükmü Yargıtay 1. Ceza Dairesi tarafından 9 Ekim 2017 tarihinde onanmıştır.<sup>[30]</sup> Ağır ceza mahkemesinin görev alanına giren bir suç sebebiyle yargılanmakta olan başvuru, CMK'nin 102. maddesine göre azami 5 yıl süre ile tutuklu kalabileceğini ve olayda bu sürenin aşıldığını iddia etmektedir. Ancak AYM, başvuru ilkinin ilk derece mahkemesinin mahkûmiyet kararından yani 18 Mayıs 2015 tarihinden, hükmün kesinleştiği 9 Ekim 2017 tarihine kadar özgürlüğünden yoksun kaldığı süreyi CMK'nin 102. maddesi bağlamında tutukluluk süresi olarak saymamıştır. Bu bağlamda başvuru ilkinin, 18 Kasım 2010 tarihinden 18 Mayıs 2015 tarihine kadar 4 yıl 2 ay 29 gün tutuklu kalmış bulunduğu dolayısıyla azami tutukluluk süresinin aşılmadığı yönünde karar vermiştir.<sup>[31]</sup>

AYM'nin bireysel başvuru kapsamında verdiği ve içinde yakın tarihli kararların da bulunduğu diğer birçok kararda da bu içtihadını devam ettirdiği ve suç isnadına bağlı tutukluluk ile mahkumiyet sonrası tutma ayrımını kullandığı görülmektedir. Bu bağlamda Anayasa Mahkemesi; mahkumiyet sonrası tutulan kişilerin CMK'nin 102. maddesinde öngörülen azami süre güvencesinden de, Anayasa'nın 19. maddesinin 7. fıkrasında tutuklu kişiler için öngörülmüş olan makul süre içinde yargılanma güvencesinden de yararlanamayacağı görüşündedir.<sup>[32]</sup> Mahkemenin bu ayrımı benimseyerek vermiş olduğu kararlarda hiçbir üye tarafından aksi bir görüş ileri sürülmemesi ve bu konuda bir karşı oy yazılmamış olması da göze çarpan bir husustur.

## II. HÜKMEN TUTUKLULUK KAVRAMININ TÜRK HUKUKUNA UYGUNLUĞU

### A) MEVZUAT AÇISINDAN

Hükmen tutukluluk kavramının Türk hukukuna uygunluğu irdelenirken mevzuatımızda yer alan tutuklulukla ilgili bazı düzenlemelerin göz önünde bulundurulması yararlı olacaktır. Anayasa'mızın 19. maddesinin ilgili kısımları şu şekildedir

[30] AYM, *Enver Beyaztaş*, B. No: 2014/9772, 04.04.2019, §8-18.

[31] AYM, *Enver Beyaztaş*, B. No: 2014/9772, 04.04.2019, §37-42.

[32] AYM, *Mehmet İlker Başbuğ*, B. No: 2014/912, 06.03.2014, §49; AYM, *Hatice Şahnaz*, B. No: 2019/17440, 18.01.2022, §42.

“III. Kişi hürriyeti ve güvenliği

Madde 19 – (1) Herkes, kişi hürriyeti ve güvenliğine sahiptir.

Şekil ve şartları kanunda gösterilen:

(2) Mahkemelerce verilmiş hürriyeti kısıtlayıcı cezaların ve güvenlik tedbirlerinin yerine getirilmesi... halleri dışında kimse hürriyetinden yoksun bırakılamaz.

(3) Suçluluğu hakkında kuvvetli belirti bulunan kişiler, ancak kaçmalarını, delillerin yok edilmesini veya değiştirilmesini önlemek amacıyla veya bunlar gibi tutuklamayı zorunlu kılan ve kanunda gösterilen diğer hallerde hakim kararıyla tutuklanabilir. Hakim kararı olmadan yakalama, ancak suçüstü halinde veya gecikmesinde sakınca bulunan hallerde yapılabilir; bunun şartlarını kanun gösterir.

...

(7) Tutuklanan kişilerin, makul süre içinde yargılanmayı ve soruşturma veya kovuşturma sırasında serbest bırakılmayı isteme hakları vardır. Serbest bırakılma ilgilinin yargılama süresince duruşmada hazır bulunmasını veya hükmün yerine getirilmesini sağlamak için bir güvenceye bağlanabilir.”

Maddenin yazılış şekline bakıldığında AİHS’in kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkını düzenleyen 5. maddesine benzediği söylenebilir. Bu bağlamda; Anayasa’daki maddenin 2. fıkrasında yer alan “mahkemelerce verilmiş hürriyeti kısıtlayıcı cezaların” yerine getirilmesi ifadesinin AİHM’in *hükme bağlı tutma* olarak yorumladığı AİHS’in 5. maddesinin 1. fıkrasının a bendine, Anayasa’daki maddenin 3. fıkrasının ise AİHM’in *suç isnadına bağlı tutma* olarak yorumladığı AİHS’in 5. maddesinin 1. fıkrasının c bendine karşılık geldiği düşünülebilir. Bu sebeple Anayasa’daki maddenin 7. fıkrasında öngörülmüş olan makul süre içinde yargılanma güvencesinin sadece 3. fıkra kapsamında özgürlüğünden yoksun bırakılan kişiler için söz konusu olduğu görüşü benimsenebilir. Zira AYM’nin benzer bir görüşü savunduğu görülmektedir.<sup>[33]</sup> Bu şekilde düşünüldüğünde hükmen tutukluluk kavramına Anayasa’mızın da cevaz verdiği iddia edilebilecektir.

Kanaatimce, bu görüş yüzeysel bir değerlendirme niteliğindedir. Çünkü Anayasa’da geçen “mahkemelerce verilmiş hürriyeti kısıtlayıcı cezalar” ifadesinin ilk derece mahkemeleri tarafından verilmiş cezalar olarak mı yoksa

[33] AYM, *Hatice Şahnaz*, B. N.: 2019/17440, 18.01.2022, §42.

olağan kanun yollarının tüketilmesiyle kesinleşmiş cezalar olarak mı anlaşılması gerektiğini tespit edebilmek için Anayasa haricindeki ulusal mevzuatımızda, özellikle tutuklama tedbirini düzenleyen CMK’de benimsenen sistemin ortaya konulması gerekmektedir. CMK’nin 2. maddesinin ilgili kısımları şu şekildedir:

“Tanımlar

Madde 2 – (1) Bu Kanunun uygulanmasında;

- a) Şüpheli: Soruşturma evresinde, suç şüphesi altında bulunan kişiyi,
- b) Sanık: Kovuşturmanın başlamasından itibaren hükmün kesinleşmesine kadar, suç şüphesi altında bulunan kişiyi,
- ...
- e) Soruşturma: Kanuna göre yetkili mercilerce suç şüphesinin öğrenilmesinden iddianamenin kabulüne kadar geçen evreyi,
- f) Kovuşturma: İddianamenin kabulüyle başlayıp, hükmün kesinleşmesine kadar geçen evreyi,

...

İfade eder.”

Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun’da yer alan düzenlemelere bakıldığında da kanunun, hakkında verilen mahkumiyet hükmü kesinleşmiş kişiler için *hükümlü* ifadesini kullandığı görülmektedir (örneğin m. 2, 3 ,6 vb).

Bu düzenlemelere bakıldığında ceza muhakemesi ve ceza infaz sistemimizde üç aşama bulunduğu görülmektedir: “Suç şüphesinin öğrenilmesinden iddianamenin kabulüne kadar” devam eden soruşturma aşaması, “iddianamenin kabulüyle başlayıp hükmün kesinleşmesine kadar” devam eden kovuşturma aşaması ve hükmün kesinleşmesiyle başlayan infaz aşaması. Bu üç aşamaya muhatap olan kişiler de sırasıyla *şüpheli*, *sanık* ve *hükümlü* olarak adlandırılmaktadır. Dolayısıyla ceza davası ilk derece aşamasında iken tutuklu olarak yargılanan kişi de, ilk derece mahkemesi tarafından mahkum edilip mahkumiyet hükmüyle birlikte tutuklanan (veya tutukluluk halinin devamına karar verilen) ancak davası kanun yolları aşamasında devam eden kişi de kovuşturma evresinin muhatabıdır ve sanık sıfatını taşırlar. Bu

ikisi arasında bir ayırım yapılmasının ve ara bir evre olarak hükmen tutukluluk evresinin yaratılmasının kanunlarımızda benimsenen sisteme ters olduğu görülmektedir. Zira Yargıtay Ceza Genel Kurulunun 2011 yılında vermiş olduğu kararda, çoğunluk görüşüne katılmayan üyeler de anılan düzenlemeleri vurgulayarak kanunda düzenlenmiş olan azami tutukluluk sürelerinin kanun yolu aşamasında geçen süreyi de kapsamı gerektiğini belirtmişlerdir.<sup>[34]</sup>

CMK'nin tutuklama tedbiri ile ilgili düzenlemelerine bakıldığında da *hükmen tutukluluk* adı altında ara bir evrenin yerinin olmadığı görülmektedir. Kanun tutuklama kararını (m. 101), tutuklulukta geçecek süreyi (m. 102), şüpheli veya sanığın salıverilmesi istemlerini (m. 104) ve tutukluluğun incelenmesini (m. 108) düzenlerken de soruşturma evresi ve kovuşturma evresi şeklinde bir ayırım yapmıştır. Kovuşturma evresini kendi içinde bölerek ilk derece mahkemesinin mahkumiyet kararı öncesi ve sonrası olarak ikiye ayıran hükmen tutukluluk kavramının kanunun bu düzenlemeleriyle de uyuşmadığı açıktır.

CMK'nin 102. maddesinde de *tutukluluk süresi* kavramı herhangi bir ayırma tabi tutulmaksızın kullanılmıştır. Bu ifadenin, ilk derece mahkemesinin mahkumiyet kararının öncesindeki tutukluluk süresi olarak anlaşılmasının ve kanun yolu aşamasında tutuklu bulunan sanığın maddede öngörülen azami süre güvencesinden yararlanma hakkı olmadığı ileri sürülmesinin, "Yetki dar, hürriyet geniş yorumlanır." şeklinde ifade edilen genel yorum ilkesine aykırı olduğu kanaatimdeyim. Zira bu ilke gereğince, bir kişinin bir hakka sahip olup olmadığı konusunda bir tereddüt doğarsa kişinin o hakka sahip olduğu kabul edilmelidir.<sup>[35]</sup> Bu ilkenin de göz önünde tutulmasıyla yapılması gereken yorum, ilk derece mahkemesi tarafından mahkum edilmiş ancak davası kanun yolunda görülmeye devam eden sanığın da maddede öngörülmüş olan azami tutukluluk süresi güvencesinden yararlanacağı olmalıdır.

İlk derece mahkemesinin sanığı mahkum etmesinin ardından artık suç şüphesinin sona ermiş olduğu, zira kişinin en azından bir mahkemenin nihai kararıyla suçlu bulunduğu, bu sebeple hükmen tutukluluk kavramının

[34] Yargıtay Ceza Genel Kurulu, E. 2011/1-51, K. 2011/42, 12.04.2011.

[35] Kemal Gözler, *Anayasa Hukukunun Genel Esasları Ders Kitabı*, 10. Baskı (Bursa: Ekin Basım Yayın Dağıtım, 2018), 97.

mantıklı olduğu savunulabilir. Ancak bu görüşün de iç hukukumuzdaki düzenlemelerle uyumlu olmadığı görülmektedir. Türk Ceza Kanunu'nun 63. maddesi "Hüküm kesinleşmeden önce gerçekleşen ve şahsi hürriyeti sınırlama sonucunu doğuran bütün haller nedeniyle geçirilmiş süreler, hükmolunan hapis cezasından indirilir..." şeklinde bir hüküm içermektedir. Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun'un 4. maddesi de "Mahkumiyet hükümleri kesinleşmedikçe infaz olunamaz." şeklindedir. Bu iki düzenleme, ulusal sistemimizde sanığın ilk derece tarafından mahkum edilmesiyle suç şüphesinin sona ermemiş olduğunun kabul edildiği göstermektedir. Zira kişinin suç işleyip işlemediği hakkında şüphe devam etmekte olduğu için hüküm kesinleşene kadar mahkûmiyet kararı infaz edilmemekte ve karar kesinleşene kadar sanığın özgürlüğünden yoksun kaldığı süre hükmolunan hapis cezasından mahsup edilmektedir.

AİHM bir kararında, sözleşmecı devletlerin cezaların infazının ne zaman başlayacağı konusunda farklı düzenlemelere sahip olduklarını ancak devletin ulusal mevzuatı cezanın kesinleşmesinden sonra infaz edilmeye başlayacağını düzenlese de bu durumun Mahkemenin yorumunu etkilemeyeceğini, Sözleşme bakımından ilk derece mahkemesinin vermiş olduğu mahkumiyet kararı ile suç şüphesine bağlı tutma halinin sona ereceğini belirtmektedir.<sup>[36]</sup> Bu argüman AİHM açısından mantıklı görülebilir çünkü AİHM Türkiye'nin ulusal mevzuatı ile bağlı değildir, AİHS'e göre yorum yapmaktadır. Ancak hükmen tutukluluk kavramını benimseyen Yargıtay ve AYM'nin bu savunmaya sığınması da mümkün değildir. Çünkü Yargıtay ve AYM, AİHM'in aksine tek bir belgeyle bağlı değildir, karar verirken bütün ulusal mevzuatı gözetmek zorundadır. Dolayısıyla bu mahkemelerin yorum yaparken Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun'un 4. maddesini yok saymaları hukuken doğru olmayacaktır.

Bu düzenlemelere ek olarak, Anayasa'mızın 38. maddesinde düzenlenmiş olan masumiyet karinesi<sup>[37]</sup> de hakkında verilmiş olan mahkumiyet kararı kesinleşene kadar kişinin suçluluğundan şüphe edilmesini gerektirmektedir. AYM de masumiyet karinesinin kişi hakkında verilmiş olan mahkumiyet

[36] AİHM, *B./Avusturya*, B. No.: 11968/86, 28/03/1990, §39.

[37] 18 Ekim 1982 tarihli, 2709 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasası, madde 38/4: "Suçluluğu hükmen sabit oluncaya kadar kimse suçlu sayılamaz."



hükümünün kesinleşmesine kadar devam edeceğini belirtmektedir.<sup>[38]</sup> Bu durumda, ilk derece mahkemesi kararı ile mahkum edilip hakkında verilmiş olan hüküm henüz kesinleşmemiş bir kişinin suç şüphesine bağlı tutulmadığını ileri sürerek bu kişiyi hükmen tutuklu kabul etmek çelişkili bir tutum olarak değerlendirilebilir.

Kanaatimce, Yargıtay Ceza Genel Kurulunun hükmen tutukluluk kavramını benimsediği 2011 yılındaki kararında çoğunluk görüşünün ve ardından bu içtihadı takip eden Yargıtay ve AYM'nin yaptığı hata, kavramın iç hukukumuzda uygunluğunu irdelememek olmuştur. Yargıtay Ceza Genel Kurulunun 2011 tarihli kararında ve AYM'nin *Korcan Pulatsü* kararında, AİHM'in *Wemhoff/Almanya* kararında oluşturduğu içtihadın ulusal mevzuatımızdaki ceza muhakemesi sistemi göz önünde bulundurulmadan kabul edildiği anlaşılmaktadır. Daha sonra verilen kararlarda ise bu iki kararda izlenen yolun takip edildiği ve ulusal mevzuatımızın göz ardı edilmesine devam edildiği görülmektedir. Bu sebeple, yukarıda da açıklandığı üzere mevzuatımızla uyumlu olmayan hükmen tutukluluk kavramı kullanılmaya devam edilmekte ve bu doğrultuda kararlar verilmektedir.

## B) DOĞURDUĞU SONUÇLAR AÇISINDAN

AİHS sistemi düşünüldüğünde hükmen tutukluluk kavramının kabul edilmesinin kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkı bakımından çok tehlikeli bir sonuç yaratmadığı ileri sürülebilir. Çünkü hükmen tutuklu sayılan kişiler Sözleşme'nin 5. maddesinin 3. fıkrasında öngörülmüş olan tutuklulukta makul süre güvencesinden yararlanamayacak olsalar da AİHM'in de kabul ettiği üzere,<sup>[39]</sup> Sözleşme'nin adil yargılanma hakkını düzenleyen 6. maddesinin 1. fıkrasında<sup>[40]</sup> öngörülmüş olan makul süre içinde yargılanma güven-

[38] AYM, *Galip Şahin*, B. No: 2015/6075, 11.06.2018, §44.

[39] AİHM, *Wemhoff/Almanya*, B. No: 2122/64, 27.06.1968, "As to the Law" §9.

[40] Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6. maddesinin 1. fıkrası şu şekildedir: "Herkes davasının, medeni hak ve yükümlülükleriyle ilgili uyuşmazlıklar ya da cezai alanda kendisine yöneltilen suçlamaların esası konusunda karar verecek olan, yasayla kurulmuş, bağımsız ve tarafsız bir mahkeme tarafından, kamuya açık olarak ve makul bir süre içinde görülmesini isteme hakkına sahiptir. Karar aleni olarak verilir. Ancak, demokratik bir toplum içinde ahlak, kamu düzeni veya ulusal güvenlik yararına, küçüklerin çıkarları veya bir davaya taraf olanların özel hayatlarının gizliliği

cesinden yararlanabileceklerdir. Her iki hükümde de makul süre gibi genel ve muğlak bir ifade yer aldığından bu iki güvence arasında kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkı bakımından büyük bir fark söz konusu olmadığı söylenebilir.

Ancak ulusal ceza muhakemesi sistemimiz bakımından hükmen tutukluluk kavramının kabulü, hükmen tutuklu olanlar ve suç isnadına bağlı olarak tutuklu olanlar arasında ciddi bir fark yaratmaktadır. Çünkü CMK’de, AİHS’ten farklı olarak, tutukluluk süresi makul süre gibi genel bir ifade ile açıklanmak yerine belirli süreler getirilerek somutlaştırılmıştır (m. 102). Dolayısıyla hükmen tutuklu olarak kabul edilen kişiler bu belirli sürelerden yararlanamayacaklar ancak Anayasa’mızın 36. maddesinde<sup>[41]</sup> düzenlenmiş bulunan ve makul süre içinde yargılanma hakkını da içeren adil yargılanma hakkından faydalanabileceklerdir. Kanunda somut olarak belirlenmiş olan azami tutukluluk süresi güvencesi yerine makul sürede yargılanma gibi yoruma açık bir güvencenin kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkı bakımından daha zayıf bir koruma sağlayacağı açıktır. Bu sebeple iç hukukumuzda hükmen tutukluluk kavramının kabulü, kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkı için AİHS sistemine nazaran daha büyük bir tehdit teşkil etmektedir.

Hükmen tutukluluk kavramının yarattığı sonuçlar irdelenirken dikkat edilmesi gereken bir başka husus ise ülkemizdeki davaların karara bağlanma süresidir. Dava yoğunluğu ve buna bağlı olarak mahkemeler üstündeki ağır iş yükü sebebiyle ülkemizde davaların uzun sürelerde sonuçlandığı bilinmektedir. Bu durum sanığın tutuklu bulunduğu ceza yargılamalarında da söz konusudur. Tutuklu yargılamaların hızlı bir şekilde sonuçlandırıldığı ülkelerde hükmen tutukluluk kavramının kabulünün büyük bir sorun yaratmayacağı öne sürülebilir. Örneğin Almanya’da tutuklu yargılamalar hızlı bir şekilde sonuçlandırılabilen, tutuklu olarak yargılanan sanıkların yaklaşık %75’i altı ay veya daha kısa bir süre için tutuklu kalmaktadır.<sup>[42]</sup>

---

gerektirdiğinde veyahut aleniyetin adil yargılamaya zarar verebileceği kimi özel durumlarda ve mahkemece bunun kaçınılmaz olarak değerlendirildiği ölçüde, duruşma salonu tüm dava süresince veya kısmen basına ve dinleyicilere kapatılabilir.”

[41] Anayasa’nın 36. maddesinin 1. fıkrası şu şekildedir: “Herkes, meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir.”

[42] Mustafa T. Yücel, “Tutuklama Paradoksu,” *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, no. 91, (2010): 296.

Ancak Türkiye’de tutuklu yargılamalar hızlı bir şekilde sonuçlandırılmamakta ve sanıklar uzun bir süre boyunca tutuklu kalabilmektedir. Bu sebeple hükmen tutukluluk kavramının Türkiye açısından daha vahim sonuçlara yol açacağı söylenebilecektir.

Üstelik tutuklu yargılamaların uzun sürmesi durumu sadece ilk derece mahkemelerinde değil kanun yolu aşamalarında da söz konusudur. Kanun yolu aşamalarının da bazen yıllarca devam ettiği herkesin malumudur. Davanın esasına etki edebilecek bilirkişi raporu hazırlanması, tanıkların dinlenmesi, keşif vb. işlemler daha çok ilk derece mahkemesi tarafından yapıldığı için kanun yolu aşamasında davanın daha hızlı sonuçlandırılacağı ve bu sebeple ilk derece mahkemesinin verdiği mahkumiyet hükmünden sonra hüküm kesinleşene kadar kişinin özgürlüğünden yoksun kaldığı sürenin çok da uzun olmayacağı düşünülebilir. Ancak bu düşünce maalesef gerçeklerle örtüşmemektedir. Uygulamada kişilerin kanun yolu aşamalarında tutuklu kaldıkları süreler, ilk derece mahkemesinin mahkumiyet hükmünden önce tutuklu kaldıkları sürelerin dört katına kadar ulaşabilmektedir.<sup>[43]</sup> Anayasa Mahkemesinin önüne bireysel başvuru yoluyla gelen birçok olayda da bu durumun örnekleri görülebilmektedir.<sup>[44]</sup>

Ülkemizdeki bu gerçek de göz önüne alındığında hükmen tutukluluk kavramının kabulünün yaratacağı adaletsiz sonuçlar daha iyi anlaşılacaktır. Çünkü bu kavramın kabulü nedeniyle bireyler kanun yolu aşamalarında, herhangi bir süre sınırına tabi olmaksızın, öngörülemez bir süre için özgürlüklerinden yoksun bırakılabileceklerdir, yeter ki ilk derece mahkemesi mahkumiyet hükmünü hızlı vermiş olsun.

---

[43] Şirin, *Özgürlük ve Güvenlik Hakkı Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru El Kitapları Serisi-1*, 178.

[44] AYM, *Bayram Demirbilek*, B. No: 2014/1125, 10.12.2014; AYM, *Lokman Gönül ve Mehmet Emin Girgin*, B. No: 2013/2254, 15.10.2015.

## SONUÇ VE ÖNERİLER

Yukarıda da anlatıldığı üzere hükmen tutukluluk kavramı ulusal mevzuatımızla uyumlu değildir. Ayrıca ülkemizdeki davaların uzun sürmesi sebebiyle bu kavramın kabulünün kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkı bakımından büyük bir tehlike teşkil ettiği açıktır.

AİHM'in *Wemhoff/Almanya* kararında ortaya koymuş olduğu içtihadı getirilen eleştiriler makalenin önceki bölümlerinde açıklanmıştır. Ancak bu içtihat AİHS sistemi bakımından uygun görülse dahi burada AİHS'in sağladığı güvencenin kapsamının, ulusal mevzuatımızın sağladığı güvencenin kapsamından daha dar olduğunun kabul edilmesi gerekmektedir. Yani burada AİHS ile ulusal mevzuatımız arasında bir uyumsuzluk söz konusudur. Bu uyumsuzluğun çözüme kavuşturulabilmesi Anayasa'mızın ve AİHS'in bazı düzenlemelerine göz atmak gerekecektir. Anayasa'nın 90. maddesinin 5. fıkrası şu şekildedir:

“Usulüne göre yürürlüğe konulmuş Milletlerarası andlaşmalar kanun hükmündedir. Bunlar hakkında Anayasaya aykırılık iddiası ile Anayasa Mahkemesine başvurulamaz. Usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası andlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyumsuzluklarda milletlerarası andlaşma hükümleri esas alınır.”

Maddeye bakıldığında Anayasa'nın temel hak ve özgürlüklere ilişkin uluslararası anlaşmaların kanunlara göre öncelikli olarak uygulanmasını emrettiği görülmektedir. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi de bu nitelikte bir uluslararası anlaşmadır. Madde lafzi yorum yöntemiyle yorumlandığında bu uyumsuzluğun, AİHM'in Sözleşme'ye verdiği anlamın üstün tutularak hükmen tutukluluk kavramının iç hukukumuzda da uygulanması yoluyla çözülmesi gerektiği düşünülebilir. Ancak hükmün amacına bakıldığında, temel hak ve özgürlüklerin korunmasının amaçlandığı ve hükmün uluslararası sözleşmelerin ulusal mevzuata göre her zaman hakları daha koruyucu nitelikte düzenlemeler içereceği varsayımına dayanılarak yazıldığı anlaşılmaktadır.<sup>[45]</sup> Bu durumda, salt lafzi yorum yöntemine bağlı kalınarak AİHS'in uygulanması ve hükmen tutukluluk kavramının iç hukukta da kabul edilmesi

[45] Hamdi Yaver Aktan, “İnsan Hakları Uluslararası Sözleşmelerinin İç Hukukta Doğrudan Uygulanması (Anayasa, 90/son),” *Türkiye Barolar Birliği*, no. 76, (2005): 142.

gerektiğini ileri sürmek, kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkının daha zayıf bir korumadan yararlanmasına yol açacağı için hükmün amacına ters düşecektir.<sup>[46]</sup> Zira böyle bir yorumun yapılmasının AİHS'in 53. maddesine de aykırı düşeceği iddia edilebilir. İlgili madde şu şekildedir:

“Madde 53

Tanınmış insan haklarının korunması

Bu Sözleşme hükümlerinden hiçbiri, herhangi bir Yüksek Sözleşmecî Taraf'ın yasalarına ve onun taraf olduğu başka bir Sözleşme uyarınca tanınmış olabilecek insan hakları ve temel özgürlükleri sınırlayacak veya onları ihlal edecek biçimde yorumlanamaz.”

Anayasa'nın 90. maddesinin 5. fıkrası ve AİHS'in 53. maddesi birlikte dikkate alındığında, Türkiye'deki ceza yargılamalarında *Wemhoff/Almanya* kararında benimsenen görüş yerine kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkı bakımından daha üstün bir güvence sağlayan iç hukukumuzun öncelikli olarak uygulanması gerektiği görülmektedir. Yargıtay Ceza Genel Kurulunun hükmen tutukluluk kavramını benimsemiş olduğu 2011 tarihli kararında azınlıkta kalan üyeler de bu görüşü savunmuşlardır.<sup>[47]</sup>

Sonuç olarak Yargıtayın ve AYM'nin takip ettikleri hükmen tutukluluk içtihadından dönmeleri ve CMK'de düzenlenmiş olan azami tutukluluk sürelerini (m. 102) gözetirken sanıkların kanun yolu aşmalarında tutuklu kaldıkları süreleri de azami tutukluluk süresi içinde değerlendirmeleri gerekmektedir. Böyle bir yorum hem ulusal mevzuatımıza hem de adalete daha uygun olacaktır.

Ayrıca, aslında gerekli olmamasına rağmen, mahkemelerin yaşayabilecekleri olası kafa karışıklıklarının da önüne geçebilmek için CMK'de bir değişiklik yapılması da yararlı olacaktır. CMK'nin 102. maddesine “Kişinin kanun yolu aşamalarında tutuklu kaldığı süre de bu maddenin 1. ve 2. fıkrasında öngörülmüş olan tutukluluk sürelerine dahildir.” şeklinde bir fıkra eklenmesi hükmen tutukluluk tartışmalarına son verecek ve kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkının korunmasına katkı sağlayacaktır.

[46] Abdullah Batuhan Baytaç. “Hükme Bağlı Tutukluluk,” *Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi* 6, no. 2, (2018): 152.

[47] Yargıtay Ceza Genel Kurulu, E. 2011/1-51, K. 2011/42, 12.04.2011.

## KAYNAKÇA

- Aktan, Hamdi Yaver. “İnsan Hakları Uluslararası Sözleşmelerinin İç Hukukta Doğrudan Uygulanması (Anayasa, 90/son).” *Türkiye Barolar Birliği*, Sayı 76. (2005): 141-9.
- Baytaç, Abdullah Batuhan. “Hükme Bağlı Tutukluluk,” *Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi* 6, no. 2, (2018): 133-53.
- Büke, Ahmet. *Kişi Özgürlüğü ve Güvenliği Hakkı*. Yaşar Üniversitesi, Yüksek Lisans Tezi, 2014.
- Değirmencioglu, Burcu. “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihatları Işığında “Masumiyet Karinesi”nin Korunması.” *Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, no. 2, (2019): 307-56.
- Gözler, Kemal. *Anayasa Hukukunun Genel Esasları Ders Kitabı*. 10. Baskı, Bursa: Ekin Basım Yayın Dağıtım, 2018.
- İnci, Z. Özen. “Tutukluluk ve Hükümlülük Arasındaki Araf: Hükmen Tutukluluk ve Uygulamada Yaşanan Sorunlar.” *Ceza Hukuku Dergisi* 9, no. 25, (Ağustos 2014): 103-23.
- Soysal, Alican. “Hükmen Tutukluluk Kavramı ve Türk Hukuku’nda “Hükmen Tutuklu” Statüsünün Kabul Edilmesinin Yarattığı Hak İhlalleri,” erişim 8 Şubat 2022, <https://nalbantoglu.av.tr/hukmen-tutukluluk/>.
- Şirin, Tolga. *Özgürlük ve Güvenlik Hakkı Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru El Kitapları Serisi-1*. Ankara: MRK Baskı ve Tanıtım, 2018.
- Toroslu, Nevzat ve Metin Feyzioğlu. *Ceza Muhakemesi Hukuku*. 20. Baskı, Ankara: Savaş Yayınevi, 2020.
- Yenidünya, Caner. “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Masumiyet Karinesi.” *Güncel Hukuk Aylık Hukuk Dergisi*, Sayı: 5, (Mayıs 2004): 20-1.
- Yücel, Mustafa T. “Tutuklama Paradoksu.” *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, no. 91, (2010): 291-9.

**Yargı Kararları**

- AİHM, *B./Avusturya*, B. No: 11968/86, 28.03.1990.
- AİHM, *Engel ve Diğerleri/Hollanda*, B. No: 5100/71, 08.06.1976.
- AİHM, *Konstas/Yunanistan*, B. No: 53466/07, 24.05.2011.
- AİHM, *Nölkenbockhoff/Almanya*, B. No: 10300/83, 25.08.1987.
- AİHM, *Solmaz/Türkiye*, B. No: 27561/02, 16.01.2007.
- AİHM, *Şahap Doğan/Türkiye*, B. No: 29361/07, 27.05.2010.
- AİHM, *Wemhoff/Almanya*, B. No: 2122/64, 27.06.1968.
- AYM, *Bayram Demirbilek*, B. No: 2014/1125, 10.12.2014.
- AYM, *Enver Beyaztaş*, B. No: 2014/9772, 04.04.2019.
- AYM, *Galip Şahin*, B. No: 2015/6075, 11.06.2018
- AYM, *Hatice Şahnaz*, B. No: 2019/17440, 18.01.2022.
- AYM, *Korcan Pulatsü*, B. No: 2012/726, 02.07.2013.
- AYM, *Lokman Gönül ve Mehmet Emin Girgin*, B. No: 2013/2254, 15.10.2015.
- Yargıtay 1. Ceza Dairesi, E. 2021/12443, K. 2021/14860, 10.12.2021.
- Yargıtay 2. Hukuk Dairesi, E. 2007/5368, K. 2008/2887, 06.03.2008.
- Yargıtay 5. Ceza Dairesi, E. 2014/8219, K. 2014/13259, 25.12.2014.
- Yargıtay 5. Ceza Dairesi, E. 2021/11709, K. 2021/5554, 11.11.2021.
- Yargıtay Ceza Genel Kurulu, E. 2007/258, K. 2008/24, 12.02.2008.
- Yargıtay Ceza Genel Kurulu, E. 2009/73, K. 2009/129, 26.05.2009.
- Yargıtay Ceza Genel Kurulu, E. 2011/1-51, K. 2011/42, 12.04.2011.
- Yargıtay Ceza Genel Kurulu, E. 2018/334, K. 2019/45, 24.01.2019.





# Noterlere Taşınmaz Satışı Yetkisi Verilmesine İlişkin Kanun

Etem Saba ÖZMEN\*

---

\* Prof. Dr., Maltepe Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Özel Hukuk Bölüm Başkanı.  
([sabaozmen@hotmail.com](mailto:sabaozmen@hotmail.com)) **ORCID ID:** [0000-0002-8622-9660](https://orcid.org/0000-0002-8622-9660)

## NOTERLERE TAŞINMAZ SATIŞI YETKİSİ VERİLMESİNE İLİŞKİN KANUN

### ÖZ

28 Haziran 2022 tarihli 31880 sayılı Resmi Gazete’de 7413 sayılı Torba Kanun il Noterlik Kanunu’nda yapılan değişiklikler neticesinde m. 60 ve m. 61/A hükümleri ile noterlerin taşınmaz satışı yapabilecekleri kabul edilmiştir. Çalışmamızın amacı öncelikle halihazırda tapu daireleri ve noterlikler tarafından geliştirilmiş olan bilimsellikten uzak uygulamaların eleştirilmesi ve bununla birlikte 1 Ocak 2023 tarihinde yürürlüğe girecek Kanun’un uygulama açısından ortaya çıkaracağı problemler ve bu problemlere ilişkin olarak çözüm önerilerinin sunulması oluşturmaktadır.

### Anahtar kelimeler

taşınmaz satış sözleşmelerinde şekil

taşınmaz satış vadeleri

noter ve tapu dairelerinin görevi

tescilin niteliği

yetki

## STRANGENESS CONSEQUENCES OF THE LAW AMENDMENT REGARDING THE AUTHORIZATION OF REAL ESTATE SALES TO NOTARY

### ABSTRACT

As a result of the amendments made in the Omnibus Bill Law No. 7413, which is published in the Official Gazette dated 28 June 2022 and numbered 31880, Article 60 of Law no 1512 has been amended and article 61/A has been accepted. With the provisions of article 60 and 61/A, it has been accepted that the real estate sales contracts can be concluded before notary public. The aim of our article is primarily to criticize the unlawful practices that have already been developed by the land registry offices and notary publics, and to present the problems that will arise in terms of implementation of the Law, which will enter into force on 1 January 2023, and to propose solutions for these problems.

### Keywords

form requirement in real estate sales contracts

real property promise to sell agreement

duties of notary and land registry offices

legal nature of registration

authorization

## I. GENEL OLARAK KONUNUN SUNUMU

Makaleye önyargı ile yaklaşılması amacıyla şu saptama ile başlamak istiyoruz. Çalışmanın yazarı, taşınmazda aynı hak değişikliği yaratan tüm borçlandırıcı işlem (taahhüt muamelesi) niteliğindeki sözleşmelerin noterde yapılması taraftarıdır; fakat arzu edilen bu konudaki kanun değişikliği ile Noterlere verilen yetkinin sadece taşınmaz satış sözleşmeleri ile sınırlı olmamasıdır.

28 Haziran 2022 tarihli 31880 sayılı Resmi Gazete’de 7413 sayılı Torba Kanun ile araya sıkıştırılan Noterlik Kanunu’nda yapılan değişiklik hukuk hayatımıza yenilik olarak sunulmuş oldu. Aşağıda ayrıntıları ile ağır eleştirilere konu edeceğimiz Noterlik Kanunu m. 60 ve m. 61/A hükümleri ile noterlerin taşınmaz satışı yapabilecekleri kabul edilmiş oldu. Ancak bu tür yeniliklerin ihtiyaca yönelik ve sorun çözümlenici olması beklenirken, yenilik tam aksine karmaşa yaratmaya aday bir düzenleme niteliği ile şimdiden yaratacağı sıkıntılarla konuşulur oldu. Bu sonuç hiç de şaşırtıcı olmamalıdır. Çünkü bu düzenleme, eski Medeni Kanunumuzun yürürlüğe girdiği neredeyse bir asra yaklaşan süreçte tapu dairelerinin ve noterliklerin bilimsel temeli olmayan fahiş hatalarına eklenerek ilk yanlış iliklenen düğmenin yakada kapatılmaya çalışılmasının boşa gayretinden başka bir sonuç doğurmayacaktır.

Makalenin amacı, 1 Ocak 2023 tarihinde yürürlüğe girecek Kanun’un yürürlük öncesinde hazırlıksız yakalanılacak süreçteki muhtemel sıkıntıları konusunda önceden bilgilendirme yapmaya çalışmaktan ibaret olacaktır. Önerimizde değişiklik hükümleri hemen geri çekilmeli, önereceğimiz ve sorunları pratik çözecek bilimsel temele dayalı hazırlanmış taslak doğrultusunda bu konu yeniden düşünülmelidir.

Makaleye öncelikle bir asra yakındır süren bilimsellikten yoksun tapu daireleri ve noter uygulamalarını irdeleyerek başlayıp, devamında yeni değişikliğe eleştiriler getirerek öneri taslak hükmün sunumu yapılacaktır.

## II. MEVCUT TAPU VE NOTER UYGULAMALARININ HUKUK BİLİMİ TEMELİNDEN YOKSUNLUĞU-HATALARI

Bu başlık altında vurucu bir cümleyle başlamak gerekirse noterler zaten yıllardır taşınmaz satış sözleşmeleri yapmaktadırlar. Şöyle ki; noterler taşınmaz satış vaadi olarak re'sen düzenledikleri senette yer alan irade uyuşumunun (TBK m.1) aşağıda irdeleneceği şekilde bugünkü tabirle “önsözleşme (TBK m.29; eBK m.22 akit yapmak vaadi)” olmaktan çıktığının asıl taşınmaz satış sözleşmesine vücut verdiğinin farkında değillerdir. Çünkü Yargıtay uygulamaları ile de artık taşınmaz satış vaadi adıyla yapılan sözleşmeye dayalı olarak temerrüt halinde doğrudan taşınmaz mülkiyetinin devri yolunda ifanın talep edilebildiği (TMK m.716) bir sözleşme karşısında farklı sonuca varmanın mümkün olmadığını gerekçeleriyle izah edeceğiz. Diğer yönden Noterlik Kanunu m.89'un “*Niteliği bakımından tapuda işlem yapılmasını gerektiren sözleşme ... bu fasıl hükümlerine göre düzenlenir.*” şeklindeki başarılı ve isabetli hükmünün noterlere yıllardır ne denli geniş bir taşınmaza ilişkin sözleşme yapma yetkisi vermiş olduğunun bilincinde dahi olunmadığı açıktır.

Bu hükümden anlaşılacağı üzere bu makale ile önerimiz, taşınmazda aynı hak değişikliği yaratacak tüm sözleşmelerin düzenlenmesi konusunda noterlere yetki olarak verilmesi iken hiç kimse bu hükmün farkında olmamıştır. Şimdi sırasıyla noter ve tapu dairelerinde yapılan bilimsellikten uzak uygulamaları olması lazım gerekene (*de lege ferenda*) ışık tutması bakımından irdelemeye geçebiliriz.

### A) NOTERLER VE TAPU DAİRELERİ KAZANDIRICI İŞLEM ÜST BAŞLIĞI ALTINDA YER ALAN BORÇLANDIRICI İŞLEM (TAAHHÜT MUAMELESİ) VE TASARRUF İŞLEMİ AYRIMINDAN HABERSİZDİRLER

#### 1- Ayrımın Genel Olarak Borçlar/Eşya Hukuku Açısından Sonuçları

Özel hukukun temeli olarak Borçlar Hukuku ve Eşya Hukuku derslerinde borçlandırıcı işlem (taahhüt muamelesi)–tasarruf işlemi ayrımı üzüntü ile saptadığımız sonuçla layıkıyla öğretilmemekte ve devlet ciddiyeti ile bağdaşmayan yönüyle noter ve tapu daireleri de bu yöndeki bilgiden yoksun işlemler gerçekleştirmektedirler. Bu makalenin artık zihinlere çarpıcı bir biçimde bu ayrımı yerleştirmesi bakımından bazı vurucu cümlelerle konunun ciddiyetine dikkat çekmek isteriz.

“*Malvarlığını etkileyen kazandırıcı işlem*” üst başlığı altında iki taraflı hukuki işlem olan sözleşmeler, malvarlığının pasifini etkileyerek işlemi yapan kişiyi borç altına sokarlar. Buna karşılık tasarruf işleminin konusu eşya olduğu takdirde bu işlemler, üzerindeki hakkı kuran, sona erdiren ve değiştirmekle malvarlığının doğrudan aktifini etkileyen hukuki işlemlerdir. Örneğin; taşınır satış sözleşmesinde TBK m.1 vd. hükümlerince sözleşmenin esaslı noktası (TBK m.2; TBK m.207) taşınır ve bedel konusunda iki tarafa borç yükleyen sözleşme niteliği ile alıcı ve satıcının bu yöndeki rızasının uyuşumudur. İşte sözleşme başka hiçbir şeye ihtiyaç duymaksızın anılan hukuki sonuca uygun olarak doğar. Satıcı önerisinin (icabının) alıcı tarafından kabulü ile satıcının malvarlığının pasifine alıcıya TMK m. 763 hükmünce zilyetliği devir ile mülkiyeti devir borcu girer. Bu konuda yapılan hukuki işlem satış sözleşmesi olup anlaşılacağı üzere sadece rızaların uyuşumuna dayalı sözleşme geçerli şekilde kurulur. Tüm sözleşmelerin kural olarak<sup>[1]</sup> bu niteliği taşıması sonucu özel borç ilişkilerinde kullanılan tabir ile rızat sözleşme kurulmuş olur.<sup>[2]</sup> Bu sözleşmeden doğan satıcı borcu, TMK m.763/I’in “*Taşınır mülkiyetinin nakli için zilyetliğin devri gerekir*” şeklindeki hükmü uyarınca satıcının aktifinde yer alan mülkiyeti alıcıya teslimi ile (veya TMK m.977’de belirtilen diğer yollar ile) geçirmesi “tasarruf işlemi” niteliğindedir. Bu hukuki işlemler ise tamamen verdiğimiz kanun hükümlerinden anlaşılacağı üzere Eşya Hukukunun konusudur.

Bu konudaki bilgilerimizi öğrencilerimizin zihninde pekiştirmek için verdiğimiz bir örnekle vurgulamak isteriz. Örneğin; bir hırsızın çaldığı bir cep telefonunu alıcıya devir taahhüdü ile 10 Bin TL’ye satma önerisinin alıcı tarafından kabulü ile (TBK m. 1 vd. hükümleri) satış sözleşmesi başka hiçbir unsura gerek kalmaksızın (sözlü yapılmakla yazılı şekle bile gerek duyulmaksızın) geçerli olarak doğar. Eşya Hukuku konusu olarak bilgileri karıştırarak alıcının iyiniyetli olup olmadığının sorulması ise abesle iştigaldir. Çünkü elden rıza dışı çıkan bir taşınırdaki emin sıfatıyla zilyet olunamayacağı (TMK m. 988) için bu konuda iyiniyet tasarruf işlemi ile mülkiyetin kazanılmasında etkili olmayacaktır.

[1] Kural olarak diyoruz çünkü alacağın devri, borcun dış üstlenilmesi, ibra gibi sözleşmelerin tasarruf işlemi niteliğinde olduğu unutulmamalıdır.

[2] Haluk Tandoğan, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri I/1*, (İstanbul: Vedat Yayıncılık, 2008), 93; Aydın Zevkliler ve Emre Gökyayla, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, (İstanbul: Vedat Yayıncılık, 2020), 33.

Telefonda haksız, kötü niyetli, malik sıfatıyla zilyet olan hırsızın satış sözleşmesinden doğan borcunun ifası için teslimi gerçekleştirmesi halinde ise işte “hiç kimse sahip olduğu haktan fazlasını devredemez” (*Nemo plus iuris transferre potest quam ipse habet*) ilkesi tasarruf işlemi için geçerli olup mülkiyetin alıcıya intikali gerçekleşmemiş olacaktır. Bu işlemde alıcı üçüncü kişi zilyet ve fakat yine haksız, malik sıfatıyla, tek farklılıkla iyiniyetli zilyet sayılacaktır. Fakat bu iyiniyet onu malik kılmayacağı için telefonu üstün hak sahibine istihkak veya taşınır davası sonucu iade etmek zorunda kalacak ve bu defa hırsıza yönelecektir. İşte bu noktada satıcı hırsıza geçerli bir satış sözleşmesinden dolayı alıcının ödediği bedelin TBK m.117 hükmünce hırsızın tahsil ettiği tarihten itibaren kanuni faizi ile iadesi sebepsiz zenginleşme hükümlerince olmayacaktır. Tam aksine işte bu konuda verilecek bilginin Roma Hukukundan gelen yadsınamayacak muhteşemliği ile geçerli olan sözleşmenin kusurlu ifa imkânsızlığı sonucu TBK m.112 hükmünce 10 bin TL'ye almış olduğu telefona kavuşamaması sonucu piyasada ikinci el sürüm değerinin 20 bin TL olması halinde bu bedeli zararının tazmini olarak talep edecek olmasıdır.

## **2- Ayrımın Taşınmaz Mülkiyetinin Devrine İlişkin Sonuçları**

Taşınmazlara gelince iki farklı noktada gösterilen özellik unutulmamalıdır. Buna göre TMK m. 706 hükmünce taşınmaz mülkiyetinin devrini amaçlayan sözleşmelerin resmi şekle bağlı olması ve taşınmaz mülkiyetini devir borcu altına giren malikin TMK m. 1013/I hükmünce tescili talep etmesi üzerine bir idari işlem olarak Tapu Sicil Müdürlüğünün yetkili olması aynı esaslara bağlı olarak tasarruf işlemi ile mülkiyetin devrinin gerçekleşmesidir.

Aşağıdaki başlıklarda vereceğimiz bilgilerle bu basit sürecin ne denli karmaşık hale getirildiğini ve resmi mercilerin bilgisizliğine dayalı bilim-sellikten uzak uydurulan prosedürler ile ne denli sıkıntılara yol açtıklarını vurgulayacağız.

### **a) Taşınmazlarda Tescil, Mülkiyetin Devri ve Sınırlı Ayni Hak Kurulmasını Amaçlayan Sözleşmelerin İfası Sonucu Oluşur**

Tapu Sicil Müdürlükleri, tescil makamı olma özelliği ile TMK m.705/I'nin “*Taşınmaz mülkiyetinin kazanılması, tescille olur*” şeklindeki hükmü gereğini resmi merci olarak gerçekleştirmekle yükümlüdürler. Bu konuda

tescilin öncesinde borçlandırıcı işlem yani rızaî sözleşme TBK m.1 hükmünce karşılıklı irade beyanıyla oluşmaktadır. Bu sözleşmenin peşin satım niteliğine bağlı olarak tescilden ayrılması hukukçu olmayanlar için zor olabilir. Ancak vade ve koşula bağlı olarak ya da belirli bir vade kararlaştırılmasa da TBK m.90 hükmünce “işin özelliğinin” gerekli kıldığı bir süreçle mülkiyetin devrini veya bir sınırlı ayni hak kurulmasını amaçlayan sözleşme ile birlikte tescilin hemen yapılmasının gerekmediği hallerde ayırım bariz biçimde ortaya çıkmaktadır.

Borçlandırıcı işlem (taahhüt muamelesi) Borçlar Hukukunun konusu, tescil ise Eşya Hukukunun konusudur. Bu konuda kanuni düzenleme hükümleri zaten aksi sava geçit vermemektedir. Örneğin, taşınmaz satış sözleşmesi TBK m.237 vd. hükümlerinde düzenlenmiş iken tescil TMK m.1008 vd. hükümlerinde düzenlenmiştir. Hal böyle olmakla tescilin yapılması yolunda tapuya müracaat halinde karşı tarafın beyanının söz konusu olmayacağı yolundaki görüşler eleştiriye açıktır.

Borçlar Hukuku açısından borçlandırıcı işlemle malvarlığının pasifini artırmış olan taşınmaz maliki, mülkiyetin devri veya bir sınırlı ayni hak tesisi taahhüdü içeren sözleşmeden doğan borcunu alacaklı (alıcı) adına tescilin gerçekleşmesi ile aynen ifa etmiş olur. İşte TMK m.716/1’in “*Mülkiyetin kazanılmasına esas olacak bir hukuki sebebe dayanarak malikten mülkiyetin kendi adına tescilini istemek hususunda kişisel hakka sahip olan kimse, malikin kaçınması hâlinde hâkimden, mülkiyetin hükmen geçirilmesini isteyebilir.*” şeklindeki hükmünde alacak hakkını (kişisel istem) doğuran sözleşme gereği malikinin temerrüdü karşısında alacaklının aynen ifada ısrar etmesi halinde düzenleme konusu yapılmış bir dava söz konusudur.

Bu kurguda temerrüde düşmeyen taşınmaz maliki, borcunu iradi olarak ifa etmek istediğinde alacaklıya taşınmaz mülkiyetinin devri veya sınırlı ayni hak kurma taahhüdünü tapuda tescil ile gerçekleştirir. İşte bu yönde tapuya başvurunun yani tescili talebin TMK m.1013 hükmü düzenleme ile düşülen yanlışlara değinmek istiyoruz.

## **b) Taşınmazlarda Tescil İkili (Dualist) Bir Nitelik Taşır**

Geldiğimiz noktada taşınmaz mülkiyeti devir veya sınırlı ayni hak kurma yolunda borçlanmış taşınmaz malikinin yükümlülüğünün tescil talebi ile başlamasından daha doğal bir şey olamaz. Fakat TMK m.1013/1’in “*Tescil,*



*tasarrufa konu olan taşınmaz malikin yazılı beyanı üzerine yapılır*” şeklindeki hüküm üzerine öğretilerdeki baskın görüşten farklı düşünmekteyiz. Şöyle ki; aktardığımız bu hüküm gereği alacaklının yani adına tescil ile mülkiyet devri veya bir sınırlı aynı hak tesisi yapılması gereken kişinin bu yönde rızasının aranmamış olması tescil talebinin tek tarafı bir hukuki işlem olduğu yolunda değerlendirmelere yol açmaktadır.<sup>[3]</sup>

Bu yönde karşı savımızı olmayan ergi (abes-e irca; reductio ad absurdum) metodu ile çok kolay ispat edebileceğimizi düşünüyoruz. Öncelikle savlarımızı gerekçelendirme yolunda güç aldığımız Wieland’ın görüşlerine<sup>[4]</sup> tamamen katıldığımızı belirtmek isteriz.

Türk Hukukunda katılmadığımız görüşün gerekçesinin bir çok yerde andığımız yüz yıllık hatanın eseri olduğunu sanıyoruz. Çünkü taşınmaz mülkiyetinin devrinin tapu dairelerinde tescil ile sonuçlanması sürecinde vade ve koşula veya işin niteliğinin tescili ötelemediği hallere imkân tanınmaması olgusunu taşınmaz satışı için uyarlayacak olursak; satış türleri üst başlığı altında (peşin, ön ödemeli, veresiye) peşin satım dışında bir olasılık olmaması (bedeli nakden ve peşin aldım kayıtları da düşünüldüğünde) yanılığın kaynağı olarak ortaya çıktığını düşünmekteyiz. Ayrıca vurgulamak gerekirse TMK m.1013/I hükmünün deyimsel (lafzî) yorumuna aldanınca resmi senedin (akit tablosunun) matbu olarak imzalatılmasında taşınmaz satışına yönelik irade beyanının anî edimli mülkiyetin devrini de içerdiği kanısı söz konusu olacak ki katılmadığımız görüşe taraftar bulmaktadır.

Karşı çıktığımız bu görüşe sahip olanlar, TMK m.1013/I hükmüne atıf yapmalarına rağmen Tapu dairelerinin tam aksine resmi senet (akit tablosunun) matbu örneklerinde tescili talebin sadece taşınmaz malikin imzası ile değil aynı zamanda alacaklının da “*Taraflar işbu satım sözleşmesinin tescilini talep ettiler*” şeklindeki ifadesi altında imzalarını zorunlu kılmakla son derece doğru bir işlem yapmalarını göz ardı etmektedirler.

Artık savımızı güçlendiren gerekçelere yer vermek gerekirse; öncelikle Roma Hukukunun bir ilkesinden hareket etmek istiyoruz: “*Iure suo uti nemo cogitur (Hiç kimse hakkını kullanmaya zorlanamaz)*” şeklindeki

[3] Aynı görüşte olduğumuz ve aksi görüşte olduğumuz tüm yazarlar için bk. Hüseyin Tokat, *Aynı Akit*, (Ankara: Adalet, 2022), 150-154.

[4] Wieland, C., *Kanunu Medenide Aynı Haklar II*, (çev. İ. Hakkı Karafakı), 2. Baskı, (Ankara, 1946), 889-890.

ilknenin varlığı tokat gibi bir cevap olacaktır. Şimdi bu ilkeyi bir örneğe uyarlayarak görüşümüzü pekiştirmek istiyoruz. Olması lazım gelen yönü ile Tapu dairelerinin taşınmaz satış sözleşmelerini vadeye bağlı olarak gerçekleştirindiklerini ve alıcının belirli aralıkla ödeyeceği bedellerin bitiminde taşınmaz mülkiyetinin devri hüküm altına alınmış olsun. Bu sözleşmede saik olarak sözleşme yapma sebebi açıkça yer almasa da arazinin belli bir yüzölçümüne sahip olduğu bilgisi sözleşme yapılmasına etken olmuş olsun. Şöyle ki, uygulamadan edindiğimiz tecrübeyle bazı plan notlarında yer alan yönüyle Belediye sınırları içerisinde mülkiyeti devredilecek arazinin 5.000 m2 yüz ölçümünü aştığı bilgisi sözleşmenin doğumuna vücut vermiştir. Bu konuda subjektif esaslı nokta olarak alıcının inşaat yapma amacı ile edindiği bu hususa önem vermesinin nedeni 5000 m2'nin altında kalan imarlı arsalarda emsal 2.0 iken; 5000 m2 dahil ve fazlası yüzölçümüne sahip arsada 2.50 emsal hakkının varlığıdır. Böylece kapalı alan inşaatına dayalı ölçü ile 2.500 m2 fazla alan inşasına imkân veren bir imar hakkı fazlalığı doğmaktadır. Tapu sicilinde yer alan yüzölçümüne dayalı olarak taşınmaz satış sözleşmesini bu yanılığa dayalı olarak imzalamış alıcının adına tescilden önce bunu öğrenmesi durumunda karşı tarafın (satıcının) kasıtlı davranmasına bağlı olarak (*Kadastro sırasında yaptığı yolsuzlukla*) aldatma (hile; TBK m.36) veya kasıtlı olmaması halinde (*kadastro ölçümünü hatasını bilmeme durumunda*) yanılma (hata; TBK m.31) hükümleri uyarınca sözleşmeyi iptal hakkını kullanma hazırlığı içinde iken anılan aksi görüşte olan yazarlara göre daha önce geçerli olarak yapılmış satış sözleşmesine istinaden satıcının tek tarafı iradesi ile alıcı adına tescilin yapılması (*yani alıcının tapuda tescili kabul beyanının imza altına alınmamasına rağmen*) mümkündür. Oysa savunduğumuz görüşe göre verdiğimiz örneğin içeriği daha fazla beyanda bulunmayı gereksiz kılmaktadır.

## **B) NOTER VE TAPU DAİRELERİ TAŞINMAZLARDA SÖZLEŞME ÖZGÜRLÜĞÜNDEN HABERSİZLERDİR**

Sözleşme özgürlüğü<sup>[5]</sup> Anayasal güvence altında taraflara alt başlıklar altında irade serbestisi tanır. Borçlar genel öğretisinin temel bilgileri arasında yer alan bu konu hakkında araştırma hacmi gözetildiğinde bilgi aktarmayı gereksiz bulmaktayız. Doğrudan sonuç belirleyecek olursak; noter ve tapu

[5] Anayasa m. 48 hükmüne “Herkes, dilediği alanda çalışma ve sözleşme hürriyetlerine sahiptir. Özel teşebbüsler kurmak serbesttir.”

daireleri tarafından sözleşme özgürlüğü başlığı altında sözleşmenin tipini ve içeriğini belirleme konusunda tanınmış olan irade serbestisi, Borçlar ve Medeni Kanunumuzun ruhuna tamamen aykırı yorumlarla ortadan kaldırılmış bulunmaktadır. Her iki özgürlüğe farklı başlık açarak uygulamadaki fahiş hatayı sürdürmenin temelsizliğini ortaya koymuş olacağız.

## **1- Taşınmazlarda Aynı Hak Değişikliği Yaratan Sözleşmelerde Sözleşme Tipleri Özgürce Belirlenebilir**

### **a) Tapu Dairelerinin Uygulamalarına Yönelik Eleştiriler**

#### **i. Genel Olarak**

Medeni Kanunumuz TMK m.706 “*taşınmaz mülkiyetinin devrini amaçlayan sözleşme*” şeklindeki ifadesinden aldığı güç ile bu özgürlüğü kişilere bahşetmiş bulunmaktadır. Sınırlı aynı hak türlerine bağlı olarak mülkiyet dışında diğer sınırlı aynı haklar da aynı yönde tekrar edilen hükümlerle (irtifak hakkında TMK m.781/I; taşınmaz yükünde TMK m.840/III; taşınmaz rehininde TMK m.856/II hükmünde resmi şekle değinilmekle) borçlandırıcı işlem olarak anılan aynı hakların tesciline yönelik sözleşmelerin kural olarak<sup>[6]</sup> resmi şekle tabi olacağı vurgulanmıştır. Bu yolda hangi tür aynı hak olursa olsun sözleşme özgürlüğüne tabi olacağı bilgisi ile bu iddiamız, aynı hakların sınırlı sayıda, tipe bağlı olması ve içerik serbestisi olmaması konusunda mevcut emredici düzenlemelerin bilgisi ile çürütülemeyecektir. Çünkü Eşya Hukuku ilkelerine dayalı bu özellik tamamen tasarruf işlemine yöneliktir. Taşınmaz mülkiyetinin tescil ile devrine dayalı olarak mülkiyet hakkının içeriğini değiştirecek hükümlerle tescil yapılamayacağını bilincindeyiz. Bir örnek vermek gerekirse; taşınmaz mülkiyetini devreden malik, taşınmaz mülkiyeti üzerinde aynı hakkı olmasa da malikmiş gibi hak ve yetkilerin devamlılığını sağlayan bir tescili tapuda gerçekleştiremeyecektir. Ayrıca sıklıkla tapularda dile getirilen bir örnekle; ölmeden önce olası mirasçılarında taşınmaz mülkiyetini devreden malikin olası mirasçılarının bu taşınmazla ilgili üçüncü kişilere hiçbir zaman tasarruf yetkisi ile devir işlemi bulunamayacağı yolunda hükümler konması mümkün olmayacak, zaten bu yönde talepler tapu dairelerince reddedilmeye mahkûm olacaktır. Aşağıda

---

[6] Örneğin; banka ipoteklerinin Tapu Kanunu m. 26/X uyarınca bankalar tarafından sağlanan taşınmaz teminatlı kredilerde ipoteğin adi yazılı geçerliliği yolundaki istisna gibi.

irdeleneceği üzere malikin bu yöndeki arzusu borçlandırıcı işlem satış sözleşmesi içine konan bozucu koşul veya yüklemelerle gerçekleştirilebilecektir. Bu tür hükümler halef malikin anılan yapmama yükümlülüğüne aykırı ceza koşulu hükümleri ile baskı altına alınabilecektir. Örneklendirmek gerekirse, bağışlanan bir taşınmazda malik kılınacak bağışlanın kabulü ile tapuda yapılacak resmi senede taşınmazı devretmeyeceği yolunda yani yapmama edimi bozucu koşul (TBK m.173) olarak konabilmelidir. Bu sözleşmeye dayalı yapılan tescil tamamen geçerli olarak bağışlanana TMK m.992 hükmü uyarınca malik kılacaktır. Doğal olarak bağışlanan halef malik, taşınmazda hiçbir kısıtlama olmadan tasarruf edebilecek ve mülkiyeti üçüncü kişilere devredebilecektir. Bu kurguda taşınmazın mülkiyeti devredilen üçüncü kişilerin de iyiniyetli olup olmadıkları araştırılmaksızın tamamen geçerli bir mülkiyet hakkı edinmiş olacakları kuşkusuzdur. Bozucu koşulun etkisi bu yolda bağışlananın yapmama edimine bağlı olarak gerçekleşmiş olmakla; üçüncü kişi adına yapılan tescil hiçbir şekilde etkilenmeksizin bağışlama sözleşmesi ileriye etkili olarak sona erecektir. Doğal olarak iade yolunda hukuki kurum, sebepsiz zenginleşme olmakla ve işin doğası gereği aynen iadenin mümkün olmaması sonucu bağışlanan TBK m.79/II “*Zenginleşen, zenginleşmeyi iyiniyetli olmaksızın elden çıkarmışsa ... zenginleşmenin tamamını geri vermekle yükümlüdür.*” şeklindeki kural gereği sorumlu olacaktır. Görüldüğü üzere Borçlar Kanunumuzun genel hükümleri köklü geçmişiyile çıkacak uyumsuzluklarda çözümler barındırmaktadır.

Artık duraksamaksızın varacağımız sonuçla uygulamada tapu dairelerinde taşınmaz mülkiyetinin devrini amaçlayan sözleşmelerde tip serbestisi yolunda irade özgürlüğü asla tanınmamaktadır.<sup>[7]</sup> Bu konuda taşınmaz mülkiyetinin devrini amaçlayan sözleşmeler yalnızca Tapu Kadastro Genel Müdürlüğü'nün internet sitesindeki Tapu İşlemleri Rehberi'nde yer alan sözleşmelerle sınırlı tipte işlemlerdir. Bu nedenle çarpıcı bir örnek vermek gerekirse; bir kişinin ileride ifa edeceği hizmet edimi karşılığında taşınmaz malikinin ani edimle peşin olarak taşınmaz mülkiyetini devir isteği, tapu dairelerinde tüm yasallığına rağmen karşılanmayacaktır. Bu konuda son derece yasal arzunuzu resmi senet tanzimi sırasında dile getirdiğinizde

[7] Bu konuda 6083 sayılı Tapu ve Kadastro Genel Müdürlüğü Döner Sermaye İşletmesi Kanunu'nun 8. maddesinde atıf yaptığı ekli I sayılı tarife cetvelinde “Tapu İşlemleri” başlığı altında satış, mal değişim sözleşmeleri, bağış, ölünceye kadar bakma akdi sözleşmeleri olarak sınırlı sayıda sayılmıştır.

verilecek cevap, “*Biz buraya satış yazalım. Emlak vergisi bedeli üzerinden bedel kararlaştırılmış gibi gösterelim. Alıcı olarak görünen taraf hizmeti size ifa etsin.*” şeklinde olacaktır. Böylesine temelsiz cevaba muhatap olan duyarlı hukukçuların kanının çekildiğini hissetmekteyiz. Çünkü sürekli edim niteliğinde kişi varlığı ile hizmet edimini yerine getirecek kişinin bu isimsiz atipik sözleşme uyarınca malvarlığının pasifinde yer alan bu borcu ifa sürecine başlamadan veya başladıktan sonra ölmesi örneğinde olduğu gibi araştırmanın hacmi bakımından değinemeyeceğimiz bir sürü ifa sorunu çıkacağını belirtmemiz<sup>[8]</sup> herhalde kâhinlik olarak nitelendirilemeyecektir. Peki, satış gösterilip üstelik aşağıda değineceğimiz bilgiyle bedeli nakden ve peşin aldım kaydının varlığı karşısında bu konuda anlatılan sorunda selef taşınmaz malikinin yaşayacağı sorunların çözümü konusunda ne söylenebilecektir?

Ayrıca kanımızın yine donduğu başka bir uygulama mal değişim (TBK m.282-284) eski tabirle trampa sözleşmesinin taşınmazla taşınırın değişimi üzerine yapılmasında hiçbir engel akla dahi getirilemeyecekken tapu daireleri çalışanlarının taşınmazla taşınmaz değişimi dışında bütün istekleri geri çevirmesidir. Örneğin; bir el yazması kuran ile bir taşınmazın mal değişim sözleşmesinin tapuda resmi senede geçirilmesi olanaklı değildir. Cevap yine aynı olacaktır; “*biz emlak vergi değeri üzerinden satış gösterelim siz haricen kuranı teslim alırsınız*”. Bu tür akıl dışı cevaba karşılık her zaman verdiğimiz örnekle: peki kuran sahte çıktığı takdirde veya taşınmaz mülkiyetini devretmeme karşılık kuranın tesliminin on beş gün sonra olacak olması durumunda sel sularına kapılarak yok olmasında (hasar), taşınmaz mülkiyetimin iadesini aldatmadan (hile; TBK m.36) dolayı sözleşmeyi bozucu yenilik doğurucu hakla geçmişe doğru; sel sularına kapılmada ise sonradan borçlunun sorumlu tutulmayacağı nedenlerle borcun ifasının mümkün olmaması (objektif imkânsızlık; TBK m.136/I) halinde mesele nasıl çözülecektir? Sebepsiz zenginleşme davasını açabilmek (TBK m.136/II) için resmi senedin satış olarak gösterildiği durumda para borcunda imkânsızlık olmayacağı için, ne tür bir güçlük çekileceğinin farkında olunabileceğini tahmin ediyoruz.

[8] Örneğin; hizmetin ifasının kişisel edim niteliği ile sözleşmenin doğumundan sonra mümkün olmayacak hale gelmesi halinde Roma Hukukundan beri günümüze gelen boyutuyla sebebin gerçekleşmemesi sonucu (*condictio ab causam secutam /futuram*) sebepsiz zenginleşmeye konu olmaktadır (TBK m. 77/son).

Uygulaması en çok görülen arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde noterde düzenlenen resmi senedin sonrasında arsa malikinin yükleniciye tapu devrini yeniden resmi senet düzenleyerek TMK m.1013 hükmünce yaptığı tescil talebinin aynı gerekçeyle satış gibi gösterildiği yolundaki hatalı uygulamalar bir yana, konunun farkında olan bir kısım tapu dairelerince ise “*kat karşılığı temlik*” gibi temelsiz bir tabirin kullanıla geliyor olmasının izahında güçlük çekmekteyiz. Çünkü TMK m.1009 hükmünde sırf şerhine imkân tanınmak için adlandırılmış bir sözleşme tipi olmakla “*kat karşılığı*” ve “*temlik*” tabirleri ne ifade etmektedir? Tapu Sicil Tüzüğü’nün yeni hükmünce 47. maddede başarılı bir tabir ile TMK 1009 ve Tapu Kanunu m. 26 ile uyumlu “*arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi*” tabiri kanuni temeli ile doğru kullanılmış iken anılan uygulamaların sürdürülüyor olması gerçekten düşündürücüdür. Bu tür olumsuz sonuçlar; Tapu Kadastro Genel Müdürlüğü’nün ilgili memurlarının yeterince eğitilemediğinin açık göstergesidir.

Bu gibi durumlarda bazı duyarlı mahkeme hâkimlerinin içtihatlarıyla TMK m.7’ nin “*Resmî sicil ve senetler, belgeledikleri olguların doğruluğuna kanıt oluşturur. Bunların içeriğinin doğru olmadığına ispatı, kanunlarda başka bir hüküm bulunmadıkça, herhangi bir şekle bağlı değildir.*” şeklindeki hükmü gereği her türlü delille ispat imkânının tanınması anılan hatalı uygulamaların kurtarıcısı gibi gözükebilir. Özellikle Roma Hukukundan bu yana inançlı devir (yine burada temlik tabiri kullanılmamalıdır) “*fiducare*” tabiri ile bilinmekte iken resmi senede geçirilmesi taleplerinin kanuna karşı hile olmadığı halde ve de TMK m.706 ve Tapu Kanunu m. 26 hükmünce tarafların serbest iradesi sonucu hiçbir sorun yokken; tapuda bu işlemi yaptırana şapka çıkartacağımızı belirtmek isteriz. Bizim inandığımız görüşle tapu dairelerinin resmi senet tanzimini bilimsel temelle TBK m. 27 ve diğer geçersizlik sebepleri yaratan kanun hükümlerinin varlığının bilinci ile sözleşme tipinin doğru yazılması gerektiğini ve TMK m.7’ nin kurtarıcı işleminin ispat güçlüğüne tabi olmaması gerektiğini savunuyoruz.

Bir diğer tapu dairelerince yok sayılan yani resmi senede konu edilmeyen sözleşme adı altında aslında tasarruf işlem niteliğindeki alacağın devri (temlik) sözleşmesidir. Unutulmamalıdır ki; devre konu asıl alacak resmi şekle tabi olsa da alacağın devri sözleşmesi TBK m.184 hükmünce adi yazılı şekilde kural olarak geçerli şekilde yapılabilecektir. Meğerki; kanunda “*sözleşme veya işin niteliği engel olmuş (TBK m.183/I)*” olsun. Kural olarak dememizin sebebi bu yönde öncesinde istisna barındıran bir hüküm bulunmamakta iken

yeni Borçlar Kanunumuzun hiçbir şekilde hukuki bir yarar bulunmaksızın alım (iştirâ) ve geri alım (vefa) sözleşmelerinin devrinin, devre konu hakların resmi şekle tabi olması sonucu (noterde düzenleme şeklinde) devrinin de bu şekle tabi olduğunu hükme bağlamış olmasıdır. Bu değişikliği hiçbir şekilde isabetli bulmamaktayız. Çünkü önalım hakkının temelde hiçbir farklılık barındırmamasına rağmen adi yazılı şekilde yapılabilmesi gerçeği karşısında, alacağın devrinin de adi yazılı şekilde yapılabilmesi mümkün iken bu suni ayırımı tabi farklılık hiçbir mantıki temel barındırmamaktadır.

Bu konuda taşınmaz satış vaadi ve arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinden doğan TMK m. 716 hükmüne tabi tescili isteme yolunda kişisel (nisbi) alacak hakkı, TBK m.183 vd. hükümlerince her alacak gibi devre konu olabilecektir. Taşınmazlara yönelik bu alacak hakkının tapuda alacaklı lehine tescilden önce adi yazılı şekilde devri mümkün olmakla <sup>[9]</sup> doğal hukuki sonucu gereği tapuda alacağın devri sözleşmesine dayalı olarak tescili isteme beyanını taşınmaz maliki ile birlikte talebi halinde kabulü gerekir. Böylece resmi senedin alacağın devri sözleşmesine vücut verecek şekilde tapu memuru tarafından yeniden yapılmasına gerek olmaksızın, adi yazılı alacağın devri sözleşmesinin resmi senet düzenlenmesini gerektirmeyen hallere ek olarak tarafların tescili talep beyanları ile cüzi halef alacağı devralan adına yapılması gerektiği düşüncesindeyiz. Bu konuda miras paylaşım sözleşmesinin adi yazılı şekilde yapılmasına yönelik TMK m.676/son fıkra hükmüne tabi sonucu gözetilerek 10.12.1952 tarihli 1950/2E.-1952/4K. ve 26.11.1980 tarihli 1980/5E.-1980/3K numaralı Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararlarında da yerleşik (müstakar) uygulamaya vücut vermesi sonucu Tapu Sicil Tüzüğü 20. maddede bu yönde hüküm konmasının isabeti adi yazılı şekilde yapılmış alacağının devri sözleşmelerine de uyarlanmalıdır. Çünkü yukarıda bahsi geçen İçtihadı Birleştirme Kararından aktaracak olursak miras paylaşımının adi yazılı şekilde yapılmasına dayalı olarak “*Mirasa dâhil gayrimenkullerin taksimi hakkında mirasçılar arasında yapılacak sözleşmenin muteber olması için yalnız yazılı olması kafi olup, bu akdin ayrıca Tapu Memuru huzurunda*

[9] Bu konuda mali müşavirlerce bu yönde beyanlarımızı devletin harç alacağına ilişkin vergi ziyana sebep olduğumuz yolundaki beyanlarını hayretle işitmiş bulunmaktayız. Neyse ki Yargıtay’ımızın isabetli içtihadı ile alacak hakkına vücut veren sözleşmenin resmi şekle tabi olmasına rağmen bu sözleşmeden doğan tescili isteme hakkının TBK m.184 hükmüne adi yazılı şekilde devrinin geçerli olduğu yolunda kararın varlığı bu tür mesnetsiz iddialara karşı her zaman savunma zırhımızı oluşturmuştur.

*resmi senede bağlanması mecburiyeti yoktur.*” şeklindeki gerekçe alacağın devri (temlik) sözleşmesine de yukarıda andığımız boyutu ile aktarılmalıdır.

Bu bilimsel gerçekliğe rağmen adi yazılı alacağın devri sözleşmesinin resmi senet düzenlenmesini gerektirmeme iddiamız kabul edilmeyerek hiç olmazsa alacağın devrini resmi senede bağlanmasını gerektiğini kabul etmeleri bile büyük bir başarı olacaktır. Çünkü bu konuda alacağın devri yoluyla bir taşınmazın TMK m.716 hükmünce tescili isteme hakkını elde eden kişinin adına tescilin yapılması gerektiğini kabul eden tapu dairesi bulmak gerçekten zordur.

Bu sonuçla taşınmaz satış vaadi ve arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinden doğan TMK m.716 hükmüne ilişkin tescili isteme hakkının alacaklı tarafından devrinin tapu dairelerinde kabulü gerekecektir. Biraz önce bahsettiğimiz alım ve geri alım haklarının devrine ilişkin resmi şekil açısından isabetsiz bulduğumuz hükmün bu konuda tapu dairelerine yasal bir gerekçe olarak bu yönde işlemlerin yapılmasını kanun emri olarak zorunlu kıldığı kabul edilmelidir.

## **ii. Tapu Dairelerinin Taşınmaz Satış Vaadi (Önsözleşme) Yapmamaları**

Başlığın yadırgatıcı olacağının farkındayız. Tapu Kanunu m.26/I fıkranın *Mülkiyete, mülkiyetin gayri ayni haklara ...irtifak hakkı tesisine veya tesisi vadine mütedair resmi senetler tapu sicil müdürü veya tapu sicil görevlileri tarafından tanzim edilir.*” şeklindeki ifade ile tapu dairelerinin gayrimenkul (taşınmaz) satış vaadi (önsözleşme) sözleşmesini yapma yolunda görevli oldukları kuşku barındırmamaktadır. Ancak uygulamanın aldığı yönle bu bilginin anlaşılmadığı ya da belki bilinmesinin istenmediği açıktır.

Biz bu hükümden evleviyetle (*a fortiori*) yorumla tapu daireleri uygulamasının çarpıcı bir sonucunu ortaya çıkaracağız. Buna göre tapu dairelerinin taşınmaz satış sözleşmelerini vade ve koşula bağlı olarak ani edimle tescilin talep edildiği hallerde görevi noterlere satış vaadi adı altında atmalarının ne denli yanlış olduğunu ispatlamış olmaktadır.

Çünkü aşağıda ifade edeceğimiz üzere taşınmaz satışı ile ilgili olarak suni bir ayırım oluştuğunu göreceğiz. Vade ve koşula bağlı olmadan taşınmaz mülkiyetinin ani edimle tescilin alıcı adına yapıldığı hallere ilişkin satış sözleşmesinin gerçekleştirilmesinde tapuların yetkili olduğu aksi halde taşınmaz satış vaadi ile noterlerin yetkili olduğu kabul edilmektedir.



## b) Noterlerin Uygulamalarına Yönelik Eleştiriler

Noterlerde tapu dairesinden pek farklılık taşımayan hatalı uygulamalarıyla Medeni Kanunumuzun ilkeleriyle bağdaşmayan sınırlılıktaki sözleşmeler yapabilmekte ve de bazı haklı sözleşme taleplerini reddedebilmektedirler. İlk olarak noterler onlarca yıldan beri gayrimenkul (taşınmaz) satış vaadi sözleşmeleri ile asıl sözleşmeyi (kanuni tabirle ileride kurulacak sözleşmeyi) yaptıklarının farkında değillerdir. Bu konuda TBK m. 29 hükmünce önsözleşme olarak adlandırılması gereken (eBK m. 22 ve Tapu Kanunu 26/XIII hükmünce akit yapma vaadi) bir sözleşme niteliği taşımayan işlemlerin bu adla adlandırılmasına rağmen neden bu sonuca varıldığını anlamak kolaydır. Çünkü önsözleşme (akit yapma vaadi) ismi ile bu yönde niteliğine kavuşmuş olsa idi taşınmaz malikinin temerrüdü halinde aynen ifade ısrarla açılacak davalarda hâkimin ileride kurulması amaçlanan sözleşmeyi kabul yolunda irade beyanında bulunmaya mahkûm eden ilamları söz konusu olacaktı. Oysa pratik düşüncelerle –ki, Yargıtayca çoğu zaman olduğu tapu dairesinin kanuni talepleri reddetmesinde kurtarıcı çözümlerle- tercih edilmeyerek doğrudan TMK m.716 hükmünce “tescili isteme (ferâğ icbar)” davalarının açılması uygulamada yerleşmiş ve bu gelişme karşısında Sungurbey önderliğinde<sup>[10]</sup> çok haklı olarak isabetle kabul edildiği üzere noterlerin aslında bu isim altında taşınmaz satış sözleşmeleri yaptıklarını kabul etmek gerekeceği sonucuna varılmıştır.

Bu konuda tapu dairelerinin yukarıda andığımız kanuna aykırı uygulamaları ile vade ve koşula bağlı taşınmaz satış sözleşmelerinin gerçekleştirilmeyerek tapu noterlere atması sonucunda noterlerin andığımız nitelikte taşınmaz satış sözleşmesi sonuçları doğuran taşınmaz satış vaadi sözleşmeleri yapmalarına ilişkin fiili durum şu sonucu ortaya çıkarmıştır: Tarafların taşınmaz satış sözleşmesi yapmaya yönelik iradeleri ile vade ve koşulun sübjektif esaslı unsur olarak sözleşmede yer almasını istemediği hallerde yani taşınmaz mülkiyetinin devrinin ani edim olarak TBK m.90 hükmünce işin özelliğinin aksi yönde sonuca varmayı engellediği hallerde, tescilin borçlandırıcı işlemin hemen akabinde gerçekleşme arzuları tapuda gerçekleştirilmektedir. Buna karşılık tam aksi yönde vade ve koşulun tescili ötelediği durumlarda ve de doğal nitelikte tescilin mutlaka zorunlu olarak yapılmasının gerekmediği

[10] İsmet Sungurbey, *Kişisel Hakların Tapu Kütüğüne Şerhi*, İstanbul 1963, 8 vd; Aksi yönde bkz. Kemal Oğuzman, Özer Seliçi ve Saibe Oktay Özdemir, *Eşya Hukuku*, (İstanbul: Filiz Kitabevi, 2020), N. 1469

düşünülecek olursa (koşulun gerçekleşmeme ya da vade sonunda temerrüde dayalı olarak aynen ifade ısrar olasılığı halinde) noterlerin satış vaadi altında yaptıkları sözleşme (borçlandırıcı işlem) artık asıl sözleşme olarak hüküm ve sonuç doğurmaktadır.

Diğer yünden tapu dairelerine yaptığımız aynı eleştiri ile noterlerin de taşınmaz mülkiyetinin devrini amaçlayan sözleşmelerin tipini belirleme özgürlüğüne pek riayet ettikleri de söylenemeyecektir. Üst başlığımızda tapu dairelerince gerçekleştirilmeyen sözleşmelerin abartmış olmamakla noterlerin çoğunluğu tarafından da reddedileceğini bilmekteyiz.

En son duyduğumuz fahiş hatalı bir uygulama olarak paylı mülkiyet konusu bir arazide paydaşlardan birinin payını satma arzusu ile taşınmaz satış vaadi ile talebiyle noterlere başvurusunda, diğer tüm paydaşların rızası olması gerektiğini söyleyen kulağımıza gelen ret uygulamasında hukuk biliminden bu kadar uzaklaşılabilmesi gerçekten kanımızı dondurmuş bulunmaktadır. Bu konuda işlem yapan noterlere şunu söylemek isteriz: Yanılığa düşmenize sebep TMK m.733/II'nin “*Önalım hakkından feragatin resmî şekilde yapılması ve tapu kütüğüne şerh verilmesi gerekir. Belirli bir satışta önalım hakkını kullanmaktan vazgeçme, yazılı şekle tâbidir ve satıştan önce veya sonra yapılabilir.*” şeklindeki hükmünce önalım hakkından somut bir satışta feragatin geçerli olabilmesi için her paydaştan alınması gereken adi yazılı belgenin anılan düzenlemeye konu olması, uygulamada düşülen bir yanılığa ise o zaman Sakallı Celal'in şu sözü haklılık payı ile ortaya çıkmaktadır: “*Cehlin ol mertebesi ancak tahsille mümkündür.*”<sup>[11]</sup>

Ayrıca taşınmaz satış vaadi sözleşmesi içine konabilecek içerik düzenleme serbestisinin de kabul görmediği hallere rastlamaktayız. Bazı hukuki kurumlar bilinmemekte olup, ya fahiş hatalı terimler ile ifade edilmekte ya da kanunun getirmiş olduğu terimlerin hatalı yorumlandığını görmekteyiz. Örneğin; Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmelerini ifade etmek üzere “*Gayrimenkul Satış Vaadi Şeklinde Kat Karşılığı Temlik/İnşaat*” gibi son derece bilgisizlik malulü terimlerden bir türlü vazgeçilememektedir<sup>[12]</sup>. Temelsiz

[11] Ayrıca bkz. Orhan Karaveli, *Sakallı Celal*, (İstanbul: Kırmızı Kedi Yayınları, 2020).

[12] Uygulamada noterlerce yapılmış fahiş hatalı başlıklı sözleşme örneği vermek gerekirse; “Arsa Satışı Karşılığı Gelir Paylaşım İşi” ve “Düzenleme Şeklinde Arsa Payı Karşılığı İnşaat ve Kat Karşılığı Satış Vaadi Sözleşmesi” Bu konuda ayrıntılı eleştiri için bakınız. Etem Sabâ Özmen ve Tuba Akçura Karaman, “Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmeleri

tabirlere bir diğer örnek ise “inşaatçı ipoteği/inşaat teminat ipoteği”dir. TMK m.851/I. fıkradaki alacak miktarının belli olmamasına dayalı teminat lehtarını alacaklının bütün istemlerini karşılayan miktarın yazılmasından ibaret ipoteğin, üst sınır ipoteği (eski tabirle eMK m.766 azami had ipoteği) olarak adlandırılması gerekirken resmi senet metinlerde düzenleme yapan noterlerin bilimsellikten ne denli uzaklaştıkları açıktır.

Taşınmaz mülkiyetinin devri dışında tapu uygulamalarına benzer hata ile aslında Tapu Kanunu m.26/I’ de “*Mülkiyete, mülkiyetin gayrı aynı haklara ve müşterek bir arzın hissedarları veya birbirine muttasıl gayrimenkullerin sahipleri arasında bunlardan birinin veya bir kaçının o gayrimenkul üzerinde mevcut veya inşa edilecek binanın, muayyen bir katından veya dairesinden yahut müstakilen istimale elverişli bir bölümünden munhasıran istifadesini temin gayesiyle Medeni Kanununun 753 üncü maddesi hükümlerine göre irtifak hakkı tesisine veya tesisi vadine mütedair resmi senetler tapu sicil müdürü veya tapu sicil görevlileri tarafından tanzim edilir.*” hükmünün gereği olarak son derece kötü ve hatalı olarak kaleme alınmış metninden noterlere değinilen “*Noterlik Kanununun 44 üncü maddesinin (B) bendi mucibince noterler tarafından tanzim edilen gayrimenkul satış vadi sözleşmeleri ile arsa payı karşılığı inşaat sözleşmeleri de taraflardan biri isterse gayrimenkul siciline şerh verilir.*” hükmünde sınırlı aynı hakların irtifak kurma vaadi şeklinde belirtilmemiş olması aksi ile kanıtından (mefhum-u muhalif) noterlerce gerçekleştirilmeyeceği sonucunu çıkarmak kabul edilemez. Çünkü resmi şekle bağlı (TMK m781/I) irtifak sözleşmelerinin borçlandırıcı işlem olarak TMK m. 1013 hükmünce tescil talebiyle sonuçlanmayacaksa yani vade ve koşula bağlı müeccel olma durumunda tapu dairelerinde yapılmayacak olma gerçeğiyle kanuni bu hakkın ne şekilde gerçekleştirileceği sorusu cevapsız kalır. İşte bu yönde I. fıkrada yine kötü ve hatalı tabirle Kat Mülkiyeti Kanununun 1965 yılında yürürlüğe girmesinden önce bulunmuş elverişsiz çözümle (bugün dahi bu yönüyle anılan bir uygulamadır) bir arazi üzerinde mevcut yapının bağımsız bölümünden münhasır yararlanma yetkisinin o zamanki Medeni Kanun 753 hükmüne şimdiki hükümle 838’e tabi kural olarak devredilemeyen irtifak hakkı niteliğinde kurulabilmesi olanağı tanıyan irtifak tesisi vaadi sınırlamanın amaçsız ve yararsız bir kısıtlama olduğu anlaşılacaktır. Bu gerekçelerle ortaya konacağı

---

Konusunda Uygulama Hataları,” *İstanbul Barosu Dergisi* 87, no. 1 (Ocak-Şubat 2013).

üzere bir taşınmaz mülkiyeti devrini sağlayan tasarruf işlemleri yanında bir sınırlı ayni hak kurulmasını amaçlayan tasarruf işlemlerinin altında yatan borçlandırıcı işlemin tapuda yapılması yolunda bir engel bulunmamakta olduğu gözetilerek aynı yöndeki sözleşmelerin vade ve koşula bağlı olarak bu defa yine hatalı uygulama ile sınırlı ayni hak kurma vaadi olarak noterlerde yapılması gerektiği ve bu konuda bilinçli noterlerce gerçekleştirilen uygulamaların varlığı herhalde yadırganmayacaktır.

Sonuç olarak noterler, aslında vade ve koşula bağlı olmayan satış sözleşmelerini hatalı satış vaadi tabiriyle borçlandırıcı işlem niteliği ile asıl sözleşme olarak yıllardan beri yapmaktadırlar. Bu yolda eleştirilere boğduğumuz kanun değişikliği ile sadece taşınmaz satış vaadi tabiri kullanmadan taşınmaz satış sözleşmeleri başlıklı yapabilecekler ve fakat yine fahiş hata ile tarafların tescili talep beyanlarını tapuda işlem yapmamayı tercih etmemekle kendilerine başvuru sonucunda karşılıklı olarak resmi senede geçirerek tapuya elektronik ortamda bildirmiş olacaklardır. Yoğun eleştirilerimizin odaklanacağı husus olarak artık taşınmaz satış vaadi tabirine kural olarak gerek olmaması ve bu vesileyle taşınmaz satış sözleşmesinin vade ve koşula bağlı borçlandırıcı işlem (taahhüt muamelesi) olarak yapılabilmesi gerçeği yine atlanmış olacaktır. Böylece vade ve koşula bağlı olmakla ileride taşınmaz satış alacaklısının muaccel olan tescili isteme hakkının tapuda iradi olarak gerçekleştirilmesine olanak tanıyan taşınmaz satış sözleşmelerini yine bilimsel sonuçla göremeyeceğimiz açıktır.

Şöyle ki; değişiklik uyarınca bilimsellikten uzak uygulama yine noter ve tapu daireleri arasında sürüp gidecektir. Değişikliğe dayalı olarak noterlerin başına bela olacak uygulama ile taşınmaz satış sözleşmesi tarafları taşınmaz mülkiyetinin vade ve koşula bağlı olmadan alıcı adına devredileceği yani tescilin gerçekleşeceği satışı artık tapuda değil noterde yapmak isteyebileceklerdir. Çünkü ülkemize özgü bazı masraflardan kaçınmak arzusu bu yönde eğilime sebep olabilecektir.

İşte bu sonuçla uygulamaya hâkim cahillik sürdürülecek ve taşınmaz mülkiyetinin ani edimle devredileceği hallerde sözleşme taşınmaz satışı olarak adlandırılacak; buna karşılık vade ve koşula bağlı mülkiyetinin devrinin taahhüt edildiği hallerde ise taşınmaz satış vaadi sözleşmesine konu olacaktır. İşte bir asırdır süren hata bu sonuçta yatmakta olup değişiklik perçinleşmiş olarak sürüp gidecektir.

Aynı bilimsellikten uzak tavırlar noterlerce yapılan arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde de görülmektedir. Bu sözleşmelerin ısrarla “*Taşınmaz (Gayrimenkul) Satış Vaadi Şeklinde Kat Karşılığı Temlik*” şeklinde resmi senede konu olması yüzünden eleştirilerimizi yıllardır ifade etmekte iken neden sürdürüldüğünü anlamak gerçekten güçtür. Alışkanlıkları terk ederek bilimsel davranmak nasıl bu kadar güç olabilir<sup>[13]</sup>?

## **2- Taşınmazlarda Aynı Hak Değişikliği Yaratan Sözleşmelerde Sözleşme İçeriği Özgürce Belirlenebilir.**

Bu başlık altında tarafların özgürce belirleyecekleri aynı hak değişikliği yaratacak sözleşme tipinin bu defa içeriğinin düzenlenmesinde yedek hukuk kurallarının aksine veya böyle bir hüküm bulunmaması sonucunda sözleşme özgürlüğünün sınırlarına tabi olacak şekilde konabilecek özel nitelikte hükümlerine yer verilmesine yönelik taraf isteklerinin tapu ve noterlerde pek kabul görmediğini düşünmekteyiz.

### **a) Tapu Dairelerinin Uygulamalarına Yönelik Eleştiriler**

Tapu dairelerinde kendilerini bağlayan 6083 sayılı Tapu ve Kadastro Genel Müdürlüğü Döner Sermaye İşletmesi Kanunu'nun 8. maddesinde atıf yaptığı ekli I sayılı tarife cetveli<sup>[14]</sup> ile tebliğler ve bir de tapu işlemleri rehberi altında vatandaşa da broşür olarak ya da görünür yerlere asılan ilan duyuruları ile bilgilendirmelerde belirli tip sözleşmelerin yapılabilmesine olanak tanıdığını artık anlamış bulunuyoruz. Bu tiplerin de yapılmasına yönelik sözleşmelerde içeriğinde özel düzenlemelere yer verilmesi istemleri, işlemi gerçekleştirecek memurların hoşuna gidecek bir talep olmamaktadır. Böyle bir talep ile karşılaşıldığında “*bunu aranızda ayrıca kararlaştırırsınız*” şeklinde bilimsellikten uzak beyanların varlığı şaşırtıcı olmamalıdır. Oysa TBK m.13'ün “*Kanunda yazılı şekilde yapılması öngörülen bir sözleşmenin değiştirilmesinde de yazılı şekle uyulması zorunludur. Ancak, sözleşme metniyle çelişmeyen tamamlayıcı yan hükümler bu kuralın dışındadır.*” şeklindeki hükmü uyarınca gösterilen yol gereği adi yazılı hükümlerin hiçbir

[13] Ayrıntılı ilgi için bakınız Etem Sabâ Özmen, “Tapu Daireleri Uygulamaları Üzerine Düşünceler,” *İstanbul Barosu Dergisi*, (Temmuz Ağustos 2012): 42 vd.

[14] Bu tür hükümler açık norm (*Blankettnorm*) olarak adlandırılmakla atıf yapılan metni kanuni düzenleme içine almaktadır.

şekilde geçerli olmayacağına bilimsel gerçekliği karşısında vatandaşa hukuksuz yol önerilmesinden başka bir şey yapılmamaktadır. Elektronik ortamda bilgisayar teknolojisi ile üstelik bilinçli tarafların avukat ile başvurusunda bir flash bellek tuşuna basılarak aktarılacak resmi senetlerin ne sakıncası olacağı sorusu hala günümüz teknolojisinde cevabını bulamamaktadır. Bu konuda Tapu Sicil Müdürlüklerinin gözünden kaçacak hükümlerin konması endişesi duyulmamalıdır. Çünkü TBK m.27/II ve diğer emredici hükümler uyarınca sözleşme özgürlüğünden doğan sınırlar yargı denetimine tabi olmakla; bu konuda ilgili memurların sorumluluğu gündeme gelmeyecektir.

Değerli bilgili tapu çalışanlarının kabul edeceği üzere bir taşınmaz satış sözleşmesini özel hükümlerle bilinçli hukukçu emeğiyle bezemek gerekeceği tereddütsüzdür. Örneğin; TBK m. 244/II gereği resmi ölçüme konu taşınmaz yüzölçümünün “*Satılan taşınmaz, resmî bir ölçüme dayanılarak tapu siciline yazılmış olan yüzölçümü tutarını içermiyorsa satıcı, özellikle üstlenmiş olmadıkça tazminat ile yükümlü değildir.*” hükmünün yedek hukuk kural olması sonucu aksinin sözleşmeye konulmak istemesinden daha doğal bir sonuç olamaz. Buna karşılık taşınmaz satışının peşin satım olma zorunluluğu olmadığı yolunda bilince de sahip tapu memuru bulmak Diyojen’in fenerle arayacağı güçlükte olmamalıdır. Bunu aşmak için ileride ödenecek aralıklı edimlerin (taksitle satışın taşınırlara özgü bir kurum olmakla taksitle ödeme tabirini kullanmak gerekir) ödenmemesi halinde sözleşmeden dönme hükmü tapuda düzenlenecek resmi senede konmayacak olursa yaşanacak sıkıntıyı izah etmek abesle iştigal olacaktır. Çünkü TBK m.235/III’ün “*Satılanın zilyetliği satış bedeli ödenmeden alıcıya devredilmişse, alıcının temerrüdü sebebiyle satıcının dönme hakkını kullanarak satılanı geri alması, bu hakkın sözleşmede açıkça saklı tutulmasına bağlıdır.*” şeklindeki hükmünün aksinin resmi senette yer alması gerekeceğini bilmek gerekir. Böylece taşınmaz satışında satıcının karşı ivazının para borcu olarak temerrüde konu olması halinde dönme hakkı sonucu taşınmazın iadesi mümkün olmayacaktır.

5403 sayılı Toprak Koruma ve Arazi Kullanımı Kanunu başlıklı kanun gereği tarım arazilerinde bölünme yasağının varlığına ilişkin TMK m.731’in emredici hükmünün varlığına dayalı gerekçeyle mirasbırakanın ölümüyle elbirliği ortağı mirasçılarının tarım arazisinde paylı mülkiyete geçiş taleplerinin tapu dairelerinde karşılanmadığını esfle görmekteyiz. Ey bu yolda talepleri karşılamayan bilgisizlik esiri uygulayıcılar; TMK m.688’nin I. fıkrasının tanımlayıcı hükmünde olduğu gibi paylı mülkiyetin “*maddi*

*olarak bölünmüş olmayan eşyanın*” her paydaşa her zerresinde hak sağladığı bilgisinden nasıl yoksun olunabilmektedir? Üstelik iki yıl içinde üç değişiklik ile doğruyu nihayet kavrayabilmiş ve paydaşlardan birinin payını bir bütün olarak satabilmesine imkân tanınmış iken hala bu değişiklikten<sup>[15]</sup> bile haberdar olunmaksızın talepleri reddediyor olmanız karşısında Tapu ve Kadastro Yüksekokulunda ders vermiş eski bir öğretim üyesi olarak bu tür davranışlar hakkında görevi ihmal suçundan ilgili tapu müdürünün yargılanması gerektiğini vurgulamak isteriz.

Aynı şekilde artık kolayca anlaşılacağı üzere tapu dairelerinde geçerli şekilde yapılması emredilen sınırlı aynı hak kurma (irtifak hakkında TMK m.781/I; taşınmaz yükünde TMK m.840/III; taşınmaz rehininde TMK m.856/II hükmünde resmi şekle değinilmekle) sözleşmelerinin içeriğinde de ivazın para olması gerekmemekle, zaten bağışlama sebepli (causa donandi ifadesi ile bağışlamadan farkını vurgulayarak) olma düzenlenmesi yanında paradan başka bir ivazın kararlaştırılmasında tamamen özgürce düzenlemeler yapılabileceği konusunda bir an dahi duraksama yaşanmaz. Örneğin; yukarıda verdiğimiz örneğe paralel olarak bir peyzaj mimarının bir şirketin fabrika binasının peyzajını yapma karşılığında ölünceye kadar yararlanabileceği bir bağımsız bölüm üzerinde intifa hakkı kurma sözleşmesi tamamen yasal olarak karşılanması gereken taraf arzularına dayalı gerçekleştirilmelidir.

Bu ve benzeri tüm Türkiye'nin tapu dairelerinde örneklerine rastladığımız yapmama fiillerinin ceza hukuku açısından görevi ihmal suçu oluşturduğuna ilişkin tekrar edeceğimiz beyanımıza hangi gerekçe ile alınganlık gösterdiğinizizi anlayabilmüş değiliz.

---

[15] Madde 8/B- (Ek: 30/4/2014-6537/5 md.) Mirasa konu (...) tarımsal arazilerde mülkiyetin devri esastır. (5) Mirasçılar arasında anlaşma sağlanması hâlinde, mülkiyeti devir işlemleri mirasın açılmasından itibaren bir yıl içinde tamamlanır. Devir işlemlerinin bir yıl içinde tamamlanmaması ve 8/C maddesinin ikinci fıkrasına göre dava açılmaması hâlinde, bu Kanununun 8/Ç maddesi hükümleri uygulanır. (Ek fıkra: 28/10/2020-7255/18 md.) Tarım arazilerinde; ifraz, hisselendirme, pay temlik, elbirliği mülkiyetinin paylı mülkiyete dönüştürülmesi, elbirliği mülkiyetinin devri, paylı mülkiyet olarak intikal, taksim ve vasıf değişikliği işlemleri Bakanlığın izni ile yapılır.

## b) Noterlerin Uygulamalarına Yönelik Eleştiriler

İçerik belirleme konusunda bu başlık altında daha fazla detaya girmeyerek noterliklerde de tapu dairelerinden farklı uygulamalara rastlamadığımızı söyleyebiliriz. Ancak yine de vurgulamak gerekirse; yukarıdaki başlıkta değindiğimiz üzere Anayasa m. 48 ve TBK m. 26 hükmünce sözleşme içeriğini irade serbestisi ile düzenleme hakkına sahip tarafların irade beyanlarının TBK m. 27 ve diğer kamu düzenine ilişkin hükümlerin varlığına aykırı olmamakla noterlerce resmi senede geçirilmesi gerektiğini söyleyebiliriz.

## III. NOTER VE TAPU DAİRELERİNİN RESMİ SENET DÜZENLEME YETKİSİ KARŞI EDİMİN İFASINA BAĞLI TUTULAMAZ

Konuyu noterler ve tapu daireleri bakımından ikiye ayırmaksızın her iki merciin de aynı temelsiz uygulamayı sürdürmesine bağlı olarak ortak başlıkta irdedeceğiz. Daha önce yazdığımız makalede<sup>[16]</sup> her iki merci için de konunun ciddiyetini bilimsel bir araştırmaya konu yapmış ve de bu makamların hatalı uygulamasının vatandaşın dolandırıcılığa maruz kalmasında devletin katkısına yol açmaktan başka bir işe yaramadığını ifade etmiştik.

Bu konuda yeri gelmişken belirtmek gerekirse; tapuda fahiş hatalı uygulamanın zirveye oynaması sonucu sürdürülen “*bedeli nakden ve peşin aldım*” şeklindeki kayıtlarının zorunluluk arz ettiği yolundaki bilgisizce düşüncenin eseri olarak hemen hemen her resmi senede konmaya devam etmesi konusunda söylenecek söz bulamamaktayız. Bu konuda ağır eleştirilerimizi “*Motorlu Taşıt ve Taşınmaz Satışında Sözleşmeye Konulan Bedelin Nakden ve Peşin Alındığına Dair Kayıtların Yarattığı Sancılar Üzerine Düşünceler*” başlıklı makalemizde<sup>[17]</sup> tüm kamuoyu ile paylaşmış bulunuyoruz. Sadece bir gerekçe vermek gerekirse; TMK m.893/b.1.’ün “*Satıştan doğan alacağı için*

[16] Etem Saba Özmen ve Gülşah Sinem Aydın, “Motorlu Taşıt ve Taşınmaz Satışında Sözleşmeye Konulan Bedelin Nakden ve Peşin Alındığına Dair Kayıtların Yarattığı Sancılar Üzerine Düşünceler,” *Legal Hukuk Dergisi*, (2014): 27 vd.

[17] Özmen ve Aydın, “Motorlu Taşıt ve Taşınmaz,” 27 vd. Bu makalemizin yayımını takiben bir meslektaşımızın Tapu Kadastro Genel Müdürlüğü’ne bilgi edinme amaçlı başvurusu üzerine Genel Müdürlüğün “*Satış bedelinin ödenmesi peşin olacağı gibi bir vadeye ve taksit de bağlanabilir.*” şeklindeki cevabı ile anılan yönde beyanların resmi senede geçirilmesinin zorunlu olmadığı yönünde görüş verilmiştir. Ancak Genel Müdürlük düzeyinde doğru bilginin tabana neden yayılmadığı sorgulanmalıdır.



*satılan taşınmaz üzerinde satıcı kanunî ipotek hakkının tescilini isteyebilir”* şeklindeki hükmü uyarınca kanuni ipotek hakkının varlığı sürdürülen hatalı uygulamaya bu tokat gibi cevap olacak olup daha fazla açıklamayı duyarlı hukukçulara saygıyla abesle iştigal olarak görmekteyiz. Hata şu noktada toplanmaktadır: Noterler daha önce trafik siciline kaydedilmiş motorlu taşıt araçlarının satışında ve tapu dairelerinde taşınmazların ivazlı devrinde (yukarıda açıkladığımız gibi karşı ivazın para dışında bir şey olmasını kabul etmedikleri gibi) formüller bir şekilde “*bedeli nakden ve peşin aldım*” kaydını koymadan resmi senet düzenlememektedirler. Makalemizden sonra bazı mercilerde bu uygulamadan vazgeçildiğini ve özellikle tapu dairelerinde yapılan uygulamaya karşı Ankaralı bir meslektaşımızın makalemize atfen yaptığı başvuruda bu kaydın resmi senede konmasının zorunlu olmadığı yolunda 26.09.2014 tarihinde T.C. Çevre ve Şehircilik Bakanlığı Tapu Kadastro Genel Müdürlüğü Tapu Dairesi Başkanlığı tarafından 75467089-120.05.01/64410 numaralı mukteza verilmiştir.

Bu konuda süregelen hatalı uygulamaya karşı kanunun verdiği yetkiyle bundan sonra noterlerin de tescille sonuçlanan taşınmaz sözleşmelerini yapma görevi üstlendikleri için uyarmak istiyoruz. Üstüne basa basa vurgulamak gerekirse; motorlu taşıt aracı ve taşınmaz mülkiyetini iki tarafa borç yükleyen (*sinallagmatik*) sözleşmelerde karşı tarafın para ve diğer taşınır mal varlığı değerleri ile değişiminde noter ve tapu dairelerinin resmi şekle tabi sözleşmeyi gerçekleştirmeleri metinde karşı edimin esaslı nokta (TBK m.2) olarak yer almasına bağlı ve fakat bu edimin ifa edilmiş olma zorunluluğuna bağlı değildir. Zihinlere çakılması açısından taşınmaz mülkiyeti peşin satımla (ani edimle) hemen devredilmekteyken bedel (semen) gelecekte muaccel olacak (atiye matuf) veya kuşkulu bir olayda eklenmek üzere (meşkûk) karşı edim muaccel olmaksızın geçerli olarak tasarruf işlemi tescil yapılabilecektir. İşte bu noktada karşı edimin para, taşınır veya diğer bir malvarlığı hakkı (esere ilişkin ruhsat, şirket ortaklık payı, taşınıra ilişkin sınırlı aynı hak kurma taahhüdü gibi) resmi senede sözleşme özgürlüğüne yazılmalı ve fakat bu karşı edimin ifasının yapıp yapılamayacağı ve ileride yapılması olasılığı asla noter ve tapu dairelerinin görevine dâhil olmadığı kabul edilmelidir. Çünkü motorlu taşıt aracı ve taşınmaz mülkiyetini devir borcu karşılığı karşı ivazın bir malvarlığı değeri olarak ne tür bir tasarruf işlemi ile ifaya konu olacağı ve bu ifanın yapıp yapılmayacağı noter ve tapu dairelerini ilgilendirmez. Bu borcun TBK m. 112 vd. hükümlerince ifa sorunu olarak

çıkacak uyuşmazlıklar adli yargının konusudur. Meğerki karşı edimin ifası TBK m.27 vd. emredici hükümlere dayalı olarak imkânsızlıkla malul olsun.

Tekrar üstüne basa basa vurgulamak gerekirse; borçlandırıcı işlem-tasarruf işlemi ayırımından bihaber tapu daireleri ve noterler iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerin taşınmaz aynı hak sahibi dışında karşı tarafın malvarlığı değeri ile ifa edeceği karşı edimin tasarruf işlemi konusunda hiçbir şekilde yetkili olmadıklarının bilincine sahip olmaları gerekir.

Mevcut uygulama sonucu tapu ve noter daireleri içine düştükleri fahiş hatalı yanlış ile daha önce trafik siciline tescil edilmemiş motorlu taşıt araçlarının ve bundan sonra taşınmaz satışının ve de doğrudan tapu dairelerinin taşınmaz satışına ilişkin mevcut uygulamaları karşısında Roma hukukundan kalma ve günümüzde geçerli olmayan “real sözleşmeleri” (*contractus realis*) ile baş başa kaldığımız açıktır. O dönemde kullanma (ariyet) ve tüketim ödücü (karz) ile saklama (vedia) sözleşmelerinde eğer karşı edim söz konusu ise ifa edilmedikçe doğmayan sözleşme özelliği bugün borçlar hukukumuzda söz konusu olmayıp hatalı uygulama ile adeta hortlatılmış gözükmektedir.

Konumuz taşınmaz satımı olmakla karşı tarafın para borcu ifası TBK m.103 hükmünce düzenlenen “makbuz” ile ispata konu olmaktadır.<sup>[18]</sup> Bu sonuçla artık karşımızda başka bir hukuki kurum söz konusudur. Bu nedenle geçerlilik şekline tabi olmamakla HMK m. 200 hükmünce ispat şekli devreye girecek ve bu konuda tapu dairesinde ve noterde resmi şekle vücut verilmesini takiben yapılacak taşınmaz dışındaki karşı edim ifasında genel hükümlere bağlı olarak yapılacak tasarruf işleminin gerçekleşip gerçekleşmediği bu yönde “makbuzla” ispat edilebilmelidir. Kanun koyucunun TBK m.103 hükmünce makbuzu para borçlarının ifasında düzenlemiş olması yadırganmamalıdır. Çünkü para borcu dışında karşı edim taşınmaz mülkiyetinin devri borcu dışında, ifanın konusu çok çeşitlilik arz edebilecektir. Örneğin; bir taşınmaz mülkiyetinin devri dışında başka bir taşınmazda sınırlı aynı hak tesissinde ifanın ispatı konusunda makbuza gerek kalmaz. Eser hakkına dayalı olarak karşı edimin ifasında örneğin; ünlü bir beste ve güftecinin tam ruhsatla (lisanla) belirli bir süre tüm şarkılarını münhasır icra etme hakkı, bir taşınmaz mülkiyetinin devri karşısında gerçekleşecekse bu

[18] TBK m.103 hükmü şu şekildedir: “Borcu ödeyen borçlu, bir makbuz ve borcun tamamı ödenmişse, buna ilişkin borç senedinin geri verilmesini veya iptalini isteyebilir. Borcun tamamı ödenmemiş veya borç senedi alacaklıya başkaca haklar da vermekte ise borçlu, ancak makbuz verilmesini ve ödemenin borç senedine işlenmesini isteyebilir.”

ruhsatın fikir ve sanat eserlerine tabi olarak verilmesi bu yöndeki mevzuata tabi olacaktır. En çok rastladığımız boyutuyla bir taşınır mülkiyetinin devri halinde TMK m.763 ve bu hükmün de tabi olacağı TMK m. 977 hükmüne dayalı olarak zilyetliğin devrinin yapıp yapılmadığı maddi bir olgu olarak tanımla ispat edilebilecek ve iradi olarak makbuz alınması tavsiye olunacaktır.

Özlüce vurgulamak gerekirse; bu dolandırıcılık vakalarının artmasına neden olan “*bedeli nakden ve peşin aldım*” ibareli sözleşme kesitleri uygulamasından noterlerin taşıt aracı da dâhil taşınmaz işlemleri konusunda vazgeçmesi ve bu konuda çıkacak yönetmelikte bu hususun özellikle vurgulanması gerekir.

#### **IV. OLMASI LAZIM GELEN (DE LEGE FERENDA) YÖNÜYLE GÖRÜŞLERİMİZ**

##### **A) NOTERLERE TAŞINMAZLARDA AYNI HAK DEĞİŞİKLİĞİ AMAÇLAYAN SÖZLEŞME YAPMA YETKİSİ VERİLMELİDİR**

Bu makale ile yanılığa düşülerek sakın ola ki noterlerin taşınmazlara ilişkin borçlandırıcı işlem yapma yetkisine karşı olduğumuz anlaşılmamalıdır. Girişte ifade ettiğimiz boyutuyla sadece satış sözleşmesi değil taşınmazlara yönelik aynı hak değişikliği yaratacak tüm borçlandırıcı işlem sözleşmelerini yapma konusunda noterler yetkili kılınmalıdır. Aynı hak değişikliği ile yalnızca bir aynı hakkın devrini amaçlayan değil aynı zamanda sınırlı aynı hak tesisini amaçlayan sözleşmelerin de bu kapsamda kanun metninin ilk değişikliğinde göz önüne alınması gerektiği düşüncesindeyiz.

##### **1- Yapılacak Değişiklikle Taşınmaz Satış Vaadi ve Diğer Aynı Hak Değişikliğine İlişkin Önsözleşmeler (Akit Yapma Vaatleri) Noterlik Kanunu ve Tapu Kanunundan Çıkarılmalıdır**

Yukarıda verdiğimiz bilgiler doğrultusunda TBK m. 29 hükmünce önsözleşmelerin muhafaza edilmesi sonucu bir taşınmaza yönelik olarak taraflar gerçekten arzu ederse bu yönde yine 29. maddenin son fıkrasına tabi olarak “*Kanunlarda öngörülen istisnalar dışında, önsözleşmenin geçerliliği, ileride kurulacak sözleşmenin şekline bağlıdır.*” şeklindeki hükmü uyarınca asıl sözleşmenin tabi olduğu şekle tabi olarak önsözleşme yapabilmelidirler. Borçlar Kanunumuzun bu hükmü yeterli olup ayrıca Tapu Kanunu’nda ve Noterlik Kanununda uygulamanın hatasına dayalı olarak tapu dairelerinde vade ve koşula bağlı satış sözleşmelerinin yapılmaması sonucunda ortaya

çıkmıştır. Fakat Sungurbey'in bu yöndeki Yargıtay kararlarının sonucuna bağlı olarak haklı olarak saptadığı ve mutlak sonucu ile satış vaadi ibaresini taşısa da taşınmaza yönelik asıl sözleşmenin noterlerce yapılmasına dayalı kurgu artık bu araştırmaya konu düzenleme ile kaldırılmalıdır. Mevcut hüküm değiştirilmeyecek olsa bile hazırlanacak uygulama yönetmeliğine bu bilimsel veri ile bu yönde hüküm konmalıdır.

## **2- Noterlerin Taşınmazda Aynı Hak Değişikliğine Yol Açacak Vade ve Koşula Bağlı Olmayan Yaptıkları Sözleşmelere Dayalı Olarak Tapuda Yapılacak Tasarruf İşlemine Esas Tescili Talep Beyanlarını Almaları ile İşlem Tamamlanmalıdır**

Olması lazım gelen boyutuyla noterler, yukarıda andığımız kapsamda taşınmazda aynı hak değişikliğine yol açan sözleşmelerde resmi şekle vücut veren merci olarak kalmalıdır. Bu konuda anılan sözleşme tescili talep beyanının vade ve koşula bağlı olmadığı hallerde bu yöndeki irade beyanları da ilgili tapu sicil müdürlüğüne elektronik ortamda iletilmelidir. Bu görüşümüzle Tapu Kadastro Genel Müdürlüğü'nün tescil makamı olarak varlığı kaçınılmaz olup; ilgili Bakanlığın görev alanına dâhil olmakla bu yetkinin noterlere devri mümkün olmamalıdır. Önerimizce noterler karşı çıkarak ısrarla bu yetkiyi üstlerine almamalıdır.

Noterlerin bu yönde ilgili Bakanlık kontrolünde Tapu Kadastro Genel Müdürlüğü'nün yanında açık bir kanun hükmüyle yetkili kılınması gerektiği ileri sürülebilecekse de böyle bir yetkinin aşağıdaki eleştiri başlığımız altında karmaşa yaratmaktan başka bir sonuç doğurmayacağı görülecektir. Oysa görüşümüz doğrultusunda Tapu Daireleri taşınmazda aynı hak değişikliği yapan sözleşmeler konusunda yetkili olmaktan çıkarılarak bu görevin noterlere verilmesi tapu teşkilatının tescil makamı olarak kalması sağlanmalıdır. Böylece devlet fonksiyonu açısından önemli tapu daireleri bir asra yakındır üstlenmiş oldukları misyonları ile tapu güvenliğini sağlamaya devam etmelidir. Çünkü bir öneri olarak Tapu ve Kadastro Genel Müdürlüğü'nün tamamen devre dışı bırakılarak taşınmaza yönelik tüm işlemlerde tüm tescil yükü de dâhil olmak üzere (kadastro hariç) noterlerin yetkili kılınmasının erken olduğu söylenebilecektir.

Görüşümüz doğrultusunda noterlere taşınmazda aynı hak değişikliği yaratan tüm sözleşmelerin istisnasız resmi şekle büründürülmesi yetkisi verilmelidir. Takiben tescile esas olmak üzere tescilin olmazsa olmaz koşulu (*non sine qua non*) hukukçuların atladığı husus olarak aynı sözleşme (*dengliche*

*Vertrage*) gereği TMK m. 1013 hükmünce taşınmaz malikinin tescil talebi ve karşı tarafın (satışta alıcının) kabulü ile elektronik ortamda genel müdürlük nezdinde tutulan TAKBİS üzerinden sorumluluk noterlerden çıkmakla ilgili tapu dairesinin sorumluluğunda tescil sonuçlandırılmalı ve diğer tapu yazım işlemleri (şerh, beyan, düşünceler sütununa yazım gibi) gerçekleştirilmelidir. Örneğin; arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi yapılmasına bağlı olarak TMK m. 1009/I ve Tapu Kanunu m. 26/XIII hükmünce yüklenici lehine şerhin ayrıca yapılması talebi de ilgili tapu dairesinde sicile işlenmelidir.

Bu görüşümüzle hiçbir şekilde noterler TMK m. 1007 hükmünce tapu sicilinin tutulmasından doğan hazinenin sorumluluğu yanında ayrıca kusursuz sorumlu olarak veya hazinenin sorumluluğuna dayalı olarak tazminine dayalı rücu talepleri ile karşı karşıya kalmamalıdır. Çünkü bir tescilin ve diğer tapu yazımlarının tarafların serbest iradesi ile Medeni Kanun siciline işlenmesinin mümkün olmaması ilgili tapu dairesinin elindeki resmi belge ve bilgilere dayalı olarak cevaplanabilecek bir olgudur. Bu yönde ilgili noterliğin tarafların talebi ile taşınmazda aynı hak değişikliği yapacak sözleşmenin ani edimle tescilinin talep edilmesi halinde daha ilk başvuru anında elektronik ortamda bu talebin karşılanmayacağı bilgisi ilgili noterliğin bilgisayar ortamına düşmeli ve tarafların bu bilgiye rağmen borçlandırıcı işlemi ileride koşula bağlı olarak yapma arzularının devam etmesi halinde sözleşme yapılmalı, aksi takdirde başvuru noterlerce reddedilmelidir. Tıpkı başvurunun ilgili tapu müdürlüğünde reddi gibi Noterlik Kanunu hükmünce de bu talep reddi iki resmi merciin organize bilgi paylaşımı ile gerçekleştirilmelidir. Örneğin; tarafların bir taşınmaz satımı sözleşmesi amacıyla noterliğe başvurması halinde tescilin hemen talebinin arzu edilmesi bilgisine sahip olan noterlikçe elektronik ortamda TAKBİS üzerinden yapılan işlem başvurusu iflas veya konkordato ile verilen mehil şerhinin varlığına dayalı olarak mümkün olmayacağı bilgisi notere ulaştırılmalıdır. Buna karşılık şerhin bu yönde (TMK m. 1010/b.2) varlığına rağmen koşula bağlı talebin kabul ile tescilin gerçekleşmeyeceği bilgisi bu hatırlatma ile noter tarafından alıcı tarafa bu takyidatın bilgisi verilmelidir. Aksi takdirde aşağıda eleştireceğimiz gibi noterlerin tescil talebinin tapuya iletilmesine rağmen bu yönde aynı hakkı kazandığı yolunda güven duyan her karşı tarafın noterlere kusursuz sorumluluk ilkesince başvurması aklın alabileceği bir olasılık olarak ortaya çıkacaktır.

### 3- Resmi Senet Altında “Takyidatları Kabul Ediyorum” Şeklindeki Beyanın İmza Altına Alınmasına Dair Düşünceler

Tapu dairelerinde Tapu Müdürlüklerince Düzenlenen Resmî Senetlere İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik Tapu Sicil Tüzüğü'nün 10. maddesinin “*Tapu kaydında taşınmazı sınırlayan hak ve yükümlülükler varsa, bunlar hakkında taraflara bilgi verilir ve mevcut sınırlama ve yükümlülüklerin varlığı kabul edilerek işlem yapılmasının istenip istenilmediği sorulur. Mevcut sınırlama ve yükümlülüklerin varlığı kabul edilerek işlemin sonuçlandırılması talep ediliyorsa, taşınmazı sınırlayan hak ve yükümlülükler resmî senede doğru ve tam olarak yazılarak, bunların kabul edildiğine dair beyan alınır*” şeklindeki hükmü uyarınca resmi senet altına elle yazılan irade beyanının alıcı tarafından imzalanması uygulamasının değiştirilmesi gerektiğine inanıyorum. Bu konuda ayrıntılı bilgiyi “*İpotekle Yüklü Taşınmazın Devralınmasında Tapu Dairelerinin Tutumu ve Yargıtay'ın Fahiş Hatalı Kararının Eleştirisi*” adlı makalemde anlatmıştım.<sup>[19]</sup>

Bu başlık altında özlüce tekrarlamak gerekirse; aşağıda tasarının 61A/III maddesinde yer verildiği üzere noter tapu bilişim sisteminden yevmiye numarası olarak fiziki olarak arşivlemek üzere sözleşmeye “*Tapu sicilinin açıklığı uyarınca bilgi sahibi oldum*” şeklinde alıcı beyanının elle yazımı ve imzası alınmalıdır. Aksi takdirde uygulamanın makalemizde aktardığımız gibi ve Yargıtay'ın içtihadında<sup>[20]</sup> konu olduğu üzere “*Takyidatları kabul ediyorum*” şeklindeki beyanın altındaki imzasına bağlı olarak borcun dış üstlenilmesi niteliğinde alıcıyı, mevcut ipoteğin kişisel borçlusu yapan sonucu ile tam bir garabete yol açmıştır.. Oysa ipoteğin varlığına ve aynı hak niteliğine bağlı olarak alıcı bankaya karşı ileri sürülebilme özelliği muhatabı taşınmazın ipoteğin paraya çevrilmesi yolu ile satışına katlanma yükümlülüğü altına sokmuş bulunmaktadır. Bu halde alıcı İpoteğin teminat altına aldığı borcun (TBK m.131'e bağlı hak niteliği ile) kişisel borçlusu sıfatına kavuşmaz. Fırsat doğmuş iken yönetmelikte de bu yönde tedbir alınmalıdır.

[19] Etem Saba Özmen ve Yılmaz Yüreklı, “İpotekle Yüklü Taşınmazın Devralınmasında Tapu Dairelerinin Tutumu ve Yargıtay'ın Fahiş Hatalı Kararının Eleştirisi,” *Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 2, (2018): 13 vd.

[20] 3 HD, E. 2005/240, K. 2005/435, K.T. 31/01/20005 ([www.lexpera.org](http://www.lexpera.org))

## **B) ELEŞTİRİMİZ DOĞRULTUSUNDA YAPILACAK DEĞİŞİKLİKLE ŞERHLER SİSTEMİ YENİDEN DÜZENLENMELİDİR**

Yaptığımız eleştiriler sonucunda yapılacak ilk değişikliğin içeriği belli olmuştur: Buna göre noterlere taşınmazda aynı hak değişikliği yaratan sözleşmeler kapsamında taşınmaz satış sözleşmesi yetkisi verilmesi kabul edilince ortaya şu sakınca çıkacaktır: TMK m.1009, Tapu Kanunu m.26/VIII hükümlerinde şerhine yönelik kanunla belirlenmiş sınırlı sayıdaki sözleşmelerden biri olan taşınmaz satış vaadi hep andığımız hatanın başlangıcını oluşturmuştur. Şöyle ki; TMK m.1009 hükmünün karşılığı olan mehz kanununun ZGB art 959 hükmünce pek doğal sonuçla taşınmaz satış vaadi sözleşmesinin yer almadığı açıktır. Eski Medeni Kanunumuzun 959 uncu maddesinde de o zamanki tabirle akit yapma vaadinin doğru yaklaşımla yer almadığını görüyoruz. Bu konuda yüzyıla yakındır süren hatayı Tapu Kanunu m.26/VIII hükmü yaratmış ve bu hata hala sürdürülüyor iken TMK'nın 1009/I hükmüne tam bir kanunkoyucu bilgisizliği ile "taşınmaz satış vaadi sözleşmelerinin" şerh edilebileceği ifadesinin yer alması Medeni Kanunumuzun bu konudaki bütünlüğünü bozmuştur. Şöyle ki; hemen saptanacağı üzere TBK m.29 "akit yapma vaadi" karşılığında "önsözleşme" tabirini kullanmışken Medeni Kanunumuz, Tapu Kanunu m.26/VIII hükmü uyarınca şerhine müsaade edilen ve tapu dairelerinin vade ve koşula bağlı satış sözleşmesi yapmamaları sonucuna bağlı taşınmaz satış vaadi sözleşmelerini Medeni Kanun'un hükümleri içine almış olmakla; karşı çıktığımız hatanın sürdürülmesine yol açmış bulunmaktadır.

Taşınmazlarda aynı hak değişikliğine yol açan sözleşmelerin tümünün Noterlerce yapılabilmesine yönelik hüküm önerimizin peşi sıra bu tür sözleşmelerden bağışlama sebepli (causa donandi) olmayan yani bir karşılık (ivaz) içeren türde olanların tümünün şerhine imkân verilmesi gerektiği görüşündeyiz. Çünkü uygulamada söze sadakat (ahde vefa) ilkesinin zayıflamasına bağlı olarak bir ivazın varlığına dayalı olarak taşınmazda aynı hak değişikliği taahhütlerinin tümünün şerhine imkân verilmesi ile mehz İsviçre Medeni Kanunundan bu yönde uzaklaşılmasına herhalde kimse karşı çıkmayacaktır.

Önerimizce kabul edilecek olursa taşınmaz satış vaadi şerhinin (Tapu Kanunu m. 26; TMK m.1009/I) süregelen hatalı uygulamasına dayalı olarak vade ve koşula bağlı olan satış sözleşmelerinin şerhi olarak anlaşılması gerekecektir. Bu görüşe varılınca, gerçek anlamı ile yani ileride kurulması amaçlanan satış sözleşmesine yönelik taşınmaz önsözleşmelerinin şerhine

gerek kalmayacağını söyleyebiliriz. Çünkü taşınmaz satış sözleşmesinin ileride kurulması olasılığına dayalı olarak maliki taşınmaz önsözleşmesi şerhi ile kısıtlamak doğru olmayacaktır.

## V. MEVCUT YASAL DÜZENLEMeye AĞIR ELEŞTİRİLER

Bu başlık altında Noterlik Kanunu'na eklenen 60 ve 61/A maddelerinin metinlerini yazarak hemen altında şerh niteliğinde yukarıda verdiğimiz bilgilerle tekrar olsa da özet bir eleştiri vermek istiyoruz.

*1512 sayılı Kanununun 60 ıncı maddesinin birinci fıkrasının (3) numaralı bendi aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir.*

*“3. Taşınmaz satış vaadi sözleşmesi yapmak ve bu sözleşmeyi taraflardan birinin talep etmesi, harç ve giderleri ödemesi hâlinde tapu bilişim sistemi vasıtasıyla tapu siciline şerh vermek, taşınmaz satış sözleşmesi yapmak,”*

Bu yeni değişik fıkra ile noterlere taşınmaz satış sözleşmesi ile sınırlı bir yetki verilmesi doğru olmamıştır. Bu yönde tapu işlemleri rehberinin bile gerisine düşerek yalnızca satış sözleşmesi ile sınırlandırmak hiçbir pratik yarar sağlamayacaktır. Çünkü zaten hep vurguladığımız üzere taşınmaz satış vaadi sözleşmesi tabiri altında noterlerin resmi şekilde düzenlenmekle tarafların malvarlığının aktifini değiştirmeksizin pasifini artıran kazandırıcı işlem niteliğiyle borçlandırıcı işlem (taahhüt muamelesi) niteliğinde artık ileride kurulması düşünülen asıl sözleşme yaptıklarını biliyoruz. Bu yönde satış sözleşmesi yapmak olarak ifade edilen yetki verilince taşınmaz satış vaadi diye bir sözleşmeye gerek kalmamalıdır. Yok eğer yine aynı temelsiz uygulama ile taşınmaz satış vaadini vade ve koşula bağlı olarak tescil talebinin yapılmadığı, buna karşılık taşınmaz satış sözleşmesi ile de tescil talebinin vade ve koşul içermeksizin anı edim olarak gerçekleştiği sözleşmeler olarak algılanmaya devam edilecekse hatada ısrarı anlamayacağımızı belirtmek isteriz. Ayrıca taşınmaz vaadi tabiri ile yeni Borçlar Kanunumuzun terminolojisinden de uzaklaşıldığının, bu konuda artık akit yapma vaadi değil önsözleşme tabirinin kanuni terim kullanılması gerektiğini bu metinleri kaleme alan hukuk biliminden uzak kişilere hatırlatmak isteriz

Görüşümüz kabul edilecek olursa TBK m. 29'da düzenlenen önsözleşmelerin kanundaki varlığına dayalı olarak taşınmazlara ilişkin yapılabilmekle olasılığı kaldırılmayacak olsa da bu yönde noterlere taşınmaz satış sözleşmesi yapma yetkisi verilmekle önsözleşmeler konusunda yukarıda sıraladığımız



gerekçelere dayalı temelsiz uygulamaya dayalı taşınmaz satış vaadi sözleşmesi yapma arzusu duyan kalmayacaktır.

Tekraren önermekle; noterlerin taşınmazlarda aynı hak değişikliği yaratan tüm sözleşmeler konusunda vade ve koşula bağlı veya ani edimle tescili talep beyanını da eklemekle sözleşmelerin sözleşme özgürlüğü kapsamında tipini ve içeriğini belirleme özgürlüğü ile gerçekleştirilmesi yolunda değişiklik fırsatının kaçırıldığını üzülenek görmekteyiz.

*Taşınmaz satış sözleşmesi:*

*MADDE 61/A- Taşınmaz satış sözleşmesi noterler tarafından da yapılabilir.*

*(I) Noterler, taşınmaz satış başvurusu üzerine başvuru belgesi düzenler, taşınmaz üzerindeki her türlü kısıtlamaları dikkate alır ve taşınmaz satışıyla ilgili diğer kanunlarda yer alan sınırlamalar ile usul ve esasları gözetir.*

Bu metin tapu ve eşya hukuku mevzuatından hiçbir şekilde nasibini almamış kişilerce kaleme alınmıştır. Yukarıda gerekçeli şekilde vurguladığımız üzere borçlar hukuku ikinci sınıf bilgisinden habersiz kişiler borçlandırıcı işlem (taahhüt muamelesi) bilgisinden habersizdirler. Kendilerine bu konuda monografik eserlere atıfla bilgi sahibi olmaya davet etmekteyiz<sup>[21]</sup>. Bu bilimselliğe davet karşısında teori başka pratik başka, “*öğretim üyeleri dışarıdan ahkâm kesiyor*” gibi beyanların sahiplerine eleştiride artık sınır tanımayacağımı belirtmek isteriz. Teoriden ayrılan pratik yukarıda gerekçelendirdiğimiz gibi bilimsellikten uzaklaşmadan başka bir anlam taşımaz. Ayrıca bilim insanlarının dışarıdan ahkâm kesen olarak nitelendirildiği bir ülkenin de ne hallere düşeceği izahtan varestedir.

Andığımız ayırmadan habersiz olan metin yazarları ilk fıkradaki garabet hataları ile bir taşınmaz mülkiyetinin devrini borçlanma yolunda imkânsızlık, emredici kurallara aykırılık şeklinde sözleşme özgürlüğünün sınırlarını vurgulayan TBK 27 hükmünden habersizdiler. Bu yönde iflas veya konkordato ile verilen mehil şerhi bulunması halinde tapu dairelerinin yapmaktan alıkonulduğu işlem tasarruf işlemi tescildir. Buna karşılık notere satım sözleşmesi yapmak üzere başvuran kişilere “taşınmaz satışı ile ilgili olduğu” gerekçesiyle bu işlemin yapılamayacağı bilgisi verilerek, taşınmaz satış vaadi yapmayı

[21] Kudret Ayiter, *Tasarruf Muameleleri*, İstanbul 1953, s. 10; Gülşah Vardar Hamamcıoğlu, *Medenî Hukukta Tasarruf İşlemi Kavramı*, İstanbul 2014, s. 49 vd.

önermek bu makalenin yazarını sadece acı acı gülümsetecektir. Çünkü taşınmaz satışı sözleşmeleri Roma Hukukunun günümüzde rastlanmayan real sözleşmelerini<sup>[22]</sup> hortlatması sonucu ani edimli olarak tescille malikin mülkiyet hakkını kaybettiği sözleşmeler olarak kabul edilirse ve bu yönde yukarıda andığımız şekilde “*pratik bu yönde gelişmiştir*” denecek olursa artık söyleyecek sözümüz bulunmamaktadır. Taşınmaz satış vaadi ile taşınmaz satışı arasında borçlar genel teorisi bilgisine dayalı ayırmadan tamamen kopuk olarak farkı, taşınmaz satış vaadini tescil talebinin vade ve koşula bağlı olduğu; buna karşılık taşınmaz satış sözleşmesinin ise tescil talebi ile ani edimli olarak mülkiyetin devrine yol açan sözleşme ayırımında görenler için zaten hukuk biliminden yoksunluğa dayalı neredeyse yüzyıla yakındır süren hata eleştirisiyle yetiniriz.

*(II) Tapu ve Kadastro Genel Müdürlüğünce tapu kayıt örneği ve diğer belgeler tapu bilişim sistemi vasıtasıyla noterlerle paylaşılır. Taşınmaza ilişkin kayıt ve belgelerin eksik olması hâlinde ilgili tapu müdürlüğünden eksik olan hususlar bu sistem üzerinden talep edilir ve eksiklikler tapu müdürlüğünce giderilerek sisteme aktarılır. Noterlerce hak sahibi belirlendikten ve taşınmazın satışına engel hukuki bir durumun bulunmadığı tespit edildikten sonra taşınmaz satış sözleşmesi yapılır.*

Bu konudaki yeni hüküm andığımız gibi taşınmaz satış vaadi değil noterin satış sözleşmesini düzenlemesini takiben tescil talebinin ani edimle hemen Medeni Kanun siciline dayalı tescille sonuçlanmasının istendiği hallere özgü olacaktır.

Noterler ile paylaşılacak olan tapu kayıt örneği ve diğer belgelerin varlığı da düşündürücüdür. Doğal olarak taşınmaz satış vaadi sözleşmesi yapmak için malik olmak gerekmediği bilgisi ile yukarıda andığımız suni ve hataya dayalı ayırımı yaratan düşünce tescil talebini tasarruf yetkisi sahibi olan malikin yapması gerektiği bahsiyle noterin taşınmaz satış sözleşmesi yapmak üzere başvuran kişinin doğal olarak aynı hak sahibi malik olması gerektiği esası ile kaleme alınmıştır. Böylece yüklenicilerin ön ödemeli konut satışında malik olmaksızın yaptıkları noter satışı olarak adlandırdıkları satışın taşınmaz satış vaadi olarak yapılması gerektiği bilgisi ile kaleme alındığı açıktır.

[22] Hüseyin Tokat, *Aynı Akit*, Ankara 2022, s.70-71; Fikret Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Ankara 2021, 254.

Belgelerin eksik olması halinden ne anlaşılması gerektiği gerçekten düşündürücü bir soru olarak karşımıza çıkmaktadır. Her bir taşınmaza ilişkin tapu dairelerinde bulunması gereken tamamlayıcı evrak (evrak-ı müsbite) dosyasının tamamı gönderilmek mi gerekecektir? Bu konuda alıcı bu dosyayı incelemek istediğini söylerse noterin sabrı ve mesaisi buna yetecek midir? Bu incelemeye müsaade edilmeyecek olursa aşağıda inceleyeceğimiz noterlerin kusursuz sorumluluğu karşısında noter hep endişe duymak zorunda mı kalacaktır?

Oysa TMK m.992 hükmünce mülkiyet karinesi esas olmakla taşınmaz mülkiyetini veya diğer bir aynı hakkı tescil ile kazanacak kişiler TMK m.1023 hükmünce iyiniyetli olarak korunmuş iken ve tapularda bu yönde tamamlayıcı evrakla ilgili hiçbir bilgi sunulmaz iken bu fıkra hükmü ile noterlerin kusursuz sorumluluk uyarınca Demokles'in kılıcı altında bulunma endişeleri haksız mı olacaktır?

Kayıt ve bilgilerin eksikliği konusunda bu eksikliğin sonuçları ayrı ayrı mevcut olma olasılığı karşısında eksikliğin varlığını saptama yolunda takdir hakkı nasıl kullanılacaktır? Aşağıda irdeleyeceğimiz şekilde taşınmaz satış vaadi sözleşmesinin sözleşme özgürlüğüne dayalı sınırla yapılamayacağı haller başka; bu konuda sözleşmenin geçerliliğine rağmen tescilin yapılamayacağına ilişkin haller çok başkadır.

Noterlerce hak sahibinin belirlenmesi ilkesi yine bu konuda kusursuz sorumluluğu paylaşma yolunda bir endişe kaynağı olmaya devam edecektir. Bu yönde noterlere hiçbir yükümlülük getirilemez. TMK m. 992/I'ın "*Tapuya kayıtlı taşınmazlarda, hak karinesinden ve zilyetlikten doğan dava açma hakkından yalnız adına tescil bulunan kimse yararlanır.*" şeklindeki hükmü gereği noterler TAKBİS'e girme yetkisi ile son tescile bağlı olarak mülkiyet karinesi zaten bu konuda noterlere irdelemeyi gerektirmeksizin tasarruf yetkisine sahip malikin kim olduğunu adi karine olarak belirler. Bu yönde noterlerin TMK m.1023 hükmünün atfıyla TMK m.3/II'nin "*Ancak, durumun gereklerine göre kendisinden beklenen özeni göstermeyen kimse iyiniyet iddiasında bulunamaz.*" şeklindeki hükmü gereği iyiniyetli olmayı ortadan kaldıran gerekli dikkat ve itinaı gösterme külfeti yalnızca alıcılara ait olmalı; noterlerin bu konuda dedektiflik görevi taşımaları abesle iştigal olur. İşte bu yönde mutlak karine TMK m.1020/II'nin "*Ancak, durumun gereklerine göre kendisinden beklenen özeni göstermeyen kimse iyiniyet*

*iddiasında bulunamaz.”* şeklindeki hüküm gereği alınmış olup bu konuda külfet altında olan “*ilgilisi*” kavramına noterler dâhil edilemez.

Taşınmazın satışına engel hukuki durum olup olmadığı tabiri de akıllarındaki sisteme dayalı olarak hatalı ifade edilmiştir. Buradaki ifade “*tesciline engel olup olmadığı*” şeklinde kaleme alınmalıydı. Çünkü tesciline engel olmakla birlikte satışına engel olmayan hususun en güzel örneği iflas olmakla, taşınmaz maliki iflas masasının rızasını alarak bu yönde mülkiyeti devredeceği taahhüdü altına girebilecektir. Bu konudaki beyanımızın boşuna olduğunun farkındayız; çünkü bu takdirde taşınmaz satış vaadi yapmamız önerilecektir.

*(III) Satış sözleşmesi taraflarca imzalandığı anda noter, tapu bilişim sisteminden yevmiye numarası alarak sözleşmeyi bu sisteme kaydeder. Sözleşmenin sisteme kaydından sonra tapu müdürlüğüne taşınmazın tapu siciline tescili sağlanır. Satış sözleşmesi ile diğer belgeler, noter tarafından sisteme aktarılır ve fiziki olarak arşivlenir.*

Dikkat edilirse fahiş hata ile “*sözleşme imzalandığı anda*” ifadesi ile –ki, bu konudaki bilimsel temeldeki yoksunluk bizi şaşırtmamaktadır- aslında tarafların aynı sözleşmeye (dinglicher Verträge) vücut veren tescili talep beyanına karşılık kabulde oluşan ikili hukuki işlem barındıran tescilin irade mutabakatı anlaşılması gerekmektedir. Ancak bu beyanla harekete geçen tapu dairesi kıdeme itibar ilkesince (prior tempore potior iure) aynı haklarda çatışmaya yol açmamak için yevmiye defterine kayıt ancak bu talep üzerine gerçekleştirilebilir.

Fiziki olarak arşivlenmek tabirinin ne olduğu anlaşılammıştır. Bu konuda tamamlayıcı evrak dosyasına konması gerekecek olup tamamlayıcı evrak dosyasının elektronik ortamda tutulmasında hiçbir engel bulunmayacağı bu konudaki teknolojinin gelişmesine bağlı olarak her türlü işlemin gerçekleştirilmesi sağlanabilecektir.

*(IV) Noterler, taşınmaz satış sözleşmesiyle ilgili işlemleri bizzat yaparlar.*

Şimdiden dekriminilizasyona uğrayacak bir hüküm olacaktır. Çok açık bilmekteyiz ki bu işlemler noter başkâtipleri tarafından matbu belgeler üzerine notere imzaya sunulacaktır. Biraz alaycı bir ifade ile belirtmek gerekirse; yirmi- otuz sayfalık arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinin noterlerce resen düzenlenmesi gerekirken yani noterin bizzat yetmiş- seksen maddelik sözleşmeyi tek tek tarafların huzurunda dinleyip resmi metne aktarması sanki yıllardır yapılmıyormuş gibi bu hükmün konması şimdiden ihlale açık

olmakla hukuk ciddiyetini ortadan kaldırmaktadır. Andığımız sözleşmelerde biliyoruz ki; giriş sayfası ve kimlik bilgisine yer veren son sayfası araya bellek aygıtı çıktısı olarak sokulmakla imzalanan sözleşmeler uygulaması bu yönde de devam edecektir.

*(V) Tapu kayıt örneği ve diğer belgelerden hak sahibinin belirlenememesi veya satışa engel hukuki bir durumun varlığı hâlinde noterlerce satış işlemi gerçekleştirilmez.*

Yeni hükmün en garabet kurallarından biri bu hükümle getirilmektedir. Taşınmaz satış vaadi ve taşınmaz satış sözleşmesi kavramları altında borçlar genel teorisi dışında andığımız şekilde farklılık yaratan temelsiz bilgiye dayalı olarak bu fıkrada yer alan ifadenin tescile engel bir hukuki durumun varlığı halinde olarak anlaşılması gerekecektir. Çünkü tekrar vurgulamak gerekirse; TMK m.992 ve TMK m.1020 hükümleri gereği malikin (yani tasarruf yetkisine haiz hak sahibinin) belirlenememesi kural olarak mümkün değildir. Bu bilgimizle tapuda tescil yapılmasa dahi veya öncesinde reddedilen işlemin tescili talep istemi (TMK m.1013/I) olduğu unutulmayarak taraflar arasında imzalanmış sözleşmenin geçerliliği yolunda talep gelebileceği unutulmamalıdır. Örneğin; mahkemece verilmiş bir ihtiyati tedbir talebi halinde tescilin mümkün olmaması bilgisine rağmen taraflar ihtiyati tedbirin kalkacağı olasılığına dayalı olarak sözleşmenin geçerliliği tartışmasız olarak mümkün olmakla yapılmasını talep edebileceklerdir. Tabi yine karşımıza eleştirilerimiz doğrultusunda bu yönde noterin zeyilname ile sözleşmenin adını taşınmaz satış vaadi olarak değiştirmesi gerektiği bilgisi ortaya çıkabilecektir.

*(VI) Noterler tarafından yapılacak taşınmaz satış sözleşmelerinden yalnızca 2/7/1964 tarihli ve 492 sayılı Harçlar Kanununa ekli (4) sayılı tarifenin "I-Tapu işlemleri" başlıklı bölümünün (20) numaralı fıkrasının (a) bendi uyarınca tapu harcı alınır. Bu işlemler için 492 sayılı Kanunun tapu harçlarına ilişkin hükümleri ve gerekli harcı tamamen almadan işlem yapan noterler hakkında aynı Kanunun 128 inci maddesi hükmü uygulanır.*

*(VII) Taşınmaz satış sözleşmeleri damga vergisinden ve bu işlemlere ilişkin düzenlenen kâğıtlar değerli kâğıt bedellerinden istisnadır.*

Bu hükümler Vergi mevzuatını ilgilendirmekte olup Tapu Kanunu uyarınca ilgili müdürlüklerde yapılan işlemlerde vergilendirme tekrar edilmiştir.

Bu konuda zaten işlemin tapuda yapılması halinde alınan harçların devlet tüzel kişiliği adına noterlerce tahsili görevi verilmiş olup bu harcın alınmadan yapılacak işlemler hakkında noterlerin sorumluluğu düzenlenmiştir.

*(VIII) Bu madde kapsamında yapılan işlemler karşılığında noter ücreti dışında herhangi bir ücret alınmaz. Noter ücreti taşınmazın değerine göre beş yüz Türk lirasından az ve dört bin Türk lirasından fazla olamaz ve ücret tarifesinde gösterilir. Bu miktarlar, her yıl bir önceki yıla ilişkin olarak 4/1/1961 tarihli ve 213 sayılı Vergi Usul Kanununun mükerrer 298 inci maddesi hükümleri uyarınca tespit ve ilan edilen yeniden değerlendirme oranında takvim yılı başından geçerli olmak üzere artırılarak uygulanır.*

Bu hükümle noterlerin meslek erbabı olup faaliyetlerinin ücreti gerektirmesi sonucu satış sözleşmesine dayalı emeklerinin karşılığı (ivazı) düzenlenmiştir.

*(IX) Taşınmaz satış işlemleri için Tapu ve Kadastro Genel Müdürlüğü döner sermaye işletmesine gelir kaydedilmek üzere hizmet bedeli alınır ve bu işlemler sebebiyle noterlere herhangi bir pay veya aidat ödenmez.*

Bu hükümle hizmeti tamamını olmasa da noterlere verdirmekte ve fakat TKGM'nin döner sermayesinin gelirden mahrum olmaması için işlemin tapuda yapılmasıyla hiçbir fark gözetilmeyerek tapuca verilen hizmetin karşılığı da ayrıca alınmaktadır.

*(X) Bu maddenin uygulanmasına ilişkin usul ve esaslar, Hazine ve Maliye Bakanlığı ile Çevre, Şehircilik ve İklim Değişikliği Bakanlığının mütalaası alınarak Adalet Bakanlığınca çıkarılacak yönetmelikle düzenlenir.”*

Bu fıkra ile yönetmeliğin Adalet Bakanlığınca hazırlanması gerekliliği doğru ve fakat görüşü alınacak kurum olarak Tapu Kadastro Genel Müdürlüğü'nün ve Noterler Birliği'nin kamu görevini bu yönde doğrudan üstlenmiş varlıkları göz ardı edilmekle ortaya çıkacak yönetmeliği gerçekten merak etmekteyiz.

*1512 sayılı Kanununun 162 nci maddesine birinci fıkrasından sonra gelmek üzere aşağıdaki fıkra eklenmiş ve maddenin mevcut ikinci fıkrasında yer alan “birinci fıkra” ibaresi “birinci ve ikinci fıkralar” şeklinde değiştirilmiştir.*

*“Taşınmaz satış sözleşmesinin düzenlenmesinden dolayı oluşan zarardan noterler de sorumludur. Bu zararın Devlet tarafından ödenmesi hâlinde*

*Devlet, sözleşmeyi düzenleyen notere rücu eder. Notere karşı açılacak davalar, tapu sicilinin bulunduğu yer mahkemesinde görülür.”*

İşte gerçekten hukuk faciası bir değişiklik ile karşı karşıya bulunmaktayız. Noterler zaten Noterlik Kanunu m.162 hükmünce kusursuz sorumlu olmakla ayrıca TMK m.1007/1’de devletin kusursuz sorumluluğuna vücut veren “*Tapu sicilinin tutulmasından doğan bütün zararlardan Devlet sorumludur.*” şeklindeki kuralın gereği devletçe ödenecek tazminatların niçin noterlere rücu edileceği gerçekten aklın alabileceği bir boyut taşımamakla bu soru cevapsız kalmaktadır. Bu konuda kendilerine hatırlatmak isteriz ki; devletin (hazinenin) kusursuz sorumluluğu tapu sicilinin tutulmasından doğan sorumluluktur. Bu nedenle notere bir satış sözleşmesi ile başvurulması halinde kadastro işleminden ötürü henüz Kadastro Kanunu m.12’deki süre geçmeden hatalı kadastro tespitleri ile adına yolsuz tescil yapılan kişiden TMK m.1023’e dayalı olarak iyiniyetli aynı hak kazanan kişilerden dolayı hazinenin sorumluluğuna gidildiğinde, anılan satışı yapmaktan ötürü notere bir rücu davası açılabileceğini düşünmek garabetin zirvesini oluşturacaktır. Bu vb. hallerde noterler ancak yaptıkları resmi şekle vücut veren sözleşmeleri yapmakla sorumlu olur. Yoksa andığımız örnek ve bu örneğin benzerleri halinde noterlerin sorumluluğu TMK m.5’in atfıyla TBK m.61 ve m.62 hükmünce asla söz konusu olamaz.

## KAYNAKÇA

- Ayiter, Kudret. *Tasarruf Muameleleri*. İstanbul, 1953.
- Eren, Fikret. *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*. Ankara: Yetkin, 2021.
- Karaveli, Orhan. *Sakallı Celal*. İstanbul Kırmızı Kedi Yayınları, 2020.
- Oğuzman, Kemal, Seliçi Özer ve Oktay Özdemir Saibe. *Eşya Hukuku*, İstanbul: Filiz Kitabevi, 2020.
- Özmen, Etem Sabâ. “Tapu Daireleri Uygulamaları Üzerine Düşünceler.” *İstanbul Barosu Dergisi*, no. 4 (Temmuz Ağustos 2012).
- Özmen, Etem Sabâ ve Akçura Karaman Tuba. “Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmeleri Konusunda Uygulama Hataları.” *İstanbul Barosu Dergisi* 87, no. 1 (Ocak-Şubat 2013).
- Özmen, Etem Sabâ ve Aydın, Gülşah Sinem. “Motorlu Taşıt ve Taşınmaz Satışında Sözleşmeye Konulan Bedelin Nakden ve Peşin Alındığına Dair Kayıtların Yarattığı Sancılar Üzerine Düşünceler.” *Legal Hukuk Dergisi*, (2014).
- Özmen, Etem Sabâ ve Yürekli Yılmaz. “İpotekle Yüklü Taşınmazın Devralınmasında Tapu Dairelerinin Tutumu ve Yargıtay’ın Fahiş Hatalı Kararının Eleştirisi.” *Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 2, (Aralık, 2018).
- Sungurbey, İsmet. *Kişisel Hakların Tapu Kütüğüne Şerhi*. İstanbul: 1963.
- Tandoğan, Haluk. *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri I/1*. İstanbul: Vedat Yayıncılık, 2008.
- Tokat, Hüseyin. *Aynî Akit*. Ankara: Adalet, 2022.
- Vardar Hamamcıoğlu, Gülşah: *Medenî Hukukta Tasarruf İşlemi Kavramı*, İstanbul 2014.
- Wieland, C. *Kanunu Medenîde Aynî Haklar*. (Çev. İ. Hakkı Karafakı), 2. Baskı. Ankara, 1946.
- Zevkliler Aydın ve Gökyayla, Emre. *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*. İstanbul: Vedat Yayıncılık, 2020.



**Yitirdiklerimiz**

**In loving memory of our late colleagues**





**Av. Fatma Nesrin DEDEAĞAÇ**

**1949-2022**

Baromuz eski üyesi Av. Fatma Nesrin DEDEAĞAÇ (7014) vefat etmiştir. Cenazesi, 11.09.2022 Pazar günü saat 15:00'te Karşıyaka Mezarlığı Camii'nde kılınacak cenaze namazının ardından Karşıyaka Mezarlığı'na defnedilecektir. Meslektaşımıza Allah'tan rahmet, ailesine ve Baromuz üyelerine başsağlığı dileriz.



**Av. Ahmet TOPTAŞ**

**1949-2022**

11.02.1981 tarihinde avukatlık mesleğine başlayan Baromuz üyesi Av. Ahmet TOPTAŞ (10837) vefat etmiştir. Cenazesi, 12.09.2022 Pazartesi günü ikindi namazının ardından Afyonkarahisar İli Sandıklı İlçesi Ekinova Köyü'nde defnedilecektir. Meslektaşımıza Allah'tan rahmet, ailesine ve Baromuz üyelerine başsağlığı dileriz.



**Av. Samet GÜRAN**

**1993-2022**

21.08.2019 tarihinde avukatlık mesleğine başlayan Baromuz üyesi Av. Samet GÜRAN (34212) vefat etmiştir. Cenazesi, 12.09.2022 Pazartesi günü Yozgat İli Sorgun İlçesi'nde kılınacak ikindi namazının ardından Sorgun Aile Mezarlığı'na defnedilecektir. Meslektaşımıza Allah'tan rahmet, ailesine ve Baromuz üyelerine başsağlığı dileriz.



**Av. Haluk PEKŞEN**

**1961-2022**

11.12.1987 tarihinde avukatlık mesleğine başlayan, Cumhuriyetin değerlerini, laikliği, çoğulcu demokrasiyi, yargı bağımsızlığını hayatı boyunca savunmuş ve CHP 25. ve 26. Dönem Trabzon Milletvekilliği yapmış, Baromuz üyesi Av. Haluk PEKŞEN (13124) vefat etmiştir. Cenazesi, 18 Eylül 2022 Pazar günü saat 11:30'da TBMM'de yapılacak resmi törenden sonra, Kocatepe Camii'nde kılınacak öğle namazını müteakip Cebeci Asri Mezarlığı'na defnedilecektir. Meslektaşımıza Allah'tan rahmet, ailesine ve Baromuz üyelerine başsağlığı dileriz.



**Av. Nuyan SAV**

**1931-2022**

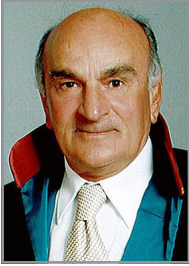
16.07.1954 tarihinde avukatlık mesleğine başlayan Baromuz üyesi Av. Nuyan SAV (1593) vefat etmiştir. Cenazesi, 20.09.2022 Salı günü Karşıyaka Mezarlığı Camii'nde kılınacak öğle namazının ardından Karşıyaka Mezarlığına defnedilecektir. Meslektaşımıza Allah'tan rahmet, ailesine ve Baromuz üyelerine başsağlığı dileriz.



**Av. Aytekin Han İDİKUT**

**1929-2022**

20.05.1976 tarihinde avukatlık mesleğine başlayan Baromuz eski üyesi Av. Aytekin Han İDİKUT (6024) vefat etmiştir. Cenazesi, 21.09.2022 Çarşamba günü Karşıyaka Mezarlığı Camii'nde kılınacak ikinci namazının ardından Karşıyaka Mezarlığı'na defnedilecektir. Meslektaşımıza Allah'tan rahmet, ailesine ve Baromuz üyelerine başsağlığı dileriz.



**Av. Ünsal SARIDUMAN**

**1938-2022**

01.11.2000 tarihinde avukatlık mesleğine başlayan Baromuz üyesi Av. Ünsal SARIDUMAN (14628) vefat etmiştir. Cenazesi, 21.09.2022 Çarşamba günü Kocatepe Camii'nde kılınacak öğle namazının ardından Gölbaşı Mezarlığı'na defnedilecektir. Meslektaşımıza Allah'tan rahmet, ailesine ve Baromuz üyelerine başsağlığı dileriz.



**Av. Umur TAMUR**

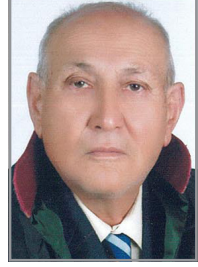
**1936-2022**

24.04.1985 tarihinde avukatlık mesleğine başlayan Baromuz üyesi Av. Umur TAMUR (8179) vefat etmiştir. Cenazesi, 26.09.2022 Pazartesi günü Cebeci Asri Mezarlığı İsmet Oğultürk Camii'nde kılınacak ikinci namazının ardından Cebeci Asri Mezarlığı'na defnedilecektir. Meslektaşımıza Allah'tan rahmet, ailesine ve Baromuz üyelerine başsağlığı dileriz.

**Av. Naci KARAMÜRSEL**

**1941-2022**

06.06.1974 tarihinde avukatlık mesleğine başlayan Baromuz eski üyesi Av. Naci KARAMÜRSEL (5443) vefat etmiştir. Cenazesi, 30.09.2022 Cuma günü Amasya İli Merzifon İlçesinde defnedilmiştir. Meslektaşımıza Allah'tan rahmet, ailesine ve Baromuz üyelerine başsağlığı dileriz.



**Av. Ercan YILDIZ**

**1966-2022**

01.07.2020 tarihinde avukatlık mesleğine başlayan Baromuz üyesi Av. Ercan YILDIZ (36534) vefat etmiştir. Cenazesi, 16.10.2022 Pazar günü kılınacak ikindi namazının ardından Ankara ili Kalecik ilçesinde defnedilecektir. Meslektaşımıza Allah'tan rahmet, ailesine ve Baromuz üyelerine başsağlığı dileriz.



**Av. Avarkan ATASOY**

**1939-2022**

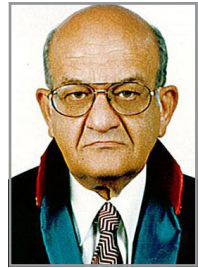
14.06.1965 tarihinde avukatlık mesleğine başlayan Baromuz üyesi Av. Avarkan ATASOY (3158) vefat etmiştir. Cenazesi, 17.10.2022 Pazartesi günü saat 16:00'da Karşıyaka Mezarlığı Camii'nde kılınacak cenaze namazının ardından Karşıyaka Mezarlığı'na defnedilecektir. Meslektaşımıza Allah'tan rahmet, ailesine ve Baromuz üyelerine başsağlığı dileriz.



**Av. Ali Kadri EDİZ**

**1943-2022**

05.12.2001 tarihinde avukatlık mesleğine başlayan Baromuz üyesi Av. Ali Kadri EDİZ (15209) vefat etmiştir. Cenazesi, 18.10.2022 Salı günü Hasan Tanık Camii'nde kılınacak ikindi namazının ardından, 19.10.2022 Çarşamba günü İstanbul Karacaahmet Mezarlığı'na defnedilecektir. Meslektaşımıza Allah'tan rahmet, ailesine ve Baromuz üyelerine başsağlığı dileriz.

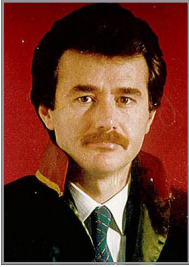




**Av. Fahri KARALARLI**

**1940-2022**

19.10.1972 tarihinde avukatlık mesleğine başlayan Baromuz üyesi Av. Fahri KARALARLI (4658) vefat etmiştir. Cenazesi, 18.10.2022 tarihinde Karşıyaka Mezarlığı'na defnedilmiştir. Meslektaşımıza Allah'tan rahmet, ailesine ve Baromuz üyelerine başsağlığı dileriz.



**Av. İsmet SARISÖZEN**

**1952-2022**

29.04.1976 tarihinde avukatlık mesleğine başlayan Baromuz üyesi Av. İsmet SARISÖZEN (6010) vefat etmiştir. Cenazesi, 22.10.2022 Cumartesi günü Karşıyaka Mezarlığı Camii'nde kılınacak ikinci namazının ardından, Karşıyaka Mezarlığı'na defnedilecektir. Meslektaşımıza Allah'tan rahmet, ailesine ve Baromuz üyelerine başsağlığı dileriz.



**Av. Servet KESKİN**

**1940-2022**

29.12.2006 tarihinde avukatlık mesleğine başlayan Baromuz üyesi Av. Servet KESKİN (19033) vefat etmiştir. Cenazesi, 28.10.2022 Cuma günü Karşıyaka Mezarlığı Camii'nde kılınacak ikinci namazının ardından, Karşıyaka Mezarlığı'na defnedilecektir. Meslektaşımıza Allah'tan rahmet, ailesine ve Baromuz üyelerine başsağlığı dileriz.



**Av. Hasan BEYHAN**

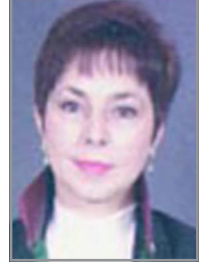
**1937-2022**

16.04.1986 tarihinde avukatlık mesleğine başlayan Baromuz üyesi Av. Hasan BEYHAN (8412) vefat etmiştir. Cenazesi, 05.11.2022 tarihinde Kayseri ilinde defnedilmiştir. Meslektaşımıza Allah'tan rahmet, ailesine ve Baromuz üyelerine başsağlığı dileriz.

**Av. Türkan ÖZTEKİN**

**1946-2022**

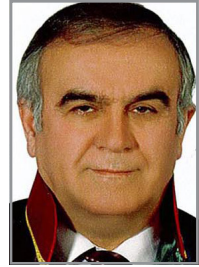
20.05.1971 tarihinde avukatlık mesleğine başlayan Baromuz eski üyesi Av. Türkan ÖZTEKİN (4236) vefat etmiştir. Cenazesi, 10.11.2022 Perşembe günü saat 11:45'te Karşiyaka Mezarlığı Camii'nde kılınacak cenaze namazının ardından, Karşiyaka Mezarlığı'na defnedilecektir. Meslektaşımıza Allah'tan rahmet, ailesine ve Baromuz üyelerine başsağlığı dileriz.



**Av. Yüksel PEHLİVANOĞLU**

**1950-2022**

10.02.1977 tarihinde avukatlık mesleğine başlayan Baromuz üyesi Av. Yüksel PEHLİVANOĞLU (6165) vefat etmiştir. Cenazesi, 13.11.2022 Pazar günü Gölbaşı Mezarlığı Camii'nde kılınacak ikindi namazının ardından Gölbaşı Mezarlığı'na defnedilecektir. Meslektaşımıza Allah'tan rahmet, ailesine ve Baromuz üyelerine başsağlığı dileriz.



**Av. Ebru BÖYÜK**

**1975-2022**

26.12.2001 tarihinde avukatlık mesleğine başlayan Baromuz üyesi Av. Ebru BÖYÜK (15297) vefat etmiştir. Cenazesi, 21.11.2022 Pazartesi günü saat 15:00'te Karşiyaka Mezarlığı Camii'nde kılınacak cenaze namazının ardından, Karşiyaka Mezarlığı'na defnedilecektir. Meslektaşımıza Allah'tan rahmet, ailesine ve Baromuz üyelerine başsağlığı dileriz.





ANKARA BAROSU

1 9 2 4

Atatürk Bulvarı No: 40 Adliye Sarayı Kat: 5  
Sıhhiye-ANKARA / TÜRKİYE  
T 0312 416 72 00 F 0312 416 72 80  
[ankarabarusu@ankarabarusu.org.tr](mailto:ankarabarusu@ankarabarusu.org.tr)  
[www.ankarabarusu.org.tr](http://www.ankarabarusu.org.tr)