



HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ

Cilt: 6 Sayı: 2 Yıl: 2023

e-ISSN: 2667-4076





HUKUK FAKÜLTESİ

**NECMETTİN ERBAKAN ÜNİVERSİTESİ
HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ**

YIL (YEAR): 2023

CİLT (VOLUME): 6 SAYI (ISSUE): 2

E-ISSN: 2667-4076

KONYA 2023


NECMETTİN ERBAKAN ÜNİVERSİTESİ HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ
NECMETTİN ERBAKAN UNIVERSITY FACULTY OF LAW REVIEW

Cilt/Volume: 6 Sayı/Number: 2 Yıl/Year: 2023

Yayıncı / Publisher


Necmettin Erbakan Üniversitesi/Necmettin Erbakan University


Baş Editör / Editor in Chief

Prof. Dr. Nuran KOYUNCU 
(nkoyuncu@erbakan.edu.tr, Necmettin Erbakan Üniversitesi)


Alan Editörleri / Field Editors


(Kamu Hukuku/Public Law)

Dr. Öğr. Üyesi Muradiye ÇEVİKÇELİK 
(mcevikcelik@erbakan.edu.tr, Necmettin Erbakan Üniversitesi)

Arş. Grv. Enes ERSÖZ 
(eersoz@erbakan.edu.tr, Necmettin Erbakan Üniversitesi)


(Özel Hukuk/Private Law)

Dr. Öğr. Üyesi Nurullah BAL 
(nurullah.bal@erbakan.edu.tr, Necmettin Erbakan Üniversitesi)


Arş. Grv. Dr. Abdurrahim ALTUN 
(aaltun@erbakan.edu.tr, Necmettin Erbakan Üniversitesi)

Yazım ve Dil Editörleri/ Writing and Language Editors


İngilizce/English

Arş. Grv. Begüm KAYA 
(begumkaya@erbakan.edu.tr, Necmettin Erbakan Üniversitesi)

Fransızca/ French

Arş. Grv. Kübra İmran DİLER 
(kiartan@erbakan.edu.tr, Necmettin Erbakan Üniversitesi)

Almanca/German

Arş. Grv. Bekir BOGA 
(bboga@erbakan.edu.tr, Necmettin Erbakan Üniversitesi)

Yayın Türü / Publication Type

Yerel Süreli Yayın / National Periodical

Yayın Periyodu / Publication Period

Yılda iki kez (Haziran ve Aralık) yayımlanır/ Published bi-annual (June, December)

Yazışma Adresi / Correspondence Address

Köyceğiz Mahallesi Demeç Sokak Ortak Derslikler A Blok Meram/KONYA

E posta: konyahukukdergi@gmail.com & hfd@erbakan.edu.tr

İnternet adresi: <https://www.erbakan.edu.tr/hukukfak/sayfa/6622> & <https://dergipark.org.tr/tr/pub/neuhfd>

E-ISSN: 2667-4076

Aralık 2023

İÇİNDEKİLER

(CONTENTS)

ARAŞTIRMA MAKALELERİ

(RESEARCH ARTICLES)

6831 sayılı Orman Kanunu'nda Düzenlenen Orman Yakma Suçları <i>Şeyma SERT</i>	419	The Crimes of Setting Forests on Fire Pursuant to Forest Law No. 6831 <i>Şeyma SERT</i>
Vergi Mahkemelerinde Kanuni Hâkim Güvencesinin Uygulanmasına Dair Bir İnceleme <i>Alper AYDIN</i>	449	An Examination Regarding the Implementation of Independent and Impartial Tribunal Principle in Tax Courts <i>Alper AYDIN</i>
Kanuni Temsilciler Hakkında 6183 Sayılı Kanun Uyarınca İhtiyati Haciz Uygulanmasının Mülkiyet Hakkına Müdahale Bağlamında Değerlendirilmesi <i>Kübra DEMİR</i>	467	The Evaluation of the Implementation of Precautionary Attachment on Legal Representatives in Accordance with Law Number 6183, within the Context of Intervention with the Right to Property <i>Kübra DEMİR</i>
Terörle Mücadele Kanunu Bağlamında İfade Hürriyeti ve Propaganda Kavramları Üzerine Değerlendirmeler <i>Mehmet Savaş ÖZDAĞ</i>	491	Assesments on the Concepts of Freedom of Expression and Propaganda Within the Context of Anti-Terrorism Law <i>Mehmet Savaş ÖZDAĞ</i>
Oy Pusulası ile Protesto: "Yukarıdakilerden Hiçbiri" Seçeneği <i>Özlem ÇELİK</i>	530	Protest by Ballot Paper: "none of the above" Option <i>Özlem ÇELİK</i>
Yargı Kararları ile Sigortalılara Yapılan Ödemelerin Prime Tabi Tutulması <i>Baki Oğuz MÜLAYİM</i>	553	Subjecting the Payments Made Based on the Judicial Decision to the Insurance Holders to Premium <i>Baki Oğuz MÜLAYİM</i>
Kat Mülkiyetinde Kat Malikinin Mimari Projeye Aykırı Yapı Yapması <i>Süheyla ZORLU</i>	581	Construction against the Architectural Project by the Owner of the Condominium <i>Süheyla ZORLU</i>

Boşanmada Ortak (Birlikte) Velâyetin Uygulanabilirliği <i>Selvi Nazlı GÜVENÇ</i>	600	Applicability of Joint Custody in Divorce <i>Selvi Nazlı GÜVENÇ</i>
İslâm Hukuku ve Mer'î Hukukta Mukayeseli Olarak Görünüşte İçtima – Fikri İçtima Ayrımı <i>Mustafa ÜNAL</i>	613	Distinction of Unreal Joinder of Offenses, Conceptual Aggregation in Islamic Law and Modern Law Comparatively <i>Mustafa ÜNAL</i>
Anonim Ortaklık Genel Kurulunun İbraya İlişkin Kararlarında Yetersayılar <i>Mustafa Yasir AKTEKE</i>	637	Quorum in the Decisions of the General Assembly of the Joint Stock Company on the Release <i>Mustafa Yasir AKTEKE</i>
Medeni Usul Hukuku İlkeleri Kapsamında Çevrimiçi Duruşmaların Değerlendirilmesi- Yabancı Ülkelerdeki Uygulamalar ve Düzenlemeler <i>Aysun BEYDOLA, Sıla TATLIDİL ONGUN</i>	665	An Evaluation of Online Hearings within the Scope of Civil Procedure Law Principles –Practices And Regulations in Foreign Countries <i>Aysun BEYDOLA, Sıla TATLIDİL ONGUN</i>
Hukukun Üstünlüğü Perspektifinden Uluslararası Ceza Yargısının Tarihsel Gelişimi <i>Cem Ümit BEYOĞLU</i>	705	Historical Development of International Criminal Jurisdiction from the Perspective of The Supremacy of Law <i>Cem Ümit BEYOĞLU</i>
Ebüssuûd Efendi ve Şânizâde'nin Sakk Kayıtları Işığında İslam ve Osmanlı Hukukunda İcâre (Kira) <i>İbrahim ÜLKER</i>	730	Rent in Islamic and Ottoman Law in the Light of the Sakk Records of Ebussuud and Sanizade <i>İbrahim ÜLKER</i>
Hayvanın Tehlike Yaratabilecek Şekilde Serbest Bırakılması (TCK m. 177) <i>Zeliha ALPSOY</i>	756	Releasing an Animal in a Way That May Cause Danger (TPC Art. 177) <i>Zeliha ALPSOY</i>
Osmanlı Devleti'nde Adliye Teşkilatının Bir Unsuru Olarak Mahkemeler <i>Kemal Faruk AKSOY</i>	774	Courts as a Component of the Judicial System in the Ottoman Empire <i>Kemal Faruk AKSOY</i>
2330 Sayılı Nakdi Tazminat ve Aylık Bağlanması Hakkında Kanun Kapsamında İdarenin Sorumluluğu ve Tazminat Yükümlülüğü <i>Deniz KAYA</i>	797	The Administration's Responsibility and Obligation to Compensate Under Law No. 2330 Regarding Cash Compensation and Monthly Allowance <i>Deniz KAYA</i>

Resmî Defter Tutmanın Takip Hukukuna İlişkin Sonuçlarının Değerlendirilmesi <i>Murat BİLDİR</i>	826	Evaluation of the Consequences of Official Bookkeeping in Relation to the Law of Enforcement <i>Murat BİLDİR</i>
Kira Uyuşmazlıklarında Davaya Şartı Arabuluculuk Uygulaması Üzerine Bazı Düşünceler <i>Süleyman Burak GÜNDOĞDU</i>	851	Some Thoughts on the Application of Mediation as a Case Condition in Lease Disputes <i>Süleyman Burak GÜNDOĞDU</i>
İçtihat Temelinde Çevre Davalarında Menfaat İhlali <i>Selman Sacit BOZ</i>	881	Violation of Interest in Environmental Cases Based on Jurisprudence <i>Selman Sacit BOZ</i>

YAYIN KURULU/EDITORIAL BOARD

Prof. Dr. Zekeriya MIZIRAK (Necmettin Erbakan Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi)
Prof. Dr. Ümit Süleyman ÜSTÜN (Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Prof. Dr. Bernd HEINRICH (Eberhard Karls Universität Tübingen Juristische Fakultät/Almanya)
Prof. Ass. Dr. Sc Mensur MORİNA (University of Peja - Universiteti Haxhi Zeka/ Kosova)
Prof. Dr. Besa ARİFİ (South East European University/Kuzey Makedonya)
Prof. Ass. Dr.sc Sevdai MORİNA (University for Business and Technology (UBT)/ Kosova)
Prof. Assoc. Idriz HAXHIAJ (Defense Academy "Akademia e Mbrojtjes", Albanian University/Arnavutluk)
Doç. Dr. Ahmet AKMAN (Necmettin Erbakan Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Doç. Dr. Abdurrahman SAVAŞ (İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Doç. Dr. Ahmet KILINÇ (Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Dr. Öğr. Üy. Aytekin ÇELİK (Karatay Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Dr. Öğr. Üy. Mehmet Onursal CİN (Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Dr. Öğr. Üy. Banu Bilge SARIHAN (Necmettin Erbakan Üniversitesi Hukuk Fakültesi)

DANIŞMANLAR KURULU/ADVISORY BOARD

Prof. Dr. Abdulkadir BULUŞ (Necmettin Erbakan Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi)
Prof. Dr. Bahtiyar AKYILMAZ (Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Prof. Dr. Berrin AKBULUT (Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Prof. Dr. Bilal KUŞPINAR (Necmettin Erbakan Üniversitesi Sosyal ve Beşeri Bilimler Fakültesi)
Prof. Dr. Birol MERCAN (Necmettin Erbakan Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi)
Prof. Dr. Cemil KAYA (İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Prof. Dr. Fethi GEDİKLİ (İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Prof. Dr. Gül AKYILMAZ (Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Prof. Dr. Haluk Hadi SÜMER (Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Prof. Dr. İbrahim Erol KOZAK (Karatay Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Prof. Dr. Mehmet ALTUNKAYA (Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Prof. Dr. M. Fatih UŞAN (Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Prof. Dr. Murat ÇEMREK (Necmettin Erbakan Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi)
Prof. Dr. Mustafa Fadıl YILDIRIM (Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Prof. Dr. Ömer ANAYURT (Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Prof. Dr. Önder KUTLU (Necmettin Erbakan Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi)
Prof. Dr. Yusuf KARAKOÇ (Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Prof. Dr. Mustafa Erdem CAN (Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Prof. Dr. Nezihe Binnur TULUKÇU (Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Prof. Dr. Mehmet Hanifi BAYRAM (Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Prof. Dr. Ali PASLI (İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Prof. Dr. Emre ESEN (İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Prof. Dr. Serkan AYAN (Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Prof. Dr. Oğuz Sadık AYDOS (Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Prof. Dr. Murat ŞİMŞEK (Marmara Üniversitesi, İslam Ekonomisi ve Finansı Enstitüsü)
Doç. Dr. Sinan OKUR (Sakarya Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Doç. Dr. Koray DOĞAN (Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Doç. Dr. Ahmet Kürşat ERSÖZ (Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Doç. Dr. Selcen ERDAL (Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Doç. Dr. Abdulkadir YILDIZ (Necmettin Erbakan Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Doç. Dr. Baki Oğuz MÜLAYİM (Necmettin Erbakan Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Doç. Dr. Ayşegül ÇOBAN ATİK (Karatay Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Doç. Dr. Yılmaz YURTSEVEN (Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Dr. Öğr. Üyesi Ahmet Şakir DEMİRTAŞ (Karatay Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Dr. Öğr. Üyesi Hikmet TÜLEN (Karatay Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Dr. Öğr. Üyesi Mahmut KAPLAN (Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Dr. Öğr. Üyesi Mahmut KİZİR (Necmettin Erbakan Üniversitesi Adalet Meslek Yüksekokulu)
Dr. Öğr. Üyesi Murat AKSAN (Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Dr. Öğr. Üyesi Özlem ÇELİK (Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Dr. Öğr. Üyesi Süheyla ZORLU (Necmettin Erbakan Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Dr. Öğr. Üyesi Tuğba BAYRAKTAR (Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Dr. Öğr. Üyesi Yalçın BOSTANCI (Karatay Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Dr. Mehmet Savaş ÖZDAĞ

DERGİ HAKKINDA

AMAÇ

Necmettin Erbakan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi ile hukuk alanında özgün ve bilimsel makalelerin yayımlanması suretiyle ulusal ve uluslararası literatüre katkı sağlamak amaçlanmaktadır. Dergimiz güncel hukuki meseleler ile hukuk tarihine ilişkin konularda yayım yapması sebebiyle hukukçu akademisyen ve öğrencilere hitap ettiği gibi hukuk uygulamasında yer alan avukat, hakim ve savcı gibi meslek gruplarına da hitap etmektedir.

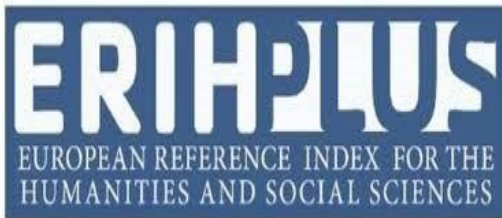
KAPSAM

Dergimiz Haziran ve Aralık aylarında olmak üzere yılda iki kez elektronik olarak yayımlanan hukukun bütün alt dallarında makale kabul eden ulusal hakemli bir dergidir. Bilimsel makalelerin yanı sıra karar incelemeleri, mevzuat değerlendirmesi, kitap incelemesi ve çeviriler de dergide yer almaktadır. Derginin yayım dili, Türkçe, İngilizce, Almanca ve Fransızcadır.

DEĞERLENDİRME SÜRECİ

Yılda iki sayı halinde yayımlanan Necmettin Erbakan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi hakemli bir dergidir. Dergimizde yayımlanan makaleler en az iki hakem tarafından incelenmektedir. Dergimiz bir yazarın bir yılda en fazla bir makalesini incelemeye almayı kabul eder. Haziran sayısı için 15 Nisan, Aralık sayısı için 15 Ekim son gönderim tarihidir.

TARANDIĞI İNDEKSLER



ARAŞTIRMA
MAKALELERİ
RESEARCH ARTICLES

6831 sayılı Orman Kanunu'nda Düzenlenen Orman Yakma Suçları

Şeyma SERT 

Araştırma Görevlisi, Atatürk Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku, Erzurum, Türkiye
seyma.salin@atauni.edu.tr (Sorumlu Yazar / Corresponding Author)

Makale Bilgileri	ÖZ
<p>Makale Geçmişi Geliş: 16.11.2022 Kabul: 31.05.2023 Yayın: 23.07.2023</p> <p>Anahtar Kelimeler: Orman, Orman Yangını, Orman Suçları, Orman Kanunu, Ekosistem.</p>	<p>Ormanlar, ekosistemin en önemli parçalarındandır. Orman yangınları ise orman varlığının azalmasındaki en büyük etkidir. 6831 sayılı Orman Kanunu'nda düzenlenmiş olan orman yakma suçları, kanundaki en ağır cezayı gerektiren suçlardır. Bu çalışmanın konusu, Orman Kanunu'nun 110. maddesinde düzenlenen taksirle orman yangınına sebebiyet verme suçu, kasten orman yakma suçu ve ormanda izinsiz ateş yakma suçlarıdır. Bu kapsamda suçlar, maddi ve manevi unsur, hukuka aykırılık, kusurluluk ve suçun özel görünüş şekilleri, muhakemeye ilişkin kurallar, yaptırım ve zamanaşımı bakımından incelenmektedir. Ayrıca çalışmada, orman yakma suçlarının konusu olan orman kavramından neyin anlaşılması gerektiği belirlenmektedir. Bu çalışmanın amacı, ulusal düzenlemeler, öğretilerdeki görüşler ve yargı kararlarından faydalanılarak orman varlığının azalmasındaki en büyük sebep olan orman yakma suçlarının açıklanmasıdır. Yargı kararları, özellikle, bir fiilin, hangi durumlarda ormanda izinsiz ateş yakma suçlarını hangi durumlarda taksirle orman yangınına sebebiyet verme suçunu teşkil ettiğinin ayırımında yardımcı olmaktadır.</p>

The Crimes of Setting Forests on Fire Pursuant to Forest Law No. 6831

Article Info	ABSTRACT
<p>Article History Received: 16.11.2022 Accepted: 31.05.2023 Published: 23.07.2023</p> <p>Keywords: Forest, Forest Fire, Forest Crimes, Forest Law, Ecosystem.</p>	<p>Forests are one of the most substantial parts of the ecosystem. Forest fires are the largest factor in the reduction of forest existence. The crimes of setting forests on fire are regulated in the Forest Law No. 6831 are the crimes that require the heaviest punishment into Forest Law. The subject of this study is the crimes of setting forests on fire by intentional or negligence and making a fire in the forest without permission pursuant to forest law no. 6831. In this context, these crimes are examined in terms of the material element, moral element, illegality, legal culpability, special appearance, procedure of reasoning, rules of sanction, and statute of limitations. In addition, the study explains what should be understood from the concept of forest, which is the subject of forest burning crimes. The aim of this study is to explain the crimes of forest burning, which is the biggest reason for the decrease in forest existence, by making use of national regulations, views in the doctrine and judicial decisions. Judicial decisions are particularly helpful in determining whether an act constitutes an making a fire in the forest without permission or causing a forest fire by negligence.</p>

Atıf/Citation: Sert, Ş.(2023). 6831 sayılı Orman Kanunu'nda Düzenlenen Orman Yakma Suçları, *Necmettin Erbakan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 6(2), s.419-448.

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



"This article is licensed under a [Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License](https://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0/). (CC BY-NC 4.0)"

GİRİŞ

Orman yangınları, başta ekosistem olmak üzere, insan canını, sağlığını, mal ve hizmetler ile ekonomiyi olumsuz yönde etkileyen çok önemli bir sorundur. 2020 yılı itibariyle ülkemizin orman varlığı, Birleşmiş Milletler'e bağlı olarak faaliyet gösteren Gıda ve Tarım Örgütü'nün (FAO), beş yılda bir yayınladığı Küresel Orman Kaynakları Değerlendirmesi (FRA) raporuna göre 22.220.360 hektar olarak hesaplanmıştır. Ülkemiz, 2020 yılında sahip olduğu ormanlık alan bakımından dünyada 27. sırada yer almaktadır¹. Ülkemizde orman yangınlarının başlıca sebepleri, insan fiillerinden kaynaklanmaktadır. Yıldırım düşmesi ise yangınların çok az bir kısmına sebep olmaktadır². Yıldırım düşmesi ve insanların kastı, ihmali ve dikkatsizliği sonucunda çıkan yangınlar, sebebi bilinen yangınlardır. Bunlardan başka sayıları oldukça fazla olan sebebi belirlenemeyen yangınlar bulunmaktadır³. Orman yakma suçları açısından sorun teşkil eden kısım, sebebi belirlenemeyen yangınlardır⁴. 2020 yılında çıkan 3399 orman yangınının 1859 adedinin sebebi bilinmemektedir⁵.

Orman yangınlarında önemli olan, devletin yangın çıkmadan önce özellikle yeni teknolojik gelişmelerden de yararlanarak önlem almasıdır⁶. Bu tür önlemlerin alınması, mali, insani ve kurumsal kaynaklara önemli miktarda yatırım yapılmasını gerektirir⁷. Büyük yangınlar sonrasında kamuoyunu yatıştırmak için tepkisel olarak yeni mevzuat hükümleri çıkarma baskısı, hükümlerin daha kolay kabul edilmesini sağlamaktadır⁸. Hatta orman yangınları ile ilgili izlenen politika ve düzenlenen mevzuat hükümleri, genellikle büyük bir felaket sonrasında, hızlı ve geçici şekillerde

¹ Food and Agriculture Organization of the United Nations. *Global Forest Resources Assessment Report*, 2020, <https://www.fao.org/forest-resources-assessment/en/> (Erişim Tarihi 4.11.2021), s. 21.

² Küçükosmanoğlu, Ali. "Ülkemizde Orman Yangınları ve Yangın Sezonları", *İstanbul Üniversitesi Orman Fakültesi Dergisi*, C. 44, S. 1-2, 1994, s. 122. Bunun nedeni yıldırımdan sonra yağmur yağmasıdır. Mol, Torul. "Orman Yangınları", *İstanbul Üniversitesi Orman Fakültesi Dergisi*, C. 43, S. 3-4, 1993, s. 72.

³ 285 sayılı Orman Yangınlarının Önlenmesi ve Söndürülmesinde Uygulama Esasları Tebliği, https://web.ogm.gov.tr/ekutuphane/Tebliğler/Forms/Orman_Yanginlariyla_Mucadele.aspx, (Erişim Tarihi 2.9.2021).

⁴ Orman yangınlarının sebepleriyle ilgili son 20 yılın verileri analiz edildiğinde, yangınların yüzde 48'ine insanların sebep olduğu, sebebi belirlenemeyen yangınlar da dâhil edildiğinde bu oranın yüzde 71'e çıktığı görülmektedir. Elvan, Osman Devrim / Birben, Üstüner / Özkan, Ulaş Yunus / Yıldırım, Hasan Tezcan / Türker, Yavuz Özhan. "Forest Fire And Law: An Analysis of Turkish Forest Fire Legislation Based on Food And Agriculture Organization Criteria", *Fire Ecology*, C. 17, S. 12, 2021, <https://link.springer.com/article/10.1186/s42408-021-00102-7>, (Erişim Tarihi 4.11.2021).

⁵ Orman Genel Müdürlüğü Ormanlık İstatistikleri. *Orman Yangınları*, 2020, <https://www.ogm.gov.tr/tr/ekutuphane/resmi-istatistikler>, (Erişim Tarihi 31.5.2022).

⁶ Bu konuda özellikle insansız hava araçlarından yararlanmanın önemi büyüktür. Orman yangınlarını izleme ve tespit etmede kullanımına kıyasla, insansız hava aracı temelli yangın söndürme teknikleri konusundaki araştırma ve geliştirme çalışmaları, henüz sınırlıdır ve ayrıntılı tekniklerden yoksundur. Yuan, Chi / Zhang, Youmin / Liu, Zhixiang. "A Survey on Technologies for Automatic Forest Fire Monitoring, Detection and Fighting Using UAVs and Remote Sensing Techniques", *Canadian Journal of Forest Research*, C. 45, S. 7, 2015, <https://cdnsiencepub.com/doi/10.1139/cjfr-2014-0347>, (Erişim Tarihi: 4.11.2021), s. 19.

⁷ Mavsar, Robert / Cabán, Armando González / Varela, Elsa. "The State of Development of Fire Management Decision Support Systems in America and Europe", *Forest Policy and Economics*, C. 29, S. 1, 2013, s. 45.

⁸ Mourao, Paulo Reis / Martinho, Vítor Domingues. "Forest fire legislation: Reactive or proactive?", *Ecological Indicators*, C. 104, S. 1, 2019, s. 143.

kabul edilmektedir⁹. Orman yakma suçlarında, 7442 sayılı Orman Kanunu ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun¹⁰ ile özellikle taksirle orman yangınına sebebiyet verme suçunun cezasının hem alt hem de üst sınırının artırılmasıyla birlikte mevzuatımızdaki ceza hükümlerinin, cezaların ağırlığı yönünden yeterli olduğu söylenebilir. Önemli olan, yangının çıkış sebebinin insan eliyle olması hâlinde, sorumluların tespit edilip etkin şekilde cezalandırılmasıdır.

Ekosistemin en önemli parçası olan ve yok olduktan sonra yerine yenisinin oluşmasının yıllar sürdüğü ormanların korunması için ormanlarda izinsiz ateş yakan, taksirle ya da kasten orman yangınına sebebiyet veren bireylerin cezalandırılması amacıyla orman yakma fiilleri, Türk Hukuk Sisteminde suç olarak düzenlenmiştir. Orman yakma suçları, 6831 sayılı Orman Kanunu'nun Beşinci Fasal, "Müşterek Hükümler" başlıklı bölümünde, "Ceza Hükümleri" başlıklı beşinci kısımda yer alan 110. maddede düzenlenmiştir¹¹.

Çalışmanın konusunu Orman Kanunu'nun 110. maddesinde düzenlenen, taksirle orman yangınına sebebiyet verme suçu, kasten orman yakma suçu ve ormanda izin verilen ve ocak yeri olarak belirlenmiş yerler dışında ateş yakma ya da izin verilen yerlerde yakılan ateşi söndürmeden mahalli terk etme, ormanlara sönmemiş sigara ya da yangına dolaylı olarak yol açabilecek madde atma ve ormanlara dört kilometre mesafede veya Orman Kanunu'nun 31. ve 32. maddeleri kapsamına giren köy hudutları içinde anız ya da benzeri bitki örtüsü yakma suçları oluşturmaktadır. Çalışmada orman yakma suçları, üç başlık altında ve suçla korunan hukuki değer, suçun maddi ve manevi unsurları, hukuka aykırılık, kusurluluk, suçun özel görünüş şekilleri, yaptırım ve muhakemeye ilişkin kurallar kapsamında incelenecektir. Ele alınacak olan suçlar, Yargıtay'ın konuyla ilgili içtihatları, öğretide yer alan görüşler ve örnekler yardımıyla açıklanacaktır.

⁹ Montiel-Molina, Cristina, "Comparative assessment of wildland fire legislation and policies in the European Union: Towards a Fire Framework Directive", *Forest Policy and Economics*, C. 29, S. 1, 2013, s. 5.

¹⁰ Orman Kanunu ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun, Kanun Numarası: 7442, Kabul Tarihi: 23.3.2023, RG., 5.4.2023/32154.

¹¹ Ayrıca kanunun 68-76. maddeleri arasında, orman yangınlarıyla ilgili genel düzenlemeler, idari para cezası gerektiren kabahatler ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda düzenlenmiş olan görevi kötüye kullanma ve ihmal suretiyle genel güvenliğe kasten tehlikeye sokulması suçlarını oluşturan çeşitli fiiller de yer almaktadır. Bunlardan başka Anayasanın 169. maddesinin birinci fıkrasının ikinci cümlesinde, yanmış olan ormanın yerinde yeni orman yetiştirileceği ve bu yanan alanlarda tarım ve hayvancılık yapılamayacağına dair düzenleme bulunmaktadır.

I. TAKSİRLE ORMAN YANGININA SEBEBİYET VERME SUÇU

A. Genel Bilgiler

Kişilerin dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı davranışları sonucunda meydana gelebilecek orman yangınlarını önlemek amacıyla taksirle orman yangınına sebebiyet verme fiili, Orman Kanunu'nda suç olarak düzenlenmiştir. Suç, Orman Kanunu'nun 110/3. maddesinde; “*Dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı olarak orman yangınına sebebiyet verenler üç yıldan on yıla kadar hapis cezası¹² ile cezalandırılır.*” şeklinde yer almaktadır. 7442 sayılı kanunla, suçun cezasının hem alt hem de üst sınırının artırılması, cezanın caydırıcılığı açısından son derece isabetli olmuştur. Çünkü taksirle orman yangınına sebebiyet verme suçu, özellikle yaz aylarında, insanların ormanları aktif bir şekilde piknik, gezi veya kamp gibi faaliyetlerinde kullanmaları ve bu esnada dikkatsiz ve özensiz davranmaları sonucunda artmaktadır.

Taksirle orman yangınına sebebiyet verme suçu¹³, 5728 sayılı Temel Ceza Kanunlarına Uyum Amacıyla Çeşitli Kanunlarda ve Diğer Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un¹⁴ 217. maddesiyle yapılan değişiklikten önce, kısmen farklı bir şekilde düzenlenmişti. Değişiklikten önce, cezanın üst sınırı, beş yıla kadar hapis cezası ve iki yüz milyon liradan beş yüz milyon liraya kadar adli para cezası şeklindeydi. 5728 sayılı Kanun ile yapılan değişiklik gerekçesinde de belirtildiği gibi, failin yangının söndürülmesinde ve etkisinin azaltılmasında gösterdiği çabalar veya meydana gelen zararın azlığı, cezada indirim yapılmasında dikkate alınacak bir kriter olarak belirlenmiştir. Madde metninde “*dikkat ve özen yükümlülüğü*” ibaresi kullanılarak TCK'daki taksirli sorumluluğun düzenlendiği 22. maddeyle uyum sağlanması amaçlanmıştır.

B. Korunan Hukuki Değer

Suçlarda korunan hukuki değer, toplumsal düzenin devamının sağlanması adına bir ceza normuyla korunması gerekli olan manevi, soyut ve ideal değerlerdir¹⁵. Bu suçta korunan hukuki değer, orman varlığını korumak ve geliştirmektir¹⁶. Zira orman suçlarının asıl düzenlenme sebebi orman yangınlarının azaltılarak orman varlığının dolayısıyla doğanın ve canlıların korunmasıdır.

¹² 23.3.2023 tarihli ve 7442 sayılı Kanun'un 26. maddesiyle bu fıkrada yer alan “iki yıldan yedi yıla” ibaresi “üç yıldan on yıla” şeklinde değiştirilmiştir.

¹³ Suç, 765 sayılı TCK m. 383/1'de; “Bir kimsenin tedbirsizlik ya da dikkatsizlik ya da sanat ve meslekte tecrübesizlik ya da nizam, emir ve kaidelere uymaması sonucunda bir yangına ya da patlamaya ya da batmaya ve deniz kazasına ya da genel bir tehlike içeren tahribata ve olaylara sebebiyet vermesi hâlinde otuz aya kadar hapis ve yüz liraya kadar ağır para cezasıyla cezalandırılacağı” şeklinde düzenlenmişti.

¹⁴ Temel Ceza Kanunlarına Uyum Amacıyla Çeşitli Kanunlarda ve Diğer Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun, Kanun Numarası: 5728, Kabul Tarihi: 23.1.2008, R.G., 8.2.2008/26781.

¹⁵ Dönmezer, Sulhi / Erman, Sahir. *Nazarî ve Tatbiki Ceza Hukuku Genel Kısım C: I*, 13. Tıpkı Bası, Beta Yayıncılık, İstanbul, 1997, s. 333; İçel, Kayıhan / Özgenç, İzzet / Sözüer, Adem / Mahmutoğlu, Fatih S. / Ünver, Yener. *Suç Teorisi 2. Kitap*, 1. Baskı, Sebat Yayıncılık, İstanbul, 1999, s. 95; Artuk, M. Emin / Gökçen, Ahmet / Alşahin, M. Emin / Çakır, Kerim. *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 16. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2022, s. 386.

¹⁶ Bayındır, Sinan. *Orman Suçları*, 1. Baskı, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2016, s. 108; Aygörmez, Gülsün Ayhan. “Orman Yakma Suçları (Orman K m. 110)”, *Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. XI, S. 2, 2021, s. 25.

C. Suçun Unsurları

1. Maddi Unsurlar

a. Fiil

Orman Kanunu'nun 110/3. maddesinde düzenlenen suçun fiil unsuru; dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı şekilde orman yangınına sebebiyet vermektir. Orman yangını, “*serbest yayılma eğiliminde olan ve ormanda yaşama birliği içinde bulunan canlı ve cansız bütün varlıkları yakarak yok eden ateş*” olarak tanımlanır. Orman yangınları örtü yangını, tepe yangını ve toprak yangını şeklinde meydana gelebilir. Bunların içinde en tehlikelisi ise tepe yangınıdır. Anız yakma, bağ ve bahçe temizliği gibi tarla çalışmaları, çöplerin yakılması, enerji nakil hattında meydana gelen arızalar, piknik ve çoban ateşi yakılması¹⁷ sonucunda ateşin belirli boyuta vararak yangına sebebiyet vermesi hâlinde, taksirle orman yangınına sebebiyet verme suçu oluşur.

Yakma fiilinin suç teşkil etmesi için belirli bir ağırlığa ulaşarak yangın boyutuna varması gereklidir. Örneğin, orman alanı içinde kamp ateşi yakanların fiili, izinsiz ateş yakma suçunu oluşturabilecekken yakılan ateşten sıçrayan kıvılcımların ormandaki ağaçları ve az da olsa orman örtüsünü yakması hâlinde, orman yakma suçu oluşur. Suçun oluşması için mutlaka ormandaki ağaçların yanması şart olmayıp orman bitki örtüsünün de kısmen ya da tamamen yanması yeterlidir. Suçun düzenlendiği maddede, orman yangınının çıktığı alanın büyüklüğü konusunda açık bir hüküm bulunmamaktadır. Dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı davranışın, orman içinde gerçekleşmesi mümkün olduğu gibi orman dışında da gerçekleşmesi mümkündür¹⁸. Önemli olan, fiil sonucunda çıkan yangının, ormanlık alana sıçramasıdır. Örneğin, bir çiftçinin tarla işlerinden olan anız yakma fiilini gerçekleştirdiği sırada yangının büyüyerek ormanlık alana sıçraması sonucunda ağaçların ve bitki örtüsünün yanması, taksirle orman yangınına sebebiyet verme suçunu oluşturur.

Suçun oluşması açısından suça konu yer, devlet ormanı olabileceği gibi özel bir orman ve kamu tüzel kişiliğine ait bir orman da olabilir. Yangının ne tür bir araçla çıktığının da önemi yoktur¹⁹. Örneğin, elektrik tel hatlarına ait bir direğin devrilmesi sonucunda, direğin tellerinin şase yapması neticesinde orman yangını çıkması hâlinde taksirle orman yangınına sebebiyet verme suçu oluşur²⁰.

Yargıtay, orman yangınının başlamış olduğu kuru otlarla çevrili bir çalılık alanda alkollü olarak yakalanan sanığın, yargılamanın tüm aşamalarında suçlamaları reddetmesi ve yangının

¹⁷ 285 sayılı Orman Yangınlarının Önlenmesi ve Söndürülmesinde Uygulama Esasları Tebliği, https://web.ogm.gov.tr/ekutuphane/Tebliğler/Forms/Orman_Yanginlariyla_Mucadele.aspx, (Erişim Tarihi 2.9.2021).

¹⁸ Bayındır, s. 109; Aygörmez, s. 47.

¹⁹ Ünal/Başpınar, s. 216; Bayındır, s. 109.

²⁰ “Öncelikle orman yangınının elektrik hattından kaynaklanıp kaynaklanmadığı tespit edildikten sonra, yangının elektrik hattından kaynaklandığının kesin olarak saptanması halinde, yangının çıktığı yerde döşenmiş bulunan elektrik hattının varsa ihalesine, yapımına, kesin kabulüne, bakımı ve kontrolüne, hatların geçtiği orman alanında kesim ve temizlemeye ilişkin onaylı belgeler temin edilip, mevzuata uygun şekilde hattın yapımı ve bakımının yerine getirilip getirilmediği, mevzuata aykırılık nedeniyle sanıkların kusurunun bulunup bulunmadığı araştırılarak sonucuna göre, 6831 sayılı Orman Kanununun 110/3. maddesindeki taksirle orman yangınına sebep olma suçu da göz önüne alınıp sanıkların hukuki durumlarının belirlenmesi gerekirken...” Yargıtay 4 CD, E. 2010/6646, K. 2010/10238, 25.5.2010, Lexpera İçtihat Programı.

başladığı noktada herhangi bir tutuşturucu ya da hızlandırıcı bulguya rastlanmaması üzerine taksirle orman yangınına sebep olma yerine kasten orman yakma suçundan cezalandırılmasını isabetsiz bulmuştur²¹. Kanaatimizce, burada failin kasten orman yakma suçundan cezalandırılmaması isabetlidir. Çünkü kasten orman yakma suçunun oluşabilmesi için bilme ve isteme unsurunun, olayda her türlü şüpheden uzak kesin delillerle ispatı gerekmektedir.

Isınma maksadıyla ormanlık alanda ateş yakılması sonucu orman alanının yanması durumunda, taksirle orman yangınına sebebiyet verme suçu oluşur²². Yemek yapmak amacıyla ormanlık alana 4 kilometreden az mesafede yakılan ateşin, rüzgârın da etkisiyle ormana sıçrayıp orman sahasının yanmasına neden olması hâlinde²³, dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı olarak hareket eden sanığın eylemi, taksirle orman yangınına sebebiyet verme suçunu teşkil etmektedir.

b. Fail

Fail, fiili neticesinde suçun kanuni tanımında yer alan unsurları gerçekleştiren kişidir. Suçlar failine göre, suçun tipikliğinin herhangi biri tarafından gerçekleştirilebileceği herkes tarafından işlenebilen suçlar ve suçun işlenmesi açısından, failde belli niteliklerin arandığı özgü suçlar olarak ikiye ayrılmaktadır²⁴. Taksirle orman yangınına sebebiyet verme suçu, fail bakımından bir özellik göstermeyip herkes tarafından işlenebilir. Kişinin bu suçta fail olabilmesi için gerçek kişi olması yeterlidir.

TCK m. 20/2 düzenlemesi gereğince, hareket yeteneği olmayan tüzel kişiler hakkında ceza yaptırımının uygulanması mümkün değildir. İşlenen suç nedeniyle sadece tüzel kişilere özgü güvenlik tedbirleri uygulanabilir. Tüzel kişilere özgü güvenlik tedbirleri ise TCK m. 60'ta düzenlenen faaliyet izninin iptali ve işlenen suçtan yarar sağlayan tüzel kişi hakkında müsadere hükümlerinin uygulanmasıdır. Faaliyet izninin iptali, yalnızca kasten işlenebilen suçlar yönünden mümkün olup taksirle işlenen suçlarda uygulanamaz. TCK m. 60'ta yer alan güvenlik tedbirlerinin, tüzel kişiler hakkında uygulanabilmesi için 4. fıkrada belirtildiği üzere ilgili suç tipinde açıkça bir düzenleme yer alması gerekir. Dolayısıyla Orman Kanunu'nda düzenlenen taksirle orman yangınına sebebiyet verme suçu açısından tüzel kişiler hakkındaki bu hükümlerin uygulanabilmesi mümkün değildir.

c. Mağdur

Mağdur, suçla ihlal edilen değer ait olduğu kişi veya kişilerdir²⁵. Taksirle orman yangınına sebebiyet verme suçunun konusu, belli bir kişi ya da kişilere ait olmadığından suçun mağduru, ormanların yanması sonucunda zarar gördüğü için toplumu oluşturan herkestir. Devlet ise mağdur olamayacağı için suçtan zarar gören konumundadır.

²¹ Yargıtay 19 CD, E. 2019/32410, K. 2019/15783, 17.12.2019, Lexpera İçtihat Programı.

²² Yargıtay 19 CD, E. 2019/31633, K. 2019/14527, 26.11.2019. Yargıtay'ın başka bir kararında da; "yakılan ateşin rüzgârın da tesiriyle kontrolden çıkıp ormana ulaşması sonucunda 0.5 hektar orman sahasının yandığı olayda, sanığın taksirle orman yangınına sebebiyet verme suçundan cezalandırılması gerektiğine..." Yargıtay 19 CD, E. 2019/31918, K. 2019/14109, 12.11. 2019, Lexpera İçtihat Programı.

²³ Yargıtay 19 CD, E. 2017/416, K. 2018/8855, 13.9.2018; benzer yönde bkz. Yargıtay 19 CD, E. 2018/5775, K. 2019/4273, 13.2.2019, Lexpera İçtihat Programı.

²⁴ Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır, s. 359; Özgenç, s. 211-212; Koca/Üzülmez, s. 105.

²⁵ Özgenç, s. 223; Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır, s. 372; Koca/Üzülmez, s. 107.

d. Konu

Suçun konusu, suçun kanuni tanımında yer alan hareketin yöneldiği kişi ya da şeydir²⁶. Suçun konusu, ormanlardır. Orman, hukuki ve biyolojik açıdan iki şekilde tanımlanabilir. Biyolojik bakımdan orman; “Geniş sahalarda kendine has bir iklim oluşturabilen, belirli yapı, yükseklik ve sıklıktaki ağaçların, ağaççıkların, çalı ve otsu bitkilerin, yosun, eğrelti otu ve mantarların, toprağın üstünde ve altında yaşayan çeşitli mikroorganizmaların, böceklerin ve hayvanların, orman toprağıyla birlikte oluşturduğu yaşam birliği”²⁷ şeklinde tanımlanmakta iken hukuki açıdan orman ise Orman Kanunu m. 1’de; “Tabii olarak yetişen veya emekle yetiştirilen ağaç ve ağaççık toplulukları yerleriyle birlikte orman sayılır.” şeklinde tanımlanmaktadır. Bu tanımda yer alan ağaç, ağaççık, kapalılık, topluluk ve yerleri kavramlarının ne anlama geldiği, Orman Kadastro ve 2B Uygulama Yönetmeliği²⁸ m. 14/1’de açıklanmıştır. Dolayısıyla suça konu yerin orman vasfına sahip olup olmadığı, gerek Orman Kanunu’nda yapılan tanımdan gerekse yönetmelikteki tanımlardan faydalanılarak tespit edilir.

Suçun konusu olan ormanın tespiti Orman Kanunu’ndaki hukuki tanıma göre yapılacağından, kanundaki tanıma göre orman sayılmayan yerlerde işlenen fiiller orman yakma suçlarını oluşturmaz. Aksi hâlde, ormanın tespitinde hukuki açıdan orman vasfı yerine biyolojik açıdan orman vasfının dikkate alınması, suçta ve cezada kanunilik ilkesine dolayısıyla belirliliğe aykırı olur.

Hukuki açıdan orman tanımının yer aldığı Orman Kanunu m. 1’de, doğal olarak yetişmiş ya da emekle yetiştirilmiş ağaç ve ağaççık topluluklarının yerleriyle beraber orman sayılacağı düzenlenmiştir. Fakat maddede, sazlıkların, step nebatlarıyla örtülü yerlerin, her çeşit dikenliğin, parkın, şehir mezarlığının, kasaba ve köy sınırları içindeki kadim mezarlıklarda bulunan ağaç ve ağaçlıklarla kaplı yerlerin, sahipli arazi ve civarındaki ormanlarda doğal şekilde yetişmemiş ağaç ve ağaççık çeşitlerinin bulunduğu yerlerin, orman sınırları içinde ya da bitişiğinde tapulu, orman sınırları dışındaysa her tür tasarruf belgesiyle özel mülkiyete tabi ve tarım arazisi şeklinde kullanılan, ağaç ve ağaççıklarla kaplı yerlerin, orman sınırları dışında yer alıp yüzölçümünün üç hektarı aşmadığı sahipli arazilerde doğal şekilde yetişmiş her çeşit ağaç ve ağaççıklarla kaplı yerlerin²⁹, orman sınırları içinde ya da bitişiğinde tapulu, orman sınırları dışındaysa her tür tasarruf belgesiyle özel mülkiyete tabi ve muhitin özelliklerine göre yetişmiş ya da yetiştirilecek olan fıstık çamlıkları ve palamut meşelikleri de dâhil her çeşit meyveli ağaç ve ağaççıkların, sahipli arazilerdeki aşılı ve aşısız zeytinliklerin, özel kanun gereğince devlet ormanlarından ayrılmış ve imar, ıslah ve temlik şartları yerine getirilmiş olan yabancı zeytinliklerin, 9.7.1956 tarih ve 6777 sayılı Kanunda belirtilen yabancı ya da aşılansız fıstıklık, sakızlık ve harnuplukların, funda ya da makilerle kaplı orman ve toprak muhafaza karakteri taşımayan yerlerin, orman sınırları dışında yer

²⁶ Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır, s. 375; Koca/Üzülmez, s. 108.

²⁷ Ünal, Mehmet / Başpınar, Veysel. *Orman Hukuku*, 4. Baskı, Savaş Yayınevi, Ankara, 2017, s. 16.

²⁸ *Orman Kadastro ve 2B Uygulama Yönetmeliği*, R.G. 20.11.2012/28473.

²⁹ Orman sınırları dışında kalıp yüz ölçümü üç hektarı aşmamış sahipli arazilerde doğal şekilde yetişen ağaç ve ağaççıklarla kaplı yerlerin orman sayılmayacağına dair istisna getirilmesinin sebebi, 5653 sayılı Kanun’a ait TBMM tutanaklarından görüleceği üzere, tarlasının bir kısmında küçük bir kuru veya baltalığa sahip olan kişilerin mağduriyet yaşamamasıdır. Ayanoğlu, Sedat. “Türk Orman Rejimine Eleştirel Bir Yaklaşım”, *İstanbul Üniversitesi Orman Fakültesi Dergisi*, C. 46, S. 2-A, 1996, s. 102.

alıp alan büyüklüğüne bakılmaksızın sahipli arazilerde, ekim ve dikim yolu ile yetiştirilen her çeşit ağaç ve ağaççıklarla örtülü yerlerin orman sayılmayacağı düzenlenmiştir.

Kanunda yer alan orman tanımındaki istisnalara bakıldığında, orman tanımının arazi kullanım esasına dayandırıldığı görülmektedir. Bunun sebebi, üzerinde ağaç örtüsü olan bazı arazilerin orman kapsamına alınmamasına karşılık üzerinde ağaç örtüsü bulunmayan bazı arazilerin ise orman kapsamına dâhil edilmesidir. Kanundaki tanıma bakıldığında, ağaçlık olan yerlerin her zaman orman olarak sınıflandırılmadığı görülür³⁰.

Orman Kanunu m. 4'e göre ormanlar, mülkiyet ve idare bakımından 3'e ayrılır. Bunlar, devlet ormanları, kamu tüzel kişilerine ait ormanlar ve özel ormanlardır. Suçun oluşması açısından suça konu yer, devlet ormanı olabileceği gibi özel bir orman veya kamu tüzel kişiliğine ait bir orman da olabilir.

Orman yakma suçları açısından, fiilin suç teşkil edip etmediğinin tespit edilebilmesi için orman kavramına neyin dâhil olduğunun ve sınırlarının, alanında uzman bilirkişiler vasıtasıyla açıkça belirlenmesi gerekir³¹. Ceza hukuku açısından orman tanımına Türk Ceza Kanunu'nda yer verilmediği için ceza normlarının uygulanmasında Orman Kanunu'ndaki hukuki tanım dikkate alınsa da bu tanım, ormanların korunması ve fonksiyonu açısından yeterli değildir. Çünkü bu tanım, herhangi bir ağaç ya da ağaççık ihtiva etmemesine rağmen ağaçlandırma yapılması gereken yerleri, potansiyel orman olarak isimlendirilen orman içi açıklıkları, ormana hizmet eden yerleri, fundalık ve makilikleri³², fıstık çamlarıyla palamut meşeliklerini kapsamamaktadır³³. Dolayısıyla ormanların ceza normlarıyla gerçek manada korunabilmesi için Orman Kanunu'nda yer alan güncelliğini yitirmiş bu tanımın değiştirilmesi yerinde olacaktır.

Taksirle yangına sebebiyet verme suçu, zarar suçudur. Meydana gelen olayda ortaya çıkan zarar ile failin fiili arasında nedensellik bağı bulunmalıdır³⁴. Suçun oluşması açısından, suçun işlendiği alanın orman sınırları içinde kalıp kalmadığının tespiti, orman bilirkişisi ve gerekirse harita bilirkişisi marifetiyle yapılır³⁵. Yangın çıkan yerin konumunun, orman sahası kapsamında kalıp kalmadığının şüpheye yer vermeyecek şekilde kesin olarak belirlenmesi, fail hakkında uygulanacak kanun maddesinin de belirlenmesi açısından zorunludur³⁶. Ayrıca yangın çıkan bölgenin, devlet ormanı mı yoksa özel orman mı olduğunun da net bir şekilde tespiti gerekmektedir. Çünkü Orman Kanunu'nda devlet ormanları hakkındaki düzenlemeler, özel

³⁰ Lund, H. Gyde. "What Is A Forest? Definitions Do Make A Difference An Example From Turkey", *Avrasya Terim Dergisi*, C. 2, S. 1, 2014, s. 3.

³¹ Toprak, Mustafa. *Açıklamalı-İçtihatlı Orman Suçları*, 3. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2019, s. 18.

³² Orman ve toprak muhafaza karakteri taşımayan fundalık ve makiliklerin orman sınırı dışına çıkarılıp bu yerlerin zilyetlik yoluyla iktisabına imkân tanınmasının, ülke ekonomisine katkı sağlayacağı için isabetli olduğu yönünde görüş için bkz. Ünal/Başpınar s. 22. Bu alanların istisnalar dışına çıkarılarak korunması gerektiği yönündeki görüş için bkz. Ayanoğlu, s. 103.

³³ Ayanoğlu, s. 101; Bayındır, s. 9.

³⁴ Mestav, Mehmet. *Açıklamalı İçtihatlı Orman Kanunu ve İlgili Mevzuat*, 2. Baskı, Yayın Matbaacılık, 2009. s. 1184.

³⁵ Yargıtay 7 CD, E. 2021/12233, K. 2021/13153, 21.10.2021, Lexpera İçtihat Programı.

³⁶ Yargıtay CGK, E. 2005/120, K. 2005/124, 15.11.2005, Lexpera İçtihat Programı.

ormanlar hakkındaki düzenlemelerle aynı değildir. Özel orman sahipleri, ormanlık alanlarını kullanırken daha özgür davranabilmektedir³⁷.

Orman Kanunu'nda orman olarak kabul edilmeyen alanlarda işlenen fiiller, orman yakma suçları kapsamında değerlendirilemez. Örneğin, Orman Kanunu m. 1/G'de belirtilen alanlar orman sayılmadığından, buradaki yangın çıkarma fiilleri orman yakma suçu oluşturmaz. Ancak orman sayılmayan alanların ceza hukuku korumasına alınıp yakılmasına yönelik yeni suç tiplerinin kanunda yer alması gerekir³⁸.

e. Nitelikli Hâller

Orman Kanunu'nun 110. maddesi, 5728 sayılı Kanun ile değiştirilmeden önce, orman yangını sonucunda kişilerin hayatının tehlikeye girmesi hâlinin cezayı artıran bir nitelikli hâl olduğu şeklinde düzenlenmişti. Burada düzenlenen nitelikli hâl, yalnızca kişilerin yaşamlarının tehlikeye girmesi veya ölüm hâlinde geçerli olup bunlar dışında kalan cismen yaralanmalarda cezayı artırmak mümkün değildi³⁹. Ancak 5728 sayılı Kanun ile yapılan değişiklikten sonra, bu nitelikli hâl kaldırılarak yangın sonucunda ölüm veya yaralanma meydana gelmesi hâlinde ayrıca bu suçlardan dolayı cezaya hükmolunacağı belirtilmiştir. Değişiklikten sonra Orman Kanunu m. 110/6'da yer alan suçların işlenmesi nedeniyle ölüm ya da yaralanma meydana gelmesi durumunda, ayrıca bu suçlardan da cezaya hükmolunacağı düzenlenmiştir. Bu anlamda mesele, artık içtima ilişkisi içerisinde değerlendirilmelidir.

Orman Kanunu'nun 110. maddesinin üçüncü fıkrasında; failin yangının söndürülmesi ve etkilerinin azaltılması yönündeki çabaları ya da ortaya çıkan zararın azlığı dikkate alınarak, verilecek cezanın yarısına kadar indirileceği belirtilerek suçun cezasını azaltan nitelikli bir hâl düzenlenmiştir. Zararın belirlenmesinde ise yangın sonucunda tamamen yanmış olan ağaç ve ağaççıkların değerinin, kısmen yanmış ağaç ve ağaççıkların değerinde ortaya çıkan azalmanın, alt tabaka orman örtüsü yandığı için meydana gelen zararın ve toprağın humuslu tabakası yandığı için oluşan verim kaybının göz önünde bulundurulacağı düzenlenmiştir.

Yargıtay, failin hem yangının söndürülmesinde ve etkisinin azaltılmasında çaba göstermesi hem de meydana gelen zararın az olması hâlinde, her iki indirim sebebinin ayrı ayrı değerlendirilerek uygulanması gerektiği görüşündedir⁴⁰. Ancak öğretilerde bu durumda cezada sadece bir kez indirim yapılması gerektiği görüşünde olanlar vardır⁴¹. Kanaatimizce, maddede, failin çaba göstermesinin ya da ortaya çıkan zararın azlığının cezada indirim sebebi olduğu belirtildiği için, olayda her iki indirim sebebinin de ayrı ayrı uygulanması gerekir. Bu nedenle,

³⁷ Ok, Kenan / Kayacan, Bekir. "Assessing the Situation of Non-forest Private Woodlands: The Turkish Case", *Small-Scale Forest Economics, Management and Policy*, C. 4, S. 3, 2005, s. 322.

³⁸ Aygörmez, s. 38.

³⁹ Günay, Erhan. *Orman Ceza Davaları Usul ve Esasları*, 1. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2001, s. 222.

⁴⁰ Yargıtay tarafından, Orman Kanunu'nun 110/3. maddesinde yer alan unsurlardan birinin ya da her ikisinin birlikte olayda mevcut olması durumunda cezadan indirim yapılabileceği yönündeki düzenleme sebebiyle her iki indirim sebebinin de ayrı ayrı dikkate alınmasının gerekmesi karşısında, sanığın yangının söndürülmesi hususunda bir çabası bulunmasa bile Kanun'un 110/3-3. cümlesi uyarınca, yangın neticesinde ortaya çıkan gerçek zararın belirlenmesinden sonra 110/3-2. cümlesinin uygulanmasının değerlendirilmesi gerektiği yönünde karar verilmiştir. Yargıtay 3 CD, E. 2012/13620, K. 2012/29779, 13.9.2012, Lexpera İçtihat Programı. Aynı yönde görüş için bkz. Aygörmez, s. 52.

⁴¹ Aras, Celal. *Açıklamalı-İçtihatlı Orman Kanunu*, 1. Baskı, Adil Yayınevi, Ankara, 2002, s. 996.

failin yangının söndürülmesi ve etkilerinin azaltılması yönünde çaba göstermemesi ancak meydana gelen zararın az olması hâlinde verilecek ceza yine yarısına kadar indirilir.

Yangın sonucunda oluşan zarar, yanan orman alanına ilişkin olup gerçek zararı kapsamaktadır. Örneğin, ormanlık alanda yanan ağaçlar, bitki örtüsü, tohumlar, toprağın verim gücünün düşmesi, ormanda yaşayan canlıların yok olması bu zararın içinde değerlendirilir. Ancak yangın söndürme ve yanan alanın yeniden ağaçlandırma masrafları⁴², tazminat olarak hükmedilebilirse de cezanın artırılması ve eksiltilmesinde göz önünde bulundurulamaz⁴³. Sadece bitki örtüsünün yandığı ancak ağaçların zarar görmediği bir orman yangınında, yapılan keşifler sonucunda ağaçların kurumadığı ve herhangi bir gelişme kaybına uğramadığının tespiti hâlinde, ortaya çıkan zararın azlığı sebebiyle cezada indirim yapılması gerekmektedir⁴⁴. Örtü yangını şeklinde görülen orman yangınlarında, yangın sonucunda toprakta bir verim kaybı olup olmadığının tespiti için bu keşif derhal yapılması önemlidir. Aksi hâlde Yargıtay'ın vermiş olduğu kararlardan da görüleceği üzere⁴⁵ topraktaki verim kaybı, aradan uzun bir süre geçtikten sonra yapılacak keşifle tespit edilemeyeceğinden, sanık lehine yorum yapılarak cezada indirimde gidilmektedir. Ancak ağaçlarda zarar meydana gelmemesi kadar toprakta verim kaybı olmaması da ormanlar açısından önemlidir.

Orman Kanunu'nun 111. maddesinde, orman rejimine dâhil edilen yerlerde, muhafaza ormanı veya milli park olarak ayrılan ormanlarda, orman suçlarının işlenmesi hâlinde genel bir artırım sebebi düzenlenmiştir. Dolayısıyla orman yakma suçlarının 111. maddede düzenlenen yerlerde işlenmesi durumunda ceza iki kat artırılarak verilir.

2. Manevi Unsur

Orman yakma suçları, hem kasten hem de taksirle işlenebilir. Suçun taksirli hâli Orman Kanunu m. 110/3'te, "dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı şekilde orman yangınına sebebiyet vermenin cezalandırılacağı" şeklinde düzenlenmiştir. Kanunda, suç teşkil eden eylemin, dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı şekilde icrası ayrıca suç olarak düzenlendiği için orman yakma suçunun taksirli hâli cezalandırılır (TCK m. 22/1).

Taksirle orman yangınına sebebiyet verme suçu zarar suçu olduğundan, meydana gelen yangın sonucunda ortaya çıkan zararlar failin fiili arasında nedensellik bağı bulunmadığı takdirde taksirden söz edilemeyeceği için failin olayla ilgili sorumluluğuna gidilemez. Yargıtay böyle bir olayda, taksirle orman yangınına sebebiyet verme suçunun unsurlarının oluşmadığına karar vermiştir⁴⁶. Taksirli fiilde haksızlığın temeli, objektif dikkat ve özen yükümlülüğünün ihlaline

⁴² Yangın söndürme ve yanan alanın yeniden ağaçlandırma masraflarının, gerçek zararın hesabında dikkate alınmayacağına ilişkin bkz. Yargıtay 19 CD, E. 2021/7445, K. 2021/6613, 15.6.2021; Yargıtay 19 CD, E. 2019/31918, K. 2019/14109, 12.11.2019, Lexpera İçtihat Programı.

⁴³ Yargıtay 3 CD, E. 1996/9392, K. 1996/10703, 27.11.1996; Yargıtay 3 CD, E. 2001/6253, K. 2001/6776, 13.6.2001, Lexpera İçtihat Programı.

⁴⁴ Yargıtay 19 CD, E. 2018/7146, K. 2019/254, 16.1.2019, Lexpera İçtihat Programı.

⁴⁵ Yargıtay 19 CD, E. 2017/3666, K. 2018/12318, 22.11.2018; Yargıtay 19 CD, E. 2015/35083, K. 2018/13548, 20.12.2018; Yargıtay 19 CD, E. 2016/4403, K. 2018/7438, 20.6.2018, Lexpera İçtihat Programı.

⁴⁶ "Sanığın aracının tedbirsizlik ve dikkatsizlik sonucu devrilmesiyle aracın yanmaya başlaması ve anız tarlasından ormana sirayet etmesi olayında, taksirle orman yangınına sebep olma suçunun unsurları oluşmamıştır." Yargıtay 3 CD, K. 2001/10352-10936, 5.11.2001, Mestav, s. 1184.

dayanır. Bu yükümlülüğe ilişkin kurallar, pozitif hukuk metinlerinde yer alan düzenlemelerde görülür. Tüm neticeli suçlardaki gibi taksirle işlenen suçlarda da meydana gelen neticeyle failin fiili arasında nedensellik bağı bulunmalı ve meydana gelen netice, faile objektif olarak isnat edilebilmelidir⁴⁷. Meydana gelen orman yangınında, orman sahasında yangını başlatıcı ateş yakıldığı belirlense dâhi bu ateşin kimin tarafından yakıldığına ilişkin bir tespiti yapılmaması ve yangının başlangıç noktasının ve rüzgârın yönünün tespiti amacıyla keşif yapılması⁴⁸, meydana gelen yangının sanığa objektif isnadiyeti için yeterli olmayacaktır.

Taksirle orman yangınına sebebiyet verme suçunun, bilinçli taksirle işlenmesi hâlinde cezada artırım yapılır. Somut olayda failin kasten yahut taksirle hareket ettiğinin net olarak tespiti gerekir. Bu tespiti yapabilmek için de sanığın ve tanığın beyanları, mevsim şartları, suç yerinin konumu ve sanığın suça konu yerin yanmasında herhangi bir menfaati olup olmadığı gibi hususlar dikkate alınır⁴⁹.

3. Hukuka Aykırılık Unsuru

Kasten işlenen suçlarda olduğu gibi taksirli suçlarda da tipikliğin gerçekleşmesi, bu davranışın hukuka aykırı olduğuna dair karine teşkil eder. Başka bir deyişle, taksirle gerçekleştirilen hareketin tipe uygunluğunun tespit edilmesi hâlinde, fiil kural olarak kendiliğinden hukuka aykırı olur. Ancak bu karine, olayda hukuka uygunluk sebeplerinin bulunması hâlinde ortadan kalkar. Taksirli suçlarda da kasıtlı suçlarda olduğu gibi hukuka uygunluk sebeplerinin gerçekleşmesi mümkündür⁵⁰.

Kanunda düzenlenen hukuka uygunluk sebepleri, taksirle orman yangınına sebebiyet verme suçu açısından uygulama alanı bulmaz. Meşru savunma, hakkın kullanılması, ilgilinin rızası ve kanun hükmünün icrası hukuka uygunluk sebepleri, taksirle orman yangınına sebebiyet verme suçu açısından uygulanacak bir örneğe sahip değildir.

D. Kusurluluk

Kusurluluğu kaldıran zorunluluk hâli, taksirle orman yangınına sebebiyet verme suçu bakımından uygulama alanı bulabilir. Örneğin, ormanda gezintiye çıkan kişinin, yolunu kaybetmesi sonucunda havanın soğuması üzerine ısınmak amacıyla yakmış olduğu ateşi söndüremeden, vahşi bir hayvanın saldırısına uğraması üzerine alandan kaçması ve söndüremediği ateşin rüzgârın etkisiyle ormanlık alandaki ağaçlara sıçrayarak yangına sebebiyet vermesi durumunda; vahşi hayvan saldırısının kişiye yönelik muhakkak ve ağır bir tehlike oluşturması sebebiyle zorunluluk hâli uygulama alanı bulabilir. Bu durumda fail, TCK m. 25/2 gereğince taksirle orman yangınına sebebiyet verme suçundan cezalandırılmayabilir.

⁴⁷ Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır, s. 431-450; Özgenç, İzzet. *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 15. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2019, s. 266-270.

⁴⁸ Yargıtay CGK, E. 2017/363, K. 2018/686, 25.12.2018, Lexpera İçtihat Programı.

⁴⁹ Mestav, s. 1176; Bayındır, s. 112.

⁵⁰ Koca, Mahmut / Üzülmöz, İlhan. *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 7. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2014, s. 215; Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır, s. 451.

Bunların haricinde, ceza sorumluluğunu kaldıran ya da azaltan; akıl hastalığı⁵¹, yaş küçüklüğü⁵², sağır ve dilsizlik, alkol ya da uyuşturucu madde etkisinde olma veya geçici nedenlerden birisinin varlığı durumunda TCK'nın bu hâllerle ilgili genel hükümleri, taksirle orman yangınına sebebiyet veren fail açısından uygulama alanı bulur.

E. Suçun Özel Görünüş Şekilleri

1. Teşebbüs

TCK'nın 35/1. maddesinde düzenlendiği üzere teşebbüs, yalnızca kasten işlenen suçlarda gerçekleşebileceğinden, taksirle orman yangınına sebebiyet verme suçuna teşebbüs mümkün değildir. Suç bakımından etkin pişmanlık hükümleri de düzenlenmemiştir.

Etkin pişmanlık hükümleriyle suçun daha az cezayı gerektiren nitelikli hâlleri birbirinden farklıdır. Suçun nitelikli hâlleri, maddi unsur içinde değerlendirilirken etkin pişmanlık, maddi unsurlar arasında yer almayıp suçun tamamlanmasından sonra, mahiyeti itibarıyla etkin pişmanlığa uygun bazı suçlar açısından cezayı azaltan ya da kaldıran şahsi bir sebep olarak ortaya çıkmaktadır⁵³. Ayrıca etkin pişmanlıkta, failin işlediği fiilin neticesinden pişmanlık duyması aranırken cezayı azaltan nitelikli hâllerde failin fiilinden pişman olması aranmaz. Hafifletici sebepler tüm suç ortaklarına sirayet ederken etkin pişmanlık, sadece pişmanlık gösteren suç ortağı hakkında uygulanır⁵⁴. Dolayısıyla, Orman Kanunu m. 110/3'te düzenlenen, failin yangının söndürülmesi ve etkilerinin azaltılması yönünde gösterdiği çabalar, atipik bir etkin pişmanlık hâli gibi görünse de cezayı azaltan nitelikli bir hâl olarak düzenlenmesi, suçun mahiyetine daha uygundur. Failin, yangının meydana gelmesinden sonra pişmanlık göstermesi, cezanın belirlenmesinde TCK m. 62 gereğince "*fiilden sonraki ve yargılama sürecindeki pişmanlığını gösteren davranışları*" göz önünde bulundurularak takdiri indirim sebebi olabilir.

2. İştirak

TCK'nın 40. maddesinde düzenlendiği üzere suça iştirak, yalnızca kasten ve hukuka aykırı bir fiilin varlığı hâlinde gerçekleşebileceğinden, taksirle orman yangınına sebebiyet verme suçunda iştirak hükümlerinin uygulanması mümkün değildir. Taksirle orman yangınına sebebiyet veren her fail, TCK m. 22/5 gereğince kendi kusurundan dolayı sorumlu olur.

⁵¹ "Sanık hakkında 6831 sayılı Kanun'un 110/3. maddesinde düzenlenen suçu işlediği gerekçesiyle yapılan yargılamada, Adli Tıp Kurumu'nun 16/01/2015 tarihli raporunda; sanığın TCK'nin 32/2. maddesi kapsamında ceza ehliyetini azaltacak nitelikte akıl hastalığının bulunduğu anlaşılmakta karşısında, sanık hakkında atılı suçtan verilecek cezanın altıda birinden fazla olmamak üzere indirilebileceği ya da mahkûm olunan ceza, süresi aynı olmak koşuluyla, kısmen veya tamamen, akıl hastalarına özgü güvenlik tedbiri olarak da uygulanabileceği hususu gözetilmeden hüküm kurulması...", Yargıtay 19 CD, E. 2018/4699, K. 2019/11352, 17.9.2019, Lexpera İçtihat Programı.

⁵² "Suç tarihinde 15-18 yaş aralığında olan suça sürüklenen çocuğun, TCK'nun 31/3. maddesi gereğince cezasından indirim yapılmadığı gibi gerekçeli karar başlığında sanık olarak belirtilmesi", Yargıtay 19 CD, E. 2016/6786, K. 2019/803, 23.1.2019, Lexpera İçtihat Programı.

⁵³ Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır, s. 294, 710.

⁵⁴ Özgenç, İzzet. *Zimmet Suçu*, 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2012, s. 64-70.

3. İçtima

Orman Kanunu m. 110/6'ya göre, taksirle orman yangınına sebebiyet verme suçunun işlenmesi nedeniyle ölüm ya da yaralanmanın meydana gelmesi durumunda, gerçek içtima hükümleri uygulanarak fail, ayrıca bu suçlardan dolayı cezalandırılır. TCK m. 85/2 gereğince, failin, taksirle orman yangınına sebebiyet vermesi sonucu, birden fazla kişinin ölümüne veya bir ya da birden fazla kişinin ölümüyle birlikte bir ya da birden fazla kişinin yaralanmasına sebep olması hâlinde, iki yıldan onbeş yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılması gerekir. Burada değinilmesi gereken bir başka husus, TCK m. 22/6'da düzenlenen, şahsi cezasızlık sebebi ile cezada indirim yapılmasını gerektiren şahsi sebeptir. TCK m. 22/6; *“Taksirli hareket sonucu neden olunan netice, münhasıran failin kişisel ve ailevi durumu bakımından, artık bir cezanın hükmedilmesini gereksiz kılacak derecede mağdur olmasına yol açmışsa ceza verilmez; bilinçli taksir halinde verilecek ceza yarıdan altıda bire kadar indirilebilir.”* şeklindedir. Failin, taksirle orman yangınına sebebiyet verme fiili sonucunda, taksirle kişilerin ölümüne ya da yaralanmasına yol açması hâlinde, bu netice, fail hakkında cezanın uygulanmasını gereksiz kılacak ölçüde mağduriyetine sebep olmuşsa ve münhasıran failin kişisel ve ailevi durumu bakımından ortaya çıkmışsa ceza verilmez. Ancak bu şahsi cezasızlık sebebinin uygulanabilmesi için meydana gelen neticeden, faille ailevi ilişkisi bulunmayan üçüncü kişilerin zarar görmemesi gerekir. Failin, bilinçli taksirle kişilerin ölümüne ya da yaralanmasına yol açması hâlinde ise hakkında verilecek cezada indirim yapılabilir. Bu indirimin yapılabilmesi için de aynı şartlar gerekmektedir.

Dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı davranış sonucunda yangına sebebiyet verilen alanın orman rejimi olmaması durumunda, taksirle orman yangınına sebebiyet verme suçu değil, TCK m. 171'de düzenlenmiş olan genel güvenliğin taksirle tehlikeye sokulması suçu oluşur.

TCK m. 43'te düzenlenen zincirleme suç hükümlerinin uygulanabilmesi için bir suç işleme kararının varlığı arandığından, taksirle işlenen suçlarda zincirleme suç hükümlerinin uygulanması mümkün değildir⁵⁵. Dolayısıyla taksirle orman yangınına sebebiyet verme suçunda zincirleme suç hükümleri uygulanmaz.

Anız veya bitki örtüsü yakılması sonucunda orman yangınına sebebiyet verilmesi hâlinde, TCK m. 44 gereğince fikri içtima hükümleri uygulanarak failin en ağır suç olan orman yangınına sebebiyet verme fiilinden dolayı cezalandırılması gerekir. Failin, anızları kasten yaktığı esnada çıkan yangının büyüyerek ormana sirayet etmesi hâlinde, bu durumu öngörüp sonucunu da kabullenmiş olması hâlinde en azından olası kastla hareket etmiş olduğu söylenebileceğinden, Orman Kanunu m. 110/3 gereğince kasten orman yakma suçundan cezalandırılması gerekir⁵⁶. Eğer anız veya bitki örtüsü yakılması sonucunda yangın çıkan bölge orman alanı değilse failin kastına göre, TCK m. 170'de düzenlenen genel güvenliğin kasten tehlikeye sokulması suçu veya TCK m. 171'de düzenlenen genel güvenliğin taksirle tehlikeye sokulması suçu uygulama alanı bulacaktır⁵⁷. Bahçede bulunan ayrık otların kesilip tarla kenarında biriktirilerek yakıldığı, yakılan ateşin büyümesi üzerine başkasına ait arazide bulunan zeytin ve palamut ağaçlarının yandığı ancak yangının ormanlık alana sıçramadan söndürüldüğü olayda, anız yakma suçu oluşmamış olup

⁵⁵ Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır, s. 798; Koca/Üzülmez, s. 489.

⁵⁶ Aygörmez, s. 43.

⁵⁷ Toprak, s. 172.

yangının orman sahasına 2 kilometre mesafede çıkmış olması sebebiyle orman yangını tehlikesi meydana geldiğinden, TCK m. 171/1-a bendinde düzenlenen genel güvenliğin taksirle tehlikeye sokulması suçu oluşur⁵⁸. Ormana yakın mesafede olan tarlasındaki anızları yakan kişinin, ateşin büyüyüp kontrolden çıkarak ormana sıçraması sonucu ormanlık alanın yanması durumunda, anız yakma fiilinden değil taksirle orman yangınına sebebiyet verme suçundan cezalandırılması gerekir⁵⁹. Orman yakma suçlarıyla ilgili verilen Yargıtay kararlarında, anız yakma fiilinin işlendiği esnada yakılan ateşin büyüyerek ormanlık alana sıçraması hâlinde, fikri içtima hükümlerinin uygulanacağı ve failin sadece taksirle orman yangınına sebebiyet verme suçundan cezalandırılacağı belirtilmektedir. Oysa Orman Kanunu m. 76'ya atıfla m. 110/2'de düzenlenmiş olan fiillerin işlenmesi sonucunda orman yangınına sebebiyet verilmesi hâlinde, failin kastına göre, kasten ya da taksirle orman yangınına sebebiyet verme suçlarından da ayrıca cezalandırılacağı yönünde bir düzenleme yapılarak fikri içtima hükümlerinin önüne geçilmesi sağlanabilir.

Tek bir fiille hem taksirle orman yangınına sebebiyet verme suçu hem de yakarak mala zarar verme suçu oluşabilir. Bu durumda, TCK m. 44 gereğince fikri içtima hükümleri uygulanarak sadece en ağır cezayı gerektiren suçtan ceza verilir. Örneğin, önceden husumeti olduğu kişinin ormanlık alan içinde bulunan aracını kasten yakan fail, ateşin büyüyerek ormana sirayet etmesi sonucu ormanlık alanın yanması durumunda, sadece taksirle orman yangınına sebebiyet verme suçundan cezalandırılır⁶⁰. Orman Kanunu m. 110/6'ya göre, taksirle orman yangınına sebebiyet verme suçunun işlenmesi nedeniyle ölüm ya da yaralanmanın meydana gelmesi durumunda, gerçek içtima hükümleri uygulanarak fail, ayrıca bu suçlardan dolayı cezalandırılır. TCK m. 85/2 gereğince, failin, taksirle orman yangınına sebebiyet vermesi sonucu, birden fazla kişinin ölümüne veya bir ya da birden fazla kişinin ölümüyle birlikte bir ya da birden fazla kişinin yaralanmasına sebep olması hâlinde, iki yıldan onbeş yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılması gerekir. Bunun haricinde, TCK m. 152/1-c'de düzenlenen, "*Mala zarar verme suçunun, devlet ormanı statüsündeki yerler hariç, nerede olursa olsun, her türlü dikili ağaç, fidan veya bağ çubuğu hakkında işlenmesi hâlinde fail hakkında bir yıldan dört yıla kadar hapis cezasına hükmolunur.*" maddesiyle ilişkisi de incelenmelidir. Maddede yer alan zarar verme fiilinin, devlet ormanı statüsündeki yerlerde gerçekleştirilmesi hâlinde, fiile göre, Orman Kanunu m. 91'de düzenlenen ağaç kesme suçları ya da m. 110'da düzenlenen orman yakma suçları oluşmaktadır. Ancak devlet ormanı statüsündeki yerler haricinde, nerede bulunduğu önemi olmaksızın, dikili ağaçlar, fidanlar ve bağ çubuklarına zarar verilmesi hâlinde, mala zarar verme suçunun nitelikli hâli oluşmaktadır. Bu zarar verme ise TCK m. 151'de belirtildiği üzere kısmen veya tamamen yıkma, tahrip etme, yok etme, bozma, kullanılamaz hâle getirme ya da kirletme şeklinde olabilir. Bu

⁵⁸ Yargıtay 19 CD, E. 2018/6905, K. 2019/261, 16.1.2019, Lexpera İçtihat Programı. Yine aynı şekilde; "sanığın işlettiği çiftliğe ait çöpleri yakmak için çıkardığı ateşin büyüyerek yangın çıkarması ve yangının ormanlık sahaya ulaşmadan söndürülmesi olayında, sanığın fiili, anız yakma suçunu teşkil etmeyip yaktığı ateşin orman alanına 596,05 metrelik mesafede çıkması sebebiyle orman yangını tehlikesi meydana getirdiğinden, fiilin TCK m. 171/1-a'da düzenlenmiş olan genel güvenliğin taksirle tehlikeye sokulması suçunu oluşturduğu gözetilmeyerek...", Yargıtay 19 CD, E. 2017/928, K. 2019/4836, 26.2.2019. Aynı yönde kararlar için bkz. Yargıtay 19 CD, E. 2018/1467, K. 2019/3890, 6.2.2019; Yargıtay 19 CD, E. 2015/8412, K. 2018/9017, 18.9.2018, Lexpera İçtihat Programı.

⁵⁹ Yargıtay 19 CD, E. 2016/1122, K. 2016/23413, 14.12.2016, Lexpera İçtihat Programı.

⁶⁰ Yargıtay 19 CD, E. 2016/9371, K. 2018/268, 17.1.2018, Lexpera İçtihat Programı.

suçun, TCK m. 152/2-a'da belirtildiği üzere yakmak suretiyle işlenmesi hâlinde ise verilecek ceza, bir katına kadar artırılır.

F. Yaptırım ve Muhakemeye İlişkin Kurallar

Orman Kanunu m. 110/3'te düzenlenmiş olan taksirle orman yangınına sebebiyet verme suçu, üç yıldan on yıla kadar hapis cezası gerektirmektedir. Ancak failin, yangının söndürülmesinde ve etkilerinin azaltılmasında gösterdiği çabaları ya da ortaya çıkan zararın azlığına göre, ceza yarısına kadar indirilir. Bu zararın belirlenmesi ise Orman Kanunu m. 110/3'te yer alan düzenlemeye göre yapılır.

Taksirle orman yangınına sebebiyet verme suçu şikâyete tabi suçlar arasında yer almadığından, suçun soruşturulması Cumhuriyet savcısınca re'sen yapılır. Suç bakımından görevli mahkeme, 5235 sayılı Kanun m. 11 gereğince Asliye Ceza Mahkemesidir. Yetkili mahkeme ise suçun işlendiği yer mahkemesidir.

Taksirle orman yangınına sebebiyet verme suçunun temel cezası, beş yıldan fazla ve yirmi yıldan az hapis cezasını gerektirdiği için dava zamanaşımı, TCK m. 66/1-d uyarınca on beş yıldır. Ceza zamanaşımıysa TCK m. 68/1-d uyarınca suçun beş yıldan fazla ve yirmi yıldan az hapis cezasını gerektirmesi nedeniyle yirmi yıldır.

II. KASTEN ORMAN YAKMA SUÇU

A. Genel Bilgiler

Kişilerin kasti fiilleri sonucunda meydana gelen orman yangınlarını cezalandırmak amacıyla kasten orman yakma fiili, Orman Kanunu'nda suç olarak düzenlenmiştir. Orman Kanunu'nun 110/4. maddesinde yer alan düzenlemeye göre, kasten orman yakma fiili, on yıldan az olmamak üzere hapis ve bin günden onbin güne kadar⁶¹ adlî para cezasını gerektirmektedir. Ayrıca maddeye, 7442 sayılı Kanun'un 26. maddesiyle yapılan değişiklik sonrası, "*Suçun, yangına müdahalenin geciktirilmesi veya yangının söndürülmesinin zorlaştırılması amacıyla ve bu amacı gerçekleştirmeye elverişli olacak yer, zaman veya şartlarda işlenmesi hâlinde faile verilecek ceza yarı oranında artırılır.*" şeklinde cezayı artıran bir nitelikli hâl eklenmiştir.

Orman Kanunu m. 110/5'e göre, kişinin, devletin güvenliğine karşı suç işlemek maksadıyla kurulan bir örgüt faaliyeti çerçevesinde devlet ormanlarını yakması hâlinde, müebbet hapis ve yirmibin günden yirmibeşbin güne kadar⁶² adlî para cezası ile cezalandırılacağı düzenlenmiştir. Terörle Mücadele Kanunu⁶³ m. 4/1-c ve m. 5'te, kasten orman yakma suçunun terör amacıyla, suç işlemek üzere kurulan bir örgüt faaliyeti çerçevesinde işlenmesi hâlinde, fail hakkında hükmedilecek hapis ve adli para cezalarına ilişkin birtakım hükümler yer almaktadır. Bu hükümler, çalışmada nitelikli hâl başlığında incelenecektir.

⁶¹ 23.3.2023 tarihli ve 7442 sayılı Kanun'un 26. maddesiyle bu fıkra da yer alan "on bin güne kadar" ibaresi, "bin günden onbin güne kadar" şeklinde değiştirilmiştir.

⁶² 23.3.2023 tarihli ve 7442 sayılı Kanun'un 26. maddesiyle bu fıkra da yer alan "yirmi bin güne kadar" ibaresi, "yirmibin günden yirmibeşbin güne kadar" şeklinde değiştirilmiştir.

⁶³ Terörle Mücadele Kanunu, Kanun Numarası: 3713, Kabul Tarihi: 12.4.1991, R.G., 12.4.1991/20843.

Kasten orman yakma suçu⁶⁴, 5728 sayılı Kanun'un 217. maddesiyle yapılan değişiklikten önce, kısmen farklı bir şekilde düzenlenmişti. Değişiklikten önce, kasten orman yakma suçunda cezanın üst sınırı, on beş yıla kadar hapis cezasını ve beş yüz milyon liradan bir milyar liraya kadar adli para cezasını gerektirmekteydi. Terör amacıyla örgüt mensubu kişilerce devlet ormanlarını yakma fiili ise yirmi dört yıldan otuz yıla kadar hapis ve beş milyar liradan on milyar liraya kadar adli para cezasını gerektirmekteydi. 5728 sayılı Kanun ile yapılan değişiklik gerekçesinde de belirtildiği üzere, kasten orman yakma suçunun cezası, suçun işleniş şekli, vasfı ve mahiyetine göre müeyyidesinde caydırıcılığın sağlanması amacıyla artırılmıştır.

B. Korunan Hukuki Değer

Bu suçta korunan hukuki değer, orman varlığını korumak ve geliştirmektir⁶⁵.

C. Suçun Unsurları

1. Maddi Unsurlar

a. Fiil

Orman Kanunu'nun 110/4. maddesinin fiil unsuru; bilerek ve isteyerek ormanları yakmaktır. Failin orman yakma fiilini işlerken tarla açma, faydalanma, yerleşme gibi amaçları⁶⁶, suçun oluşumu yönünden önem taşımaz⁶⁷. Fiil, ihmali veya icrai bir hareketle işlenebilir. Yangının çıkarıldığı aracın da suçun oluşumu yönünden bir önemi yoktur⁶⁸. Suçun oluşması açısından suçta konu yer, devlet ormanı olabileceği gibi özel orman ve kamu tüzel kişiliklerine ait bir orman da olabilir.

Orman yakma suçunun oluşması için fiilin ormanlardaki dikili orman örtüsü ve bitkilerin yakılması suretiyle işlenmesi gerekmektedir. Dolayısıyla önceden kesilmiş ağaçların ormanda yakılması, orman yakma suçunu değil, ağaç kesme suçunu oluşturur. Ancak kesilmiş ağaçların

⁶⁴ Suç, 765 sayılı TCK m. 370'te; "Süknaya mahsus bir binaya yahut ammeye müteallik binalara ve yahut ammenin istimaline mahsus bir mahalle veya sanayi tezgâhlarına ve tüccar ambarlarına içtial ve infilakı kabil şeylerin mahzenlerine ve tersanelere ve şimendifer arabalarına ve madenlere ateş verip kısmen veya tamamen yakanlar beş seneden aşağı olmamak üzere muvakkat ağır hapse mahkûm olur..." şeklinde düzenlenmişti. Ancak gerek kasten orman yakma suçları gerekse taksirle orman yangınına sebebiyet verme suçları, 765 sayılı TCK'da yer alan düzenlemeye göre sadece ormanlar üzerinde değil, başka yerlerde de işlenebilmekteydi. Sonrasında bu hükümler, 1995 tarihli ve 4114 sayılı Kanun ile kaldırılarak taksirle ve kasten orman yakma suçları, 6831 sayılı Orman Kanunu'nda bağımsız suç olarak düzenlenmiştir. Güneş, Yusuf. *Orman Suçlarının Ceza Hukuku Açısından İncelenmesi*, Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul Üniversitesi Fen Bilimleri Enstitüsü, 2001, s. 112.

⁶⁵ Bayındır, s. 108.

⁶⁶ Yanmış alanların işgal ve faydalanma suçuna konu olması hâlinde verilecek ceza, Orman Kanunu m. 93/2 gereğince bir kat artırılır. Bu artırımın yapılması, bu alanların temlik amacıyla yakılmasının önüne geçmek içindir. Ayrıca yanmış orman alanları, mineral ve toprağın verim gücü yönünden zengin olduğundan, bu düzenlemeyle yakılmış orman alanlarının sonradan farklı amaçlarla kullanımının önüne geçmek amaçlanmaktadır. Bu da tarla açmak için ormanların yakılmasını engellemektedir. Şayet tarla açmak için orman yakılırsa o zaman fail, kasten orman yakma suçundan cezalandırılır. Elvan, Osman Devrim. *Orman İşgal ve Faydalanma Eylemi Üzerinde İncelemeler*, Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul Üniversitesi Fen Bilimleri Enstitüsü, 2009, s. 133-135.

⁶⁷ Toprak, s. 170.

⁶⁸ Bayındır, s. 114.

yakılması sonucunda çıkan yangının ormana sirayet etmesi hâlinde burada artık orman yakma suçu meydana gelir⁶⁹.

Kasten orman yakma fiilinin, devletin güvenliğine karşı suç işlemek amacıyla kurulmuş bir örgütün faaliyeti çerçevesinde işlenmesi hâlinde⁷⁰ Orman Kanunu m. 110/5'teki suçun nitelikli hâli oluşur. Ancak burada dikkat edilmesi gereken husus, maddedeki düzenlemenin sadece devlet ormanları yönünden getirilmiş olmasıdır. Dolayısıyla örgüt faaliyeti çerçevesinde devlet ormanı dışında kalan ormanların yakılması hâlinde, failin bu maddeye göre müebbet hapis cezasıyla cezalandırılması mümkün değildir.

b. Fail

Fail, fiili neticesinde suçun kanuni tanımında yer alan unsurları gerçekleştiren kişidir. Suçlar failine göre, suçun tipikliğinin herhangi biri tarafından gerçekleştirilebileceği herkes tarafından işlenebilen suçlar ve suçun işlenmesi açısından, failde belli niteliklerin arandığı özgü suçlar olarak ikiye ayrılmaktadır⁷¹. Kasten orman yakma suçu, faili bakımından bir özellik göstermeyip herkes tarafından işlenebilen suçlardandır. Kişinin bu suçta fail olabilmesi için gerçek kişi olması yeterlidir.

c. Mağdur

Mağdur, suçla ihlal edilen değerın ait olduğu kişi veya kişilerdir⁷². Kasten orman yakma suçunun mağduru, ormanların yanması sonucunda zarar gördüğü için toplumu oluşturan herkeştir. Devlet ise mağdur olamayacağı için suçtan zarar gören konumundadır.

d. Konu

Suçun konusu, suçun kanuni tanımında yer alan hareketin yöneldiği kişi ya da şeydir⁷³. Suçun maddi konusu ormanlar olup taksirle orman yangınına sebebiyet verme suçunda yapılan açıklamalar, burası için de geçerlidir.

e. Nitelikli Hâller

Orman Kanunu m. 110/4'e, 7442 sayılı Kanun'un 26. maddesiyle; *“Suçun, yangına müdahalenin geciktirilmesi veya yangının söndürülmesinin zorlaştırılması amacıyla ve bu amacı gerçekleştirmeye elverişli olacak yer, zaman veya şartlarda işlenmesi halinde failde verilecek ceza yarı oranında artırılır.”* şeklinde cezayı artıran yeni bir nitelikli hâl getirilmiştir. Bu nitelikli hâlin uygulanabilmesi için, failin kasten orman yakma suçunu işlerken müdahalenin gecikmesi ya da söndürme işleminin zorlaştırılması amacıyla bazı hareketlerde bulunması aranmıştır. Bu amaçların failde bulunmaması hâlinde nitelikli hâl uygulanamaz. Yani suç tipinde, nitelikli hâlin oluşabilmesi için manevi unsur bakımından özel bir amaç aranmıştır. Suçun bu amaçları gerçekleştirmeye elverişli olacak yer, zaman ya da şartlarda işlenmesi durumunda ceza artırılır.

⁶⁹ Ünal/Başpınar, s. 222.

⁷⁰ 2020 yılında meydana gelen 72 adet kasıtlı yangının, 4'ü terör sebebiyle, 30'u kundaklama sebebiyle çıkarılmıştır. Bunların arasına, sebebi bilinmeyen yangınlar dâhil edilmemiştir. Orman Genel Müdürlüğü Ormanlık İstatistikleri. Orman Yangınları, 2020, <https://www.ogm.gov.tr/e-kutuphane/resmi-istatistikler>, (Erişim Tarihi 31.5.2022).

⁷¹ Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır, s. 359; Özgenç, s. 211-212; Koca/Üzülmez, s. 105.

⁷² Özgenç, s. 223; Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır, s. 372; Koca/Üzülmez, s. 107.

⁷³ Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır, s. 375; Koca/Üzülmez, s. 108.

Failin kasten orman yakma suçunu, yangınların söndürülmesinin çok güç olduğu yaz aylarında, havanın sıcak, nispi nem oranının düşük, yağışların az ya da rüzgârın şiddetinin yüksek olacağı bilinen zamanlarda, ormanın farklı yerlerinde aynı anda, konum olarak ormanın yol geçmeyen ya da yola uzak olan ve yangın söndürme araçlarının ve ekiplerinin, karadan ulaşmasının güç veya imkânsız olduğu iç ve yüksek kesimlerinde işlemesi hâlleri, elverişli hareketlere örnek olarak gösterilebilir.

Orman Kanunu m. 110/5'te; kişinin, devletin güvenliğine karşı suç işlemek maksadıyla kurulan bir örgüt faaliyeti çerçevesinde devlet ormanlarını yakması hâlinde, müebbet hapis ve yirmibin günden yirmibeşbin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılacağı düzenlenmiştir. Dolayısıyla suçun işleniş şekli yönünden getirilen bu nitelikli hâlin olayda bulunması hâlinde, ceza artırılır.

Terörle Mücadele Kanunu m. 4/1-c bendine göre, Orman Kanunu'nun 110/4 ve 110/5. maddelerinde tanımlanan kasten orman yakma suçlarının, terör amacıyla, suç işlemek üzere kurulan bir örgüt faaliyeti çerçevesinde işlenmesi, terör suçu sayılmaktadır. Terörle Mücadele Kanunu m. 5'te ise 4. maddede düzenlenen terör suçlarını işleyenler hakkında verilecek cezalarda artırım yapılacağına dair bir nitelikli hâl⁷⁴ düzenlenmiştir. Bu nitelikli hâle göre, m. 4'te yer alan suçların, örgüt faaliyeti çerçevesinde işlenmiş olması sebebiyle ilgili maddesinde cezanın artırılması öngörülmüşse sadece bu madde hükmüne göre artırım yapılır. Fakat yapılacak olan artırım, cezanın üçte ikisinden az olamaz. Dolayısıyla Orman Kanunu m. 110/4'te düzenlenen kasten orman yakma suçunun örgüt faaliyeti çerçevesinde işlenmiş olması hâli, m. 110/5'te cezayı artıran nitelikli hâl olarak düzenlenmiş olduğundan ve bu nitelikli hâlin cezası da kasten orman yakma suçunun cezasının üçte ikisinden fazla olduğundan, artık Terörle Mücadele Kanunu m. 5 gereğince cezada tekrar artırım gidilmesine gerek yoktur.

Orman Kanunu'nun 111. maddesinde, orman suçlarının, orman rejimi altına alınan yerlerde, muhafaza ormanı veya milli park olarak ayrılan ormanlarda işlenmesi hâli, genel bir artırım sebebi olarak düzenlenmiştir. Hükme göre, orman yakma suçlarının 111. maddede düzenlenen yerlerde işlenmesi hâlinde ceza iki kat artırılarak verilir.

2. Manevi Unsur

Kasten orman yakma suçunda manevi unsur kasttır. Suçun temel hâlinde, manevi unsur bakımından özel bir amaç aranmamış olup suçun oluşması için yangının çıkarılma amacının önemi yoktur. Tarlasını genişletmek amacıyla yangın çıkaran failin fiili, kasten orman yakma suçunu oluşturabilir⁷⁵.

⁷⁴ "3 ve 4. maddelerde yazılı suçları işleyenler hakkında ilgili kanunlara göre tayin edilecek hapis cezaları veya adli para cezaları yarı oranında artırılarak hükmolunur. Bu suretle tayin olunacak cezalarda, gerek o fiil için, gerek her nevi ceza için muayyen olan cezanın yukarı sınırı aşılabılır. Ancak, müebbet hapis cezası yerine, ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasına hükmolunur.

Suçun, örgütün faaliyeti çerçevesinde işlenmiş olması dolayısıyla ilgili maddesinde cezasının artırılması öngörülmüşse; sadece bu madde hükmüne göre cezada artırım yapılır. Ancak, yapılacak artırım, cezanın üçte ikisinden az olamaz."

⁷⁵ "...üç ayrı noktadan çıkarılan yangının, kasten ve muhtemelen tarla açmak amacıyla, bitişikte tarlası bulunan E. T. tarafından çıkarıldığı...", Yargıtay CGK, E. 1997/263, K. 1997/271, 25.11.1997. Sanığın, satın aldığı tarlayı bitişiginde yer alan ormanı fındıklık yapmak maksadıyla kasten yaktığı olayda, tanıkların verdiği ifadelerinin

Orman yakma suçunun oluşması için failin bilerek ve isteyerek hareket etmesi gerekir. Örneğin, failin kasten anız yakma fiili sonucunda ateşin ormanlık alana sıçrayarak orman yangınına sebebiyet vermesi hâlinde kasten orman yakma suçu değil; taksirle orman yangınına sebebiyet verme suçu oluşur⁷⁶. Yargıtay, orman boşluğunda bulunan ot yığınının altına giren yılanı öldürmek maksadıyla otları tutuşturan failin fiilinin orman yangınına sebebiyet vermesi hâlinde, taksirle orman yangınına sebebiyet verme suçunun oluşacağına karar vermiştir⁷⁷.

Kural olarak doğrudan kastla işlenen suçlar, tipiklikte bilme unsuru ya da hukuka aykırılık bilinci veya belli bir saik yahut amaçla hareket etmenin arandığı suçlar dışında, olası kastla da işlenebilirler⁷⁸. Bu sebeple kasten orman yakma suçunun temel hâlinin olası kastla da işlenebilmesi mümkündür⁷⁹. Yargıtay⁸⁰, babasından kalan evde oturma konusunda akrabalarıyla aralarında tartışma çıkması sonucu evi yakmaya karar veren failin, evin on beş metre yukarısında bulunan ormanlık alana giderek kurumuş otları tutuşturduğu, ancak çıkan yangının, evle ormanlık alan arasında herhangi bir ot, çalılık bulunmaması ve zeminin engebeli olması sebebiyle, eve doğru değil ormanlık alana doğru yayılmasıyla orman yangınına sebebiyet vermesi olayında, olası kastla orman yakma suçundan cezalandırılması gerektiğine karar vermiştir. Bu olayda fail, her ne kadar maksadının evi yakmak olduğu yönünde savunmada bulunmuş olsa da yangını iradi olarak başlattığı alanın orman arazisi olması sebebiyle, ormanlık alanın da yanacağını öngörmesine rağmen hareketinden vazgeçmemiş ve fiilinin olası sonucu olan orman yangınına kabullenmiştir.

3. Hukuka Aykırılık Unsuru

Orman yangınlarını söndürmede kullanılan ormancılık tekniklerinden birisi, devam eden yangının karşı yönünde kontrollü yangın çıkarmaktır. Böyle bir durumda yani bilinçli şekilde karşı yönden yangın çıkarılması hâlinde, kasten orman yakma suçu açısından kanun hükmünü icra hukuka uygunluk sebebi oluşabilir⁸¹. Ayrıca yaban hayatının geliştirilmesi için kullanılan ormanlarda amaçlı yakma fiili de kanun hükmünü icra hukuka uygunluk sebebi oluşturabilir⁸². Bunun dışında meşru savunma, hakkın kullanılması ve ilgilinin rızası hukuka uygunluk sebepleri, kasten orman yakma suçu bakımından uygulanacak bir örneğe sahip değildir.

sanığı suçtan kurtarma ya da daha az ceza almasını sağlamaya yönelik olması sebebiyle maddi delillerle çelişen bu beyanların dikkate alınmayacağı söylenmiştir. Sanığın kollukta verdiği ifade de yaktığı ateşin rüzgârın tesiriyle büyümesi neticesinde orman yangınına sebebiyet verdiği yönündeki savunması kabul edildiğinde bile, sanığın dolaylı kast gereğince ortaya çıkan neticeyi göze alması ve bu neticenin de gerçekleşmesi sebebiyle, ortaya çıkan bu sonuç bakımından da kasten hareket ettiği kabul edilmelidir. Yargıtay CGK, E. 2003/128, K. 2003/164, 27.05.2003, Lexpera İçtihat Programı.

⁷⁶ Bayındır, s. 114.

⁷⁷ Yargıtay 3 CD, E. 2012/2975, K. 2013/2953, Toprak, s. 188.

⁷⁸ Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır, s. 340.

⁷⁹ “Sanığın içtiği sönmemiş sigaralarını yangın çıkabileceğini öngörmesine karşın ormana atması ve bunun neticesinde yangın çıkması hâlinde, olayda TCK m. 21/2’de yer alan olası kast hükümlerinin uygulanıp uygulanmayacağı tartışılmadan hüküm tesis edilmesi”, Yargıtay 3 CD, E. 2011/2892, K. 2012/10299, 19.3.2012, Toprak, s. 183.

⁸⁰ Yargıtay CGK, E. 2002/197, K. 2002/288, 09.7.2002, Lexpera İçtihat Programı.

⁸¹ Güneş, *Orman Suçlarının Ceza Hukuku Açısından İncelenmesi*, s. 172.

⁸² Bingöl, Bora. “Yaban Hayatını Geliştirmek İçin Ormanlarda Amaçlı Yakma”, *Kilis 7 Aralık Üniversitesi Fen ve Mühendislik Dergisi*, C. 1, S. 2, 2017, s. 22.

D. Kusurluluk

TCK m. 24/2'de düzenlenen kusurluluğu kaldıran sebeplerden olan amirin emrinin icrası, kasten orman yakma suçu bakımından uygulama alanı bulmaz. Amirin emrinin icrası, emir konusunun suç oluşturması durumunda kusurluluğu kaldırmadığından, konusu suç oluşturan emri yerine getirip kasten orman yakan kişi, işlenen suçtan emri veren amirle birlikte sorumlu olur.

Fail, karşı koyamayacağı veya kurtulamayacağı cebir ve şiddet veya muhakkak ve ağır bir korkutma ya da tehdit altında suçu işlerse cezalandırılmaz. Fakat bu hâlde işlenen suçtan, tehdidi, cebri, korkutmayı ve şiddeti uygulayan kimse dolaylı fail hükümlerine göre sorumlu olur.

Ayrıca ceza sorumluluğunu kaldıran ya da azaltan; haksız tahrik, sağır dilsizlik, akıl hastalığı, yaş küçüklüğü, alkol ya da uyuşturucu madde etkisinde olma veya geçici nedenlerden birisinin bulunması hâlinde TCK'nın bu durumlarla ilgili genel hükümleri fail bakımından uygulanır.

E. Suçun Özel Görünüş Şekilleri

1. Teşebbüs

Orman yakma suçu, kasten işlenebilen bir suç olduğundan teşebbüse elverişlidir. Orman yakma suçunda gönüllü vazgeçme hükümlerinin uygulanması mümkündür. Failin, TCK m. 36 gereğince, kasten orman yakma suçunun icra hareketlerinden gönüllü olarak vazgeçmesi ya da kendi çabalarıyla suçun tamamlanmasını ya da neticenin gerçekleşmesini önlemesi hâlinde gönüllü vazgeçme hükümleri uygulanır ve teşebbüsten ceza verilmez. Örneğin, failin kasten orman yakmak için çakmağıyla yerdeki otları tutuşturması ancak aklına çocukken beslediği tavşanın gelmesi üzerine, yaktığı ateşi büyümeden söndürmesi hâlinde, gönüllü vazgeçme hükümlerinden yararlanması mümkündür.

Suç bakımından kanunda etkin pişmanlık hükümleri düzenlenmemiştir. Kanaatimizce, kasten orman yakma suçu, tıpkı kasten öldürme suçunda olduğu gibi telafisi imkânsız bir neticeye sebep olduğundan, bu suçta etkin pişmanlık hükümlerinin düzenlenmemiş olması isabetlidir. İçinde, oluşmasının belki yüzyıl sürdüğü ağaçların da bulunduğu bir ormanın kasten yakıldığı ve neticesinde, orada yaşayan binlerce canlının öldüğü göz önüne alındığında, ekosisteme verilen zararın ne denli büyük ve geri döndürülemez olduğu anlaşılmaktadır.

2. İştirak

Kasten orman yakma suçu, herkes tarafından işlenebilir. Dolayısıyla suç, iştirak hükümleri açısından özel bir duruma sahip değildir. TCK'da iştirake ilişkin düzenlenen genel hükümler, kasten orman yakma suçunda da uygulanır.

3. İçtima

Orman Kanunu m. 110/6'ya göre, kasten orman yangınına sebebiyet verme suçunun işlenmesi nedeniyle ölüm veya yaralanmanın meydana gelmesi durumunda, fail hakkında gerçek içtima hükümleri uygulanarak ayrıca bu suçlardan dolayı cezaya hükmolunur.

Kasten yangına sebebiyet verilen alanın orman rejimi olmaması durumunda, kasten orman yakma suçu değil, TCK m. 170'te düzenlenen genel güvenliğin kasten tehlikeye sokulması suçu oluşur.

F. Yaptırım ve Muhakemeye İlişkin Kurallar

Orman Kanunu m. 110/4'te düzenlenen kasten orman yakma suçu, on yıldan az olmamak üzere hapis ve bin günden onbin güne kadar adli para cezasını gerektirmektedir. Hapis cezasının üst sınırı, TCK m. 49/1 gereğince 20 yıldır. 7442 sayılı Kanun'un 26. maddesiyle değiştirilmeden önce suç için öngörülen adli para cezası "*on bin güne kadar*" olarak belirlenmişti. Dolayısıyla adli para cezasının alt sınırı TCK m. 52/1 gereğince beş gündü. Fakat 7442 sayılı Kanun ile yapılan değişiklikten sonra adli para cezasının alt sınırının bin gün olarak belirlenerek cezada artırımı gidilmesi, isabetli olmuştur. Orman Kanunu m. 110/5'te düzenlenen, devletin güvenliğine karşı suç işlemek amacıyla kurulan bir örgüt faaliyeti çerçevesinde devlet ormanlarının yakılması fiili ise müebbet hapis ve yirmibin günden yirmibeşbin güne kadar adli para cezasını gerektirmektedir. Yine bu nitelikli hâl bakımından da önceden "*yirmi bin güne kadar*" olan adli para cezasının alt ve üst sınırının, 7442 sayılı Kanun'un 26. maddesiyle "*yirmibin günden yirmibeşbin güne kadar*" şeklinde artırılması isabetli bir değişiklik olmuştur.

Kasten orman yakma suçu, şikâyete tabi bir suç olmadığından, suçun soruşturulması Cumhuriyet savcısınca re'sen yapılır. Suçta görevli mahkeme 5235 sayılı Kanun'un 12. maddesi uyarınca Ağır Ceza Mahkemesidir⁸³. Yetkili mahkeme ise suçun işlendiği yer mahkemesidir.

Kasten orman yakma suçunun temel cezası, beş yıldan fazla ve yirmi yıldan az hapis cezası gerektirmektedir. Dolayısıyla dava zamanaşımı, TCK m. 66/1-d uyarınca on beş yıldır. Ceza zamanaşımıysa TCK m. 68/1-d uyarınca suç, beş yıldan fazla ve yirmi yıldan az hapis cezasını gerektirdiğinden yirmi yıldır. Devletin güvenliğine karşı suç işlemek amacıyla kurulmuş bir örgütün faaliyeti çerçevesinde devlet ormanlarını yakma fiili ise müebbet hapis cezasını gerektirmektedir. Dolayısıyla dava zamanaşımı, TCK m. 66/1-b uyarınca yirmi beş yıldır. Ceza zamanaşımıysa TCK m. 68/1-b uyarınca otuz yıldır.

Anayasa m. 169/3'te, münhasıran orman suçları hakkında genel ve özel af çıkarılmayacağı; ormanları yakma, yok etme ya da daraltma maksadıyla işlenen suçların genel ve özel af kapsamına alınamayacağı düzenlenmiştir. Maddede yer alan düzenleme ile her ne kadar münhasıran orman suçları açısından genel ve özel af çıkarılmayacağı belirtilmişse de sadece orman suçları açısından değil de daha geniş kapsamlı bir genel veya özel af çıkarılması hâlinde, bu aftan orman suçlarından mahkûm olanların yararlanması engellenmemektedir. Örneğin, cezanın süresiyle genel affın kapsamının belirlendiği bir durumda, orman suçlarından mahkûm olan kişiler de bu aftan yararlanabilecektir⁸⁴.

⁸³ Değişiklik öncesinde, terör amacıyla orman yakma suçlarını işleyenler hakkındaki davalara, 2845 sayılı Devlet Güvenlik Mahkemelerinin Kuruluş ve Yargılama Usulleri Hakkındaki Kanun gereğince Devlet Güvenlik Mahkemeleri tarafından bakılmaktaydı. Yener, Orhan. *Orman Suçları ve Orman Ceza Davaları*, 1. Baskı, Adil Yayınevi, Ankara, 1996, s. 98.

⁸⁴ Sözüer, Adem. "Türk Hukukunda Af, 4454 ve 4616 sayılı Kanunlarda Öngörülen Şartla Salıverilme ve Ertelemeye İlişkin Hükümlerin Hukuksal Niteliği ile Bu Hükümlerin Anayasaya Uygunluğu Sorunu", *Anayasa Yargısı Dergisi*, C. 17, S. 1, 2001, s. 239.

CMK m. 100/1'e göre, şüpheli ya da sanık hakkında tutuklama kararı verilebilmesi için, kuvvetli suç şüphesini gösteren somut delillerin varlığı ve bir tutuklama nedeni gereklidir. CMK m. 100/3'te ise somut delillere dayanan kuvvetli suç şüphesinin varlığı hâlinde tutuklama nedeninin bulunduğu varsayıldığı katalog suçlar düzenlenmiştir. Kasten orman yakma suçu da CMK m. 100/3-f gereğince tutuklama nedeninin varsayıldığı katalog suçlar arasında yer aldığından, bu suçu işleyen fail hakkında tutuklama kararının verilebilmesi için kuvvetli suç şüphesini gösteren somut delillerin varlığı hâlinde ayrıca tutuklama nedenlerinin varlığı aranmaz.

III. ORMAN KANUNU'NUN 110/2. MADDESİNDE DÜZENLENEN SUÇLAR

A. Genel Bilgiler

Kişilerin izin verilen alanlar dışında ateş yakma ya da yaktığı ateşi söndürmeme, ormanlara dolaylı olarak yangına sebep verecek madde atma ya da maddede belirtilen alanlarda anız veya bitki örtüsü yakma şeklindeki orman yangını boyutuna varmayan ateş yakma fiillerinin önlenmesi amacıyla bu fiiller, Orman Kanunu'nda suç olarak düzenlenmiştir. Bu suçlar, Orman Kanunu'nun 110/2. maddesinde; "76. maddenin (b), (c) ve (d) bentlerinde belirtilen fiilleri işleyenler hakkında bir yıldan üç yıla kadar hapis ve adli para cezasına hükmolunur." şeklinde düzenlenmiştir. Orman Kanunu m. 76/b; "Ormanlarda izin verilen ve ocak yeri olarak belirlenen yerler dışında ateş yakmak veya izin verilen yerlerde yakılan ateşi söndürmeden mahalli terk etmek", m. 76/c; "Ormanlara sönmemiş sigara veya yangına dolaylı olarak yol açabilecek madde atmak" ve m. 76/d ise; "Ormanlara dört kilometre mesafede veya bu Kanununun 31. ve 32. maddeleri kapsamına giren köyler hudutları içinde anız veya benzeri bitki örtüsü yakmak" fiillerinin yasak olduğunu düzenlemiştir.

Orman Kanunu'nun 76. maddesinin a bendinde⁸⁵; "Devlet ormanlarında; Orman İdaresince belirlenen konak yerlerinden başka yerlerde geceleme" fiili⁸⁶, Orman Kanunu m. 110/1 gereğince binbeşyüz Türk Lirası⁸⁷ idari para cezasını gerektiren bir kabahat olarak düzenlenmiştir.

B. Korunan Hukuki Değer

Bu suçta korunan hukuki değer, ormanları yangın tehlikesinden koruyarak⁸⁸ orman varlığını sürdürmek ve geliştirmektir⁸⁹.

⁸⁵ Orman idaresince belirlenen konak yerleri dışında geceleme ve konak yerlerinde, kışlak, yaylak ve otlaklarda hazırlanan ocak yerlerinden başka yerlerde ateş yakma ve orman içine sönmemiş sigara atma, 765 sayılı TCK'nın 566/1. maddesinde; "15 günden aşağı olmamak üzere hafif hapis ya da 50 liradan aşağı olmamak üzere hafif para cezasını" gerektirmekteydi. Kızılay, Erkal. *Orman Suçları ve Tazminatlar*, 1. Baskı, Eko Matbaası, İstanbul, 1973, s. 51.

⁸⁶ "Sanığın 6831 sayılı Kanun'un 76/a maddesi kapsamında kalan orman alanında geçici olarak konaklamak amacıyla çadır kurmak eyleminin, 6831 sayılı Kanun'un 110/1. maddesi gereği kabahat niteliğinde olup idari para cezasını gerektirdiği", Yargıtay 19 CD, E. 2015/7631, K. 2018/7329, 20.6.2018, Lexpera İçtihat Programı.

⁸⁷ 23.3.2023 tarihli ve 7442 sayılı Kanun'un 26. maddesiyle bu fıkrada yer alan "elli" ibaresi "binbeşyüz" şeklinde değiştirilmiştir.

⁸⁸ Aygörmez, s. 25.

⁸⁹ Bayındır, s. 117.

C. Suçun Unsurları

1. Maddi Unsurlar

a. Fiil

Orman Kanunu'nda düzenlenen bu suçların fiil unsurları; b bendine göre ormanlık alanda izin verilen ve ocak yeri olarak belirlenen yerler dışında ateş yakmak ya da izin verilen yerlerde yakılan ateşi söndürmeden orayı terk etmek; c bendine göre ormanlara sönmemiş sigara ya da yangına dolaylı olarak sebebiyet verebilecek madde atmak; d bendine göre ise ormanlara dört kilometre mesafede ya da Orman Kanunu'nun 31. ve 32. maddesi kapsamında kalan orman köylerinin sınırları içinde anız ya da benzeri bitki örtüsü yakmaktır.

Orman Kanunu'nun 76. maddesinde düzenlenmiş olan ormanlarda ateş yakma fiilleri, orman yangını çıkmadan önceki fiillerdir. Orman yangını çıktıktan sonra failin, taksirle ya da kasten orman yakma suçlarından sorumlu tutulması gerekir⁹⁰.

Orman Kanunu'nun 76. maddesinin b bendinde yaptırım altına alınan fiil, sırf ormanda ateş yakmak olmayıp suçun oluşması için ormanlarda izin verilen veya ocak yeri olarak belirlenen yerler dışında ateş yakılması⁹¹ ya da izin verilen yerlerde yakılan ateşin söndürülmeden mahallin terk edilmesi gerekir.

Orman Kanunu'nun 76. maddesinin c bendinde ise ormanlarda doğrudan veya dolaylı olarak yangına sebebiyet verebilecek sönmemiş sigara⁹² gibi maddelerin atılması yaptırım altına alınmıştır.

Orman Kanunu'nun 76. maddesinin d bendinde düzenlenen fiil ise “*ormanlara dört kilometre mesafede veya bu Kanunun 31. ve 32. maddeleri kapsamına giren köyler hudutları içinde*⁹³ *anız*⁹⁴ *veya benzeri bitki örtüsü yakmak*”tır⁹⁵. Dolayısıyla ormanlara 4 km mesafeden uzak da olsa fiilin orman köyleri sınırları içinde işlenmesi hâlinde suç yine oluşmaktadır. Çiftçiler, hasat

⁹⁰ Günay, s. 221.

⁹¹ “Sanığın orman boşluğuna kömür ocağı hazırlayıp kömür yaptığıın tespit edildiğinin yazılı bulunmasına göre keşfe iştirak eden bilirkişiden suça konu yerde açılmış kömür ocağı bulunup bulunmadığı hususunda ek rapor alınıp sanığın eyleminin 6831 sayılı Kanunun 76/b maddesi göndermesiyle 6831 sayılı Kanun m. 110/2. kapsamında kalan suçu oluşturup oluşturmayacağıın değerlendirilmeksizin yazılı şekilde hüküm tesisi,” Yargıtay 3 CD, E. 2013/18870, K. 2014/3802, 30.1.2014, Lexpera İçtihat Programı.

⁹² 2020 yılında ülkemizde 45 orman yangını, atılan sigara izmaritleri sebebiyle çıkmıştır. Sebebi bilinmeyen yangınlar ise buna dâhil edilmemiştir. Orman Genel Müdürlüğü Ormancılık İstatistikleri. *Orman Yangınları*, 2020, <https://www.ogm.gov.tr/tr/e-kutuphane/resmi-istatistikler>. (Erişim Tarihi: 31.5.2022).

⁹³ Orman köyü, orman içi köy ve ormana bitişik köy olarak ikiye ayrılır. “*Orman içi köy; evlerin toplu olarak yer aldığı yerleşim alanlarından itibaren aralıksız devam eden arazi topluluğunun dört yönden ormanlarla çevrili olan köyleri; ormana bitişik köy ise evlerin toplu olarak yer aldığı yerleşim alanlarından itibaren aralıksız devam eden arazi topluluğu, bir, iki ya da üç yönden ormanlara bitişik olan köyleri*” ifade eder. Orman Köylülerinin Kalkınmalarının Desteklenmesi Hakkında Yönetmelik, m. 4, R.G. 31.7.1997/23066, <https://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/3.5.979637.pdf>. (Erişim Tarihi: 4.11.2021).

⁹⁴ TDK'ya göre anız; “*Ekin biçildikten sonra tarlada kalan köklü sap*” olarak tanımlanmıştır. www.tdk.gov.tr. (Erişim Tarihi: 5.11.2021).

⁹⁵ 2020 yılında ülkemizde 205 orman yangını, anız yakma sebebiyle çıkmıştır. Sebebi bilinmeyen yangınlar ise buna dâhil edilmemiştir. Orman Genel Müdürlüğü Ormancılık İstatistikleri. *Orman Yangınları*, 2020, <https://www.ogm.gov.tr/tr/e-kutuphane/resmi-istatistikler>. (Erişim Tarihi: 31.5.2022).

sonrasında tarlada kalan kökler ve saplardan kolayca kurtulmak, toprakta bulunan yabancı otların, zararlı böceklerin yok olmasını sağlamak ve verimliliği artırmak gibi maksatlarla anız yaksa da bunun toprağın verimliliğini düşürdüğü, hava ve çevre kirliliğine ve orman yangınlarına sebebiyet verdiği bilindiği için hem Orman Kanunu'nda hem Çevre Kanunu'nda anız yakma fiili yasaklanmıştır.

76. maddede belirtilen alanların dışında anız yakılması hâlinde 2872 sayılı Çevre Kanunu'nun İdari Nitelikte Cezalar başlıklı 20. maddesi uygulanarak her dekar için 80,39 TL idarî para cezası verilir. Fiilin orman ve sulak alanlara bitişik yerlerle meskûn mahalde işlenmesi hâlinde ise ceza beş kat artırılır⁹⁶.

Orman Kanunu'nun 76. maddesinin d bendinde düzenlenen 4 kilometrelik mesafenin nasıl tespit edileceğiyle ilgili açık bir hüküm bulunmamaktadır. Dolayısıyla kuş bakışı ya da başkaca bir ölçüm şekli düzenlenmediğinden, anız ya da benzeri bitki örtüsü yakılan alanın orman sahasına olan mesafesi, arazi üzerinde yapılacak tespit ile şüpheye mahal vermeyecek şekilde belirlenmelidir⁹⁷.

Orman Kanunu'nun 110/2. maddesi atfıyla 76. maddesinin d bendinde düzenlenen anız yakma fiilinin suç teşkil etmesi için, anız olarak değerlendirilebilecek otların, çalılıkların, hasat sonrası tarlada kalan ürün sapsularının en yakın ormanlık alana en fazla 4 kilometre mesafede bulunması ve bunların kasten yakılmış olması gerekmektedir. Yargıtay, kişinin tarlasında bulunan otları toplayarak kestikten sonra kenarda biriktirip yakması hâlinde, ateşin büyümesi sonucu çıkan yangının ormanlık alana ulaşmadan söndürülmesinde, anız yakma suçunun oluşmadığını, yakılan ateşin orman alanına 2550 metrelik mesafede bulunması sebebiyle orman yangını tehlikesi meydana geldiğinden TCK m. 171/1-a bendinde düzenlenmiş olan genel güvenliğin taksirle tehlikeye sokulması suçunu oluşturduğunu kabul etmiştir⁹⁸. Dolayısıyla anız yakma suçunun oluşabilmesi için, yakılan anız veya benzeri bitki örtüsünün tarlada dikili hâlde bulunması gerekir. Tarlada bulunan otların toplanarak farklı yerde biriktirilip yakılması hâlinde anız yakma suçu oluşmaz. Yargıtay, tarlada bulunan çayır otlarını ve gevenleri yakan failin fiilini, her ne kadar suç konusu sahada anız yakmamış olsa da madde kapsamında düzenlenmiş olan toprakta ekili hâlde bulunan anız benzeri bitkilerin oluşturduğu bitki topluluğunu dikili hâlde iken yakması sebebiyle, anız yakma suçunun oluşturduğunu kabul etmiştir⁹⁹. Benzer bir kararda ise böğürtlen ve karaçaltı cinsi yabancı bitkilerin, anız ve benzeri bitki örtüsü kapsamında olduğunu kabul etmiştir¹⁰⁰.

b. Fail

Fail, fiili neticesinde suçun kanuni tanımında yer alan unsurları gerçekleştiren kişidir. Suçlar failine göre, suçun tipikliğinin herhangi biri tarafından gerçekleştirilebileceği herkes

⁹⁶ Bayındır, s. 119.

⁹⁷ Yargıtay CGK, E. 2013/128, K. 2014/108, 4.3.2014, Lexpera İçtihat Programı.

⁹⁸ Yargıtay 19 CD, E. 2021/2529, K. 2021/5616, 25.5.2021. “Somut olayda sanığın ormana bitişik tarlada, kanola denen bitkinin sapsularını toplayarak, sıra halinde biriktirdiği ve kontrollü bir şekilde yaktığı tespit edilmiştir. Söz konusu bitki sapsuları toplanarak bir arada yakıldığı, bu haliyle anız ve benzeri bitki örtüsü mahiyetinde olmadığı, bu nedenle eylemin 6831 sayılı yasanın 110. maddesi kapsamında değerlendirilemeyeceğinin tespit edilmiş olmasına göre...” Yargıtay 3 CD, E. 2014/20594, K. 2014/24635, 19.6.2014, Lexpera İçtihat Programı.

⁹⁹ Yargıtay 3 CD, E. 2014/10073, K. 2014/16000, 17.4.2014, Lexpera İçtihat Programı.

¹⁰⁰ Yargıtay 3 CD, E. 1998/9248, K. 1998/10368, 9.11.1998, Günay, s. 226.

tarafından işlenebilen suçlar ve suçun işlenmesi açısından, failde belli niteliklerin arandığı özgü suçlar olarak ikiye ayrılmaktadır¹⁰¹. Orman Kanunu'nun 110/2. maddesinde düzenlenen bu suçlar, fail açısından özellik göstermeyip herkes tarafından işlenebilir. Kişinin bu suçta fail olabilmesi için gerçek kişi olması yeterlidir.

c. Mağdur

Mağdur, suçla ihlal edilen değer ait olduğu kişi veya kişilerdir¹⁰². Bu suçların mağduru, toplumu oluşturan herkeştir. Devlet ise mağdur olamayacağı için suçtan zarar gören konumundadır.

d. Konu

Orman Kanunu'nun 110/2. maddesinde düzenlenen suçların konusu, devlet ormanlarıdır. Suçlar, tehlike ve zarar suçları olarak, tehlike suçları ise soyut ve somut tehlike suçları olarak ikiye ayrılır. Orman Kanunu m. 110/2'de düzenlenen bu suçlar, soyut tehlike suçu olup failin cezalandırılması için ayrıca orman yangınının çıkmasına gerek yoktur. Çünkü soyut tehlike suçunda, fiilin suç konusu üzerinde tehlikeye sebebiyet verip vermediği önemli olmayıp suçun tipikliğinde gösterilmiş hareketin yapılması ya da yapılmamasıyla beraber tehlikenin gerçekleştiği kabul edilir. Somut tehlike suçunda ise fiil, suç konusu üzerinde gerçek bir tehlikeye sebebiyet vermiş olmalıdır¹⁰³. Orman suçları hem mevcut orman varlığına zarar verip hem de onların geleceğini tehlikeye düşürdüğünden, bazı orman suçları bu şekilde soyut tehlike suçu olarak karşımıza çıkar¹⁰⁴.

e. Nitelikli Hâller

Orman Kanunu'nun 110. maddesi, 5728 sayılı Kanun ile değiştirilmeden önce, orman yangını sonucunda sadece kişilerin hayatının tehlikeye girmesi hâlinin cezayı artıran bir nitelikli hâl olduğu düzenlenmişti. Ancak 5728 sayılı Kanun ile yapılan değişiklikten sonra, bu nitelikli hâl kaldırılarak m. 110/6'da, yangın sonucunda ölüm veya yaralanma meydana gelmesi hâlinde ayrıca bu suçlardan dolayı cezaya hükmolunacağı belirtildiğinden, mesele, artık içtima ilişkisi içerisinde değerlendirilmelidir.

2. Manevi Unsur

Orman Kanunu'nun m. 110/2 atıfla 76. maddesinde düzenlenen bu suçlar, kasten işlenebilen suçlardandır. Bu suç tipinde manevi unsur bakımından özel bir saik ve amaç aranmadığından, genel kastla işlenebilir. Kural olarak doğrudan kastla işlenen suçlar, tipiklikte bilme unsuru ya da hukuka aykırılık bilinci veya belli bir saik yahut amaçla hareket etmenin arandığı suçlar haricinde, olası kastla da işlenebilirler¹⁰⁵. Bu nedenle Orman Kanunu m. 110/2 atıfla 76. maddede düzenlenen bu suçların olası kastla da işlenebilmesi mümkündür.

¹⁰¹ Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır, s. 359; Özgenç, s. 211-212; Koca/Üzülmez, s. 105.

¹⁰² Özgenç, s. 223; Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır, s. 372; Koca/Üzülmez, s. 107.

¹⁰³ Centel, Nur / Zafer, Hamide / Çakmut, Özlem. *Türk Ceza Hukukuna Giriş*, 10. Bası, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2017, s. 267-268; Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır, s. 379; Koca/Üzülmez, s. 111; Özgenç, s. 221.

¹⁰⁴ Güneş, Yusuf. "Orman Suçlarının Ceza Hukuku Açısından İncelenmesi", *İstanbul Üniversitesi Orman Fakültesi Dergisi*, C. 54, S. 1, 2004, s. 144.

¹⁰⁵ Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır, s. 340.

Bu suçlar, taksirle işlenemezler. Örneğin, kurduğu çadırda süt pişirmek amacıyla ateş yakan fail, yaktığı ateşin rüzgârın etkisiyle otlara sirayet ederek anızların yanmasına sebebiyet vermesi durumunda, kastı olmadığı için anız yakma suçundan dolayı cezalandırılmaz¹⁰⁶.

3. Hukuka Aykırılık Unsuru

Hukuka uygunluk sebeplerinden olan TCK m. 24/1'de düzenlenmiş olan kanun hükmünü icra ve TCK m. 26/1'de düzenlenen hakkın kullanılması, Orman Kanunu'nun 110/2. maddesinde düzenlenen suçlar açısından uygulama alanı bulabilir¹⁰⁷.

D. Kusurluluk

Kusurluluğu kaldıran sebeplerden olan TCK m. 25/2'de düzenlenen zorunluluk hâli, Orman Kanunu'nun 110/2. maddesinde düzenlenen suçlar açısından uygulama alanı bulabilir. Örneğin, ormanda izin verilen kamp alanında yaktıkları ateşi, vahşi hayvan saldırısına uğramaları sonucunda kaçmaları sebebiyle söndüremeyen kişiler, zorunluluk hâli sebebiyle, Orman Kanunu'nun 76. maddesinin b bendinde yaptırım altına alınan izin verilen yerlerde yakılan ateşi söndürmeden mahalli terk etmek suçundan cezalandırılmazlar.

Failin Orman Kanunu'nun 110/2. maddesinde düzenlenen suçları, karşı koyamayacağı veya kurtulamayacağı cebir ve şiddet veya ağır ve muhakkak bir korkutma veya tehdit altında işlemesi durumunda kendisine ceza verilmez. Fakat bu hâlde işlenen suçtan, tehdidi, cebri, korkutmayı ve şiddeti uygulayan kimse dolaylı fail hükümlerine göre sorumlu olur. Ayrıca, ceza sorumluluğunu kaldıran ya da azaltan sebeplerden birisinin olayda bulunması hâlinde TCK'nın bu hâllerle ilgili genel hükümleri fail bakımından uygulanır.

E. Suçun Özel Görünüş Şekilleri

1. Teşebbüs

Orman Kanunu'nun 110/2. maddesinde düzenlenen suçlarda, eğer icra hareketleri kısımlara ayrılabilirse teşebbüs mümkündür¹⁰⁸.

2. İştirak

Orman Kanunu'nun 110/2. maddesinde düzenlenen suçlar, herkes tarafından işlenebilir. Dolayısıyla suç, iştirak hükümleri açısından özel bir duruma sahip değildir. TCK'da iştirake ilişkin düzenlenen genel hükümler, bu suçlar yönünden uygulanır.

3. İçtima

Ormana 4 km mesafede bulunan köyde yahut 4 km mesafeden uzak da olsa orman köyünde, anız veya benzeri bitki örtüsünün yakılması sonucunda orman alanı yanmazsa dâhi m. 110/2'de düzenlenen anız yakma suçu oluşur. Fiil sonucunda orman yangını da meydana geldiyse fikri içtima hükümleri gereğince fail, daha ağır cezayı gerektiren taksirle orman yangınına sebebiyet verme suçundan dolayı cezalandırılır. Çıkan yangın sonucunda yanan alan orman sahası değilse sanığın kastı araştırılarak çıkan sonuca göre TCK m. 170'de düzenlenen genel güvenliğin

¹⁰⁶ Yargıtay 3 CD, E. 1998/13519, K. 1999/1274, 16.2.1999, Lexpera İçtihat Programı.

¹⁰⁷ Bayındır, s. 120.

¹⁰⁸ Bayındır, s. 120.

kasten tehlikeye sokulması suçundan ya da m. 171'de düzenlenen genel güvenliğin taksirle tehlikeye sokulması suçundan ceza verilir¹⁰⁹.

Orman Kanunu m. 110/6 uyarınca, bu maddede düzenlenmiş olan suçların işlenmesi sebebiyle, ölüm ya da yaralanma meydana gelmesi hâlinde fail, gerçek içtima hükümleri gereğince ayrıca bu suçlardan dolayı cezalandırılır. Örneğin, ormana dört kilometre mesafede bulunan tarlasındaki anızları yaktığı sırada, rüzgârın etkisiyle yangının büyüyerek tarlada çalışmakta olan kişileri öldürmesi ya da yaralaması hâlinde fail, ayrıca ölüm veya yaralanmalardan ya da her ikisinden birlikte TCK m. 85/2 hükümleri uyarınca cezalandırılır. TCK m. 22/6 gereğince, taksirle meydana gelen bu neticenin, fail hakkında cezanın uygulanmasını gereksiz kılacak ölçüde mağduriyetine sebep olması ve münhasıran failin kişisel ve ailevi durumu bakımından ortaya çıkması hâlinde ceza verilmez. Örneğin, failin anız yakması sonucunda sadece tarlada çalışan eşinin yaralanması hâlinde şahsi cezasızlık sebebi uygulanabilir. Failin, bilinçli taksirle kişilerin ölümüne ya da yaralanmasına yol açması hâlinde ise şartları varsa hakkında verilecek cezada indirim yapılabilir.

F. Yaptırım ve Muhakemeye İlişkin Kurallar

Orman Kanunu'nun 110/2. maddesinde düzenlenen suçlar, bir yıldan üç yıla kadar hapis ve adli para cezası gerektirmektedir.

Orman Kanunu'nun 110/2. maddesinde düzenlenen suçlar, şikâyete tabi olmadığından, suçun soruşturulması Cumhuriyet savcısınca re'sen yapılır. Söz konusu suçlar bakımından görevli mahkeme 5235 sayılı Kanun m. 11 gereğince Asliye Ceza Mahkemesidir. Yetkili mahkeme ise suçun işlendiği yer mahkemesidir.

Orman Kanunu'nun 110/2. maddesinde düzenlenen suçlar, soruşturması şikâyete tabi olmadığından ve CMK m. 253'te yer alan suçlar arasında sayılmadığından, uzlaşma hükümlerine tabi değildir.

Orman Kanunu'nun 110/2. maddesinde düzenlenen suçların temel cezası, beş yıldan fazla olmamak üzere hapis ve adli para cezasını gerektirdiği için dava zamanaşımı, TCK m. 66/1-e gereğince sekiz yıldır. Ceza zamanaşımıysa TCK m. 68/1-e gereğince suçların beş yıla kadar hapis ve adli para cezasını gerektirmesi nedeniyle on yıldır.

İstisnai nitelikte bir ceza yargılama yöntemi olan seri muhakeme usulü, CMK m. 250/1'de düzenlenmiş olan suçlar haricinde uygulanamaz. Dolayısıyla CMK m. 250/1'de düzenlenen suçlar arasında yer almadığından, Orman Kanunu m. 110'da düzenlenmiş olan hiçbir orman yakma suçu hakkında seri muhakeme usulünün uygulanması mümkün değildir.

TCK m. 75/1'e göre, uzlaşma kapsamında yer alan suçlar hariç, sadece adli para cezasını gerektiren ya da kanunda öngörülen hapis cezasının üst sınırının altı ayı geçmediği suçlarda önödeme usulü uygulanır. Ayrıca TCK m. 75/6-a,b,c,d bentlerinde yer alan suçlar bakımından da

¹⁰⁹ Toprak, s. 172; Bayındır, s. 120. Aynı yönde verilen bir Yargıtay kararında; "Sanığın orman alanına 4 kilometreden az mesafede anız yakma şeklinde gerçekleşen eylemi nedeniyle TCK'nin 44. maddesi gereği sadece 6831 sayılı Kanun'un 110/2. maddesi uyarınca mahkûmiyeti gerekirken ayrıca TCK'nin 171/1-a maddesi gereği de mahkûmiyetine karar verilmesi" bozmayı gerektirmiştir. Yargıtay 19 CD, E. 2019/31932, K. 2019/14122, 12.11.2019, Lexpera İçtihat Programı.

önödeme hükümleri uygulanır. Ancak Orman Kanunu m. 110'da düzenlenmiş olan hiçbir orman yakma suçu, önödeme usulünün şartlarını taşımadığından ve TCK m. 75/6'da düzenlenen suçlar arasında yer almadığından, bu suçlar hakkında önödeme hükümleri uygulanamaz.

SONUÇ

Orman yangınlarının, içinde yaşayan canlılarla birlikte bitki örtüsü ve ağaçları yok etmesinin yanı sıra orman çevresindeki yerleşim alanlarına sıçrayıp insanların can ve mallarına da zarar verdiği düşünüldüğünde, terör örgütleri eliyle ve insanların kasıtlı ve taksirli fiilleri sonucunda sıkça yangınların çıktığı ülkemizde, ormanların bulunduğu bölgelerde Akdeniz ikliminin yaygın olarak görülmesi sebebiyle yangınların tamamen önlenmesi mümkün olmazsa da en azından büyümeden söndürülmesi için erken tedbirlerin alınması çok önemlidir. Özellikle sebebi bilinmeyen yangınların meydana gelme oranının, orman yangınları içindeki büyüklüğü düşünüldüğünde, orman suçlarında etkin soruşturma yapılarak sorumlularının tespit edilmesi gerekmektedir.

Orman yakma suçlarında suçun konusu olan ormanın tespiti Orman Kanunu m. 1'de yer alan tanıma göre yapılacaktır. Bu nedenle kanundaki tanıma göre orman sayılmayan yerlerde işlenen fiiller orman yakma suçlarını oluşturmayacaktır. Aksi hâlde, ormanın tespitinde hukuki açıdan orman vasfı yerine biyolojik açıdan orman vasfının dikkate alınması, suçta ve cezada kanunilik ilkesine dolayısıyla belirliliğe aykırı olacaktır. Orman Kanunu'nda yer alan hukuki anlamdaki orman tanımı, biyolojik anlamdaki orman tanımına göre dar olduğundan, kanundaki tanıma göre orman sayılmayan bazı yerlerde işlenen yangın çıkarma fiillerinin, ceza hukuku açısından koruma altına alınması için düzenleme yapılması isabetli olacaktır.

Orman yakma suçlarıyla ilgili verilen Yargıtay kararlarında, anız yakma fiilinin işlendiği esnada yakılan ateşin büyüyerek ormanlık alana sıçraması hâlinde, fikri içtima hükümlerinin uygulanacağı ve failin sadece taksirle orman yangınına sebebiyet verme suçundan cezalandırılacağı belirtilmektedir. Oysa Orman Kanunu m. 76'ya atıfla m. 110/2'de düzenlenmiş olan fiillerin işlenmesi sonucunda orman yangınına sebebiyet verilmesi hâlinde, failin kastına göre, kasten ya da taksirle orman yangına sebebiyet verme suçlarından da ayrıca cezalandırılacağı yönünde bir düzenleme yapılarak fikri içtima hükümlerinin önüne geçilmesi sağlanabilir.

Taksirle orman yangınına sebebiyet verme suçunda, cezanın alt ve üst sınırlarının 7442 sayılı Kanun ile artırılması, cezanın caydırıcılığı açısından son derece isabetli olmuştur. Çünkü taksirle orman yangınına sebebiyet verme suçu, özellikle yaz aylarında, insanların ormanları aktif bir şekilde piknik, gezi veya kamp gibi faaliyetlerinde kullanmaları ve bu esnada dikkatsiz ve özensiz davranmaları sonucunda artmaktadır.

Orman Kanunu m. 110/4'e, 7442 sayılı Kanun'un 26. maddesiyle cezayı artıran yeni bir nitelikli hâl eklenmiştir. Bu nitelikli hâlin uygulanabilmesi için, failin kasten orman yakma suçunu işlerken müdahalenin gecikmesi ya da söndürme işleminin zorlaştırılması amacıyla bazı hareketlerde bulunması aranmıştır. Bu amaçların failde bulunmaması hâlinde nitelikli hâl uygulanamaz. Suçun bu amaçları gerçekleştirmeye elverişli olacak yer, zaman ya da şartlarda işlenmesi durumunda ceza artırılır.

Orman Kanunu'nda düzenlenen suçlar içinde en ağır cezayı gerektireni, orman yakma suçlarıdır. Orman Kanunu'nun orman yangınlarıyla karşılaşan kişilerin yapması gerekenlerin ve kullanabileceği iletişim vasıtalarının düzenlendiği 68. maddesinde gösterilen iletişim vasıtalarının, teknolojik gelişmelere paralel olarak yenilenmesi ve ilgili maddenin yeniden düzenlenmesi isabetli olacaktır.

Anayasa ve Orman Kanunu, yanmış alanların üzerinde de hassasiyetle durmaktadır. Orman Kanunu'na göre, yanmış orman sahalarına hayvan sokulması ve yanmış alanların orman sınırları dışına çıkarılması yasaktır. Anayasa'nın 169. maddesinde de düzenlendiği üzere, yanan orman alanlarının kendi hâline bırakılarak doğal orman vasfına uygun şekilde yeniden yeşillenip ağaçlanmasının beklenmesi gerekmektedir.

KAYNAKÇA

- Aras, Celal. *Açıklamalı-İçtihatlı Orman Kanunu*, 1. Baskı, Adil Yayınevi, Ankara, 2002.
- Artuk, M. Emin / Gökçen, Ahmet / Alşahin, M. Emin / Çakır, Kerim. *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 16. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2022.
- Ayanoğlu, Sedat. "Türk Orman Rejimine Eleştirel Bir Yaklaşım", *İstanbul Üniversitesi Orman Fakültesi Dergisi*, C. 46, S. 2-A, 1996, ss. 99-114.
- Aygörmez, Gülsün Ayhan. "Orman Yakma Suçları (Orman K m. 110)", *Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. XI, S. 2, 2021, ss. 21-58.
- Bayındır, Sinan. *Orman Suçları*, 1. Baskı, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2016.
- Bingöl, Bora. "Yaban Hayatını Geliştirmek İçin Ormanlarda Amaçlı Yakma", *Kilis 7 Aralık Üniversitesi Fen ve Mühendislik Dergisi*, C. 1, S. 2, 2017, ss. 19-25.
- Centel, Nur / Zafer, Hamide / Çakmut, Özlem. *Türk Ceza Hukukuna Giriş*, 10. Bası, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2017.
- Dönmezer, Sulhi / Erman, Sahir. *Nazarî ve Tatbikî Ceza Hukuku Genel Kısım C: I*, 13. Tıpkı Bası, Beta Yayıncılık, İstanbul, 1997.
- Elvan, Osman Devrim. *Orman İşgal ve Faydalanma Eylemi Üzerinde İncelemeler*, Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul Üniversitesi Fen Bilimleri Enstitüsü, 2009.
- Elvan, Osman Devrim / Birben, Üstüner / Özkan, Ulaş Yunus / Yıldırım, Hasan Tezcan / Türker, Yavuz Özhan. "Forest Fire And Law: An Analysis of Turkish Forest Fire Legislation Based on Food And Agriculture Organization Criteria", *Fire Ecology*, C. 17, S. 12, 2021, <https://link.springer.com/article/10.1186/s42408-021-00102-7>, (Erişim Tarihi 4.11.2021).
- Food and Agriculture Organization of the United Nations. *Global Forest Resources Assessment Report*, 2020, <https://www.fao.org/forest-resources-assessment/en/> (Erişim Tarihi 4.11.2021)
- Günay, Erhan. *Orman Ceza Davaları Usul ve Esasları*, 1. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2001.
- Güneş, Yusuf. *Orman Suçlarının Ceza Hukuku Açısından İncelenmesi*, Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul Üniversitesi Fen Bilimleri Enstitüsü, 2001.
- Güneş, Yusuf. "Orman Suçlarının Ceza Hukuku Açısından İncelenmesi", *İstanbul Üniversitesi Orman Fakültesi Dergisi*, C. 54, S. 1, 2004, ss. 143-164.
- İçel, Kayıhan / Özgenç, İzzet / Sözüer, Adem / Mahmutoglu, Fatih S. / Ünver, Yener. *Suç Teorisi 2. Kitap*, 1. Baskı, Sebat Yayıncılık, İstanbul, 1999.

- Kızılay, Erkal. Orman Suçları ve Tazminatlar, 1. Baskı, Eko Matbaası, İstanbul, 1973.
- Koca, Mahmut / Üzülmez, İlhan. *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 7. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2014.
- Küçükosmanoğlu, Ali. “Ülkemizde Orman Yangınları ve Yangın Sezonları”, *İstanbul Üniversitesi Orman Fakültesi Dergisi*, C. 44, S. 1-2, 1994, ss. 121-128.
- Lexpera Mevzuat ve İçtihat, <https://www.lexpera.com.tr/> (Erişim Tarihi 4.11.2021)
- Lund, H. Gyde. “What Is A Forest? Definitions Do Make A Difference An Example From Turkey”, *Avrasya Terim Dergisi*, C. 2, S. 1, 2014, ss. 1-8.
- Mavsar, Robert / Cabán, Armando González / Varela, Elsa. “The State of Development of Fire Management Decision Support Systems in America and Europe”, *Forest Policy and Economics*, C. 29, S. 1, 2013, ss. 45-55.
- Mourao, Paulo Reis / Martinho, Vítor Domingues. “Forest fire legislation: Reactive or proactive?”, *Ecological Indicators*, C. 104, S. 1, 2019, ss. 137-144.
- Mestav, Mehmet. *Açıklamalı İçtihatlı Orman Kanunu ve İlgili Mevzuat*, 2. Baskı, Yayın Matbaacılık, 2009.
- Mol, Torul. “Orman Yangınları”, *İstanbul Üniversitesi Orman Fakültesi Dergisi*, C. 43, S. 3-4, 1993, ss. 69-78.
- Montiel-Molina, Cristina, “Comparative assessment of wildland fire legislation and policies in the European Union: Towards a Fire Framework Directive”, *Forest Policy and Economics*, C. 29, S. 1, 2013, ss. 1-6.
- Ok, Kenan / Kayacan, Bekir. “Assessing the Situation of Non-forest Private Woodlands: The Turkish Case”, *Small-Scale Forest Economics, Management and Policy*, C. 4, S. 3, 2005, ss. 311-324.
- Orman Genel Müdürlüğü Ormanlık İstatistikleri. Orman Yangınları, 2020, <https://www.ogm.gov.tr/e-kutuphane/resmi-istatistikler>, (Erişim Tarihi 31.5.2022).
- Özgenç, İzzet. *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 15. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2019.
- Özgenç, İzzet. *Zimmet Suçu*, 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2012.
- Sözüer, Adem. “Türk Hukukunda Af, 4454 ve 4616 sayılı Kanunlarda Öngörülen Şartla Salıverilme ve Ertelemeye İlişkin Hükümlerin Hukuksal Niteliği ile Bu Hükümlerin Anayasaya Uygunluğu Sorunu”, *Anayasa Yargısı Dergisi*, C. 17, S. 1, 2001, ss. 219-252.
- Toprak, Mustafa. *Açıklamalı-İçtihatlı Orman Suçları*, 3. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2019.
- Ünal, Mehmet / Başpınar, Veysel. Orman Hukuku, 4. Baskı, Savaş Yayınevi, Ankara, 2017.
- Yener, Orhan. *Orman Suçları ve Orman Ceza Davaları*, 1. Baskı, Adil Yayınevi, Ankara, 1996.
- Yuan, Chi / Zhang, Youmin / Liu, Zhixiang. “A Survey on Technologies for Automatic Forest Fire Monitoring, Detection and Fighting Using UAVs and Remote Sensing Techniques”, *Canadian Journal of Forest Research*, C. 45, S. 7, 2015, <https://cdnsiencepub.com/doi/10.1139/cjfr-2014-0347>, (Erişim Tarihi: 4.11.2021).

Vergi Mahkemelerinde Kanuni Hâkim Güvencesinin Uygulanmasına Dair Bir İnceleme

Alper AYDIN 

İstanbul 8. Vergi Mahkemesi Hâkimi, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Doktora Programı Öğrencisi, İstanbul, Türkiye
alper000000@gmail.com (Sorumlu Yazar / Corresponding Author)

Makale Bilgileri

ÖZ

Makale Geçmişi

Geliş: 13.01.2023

Kabul: 17.05.2023

Yayın: 26.07.2023

Anahtar

Kelimeler:

Kanuni Hâkim Güvencesi, Doğal Hakim İlkesi, Vergi Mahkemesi, İstinaf Kanun Yolu, Parasal Sınır.

Kanuni hâkim güvencesi, hukuk devleti olmanın zorunlu bir sonucu olup ülkemizde anayasal teminat altına alınmış bir güvencedir. Yargılamanın güvenilirliği açısından çok önemli bir teminattır. Bu güvence sayesinde, kişiye ve olaya özgü mahkeme kurulması ve yargılama yapılması önlenir. Söz konusu güvence tarihsel süreçte ortaya çıkmış olup ülkemizde de 1876 yılından beridir uygulanmakta olan anayasal bir teminattır. Kanuni hâkim güvencesi Anayasa Mahkemesi tarafından doğal hâkim ilkesi olarak uygulanmaktadır. Doğal hâkim ilkesi, söz konusu güvenceye göre daha kapsamlı bir koruma sağlar. Doğal hâkim ilkesi de zaten hukuk devleti olmanın bir gereğidir. Anayasa Mahkemesinin yorumu isabetli olup çalışmamızda, anlam bütünlüğü için sadece kanuni hâkim güvencesi kavramı kullanılmıştır. Vergi mahkemeleri de kanuni hâkim güvencesine uygun olarak kanunla kurulmuş ve yargılama usulleri yine kanunla düzenlenmiştir. Fakat uygulamadan ve mevzuattan kaynaklanan bazı durumlar sebebiyle vergi mahkemesinde uygulanan kanuni hâkim güvencesine dair sorunlar ortaya çıkmaktadır. Bu sorunlar ise, tek hâkimle çözülecek dosyalara dair ve istinaf kanun yoluna dair parasal sınırın değişmesi, bağlantılı davalar, 2577 sayılı Kanun'un 5. maddesi uygulaması, görevli ve yetkili mahkemenin değişmesi, dilekçe ret üzerine yenilenen davalar, dosya havalesinin ve/veya heyetinin değişmesidir. Çalışmada, öncelikle, kanuni hâkim güvencesi ele alınmış ve doğal hâkim ilkesinden farkı mevzu bahis edilerek ülkemizdeki tarihsel değişim ve gelişim süreci incelenmiştir. Daha sonra ise, vergi mahkemesinde uygulanan kanuni hâkim güvencesi incelenmiş ve bu güvence kapsamında yaşanan sorunlar ele alınarak çözüm önerileri sunulmuştur. Son olarak ise, çalışmada varılan sonuçlar verilip çözüm önerileri özetlenmiştir.

An Examination Regarding The Implementation Of Independent And Impartial Tribunal Principle In Tax Courts

Article Info

ABSTRACT

Article History

Received: 13.01.2023

Accepted: 17.05.2023

Published: 26.07.2023

Keywords:

Independent and Impartial Tribunal Principle, Natural Judge Principle, Tax Court, Appeal Law,

Being a state of law necessitates the principle of independent and impartial tribunal, which is a constitutional right in our nation. It is a crucial assurance of the justice system's dependability. Thanks to this assurance, the establishment of a court specific to the person and the case and the making of a trial are prevented. The aforementioned assurance has emerged in the historical process and is a constitutional guarantee that has been in effect in our country since 1876. The independent and impartial tribunal principle is implemented by the Constitutional Court as the principle of natural judge. In comparison to the independent and impartial tribunal principle, the natural judge principle provides more comprehensive protection. The principle of natural judge is also a requirement for rule of law. Because the

Monetary Limit.

Constitutional Court's interpretation is accurate, in our study, only the concept of independent and impartial tribunal principle was used to ensure the meaning's integrity. Tax courts were also established by law and are in accordance with the independent and impartial tribunal principle, and the trial procedures are also regulated by law. However, due to some situations arising from practice and legislation, problems arise regarding the independent and impartial tribunal principle applied in the tax court. These problems are the change of the monetary limit regarding the files to be resolved by a single judge and the appeal law, related cases, the application of Article 5 of the Law No. 2577, the change of the jurisdiction and authorized court, the cases renewed upon the rejection of the petition, the change of the file transfer and/or the committee. In the study, the independent and impartial tribunal principle was first reviewed, and the historical change and growth process in our nation were studied by pointing out how it differed from the natural judge principle. The independent and impartial tribunal assurance used in the tax court was then reviewed, and remedies were offered by taking into account the issues encountered within the purview of this assurance. Finally, the study's findings were presented together with a summary of the suggested fixes.

Atf/Citation: Aydın, A. (2023). “Vergi Mahkemelerinde Kanuni Hâkim Güvencesinin Uygulanmasına Dair Bir İnceleme”, *Necmettin Erbakan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 6(2), s. 449-466.

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



“This article is licensed under a [Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License](https://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0/). (CC BY-NC 4.0)”

GİRİŞ

Kanuni hâkim güvencesi, anayasal bir ilke olup 1982 Anayasası'nın "Kanuni hâkim güvencesi" başlıklı 37. maddesinde, "Hiç kimse kanunen tabi olduğu mahkemeden başka bir merci önüne çıkarılamaz. Bir kimseyi kanunen tabi olduğu mahkemeden başka bir merci önüne çıkarma sonucunu doğuran yargı yetkisine sahip olağanüstü merciler kurulamaz." şeklinde düzenlenmiştir. Kanuni hâkim güvencesinden farklı olarak hukukta bir de doğal hâkim ilkesi bulunmaktadır. Doğal hâkim ilkesi, hukukun genel ilkelerinden olup mahkemelerin kuruluş, görev ve yetkileri ile işleyiş ve yargılama usullerinin kanunla düzenlenmesidir. Ayrıca, bu düzenlenmenin somut uyuşmazlık meydana gelmeden önce yapılmış olması şarttır.¹ Buna göre, doğal hâkim ilkesi, kanuni hâkim ilkesini de içeren daha güvenceli bir üst kavramdır. Fakat Türk Hukukunda anayasal teminat altına alınan kanuni hâkim güvencesi olduğu için işbu çalışma sadece kanuni hâkim güvencesi kavramı kullanılarak yapılmıştır.

1982 Anayasa'sının 2. maddesinde; "Türkiye Cumhuriyetinin, toplumun huzuru, milli dayanışma ve adalet anlayışı içinde, insan haklarına saygılı, Atatürk milliyetçiliğine bağlı, başlangıçta belirtilen temel ilkelere dayanan, demokratik, laik ve sosyal bir hukuk devleti olduğu" hüküm altına alınmıştır. Anayasa'nın 2. maddesinde belirtilen hukuk devleti, "eylem ve işlemleri hukuka uygun, insan haklarına saygılı, bu hak ve özgürlükleri koruyup güçlendiren, her alanda adaletli bir hukuk düzeni kurup bunu geliştirerek sürdüren, Anayasa'ya aykırı durum ve tutumlardan kaçınan, Anayasa ve hukukun üstün kurallarıyla kendini bağlı sayan, yargı denetimine açık olan devlettir".² Hukuk devletinin bir gereği olan adil yargılanma hakkı, Türk Hukukunda anayasal bir hak olup Anayasanın "Hak arama hürriyeti" başlıklı 36. maddesinde, "Herkes, meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir. Hiçbir mahkeme, görev ve yetkisi içindeki davaya bakmaktan kaçınmaz." şeklinde düzenlenmiştir.

Türkiye Cumhuriyeti Devleti'nin kabul ettiği uluslararası bir antlaşma olan ve Anayasanın 90/5. maddesi uyarınca kanunlardan önce gelen Avrupa İnsan Hakları Sözleşme'nin "Adil yargılanma hakkı" kenar başlıklı 6. maddesinin ilgili kısmında, "Herkes medeni hak ve yükümlülükleri ile ilgili uyuşmazlıklar ya da cezai alanda kendisine yöneltilen suçlamalar konusunda karar verecek olan, kanunla kurulmuş bağımsız ve tarafsız bir mahkeme tarafından davasının makul bir süre içinde, hakkaniyete uygun ve açık olarak görülmesini isteme hakkına sahiptir." hükmü ile de adil yargılanma hakkı ve onun unsuru olan kanuni hâkim güvencesi kabul edilmiştir.³

Çalışmada öncelikle kanuni hâkim güvencesi genel olarak ele alınmış ve doğal hâkim ilkesinden farkı mevzu bahsedilerek Türk Hukukundaki tarihsel değişim ve gelişim süreci incelenmiştir. Daha sonra ise vergi mahkemesinde uygulanan kanuni hâkim güvencesi incelenmiş ve bu güvence kapsamında yaşanan sorunlar ele alınarak çözüm önerileri sunulmuştur. Son olarak ise çalışmada varılan sonuçlar verilip çözüm önerileri özetlenmiştir.

¹ Tanrısever, Süha. "Tabii Hakim İlkesi ve Medeni Yargı" *TBB Dergisi*, S.104, 2013, s. 13.

² Anayasa Mahkemesi, E.2015/18, K.2016/12, T. 10/02/2016. (<https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr>)

³ Aydın, Alper. "Vergi Mahkemelerinde Dilekçeler Üzerinde İlk İnceleme", *Selçuk Üniversitesi Adalet Meslek Yüksekokulu Dergisi*, S.1, 2018, s. 139.

I. KANUNİ HÂKİM GÜVENCESİ

Kanuni hâkim güvencesi, uyuşmazlığa bakacak olan mahkemenin ve yargılama usullerinin kanunla belirlenmesi anlamına gelir. Bu güvence sayesinde kişiye ve olaya özgü mahkeme kurulması engellenmiş olur. Bu sayede ise olağanüstü yetkili mahkemeler kurulması engellenerek hukuki belirlilik sağlanmış olur.⁴ “Hukuki güvenlik ile belirlilik ilkeleri, hukuk devletinin önkoşullarındandır. Kişilerin hukuki güvenliğini sağlamayı amaçlayan hukuki güvenlik ilkesi, hukuk normlarının öngörülebilir olmasını, bireylerin tüm eylem ve işlemlerinde devlete güven duyabilmesini, devletin de yasal düzenlemelerinde bu güven duygusunu zedeleyici yöntemlerden kaçınmasını gerekli kılar. Belirlilik ilkesi ise yasal düzenlemelerin hem kişiler hem de idare yönünden herhangi bir duraksamaya ve kuşkuya yer vermeyecek şekilde açık, net, anlaşılır ve uygulanabilir olmasını, ayrıca kamu otoritelerinin keyfi uygulamalarına karşı koruyucu önlem içermesini ifade etmektedir”.⁵

1982 Anayasası'nın 2, 36 ve 37. maddeleri ile Avrupa İnsan Hakları Sözleşme'nin 6. maddesi gereğince kanuni hâkim güvencesi, adli yargıda görülen hukuk ve ceza uyuşmazlıkları ile idari yargıda görülen uyuşmazlıklarda uygulanmaktadır. Birey için bir hak olan bu uygulama, Devlet için ise bir ödevdir. Kanuni, bağımsız ve tarafsız bir mahkeme önünde yargılanma, adil yargılanma hakkının bir unsurudur.⁶ Adil yargılanma hakkının bir unsuru olduğu için kanuni hâkim güvencesine aykırı bir durum, Anayasa Mahkemesi'nin bireysel başvuru dosyalarında ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinde görülen davalarda hak ihlaline neden olur.

Kanuni hâkim güvencesi için öncelikle kanunla kurulmuş bir mahkeme bulunması gerekir. Mahkeme kurulmasının kanunla düzenlenmesine bağlı olması ve yürütmenin takdirine bırakılmaması gerekir.⁷ Kanuni hâkim güvencesinden farklı olarak doğal hâkim ilkesinde “öncedenlik ilkesi” de bulunur. Bu ilkeye göre, mahkemenin kanunla kurulması yeterli olmayıp bu kanuni düzenlemenin, somut uyuşmazlık meydana gelmeden önce yapılmış olması şarttır. Buna göre, aslında, “öncedenlik ilkesi” bulunmayan kanuni hâkim güvencesi, doğal hâkim ilkesi kadar bir güvence sağlamamaktadır. Fakat Türk Hukukunda anayasal teminat altına alınan güvence, kanuni hâkim güvencesidir.

Öte yandan, Anayasa Mahkemesi, kanuni hâkim güvencesini, doğal hâkim olarak anlamakta ve doğal hâkim ilkesini uygulamaktadır. Anayasa Mahkemesi'ne göre, “suçun işlenmesinden veya çekişmenin doğmasından önce davayı görecektir yargı yerinin belirlenmiş olması şeklinde tanımlanan tabii hâkim kavramı, adil yargılanma hakkının en önemli ögesi olan kanuni, bağımsız ve tarafsız bir mahkeme önünde yargılanma hakkının temelini oluşturmaktadır”.⁸ Tabii hâkim güvencesi, “sadece mahkemelerin yargı yetkisi içinde yer alan konuların belirlenmesini değil her bir mahkemenin kuruluşu ve yer bakımından yargı yetkisinin belirlenmesi de dâhil olmak üzere mahkemelerin organizasyonlarına ilişkin tüm düzenlemeleri ifade etmekte, mahkemelerin görev

⁴ Taş, Burak. “Hukukun Genel Bir İlkesi Olarak Tabii Hakim İlkesi” *YUHFD*, C.XVIII, 2021, s. 1765.

⁵ Anayasa Mahkemesi, E.2013/64, K.2013/142, T.28/11/2013. (<https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr>)

⁶ Tanrısever, Süha. “Hukuk Yargısı (Medeni Yargı) Bağlamında Adil Yargılanma Hakkı” *TBB Dergisi*, S.53, 2004, s. 193.

⁷ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Fruni / Slovakya, Başvuru No.8014/07, T. 21/06/2011. (<https://hudoc.echr.coe.int>)

⁸ Anayasa Mahkemesi, E.2022/52, K.2022/90, T.20/07/2022. (<https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr>)

ve yetki alanlarının açık ve anlaşılır biçimde tespit edilmesi gereğini ortaya koymaktadır”.⁹ “Bu güvence yargılama makamlarının suçun işlenmesinden veya çekişmenin meydana gelmesinden sonra kurulmasına ya da hâkimin atanmasına engel oluşturur, sanığın veya davanın taraflarına göre hâkim atanmasına imkân vermez. Söz konusu ilkeyle suçun işlenmesinden sonra çıkarılacak bir kanun ile oluşturulacak mahkeme önüne davanın götürülmesi ve böylece kişiye ya da olaya özgü mahkeme kurulması yasaklanmıştır”.¹⁰

Bu durumda, Anayasa Mahkemesi de “öncedenlik ilkesini” kabul ederek kanuni hâkim güvencesini doğal hâkim ilkesi olarak uygulamaktadır. Biz de bu görüşe katılmaktayız. Çünkü doğal hâkim ilkesi zaten hukuk devleti olmanın bir gereğidir. Bu nedenle, her ne kadar Anayasa’da sadece kanuni hâkim güvencesi yer almakta ise de hukuk devleti olmanın bir gereği olarak doğal hâkim ilkesinin uygulanması gerekmektedir. Öte yandan, anlam kargaşası olmaması ve Anayasa’da kavram olarak kanuni hâkim güvencesi kullanıldığı için, biz de bu çalışmamızda doğal hâkim ilkesini içerecek şekilde sadece kanuni hâkim güvencesi kavramını kullanacağız.

Bizce, kanuni hâkim güvencesi, yargının tarafsızlığı ve bağımsızlığı ilkesine de hizmet eder. Kanuni hâkim güvencesi sayesinde, uyuşmazlık meydana çıktıktan sonra olaya ve kişiye özgü mahkeme kurulamayacağı için bu güvence kapsamında kurulan mahkemeler bağımsız ve tarafsız olurlar. Söz konusu güvenceden yoksun olarak kişiye ve olaya özgü mahkeme kurulması halinde ise bu mahkeme, en azından görünüş olarak, yargının tarafsızlığı ve bağımsızlığı ilkesinden yoksun olur.

Kanuni hâkim güvencesi, dava dosyasına bakan heyetin veya hâkimin sık sık ve somut bir gerekçesi olmadan değiştirilmesini de yasaklar. Bu nedenle, davaya bakan heyet veya hâkimin, dosyanın ilk aşamasından karar aşamasına kadar somut ve yeterli bir gerekçe olmadan değişmemesi esastır. Buna ilişkin olarak, yer güvencesine dair teminat mülga 2556 sayılı Hâkimler Kanunu’nun 79. maddesinde yer almaktaydı. 1972 yılında ise bu güvence kaldırıldı.¹¹ Bu nedenle, kanuni hâkim güvencesinin sağlanması için hâkimlere yer güvencesi sağlanmalı ve dava dosyasında heyet/hâkim değişikliği mümkün olduğunca yapılmamalıdır.

II. KANUNİ HÂKİM GÜVENCESİNİN TÜRK HUKUKUNDAKİ TARİHSEL GELİŞİMİ

Osmanlı Devleti’nin ilk Anayasası, Kanun-i Esasi’dir.¹² 1876 tarihli Kanun-i Esasi’de kanuni hâkim güvencesi kabul edilmiş olup 23. maddesinde, “Yapılacak usulü muhakeme kanunu hükmüncü hiç kimse kanunen mensup olduğu mahkemeden başka bir mahkemeye gitmeye icbar olunamaz.” hükmü yer almıştır. Ayrıca, 84. maddesinde yer alan, “Bir mahkeme vazifesi dahilinde olan dâvanın her ne vesile ile olursa olsun rüiyetinden imtina edemez ve bir kerre rüiyetine veyahut rüiyeti için iktiza eden tahkikatı evveliyeye başladıktan sonra tatil veya tâviki dahi caiz olamaz. Meğerki dâvadan keffiyed etmiş ola. Şu kadar ki cezaya müteallik deavide hükûmete ait olan hukuk nizamı vechile yine icra olunur.” hükmü ve 85. maddesinde yer alan, “Her dâva ait olduğu

⁹ Anayasa Mahkemesi, Başvuru No.2013/1780, T.20/03/2014. (<https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr>)

¹⁰ Anayasa Mahkemesi, E.2016/144, K.2020/75, T.10/12/2020. (<https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr>)

¹¹ Berkin, Necmeddin. “Hakimler ve Savcılar Hukukuna Yenilik Getiren Hükümler” *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, S.38, 1973, s. 346.

¹² Özbudun, Ergun. *Türk Anayasa Hukuku*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2021, s. 23.

mahkemede rüyet olunur. Eşhas ile hükûmet beynindeki dâvalar dahi mehakimi umumiyyeye aittir.” hükmü ile kanuni hâkim güvencesi güçlendirilmiş olup 89. maddesinde yer alan, “Her ne nam ile olursa olsun bazı mevaddı mahsusayı rüyet ve hükmetmek için mehakimi muayene haricinde fevkalâde bir mahkeme veyahut hüküm vermek selâhiyetini haiz komisyon teşkili katiyen caiz değildir. Fakat kanunen muayyen olduğu veçhile tâyini mevla ve tahkim caizdir.” hükmü ile de olağanüstü mahkeme kurmak yasaklanmış ve söz konusu kanuni hâkim güvencesi, doğal hâkim ilkesine yaklaştırılmıştır.

1876 tarihli Kanun-i Esasi’nin 84. maddesinde yer alan “hakimin görevli ve yetkili olduğu önündeki davaya bakma zorunluluğu” 1982 Anayasası’nın 36. maddesinde de yer almış olup bu zorunluluk kanuni hakim güvencesinin de bir gereğidir.

1924 Anayasası’nın 53. maddesinde yer alan “Mahkemelerin teşkilâtı, vazife ve salâhiyetleri kanunla muayyendir.” hükmü 60. maddesinde yer alan “Hiçbir mahkeme, vazife ve salâhiyeti dâhilinde olan dâvaları rüyettten imtina edemez. Vazife ve salâhiyet haricinde olan dâvalar ancak bir karar ile reddolunur.” hükmü, kanuni hâkim güvencesinin 1924 Anayasasında da kabul edildiğini göstermektedir.

1961 Anayasası doğal hâkim ilkesini kabul etmiş olup 32. maddesinde, “Hiç kimse, tabîi hâkiminden başka bir merci önüne çıkarılamaz. Bir kimseyi tabîi hâkiminden başka bir merci önüne çıkarma sonucunu doğuran yargı yetkisine sahip olağanüstü merciler kurulamaz.” hükmü yer almıştır.¹³ 20/09/1971 tarihli anayasa değişikliği ile ise, doğal hâkim yerine kanuni hâkim güvencesi getirilmiştir. Daha önce de açıklandığı gibi, doğal hâkim ilkesi, kanuni hâkim güvencesinden daha ileri bir haktır.

III. VERGİ MAHKEMELERİNDE KANUNİ HÂKİM GÜVENCESİ

Vergilendirme yetkisi, devletin en önemli egemenlik göstergelerinden birisidir. Devlet tek taraflı ve kamu gücüne istinaden vergi toplar. Devlet topladığı vergi karşılığında hizmet sunma sözü vermez.¹⁴ Vergi kamu gücüyle toplanır, iradi değildir. Devlet topladığı vergilerle kamu hizmetini finanse eder.¹⁵ “Vergiyi toplayan devlet ile vergiyi ödeyen arasında oluşan vergi ilişkisi, vergi hukuku kurallarına göre şekillenir. Vergi hukukunun meydana gelmesi, vergi yargısının doğmasına yol açmıştır. Vergi hukukunda vergi yasalarını uygulayan, bunları bireysel işlemlere dönüştüren vergi idareleridir. Vergi idarelerinin yaptığı işlemlerin hukuka uygunluk denetimini Vergi Mahkemeleri yapmaktadır. Vergilendirmenin gerçek veya tüzel kişi açısından haklı olup olmadığına Vergi Mahkemeleri karar verdiği gibi ortada haksız bir vergilendirme varsa bunun tazmini yolunu da Mahkeme gösterir.”¹⁶

¹³ 1876, 1924 ve 1961 tarihli Anayasa metinleri < <https://www.anayasa.gov.tr/tr/mevzuat/onceki-anayasalar> > erişim tarihi 25 Aralık 2022.

¹⁴ Öner, Erdoğan. *Vergi Hukuku*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2015, s. 23.

¹⁵ Ekin, Ali/Topçu, Melis. “İşçi Alacakları Açısından Gelir Vergisi ve Yasal Kesintiler” *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi*, S.8, 2016, s. 116.

¹⁶ Aydın, Alper. “İdari Yargı Kararları Işığında Vergi İdarelerinin Mali Sorumluluğu”, *Konya Barosu Dergisi*, S.1, 2021, s. 214.

Vergisel iş ve işlemlerle ilgili davalara vergi mahkemeleri bakar. Buna göre, “Ülkemizde vergi mahkemeleri, genel bütçeye, il özel idareleri, belediye ve köylere ait vergi, resim ve harçlar ile benzeri mali yükümler ve bunların zam ve cezaları ile tarifelere ilişkin davaları, bunlara ilişkin 6183 sayılı Kanun uygulamasına ilişkin davaları ve diğer kanunlarla verilen işleri karara bağlar”.¹⁷ Vergi mahkemelerinin söz konusu yargılamayı yaparken uyguladığı kanun, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu’dur.¹⁸

Vergi mahkemeleri, “06/01/1982 tarih ve 2576 sayılı Bölge İdare Mahkemeleri, İdare Mahkemeleri ve Vergi Mahkemelerinin Kuruluşu ve Görevleri Hakkında Kanunla” kurulmuş olup idari yargı düzeni içerisinde, bir ilk derece mahkemesi olarak, idare mahkemeleri ile birlikte yer almaktadır. Danıştay’ın da bazı durumlarda ilk derece mahkemesi olduğu haller bulunmakta ise de idari yargıda genel görevli mahkeme idare mahkemesi olup vergi mahkemesi de özel görevli mahkemedir. Yani, vergi mahkemesi sadece kanunda özel olarak sayılan uyuşmazlıklara bakabilir.¹⁹

Vergi mahkemeleri de Türk Hukuku yargı düzeni içerisinde yer alan bir mahkeme olduğu için kanuni hâkim güvencesine tabidir. Anayasal teminat bu mahkemelerde de geçerlidir. Kanuni hâkim güvencesi kapsamında yargılama usullerinin önceden kanunla belirlenmiş olması gerektiğinden, vergi mahkemelerinin yargılama usulleri, 2577 sayılı Kanun’da düzenlenmiştir.

2576 sayılı Kanun’un 2. maddesinde göre, “vergi mahkemeleri, bölgelerin coğrafi durumları ve iş hacmi göz önünde tutularak Adalet Bakanlığınca kurulur. Aynı yargı çevresinde birden fazla vergi mahkemesinin faaliyet gösterdiği hâllerde, özel kanunlarda başkaca hüküm bulunmadığı takdirde, ihtisaslaşmanın sağlanması amacıyla, gelen işlerin yoğunluğu ve niteliği dikkate alınarak, mahkemeler arasındaki iş bölümü Hâkimler ve Savcılar Kurulu tarafından belirlenebilir”. Söz konusu Kanun’un 4. maddesine göre, “vergi mahkemelerinde birer başkan ile yeteri kadar üye bulunur; Mahkeme kurulları, başkan ile iki üyeden oluşur; başkanın yokluğunda kıdemli üye başkana vekillik eder”. Aynı Kanun’un 7. maddesine göre ise, “uyuşmazlık miktarı yirmibeşbin Türk Lirasını aşmayan vergi davaları, vergi mahkemesi hâkimlerinden biri tarafından çözümlenir; bu tür davaların hâkimler arasında dağılımına ilişkin esaslar, işlerde denge sağlanacak biçimde mahkeme başkanı tarafından önceden tespit edilir”.

Öte yandan, 2576 sayılı Kanun’un ek 1. maddesinde, “Bu Kanunun tek hakimle çözümlenecek davalara ilişkin 7 nci maddesindeki parasal sınırlar; her takvim yılı başından geçerli olmak üzere, önceki yılda uygulanan parasal sınırların, o yıl için 213 sayılı Vergi Usul Kanununun mükerrer 298 inci maddesi hükümleri uyarınca Maliye Bakanlığınca her yıl tespit ve ilan edilen yeniden değerlendirme oranında artırılması suretiyle uygulanır. Bu şekilde belirlenen sınırların bin Türk lirasını aşmayan kısımları dikkate alınmaz. (2) Yukarıdaki fıkra uyarınca her takvim yılı başından geçerli olmak üzere uygulanan parasal sınırların artışı, artışın yürürlüğe girdiği tarihten önce idare ve vergi mahkemelerince nihaî olarak karara bağlanmış davalar ile Danıştayın bozma

¹⁷ Nas, Adil. “Türk Vergi Hukukunda Vergi İncelemesi” *AÜHFD*, S.61/4, 2012, s. 1308.

¹⁸ Aydın, Alper. “Mahkemeye Erişim Hakkı Işığında Vergi Mahkemelerinde Dava Açma Süreleri”, *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, S.34, 2018, s. 550.

¹⁹ Özzer, Mehmet Ali. *Açıklama ve Örneklerle Vergi Usul Kanunu Uygulaması*, Maliye Hesap Uzmanları Derneği Yayınları, İstanbul, 2014, s. 1068.

kararı üzerine bozulan mahkemece yeniden bakılan davalarda uygulanmaz.” hükmü yer aldığı için tek hâkimli dosyalara dair parasal sınır her yıl değişmektedir.

Buna göre, vergi mahkemeleri kanuni hâkim güvencesine uygun olarak kurulmuş ve görev yapmakta olan mahkemelerdir. Fakat uygulamadan ve mevzuattan kaynaklanan bazı durumlar sebebiyle vergi mahkemesinde uygulanan kanuni hâkim güvencesine dair sorunlar ortaya çıkmaktadır. Şimdi bu sorunlar ve çözüm önerileri ayrı başlıklar altında incelenecektir.

A. Tek Hâkimle Çözülenecek Dava Dosyalarına Dair Parasal Sınırın Değişmesi

2576 sayılı Kanun’un 4. maddesi ve 2577 sayılı Kanun’un 22. maddesine göre, “Vergi mahkemeleri, heyet halinde çalışan mahkemeler olup bir başkan ve iki üye ile karar verir. Başkanın yokluğunda kıdemli üye başkana vekillik eder. Dosya incelendikten sonra meseleler sırasıyla oya konulur ve karara bağlanır. 2577 sayılı Kanun’un 15. maddesinde sayılan sebeplerden biri ile veya yargılama usullerine ilişkin meselelerde azınlıkta kalanlar işin esası hakkında da oylarını kullanırlar”.

Öte yandan, heyet halinde karar vermenin istisnası 2576 sayılı Kanun’un 7. maddesinde düzenlenmiş olup buna göre, “belirli bir tutarı aşmayan vergi davalarında karar tek hâkim tarafından verilecektir. Söz konusu tutar ise, her takvim yılı başından geçerli olmak üzere, önceki yılda uygulanan parasal sınırların, o yıl için 213 sayılı Vergi Usul Kanununun mükerrer 298 inci maddesi hükümleri uyarınca Maliye Bakanlığınca her yıl tespit ve ilan edilen yeniden değerlendirme oranında artırılması suretiyle uygulanmaktadır. Bu şekilde belirlenen sınırların bin Türk lirasını aşmayan kısımları dikkate alınmamaktadır”. Buna göre, bu tutar 2023 yılı için 171.000,00 TL’dir. Yani bu tutarı aşmayan vergi davalarında karar tek hâkim tarafından verilmektedir. Söz konusu Kanun’un ek 1. maddesinde, “parasal sınır artışının, artışın yürürlüğe girdiği tarihten önce vergi mahkemelerince nihai olarak karara bağlanmış davalar ile Danıştay’ın bozma kararı üzerine bozulan mahkemece yeniden bakılan davalarda uygulanmayacağı” hükmüne bağlanmış ise de nihai olarak karara bağlanmamış davalarda ne olacağına dair açık bir düzenleme yer almamıştır. Söz konusu düzenlemeden hareketle aslında zımnen, parasal sınır artışının, derdest olup nihai karar verilmemiş davalara uygulanması gerektiği düşünülür ise de bu durum, kanuni hâkim güvencesi açısından sakınca arz etmektedir.

Parasal sınır artışının uygulandığı yılda nihai karar verilmemiş derdest dosyalar da bu artıştan etkilenmekte ve davanın açıldığı tarihte aslında heyet halinde görülmeye başlayan bazı davalar, parasal sınırın değişmesi sebebiyle tek hâkimli olarak karara bağlanmaktadır. Bunun sebebi ise parasal sınıra ilişkin olarak yargı yerlerince karar tarihinin dikkate alınmasıdır.²⁰

Bu durum aslında, kanuni hâkim güvencesini ihlal etmektedir. Çünkü daha önce açıklandığı gibi, uyuşmazlık çıkmadan önce bu uyuşmazlığı çözecek mahkemenin kanunla belirli olması gerekmektedir. Bu durumda, uyuşmazlığın çıktığı tarihte heyet halinde karara bağlanacak bir dosya, karar tarihinde (parasal sınırın değişmesinden dolayı) ise tek hâkimle karara

²⁰ İstanbul Bölge İdare Mahkemesi 1. Vergi Dava Dairesi, E.2018/1767, K.2018/2513, T.10/10/2018; İzmir Bölge İdare Mahkemesi 3. Vergi Dava Dairesi, E.2019/2816, K.2019/3078, T.25/12/2019; Danıştay 3. Dairesi, E.2016/3599, K.2018/7537, T.10/12/2018. (Yayımlanmamıştır)

bağlanmaktadır. Davanın ne kadar süreceği ve ne zaman karar verileceği davacı tarafından bilinmeyeceği için heyet/tek hâkim konusunda hukuki bir belirsizlik de oluşmaktadır. Karar tarihini belirlemek davacının dahilinde olan bir konu değildir.

Heyet halinde veya tek hâkimle davanın görülmesi davanın sonucunu etkileyebilmektedir. Bu kadar önemli bir konunun belirsiz olması kanuni hâkim güvencesini ihlal eder. Oysaki kanuni hâkim güvencesine uygun olarak, tek hâkim sınırına dair parasal miktarda, uyuşmazlığın ortaya çıktığı veya davanın açıldığı tarih dikkate alınmalıdır. Böylece, kanuni hâkim güvencesine uygun olarak uyuşmazlıktan önce mahkeme belirli olur ve davacı da davasının tek hâkimle mi heyet halinde mi karara bağlanacağını bilir ve hukuki belirlilik sağlanmış olur. Bunun için mevzuat değişikliği veya yargısal bir içtihat gerekmektedir. Fakat şu anda böyle bir içtihat veya uygulama bulunmamaktadır.

B. İstinaf Kanun Yolu Kapalı Olan Davalara Dair Parasal Sınırın Değişmesi

Hem maddi hem de hukuki denetimin yapıldığı kanun yolu, istinaf incelemesidir. İstinaf kanun yolu, olağan bir kanun yolu olup kural olarak vergi mahkemelerinin tüm nihai kararlarına (dilekçe ret kararları ve başka bir idare/vergi mahkemesi görevli ve/veya yetkili olduğu için verilen görev ve yetki ret kararları hariç) karşı istinaf başvurusu yapılabilir.²¹ Aşağıda değinileceği gibi bunun istisnası 2577 sayılı Kanun'da düzenlenmiştir.

İstinaf incelemesi sonucunda Bölge İdare Mahkemesi, ilk derece mahkemesinin kararını hukuka uygun bulursa istinaf istemini reddederek mahkeme kararını onar; söz konusu kararı hukuka aykırı bulur ise ilk derece mahkemesinin kararını kaldırarak işin esası hakkında kendisi karar verir.²² Fakat ilk inceleme üzerine verilen kararlara karşı yapılan istinaf başvurusunun haklı bulunması, davaya görevsiz veya yetkisiz mahkeme yahut reddedilmiş veya yasaklanmış hâkim tarafından bakılmış olması hâllerinde ise, istinaf başvurusunun kabulü halinde ilk derece mahkemesi kararının kaldırılmasına karar verilerek dosya ilgili mahkemeye gönderilir. Bu durumda istinaf işin esası hakkında karar veremez.

İki dereceli yargılanma hakkının bir gereği olarak olağan kanun yolu (istinaf/temyiz) öngörülmüştür. Fakat Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin Ek 7 numaralı Protokolü ile Uluslararası Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi'nin 14. maddesinin beşinci fıkrasında yalnızca ceza davaları açısından iki dereceli yargılanma hakkı kabul edilmiştir.²³ Anayasa Mahkemesi de Anayasa'nın 36. maddesinde düzenlenen adil yargılanma hakkının, her uyuşmazlığın zorunlu olarak iki ya da üç dereceli yargılamaya tabi olmasını gerektirmeyeceği görüşündedir.²⁴ Fakat her ne kadar Anayasa'da iki dereceli yargılamayı zorunlu tutan bir kural olmadığı gibi söz konusu sözleşmeyle idari davalar açısından iki dereceli yargılama zorunluluğu getirilmemiş ise de bizce, adil yargılanma hakkının ve hukuk devleti olmanın bir gereği olarak iki dereceli yargılanma hakkı

²¹ Keskin, Züleyha. "İdari Yargıda İstinaf Kanun Yolu" *TBB Dergisi*, S.126, 2016, s. 243.

²² Sariaslan, Osman. "Vergi Yargısının Yapısal Sorunları ve İstinaf Süreciyle Birlikte Çözümlemesi Gereken Yeni Sorun Alanları" *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, S.37, 2019, s. 291.

²³ Büyüktavşan, Muhammed Taha. "Kesinlik Sınırı Altındaki İdari Para Cezalarına Karşı İtiraz Yoluna Başvurulamamasının Cezai Konularda İki Dereceli Yargılanma Hakkı Bakımından İncelenmesi" *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi*, S.12, 2018, s. 281.

²⁴ Anayasa Mahkemesi, E.2016/19, K.2016/17, T.16/03/2016. (<https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr>)

medeni, idari ve cezai tüm davalarda olmalıdır. Lakin bu yönde herhangi bir içtihat bulunmamaktadır.

Ayrıca uyuşmazlık miktarına göre vergi davaları için farklı kanun yolları uygulamak yargılamada eşitsizliğe yol açabilmektedir. Kimi vergi davaları için istinaf kanun yolunu uygulamak kimi için ise uygulamamak adaletin istenilen seviyede gerçekleşmesini de engelleyebilir. Parasal sınırdan ziyade vergi davalarının niteliği ve eşitlik göz önüne alınarak tüm vergi davaları için aynı kanun yolları uygulanmalıdır.²⁵ Fakat Türk yargı düzeninde bazı vergi davaları için tek, bazıları için iki, bazıları için ise üç dereceli yargılama yapılmaktadır. Tek dereceli yargılamaya ilişkin husus 2577 sayılı Kanun'un 45. maddesinde düzenlenmiştir.

2577 sayılı Kanun'un 45. maddesine göre, "konusu beş bin Türk lirasını geçmeyen vergi davaları, tam yargı davaları ve idari işlemlere karşı açılan iptal davaları hakkında vergi mahkemelerince verilen kararlar kesin olup bunlara karşı istinaf kanun yolu kapalıdır". İstinaf kanun yoluna başvurulması durumunda, istinaf isteminin incelenmeksizin reddine karar verilir.²⁶

Söz konusu tutar, "her takvim yılı başından geçerli olmak üzere, önceki yılda uygulanan parasal sınırların, o yıl için 213 sayılı Vergi Usul Kanununun mükerrer 298 inci maddesi hükümleri uyarınca Maliye Bakanlığınca her yıl tespit ve ilan edilen yeniden değerlendirme oranında artırılması suretiyle uygulanmaktadır. Bu şekilde belirlenen sınırların bin Türk lirasını aşmayan kısımları dikkate alınmamaktadır". Buna göre, bu tutar 2023 yılı için 20.000,00 TL'dir. Yani bu tutarı aşmayan davalarda vergi mahkemesince verilen kararlar kesin olup olağan kanun yollarına tabi değildir.

Parasal sınır artışının uygulandığı yılda nihai karar verilmemiş derdest dosyalar da bu artıştan etkilenmekte ve davanın açıldığı tarihte aslında istinaf kanun yoluna tabi olan bazı davalar, parasal sınırın değişmesi sebebiyle karar tarihinde kesin hükme dönüşmektedir. Bunun sebebi ise parasal sınıra ilişkin olarak yargı yerlerince karar tarihinin dikkate alınmasıdır.²⁷

Bu durum, kanuni hâkim güvencesine aykırı olduğu gibi hukuki güvenlik ve belirlilik ilkelerine de aykırıdır. Karar tarihi önceden bilinmeyeceği için öncelikle, davanın açıldığı tarihte, kararın istinafa tabi olup olmayacağı hususunda bir belirsizlik ortaya çıkar. Öte yandan, davanın açıldığı tarihte istinaf kanun yoluna tabi olan davaya ilişkin kanun yolu hakkı olduğuna dair davacıda haklı bir beklenti meydana gelir ve davacı istinaf kanun yolu da bulunduğu için davasını açabilir.

Öte yandan, kazanılmış hak ve haklı beklenti Danıştay tarafından şu şekilde tanımlanmaktadır: "Kazanılmış hak" doktrinde, yürürlükteki hukuka uygun olarak doğan ve böylece kişiye özgü lehte sonuçlar doğurmuş, daha sonra mevzuat değişikliği ya da işlemin geri alınması gibi durumların varlığına rağmen hukuk düzenince korunması gereken bir hak olarak tanımlanmaktadır. İdarenin ister düzenleyici işlem ister bir taahhüt isterse uzun süren bir

²⁵ Ortaç, Fevzi/Ünsal, Hilmi. "Türk Vergi Yargısında İstinaf Sistemi ve Muhtemel Sorunlar" İstanbul Gelişim Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, S.1, 2016, s. 16.

²⁶ İstanbul Bölge İdare Mahkemesi 2. Vergi Dava Dairesi, E.2022/1476, K.2022/3658, T.25/11/2022. (Yayımlanmamıştır)

²⁷ İstanbul 8. Vergi Mahkemesi, E.2020/2933, K.2021/2238, T.02/12/2021. (Yayımlanmamıştır)

uygulanmasına güvenerek olsun, bireylerin çıkarlarına ya da lehlerine olan bir sonuca ulaşabileceklerini ümit etmelerine de "haklı beklenti" denilmektedir".²⁸

Bu nedenle, karar tarihindeki parasal sınırın dikkate alınması durumu, dava açılırken istinaf kanun yoluna tabi bir dosyayı kesin karar şekline çevirebilecektir. Bu durum ise davacının kanundan doğan haklı beklentisini ihlal edeceği gibi, karar tarihi belli olmadığı için hukuki güvenlik ve belirlilik ilkelerini de ihlal edecektir. Dava açılmadan önce kanun yolunun belirli olması gerektiğinden, söz konusu uygulama kanuni hâkim güvencesine aykırı olup bu aykırılıkların yaşanmaması için parasal sınırın belirlenmesinde uyumsuzluk veya dava tarihinin esas alınması gerekmektedir. Bunun için, kanunda boşluk olduğundan, mevzuat değişikliği veya yargısal bir içtihat gerekmektedir. Fakat şu anda böyle bir içtihat veya uygulama bulunmamaktadır.

C. 2577 Sayılı Kanun'a Göre Bağlantılı Davalar

İdari yargıda önceleri bağlantı kurumu bulunmamaktayken, 1951 yılında Danıştay İçtihadı Birleştirme Kurulu bu boşluğu doldurmuş ve "biri hakkında verilecek kararın diğerine tesir edecek mahiyette olan" davaların birleştirilmesi yolunda içtihatları birleştirmiştir. Daha sonra ise söz konusu husus 2577 sayılı Kanun'da özel olarak düzenlenmiştir.²⁹

Bağlantı konusu 2577 sayılı Kanun'da düzenlenmiş olup 38. maddede, "Aynı maddi veya hukuki sebepten doğan ya da biri hakkında verilecek hüküm, diğerini etkileyecek nitelikte olan davalar bağlantılı davalardır. 2. İdare mahkemesi, vergi mahkemesi veya Danıştaya veya birden fazla idare veya vergi mahkemelerine açılmış bulunan davalarda bağlantının varlığına taraflardan birinin isteği üzerine veya doğrudan doğruya mahkemece karar verilir. 3. Bağlantılı davalardan birinin Danıştayda bulunması halinde dava dosyası Danıştaya gönderilir. 4. Bağlantılı davalar, değişik bölge idare mahkemesinin yargı çevrelerindeki mahkemelerde bulunduğu takdirde dosyalar Danıştaya gönderilir. 5. Bağlantılı davalar aynı bölge idare mahkemesinin yargı çerçevesindeki mahkemelerde bulunduğu takdirde dosyalar o yer bölge idare mahkemesine gönderilir." hükmü yer almıştır.

Ayrıca, söz konusu Kanun'un 39. maddesinde yer alan, "Danıştayın dava konusu uyuşmazlığı incelemeye yetkili dairesi, bağlantılı dava dosyalarını öncelikle ve ivedilikle inceler ve karar verir. 2. Danıştay bağlantının bulunduğu karar verdiği takdirde: a) (Değişik: 5/4/1990-3622/14 md.) Davalardan biri Danıştayda açılmış ve çözümlenmesi Danıştayın görevine dahil bir uyuşmazlıkla ilgili ise, davaların tümü Danıştayda görülür ve durum ilgili mahkemelere ve taraflara bildirilir. b) Davaların çözümlenmesi, ayrı bölge idare mahkemesinin yargı çevresindeki idare veya vergi mahkemelerinin görevlerine giren uyuşmazlıklarla ilgili ise Danıştayın ilgili dairesi yetkili mahkemeyi kararında belirtir ve dosyaları bu mahkemeye göndererek diğer mahkemeye veya mahkemelere durumu bildirir. Yetkili mahkeme de durumu ilgililere duyurur. c) (Değişik: 10/6/1994-4001/19 md.) Danıştayca verilen karar bağlantı bulunmadığı yolunda ise, dosyalar ilgili mahkemelere geri gönderilir." hüküm ile bağlantının Danıştay tarafından

²⁸ Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu, YD İtiraz No.2015/1134, T.12/11/2015. (Yayımlanmamıştır)

²⁹ Eraslan, Yunus. "Türk İdari Yargı Sisteminde Davaların Birleştirilmesi Usulü Üzerine Bir İnceleme" *Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, S.11/2, 2021, s. 212.

incelenmesi durumu ve 40. maddede yer alan, “1.Bölge idare mahkemesi bağlantılı dava dosyalarını öncelikle ve ivedilikle inceler ve kararını verir. Bölge idare mahkemesince verilen karar, bağlantının bulunduğu yolunda ise, yetkili mahkeme kararda belirtilmek suretiyle dosyalar yetkili mahkemeye gönderilir. Durum ayrıca diğer mahkemeye de duyurulur. Yetkili kılınan mahkeme durumu ilgililere bildirir. 2. Bölge idare mahkemesince verilen karar bağlantı olmadığı yolunda ise, dosyalar ilgili mahkemelere geri gönderilir.” hükmü ile de bağlantının bölge idare mahkemesi tarafından incelenmesi durumu düzenlenmiştir.

Bağlantı sonucunda, bağlantılı davalar aynı mahkemede toplanır ve bu mahkemece karara bağlanır. Danıştay’da bulunan bir dosyaya dair bağlantı durumunda diğer dosyaya da Danıştay bakar. Bağlantı hükümlerine göre, görevli ve yetkili mahkeme bile değişmekte, bağlantılı dosyalar aynı mahkemede toplanmaktadır. Her ne kadar dava derdest iken davaya bakan mahkeme değişmekte ise de söz konusu durum kanuni hâkim güvencesine aykırı değildir. Çünkü bağlantının koşulları kanunla açıkça önceden düzenlenmiştir. Ayrıca, karar yeknesaklığının sağlanması ve yargılamanın en az masrafla en hızlı şekilde yapılmasında kamu yararı vardır. Çünkü 1982 Türkiye Cumhuriyeti Anayasa’sının 141. maddesinin son fıkrasına göre, “davaların en az giderle ve mümkün olan süratle sonuçlandırılması yargının görevidir”. Bir de dava dosyalarının aynı merciide toplanması, yargılamayı daha sağlıklı kılar ve dosya incelemeyi kolaylaştırır.

Öte yandan, kanuni hâkim güvencesinin sağlanması için elbette bağlantı kararında, söz konusu dosyalar arasında bağlantı bulunduğunun somut ve yeterli gerekçelerle ortaya konulması gerekmektedir.

D. 2577 Sayılı Kanun’un 5. Maddesi Uygulaması

İdari yargıda esas olan her bir işleme karşı ve her kişi tarafından ayrı ayrı dava açılmasıdır. Ancak objektif veya sübjektif dava çokluğu denilen durumlarda tek dilekçeyle dava açılmasına 2577 sayılı Kanun’un 5. maddesinde cevaz verilmiştir.³⁰

2577 sayılı Kanun’un 5. maddesinin 1.nci bendinde, "Her idari işlem aleyhine ayrı ayrı dava açılır. Ancak aralarında maddi veya hukuki yönden bağılılık ya da sebep-sonuç ilişkisi bulunan birden fazla işlem aleyhine bir dilekçe ile dava açılabilir" hükmü ve 2. bendinde ise "Birden fazla şahsın müşterek dilekçe ile dava açılabilmesi için davacıların hak veya menfaatle iştirak bulunması ve davaya yol açan maddi ve hukuki sebeplerin aynı olması gerekir" hükmü yer almıştır.

Aynı Kanun’un 15. maddesinin 1/d fıkrasında ise, “yapılacak inceleme sonucu anılan maddeye aykırı bir durumun tespiti halinde uygun olmayan dilekçenin 30 gün içerisinde eksiklerin tamamlanarak yeniden dava açılmak üzere reddedileceği”, 5. fıkrasında da, “birinci fıkranın (d) bendine göre dilekçenin reddedilmesi üzerine yeniden verilecek dilekçelerde aynı yanlışlıklar yapıldığı takdirde davanın reddedileceği” hükme bağlanmıştır.

Yukarıda yer verilen hükümler birlikte değerlendirildiğinde: Her idari işlem aleyhine ayrı dava açılacağı, tek bir idari işlemin birden fazla parçaya bölünerek ayrı davalara konu

³⁰ Derdiman, Cengiz. “İdari Yargıda Birden Fazla Davanın Tek Dilekçe İle Açılması: Türk İdari Yargılama Usulü Kanununun 5. Maddesinin Anlamı ve Kapsamı Üzerinde Değerlendirmeler” *ASBÜ Hukuk Fakültesi Dergisi*, S.2, 2020, s. 251.

edilemeyeceği, tek bir idari işlemin parçalanarak birden fazla dava açılmasının Anayasanın 141. maddesinin son fıkrasına ve usul ekonomisi ilkesine aykırı olduğu sonucuna varılmaktadır. Ayrıca, “tek bir idari işlemin bölünerek davalara konu edilmesi, davanın tabi olduğu usullerin (davanın tek hâkimli veya heyetli olarak görülmesi, dava konusu miktarın kesin karara konu miktara düşürülmesi gibi.) davacı tarafından belirlenmesine imkân tanır. Bu durum da kanuni hâkim ilkesine ters düşer”.³¹

Ayrıca, birden fazla şahsın bir dilekçe ile veya birden fazla işleme karşı açılan davalarda da söz konusu 5. maddede yer alan şartların gerçekleşip gerçekleşmediğinin iyi irdelenmesi gerekmektedir. Çünkü dava konusu tutar değiştiği için heyet/tek hâkim ve kanun yolu durumları da buna göre değişmektedir. Bu durum, bağlantılı davalarda olduğu gibi, kanuni hâkim güvencesine aykırı değildir. Çünkü söz konusu koşullar kanunla açıkça önceden düzenlenmiştir. Ayrıca, karar yeknesaklığının sağlanması ve yargılamanın en az masrafla en hızlı şekilde yapılmasında kamu yararı vardır.

Öte yandan, “davacının tek bir idari işlemi birden fazla parçaya bölerek ayrı davalara konu etmesine dair uygulamanın tersi de bazı mahkemelerce yapılmaktadır. Bu kapsamda, bazı mahkemelerce, birden fazla davası bulunan davacının dosyalarının birleştirilmesine karar verilmektedir”.³² Fakat idari yargılama usulünde ayrı ayrı açılan davaların birleştirebileceği yönünde bir hükmün bulunmadığı ve 2577 sayılı Kanun’un 31. maddesi ile Hukuk Muhakemeleri Kanuna gönderme yapılan konular arasında davaların birleştirilmesi hususu yer almadığı gibi bu konuda istikrarlı bir yargısal içtihat da bulunmamaktadır. Bu durum, aslında kanuni hâkim güvencesine de aykırıdır. Çünkü birleştirme kararları ile davanın tabi olduğu usullerin (davanın tek hâkimli veya heyetli olarak görülmesi, dava konusu miktarın kesin karara konu miktara düşürülmesi gibi.) mahkeme tarafından belirlenmesine imkân tanır. Bu durum da kanuni hâkim güvencesi ile bağdaşmaz.

E. Görevli ve Yetkili Mahkemenin Değişmesi

Görev, konu bakımından davaya bakacak mahkemeyi ifade ederken yetki ise coğrafi açıdan hangi görevli mahkemenin davaya bakacağını ifade eder. Davaya idare mahkemesinin mi yoksa vergi mahkemesinin mi bakacağı konusu görevle ilgili iken, Konya Vergi Mahkemesinin mi yoksa Ankara Vergi Mahkemesinin mi bakacağı konusu yetki ile ilgilidir. İdari yargıda görev ve yetki kamu düzeninden olduğundan hâkim tarafından davanın her safhasında gözetilir. Görev ve yetkiye ilişkin kurallar anlaşma ve sözleşme ile değiştirilemezler.³³

2576 sayılı Kanun’a göre vergi mahkemesinin görev alanına giren konular şunlardır:

“-Genel bütçeye, il özel idareleri, belediye ve köylere ait vergi, resim ve harçlar ile benzeri mali yükümler ve bunların zam ve cezaları ile tarifelere ilişkin davalar.

³¹ Konya 1. Vergi Mahkemesi, E.2017/999, K.2017/1143, T.28/12/2017. (Yayımlanmamıştır)

³² İstanbul 11. Vergi Mahkemesi, E.2021/1692, K.2021/1377, T.05/08/2021. (Yayımlanmamıştır)

³³ Karavelioğlu, Celal. *Açıklama ve En Son İçtihatlarla İdari Yargılama Usulü Kanunu*, Adalet Yayınları, Ankara, 2001, s. 675-676.

-Yukarıda yer verilen konulara ilişkin olarak 6183 sayılı Kanun uygulaması (ödeme emri, haciz gibi). Burada dikkat edilmesi gereken 6183 sayılı Kanun uygulamasının tamamının vergi mahkemelerinin görev alanına girmediğidir. Örneğin, vergi, resim, harç gibi mali yükümlülüklerle ilişkin olarak düzenlenen ödeme emri vergi mahkemesinin görev alanına girerken, idari para cezası ve ecrimisile ilişkin olarak düzenlenen ödeme emirleri idare mahkemelerinin görev alanına girmektedir.

-Diğer kanunlarla verilen işler. Buna örnek olarak 2577 sayılı Kanun'un 28/3. maddesinde yer alan, vergi mahkemesi kararının yerine getirilmemesine ilişkin olarak vergi mahkemesinde açılacak olan tam yargı davası verilebilir.”

Vergi mahkemelerinin görev alanına ve yetkiye dair durumlar kanunla düzenlenmiştir. Bu durumla kanuni hâkim güvencesi sağlanmış olmakla birlikte, dava derdest iken görevli ve yetkili mahkemenin mevzuat değişikliği veya içtihatla değişmesi durumunda kanuni hâkim güvencesinde sorunlar meydana gelmektedir. Çünkü bu durumlarda, uyuşmazlık çıktığı zaman görevli ve yetkili olan mahkeme, artık görevsiz veya yetkisiz hale gelmekte ve uyuşmazlığa bakan mahkeme değişmektedir. Her ne kadar görev ve yetki kamu düzeninden olmakta ise de söz konusu durum öncedenlik ilkesine aykırıdır. Öte yandan, içtihatla bile bu durumda değişiklik meydana getirilmesi hukuki güvenlik ve belirlilik ilkesini de zedeler. Örneğin, 2464 sayılı Belediye Gelirleri Kanunu kaynaklı ücret tarifesinden doğan bazı ücret kalemlerine dair davalarda daha önce vergi mahkemesi görevli iken, içtihat değişikliği sonucunda idare mahkemeleri görevli olmuş ve derdest tüm dosyalar görev ret kararı verilerek idare mahkemesine gönderilmiştir.³⁴ Bu durumda, uyuşmazlık çıkmadan önce, davaya hangi mahkemenin bakacağı konusunda tereddüt hâsıl olur. Oysaki kanuni hâkim güvencesi kapsamında uyuşmazlığa bakacak mahkemenin, uyuşmazlık ortaya çıkmadan belirli olması gerekir.

Buna göre, kanuni hâkim güvencesinin tam olarak sağlanması için görevli ve yetkili mahkeme hususunda sık sık içtihat değişikliği yapılmaması gerektiği gibi, görev ve yetkiye dair mevzuat değişikliğinin de derdest davalara uygulanmaması gerekir. Bu, hukuki güvenlik ve belirlilik ilkesinin de bir gereğidir.

F. 2577 Sayılı Kanun'a Göre Verilen Dilekçe Ret Kararı Üzerine Yenilenen Davalar

2577 sayılı Kanuna göre vergi mahkemelerinde “dava dilekçesinin, 2577 sayılı Kanun'un 3. maddesine ve/veya 5. maddesine uygun olmadığı tespit edilmesi halinde, otuz gün içinde 3. maddeye ve/veya 5. maddeye uygun şekilde yeniden düzenlenmek veya noksanları tamamlanmak suretiyle yeniden dava açılmak üzere dilekçenin reddine karar verilir”. Dilekçe ret üzerine yenilenen davalar, önceki davanın devamı niteliğindedir. Bu nedenle, söz konusu yenileme davasının veya davalarının da dilekçe ret kararını veren mahkemeye tevzi edilmesi gerekir. “Bunun için de dilekçe ret kararı sonrasında dava/davalar yenilenirken dava dilekçesinde, dilekçe ret kararı verilen dosyanın esas numarası belirtilmelidir. Böylece, bu dosya ile UYAP (Ulusal Yargı Ağı Projesi)’da ilişki kurularak yenilenen davanın/davaların aynı mahkemeye tevzi edilmesi sağlanır. Çünkü dosyalar görevli ve yetkili mahkemelere UYAP tarafından rastgele tevzi

³⁴ Danıştay 9. Dairesi, E.2018/6798, K.2021/6029, T.02/12/2021. (Yayımlanmamıştır)

edildiğinden, söz konusu dava dosyası/dosyaları farklı bir mahkemeye de tevzi edilebilir. Yenilenen söz konusu dava veya davalar, dilekçe ret kararını veren mahkemeden farklı bir mahkemeye tevzi edilirse, 2577 sayılı Kanun'da bu duruma ilişkin bir düzenleme bulunmamasına rağmen, dosyanın esas kaydının kapatılarak yeniden tevzi edilmek üzere tevzi bürosuna gönderilmesine karar verilir ve yenilenen dava dosyasının, dilekçe ret kararını veren mahkemeye tevzi edilmesi sağlanır".³⁵

Buna göre, 2577 sayılı Kanun'da bu duruma ilişkin bir düzenleme bulunmamasına ve söz konusu "dosyanın esas kaydının kapatılarak yeniden tevzi edilmek üzere tevzi bürosuna gönderilmesine" dair kararlarda bir gerekçe yer almamasına rağmen, bu durum aslında kanuni hakim güvencesinin bir gereğidir. Çünkü yenilenen dava veya davalar ilk davanın devamı olduğu için bu davalara da ilk davayı gören mahkeme bakmalıdır. Dilekçe ret kararları usule dair kararlar olup dilekçe ret kararına konu davaya bakan mahkemenin yenileme davasına veya davalarına da bakarak yargılamayı devam ettirmesi gerekir. Bu nedenle, idari yargıda uygulama haline gelen bu durum kanuni hâkim güvencesini sağlamaktadır.

G. Dosya Havalesinin ve/veya Heyetin Oluşumunun Değişmesi

2576 sayılı Kanun'a göre "Mahkeme Başkanlarının görevleri şunlardır: görüşme ve duruşmaları yönetmek, düşünce ve görüşlerini bildirmek, oylarını vermek; Mahkemelerinde görevli bulunanların görevlerine devamlarını, düzenli çalışmalarını, mahkeme işlerinin verimli bir şekilde yürütülmesini sağlamak; her takvim yılı sonunda, mahkemelerindeki işlerin durumu ve bunların yürütülmesinde aksaklıklar varsa sebepleri hakkında bölge idare mahkemesi başkanlığına bir rapor vermek ve alınmasını lüzumlu gördükleri tedbirleri bildirmek; diğer kanunlarla verilen görevleri yapmak". Söz konusu Kanunda "üyelerin görevleri ise şöyle sayılmıştır: buldukları mahkemelerde başkanlar tarafından kendilerine verilen dosyaları geciktirmeden inceleyerek mahkeme kuruluna gerekli açıklamaları yapmak, düşünce ve görüşlerini bildirmek, oylarını vermek, kararları yazmak ve mahkeme ile ilgili olmak üzere kendilerine başkan tarafından verilen diğer işleri görmek".

Vergi mahkemeleri, heyetli mahkeme oldukları için mahkemenin düzeni mahkeme başkanı tarafından sağlanır. İlk inceleme, yürütmeyi durdurma, esas gibi çeşitli durumlara ilişkin olarak dava dosyaları, mahkeme başkanı tarafından üyelere havale edilir ve üye tarafından heyete sunulur. Dosya tek hâkimli ise havale edilen hâkim tarafından karara bağlanır; heyetli ise de havale edilen hâkim tarafından heyete sunulur ve heyet tarafından karara bağlanır. Dosyanın kararı ise her halükârda havale edilen hâkim tarafından yazılır. Dosya havale edilen hâkimin birlikte heyete gireceği hâkim de başkan tarafından belirlenir. Heyet oluşum listeleri başkan tarafından önceden hazırlanıp üyelere gönderilir ve belirli dönemlerle heyet oluşum listeleri değiştirilir.

Dosyanın havalesi ve heyetin oluşumu kanuni hâkim güvencesi için önem arz etmektedir. Bazı mahkemelerde davanın tüm aşamalarında dosya aynı hâkime havale edilmekte ve dosyayı inceleyip karara bağlayan heyet oluşumu baştan sona aynı olmakla birlikte, çoğu mahkemelerde bu konuya hassasiyet gösterilmemektedir. Oysaki somut ve geçerli bir durum (hâkimin tayini,

³⁵ Konya 2. Vergi Mahkemesi, E.2016/339, K.2016/383, T.23/03/2016. (Yayımlanmamıştır)

izinli, raporlu olması veya hâkimin reddi, çekilmesi gibi) bulunmadığı sürece dava dosyasının tüm aşamalarında aynı hâkim ve heyet bulunmalıdır. Çünkü uyuşmazlığa bakacak mahkemenin önceden belirli olması kapsamına hâkim ve heyet de girmektedir. Bu kapsamda, dosyaya ilk işlem yapan heyet ve hâkimin dosyayı nihayete erdirene kadar yargılamaya devam etmesinin asıl olması gerekir. Her ne kadar 2577 sayılı Kanun'da buna dair bir zorunluluk bulunmamakta ise de anayasal bir teminat olan kanuni hâkim güvencesi için bu duruma hassasiyet gösterilmesi gerekir. Ayrıca, aynı hâkim ve heyetin yargılamayı sürdürmesi dosyanın çözümlenmesini de kolaylaştıracağı gibi yargılamayı da hızlandırır.

SONUÇ

Kanuni hâkim güvencesi, hukuk devleti olmanın bir gereği olarak uygulanması gereken bir güvencedir. Fakat bu güvencenin tam olarak sağlanması için yine de açık bir düzenleme yapılması daha isabetli olur. Bu kapsamda, Türk Hukukunda kanuni hâkim güvencesi anayasal teminat alıntına alınmış ve 1982 Anayasası'nın "Kanuni hakim güvencesi" başlıklı 37. maddesinde düzenlenmiştir. Her ne kadar söz konusu madde metninde kanuni hâkim güvencesi doğal hâkim ilkesine göre daha dar kapsamlı olarak düzenlenmiş ise de Anayasa mahkemesi, kanuni hâkim güvencesini, doğal hâkim olarak anlamakta ve doğal hâkim ilkesini uygulamaktadır. Bu durum, anayasal teminat altına alınan hukuk devleti olmanın zorunlu bir sonucudur.

Kanuni hâkim güvencesi kapsamında olaya ve kişiye özgü mahkeme kurulması yasaklanarak yargılamaya olan güven sağlanır. Ayrıca, uyuşmazlık meydana çıkmadan önce mahkeme kurularak hukuki güvenlik ve belirlilik sağlanır. Yine bu güvence kapsamında mahkemelerin kurulmasına ve işleyişine dair düzenlemeler sadece kanunla yapılabilir.

1876 tarihli Kanun-i Esasi'den beri kanuni hâkim güvencesi Türk Hukukunda uygulanmaktadır. Buna göre, vergi mahkemeleri de diğer mahkemeler gibi kanuni hâkim güvencesine uygun olarak kurulmuş ve görev yapmakta olan mahkemelerdir. Fakat uygulamadan ve mevzuattan kaynaklanan bazı durumlar sebebiyle vergi mahkemelerinde uygulanan kanuni hâkim güvencesine dair sorunlar ortaya çıkmaktadır. Öncelikle, tek hâkimle çözülecek dosyalara dair ve istinaf kanun yoluna dair parasal sınıra esas miktarın belirlenmesi konusunda, karar tarihi esas alınmak suretiyle kanuni hâkim güvencesi ihlal edilmektedir. Oysaki kanuni hâkim güvencesine uygun olarak bu durumlarda uyuşmazlığın ortaya çıktığı veya davanın açıldığı tarihteki parasal sınırlar esas alınmalıdır. Bu şekilde, hukuki güvenlik ve belirlilik ilkeleri de sağlanmış olur. Bu sorunun çözümü için ise bu yönde bir mevzuat değişikliği veya yargısal içtihat gerekmektedir.

Öte yandan, bağlantılı davalarda kanuni hâkim güvencesi açısından bir sorun bulunmamaktadır. Bağlantı sonucunda bağlantılı davalar aynı mahkemede toplanır ve bu mahkemece karara bağlanır. Bağlantının koşulları kanunla açıkça önceden düzenlenmiştir. Bu durum, 2577 sayılı Kanun'un 5. maddesi açısından da geçerlidir. Fakat 2577 sayılı Kanun'un 5. maddesi açısından kanuni hâkim güvencesine aykırı bazı durumlar bulunmaktadır. Tek bir idari işlemin bölünerek davalara konu edilmesi ve mahkemelerin verdiği birleştirme kararları kanuni hâkim güvencesine aykırıdır. Daha önce bahsedildiği gibi bu durumların önlenmesi gerekmektedir.

Ayrıca, görevli ve yetkili mahkemenin değişmesi durumunda da kanuni hâkim güvencesi ihlal edilir. Bunun önlenmesi için ise görevli ve yetkili mahkeme hususunda sık sık içtihat değişikliği yapılmaması gerektiği gibi, görev ve yetkiye dair mevzuat değişikliğinin de derdest davalara uygulanmaması gerekir.

Kanuni hâkim güvencesine dair bir gerekçe ile verilmese de dilekçe ret kararı üzerine farklı mahkemede açılan davada verilen “dosyanın esas kaydının kapatılarak yeniden tevzi edilmek üzere tevzi bürosuna gönderilmesine” dair karar, çok isabetli bir karardır. Çünkü yenilenen dava veya davalar ilk davanın devamı olduğu için, bu davalara da ilk davayı gören mahkeme bakmalıdır. Bu durum, kanuni hâkim güvencesinin bir gereğidir.


Son olarak, dosyanın havalesi ve heyetin oluşumu, kanuni hâkim güvencesi için önem arz etmektedir. Bu nedenle, somut ve geçerli bir durum (hâkimin tayini, izinli, raporlu olması veya hâkimin reddi, çekilmesi gibi) bulunmadığı sürece dava dosyasının tüm aşamalarında aynı hâkim ve heyet bulunmalıdır.

KAYNAKÇA

- Aydın, Alper. “İdari Yargı Kararları Işığında Vergi İdarelerinin Mali Sorumluluğu”, *Konya Barosu Dergisi*, S.1, 2021; “Mahkemeye Erişim Hakkı Işığında Vergi Mahkemelerinde Dava Açma Süreleri”, *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, S.34, 2018; “Vergi Mahkemelerinde Dilekçeler Üzerinde İlk İnceleme”, *Selçuk Üniversitesi Adalet Meslek Yüksekokulu Dergisi*, S.1, 2018.
- Berkin, Necmeddin. “Hakimler ve Savcılar Hukukuna Yenilik Getiren Hükümler” *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, S.38, 1973.
- Büyüktavşan, Muhammed Taha. “Kesinlik Sınırı Altındaki İdari Para Cezalarına Karşı İtiraz Yoluna Başvurulamamasının Cezai Konularda İki Dereceli Yargılanma Hakkı Bakımından İncelenmesi” *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi*, S.12, 2018.
- Derdiman, Cengiz. “İdari Yargıda Birden Fazla Davanın Tek Dilekçe İle Açılması: Türk İdari Yargılama Usulü Kanununun 5. Maddesinin Anlamı ve Kapsamı Üzerinde Değerlendirmeler” *ASBÜ Hukuk Fakültesi Dergisi*, S.2, 2020.
- Ekin, Ali/Topçu, Melis. “İşçi Alacakları Açısından Gelir Vergisi ve Yasal Kesintiler” *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi*, S.8, 2016.
- Eraslan, Yunus. “Türk İdari Yargı Sisteminde Davaların Birleştirilmesi Usulü Üzerine Bir İnceleme” *Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, S.11/2, 2021.
- Karavelioğlu, Celal. *Açıklama ve En Son İçtihatlarla İdari Yargılama Usulü Kanunu*, Adalet Yayınları, Ankara, 2001.
- Keskin, Züleyha. “İdari Yargıda İstinaf Kanun Yolu” *TBB Dergisi*, S.126, 2016.

- Nas, Adil. “Türk Vergi Hukukunda Vergi İncelemesi” *AÜHFD*, S.61/4, 2012.
- Sarıaslan, Osman. “Vergi Yargısının Yapısal Sorunları ve İstinaf Süreciyle Birlikte Çözümlemesi Gereken Yeni Sorun Alanları” *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, S.37, 2019.
- Tanrıver, Süha. “Tabii Hakim İlkesi ve Medeni Yargı” *TBB Dergisi*, S.104, 2013; “Hukuk Yargısı (Medeni Yargı) Bağlamında Adil Yargılanma Hakkı” *TBB Dergisi*, S.53, 2004.
- Taş, Burak. “Hukukun Genel Bir İlkesi Olarak Tabii Hakim İlkesi” *YUHFD*, C.XVIII, 2021.
- Ortaç, Fevzi/Ünsal, Hilmi. “Türk Vergi Yargısında İstinaf Sistemi ve Muhtemel Sorunlar” *İstanbul Gelişim Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi*, S.1, 2016.
- Öner, Erdoğan. *Vergi Hukuku*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2015.
- Özbudun, Ergun. *Türk Anayasa Hukuku*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2021.
- Özyer, Mehmet Ali. *Açıklama ve Örneklerle Vergi Usul Kanunu Uygulaması*, Maliye Hesap Uzmanları Derneği Yayınlar, İstanbul, 2014.
- 1876, 1924 ve 1961 tarihli Anayasa metinleri <<https://www.anayasa.gov.tr/tr/mevzuat/onceki-anayasalar>> erişim tarihi 25 Aralık 2022.
- Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Fruni / Slovakya, Başvuru No.8014/07, T. 21/06/2011. (<https://hudoc.echr.coe.int>)
- Anayasa Mahkemesi, E.2015/18, K.2016/12, T. 10/02/2016; E.2013/64, K.2013/142, T.28/11/2013; E.2022/52, K.2022/90, T.20/07/2022; Başvuru No.2013/1780, T.20/03/2014; E.2016/144, K.2020/75, T.10/12/2020; E.2016/19, K.2016/17, T.16/03/2016. (<https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr>)
- Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu, YD İtiraz No.2015/1134, T.12/11/2015; Danıştay 9. Dairesi, E.2018/6798, K.2021/6029, T.02/12/2021; Danıştay 3. Dairesi, E.2016/3599, K.2018/7537, T.10/12/2018; İstanbul Bölge İdare Mahkemesi 1. Vergi Dava Dairesi, E.2018/1767, K.2018/2513, T.10/10/2018; İstanbul Bölge İdare Mahkemesi 2. Vergi Dava Dairesi, E.2022/1476, K.2022/3658, T.25/11/2022; İzmir Bölge İdare Mahkemesi 3. Vergi Dava Dairesi, E.2019/2816, K.2019/3078, T.25/12/2019; İstanbul 8. Vergi Mahkemesi, E.2020/2933, K.2021/2238, T.02/12/2021; İstanbul 11. Vergi Mahkemesi, E.2021/1692, K.2021/1377, T.05/08/2021; Konya 1. Vergi Mahkemesi, E.2017/999, K.2017/1143, T.28/12/2017; Konya 2. Vergi Mahkemesi, E.2016/339, K.2016/383, T.23/03/2016. (Yayımlanmamıştır)

Kanuni Temsilciler Hakkında 6183 Sayılı Kanun Uyarınca İhtiyati Haciz Uygulanmasının Mülkiyet Hakkına Müdahale Bağlamında Değerlendirilmesi

Sinan Can AVCI 

Araştırma Görevlisi, Sakarya Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Sakarya, Türkiye
sinanavci@sakarya.edu.tr (Sorumlu Yazar / Corresponding Author)

Makale Bilgileri

Makale Geçmişi

Geliş: 08.02.2023

Kabul: 15.06.2023

Yayın: 01.08.2023

Anahtar

Kelimeler:

Kanuni Temsilci,
Amme Alacakları,
Güvence Önlemleri,
Adil Denge.

ÖZET

6183 sayılı Kanun'da yer verilen geçici koruma önlemlerinden biri de ihtiyati hacizdir. Kanun, 13. maddede sayılan ihtiyati haciz nedenlerinin gerçekleştiği hallerde, hiçbir süre ile sınırlı olmaksızın amme borçlusunun mallarının idari bir kararla haczedileceğini belirtmektedir. Yine, tanımlar başlıklı 3. maddede amme borçlusu tabirinin amme alacağını ödemek zorunda olan hükmi şahısları ve kanuni temsilcilerini ifade edeceği düzenlendiğinden, vergi idaresince hükmi şahıslar hakkında takibe başlanılmaksızın kanuni temsilciler hakkında da ihtiyati haciz hükümleri tatbik edilmektedir. Kanuni temsilci sorumluluğu, kanunlarda yer alan bazı şartların gerçekleşmesi halinde doğmaktadır. Bu düzenlemeler, vergisel ödevlerin yerine getirilmemiş olması ya da önce tüzel kişinin takip edilmesi gibi kusura dayalı ya da öncelik ilişkisi kuran şartlardır. Oysa paraya çevirme usulü hariç kesin hacizden hiçbir farkı bulunmayan ihtiyati haciz için bu şartların gerçekleşmesi beklenmemektedir. Vergisel her işlem ilgisinin mülkiyet hakkına müdahale teşkil eder. Mülkiyet hakkına bu müdahalenin kanunla öngörülmesi, meşru amaç taşınması, ölçülü olması ve özellikle İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi'nin mülkiyet hakkı başvurularında kullandığı adil denge testi uyarınca bireysel ve aşırı bir yüke sebebiyet vermemesi gerekir. Kamu alacağın tahsilinin güvence altına alınması, kamu hizmetlerinin aksama yaşanmaksızın sürdürülmesi açısından elverişli ve gerekli olsa da, tek bir kamusal borç ilişkisine karşılık birden fazla malvarlığına keyfi olarak gidilebilmesi, tüzel kişi ve kanuni temsilci arasında tahsilde olduğu gibi asli-tali sorumlu ilişkisi kurulmaması, kanuni temsilci sorumluluğu hükümlerinin yok sayılması ve kamusal borç ilişkisinde alacaklı vergi idaresinin ihtiyati haciz nedenlerini takdir ederken objektif davranmama tehlikesi bulunması dikkate alındığında, bireysel ve aşırı bir yüke maruz bırakılan kanuni temsilci açısından adil denge korunmamış olacaktır.

The Evaluation Of The Implementation Of Precautionary Attachment On Legal Representatives In Accordance With Law Number 6183, Within The Context Of Intervention With The Right To Property

Article Info

Article History

Received: 08.02.2023

Accepted: 15.06.2023

Published: 01.08.2023

Keywords:

Legal Representative,
Public Receivables,
Assurance Measures,
Fair Balance.

ABSTRACT

One of the assurance measures included in the Law No. 6183 on the Collection of Public Receivables is precautionary attachment. In this procedure, the properties of public debtors will be seized by an administrative authority. Since the term public debtor refers to legal persons and their legal representatives, precautionary attachment provisions are also applied to legal representatives without initiating proceedings against the legal person by the tax administration. Legal representative liability arises when certain conditions in the law are occurred. These regulations are the conditions based on fault or establishing a priority-later relationship, such as not fulfilling tax obligations or following the legal entity first. However, these conditions are not expected to be occurred for a precautionary attachment, which is no different from a final lien, except for the liquidation method.

Every tax action is an interference with the property right of the property. These interferences must be prescribed by law, have a legitimate purpose, must be proportionate and must not cause an individual and excessive burden, especially in accordance with the fair balance test used by the ECHR in property right applications. It is possible to say that securing the collection of receivables is convenient and necessary in order to prevent delay of public services. However, for a single public debt relationship, the assets of more than one person are subject to precautionary seizure, there is no priority-later relationship between the legal entity and its legal representative, the legal representative liability provisions are ignored, and the creditor of the public debt relationship and the authority that will decide on the provisional attachment become the same person. As a result, the fair balance will not be maintained in terms of the individual and the legal representative who is subjected to an excessive burden.

Atf/Citation: Avcı, S. C. (2023). "Kanuni Temsilciler Hakkında 6183 Sayılı Kanun Uyarınca İhtiyati Haciz Uygulanmasının Mülkiyet Hakkına Müdahale Bağlamında Değerlendirilmesi", *Necmettin Erbakan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 6(2), s. 467-490.



"This article is licensed under a Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License (CC BY-NC 4.0)"

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

GİRİŞ

Kamu hizmetlerinin finanse edilmesinde kamu alacakları büyük paya ve öneme sahiptir. Kamu alacaklarının tahsil edilememesi halinde kamu hizmetlerinin aksaması riski ortaya çıkacağından bu alacaklarının zamanında eksiksiz olarak tahsil edilmesinde üstün bir yarar söz konusudur. Kamu alacakları, bu ehemmiyetine binaen bizzat bu alacaklara özgü bir usul kanunu olan 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun (AATUHK) ile düzenlenmiştir. Kanun, tahsil sürecine ilişkin hükümler içermekle birlikte; borçlunun, ödeme emri, haciz ve satış gibi süreçlerde yaşanabilecek prosedür kaynaklı gecikmeleri fırsat bilerek kamu alacağının tahsilini tehlikeye sokacak bazı işlem ve eylemlerde bulunmasını engellemek ve bu yolla kamu alacaklarını güvenceye kavuşturmak adına takip ve tahsil işlemi sayılmayan bazı koruma önlemleri de öngörmüştür. Bu işlemlerden biri de AATUHK 13 ila 16. maddeler arasında düzenlenen ihtiyati hacizdir.

İhtiyati haczin muhatabı kural olarak amme borçlusudur. Ancak “Tanımlar” madde başlıklı üçüncü maddede, amme borçlusu tabiri özellikle tüzel kişiler bakımından kanuni temsilcileri ve mirasçıları da kapsayacak şekilde düzenlenmiştir. Tüzel kişiler bakımından yapılan bu kapsayıcı tanım, amme borçlusu tüzel kişi hakkında güvence önlemlerinin kanuni temsilciler için de uygulanıp uygulanmayacağı sorunu ortaya çıkarmıştır.

Tüzel kişinin amme borcu dolayısı ile kanuni temsilciler hakkında ihtiyati haciz uygulanıp uygulanamayacağı hususunda kanunda bir boşluk olduğu açıktır. Ancak öğretide ve Danıştay kararlarında konu, kanun boşluğu yönünden hiç ele alınmayıp doğrudan pozitif düzenlemeler üzerinden tartışılmıştır. İhtiyati haczin kanuni temsilciler bakımından uygulanamayacağını belirten görüş, temelde kanuni temsilci sorumluluğunu hüküm altın alan Vergi Usul Kanunu (VUK) m.10/2 ve AATUHK mük. m. 35 hükümlerine dayanmakta ve bu şartlar gerçekleşmeksizin amme borçlusu tüzel kişinin borcu için kanuni temsilci hakkında ihtiyati haciz uygulanamayacağını ifade etmektedir. Karşıt görüş ise, sorumluluk hükümlerinin yalnızca takip ve tahsil işlemleri bakımından geçerli olduğunu, güvence önlemlerinin ayrı bir işlem kategorisi teşkil ettiğini ve sorumluluğa ilişkin şartların bu aşamada aranmasına gerek olmadığını belirterek AATUHK 3. maddeyi dayanak göstermektedir.

Türk hukuk sisteminde, sermaye şirketlerinin kendi tüzel kişiliği bulunduğundan, borçlardan sorumluluğu da şahsidir. Özel hukuka tabi olacak ilişkilerinde tüzel kişilik perdesi gereği şirket ortaklarının ya da kanuni temsilcilerin şirket borçlarından hiçbir sorumluluğu bulunmazken, kamu alacaklarının özel konumu gereği bazı haller bakımından bu kural esnetilmiştir. Ancak buna rağmen yukarıda zikredilen hükümlerde sorumluluk ya bir kusura dayanmakta ya da ikincil bir konuma oturtulmaktadır. Kamu alacaklarının konumu ne kadar farklı olsa da tüzel kişiden kanuni temsilci sorumluluğuna geçişin kademeli olması, şüphe yok ki mülkiyet hakkının korunumu ile ilgilidir.

Tüzel kişi yanında kanuni temsilciye de ihtiyati haciz uygulanabileceğini belirten görüşler, özellikle takip ve tahsil işlemleri ile güvence önlemleri arasında bir ayrıma giderek sorumluluk hükümlerini yok sayarken, mülkiyet hakkını gözden kaçırmış gözükmektedir. Zira ister takip ve tahsil işlemi ister koruma önlemi olsun, her ikisi de mülkiyet hakkının sınırlandırılması anlamını

taşır ve sınırlandırma rejimine uygunluğunun değerlendirilmesi gerekir. Özellikle sermaye şirketi kanuni temsilcileri bakımından ihtiyati haciz uygulamasının ölçülü bir müdahale teşkil edip etmediğinin incelediği bu çalışmanın ilk bölümünde, 6183 sayılı Kanun'da yer verilen ihtiyati haciz kurumu açıklanmış; ikinci bölümde, tüzel kişi kanuni temsilcilerinin sorumluluğu ve ihtiyati haciz karşısındaki konumu irdelenmiş, üçüncü ve son bölümde ise uygulamanın mülkiyet hakkına ölçülü bir müdahale teşkil edip etmediği, İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi'nce kullanılan adil denge testi uyarınca dengenin korunup korunmadığı ortaya konulmaya çalışılmıştır.

I. 6183 SAYILI KANUN'DA İHTİYATİ HACİZ

A. Hukuki Niteliği

6183 sayılı Kanun'un 13 vd. maddelerinde düzenlenen ihtiyati haciz, amme alacağını güvence altına almak amacı ile başvurulmuş en etkili yollardan biridir.¹ İdare, ihtiyati haciz yoluyla, tahakkuk ettirilmemiş, henüz vadesi gelmemiş veya vadesi gelmesine rağmen ödeme emri gönderilmemiş amme alacaklarının tahsil güvenliğini sağlamak amacı ile kamu borçlusunun bazı hak, mal ve alacaklarını kesin haciz aşamasının öncesinde haczetmektedir.² Böylece borçlunun bazı mallarını cebri icradan kaçırmasına engel olmaktadır.³

İhtiyati haciz, idari işlem teorisi bakımından, re'sen icra edilebilen, kesin ve yürütülebilir nitelikli işlemdir.⁴ Kamu borçlusunun malvarlığını konu edinen ihtiyati haciz, sonuçlarını borçlunun şahsında doğurduğundan sübjektif, hangi hallerde bu tedbire başvurulacağı kanunda açıkça sayıldığından sebebe bağlı idari işlem niteliğindedir.⁵

Öğretide, kanun koyucu tarafından ihtiyati hacze cebri teminat niteliği tanındığı ifade edilmektedir. Zira AATUHK 14. madde uyarınca ihtiyaten haczedilen malların değerlerinin depo edilmesi veya idarenin kabul edeceği bir kişinin müteselsil kefil gösterilmesi koşulu ile malların borçluya bırakılmasının kabul edilmesi ve 16. madde uyarınca teminat gösteren borçlu hakkındaki ihtiyati haczin kaldırılması, teminat sağlama gayesinin dayanak maddeleri olarak gösterilmektedir.⁶

Cebri teminat niteliği taşımasına rağmen, ihtiyati haciz kurumunun teminat kurumundan bazı farklılıkları mevcuttur. Öncelikle, ihtiyati haciz kararı alınması, teminat istenmesinden hukuki olarak daha ağır sonuçlar doğurur. İhtiyati haciz yolunda tedbir direkt olarak amme borçlusunun malvarlığının aktif kısmında sonuçlarını doğurmaktadır.⁷ Oysa teminat istendiği durumda, teminat

¹ Gerçek, Adnan. *Kamu Alacaklarının Tahsil Hukuku*, 6. Baskı, Ekin Yayınevi, Bursa, 2020, s. 184; Çelik, Binnur S. *Kamu Alacaklarının Takip ve Tahsil Hukuku*, 3. Baskı, On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2018, s. 60.

² Karakoç, Yusuf. *Kamu İcra Hukuku*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2016, s. 118; Kaneti, Selim / Ekmekci, Esra / Güneş, Gülsen / Kaşıkçı, Mahmut, *Vergi Hukuku*, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2019, s. 573; Candan, Turgut. *Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun*, Gözden Geçirilmiş ve Güncellenmiş 4. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2018, s. 94; Ateşagaoglu, Erdem. *Kamu Alacaklarında İhtiyati Haciz Uygulaması*, Türkmen Kitabevi, İstanbul, 2016, s. 26.

³ Üstün, Ümit Süleyman. "Kamu Alacaklarının Korunması Bakımından İhtiyati Haciz ve İhtiyati Tahakkuk Kurumları-I", *Vergi Sorunları Dergisi*, Yıl:2004, Sayı: 187, s. 155.

⁴ Özbacı, Yılmaz. *Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun Yorum ve Açıklamaları*, Oluş Yayıncılık, Ankara, 2005, s. 202; Çelik, s. 62; Ateşagaoglu, s. 28.

⁵ Çelik, s. 62; Gerçek, s. 185; Üstün, s. 155.

⁶ Karakoç, s. 119; Gerçek, s. 186; Ateşagaoglu, s. 59.

⁷ Çelik, s. 61.

olarak gösterilecek değerlerin mutlaka kamu borçlusunun malvarlığına ait olma zorunluluğu yoktur.⁸ İhtiyati haczin cebri niteliği gereği haczedilecek malvarlığı unsuru idarece belirlenirken, kamu borçlusu teminatı kendi iradesi ile gösterebilmektedir.⁹

Kamu alacaklarının güvence altına alınması yollarından biri olan ihtiyati haciz, genel icra hukukundaki ihtiyati haciz ile de birçok yönden farklılık göstermektedir. 6183 sayılı Kanun uyarınca ihtiyati haciz, icrai bir karara dayanarak re'sen uygulanan idari bir tasarruf iken, özel hukukta ihtiyati hacizde, karar mahkemelerden, kararın uygulanması ise icra dairelerinden talep edilir.¹⁰ Genel icra hukukunda, kural olarak öncesinde rehinle temin edilmeyen muaccel olmuş alacaklar için ihtiyati haciz talep edilebilirken kamu icra hukukunda alacağın tahakkuk aşamasına gelmesine dahi gerek yoktur.¹¹ Genel icra hukukunda mahkemece verilen ihtiyati haciz kararı, talep edenin belirli bir süre içerisinde takip talebinde bulunmaması veya aynı süre içerisinde dava açmaması halinde ortadan kalkarken kamu icra hukukunda kararın geçerliliği belirli bir süre ile kısıtlanmamıştır.¹² Genel icra hukukunda, alacak bir mahkeme kararına ya da bu nitelikte bir belgeye dayanmadığı takdirde alacaklıdan teminat alınması zorunlu iken vergi idaresinin ihtiyati haciz kararı almadan önce teminat gösterme zorunluluğu bulunmamaktadır.¹³

B. İhtiyati Haciz Sebepleri

İhtiyati haciz nedenleri, AATUHK 13. maddede yedi bent halinde sınırlı sayı prensibi ile açıkça sayılmıştır.¹⁴ Bunlar: a) Teminat istenmesini gereken hallerin mevcut olması, b) Borçlunun belirli bir ikametgâhının bulunmaması, c) Borçlunun mallarını kaçırmaması, hileli yollara sapma tehlikesinin bulunması, d) Talep edilmesine rağmen tarafından borçlu kefil ya da teminat gösterilmemesi, borçlu tarafından gösterilen teminat ya da kefilin kabul görmemesi, e) Gereği gibi ya da hiç mal bildiriminde bulunulmaması, f) Para cezasını gerektiren fiil dolayısı ile kamu davası açılması, g) İptal davasına konu edilebilecek hükümsüz tasarrufların bulunması. Sayılanlar dışında, ihtiyaten tahakkuk ettirilen vergi, zam ve cezalara yönelik de ihtiyati haciz kararı alınması zorunluluk arz etmektedir.¹⁵

1. Teminat İstenmesini Gerektiren Haller

6183 sayılı Kanun 9. maddede teminat istenmesini gerektiren haller ikiye ayrılmaktadır. Bunlardan ilki VUK 344. madde uyarınca vergi ziyai oluşumuna sebebiyet veren eylemler ile VUK 359. madde uyarınca vergi kaçakçılığı suçu teşkil eden eylemlerin gerçekleştiğinin tespit edildiği hallerdir. Diğer hal ise Türkiye’de ikametgâhı bulunmayan borçlunun mukim olmama halinin tahsil sürecini tehlikeye sokması ihtimalidir.¹⁶

⁸ Geçer, Emrah. “Kamu İcra Hukukunda İhtiyati Haciz Sebepleri ve İhtiyati Haciz Karşısında Amme Borçlusunun Durumu”, *Selçuk Üniversitesi HFD*, Cilt:25, Sayı:1,Yıl:2017, s. 205-235, s. 213.

⁹ Karakoç, s. 119; Kaneti / Ekmekci / Güneş / Kaşıkçı, s. 573.

¹⁰ Özbalcı, s. 202; Dönmez, Recai. *Vergi İcra Hukukunda İhtiyati Haciz*, Anadolu Üniversitesi Yayınları, Eskişehir, 1998, s. 13.

¹¹ Geçer, 2017, s. 209.

¹² Üstün, s. 155.

¹³ Ateşagaoglu, s. 57.

¹⁴ Candan, s. 95.

¹⁵ Geçer, s. 213.

¹⁶ Gerçek, s. 187.

Teminat istenmesini gerektiren nedenlerin mevcut olması, ihtiyati haczin uygulanması için yeterli olup öncesinde mutlaka teminat istenmiş olması gerekmemektedir.¹⁷ Hal böyle olunca, teminat istenmesini gerektiren hal ortaya çıktığında hangi kurumun işletileceği sorunu ortaya çıkmaktadır. Zira sayılan haller bakımından teminat hükümleri de ihtiyati haciz hükümleri de isteğe bağlı nitelik taşımadığından derhal uygulanması gereken kurallardır.¹⁸ Öğretide, kamu alacağı koruma önlemlerinden biri ile güvenceye kavuşturulduktan sonra diğer önlemlerin uygulanmasına gerek kalmayacağı, teminat alındığı takdirde ihtiyati hacze başvurulmaması gerektiği ifade edilmektedir.¹⁹ Kaldı ki, her iki kurumun birden işlerlik kazanması, kamu borçlusunu zor durumda bırakan ölçüsüz bir uygulama olacaktır.²⁰ Hatta hukuki nitelikleri ve amaçları dikkate alındığında, öncelikle borçludan teminat istenmesi, gösterilecek güvencenin borçlunun takdirine bırakılması, AATUHK'un ruhuna ve daha yumuşak önlemin seçilmesiyle gereklilik ilkesinin karşılanması bakımından ölçülülük ilkesine daha uygun bir yaklaşım olacaktır.²¹

2. Borçlunun Belli İkametgahının Olmaması

Gerçek kişiler bakımından ikametgâh, Türk Medeni Kanunu 19. maddede gerçek kişiler bakımından sürekli kalma niyetiyle oturlan yer şeklinde tanımlanmıştır. Tüzel kişilerde ise kuruluş belgesi aksini belirtmedikçe işlerin yönetildiği yer şeklinde belirtilmiştir (TMK, 51). Yasal ikametgâh tanımları bu şekilde olmakla birlikte vergi hukuku bakımından mali ikametgâh tanımı da yapılmıştır. Mali ikametgâh, vergi mükellefinin yerleştiği veya işlerini sürdürdüğü yer olarak ifade edilmektedir.²² Kanuni ikametgâh-mali ikametgâh ayrımı, kişinin TMK anlamında bir ikametgahı bulunmasa da ticari ve mali işlerini yürüttüğü belirli bir yere sahip olması ihtimalinde önem arz eder. Zira burada artık ikametgahın belirsizliğinden bahsedilemeyeceği için ihtiyati haciz uygulamak mümkün olmayacaktır.²³ Ayrıca bentte, ikametgahın belirliliğine vurgu yapıldığından hiç ikametgâh olmaması kadar borçlunun kötü niyetle sık sık ikametgah değiştirmesi ve ilgili değişiklikleri vergi dairesine bildirmekten kaçınması da ihtiyati haciz sebebi olarak değerlendirilmektedir.²⁴

¹⁷ Çelik, s. 63. Üstün, s. 155.

¹⁸ Coşkun Karadağ, Neslihan. "Vergi Alacağının Güvence Altına Alınmasında Teminat, İhtiyati Haciz ve İhtiyati Tahakkuka İlişkin Özellikli Durumlar", *Maliye Dergisi*, Sayı 162, s. 238-255, s. 248; Hükümde, teminat istenmesini gerektiren hallerin ayrıca ihtiyati haciz nedeni olarak da düzenlenmesinin, amme borçlusunun teminat göstermesi istenen borcu dışındaki amme borçlarını güvence altına almak amacını taşıdığı şeklindeki görüş için bkz. Özbacı, s. 210.

¹⁹ Gerçek, s. 188; Çelik, s. 64.

²⁰ Çelik, s. 64. Karşıt görüş için bkz. Danıştay 7.D, E.2016/1998 K. 2021/864 T.09.02.2021, "Teminat istenmesi ihtiyati hacizden ayrı bir korunma önlemi olarak düzenlendiğinden teminat istenmesini mucip hallerin varlığı halinde, teminat isteme süresi dolmadan ihtiyati haciz kararı alınmasına engel bulunmamaktadır." (www.lexpera.com.tr, Erişim: 14.12.2022).

²¹ Gerçek, s. 188.

²² Tuncer, Selahattin, Vergi Hukuku Açısından Medeni İkametgah ve Mali İkametgah, *Maliye Araştırma Konferansları Dergisi - Prof. Dr. M. Orhan Dikmen'e Armağan*, 1989, sayı: 33, s. 53-68, s. 62; Ateşagaoglu, s. 74.

²³ Gerçek, s. 189.

²⁴ Dönmez, s. 31.

3. Borçlunun Kaçması, Mallarını Kaçırması, Hileli Yollara Sapma Tehlikesi Bulunması

Kaçma, mal kaçırma ve hileli yollara başvurmak özünde maddi birer olgudur. İdare, bunların bilgisine ihbar veya şikayetler aracılığı ile ulaştığı takdirde ayrıca bir araştırmaya gerek kalmadan ihtiyati hacze başvurabilir. Ancak sayılan haller, maddi bir duruma dayanmadığı ihtimalde idarece olasılıkların belirlenmesi gerekecektir ki bu ihbar veya şikayet üzerine harekete geçmekten çok daha zorludur.²⁵ Bu nedenle, somut bir olayda ilgili nedenin var olduğunu öne süren idareye geniş bir takdir hakkı tanınmıştır.²⁶ Borçlunun kaçacağına, mallarını kaçıracağına hileli uygulamalara başvuracağına kesin şekilde ispatına gerek olmayıp makul şüphe seviyesinde bir hareketlilik, idarenin ihtiyati haciz kararı alma ve uygulaması bakımından yeterlidir.²⁷

4. Borçlu Tarafından Kefil ya da Teminat Gösterilmemesi, Borçlunun Gösterdiği Kefil ya da Teminatın İdarece Kabul Edilmemesi

İdarece belirtilen sürede teminat ya da kefil göstermeyen ya da gösterdiği kefil ya da teminat kabul edilmeyen borçlu hakkında ihtiyati haciz uygulanabilir. AATUHK 13. maddenin dördüncü bendi uyarınca, alacaklı kamu idaresinin öncelikle talep yöntemine başvurmasına rağmen talebin gereklerini yerine getirmeyen ya da görece zayıf bir teminat ya da kefil gösteren kamu borçlusuna karşısında, kamu alacağının korunmasız kalmasını önlemesi bakımından büyük bir değere sahiptir.²⁸

Bahse konu önemine rağmen, aynı madde içerisinde hem teminat istenmesini gerektiren hallerin varlığının yeterli görülmesi hem de teminat isteminin borçlu tarafından karşılıksız bırakılmasının ihtiyati haciz nedeni olarak kabul edilmesi, mükerrer bir durum meydana getirmiştir.²⁹ Ayrıca uygulamada ve Danıştay kararlarında görüldüğü üzere, teminat gösterilmesi için tanınan süre dolmadan da ihtiyati hacze başvurulması 4. bendin varlığını anlamsız kılmaktadır.³⁰ Bu nedenle, teminat istenmesini gerektiren hallerde, öncelikle borçludan teminat istenmesi, verilen sürede teminat gösterilmediği takdirde bu nedenle ihtiyati haciz uygulanması, en tutarlı yöntem olarak görünmektedir.³¹

5. Hiç ya da Gereği Gibi Mal Bildiriminde Bulunulmaması

Ödeme emrini tebliğ alan borçlu, 15 gün içerisinde ya borcu ödemeli ya da mal bildiriminde bulunmalıdır (AATUHK, 55/1). Görüleceği üzere, borçlu bakımından mal bildiriminde bulunma zarureti, ödeme emri tebliğinden sonra ortaya çıkmaktadır. Oysa ihtiyati haciz, henüz ödeme emri gönderilmemiş, tahakkuk etmesine rağmen vadesi gelmemiş ya da

²⁵ Gerçek, s. 189; Çelik, s. 65.

²⁶ Özbacı, s. 215; Kaneti / Ekmekci / Güneş / Kaşıkçı, s. 575.

²⁷ Candan, s. 98; Geçer, s. 221.

²⁸ Çelik, s. 66.

²⁹ Çelik, s. 66; Gerçek, s. 190; Karşıt görüş için bkz. Ateşgözoğlu, s. 70.

³⁰ Özbacı, s. 216; Karara konu olayda, 6183 sayılı Kanun'un 9 uncu maddesinin birinci fıkrası uyarınca teminat istenilmesine ilişkin yazı 25.9.2012 tarihinde davacıya tebliğ edilmiştir. Teminat istenilmesine ilişkin yazıda tebliğ tarihinden itibaren on beş gün içinde teminat gösterilmesi gerektiği belirtilmesine karşın, bu süre beklenilmeden davacının gayrimenkulleri üzerine 27.9.2012 tarihinde ihtiyati haciz uygulanmıştır. Tam metin için bkz. Danıştay 4.D, E. 2013/5941 K. 2014/1522 T. 10.3.2014, (www.lexpera.com.tr, Erişim: 01.06.2023).

³¹ Gerçek, s. 190; Özbacı, s. 216.

ihtiyaten tahakkuk ettirilmiş amme alacakları bakımından uygulanmaktadır. O halde, borçlunun ödeme emri gönderilmiş amme borcu dışındaki borçlarının güvenceye alınması bakımından bu bent uyarınca ihtiyati hacze başvurulacaktır. Zira ödeme emrine konu borç için ödeme yapılmaması ya da mal bildiriminde bulunulmaması, diğer borçların tahsilini de tehlike soktuğundan henüz ödeme emri gönderilmemiş alacakların güvence altına alınması, ihtiyati haciz ile mümkün olmaktadır.³²

6. Para Cezasını Gerektiren Fiil Dolayısıyla Borçlu Hakkında Kamu Davası Açılması

Adli para cezasını gerektiren bir suç dolayısı ile borçlu hakkında kamu davası açılmış olması ihtiyati haciz uygulanması bakımından yeterli olup hüküm verilmesine gerek yoktur.³³ 6183 sayılı Kanun m.1/2'de TCK'nın adli para cezalarını tahsil şekli ve bu cezaların hapse çevrilmesine ilişkin kurallar saklı tutulmuştur. Cezaların ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı ise 5275 sayılı Kanun hükümleri uyarınca gerçekleştirilmektedir. Bu kanunun 106. maddesinin 11. Fıkrasına göre infaz edilen hapis cezasından ya da kamusal hizmetlerde çalıştırılma süresinden bakiye adli para cezasının ödenmesi için Cumhuriyet savcısı tarafından vergi dairesi başkanlıklarına ya da müdürlüklerine bildirimde bulunmaktadır. Yine söz konusu hüküm uyarınca 6183 sayılı Kanun hükümleri bu aşamada devreye gireceğinden 765 sayılı eski Türk Ceza Kanunu zamanından kalmış bu hükmün uygulama alanı oldukça daralmıştır.³⁴

7. İptal Davasına Konu Olabilecek Hükümsüz Tasarrufların Bulunması

6183 s. Kanun'un 27 ila 30. maddelerinde, kamu borçlusu tarafından gerçekleştirilen bazı bağış, ivazsız işlem, rehin, vadesi gelmeden yapılan ödeme gibi tasarrufların ve amme alacağının tahsilini imkânsızlaştırmak gayesiyle gerçekleştirilen tasarrufların hükümsüz sayılacağı belirtilmiştir.³⁵ Bu maddeler uyarınca hükümsüz sayılan işlem ve tasarrufların iptali için adli yargıda dava açılmasına imkân veren dava türü ise iptal davasıdır. (AATUHK, 24).

Hükümsüz sayılan tasarrufların iptal ettirilmesini gerektirecek hallerin varlığı aynı zamanda bir ihtiyati haciz nedeni olarak düzenlenmiştir. Teminat istenmesini gerektiren hallerde olduğu gibi, hükümsüz tasarrufların varlığı halinde de ihtiyati haciz uygulanması için iptal davası açılmasının gerekli olup olmadığı hususunda farklı görüşler ortaya atılmaktadır. Bir görüş, bu bendin, iptal davasına konu edilecek malların elden çıkarılmasını önlemek amacıyla getirilen ihtiyati tedbir niteliğinde³⁶ bir ihtiyati haciz olduğunu öne sürerken diğer görüş ise iptal davasının açılmış olmasının şart olmadığını, kamu idaresinin ihtiyati haciz uyguladıktan sonra iptal davası açılabileceğini³⁷ belirtmektedir. Burada ihtiyati hacze konu olan malvarlığı değeri kamu alacağı değildir. Kesinleşmiş, tahsil aşamasına gelmiş kamu alacağına karşılık gelebilecek mallar,

³² Çelik, s. 67; Üstün, s. 158.

³³ Coşkun, Mahmut. *Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun*, Seçkin Yayınevi, 2. Bası, 2011, İstanbul, s. 156; Candan, s. 101.

³⁴ Coşkun, s. 157.

³⁵ Karakoç, s. 129.

³⁶ Çelik, s. 68; Coşkun, s. 157.

³⁷ Gerçek, s. 191; Özbacı, s. 218; Dönmez, s. 44; Üstün, s. 159; Ateşgaoğlu, s. 90.

hükümsüz tasarruflara konu edilmiş ise ihtiyati haciz ile korunmakta ve tasarruf sahibi amme borçlusundan tahsili sağlanmaktadır.³⁸

B. İhtiyati Haciz Uygulama Usulü

1. Karar Verme Yetkisi

Kanun, ihtiyati haciz kararının alacaklı kamu idaresinin yereldeki en büyük memurunun kararı ile uygulanacağını belirtmiştir. Mahalli en büyük memur, iller açısından vali, ilçeler açısından kaymakamdır. Ancak 5345 sayılı Gelir İdaresi Başkanlığı Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun'un 7226 sayılı Kanun'un 25. maddesiyle yeniden düzenlenen "Atıflar ve yetkiler" başlıklı 33. maddesi uyarınca GİB' in görev alanındaki konularda mahallin en büyük memuruna yapılmış atıfların konusuna göre vergi dairesi başkanı ve başkanlığına, bunların bulunmadığı yerlerde vergi dairesi müdürlüğüne yapılmış sayılacağı düzenlendiğinden ihtiyati haciz kararı, vergi dairesi başkanlığı ya da vergi dairesi müdürlüklerince verilecektir. Belediyelere ait amme alacaklarında ihtiyati haciz kararı verme yetkisi belediye başkanına; il özel idarelerinde ise valiye aittir.³⁹

2. İzlenecek Usul

İhtiyati haczin konusu amme borçlusunun mal, alacak ve diğer haklarıdır. Borçlunun gerek nezdinde gerek üçüncü kişilerde bulunan ve mevcut malvarlığı değerleri ihtiyati hacze konu edilebilir.⁴⁰ O halde kamu borçlusunun ileride doğması muhtemel alacaklarının ihtiyati hacze konu edilmesi mümkün değildir.⁴¹ İhtiyati hacze ilişkin işlemler, kesin hacze ilişkin usul ve esaslara tabi kılınmıştır. Bu nedenle, kesin haciz usulünde kısmen veya tamamen haczedilemez nitelikteki malvarlığı değerlerinin ihtiyaten de haczedilmesi mümkün olmayacaktır.⁴²

Henüz tahakkuk etmemiş kamu alacaklarına yönelik ihtiyati haciz uygulanmadan önce Defterdarlıktan ya da Vergi Dairesi Başkanlığından ihtiyati tahakkuk kararı alınmalıdır. Henüz tahakkuk ettirilmemiş amme alacağı için ihtiyati haciz uygulanamaz.⁴³ AATUHK 13. maddede ihtiyati haczin derhal uygulanacağı belirtilse de ihtiyati haczin ne kadar süre ile devam edeceği hususunda süre sınırı getirilmemiştir. Danıştay 2022 tarihli İBK kararında özellikle 13. maddenin 1. bendi bakımından, inceleme tamamlanıp tarhiyat gerçekleştirildikten sonra bu bende dayanarak ihtiyati haciz uygulanamayacağını, şartların varlığı halinde 13. maddenin diğer bentleri uyarınca ihtiyati haciz kararı alınması gerektiğini belirtmiştir.⁴⁴

³⁸ Çelik, s. 68; Üstün, s. 159.

³⁹ Karakoç, s. 120; Gerçek, s. 192.

⁴⁰ Gerçek, s. 194.

⁴¹ Çelik, s. 62.

⁴² Coşkun, s.160; Candan, s. 107.

⁴³ Özbalcı, Amme Alacakları, s. 13; Gerçek, s. 193.

⁴⁴ Danıştay İBK, E. 2021/6 K. 2022/2 T. 27.05.2022 "İnceleme elemanının vergi incelemesini tamamlayıp vergi inceleme raporunu, tarhiyatı yapacak olan vergi dairesine göndermekle bu hususlara ilişkin görev ve yetkileri sona ermektedir. İstenecek teminat miktarını belirleme ve teminat istenmesi yönünde talepte bulunma yetkisini, incelemeyi yapan yetkili memurdan başkasının kullanması mümkün bulunmadığı gibi, inceleme elemanı da, inceleme tamamlandıktan sonra bu yetkisini artık kullanamaz." www.legalbank.net, Erişim: 25.01.2023.

3. İhtiyati Haczin Muhatabı

İhtiyati haczin öncelikli muhatabı, hacze konu amme borcunu şahsında doğan kişidir.⁴⁵ Daha önce ifade edildiği üzere terimler başlıklı maddede, amme borçlusu veya borçlu teriminin hükmi şahısların kanuni temsilci ya da mirasçılarını da ifade edeceği belirtildiğinden bu kişilerin de ihtiyati hacze muhatap olacağı belirtilmektedir.⁴⁶

Bilindiği üzere, anonim şirket, limited şirket gibi sermaye şirketi tüzel kişiliklerde kanuni temsilcilerin kural olarak ikincil sorumluluğu bulunmaktadır. Söz konusu amme borçları olduğunda ise kanuni temsilcinin hangi şartlarda sorumlu olacağı VUK 10. madde ve AATUHK mük. 35. madde ile belirlenmiş bulunmaktadır. Amme borçlusu tabiri kanuni temsilciyi de içerdiğinden, bu kişilerin ihtiyati hacze muhatap edilmesi bakımından tanımı yeterli kabul etmek mümkün görünmediğinden konunun detaylıca irdelenmesi önem arz etmektedir.

II. TÜZEL KİŞİ KANUNİ TEMSİLCİLERİNİN VERGİ SORUMLULUĞU VE İHTİYATİ HACİZ KARŞISINDAKİ KONUMU

A. Tüzel Kişi Kanuni Temsilcilerinin Sorumluluğu

Kendisi dışında bir kişinin vergi borcu için vergilendirmenin gerek şekli gerek maddi ödevlerini yerine getirmekle görevli olan üçüncü kişiler, vergi sorumlusu olarak tanımlanır.⁴⁷ Vergi sorumluluğu türlerinden biri de kanuni temsilci sorumluluğudur. VUK 10. maddede küçükler, kısıtlılar, tüzel kişiler, cemaatler, vakıflar ve tüzel kişiliği bulunmayan kuruluşların yükümlü ve sorumlu oldukları takdirde bu sayılanlara düşen ödevlerin kanuni temsilciler aracılığıyla yerine getirileceği belirtilmiştir. Bu sorumluluk aynı zamanda vergi ve diğer borçların ödenmesini de içerdiğinden, bunların tahsil edilmesi bakımından kanuni temsilcinin şahsi malvarlığı ile sorumluluğunu düzenleyen hükümler mevcuttur. Bunlardan bir kısmı VUK'da yer alırken bir kısmı 6183 s. Kanun'da yer almaktadır.

1. Vergi Usul Kanunu'ndan Doğan Sorumluluk

Kanuni temsilcilerin, yükümlünün vergi borçlarından dolayı sorumluluğunu belirleyen temel hüküm VUK'un 10. maddesinin ikinci fıkrasıdır.⁴⁸ Bu madde, yükümlü ve sorumluların- çalışma kapsamında tüzel kişiler- mal varlıklarından kısmen veya tamamen alınamayan VUK kapsamındaki alacaklar açısından, yükümlülüklerini yerine getirmeyen kanuni temsilcilere sorumluluk yüklemektedir.

Kanuni temsilcilere VUK 10. madde ile getirilen bu sorumluluğun, kusura dayalı bir sorumluluk olup olmadığı öğretide tartışmalıdır. Bu tartışmanın temelinde 3505 s. Kanun'la 1988 yılında yapılan değişiklik neticesinde ikinci fıkrada yer alan “...kasıt ve ihmalleriyle...” ibaresinin

⁴⁵ Özbalcı, Amme Alacakları, s. 206; Candan, s. 105.

⁴⁶ Coşkun, s. 159; Gerçek, s. 193.

⁴⁷ Öncel, Mualla / Kumrulu, Ahmet / Çağan, Nami / Göker, Cenker. Vergi Hukuku, Gözden Geçirilmiş ve Değişiklikler İşlenmiş 29. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2020, s. 79; Akkaya, Mustafa. “Vergi Sorumlusunun Vergi Yargısı ve Vergi İdaresi Karşısındaki Konumu”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 46, Sayı: 1, Yıl: 1997, s.185-208, s. 185.

⁴⁸ Barlass, İrfan. *Anonim ve Limited Ortaklıklarda Kanuni Temsilcilerin Vergisel Sorumluluğu*, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2006, s. 55.

madde metninden çıkarılmış olması yatmaktadır. Azınlık görüşü, ödevin yerine getirilmemesinin sorumluluğun doğması bakımından yeterli görerek kusursuz sorumluluk olduğunu öne sürmektedir.⁴⁹

Baskın görüş ise, kanuni temsilcinin VUK 10. maddeden doğan sorumluluğunun kusur sorumluluğu olduğunu ifade etmektedir.⁵⁰ Öncelikle Türk Ticaret Kanunu, limited ve anonim şirket kanuni temsilcileri bakımından kusur sorumluluğunu kabul etmiştir. VUK'ta kusursuz sorumluluğun kabul edilmesi, kanuni temsilci sorumluluğunun TTK tarafından ele alınış biçimine ters düşer.⁵¹ İkincisi, kanun koyucu değişiklik neticesinde kasıt ve ihmal şartını kaldırırsa da, maddede yer alan "...bu ödevleri yerine getirmemeleri yüzünden..." ifadesini aynen korumuştur.⁵² Dolayısı ile kasıt ve ihmal ibaresinin hükümden çıkarılmasında, kusura dayalı sorumluluğunun kaldırılmasından ziyade ispat külfetinin yer değiştirmesi amaçlanmakta ve ispat külfeti kanuni temsilciye yüklenerek idare bu külfetten kurtarılmaktadır.⁵³

VUK m.10/2 uyarınca, sorumluluğun doğumu açısından iki koşulun varlığı gerekmektedir. Bunlardan ilki, vergi ve vergiye bağlı alacakların tüzel kişiden kısmen veya tamamen alınamamasıdır. İkincisi ise kanuni temsilcinin tüzel kişiye düşen ödevleri yerine getirmemiş olmasıdır.⁵⁴ Kanun koyucu, "...yüzünden..." ibaresi ile ödevin yerine getirilmemesi ile vergiler ve bunlara bağlı alacakların alınamaması arasında nedensellik bağı kurmuştur. Sorumluluğun hukuki şartları içerisinde yer alan uygun illiyet bağı ise, genel hayat deneyimleri ve olağan akışa göre, meydana gelen bir zararın belirli bir fiilin uygun ve mutlak bir sonucu olarak nitelendirilebilmesini ifade eder.⁵⁵

Sorumluluk kurumunda nesnel şart hukuka aykırılık, sübjektif şart ise kusurdur.⁵⁶ Bir hukuka aykırılık türü olarak vergisel ödevlerin yerine getirilmemiş olması objektif şartı karşılarken kanuni temsilcinin ödevi yerine getirmemedeki kusuru sübjektif şartı karşılamaktadır. Ödevin yerine getirilmemesinde kanuni temsilcinin sorumluluğu yoksa illiyet bağı da doğrudan kesilecektir. Nitekim Danıştay da, fiilen temsil yetkisine ve ödevleri yerine getirebilme iktidarına sahip bulunmayan kanuni temsilcinin sorumluluğundan bahsedilemeyeceğini belirtmektedir.⁵⁷

⁴⁹ Bahar, Cevdet O. "Anonim ve Limited Şirketlerde Yönetim Kurulu Üyeliği, Üyelik Görevinin Sona Ermesi ve Sorumluluktan Kurtulma Halleri, *Vergi Dünyası Dergisi*, Sayı:281, s.134; Demirci A. "Tüzel Kişilerin Vergi Kanunlarına Aykırı Fiiller Nedeniyle Kesilen ve Hükmolunan Vergi Cezaları ve Hürriyeti Bağlayıcı Cezalar Karşısındaki Durumu, *Vergi Dünyası Dergisi*, Sayı:257, s.47.

⁵⁰ Bu görüşteki yazarlar için bkz. Kaneti / Ekmekçi / Güneş / Kaşıkçı, s. 134; Saban, Nihal. *Vergi Hukuku*, 10. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul, 2020, s. 126; Oktar, Saim Ateş, *Vergi Hukuku, Gözden Geçirilmiş ve Güncelleştirilmiş* 15. Baskı, Türkmen Kitabevi, İstanbul, 2020, s. 80.

⁵¹ Barlass, s. 56.

⁵² Saban, s. 125; Geçer, Sorumluluk, s. 118.

⁵³ Barlass, s. 59; Değişiklik öncesinde kanuni temsilcinin sorumluluğuna gidilebilmesi için alacaklı kamu idaresinin kanuni temsilcinin kastının veya ihmalinin varlığını ispatlaması gerekmekte iken, değişiklik sonrasında kanuni temsilci, tüzel kişiye düşen ödevlerin yerine getirilmemesinde kusuru bulunmadığını kendisi ispatlamak zorundadır. Özbacı, Yılmaz. *Vergi Usul Kanunu Yorum ve Açıklamaları*, Oluş Yayıncılık, Ankara, 2005, s. 136; Danıştay VDDK E. No: 1994/239 K. No: 1995/17, K.T: 31.03.1995, www.lexpera.com.tr, Erişim: 06/02/2023.

⁵⁴ Verginin tüzel kişiden kısmen veya tamamen tahsil edilememesi objektif unsuru, kanuni temsilcinin vergisel ödevleri yerine getirmeme şeklindeki kusurlu davranışı ise sübjektif unsuru ifade eder. Oktar, s. 80.

⁵⁵ Saban, s. 125.

⁵⁶ Saban, s. 126.

⁵⁷ Yaltı, Billur. "Vergi Hukukunda Sorumluluğun Sınırı: Mülkiyet Hakkı: İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa Çerçevesinde AATUHK 35 ve Mükerrer 35", *Prof. Dr. Mualla Öncel'e Armağan*, Ankara, 2009, s. 507-536, s. 511; Danıştay 4. D., E. 1999/4600 K. 2000/3832 T. 22.11.2000, www.lexpera.com.tr, Erişim: 28.01.2023.

2. 6183 Sayılı Kanun'dan Doğan Sorumluluk

6183 s. Kanun'un 35. maddesinde tüzel kişilerin mal varlığından kısmen veya tamamen tahsil edilemeyen veya tahsil edilemeyeceği anlaşılan amme alacaklarının kanuni temsilcilerin şahsi malvarlıklarından alınacağı belirtilmiştir. Kanun'da, tahsil edilemeyen amme alacağı, borçlunun malvarlığı araştırmasında haczi kabil bir mal bulunmaması ya da satış muameleleri tamamlandığı halde bedelin amme alacağını karşılamaması gibi hallere konu olacak olarak tanımlanmıştır. Tahsil edilemeyeceği anlaşılan amme alacağı ise, hacedilen malvarlığına biçilen tahmini değeri karşılamayan, iflas kararı verilen amme borçlusundan aranmasına rağmen iflas masasından alınamayacağının anlaşılması gibi hallere konu ve takip muamelelerinin devam ettiği sırada tahsil edilemeyeceği ortaya çıkan alacak şeklinde nitelendirilmiştir.

VUK'un 10. maddesi, vergi ve vergiye bağlı alacaklar açısından kanuni temsilci sorumluluğunun temel hükmü olduğundan 6183 s. Kanun mük. m.35, kanuni temsilcilere, VUK kapsamı dışında kalan amme alacakları bakımından sorumluluk yüklemektedir.⁵⁸ Kapsam bakımından iki hüküm birbirini tamamlar gözüktüğü de mükerrer 35. madde temel bazı farklılıklar taşımaktadır.

Öncelikle, vergisel ödevlerin yerine getirilmiş olması VUK m.10 gereğince yasal temsilci sorumluluğunun doğmasını engellerken, mükerrer 35. madde uyarınca kanuni temsilci vergisel ödevlerini yerine getirmiş olsa bile amme alacağının tahsil edilemediği ya da tahsil edilemeyeceğinin ortaya çıkması halinde sorumluluktan kurtulamayacaktır.⁵⁹ Ayrıca, amme alacağının tahsil edilemeyeceğinin anlaşılması da kanuni temsilciye başvurmak bakımından yeterli görüldüğünden, tüzel kişi hakkında yürütülen takip muamelelerinin sonuçlanmasına da gerek bulunmamaktadır.⁶⁰ Sorumluluğun şartları bakımından VUK 10. madde ile karşılaştırıldığında mükerrer 35. maddenin, idare lehine bir sistem öngördüğünü⁶¹ ve amme alacağının tahsilinde kanuni temsilciye gidilmesini kolaylaştırdığını söylemek mümkündür.

Vergisel ödevler ile amme alacağının tahsil edilememesi arasında VUK m.10'da öngörüldüğü gibi bir ilişki kurulmaması ve amme alacağının tahsil edilemeyeceğinin anlaşılmasının, yani takip muamelelerinin neticelenmesinin beklenmesine gerek olmamasının da sorumluluğun doğması için yeterli görülmesi dikkate alındığında, AATUHK mük. 35. maddede nitelik bakımından sorumluluğun kusursuzluk yönü ağır basmaktadır. Nitekim öğretide de baskın görüş maddedeki sorumluluğun kusursuz sorumluluk olduğunu ifade etmektedir.⁶²

B. Tüzel Kişi Kanuni Temsilcilerinin İhtiyati Haciz Karşısındaki Konumu

Tüzel kişinin amme borcu dolayısıyla kanuni temsilciler hakkında ihtiyati haciz uygulanıp uygulanmayacağı hususu gerek yargı kararlarında gerek öğretide hala tartışmalıdır. Tartışmanın

⁵⁸ Gümüşkaya, Gamze. Anonim ve Limited Ortaklık Kanuni Temsilcilerinin Vergisel Sorumluluğu Açısından Tahsil İmkânsızlığı", *Vergi Dünyası*, Sayı: 343, Yıl: 2010, s. 200-222, s. 205.

⁵⁹ Barlass, s. 76.

⁶⁰ Gümüşkaya, s. 205.

⁶¹ Barlass, s. 76.

⁶² Oktar, s. 83; Geçer, Emrah. "Kanuni Temsilcilerin Amme Borçlarından Sorumluluğu: Kusurlu Sorumluluk v. Kusursuz Sorumluluk", *TBB Dergisi*, Sayı: 129, Yıl: 2017, s. 108-132, s. 120; Karşıt görüş için bkz. Barlass, s. 62-63.

temelinde 6183 sayılı Kanun 3. maddede yer alan amme borçlusu tanımında kanuni temsilciye de yer verilmesi yatmaktadır.⁶³

Kanuni temsilci aleyhine ihtiyati haciz kararı alınabileceğini belirten görüşe göre, amme borçlusu tabiri kanuni temsilciyi de içermektedir. İhtiyati haciz bir koruma önlemi olup takip işlemlerinden biri sayılmadığından gerek VUK 10. maddede gerek AATUHK mük. 35. maddede yer alana şartların gerçekleşmesine gerek bulunmamaktadır.⁶⁴

Diğer görüş ise ihtiyati haciz hükümlerinin kanuni temsilciler hakkında doğrudan işletilmesinin mümkün bulunmadığını, vergiler ve bunların fer'ileri bakımından VUK 10. maddede yer alan şartların; VUK kapsamında yer almayan alacaklar bakımından ise AATUHK mük. 35. maddede yer alan şartların gerçekleşmesi gerektiğini, korumaya yönelik müesseselerin sorumlular bakımından uygulanamayacağını belirtmektedir.⁶⁵

Danıştay içtihatlarının da konunun açıklığa kavuşmasında yetersiz kaldığını söylemek mümkündür. Danıştay 4. Daire, 6183 sayılı Kanun'un 3. maddesindeki kamu borçlusu teriminin kanuni temsilcileri de içerdiğinden 13. maddesinde sayılan hallerden birisinin varlığı halinde, asıl vergi borçlusu şirketin ortağı veya kanuni temsilcisinin varlığına ihtiyati haciz kararı alınabileceğini belirtmiştir.⁶⁶ Danıştay Vergi Dava Daireleri Kurulu (VDDK) ve Danıştay 7. Daire ise, 213 sayılı Kanunun 10'uncu maddesine göre şirket borçlarından sorumlu tutulabilecek olan kanuni temsilcilerin, güvence önlemlerinden de sorumlu tutulabilecekleri gerekçesiyle kanuni temsilci sorumluluğuna çok geniş bir kapsam tanımıştır.⁶⁷

Danıştay 3. Daire ve 9. Daire ise, ihtiyati haciz, teminat ve ihtiyati tahakkuk gibi işlemlerin icrai muamelelere başlanmadan önce tahsile konu kamu alacağın güvence altına almaya yönelik işlemler olduğunu, cebren tahsil ve takibe ilişkin olmayan bu işlemlerin kamu alacağının gerçek borçlusuna yöneltilebileceğini belirtmiştir. Gerçek amme borçlusu olmayan kanuni temsilcilere yönelik, kamu alacağının korunmasına ilişkin ihtiyati haciz gibi tedbirlerin uygulanması söz konusu olmayacağını ve tüzel kişilerin kanuni temsilcilerinin ancak kesinleşen ve tüzel kişiliğin mal varlığından kısmen veya tamamen tahsil edilemeyeceği anlaşılan kamu borçlarından dolayı sorumlu tutulabileceklerine karar vermiştir.⁶⁸

Danıştay dairelerince verilen kararlardaki bu aykırılık Danıştay İçtihatları Birleştirme Kurulu önüne taşınmıştır. Kurul, limited şirket temsilcileri ve hissedarları hakkında uygulanan ihtiyati hacze yönelik daire kararları arasındaki aykırılık konusunda “(...) *Danıştay Vergi Dava Daireleri ve Kurulunca birbirine aykırı kararlar verildiği görülmekle birlikte bu aykırılığın hukuki*

⁶³ Balcı, Mustafa. *Güncel Yargı Kararları Işığında (6183 Sayılı Kanun Kapsamında) Teminat İsteme ve İhtiyati Haciz Uygulamalarında Yaşanan Hukuki Sorunlar ve Çözüm Önerileri*, On İki Levha Yayınları, 2. Baskı, İstanbul, 2021, s. 215.

⁶⁴ Bu görüşteki yazarlar için bkz. Candan, s. 106; Özbacı, Amme Alacakları, s. 207; Baydere, Cihan. *Türk Vergi Hukukunda İhtiyati Tahakkuk ve İhtiyati Haczin Yargısal Denetimi*, On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2019, s. 69.

⁶⁵ Bu görüşteki yazarlar için bkz. Ateşgöçü, s. 105; Gerçek, s. 188; Balcı, s. 218; Yakar, Soner. “Kanuni Temsilci Hakkında İhtiyati Haciz Kararı Alınabilir Mi?”, *Bankacılar Dergisi*, Sayı: 87, Yıl: 2013, s. 29-46, s. 41; Amme borcunun asıl amme borçlusundan tahsil edilemeyeceğinin anlaşılmasının da yeterli olmadığını ve tüzel kişinin ancak kesinleşen amme borçlarından dolayı temsilci ve ortakların ihtiyati hacze muhatap kılınabileceği yönünde bkz. Bilici, Nurettin. *Vergi Hukuku*, Savaş Yayınevi, 51. Baskı, Ankara, 2021.

⁶⁶ Danıştay 4. D., E. 2020/438 K. 2022/580 T. 7.2.2022. (www.lexpera.com.tr), Erişim: 27.01.2023.

⁶⁷ Danıştay VDDK., E. 2017/576 K. 2018/12 T. 17.1.2018; Danıştay 7. D., E. 2017/1854 K. 2021/1965 T. 7.4.2021. (www.lexpera.com.tr), Erişim: 27.01.2023.

⁶⁸ Danıştay 3. D., E. 2019/72 K. 2021/4307 T. 7.10.2021; Danıştay 9. D., E. 2017/2030 K. 2020/905 T. 18.2.2020. (www.lexpera.com.tr), Erişim: 27.01.2023.

istikrarı bozacak boyuta ulaşmadığı ve yargılamanın genel seyrinde içtihadın kendiliğinden birleşebileceği, bu doğrultuda içtihat gelişiminin de engellenmemesi gerektiği kanaatine ulaşılmıştır.” şeklindeki nitelendirmesi ile içtihatları birleştirmeye gerek olmadığını belirtmiştir.⁶⁹

III. KANUNİ TEMSİLCİ HAKKINDA UYGULANAN İHTİYATİ HACİZDE İHMAL EDİLEN BİR HAK: MÜLKİYET HAKKI

Mülkiyet, sahip olunmaya müsait her çeşit “şey” ile “malik” arasındaki bir ilişkidir.⁷⁰ Mülkiyet hakkı da bu ilişkiden kaynaklanan yetki ve menfaatlerin hukuk düzenince tanınip korunmasıdır.⁷¹ Bir insan hakkı olarak mülkiyet hakkına, birçok devlet anayasası ve insan hakları sözleşmelerinde yer verilmiştir.⁷² Bunlardan biri İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi’nin (İHAS) 1. Ek Protokolünün (1P) 1. maddesi, bir diğeri ise Türkiye Cumhuriyeti Anayasası’nın (AY) 35. maddesidir.

A. İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa’da Mülkiyet Hakkı

İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi 1. Ek Protokol 1. madde çerçevesinde temel kural, malların barışçıl biçimde kullanılmasıdır.⁷³ Ancak maddenin devamında, bireyin barışçıl kullanım hakkına, taraf devletlerce müdahale yetkisi tanınmakta ve iki istisna getirilmektedir. Birinci istisna, “maldan yoksun bırakabilme” yetkisi, diğeri ise “mülkiyeti denetim altına alma” veya “vergilerin ödenmesini sağlama” çerçevesinde müdahale yetkisidir.⁷⁴ İHAS hükümleri içerisinde “vergi” kavramının yer aldığı tek madde olan bu hüküm, devletleri vergilendirme yetkisinden mahrum bırakmamakla birlikte vergilendirmenin mülkiyet hakkına bir müdahale teşkil ettiğini de ortaya koymaktadır.⁷⁵

İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi (İHAM), İHAS 1P-1 maddede düzenlemesinden yola çıkarak maddenin üç kuralı içerdiğini kabul etmektedir.⁷⁶ Bu nitelendirmeyi ilk kez gerçekleştirdiği Sporrong-Lönnroth v. İsveç davasında hükmü, mülkiyetten barışçıl şekilde yararlanma hakkı (m. 1/1, cümle 1), mülkiyetten yoksun bırakmayı (m. 1/1, cümle 2) ve mülkiyetin kullanılmasını kontrol etme hakkı (m. 1/2) şeklinde kategorize etmiştir.⁷⁷

Mülkiyet hakkını düzenleyen bu maddenin kurallara ayrılması, ayrıma tabi kuralların birbirlerinden bağımsız olduklarını göstermez. Zira ikinci ve üçüncü kural, mülkiyetten barışçıl

⁶⁹ Danıştay İBK, E. 2021/1, K. 2022/3, T. 27/05/2022, www.legalbank.net, Erişim: 01.02.2023.

⁷⁰ Örucü, Esin. Taşınmaz Mülkiyetine Bir Kamu Hukuku Yaklaşımı, Mülkiyet Hakkının Sınırlanması, İstanbul Üniversitesi Yayınları, No: 2132, İstanbul, 1976, s. 6.

⁷¹ Akça, Kürşat, Anayasa Mahkemesi Kararlarında Mülkiyet Hakkı, *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt:1, Yıl: 2015, s. 543-596, s. 552.

⁷² Gemalmaz, Haydar Burak. *Mülkiyet Hakkı*, Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru El Kitapları Serisi -6, Avrupa Konseyi, Nisan 2018, s. 1.

⁷³ Yaltı, 2009, s. 515.

⁷⁴ Yaltı, Billur, Vergi Yükümlüsünün Hakları, Beta Yayınları, İstanbul, 2006, s. 45.

⁷⁵ Yaltı, 2006, s. 515.

⁷⁶ Gemalmaz, s. 100.

⁷⁷ İHAM, *Sporrong-Lönnroth v. İsveç*, 18.12.1984, (Başvuru No: 7151/75), § 61. (<https://hudoc.echr.coe.int>, Erişim: 23.12.2022)

biçimde faydalanma hakkına yönelik belirli bazı müdahalelere (özel tür) ilişkindir ve birinci kuralda yer alan genel ilke kapsamında değerlendirilir.⁷⁸

Anayasa'nın mülkiyet hakkı başlıklı 35. maddesinde ise herkesin mülkiyet hakkına sahip bulunduğu, bu hakların ancak kanuna dayanarak ve kamu yararını sağlama gayesiyle sınırlanabileceği, hakkın kullanılmasının toplum yararına aykırı olamayacağı ifade edilmiştir. Anayasa Mahkemesi, 35. maddenin normatif yapısını (1) No.lu Ek Protokol 1. maddeye benzer şekilde yorumlamakta ve m.35/1'in (1) No.lu Ek Protokol m.1/1 ilk cümlede yer alan mülkiyete saygı esasını, m.35/2'nin Ek Protokol m.1/1 ikinci cümlede yer alan mülkiyetten yoksun bırakmayı (sınırlandırma) karşıladığı şeklinde yorumlamaktadır.⁷⁹ Bu iki düzenlemenin üçüncü cümleleri ise daha farklı bir şekilde ele alınmış ve AY m.35'in üçüncü fıkrasında ise mülkiyet hakkının kullanımının kamusal yarara aykırı olamayacağı şeklinde genel bir ilkeye yer verilmiştir.⁸⁰

B. Mülkiyet Hakkının Sınırlandırılma Rejimi

İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi (1) No.lu Ek Protokol m.1/1 ikinci cümlede, mal ve mülkten yoksun bırakmanın, ancak kamu yararına dayanarak, kanunların öngördüğü koşullara ve milletlerarası hukukun genel kaidelerine uygun şekilde gerçekleştirilebileceği belirtilmiştir. Maddede açık olarak ifade edilmese de, Sözleşme sisteminin tamamına hakim kabul edilen ve temel ilke niteliğinde olan orantılılık ilkesi, yasa ile öngörülme ve kamu yararından sonra üçüncü koşul niteliği taşımaktadır.⁸¹

Anayasa'nın 35. maddesinde de benzer şekilde mülkiyet hakkına yönelik sınırlamaların kanunilik ilkesini ve kamu yararı amacını taşıması gerektiği ifade edilmiştir. Bu koşullara ek olarak temel hak ve hürriyetlerin sınırlanmasında genel hüküm niteliği taşıyan AY m.13 gereğince, temel hak ve özgürlüklere müdahalelerin demokratik toplumun niteliklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamayacağı düzenlendiğinden İHAS ve Anayasa'nın sınırlama için aradığı koşullar paralellik göstermektedir.

Anayasa'nın 13. maddesinde yer verilen ölçülülük ilkesi, temel hak ve özgürlüklere ilişkin sınırlamada idari makamların gidebileceği son noktayı belirler.⁸² İlke, elverişlilik, gereklilik ve orantılılık olmak üzere üç alt ilkeden oluşmaktadır.⁸³ Elverişlilik, sınırlama teşkil eden aracın meşru amacı gerçekleştirme kabiliyetine sahip bulunmasını ifade eder. Gereklilik, ulaşılmak istenen amacı gerçekleştirme açısından benzer nitelikteki birden fazla araç arasından daha az

⁷⁸ Yaltı, 2009, s. 515; İHAM, James ve diğerleri v. Birleşik Krallık, 21.02.1986, (Başvuru No: 8793/79), §37; Kurallara dair bu ayrımın, müdahaleye ilişkin tazmin gerekliliği, taraf devletin sınırlamadaki takdir marjı gibi hukuki neticeleri bulursa da mahkemenin son dönem içtihatlarında kuralların bütünselliği ilkesi gereği ortak bir sınırlama standardı geliştirdiği ifade edilmektedir. Gemalmaz, s. 101-102.

⁷⁹AYM, *Mehmet Akdoğan ve diğerleri Başvurusu*, B. No: 2013/817, T. 19.12.2013, § 29, www.kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr, Erişim: 02.02.2023; Gemalmaz, s. 100.

⁸⁰ AYM, *Mehmet Akdoğan ve diğerleri Başvurusu*, § 30.

⁸¹ Gözübüyük A. Şeref / Gölcüklü, Feyyaz. *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması – Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İnceleme ve Yargılama Yöntemi*, 11. Ek Protokole Göre Hazırlanıp Genişletilmiş 11. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2016, s. 444.

⁸² Metin, Yüksel. “Temel Hakların Sınırlandırılması ve Ölçülülük: Ölçülülük Evrensel Bir Anayasal İlke midir?”, SDÜHFD, Cilt:7, Sayı:1, s. 6.

⁸³ AYM, E.2021/83, K.2022/168, 29/12/2022, §62.

sınırlayıcı, en az müdahalede bulunan aracın seçilmesi ifade eder.⁸⁴ Orantılılık ise, araç ile amaç arasında makul bir dengenin gözetilmesi gerekliliğini ifade etmektedir.⁸⁵

Hakkın özüne dokunmayan bir sınırlamanın, ölçülülük ilkesince aranan kriterleri karşılamak yanında demokratik toplum düzeninin gereklerine de uygun olması gerekir. Bir hakkın sınırlanması bakımından demokratik toplum düzeninin bazı gerekleri bulunmaktadır. Bu gerekler, ilgili hak yönünden getirilen sınırlamaların, zorunlu ya da istisnai tedbir niteliğinde olması, makul bir ölçü içermesi ve zorlayıcı bir toplumsal ihtiyacı karşılama amacına hizmet etmesidir.⁸⁶

Demokratik toplum düzeninin gerekleri ve ölçülülük ilkeleri, iki ayrı kriter olarak düzenlenmiş olmakla birlikte bu iki kriter arasında sıkı bir ilişki vardır. Temel hak ve özgürlüklere yönelik herhangi bir sınırlamanın başvurulabilecek en son çare ya da alınabilecek en son önlem olarak temel haklara en az müdahaleye olanak veren ölçülü bir sınırlama niteliğinde olup olmadığının incelenmesi gerekir. Bu kapsamda, gerek “*temel hak ve hürriyetlerin özü*”, gerek “*demokratik toplum düzeninin gerekleri*” ve “*ölçülülük ilkesi*”, aralarında sıkı ilişki bulunan, insan haklarına saygılı demokratik bir hukuk devletinin gözetmesi gereken ölçütlerdir.⁸⁷

İHAM, temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması rejiminde genel olarak kullandığı “*Müdahale ya da düzenleme, meşru bir temele dayanmakta mıdır?*”, “*Meşru amaçlarla gerçekleştirilen işlem ya da eylem ile erişilmek istenen gaye arasında makul bir orantılılık ilişkisi bulunmakta mıdır?*” sorularına cevap aramakla birlikte mülkiyet hakkı kapsamındaki başvurularda mülkiyet hakkına müdahale içeren tedbirleri incelerken “*adil denge*” olarak tabir edilen bir standart geliştirmiştir. Mahkeme, test uyarınca, “*Toplumun genel yararının gereklilikleri bireylerin hak ve özgürlüklerinin korunması gereksinimi arasında adil bir denge kurulmuş mudur?*”, “*Kişi, müdahale sonucunda şahsi ve ağır bir yük ile karşı karşıya kalmakta mıdır?*” ölçülerini kullanmaktadır.⁸⁸ Mahkemenin adil dengeye yönelik bu arayışı, kanunilik ve meşru amaç testinden sonra gelen ölçülülük ilkesinin bir tezahürüdür.⁸⁹

C. Kanuni Temsilciler Hakkında Uygulanan İhtiyati Haczin Adil Dengenin Korunumu Bakımından Değerlendirilmesi

İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi (1) No.lu Ek Protokol m.1/1’in ikinci cümlesinde devletin vergilendirme yetkisi açıkça belirtilmektedir. Taraf devletlerin vergilerin tahsilini sağlama gayesiyle gerekli gördükleri kanunları ihdas etme hakları, genel itibarıyla mülkiyetin kullanımını düzenleme ve kontrol yetkisi, yani üç kural tipolojisinde ikinci kural kapsamında değerlendirilmektedir. Bu nedenle taraf devletlerin düzenlemede takdir yetkisi diğer kurallara nazaran çok daha geniştir.⁹⁰

Mülkiyet hakkına yönelik vergisel her müdahale yalnızca yasal düzenleme ile kontrol, belirli usuller öngörülmesi şeklinde ortaya çıkmaz. Nitekim Anayasa Mahkemesi, vergilerin fazla ve yersiz olarak tahsil edilmesinde, fazla ve yersiz tahsile karar veren mahkeme kararının

⁸⁴ Metin, s.11.

⁸⁵ AYM, E.2021/83, K.2022/168, 29/12/2022, § 63.

⁸⁶ AYM, E.2016/165, K.2017/76, 15/03/2017, §14.

⁸⁷ AYM, E.2016/165, K.2017/76, 15/03/2017, §15-16.

⁸⁸ Gemalmaz, s. 140; Yaltı, 2009, s. 516; Gözübüyük/Gölcüklü, s. 446; Yaltı, 2006, s. 50.

⁸⁹ Gemalmaz, s. 139.

⁹⁰ Yaltı, 2006, s. 50, Gemalmaz, s. 109.

kesinleşmesinden itibaren fazla ödemenin artık başvuru bakımından bir alacak hakkına, devlet bakımından bir borca dönüştüğünü, bu durumda başvuruyu vergilerin tahsilini de içeren üçüncü kural yönünden değil, barışçıl kullanıma saygıyı ifade eden birinci kural yönünden yapılması gerektiğini belirtmiştir.⁹¹

Çalışmanın konusunu oluşturan ve bir güvence önlemi olan ihtiyati haciz konusunu barındıran bir başvuruda ise, Anayasa Mahkemesi, şirket genel müdür yardımcısı sıfatı ile banka hesapları ve araçları üzerinde ihtiyati haciz tesis edilen başvurucuya yönelik işlemlerin mülkiyetin kullanımının kontrolü amacı taşımadığı gibi mülkiyetten yoksun bırakma niteliğine de sahip olmadığını belirterek yine birinci kural kapsamında değerlendirmiştir.⁹²

Kanuni temsilcinin mülkiyet hakkına müdahale niteliğinde tartışma bulunmayan ihtiyati haciz işleminin, sınırlandırma rejimine uygun bir müdahale olup olmadığını sırasıyla kanunilik, meşru amaç ve ölçülülük ilkeleri bakımından değerlendirmek gerekir. Öncelikle, müdahaleye imkân veren ancak AAATUHK 3. maddenin İHAM standartlarında aranan “kanun” niteliğini karşıladığını söylemek güçtür. Zira Mahkeme, *Serkov* kararında başvurunun KDV indiriminden faydalanıp faydalanamayacağına ilişkin uyuşmazlık bakımından mevzuat hükümlerinin ulusal mahkemelerce yorumlanış biçiminin öngörülebilirliği zedelediğini, bu farklı yorumun ulusal hukukun isabetsiz düzenlenişinden kaynaklandığını, karşıt yargısal görüşlerin üretilmesine cevaz veren öngörülebilirliği ve belirliliği sağlamaktan uzak bir ulusal kanunun niteliksel anlamda kanun olarak değerlendirilemeyeceğini belirtmiştir.⁹³ Karar, mahkemelerce yoruma esas alınan mevzuat hükümlerinin birbirleri ile ilişkileri çerçevesinde kapsam ve anlam bakımından belirsizlik taşıdığına, söz konusu mevzuatın kanun niteliğinden bahsedilemeyeceği, hukukun tutarlı ve bütünlüklü bir yorumu yapılmadığında hukukun belirli olmaktan çıkacağı gibi sonuçları içermektedir.⁹⁴

Kanuni temsilciler hakkında ihtiyati haciz uygulanmasında Danıştay daireleri arasında açık ve bariz, süregelen bir içtihat ayrıklığı oluşmuştur. Bu ayrıklığın altında AATUHK hükümlerinin bütüncül bir yorumu mümkün kılmaması yatmaktadır. İhtiyati haczi düzenleyen 13. maddede yer alan borçlu tabiri, tanımlar başlıklı 3. maddede tüzel kişilerin kanuni temsilcilerini de kapsar bir şekilde düzenlemiş olsa da bu yorum, VUK 10. madde ve AATUHK mük. 35. maddede düzenlenmiş bulunan kanuni temsilci sorumluluğu hükümlerinin yok sayılması neticesini doğurmaktadır. Bu noktada, bu dört hükmün birlikte değerlendirilmesi neticesinde kesin ve belirli bir sonuca ulaşmak imkansızdır. AATUHK düzenlemeleri kapsam, anlam ve çıkarım bakımından belirsizlik taşıdığından niteliksel anlamda kanun niteliği zayıftır ve kanuni temsilcinin mülkiyet hakkına müdahalede kanunilik ölçütünü taşımaktan uzaktır. Söz konusu tespite rağmen çalışmada kanunilik ilkesi ile yetinilmeksizin diğer kriterler bakımından da inceleme yapılacaktır.

Gerek takip ve tahsil işlemleri gerek koruma önlemleri, kamu hizmetlerinin finansmanında kullanılan kamu alacaklarının tahsiline yönelik işlemler olduğundan, kamu yararı amacı taşımaktadır ve genel anlamıyla meşru amaç kriterini karşılar. Ayrıca ihtiyati haciz, teminat ve

⁹¹ AYM, *Akın Gıda Maddeleri Sanayi ve Ticaret A.Ş. Başvurusu*, B. No: 2013/1993, T: 06/05/2015, § 35, www.kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr, Erişim: 02.02.2023.

⁹² AYM, *Yusuf Yatçı Başvurusu*, B. No: 2017/31801, T: 10.06.2020, § 40, www.kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr, Erişim: 02.02.2023.

⁹³ İHAM, *Serkov v. Ukrayna*, 07/07/2011, (Başvuru No: 39766/05), <https://hudoc.echr.coe.int>, Erişim: 01.06.2023.

⁹⁴ Yaltı, Billur. “ Mülkiyet Hakkına Vergisel Müdahalede Kanunilik: İnsan Hakları Avrupa Mahkemesinin Yeni Kararlarında ‘Çelişik Mevzuat’ ve ‘Çelişik İçtihat’”, Vergi Sorunları Dergisi, Sayı:276, Eylül 2011, s.16

ihtiyati tahakkuk gibi güvence önlemlerinin getirilmesinde, kamu alacaklarının süratle tahsil edilmesinin sağlanması, tahsilin borçlu tarafından imkansızlaştırılmasının engellenmesi, tahsil aşamasına geçilmeden amme alacaklarının güvenceye kavuşturulması gibi daha özellikli meşru amaçlar yattığını söylemek mümkündür.

Sermaye şirketlerinin en temel yönü, ortakları ile arasında tüzel kişilik perdesi bulunmasıdır. Bunun bir neticesi olarak gerek ortakların gerek kanuni temsilcilerin özel alacaklar bakımından sorumluluğu bulunmamaktadır. Amme alacakları söz konusu olduğunda ise, amme alacaklarının kamusal ve ayrıcalıklı niteliği gereği, daha önce ifade edildiği üzere, ödevin yerine getirilmemesi, tahsil edilememe, tahsil edilemeyeceğinin anlaşılması gibi bazı şartların varlığı halinde malvarlığı ile sorumluluk doğmaktadır.

Amme alacakları ne kadar ayrıcalıklı olsa da, şirketin kendisini meydana getiren ortaklar ya da organlarından bağımsız bir varlığı olduğu hakikati bu alacaklar açısından da korunarak, sorumluluğun şirketten kanuni temsilcilere geçişi bakımından kademeli bir süreç öngörülmüştür. Ancak aynı nitelikte bir öncelik sonralık ilişkisi güvence önlemleri bakımından kurulmamıştır. Özellikle, güvence önlemlerine başvurulduğu aşamada henüz ortada şirket adına düzenlenmiş bir ödeme emrinin bile bulunmadığı düşünülduğünde ihtiyati hacze muhatap olma bakımından kanuni temsilci ve şirket iç içe geçmekte ve hiçbir ayırım kalmamaktadır. Oysa Anayasa Mahkemesinin de vurguladığı üzere, devlete kaynak sağlama amacıyla temel hak ve özgürlüklerin korunmasının teminatı olan hukuk devletinden vazgeçilmesi mümkün değildir.⁹⁵

Güvence önlemleri ile takip ve tahsil işlemlerinin birbirinden ayrı olduğu ve kanuni temsilci sorumluluğuna ilişkin hükümlerin ancak takip ve tahsil aşamasına ilişkin olduğunu savunan görüşe katılmak, mülkiyete müdahale edildiği gerçeği gözden kaçırıldığı için mümkün değildir. Zira mülkiyet hakkına müdahale niteliği bakımından güvence önlemleri ile takip ve tahsil işlemleri arasında hiçbir fark bulunmamaktadır. Güvence önlemleri açısından böyle bir geçişin öngörülmemesi de tabir-i caizse sorumluluk öncesi bir sorumluluğa sebebiyet vermektedir. Kusurlu bir fiile, kanunla verilmiş bir ödevin yerine getirilmemesine dayanmaksızın kişilere sorumluluk yüklenmesi demokratik bir hukuk devleti bakımından kabul edilemez.

Hukuk devletinden vazgeçilme olgusu da tam olarak burada ortaya çıkmaktadır. Kanuni temsilcilerin sorumluluğu bakımından VUK m.10 ve AATUHK mük. 35. maddede açıkça aranan sorumluluk şartlarının güvence önlemlerine başvururken aranmaması, şartları kanunla belirlenmiş bir sorumluluğun sınırlarının yorum yoluyla genişletilmesi anlamına gelir. İdarenin, kanuni temsilci aleyhine tahsil işlemleri gerçekleştirebilmek için en azından amme alacağının şirketten tahsil edilemeyeceğinin anlaşıldığı halleri ortaya koyması gerekirken, özellikle şirket hakkında vergi ziyai cezası kesilmesini gerektiren bir hal tespit ettiğinde başkaca hiçbir işleme gerek kalmaksızın hem şirket hem de kanuni temsilci hakkında ihtiyati hacze başvurabilmektedir. Tek bir vergi ziyai cezası için iki ayrı kişiliğin malvarlığının ihtiyaten haczedilmesinde kanunen hiçbir engel bulunmamaktadır. Böylece idare alacağını tahsil etmek için dilerse kanuni temsilciye dilerse şirkete başvurabilmektedir.

Oysa hukuk devleti, eylem ve işlemleri hukuka uygun, insan haklarına saygılı, bu hak ve özgürlükleri koruyup güçlendiren, her alanda adil bir hukuk düzeni kurup bunu geliştirerek sürdüren, hukuki güvenliği sağlayan, hukuk kurallarıyla kendini bağlı sayan ve yargı denetimine

⁹⁵ AYM, E. 1989/6 K. 1989/42 T. 07.11.1989, www.normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr, Erişim: 06.02.2023.

açık olan devlettir.⁹⁶ Bu açıdan insan haklarına saygılı devlet niteliği gereği, mevcut uygulamanın aksine ancak sorumluluk hükümleri için aranan şartlar altında kanuni temsilcinin güvence önlemlerine muhatap kılınması ve mülkiyet hakkının korunması gereklidir. Yine, hukuk devletinin bir gereği olarak hukuki güvenlik ilkesi uyarınca kişiler açısından belirli ve öngörülebilir bir hukuk düzeni yaratılmış olmalıdır. İdarenin, her somut olay bakımından dilediği gibi hareket edebilme isterse yalnızca kanuni temsilci, isterse yalnızca şirket isterse her ikisi açısından da ihtiyati hacze başvurabilmesi karşısında belirli ve öngörülebilir bir hukuk düzeninden bahsetmek olanaksızdır.

Konunun belirsiz ve öngörülebilirlikten uzak hale gelmesinde Danıştay'ın hala yeknesak bir yorum geliştirememesinin de katkısı bulunmaktadır. Nitekim Anayasa Mahkemesi, yatırım indirimi istisnasından yararlanan kazançlar üzerinden yapılacak stopajın 193 sayılı Gelir Vergisi Kanunu'nun geçici 61. maddesine mi yoksa çifte vergilendirmeyi önleme anlaşmalarına mı tabi olduğu konusunda Danıştay dairelerince verilen aykırı içtihatların, dairelerin görev sahasına bağlı olarak farklı kararların verilmesi sonucunu doğurduğunu, stopajın Dördüncü Dairenin görev alanında bulunan yerlerdeki mükellefler yönünden %19,8, Üçüncü Dairenin görev alanındakiler yönünden ise %15 şeklinde uygulanması neticesini doğuracağını belirttikten sonra mülkiyet hakkına yapılan müdahalenin belirlilik ve öngörülebilirlik kriterlerini taşımadığını belirttikten sonra mülkiyet hakkı yönünden ihlal kararı vermiştir.⁹⁷

İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi, Fransız Hazinesi'nin kişiler arasındaki taşınmaz satışlarında satış bedelini düşük bulduğu takdirde ilgili taşınmaz bakımından önalım hakkına sahip olmasının sözleşmenin alıcısının mülkiyet hakkına etkisini tartıştığı *Hentrich* kararında, Devletlerin keyfi ve seçmece⁹⁸ tarzda, belirsiz ve öngörülemez tahsil araçları değil, hukuk devleti ilkesi çerçevesinde “uygun” sorumluluk hükümleri ihdas etmeleri gerektiğini belirtmiştir.⁹⁹ O halde, amme alacağının tahsil edilmesi amacıyla dilediğine dilediğinde başvurabilme imtiyazı, gerekli bir önlem olarak nitelendirilemeyecektir.¹⁰⁰

Gereklilik bahsi bakımından değerlendirmeye değer bir diğer husus ise kanuni temsilci hakkında uygulanan ihtiyati haczin amaca ulaşmaya elverişli araçlar arasında başvurulabilecek en yumuşak araç olup olmadığı sorunudur. Daha önce ifade edildiği üzere, yine bir güvence önlemi olan teminat kurumu, güvencenin mükellef tarafından belirlenebilmesi imkânı da dikkate alındığında cebri bir niteliği bulunan ihtiyati hacze göre hukuken daha yumuşak bir müdahaledir. Güvence teşkil etmeye elverişli daha yumuşak bir araç mevcut iken, ihtiyati haczin gereklik unsuru karşılığını söylemek mümkün olmayacaktır.

İhtiyati haciz kararı vermeye yetkili makam, vergi dairesi başkanlıkları ya da müdürlükleridir. İhtiyati haczi uygulayacak makam da Gelir İdaresi Başkanlığının taşra teşkilatı olarak bu birimlerdir. Alacaklı sıfatı ile vergi idaresi, hem ihtiyati haciz nedenlerinin var olup olmadığını takdir etmekte, var olduğuna kanaat getirdiyse ihtiyati haciz kararı vermekte ve akabinde uygulamaktadır. İdarenin her işlem ve eyleminde hukuka uygun davranma yükümlülüğü bulursa da alacağını güvence altına almaya eğilimli hareket etme ve kanuni temsilci nezdinde

⁹⁶ AYM, E.2019/88, K.2022/159, 13/12/2022, §7, www.normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr, Erişim: 06.06.2023.

⁹⁷ AYM, *Ford Motor Company*, (B. No: 2014/13518), 26/10/2017, www.normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr, Erişim: 06.06.2023.

⁹⁸ İHAM, *Hentrich v. Fransa*, 25/08/1994, (Başvuru No:13616/88), §42 www. https://hudoc.echr.coe.int, Erişim: 06.06.2023.

⁹⁹ İHAM, *Hentrich v. Fransa*, §46.

¹⁰⁰ Yaltı, 2009, s.525.

ihtiyati haciz nedenlerinin gerçekleşip gerçekleşmediğini objektif değerlendirememeye tehlikesi bulunmaktadır.

Danıştay kararlarına yansıyan hayat olayları incelendiğinde, ihtiyati haciz nedenleri idarece tam olarak ortaya konulmaksızın işlem tesis edildiği¹⁰¹, şirkete yönelik verilen ihtiyati haciz kararı kaldırılmasına rağmen kanuni temsilci için alınan ihtiyati haciz kararının kaldırılmadığı¹⁰², şirket yanında kanuni temsilci hakkında ayrıca bir karar alınmaksızın ihtiyati haciz uygulandığı¹⁰³, hatta sırf organik bağ iddiası ile bir başka şirketin de ihtiyati hacze muhatap kılındığı¹⁰⁴ görülmektedir.

Amme alacakları dışındaki alacaklar bakımından ihtiyati haciz kararı, alacağa ilişkin uyuşmazlığı incelemeye görevli mahkemeler tarafından verilmektedir. Şahıslar arası alacaklar bakımından bile karar yetkisi icra müdürlerine değil mahkemelere verilmişken, kamu gücü karşısında zayıf konumda olan bireyler bakımından ihtiyati haciz nedenlerinin var olup olmadığını değerlendirme yetkisinin vergi idaresinde olması, ilgisini ağır bir kamusal güç kullanımını ile karşı karşıya bırakmaktadır.

Daha önce ifade edildiği üzere, ihtiyati haciz, kesin hacze ilişkin hükümlere tabidir. Kesin haciz aşaması, ödeme emri gönderildikten sonraki aşama olup süresinde ödeme yapmayan borçlunun malvarlığı değerlerine cebren el konularak gerek borçluyu ödeme yapmaya zorlanmakta gerek haczedilen mallar satış sureti ile paraya çevrilmektedir. İhtiyaten haczedilen malların değerinin hızla düşmesi, bozulması gibi çok istisnai haller hariç kesin hacze dönüşmeden satışı mümkün olmasa da bu mallara satış hariç her türlü işlem uygulanabilmektedir. Bu işlemler, söz gelimi, bankadaki mevduat değerlerinin bloke edilmesi, taşınır ve taşınmazlara ihtiyaten haczedilmiştir şerhi işlenmesi, gerektiğinde el konularak bu mallardan faydalanmanın engellenmesi şeklinde ortaya çıkabilir.

Sayılan işlem türleri her ne kadar mülkiyetten yoksun bırakma, mülkiyetin el değiştirmesi neticesini doğurmasa da kullanma ve faydalanmayı engelleyerek ortada kuru bir mülkiyet bırakma, kanuni temsilcinin tasarruf yetkisini örtülü olarak kısıtlama tehlikesi taşımaktadır. Ayrıca, henüz şirketten resmi olarak talep edilmiş bir borç bile yokken kanuni temsilcinin malvarlığı değerlerinin ihtiyaten haczedilmesi, ticari itibarı da büyük oranda zedeleyecektir.

VUK'un 333. maddesi, kanuni temsilcilerin sorumluluğuna ilişkin 10. madde hükmünün vergi cezaları bakımından da uygulanacağını belirtmiştir. Bu hüküm, teminat istenmesini gerektiren hallerin varlığını ihtiyati haciz nedeni kabul eden AATUKH m.13/1 hükmüyle birlikte okunduğunda özellikle vergi ziyai cezası bakımından önem arz eder. Zira, vergi ziyai cezasını gerektiren durumlar ile vergi kaçakçılığı suçu işlendiğini gösteren haller teminat istenmesini gerektiren haller olarak düzenlendiğinden her iki önleme de başvurulabilmektedir.

Söz gelimi, vergi ziyai kabahati işlendiği iddiası ile tüzel kişi hakkında vergi incelemesi yapıldığı ve hem tüzel kişi hem kanuni temsilci bakımından ihtiyati haciz uygulandığı ihtimalde, ihtiyati haczin kesin hacze dönebilmesi, yani kanuni temsilcinin de takip edilebilmesi için, incelemenin tamamlanması, tüzel kişi hakkında takip işlemlerine geçilmesi, takip neticesinde vergi

¹⁰¹ Danıştay 4.D., E. 2018/7416 K. 2022/177 T. 17.1.2022, www.lexpera.com.tr, Erişim: 02.02.2023; Danıştay 4.D., E. 2008/3635 K. 2011/7432 T. 13.10.2011; Benzer yönde bkz. Danıştay 4.D, E.2007/4821 K.2008/1577 T. 28.04.2008, www.lexpera.com.tr, Erişim: 02.02.2023.

¹⁰² Danıştay 4.D., E. 2005/836 K. 2006/1453 T. 28.6.2006, www.lexpera.com.tr, Erişim: 02.02.2023.

¹⁰³ Danıştay 3. D., E. 2005/216 K. 2005/2080 T. 5.10.2005, www.lexpera.com.tr, Erişim: 02.02.2023.

¹⁰⁴ Danıştay 7.D, E. 2016/4074 K. 2020/5268 T. 25.12.2020, www.lexpera.com.tr, Erişim: 02.02.2023.

cezasının tahsil edilememesi ve bunun da vergisel ödevlerin yerine getirilmemiş olmasından kaynaklanması gerekecektir. Tüm bu süreçler uzunca bir zaman dilimini gerektirdiğinden kanuni temsilcinin malvarlığı yıllara yayılan bir ihtiyati haciz uygulamasına maruz bırakılmış olacak ve güvence sağlama aracı ilgilisi için artık bir tedbirden çok külfet haline gelecektir.

Anayasa Mahkemesi, çeşitli kararlarında “(...) *mülkiyet hakkını sınırlandıran bir tedbirin makul olmayan bir süre devam etmesinin mülkiyet hakkının tanındığı yetkilerin kullanılmasının belirsiz olacak şekilde ötelenmesi suretiyle mülk sahibine orantısız bir külfet yüklediği(...)*” gerekçesiyle ölçülülük yönünden mülkiyet hakkının ihlaline karar vermiştir.¹⁰⁵ Tedbirin makul olmayan bir süre devam etmesi halinde, mülkiyet hakkının tanındığı yetkilerin kullanılmasının belirsiz olacak şekilde ötelenmesi suretiyle mülk sahibine orantısız bir külfet yüklemiş olacaktır.¹⁰⁶

Bir borca karşı iki malvarlığının güvence teşkil edebilmesi ve tahsil sürecinde olduğu gibi tüzel kişi/kanuni temsilci arasında kademeli geçiş hükümleri öngörülmemesi, ulaşılmak istenen güvence amacı ile kullanılan yöntem arasında kabul edilebilir bir orantı bulunmadığını göstermektedir. Özellikle henüz güvence arandığı ve kesin bir borçtan bahsedilemeyecek bu aşamada, tali sorumlu kanuni temsilcinin mülkiyet hakkının korunması, kamu alacağının tahsilinin imkansızlaştırılması tehlikesinin engellenmesindeki kamusal genel yarardan daha ağır basmaktadır. Kanuni temsilcilerin, sırf bu sifata sahip olduğu için malvarlığının sorumluluğa dair kanunlarda öngörülen şartların varlığı aranmaksızın ihtiyaten haczedilebilmesi, kanuni temsilciye bireysel ve aşırı bir yük yüklenmesi anlamına gelecektir.

SONUÇ

Borçlunun kaçması, mallarını kaçırmaya tehlikesinin ya da verginin zıya uğratıldığı ya da vergi kaçaklığı suçu işlendiğini gösteren hallerin bulunduğu ihtimalde kanun, amme alacaklarının tahsilinin tehlikeye sokulmasını engellemek bakımından bazı koruma tedbirleri öngörmüştür. Takip ve tahsil işlemlerinden olmayıp ayrı bir evre olarak kabul edilen bu güvence önlemlerinden biri de ihtiyati hacizdir. İhtiyati haczin muhatabı, kural olarak kaçırıldığı iddia edilen amme borcu şahsında gerçekleşen amme borçlusudur. Ancak 6183 sayılı Kanun, tanımlar maddesinde özellikle tüzel kişiler bakımından, amme borçlusu tabirini yalnızca tüzel kişi ile sınırlı tutmamış bunların kanuni temsilci ve mirasçılarının da amme borçlusu tabirini ifade edeceğini belirtmiştir.

Takip ve tahsil işlemleri bakımından kanuni temsilcinin hangi şartlarda sorumlu olduğunu tespit etmek görece daha kolaydır. Zira VUK kapsamındaki alacaklar bakımından kanuni temsilci sorumluluğu VUK m.10/2’ye tabi bir kusur sorumluluğu iken, VUK kapsamı dışındaki amme alacakları bakımından AATUHK mük. m. 35’e tabi en azından amme alacağının tüzel kişinin malvarlığından tahsil edilemeyeceğinin anlaşıldığı aşamada doğan bir kusursuz sorumluluktur. 6183 sayılı Kanun’da doğrudan kusur sorumluluğu öngörülme de kanuni temsilci sorumluluğunun tali sorumluluk vasfının öncelik-sonralık ilişkisi kurularak korunduğunu

¹⁰⁵ İlgili kararlar için bkz. *Hesna Funda Baltalı ve Baltalı Gıda Hayvancılık San. ve Tic. Ltd. Şti*, B. No: 2014/17196, 25/10/2018, §§ 74-81; *İbrahim Geçer*, B. No: 2014/19056, 19/2/2019, §§ 67-76, www.normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr, Erişim: 06.06.2023.

¹⁰⁶ AYM, *Hesna Funda Baltalı ve Baltalı Gıda Hayvancılık San. ve Tic. Ltd. Şti*, §74.

söylemek mümkündür. Oysa, söz konusu güvence önlemleri olduğunda, bu önlemler takip ve tahsil işlemi olmadığından sorumluluğa ilişkin hükümlerin buraya da sirayet edip etmeyeceği sorunu ortaya çıkmaktadır.

Öğretide ve Danıştay kararlarında sorun hala çözüme kavuşabilmiş değildir. Kanuni temsilciler hakkında ihtiyati haciz uygulanamayacağını belirten görüşler temelinde, kanuni temsilci sorumluluğunun doğma şartlarının belirli olduğunu ve bu şartlar gerçekleşmeden ihtiyati hacze başvurulamayacağını belirtmektedir. Gerçekten de kanuni temsilcinin sorumluluğunun doğumu bakımından gerekli şartları VUK m.10/2 ve AATUHK mük m. 35 belirlemiş olup bunlar haricinde tüzel kişinin borcu için kanuni temsilcinin malvarlığı üzerinde herhangi bir işlem gerçekleştirilmesi sorumluluk öncesi sorumluluk doğuran bir uygulama anlamını taşıyacaktır.

Kanuni temsilciler bakımından ihtiyati haciz uygulanabileceğini belirten görüşler ise temelinde, tanımlar başlıklı 3. maddenin lafzını esas alarak sorumluluğa dair şartların takip ve tahsil işlemi olmayan güvence önlemlerinin uygulanmasında aranmayacağını savunmaktadır. Öncelikle idarenin kanuniliği ilkesi gereği nasıl ki sorumluluğun şartları kanunda açıkça düzenleniyorsa ihtiyati haciz uygulamasının da kanundan yorum yöntemi ile çıkarılmaksızın doğrudan kanunun açık yetkisi ile gerçekleştirilmesi gerekir.

Kanuni temsilci sorumluluğu gibi hassas ve temelinde ikincil bir sorumluluğun doğumu için kanunda belirli şartlar aranması, şüphe yok ki mülkiyet hakkı korumasının ve hukuk devleti ilkesinin bir tezahürüdür. Sırf tüzel kişi nezdinde doğmuş bir amme alacağını güvenceye kavuşturmak için sorumluluğa dair şartları es geçerek kanuni temsilciyi de ihtiyati hacze muhatap kabul etmek ve 6183 sayılı Kanun'daki bu boşluğu tanımlar başlıklı 3. maddeden yola çıkarak doldurmak, ihtiyati haciz önlemlerinin de mülkiyet hakkına bir müdahale teşkil ettiği gerçeğini gözden kaçırmaktır.

Vergi kanunlarının ihdas edilmesinden verginin tahsil edilmesine, kişilerin malvarlığına yönelen her işlem, vergilerin doğası gereği mülkiyet hakkına müdahaledir. Bu müdahalelerin kanuna dayanması, meşru amaç içermesi ve ölçülü olması gerekir. İHAM, mülkiyet hakkı başvurularında, ölçülülük testinin bir tezahürü olarak daha detaylı bir değerlendirmeye adil denge testi adı verilen birtakım kriterler uygulamaktadır. Mahkeme, sınırlandırma rejimi bakımından tüm haklar için aradığı müdahalede meşru bir temel, meşru gaye ile kullanılan araç arasında makul bir orantıdan sonra adil denge testi uyarınca kamunun genel yararı ile bireyin temel hak ve hürriyetlerinin korunması terazisinde adil bir denge ve kişilerin kişisel ve aşırı bir yük yüklenmemiş olmasını aramaktadır.

İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi ve AYM içtihatlarında mülkiyet hakkını düzenleyen hükümler bakımından, müdahalenin türüne göre, mülkiyetin barışçıl kullanımına saygı, mülkiyetten yoksun bırakma ve mülkiyetin kullanımını kontrol şeklinde üç kural tipolojisi şeklinde nitelendirilen bir ayırım yapılmaktadır. Kurallar birbirinden bağımsız olmasa da tazmin zorunluluğu, devletin takdir marjı gibi konularda birbirinden farklı değerlendirmelere tabidir. Özellikle vergi kanunlarının ve usul yasalarının ihdas edilmesi gibi mülkiyetin kullanımını kontrol şeklindeki müdahalelerde devletin takdir yetkisi daha geniş iken diğer iki kuralda çok daha sınırlıdır.

Doğrudan mülkiyetten yoksun bırakma teşkil etmeyen ve mülkiyetin kullanımını kontrol olarak da nitelendirilemeyecek olan ihtiyati haciz, Anayasa Mahkemesi tarafından barışçıl kullanıma saygı ilkesi çerçevesinde değerlendirilmiştir. Bu müdahale türü bakımından uygulanacak ölçülülük ilkesi çok daha sıkı olacağı gibi devletin takdir yetkisi de bu nispette sınırlı olacaktır. Kamu alacağının tahsilini güvence altına alması yönü ile müdahalenin meşru amaç taşıdığını söylemek mümkün olsa da buna imkân tanıyan açık bir norm olmaması karşısında hukuken belirsiz ve öngörülemez bir durumun ortaya çıkması, Danıştay kararlarının da bu belirsizlik çerçevesinde şekillenmesi sınırlamanın kanuniliği ilkesine gölge düşürmektedir. Ölçülülük ilkesi bakımından ise, ihtiyati haciz kararını vermeye idarenin- yani kamusal borç ilişkisinin alacaklısının- yetkili olması, ilişkinin doğası gereği alacaklı idarenin alacağını güvence altına alma noktasında imkanları sonuna kadar kullanabilme eğilimli hareket etmesi, bir borca karşılık iki malvarlığının güvence teşkil etmesi, ihtiyati hacizli malvarlığı değerleri üzerindeki şerhin mallar üzerindeki tasarrufu büyük ölçüde kısıtlaması ve kullanımdan mahrum bırakma tehlikesi, kanuni temsilci sorumluluğu hükümlerinin bütünü ile yok sayılması, idarenin keyfi ve seçmece hareket etmesinin önünde hiçbir engel bulunmaması gibi olgular dikkate alındığında ölçülü bir müdahaleden, kamusal yarar ile mülkiyet hakkı arasında kurulmuş adil bir dengeden bahsetmek mümkün değildir. Uygulama bu hali ile mülkiyet hakkına müdahale hususunda yeterli güvenceyi sağlamamakta olup ihlal neticesi doğurmaktadır.

KAYNAKÇA

- Akça, Kürşat. Anayasa Mahkemesi Kararlarında Mülkiyet Hakkı, *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt:1, Yıl: 2015, s. 543-596.
- Akkaya, Mustafa. “Vergi Sorumlusunun Vergi Yargısı ve Vergi İdaresi Karşısındaki Konumu”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: 46, Sayı: 1, Yıl: 1997, s.185-208.
- Ateşgözoğlu, Erdem. *Kamu Alacaklarında İhtiyati Haciz Uygulaması*, Türkmen Kitabevi, İstanbul, 2016.
- Balcı, Mustafa. *Güncel Yargı Kararları Işığında (6183 Sayılı Kanun Kapsamında) Teminat İsteme ve İhtiyati Haciz Uygulamalarında Yaşanan Hukuki Sorunlar ve Çözüm Önerileri*, On İki Levha Yayınları, 2. Baskı, İstanbul, 2021.
- Bahar, Cevdet Okan. “Anonim ve Limited Şirketlerde Yönetim Kurulu Üyeliği, Üyelik Görevinin Sona Ermesi ve Sorumluluktan Kurtulma Halleri, Vergi Dünyası Dergisi, Sayı:281, s.131-134.
- Barlass, İrfan. *Anonim ve Limited Ortaklıklarda Kanuni Temsilcilerin Vergisel Sorumluluğu*, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2006.
- Baydere, Cihan. *Türk Vergi Hukukunda İhtiyati Tahakkuk Ve İhtiyati Haczin Yargısal Denetimi*, On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2019.

- Bilici, Nurettin. *Vergi Hukuku*, Savaş Yayınevi, 51. Baskı, Ankara, 2021.
- Candan, Turgut. *Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun*, Gözden Geçirilmiş ve Güncellenmiş 4. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2018.
- Coşkun Karadağ, Neslihan. “Vergi Alacağının Güvence Altına Alınmasında Teminat, İhtiyati Haciz ve İhtiyati Tahakkuka İlişkin Özellikli Durumlar”, *Maliye Dergisi*, Yıl:2012, Sayı 162, s. 238-255.
- Coşkun, Mahmut. *Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun*, Seçkin Yayınevi, 2. Bası, İstanbul, 2011.
- Çelik, Binnur S. *Kamu Alacaklarının Takip ve Tahsil Hukuku*, 3. Baskı, On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2018.
- Demirci, Azmi. “Tüzel Kişilerin Vergi Kanunlarına Aykırı Fiiller Nedeniyle Kesilen ve Hükmolunan Vergi Cezaları ve Hürriyeti Bağlayıcı Cezalar Karşısındaki Durumu, Vergi Dünyası Dergisi, Sayı:257, s.46-54.
- Dönmez, Recai. *Vergi İcra Hukukunda İhtiyati Haciz*, Anadolu Üniversitesi Yayınları, Eskişehir, 1998.
- Geçer, Emrah. “Kamu İcra Hukukunda İhtiyati Haciz Sebepleri ve İhtiyati Haciz Karşısında Amme Borçlusunun Durumu”, *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt:25, Sayı:1, s. 205-235.
- Geçer, Emrah. “Kanuni Temsilcilerin Amme Borçlarından Sorumluluğu: Kusurlu Sorumluluk v. Kusursuz Sorumluluk”, *TBB Dergisi*, Sayı: 129, Yıl: 2017, s. 108-132.
- Gemalmaz, Haydar Burak. *Mülkiyet Hakkı*, Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru El Kitapları Serisi -6, Avrupa Konseyi, Nisan 2018.
- Gerçek, Adnan. *Kamu Alacaklarının Tahsil Hukuku*, 6. Baskı, Ekin Yayınevi, Bursa, 2020.
- Gözübüyük A. Şeref / Gölcüklü, Feyyaz. *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması – Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İnceleme ve Yargılama Yöntemi*, 11. Ek Protokole Göre Hazırlanıp Genişletilmiş 11. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2016.
- Gümüşkaya, Gamze. Anonim ve Limited Ortaklık Kanuni Temsilcilerinin Vergisel Sorumluluğu Açısından Tahsil İmkânsızlığı”, *Vergi Dünyası*, Sayı: 343, Yıl: 2010, s. 200-222.
- Kaneti, Selim / Ekmekci, Esra / Güneş, Gülşen / Kaşıkçı, Mahmut, *Vergi Hukuku*, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2019.
- Karakoç, Yusuf. *Kamu İcra Hukuku*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2016.

-
- Metin, Yüksel. “Temel Hakların Sınırlandırılması ve Ölçülülük: Ölçülülük Evrensel Bir Anayasal İlke midir?”, *SDÜHFD*, Cilt:7, Sayı:1, s.1-74.
- Oktar, Saim Ateş, *Vergi Hukuku*, Gözden Geçirilmiş ve Güncelleştirilmiş 15. Baskı, Türkmen Kitabevi, İstanbul, 2020.
- Öncel, Mualla / Kumrulu, Ahmet / Çağan, Nami / Göker, Cenker. *Vergi Hukuku*, Gözden Geçirilmiş ve Değişiklikler İşlenmiş 29. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2020.
- Örücü, Esin. *Taşınmaz Mülkiyetine Bir Kamu Hukuku Yaklaşımı, Mülkiyet Hakkının Sınırlanması*, İstanbul Üniversitesi Yayınları, No: 2132, İstanbul, 1976.
- Özbalcı, Yılmaz. *Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun Yorum ve Açıklamaları*, Oluş Yayıncılık, Ankara, 2005.
- Özbalcı, Yılmaz. *Vergi Usul Kanunu Yorum ve Açıklamaları*, Oluş Yayıncılık, Ankara, 2005
- Saban, Nihal. *Vergi Hukuku*, Tıpkı 10. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul, 2020.
- Tuncer, Selahattin. *Vergi Hukuku Açısından Medeni İkametgâh ve Mali İkametgâh, Maliye Araştırma Konferansları Dergisi- Prof. Dr. M. Orhan Dikmen'e Armağan*, 1989, sayı: 33, s. 53-68.
- Üstün, Ümit Süleyman. “Kamu Alacaklarının Korunması Bakımından İhtiyati Haciz ve İhtiyati Tahakkuk Kurumları-I”, *Vergi Sorunları Dergisi*, Yıl:2004, Sayı: 187, s. 154-167.
- Yakar, Soner. “Kanuni Temsilci Hakkında İhtiyati Haciz Kararı Alınabilir Mi?”, *Bankacılar Dergisi*, Sayı: 87, Yıl: 2013, s. 29-46.
- Yaltı, Billur. *Vergi Yükümlüsünün Hakları*, Beta Yayınları, İstanbul, 2006.
- Yaltı, Billur. “Vergi Hukukunda Sorumluluğun Sınırı: Mülkiyet Hakkı: İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa Çerçevesinde AATUHK 35 ve Mükerrer 35”, *Prof. Dr. Mualla Öncel'e Armağan*, Ankara, 2009, s. 507-536.
- Yaltı, Billur. “Mülkiyet Hakkına Vergisel Müdahalede Kanunilik: İnsan Hakları Avrupa Mahkemesinin Yeni Kararlarında ‘Çelişik Mevzuat’ ve ‘Çelişik İçtihat’”, *Vergi Sorunları Dergisi*, Sayı:276, Eylül 2011, s.7-17.

Terörle Mücadele Kanunu Bağlamında İfade Hürriyeti ve Propaganda Kavramları Üzerine Değerlendirmeler

Mehmet Savaş ÖZDAĞ 

Dr. Öğr. Üyesi, KTO Karatay Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku
Konya, Türkiye

mehmetsavas.ozdag@karatay.edu.tr (Sorumlu Yazar / Corresponding Author)

Makale Bilgileri

Makale Geçmişi
Geliş: 08.02.2023
Kabul: 15.06.2023
Yayın: 01.08.2023

Anahtar

Kelimeler:

Terörizm, Propaganda,
İfade Hürriyeti,
Bilgilenme Hakkı,
Kamu Düzeni.

ÖZET

Propaganda; İngiltere'nin eski başbakanlarından Thatcher'in anlatımı ile "terörizmin oksijendir". Devletin siyasal aygıtlarına, hukuk düzenine yönelik yıkıcı ideolojisini, siyasal amacını, fikirlerini; gerçekleştirdiği sembolik şiddet eylemlerinin arkasına yerleştiren terör örgütü; korkutarak uyuşturduğu kitlelerin zihinlerine bu yolla erişmeyi ve onları dönüştürmeyi hedefler.

Ne var ki, terör örgütünün elinde muazzam bir silah olan propaganda, ifade hürriyetinin bir tezahürü/görünüm şekli olarak da değerlendirilir. İfade hürriyeti ise bütün hürriyetlerin özü ve ön koşulu olarak kabul edildiği için hukuksal müdahale ve kısıtlamadan olabildiğince korunmak istenir. Üstelik, salt bir düşünce açıklaması olarak, ifadenin herhangi bir suça vücut vermeyeceğine ilişkin kuvvetli bir eğilim de mevcuttur. Gerçekten, bu yaklaşıma göre en yıkıcı fikir ya da düşünce açıklaması dahi serbest tartışma ortamında panzehri bulacak, böylece hukuksal bir müdahaleye ihtiyaç da kalmayacaktır. İfade hürriyetinin bir türevi olarak görülen propaganda fiilleri için de benzer değerlendirme sık sık yapılır.

Oysa, haklar ve yükümlülüklerin karşılıklı temelinde şekillenmiş olan modern hukuk düzenlerinde, hiçbir hak ve hürriyet sınırsız kabul edilmez. Dolayısıyla ifade hürriyetinin de sınırlarının olacağı tabiidir. Yaygın kabulün aksine basit bir düşünce açıklamasından daha fazla anlam içeren propaganda fiilleri için bu sınır evleviyetle mevcuttur. Ancak sağlıklı bir değerlendirme için ifade ile propaganda arasındaki sınırın belirginleştirilmesine ve propagandanın terörizmde oynadığı rolün anlaşılmasına ihtiyaç bulunmaktadır.

Assesments on the Concepts of Freedom of Expression and Propaganda Within the Context of Anti-Terrorism Law

Article Info

Article History

Received: 08.02.2023
Accepted: 15.06.2023
Published: 01.08.2023

Keywords:

Terrorism, Propaganda,
Freedom of Expression,
Right to Information,
Public Order

ABSTRACT

Propaganda; in the words of Thatcher, one of the former prime ministers of United Kingdom "It is the oxygen of terrorism." A terrorist organization hides behind its symbolic acts of violence and aims to reach and transform the minds of the masses that are numbed by its destructive ideology, political aim and ideas against the political instruments do the state and legal order.

Although it is considered as an appearance of the freedom of expression; the propaganda becomes a massive weapon in the hands of a terrorist organization. Since the freedom of expression is accepted as the core and the precondition for all freedoms, it is desired to be highly protected against the pervention and restriction. Moreover, there is a mere insight on "the statements do not constitute any crime". Indeed, according to this view; in a free discussion platform, even the most destructive ideas or expressions can find their antidote and accordingly there won't be need for legal intervention. Which are seen as a derivative of freedom of expression, a similar evaluation is often made for the propaganda acts.

In fact, the modern legal orders are formed on the basis of the reciprocity of the rights and obligations and in this system the extent of the rights and freedoms are not limited. Therefore, it is natural that the freedom of expression will also have limits. And contrary to the general acceptance, it should be accepted that propaganda acts, which consist deeper meaning than any simple statement of opinion, a fortiori will have limits. However, for a healthy evaluation, it is necessary to clarify the border between the expression and propaganda and understand what kind of role the propaganda plays for the terrorism

Atıf/Citation: Özdağ, M. S. (2023). "Terörle Mücadele Kanunu Bağlamında İfade Hürriyeti ve Propaganda Kavramları Üzerine Değerlendirmeler", *Necmettin Erbakan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 6(2), s. 491-529.



"This article is licensed under a Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License (CC BY-NC 4.0)"

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

GİRİŞ

Fransız sosyolog ve antropolog Gustave Le Bon (1841-1931) yaşadığı dönemi, **kitleler çağı** olarak tarif ediyor ve halk sınıflarının, siyasi hayata katılmaları ile birlikte, gittikçe ilerleyerek idareci sınıflar durumuna gelmelerini, içinde bulunulan devrenin en göze çarpan özelliklerinden biri olarak nitelendiriyordu.¹

Şüphesiz, Fransız düşünürün tanıklık ettiği dönemlerden bugüne değişen çok şey oldu. Ancak, onun, yaşadığı döneme damgasını vuran kitle ya da insan toplulukları ile ilgili tespitleri, bugün de değerini koruyor. Le Bon; milliyetleri, meslekleri, cinsiyetleri ve kendilerini bir araya toplayan tesadüf her ne olursa olsun, rastgele fertler topluluğu olarak adlandırdığı kitlenin; onu meydana getiren fertlerin ayrı ayrı sahip olduğu karakterlerden farklı ve bağımsız olduğunu; bilinçli şahsiyetin eriyip kaybolduğu bu yığınımın, yeni bir karakter ile psikoloji kazanana dek, başlangıçta kolektif zihniyetten de mahrum bulunduğunu söyler.²

Kendisini oluşturan fertlerden her biri, belli bir fikri, karakteri temsil ederken; bu vasıflardan yoksun kitle, kişilik kazanmak, bir zihniyet sahibi olmak ister. Bu istek, kitleyi, verileni almaya hazır bir topluluk haline getirir. Alıcı bir temayül zihniyetinde oluş, kitlenin en büyük özelliklerinden biridir. Burada, muhakemenin yerine içgüdü, aklın yerine tabiat, sorumluluk yerine boş vermişlik, mantık yerine iptidailik geçtiği için kitle rahatlıkla manipüle edilebilir.³

Benlik arayışı içinde aksiyon isteyen, çabuk inanma istidatı taşıyan bir topluluk olarak kolayca yönlendirilebildiği için de propaganda, hedef olarak önce kitleyi seçer. "**Propaganda, aydınlara değil, daima ve özellikle daha az tahsilli kitleye hitap etmeli**" diyen Hitler⁴, propagandanın vazifesinin, münferit ferdi bilgi sahibi kılmak değil; kitlelerin dikkatini, belirli olaylar, zaruretler üzerine çekmek olduğunu; bilimsel düzeyde bilgi sahibi olanlara ya da olmak isteyenlere ders vermek amacını taşımadığı için harekâtının daima duygulara ve pek az akla hitap etmesi gerektiğini söyler.⁵

20. yüzyılın ilk yarısında yaşanan dünya savaşları sonrasında bloklu dünya düzeninde, konvansiyonel ya da nükleer savaşın, kaybeden için olduğu kadar kazanan için de ağır yıkım ve maliyet getireceği gerçeğinin tecrübe edilmesi ile; artık tek mermi atmadan, cephane israf etmeden, asker ve sivil zayıyatı vermeden düşman gücü zayıflatmak, yıkmak, aynı ideolojik çizgiye

¹ Le Bon, Gustave. *Kitleler Psikolojisi*, (Çev.: Hasan Can), 1. Baskı, Tutku Yayınları, Ankara 2015, s.13. Yazar, bu eseri 1895 yılında yayımlamıştır.

² Le Bon, s. 23-24.

³ Le Bon, s. 35 vd. Le Bon'un, kitle içindeki bireyin durumunu, hipnotik duruma benzetmekle kalmayıp, buna gerçekten hipnotik olarak baktığını söylemekle yetinen Freud; kitlenin, sözler ile dile getirilen majik (büyüsel) gücün etkisinde kalındığına ilişkin tespitlere de karşı çıkmaz görünür. Ancak, Freud, Le Bon'un kitleye yön veren önder kişilik ile ilgili tespitlerini doyurucu bulmaz. Freud'a göre kitledeki ihtiyaç, her ne kadar bir önderin ortaya çıkmasına olumlu zemin hazırlasa da önderdeki kişisel özelliklerin de bu yoldaki isteğe uygun düşmesinin zorunlu olduğunu söyler. Bkz.: Freud, Sigmund. *Kitle Psikolojisi*, 1. Baskı, Bozak Yayınları, s. 36-37.

⁴ Hitler, Adolf. *Kavgam*, (Çev: Hüseyin Cahit), 2. Baskı, Muallim Ahmet Halit Kitabevi, İstanbul, 1941, s. 113.

⁵ Özdağ, Mehmet Savaş. "Propaganda Üzerine" *21. Yüzyılda Türk Dünyası Jeopolitiği*, Muzaffer Özdağ'a Armağan, C. II, ASAM Yayınları, No: 61, Ankara, 2003 , s. 274.

getirmek için hasım kampın fertlerini, kendi devleti ve toplumuna yabancılaştırarak, Truva Atı gibi kullanmak temel strateji; propaganda da bu stratejinin çok etkin bir silahı haline gelmiştir.⁶

Nitekim, günümüzde propaganda faaliyetleri, savaş etkinlikleri ile öylesine kaynaşmıştır ki, bir anlamda onun yerini aldığı dahi söylenebilir.⁷ Soğuk savaş kavramını takiben psikolojik savaş teriminin ortaya çıkışı da esasen bu gelişimin neticesinde olmuştur.⁸

I. TERÖRİZM VE PROPAGANDA

Terör, siyasal bir hedefe ulaşmak maksadıyla devlete, halka ya da fertlere karşı sistemli şiddet eylemlerine başvurma;⁹ siyasal eğilimleri normal olmayan yollardan değiştirmek amacıyla düzenlenen ve içerisinde şiddet veya şiddeti kullanma tehdidi barındıran sembolik eylemdir.¹⁰

Terörün; ideoloji, örgüt ve şiddet olmak üzere üç unsuru bulunmaktadır. Bu unsurlar içinde şiddet öne çıkmakta; örgütün ideolojisi doğrultusunda belirlediği hedefe ulaşmada çok önemli bir işlev görmektedir.¹¹ Esasen, terör ya da terörizmi farklı kılan en önemli özellik; onun belli politik amaçlara erişmek için kullandığı kendine özgü stratejisidir. Bu strateji, şiddete dayalı olmakla beraber, terör, siyasal hedefine ulaşmak için fiziksel zararının yaratacağı kısıtlı etkiden çok psikolojik etkiye ağırlık verir.

Terörist liderlerden Carlos Marighella, bu mücadele yöntemini şöyle özetler: "*Psikolojik savaş, saldırgan bir taktik içermektedir. Kitle iletişim araçlarından doğrudan ya da dolaylı yararlanarak, halkın ağızdan ağıza dolaşan haberlerine dayanarak hükümeti demoralize etmeyi amaçlar. Psikolojik savaşta, medyaya sansür ve baskı uyguladığı ve kendisine yönelik filtreleri yasaklayarak savunma konumuna kapandığı için hükümet her zaman dezavantajlıdır. İşte tam bu noktada, hükümet çılgın ve ümitsiz hale gelir, tezatlarla düşer, kendisini ve her şeyi kontrol etme gayreti içinde çökmeye başlar*"¹².

Terör eylemlerinin sembolik olması, enstrümantal olmadığını anlatmaktadır. Teröristin işlediği fiille, kitleye mesaj vermek bakımından doğurduğu fiziki kapasite arasında çok büyük fark vardır. Eylem, fiziki kapasitesinin çok üzerinde bir etki doğurmaktadır. Maksat, baskı, korku ve yılmılık yaratmaktır. Korku öğrenilen sübjektif bir deneyim olduğu için kitle korkmayı

⁶ Özdağ, 2003, s. 270.

⁷ Alman generali ve siyasetçisi Erich Ludendorf, daha Birinci Dünya Savaşı esnasında, "*artık savaş silahlarla değil, sözcüklerle yapılıyor*" derken, bu gerçeği çok önceden keşfetmiştir. Bkz.: Çalağan, Önder. *Terörizmin Bir Propaganda Aracı Olarak Medya ve Terör Haberciliği*, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Karabük Üniversitesi Lisansüstü Eğitim Enstitüsü, Karabük, 2020, s. 47.

⁸ Domenach, J. M. *Siyasi Propaganda*, (Çev.: Cevdet Perin), Remzi Kitabevi, İstanbul 1962, s. 7.

⁹ AnaBritannica, C.20, Ana Yayıncılık, 1990, s. 548.

¹⁰ Tavlaş, Nezh. "Terörü Tanımlamak", *Strateji Dergisi*, S.2, İstanbul, 1995, s. 128.

¹¹ Akçay, Ekrem Yaşar/ Çelenay Ömer Engin. "Terör ve Medya İlişkisinin 2003 Yılında İstanbul'da Meydana Gelen Saldırıların Örneğiyle İncelenmesi", *Nevşehir Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi*, S. 2, 2012, s. 184.

¹² Marighella, Carlos. *Şehir Gerillası El Kitabı*, (Çev.: Mehmet Atilla), 1. Baskı, Evren Yayınevi, İstanbul, 1977, s. 126.

öğrendikten sonra şiddet kullanılmadan kimi hallerde sadece tehdit de yeterli olacaktır.¹³ İtalya'da 1970'li yıllarda çok kanlı eylemlere imza atan Kızıl Tugaylar terör örgütünün " *Bir kişiyi öldür. Yüz kişiyi eğit* " anlayışı ile hareket ettiği bilinmektedir.¹⁴

Terör eylemleri, toplumları şekillendiren dinamik kavramları bulup, zayıf yönlerini saptadıktan sonra bunlara saldırarak yok edip değiştirmeyi, en elverişli tahrip taktiği olarak görür. Propaganda bu taktikte, yıkıcı silah vazifesi görür ve böylece kitleye yönelik, deyim yerinde ise bir entelektüel tedhiş faaliyeti başlar.¹⁵

Terör örgütünün her bir eylemi, gerçekte propaganda niteliğindedir. Örgüt için terör eylemlerinde ne kadar çok kişinin yaralandığı ya da hayatını kaybettiği değil; gerçekleştirilen terör eylemlerinden kaç kişinin haberdar olduğu önem taşımaktadır.¹⁶ Dolayısıyla, sinema, internet ve basılı yayın gibi medya organları, kitlelere ulaşabilme etki oluşturabilme yeteneği ile terörizm¹⁷ için olağanüstü işlevsel unsurlardır. Bu unsurlar, terör örgütlerinin propaganda yapmalarına doğrudan veya dolaylı yoldan katkı sağlarlar.¹⁸

Bilindiği üzere, geçmiş mağduriyetler ve suça ilişkin olumsuz tecrübeler, insanlarda suç mağduru olma korkusunu arttırmaktadır. Araştırmalar, özellikle medyadan alınan haberler ile bu korkunun daha da arttığını ortaya koymuştur. Olayın yaşandığı yerde yarattığı korku, yerel ölçekte etkili iken; medya vasıtası ile etkisini ulusal düzeyde hissettirmektedir. Terörizmin siyasi hedefi de önemli ölçüde toplumda oluşturacağı bu psikolojik etki ile ilgilidir. Bu nedenle terörist eylemlerin ana işlevi, hedef toplum içinde korku ortamının oluşmasını sağlayarak; bu suretle siyasal iradeyi, hükümetleri, terörist gruplar ile uzlaşma yapmaya veya beklentilerini karşılamaya zorlamaktır.¹⁹

Bu anlatılanlar, terörün fikri unsur taşıyan bir hareket, bir siyasal mücadele yöntemi olarak gerçek saldırıyı; askeri terminoloji ile ifade edecek olursak, cephede değil, cephe gerisinde yaptığını, zaferi burada kazanmayı umduğunu göstermektedir.²⁰

¹³ Başeren, Sertaç. "Terörizm: Kavramsal Bir Değerlendirme", *Terörizm İncelemeleri, Teori, Örgütler, Olaylar*, Avrasya Stratejik Araştırmalar Merkezi (ASAM) Yayınları, No: 10, s. 5.

¹⁴ Sözü, orijini itibarı ile "Bir kişiyi öldür. On bin kişiyi korkut" şeklinde bir Çin atasözü olduğu belirtilmektedir. Bkz.: Avşar, Zakir. "İnternet Çağında Medya, Terör ve Güvenlik", *TRT Akademi*, C. 2, S. 3, 2017, s. 118.

¹⁵ Özdağ, 2003, s. 282.

¹⁶ Saran, Mine/ Bitirim Selin. "Terörle Mücadelede Sosyal Pazarlama ve İletişim Stratejileri", *Ulusal Güvenlik ve Terörizm Dergisi*, C. 1, S. 2, 2010, s. 92.

¹⁷ Terör ve terörizm kavramları aslında birbirinden farklıdır. Terörizm, siyasal amaçlar için örgütlü, sistemli ve sürekli terör faaliyetinde bulunmayı benimseyen bir strateji anlayışıdır. Bu nedenle örneğin bir linç olayında ya da trafik kazasında terörden bahsedilse de terörizm olarak adlandırılmaz. Terörizmden söz edebilmek için aynı siyasi amaca yönelmiş bir dizi terör olayının varlığı gerekir. Bkz.: Başeren, s. 2.

¹⁸ Tuğcu, M. Said. "Althusser'in İdeoloji Kavramı Bağlamında 'Operasyon Argo' Filminin Analizi" *Uluslararası Bilimsel Araştırmalar Dergisi*, C. 1, S. 3, 2016, s. 59.

¹⁹ İrmak, Fatih/ Kahya Yavuz. "Amerika Birleşik Devletleri'nde Terörizm ve Terörizm Korkusu, 11 Eylül Terör Saldırılarının Öncesi ve Sonrasına İlişkin Bir Analiz", *Uluslararası Sosyal Araştırmalar Dergisi*, C 7, S. 33, s. 316.

²⁰ Özdağ, 2003, s. 282.

II. TERÖRLE MÜCADELE KANUNU'NDAKİ DÜZENLEME

A. Terörle Mücadele Kanunu'nun Yürürlüğe Girişi ve Uğradığı Değişim

3713 sayılı Terörle Mücadele Kanunu, 12.04.1991 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Terörle Mücadele Kanunu ile birlikte terör, terör suçlusu ve terör suçları tanımlanırken;²¹ terör örgütü propagandası ile devletin bölünmezliği aleyhine propaganda fiilleri de 7. ve 8. maddelerde ayrıca ve açıkça suç olarak düzenlenmiştir.

Ne var ki, 3713 sayılı Kanun, yürürlüğe girdiği 1991 yılından bugüne kadar geçen zaman diliminde çok sayıda değişiklik de geçirmiştir. Önce, Terörle Mücadele Kanunu'ndaki devletin bölünmezliği aleyhine propaganda suçunu düzenleyen 8.nci maddede, ifade özgürlüğünü genişletme gerekçesi ile 1995 yılında değişiklik yapılarak, “*hangi yöntem, maksat ve düşünceyle olursa olsun*” ibaresi, metinden çıkartılmış;²² 2002 yılında, bu sefer de fiilin Türkiye Cumhuriyeti Devleti'nin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğünü bozmaya yönelik özel kasıt ile gerçekleştirilmesi aranarak, suçun işlenmesi zorlaştırılmış; nihayet 2003 yılındaki değişiklik ile²³ madde, kanundan tümü ile çıkarılmıştır.

Terör örgütünün propagandası suçunu düzenleyen 7/2 maddesi de yürürlüğe girdiği tarihten bugüne tam altı kez değişiklik geçirmiştir. Yürürlüğe girdiği 1991 yılında, anılan madde, silahlı çete olarak değerlendirilmeyen²⁴ terör örgütlerinin propagandasını suç olarak düzenlerken; bugünkü mevcut içeriğinden farklı olarak, örgütün cebir, şiddet veya tehdit içeren yöntemlerinin propagandası unsuruna yer vermemekteydi.²⁵ Ne var ki, 2002 yılında, 8.nci maddeyi değiştiren 4744 sayılı Kanun, Terörle Mücadele Kanunu'nun 7/2 maddesini de değiştirmiş; propaganda suçunun oluşabilmesi için terör yöntemlerine başvurmaya özendirilecek şekilde yapılması aranmıştır.

2003 yılında ise 4963 sayılı Kanun ile yeni bir değişiklik yapılmış, madde bugünkü haline yaklaşmış ve propaganda suçunun oluşabilmesi için fiilin ancak şiddet veya diğer terör yöntemlerine başvurmayı teşvik edecek şekilde yapılmış olması öngörülmüştür.

2006 yılında yapılan değişiklik ise maddenin hem öncesi hem sonrasında geçirdiği diğer değişikliklerden farklılık içermektedir. İfade özgürlüğünü daraltıcı sayılan²⁶ bu düzenlemede, yükselen terör eylemlerine bağlı olarak, suçun oluşması için terör örgütünün tek başına propagandası yeterli sayılmış, önceki metindeki şiddet veya diğer terör yöntemlerine başvurmayı

²¹ Propagandanın kavram olarak tanımına ise Terörle Mücadele Kanunu'nda yer verilmemiştir.

²² 27.10.1995 tarihli ve 4126 sayılı Kanun.

²³ 19.07.2003 tarihli ve 4928 sayılı Kanun.

²⁴ Silahlı çete ile ilgili propaganda suçu, 765 sayılı mülga Türk Ceza Kanunu'nun 169. maddesinde düzenlenmiş sayılmakta idi.

²⁵ Bkz.: dipnot 93. Bu yönü ile maddedeki anlatım, mülga 765 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 142. maddesinde geçen “...*her ne surette olursa olsun propaganda yapan kimse...*” ifadesi ile benzerdi.

²⁶ Topçu, Namık Kemal. “Terör Örgütünün Propagandasını Yapma Suçu (TMK 7/2-5)”, *Ceza Hukuku Dergisi*, C. 10, S. 28, 2015, s. 111, 112. Yazar haklıdır. Dolayısıyla bu değişiklik, süreç içinde yol kazası (!) gibi durmaktadır.

teşvik edecek şekilde yapılmış olması haline yer verilmemiştir. Ayrıca, maddeye, suçun basın ve yayın yoluyla işlenmesi halinde, cezanın yarı oranında arttırılacağı hükmü eklenmiştir.

2013 yılında, 6459 sayılı Kanun değişikliği ile²⁷ maddenin bugünkü haline erişilmiş; terör örgütünün propagandası suçunun oluşabilmesi için terör örgütünün; cebir, şiddet veya tehdit içeren yöntemlerini meşru gösterecek veya övecek ya da bu yöntemlere başvurmayı teşvik edecek şekilde propaganda yapma hali suç sayılmıştır.²⁸

2015 yılında yapılan 6638 sayılı kanunla, maddede değişiklik yapılarak, (a) fıkrası kaldırılmış ve yeni bir fıkra eklenmiştir. Nihayet 2019 yılında, 7188 sayılı Kanunla yapılan son değişiklikle haber verme sınırlarını aşmayan veya eleştiri amacını taşıyan düşünce açıklamalarının suç oluşturmayacağına ilişkin ibare Terörle Mücadele Kanunu'nun 7/2 fıkrasına işlenmiştir.²⁹

Terörle Mücadele Kanunu'nun, propaganda suçu yönünden geçirdiği bu değişim sürecinin, daha rahat anlaşılabilmesi için değişiklikleri, aşağıda tablo halinde sunmayı yararlı görüyoruz:

Yukarıdaki fıkra uyarınca meydana getirilen örgüt mensuplarına yardım edenlere ve **örgütle ilgili propaganda yapanlara**, fiilleri başka bir suç oluştursa bile ayrıca bir yıldan beş yıla kadar hapis ve ellimilyon liradan yüz milyon liraya kadar ağır para cezası hükmolunur. (1991 tarihli ilk metin)

Yukarıdaki fıkra uyarınca meydana getirilen örgüt mensuplarına yardım edenlere veya **terör yöntemlerine başvurmaya özendirerek şekilde örgütle ilgili propaganda yapanlara** fiilleri başka bir suç oluştursa bile ayrıca bir yıldan beş yıla kadar hapis ve beşyüz milyon liradan bir milyar liraya kadar ağır para cezası verilir. (2002 tarihli metin)

Yukarıdaki fıkra uyarınca oluşturulan örgüt mensuplarına yardım edenlere veya **şiddet veya diğer terör yöntemlerine başvurmayı teşvik edecek şekilde propaganda yapanlara** fiilleri başka bir suç oluştursa bile ayrıca bir yıldan beş yıla kadar hapis ve beşyüz milyon liradan bir milyar liraya kadar ağır para cezası verilir. (2003 tarihli metin)

²⁸ Madde gerekçesinde, bu değişiklik “*AIHM, şiddeti teşvik edici nitelikte olmayan açıklamaların ifade özgürlüğü kapsamında olduğunu belirterek, içeriğinde şiddete başvurmayı cesaretlendirici ifadeler yer almayan ya da kişileri silahlı isyana teşvik edici nitelikte olmayan açıklamalar nedeniyle bireylerin Terörle Mücadele Kanunu'nun 7. maddesinin ikinci fıkrası çerçevesinde cezalandırılmasını ifade özgürlüğüne aykırı bulmaktadır. Yapılan düzenlemeyle maddenin ikinci fıkrasında yer alan suçun unsurları yeniden belirlenmekte, maddeye ‘cebir, şiddet veya tehdit içeren yöntemlerini meşru gösterecek veya övecek ya da bu yöntemlere başvurmayı teşvik edecek şekilde’ ibaresi eklenerek, suçun kapsamı AIHM standartlarına uyumlu hale getirilmektedir.*” şeklinde açıklanmaktadır.

²⁹ Değişikliğe ilişkin madde gerekçesinde, Anayasa Mahkemesi, Yargıtay ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararlarından söz edilmekte; ağır, sert, incitici nitelikte de olsa ifade özgürlüğünün doğal sonucu olarak, eleştiri hakkının kullanılmasının suç oluşturmayacağı vurgulanmakta; propaganda suçuna ilişkin olarak mahkemelerce verilen kararlarda uygulama birliğinin bulunmadığından söz edilerek, farklı uygulamaları gidermek amacıyla değişikliğin yapıldığı belirtilmektedir. Bkz.: 17.10.2019 tarihli ve 7188 sayılı Kanuna ilişkin Adalet ve Kalkınma Partisi'nin teklif metni. <https://www.tbmm.gov.tr/Yasama/KanunTeklifi/256570> Erişim Tarihi: 20.10.2022.

Terör örgütünün propagandasını yapan kişi, bir yıldan beş yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Bu suçun basın ve yayın yolu ile işlenmesi hâlinde, verilecek ceza yarı oranında artırılır (2006 tarihli metin)

Terör örgütünün; cebir, şiddet veya tehdit içeren yöntemlerini meşru gösterecek veya övecek ya da bu yöntemlere başvurmayı teşvik edecek şekilde propagandasını yapan kişi, bir yıldan beş yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Bu suçun basın ve yayın yolu ile işlenmesi hâlinde, verilecek ceza yarı oranında artırılır. (2013 tarihli metin)... Haber verme sınırlarını aşmayan veya eleştiri amacını taşıyan düşünce açıklamalarının suç oluşturmaz. 7188 sayılı ve

B. Propaganda Suçunun Düzenleniş Şeklindeki Sorun

5532 sayılı Kanunla, 2006 yılında yapılan istisnai değişiklik bir yana bırakılırsa; Terörle Mücadele Kanunu'nun 7/2 maddesinin, yürürlüğe girdiği tarihten bu yana, ifade hürriyetini genişletme adına geçirdiği değişikliklerin yukarıda anlatılan seyri; aynı zaman diliminde, kanun koyucunun da bir zihinsel dönüşüm ve değişim geçirdiğini ortaya koymaktadır.³⁰ Bu durum, ilerleyen bölümde irdelenecek olan yüksek mahkeme kararlarında daha da bariz olup; Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin içtihatlarını esas alan uygulamanın, olabildiğince ifade hürriyeti lehine yorum yaparak geliştirdiği ve böylelikle terör örgütü propagandası suçunun işlenmiş sayılabilemesinin zorlaştırıldığı gözlemlenmektedir.

Gerçekten, yasal düzenlemenin ilk yürürlüğe girdiği tarihte; terör örgütü, yapı, ideoloji ve yöntemleri ile bir bütün olarak ele alınmış iken; gelinen noktada, terör örgütünün kendisi ile terör örgütünün yöntemleri birbirinden ayrıştırılmış; terör örgütünün sadece kullandığı cebir, şiddet ve tehdit gibi yöntemlerinin meşru gösterilmesi, övülmesi ya da bu yöntemlere başvurulmasını teşvik edecek şekilde propagandası suç sayılmıştır.³¹ Değişikliğin amacı her ne kadar suç teşkil edecek fiili somutlaştırmak, böylece Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin standartları ile uyumlu hale gelmek şeklinde açıklanmış olsa da bunun sorun yaratması kaçınılmazdır. Gerçekten, uyguladığı yöntemlerden bağımsız olarak, terör örgütüne yapılacak bir gönderme -olumlu referans içerdiğinde dahi- propaganda suçuna artık vücut vermeyebilecek gibi gözükmektedir. Nitekim, Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun aşağıda ayrıca irdelenecek kararlarında³² geçen;

“...Diğer bir anlatımla işlenen fiil, terör örgütü ile ilgili olmakla birlikte bu örgütün cebir, şiddet veya tehdit içeren yöntemlerine ilişkin değilse ; işlenen fiil terör örgütü ile ilgili olmakla

³⁰ Değişimin yönü ve iradi olup olmadığı, ilerleyen bölümde sorgulanacaktır.

³¹ Mamafih, öğretide, terör örgütünün propagandası suçunun, soyut tehlike suçu olarak düzenlendiği görüşü hâkimdir. Suçun konusu üzerinde gerçekten bir zarar tehlikesinin yaratılmış olması şart değildir. Bkz. Yıldırım, Zeki. *İfade ve Basın Özgürlüğü Bağlamında Terör Örgütünün Propagandası Suçu*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2020, s. 280-281; Türkoğlu, Selin. “Terör Örgütünün Propagandası Suçu (TMK M. 7/2-5)”, *Suç ve Ceza*, S. 1, 2021, s.180; Özgenç, İzzet. “*Terörizmin ve Terör Örgütünün Propagandası Suçu ve Ceza Hukuku Sorumluluğu*”, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 25, S.2, 2021, s. 425; Şen aksi fikirde olup, suçun somut tehlike suçu olduğunu ileri sürmektedir. Bkz.: Şen, Ersan. “Terör Örgütünün Propagandası Suçu”, Hukuki Haber Sitesi, 28 Eylül 2022, (Erişim Tarihi: 26.10.2022), s. 7.

³² Yargıtay CGK, E. 2017/630, K. 2020/385, T. 29.09.2020, <https://www.kazanci.com.tr/>, (Erişim Tarihi: 15.10.2022).

beraber bu örgütün cebir, şiddet veya tehdit içeren yöntemlerini bir başkasına tanıtmak, benimsetmek ve yaymak amacıyla işlenmiyorsa ; işlenen fiilin konusu terör örgütü ile ilgili ve bu örgütün cebir, şiddet veya tehdit içeren yöntemlerine ilişkin olmakla birlikte bu yöntemleri meşru gösterecek, övecek ya da bu yöntemlere başvurmayı teşvik edecek şekilde değilse...

şeklindeki değerlendirmeler, bu yorumu güçlendirmektedir. Genel Kurul, önüne gelen uyuşmazlıkta, bir yandan yukarıdaki değerlendirmeyi yaparken; diğer yandan da sanığın duruşma salonunda defalarca sarfettiği “*Biji serok Apo*” şeklindeki sözlerinin, uyuşmazlığa konu ifadenin gerek içeriği gerekse açıklandığı ortam ve muhataplarındaki etkisi gözetildiğinde, ifade özgürlüğü kapsamında kaldığı sonucuna varmıştır.³³

Oysa, şiddet olgusu, terör örgütünün doğasına içkin ve ondan ayrı düşünülemez, olmaz ise olmaz unsuru olup; bir terör örgütünün tüm faaliyetleri de özünde şiddet barındırır. Diğer yandan, terör örgütünün, herhangi bir cezai sorumluluk doğurmayan bir eylemsizlik hali de tasavvur olunamaz. Zira, örgütün salt mevcudiyeti dahi, Türk Ceza Kanunu’nun 314. maddesine göre suçtur.

Terör örgütü, yöntemlerinden bağımsız düşünüldüğünde de başka bir yapıya, örneğin bir sivil toplum kuruluşuna dönüşmüş olmayacaktır. Bu itibarla, örgüt ile örgütün yöntemlerini ayrı tutma çabası; bir oksimoron, verili hukuk düzeni ve mantık kuralları ile telif olunamayan ağır bir çelişki oluşturur. Yasal düzenleme ile getirilen bu yapay ayrımın, uygulamadaki sonuçları için yargı kararlarına ayrıca bakmak gerekecektir.

III. YARGI KARARLARINDA İFADE HÜRRİYETİ VE PROPAGANDA KAVRAMLARI

A. Uluslararası Alanda Değerlendirme Ölçütleri

İfade hürriyeti ve propaganda kavramlarına temel yaklaşım; iki ayrı kıtada, iki farklı hukuk sisteminin en tepelerindeki yüksek mahkeme kararlarında ortaya konan düşünceler parantezinde şekillenmektedir.

Bir tarafta, Amerikan Yüksek Mahkemesi’nin (Supreme Court) 1919 yılında *Schenck v. United States* davasında³⁴ verdiği kararda açıklanan “açık ve mevcut tehlike (clear and present

³³ Mamafih, konser salonunda söylenen “*Selam selam İmralı’ya bin selam, biji serok Apo, dişe diş kana kan seninleyiz Öcalan*” şeklindeki benzer sözler, silahlı terör örgütünün propagandasını yapma suçu olarak değerlendirilmiştir. Yargıtay 8. CD., E. 2009/3222, K. 2011 / 4969, T. 15.06.2011 <https://www.kazanci.com.tr/> (Erişim Tarihi: 15.20.2022).

³⁴ 249 U.S. 47 (1919) Söz konusu davada, Sosyalist Parti genel sekreteri olan Charles Schenk isimli şahıs, Birinci Dünya Savaşı sırasında bastırıp dağıttığı bildiriler ile askere alma hizmetlerini engellediği ve yasalara sadakatsizlik, itaatsizlik gösterdiğinden bahisle Casusluk Kanununa göre yargılanıp mahkûm edilmesini temyiz konusu yapmıştır. Schenk, Amerikan Devletinin, kendi yurttaşlarını, başka ülkelerin insanlarını vurmaları için silah altına alıp bu coğrafyalara göndermesine muhalefet etme hakkının bulunduğunu savunmuştur. Yüksek Mahkemenin, hakkındaki altı aylık hapis cezasının onanması yönünde verdiği hükmün gerekçesini kaleme alan yargıç Oliver Wendell Holmes, söz konusu bildirimlerde dile getirilen düşüncelerin sıradan zamanlarda her yerde ifade olunabileceğini, bunun anayasal

danger)³⁵” kriteri; diğer yanda ise Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin 1976 yılında, Handyside/Birleşik Krallık³⁶ davasında ulaştığı “demokratik toplum düzeninin gerekleri, ölçülülük ve bağlam” kriteri, ifade hürriyeti ve ona yönelik sınırlamalar ile ilgili normatif parametreleri oluşturmaktadır.³⁷

“*Açık ve mevcut tehlike*” kriterinde geçen ‘açıklık’ kavramı ile bir tehlikenin kuşkuya yer vermeyecek şekilde ortaya çıkması; ‘yakınlık’ kavramı ile de düşünce açıklamasında geçen kelimelerin, somut bir tehlikeye yol açacak yakınlıkta olması kastedilmektedir.³⁸ Schenk kararının gerekçesini yazan yargıç Holmes’ün başvurduğu “*Kalabalık tiyatro salonunda, (içinden böyle söylemek gelmiş de olsa) yangın var şeklinde bağırmanızın*” metaforu ile anlatılmak istenen; bir yandan, belli koşullar altında, düşünce açıklamasında kullanılan ifadelerin diğer yandan da ifadelerin özellikleri itibarıyla sınırlanabilmesinin meşru olacağıdır. Sınırlama için bu iki koşul (ifade ve ifadenin özellikleri) uzaklık/yakınlık ve derece saptaması için birlikte ele alınmalı; ifadeyi sarf edenin niyeti ve ifadenin eğilimi birbiri ile uyuyorsa ifade sınırlanabilmelidir.³⁹

Amerikan Hukuku’nda, ifade hürriyeti kavramını, derin ve kapsamlı inceleyen Aydın’a göre, önlenmesi meşru olan kötülüğün (örneğin savaş hali) büyüklüğü ile tehlikenin büyüklüğü savaş halinin ortaya çıkmasından ne derece korkulması gerektiği) birbirinden ayrılmalıdır. Zira, tehlike ile kötülük arasındaki ilişki; bir başka deyişle zarar tehlikesi ile korunmak istenen menfaat bağının sağlıklı bir şekilde ortaya konması gerekmektedir. Aydın, Schenk kararında getirilen formül ile hem tehlikenin hem de gerçekleşmesi halinde doğacak zararın görece olarak büyük olmasının arandığı kanaatindedir.⁴⁰

bir hak olduğunu ancak her fiilin işlendiği zamanın koşullarına göre değerlendirilmesi gerektiğini belirterek, hafızalarda yer eden şu benzetmeyi yapmıştır: “Kalabalık bir tiyatro salonunda ‘yangın var’ diye bağırma hürriyetiniz bulunmamaktadır.” İfade hürriyetinin zamana ve mekâna göre sınırlarının olması gerektiğini ihlas eden bu anlayış, açık ve mevcut bir tehlike halinde ifadenin kısıtlanabileceği kabulünü doğurmuştur.

³⁵ Kriter, Türk Hukukuna açık ve yakın (imminent) tehlike olarak taşınmıştır.

³⁶ Bir yayıncılık firmasının sahibi olan Richard Handyside isimli şahsın, “ Küçük Kırmızı Ders Kitabı” isimli yayını basıp dağıtması ile ilgili olarak Birleşik Krallık tarafından, yayının müstehcen bulunup para cezasına mahkum edilmesi ve bastırılan kitapların da imhasına karar verilmesine ilişkin davada; Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, ifade özgürlüğünün, toplumun ilerlemesi ve her insanın gelişmesi için esaslı koşullardan biri olan demokratik toplumun ana temellerinden birini oluşturduğu tespitini yaptıktan sonra; bu özgürlüğün sadece lehte olduğu kabul edilen değil, devletin veya nüfusun bir bölümünün aleyhinde olan, onlara rahatsız edici gelen düşünceler için de geçerli olduğunu, bunun çoğulculuğun, hoşgörünün ve açık fikirliliğin gerekleri olduğunu, bunlar olmadan demokratik toplumun olamayacağı değerlendirmesini yapmıştır. Bkz.: <https://hudoc.echr.coe.int/fulltext> Erişim Tarihi: 10.09.2022.

³⁷ Ancak, belirtmelidir ki, açık ve mevcut tehlike kriteri, Amerikan Hukuku’nda ifade hürriyetinin sınırları ile ilgili tek kriter değildir. “Dengeleme (Balancing)”, “Muğlaklık (Vagueness)”, “Haddinden Fazla Genişlik (Overbreadth)”, “İfadeye Müdahale Eden En Hafif Aracın Kullanılması (Least Restrictive Means)” gibi ilkeler de bu alanda, zaman zaman Yüksek Mahkeme tarafından kullanılmaktadır. Geniş bilgi için bkz.: Aydın, Öykü Didem. *Üç Demokrasiye Düşünce Özgürlüğü ve Ceza Hukuku -I- Amerika Birleşik Devletleri*, Seçkin Yayınları, Ankara 2004, s. 307 vd.

³⁸ Ustabulut, Batuhan. “İfade Özgürlüğünde Açık ve Mevcut Tehlike”, *Kocaeli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 8, S. 16, 2017, s. 49.

³⁹ Aydın, s. 331.

⁴⁰ Aydın, s. 332.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin "Handyside kararı" ile ortaya koyduğu "demokratik toplum düzeninin gerekleri, ölçülülük ve bağlam" kriteri ile de öncelikle demokratik bir toplumu⁴¹ niteleyen ilkelere azami özen gösterilmesi gerektiği tespiti yapılmakta ve ifade özgürlüğünün, toplumun ilerlemesi ve her insanın gelişmesi için esaslı koşullardan biri olan demokratik toplumun ana temellerinden birini oluşturduğu kaydedilmektedir.

Yüksek Mahkemeye göre ifade özgürlüğü, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 10. maddesi sınırları içinde sadece lehte olduğu kabul edilen veya zararsız veya ilgilenmeye değmez görülen 'haber ve düşünceler' için değil, Devletin veya toplumun bir bölümünün aleyhine olan, onlara çarpıcı gelen, onları rahatsız eden haber ve düşünceler için de uygulanacaktır. Bu, çoğulculuğun, hoşgörünün ve açık fikirliliğin gereği olup, bunlar olmadan demokratik toplumdan bahsedilemez. Bu demektir ki, bu alanda getirilen her koşul, yasak ve ceza, izlenen meşru amaçla orantılı (ölçülülük) olmalıdır. Keza ulusal mahkemelerin kararları, demokratik toplum olmanın gereklerine göre incelenirken; bu kararlar, verildiği şartlardan soyutlanmamalı (bağlam); ulusal hukuklar ile uluslararası aşamada gösterilen deliller ve argümanlar, bütünlük içinde ele alınmalıdır.

B. Yargıtay Kararlarında Propaganda Suçu

Türk Hukuku, önce Amerikan Yüksek Mahkemesi'nin ortaya koyduğu "açık ve mevcut tehlike" kriteri ile tanışmıştır. 2002 yılında, 2911 sayılı Toplantı ve Gösteri Yürüyüşleri Kanunu'nun 17 ve 19. maddelerinde yapılan değişiklikle⁴² benimsemiştir. Kriter, 2004 tarihli ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 216. maddesindeki "Halkı kin ve düşmanlığa tahrik ve aşağılama" ve 6459 sayılı Kanunla⁴³ değişik 215. maddedeki "Suçu ve suçluyu övmeye" suçlarına ilişkin düzenlemelerde de bir objektif cezalandırma şartı olarak, yerini almıştır.

Mamafih, söz konusu açık ve yakın tehlike kriteri, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu henüz yürürlüğe girmezden önce de Yargıtay kararlarında yer almaya başlamıştır.⁴⁴ Kriterin, doğrudan ifade hürriyeti ve propaganda bağlamında tartışılması; aynı dönemde Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun, Halkı din farklılığını kullanarak, açıkça kin ve düşmanlığa tahrik etme suçu ile ilgili olarak verdiği bir karar⁴⁵ vesilesi ile gerçekleşmiştir.⁴⁶

⁴¹ Bu kavram, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 10/2 maddesinde geçmektedir.

⁴² 26.03.2002 tarihli ve 4786 sayılı Kanun.

⁴³ 11.04.2013 tarihli ve 6459 sayılı Kanun.

⁴⁴ "...Karar yerinde de açıklandığı üzere; sanığın kurucusu ve lideri, olduğu PKK örgütünün amacı, "Devletin hakimiyeti altında bulunan topraklardan bir kısmını devlet idaresinden ayırarak, bağımsız bir Kürt Devleti kurmak" olduğuna göre, bu amaca yöneldiğinde kuşku bulunmayan yukarıda açıklanan eylemler mahiyetleri itibariyle ülke bütünlüğü için *ciddi, büyük ve yakın tehlike doğuracak* hüviyet arz ettiğinden, sanığın kurduğu silahlı çete niteliğindeki PKK örgütünün vahim olan bu olayları, sanığın emir ve talimatları ile fiilen gerçekleştirmiş olması karşısında; TCK.nun 168. maddesinin sanık hakkında uygulanmasına imkan bulunmamaktadır..." Yarg. 9. CD. E. 1999/1296, K. 1999/3623, T. 22.11.1999 <https://www.kazanci.com.tr/>, Erişim Tarihi: 20.09.2022.

⁴⁵ Yarg. CGK E. 2004/8-130 E. K. 2004/206, T. 23.11.2004, <https://www.kazanci.com.tr/>, Erişim Tarihi:15.10.2022.

⁴⁶ Ustabulut, bu içtihadın "açık ve yakın tehlike" ölçütünün doğrudan kullanıldığı ilk Yüksek Mahkeme kararı olduğunu ve 765 sayılı kanunun özgürlükçü bir yorumu olduğunu beyan etmektedir. Bkz.: Ustabulut, s. 48.

Açık ve yakın tehlike kriterini, uluslararası hukuka ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararlarına gönderme yaparak, çok geniş şekilde değerlendiren Ceza Genel Kurulu;

“Suç ve cezada yasallık evrensel hukuk ilkesi uyarınca, Yasakoyucu’nun, cezai bir yaptırıma bağlamadığı bir eylemin, ülke koşulları nazara alınarak, zorlamalı yorumlarla cezalandırılır sayılması kuvvetler ayrılığı sistemini zedeler mahiyette olacaktır. Kuşkusuz, laikliğe aykırı beyan ve açıklamalarda, ifade biçimi itibarıyla, şiddet önerisinin yer alması ve yasadaki belirli halk kesimleri yönünden kin ve düşmanlığa sevk edici kesin ve yakın bir tehlikenin ortaya çıkması ve bu halin “kamu düzeni”ni bozacak somut etkinliğe ulaşması durumunda, Yasanın 312/2. Maddesinin açık hükmü kapsamında kişinin cezalandırılması gerekeceği tartışılmaz bir gerçektir.” tespitini yaptıktan sonra;

Propagandanın suç olarak değerlendirilmesinde önemli olanın, düşüncenin veya fikrin, açıklanış biçimi itibarıyla toplum, devlet, rejim ve sosyal düzene yönelik olarak, açık ve yakın bir tehlikeyi ortaya çıkarıp çıkarmadığının ve buna bağlı olarak kişileri kanunlara aykırı eylemlere yöneltici nitelik taşıyıp taşımadığının saptanması olduğunu ;

Sınırlamaların, eleştiri olanağını, ifade özgürlüğünü, siyasal propaganda yapmak hakkını zedelemeyen karşılayabilmesi gerektiğini, bunun için tehlikenin soyut değil somut olarak belirlenmesinin zorunlu olduğunu, bu yaklaşımın, Amerika Birleşik Devletleri Yüksek Mahkemesinin geliştirdiği “açık ve mevcut tehlike” (clear and present danger) kavramına da uygun olduğunu açıklamıştır.

Genel Kurul, hemen sonrasında verdiği bir başka kararda da “açık ve mevcut tehlike” kriterini, kamu düzeninin ne zaman ve nasıl bozulacağını belirleme hususunda, bir ölçüt / test olarak almış ve bir ifadenin sınırlandırılıp cezalandırılabilmesi için öğretilerdeki görüşlere gönderme yaparak;

- Açıklandığı koşullar açısından gerçekten bir tehlike meydana getirecek nitelikte olması gerektiğini, sadece niyetin ya da korkunun varlığının yeterli olmadığını,
- Bu tehlikenin devletin mutlaka önlemek zorunda olduğu aşırı derecede ciddi olması gerektiği,
- Tehlike ile düşünce açıklaması arasında nedensellik bağının varlığını aranacağı,
- Tehlikenin yakınlık derecesinin oldukça yüksek olması gerektiği

Görüşlerine yer vermiştir.

Genel Kurula göre “açıklık” terimi ile tehlikenin, kuşkuya yer vermeyecek şekilde ortada olması; “yakınlık” terimi ile de ifadede geçen kelimelerin somut tehlike yaratması, bir başka deyişle zarar yaratma olasılığına yakın olması anlaşılmalıdır.⁴⁷

Terörle Mücadele Kanunu’nun yürürlüğe girdiği tarihten bu yana geçen zaman zarfında, Yargıtay Ceza Genel Kurulu ve ceza dairelerinin kararları incelendiğinde; açık ve yakın tehlike

⁴⁷ Yargıtay CGK., E. 2004/8-201, K. 2005/30, T. 15.03.2005. Ustabulut, kararı eleştirmekte; vurgulanmasına rağmen, şiddet unsurunun ortaya konmadığını belirtmektedir. Bkz.: Ustabulut, s. 49.

kriterinin ağırlığını yavaş yavaş kaybetmeye başladığı görülmektedir. Özellikle Ceza Genel Kurulunun son dönem kararlarında⁴⁸ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin ortaya koyduğu “demokratik toplum düzeninin gerekleri” kriterinin baskın hale geldiği görülmektedir. Aynı zaman kesitinde, propaganda fiillerine bakış da değişmiştir. Bu cümleden olarak;

Bahçe duvarlarına spreylere boya ile ‘Biji gele Kürdistan, Biji asili, Yaşasın Gerilla’ şeklinde yazmak⁴⁹ ; ‘Ben bir Kürdistanlı olarak Kürdistan’da Sayın Abdullah Öcalanı Bir Siyasal İrade Olarak Görüyor ve Kabul Ediyorum’ ifadelerini içeren dilekçeleri imzalatmak⁵⁰; Emniyet amirliğine götürülmek istendiği sırada ‘yaşasın Dev Genç, Yaşasın Dev Gençliler’ şeklinde slogan atmak⁵¹ şeklindeki fiiller evvelce propaganda suçu sayılırken ;

Roboski olayının yıldönümü sebebiyle PKK/KCK terör örgütüne müzahir yayın organında yapılan çağrı üzerine kampüs alanı içerisinde toplanıp basın açıklaması yapmak ve sonrasında grupla birlikte ‘önderimiz başkan Öcalan’ şeklinde sloganın da eklendiği devrim marşını söylemek⁵²; Terör örgütü liderinin yakalandığı tarihin yıldönümü münasebeti ile terör örgütüne müzahir yayın yapan internet sitelerinin çağrısı sonucu bir araya gelen topluluğa, ‘15 Şubat 1999 tarihinde Kürt halk Önderi Sayın Öcalan’ın uluslararası bir komplo ile esir alınması, bugüne kadar Kürtlere uygulanan katliamları devamında çıkar sağlayan emperyalistlerin planlamasıdır ..Kürt sorununun çözümünün tek muhatabı PKK ve onun önderliğidir ‘ şeklinde sözler sarfetmek⁵³; düzenlenen eylemde, sanığın ‘15 Şubat Uluslararası Komployu Kınıyoruz..Be Serok Jiyan Nabe, Biji Serok Apo, Şehit Namurın’ şeklinde slogan atmak⁵⁴ fiilleri, yakın tarihli kararlarda, propaganda suçu olarak değerlendirilmemiştir.

C. Anayasa Mahkemesi’nin Konuya Yaklaşımı

1. Mahkemenin Kriterleri

Bireysel başvuru mekanizmasının devreye girmesi⁵⁵ ile birlikte Anayasa ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nde düzenlenen temel hak ve hürriyetlerin ihlâl edildiği iddialarına yönelik denetimi başlatan Anayasa Mahkemesi’nin; Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin geliştirdiği

⁴⁸ Bkz.: Yargıtay CGK., E. 2016/1140, K. 2020/110, T. 18.02.2020; Yargıtay CGK., E. 2016/1159, K. 2020/280, T. 11.06.2020; Yargıtay CGK., E. 2017/600, K. 2020/306, T. 08.06.2020; Yargıtay CGK., E. 2017/ 943, K. 2020/311, T. 23.06.2020, <https://www.kazanci.com.tr/>, (Erişim Tarihi: 17.10.2022).

⁴⁹ Yargıtay CGK., E. 1999/9-33, K. 1999/38, T. 16.03.1999, <https://www.kazanci.com.tr/>, (Erişim Tarihi: 17.10.2022).

⁵⁰ Yargıtay CGK., E. 2008/9-184, K. 2009/43, T. 03.03.2009 <https://www.kazanci.com.tr/>, (Erişim Tarihi: 17.10.2022).

⁵¹ Yargıtay 9. CD., E. 2013/16688, K.2014/8626, T. 08.09.2014, <https://www.kazanci.com.tr/>, (Erişim Tarihi: 18.10.2022).

⁵² Yargıtay 16. CD., E. 2018/2362, K. 2018/2143, T. 28.06.2018, <https://www.kazanci.com.tr/>, (Erişim Tarihi: 18.10.2022).

⁵³ Yargıtay CGK., E. 2016/1159, K. 2020/280, T. 11.06.2020, <https://www.kazanci.com.tr/>, (Erişim Tarihi: 18.10.2022).

⁵⁴ Yargıtay 3. CD., E. 2021/4042 K. 2021/10640, T. 15.12.2021, <https://www.kazanci.com.tr/>, (Erişim Tarihi: 20.10.2022). Daire bu olayda, fiili suç ve suçluyu övme suçu kapsamında değerlendirmiştir.

⁵⁵ 23.09.2012 tarihinden itibaren Anayasa Mahkemesi’ne bireysel başvuru yolu açılmıştır.

“Demokratik toplum düzeninin gerekleri, ölçülülük ve bağlam ” kriterini kullanmaya başladığı; “açık ve mevcut tehlike” kriterine ise Yargıtayın aksine iltifat etmediği gözlenmektedir.⁵⁶ Bu tutumun sebebi, rehber olarak izlenen Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin, Amerikan Hukuku’nda uygulanan “açık ve mevcut tehlike” kriterine kendi kararlarında yer vermemesi⁵⁷ kadar; bu kriterin, Amerikan Hukukunda, uzun yıllar ifade özgürlüğünü kısıtlayıcı bir fonksiyon görmesi de olabilir.^{58 59}

Anayasa Mahkemesi’nin, bireysel başvuruya ilişkin kararlarında kullandığı “Demokratik toplum düzeninin gerekleri, ölçülülük ve bağlam” kriteri; Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin 10. maddesinin ikinci paragrafında geçen “Demokratik Toplumda Zorunlu Tedbirler” kavramı ile Avrupa Konseyi Terörizmin Önlenmesi Sözleşmesine Ek Açıklayıcı Protokol’ün 5. maddesinde belirtilen “Kanunilik”, “Meşru Bir Hedefin Güdülmesi” ve “Orantılılık” ifadelerinin kombinasyonunu yansıtır.

Sözü edilen sözleşme hükmü ile açıklayıcı ek protokol/raporda geçen bu kavramlar, sırasıyla;

- Çoğulculuk, hoşgörü, açık fikirlilik, tolerans (Demokratik Toplum)
- Kısıtlamanın kanuni düzenleme ile yapılması (Kanunilik)
- Kamu güvenliği, kamu düzeni, kamu sağlığı gibi meşru bir hedefe yönelik olma (Meşru Hedef / Gereklilik)
- İfade hürriyetinin özünün korunması (Orantılılık) anlamına gelmektedir.

Anayasa Mahkemesi, aşağıda paylaşılacak örnek kararlarında görüleceği üzere; düşünce açıklamasının, şiddete teşvik mahiyetinde olup olmadığı yönünde değerlendirilebilmesi için; yukarıda sayılan kriterlere ilaveten ayrıca açıklamanın yapıldığı bağlama, açıklamada bulunan

⁵⁶ Bununla beraber, Anayasa Mahkemesi’nin birçok kararında, düşünce açıklamasının zamanlamasına, açıklama yapan kişinin kimliğine vurgu yapması, örtülü şekilde açık ve yakın tehlike kriterini de uyguladığı anlamına gelmektedir. Nitekim, Mahkeme, parti kapatma davalarında, bu kriterden istifade etmiştir. Bkz.: Sosyalist Birlik Partisi Davası, E. 1993/4, K.1995/1, T. 19.07.1995, Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi, C. 33, S. 2, s. 635.

⁵⁷ Kocasakal, Ümit/ Aksoy, Emine Eylem/ Memiş, Pınar. “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında İfade Özgürlüğü”, *İfade Özgürlüğü ve Türk Ceza Hukuku*, Türk Ceza Hukuku Derneği Yayınları, İstanbul 2003, s. 37 Yazarlara göre Yüksek Mahkeme, kararlarında bu kriteri hiç yer vermemiştir. Arslan ise kriterin, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin bazı kararlarında yer bulabildiğini belirterek, Türkiye’ye karşı açılmış “Gerger” davasında çoğunluk görüşüne dahil olmakla beraber ayrıksı yazılan gerekçeyi örnek gösterir. Bkz.: Arslan, Zühtü. “*İfade Özgürlüğünün Sınırlarını Yeniden Düşünmek, ‘Açık ve Mevcut Tehlike’ nin Tehlikeleri*” Liberal Düşünce, Güz 2001, s. 20, dipnot 28.

⁵⁸ Bkz.: Tunç, Hasan/ Erdoğan Murat. “Yargıtay ve Anayasa Mahkemesi Kararlarında Demokratik Toplum Düzeninde Gereklilik İle Açık ve Yakın Tehlike Kavramları”, *Antalya Bilim Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 8, S. 16, 2020, s. 1302-1303. Yazarlar, bu kriterin, 1. Dünya Savaşı koşullarında ortaya çıktığını, ifade ve özellikle basın hürriyetini kısıtlama işlevi gördüğünü; İkinci Dünya Savaşı yıllarında da bu sefer komünizm ile mücadele adına Mahkeme tarafından sıklıkla kullanıldığını, bu durumun 1957 yılına kadar sürdüğünü; Yates davasında ulaşılan somut tehlike anlayışı ile birlikte farklı bir anlam kazandığını belirtmektedirler.

⁵⁹ Nitekim, Yüksek Mahkemenin bugünkü başkanı, 2001 yılında yazdığı, dipnot 58’de değinilen bir makalesinde, bu düşüncüyü savunmuş, olağanüstü dönemlerde bu kriterin ifade özgürlüğü için tehlike olma potansiyeline sahip olduğunu, Türkiye’de makro siyaset dost/düşman karşıtlığına dayandığı için dost olmayan herkesin ve her kesimin düşüncelerini açıklamasının, açık ve mevcut tehlike olarak algılanacağını ileri sürmüştür. Bkz., Zühtü, s. 20-22.

kişinin kimliğine, açıklamanın zamanına, muhtemel etkilerine ve açıklamada geçen tüm ifadelere bütünsellik içinde bakılması gerektiğini belirtmektedir.⁶⁰

2. Kriterlerin Somut Uyuşmazlıklara Tatbik Şeklinden Örnekler

a. Fatih Taş Kararı

Yüksek Mahkemenin kararlarında, istikrarlı bir şekilde, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin "Handyside" ve / veya "Von Hannover"⁶¹ kararlarına gönderme yapılarak, ifade özgürlüğünün sadece uygun olarak kabul edilen, zararsız addedilen, farklılık içermeyen haber ve fikirler için değil ; aynı zamanda şok eden, rahatsız eden, kızdıran haber ve fikirler için de geçerli olduğu vurgusu yapılmaktadır.⁶²

Anayasa Mahkemesi, bu ölçütler çerçevesinde yaptığı incelemeler neticesinde;

Bu Yürek Dağlar Aşar Gerilla Şiirleri-1 ve Dağın Kalbinde Gizliyiz Gerilla Şiirleri -2 isimli iki şiir kitabında geçen;

'Kürdistan ulusal kurtuluş hareketinin çıkışı itibarı ile her tabakadan Kürt bireyine farklı boyutta ulaşıp hızlı bir gelişim göstermesi', 'Ulusal Kurtuluş Savaşı, Kürt insanını dağlara çekerek özgür yaşamı yaratmaya yöneltmiştir' 'Öfkeliyiz Marmara'ya katmayacağız suyunu suyuna, tenim Marmara'ya değmeden başkan Apo'ya bir avuç sevda sunacağız paramparça yüreğimizde', '15 Şubat gözyaşları ile şubat gerçekliği ile bastırıyor isyan başkaldırısını', 'Spartaküs'den Guevara'ya dek insanlık mirası, ben kırk milyon yürek, halkımın umudu, intikam olurum, çünkü ben ateşin oğlu, yaşamın adı, Mezopotamya güneşi Öcalan'ım Öcalan' gibi ifade ve anlatımların yargılamaya konu edildiği bir başvuru ile ilgili olarak:

"..Söz konusu kitapların şiir kitapları olduklarının ve gerek önsözde gerek şiirlerde işlenen konuların toplumun bir kesimini ilgilendiren toplumsal meselelere ilişkin olduğunun da göz önüne alınması gerekir. Anayasa'nın 26. maddesi bağlamında, kamunun çıkarlarına ilişkin siyasi konuşmalar veya toplumsal sorunlara ilişkin tartışmaların sınırlandırılmasında kamusal yetki kullanan makamların çok dar bir takdir marjı olduğuna işaret etmek gerekir..."

..İfade özgürlüğüne ilişkin bireysel başvurularda, ifadelerin bağlamından kopartılarak incelenmesi Anayasa'nın 13. ve 26. maddelerinde yer alan ilkelerin uygulanmasında ve elde edilen bulguların kabul edilebilir bir değerlendirmesinin yapılmasında hatalı sonuçlara ulaşılmasına

⁶⁰ Bkz.: Anayasa Mahkemesi 04.06.2015, BB 2013/9343 (Mehmet Ali AYDIN) (RG : 01.07.2015 /29403), pn 76, 77.

⁶¹ Von Hannover/Almanya Davası (Başvuru No. 59320/00) 03.06.2004. Monaco vatandaşı Caroline Hannover'ın Alman Federal Cumhuriyeti'ne karşı yaptığı başvuru ile ilgili olan bu dava; Monaco Prensi'nin büyük kızı olan başvuruçunun, magazin basını tarafından görüntülenmiş özel yaşamının, Almanya'da yayınlanmasını engellemeye matuf hukuksal girişimini ve bu girişimin Alman yargısı önünde sonuç vermemesini konu edinir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, başvuru ile ilgili olarak; özel hayatın korunmasının, ifade özgürlüğüne karşı dengelenmesinde ağırlıklı unsurun, yayımlanan fotoğraf ve makalelerin, kamu menfaatine katkıda bulunması olduğu tespitini yapar ve başvuruya konu olayda bu unsurun gerçekleşmediği gerekçesi ile ihlal kararı verir.

⁶² Anayasa Mahkemesi 03.10.2019, BB 2018/38143 (Sırrı Süreyya Önder) (RG : 8/10/2019 - 30912) pn 78.

neden olabilir. PKK terör örgütüne ilişkin ifadeler ile bunların ifade edildiği bağlam, kitapların birer şiir kitabı olması, kitapların yazarının kimliği, yazılma zamanı, amacı, hitap ettiği kişilerin kimlikleri, muhtemel etkileri ve kitaptaki ifadelerin tamamı bir bütün olarak ele alınmalıdır..

Öte yandan söz konusu kitaplarda yer alan görüşlerin gerçekten nefrete ve şiddete teşvik edip etmediğinin değerlendirmesini yaparken, kullanılan aracın kitle iletişim araçlarına kıyasla halkın daha dar bir kesimine hitap eden ve **PKK terör örgütünün ideolojisinin endoktrinasyonu**⁶³ **hedefleyen** şiir kitapları oldukları da gözetilmelidir..

Belirli bir insan topluluğunun yaşadığı coğrafi bölgenin tanımlanması, tek başına o bölgenin bulunduğu ülkenin bütünlüğüne yönelik bir ifade açıklaması olarak nitelendirilemez. Buna karşın Türkiye topraklarının bir kısmının 'Kürdistan' olarak nitelendirilmesinin ne anlama geldiği ancak kitapta kullanılan ifadelerle birlikte, kitabın yayınlandığı özel koşulların da birlikte değerlendirilmesi ile belirlenebilir..

Öte yandan söz konusu kitapların şiir kitapları olduğu gözetildiğinde, Anayasa'nın 26. ve 27. maddelerinin, yalnızca ifade edilen fikir ve bilgilerin içeriğini değil, bunların ifade ediliş biçimlerini de koruma altına aldığı ve bu açıdan söz konusu kitapların kurgu olarak sınıflandırılabilir birer şiir olduğu unutulmamalıdır.

Kitap bir bütün olarak incelendiğinde şiddeti övdüğü, kişileri terör yöntemlerini benimsemeye başka bir deyişle şiddet kullanmaya, nefrete, intikam almaya veya silahlı direnişe tahrik ve teşvik ettiği değerlendirilmemiştir. Aksine başvuruçunun yayınladığı kitaplarda mahkumiyetine dayanak yapılan şiirlerde genel olarak PKK terör örgütünün kurucusu ve yöneticisinin cezaevine kapatılmış olmasından **duyulan rahatsızlık**⁶⁴, silahlı çatışmalarda ölen kişilerin ardından duyulan **hüzün**, şiir diliyle ve oldukça soyut bir biçimde anlatılmış; **Kürdistan** olarak tanımlanan coğrafyada ölen kişilerin **özgürlük için öldükleri** belirtilmiştir.

Söz konusu şiirlerin kitap olarak basılması ile kitle iletişim araçlarından çok daha dar bir okuyucu kitlesine ulaştığı da göz önüne alınmalıdır. Bu durum kitapların 'kamu düzeni' üzerindeki etkisini ciddi biçimde azaltmaktadır. Kitaplardaki bazı şiirlerde kamunun bir kesimi için rahatsız edici ifadeler de bulunsa da bu ifadelerin, şiirlerin sanatsal doğaları ve kısıtlı etkileri nedeniyle **şiddet çağrısından çok trajik olaylar karşısında duyulan üzüntünün birer ifadesi olarak değerlendirilmelidir...**"

Şeklinde bir gerekçe ile ifade hürriyetinin ihlâl edildiğine karar vermiştir⁶⁵.

b. Öcalan Kararı

⁶³ Endoktrinasyon, eleştiri ve tartışma kabul etmeyen bir öğreti biçimidir. Bu yolla fertler manipüle edilerek, bir görüş ya da ideolojinin taraftarı haline getirilirler. Kısaca, endoktrinasyon, propaganda kavramı ile kesişir. Mahkeme, şiirleri aklarken, bir yandan da propagandanın varlığını kabul etme çelişkisine düşmüştür.

⁶⁴ Kelimeler, tarafımızdan koyulaştırılmıştır.

⁶⁵ Anayasa Mahkemesi, 12.11.2014, BB 2013 / 1461 (Fatih Taş) pn 98-110.

Anayasa Mahkemesi; terör örgütünün, hapiste bulunan kurucusu ve yöneticisinin yazdığı bir kitaba, basım aşamasında, mahkeme kararı ile el konulmasına karar verilmesinin, bireysel başvuruya konu edilmesi üzerine verdiği kararda da şu değerlendirmeyi yapmıştır⁶⁶:

*“..Herhangi bir kimsenin yalnızca kişiliğine bağlı olarak düşünceyi açıklama ve yayma özgürlüğüne müdahale edilmesi haklı kılınamayacağı gibi yasaklanmış bir örgütün bir mensubunun veya yöneticisinin görüş ve düşüncelerini açıklaması da tek başına düşünceyi açıklama ve yayma özgürlüğüne müdahale edilmesini haklı kılmaz. Zira böylesi bir değerlendirme, bazı kişi ve grupların , Anayasa'nın 26. maddesinde teminat altına alınan haklardan yararlanmasına engel olacağından, anayasal hakların kullanılması bakımından kabul edilemez...**Öte yandan kitapta yer alan düşüncelerin birinci elden muhatabı da bu terör örgütünün üyeleridir.** Bu sebeple kitabın yazarının ve hitap ettiği kişilerin kimlikleri ile kitapta ifade edilen düşünce ve kanaatlerin, kitabın değerlendirilmesinde bir bütün olarak göz önünde bulundurulması, söz konusu düşüncelerin içeriğine ve hangi bağlamda dile getirildiğine dikkat edilmesi gerekmektedir.*

*Başvuru konusu kitap, Türkiye Devleti'nin siyasi, askeri, kültürel ve ideolojik politikalarıyla varlık olarak Kürtlüğü tasfiyesini hedeflediğini iddia etmekte, **terör örgütü PKK ile güvenlik güçleri arasındaki çatışmayı özgürlük savaşı olarak tanımlamaktadır.** ..bir bütün olarak kitapta PKK'nın kuruluşundan itibaren geçirdiği ideolojik ve örgütsel dönüşümler birinci elden hikaye edilmekte, bu değişim ve dönüşümlerin sebepleri, PKK eylemleri sonucunda toplumda meydana gelen sosyal ekonomik ve ideolojik değişiklikler analiz edilmektedir.*

*Başvurucu Marksist söylemler kullanarak terör örgütü PKK'nın kuruluşundan bugüne kadar yaptığı eylemleri **meşru göstermeye çalıştığı şekilde yorumlanabilecek**⁶⁷ şiddetli ifadeler kullanmakla birlikte ...Türkiye'nin güneydoğusunda uygulanan resmi politikalar analiz edilmiş ; **devlet politikalarına muhalefetin ardındaki itici güçlerin psikolojisine yer verilmiştir.**⁶⁸ ..*

Başvurucu, tarihsel olayları kendi bakış açısından yansıtmakta, Türkiye'nin Kürt politikası ile bilhassa güneydoğusundaki faaliyetlerini sert bir üslup ile eleştirmekte, Türkiye Cumhuriyeti Devleti ve özellikle güvenlik güçleri hakkında kötü bir tablo çizmektedir..

*Terör örgütü PKK üzerindeki etkisi devam eden başvuru, temel olarak demokratik çözüm olanaklarına şans verilmesi gerektiğini savunmaktadır. Bu itibarla kitapta yer alan ve **demokratik çözümün gerçekleşmemesi halinde 'nihai savaş aşamasına geçilebileceği'** yönündeki ifadeler, kitabın yazıldığı bağlam ile birlikte değerlendirildiğinde, başvurunun **şiddeti teşvik ve terör eylemlerinin yapılmasına çağrıda bulunduğu anlamına gelmemektedir.** Başvurunun bu*

⁶⁶ Anayasa Mahkemesi, 25.06.2014, BB 2013 / 409 (Abdullah Öcalan) Başvurucunun (A. Öcalan) yayınladığı kitap, “Kürdistan Devrim Manifestosu, Kürt Sorunu ve Demokratik Ulus Çözümü (Kültürel Soykırım Kısacasında Kürtleri Savunmak)” başlıklı, 606 sayfa hacimli bir çalışmadır.

⁶⁷ Mahkeme, ‘**yorumlanabilecek**’ demek sureti ile; ortada başkaca anlama da gelebilecek bir açıklamalar varmış gibi bir üslup kullanmayı tercih etmektedir.

⁶⁸ Bahse konu yapı; bir siyasi hareket ya da sivil toplum örgütü değil, bir terör örgütüdür. Bu itibarla, Anayasa Mahkemesi'nin, söz konusu örgütün, devlet politikalarına karşı gelmesini ‘muhalefet’ terimi ile nitelendirmesi ilginçtir.

sözlerinin, demokratik çözümün gerçekleşmemesi halinde Güneydoğu Anadolu'daki şiddetin yeniden canlanabileceği öngörüsü niteliğinde olduğu değerlendirilmiştir.

*Bir süredir güvenlik güçleri ile silahlı çatışmaların olmadığı bir ortamda, başvuru kendi bakış açısıyla Kürt meselesini analiz etmekte ; **silahlı çatışmaya son verilmesini ve demokratik çözüm konusunda uzlaşmasını talep etmektedir ...***"

Anayasa Mahkemesi, yukarıdaki değerlendirmeler çerçevesinde, Anayasa'nın 26. ve 28. maddelerinde güvence altına alınan düşünceyi açıklama ve yayma ve bu kapsamda basın özgürlüğünün ihlâl edildiğine karar vermiştir.⁶⁹

c. Zübeyde Füsun Üstel ve Diğerleri Kararı

Kamuoyunda ses getiren bir başka kararında da Anayasa Mahkemesi, terörle mücadele kapsamında, çatışma ve operasyonlar sebebiyle alınan sokağa çıkma yasaklarının kaldırılması ve çatışmaların sona erdirilmesini çağırısını konu alan bir bildiriye değerlendirmiştir. 'Barış Akademisyenleri' olarak adlandırılan bu davada⁷⁰ 1128 akademisyenin imzasını taşıyan⁷¹ bildiriye geçen;

"Bu ülkenin akademisyen ve araştırmacıları olarak bu suça ortak olmayacağız!

Türkiye Cumhuriyeti; vatandaşlarını Sur'da, Silvanda, Nusaybin'de, Cizre'de, Silopi'de ve daha pek çok yerde haftalarca süren sokağa çıkma yasakları altında fiilen açlığa ve susuzluğa mahkum etmekte, yerleşim yerlerine ancak bir savaşta kullanılabilecek ağır silahlarla saldırarak, yaşam hakkı, özgürlük ve güvenlik hakkı, işkence ve kötü muamele yasağı başta olmak üzere anayasa ve taraf olduğu uluslararası sözleşmeler ile koruma altına alınmış olan hemen tüm hak ve özgürlükleri ihlâl etmektedir.

Bu kasıtlı ve planlı kıyım, Türkiye'nin kendi hukukunun ve Türkiye'nin taraf olduğu uluslararası antlaşmaların, uluslararası teamül hukukunun ve uluslararası hukukun emredici kurallarının da ağır bir ihlali niteliğindedir.

Devletin başta Kürt halkı olmak üzere tüm bölge halklarına karşı gerçekleştirdiği katliam ve uyguladığı bilinçli sürgün politikasından derhal vazgeçmesini, sokağa çıkma yasaklarının kaldırılmasını, gerçekleşen insan hakları ihlallerinin sorumlularının tespit edilerek cezalandırılmasını, yasağın uygulandığı yerde yaşayan vatandaşların uğradığı maddi ve manevi zararların tespit edilerek tazmin edilmesini, bu amaçla ulusal ve uluslararası bağımsız

⁶⁹ Karar, oy çokluğu ile alınmış, üç üye karara muhalefeti etmiştir. Kendi muhalefet şerhini yazan bir üye, başvuruçunun, kitabında, gelecekteki savaşın stratejisini çizdiğini, kuvvete ve şiddete başvurmayı somut ve ciddi bir seçenek olarak değerlendirdiğini, ilgililere savaşa hazırlık talimatı verdiğini, dolayısıyla şiddeti yücelten, bir siyaset ve hak arama yolu olarak şiddet ve kuvvet kullanımını öneren bir kitabın, fikir özgürlüğü kapsamında görülemeyeceğini belirtmiştir.

⁷⁰ Anayasa Mahkemesi, 26.07.2019, BB 2018 / 17635 (Zübeyde Füsun Üstel ve Diğerleri) (RG: 19/09/2019 – 30893).

⁷¹ Bilâhare bu sayı 2200'ü aşmıştır.

gözlemcilerin yıkım bölgelerinde giriş, gözlem ve raporlama yapmasına izin verilmesini talep ediyoruz.

Müzakere koşullarının hazırlanmasını ve kalıcı bir barış için çözüm yollarının kurulmasını, hükümetin Kürt siyasi iradesinin taleplerini içeren bir yol haritasını oluşturmasını talep ediyoruz. Müzakere görüşmelerinde toplumun geniş kesimlerinden bağımsız gözlemcilerin bulunmasını talep ediyor ve bu gözlemciler arasında gönüllü olarak yer almak istediğimizi beyan ediyoruz. Siyasi iktidarın muhalefeti bastırmaya yönelik tüm yaptırımlarına karşı çıkıyoruz.

Devletin vatandaşlarına uyguladığı şiddete hemen son vermesini talep ediyor, bu ülkenin akademisyen ve araştırmacıları olarak sessiz kalıp bu katliamın suç ortağı olmayacağımızı beyan ediyor, bu talebimiz yerine gelene kadar siyasi partiler, meclis ve uluslararası kamuoyu nezdinde temaslarımızı durmaksızın sürdüreceğimizi taahhüt ediyoruz. “

şeklindeki ifadeler, başvurunun konusudur.

Anayasa Mahkemesi, haklarında terör örgütü propagandasından dava açılıp mahkûmiyet hükmü kurulan akademisyenlerin bir kısmının bireysel başvurularını birleştirerek yaptığı inceleme sonucunda, şu değerlendirmeleri yapmıştır:

“Terörizmin soyut olarak propagandası ile propaganda sonucu provokasyonun gerçekleşmesi hâli arasında bir fark bulunmaktadır. Açıktır ki terörizmin propagandası sonucu provokasyonun gerçekleşmesi halinde fail, suç ortaklığından veya eylem kanunlarda öngörülen başka bir suçu oluşturuyorsa o suçtan cezalandırılacaktır. Öte yandan propaganda suçunun soyut tehlike suçu olarak kabul edilmesi, başta ifade özgürlüğü olmak üzere çok sayıda anayasal hak ve özgürlükler üzerinde bir baskı oluşturma potansiyeline sahiptir.

*Başvuruya konu **bildirinin PKK'nın talimatı ile hazırlandığı iddiası terör örgütünün propagandasını yapma suçunun en önemli delili olduğuna göre**⁷² ilk derece mahkemelerinin açıklama metnini veya açıklamayla ilgili varsa güvenlik raporlarını, kapsamlı bir savunma yapılabilmesi için dosyaya eklemeleri bir zorunluluk olarak ortaya çıkmaktadır...Mahkemelerden hiçbirinin bu yönde bir araştırmaya ve değerlendirmeye gitmemiş olması anlaşılır değildir.*

İlk derece mahkemeleri ..bildiride terör örgütünün yaşanan şiddet olaylarının sorumlusu olduğu yönünde hiçbir değerlendirme yapılmamasının, başvuru sahiplerinin silahlı terör örgütünü korumak amacıyla hareket ettiklerini gösterdiğini kabul etmiştir. Mahkemelerin bu kanaatine karşın, tümüyle hukuk alanının dışında hareket eden, amacı korku salmak olan ve toplumu yıldırmaya dönük her türlü eylemi yapmaktan çekinmeyen silahlı ve tehlikeli bir örgütün muhatap alınmamasına veya değerlendirmelerde şu veya bu sebeple gözardı edilmesine hukuksal bir sonuç bağlanmasının kabul edilmeyeceğinin altı çizilmelidir...

⁷² Terör örgütü propagandası suçunun faili olabilmek için örgüt üyesi ya da örgütten talimat alan biri olma hali, unsur olarak yasal kalıpta öngörülmemiştir. Anayasa Mahkemesi, huzurdaki olayda, ilk derece mahkemelerinin mahkûmiyet kararlarının, örgütsel talimatla hareket edildiği kabulüne dayalı olması sebebiyle bu hususu irdelemektedir.

Devlete bazı önerilerde bulunan kişilerin hukuken meşru ve gayrimeşru aktörleri aynı düzeyde tutmamaları ve çağrılarını terör örgütüne değil de yalnızca devlete sunmaları nedeniyle cezalandırılmalarının, kamusal tartışmayı tümüyle ortadan kaldıracakında kuşku yoktur..

*Başvurucular böyle bir metni imzalamalarındaki tek amacın, yetkililerin dikkatini çekerek şiddetin sonlanması ve barış ortamının tesis edilmesini sağlamak olduğunu ileri sürmüşlerdir. Böyle bir metnin, içeriğinde belirtilenlerden farklı amaçlar taşıyabileceği ve bunları saklayabileceği gözden kaçırılmamalıdır. Fakat ceza mahkemelerinin yalnızca zan ve varsayımlarla mahkumiyet kararları vermesi düşünülemez. Anılan kararlarda bildirinin yazarları ve imzacıları tarafından açıklanan amacın geçerli olmadığını gösterecek somut bir delil ortaya konulamamıştır. Dolayısıyla başvuruya konu bildiriye sert sözlere ve ağır ithamlara yer verilmekle birlikte genel olarak kamu gücünü kullananlara hukuk içinde kalmaları ve **meseleleri şiddeti dışlayan yöntemlerle çözmeleri çağrısında bulunulduğu kanaatine** ulaşılmıştır.*

Eleştirel bir düşünce açıklamasında öfke dilinin kullanılmasının, muhatabı sarsma amacı da vardır. Nitekim başvurucular uzunca bir süre devam eden şiddet sarmalının sona erdirilmesi için seslerini duyurmaya çalıştıklarını, yetkililerin dikkatini çekmeyi amaçladıklarını, bu nedenle de şoke edici ve rahatsızlık verici ifadeleri tercih ettiklerini belirtmişlerdir...

Terörle etkin mücadele, terörizmin yıkmak istediği demokratik hukuk devletinin temel ilkelerini koruyarak yapılabilir...

Bildirideki ifadelerin son derece sert olduğu kabul edilse bile bildirinin bir bütün olarak herhangi bir kişiyi veya resmi görevliyi doğrudan hedef almadığı, kamuoyunu yakından ilgilendiren bir konuda büyük bir toplumsal tartışmaya yönelik ifadeler barındırdığı kabul edilmelidir...

Bildirinin belli ölçüde akademik özgürlüklerle de bir bağlantısının bulunduğu kabul edilmelidir. Türkiye’de ve dünyada devlet ve toplum hayatına ilişkin her türlü gelişmenin akademisyenlerin ilgi alanında bulunduğu ve akademisyenlerin kanaatlerini kamuoyu ile paylaşmasının ifade özgürlüğünün bir parçası olduğunda kuşku yoktur...

Hazırlanmasında veya imzalanmasında güdülen diğer amaçlar ne olursa olsun ve hangi dil ve üslup kullanılırsa kullanılsın, nihai olarak bildiriye o tarihlere sürmekte olan çatışmaların sona erdirilmesi talebinin baskın olduğu değerlendirilmiştir.

Dolayısıyla bildirinin, örgütün başa çıkılması imkansız bir güç olduğu ve amacına ulaşabileceği kanaatini toplum üzerinde oluşturmak, örgütün terör eylemlerine karşı olan kişi ve kuruluşları ortadan kaldırmak, sindirmek, halkın örgüte aktif desteğini sağlamak amacıyla ilan edildiği kanaatine ulaşılamamıştır..”

Anayasa Mahkemesi, yukarıda özetlenen değerlendirmeleri sonucunda, somut olayda ifade özgürlüğünün ihlâl edildiğine karar vermiştir.⁷³

Mahkemenin ihlâl kararının gerekçesi, -ulaşılacak sonuç bir yana- kanımızca kendi içinde çok önemli çelişkiler barındırmaktadır. Yerel mahkemelerin, bildiriye, terör örgütüne herhangi bir sorumluluk yöneltmemesi sebebiyle yanlış gördükleri tespiti yapan Anayasa Mahkemesi bu tutumu eleştirerek, hemen devamında şu ifadeyi kullanmaktadır:

“tümüyle hukuk alanının dışında hareket eden, amacı korku salmak olan ve toplumu yıldırmaya dönük her türlü eylemi yapmaktan çekinmeyen silahlı ve tehlikeli bir örgütün muhatap alınmamasına veya değerlendirmelerde şu veya bu sebeple göz ardı edilmesine hukuksal bir sonuç bağlanmasının kabul edilmeyeceğinin altı çizilmelidir...”

Oysa, bildiri, terör örgütünü muhatap almakta; üstelik, devlet ile denk bir yapı olarak, karşı karşıya da getirmektedir. Bildiride geçen;

“Müzakere koşullarının hazırlanmasını ve kalıcı bir barış için çözüm yollarının kurulmasını, hükümetin Kürt siyasi iradesinin taleplerini içeren bir yol haritasını oluşturmasını talep ediyoruz.”

ifadelerinin kanaatimizce başkaca bir anlamı yoktur.⁷⁴ Tümüyle hukuk alanının dışında olduğu tartışmasız olan bir örgütün, müzakerenin tarafı kılınmak istendiği açıktır.⁷⁵ Böyle bir istem, terör örgütüne hukuksal bir statü ve kimlik kazandırmak⁷⁶, bir başka ifade ile onu meşrulaştırmak olur. Ne var ki, Anayasa Mahkemesi'nin kararında bu anlatım hiç irdelenmemiştir.

⁷³ Karar, sayısal değil, hukuksal çoğunluk ile alınmıştır. Gerçekten, on altı üyenin katıldığı oylamada, sekize sekiz eşitlik sağlanmış olmakla birlikte; Mahkemenin kuruluş kanunu uyarınca başkanın oyu iki oy sayıldığı için oylar arasındaki denklik, başvuru lehine bozulmuştur. Mahkemenin birçok kararında oy çokluğuna tesadüf olunmakla birlikte; oyların sayısal denliğini başka bir kararında görmüş değiliz.

⁷⁴ Şen ve Eryıldız, Anayasa Mahkemesi kararına yöneltilen eleştirileri haksız bulmakta; Mahkemenin, Terörle Mücadele Kanunu'nun 2013 tarihinde değiştirilen 7/2 maddesini, değişiklik gerekçesine ve AİHM kararlarına uygun şekilde tatbik ettiğini; içeriğine katılmasalar da mevcut hukuk sistemi içerisinde bildirideki açıklamaların suç sayılamayacağını savunmuşlardır. Bkz.: Şen, Ersan/ Eryıldız, H. Sefa. *Suç Örgütü*, 3. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2020, s. 333-335.

⁷⁵ Müzakere ve barış isteği ile birlikte, bildiride geçen “ulusal ve uluslararası bağımsız gözlemcilerin gözlem ve raporlama yapmalarına izin verilmesi”ne ilişkin talep, bu tespiti teyit etmektedir.

⁷⁶ ÖZGENÇ, Avrupa Birliği Konseyi'nin 02.05.2002 tarihli bir kararı ile malvarlığı dondurulacak kişi, kuruluş ve organizasyonlar listesinde PKK'ya da yer verildiğini; bilâhare bu kararın iptali için Avrupa Toplulukları İlk Derece Mahkemesi nezdinde PKK adına dava açıldığını, PKK'yı temsilen Osman Öcalan isimli şahıs tarafından açılmış bu dava ile ne kadar sonuçta ret kararı verilmiş olsa da -ret kararı dava açma ehliyeti ile ilgili olmadığı için- PKK'nın hukuki kişiliğe sahip bir organizasyon olarak kabul edildiği saptamasını yapar. Özgenç, Türkiye'nin katılma talebinde bulunmayı ihmal ettiği bu yargılamada, temyiz incelemesini yapan Avrupa Adalet Divanı'nın, davacının taraf ehliyetini ve temsil yetkisini kabul ederken; Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin 12.05.2005 tarihli Abdullah Öcalan/Türkiye (Başvuru No: 46221/99) kararına dayandığını da belirler. Bkz.: Özgenç, İzzet. *Suç Örgütleri*, 14. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2022, s. 89-72.

Terör ile mücadelenin hukuki bir rejim olduğu ve mücadele yürütülürken, her türlü hak ihlâlinden titizlikle kaçınılması gerektiği tartışma dışıdır. Aksi yöndeki uygulamaların önüne geçebilmek için bir farkındalık yaratmak ve kamuoyunu duyarlı kılabilmek adına basın açıklaması, bildiri, köşe yazısı, toplantı, yürüyüş gibi etkinlikler gerçekleştirmek de; çoğulcu, demokratik, insan haklarına dayanan bir hukuk devletinde, ifade ve basın hürriyetinin bir tezahürüdür. Bu açıklama ve etkinliklerin dozu pekâlâ yüksek olabilir. İçinde sert eleştiriler barındırabilir. Hak ihlâllerinin yoğunluğuna mümasil, bu sertlik de anlaşılır. Zira, bu yolla, kamu gücünü elinde bulunduranların mevcut yanlışlarından dönmesi ve kamuoyunun da bu süreci izleyip denetleyebilmesi mümkün olacaktır.

Ancak, mücadelenin içerebileceği hak ihlâlleri, mücadele edilen örgütün bir terör örgütü olduğu gerçeğini kesinlikle örtemez. Böyle bir örgütü, hak ihlalleri vesile edilerek hukuk içine almaya ve bu yolla ona bir statü kazandırmaya çalışma da başlı başına bir hukuksuzluk olur. Bu cümleden olarak, belirtelim ki; mağdur edildiğini, haklarının gasp edildiğini ileri sürerek eline silah alan ve bir sivil rehine tutan şahıs ile kimsenin zarar görmemesi için elbette müzakere yapılabilir. Kolluk güçleri, bu amaçla, silahla müdahale etmeden önce müzakere tekniklerini bilen bir mensubu marifeti ile şahsı, silahını bırakıp teslim olmaya ikna etmeye çalışabilir, çalışmalıdır da. İkna çalışması sonuç vermez ise müdahale seçeneği bundan sonra değerlendirilir. Fakat, kolluk güçleri ile saldırganın **barışması** şeklinde bir seçenek, tasavvur dahi edilemez. Hiçbir hukuk sistemi, kendi egemenliğini tartışmaya açacak böyle bir seçeneğe yer vermez/veremez.⁷⁷ Şu durumda, **müzakere** ve **kalıcı barış** gibi açıklamaların, ifade hürriyeti bağlamında görülebilmesi de mümkün değildir.⁷⁸

Anayasa Mahkemesi'nin yukarıdaki kararının gerekçesinde geçen ;

“..başyuruya konu bildiri de sert sözlere ve ağır ithamlara yer verilmekle birlikte genel olarak kamu gücünü kullananlara hukuk içinde kalmaları ve meseleleri şiddeti dışlayan yöntemlerle çözmeleri çağrısında bulunduğu kanaatine ulaşılmıştır.”

şeklindeki değerlendirme de aynı sebeple sorunludur. Zira, silah bırakmadığı sürece, bir terör örgütü ile güç kullanma seçeneğini dışarıda tutarak, mücadele etmek mümkün değildir. Bu

⁷⁷ Şen ve Eryıldız, dünyanın hiçbir ülkesinin, kişi hak ve hürriyetlerini tanıyıp özerine müdahale etmezken, yaklaşımlarını tümü ile hareketsiz kalmak üzerine kurmadıklarını; kamu düzenini ve barışını koruma amacıyla bireysel ve toplumsal ölçekte tedbirini alıp takibini yapacağını ve gerektiğinde de bir başka güç olarak büyüyüp gelişen, hatta devlete karşı gelmeye aday hale gelen ve karşı gelen yapılanmaya da hukuk çerçevesinde tepkisini koyacağını belirtmektedir. Bkz.: Şen/Eryıldız, s. 31.

⁷⁸ Özgenç de aynı duruma işaret etmekte ve kullanılan ifadeler ile Cenevre Sözleşmeleri ve bu sözleşmelere ek protokollerin hükümlerinin devreye sokulmak istendiğini ; bu sözleşmeler hükümlerine göre hükümet kuvvetleri ile bu kuvvetlere karşı gelen silahlı gruplar tanımına uygun biçimde yaşanan durumun tasvir edilmeye çalışıldığını, yapılmak istenenin, bunun propagandası olduğunu; bu yolla uluslararası nitelik taşımamasına rağmen savaş hukukuna ilişkin kuralların işletilmesinin hedeflendiğini böylece örgüt üyelerinin, tutukluluktan esir, tutsak statüsüne dönüşeceğini, devamında da örgütün kendi elinde rehine tuttuğu kamu görevlileri ile kendi mensuplarının esir mübadelesine konu edileceğini isabetle tespit etmektedir. Bkz.: Özgenç, 2021, s. 416-417, dipnot 58; Bildiri de, kanunilik unsuru yönünden bir suç unsuru görmeyen, bu itibarla Anayasa Mahkemesi'nin kararını gerekçesi itibarı ile olmasa da sonucu itibarı ile doğru bulduğunu belirten Şen ve Eryıldız ise barış ve müzakere kelimelerin anlamı üzerinde durmayı her nedense gerekli görmemişlerdir. Bkz.: Şen/ Eryıldız, s. 333-335.

seçeneği dışlama yönündeki bir telkin; mücadele değil, müzakere et anlamı kazanabilecektir. Karardaki bu değerlendirmeler, kanaatimizce, Mahkemenin, ifade hürriyetini koruma ve genişletme konusundaki saygıdeğer çabalarına da gölge düşürmektedir.⁷⁹

IV. YARGI KARARLARINA İLİŞKİN DEĞERLENDİRMEMİZ

2001 yılında, Avrupa Birliği müktesebatına uyum çerçevesinde, başta Anayasa olmak üzere kamusal alana ilişkin temel mevzuatın, Avrupa Birliği ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kriterleri çerçevesinde yaşadığı dönüşüm⁸⁰ ifade hürriyeti adına bir milat olmuştur. Türkiye'nin, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi önünde şikâyete en çok maruz kalan ülkelerin başında gelmesi; Birliğe üyelik müzakereleri çerçevesinde hazırlanan ilerleme raporlarında, içerik ve uygulama itibarıyla insan hakları alanına ilişkin mevzuat hükümlerinin sürekli eleştirilere hedef olması, bu dönüşümün gerekçesini ve fikri alt yapısını oluşturmaktadır.⁸¹

2000'li yılların başı, ifade hürriyetine ilişkin telif ve tercüme eserlerin de kayda değer bir artış gösterdiği dönemdir. Bu alanda güçlü bir yazın oluşmuş, ifade hürriyetinin, bütün hürriyetlerin özü, ön şartı ve anası olduğu tezi yoğun şekilde işlenmiştir.⁸² Avrupa Birliği, mevzuattaki değişim ve dönüşüme, uygulamacıların da intibak edebilmesi için eğitim programları gerçekleştirmiş; böylece hâkim ve savcıların, önceki uygulamalarda, propaganda suçu olarak

⁷⁹ Diğer yandan, Anayasa Mahkemesi'nin, ihlâl kararının gerekçesinde kullandığı savunmacı “ben” dili de eleştirilebilecek bir başka yöndür. Kendisini, bildirisinin içeriğine katılmadığını açıklamak zorunda hisseden Anayasa Mahkemesi; “*İncelenen başvuruda başvuruçuların altına imza attıkları açıklama gerçekten de toplumun büyük çoğunluğu için kabul edilemez bir içeriğe sahiptir. Ülkenin bir bölgesinde terör örgütü mensuplarınca açılan hendeklere ve silahlanmaya müdahale eden, bu anlamda da terörle mücadele eden devleti, halka ‘katliam’, ‘kıyım’ ve ‘işkençe’ yapmakla suçlayan bir açıklamaya elbette mümkün değildir. Bunlar, belki çok küçük bir grup dışında toplumun kahir ekseriyetini rahatsız eden çok ağır ifadelerdir*” şeklinde bir yorum yapmıştır. Hukuksal değerlendirme içermesi gereken bir gerekçede, bu anlatımlara kanaatimizce yer yoktur. Nitekim, bu anlatım, farklı gerekçelerle başka yazarların da eleştirisine konu olmuş; ihlâl yönünde oy kullanan üyelerin, bildirisinin içeriğine de katıldıkları yönünde anlaşılması olasılığı karşısında tedirginlik duydukları için bu açıklamaya yer verdikleri, bu durumun yargı bağımsızlığı ve hukuk güvenliği konusunda bir problemin varlığını gösterdiğini ileri sürmüşlerdir. Bkz.: Ergün, Reyda/ Özenç, Berke. “Anayasa Mahkemesi'nin Barış Bildirisi Kararı: İfade Özgürlüğü Akademik Özgürlük ve Devlete Sadakat Kavramı Çerçevesinde Bir İnceleme”, *Toplum ve Hekim*, C. 35, S. 6, Kasım-Aralık 2020, s. 447 (Erişim Tarihi: 05.11.2022).

⁸⁰ Yıldırım, bu dönüşümün, Cumhuriyet tarihinde, kuruluş dönemi hariç, en büyük kodifikasyon olduğunu belirtmektedir. Bkz., Yıldırım, Zeki. “Türkiye’de İfade ve Basın Özgürlüğü Sorunu; Avrupa Birliği Uyum Sürecinde İfade ve Basın Özgürlüğü Alanında Yapılan Çalışmalar”, *EÜHFD*, C. 16, S. 1-2, 2012, s. 73; Arslan ise bu değişikliği “Anayasal Reenkarnasyon” olarak adlandırmaktadır. Yazara göre bu değişiklik ile 1961 Anayasası'nın ruhu 1982 Anayasası ile buluşturulmuştur. Bkz., Arslan, Zühtü. “Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırlanması, Anayasanın 13. Maddesi Üzerine Bazı Düşünceler” *Anayasa Yargısı*, C. 18, S. 1, 2002, s. 141.

⁸¹ Yıldırım, 2012, s. 58-60

⁸² Bir dernek statüsünde olan Liberal Düşünce Topluluğu'nun bu tablodaki katkısı büyüktür.

nitelendirdikleri fiillere, artık hoşgörü ile yaklaşmaları amaçlanmıştır.⁸³ Bu değişimden, yargının en tepesindeki Anayasa Mahkemesi'nin de payını aldığı görülmektedir.⁸⁴

İfade hürriyeti adına bu gelişmeler şüphesiz sevindiricidir. Ancak madalyonun diğer yüzünde görüntü iç açıcı değildir. Yüksek yargının ve özellikle de Anayasa Mahkemesi'nin içtihatları, konu propagandanın kendisi olduğunda, önemli eksiklik ve hatalar barındırmaktadır. Şöyle ki:

A. Propaganda Kavramının Mahiyeti ve Önemi Yeterince Kavranamamıştır;

İfade hürriyeti ile propaganda fiilleri ve güvenlik ile özgürlük arasındaki ilişkiler; özünde bir ikilik halini, bir bütünün birbiri ile çelişkili parçaları olma anlamında bir dikotomiye yansır. Bu kavram, büyüme için bütünün parçalanmasının zorunlu olması demektir ve bir paradoks olarak tanımlanır.

Propaganda, ilk bakışta, her ne kadar ifadenin ya da düşünce açıklamasının bir görünümü olarak kabul edilse de; ifade hürriyetinin genişleyebilmesi, suç teşkil eden propaganda fiillerinin alanının daraltılmasına bağlıdır. Bunun için de kendine özgü kaideleri, metotları ve hedefleri ile suç teşkil eden propagandanın, ne olduğunun ehil biçimde ortaya konması şarttır. Ne var ki, ifade hürriyetine ilişkin akademik birikim artar iken, propaganda kavramının aynı ilgiye mazhar olmadığı; konuya ilişkin yazında, derinlikli inceleme yapılmadığı⁸⁵, bu alanın daha ziyade iletişim ve güvenlik bilimleri çalışan araştırmacılara bırakıldığı görülmektedir ki bu çok ciddi bir eksikliktir. İfade hürriyetinin asıl, kısıtlanmasının ise istisna olması, bu eksikliğin mazereti olamaz.

Kaldı ki, ifade hürriyetine ilişkin temel paradigma, konu propaganda olduğunda, sorgulanmayı gerektirmektedir. J.S. Mill'e yaslanan, "*Hakikatin, bazısı doğru, bazısı yanlış, bazısı hem doğru hem yanlış bir sürü çelişkili fikirler, düşünceler çerçevesinde inşa edilebileceği*"

⁸³ Bu alanda yapılan çalışmalardan biri, "Yargıda İfade Özgürlüğüne Yönelik Farkındalığın Arttırılması" başlıklı ve Türkiye Adalet Akademisi için yaptırılan 2013 tarihli bir alan araştırması raporudur. Görev başındaki 17 hâkim ve savcı, 135 de hâkim ve savcı adayı ile yüz yüze görüşme ve yarı yapılandırılmış soru formlarına göre gerçekleştirilen bu raporda; milliyetçilik, ulusal bütünlüğe ve ulusal kültüre yönelik tehdit algılaması, kör vatanseverlik (!) olarak takdim edilmekte; buna mukabil, politik ilgi, etkin politik içerik arayışı, enformasyona açıklık ve politik aktivizm, inşa edici vatanseverlik olarak tanımlanmaktadır. Aslında yapılmak istenenin, farkındalık yaratmak değil; algı oluşturmak ve yönetmek olduğu anlaşılmaktadır. Bkz.: Göregenli, Melek/ Çoklar, Işıl. "*Yargıda İfade Özgürlüğüne Yönelik Farkındalığın Arttırılması Projesi Alan Araştırması Raporu*", MATRA, Türkiye Adalet Akademisi Yayınları-19, Ankara, 2013, s. 4-5.

⁸⁴ Mahkemeye ait internet sitesindeki üye profilleri incelendiğinde; çok sayıda üyenin geçmişe kıyasla insan hakları alanında uzmanlaştığı görülmektedir. Ne var ki, terör suçlarına ilişkin uzmanlık, Anayasa Mahkemesi'nin üye yapısında dengeli bir şekilde temsil edilmemektedir.

⁸⁵ İfade hürriyeti ve propaganda suçunun birlikte ele alındığı çalışmaların kaynakçalarında da terörizm, propaganda ve psikolojik savaşı inceleyen eserlere çok az yer verildiği görülmektedir. Boşluğu doldurabilecek az sayıdaki çalışmalardan biri için bkz., Çelik, Can. *Terörizmin Propagandası Suçu*, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2014.

varsayım,⁸⁶ saygı duyulacak bir ideal durumu tasvir edebilir. Ancak, bugünün modern (!) iletişim dünyasında, hakikatin; fikirlerin, düşüncelerin adil ve serbest rekabeti sonucu oluşmadığı da açıktır.

Gerçekten, algı ve dikkat mekanizmamız, modern insanın enformasyon çağında maruz kaldığı bilgi bombardımanı ile başa çıkabilmek için bu bilgilerin bir bölümünü ihmal etmeye dayalı bir strateji geliştirmiştir. Bu bağlamda, bazı bilgi akışlarını takip etmekten vazgeçip; dikkatimizi, peşine takılabilecekleri diğer akışları takip etmeye yönlendiririz. Aynı anda ikisini birden takip etmek ise asla mümkün olmaz. Bu süreçte bazı bilgileri kaybederiz. Boşlukları doldurmak için belleğimize başvururuz. Düşünce, bir dereceye kadar belleğimizi kullanma sürecidir. Ne var ki, bellek kusursuz işleyen bir mekanizma olmayıp, aslında bilgi işleme sürecinde yapılandırılmış bir algı formudur.⁸⁷

Öğrenme faaliyeti, bildiklerimiz (belleğimiz) ile bilmediklerimiz arasındaki bağı güçlendirmeye yöneliktir. Öğrenme faaliyeti; belirsizlikleri ortadan kaldırmak, riski minimize etmek için, bellekte depolanan anıya başvurmayı, aşinalık duygusu kullanmayı gerektirir. Bellek, bunun için kavramlara dayalı genellemeler yapmaya ve stereotipler oluşturmaya meyleder. Anıyı getirmek için de kısa yollara ve temsillere başvurur. Ancak, bu durum, bir bilişsel yanlılık da oluşturur. Zira, bireyler, içinde buldukları kategorinin ya da kavramın birer temsilcisi olarak

⁸⁶ Mill'in hürriyet ve bireysellik kavramları, Amerikan düşüncesinin gövdesini oluşturmaktadır. Bkz. TRAGER, Trager, Robert/ Dickerson, Donna L. *21. Yüzyılda İfade Hürriyeti* (Çev.: A. Nuri Yurdusev), Liberal Düşünce Topluluğu Yayınevi, Ankara, 2003, s. 70-71 ; Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun 2004/8-130 Esas, 2004/208 Karar sayılı kararında yapılan şu değerlendirmeyi ise naif bulmanın ötesinde, nerede ise propagandanın hiçbir zaman suça sebebiyet vermeyeceğini düşündürtecek kadar aşırı iyimserliği ile ölçsüz de görüyoruz: “..İfade hürriyeti kapsamının genişletildiği uygar dünyada bir sosyolojik gerçeği hatırlatmakta da yarar vardır. ; söyleyeni hapsedilmekle, dillendirilmesinden vazgeçilen hiçbir düşünceye tarihin tanıklığı olmamıştır. Aksine en zararlı düşünceler dahi söyleyeni mahkum edildiğinde ya merak saiki ya da acıma duygularıyla yandaş bulmuş veya çoğu kez illegalite karanlığına inerek kontrolsüz bir gelişime kavuşmuştur. Açıkça söylenebilenler ise karşı görüşün yenilgisiyle etkisizleşmiş, demokrasilerin çoğulculuğu ortamında zararlılık ölçüsünü yitirmiştir. ...Düşünceleri mahkumiyetlerle durdurarak korunmayı yeğleyen bir kamu düzeninin, çelişen düşünceleri bir arada yaşatmaya ve hoşgörü ile değerlendirmeye alışan kamu düzeninden üstün olamayacağı ve tercih edilemeyeceği zihinlere nakşedilmelidir. Yönetenlerce önerilen kurallar dizesinin her zaman ve her koşulda kamu düzeni kavramıyla birebir örtüşeceği yanlına düşülmemelidir. Çoğu kez devletin yönetim gücünü yedinde bulunduran ve bu yetkiyle ‘resmi ideoloji’ adı altında bir çok düzenlemeyi, uyulması zorunlu kurallar bütünü olarak halka dayatıp, korunması gereken düzen namıyla hukukun himayesi altına almış olanların, halkını ya durağanlığa ya da geri kalmışlığa mahkum ettiği gerçeği hatırlanmalıdır. Yakın tarihimiz yeniden hatırlanmalı ; Devlet düzeni olarak kabul olunan ve doğru sayılıp kamu düzeni namıyla korunan nice ‘resmi ideolojinin’ olağan ya da ada rejimlerle değiştirildiği, yerine ikame edilenlerin yine Devlet düzeni adı altında yeri doğrular olarak hukukun koruması kapsamına alındığı, bunların da bilâhère yerini yenilerine terk ettiği hatırlanmalı, bu değişimleri benimseyenlerle, benimsemeyip cesaretle eleştirenlerin oluştura geldiği Kamu'nun birlikte yaşama zorunluluğu ve yararı düşünülmesi, halkı farklı tercihlerden soyutlamanın ve yönetenlerin düşünceleri doğrultusunda kabule zorlamanın olanaklı bulunmadığı, bu nedenle de kamu düzeni kavramının ideolojik Devlet düzeni ile her zaman örtüşmediği sonucuna varılmalıdır. “ <https://www.kazanci.com.tr/>, (Erişim Tarihi: 17.10.2022).

⁸⁷ Minda, John Paul. *İnsan Nasıl Düşünür? Karar Verme Hatırlama ve Dünyayı Anlamlandırma Süreçlerimizi Kavramak* (Çev.: Fırat Çakkalkurt), 1. Baskı, Okuyan Us, İstanbul, 2021, s. 160-168.

değerlendirme yapmaya eğilim gösterirler ve değerlendirmenin yapıldığı anda bulunabilir olan en alakalı anılara dayanılarak yargıya varılır.⁸⁸

Propaganda ise özünde bir algı yönetimidir. Algı yönetimi ile kastedilen şey; imaj çalışması, reklam ya da siyasi propaganda değildir. Kişinin düşünce sistematiğine nüfuz edilerek, dış dünyayı istenilen şekilde algılamasını ve böylece fikirlerinin, kanaatlerinin istenilen yönde şekillenmesini sağlamaktır.⁸⁹

Propaganda; kişiye, düşüncelerinin kendine ait olduğu hissi verdirilerek hedefine ulaşır. Düşüncelerinin kendisine ait olduğunu zanneden, gerçekte ise başkasının istediği şekilde düşünmeye yönlendirilen kişi, bir bakıma, olabilecek en büyük esaret içinde yaşamaktadır.⁹⁰ Zira, içinde tutulduğu esareti algılamamakta; ironik biçimde, bu esnada düşünme ve ifade etme hürriyetini kullandığına inan(dırıl)maktadır.

En zararlı fikirlerin dahi demokratik çoğulculuk içinde panzehirini bulacağı, akliselimin sonuçta galebe çalacağı şeklindeki naif yaklaşımlar;⁹¹ propagandadaki sözü edilen bu dinamizmi algılamaktan uzak olduğu gibi düşünce ile eylem arasındaki psişik bağı da ihmal etmektedir.⁹² Propaganda, bir teori üretme meselesi değil, düşünüleni ve ifade edileni pratiğe dökme çabası⁹³ olup; etkisini bugünden yarına taktik eylemlerle değil, uzun vadeli bir strateji ile ortaya koyar.⁹⁴

⁸⁸ Minda, s. 324-325. Akademisyen olan yazar, üniversitedeki dersi sırasında öğrencilerine, ABD’de gerçekleşen bir toplu katliamdan sonra “*Kaçımız, ABD’nin gezmek için tehlikeli bir yer olduğunu düşünmüyorsunuz*” sorusunu yöneltir. Öğrencilerin % 80’i elini kaldırır. Oysa bu öğrencilerin bir tanesi bile herhangi bir silahlı şiddet olayı ile bilfiil karşılaşmamıştır. Bu konuyu düşünüyor olmalarının nedeni, medyada çıkan haberlerdir ve öğrenciler soruyu cevaplandırırken, şiddet olasılığına dair bulunabilir kanıtlara dayanarak düşüncelerini açıklamışlardır. Bir başka deyişle haberlerden etkilenmişlerdir.

⁸⁹ Özdağ, Ümit. *Algı Yönetimi, Propaganda, Psikolojik Savaş Örtülü Operasyon ve Enformasyon Savaşı*, 4. Baskı, Kripto Yayınları, Ankara, 2015, s. 15, Yazarın, gönderme yaptığı Hollywood mahreçli bir filmde geçen anekdot öğreticidir. CIA, Pasifik Okyanusu’ndaki bir ada devletinde darbe düzenler. Darbeyi planlayan ve yöneten CIA yetkilisi, Amerikan Başkanına bilgiyi şu cümlelerle aktarır: “*Darbeden sonra iktidara getireceğimiz kişi, adanın en zengin ailelerinden birinin çocuğu. Yale Üniversitesi’nde tarih doktorası yapıyor ve düşüncelerini kendisine ait zannediyor!*”

⁹⁰ Özdağ, 2015, s. 15.

⁹¹ Sayın Hafizoğulları’nın, gayrimeşru amaç-meşru araç olarak kodladığı davranış normları için liberal, demokratik hukuk ve devlet düzeninde herhangi bir sınır bulunmadığına ilişkin görüşüne bu sebeple katılmıyoruz. Bkz.: Hafizoğulları, Zeki. “*Liberal-Demokratik Toplum, Hukuk ve Devlet Düzeninde İfade Hürriyetinin Sınırı*”, *TBB Dergisi*, S. 55, 2004, s. 91.

⁹² Aydın’ın şu ifadelerine katılmamak mümkün değildir: “*Herhangi bir ideolojinin propagandasını açıkça yapan ya da bu yolda yayınlarda bulunan kimseleri ortaya çıkarmak ve onları ortaya koydukları fikirlerin, ideolojinin şiddet yoluyla hakim kılınması çabalarının temeli olarak göstermek de kolaydır. Ancak ifadenin, şiddetin gerçekleşmesindeki katkısının tam olarak ne olduğu da pek kavranmamıştır. Tarihsel olarak bildiğimiz, önce sözün olduğu ve fikirlerin daha sonra eylemlere dönüştüğüdür. Eylemin iyi de olsa kötü de olsa öncelikle bir düşünce ile başladığını gözümüz kapalı kabul ederiz...*” Aydın, s. 463.

⁹³ Goebbels, Joseph. *Büyük Yalanlar* (Der ve Çev.: Duygu Bolut), Zeplin yayınları, İstanbul, 2020, s. 47.

⁹⁴ Bu konuda geniş bilgi için bkz.: Özcan, Nihat Ali. *PKK (Kürdistan İşçi Partisi) Tarihi, İdeolojisi ve Yöntemi*, 1. Baskı, ASAM Yayınları, Ankara, 1999. Yazar, terör örgütünün uzun süreli halk savaşı öngördüğünü, silahlı propagandanın bu andan itibaren başladığını, elde edilmek üzere mücadele edilenin toprak parçası değil halk olduğunu, örgütün çabalarının askeri sonuçlara değil, halkı örgütlemeye yönelik yani politik olduğunu kaydetmektedir. Özcan, s. 180 vd.

Propaganda, psikolojik bir virüs⁹⁵ gibi zihne bulaşır. Kuluçkaya yatar. Bünye yavaş yavaş enfekte olur. Kitleler ağır ağır dönüştürülür.⁹⁶ Bu itibarla, değişim ve dönüşüm, herhangi tepki almadığı gibi bir ilerleme olarak görülmesi dahi sağlanır.⁹⁷

Abarttığımız düşünülmemelidir. Silahlı bir azınlık, silahsız çoğunluğa bir fikri zorla kabul ettirmek için bu uğurda binlerce masum sivili, çoluk çocuk demeden katletmesine⁹⁸ rağmen; etkin propaganda ile toplumun en azından bir kesiminde, kendisini önce mağdur, daha sonra da mazur göstermeyi pekâlâ başarabilir.⁹⁹ Kanlı sicilini medya marifeti ile unutturabilir. Sosyal hafızadan silinmesini temin edebilir. Bu başarılığında, düşünme sürecinin belirleyici unsuru olan bellek de bu yolla temizlenmiş (!) ve yeniden formatlanmış olacaktır. Yeni nesiller ise zaten yaşanan geçmişten habersizdir. Siyasal amaçlarla gerçekleştirilen kanlı eylemlerin faillerinin, mağdur müştekiye dönüşmesine ilişkin bu anlatılanlar, distopik bir filmin sahneleri değil; Türkiye'nin terör ve terörizm ile boğuştuğu son otuz yılının tarihsel özetidir.

Propaganda; dayandığı kendine özgü ilkeler, içerdiği yöntem ve teknikler ile sadece bilimsel nitelik kazanmış bir sanat değil; aynı zamanda kullanım maliyeti düşük, buna mukabil, yıkım etkisi büyük bir silah haline gelmiştir. Bu sebeptendir ki, öğretici ve yargının, irdelemek için üzerinde ayrıca durmak yerine sadece bir Yargıtay Ceza Genel Kurulu kararında¹⁰⁰ yer alan basit bir tanıma / tarife

⁹⁵ Sayın Toroslu'nun 'tahrik' fiili için yaptığı betimlemeyi ödünç aldık. Bkz.: Toroslu, Haluk: "Kamu Barışına Karşı Suçlar Bakımından Tahrik Kavramı", Prof. Dr. NEVZAT TOROSLU'YA Armağan, C-II, AÜ Yayınları, Ankara, 2015, s. 1215.

⁹⁶ Terör örgütünün elebaşı A. Öcalan, bireysel başvuruya konu olan ve ifade hürriyeti kapsamında görülen kitabında bu dönüşüm için şu ifadeleri kullanır: "**Düşman da eski düşman olmaktan çıkmıştı. Pek güvenilmese de utangaç olsa da Kürt'ü ve Kürdistan'ı kabul edebilen, özgür Kürt kimliğini toptancı bir yaklaşımla reddetmeyen bir dönüşüme uğramıştı. Tüm bu tarihsel ve toplumsal dönüşümlerin yeni bir Kürtlük ve PKK tanımı gerektirdiği, yeni sistem kavramları ve kurumlarına ihtiyaç gösterdiği açıktır. Bu temelde yeni PKK ve Kürtlük tanımıyla yeni sistem "kavram ve kurumlarını geliştirmeye çalışacağız."** Anayasa Mahkemesi, 25.06.2014, BB 2013/409 (Abdullah Öcalan), s. 6.

⁹⁷ Özgenç, PKK'nın ortaya çıkışındaki amacın siyasi olduğunu, Türkiye'deki Kürt sorununun ortaya çıkardığı ve bu sorundan beslenen bir terör örgütü olarak; Kürt sorunun varlığının ve bunun çözümünü yönelik taleplerin kabulünü sağlamak için silah kullanmayı bir propaganda yöntemi olarak kullandığını kaydeder. Özgenç, bu amacın bir ölçüde gerçekleşmiş olduğunu kabul etmek gerektiğini, daha önce Türklerden ayrı olarak bir Kürt ırkının varlığının ve Kürtlerin kültürel kimliklerinin tanınması gerektiği yönündeki düşünce açıklamasında bulunulmasının suç oluşturduğunu; bugün ise artık bu taleplerin, ifade özgürlüğünü, düşünceyi açıklama özgürlüğü kapsamında değerlendirildiğini belirtmektedir. Bkz., Özgenç, 2021, s. 394-398.

⁹⁸ Örgüt bunu devrimci şiddet adı ile bir zorunluluk olarak ilan etmektedir. Bölge halkının öyle ya da böyle ikna edilerek, devletten koparılması, devlete bilgi vermesinin engellenmesi ve uzun süreli halk savaşı için desteği bu yolla sağlanması hedeflenmiştir. Bkz.: Özcan, s. 74-75

⁹⁹ Mağdurluk ve ezilmişlik duygusu temelinden hareket eden terörist ve terörist gruplar, psikolojide "bölünme" olarak bilinen yöntemle bir yandan insanlık dışı eylemleri gerçekleştirmekte, diğer yandan da normal, sağlıklı bir insan gibi görünebilmeyi başarmaktadırlar. Mekanizma, teröristin kendi grandiose benliğini idealize ederken; kendi içinde değersizleştirdiği ve nefret ettiği zayıflıkları ise bölünme yolu ile rakip gruba yansıtması şeklinde çalışmaktadır. Suçlama için daima bir dış unsur / düşman ihtiyacı doğuran bu anlayış "*problemlerin nedeni biz değil, onlardır saptaması*" ile karşılaşılan, çekilen acılara doyurucu bir psikolojik açıklama getirmekte ; teröristin suçluluk duygusu ile eylemlerinin sonuçlarını bilinçli olarak yaşamaktan korumaktadır. Bkz., Çevik, Abdülkadir/ Ceyhan, Birsen. *Politik Yönden Kimlik Gelişimi ve Etnik Terörizm*, Politik Psikoloji Serisi, Ankara 1995, s.28-29.

¹⁰⁰ Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun 10.12.1990 tarihli ve 263-336 sayılı kararında, propaganda; toplumun bütününe veya belirli belirli kesiminin inanç, tutum ve davranışlarını yönlendirmek amacıyla bilinçli olarak seçilen bilgi, olgu

atıfla yetinmeleri; konunun maalesef önemsizleştirilmesine hizmet etmekte, propagandadaki dinamizm ve tehlikenin kavranabilmesine engel olmaktadır.

Oysa, hukuk devleti esaslarına dayalı demokratik rejimler, çoğulculuğu, açık fikirliliği ve hoşgörüyü savunsalar da yukarıda anlatılan propaganda fiillerine kayıtsız kalmazlar. Bu vesile ile belirtelim ki, Avrupa Birliği'nin, müşterek bir hukuk evreni, Avrupa Kamu düzeni yaratmak istemesinin zihinsel arka planında, geçen yüzyılın ilk yarısında yaşanmış travmaların etkisi büyüktür. Özellikle, Weimar Cumhuriyeti Almanyası'nda, Hitler'in, anayasal rejimin imkanlarını kullanarak, demokratik yollardan başa gelmesi ve cezaevinde yazdığı 'Kavgam (Mein Kampf)' kitabındaki fikirleri hayata geçirmesi kadar; yüksek eğitilmiş Alman toplumunun uysal tavrı,¹⁰¹ Nazi rejiminin soykırım politikalarını kabullenışı, etkin propaganda karşısında¹⁰² Batı demokrasilerin geleceğini dehşete düşürmüş, tedbir alma ihtiyacını doğurmuştur.¹⁰³

Demokrasilerin kendini koruma arzusu ile birlikte beliren ve öğretilerde 'Militan Demokrasi' olarak adlandırılan anlayış¹⁰⁴ bu ihtiyacın ürünüdür.¹⁰⁵ Hukuk sistemleri de buna göre şekillenmiştir. Nefret söyleminin yasaklanması, demokratik yaşamın vazgeçilmez öğeleri olan

ve savları sistematik bir gayret ve muhtelif araçlarla yayma etkinlikleri, geniş bir kitleyi, muayyen hedefler doğrultusunda ikna etme çabası olarak tanımlanmıştır.

¹⁰¹ Türk hukukçusunun yakından tanıdığı Hirsch, Nasyonal Sosyalist zorbalık diye adlandırdığı Hitler rejiminin kurduğu yeni düzene hem hâkimler hem akademya tarafından itirazsız boyun eğildiğine kanıt olarak şu açıklamaları yapar. “..Üniversitenin Hukuk fakültesinden, dost olduğum iki profesörle durumu tartıştım. Her ikisi de aşırı bir adım atmamamı önerdiler. Birinin öğüdü hiçbir zaman aklımdan çıkmamıştır: 'Mahkeme merdivenlerinde kendinizi öldürtürseniz, kimseye bir yararınız dokunmaz. Bugün artık bir dava uğruna ölen kahraman filan olmuyor, çünkü terör karşısında herkes susmak zorunda.'

Rayh Mahkemesi katında, yukarıda sözünü, ettiğim kanunun içinde açık seçik belirtilmeyen 'hakimlere 'de uygulanması hakkında neler düşünüldüğünü öğrenmek amacıyla daha stajyerlik yıllarımdan tanıdığım Reichsgerichtsrat Dr. Bernard Brandis'I ziyarete gittim. Dr. Brandis, durumu benim yanımda Rayh Mahkemesi Yargıçları Birliği'nin o günkü başkanı, Senato Başkanı Dr. Wunderlicht ile tartıştı. Sonunda Dr. Wunderlicht bana şunları söyledi : ' Genç meslektaşım sizinle birlikte sessizce tahammül ediyoruz' Bunun üzerine kendisine şu cevabı verdim : ' Kusura bakmayın, sizden yaşça çok genç olduğum halde sözlerinizi düzeltmek zorundayım : 'Siz sessizce tahammül etmiyorsunuz, sessizce müsamaha ediyorsunuz.' ” Hirsch, Ernst. Hâtıralarım, Kayzer Dönemi, Weimar Cumhuriyeti, Atatürk Ülkesi, Banka ve Ticaret Hukuku Enstitüsü, Ankara, 1985, s. 206.

¹⁰² Bektaş, Arsev. *Siyasal Propaganda, Tarihsel Evrimi ve Demokratik Toplumdaki Uygulamaları*, Bağlam Yayınları, İstanbul 2002, s. 156-159.

¹⁰³ Weimar Cumhuriyeti Anayasası, halk çoğunluğunun anayasal bir rejimi devirmek üzere demokratik usullerden yararlanabilmesine izin vermemekteydi. Bkz.: Kirshner, Alexander S. *Militan Demokrasi*, (Çev.: Ferit Burak Aydar), 1. Baskı, Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, İstanbul, 2017, s. 2.

¹⁰⁴ Kavram, Alman hukukçu Karl Loewenstein'a ait olup; 1933 yılında Hitler'e geniş yetkiler veren yasanın kabulünden 4 yıl sonra kullanılır oldu. Bkz., Kirshner, s. 1-2.

¹⁰⁵ Militan demokrasi anlayışının saf liberalizm ile uyuşmadığı açıktır. Sayın Arslan, kavramı şöyle eleştirir: “..Bir kere Türkiye'nin siyasal / hukuksal mekanında, sınırlamalar her zaman özgürlüklerden önce gelmektedir. Anayasamız daha hiçbir özgürlükten bahsetmeden, bütün özgürlükler için geçerli olan sınırlamalara yer vermektedir. Aynı şekilde Türkiye'nin siyasal / hukuksal mekanı özgürlük ve demokrasi kavramlarıyla tam olarak tanışmadan, bu kavramların istismarını ön plana çıkarmaktadır. Biz demo(s)'unu bile görmeden onun halktan korunması gerektiğini ifade eden militan demokrasi ile tanıştırıldığımız bir vasatta yaşıyoruz. ..” Arslan, 2001, s. 14.

siyasi partilerin kapatılabilmesinin kabul edilişi ve önleyici müdahale kavramı¹⁰⁶ bu tedbir arayışının birer tezahürüdür.

Üstelik, tehdit ya da tehdit algısı yükseldiğinde, liberal demokrasilerin, başka ülkelerde eleştirdikleri uygulamaların daha ağırlığını, kendi ülkelerinde hayata geçirmede hiç tereddüt etmedikleri de görülmektedir. Amerika Birleşik Devletleri’nde, 11 Eylül 2001 saldırılarının hemen sonrasında, 26 Ekim 2001 yılında Başkan Bush tarafından onaylanan Vatanseverlik Yasası (Patriot Act) ile on beşten fazla federal yasada değişikliğe gidilmiş ; terörist olduklarından şüphe edilenlerin iletişim, finansman ve diğer faaliyetlerine ilişkin istihbarat toplama¹⁰⁷, bu amaçla telefon ve internetin takibe alınmasından, sadece terörizm ile ilgili soruşturma yapıldığını bildirerek, kurumlardan, iş yerlerine dek uzanan bir alanda, kolluğa geniş arama yetkileri verilmiş ve bunun için makul şüphe kriterine dahi gerek duyulmamıştır. Arama için gösterilen bu gerekçe, Amerikan hukukunda evvelce rastlanılmamış bir uygulamadır.¹⁰⁸

Kanada’da da da 24 Aralık 2001 tarihinde C-36 numaralı bir Anti-terörist Yasası yürürlüğe sokularak, polise olağanüstü yetkiler verilmiş; telefon dinleme süreleri 60 günden 1 seneye kadar mümkün kılınmış, hâkim kararı ile bu sürenin üç yıla kadar uzayabilmesinin de önü açılmıştır. Kanada, “Echelon Ağı” adı verilen sistemle, Amerika Birleşik Devletleri ve İngiltere’nin yaptığı gibi haberleşme evreninden geçen milyonlarca mesajı da denetime almıştır.¹⁰⁹

Bu örnekler, tarafımızdan tasvip gördükleri için değil; liberal demokrasilerde, katı güvenlikçi politikalara hiç başvurulmadığı, her daim müzakereci çözüm yollarının arandığı yolundaki algının, bir illüzyon olduğunu göstermek amacıyla paylaşılmıştır.

Konu, illüzyondan açılmışken, vurgulanması gereken çok önemli bir husus da propagandanın yöneldiği toplum katmanlarının ve özellikle eğitimli aydın tabakanın zihnine çekilen perde ile ilgilidir. Propaganda kendisini gizlemek ister. Zira, insan zekâsı esir muamelesi görmek istemez. Topluluğa ve topluluk içindeki insana, daima “*kendim düşünüyorum*” duygusunu vermek ve herhangi bir fikrin zorla kabul ettirilmediği kanaatini uyandırmak gerekir. Aksi takdirde, fikre / propagandaya karşı topluluk içinde düşmanlık duygusu doğacaktır. Bu sebeple propaganda yapılırken; hedef kitleye, sosyal yaşamın dış müdahaleler ile şekillendirilemeyeceği fikri de telkin edilir. Böylece kitlenin, maruz kaldığı propagandayı anlaması engellendiği gibi yapılan uyarıları da “*komplo teorisi, soğuk savaş anksiyeteleri*” olarak görmesi sağlanır.

¹⁰⁶ Refah Partisi’nin kapatılmasına ilişkin davada, bu anlayış etkili olmuştur. Bkz.: Kirshner, s. 168 vd.

¹⁰⁷ Golden, Roger Dean. “Güvenliğin Maliyeti Nedir? ABD Vatanseverlik Kanunu ve Amerika’nın Özgürlük ve Güvenlik Arasındaki Dengesi” (Çev.: Muharrem Aksu), *S.D.Ü. Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 2, S. 2, 2012, s. 110.

¹⁰⁸ Aydın, s. 463-464. Golden ise İkinci Dünya Savaşı sırasında Japon asıllı Amerikan vatandaşlarına, Pearl Harbour saldırısı sonrası, Başkan Roosevelt tarafından yayımlanan karamame ile reva görülen kamplara nakil işlemini örnek göstererek, kamplarda kötü koşullarda zorunlu iskâna tabi kılınan bu insanların hiçbirinin tehdit potansiyeli ya da hain olduklarını gösterir bir delile ihtiyaç duyulmadığını bildirmektedir. Bkz.: Golden, s. 117

¹⁰⁹ Adoua, Sydney. “Kanada Antiterrorist Kanunu’nun Temel Haklar Üzerine Etkisi”, (Çev.: Pınar Memiş) *Suç ve Ceza, Ceza Hukuku Dergisi*, S. 1, Nisan Mayıs Haziran 2008, s. 4.

Türkiye’de aydınların bir bölümünün; terörizm gibi modern politikanın bir parçası haline gelen propaganda, psikolojik savaş ve örtülü operasyon kavramlarına ; daha en baştan, rasyonel bir düşünce ile değil de, bir refleksle, psikolojik tavırla karşı çıkmasının altında bu yatmaktadır. Belirtelim ki, hayatı komplo teorilerinden ibaret görmek kadar; her türlü uyarıyı, bu yönde delillendirilmiş açıklamayı, peşin bir reddiye ile “ *komplo teorilerinin özelliği, mantıklı olmalarıdır* ” diyerek, göz ardı etmek de bir o kadar hatalı¹¹⁰ ve bizce patolojik bir tutumdur.

B. Propaganda Suçunun, Somut Tehlike Suçu Olarak Kabulü Yönündeki Hatalı Eğilim, Suçla Mücadeleyi Zorlaştırıcı Bir Nitelik Kazanmıştır;

Terör örgütünün propagandası suçu, soyut bir tehlike suçu olarak düzenlenmiştir. Öğretide baskın görüş de bu yöndedir.¹¹¹ Nitekim, kanun koyucu, Türk Ceza Kanunu’nun somut tehlike suçu olarak kabul edilen “Suçu ve suçluyu övmeye”ye ilişkin 215. maddesi ile “Halkı kin ve düşmanlığa tahrik veya aşışılama”ya yönelik 216. maddesinde geçen “açık ve yakın bir tehlike” kriterine, Terörle Mücadele Kanunu’nun 7/2 maddesinde yer vermemiştir. Dolayısıyla, suçun oluşmuş olduğunun kabulü için propaganda fiilinin, somut olayda bir tehlikeye yol açıp açmadığını ayrıca araştırmaya ihtiyaç olmayacaktır. Ne var ki, Anayasa Mahkemesi aksi kanaattedir. “Ayşe Çelik kararında” Mahkeme, şu değerlendirmeleri yapmıştır¹¹² :

“Terör veya terör örgütü ile bağlantılı olsa bile içinde şiddete başvurmayı cesaretlendirici ifadeler yer almayan, terör suçlarının işlenmesi tehlikesine yol açmayan, terör örgütünün ideolojisi, toplumsal veya siyasal hedefleri, siyasi, ekonomik ve sosyal sorunlara ilişkin görüşleri ile paralellik taşıyan düşünce açıklamaları, terörizmin propagandası olarak kabul edilemez. ...

Anayasa Mahkemesi, terörizmin soyut olarak propagandası ile propaganda sonucu provokasyonun gerçekleşmesi hâli arasında bir fark bulunduğu kanaatindedir. Açıktır ki terörizmin propagandası sonucu provokasyonun gerçekleşmesi halinde fail , işlenen suça suç ortaklığından veya eylem kanunlarda öngörülen başka bir suçu oluşturuyorsa o suçtan cezalandırılacaktır. Öte yandan propaganda suçunun soyut tehlike suçu olarak kabul edilmesi başta ifade özgürlüğü olmak üzere anayasal hak ve özgürlükler üzerinde bir baskı oluşturma potansiyeline sahiptir. Bu nedenle yukarıda alıntılanan açıklayıcı raporun yüzüncü maddesinde ifade edildiği gibi bir propaganda faaliyetinin cezalandırılabilmesi için olayın somut koşullarında belirli oranda tehlikeye neden olduğunun gösterilmesi uygun olacaktır. “

Evvelce değindiğimiz şekilde, terör örgütü ile bu örgütün ondan gerçekte ayrı düşünülemez yöntemlerini, 2013 değişikliği ile yasal düzeyde ayrıştırma ile başlayan ve yargı kararlarına yansıyan süreç, Anayasa Mahkemesi’nin bu kabul ve değerlendirmesi ile birlikte daha kritik bir aşamaya geldiğini göstermektedir.

¹¹⁰ Özdağ, 2015, s. 94-95.

¹¹¹ Bkz.: dipnot 31.

¹¹² Anayasa Mahkemesi, 09.05.2019, BB 2017 / 36722 (Ayşe Çelik) (RG : 10/05/ 2019 – 30770).

Üstelik, Anayasa Mahkemesi, aynı kararda;

“ Terör veya terör örgütü ile bağlantılı olsa bile içinde şiddete başvurmayı cesaretlendirici ifadeler yer almayan, terör suçlarının işlenmesi tehlikesine yol açmayan, terör örgütünün ideolojisi, toplumsal veya siyasal hedefleri, siyasi, ekonomik ve sosyal sorunlara ilişkin görüşleri ile paralellik taşıyan düşünce açıklamaları, terörizmin propagandası olarak kabul edilemez. Toplumsal ve siyasal ortalama veya sosyoekonomik dengesizliklere, etnik sorunlara, ülke nüfusundaki farklılıklara, daha fazla özgürlük talebine veya ülke yönetim biçiminin eleştirisine yönelik düşüncelerin Anayasa Mahkemesinin daha önce ifade ettiği gibi devlet yetkilileri veya toplumun önemli bir bölümü için rahatsız edici bile olsa- açıklanması, yayılması, aktif, sistemli ve inandırıcı bir şekilde başkalarına aşılınması, telkin ve tavsiye edilmesi, ifade özgürlüğünün korunması altındadır. ”

şeklinde değerlendirme yapmış ve terör örgütü, varlığını/eylemliliğini korurken dahi propagandasının temeline koyduğu fikirlerin, bu örgütten bağımsız bir şekilde açıklanmaya ve yaymaya konu olabileceğini¹¹³ kabul etmiştir.¹¹⁴

Oysa, silahlı propaganda yolu ile ülke gündemine sokulan örgütsel hedefler serbestçe tartışılıp savunulabilecek olduğunda; bunların müellifi olan terör örgütünün meşruiyeti de kaçınılmaz hale gelecektir. Zira, amaç meşru görüldüğünde; terör örgütünü, anayasal sistemi parçalamaya yönelmiş bölücü bir yapı kabul edebilmek artık mümkün olmayacaktır. Ayrıca örgüt, bu konudaki her tartışma platformunun doğal tarafı, zorunlu müdafii ve sözcüsü de olacak; bulundurduğu silahlı gücünü ve istediği anda hukuk dışı yöntemlere başvurma pratiğini avantaja dönüştürerek, aynı platformdaki muhtemel rakiplerini sindirmek suretiyle politik alan üzerinde tahakküm kuracaktır.

Ökçesiz, bir düşüncenin doğruluk değerine yönelmesi ile iktidar talep etmesinin farklı şeyler olduğunu; ilkinde, düşüncenin olabildiğince özgür kılınması gerektiğini, ikincisinde ise böyle bir siyasal örgütlenmenin sınırlarını belirleyen anayasal yönetim çerçevesinin oldukça ciddiye alınması gerektiğini kaydeder.¹¹⁵

Terör örgütünün siyasal hedef olarak belirlediği ve propagandasına konu ettiği fikirler; Anayasa Mahkemesi'nin, kararlarında “Handyside” formülü olarak, sık sık kullandığı ‘Devlet yetkilileri veya toplumun önemli bir bölümü için rahatsız edici bile olsa ’ anlayışı ile de kolayca telif olunamaz. Zira, kabul edilmelidir ki, iktidar talep eden bu fikirler, Anayasa Mahkemesi'nin de korumakla mükellef olduğu mevcut anayasal sistem ile açıkça karşıtlık ve mücadele içindedir.

¹¹³ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Erdoğan / İnce kararı (25067/94- 08.07.1999). Öğretide, bu açıdan terör örgütü söylemiyle özdeşleşmeyen sosyolojik analiz ve açıklama yapılabilir şeklinde değerlendirilmiştir. Bkz.: Bahçe, Ahmet/ Demir, Abdullah. “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin İfade Özgürlüğüyle İlgili Türkiye Kararları, Uluslararası Sosyal Bilimler Dergisi, C. I, S.3, 2017, s. 34.

¹¹⁴ Şen, bu kararın, Terörle Mücadele Kanunu'nun 7/2 maddesinde değişiklik yapan 6459 sayılı Kanunun 8. maddesinin gerekçesi ile paralel olduğunu ifade etmektedir. Bkz.: Şen, “Terör Örgütünün Propagandası Suçu, Hukuki Haber Sitesi, 28 Eylül 2022, (Erişim Tarihi: 26.10.2022).

¹¹⁵ Ökçesiz, Hayrettin. *Sonbahara Eylem Kitabı*, 1. Baskı, Kanguru Yayınları, Ankara, 2013, s. 67-68.

Bu itibarla terör örgütü yalnızca yöntemleri ile değil, gerçekte yöneldiği amacı itibarıyla da gayri meşrudur. Teröre ve silahlı propagandaya da esasen bu sebeple başvurulmaktadır.

Anayasal sistemin; terör örgütünün savunduğu fikirlere kapalı, kendi doğruluk değerini tartışmaya açmayan, bu yönü ile ifade hürriyetini de kısıtlayıcı bir ideoloji ve buna paralel hükümler barındırdığı¹¹⁶ ileri sürülebilir.¹¹⁷ Ancak -eğer normatif düzlemde konuşuyorsak- bu durum, mevcut düzenlemeler yokmuş gibi davranmaya imkân vermez.

Bilinmelidir ki, propaganda, benzetildiği (suça) tahrik, (suça) teşvik, (suçu ve suçluyu) övme gibi kavramlardan ve bu kavramların unsurunu teşkil ettiği suçlardan farklı olarak; anlık bir zaman diliminde, çıplak/kaba söylemlerle, somut ve münferit bir şahsı hedeflemez. Bir dünya görüşü, bir ideoloji ya da siyasal bir programla yüklü anlatımlarla ve zaman zaman edebi (!) bir kılığa büründürülmüş şekilde bir kitleye, belirsiz sayıda insan topluluğuna, uzun vadede elde edilebilecek sonuçlar için yönelir. Bu itibarla da farklı ele alınmayı gerektirir. Anlatılan sebeple, propaganda suçlarında somut tehlikeyi tespit ve teşhis çoğu zaman mümkün olmayacağı gibi suçun varlığı için böyle bir tehlikenin aranması gerektiğinin kabulü, anılan suçla mücadeleyi daha da zorlaştırır.¹¹⁸

Bu sebeple sayın KORKMAZ'ın *“Düşünce özgürlüğü, propagandayı da doğal olarak beraberinde getirir. Bu anlamda düşüncenin açıklanmasına sınır tanınamaz. Düşüncenin*

¹¹⁶ Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın metne dahil sayılan Başlangıç bölümü başta olmak üzere, 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 9, 14, 26, 27, 28, 42, 66 ve 68. maddeleri öğretilerde örnek olarak zikredilmektedir. Yüksek yargının, ifade hürriyetine ilişkin bir çok kararında, doktora tezi olarak yazdığı kitabına atıfta bulunduğu Korkmaz; aynı eserde, Anayasal çerçevenin, ifade hürriyeti için tavan değil, olsa olsa özgürlüğün kullanılmaya başlanacağı taban olabileceğini; ifade hürriyetinin ancak bu çerçevenin dışında ya da tabanın üzerinde olduğunda bir anlam taşıyacağını, bu açıdan 1982 Anayasasının yasakçı bir zihniyetle ifade hürriyetini çok yönlü sınırlamalara tâbi tuttuğunu belirtmektedir. Yazar, 2001 yılında getirilen değişiklikle Anayasanın Başlangıç bölümündeki “her türlü düşünce ve mülahaza” ibaresi yerine gelen “hiçbir faaliyet” ibaresini düşünceye mutlak koruma olarak değerlendirmekte ve fakat düşünceyi açıklama hürriyeti için aynı şeyin söylenemeyeceğini, zira Başlangıç bölümündeki *“Türk milli menfaatleri, Türk varlığı, Türklüğün tarihi ve manevi değerleri, Atatürk milliyetçiliği ilke ve inkılapları”* gibi değerlere aykırılık oluşturan düşünce açıklamalarının, Anayasa değişikliği ile “faaliyet” kapsamında görülmeyerek, Anayasal koruma altına girmiş olacağını iddia etmenin mümkün olmadığını söylemektedir. Yazara göre demokratik rejimlerde yasak olan, genel olarak faaliyet ya da eylem değil, açıklandıktan sonra belirli nitelikler kazanmış olan suç niteliğindeki eylemlerdir. Bkz.: Korkmaz, Ömer. *Düşünceyi Açıklama Özgürlüğü ve Sınırları*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2014, s. 342-343.

¹¹⁷ Makalenin boyutlarını aşacak kapsamlı bir inceleme ve tartışmaya girmeyi arzu etmemekle beraber şu hususu vurgulamakta fayda görüyoruz; Terörizm, propaganda suçu ve ifade hürriyeti üzerindeki tartışmalar; çoğulculuk, çok seslilik, hoşgörü kavramlarından sonra dönüp dolaşıp, terör örgütünün yöneldiği hedef ile bilinçli/bilinçsiz örtüşecek şekilde ulus devlet yapısının sorgulanmasına gelmektedir. Anayasa Mahkemesi raportörlüğü de yapmış bir akademisyenin kitabındaki anlatım, tam da işaret ettiğimiz bu duruma örnektir. Kitapta, ulus-devletin bir hastalık olduğu, İslam öncesi Cahiliye Devri'nin yeni kavramlarla kendini yeniden üretmesi anlamına geldiği, kökenine inildiği zaman ulus-devleti üreten mantık ile Cahiliye devrindeki kabileci mantığın birebir örtüştüğünün görüleceği, milliyetçiliğin, toplumsal barışı zehirlediği, güvenlikçi anlayış ile birlikte Türkiye toplumunda yeni bir anayasal düzenin inşasına engel oluşturduğu ileri sürülmektedir. Bkz.: Can, Osman. *Yol Ayrımında, Statrükodan Önce Son Çıkış*, 1. Baskı, Timaş Yayınları, İstanbul, 2012, s.185-204. Ulus-devlet modeli ile kurulan bu karşıtlık, ifade hürriyeti üzerine yapılan tartışmaları da maalesef politik alana hapsedmekte ve tarafları kutuplaştırmaktadır.

¹¹⁸ Özgenç de aynı duruma işaret etmekte ve üstelik bu değerlendirmelerin ceza hukuku bilgisinden uzak olduğunu da kaydetmektedir. Bkz.: Özgenç, 2021, s. 420.

açıklanma ve savunulması yönündeki pasif nitelikteki açıklama hareketlerinin serbest , propaganda gibi aktif bir yolun ise yasak olduğunu savunmak, Propagandanın daima olumsuz bir anlama sahip olduğu şeklinde bir peşin hükme sapanmak anlamı taşıyacaktır. **‘Nasıl olsa bir gün eyleme dönüşür’** gerekçesiyle düşüncenin propagandasının yasaklanmasıyla ; açıklama hareketi ile yıkıcı eylem arasında soyut bir nedensellik bağı kurulmuş olacak ve böylece de düşünce suçu yaratılmış olacaktır. **Düşüncelerin serbestçe yarışması ilkesine bağlılıktan vazgeçmedikçe, düşüncelerin propagandasını da sınırlayamayacak olan demokratik bir düzen ; yıkıcı içerikli düşüncelerin propagandasına dahi, bunlar açık ve somut bir kışkırtma niteliğine bürünmedikçe rıza göstermek durumundadır.** Eylem niteliği almayan düşünce etkileme çabası, hangi araçla gerçekleştirilirse gerçekleştirilsin anayasal güvenceden yoksun bırakılamaz. Kısacası propaganda, özü itibarıyla değil, ancak şiddet ve ayrımcılığın propagandasının yapılması veya küçük düşürme gibi belirli içeriklere sahip olması durumunda ve ancak doğrudan doğruya kamu düzeni ile çatıştığı oranda yasaklamalarla karşı karşıya kalmalıdır.”¹¹⁹

Şeklindeki yaklaşımını benimseyemiyoruz.

Kanaatimizce, Türkiye’de yargının, rehber olarak aldığı Amerikan Yüksek Mahkemesi ve özellikle Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin, Türkiye gibi terör tehdidinin güncel olarak yüksek olduğu ülkelerin özel koşullarını gözeten kimi kararlarını hatırlamasında fayda bulunmaktadır.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin, önüne gelen uyuşmazlıkları incelerken, başvuruya konu ülkelerin somut koşullarının da gözetilmesini gerekli gördüğü malûmdur. Aşağıda paylaşacağımız kararlarda da bu gereklilik dikkate alınmış, düşünce açıklamasının, mekân/zaman/yöntem olarak, ülke koşulları ile karşılaştırıldığında, ifade hürriyeti kapsamında koruma göremeyeceği kabul edilmiştir.

Öğretilde, ifade hürriyeti adına kısıtlayıcı görülen ve bu sebeple eleştirilen¹²⁰ bu kararlardan “Sürek” davasında, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi; *bir haftalık dergide yayınlanan “ Botan ’da Yoksul Köylüler Topraklara El Koyuyor”* başlıklı bir yazı içeriğinde geçen ‘Kürdistan’ ibaresi ile birlikte Türkiye Cumhuriyetine karşı savaş ve topyekün bağımsızlık mücadelesi istendiğine ilişkin anlatımları¹²¹ örgüt ile özdeşleşen bir anlatım olarak görmüş ve bu yazının yayınladığı tarihteki devam eden ciddi çatışma ortamı da dikkate alındığında, terör eylemlerini teşvik edici tarzda değerlendirmiştir.¹²²

¹¹⁹ Korkmaz, s. 367.

¹²⁰ Ergün/ Özenç, s. 450, dipnot 31.

¹²¹ AİHM, 08.07.1999 T. 24762 / 94 Sürek/Türkiye Davası (No. 4)

¹²² Kararda yapılan değerlendirme şöyledir: “ Diğer yandan, mücadele “Türkiye Cumhuriyeti kuvvetlerine yönelik bir savaş” olarak tanımlanırken, makalede “Topyekün bir bağımsızlık mücadelesi başlatmak istiyoruz” şeklinde ifade bulunmaktadır. Böylece, Söz konusu makalenin kendisini PKK ile bağdaştırdığı ve Kürdistan’ın ulusal bağımsızlığının elde edilmesi amacıyla silah kuvvetinin kullanılması için çağrıda bulunduğu açıktır. Ayrıca makalelerin 1985’ten bu yana çok ciddi can kayıpları ve bölgenin büyük bir kısmında olağanüstü hal ilan edilmesine sebebiyet verecek şekilde güvenlik kuvvetleri ile PKK kuvvetleri arasında ciddi çatışmaların devam etmekte olduğu Güneydoğu Türkiye’deki güvenlik durumu bağlamında yayınlanmış olması da dikkate alınmalıdır (bkz. yukarıda anılan Zana kararı, s. 2539, Madde 10). Bu bağlamda, makalenin içeriği, bölgede daha fazla şiddete teşvik edebilecek

Keza “Zana” davasında, bir belediye başkanının basına verdiği röportajda geçen ve terör örgütünün bağımsızlık mücadelesi veren bir yapıya benzetilerek desteklenmesine yönelik anlatımları da, açıklamaların içinde katliamların tasvip edilmediği, kadın ve çocukların öldürülmesinin yanlış olduğuna ilişkin ifadeler geçmiş olsa dahi Mahkeme tarafından birbiri ile çelişkili ve muğlak görülmüş; röportajın Diyarbakır’ın eski belediye başkanı sıfatı ile büyük bir gazeteye verilmesi de dikkate alınarak, terör olaylarının yüksek olduğu bir dönemde, mekan, zaman ve şekil itibarı ile ifade hürriyetinin koruması altında görülemeyeceği değerlendirilmiştir.¹²³

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin, bir dergide yayınlanan iki makalede, gençlere seslenilerek; hiçbir devrimin insan zayıfatı olmadan gerçekleşmeyeceğini ileri sürmenin, keza mücadelenin geçici olmadığını vurgulanmasının, şiddeti teşvik anlamına geldiği yönünde tespitini içeren “Hocaoğulları” kararı;¹²⁴

Tokat’ta yerel bir aylık derginin yazı işleri müdürünün, Kızıldere olayının otuz beşinci yıldönümü münasebeti ile yazdığı yazının, yayımlandığı tarih ve coğrafya itibarı ile gergin bir sosyal bağlamda, içerdiği onaylayıcı söylemlerle bir övgü, şiddeti haklı gösterme ve teşvik etme anlamı taşıdığına ilişkin “Altıntaş” kararı;¹²⁵

Radyo programında yayınlanan şarkı ve kullanılan sözlerin kin güden, şiddeti öven ya da teşvik eden içeriği sebebiyle hoşgörü anlayışı ile telif edilemeyeceğini kabul ettiği “Medya FM Reha Radyo” kararı¹²⁶;

şekilde kabul edilmelidir. Gerçekten de, okuyucuya iletilen mesaj, saldırgan ülke karşısında şiddete başvurmanın gerekli ve haklı bir önlem olduğudur. Bu açıdan Mahkeme, muhatap Devlet tarafından başvuranın mahkumiyetine ilişkin olarak öne sürülen nedenlerin, başvuranın ifade özgürlüğü hakkına bir müdahale için ilgili ve yeterli dayanak teşkil ettiği görüşündedir. Mahkeme, “bilgi” veya “fikirlere” kırııcı, şok edici veya rahatsız edici olmasının tek başına müdahaleyi haklı kılmadığını yinelemektedir (bkz. yukarıdaki 36. paragraf). Ancak mevcut davada söz konusu olan, şiddete teşviktir. 41. Başvuranın bu makalelerde yer alan görüşler ile şahsen bağlantılı olmadığına doğru olmasına rağmen, makalelerin yazarlarına şiddet ve nefretin körüklenmesi için bir araç temin etmiştir. Dergi ile sadece ticari açıdan bağlı olduğu ve yazı işleri müdürlüğü sorumluluğu taşımadığı gerekçesi ile makalelerin içeriğine ilişkin her türlü cezai sorumluluktan muaf tutulması gerektiği yönündeki başvuran tarafından ileri sürülen iddia mahkemece reddedilmektedir. Başvuran mal sahibi olup, bu konumu itibarıyla derginin yazı işleri yönetimini şekillendirme hakkına sahiptir. Bu nedenle, halk için bilgi toplanması ve dağıtılması konusunda derginin yazı işleri ve muhabir personelinin “görev ve sorumlulukları” açısından vekaleten sorumlu olup, bu da çatışma ve gerginlik durumlarında daha büyük önem taşımaktadır.

Yukarıdaki hususlar dikkate alındığında Mahkeme, derginin sahibi olarak başvurana uygulanmış olan cezanın bir “zorunlu sosyal” ihtiyacı karşılamak olarak kabul edilebileceğini ve başvuranın mahkumiyeti için yetkililer tarafından verilen mahkumiyetin “ilgili ve yeterli” olduğu sonucuna varmıştır. 43. Bu nedenlerden dolayı ve bu gibi davalarda ulusal yetkililerin sahip olduğu takdir marjı da dikkate alınarak Mahkeme, söz konusu müdahalenin amaçlanan meşru hedefler ile orantılı olduğu düşüncesindedir. Sonuç olarak, Sözleşmenin 10. maddesi ihlal edilmemiştir.

¹²³ Zana/Türkiye Davası (Başvuru No. 18954/91) 2 5.11.1997.

¹²⁴ Hocaoğulları/Türkiye Davası (Başvuru No: 77109 / 01) 07.03.2006.

¹²⁵ Altıntaş/Türkiye Davası (Başvuru No: 50495 /08) 10.03.2020.

¹²⁶ Medya FM Reha Radyo/Türkiye Davası (Başvuru No: 32842/02) 14.11.2006.

Terör örgütü üyelerinin hayatlarının anlatıldığı ve açıkça silah kullanımının yüceltildiği, ölümcül şiddetin övüldüğü, savaşın sonuçlarının değerli olarak görüldüğü, kolluk kuvvetleri ile örgüt arasında yaşanan çatışmanın güzel bir gelişme olarak değerlendirildiği bir kitabın, ifade hürriyeti korumasından yararlanamayacağını belirlediği “*Fatih Taş*” kararı¹²⁷da

Benzer yaklaşımın sergilendiği kararlar arasındadır.

Anayasa Mahkemesi, kararlarında ölçüt olarak kullandığı “*bütünsellik*” ilkesini, sadece bir açıklama, bir metin veya haberde geçen ifadelerin, bağlamından kopartılmadan birlikte değerlendirilmesini sağlamak için değil; terör örgütlerinin hedef ve yöntemleri ile örgütsel propagandanın uzun vadeli ve sistematik stratejisini bağdaştırma ve kavramada da hayata geçirmelidir. Uyuşmazlıklar, ancak böyle bir bütüncül bakışla ele alınacak olduğunda; münferit propaganda fiillerinin içerdiği tehlikenin anlaşılabilmesi ve ikna edici bir biçimde anlatılabilmesi mümkün olacaktır.

SONUÇ

İfade hürriyetinin, hürriyet kategorileri içindeki ayrıcalıklı konumu, taşıdığı önem; ilgili yazın ve yargı kararlarında, bu hürriyetin, hukuksal müdahaleden olabildiğince azade olması gerektiğini savlayan değerlendirmelere yol açmaktadır. Propaganda fiilleri de özünde bir düşünce açıklaması olarak görüldüğünden, aynı değerlendirmeye konu olabilmektedir.

İnsanı bizatihi amaç ve en yüksek değer olarak kabul eden hürriyet perspektifli bu yaklaşım, Maslow’un hiyerarşisine göre piramidin zirvesindeki, “insan-ı kamil/kendini gerçekleştirmiş” olma hedefine uygunluğu ölçüsünde bir ideali temsil edebilir. Ancak, düşünce ile eylem arasındaki mevcut psikik bağ ve sistematik propagandanın bu psikik bağı harekete geçirici etkisi ihmal edilecek olduğunda; mevcut yaklaşım, naif olmanın ötesinde artık irrasyonel alana kaymaktadır. Yargı kararlarında, terör örgütü yöneticisinin, örgüt mensuplarına yönelik indoktriner propaganda eylemi için dahi ifade hürriyeti nitelemesinin yapılabilirliği,¹²⁸ bu cümledendir.

En zararlı fikirlerin dahi serbest tartışma ortamında elemine edildiğine, panzehrini bulduğuna ilişkin mit; modern iletişim dünyasının kitle iletişim araçları ve enformasyon teknikleri karşısında artık savunulabilir değildir. Zira kitle iletişim araçları, kültürün duyarlı hale getirme misyonunu süreç içinde törpülemiş, günlük yaşamın her anını seyirlik bir oyun haline getirmiştir. Özellikle televizyon, izlenmesi için hiçbir beceri gerektirmeyen ve kolayca ulaşılan bir araç olarak; insan insana ilişkilerin duygusal temelini yıkmış; tek bir merkezden ortak gündem oluşturarak, kitlelerin zihnini uyuşturan bir araç haline gelmiştir. Bu anlamda, 20. yüzyıl insanında gözlemlenen zihni tembelliğin benzerine daha önce hiç rastlanılmadığı; modern iletişimin, hikmetli düşünme ve hakikati arama melekelerini dumura uğrattığı kaydedilmektedir.¹²⁹

¹²⁷ Fatih Taş/Türkiye Davası (Başvuru No: 45281 /08) 24.04.2018.

¹²⁸ Bkz.: dipnot 64.

¹²⁹ Kâhya Birgül, Alev. "Medya ve Tehdit - Güvenlik Algılamalarında Değişme ", ayk.gov.tr, s. 380

Diğer yandan, kitle iletişim araçlarının, endüstri toplumlarında gördüğü işlevin; mitlerin, efsanelerin ilkel toplumlarda gördüğü işleve eşdeğerde olduğundan da söz edilmektedir.¹³⁰ Bu açıdan, medya istenirse çok etkin bir propaganda aracı, bunun da ötesinde geniş halk kitlelerinin beyinlerini yıkamak için güçlü bir silah olarak kullanılma potansiyeline sahiptir. Dolayısıyla, medyayı kontrol edenler, insanların düşüncelerini, kanaatlerini, kavramlara yükledikleri anlamları şekillendirme istek ve kabiliyetini de kendi tekellerinde bulundurmaya isteyebilirler.¹³¹ Medyayı yönetenlerin, kamuoyunu bilgilendirme ile ilgili kararları, habercilik ilkelerinden daha çok, medyanın mensubu olduğu kurumun / grubun politik bakış açısı, sermaye ve siyaset ilişkileri gibi farklı unsurlara istinat edebilir. Nitekim, bilgi akışının kontrolünün, toplumun kontrolü anlamına geldiğinin keşfedilmesinin ardından; sermaye gruplarının, uzun süredir medya dünyasında haber üretim süreçleri ve içerikleri üzerinde doğrudan veya dolaylı denetime sahip olmaya başladıkları gözlemlenmektedir.¹³²

Meselenin diğer yanında, propaganda kavramının; içerik, uygulanan yöntem ve izlenen strateji itibarıyla, daha ziyade terörizm ve terör örgütlerini çalışan güvenlik bilimlerinin ilgi alanına terk edilmiş olmasının yarattığı zafiyet yatmaktadır. İfade hürriyetine ilişkin geniş külliyat, propaganda kavramı için nitelikli bilgi üretmemektedir. Sınırlı sayıdaki yayında, propagandanın, bir düşünce açıklamasından daha öteye geçen mahiyetine maalesef yeterince nüfuz edilememektedir.

Bu makalede ortaya konmaya gayret edildiği şekilde, ifade hürriyeti ve özellikle propaganda fiilleri için mevcut bakış açısını değiştirmeye ihtiyaç bulunmaktadır. Böyle bir değişiklik, hürriyet ile güvenlik arasında olması gereken dengeyi hürriyet aleyhine bozmayacaktır. Bilâkis, hürriyetlerin en geniş şekilde düzenlenip güvence altına alındığı bir demokratik hukuk düzeninin nimetlerinden istifade ederek bu düzeni yıkmaya yönelik fiillerin ayıklanmasına hizmet edecektir. Akademik yazında, propagandaya hak ettiği ilgi ve önem verildiğinde, ifade hürriyetine ilişkin tartışmaların da daha sağlıklı bir zemine oturacağına inanıyoruz.

KAYNAKÇA

Adoua, Sydney. "Kanada Antiterrorist Kanunu'nun Temel Haklar Üzerine Etkisi", (Çev.: Pınar Memiş) *Suç ve Ceza, Ceza Hukuku Dergisi*, S. 1, Nisan Mayıs Haziran 2008, s. 1-11.

Akçay, Ekrem Yaşar/ Çelenay Ömer Engin. "Terör ve Medya İlişkisinin 2003 Yılında İstanbul'da Meydana Gelen Saldırıların Örneğiyle İncelenmesi", *Nevşehir Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi*, S. 2, 2012, s. 183-197.

¹³⁰ Akiner, Nurdan. "Bir Modern Zamanlar Silahı Olarak Medya: Kaddafi'nin Linci'nin Satır Arasını Okumak, Esad'ı Anlamak ", *Akademik ve Sosyal Araştırmalar Dergisi*, Y. 2, S. 1, Mart 2014, s. 3.

¹³¹ Kâhya Birgül, s. 378.

¹³² Değer, Kamuran. "Olağanüstü Durum Haberciliğinin Atatürk Havalimanı Terör Eylemi Üzerinden İncelenmesi", *TRT Akademi*, C. 2, S. 3, 2007, s. 103-104.

Akiner, Nurdan. "Bir Modern Zamanlar Silahı Olarak Medya: Kaddafi'nin Linci'nin Satır Arasını Okumak, Esad'ı Anlamak ", *Akademik ve Sosyal Araştırmalar Dergisi*, Y. 2, S. 1, Mart 2014, s. 1-19.

AnaBritannica, C. 20, Ana Yayıncılık, 1990.

Arslan, Zühtü. "İfade Özgürlüğünün Sınırlarını Yeniden Düşünmek, 'Açık ve Mevcut Tehlike'nin Tehlikeleri " Liberal Düşünce, Güz 2001, s. 14-22.

Arslan, Zühtü. "Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırlanması, Anayasanın 13. Maddesi Üzerine Bazı Düşünceler " *Anayasa Yargısı*, C. 18, S. 1, 2002, s. 139-155.

Avşar, Zakir. "İnternet Çağında Medya, Terör ve Güvenlik", *TRT Akademi*, C. 2, S. 3, 2017, s. 116-132.

Aydın, Öykü Didem. *Üç Demokraside Düşünce Özgürlüğü ve Ceza Hukuku -I- Amerika Birleşik Devletleri*, Seçkin Yayınları, Ankara 2004.

Bahçe, Ahmet/ Demir, Abdullah. "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin İfade Özgürlüğüyle İlgili Türkiye Kararları", *Uluslararası Sosyal Bilimler Dergisi*, C. I, S.3, 2017,

Başeren, Sertaç. "Terörizm: Kavramsal Bir Değerlendirme", *Terörizm İncelemeleri, Teori, Örgütler, Olaylar*, Avrasya Stratejik Araştırmalar Merkezi (ASAM) Yayınları, No: 10, Ankara 2000, s. 1-16.

Bektaş, Arsev. *Siyasal Propaganda, Tarihsel Evrimi ve Demokratik Toplumdaki Uygulamaları*, Bağlam Yayınları, İstanbul 2002.

Can, Osman. *Yol Ayrımında, Statrükodan Önce Son Çıkış*, 1. Baskı, Timaş Yayınları, İstanbul, 2012.

Çalağan, Önder. *Terörizmin Bir Propaganda Aracı Olarak Medya ve Terör Haberciliği*, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Karabük Üniversitesi Lisansüstü Eğitim Enstitüsü, Karabük, 2020.

Çelik, Can. *Terörizmin Propagandası Suçu*, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2014.

Çevik, Abdülkadir/ Ceyhun, Birsen. *Politik Yönden Kimlik Gelişimi ve Etnik Terörizm*, Politik Psikoloji Serisi, Ankara 1995.

Değer, Kamuran. "Olağanüstü Durum Haberciliğinin Atatürk Havalimanı Terör Eylemi Üzerinden İncelenmesi", *TRT Akademi*, C. 2, S. 3, 2007, s. 98-115.

Domenach, J. M. *Siyasi Propaganda*, (Çev.: Cevdet Perin), Remzi Kitabevi, İstanbul 1962.

- Ergün, Reyda/ Özenç, Berke. “Anayasa Mahkemesi’nin Barış Bildirisi Kararı: İfade Özgürlüğü Akademik Özgürlük ve Devlete Sadakat Kavramı Çerçevesinde Bir İnceleme”, *Toplum ve Hekim*, C. 35, S. 6, Kasım-Aralık 2020, s. 419- 455.
- Freud, Sigmund. *Kitle Psikolojisi*, (Çev.: Kamuran Şipal), 1. Baskı, Bozak Yayınları, İstanbul 1975.
- Goebbels, Joseph. *Büyük Yalanlar* (Der ve Çev.: Duygu Bolut), Zeplin yayınları, İstanbul, 2020.
- Golden, Roger Dean. “Güvenliğin Maliyeti Nedir? ABD Vatanseverlik Kanunu ve Amerika’nın Özgürlük ve Güvenlik Arasındaki Dengesi” (Çev.: Muharrem Aksu), *S.D.Ü. Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 2, S. 2, 2012, s. 109-134.
- Göregenli, Melek/ Çoklar, Işıl. “*Yargıda İfade Özgürlüğüne Yönelik Farkındalığın Arttırılması Projesi Alan Araştırması Raporu*”, MATRA, Türkiye Adalet Akademisi Yayınları-19, Ankara, 2013.
- Hafızoğulları, Zeki. “Liberal-Demokratik Toplum, Hukuk ve Devlet Düzeninde İfade Hürriyetinin Sınırı”, *TBB Dergisi*, S. 55, 2004, s. 85-101.
- Hirsch, Ernst. *Hâtıralarım, Kayzer Dönemi, Weimar Cumhuriyeti, Atatürk Ülkesi*, Banka ve Ticaret Hukuku Enstitüsü, Ankara, 1985.
- Hitler, Adolf. *Kavgam*, (Çev: Hüseyin Cahit), 2. Baskı, Muallim Ahmet Halit Kitabevi, İstanbul, 1941.
- Irmak, Fatih/ Kahya Yavuz. "Amerika Birleşik Devletleri'nde Terörizm ve Terörizm Korkusu, 11 Eylül Terör Saldırılarının Öncesi ve Sonrasına İlişkin Bir Analiz", *Uluslararası Sosyal Araştırmalar Dergisi*, C 7, S. 33, s. 315-324.
- Kâhya Birgül, Alev. "*Medya ve Tehdit - Güvenlik Algılamalarında Değişme* ", ayk.gov.tr
- Kirshner, Alexander S. *Militan Demokrasi*, (Çev. : Ferit Burak Aydar), 1. Baskı, Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, İstanbul, 2017.
- Kocasakal, Ümit/ Aksoy, Emine Eylem/ Memiş, Pınar. “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında İfade Özgürlüğü”, *İfade Özgürlüğü ve Türk Ceza Hukuku*, Türk Ceza Hukuku Derneği Yayınları, İstanbul 2003, s. 25-50.
- Korkmaz, Ömer. *Düşünceyi Açıklama Özgürlüğü ve Sınırları*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2014.
- Le Bon, Gustave. *Kitleler Psikolojisi*, (Çev.: Hasan Can), 1. Baskı, Tutku Yayınları, Ankara 2015.
- Marighella, Carlos. *Şehir Gerillası El Kitabı*, (Çev.: Mehmet Atilla), 1. Baskı, Evren Yayınevi, İstanbul, 1977.

-
- Minda, John Paul. *İnsan Nasıl Düşünür? Karar Verme Hatırlama ve Dünyayı Anlamlandırma Süreçlerimizi Kavramak* (Çev.: Fırat Çakkalkurt), 1. Baskı, Okyan Us Yayınevi, İstanbul, 2021.
- Ökçesiz, Hayrettin. *Sonbahara Eylem Kitabı*, Ankara, 2013.
- Özcan, Nihat Ali. *PKK (Kürdistan İşçi Partisi) Tarihi, İdeolojisi ve Yöntemi*, ASAM Yayınları, Ankara, 1999.
- Özdağ, Mehmet Savaş. "Propaganda Üzerine" *21. Yüzyılda Türk Dünyası Jeopolitiği, Muzaffer Özdağ'a Armağan, C. II*, ASAM Yayınları, No: 61, Ankara, 2003, s. 269-285.
- Özdağ, Ümit. *Algı Yönetimi, Propaganda, Psikolojik Savaş Örtülü Operasyon ve Enformasyon Savaşı*, 4. Baskı, Kripto Yayınları, Ankara, 2015.
- Özgenç, İzzet. *Suç Örgütleri*, 14. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2022.
- Özgenç, İzzet. "Terörizmin ve Terör Örgütünün Propagandası Suçu ve Ceza Hukuku Sorumluluğu", *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 25, S.2, 2021, s. 373-431.
- Saran, Mine/ Bitirim Selin. "Terörle Mücadelede Sosyal Pazarlama ve İletişim Stratejileri", *Ulusal Güvenlik ve Terörizm Dergisi*, C. 1, S. 2, 2010, s. 87-109.
- Sciascia, Leonardo. *Aldo Moro Vakası*, (Çev.: Neyyire Gül Işık), 1. Baskı, Yapı Kredi Yayınları, İstanbul, 2016.
- Şen, Ersan. "Terör Örgütünün Propagandası Suçu", *Hukuki Haber Sitesi*, 28 Eylül 2022, (Erişim Tarihi: 26.10.2022)
- Şen, Ersan/ Eryıldız, H. Sefa. *Suç Örgütü*, 3. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2020.
- Tavlaş, Nezih. "Terörü Tanımlamak", *Strateji Dergisi, C.II*, İstanbul, 1995, s. 125-133.
- Topçu, Namık Kemal. "Terör Örgütünün Propagandasını Yapma Suçu (TMK 7/2-5)", *Ceza Hukuku Dergisi*, C. 10, S. 28, 2015, s. 107-139.
- Toroslu, Haluk. "Kamu Barışına Karşı Suçlar Bakımından Tahrik Kavramı", *Prof. Dr. NEVZAT TOROSLU'YA Armağan, C-II*, AÜ Yayınları, Ankara, 2015, s. 1201-1231.
- Trager, Robert/ Dickerson, Donna L. *21. Yüzyılda İfade Hürriyeti* (Çev.: A. Nuri Yurdusev), Liberal Düşünce Topluluğu Yayınevi, Ankara, 2003.
- Tuğcu, M. Said. "Althusser'in İdeoloji Kavramı Bağlamında 'Operasyon Argo' Filminin Analizi" *Uluslararası Bilimsel Araştırmalar Dergisi*, C. 1, S. 3, 2016, s. 55-71.

Tunç, Hasan/ Erdoğan Murat. “Yargıtay ve Anayasa Mahkemesi Kararlarında Demokratik Toplum Düzeninde Gereklik İle Açık ve Yakın Tehlike Kavramları”, *Antalya Bilim Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 8, S. 16, 2020, s. 1295-1321.

Türkoğlu, Selin. “Terör Örgütünün Propagandası Suçu (TMK M. 7/2-5)”, *Suç ve Ceza*, S. 1, 2021, s. 161-192.

Ustabulut, Batuhan. “İfade Özgürlüğünde Açık ve Mevcut Tehlike”, *Kocaeli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 8, S. 16, 2017, s. 27-59.

Yıldırım, Zeki. “Türkiye’de İfade ve Basın Özgürlüğü Sorunu; Avrupa Birliği Uyum Sürecinde İfade ve Basın Özgürlüğü Alanında Yapılan Çalışmalar”, *EÜHFD*, C. 16, S. 1-2, 2012, s. 53-86.

Yıldırım, Zeki. *İfade ve Basın Özgürlüğü Bağlamında Terör Örgütünün Propagandası Suçu*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2020.

<https://www.tbmm.gov.tr/Yasama/KanunTeklifi/256570>.

<https://hudoc.echr.coe.int/fulltext>, (Erişim Tarihi: 10.09.2022).

Oy Pusulası ile Protesto: “Yukarıdakilerden Hiçbiri” Seçeneği

Özlem ÇELİK 

Dr. Öğr. Üyesi, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Anayasa Hukuku Anabilim Dalı, Konya, Türkiye
osenturk@selcuk.edu.tr (Sorumlu Yazar / Corresponding Author)

Makale Bilgileri	ÖZ
<p>Makale Geçmişi Geliş: 07.04.2023 Kabul: 11.06.2023 Yayın: 02.08.2023</p> <p>Anahtar Kelimeler: Yukarıdakilerden hiçbiri, Bu adayların hiçbiri, Protesto oylaması, Boş oy.</p>	<p>Demokratik seçimler, seçmenlerin rakip siyasi partiler veya adaylar arasından bir seçim yapması esasına dayanır. Adaylardan hiçbirini desteklemek istemeyen seçmenlere tercihlerini açık bir şekilde ifade edebilecek bir seçenek genellikle sunulmaz. Ancak bazı ülkelerde, oy pusulalarında “yukarıdakilerden hiçbiri” (none of the above, NOTA), ya da “bu adayların hiçbiri” (none of these candidates, NOTC) şeklinde bir seçeneğe yer verilmektedir. Oy pusulalarında seçmenlere bu şekilde bir seçenek sunan ülke sayısı oldukça azdır. Bazı ülkelerde ise boş oylar ayrıca sayılıp, geçerli oy sayısına dahil edilmektedir. Bu tür düzenlemelerin amacı adayları protesto eden seçmenleri de sürece dahil ederek, seçimlere katılma oranlarını arttırmaktır. Venedik Komisyonu ise seçmenlerin adayları veya partileri reddedebilmelerinin, siyasete ve partilere karşı ilgisizliklerini güçlendirebileceğini belirtmiştir. Bu çalışmada oy pusulalarında “yukarıdakilerden hiçbiri” ya da benzeri seçenekler sunan ülke örnekleri genel olarak incelenecektir.</p>

Protest by Ballot Paper: “none of the above” Option

Article Info	ABSTRACT
<p>Article History Received: 07.04.2023 Accepted: 11.06.2023 Published: 02.08.2023</p> <p>Keywords: None of the above, None of these candidates, Protest voting, Blank vote.</p>	<p>Democratic elections are based on voters choosing between competing political parties or candidates. Generally, voters who do not wish to support any of the candidates are not given an option to clearly express their preferences. In some countries, however, an option of “none of the above” (NOTA) or “none of these candidates” (NOTC) is included on the ballot papers. Very few countries offer voters this option in their ballot papers. In some countries, blank votes are counted separately and included in the number of valid votes. The purpose of such regulations is to increase the voter turnout by including voters who protest against candidates. The Venice Commission has noted that the possibility for voters to reject candidates or parties may strengthen their apathy towards politics and parties. In this study, examples of countries that offer “none of the above” or similar options on their ballots will be examined in general.</p>

Atıf/Citation: Çelik, Ö.(2023). Oy Pusulası ile Protesto: “Yukarıdakilerden Hiçbiri” Seçeneği, *Necmettin Erbakan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 6(2), s.530-552.

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



“This article is licensed under a [Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License](https://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0/). (CC BY-NC 4.0)”

GİRİŞ

Günümüz demokratik sistemlerinde seçimler, vatandaşların tercihlerinin siyasal sisteme aktarılmasını sağlayan en önemli araçtır. Şüphesiz ki demokratik sistemlerde siyasal katılım sadece seçimler vasıtasıyla sağlanmaz. Vatandaşların hükümet politikalarını etkileyebileceği hatta bazen doğrudan karar alabileceği pek çok usul vardır. Ancak günümüzde demokrasi özü itibarıyla temsildir, yani oylamalar yoluyla halkın yönetimi esasına dayanır. Seçimler siyasal iktidarların meşruiyetinin temelini oluşturur. Dolayısıyla günümüz demokrasileri için seçimler ve seçimlere katılım oranlarının yüksek olması hayati öneme sahiptir.

Demokratik bir seçimin temelinde tercih etme hürriyeti vardır. Seçmenler seçimlerde kendisine sunulan alternatiflerden birini seçerek tercihini kullanır. Mevcut sistemlerin çoğunluğunda kendisine sunulan alternatiflerden hiçbirini desteklemeyen seçmenlerin, bu tercihini açık bir şekilde sandığa yansıtabilmesi mümkün değildir. Siyasal sisteme veya mevcut siyasal elitlere tepki göstermek niyetinde olan kişiler, seçimlerde bilerek geçersiz veya boş oy kullanmak, aslında desteklemediği başka bir partiye oy vermek veya seçimlere katılmamak (veya seçmen kütüğüne kaydolmamak) gibi tercihler yapabilmektedir. Ancak bu gibi durumlarda, “protesto oyları” olarak adlandırılacak bu oyların ve seçmenlerin seçimlere katılmama tercihinin yanlış yorumlanması ihtimali ortaya çıkmaktadır. Örneğin, seçimlere katılma oranlarının düşük olmasının temel sebebi mevcut sisteme, partilere ya da adaylara karşı duyulan tepkiden kaynaklanabileceği gibi, bu konudaki isteksizlik veya konu ile ilgili bilgi eksikliğinden ya da mevcut durumdan memnuniyetten de kaynaklanabilir.

Günümüzde bazı ülkelerde oy pusulalarında veya elektronik oylama makinelerinde “yukarıdakilerin hiçbiri” ya da “bu adayların hiçbiri” (*none of the above* *NOTA* ya da *none of these candidates* *NOTC*) şeklinde bir seçeneğe yer verilmektedir. Ancak bu yöntemi uygulayan ülke sayısı ve bu yöntemi inceleyen akademik çalışmaların sayısı oldukça azdır.

“Hiçbiri” seçeneği sayesinde, seçmenlerin protestosunu sandığa yansıtabilmesi mümkündür. Bu durum protesto oyların doğru bir şekilde yorumlanmasına da katkı sağlayacaktır. Zira bu suretle, demokratik sisteme olan güvenini yitirmemiş ve oy kullanmak isteyen ya da oy kullanmayı bir görev olarak gören seçmenler, adaylara karşı tepkisini sandıkta dile getirmiş olacaktır. Ancak demokrasi teorisi açısından, “hiçbiri” seçeneğinin uygulanmasından kaynaklanan bazı sorunlar da vardır. Bu sorunları ortaya koyabilmek için, seçmenlerin adayların hiçbirini onaylamadığını sandıkta belirtmesine imkân sağlayan sistemlerin incelenmesinde fayda vardır. Bu nedenle çalışmamızda, seçimlerde seçmenlere “yukarıdakilerden hiçbiri” ya da benzeri seçenekler sunan ülke örnekleri genel olarak incelenecektir.

I. GENEL OLARAK “HİÇBİRİ” SEÇENEĞİ VE BOŞ YA DA GEÇERSİZ OYLAR İLE İLİŞKİSİ

A. “Hiçbiri” Seçeneğinin Tanımı ve Uygulanma Usulü

“Yukarıdakilerin hiçbiri” ya da “bu adayların hiçbiri” belirli bir seçim bölgesindeki adayların hiçbirini onaylamayan seçmenlerin tüm adayları reddetmelerini sağlayan bir oylama seçeneğidir. Oy pusulalarına seçmenlerin tüm adayları reddedebilmesine imkân veren bir seçenek eklenmesi, seçmenlerin protestolarını sandığa yansıtmasına imkân tanımak amacıyla kabul

edilmektedir. Bu noktada “protesto oyu” kavramına değinmekte fayda vardır. Protesto oyu bir seçimde adaylara, partilere veya mevcut siyasi sisteme karşı duyulan memnuniyetsizliği göstermek için kullanılan oydur. Protesto oyları temelde iki farklı amaçla verilir. Birincisi siyasi sistemi bütünüyle protesto etmek diğeri ise siyasi elitleri protesto etmektir. Bu konuda yapılan ampirik çalışmalar, sistem protestosunun çok daha az ve sınırlı olduğunu göstermektedir. Protesto oyları genellikle görevdeki siyasi otoritelere yöneliktir¹.

Özel olarak protesto oyu, seçmenin oylamalar vasıtasıyla, “onay vermeme” durumunu ifade etme eylemidir. Dolayısıyla bir eylemin protesto oyu olarak nitelendirilebilmesi için, seçmenlerin protesto ettikleri bir şeyin bulunması gerekmektedir. Protestonun yöneldiği şey siyasi partiler, adaylar, siyasi sistem ya da genel olarak siyasetçiler olabilir. Protesto oylaması siyasi güvensizliğin doğrudan bir sonucudur ve herhangi bir siyasi aktöre ya da kuruma güvenmeyen seçmenler, bu duygularını protesto oyu kullanarak ifade edebilirler. Bu nedenle protesto oylamasını, “siyasi güvensizliği ifade etme amacıyla bir siyasi parti ya da adaya oy verme eylemi” olarak tanımlamak mümkündür².

Protesto oylaması olarak nitelendirilen farklı oy verme davranışları vardır³. Bunlardan birincisi seçmenlerin ana akım partileri veya adaylarını reddederek, oylarını düzen karşıtı ya da ideolojik olarak aşırı adaylara veya partilere vermesidir. İkincisi, seçmenlerin en çok tercih ettikleri partiden duydukları memnuniyetsizlik sebebiyle, daha az tercih ettikleri bir partiye oy vermesidir⁴. Üçüncüsü, seçmenlerin kasıtlı olarak boş veya geçersiz oy kullanmalarındır. Sonuncusu ise seçmenlerin, oy pusulasında yer alan “hiçbiri” benzeri bir seçeneği onaylamasıdır⁵. Oy pusulalarında “hiçbiri” seçeneğine yer vermenin, tepki oylarının doğru bir şekilde değerlendirilmesine katkı sağlayacağı kabul edilmektedir.

Seçimler, demokratik bir sistemin temel unsurudur, siyasi iktidarların meşruluğunun temelinde seçimler vardır. Ancak son zamanlarda hem gelişmiş hem de gelişmekte olan pek çok ülkede oy kullanmayan, boş veya geçersiz oy kullanan seçmen sayısı artmaktadır⁶. Bu durumun sebebi zamana ve mekâna bağlı olarak değışmekle birlikte, seçimlere katılan adayların, partilerin ya da siyasi sistemin protesto edilmesi de bu artışın sebepleri arasında gösterilmektedir. Hatta boş veya geçersiz oy kullanan seçmen sayısındaki bu artışın, “günümüz temsili demokratik sisteminin

¹ Bergh, Johannes. “Protest Voting in Austria, Denmark, and Norway”, *Scandinavian Political Studies*, Volume 27, No. 4, 2004, s. 385.

² Bergh, s. 376.

³ Protesto oyları hakkındaki literatür çok kapsamlıdır. Bu çalışmalarda protesto oylaması olarak kabul edilen seçmen davranışları da farklılaşmaktadır. Protesto oylaması olarak nitelendirilebilecek farklı oy verme davranışlarının tamamı çalışmamızın konusunu oluşturmadığından, bu konuda kısaca bilgi verilmekle yetinilecektir.

⁴ Ancak başka bir görüşe göre, protesto oyları aslında tahmin edildiği gibi radikal partilere değil, diğer muhalefet partilerine yönelmektedir. Bergh, s. 385 vd. Kanada örneğinin incelendiği bir araştırma, dar bölgeli çoğunluk seçim sisteminin (kazanan hepsini alır olarak da adlandırılan) uygulanmasına rağmen üçüncü partilerin halen var olmasını, protesto oylarının bu partilere yönelmesine bağlamaktadır. Bowler, Shaun/Lanoue, David J. “Strategic and Protest Voting for Third Parties: The Case of the Canadian NDP”, *The Western Political Quarterly*, Volume 45, No. 2, 1992, s. 497-498. Ukrayna örneğinin incelendiği başka bir çalışmada ise, 2012’de NOTA seçeneğinin kaldırılmasından sonraki ilk seçimde küçük partilerin aldığı oy oranının arttığı tespit edilmiştir. NOTA seçeneğinin kaldırılmasının, katılım oranı ve geçersiz oy pusulası sayısı üzerinde ise herhangi bir etkisi olmamıştır. Tyshkovskiy, s. 30.

⁵ Alvarez, R. Michael/Kiewiet, D. Roderick/Nu’nez, Lucas. “A Taxonomy of Protest Voting”, *Annual Review of Political Science*, Volume 21, 2018, s. 136.

⁶ Plescia, Carolina/Kritzinger, Sylvia/ Singh, Shane P. “Who Would Vote NOTA? Explaining a ‘None of the Above’ Choice in Eight Countries”, *European Journal of Political Research*, 2021, s. 1.

yurttaşların değişen siyasi taleplerini karşılamadaki yetersizliğinin” bir kanıtı olduğu ileri sürülmektedir⁷. Zira temsili demokrasilerin temel katılım aracı seçimler, önceden belirlenmiş adaylardan birinin tercih edilmesi esasına dayanmaktadır. Yolsuzluk iddiaları, adayların ya da partilerin yeterlilikleri gibi konularda memnuniyetsizlikleri olan seçmenler, adaylara veya partilere tepkisini kolay ve etkili bir şekilde ifade edememektedir. Bu tür durumlarda olan seçmenler için, mevcut geleneksel hesap verebilirlik mekanizmaları (seçimler gibi) yeterli olmazken, aynı zamanda vatandaşların adayları resmi olarak reddetme araçları da mevcut değildir⁸.

Oy pusulalarında seçmenlerin tüm adayları reddedebilmesi, “yukarıdakilerden hiçbiri” şeklinde bir seçeneğe yer verilmesi ile mümkündür. Hindistan ve Amerika Birleşik Devletleri’nin (ABD) Nevada Eyaleti⁹, elektronik oylama makinelerinde veya oy pusulalarında “yukarıdakilerden hiçbiri” şeklinde bir seçeneğe yer vermektedir¹⁰. 2013 yılında Hindistan Yüksek Mahkemesi, seçmenlerin oy kullanma haklarından vazgeçmeden tüm adayları reddetme seçeneklerinin olması gerektiğine karar vermiştir¹¹. Oy pusulalarında “hiçbiri” seçeneğine yer verilmesi, 2006 yılına kadar “tümüne karşı” şeklinde Rusya’da, 2012 yılına kadar ise Ukrayna’da uygulanmıştır¹². Kırgız Cumhuriyeti’nde cumhurbaşkanlığı ve parlamento seçimlerinde “tümüne karşı” seçeneğine yer verilmektedir¹³. “Yukarıdakilerden hiçbiri” seçeneği 2013 Pakistan seçimleri için oy pusulalarına konulmuş, ancak Pakistan Seçim Komisyonu bu uygulamayı onaylamamıştır¹⁴.

Bazı devletler ise “boş oy” seçeneği sunmak ve boş oyları geçersiz oylardan hariç tutarak saymak suretiyle, seçmenlerin tüm adaylara karşı oy kullanmasına imkân tanımaktadır. Fransa (*vote blanc*), İspanya ile Arjantin, Şili, Kolombiya gibi bazı Latin Amerika ülkelerinde de benzer bir seçenek (*voto en blanco*) kullanılmaktadır¹⁵. Ayrıca ABD, İsveç ve Finlandiya gibi az sayıda ülkede, seçmenlerin, oy pusulasına mevcut adayların dışında herhangi bir kişinin adını “yazma” seçeneği de vardır¹⁶.

⁷ Superti, Chiara. “The Blank and Null Vote as An Alternative Form of Democratic Protest”, http://scholar.harvard.edu/files/csuperti/files/blankasprotest_final.pdf?m=1455298855, (Erişim Tarihi: 19.03.2019).

⁸ Superti, “The Blank and Null Vote”.

⁹ Bu usul ABD’nin yalnızca Nevada Eyaleti’nde uygulanmaktadır. Ancak diğer eyaletlerde de bu seçenek lehine girişimler olmuştur. Örneğin California’da “hiçbiri” seçeneğinin bağlayıcı versiyonu halk girişimi yoluyla önerilmiş ancak yeterli imza sağlanamadığı için bu girişim başarısız olmuştur. Bkz. https://repository.uchastings.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1945&context=ca_ballot_inits, Erişim Tarihi: 23.03.2023.

¹⁰ Alvarez/Kiewiet/Nuñez, s. 151.

¹¹ Ambrus, Attila/Greiner, Ben/Zednik, Anita. “The Effects of a ‘None of the Above’ Ballot Paper Option on Voting Behavior and Election Outcomes”, *Economic Research Initiatives at Duke (ERID)*, Working Paper No. 277, (07.11.2018),

https://papers.ssrn.com/sol3/JELJOUR_Results.cfm?form_name=journalbrowse&journal_id=1157958, (Erişim Tarihi: 18.03.2019), s. 2.

¹² Tyshkovskiy, s. 1.

¹³ Fedorenko, Vladyslav/Nesterovych, Volodymyr/Bernaziuk, Ian. “The Ballot Paper: a Constitutional Instrument of Electoral Democracy or a Means of Manipulating the Electorate?”, *Krytyka Prawa, Niezależne Studia Nad Prawem*, Volume 13, No. 1, 2021, s. 57.

¹⁴ The Express Tribune. “None of the above vote to be added to ballots: ECP”, (03.04.2013), <https://tribune.com.pk/story/530557/none-of-the-above-vote-to-be-added-to-ballots-ecp/>, (Erişim Tarihi: 16.01.2023).

¹⁵ Damore David F./Waters, Mallory M./Bowler, Shaun. “Unhappy, Uninformed, or Uninterested? Understanding “None of the Above” Voting”, *Political Research Quarterly*, Volume 65, Issue 4, 2012, s. 905.

¹⁶ Khan, Kafeel. “NOTA: A Progress or Regress”, *Jus Corpus Law Journal*, Volume 2, Issue 3, 2022, s. 5.

“Hiçbiri” seçeneği her ülkede farklı şekilde adlandırılmakla birlikte, temelde iki farklı şekilde uygulanmaktadır. Birinci durumda, “hiçbiri” seçeneğinin bağlayıcı bir sonucu yoktur ve seçmene yalnızca adayların hiçbirini tercih etmediğini bildirme fırsatı sunar. Başka bir ifade ile “hiçbiri” seçeneği hiçbir zaman seçimi kazanamaz. “Hiçbiri” seçeneğinin çoğunluk oyu alması halinde, ikinci sıradaki aday seçimi kazanmış olur¹⁷. “Hiçbiri” seçeneğinin sonuçlarının bağlayıcı olduğu ikinci durumda ise, “hiçbiri” seçeneğinin kazanması halinde ilk seçimdeki adaylara oy pusulalarında yer verilmeyerek yeni bir seçim yapılmaktadır¹⁸.

Tercihli “hiçbiri” seçeneğinin ise, bağlayıcı veya bağlayıcı olmayan bir şekilde uygulanabilmesi de mümkündür. Tercihli yöntemde seçmene üç seçenek sunulur. Seçmen tercih ettiği bir adaya ya da “hiçbiri” seçeneğine oy verebilir. Üçüncü ihtimalde ise seçmen, bir adayla birlikte “yukarıdakilerin hiçbirini” seçebilmektedir.¹⁹ Bu durumda “hiçbiri” seçeneğine oy vermek isteyen seçmen, ikinci tercihini de aynı anda belirtmiş olacaktır. Tercihli yöntemin özellikle bağlayıcı olmayan yöntem ile uygulanmasının, oyların sayımını zorlaştıracağı şüphesizdir. Ancak, “hiçbiri” seçeneğinin bağlayıcı olması durumunda tercihli yöntemi benimsemek, ikinci bir seçimin yapma ihtiyacını da ortadan kaldıracaktır.

B. “Hiçbiri” Seçeneğinin Boş ve Geçersiz Oylar ile İlişkisi

Boş veya geçersiz oylar seçmenlerin oylama hatasından, bilgisizliğinden ya da partilere veya adaylara karşı duyulan tepkiden kaynaklanabilmektedir. Boş ve geçersiz oylar ile ilgili olarak yapılan akademik çalışmalarda, boş veya geçersiz oy kullanmanın temel sebepleri üzerinde bir fikir birliği sağlanamamıştır. Çalışmalarda boş veya geçersiz oy kullanmanın sebepleri hakkında bazı durumlarda iç içe geçen, üç temel yaklaşım vardır²⁰. Birinci yaklaşıma göre boş veya geçersiz oy kullanmanın temel sebepleri arasında seçim sistemi, parti sistemi ya da oy pusulasından kaynaklanan yapısal sorunlar gösterilmektedir. İkinci yaklaşıma göre seçimde yabancılaşma duygusuna ya da seçmenlerin yetersizliğine yol açan sosyo-ekonomik meseleler boş ve geçersiz oy kullanmaya sebep olmaktadır. Son yaklaşım ise boş veya geçersiz oy kullanmanın temel sebebinin siyasi protesto olduğunu kabul etmektedir²¹. Örneğin, ABD’de, 1975’te yapılan Boston

¹⁷ Phillips, Shanna S. *Making Choices Real: Increasing Electoral Participation by Voting for None*, University of Nevada, Retrospective Theses & Dissertations, University of Nevada, Las Vegas, 2000, <https://digitalscholarship.unlv.edu/rtds/1129>, (Erişim Tarihi: 20.03.2019), s. 7-8.

¹⁸ Phillips, s. 8.

¹⁹ Phillips, s. 8.

²⁰ Mott, Rodney L. “Invalid Ballots Under the Hare System of Proportional Representation”, *The American Political Science Review*, Volume 20, No. 4, 1926, s. 874–882; Power, Timothy J./Roberts, J. Timmons. “Compulsory Voting, Invalid Ballots, and Abstention in Brazil”, *Political Research Quarterly*, Volume 48, No. 4, 1995, s. 795-826; McAllister, Ian/Makkai, Toni. “Institutions, Society or Protest? Explaining Invalid Votes in Australian Elections”, *Electoral Studies*, Volume 12, Issue 1, 1993, s. 23-40; Power, Timothy J./Garand, James C. “Determinants of Invalid Voting in Latin America”, *Electoral Studies*, Volume 26, Issue 2, 2007, s. 432-444; Stiefbold, Rodney P. “The Significance of Void Ballots in West German Elections” *The American Political Science Review*, Volume 59, No. 2, 1965, s. 391–407; Herron, Michael C./Sekhon, Jasjeet S. “Black Candidates and Black Voters: Assessing the Impact of Candidate Race on Uncounted Vote Rates”, *The Journal of Politics*, Volume 67, No. 1, 2005, s. 154–177.

²¹ Örneğin Avustralya, mevcut liberal demokrasiler arasında en yüksek geçersiz oy oranlarından birine sahiptir. McAllister/Makkai Avustralya’daki yüksek düzeydeki geçersiz oyları mecburi oy sistemi, seçim sisteminin karmaşıklığı ve seçmenler arasında çok sayıda göçmenin bulunmasıyla açıklamaktadır McAllister/Makkai, s. 23. Bir çalışmada boş veya geçersiz oyların her devlete uyacak tek bir yorumunun olmadığı ileri sürülmüştür. Buna göre, boş veya geçersiz oy kullanmaya sebep olan durumların (yapısal sorunlar, sosyo-ekonomik sorunlar veya politik protesto gibi) herhangi birini diğerlerini dışlayacak şekilde öne sürmek tamamen yanlıştır. Örneğin bu çalışmada, seçmenlerin yüksek düzeyde devrimci şiddetle karşı karşıya kaldıklarında, daha az demokratik ülkelerde yaşadıklarında veya siyasi

belediye başkanlığı seçimlerinde, görevde bulunan Kevin White, Senatör Joseph Timilty’ye karşı zafer kazanmıştır. Ancak bu seçimlerdeki boş veya geçersiz oyların sayısı iki aday arasındaki oy farkını aşmıştır. Boş oyların fazla olması, Belediye Başkanı hakkındaki yolsuzluk suçlamaları nedeniyle, liberal toplumun siyasette yozlaşmaya tepki gösterdiği şeklinde yorumlanmıştır²². 2001’de Arjantin yasama seçimlerinde, seçmenlerin yüzde yirmi biri boş ve geçersiz oy kullanmıştır. Bu durum, yıllarca süren ekonomik durgunluk ve toplumsal huzursuzluğun ardından Başkan Fernando de la Rúa’ya güçlü bir mesaj niteliğinde görülmüştür²³.

Bazı ülkelerde boş oy kullanmak suretiyle protesto hakkının kabul edilmesini sağlamak amacıyla siyasi hareketler de oluşmuştur. Örneğin, İspanya’da 2000’li yılların başında ‘hesaplanabilir boş oylar için vatandaş hareketi’ (*movimiento ciudadano por el voto blanco computable*) oluşturulmuştur. Bu harekete bağlantılı olarak, 2004 yılında koltukları boş bırakmayı hedefleyen “Boş Oy Partisi” (*Escaños en Blanco*) partisi kurulmuştur. 2011’de bu parti Katalonya’da oyların yüzde 1,47’sini almıştır. Benzer partiler şu anda Fransa, İngiltere, Galler ve Sırbistan’da da vardır²⁴. İngiliz Seçim Komisyonu, 2001 Parlamento seçimlerine katılım oranlarının düşük olması sebebiyle, oy pusulalarında hiçbiri seçeneğinin getirilmesi hususunu tartışmaya açmıştır²⁵.

Şüphesiz siyasete veya siyasetçilere tepki göstermek için toplantı ve gösteri yürüyüşleri gibi pek çok demokratik kanal mevcuttur. Ancak günümüzde seçimler, kitlesel demokratik katılım konusunda en etkili yoldur ve vatandaşların önemli bir kısmı diğer yollarla tepki göstermeyi tercih etmemektedir. Örneğin, 2011 seçimlerinde İspanya’da üç yüz binden fazla seçmen, boş oy kullanmış, yine aynı sayıda seçmen de bilerek veya yanlışlıkla geçersiz oy kullanmıştır. Bu seçimde “Boş Oy Partisi” ise yüz bin oy almıştır. Bu rakamlar, İspanya tarihinin en büyük kitlesel protestolarından biri olan 2011’de İspanya’ya yayılan öfkeli (*indignados*) hareketi gösterilerine katılan tahmini insan sayısından oldukça fazladır²⁶.

Pek çok seçim sisteminde boş oylar genellikle kullanılan geçerli oylardan hariç tutulmaktadır. Ancak bazı ülkelerde, seçimlerde önerilen adaylardan hiçbirinin yeterli olmadığını belirtmek için boş oy seçeneği kullanılmaktadır. Boş oyların geçersiz olarak kabul edilmediği bu sistemlerde, boş oylar ayrıca sayılır ve kullanılan geçerli oy sayısına dahil edilir. Bu tür sistemlerde seçmenin sandığa giderek, her ülkenin seçim mevzuatında belirlenen işlemleri yapması gerekir. Örneğin Kolombiya’da “boş oy” olarak gösterilen kutunun işaretlenmesi gerekir; Fransa gibi diğer ülkelerde, oy zarfının boş olması veya zarfın boş bir kâğıt parçası içermesi halinde boş oy kullanılmış sayılmaktadır. Bu anlamda boş oy, herhangi bir adayın lehine olmayan geçerli bir oy

sistemleri anti-demokratik bir yönde değişime uğradığında, protesto amaçlı boş veya geçersiz oy kullanmasının daha sık görüldüğünü ortaya konulmuştur Power/Garand, s. 441. Superti boş ve geçersiz oy kullanmanın bilinçli bir siyasi protesto biçimi olduğunu ileri sürmektedir. Superti, Chiara. “Vanguard of the Discontents: Blank and Null Voting as Sophisticated Protest”, <https://scholar.harvard.edu/files/csuperti/files/supertibnvpaper.pdf>, 2014, (Erişim Tarihi: 18.03.2019).

²² Superti, “The Blank and Null Vote”.

²³ Superti, “The Blank and Null Vote”.

²⁴ Superti, “The Blank and Null Vote”. Sırbistan’da 2010 yılında kurulan “Yukarıdakilerin Hiçbiri” Partisi, tüm yozlaşmış politikacılarla mücadele etme düşüncesi üzerine kurulmuştur. Bu parti 2012 Sırbistan parlamento seçimlerinde 22.905 oy alarak Sırbistan Ulusal Meclisi’nde bir sandalye kazanmıştır. Khan, s. 6.

²⁵ Khan, s. 4-5.

²⁶ Superti, “The Blank and Null Vote”.

olarak da ifade edilebilir. Bu nedenle, seçim sonucunu etkilemez, ancak hem mevcut seçim sisteminin hem de siyasi partilerin ya da adayların siyasi meşruiyetini ölçmek için önemli bir gösterge oluşturur. Fransa, İspanya ve bazı Latin Amerika ülkelerinde boş oylar, geçersiz oylardan ayrı olarak kaydedilmektedir. Bu tür sistemlerde boş oyların, hiçbiri seçeneğine benzer bir işlev gördüğü kabul edilmektedir. Bazı ülkelerde boş oy seçeneği tüm adalara veya partilere karşı açık bir muhalefet mesajı olarak nitelendirilmektedir²⁷.

Daha önce de belirtildiği gibi, boş veya geçersiz oy kullanmanın sebepleri tartışmalıdır. Devletlerin sosyo-ekonomik özelliklerine, yönetim biçimlerine, seçim sistemlerine, zamana ve bölgeye bağlı olarak bu gerekçeler değişmekte ve çeşitlenmektedir. Boş veya geçersiz oy kullanmanın bir siyasi protesto yöntemi dolayısıyla bilinçli bir tercih olduğu yönünde önemli çalışmalar vardır. Oy pusulalarında “yukarıdakilerden hiçbiri” seçeneğine yer vermek, boş veya geçersiz oy kullanmanın kurumsallaşmasını sağlayacaktır. Bu şekilde vatandaşlara muhalefetlerini dile getirme fırsatı sağlanmış olacaktır. Bu demokrasi için son derece önemli olan siyasi ifade özgürlüğünün de bir gereği olarak kabul edilebilir. Özellikle etkili bir muhalefetin olmadığı hallerde ya da aday belirleme yöntemlerinin yeterince demokratik olmadığı seçim sistemlerinde bu seçeneğin kullanılması siyasi ifade özgürlüğünün sağlanması bakımından önemli olabilecektir.

C. “Hiçbiri” Seçeneğine Yer Vermenin Gerekçeleri

Oy pusulalarında ya da elektronik oylama mekanizmalarında, “hiçbiri” seçeneğine yer verilmesinin temelinde, seçmenin protestosunu resmi olarak göstermesine izin vermek vardır. Bu suretle seçimlere katılma oranlarının artması, boş ve geçersiz oyların ise azalması mümkün hale gelebilecektir. Dolayısıyla oy pusulalarında ya da elektronik oylama mekanizmalarında “hiçbiri” seçeneğine yer verilmesinin nihai amacı, seçimlere katılma oranlarının artırılmasıdır. Ancak bu uygulamaya yer veren her ülkenin kendine has başka sebepleri de vardır. Ayrıca “hiçbiri” seçeneği doktrinde de farklı gerekçelerle savunulmuştur.

Oy pusulalarına “hiçbiri” seçeneğinin eklenmesine yönelik önerilerin temel gerekçelerinden biri bu seçeneğin siyasi sisteme yabancılaşma duygusunun azaltılmasına ve seçmen katılımının artmasına yol açacağı düşüncesidir²⁸. “Hiçbiri” seçeneği, siyasi olarak yabancılaşmış ya da kayıtsız seçmenleri de oy kullanmaya teşvik edebilir. Böylece, “hiçbiri” seçeneği ile, daha fazla vatandaş siyasi sürece dahil edilmiş olacaktır²⁹. “Hiçbiri” seçeneği, oylamayı protesto edecek ve muhtemelen demokratik sürece olan güvenini tamamen kaybetmemiş ancak yarışan adaylara veya partilere güvenmeyen pek çok kişiyi oy kullanma konusunda teşvik edecektir³⁰. Örneğin Watergate skandalı³¹ esnasında ABD Nevada Eyalet Meclisi, kamu görevlilerine olan güveni

²⁷ Aşağıda “Karşılaştırmalı Hukukta Konunun Düzenleniş Şekli” başlığı altında bu konudaki örnekler incelenecektir.

²⁸ Bir seçmenin bir veya daha fazla adaya/partiye (hatta siyasi sistemin tamamına veya bir kısmına) karşı olumsuz duygular beslemesi durumu yabancılaşma olarak kabul edilmektedir. Seçmenin, tüm adaylara veya siyasi sistemin tamamına karşı duyguları aynı yoğunlukta (olumlu veya olumsuz) kayıtsız seçmen olarak kabul edilebilir. Başka bir ifade ile bir seçmen, adaylar ve sistem hakkında tarafsız hissediyorsa, yani siyasi sistemin çeşitli unsurlarına karşı hiçbir (veya küçük) olumlu veya olumsuz duygusu yoksa kayıtsız olarak kabul edilebilir. Arcelus, Francisco/Mauser, Gary/Spindler, Z. A. “The Right to Vote No: Revising The Voting System and Resuscitating The F-Y Voter”, *Public Choice*, Volume 33, Issue 4, 1978, s 70-71.

²⁹ Arcelus/Mauser/Spindle, s 70-71.

³⁰ Plescia/Kritzinger/Singh, s. 13.

³¹ Watergate, ABD’de 1972 yılında Watergate iş merkezindeki bir ofise giren hırsızların polis tarafından yakalanması neticesinde yaşanan siyasi bir skandaldır. Demokratik Parti’nin seçim komitesinin (*Demokratik Ulusal*

artırmak için, oy pusulalarına “bu adaylardan hiçbiri” seçeneği eklenmesi yönünde bir kanun değişikliği yapmıştır³². Ancak seçmenin adayları tanımama ya da bilgisizlik sebebiyle de “hiçbiri” seçeneğini tercih etmesi mümkündür³³.

“Hiçbiri” seçeneği konusunda başka bir gerekçeye göre ise, seçmene adayları reddetme imkânı sunmak, demokratik süreci gerçek anlamda temsili hale getirecektir³⁴. Adayların belirlenmesinde siyasi partilerin önemli rol oynadığı mevcut sistemlerde, gerçekte temsili niteliği haiz olmayan adaylar oy pusulalarında yer alabilmektedir. Bu nedenle bu tür adayları reddetmek için etkin bir mekanizma oluşturmak, adayların temsili niteliğinin artması ve bu suretle seçim sisteminin daha verimli çalışması için büyük bir teşvik olacaktır³⁵. Bu durum siyasi partileri “örgütlerini yeniden canlandırmaya, onları oluşturan topluluklarla aktif bağlarını yeniden kurmaya” zorlayacaktır³⁶. Ancak seçim sürecinin temsili niteliğini arttırmak için, “hiçbiri” seçeneğinin çoğunluk oyu alması halinde seçimlerin yenilenmesinin sağlanması gerekir³⁷.

Hindistan’da “hiçbiri” seçeneğinin gerekçelerinden biri olarak, seçimlerde şiddetin önlenmesi gösterilmiştir. Buna göre, “hiçbiri” seçeneği sayesinde, seçmenler kimlikleri ortaya çıkmadan, adaylara karşı duydukları memnuniyetsizliği dile getirmiş olacaklardır. Bu seçenek sayesinde insanların kolayca tespit edilip hedef alınması önlenmiş olacaktır³⁸. Bunun yanı sıra seçmen katılımını artırma ihtimalinin yüksek olması, adaylardan memnun olmayan seçmenlerin siyasi partilere gönderdiği güçlü bir mesaj niteliğinde olması gerekçeleriyle de “hiçbiri” seçeneği savunulmuştur³⁹.

Oy pusulalarında “hiçbiri” seçeneğine yer vermek, ABD Kongre seçimleri için de önerilmiştir. Bunun sebebi ise Kongre seçimlerinin çoğunlukla mevcut Kongre üyeleri lehine sonuçlanmasıdır. Seçimlerin görevde olan kişilerin kazandığı bir yarışmaya dönüşmesini engellemek için bu şekilde bir düzenleme önerilmiştir⁴⁰. ABD doktrininde bazı yazarlar “hiçbiri” seçeneğini, parlamenter sistemlerdeki güven oylamasının Amerikan versiyonu olabileceği gerekçesiyle desteklemiştir⁴¹. Bu tür bir seçenek adayları olumsuz kampanyalardan

Komite/Democratic National Committee) genel merkezine giren bu kişilerin, Başkan Nixon’ın ile bağlantılarının olduğu ortaya çıkmıştır. Başkan’ın bu suçla olan bağlantısını örtbas etmeye yönelik girişimleri skandalın büyümesine sebep olmuştur. Süreç Başkan’ın istifası ile sonuçlanmıştır. Bkz. Çelik, Özlem. “Amerika Birleşik Devletleri Hukukunda Yürütme İmtiyazı”, *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 30, Sayı. 3, s. 1279-1281.

³² Phillips, s. 3.

³³ Damore/Waters/Bowler, s.897.

³⁴ Arcelus/Mausser/Spindle, s. 68.

³⁵ Arcelus/Mausser/Spindle, s. 70.

³⁶ Nagle, John D. “Let the Voters Choose None of the Above”, *The New York Times*, (28.05.1989), (<https://www.nytimes.com/1989/05/28/opinion/1-let-the-voters-choose-none-of-the-above-446689.html>), (Erişim Tarihi: 16.01.2023).

³⁷ Arcelus/Mausser/Spindle, s. 69.

³⁸ Khan, s. 6-7.

³⁹ Khan, s. 7-8.

⁴⁰ O’Connor, Blair T. “Want to Limit Congressional Terms- Vote for None of the Above”, *Valparaiso University Law Review*, Volume 29, 1994, s. 374.

⁴¹ “Hiçbiri” seçeneği, parlamenter sistemdeki “güvensizlik” oyununa eşdeğerdir, ancak yasama organı yerine halk tarafından kullanılır. Phillips, s. 18.

vazgeçirebileceği gibi seçimlere katılma oranlarını da yükseltebilir. Bu sayede, kötünün iyisini seçmek zorunda kalan seçmenler, “daha iyi bir seçenek” isteme şansına sahip olacaktır⁴².

Venedik Komisyonu bir raporunda oy pusulalarında hiçbir seçeneğine yer verilmemesi yönünde bir görüş bildirmiştir. Komisyon raporunda, bazı Avrupa Konseyi üye ülkelerinde de kullanılan negatif oy sisteminin, rekabetçi olmayan seçimlere dayanan komünist gelenekten kaynaklandığını belirtmiştir. Ancak Komisyon’a göre, olumsuz oy kullanma (tümüne karşı) seçeneği, yerleşik Batı Avrupa demokrasileri için olağan olmayan bir yöntemdir. Bu seçenek seçmenlere, adaylar ve partiler ile ilgili rahatsızlıklarını oy pusulasında ifade etme imkânı verir. Bununla birlikte, “seçmenlerin kimin daha iyi (veya kötünün iyisi) bir aday veya parti olduğuna dair (genellikle kolay olmayan) bir karar vermek yerine adayları ve partileri reddedebilmeleri, seçmenlerin siyasete ve partilere karşı ilgisizliklerini güçlendirebilir”. Komisyon prensip olarak, seçmenlerin tercih ettikleri adaya veya partiye oy vermeye teşvik edilmesini önermektedir. Böylece seçmenler seçilecek organın sorumluluğunu üstlenmiş olacaklardır⁴³. Venedik Komisyonu 2020 tarihli başka bir raporunda da benzer görüşleri tekrar etmiştir⁴⁴.

Kanaatimizce “hiçbiri” seçeneği özellikle demokrasi teorisi açısından değerlendirilmelidir. Demokratik seçimler neticesinde ortaya çıkan sonuçların bir anlam ifade edebilmesi için, seçmenlerin belirlenebilir tercihlerinin toplanması ve çoğunluğun tercihinin ortaya konulabilmesi gerekir. Başka bir ifade ile seçmenin oylarının bir tercihi ifade etmesi, seçmenlerin bu tercihlerinin belirlenebilir olması ve tercihlerin toplanabilmesi gerekir.

Bu noktada “hiçbiri” seçeneğinin çoğunluk oyu alması halinde, ortaya çıkacak sonuçlara göre ikili bir ayırım yapılmalıdır. Birinci ihtimal “hiçbiri” seçeneğinin yeni bir oylamayı zorunlu kılması halidir. “Hiçbiri” seçeneğinin çoğunluk oyu aldığı anda mevcut adayların katılmadığı yeni bir seçimin yapıldığı bu durumda, seçmen çoğunluğunun savunduğu politikanın fiili sonuçları olacaktır. Ancak “hiçbiri” seçeneğinin herhangi bir sonucunun olmadığı ikinci ihtimal, demokrasi teorisi açısından sorunludur. Zira bu ihtimalde “hiçbiri” seçeneğinin çoğunluk oyu alması halinde, bir sonraki en yüksek oyu alan adayın kazanmak için yeterli oy alıp almadığına bakılmaktadır. Bu halde “hiçbiri” seçeneğini destekleyenler, toplumsal tercih açısından yok sayılmaktadır. Dolayısıyla demokrasi teorisi açısından, seçmenlerin tercihlerinin toplanması neticesinde ortaya çıkan çoğunluk oyu bir anlam ifade edilemeyecektir. Zira bu oyların sayıları ne olursa olsun kazanmaları mümkün değildir.

⁴² Fund, John. “None of the Above Should Be on the Ballot”, *National Review*, (10.09.2012), <https://www.nationalreview.com/2012/09/none-above-should-be-ballot-john-fund/>, (Erişim Tarihi: 02.10.2022).

⁴³ Venice Commission, *Report on Electoral Law and Electoral Administration in Europe*, CDL-AD (2006) 018, Strazburg, (12.06.2006), s. 31, paragraf 142.

⁴⁴ Komisyon “herkese karşı” oy kullanma şeklinin Avrupa demokrasileri için hala alışılmadık bir durum olduğunu belirtmektedir. Seçmenlere tüm aday veya partileri reddetme imkânı veren “herkese karşı” oy kullanma seçeneğinin, Rusya Federasyonu’nda 2006 yılına kadar kullanıldığını, 2016 yılında Bulgaristan’da uygulanmaya başlandığını ifade etmiştir. Komisyon’a göre, “seçmenlerin kimin daha iyi (veya kötünün iyisi) bir aday veya parti olduğuna dair (genellikle kolay olmayan) bir karar vermek yerine adayları ve partileri reddedebilmeleri, seçmenlerin siyasete ve partilere karşı ilgisizliğini güçlendirebilir. Bununla birlikte, uzun bir seçim geleneğinin parçası olarak, İspanya ve Latin Amerika’da seçmenler, seçimlere katılmaya isteklilerse (veya mecburlarsa) ancak adaylardan veya partilerden herhangi birine oy vermek istemiyorlarsa boş bir oy kullanabilirler (voto blanco)”. Komisyon ayrıca İspanya’da yapılan son parlamento seçimlerinde boş oy sayısının ilginç bir şekilde çok düşük olduğunu da ifade etmiştir. Venice Commission, *Report on Electoral Law and Electoral Administration in Europe*, CDL-AD (2020) 023, Strasbourg, (08.10.2020), s. 33, paragraf 202.

Seçmen katılımının artırılması günümüz demokrasilerin önemli meselelerinden biridir. Seçimlere katılma oranlarının düşük ya da yüksek olması zamana ve mekâna göre değişen, birbirinden farklı pek çok faktörle bağlantılıdır. Oy pusulalarında “hiçbiri” seçeneğine yer vermek, seçmen katılımını etkileyecek faktörlerden yalnızca biridir. Üstelik zorunlu oylama usulünün uygulanması bu meselenin çözümünde daha doğrudan bir yol oluşturmaktadır. Bu noktada oy kullanmanın zorunlu olduğu bir sistemde, tüm adayları protesto eden seçmenlerin bu tercihlerinin sandığa doğru bir şekilde yansıtılması sorunu gündeme gelmektedir. Seçmenlere tüm adayları reddetme seçeneği sunmak, bu noktada etkili bir yöntem olarak düşünülebilir. Ancak bu halde oy pusulalarındaki “hiçbiri” seçeneğinin oyların çoğunluğunu oluşturması durumunda, seçimlerin diğer alternatifler ile yenilenmesi esas kabul edilmelidir. Aksi takdirde seçmen çoğunluğunun tercihi, yok sayılmış olacaktır. Ancak seçim mevzuatında bu şekilde bir değişiklik yapılması muhtemelen anayasal bir değişikliği zorunlu kılacaktır. Demokratik bir devlette dahi, milletvekillerinin kendilerini bu denli zora sokacak bir anayasal değişikliği kabul etme ihtimali de kanaatimizce oldukça düşüktür.

II. KARŞILAŞTIRMALI HUKUKTA KONUNUN DÜZENLENİŞ ŞEKLİ

A. Nevada

1975 yılında, ABD Nevada Eyalet Meclisinde eyalet çapındaki tüm seçimler ve başkanlık seçimi (başkan ve başkan yardımcısı) oy pusulalarına “hiçbiri” seçeneğinin eklenmesi yönünde bir kanun kabul edilmiştir⁴⁵. Mecliste kabul edilen bu kanun ile seçmenlerin, eyalet çapındaki seçimler ile başkan ve başkan yardımcısı seçimlerinde “bu adayların hiçbiri” seçeneğini tercih etmelerine imkân tanınmıştır (Nevada Revised Statutes “NRS”, madde 293.269/1). Nevada’da seçimlerde oy pusulalarında yer alan “bu adaylardan hiçbiri” seçeneği NOTC kaydı (*none of these candidates*) olarak adlandırılmakta ve oy pusulalarında yer almaktadır. Teklifin orijinal halinde, “bu adayların hiçbiri” seçeneğinin çoğunluk oyu alması halinde seçim yapılması öngörülmüştür. Ancak bu hüküm teklifin görüşülmesi esnasında kanun metninden çıkarılmıştır⁴⁶. Dolayısıyla yalnızca adaylar için kullanılan oylar, seçimin sonuçlarını belirlemektedir (NRS, madde 293.269/2).

Watergate skandalı sonrasında yapılan bu değişiklik ile vatandaşların kamu görevlilerine karşı güvenini sağlamak ve seçmene tepkilerini ifade etme imkânı vererek seçime katılım oranlarını arttırmak amaçlanmıştır⁴⁷. Ayrıca bu reformun, yeniden seçilme niyeti olan siyasetçileri görevlerini iyi bir şekilde yerine getirmeleri için teşvik edeceği düşünülmüştür. Zira bu durumda siyasetçiler sadece rakiplerinden daha fazla oy almak için değil, aynı zamanda seçmenlerce

⁴⁵ Bu seçenek, ABD Başkanı ve Başkan Yardımcısı, ABD Senatörü, Vali, Vali Yardımcısı, Başsavcı, Dışişleri Bakanı, Maliye Bakanı, Eyalet Müfettişi ve Nevada Yüksek Mahkemesi Başkanı için hem ön seçim hem de genel seçim oy pusulalarında yer almaktadır. Erickson, Robert E. “None of These Candidates”, *Political History of Nevada*, (Nevada Secretary of State), 2016, <http://epubs.nsla.nv.gov/statepubs/epubs/613636-2016.pdf>, (Erişim Tarihi: 23.03.2023), s. 189. Ancak Nevada’da bütün seçimlerde NOTC seçeneğine yer verilmemektedir. Örneğin Nevada yasama organı seçimlerinde oy pusulalarında “bu adayların hiçbiri” seçeneği yoktur. Phillips, s. 6.

⁴⁶ O’Connor, s. 403.

⁴⁷ Weinberg, Leonard/Linderman, Robert/Amal, Kavar, “The Electoral Consequences of a New Ballot Choice: The Case of ‘None of These’ in Nevada”, *State & Local Government Review*, Volume 14, No. 3, 1982, s. 117; Phillips, s.3.

“hiçbiri” seçeneğinin tercih edilmesinin yaratacağı itibar kayıplarını engellemek için de yarışmış olacaktırlar⁴⁸.

Nevada seçimlerinde NOTC çoğunluk oyu alırsa, bir sonraki en yüksek oyu alan aday seçilmiş olur. Dolayısıyla bu seçeneğin bir bağlayıcılığı yoktur⁴⁹. Başka bir ifade ile NOTC seçeneğinin oyların çoğunluğunu elde etmesi halinde seçimler yenilenmez⁵⁰. Ancak 1996 yılında NOTC seçeneği, Bill Clinton ve Bob Dole arasındaki oy farkından daha fazla oy almıştır. Yine 1998’de Senato seçimlerinde Harry Reid ve John Ensign arasında yaklaşık 395 oy fark varken, NOTC seçeneği 8000’in üzerinde oy almıştır⁵¹. NOTC seçeneği eyalet ve başkanlık seçimlerinde hiçbir zaman çoğunluğu elde edememiştir. Ancak ön seçimlerde, NOTC için kullanılan oylar zaman zaman bir veya daha fazla aday için kullanılan oyları aşmıştır⁵². Örneğin, 1980 başkanlık ön seçimlerinde, NOTC seçeneği Ted Kennedy’den daha fazla oy almış ve birinci sıradaki Jimmy Carter, NOTC seçeneğini çok az bir farkla geçmiştir⁵³. Yine 2014 yılında valilik ön seçiminde, NOTC seçeneği kullanılan oyların çoğunluğunu (yaklaşık %30) oluşturmuştur. Ancak Nevada seçim kanununa göre ikinci olan aday seçimi kazanmıştır⁵⁴.

Oy pusulalarına NOTC seçeneğinin eklenmesinin amacı, seçmenlere seçimlerdeki tüm adaylara olan güvensizliklerini ifade etme fırsatı sağlamaktır. Seçmenler bu sayede adaylara, seçildiklerinde “temiz kalmaları” gerektiğine dair bir mesaj da göndermiş olacaktır⁵⁵. NOTC seçeneğinin diğer bir amacı ise seçimlere katılım oranlarını arttırmaktır. Ancak bir görüşe göre, Nevada’da NOTC seçeneği seçimlere katılım oranlarını artırmadığı gibi, küçük partilerin oylarında bir düşüşe sebep olmuştur⁵⁶. Zira bu görüşe göre, vatandaşlar bazen, büyük partileri protesto etmek için küçük partilere oy vermektedir. Ancak bu yorumun NOTC seçeneğinin lehine olduğu kanaatindeyiz. Zira bu seçenek sayesinde hem vatandaşlar tercihlerini doğrudan ifade edecekler hem de küçük partilerin aldıkları oy oranları doğru bir şekilde yorumlanmış olacaktır. Bu görüşün aksine başka bir araştırmanın ortaya koyduğu sonuçlara göre ise, NOTC seçeneğinin

⁴⁸ Brown, Adam R. “Losing to Nobody? Nevada’s “None of These Candidates” Ballot Reform”, *The Social Science Journal*, Volume 48, Issue 2, 2011, s. 364.

⁴⁹ Phillips, s. 6.

⁵⁰ 1998 ve 2010 yılları arasında yapılan genel seçimlerde, oyların %4,2’si ve yargı organlarıyla ilgili olarak yapılan seçimlerde ise oyların % 19,9’u, NOTC seçeneğine verilmiştir. Bazı önseçimlerde oyların çoğunluğunu NOTC seçeneğinin elde etmesine rağmen, bu seçenek hiçbir zaman bir genel seçimi kazanmamıştır. Brown, s. 364-365.

⁵¹ Superti, “The Blank and Null Vote”.

⁵² Bu durum, seçmenlerin ön seçimlerde adaylar belirlenirken, hiçbiri seçeneğini tercih etme konusunda daha özgür hissedebileceklerini göstermektedir. Gerçekten de Nevada’da NOTC seçeneği genellikle ön seçimlerde ve sonuç kaygısı olmadan oy kullanılabilen tek adaylı seçimlerde başarılı olmuştur. Örneğin, 1976 yılında, Nevada’nın ABD Temsilciler Meclisi’ndeki bir temsilciliği için yapılan Cumhuriyetçi ön seçimlerinde, NOTC seçeneği çoğunluk oyu almıştır. Bu seçimde, NOTC seçeneği 16.097 oy alırken, adaylardan Walden Earhart 9.831 oy, Dart Anthony ise 8.097 oy almıştır. NOTC seçeneği bağlayıcı olmadığı için, aslında seçmenler tarafından reddedilmiş olan Earhart ön seçimleri kazanmıştır. Ancak bu durum genel seçimlerde Earhart’ın, görevdeki Demokrat aday Jim Santini karşısındaki adaylığına zarar vermiştir. Myers, Dennis. “None of These Candidates”, *Online Nevada Encyclopedia (ONE)*, 2009, <https://www.onlinenevada.org/articles/none-these-candidates>, (Erişim Tarihi: 23.03.2023).

⁵³ *Townley v. Miller*, s. 7-8.

⁵⁴ Alvarez/Kiewiet/Nu’nez, s. 151. Demokrat Valilik ön seçiminde toplam oyların yüzde 29,96’sını NOTC seçeneği almış ve bu seçenek seçimi birinci sırada bitirmiştir. İkinci sıradaki aday ise yüzde 24,77 oranında oy almıştır. Erickson, s. 189.

⁵⁵ *Townley v. Miller*, s. 7. Ancak bir çalışmada Nevada’da seçmenlerin NOTC seçeneğini tercih etmesinin temelinde sadece protesto etmek olmadığı, bunun bazen bilgi eksikliğinden de kaynaklanabileceği tespit edilmiştir. Brown, s. 364.

⁵⁶ Bu görüşü kaynak göstermeden aktaran Brown, s. 365; Damore/Waters/Bowler, s. 897.

ne seçmen katılımının artması ne de küçük parti adaylarına verilen desteğin azalması ile bir ilişkisi tespit edilememiştir⁵⁷.

2012 yılında Nevada’da NOTC seçeneğinin oy pusulalarında yer almasını engellemek üzere bölge mahkemesinde bir dava açılmıştır. Davacılar NOTC seçeneğinin oyların çoğunluğunu elde etmesi halinde seçimlerin yenilenmemesinin, seçme hakkını ihlal ettiğini ileri sürmüştür. Zira NOTC için kullanılan oy pusulaları göz ardı edilerek seçim sonuçları belirlenmektedir. Bu davada bölge mahkemesi kuralı anayasaya aykırı bularak karar vermiş ancak bu karar Dokuzuncu Temyiz Mahkemesi tarafından bozulmuştur. Temyiz Mahkemesine göre NOTC seçeneğinin Nevada seçim sisteminden tamamen çıkarılması, seçmenlerin muhalefetlerini sandıkta olumlu bir şekilde ifade etme imkanını ortadan kaldıracaktır. Bu nedenle davacıların talepleri hem kendilerinin hem de diğer seçmenlerin siyasi ifade hürriyetlerini artırmak yerine azaltacaktır⁵⁸.

B. Hindistan

Hindistan’da “yukarıdakilerden hiçbiri, NOTA” seçeneğinin elektronik oylama makinelerinde (EOM) yer alması, 2013 yılında Hindistan Yüksek Mahkemesi’nin verdiği bir karar ile mümkün olmuştur. Seçmenlerin herhangi bir adaya oy vermeme haklarını kullanmalarını sağlayan bu seçenek, Hindistan’daki seçim reformuyla ilgili en tartışmalı konulardan biridir⁵⁹. Yüksek Mahkemenin kararından sonra Hindistan’da tüm eyalet seçimlerinde ve ulusal seçimlerde, oylama makinelerinde NOTA seçeneğinin yer alması mümkün hale gelmiştir. Hiçbiri oyları da diğer oylar gibi sayılmakla birlikte, seçim sonuçları üzerinde herhangi bir etkisi yoktur. NOTA kaydı oyların çoğunluğunu sağlasa bile, seçim sonuçlarını etkilemeyecek, NOTA dışındaki oylar arasında en fazla oyu alan aday seçilmiş olacaktır⁶⁰.

Hindistan’da elektronik oylama yöntemine geçilmesinden önce, seçmenler adaylardan herhangi birine oy vermeden seçimlere katılabiliyordu. Elektronik oylama makinesinin kabul edilmesinden önce oy pusulalarında NOTA seçeneği yoktu. Ancak adaylardan hiçbirini

⁵⁷ Damore/Waters/Bowler, s. 896.

⁵⁸ Mahkeme davacılarından bazılarının Kasım 2012 seçimlerinde veya sonraki herhangi bir seçimde NOTC seçeneği için oy kullanma niyetini ileri sürmediklerini belirtmiştir. Dolayısıyla Mahkemeye göre bu davacıların, mevcut veya muhtemel bir mağduriyetleri olmadığı için taraf ehliyetleri yoktur. Mahkeme NOTC seçeneği için oy kullanma niyetini ortaya koyan diğer davacıların iddia ettikleri mağduriyetin, NOTC seçeneğinin oy pusulalarından çıkarılması yönündeki taleplerinin kabul edilmesi halinde ortadan kalkmayacağını tespit etmiştir. Davacılar NOTC için oy kullanma seçeneğinin Nevada seçim sisteminden tamamen çıkarılmasını talep etmiştir. Ancak Mahkeme’ye göre, bu davada davacıların kazanması halinde, seçmenlerin belli adaylara karşı muhalefeti hukuken geçersiz olacak ve artık muhalefetlerini sandıkta olumlu bir şekilde ifade etme imkanına sahip olmayacaklardır. Bu nedenle davacıların talepleri, onların (ve diğer seçmenlerin) siyasi ifade hürriyetlerini artırmak yerine azaltacak ve davacıların mağduriyetini gidermek yerine durumlarını daha da kötüleştirecektir. Talebin davacının durumunu daha da kötüleştireceği durumlarda davacının talebinin reddedilmesi gerekir. Başkanlık seçimi “Seçici Kurul” adayı iki Cumhuriyetçi aday ise, NOTC’ın potansiyel olarak Cumhuriyetçi Parti adayının oylarını çekeceğini ileri sürmüştür. Bu nedenle NOTC seçeneğinin oy pusulasında yer almasının anayasaya ve mevzuata aykırı bir alternatif olduğunu belirtmişlerdir. Mahkeme bu davacıların iddia ettikleri zarar ile itiraz edilen eylem arasında bir illiyet bağı kurulamadığı gerekçesiyle davayı reddetmiştir. *Townley v. Miller*, United States Court of Appeals for the Ninth Circuit, No. 12-16881 D.C. No. 3:12-cv-00310- RCJ-WGC, 11.03.2013, <https://cases.justia.com/federal/appellate-courts/ca9/12-16881/12-16881-2013-07-10.pdf?ts=1411073055>.

⁵⁹ Khan, s. 1.

⁶⁰ Ujhelyi, Gergely/Chatterjee, Somdeep/Szabo, Andrea. “None of the Above”, *Working paper University of Houston*, (23.05.2018), (<http://www.uh.edu/~gujhelyi/nota.pdf>, (Erişim Tarihi: 18.03.2019), s. 6. “...dolayısıyla 1000 üzerinden 999 NOTA oyunu olsa bile, sadece bir oyu alan aday kazanmış olur”, Roy, Maya/Vachana, Vr. “NOTA and the Indian Voter”, *Economic & Political Weekly*, Volume 53, Issue No. 6, 2018, s. 29.

desteklemeyen seçmenin seçimlerde boş veya geçersiz oy kullanması mümkündür. Ayrıca seçmenlerin sandık başına giderek oy kullanmama kararını resmi olarak kayıt altına aldırması şeklinde de bir usul vardı. Buna göre, adaylardan hiçbirisine oy vermek istemeyen bir seçmenin, bir form doldurarak imzalaması ve sandık tutanağına seçmenin oy kullanmama kararı ile ilgili bir açıklama yazılması gerekiyordu⁶¹. Bu usulde kimlerin oylamaya katılmadan sandık başından ayrıldığı kayıt altına alındığından, oy vermenin gizliliği esası ihlal edilmekteydi⁶². Yüksek Mahkeme de oyunu kullanan seçmen ile oyunu kullanmayan seçmen arasında keyfi bir ayırım yapılmasını anayasaya aykırı bulmuştur. Mahkemeye göre gizliliğin her iki kişi kategorisi için de korunması gerekir⁶³.

Hindistan’da NOTA kavramı ilk olarak 2001 yılında Hindistan Seçim Komisyonu tarafından dönemin Adalet Bakanına sunulan bir öneri ile gündeme gelmiştir. Komisyon 2004 yılında Başbakan’a ayrıntılı bir açıklama sunarak teklifi yinelemiştir. Ancak bu öneri partilerin sert muhalefeti ile karşılaşmış ve kabul edilmemiştir⁶⁴.

2004 yılında Sivil Özgürlükler Birliği (*PUCL*) adlı bir dernek, seçmenlerin herhangi bir adaya oy vermeden seçimlere katılmalarını sağlamak için Yüksek Mahkeme’ye başvurmuştur. Yüksek Mahkeme 2013 yılında, elektronik oylama makinalarında NOTA seçeneğinin yer alması gerektiğine karar vermiştir⁶⁵. Bu karardan sonra Hindistan’da tüm eyalet ve ulusal seçimlerde, oylama makinelerinde NOTA seçeneği yer almıştır⁶⁶.

Yüksek Mahkeme kararına göre; demokrasinin temelinde tercih etme hakkı vardır. Bu tercihler, seçmenlere çekinmeden kendilerini ifade etme fırsatı verildiğinde ve seçme haklarına olabildiğince az kısıtlama getirildiğinde daha iyi ifade edilir. Elektronik oylama makinelerine NOTA seçeneği eklenerek mevcut demokratik sisteme seçmenlerin etkin siyasal katılımı sağlanacak ve seçmenler güçlendirilmiş olacaktır. NOTA seçeneğinin varlığı seçim sürecinin saflığını ve halkın seçimlere katılımını arttıracaktır⁶⁷. Mahkemeye göre demokrasinin işleyişi ve devletin uygun şekilde yönetilmesi için en iyi kişilerin temsilci seçilmesi şarttır. Bu en iyi şekilde, seçimleri olumlu bir oy ile kazanan yüksek ahlaki ve etik değerlere sahip kişiler aracılığıyla başarılabilir. Bu nedenle, demokratik bir sistemde, seçmene “yukarıdakilerden hiçbiri” seçeneği sunulmalıdır. Bu durum siyasi partileri güçlü bir aday göstermeye zorlayacaktır⁶⁸. Böyle bir seçenek, seçmene, siyasi partilerin öne sürdüğü adayları onaylamadığını ifade etme hakkı verir. Siyasi partiler adaylarına çok sayıda seçmenin tepki gösterdiğini anladıklarında, yavaş yavaş sistemsel bir değişime gideceklerdir⁶⁹. NOTA seçeneği siyasi partilere ve adaylarına seçmenlerin düşünceleri konusunda net sinyaller göndereceğinden demokrasiyi teşvik edecektir⁷⁰.

⁶¹ *People’s Union for Civil Liberties v. Union of India*, Supreme Court Reports (2013) 12 S.C.R., https://main.sci.gov.in/pdf/SupremeCourtReport/2013_v12_pii.pdf, (Erişim Tarihi: 16.10.2022), s. 299-300.

⁶² Khan, s. 3.

⁶³ *People’s Union for Civil Liberties v. Union of India*, paragraf 54.

⁶⁴ Khan, s. 3.

⁶⁵ *People’s Union for Civil Liberties v. Union of India*, paragraf 54.

⁶⁶ Ujhelyi/Chatterjee/Szabo, s. 6.

⁶⁷ *People’s Union for Civil Liberties v. Union of India*, paragraf 53.

⁶⁸ *People’s Union for Civil Liberties v. Union of India*, paragraf 51.

⁶⁹ *People’s Union for Civil Liberties v. Union of India*, paragraf 55.

⁷⁰ *People’s Union for Civil Liberties v. Union of India*, paragraf 56.

Mahkeme kararında, “hiçbiri” seçeneğinin seçimlere katılma oranlarını artıracaklarını ve siyasi sistemin temizlenmesini sağlayacağını belirtmiştir. Aslında kararın doğru okunabilmesi için, öncesinde yaşanan bazı gelişmelerin de açıklanmasında fayda vardır. Zira bu karardan önce Yüksek Mahkeme iki yıl veya daha fazla hapis cezasına çarptırılan kişilerin seçimlere katılmalarını engelleyen bir karar vermiştir. Bu kararın ardından diğer siyasi partilerin de desteğini alan hükümet, Yüksek Mahkeme’nin bu kararını geçersiz kılmak için Parlamento’ya bir yasa tasarısı sunmuştur. Ayrıca sonradan geri çekilmiş olan bir kararname çıkarmıştır. Bu kararnamenin hemen ardından, Yüksek Mahkeme daha önce yapılmış olan bir başvuruyu sonuçlandırmış ve seçmenlerin kendi seçim bölgelerindeki tüm adayları reddetme seçeneğine sahip olması gerektiğine karar vermiştir. Bu kararın temelinde esasen, adayların tümünü reddetme hakkının siyasi partiler üzerinde ahlaki bir baskı oluşturacağı ve muhtemelen aday seçimlerini gözden geçirmelerine yol açacağı düşüncesi vardır. Dolayısıyla partiler sabıka kaydı olan kişileri aday göstermek konusunda tereddüt edeceklerdir⁷¹.

Hindistan’da, NOTA seçeneği sadece “küsksünlüğü ifade etmenin sembolik bir aracı” olarak nitelendirilmiştir⁷². NOTA seçeneği “reddetme hakkı” haline gelirse anlamlı bir oylama aracı olacaktır⁷³. NOTA seçeneğinin “reddetme hakkı” haline gelmesi için ise NOTA’nın çoğunluk oyu alması halinde seçimlerin yenilenmesi gereklidir.

C. İspanya

1985 tarihli İspanya Seçim Kanunu’na⁷⁴ göre; içinde oy pusulası bulunmayan zarflar ve Senato seçimlerindeki işaretsiz oy pusulaları, geçerli boş oy olarak kabul edilmektedir (m. 96/5). İspanya’da Temsilciler Meclisi seçimlerinde⁷⁵, seçim çevresi barajı yüzde üçtür (m. 163/1-a) ve boş oylar temsil yüzdeleri hesaplanırken esas alınan toplam geçerli oy sayısına eklenmektedir. Bu nedenle, yüksek bir boş oy oranı, partilerin barajı geçmesi için alması gereken oy miktarını önemli ölçüde artırmaktadır. Bu da çoğunlukla azınlıktaki partilerin temsil edilmesini zorlaştıran bir durumdur.

İspanya’da boş oy seçeneği geçerli oylara dahil edilmekle birlikte, boş oy seçeneğinin seçimleri kazanması mümkün değildir. Bu nedenle boş oy seçeneğini etkin hale getirmek amacıyla 2000’li yılların başında ‘hesaplanabilir boş oylar için vatandaş hareketi’ (*movimiento ciudadano por el voto blanco computable*) oluşturulmuştur. Bu harekete bağlantılı olarak kurulan ve protesto oylamasının tanınması için mücadele eden (kazandığı koltukları boş bırakmayı hedefleyen) bir parti olan “Boş Oy Partisi” (*Escaños en Blanco*) kurulmuştur⁷⁶. 2011 yılında İspanya’da 300

⁷¹ Katju, Manjarı. “The ‘None of the Above’ Option”, *Economic and Political Weekly*, Volume 48, No. 42, 2013, s. 10.

⁷² Roy/Vachana, s. 31.

⁷³ Roy/Vachana, s. 31.

⁷⁴ Representation of the People Institutional Act (Ley Orgánica del Régimen Electoral General, kısaltması LOREG). Senato ve Temsilciler Meclisi üyeleri ile, yerel meclislerin ve Avrupa Parlamentosu üyelerinin seçimine dair temel hükümlerin yer aldığı bu kanun için bkz. http://www.juntaelectoralcentral.es/cs/jec/documentos/LOREG_ENG, (Erişim Tarihi: 11.02.2023).

⁷⁵ İspanya seçim sistemi hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Candan, Kadir/Solak, Mehmet/Bilgin, Murat. *Dünyada Seçim Sistemleri*, TBMM Basımevi, Ankara, 2020.

⁷⁶ 2011’de bu parti Katalonya’da oyların yüzde 1,47’sini almıştır. Superti, “The Blank and Null Vote”. Bu parti boş oyların temsil edilmesi gerektiğini savunmaktadır. Seçim kanununda, boş oyların boş koltuklara dönüşmesine ilişkin

binden fazla seçmen “boş oy” seçeneğini tercih etmiştir. Yaklaşık aynı sayıda seçmen, yanlışlıkla veya isteyerek geçersiz oy kullanmıştır. Aynı zamanda, yaklaşık 100.000 seçmen, “Boş Koltuklar” partisine oy vermiştir. Bu durum İspanya tarihinin en büyük kitlesel protestolarından biri olarak nitelendirilmektedir⁷⁷.

Ç. Kolombiya

1991 Anayasası ile oy pusulalarına, seçmenlerin fiilen tüm adaylara karşı oy kullanılmasına izin veren “boş oy” (*voto en blanco*) seçeneği eklenmiştir⁷⁸. Geçerli oyların çoğunluğunu boş oylar oluşturduğunda, ilk oylamadaki adaylara yeni oy pusulasında yer vermeyerek, seçim bir kez tekrarlanmaktadır (Kolombiya Anayasası, m. 258 paragraf 1)⁷⁹. Örneğin 2011 yılında yapılan bir belediye seçiminde, “boş oy” seçeneği çoğunluk oyunu alarak seçimlerin yenilenmesine neden olmuştur⁸⁰. “Hiçbiri” seçeneğinin çoğunluk oyu olması halinde seçimlerin yenilediği tek ülke Kolombiya’dır.

Kolombiya Anayasa Mahkemesi, 2011 tarihli kararında boş oy kullanmanın ‘siyasi bir muhalefet, çekimserlik veya karşı duruş ifadesi’ olduğunu belirtmiştir. Mahkemeye göre seçimde tüm adaylara karşı oy kullanma hakkı, siyasi özgürlüğe dayalıdır ve Kolombiya Anayasası’na uygundur⁸¹. Kolombiya Anayasa Mahkemesi eski başkanı Jaime Araújo, boş oy seçeneğinin barışçıl bir devrim niteliğinde olduğunu belirtmiştir. Araújo’ya göre, boş oy seçeneği ülkedeki aykırı davranışların çoğunu yönlendiren bir mekanizma ve Kolombiya toplumunu ve siyasetini yenilemek için bir yoldur⁸².

D. Fransa

Fransa’da 24 Şubat 2014 tarihli bir kanun ile boş oyların geçersiz oylardan ayrı olarak sayılması ve kaydedilmesi imkânı getirilmiştir⁸³. Bu durum Fransa’da fiili bir “hiçbiri” seçeneği olarak görülmektedir⁸⁴. “Boş oy” seçeneğini, tüm adayların veya partilerin reddedildiği anlamında yorumlamak mümkün olsa da bu seçenek “hiçbiri” seçeneği kadar güçlü bir ifade değildir. Bu

bir değişiklik yapıldığı takdirde, parti feshedilecektir. Bkz. <https://escanos.org/programa-electoral/>, (Erişim Tarihi: 11.02.2023).

⁷⁷ Superti, “The Blank and Null Vote”.

⁷⁸ Superti, “The Blank and Null Vote”. Kolombiya’da oy pusulalarında adaylar için oy alanlarının yanı sıra boş oylar (*votos en blanco*) için de alan ayrılmıştır. Bunlar “geçerli” oylar olarak sınıflandırılır ve milletvekili dağılımının hesaplanmasında kullanılır. Ayrıca seçmen hatası neticesinde ortaya çıkan geçersiz oylar (*nulos*) ve işaretlenmemiş oy pusulaları da oy türleri arasında yer alır. Taylor, Steven L. “Colombian Voters and Ballot Structure: Error, Confusion, and/or None of the Above”, *The Latin Americanist*, Volume 56, Number 4, 2012, s. 119.

⁷⁹ Kolombiya Anayasası için bkz.

<https://www.corteconstitucional.gov.co/english/Constitucion%CC%81n%20en%20Ingle%CC%81s.pdf>, (Erişim Tarihi: 16.10.2022).

⁸⁰ Antioquia’daki Bello Belediyesi için 2011 yılında yapılan seçimlerde seçmenlerin %56.7’si “boş oy” seçeneğini tercih etmiştir. Bazı adayların adaylıktan çekilmesi ve bir adayın adaylığının iptal edilmesi sebebiyle tek adayın olduğu seçimde, tek aday oyların %37.19’unu almıştır. “Boş oy” seçeneğinin çoğunluk oyu alması seçimlerin yenilenmesine sebep olmuştur. Alsema, Adriaan. “Colombian town votes ‘none of the above’ forcing new election”, *Colombia Reports*, (31.10.2011), <https://colombiareports.com/colombian-town-massively-votes-none-of-the-above-forcing-new-elections/>, (Erişim Tarihi: 30.03.2023).

⁸¹ Fedorenko/Nesterovych/Bernaziuk, s. 58.

⁸² Superti, “The Blank and Null Vote”.

⁸³ Moualek, Jérémie. “Votes That Are (Really) Not Like Others?” *Revue Française de Science Politique (English Edition)*, Volume 67, No. 6, 2017, s. I.

⁸⁴ Bu yöndeki görüşler için bkz. Moualek, s. I, dipnot 4.

nedenle aslında “boş oy” seçeneğine verilen oyların da bilgi veya bilişsel beceri eksikliğinden kaynaklandığı ileri sürülebilir. Ancak Fransa örneği açısından “boş oy” seçeneğine verilen oylar da bilgi veya bilişsel beceri eksikliğinden ziyade bilinçli bir karara dayandırılmaktadır⁸⁵. Geleneksel olarak yüksek seçmen katılımı oranlarına sahip bir ülke olan Fransa’da oy kullanmamaya karar vermek çok bilinçli bir karar olarak nitelendirilmektedir⁸⁶. Fransa’da 2017 seçimlerinde boş ve geçersiz oyların oranının oldukça yüksek olması bu konuyu yeniden gündeme getirmiştir⁸⁷.

Fransa’da oylar adayların isimlerinin yazılı olduğu kağıtların zarfa konularak sandığa atılması suretiyle kullanılır. Dolayısıyla herhangi bir adayın adı olmayan boş bir oy pusulası⁸⁸ veya boş bir zarfın sandığa atılması “boş oy” (le vote blanc) olarak adlandırılmaktadır⁸⁹. Boş oylar, kullanılan geçerli oyların tespitinde dikkate alınmaz, ancak sandık sonuçlarında özel olarak belirtilir⁹⁰. Başka bir ifade ile boş oyların çoğunluk oyu olmasının herhangi bir sonucu yoktur. Ancak Fransa’da, boş oyların çoğunlukta olması durumunda seçimin iptal edilerek yeni adaylarla yeni seçim yapılması yönünde talepler vardır⁹¹.

E. Rusya Federasyonu

Rusya Federasyonu’nda oy pusulalarında “hiçbiri” seçeneğine benzer bir seçenek olan “herkese karşı” (Rusça: “Против всех”)⁹² kaydı yer almaktaydı. Ancak bu seçeneğin seçmenler tarafından çok fazla kullanılmaya başlanması sebebiyle, 2006 yılında bu uygulamaya son verilmiştir⁹³. Rusya Federasyonu seçim sisteminde yer alan “herkese karşı” oy kullanma imkânı Sovyetler Birliği döneminden kalan bir uygulamadır⁹⁴. Rusya Federasyonu’nda “herkese karşı” oy kullanmak seçmen katılımını artırmanın önemli bir yolu⁹⁵ olarak nitelendirilmiş ve 2006 yılına kadar seçim sisteminde bu seçeneğe yer verilmiştir⁹⁶.

2006 yılından önce Rusya Federasyonu’ndaki tüm seçimlerde “herkese karşı” oy kullanma seçeneği mevcuttu. 12 Haziran 2002 tarihli “Seçim Haklarının Temel Garantileri ve Rusya Federasyonu Vatandaşlarının Referandum Katılma Hakları Hakkındaki” kanunun 64. maddesine

⁸⁵ Heinsohn, Till. “Casting an Invalid Vote at the 2017 French Presidential Election”, *French Politics*, Volume 16, 2018, s. 396.

⁸⁶ Mackintosh, Eliza/Vonberg, Judith, “A record number of French voters cast their ballots for nobody”, CNN, May 8, Mackintosh, Eliza/Vonberg, Judith. “A record number of French voters cast their ballots for nobody”, CNN, (08.05.2017), <https://edition.cnn.com/2017/05/08/europe/french-voters-spoiled-ballots-abstained/index.html>, (Erişim Tarihi: 24.01.2023).

⁸⁷ Cumhurbaşkanlığı seçiminin ikinci turunda dört milyondan fazla (seçmenlerin %11,3’ü) ve milletvekili seçimlerinin ikinci turunda yaklaşık iki milyon (seçmenlerin %9,9’u) boş ve geçersiz oy kullanılmıştır. Moualek, s. I.

⁸⁸ Boş oy pusulasının, üzerinde adayın adının yazılı olduğu oy pusulasıyla aynı özelliklere (boyut, renk, ağırlık) sahip olması gerekir. David, Pascaline. “What is the purpose of a blank vote? How is it different from a spoiled vote or abstention?”, *Le Monde*, (12.04.2022), https://www.lemonde.fr/en/les-decodeurs/article/2022/04/12/what-is-the-purpose-of-a-blank-vote-how-does-it-differ-from-a-spoiled-vote-or-an-abstention_5980314_8.html, (Erişim Tarihi: 24.01.2023).

⁸⁹ <https://www.parti-du-vote-blanc.fr/comprendre/le-vote-blanc/>, (Erişim Tarihi: 24.01.2023).

⁹⁰ David, “What is the purpose of a blank vote?”.

⁹¹ Bkz. <https://www.parti-du-vote-blanc.fr/>; <https://vote-blanc.org/>, (Erişim Tarihi: 24.01.2023).

⁹² Fedorenko/Nesterovych/Bernaziuk, s. 56-57.

⁹³ Khan, s. 5.

⁹⁴ Oversloot/Van Holsteyn/Van Den Berg, s. 33.

⁹⁵ Hutcheson, Derek S. “Disengaged or disenchanting? the vote ‘against all’ in post-communist Russia”, *Journal of Communist Studies and Transition Politics*, Volume 20, No. 1, 2004, s. 99.

⁹⁶ Oversloot/Van Holsteyn/Van Den Berg, s. 33.

göre, seçmenler “tüm adaylara karşı” (veya tüm aday listelerine karşı) seçeneğini tercih edebiliyordu⁹⁷. Devlet Başkanı seçimlerinde ve tek isimli seçim sisteminin uygulandığı bütün seçimlerde “herkese karşı” oy kullanmak mümkündür⁹⁸. Yerel seçimler için kullanılan oy pusulalarında “tümüne karşı” seçeneği yer almaktaydı. Yine Milletvekillerinin bir kısmının tek isimli seçim sistemine göre, bir kısmının ise nisbi temsil sistemine göre belirlendiği Duma seçimlerinde de “tüm adaylara” ve “tüm listelere karşı” oy kullanılabilirdi⁹⁹.

Sovyetler Birliği’nin dağılmasına yol açan 1991 seçimleri, NOTA seçeneğinin demokrasi üzerindeki etkisini açıklama konusunda önemli bir örnek teşkil etmektedir¹⁰⁰. 1991 yılında yapılan parlamento seçimlerinde birçok adayın oyların çoğunluğunu sağlayamaması üzerine 1500 üyeliğin 200’ü için yeniden seçime gidilmiştir. Yeni yapılan seçimlerde yüzden fazla Komünist Partili milletvekili yeniden seçilememiştir¹⁰¹.

F. Bangladeş

Bangladeş’te 2008 yılında bir Kararname ile yapılan değişiklikle seçmenlerin “hayır oyu” kullanabilmelerine imkân tanınmıştır¹⁰². Söz konusu değişiklik “güvensizlik oyu verilmesi” başlığı altında, “seçmenler, adaylardan herhangi birine oy vermek istemezse, ‘yukarıdaki adaylardan hiçbiri’ sembolünü içeren boşluğa öngörülen işareti koyacaktır” şeklinde bir düzenlemeye yer vermektedir¹⁰³. Kararnamenin ilk halinde, herhangi bir seçim bölgesinde “yukarıdaki adaylardan hiçbiri” oylarının sayısı toplam oyların %50’sini aşarsa, söz konusu seçim bölgesindeki seçimin daha sonra tekrar yapılmak üzere iptal edilmesine ilişkin kural kabul edilmiştir¹⁰⁴. Ancak değişikliği öngören Kararname onaylanırken, ilgili hükümler parlamento tarafından kaldırılmıştır¹⁰⁵. Bu nedenle değişiklik Bangladeş’te yalnızca 2008 yılı genel seçimlerinde uygulanmıştır¹⁰⁶. Bu seçimde seçmen katılımı %78,93’e ulaşarak artış göstermiştir ancak “yukarıdaki adaylardan hiçbiri” seçeneği %1’i dahi geçememiştir¹⁰⁷.

G. Kanada

Kanada’da hiçbir seçim bölgesinde, oy pusulalarında “yukarıdakilerden hiçbiri” şeklinde bir seçeneğe yer verilmemektedir. Ancak bazı eyaletlerde, seçmenlerin oylamaya katılarak ve resmi olarak “oy vermeyi reddetmeleri” mümkündür. “Oy vermeyi reddetme” yönündeki oylar sayılmakta ve seçim kayıtlarının bir parçası haline gelmektedir¹⁰⁸. Örneğin Ontario Seçim

⁹⁷ Fedorenko/Nesterovych/Bernaziuk, s. 56-57.

⁹⁸ Oversloot/Van Holsteyn/Van Den Berg, s. 32.

⁹⁹ Oversloot/Van Holsteyn/Van Den Berg, s. 32.

¹⁰⁰ Khan, s. 5.

¹⁰¹ Boris Yeltsin ABD ziyareti sırasında NOTA’nın Sovyet versiyonunun “insanları hileli bir seçimde bile gerçek güce sahip olduklarına ikna etmeye yardımcı olduğunu ve gerçek demokrasinin inşasında rol oynadığını” ifade etmiştir. Fund, 2012.

¹⁰² Katju, s. 11. Bangladeş’te 19 Ağustos 2008 tarihli Resmî Gazetesi’de yayımlanan 2008 tarihli 42. Kararname ile yapılan değişiklik, bkz. Karim, Mohammad Ataul. “Negative Voting’ in Parliamentary Election of Bangladesh: A legal and Political Analysis, *Green University Review*, Volume 4, No. 1-2, 2013, <https://ssrn.com/abstract=2624903>, (Erişim Tarihi: 01.04.2023).

¹⁰³ Karim, 2013.

¹⁰⁴ Karim, 2013; Katju, s. 11.

¹⁰⁵ Karim, 2013.

¹⁰⁶ Karim, 2013.

¹⁰⁷ Katju, s. 11.

¹⁰⁸ Khan, s. 6.

Kanunu’na göre, oy pusulasını alan bir seçmenin, oy kullanmayı reddettiğini bildirmesi halinde, seçim görevlileri oy pusulasının arkasına derhal “reddedildi” yazar. Ayrıca seçmenin oy vermeyi reddettiği, sandık tutanağına kaydedilir (Ontario Seçim Kanunu¹⁰⁹, 53. madde). Manitoba¹¹⁰, Saskatchewan¹¹¹ ve Alberta¹¹² eyaletlerinin seçim kanunlarında da federal seçimler dışındaki seçimlerde oy pusulasını reddetmeye yönelik hükümler vardır. Oy kullanmayı reddetme seçeneği, seçmenlerce hatta bazen seçim görevlilerince dahi az bilinen bir yöntemdir. Bu yöntem seçmenlerin hem demokratik sürece katılarak görevini yerine getirmesini hem de protestosunun resmi olarak kaydedilmesini sağlar¹¹³.

Kanada’da oy pusulalarında “yukarıdakilerden hiçbiri” şeklinde bir seçeneğe yer verilmesi yönünde de talepler vardır. Örneğin Ontario eyaletinde “Yukarıdakilerin Hiçbiri Partisi” kurulmuştur¹¹⁴ ancak henüz milletvekili çıkaramamıştır¹¹⁵. Kanada’da oy pusulalarında NOTA seçeneğinin yer alması gerektiğini savunan bağımsız bir aday ise ismini resmîyette “Yukarıdakilerden Hiçbiri” olarak değiştirmiştir¹¹⁶.

¹⁰⁹ Ontario Election Act, R.S.O. 1990, c. E.6, <https://www.ontario.ca/laws/statute/90e06>, (Erişim Tarihi: 21.02.2023).

¹¹⁰ Manitoba Seçim Kanunu madde 117(2). Kanun için bkz. <https://web2.gov.mb.ca/laws/statutes/ccsm/e030e.php>, (Erişim Tarihi: 21.02.2023).

¹¹¹ Saskatchewan Seçim Kanunu madde 80(1). Kanun için bkz. <https://publications.saskatchewan.ca/#/products/498>, (Erişim Tarihi: 21.02.2023).

¹¹² Alberta Seçim Kanunu madde 107.1. Kanun için bkz. https://kings-printer.alberta.ca/1266.cfm?page=E01.cfm&leg_type=Acts&isbncln=9780779839278, erişim 21.02.2023.

¹¹³ Ibbitson, John. “Want to Vote ‘None of The Above’ in Ontario’s Election? Here’s How You Can”, *The Globe and Mail*, (20.05.2018), <https://www.theglobeandmail.com/politics/article-want-to-vote-none-of-the-above-in-ontarios-election-heres-how-you/>, (Erişim Tarihi: 21.02.2023).

¹¹⁴ Li, Xiaoli. “None of the Above Party Looks to Provide Alternative in Ontario Election”, *CTV News*, (09.06.2014), <https://toronto.ctvnews.ca/none-of-the-above-party-looks-to-provide-alternative-in-ontario-election-1.1860463>, (Erişim Tarihi: 19.02.2023).

¹¹⁵ Hiçbiri Partisi, ulusal düzeyde bir parti olan “Doğrudan Demokrasi Partisi” ile birleşmiştir. Bkz. <https://nota.ca/>.

¹¹⁶ Sheldon Bergson isimli bağımsız aday resmi olarak “Above Znoneofthe” ismini almıştır. Oy pusulalarında soy ad öncelikli olarak yer aldığı için oy pusulasında adının en sonda yer almasını sağlamak üzere yeni soyadının başına “Z” harfini eklemiştir. Sheldon Bergson bağımsız aday olarak “Znoneofthe, Above” ismiyle oy pusulasında en sonda yer almıştır. Mortimer, Caroline. “Canadian Man Changes His Name to ‘Above Znoneofthe’ to Stand in a Local Election”, *Independent*, (31.01.2016), <https://www.independent.co.uk/news/world/americas/canadian-man-changes-his-name-to-above-znoneofthe-to-stand-in-a-local-election-a6845006.html>, (Erişim Tarihi: 19.02.2023).

SONUÇ

Günümüz temsili demokratik sistemlerinde seçimler, seçim ya da parti sistemleri farklı da olsa, çoğunlukla önceden seçilmiş partiler veya adaylar arasından tercih yapmaya dayanır. Ancak mevcut alternatiflerden hiçbirine oy vermek istemeyen seçmenler seçimlere katılmama, boş veya geçersiz oy kullanma ya da aslında desteklemediği bir parti/adaya oy verme şeklinde tercihlerini kullanmaktadır.

Mevcut siyasi rejimlerin meşru kabul edilmesini sağlayan en önemli araç seçimlerdir. Bu nedenle seçimlere katılım oranlarının yüksek olması, demokratik rejime rızanın aleni ifadesi olarak nitelendirilmektedir. Seçmen katılımının düşük olması ise genellikle rejimden duyulan memnuniyetsizliğin bir işareti olarak görülmektedir. Oy pusulalarında seçmenlere tüm adayları reddetme seçeneği sunmak, seçimlere katılma oranlarının artırılması ve protesto oylarının doğru bir şekilde değerlendirilebilmesi için kullanılan bir yöntemdir. Ancak “hiçbiri” seçeneğinin çoğunluk oyu olması halinde yeni seçimler yapılması zorunlu tutulmuyorsa, bu seçeneğin etkisi seçmenlerin tepkisini kayıt altına alınmakla sınırlı olacaktır. Elbette ki yeni seçim yapılmasını zorunlu kılmasa bile “hiçbiri” seçeneğine verilen oyların yüksek oranlara ulaşması, meşruiyet eksikliğinin bir güçlü bir göstergesi olacaktır. Ancak bu durumda “hiçbiri” seçeneğinin siyasi sistemde bir düzeltme mekanizması ya da emniyet supabı işlevi görmesi mümkün değildir. Zira bu halde “hiçbiri” seçeneği, sadece sistemi tehdit eden bir sorun olduğunu ortaya koyacaktır. Ancak bu sorunun çözümüne herhangi bir katkı sağlamayacaktır.

“Hiçbiri” seçeneğinin oyların çoğunluğunu alması neticesinde seçimlerin yenilenmesinin zorunlu olduğu hallerde, bir önceki seçimdeki adayların katılmayacağı yeni bir seçim yapılmaktadır. Anayasa’da sayılan nitelikleri taşıyan adayların seçimlerde aday olabilmelerini engelleyen böylesi bir düzenlemenin anayasal dayanağının olması zorunludur. Ancak siyasi partilerin ve milletvekillerinin kendilerini bu denli zora sokacak bir anayasal değişikliği destekleme ihtimali de kanaatimizce oldukça düşüktür.

“Hiçbiri” seçeneğinin yoğun bir şekilde tercih edilmesi, özellikle seçimlerin yenilenmesi ihtimalinin bulunması halinde, seçim maliyetlerini de arttıracaktır. Ancak “hiçbiri” seçeneğinin ilk seçimde çoğunluk oyu alması halinde, seçimlerin yalnızca bir defa yenilenmesi şartını getirmek suretiyle bu mesele çözümlenebilir. Böylelikle seçimler, iki türlü bir seçim sisteminin yarattığı maliyetten daha fazla ek külfet getirmeyecektir.

Kanaatimizce boş oy kullanmak seçmeni “ilgisiz veya kayıtsız seçmen” olarak etiketlerken, aktif olarak seçime katılarak tepki gösterebilmek, tüm adayları reddedebilmek önemli bir muhalefet şeklidir. Oy pusulalarında “hiçbiri” seçeneğinin olması, özellikle aday belirlenmesinde siyasi partilerin etkili olduğu sistemlerde olumlu sonuçlar doğurabilir. Böyle bir usul halkın tepkisini, memnuniyetsizliğini siyasi partilere iletebileceği kuvvetli bir mesaj niteliğindedir. Bu suretle siyasi partilerin ve adayların kendilerini yenilemelerine, halkın tepkilerine karşı daha duyarlı olmalarına ve şeffaflığın artırılmasına katkı sağlayacaktır. Ancak olağan şekilde işleyen bir demokraside bu şekilde bir seçeneğe ihtiyaç olmayacağını söylemek de mümkündür. Partilerin seçmenlerin taleplerine daha duyarlı olmasını sağlamak amaçlanıyorsa, seçmenin tüm adayları reddetme hakkının olması etkili bir yöntem olabilir. Ancak aday belirleme yöntemlerinin ya da seçim liste usullerinin demokratik olduğu, parti içi demokrasinin kuvvetli

olduğu veya otoriterleşme eğiliminin olmadığı demokratik bir sistemde partiler, seçmen eğilimlerini daha çok göz önünde bulunduracaktır. Dolayısıyla bu halde tüm adayları reddetme seçeneğinin çok fazla talep görmeyeceğini söylemek mümkündür. Şüphesiz ki demokratik seçim ilkeleri açısından bahsi geçenler birer örnekten ibarettir.

Seçmenlere adayların tümünü reddetme hakkı vermek, siyasette etik kurallarını teşvik etmeye yönelik kurumsal düzenlemelerden biri olarak değerlendirilebilir. Siyasette etiğin artırılmasına ve siyasetin yozlaşmasının veya yolsuzlukların önlenmesine yönelik kurumsal tedbirler, ülkeden ülkeye farklılaşabilmektedir. Seçmenlere adayların tümünü reddetme hakkı vermek, bu amaçla uygulanabilecek yöntemlerden biri olsa da böyle bir hakkın verilmesinin yeterli bir tedbir olmayacağı da aşıkardır. Zira siyasette etik normları teşvik etmeye yönelik kurumsal çabaların çoğu zaman kitlesel ve süregelen toplumsal hareketlerle desteklenmesi de gerekir.

Demokrasilerde her seçmenin tam olarak kendi görüşlerini yansıtan bir aday ya da parti vasıtasıyla temsil edilmesi mümkün değildir. Ayrıca seçimler neticesinde icra edilebilir bir karar alınması da zorunludur. Ancak demokratik seçimlerin, seçmenlerin kötünün iyisini seçtiği bir karar alma mekanizmasına da dönüşmemesi gerekir. Seçmene sunulan tüm seçeneklere karşı kuvvetli bir tepkinin olduğu ve ilgililerin bu meseleyi çözümsüz bıraktığı durumlarda demokrasinin hayatta kalamayacağı da açıktır.

KAYNAKÇA

Alsema, Adriaan. “Colombian town votes ‘none of the above’ forcing new election”, *Colombia Reports*, (31.10.2011), <https://colombiareports.com/colombian-town-massively-votes-none-of-the-above-forcing-new-elections/>, (Erişim Tarihi: 30.03.2023).

Alvarez, R. Michael/Kiewiet, D. Roderick/Nuñez, Lucas. “A Taxonomy of Protest Voting”, *Annual Review of Political Science*, Volume 21, 2018, s. 135–154.

Ambrus, Attila/Greiner, Ben/Zednik, Anita. “The Effects of a ‘None of the Above’ Ballot Paper Option on Voting Behavior and Election Outcomes”, *Economic Research Initiatives at Duke (ERID)*, Working Paper No. 277, (07.11.2018), https://papers.ssrn.com/sol3/JELJOUR_Results.cfm?form_name=journalbrowse&journal_id=1157958, (Erişim Tarihi: 18.03.2019).

Arcelus, Francisco/Mausser, Gary/Spindler, Z. A. “The Right to Vote No: Revising The Voting System and Resuscitating The F-Y Voter”, *Public Choice*, Volume 33, Issue 4, 1978, s. 67–83.

Bergh, Johannes. “Protest Voting in Austria, Denmark, and Norway”, *Scandinavian Political Studies*, Volume 27, No. 4, 2004, s. 367-389.

Bowler, Shaun/Lanoue, David J. “Strategic and Protest Voting for Third Parties: The Case of the Canadian NDP”, *The Western Political Quarterly*, Volume 45, No. 2, 1992, s. 485-499.

Brown, Adam R. “Losing to Nobody? Nevada’s “None of These Candidates” Ballot Reform”, *The Social Science Journal*, Volume 48, Issue 2, 2011, s. 364–370.

Candan, Kadir/Solak, Mehmet/Bilgin, Murat. *Dünyada Seçim Sistemleri*, TBMM Basımevi, Ankara, 2020.

Çelik, Özlem. “Amerika Birleşik Devletleri Hukukunda Yürütme İmtiyazı”, *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 30, Sayı. 3, s. 1253-1299.

Damore David F./Waters, Mallory M./Bowler, Shaun. “Unhappy, Uninformed, or Uninterested? Understanding “None of the Above” Voting”, *Political Research Quarterly*, Volume 65, Issue 4, 2012, s. 895– 907.

David, Pascaline. “What is the purpose of a blank vote? How is it different from a spoiled vote or abstention?”, *Le Monde*, (12.04.2022), https://www.lemonde.fr/en/les-decodeurs/article/2022/04/12/what-is-the-purpose-of-a-blank-vote-how-does-it-differ-from-a-spoiled-vote-or-an-abstention_5980314_8.html, (Erişim Tarihi: 24.01.2023).

Erickson, Robert E. “None of These Candidates”, *Political History of Nevada*, (Nevada Secretary of State), 2016, <http://epubs.nsla.nv.gov/statepubs/epubs/613636-2016.pdf>, (Erişim Tarihi: 23.03.2023), s. 189-190.

Fedorenko, Vladyslav/Nesterovych, Volodymyr/Bernaziuk, Ian. “The Ballot Paper: a Constitutional Instrument of Electoral Democracy or a Means of Manipulating the Electorate?”, *Krytyka Prawa, Niezależne Studia Nad Prawem*, Volume 13, No. 1, 2021, s. 51-79.

Fund, John. “None of the Above Should Be on the Ballot”, *National Review*, (10.09.2012), <https://www.nationalreview.com/2012/09/none-above-should-be-ballot-john-fund/>, (Erişim Tarihi: 02.10.2022).

Heinsohn, Till. “Casting an Invalid Vote at the 2017 French Presidential Election”, *French Politics*, Volume 16, 2018, s. 383–399.

Herron, Michael C./Sekhon, Jasjeet S. “Black Candidates and Black Voters: Assessing the Impact of Candidate Race on Uncounted Vote Rates”, *The Journal of Politics*, Volume 67, No. 1, 2005, s. 154–177.

Hutcheson, Derek S. “Disengaged or disenchanted? the vote ‘against all’ in post-communist Russia”, *Journal of Communist Studies and Transition Politics*, Volume 20, No. 1, 2004, s. 98–121.

Ibbitson, John. “Want to Vote ‘None of The Above’ in Ontario’s Election? Here’s How You Can”, *The Globe and Mail*, (20.05.2018), <https://www.theglobeandmail.com/politics/article-want-to-vote-none-of-the-above-in-ontarios-election-heres-how-you/>, (Erişim Tarihi: 21.02.2023).

Karim, Mohammad Ataul. “ ‘Negative Voting’ in Parliamentary Election of Bangladesh: A legal and Political Analysis”, *Green University Review*, Volume 4, No. 1-2, 2013, <https://ssrn.com/abstract=2624903>, (Erişim Tarihi: 01.04.2023).

Katju, Manjari. “The ‘None of the Above’ Option”, *Economic and Political Weekly*, Volume 48, No. 42, 2013, s. 10-12.

Khan, Kafeel. “NOTA: A Progress or Regress”, *Jus Corpus Law Journal*, Volume 2, Issue 3, 2022, s. 1-11.

Li, Xiaoli. “None of the Above Party Looks to Provide Alternative in Ontario Election”, *CTV News*, (09.06.2014), <https://toronto.ctvnews.ca/none-of-the-above-party-looks-to-provide-alternative-in-ontario-election-1.1860463>, (Erişim Tarihi: 19.02.2023).

Mackintosh, Eliza/Vonberg, Judith. “A record number of French voters cast their ballots for nobody”, *CNN*, (08.05.2017), <https://edition.cnn.com/2017/05/08/europe/french-voters-spoiled-ballots-abstained/index.html>, (Erişim Tarihi: 24.01.2023).

McAllister, Ian/Makkai, Toni. “Institutions, Society or Protest? Explaining Invalid Votes in Australian Elections”, *Electoral Studies*, Volume 12, Issue 1, 1993, s. 23-40.

Mortimer, Caroline. “Canadian Man Changes His Name to ‘Above Znoneofthe’ to Stand in a Local Election”, *Independent*, (31.01.2016), <https://www.independent.co.uk/news/world/americas/canadian-man-changes-his-name-to-above-znoneofthe-to-stand-in-a-local-election-a6845006.html>, (Erişim Tarihi: 19.02.2023).

Mott, Rodney L. “Invalid Ballots Under the Hare System of Proportional Representation”, *The American Political Science Review*, Volume 20, No. 4, 1926, s. 874–882.

Moualek, Jérémie. “Votes That Are (Really) Not Like Others?” *Revue Française de Science Politique (English Edition)*, Volume 67, No. 6, 2017, s. I-XIV.

Myers, Dennis. “None of These Candidates”, *Online Nevada Encyclopedia (ONE)*, 2009, <https://www.onlinenevada.org/articles/none-these-candidates>, (Erişim Tarihi: 23.03.2023).

Nagle, John D. “Let the Voters Choose None of the Above”, *The New York Times*, (28.05.1989), (<https://www.nytimes.com/1989/05/28/opinion/l-let-the-voters-choose-none-of-the-above-446689.html>), (Erişim Tarihi: 16.01.2023).

O’Connor, Blair T. “Want to Limit Congressional Terms- Vote for None of the Above”, *Valparaiso University Law Review*, Volume 29, 1994, s. 361-415.

Oversloot, Hans/ Van Holsteyn, Joop /Van Den Berg, Ger P. “Against All: Exploring the Vote ‘Against All’ in the Russian Federation’s Electoral System”, *The Journal of Communist Studies and Transition Politics*, Volume 18, Issue 4, 2002, s. 31-50.

Phillips, Shanna S. *Making Choices Real: Increasing Electoral Participation by Voting for None*, University of Nevada, Retrospective Theses & Dissertations, Universty of Nevada, Las Vegas, 2000, <https://digitalscholarship.unlv.edu/rtds/1129>, (Erişim Tarihi: 20.03.2019).

Plescica, Carolina/Kritzinger, Sylvia/ Singh, Shane P. “Who Would Vote NOTA? Explaining a ‘None of the Above’ Choice in Eight Countries”, *European Journal of Political Research*, 2021, s. 1-17.

Power, Timothy J./Garand, James C. “Determinants of Invalid Voting in Latin America”, *Electoral Studies*, Volume 26, Issue 2, 2007, s. 432-444.

Power, Timothy J./Roberts, J. Timmons. “Compulsory Voting, Invalid Ballots, and Abstention in Brazil”, *Political Research Quarterly*, Volume 48, No. 4, 1995, s. 795-826.

Roy, Maya/Vachana, Vr. “NOTA and the Indian Voter”, *Economic & Political Weekly*, Volume 53, Issue No. 6, 2018, s. 28-31.

Stiefbold, Rodney P. “The Significance of Void Ballots in West German Elections” *The American Political Science Review*, Volume 59, No. 2, 1965, s. 391–407.

Superti, Chiara. “The Blank and Null Vote as An Alternative Form of Democratic Protest”, http://scholar.harvard.edu/files/csuperti/files/blankasprotest_final.pdf?m=1455298855, (Erişim Tarihi: 19.03.2019).

Superti, Chiara. “Vanguard of the Discontents: Blank and Null Voting as Sophisticated Protest”, <https://scholar.harvard.edu/files/csuperti/files/supertibnvpaper.pdf>, 2014, (Erişim Tarihi: 18.03.2019).

Taylor, Steven L. “Colombian Voters and Ballot Structure: Error, Confusion, and/or None of the Above”, *The Latin Americanist*, Volume 56, Number 4, 2012, s. 111-130.

The Express Tribune. “None of the above vote to be added to ballots: ECP”, (03.04.2013), <https://tribune.com.pk/story/530557/none-of-the-above-vote-to-be-added-to-ballots-ecp/>, (Erişim Tarihi: 16.01.2023).

Tyshkovskiy, Anton. “Does NOTA Option Availability Affect Voting in a Polarized Environment? Evidence from Ukrainian Parliamentary Elections 2006 – 2012”, *Central European University Department of Economics*, https://www.etd.ceu.edu/2016/tyshkovskiy_anton.pdf, Budapest, 2016, (Erişim Tarihi: 06.04.2023).

Ujhelyi, Gergely/Chatterjee, Somdeep/Szabo, Andrea. “None of the Above”, *Working paper University of Houston*, (23.05.2018), (<http://www.uh.edu/~gujhelyi/nota.pdf>), (Erişim Tarihi: 18.03.2019).

Venice Commission, *Report on Electoral Law and Electoral Administration in Europe*, CDL-AD (2006) 018, Strazburg, (12.06.2006).

Venice Commission, *Report on Electoral Law and Electoral Administration in Europe*, CDL-AD(2020)023, Strasbourg, (08.10.2020).

Weinberg, Leonard/Linderman, Robert/Amal, Kavar. “The Electoral Consequences of a New Ballot Choice: The Case of ‘None of These’ in Nevada”, *State & Local Government Review*, Volume 14, No. 3, 1982, s. 117-120.

Yargı Kararları ile Sigortalılara Yapılan Ödemelerin Prime Tabi Tutulması

Baki Oğuz MÜLAYİM 

Doç. Dr., Necmettin Erbakan Üniversitesi Hukuk Fakültesi, İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Anabilim Dalı

Konya, Türkiye

bakioguz.mulayim@gmail.com (Sorumlu Yazar / Corresponding Author)

Makale Bilgileri

ÖZET

Makale Geçmişi

Geliş: 27.04.2023

Kabul: 19.07.2023

Yayın: 08.08.2023

Anahtar

Kelimeler:

5510 sayılı Kanun, 506 sayılı Kanun, Prim, Prime Esas Kazanç, Ücret.

İşçilik alacaklarına ilişkin davalar, iş uyuşmazlıkları içerisinde önemli bir yer tutmaktadır. İşveren tarafından işçiye yargı kararına dayalı olarak yapılan ödemeler, işçinin haklarını yerine getirmek için yeterli değildir. Bu ödemeler, 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanununda öngörülen esaslar çerçevesinde, prime esas kazanç olarak da değerlendirilmelidir. Kanunun 79. ila 91. maddeleri arasında dördüncü kısım başlığı altında prime ilişkin hükümler yer almaktadır. İki bölüme ayrılmak sureti ile konu düzenlenmiştir. Birinci bölümde prim alınması, prime esas kazanç, prim oranları ve asgari işçilik, ikinci bölümde ise prim belgeleri ve primlerin ödenmesine yönelik hükümler bulunmaktadır. Yargı kararı ile hükmedilen tutarın, ücret ya da ücret dışında bir ödeme olup olmaması ile işçinin iş sözleşmesinin devam edip etmediği hususları, yapılacak değerlendirmede önemlidir. İşçilik alacağının gerçekleştiği dönemde işçinin sigortalı olarak kaydının olup olmaması da diğer bir önemli husustur. Çalışmamızda, konu hakkında yargı kararlarına da yer verilmiştir.

Subjecting The Payments Made Based On The Judicial Decision To The Insurance Holders To Premium

Article Info

ABSTRACT

Article History

Received: 27.04.2023

Accepted: 19.07.2023

Published: 08.08.2023

Keywords:

Law No. 5510, Law No. 506, Premium, Earnings Subject to Premium, Wage.

The lawsuits about the wages of the employee have an important place in labor disputes. The payments made based on the judicial decision by the employer to the employee is not sufficient to fulfill the rights of the employee. These payments should also be evaluated as earnings subject to insurance premium in terms of The Social Insurance and General Health Insurance Law No.5510. There are provisions on premium under the fourth section title between Articles 79 and 91 of the Law. This section is divided into two separate parts In the first part, there are provisions for collecting premiums, earning subject to premium, premium rates and minimum workmanship and in the second part premium documents and the payment of premiums. While making this evaluation, whether the payments made based on the judicial decision are the wage or payments other than wage and whether the contract of the employee is continues or not is important. Another important issue is whether the employee is registered as insured in the period when the labor claims are realized. In our study, judicial decisions about the subject are also included.

Atıf/Citation: Mülayim, B. O. (2023). "Yargı Kararları ile Sigortalılara Yapılan Ödemelerin Prime Tabi Tutulması", *Necmettin Erbakan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 6(2), s. 553-580.



"This article is licensed under a Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License (CC BY-NC 4.0)"

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

GİRİŞ

İşçilik alacaklarına ilişkin davalarda bir tutara hükmedildiğinde işçi açısından, bu tutarın işverenden tahsilinin yanı sıra, Sosyal Güvenlik Kurumu tarafından prime esas kazanç olarak değerlendirilip, sigorta primine tabi tutulması da önem arz etmektedir¹. Zira sigortalı adına ödenen primler, sigorta kollarından sağlanan yardımlarda, sigortalının emeklilik şartlarının belirlenmesinde ve emekli aylıklarının hesaplanmasında esas alınır. Bu doğrultuda prime esas kazancının belirlenmesinde, sigortalının hukuki yararı bulunmaktadır. Prime esas kazanç matrahı yükseldiğinde, Kurumun edim sonucu yükselmekte, düşük olduğunda ise düşmektedir².

Sigorta primi düşük bildirilen işçinin, işsizlik maaşı, geçici iş göremezlik ödeneği gibi hakları, miktar olarak azalır, emekli maaşı düşer. Bu durum, sigortalının yanı sıra devlet açısından da olumsuz bir durumdur. Devlet, daha az prim tahsil etmekte ve vergi kaybına uğramaktadır³. Zira primler, Sosyal Güvenlik Kurumunun temel gelir kaynağıdır⁴. Ancak 4447 sayılı Kanunun⁵ 46. maddesinin dördüncü fıkrasında yer alan, “*İşsizlik sigortası primlerinin toplanmasından Sosyal Sigortalar Kurumu, diğer her türlü hizmet ve işlemlerin yapılmasından İş ve İşçi Bulma Kurumu Genel Müdürlüğü görevli, yetkili ve sorumludur. Bu amaçla, İş ve İşçi Bulma Kurumu bünyesinde; İşsizlik Sigortası Fonuna aktarılan işçi, işveren ve devlet katkılarının Yönetim Kurulu kararları çerçevesinde değerlendirilmesine ilişkin işlemleri yürütmek, primlerin kişi bazında kaydını tutmak, işsizlik ödeneği ödenmesine ilişkin her türlü işlemleri yapmak, sigorta primlerinin Sosyal Güvenlik Kurumuna yatırılmasını sağlamak, işsizlere yönelik mesleki eğitim tedbirleri ile ilgili işlemleri yapmak ve bu Kanunun uygulanması ile ilgili olarak Kanunla verilen diğer görevleri yerine getirmek üzere İşsizlik Sigortası Daire Başkanlığı kurulmuştur*”, düzenlemesi gereğince işsizlik sigortası primlerinin toplanmasından, Sosyal Güvenlik Kurumu sorumludur. Bu amaçla, toplanan primler, İş ve İşçi Bulma Kurumu bünyesinde İşsizlik Sigortası Fonuna aktarılır⁶.

¹ Primin hukuki niteliği hakkında bkz. Korkusuz, M. Refik/Uğur, Suat. *Sosyal Güvenlik Hukuku*, 7. Baskı, Ekin Yayınevi, Bursa, 2020, s.171-172; Tuncay, A. Can/Ekmekçi, Ömer. *Sosyal Güvenlik Hukuku Dersleri*, 20. Baskı, Beta Yayınevi, İstanbul, 2019, s.173-174.

² Yılmaz, Halil. “Sosyal Güvenlik Hukukunda İş Sözleşmesiyle Çalışanların Prime Esas Kazançlarının Tespiti”, *TBB Dergisi*, S.145, 2019, s.449.

³ Baysal, Mustafa. “İş Davalarında Gerçek Ücretin Tespiti”, *Mali Çözüm Dergisi*, S.159, 2020, s.327.

⁴ Konu hakkında bkz. Alper, Yusuf. *Sosyal Sigortalar Hukuku*, 11. Baskı, Dora Yayınevi, Bursa, 2020, s.163-217; Güzel, Ali/ Okur, A. Rıza/ Caniklioğlu, Nurşen. *Sosyal Güvenlik Hukuku*, 18. Baskı, Beta Yayınevi, İstanbul, 2020, s.228-348; Sözer, Ali Nazım. *İşçi, Bağımsız Çalışan ve Kamu Görevlileri Bakımından Türk Sosyal Sigortalar Hukuku*, 4. Baskı, Beta Yayınevi, İzmir, 2019, s.203-228; Şakar, Müjdat. *Sosyal Sigortalar Uygulaması*, 12. Baskı, Beta Yayınevi, İstanbul, 2017, s.141-182; Tuncay/Ekmekçi, s.168-254; Korkusuz/Uğur, s.168-196; Üçışık, Fehim. *Sosyal Güvenlik, Ötüken Neşriyat, İstanbul, 2015, s.273-299; Uşan, M. Fatih. Türk Sosyal Güvenlik Hukukunun Esasları*, 2. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara 2009, s.131-170; Arıcı, Kadir. *Türk Sosyal Güvenlik Hukuku*, Gazi Kitabevi, Ankara, 2022, s.202-212; Tezel, Ali/ Kurt, Resul. *Sosyal Güvenlik Reformu, Yorum ve Açıklaması (5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu)*, 6. Baskı, Yaklaşım Yayıncılık, İstanbul, 2009, s.314-325; Sümer, Haluk Hadi. *Sosyal Güvenlik Hukuku*, 3. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2022, s.107-143; Centel, Tankut. *Türk Sosyal Güvenlik Hukuku*, Oniki Levha Yayınevi, İstanbul, 2021, s.70-97.

⁵ Kanunun tam adı, “*İşsizlik Sigortası Kanunu (Sosyal Sigortalar Kanunu, Tarım İşçileri Sosyal Sigortalar Kanunu, Türkiye Cumhuriyeti Emekli Sandığı Kanunu, Esnaf ve Sanatkarlar ve Diğer Bağımsız Çalışanlar Sosyal Sigortalar Kurumu Kanunu, Tarımda Kendi Adına ve Hesabına Çalışanlar Sosyal Sigortalar Kanunu ile İş Kanununun Bir Maddesinin Değiştirilmesi ve Bu Kanunlara Ek ve Geçici Maddeler Eklenmesi, İşsizlik Sigortası Kurulması, Çalışanların Tasarrufla Teşvik Edilmesi ve Bu Tasarrufların Değerlendirilmesine Dair Kanunun İki Maddesinin Yürürlükten Kaldırılması ile Genel Kadro ve Usulü Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin Eki Cetvellerde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun)*” şeklindedir. Kanun için bkz. RG., 08.09.1999/23810.

⁶ Mülâyim, Baki Oğuz. *Tarım Sektöründe Çalışanların Sosyal Güvenliği*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2021, s. 481.

5502 sayılı Sosyal Güvenlik Kurumu Kanununun⁷ 34. maddesinde Kurumun gelirleri sayılmaktadır. İşsizlik sigortası primleri, Kurumun gelirleri arasında yer almaz⁸.

5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanununun⁹ 79. maddesi, “*Kısa ve uzun vadeli sigortalar ile genel sağlık sigortası için, bu Kanunda öngörülen her türlü ödemeler ile yönetim giderlerini karşılamak üzere Kurum prim almak, ilgililer de prim ödemek zorundadır*”, şeklindedir¹⁰. Bu doğrultuda prime esas kazançların belirlenmesi, alınacak primlerin miktarı ve primlerin süresinde tahsili, sağlıklı bir sosyal sigorta sistemi için son derece önem taşımaktadır¹¹.

Yargı kararı ile hükmedilen işçilik alacaklarının, prime tabi tutulması, 5510 sayılı Kanunun 80. maddesinde öngörülen esaslar kapsamında yapılmaktadır. Alacağın, ücret ya da ücret dışında bir kazanç olması, işçinin iş sözleşmesinin devam edip etmediği ile işçilik alacaklarının gerçekleştiği dönemde işçinin sigortalı olup olmaması gibi hususlar, yapılacak değerlendirmede belirleyici unsurlardır.

Arabuluculuk faaliyeti sonucunda işçilik alacaklarına ilişkin anlaşma yapılması durumunda, bu alacakların da prime tabi tutulması gerekebilir. 6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanununun¹² 18. maddesinde arabuluculuk faaliyetinde taraflarca anlaşılması durumu düzenlenmektedir. Maddenin dördüncü fıkrası gereğince ise “*Taraflar ve avukatları ile arabulucunun birlikte imzaladıkları anlaşma belgesi, icra edilebilirlik şerhi aranmaksızın ilam niteliğinde belge sayılır*”. Bu doğrultuda yargı kararları için yapılan açıklamalar, genel olarak arabuluculuk faaliyeti sonucunda yapılan anlaşmalar, işe iade talebi ile arabuluculuğa başvurulması durumu da dâhil olmak üzere geçerlidir¹³.

Çalışmamızda, işçilik alacaklarına ilişkin yargı kararlarının kesinleşmesi sonrasında, Sosyal Güvenlik Kurumu tarafından bu alacakların, prime esas kazanç olarak değerlendirilip, prime tabi tutulması hususu incelenmektedir. Bu doğrultuda öncelikle hükmedilen işçilik alacağının prime esas kazanç olarak değerlendirilip değerlendirilmeyeceğinin ortaya konulması için prime esas kazanç kavramı açıklanmaktadır. Sonrasında yargı kararı ile hükmedilen işçilik alacaklarının prime tabi tutulması, ücret ve ücret dışındaki alacaklar, ayrı ayrı değerlendirilmek sureti ile değerlendirilmektedir.

⁷ RG., 20.05.2006/26173.

⁸ Elma, Ramazan. *Sosyal Güvenlik Hukuku*, 2. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2016, s.1044.

⁹ RG 16.06.2006/26200.

¹⁰ Korumalı işyerlerinde istihdam edilen engelliler hakkında bkz. Ezer, Burcu. “Türk Hukukunda Korumalı İşyeri Uygulaması ve Engellilerin Korumalı İşyerlerinde İstihdam Edilmesinin Esasları”, *Necmettin Erbakan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 5(2), 2022, s.555-556.

¹¹ Tuncay/Ekmekçi, s.172.

¹² RG., 22.06.2012/28331.

¹³ Geniş bilgi için bkz. Sosyal Güvenlik Kurumu Başkanlığı Sigorta Primleri Genel Müdürlüğü 2013/11 sayılı Genelgesi, s.58, 79-80, <https://kms.kaysis.gov.tr> (Erişim Tarihi: 15.01.2023).

I. PRİME ESAS KAZANÇLAR

A. Kavram Olarak

Prime esas kazanç kavramı, 506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanununa¹⁴ tabi sigortalılar için geçerli bir kavram iken 5510 sayılı Kanun ile birlikte memurlar ile kendi ad ve hesabına bağımsız çalışanlar için de geçerli bir kavram haline gelmiştir. Sosyal güvenliğe ilişkin düzenlemelerde, bu kavrama sıkça rastlanmaktadır. Bu doğrultuda prime esas kazanç kavramının, sosyal güvenlik hukukunun temel bir kavramı olduğu ifade edilmektedir¹⁵.

Prime esas kazanç, belirli bir tutarda prim borcunun doğabilmesi için gerekli olan gelirin ortaya çıkması olarak tanımlanabilir. Sigorta primlerinin matrahı, sigortalının kazancıdır. Kazanç kavramı ile ücret kavramı bağlantılı olmakla beraber kazanç kavramı, ücret kavramından daha geniştir. Zira prim, yalnızca ücret değil, ücret eki niteliğinde olan diğer ödemelerden de kesilir¹⁶.

Primler, aylık olarak ödendiği için matrahının da aylık olması gerekir¹⁷. Kanunun 80. maddesinin birinci fıkrasının (g) bendinde günlük kazançta dair düzenlemeler yer almaktadır. Buna göre, *“Primlerin hesabına esas tutulacak günlük kazanç, sigortalının, bir ay için prime esas tutulan kazancının otuzda biridir. Ancak günlük kazancın hesabına esas tutulan ay içindeki bazı günlerde çalışmamış ve çalışmadığı günler için ücret almamış sigortalının günlük kazancı, o ay için prime esas tutulan kazancının ücret aldığı gün sayısına bölünmesi suretiyle hesaplanır.”*. Maddenin (h) bendinde ise *“Sigortalıların günlük kazançlarının hesabında esas tutulan gün sayıları, aynı zamanda, bunların prim ödeme gün sayılarını gösterir. Ancak, işveren ve sigortalı arasında kısmî süreli hizmet akdinin yazılı olarak yapılmış olması kaydıyla, ay içerisinde günün bazı saatlerinde çalışan ve çalıştığı saat karşılığında ücret alan sigortalının ay içindeki prim ödeme gün sayısı, ay içindeki toplam çalışma saati süresinin 4857 sayılı İş Kanununa¹⁸ göre belirlenen haftalık çalışma süresine göre hesaplanan günlük çalışma saatine bölünmesi suretiyle bulunur. Bu şekildeki hesaplama gün kesirleri bir gün kabul edilir.”*, şeklinde kısmi süreli iş sözleşmelerine ilişkin bir düzenleme yer almaktadır.

Sigortalı, birden çok işte sigortalı olarak çalışmakta ise bu durumda, Sosyal Sigorta İşlemleri Yönetmeliğinin¹⁹ 97. maddesinin on ikinci fıkrası gereğince bu işlerden elde ettiği aylık ve günlük kazanç tutarı, ayrı ayrı dikkate alınır ve primler, buna göre hesaplanır. Kanunun 82. maddesinin dördüncü fıkrası, *“Sigortalıların bu Kanunun 53 üncü maddesine göre belirlenen aynı sigortalılık haline tâbi olacak şekilde birden fazla işte çalışması nedeniyle Kuruma ödenen primler toplamı, bu sigortalılık hali için belirlenen prime esas kazanç üst sınırı üzerinden hesaplanacak miktarı aşarsa, aşan kısmın tamamı, sigortalının talebi üzerine en geç talep tarihini takip eden ay içinde hissesi oranında sigortalıya defaten geri ödenir. Geri verilen primler için ayrıca gecikme cezası*

¹⁴ RG., 29, 30, 31.7.1964-01.08.1964/11766-11779.

¹⁵ Yılmaz, s.449.

¹⁶ Yılmaz, s. 451; Esen, Bünyamin. “Sigorta Primine Esas Kazanca Dâhil Olmayan Yemek Parası, Çocuk Zammı ve Aile Zammının Hesaplanması”, *Mali Çözüm Dergisi*, S.116, 2013, s.209-210.

¹⁷ Sözer, S.203.

¹⁸ RG., 10.06.2003/25134.

¹⁹ RG., 12.05.2010/27579.

ve gecikme zammı ile faiz ödenmez.”, düzenlemesi gereğince sigortalının sigorta primine esas kazancın üst sınırını aşan primleri talep etme hakkı da bulunmaktadır.

İş sözleşmesi ile çalışanlar için sigortalılık ile her ay için çalışılan gün sayısı ve kazanç bildirimi, sigortalıları çalıştıran işverenlere ait bir yükümlülüktür. Bu bildirim yapılması, sigortalıya yapılan ödemelerin, sosyal güvenlik mevzuatı kapsamında değerlendirilmesi açısından gereklidir. Zira sigortalılara yapılan ödemelerin tamamı, Kurum tarafından sigorta primine esas kazanç olarak değerlendirilmez²⁰.

Sosyal sigortalar bakımından sigortalıların hiç bildirilmemesi ve çalışma gün sayısının eksik bildirilmesinde olduğu gibi, prime esas kazançların düşük bildirilmesi de kayıt dışılık olarak değerlendirilebilir²¹.

B. Prime Esas Alınacak Kazançlar

Kanun, sigortalıların statülerini dikkate almak sureti ile sigorta primine esas kazançları belirlemiştir²². Kanunun 4. maddesinin birinci fıkrasının (a) bendi kapsamındaki sigortalıların prime esas kazançları, 5510 sayılı Kanunun 80. maddesinde düzenlenmektedir²³. Sosyal Sigorta İşlemleri Yönetmeliği ve İşveren Uygulama Tebliğinde²⁴ de konu hakkında ayrıntılı düzenlemelere yer verilmiştir. Ancak İşveren Uygulama Tebliği, İşveren Uygulama Tebliğinin Yürürlükten Kaldırılmasına Dair Tebliğ ile yürürlükten kaldırılmıştır²⁵.

Kanunun 4. maddesinin birinci fıkrasının (a) bendi kapsamındaki sigortalıların prime esas kazançlarını düzenleyen Sosyal Sigorta İşlemleri Yönetmeliğinin 97. maddesinde, son olarak 18.08.2021 tarihli Sosyal Sigorta İşlemleri Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik²⁶ ve 11.11.2022 tarihli Sosyal Sigorta İşlemleri Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik²⁷ ile değişiklikler yapılmıştır.

²⁰ Levent, Recep. “Hizmet Akdiyle Çalışanların Prime Esas Kazançlarının Tespiti”, *TBB Dergisi*, S.123, 2016, s.373-374; Özdamar, Murat. “5510 Sayılı Kanuna Göre Sigorta Primine Esas Kazançların Hesaplanması”, *Mali Çözüm Dergisi*, S.93, 2009, s.321.

²¹ Alper, Yusuf. “Sosyal Güvenlik Reformu ve Finansmanla İlgili Beklentiler”, *Sosyal Güvenlik Dergisi*, C.1, S.1, 2011, s.26. Hizmet tespiti davaları hakkında bkz. Kayık Aydınalp, Aslıhan/Mülayim, Baki Oğuz. “Hizmet Tespiti Davalarında İş Sözleşmesi İle Adi Ortaklık Sözleşmesinin Tespitine İlişkin Ölçütler”, *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C.27, S.3, 2019, s.809-843; Atalı, Murat. “Hizmet Tespit Davasının Sosyal Güvenlik Kurumuna İhbarı”, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Prof. Dr. Hakan PEKCANITEZ'e Armağan, Özel Sayı C.16, 2014, s.631-652.

²² Arıcı, s.203.

²³ Mülga 506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanununun 77. maddesinde prime esas kazançlar düzenlenmiştir. Maddenin birinci fıkrasının (a) bendinde sigortalıların o ay içinde hak ettikleri ücretlerin, (b) bendinde prim, ikramiye ve bu nitelikteki her çeşit istihkaktan sigortalılara o ay içinde ödenenlerin, (c) bendinde ise idare veya kaza mercilerince verilen karar gereğince (a) ve (b) fıkralarında yazılı kazançlar niteliğinde olmak üzere sigortalılara o ay içinde yapılan ödemelerin brüt toplamının, prime esas kazanç olarak değerlendirilmesi düzenlenmekte idi. Kanunda ücretler, hak edildiği ay; ücret dışındaki alacaklar, ödendiği ay, idare veya kaza mercilerince verilen karar gereğince ödenen ücret ve ücret dışı alacaklarda ise sigortalılara o ay içinde yapılan ödemelerin brüt toplamı, sigorta primine esas kazanç olarak kabul edilmekte idi.

²⁴ RG., 01.09.2012/28398.

²⁵ RG., 07.01.2022/31712.

²⁶ RG., 18.08.2021/31572.

²⁷ RG., 11.11.2022/32010.

Kuruma yatırılacak sigorta prim miktarının belirlenmesi, öncelikle hangi kazançların prime esas kazanç olduğunun belirlenmesine bağlıdır²⁸. Kanun koyucu, kural olarak, sigortalının her türlü kazancından prim kesilmesini amaçlamıştır. Prime esas kazançlar, bu temel ilke çerçevesinde düzenlenmiştir²⁹. Ancak sigorta primine esas kazançla yönelik olarak, 5510 sayılı Kanunun 82. maddesi ile bir alt ve üst sınır da konulmuştur³⁰. Buna göre tespit edilecek kazanç, kanunen belirlenmiş alt sınırdan az, üst sınırdan ise fazla olamaz. Sigortalının kazancı, alt sınırın altında ya da üst sınırın üstünde olsa dahi sigorta primleri, alt ve üst sınır esas alınmak sureti ile hesaplanır³¹.

Kanunun 80. maddesinde prime esas kazanç belirlenirken, idare veya yargı kararı ile yapılan ödemeler dışında, ücret ile prim, ikramiye ve bu nitelikteki istihkaktan o ay içinde yapılan ödemeler, ayrı ayrı değerlendirilmiştir.

Buna göre işçilerin prime esas kazançlarının hesabına yönelik 80. madde düzenlemesi, “4 üncü maddenin birinci fıkrasının (a) bendi kapsamındaki sigortalıların prime esas kazançları aşağıdaki şekilde belirlenir.

1. Hak edilen ücretlerin,
2. Prim, ikramiye ve bu nitelikteki her çeşit istihkaktan o ay içinde yapılan ödemelerin ve işverenler tarafından sigortalılar için özel sağlık sigortalarına ve bireysel emeklilik sistemine ödenen tutarların,
3. İdare veya yargı mercilerince verilen karar gereğince yukarıdaki (1) ve (2) numaralı alt bentlerde belirtilen kazançlar niteliğinde olmak üzere, sigortalılara o ay içinde yapılan ödemelerin,

brüt toplamı esas alınır.”, şeklindedir. Sayılanların dışında bir kazancın, prim matrahına dâhil edilmesi mümkün değildir³².

5510 sayılı Kanunun 80. maddesinde “*yargı mercileri*” ifadesi kullanılmaktadır. Ancak kararın, hangi yargı mercii tarafından verilmesi gerektiği hususunda, bir ayırım öngörülmediğinden, adli ya da idari yargı tarafından verilmesi mümkündür. Bunun yanı sıra kararın, sadece tespit hükmünü değil, eda hükmünü haiz olması, infaz kabiliyeti taşıması aranmaktadır³³. İşçinin, yargı kararı ile hükmedilen alacağını tahsil etmiş olması da gerekir³⁴. Zira

²⁸ Sümer, s.109.

²⁹ Alper, s.165.

³⁰ Prime esas kazancın alt sınırı ve üst sınırları, 01.01.2023 ile 31.12.2023 tarihleri arasında günlük kazanç alt sınırı, özel sektörde 333,60 TL, aylık kazanç alt sınırı 10.008,00 TL; günlük kazanç üst sınırı 2.502,00 TL, aylık kazanç üst sınırı 75.060,00 TL’dir. Kamu sektöründe ise 15.12.2022–14.01.2023 dönemleri esas alınmak sureti ile belirlenmektedir. Ocak ve aralık aylarında bu nedenle özel sektörde çalışan işçilerden küçük farklılıklar görülebilmektedir. Geniş bilgi için bkz. 05.01.2023 tarihli ve “*Prime Esas Kazançların Alt ve Üst Sınırları İle Bazı İşlemlere Esas Tutarlar*” konulu Sosyal Güvenlik Kurumu Başkanlığı Sigorta Primleri Genel Müdürlüğü 2023/3 sayılı Genelgesi, <https://kms.kaysis.gov.tr> (Erişim Tarihi 15.01.2023).

³¹ Tuncay/Ekmekçi, s.191-192; Sözer, s.205; Levent, s.382.

³² Korkusuz/Uğur, s.182; Levent, s.382.

³³ Yılmaz, s.463.

³⁴ “*Yukarıdaki yasal düzenleme ve açıklamalar ışığında dava değerlendirildiğinde sigorta primine esas kazanç tutarının tespiti yönünden, işçilik alacakları davasında kesinleşen karar sonrasında davacıya*

Kanunun 80. maddesinin birinci fıkrasının (a) bendinde, yargı kararı ile hükmedilen ücret ya da prim, ikramiye ve bu nitelikteki istihkak niteliğinde olan kazançların, prime esas kazanç olarak değerlendirilebilmesi, o ay içerisinde ödenmiş olması şartına tabi tutulmuştur. Bu kapsamda ilamlı icra yapıldığında takibin feragat ile sonuçlanması, ödeme olarak kabul edilmez³⁵.

Ücret alacaklarına ilişkin sigortalı payının, infaz sırasında sigortalıya yapılan ödemeden düşülmesi, işverenin, Kuruma karşı olan prim ödeme yükümlülüğünü ortadan kaldırmamaktadır³⁶. Ancak uygulamada, kamu kurumu ya da kurumsal firmalarda çalışılması gibi istisnai durumlar dışında, çalıştığı işyerine dava açan işçinin, ilgili işyerinde, dava kesinleşinceye kadar uzun bir süre çalışması, sık karşılaşılan bir durum değildir.

davalı işverence ödeme yapılıp yapılmadığı açıklıkla belirlenmeli, ödeme gerçekleşmiş ise öngörülen yöntem izlenmeli, ödeme yapılmadığı takdirde ise 1086 sayılı Kanun hükümleri kapsamında inceleme ve araştırma yapılarak elde edilecek sonuca göre hüküm kurulmalıdır...hususları belirtilmiş olup, bozma ilamı gerekleri tam olarak yerine getirilmeden karar verilmiştir. Dosya kapsamındaki kayıt ve belgelerden; konuya ilişkin...İş Mahkemesinin 2010/826 Esas, 2012/706 Karar sayılı dosyası nezdinde görülen işçilik alacağı dosyasında hükmedilen tutarın tahsili amacıyla davacı tarafından...İcra Müdürlüğü'nün E.2013/1384 sayılı dosyası üzerinden ilamlı icra takibi yapıldığı, davalı şirket tarafından teminat amaçlı dosyaya 26.11.2013 tarihinde teminat mektubu sunulduğu, ancak davacı-alacaklı vekili tarafından 25.08.2014 tarihinde söz konusu icra dosyasından feragat edildiğinin bildirildiği görülmektedir. Bu durumda, icra takip dosyasından davacı-alacaklı vekilinin feragatinin varlığı karşısında ödeme iddiasının varlığı kabul edilemeyeceğinden, ödemenin yapıldığının kabul edilerek iş akdinin feshedildiği tarih olan 06.06.2010 tarihi esas alınmak suretiyle, yapılan ödemenin 2010/6. ayının prime esas kazanç matrahına dâhil edilmesi usul ve yasaya aykırı olup bozma nedenidir.” Y.10.HD, 26.02.2020, E.2019/6797, K.1649, (Uyap-Mevzuat Programı, Erişim Tarihi:15.01.2023).

³⁵ 506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanununun 77. maddesinin (c) bendinde de yargı mercileri tarafından verilen karar gereğince ücret ve prim, ikramiye ve bu nitelikteki her çeşit istihkaktan sigortalılara o ay içinde yapılan ödemelerin brüt toplamının, prime esas kazanç olarak değerlendirilmesi düzenlenmekte idi. 506 sayılı Kanun döneminde yargı kararı ile hükmedilen ücret niteliğindeki kazançların sigorta primine esas kazanç olarak değerlendirilmesi ile ilgili olarak verilen bir kararda, ödenmesi koşuluyla, ödemenin yapıldığı ayın prime esas kazanç matrahına, ancak iş sözleşmesinin daha önceki bir tarihte sona ermiş olması durumunda ise çalışmanın geçtiği son ayın prime esas kazancına dâhil edilmesi doğrultusunda karar verilmiştir. “506 sayılı Kanunda ücretin tanımı yapılmamıştır. Fakat m.77/I-a’da sözü edilen “ücretler” kavramı içine asıl ücretle birlikte, fazla çalışma ücreti, hafta tatili ücreti, ulusal bayram ve genel tatil ücretleri gibi ücretlerinde girdiği kabul olunmaktadır. Bu ücretlerin sigortalıya fiilen ödenmesi şart olmayıp, onun adına o ay için tahakkuk ettirilmiş olması prime esas kazançta dahil edilmesi için yeterlidir. Asıl ücretin eki niteliğinde bulunan prim ve ikramiyeler, prime esas kazançlar olarak brüt tutarları üzerinden ödendikleri aylar itibarıyla prime esas tutulur. Bunların tahakkuk etmiş olması prime esas tutulmaları için yeterli olmamakta, ödenmiş olması da aranmaktadır (m.77/I-b).İdare veya kaza mercileri tarafından verilen karar uyarınca sigortalılara yapılan ödemeler (a) ve (b) bentlerinde öngörülen ücret türlerinden ayrımsızdır. Fark, bunların yönetim ve yargı mercilerince verilmiş kararlardan kaynaklanmalarıdır. İşveren ile sigortalı işçi arasında “fazla çalışma ücreti” veya “prim, ikramiye” gibi konularda uyuşmazlık çıkar ve mahkemece, bu işçilik haklarının ödenmesine karar verilir ve sigorta primlerinin ödeneceği ay içinde bu paralar sigortalıya verilirse, bu ödemelerde prim matrahına dahil edilerek, prim hesabında göz önünde tutulur. Bu tür kazançlara salt hak kazanmak, bu kazançların prime esas alınması için yeterli bulunmamaktadır (... Matbaası, 1985 Baskı, s.439)...Yargı kararı ile hak kazanılan ücret niteliğindeki kazançların hak kazanıldığı dönemlerin prime esas kazançlarına dâhil edilmesi isabetsiz olup, ödenmesi koşuluyla, ödemenin yapıldığı ayın prime esas kazanç matrahına dâhil edilmesi; hizmet akdinin daha önceki bir tarihte sona ermiş olması karşısında ise, yapılan ödemelerin çalışmanın geçtiği son ayın prime esas kazancında gözetilmesi gerekirken; uyulan bozma ilamının gereği yerine getirilmeksizin, esasında bozma niteliği taşımayan hüküm eleştirisinin gereği yerine getirilmek suretiyle yazılı şekilde hüküm kurulması, usul ve yasaya aykırı olup bozma nedenidir.” Y.10.HD, 18.06.2015, E.2015/10098, K.2015/12162, (Uyap-Mevzuat Programı, Erişim Tarihi:15.01.2023). Ayrıca konu hakkında bkz. Caniklioğlu, Nurşen. *Sosyal Sigortaların Genel Hükümleri ve Türleri Açısından Yargıtay’ın 2012 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi, Seminer, Ankara, 22-23 Kasım 2013, Oniki Levha Yayınevi, İstanbul, 2014, s.377-531.*

³⁶ Yılmaz, s.482.

1. Ücretler

Prime esas kazancın belirlenmesi, ücret kavramının ortaya konulmasını gerekli kılmaktadır³⁷. 5510 sayılı Kanununun “Tanımlar” başlıklı 3. maddesinin birinci fıkrasının on iki numaralı bendi gereğince ücret, “4 üncü maddenin birinci fıkrasının (a) ve (c) bendi kapsamında sigortalı sayılanlara saatlik, günlük, haftalık, aylık veya yıllık olarak para ile ödenen ve süreklilik niteliği taşıyan brüt tutarı”, ifade etmektedir. İş Kanununun 32. maddesinin birinci fıkrasına göre ücret, “Genel anlamda ücret bir kimseye bir iş karşılığında işveren veya üçüncü kişiler tarafından sağlanan ve para ile ödenen tutardır”. Kanunun 80. maddesinde geçen kazanç kavramı, iş hukukundaki ücret kavramını da barındıracak şekilde ve ondan daha geniş bir anlam taşımaktadır³⁸. Prim, ikramiye ve bu nitelikteki ödemeler, iş hukuku açısından ücret kavramı içerisinde değerlendirilebilirken, sosyal güvenlik hukukunda ücret kavramına dâhil değildir³⁹.

Ücret olarak, öncelikle zaman esasına göre ödenen fazla çalışma ücreti, hafta tatili ücreti, ulusal bayram ve genel tatil ücreti ile yıllık izin ücreti sayılabilir. Zaman esasına göre ödenen bu ücretlerin yanı sıra iş birimi esasına göre ödenen ücretler, götürü ücret, belirsiz zaman ve miktar üzerinden ödenen ücretler, zam ve tazminatlar, huzur hakkı, geçici iş göremezlik ödeneği⁴⁰ ve avukatlık vekâlet ücreti ücret niteliğindedir. Bakım tazminatı, vardiya tazminatı, ağır vasıta tazminatı, iş güçlüğü tazminatı, yıpranma tazminatı, imza zorunluluğu tazminatı, makam tazminatı, kıdem zammı, arazi zammı, uçuş tazminatı gibi ödemeler zam ve tazminat olarak prime tabidir⁴¹. İ kale sözleşmesi kapsamında yapılan ödemelerde ise yapılan ödemenin, ücret ya da ücret dışında bir ödeme olup olmaması önem taşımaktadır⁴².

³⁷ “Sosyal Güvenlik Kurumuna davalı işveren tarafından ödenen ve ödenmesi gereken primlerin miktarının belirlenebilmesi amacıyla prime esas kazancın tespitinde gerçek ücretin esas alınması koşuldur.”, Y.10.HD, 14.10.2021, E.2020/3387, K.2020/6059 (Uyap-Mevzuat Programı, Erişim Tarihi:15.01.2023).

³⁸ Korkusuz/Uğur, s.182; Yılmaz, s.451; Esen, s.210.

³⁹ Özdamar, s.316.

⁴⁰ Yönetmeliğin 97. maddesinin on birinci fıkrası gereğince geçici iş göremezlik ödeneği alan Kanunun 4. maddesinin birinci fıkrasının (a) bendi kapsamındaki sigortalılara istirahatlı buldukları sürede; geçici iş göremezlik ödeneği dikkate alınmadan verilmesine devam edilen tam ücret, bireysel veya toplu iş sözleşmesine istinaden verilen geçici iş göremezlik ödeneğinin işverene iadesi ile alınan tam ücret, geçici iş göremezlik ödeneği ile ödenek alınan süredeki kazancı arasındaki ücret farkı, bireysel veya toplu iş sözleşmesine dayalı olmadan geçici iş göremezlik ödeneği aldığı sürede atıfet kabilinde yapılan ödemeler, çalışılan sürelerde ödenen ücretler olarak prime tabi tutulur. İstirahatlı olunan süre için bu fıkranın (c) ve (ç) bentlerine göre ödenen günlük fark tutar, günlük sigorta primine esas kazancın alt sınırının altında kalması durumunda günlük alt sınıra yükseltilir.

⁴¹ Ücret niteliğindeki ödemeler için bkz. “Aylık Prim ve Hizmet Belgesinde “Hak Edilen Ücret ve Prim, İkramiye ve Bu Nitelikteki İstihkak’ın Ayrı Gösterilmesine İlişkin Açıklama”, konulu SGK Duyurusu, https://ebildirge.sgk.gov.tr/WPEB/jsp/duyuru/20100810_1138KRM.htm, Erişim Tarihi 15.04.2023.

⁴² “Bu itibarla, 5510 sayılı Kanunun 80 inci maddesinin birinci fıkrasında (b) bendinde, kıdem tazminatı, ihbar tazminatı, iş sonu tazminatı, veya kıdem tazminatı mahiyetindeki toplu ödemelerin, prime esas kazançta tabi tutulmayacağı, ancak kanunda sayılan istisnalar dışında her ne adla yapılırsa yapılsın tüm ödemelerin ve aynı yardım yerine geçmek üzere yapılan nakdi ödemelerin prime esas kazançta tabi olacağı düzenlendiğinden, iş akdinin ikale(bozma) ile sona ermesi durumunda; Bozma Sözleşmesi ile kararlaştırılan ikale bedelinin hangi kalem alacakları/ tazminatları kapsadığının belirtilmesi ve bu alacaklar/tazminatlar Kanunun 80 inci maddesinin birinci fıkrasının (b) bendinde istisna tutulan ödemeler arasında yer alıyorsa sigorta primine esas kazançta dahil edilmeyecek, bu istisnalar dışında her ne adla yapılırsa yapılsın tüm ödemeler prime esas kazançta dahil edilecektir. Ancak ikale sözleşmesi ile kararlaştırılan ikale bedelinin hangi kalem alacakları/tazminatları kapsadığına yer verilmemesi başka bir deyişle ayırım yapılmaması halinde bu defa ikale bedeli adı altında yapılan tüm ödemeler sigorta primine tabi tutulacaktır.” Sosyal Güvenlik Kurumu Başkanlığı Sigorta Primleri Genel Müdürlüğü 2020/20 sayılı Genelgesi, s.92.

2. Ücret Dışındaki Ödemeler

Prim, ikramiye ve bu nitelikteki ödemeler, sosyal güvenlik hukukunda ücret kavramına dâhil değildir⁴³. Prim, işçiyi başarısından dolayı ödüllendirmek amacı ile yapılan ödemedir. İkramiye ise belirli dönemlerde veya bazı özel nedenlerle işçinin disiplinli ve iyi çalışmasını ödüllendirmek ve bu şekilde çalışmaya özendirmek amacı ile verilir⁴⁴.

Nakit olarak ödenmesi koşulu ile kira, giyecek, yakacak, taşıt, tabi afet, askerlik ve ısıtma yardımlarının yanı sıra yılbaşı parası, kreş parası, izin harçlığı, bayram ve yılbaşı ikramiyeleri, 2448 sayılı Kanun gereğince ödenen ikramiye, jübile ikramiyesi, işverenler tarafından sigortalılar için özel sağlık sigortalarına ve bireysel emeklilik sistemine ödenen ve aylık toplamı asgari ücretin % 30'unu aşan özel sağlık sigortası primi ve bireysel emeklilik katkı payı tutarları ile aile, çocuk zammı ve yemek bedellerinin sigorta priminden istisna edilen tutarı aşan tutarları, bu kapsamda sayılabilir⁴⁵. Hayat sigortası primleri⁴⁶ ile sigortalılara verilen altın bedelleri de bu kapsamda prime tabidir⁴⁷.

5510 sayılı Kanununun 80. maddesinin birinci fıkrasının (c) bendi, “(b) bendinde belirtilen istisnalar dışında her ne adla yapılırsa yapılsın tüm ödemeler ile aynı yardım yerine geçmek üzere yapılan nakdi ödemeler prime esas kazanca tabi tutulur. Diğer kanunlardaki prime tabi tutulmaması gerektiğine dair muafiyet ve istisnalar bu Kanunun uygulanmasında dikkate alınmaz.”, şeklinde olup, diğer kanunlardaki muafiyet ve istisnaların dikkate alınmayacağı düzenlenmiştir⁴⁸. Nitekim bu doğrultuda Sosyal Sigorta İşlemleri Yönetmeliğinin 97. maddesinin onuncu fıkrası ile sigortalılara yakacak, temizlik, aydınlatma ve benzeri nitelikteki giderleri ya da tahsil veya mesken yardımı gibi kanunda ismen sayılmayan nedenlerle yapılan ödemelerin, ödemenin yapıldığı aydaki prime esas kazanca dâhil edilmesi, 6772 sayılı Kanun⁴⁹ gereğince ödenmekte olan ikramiyeler ile ilave tediyeelerin prime tabi tutulması⁵⁰ ile 4857 sayılı Kanununun 61.

⁴³ Özdamar, s.316.

⁴⁴ Sümer, Haluk Hadi. *İş Hukuku*, 26. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2022, s.78.

⁴⁵ Ücret dışındaki ödemeler için bkz. “Aylık Prim ve Hizmet Belgesinde “Hak Edilen Ücret ve “Prim, İkramiye ve Bu Nitelikteki İstihkak’ın Ayrı Gösterilmesine İlişkin Açıklama”, konulu SGK Duyurusu, https://ebildirge.sgk.gov.tr/WPEB/jsp/duyuru/20100810_1138KRM.htm, Erişim Tarihi 15.04.2023.

⁴⁶ “İşverence karşılanan özel sağlık sigortası primi ve bireysel emeklilik katkı payı dışındaki diğer şahıs sigortası (hayat, kaza, vs.) primlerinin ise tamamının sigorta primine kesintisine tabi tutulması gerekmektedir. Ayrıca personelin özel sağlık sigortası primi ve bireysel emeklilik katkı payı eşini ve küçük çocuklarını kapsayacak şekilde doğrudan işveren tarafından yaptırılması halinde bu istisna kapsamına girmemektedir. Sigortalının eş ve çocukları için ödenen özel sağlık sigortası ve bireysel emeklilik işveren katkı payından SGK primi de kesilecektir. Ayrıca hayat sigortasından da, işveren katkı payı varsa SGK primi kesilecektir. Diğer bir deyişle personelin eş ve çocuklarının özel sağlık sigortası primi ve bireysel emeklilik primlerine ve hayat sigortası primlerine yapılan işveren katkı payından SGK primi kesilecektir.” Işıklı, İbrahim. *Özel Sigorta Primi Ödeyen İşverenler SGK Primi De Ödüyor*. Dünya Gazetesi, (23.11.2011), <https://www.dunya.com/kose-yazisi/ozel-sigorta-primi-odeyen-isverenler-sgk-primi-de-oduyor/11547> (Erişim Tarihi: 15.01.2023).

⁴⁷ Sosyal Güvenlik Kurumu Başkanlığı Sigorta Primleri Genel Müdürlüğü 2020/20 sayılı Genelgesi, s.91.

⁴⁸ Korkusuz/Uğur, s.182-183; Güzel/Okur/Caniklioğlu, s.248; Özdamar, s.319; Sümer, s.113; Tuncay/Ekmekçi, s.180; Sözer, s.212.

⁴⁹RG 11.07.1956/9355. Kanununun tam adı, “Devlet ve Ona Bağlı Müesseselerde Çalışan İşçilere İlave Tediye Yapılması ve 6452 Sayılı Kanunla 6212 Sayılı Kanununun 2 nci Maddesinin Kaldırılması Hakkında Kanun”, şeklindedir.

⁵⁰ 6772 sayılı Kanununun 4. maddesinin ikinci fıkrasında, bu tediyeleden çeşitli işçi sigortalarının gereğince primler kesilmeyeceği düzenlenmiştir. Ancak 5510 sayılı Kanununun yürürlüğe girmesi ile ilave tediyeleden de sigorta primi kesilmesi gerektiğinden, 01.10.2008 tarihinden sonrası için ilave tediyeleden sigorta primi kesilmektedir. Konu

maddesindeki istisnai hüküm üzerinde durulmaksızın hak kazanıldığı halde kullanılmayan yıllık izin süresi için ödenecek ücretlerden kısa vadeli sigorta kolları primi kesilmesi öngörülmüştür⁵¹.

C. Kısmen Prime Esas Alınacak Kazançlar

Bazı kazançlar, kısmen sigorta primine dâhildir. Bu kazançlar, sigorta primine esas olmayan kazançlar ile birlikte Kanunun 80. maddesinin birinci fıkrasının (b) bendinde “*Kurumca tutarları yıllar itibarıyla belirlenecek yemek, çocuk ve aile zamları, işverenler tarafından sigortalılar için özel sağlık sigortalarına ve bireysel emeklilik sistemine ödenen ve aylık toplamı asgari ücretin % 30’unu geçmeyen özel sağlık sigortası primi ve bireysel emeklilik katkı payları tutarları,*”, olarak sayılmaktadır.

Bazı büyük şirketler, çalışanlarını, özel sigorta ile çalışma ve özel yaşamın risklerine karşı koruma altına almaktadır. Ek güvence kapsamında, özel sigortanın yanı sıra bireysel emeklilik de bulunmaktadır⁵². Sigortalı adına ay içinde özel sağlık sigortası primi ve bireysel emeklilik katkı payı adı altında işveren tarafından yapılan ödemeler toplamının aylık asgari ücretin % 30’u dışında kalan tutar ise ödendiği ayın prime esas kazancına dâhil edilir.

Sigortalının özel sağlık sigortası ve bireysel emeklilik katkı payının ödendiği aydaki prime esas kazancının, Kanunun 82. maddesine istinaden belirlenen prime esas kazanç üst sınırının üzerinde olması halinde, söz konusu özel sağlık sigortası ve bireysel emeklilik katkı payları, takip eden iki ayda üst sınır aşılmamak kaydıyla sigortalının prime esas kazancına dâhil edilir. Sigortalı adına işveren tarafından yalnızca özel sağlık sigortası primi veya yalnızca bireysel emeklilik katkı payı ödenmiş olması durumunda, prime esas kazançta dâhil edilecek tutar, ödenen özel sağlık sigortası primi veya bireysel emeklilik katkı payı üzerinden % 30 oranındaki istisna tutarının düşülmesi suretiyle hesaplanacağı, Sosyal Sigorta İşlemleri Yönetmeliğinin 97. maddesinin sekizinci fıkrasında düzenlenmiştir.

Yemek bedeli, çocuk ve aile zamlarının, kısmen prime esas kazanç hesabından muaf tutulması ile uygulama, ilk kez 4958 sayılı Sosyal Sigortalar Kurumu Kanunu⁵³ ile 01.01.2004 tarihinden sonra uygulanmak üzere sosyal sigorta hukukumuzda girmiştir⁵⁴.

hakkında bkz. Mülâyim, Baki Oğuz. “Kalkınma Ajanslarında 6772 Sayılı Kanun Kapsamında İlave Tediye Uygulaması” *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C.20, S.1, 2018, s.293-319; Bostancı, Yalçın. “6772 sayılı Kanun Uygulaması Kapsamında Kalkınma Ajansları Personelinin Durumunun Değerlendirilmesi”, *Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Kazancı Hakemli Hukuk Dergisi*, S.99, 2012, s.7-21; Uşan, M. Fatih. “5510 Sayılı Kanun Karşısında İlave Tediyelede Sosyal Sigorta Primi Kesilemeyeceğine İlişkin Kuralın Yürürlükte Olduğu Söylenebilir Mi?”, *MESS Sicil Dergisi*, Mart, 2010, s.253-259; Akyiğit, Ercan. “İlave Tediye ve Sosyal Sigorta Primi Kesilmesi”, *TÜHİS İş Hukuku ve İktisat Dergisi*, C.23, S.2-3, Kasım 2010-Şubat 2011, s.70-94; Özdemir, Cumhuriyet Sinan. “Tazminat Niteliğindeki İşçi Alacaklarında Zamanaşımı”, *Mali Çözüm Dergisi*, S.122, 2014, s.193-203.

⁵¹ Sosyal Sigorta İşlemleri Yönetmeliğinin 97. maddesinin onuncu fıkrası gereğince 6772 sayılı Devlet ve Ona Bağlı Müesseselerde Çalışan İşçilere İlave Tediye Yapılması ve 6452 sayılı Kanunla 6212 Sayılı Kanunun İkinci Maddesinin Kaldırılması Hakkında Kanuna istinaden ödenmekte olan ikramiyeler ile ilave tediyelede prime tabi tutulur.

⁵² Sözer, s.210. Ayrıca konu hakkında bkz. Bedir, Gökhan. “İşverenler Tarafından Özel Sağlık Sigortasına Ödenen Primler Sigorta Primi Esas Kazancına Dahil Edilir Mi?”, *Mali Çözüm Dergisi*, S.136, 2016, s.303-308.

⁵³ RG., 06.08.2003/25191.

⁵⁴ Alper, s.167.

İşyerinde veya müstemilatında yemek verilmemesi şartıyla yemek bedeli adı altında sigortalılara veya sigortalılar için üçüncü kişilere yapılan her türlü ödemelerin, günlük asgari ücretin, Sosyal Güvenlik Kurumu Yönetim Kurulu tarafından belirlenen oranının fiilen çalışılan gün sayısı ile çarpılması sonucunda bulunacak tutarının prime esas kazançların hesaplanmasında dikkate alınmayacağı, Sosyal Sigorta İşlemleri Yönetmeliğinin 97. maddesinin yedinci fıkrasının (a) bendinde düzenlenmiştir. Sosyal Güvenlik Kurumu Başkanlığı Sigorta Primleri Genel Müdürlüğü 2022/22 sayılı Genelgesi⁵⁵ ile Kurum Yönetim Kurulu tarafından alınan 17.11.2022 tarihli ve 2022/323 sayılı Karar gereğince yemek bedeli adı altında sigortalılara veya sigortalılar için üçüncü kişilere yapılan her türlü ödemelerin, günlük brüt asgari ücretin % 23,65'inin prime esas kazançtan istisna tutulmasına karar verilmiştir. Bu kapsamda sigortalılar için üçüncü kişilere yemek kuponu, yemek kartı, yemek çeki vb. araçlarla fatura karşılığı yemek bedeli ödenmesi halinde günlük brüt asgari ücretin % 23,65'inin fiilen çalışılan gün sayısı ile çarpılması sonucunda bulunacak tutar için de aynı durum söz konusudur.

Çocuk zammı, Sosyal Sigorta İşlemleri Yönetmeliğinin 97. maddesinin yedinci fıkrasının (b) bendinde düzenlenmektedir. Buna göre sigortalının iş sözleşmesinin devam etmesi şartıyla ve fiilen çalışmasının olup olmadığı üzerinde durulmaksızın, sigortalı veya isteğe bağlı sigortalı sayılmayan, kendi sigortalılığı nedeniyle gelir veya aylık bağlanmamış olan çocuklarından on sekiz yaşını, lise ve dengi öğrenim veya 3308 sayılı Mesleki Eğitim Kanununda⁵⁶ belirtilen aday çırak, çırak ya da işletmelerde meslekî eğitim görmesi halinde yirmi yaşını, yükseköğrenim görmesi halinde yirmi beş yaşını doldurmamış ve evli olmayan çocukları ile yaşına bakılmaksızın Kanuna göre malûl olduğu tespit edilen evli olmayan çocuklarından en fazla iki çocuk için çocuk zammı adı altında sigortalılara yapılan ödemelerin, çocuk başına aylık asgari ücretin % 2'si prime esas kazançların hesaplanmasında dikkate alınmaz⁵⁷.

Aile zammı adı altında yapılacak ödemelerin, sigortalının iş sözleşmesinin devam etmesi şartıyla fiilen çalışmasının olup olmadığı üzerinde durulmaksızın, sigortalının eşinin Kanuna tabi zorunlu sigortalı olmayı gerektirecek şekilde çalışmaması ve Kurumdan gelir veyahut aylık almaması durumunda, aylık asgari ücretin % 10'u tutarının, prime esas kazançların hesaplanmasında dikkate alınmayacağı ise Sosyal Sigorta İşlemleri Yönetmeliğinin 97. maddesinin yedinci fıkrasının (c) bendinde düzenlenmiştir⁵⁸.

Ayrıca 7420 sayılı Gelir Vergisi Kanunu ile Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanunun⁵⁹ geçici 1. maddesi ile işverenler tarafından çalışanlara elektrik, doğalgaz ve diğer ısınma giderlerine karşılık olmak üzere Kanunun yayım tarihinden 03.06.2023 tarihi dâhil olmak üzere bu tarihe kadar mevcut ücretlerine, prime

⁵⁵Genelge için bkz. <https://kms.kaysis.gov.tr> (Erişim Tarihi 15.01.2023).

⁵⁶ RG., 19.06.1986/19139.

⁵⁷ 657 sayılı Kanunun 4. maddesinin mülga (C) fıkrası kapsamında çalışan sigortalıların aynı şartları haiz her bir çocuğu için ise % 4'ü oranındaki tutarı, prime esas kazançların hesaplanmasında dikkate alınmaz.

⁵⁸ 657 sayılı Kanunun 4. maddesinin mülga (C) fıkrası kapsamında çalışan sigortalıların aynı şartları haiz eşi için ise % 20'si oranındaki tutarı, prime esas kazançların hesaplanmasında dikkate alınmaz.

⁵⁹ RG., 09.11.2022/32008.

esas kazançlarına ilave olarak yapılan aylık 1.000,00 Türk lirasını aşmayan ödemeler, prime esas kazançta dâhil edilmemektedir.

D. Prime Esas Alınmayan Kazançlar

Sigorta primine esas kazançta dâhil edilmeyen kazançlar, Kanununun 80. maddesinin birinci fıkrasının (b) bendinde sayılmaktadır. Bu kazançlar, “*Aynı yardımlar ve ölüm, doğum ve evlenme yardımları, görev yollukları, seyyar görev tazminatı, kıdem tazminatı, iş sonu tazminatı veya kıdem tazminatı mahiyetindeki toplu ödeme, keşif ücreti, ihbar ve kasa tazminatları*”, olarak kanunda sınırlı bir şekilde sayılmıştır. Buna göre aynı yardımlar ve ölüm, doğum ve evlenme yardımları, görev yollukları, seyyar görev tazminatı, kıdem tazminatı, iş sonu tazminatı veya kıdem tazminatı mahiyetindeki toplu ödeme, keşif ücreti, ihbar ve kasa tazminatları prime esas kazançta dâhil edilmez⁶⁰. Prime esas kazançta dâhil olmayan bu ödemeler, Sosyal Sigorta İşlemleri Yönetmeliğinin 97. maddesinin dokuzuncu fıkrasında da aynı şekilde sayılmıştır. Alışveriş veya hediye çeki de bu kapsamda yer alır⁶¹. Bu istisnalar dışında, her ne adla yapılırsa yapılsın tüm ödemeler ile aynı yardım yerine geçmek üzere yapılan nakdi ödemelerin prime esas kazançta tabi tutulacağı, Kanununun 80. maddesinin birinci fıkrasının (c) bendinde düzenlenmiştir.

5510 sayılı Kanunda ya da yönetmelikte belirtilmemekle birlikte ücret niteliğinde olmadığından, kötüniet tazminatından sigorta primi kesilmez⁶². Eşit davranma borcuna aykırılık tazminatı ile sendikal tazminat da prime tabi tutulmaz. İşe iade davasında feshin hükmedilen iş güvencesi tazminatı da ücret niteliğinde olmadığından, prime esas kazanç matrahına dâhil edilmez⁶³. Nitekim bu husus, 2020/20 sayılı İşveren İşlemleri Genelgesinde⁶⁴ “*1.3- Hizmet akdinin feshinin geçersizliği halinde yapılacak ödemeler*” başlığı altında işçiyi başvurusu halinde bir ay içinde işe başlatmayan işveren tarafından işçiye ödenen ve mahkeme veya özel hakem tarafından belirlenen en az dört, en çok sekiz aylık ücreti tutarındaki tazminatın, niteliği itibariyle ücret sayılabilecek bir kazanç durumunda olmaması ve işe başlatılmayan sigortalının sigortalılık niteliğinin de kalmaması nedeniyle iş güvencesi tazminat tutarının prime tabi tutulamayacağı ifade edilmektedir⁶⁵.

4857 sayılı İş Kanununun 41. maddesinin dördüncü ve beşinci fıkrası, “*Fazla çalışma veya fazla sürelerle çalışma yapan işçi isterse, bu çalışmalar karşılığı zamlı ücret yerine, fazla çalıştığı her saat karşılığında bir saat otuz dakikayı, fazla sürelerle çalıştığı her saat karşılığında bir saat onbeş dakikayı serbest zaman olarak kullanabilir. İşçi hak ettiği serbest zamanı altı ay zarfında, çalışma süreleri içinde ve ücretinde bir kesinti olmadan kullanır*”, şeklindedir. Düzenleme gereğince işçinin serbest zaman kullanması durumunda, fazla çalışma ücreti ödenmediğinden,

⁶⁰ Ölüm tazminatı hakkında bkz. Çakır, Erdem Utku. “Vergisel Boyutuyla Ölüm Tazminatı”, *Necmettin Erbakan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 5(1), 2022, s.16-40.

⁶¹ Sosyal Güvenlik Kurumu Başkanlığı Sigorta Primleri Genel Müdürlüğü 2020/20 sayılı Genelgesi, s.92.

⁶² Sümer, s.113; Güzel/Okur/Caniklioğlu, s.250; Sözer, s.213.

⁶³ Sümer, s.113; Güzel/Okur/Caniklioğlu, s.251; Sözer, s.213; Şakar, s.144.

⁶⁴ Genelge için bkz. <https://kms.kaysis.gov.tr> (Erişim Tarihi 15.01.2023).

⁶⁵ Sosyal Güvenlik Kurumu Başkanlığı Sigorta Primleri Genel Müdürlüğü 2020/20 sayılı Genelgesi, s.81.

prim kesintisi yapılmaz. Ancak bu durumda işçinin serbest kullandığı ayda da işçinin serbest zaman kullanması nedeni ile herhangi bir prim kesintisi yapılmaz⁶⁶.

Kanunda prime esas olmayan kazançlar, sınırlı şekilde sayılmış ve diğer kanunlardaki muafiyet ve istisnaların bağlayıcı olmadığı belirtilerek, bütün ödemelerden prim alma anlayışı esas alınmıştır⁶⁷.

II. ÜCRETLER VE ÜCRET DIŞINDAKİ ÖDEMELERİN SİGORTA PRİMİNE TABİ TUTULMASI

A. Ücretler

1. Genel Olarak

Kanunun 80. maddesinin birinci fıkrasının (a) bendinin bir numaralı alt bendi gereğince prime esas kazançların hesabında, “*hak edilen ücretlerin brüt toplamı*” esas alınmaktadır⁶⁸. Kanunun 80. maddenin birinci fıkrasının (d) bendi, “*Ücretler hak edildikleri aya mal edilmek suretiyle prime tabi tutulur*”, düzenlemesi gereğince ücretler, hak edilen ay esas alınmak sureti ile prime tabi tutulur. Ücretlerin, hak edildiği ayın prime esas kazancına dâhil edilmesi için hak edilmesi yeterli olup, ödenip ödenmediğine bakılmaz⁶⁹. Sosyal Sigorta İşlemleri Yönetmeliğinin 97. maddesinin iki fıkrasının (a) bendinde de aynı hususa işaret edilmektedir. Kanunun 80. maddesinin birinci fıkrasının (a) bendinin üç numaralı alt bent gereğince, “*İdare veya yargı mercilerince verilen karar gereğince yukarıdaki (1) ve (2) numaralı alt bentlerde belirtilen kazançlar niteliğinde olmak üzere sigortalılara o ay içinde yapılan ödemelerin*”, brüt toplamı esas alınmaktadır.

⁶⁶ “Buna göre, fazla çalışma veya fazla sürelerle çalışma yapan bir işçinin bu çalışmalar karşılığı zamlı ücret yerine, çalıştığı sürelerle karşılık gelen sürenin kanunda öngörüldüğü şekilde serbest zaman izni olarak kullandırılması halinde işçiye talebi doğrultusunda fazla çalışma karşılığı ücret ödemesi yapılmayacağından (aksi Kurumun denetim ve kontrol ile görevlendirilmiş memurlarınca, fiilen yapılan denetimler sonucunda veya işyeri kayıtlarından yapılan tespitlerden ya da kamu idarelerinin denetim elemanlarınca kendi mevzuatı gereğince yapacakları soruşturma, denetim ve incelemeler neticesinde veya kamu kurum ve kuruluşları ile bankalar tarafından düzenlenen belge veya alınan bilgilerden anlaşılmadığı sürece) sigortalının fazla çalışma yaptığı ilgili ayın sigorta prime esas kazancına dahil edilmemesi gerekmekte olup, buna mukabil olarak işin veya işyerinin gereklerine uygun olarak işverence serbest zaman izni kullanılmasına karar verilen aydaki sigortalı ücretinden serbest zaman izni nedeniyle kesinti yapılmaksızın tam ücret üzerinden Kurumumuza bildirim yapılmasının, Ancak, zamlı ücret yerine sigortalı tarafından yazılı olarak talep edilen serbest zamanın kısmen veya tamamen işverence altı ay içinde kullandırılmaması halinde bu defa işveren bu süreye denk gelen fazla çalışmalarını karşılığı ücretin sigortalıya ödenmesi gündeme geldiğinden, bu durumda ücretin hak edildiği ayın kazancına, başka bir ifadeyle fazla çalışma yapılan ilgili ayın sigorta prime esas kazancına dahil edilmek suretiyle prime tabi tutulmasının, Uygun olacağı değerlendirilmektedir.” Sosyal Güvenlik Kurumu Başkanlığı Sigorta Primleri Genel Müdürlüğü’nün, 70467665-202.99-E.8246613 sayılı, “Serbest Zaman” konulu ve 30.05.2019 tarihli yazısı.

⁶⁷ Yılmaz, s.451.

⁶⁸ Avans ise hak edilmiş bir ücret niteliğinde olmadığından ödendiği dönemde sigorta prime tabi tutulmaz. Ancak avansın mahsup edilmesi halinde hak edilen ücret tutarı üzerinden prim hesaplanması gerekmektedir. Konu hakkında bkz. Kurt, Resul. *Ücret avansında vergi ve SGK primi nasıl olmalı?*, Dünya Gazetesi, (19.12.2019), <https://www.star.com.tr/yazar/ucrer-avansinda-vergi-ve-sgk-primi-odemeleri-nasil-olmalı-yazi-1501412/>, (Erişim Tarihi: 15.01.2023).

⁶⁹ Şakar, s.142; Yılmaz, s.464; Sümer, s.109; Özdamar, s.316; Tuncay/Ekmekçi, s.176; Güzel/Okur/Caniklioğlu, s.236; Uşan, 2009, s.135; Alper, s.166.

İş sözleşmesi, herhangi bir nedenle sona erdiğinde, işçinin hak kazanıp da kullanmadığı yıllık izin sürelerine ait ücretinin, sözleşmenin sona erdiği tarihteki ücreti üzerinden kendisine veya hak sahiplerine ödenmesi, 4857 sayılı İş Kanununun 59. maddesinin birinci fıkrasında düzenlenmiştir. Sosyal Sigorta İşlemleri Yönetmeliğinin 97. maddesinin ikinci fıkrasının (b) bendi gereğince sigortalıların hak kazanıp da kullanmadıkları yıllık izin sürelerine ait ücretlerin iş sözleşmesinin feshinden sonra ödenmesi halinde, 4857 sayılı Kanunun 59. maddesine göre iş sözleşmesinin feshedildiği tarihte bu ücrete hak kazanılmasından dolayı, kullanılmayan yıllık ücretli izin ücretine dair ödeme, iş sözleşmesinin feshedildiği ayın prime esas kazancına dâhil edilir. Bu doğrultuda iş sözleşmesi sona erdiği için kullanmadığı izinlerin karşılığında işçiye yapılan ödemeler, iş sözleşmesinin sona erdiği ayın ücretine eklenerek prime esas kazançta dâhil edilir⁷⁰. Yönetmeliğin 97. maddesinin onuncu fıkrasında da aynı doğrultuda 4857 sayılı Kanunun 61. maddesindeki istisnai hüküm üzerinde durulmaksızın, hak kazanıldığı halde kullanılmayan yıllık izin süresi için ödenecek ücretlerinden, kısa vadeli sigorta kolları primi kesilmesi de düzenlenmiştir⁷¹.

Toplu iş sözleşmesi gereğince yapılan ücret ödemelerine ilişkin bir düzenleme, Kanunun 80. maddesinin birinci fıkrasının (d) bendinde yer almamaktadır. Ancak bu kapsamda bir düzenleme, Sosyal Sigorta İşlemleri Yönetmeliğinin 97. maddesinin iki numaralı bendinin (c) alt bendinde yer almaktadır. Düzenleme, “*Toplu iş sözleşmeleri uyarınca veya kamu kurum ve kuruluşlarında çalışan ve toplu iş sözleşmesi dışında kalan personel ile toplu iş sözleşmesine tabi olmakla birlikte sendikalara üye olmamaları nedeniyle özel sektöre ait işyerlerinde sözleşme kapsamında bulunmayan personele geriye yönelik olarak ücret farkı ödenmesine karar verilmesi halinde, söz konusu ücret farkları, ilişkin oldukları ayların*”, kazancına dâhil edilerek prime tabi tutulur. Diğer bir deyişle toplu iş sözleşmeleri ile geriye yönelik olarak ödeme yapılması durumunda, geçmişe yönelik ödemesi yapılan ücret farkları da ilişkin oldukları ayın kazancı olarak kabul edilir⁷².

Sosyal Sigorta İşlemleri Yönetmeliğinin 97. maddesinin ikinci fıkrasının (ç) bendinde ise “*Toplu iş sözleşmesi hükümlerinin uygulandığı işyerlerinde, bir aydan fazla istirahat alan sigortalılara, Kurumca ödenen geçici iş göremezlik ödeneğinin yanı sıra işverenlerce de toplu iş sözleşmelerine dayanılarak istirahatli bulunan süre için ayrıca ücret ödenmesi durumunda, bu ücretler istirahatli bulunulan ayların*”, kazancına dâhil edilerek prime tabi tutulması düzenlenmiştir.

⁷⁰ Sözer, s.211-212; Sümer, s.110; Şakar, s.142.

⁷¹ 4857 sayılı İş Kanununun “*Sigorta primleri*” başlıklı 61. maddesinde sigortalılara yıllık ücretli izin süresi için ödenecek ücretler üzerinden iş kazaları ile meslek hastalıkları primleri hariç, diğer sigorta primlerinin, 506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanunundaki esaslar çerçevesinde işçi ve işverenler yönünden ödenmesine devam olunması düzenlenmiştir. 5510 sayılı Kanunun 61. maddesinde ise yıllık ücretli izin ücretinden iş kazası ve meslek hastalığı sigortası hariç, diğer sigorta kollarından prim kesilmesi öngörülmektedir. Ancak iş kazası ve meslek hastalığı sigortası, hastalık ve analık sigortası ile beraber kısa vadeli sigorta kolları içerisinde prime tabi tutulduğundan, bu düzenlemeler birbirleri ile çelişmektedir. Konu hakkında bkz. Sözer, s.208; Kayırgan, Hasan. “Yargı Kararları Işığında Yıllık Ücretli İzin Hakkı”, *Necmettin Erbakan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 4(2), 2021, s.592.

⁷² Şakar, s.142; Sözer, s.212; Sümer, s.110; Tuncay/Ekmekçi, s.176; Güzel/Okur/Caniklioğlu, s.241; Uşan, Sosyal Güvenlik, s.135; Alper, s.166.

2. Yargı Kararları Gereğince Ödenen Ücretler

Kanunun 80. maddesinin birinci fıkrasının (d) bendi, “*ücretler hak edildikleri aya mal edilmek suretiyle prime tabi tutulur*”, şeklindedir. Ücretlerde, hak edilen ay esastır. Ücret dışındaki ödemeler ise öncelikle ödendiği ayın kazancına dâhil edilir ve ücret dışındaki bu ödemelerin yapıldığı ayda üst sınırın aşılması nedeniyle prime tabi tutulamayan kısmı, ödemenin yapıldığı ayı takip eden aydan başlanarak iki ayı geçmemek üzere üst sınırın altında kalan sonraki ayların prime esas kazançlarına ilâve edilir.

Ancak Kanunun 80. maddesinin birinci fıkrasının (d) bendinde toplu iş sözleşmelerine tabi işyerleri işverenleri, kamu idareleri⁷³ veya yargı mercileri tarafından verilen kararlar gereğince sonradan ödenen ücret dışındaki ödemelerin, iş sözleşmesinin mevcut olmadığı veya askıda olduğu bir tarihte ödenmesi durumunda, 82. madde hükmü de dikkate alınmak suretiyle prime esas kazancın tabi olduğu en son ayın kazancına dâhil edilmesi düzenlenirken yargı kararları gereğince ödenen ücretlere yönelik bir düzenleme yer almamaktadır.

Kanunun 80. maddesinin birinci fıkrasının (a) bendinin üç numaralı alt bendinde prime esas kazancın belirlenmesinde idare veya yargı mercileri tarafından verilen kararlar gereğince maddenin bir ve iki numaralı alt bentlerinde belirtilen kazançlar niteliğinde olmak üzere sigortalılara o ay içinde yapılan ödemelerin, brüt toplamının esas alınması öngörülmektedir. Kanımızca bu düzenlemeden anlaşılması gereken, idare ve yargı mercileri tarafından verilen kararlar gereğince yapılacak ödemelerde, ücret ya da ücret dışında bir ödeme olmasına bakılmaksızın ödemelerin yapıldığı ayın esas alınmasıdır.

Kanunun 80. maddesinin birinci fıkrasının (a) bendinin üç numaralı alt bendindeki düzenlemeye karşın Sosyal Sigorta İşlemleri Yönetmeliğinde konu, farklı bir şekilde düzenlenmiştir. Yönetmeliğin 97. maddesinin altıncı fıkrasında idari yargı tarafından verilen kararlar gereğince sigortalılara fiilen çalışmadıkları süreler için ücret ve benzeri nitelikte ödeme yapılması halinde, ücretlerin ilişkin olduğu aylara mal edilmesi, ücret dışındaki diğer ödemelerin ise ödendiği ayın kazancına dâhil edilmek suretiyle prime tabi tutulması öngörülmektedir. Aynı doğrultuda bir düzenleme, Yönetmeliğin 97. maddesinin ikinci fıkrasının (d) bendinde de yer almaktadır. Buna göre kamu kurumlarında Kanunun 4. maddesinin birinci fıkrasının (a) bendi kapsamında çalışan sigortalılar için mahkeme kararları veya idare tarafından verilen kararlar gereğince geriye yönelik ücret ödenmesi halinde, bu ücretlerin ilişkin oldukları ayların prime esas kazancına dâhil edilmesi gerektiği düzenlenmiştir. Yönetmelikte kamu kurumlarında çalışanlar açısından adli ya da idari yargı ayrımı da yapılmamıştır. Ancak yönetmelik ile kanuna aykırı düzenleme yapılması düşünülemez. Bununla birlikte şahsi görüşümüz, iş sözleşmesinin devam

⁷³ 5510 sayılı Kanunun 80. maddesinin birinci fıkrasının (a) bendinin üç numaralı alt bendinde “idare” ifadesi kullanılmakta iken Kanunun 80. maddesinin birinci fıkrasının (d) alt bendinde “kamu idareleri” ifadesi kullanılmaktadır. Kamu idaresi, Kanunun 3. maddesinin birinci fıkrasının yirmi bir numaralı bendinde “10/12/2003 tarihli ve 5018 sayılı Kamu Mali Yönetimi ve Kontrol Kanununun 3 üncü maddesinin birinci fıkrasının (a) bendinde belirtilen kamu idareleri ve kamu iktisadi teşebbüsleri ile bunların bağlı idare, ortaklık, müessese ve işletmeleri ve yukarıda belirtilenlerin ödenmiş sermayesinin % 50’sinden fazlasına sahip oldukları ortaklık ve işletmelerden Türk Ticaret Kanununa tabi olmayanlarla özel kanunlarına göre personel çalıştıran diğer kamu kurumlarını”, ifade edecek şekilde kullanılmaktadır.

etmesi, sona ermesi ya da askıda olması ayrımı yapılmaksızın, idare ve yargı kararları gereğince ödenen ücretlerin hak edildiği ayların prime esas kazancına dâhil edilmesidir⁷⁴. Bu doğrultuda yasal bir değişiklik yapılması gerektiğini düşünmekteyiz.

İşe iade davası sonrasında işçi tarafından boşta geçen süreye ilişkin ücrete hak kazanılması durumu, Sosyal Sigorta İşlemleri Yönetmeliğinin 97. maddesinin beşinci fıkrasında düzenlenmiştir. Buna göre 4857 sayılı İş Kanununun 21. maddesinin üçüncü fıkrasında işçinin iş iadesi için kesinleşen mahkeme veya özel hakem kararının kendisine tebliğinden itibaren on iş günü içinde işe başlamak üzere başvurmuş olması kaydıyla, işe başlatılın veya başlatılmasın, çalıştırılmayan süre için ödenen en çok dört aya kadar ücret ve diğer haklar, iş sözleşmesinin feshedildiği aydan başlanılarak, ilgili ayların prime esas kazançlarına dâhil edilerek, işsizlik sigortası primi de dâhil olmak üzere tüm sigorta kollarına ait primler kesilir ve bu süre hizmet süresi olarak sayılır. İşçi işe başlatıldığında bildirim süresine ait ihbar ücreti ile kıdem tazminatının peşin olarak ödenmesi halinde bu ödeme işçiye ödenecek en çok dört aya kadar olan ücret ve diğer alacaklarından mahsup edilir. Kanunun 80. maddesi uyarınca bildirim süresine ait ihbar ücret ile kıdem tazminatının prime tabi tutulmaması nedeniyle işçiye işe başlatılması halinde ödenecek en çok dört aya kadar olan ücret ve diğer hakları mahsup edilmemiş haliyle prime tabi tutulur ve bu süreler, prim ödeme gün sayısından sayılır. Bu düzenlemeyi de hâlihazırdaki hali ile Kanuna aykırı bulmaktayız. Zira bu durumda da yargı kararı gereğince yapılan bir ödeme söz konusudur.

Ancak Kanunun 80. maddesinin birinci fıkrasının (a) bendinin üç numaralı alt bendinde idare ve yargı mercileri tarafından verilen karar gereğince aynı maddenin bir ve iki numaralı alt bentlerde belirtilen kazançlar niteliğinde olmak üzere sigortalılara o ay içinde yapılan ödemelerin brüt toplamının prime esas kazanç esas alınması öngörülmekte iken, düzenlemede toplu iş sözleşmesi ile yapılan ödemeler sayılmamıştır. Bu doğrultuda toplu iş sözleşmesi ile yapılan ödemelerin, hak edilen ayların prime esas kazancına dâhil edilmesine yönelik yönetmelik düzenlemesi, kanımızca kanuna aykırı bir nitelikte taşımaz.

Sosyal Güvenlik Kurumunun sigorta primleri ile ilgili olarak şikâyet edildiği bir olayda, Kamu Denetçiliği Kurumu, 2015/4085 şikâyet numaralı dosyada, 03.02.2016 tarihli kararı ile Kurumun 2014-79 sayılı ve genel yazı mahiyetinde olan e-postasına⁷⁵ dayanılarak ücret

⁷⁴ Kanunun 80. maddesinin birinci fıkrasının (d) alt bendinin yanlış yorumlandığına dair bir karşı oy yazısında “16.Diğer taraftan 5510 sayılı kanunun 801.d maddesindeki son aya mal etme uygulaması, yanlış bir yorumla yapılmaktadır. Zira maddeye göre “Toplu iş sözleşmelerine tabi işyerleri işverenlerince veya kamu idareleri veya yargı mercilerince verilen kararlara istinaden, sonradan ödenen ücret dışındaki ödemelerin hizmet akdinin mevcut olmadığı veya askıda olduğu bir tarihte ödenmesi durumunda, 82 nci madde hükmü de nazara alınmak suretiyle prime esas kazancın tabi olduğu en son ayın kazancına dahil edilir”. Görüldüğü gibi son aya mal edilecek ödeme, ücret dışındaki ödemedir. Oysa burada karar altına alınan ücret olduğuna göre son aya değil, tüm hizmet süresine mal edilmesi gerekecektir.” şeklinde görüş belirtilmektedir. Y.10.HD, 04.10.2021, E. 2021/7772, K. 2021/11456 (Uyap-Mevzuat Programı, Erişim Tarihi:15.01.2023).

⁷⁵ Sosyal Güvenlik Kurumu Sigorta Primleri Genel Müdürlüğü İşverenler Prim Daire Başkanlığının 2014-79 sayılı elektronik postası, işçilik alacaklarına ilişkin davalara yöneliktir. Buna göre özel sektör işverenleri tarafından sigortalı bildirim yapıldığı halde, kazançlarının eksik ödendiğini ileri süren sigortalılar tarafından, işverenleri aleyhine açılan alacak davalarında, yargı kararı ile alacak tutarına ilişkin kararların verilmiş olması, ancak sigortalılık hizmetinin kazandırılmasına ilişkin bir hükmün bulunmaması kaydıyla, alacak davalarına ilişkin mahkeme kararlarının, prime esas kazanç tabi olan ücret ve ücret dışı alacaklar yönünden işleme alınması gerektiği açıklanmaktadır. Yargı kararlarında, alacak davasına konu olan dönemlerde, sigortalılık bildiriminin bulunmadığının anlaşılması durumunda,

niteliğindeki alacaklarda, yargı kararında bu alacakların hak edildiği aylar, ayrı ayrı belirtilmediği durumlarda, bu bilgi temin edildiğinde, bu doğrultuda işlem yapılması, aksi durumda ise 5510 sayılı Kanununun 80. maddesinin birinci fıkrasının (d) bendi düzenlemesi kıyasen uygulanmak suretiyle alacak tutarının, ücret veya ücret dışı nitelikte olup olmadığı üzerinde durulmaksızın, davaya konu olan döneme ait sigortalılık bildirimini yapılan son ayın kazancına ilave edilerek, işleme alınması gereğine işaret edilmektedir⁷⁶.

Sosyal Güvenlik Kurumu Başkanlığı Sigorta Primleri Genel Müdürlüğünün 2020/20 sayılı İşveren İşlemleri Genelgesinde konu ayrıntıları ile düzenlenmektedir⁷⁷. Genelgede, işverenlere karşı açılacak alacak davaları sonucunda yapılması gerekenler, ayrıntılı bir şekilde açıklanmaktadır. Buna göre dava konusu sürelerde, davacı kişinin sigortalılık bildirimini bulunmadığının tespiti halinde, işverenlerden aylık prim ve hizmet belgesi istenmemekte veya bu belgeler, Kurum tarafından resen düzenlenmemektedir. Ancak ilgili dönem veya dönemler için karar verilen alacak tutarları, alacak davasına konu olan kişiler arasında bir çalışma ilişkisinin bulunabileceğine karine oluşturduğundan, gerekli incelemenin yapılması amacıyla konu,

alacak tutarları için herhangi bir işlem yapılmaması gerektiği belirtilmektedir. Ücret alacaklarında, hak edilen ayların ayrı ayrı belirlenememesi durumunda, bu durumun aydınlatılması için gerekli bilgilerin yargıdan istenilmesi (örneğin bilirkişi raporu), aksi durumda ise ücret niteliğinde olmayan kazançlarda olduğu gibi yapılan ödemenin, davaya konu olan döneme ait sigortalılık bildirimini yapılan son ayın prime esas kazancına dâhil edilmesi gerektiği belirtilmektedir. Ücret alacağı niteliğinde olan fazla çalışmanın, ilgili olduğu aylara mal edilmesi uygulamasına devam edilmesi gerektiği de yazıda belirtilmiştir. Ücret niteliğinde olmayan kazançlarda ise davaya konu olan döneme ait sigortalılık bildirimini yapılan son ayın prime esas kazancına dâhil edilmesi gerektiği belirtilmektedir. Yazıda ayrıca Kuruma eksik bildirim yapıldığı mahkeme kararı ile tespit edilen sigortalılara ilişkin prime esas kazançta ait prim belgelerinin bir aylık süre içinde düzenlenerek Kuruma verilmesine ilişkin yazı, işverenlere tebliğ edilmesi, işverenler tarafından söz konusu belgelerin bir aylık süre içinde Kuruma verilmemesi halinde, bir aylık sürenin bitiminden sonra ilgili belgeler, Kurum ünitesi tarafından resen düzenlenmesi, işveren tarafından tebliğin alındığı tarihten itibaren bir aylık süre içinde itirazda bulunulması halinde itirazın, Prim Tahakkuk İtiraz Komisyonu tarafından değerlendirilmesi hususları da belirtilmektedir. 2014-97 sayılı elektronik postayı paylaşan Konya Sosyal Güvenlik İl Müdürlüğü vekili meslektaşım Av. Yıldız Baran'a teşekkür ederim. Ayrıca konu hakkında bkz. Kurt, Resul. *Alacak davasıyla emekli maaşı artar mı?*, Dünya Gazetesi, (06.03.2015), <https://www.dunya.com/kose-yazisi/alacak-davasiyla-emekli-maasi-artar-mi/23164>, (Erişim Tarihi: 15.01.2023).

⁷⁶ “31. Yukarıdan bu yana anlatılanlar ışığında Mahkeme kararı incelendiğinde; tazminat davasının bahse konu çalışma döneminin son ayında yapılan çalışmadan doğan alacaklara yönelik açıldığı, bu doğrultuda bilirkişi marifetiyle tespit edilen ücretin Mahkemece son aya/Aralık ayına yönelik brüt alacağın hesaplanmasında kullanıldığı, Mahkemece ay be ay hangi dönemler için ne kadar ücret niteliğinde alacak tutarı belirlendiğini gösterir bir belirleme yapılmadığı gibi hüküm de tesis edilmediği, bununla birlikte davalı işverenlikte çalışılan 10 ayda ücretin fahiş miktarda değişmesi ihtimali hayatın olağan akışına aykırı olsa da, bu tür ihtilaflı bir niteliği haiz ücreti tespit etme görevinin Mahkemelere ait olduğu açık olduğundan, aksi yöndeki bir uygulamanın ise keyfiliğe sebep olma riski taşıdığından, idarece Aralık ayı dışında kalan çalışma dönemi için kıyasen mahkeme kararında hüküm altına alınan ücret üzerinden prime esas kazancın güncellemesi yönündeki talebin reddi, 5510 sayılı Kanununun 80 inci maddesinin birinci fıkrasının (d) bendine ve uygulamayı gösterir 2014-79 sayılı yazıya uygun olduğundan, idarece tesis edilen işlemlerde hukuka aykırılık tespit edilememiştir. Mahkeme kararının fazla mesai alacaklarına dair kısmı doğrultusunda SGK tarafından gerekli güncellemelerin ay be ay yapıldığı hizmet dökümünden anlaşılacakla birlikte, çalıştığı süre içinde şikayetçinin aldığı ücret ve ödenen prime ilişkin SGK'ya itirazının bulunmadığı, gerek SGK'nın web-sitesinden gerekse de bordrosundan her zaman bu hususun öğrenilebildiği, maaşının asgari ücretten gösterilmediğini bilmiyor olmasının bu sebeplerden mümkün olmadığı da gözetilerek hakkaniyete de aykırılık tespit edilmemiştir...” Kamu Denetçiliği Kurumu, 03.02.2016, Şikayet No.2015/4085, s.403-404. Karar için bkz. <https://paylasim.ombudsman.gov.tr/dokuman/documentuploads/calisma-ve-sosyal-guvenlik-3/mobile/index.html> (Erişim Tarihi:15.01.2023).

⁷⁷ Genelge için bkz. <https://kms.kaysis.gov.tr> (Erişim Tarihi:15.01.2023).

Kurumun denetim ve kontrolle görevli memurlarına havale edilerek düzenlenecek rapora göre işlem yapılması öngörülmektedir

Alacak davasına konu olan dönemlerde, işverenler tarafından sigortalı bildirimlerinin yapıldığı durumlarda, kazançlarının eksik ödendiğini ileri süren sigortalılar tarafından işverenleri aleyhine açılan ve mahkemeler tarafından kabul edilen davalarda hükmedilen alacaklar, prime esas kazanca tabi olan ücret ve ücret dışı alacaklar olarak ikiye ayırım yapılmak sureti ile yapılması gereken işlemler anlatılmaktadır.

Alacak davasına konu olan kazançların ücret olması halinde, mahkeme kararındaki ücret alacaklarının ilgili olduğu dönemlerin belirli olduğu durumlarda, bu kazançların ilgili aylara mal edilmesi; aksi durumda ise mahkemeden konu hakkında bilgi alınması, söz konusu ücret alacaklarının ilgili olduğu dönemlerin mahkemeden temin edilmesi halinde ilgili aylara, temin edilememesi halinde ise alacak davasına konu olan dönemdeki sigortalılık bildirimi yapılan son ayın kazancına mal edilmesi öngörülmektedir. Ücret ve ücret dışı ödemelerin birlikte bildirilmesi halinde de aynı şekilde mahkemeden ücret ve ücret dışı ödemelerin, ayrı ayrı miktarları ve hangi aylara ait olduğu istenilmesi, bildirilmesi halinde ücret ve ücret dışı alacaklara uygulanan işlemler yapılacak, bildirilmemesi halinde ise ücret ve ücret dışı ödemelerin toplamı alacak davasına konu olan dönemde prime esas kazanç bildirimi yapılan en son ayın kazancına mal edilmesi öngörülmektedir⁷⁸. Sosyal Sigorta İşlemleri Yönetmeliğinin yanı sıra 2020/20 sayılı İşveren İşlemleri Genelgesi de ücretlerin prime esas kazanca dâhil edilmesi hususunda, Kanuna aykırı hükümler taşımaktadır.

Yargıtay 10. Hukuk Dairesi eski tarihli kararlarında iş sözleşmesi devam etmekte ise ücret alacaklarının, ödemenin yapıldığı ayın prime esas kazanç matrahına dâhil edilmesi; iş sözleşmesi, daha önceki bir tarihte sona ermiş ise yapılan ödemelerin, çalışmanın geçtiği son ayın prime esas kazancına dâhil edilmesi gerektiği doğrultusunda karar vermekte idi⁷⁹. Kapatılan Yargıtay 21. Hukuk Dairesi kararları ise yapılan ödemelerin, iş sözleşmesinin devamı halinde, hangi ayın sigorta primine dâhil edileceği noktasında, Yargıtay 10. Hukuk Dairesi kararlarından farklılık göstermekte idi. Daire, yargı kararı ile hükmedildiği durumlarda, iş sözleşmesinin, devamı halinde, yapılan ödemelerin, hak edilen ayların prime esas kazanç matrahına dâhil edilmesi gerektiği; iş

⁷⁸ Sosyal Güvenlik Kurumu Başkanlığı Sigorta Primleri Genel Müdürlüğü 2020/20 sayılı Genelge, s.89,90.

⁷⁹ “Somut olayda, Mahkemece kuruma yapılan bildirimlerin asgari ücret üzerinden eksiksiz olarak gerçekleştirildiği, süre yönünden de herhangi bir eksikliğin bulunmadığı, ancak Bakırköy 5. İş Mahkemesi dosyasının kesinleşen kararına göre fesih tarihindeki ücret miktarının net 1500.00 TL, brütünün 2.095.27 TL olarak belirtildiğinden sadece son ay ücreti açısından kesin hüküm nedeni ile prime esas kazanç miktarının bu miktar olarak belirlenmesinin gerektiği, diğer hizmet süreleri açısından prime esas kazanç yönünden yazılı belge sunulmadığı, kesin hüküm dışındaki süreler yönünden davanın ispatlanamadığı gerekçesiyle davanın kısmen kabulüne karar verildiği anlaşılmış ise de, idare veya yargı makamları tarafından belirlenen ücretlerin prim hesabına esas alınabilmesi için bu tür kazançlara hak kazanmak yeterli olmamakta, işçilik alacaklarına ilişkin taraflar arasında çıkan uyuşmazlıkta mahkemece verilen karar sonrasında işçiye (sigortalıya) ödeme yapılmış olması aranmaktadır. Davacıya yapılan ödemenin yapıldığı ayın prime esas kazanç matrahına dâhil edilmesi, hizmet akdi daha önceki bir tarihte sona erdiği takdirde ise yapılan ödemelerin çalışmanın geçtiği son ayın prime esas kazancında gözetilmesi gerekmektedir. Buna göre davalı tarafından davacıya, işçilik alacakları davası neticesinde ödeme yapıp yapılmadığı belirlenerek, yapılmış ise işçilik alacağı dosyasında belirlenen ücretin son aya maledilerek prime esas kazanç olarak tespiti gerekirken, eksik inceleme ve araştırma sonucu yazılı şekilde hüküm kurulması, usul ve yasaya aykırı olup bozma nedenidir.” Y.10.HD, 03.02.2020, E. 2018/1485, K. 2020/583 (Uyap-Mevzuat Programı, Erişim Tarihi:15.01.2023).

sözleşmesinin daha önceki bir tarihte sona ermiş olması durumunda ise yapılan ödemelerin, çalışmanın geçtiği en son ayın prime esas kazanç matrahına dâhil edilmesi gerektiği doğrultusunda karar vermişti⁸⁰.

Yargıtay Birinci Başkanlık Kurulu'nun 07.07.2020 tarih ve 173 sayılı Kararı ile 21. Hukuk Dairesi 02.09.2020 tarihi itibarı ile kapatıldığından, artık Yargıtay 10. Hukuk Dairesinin kararları belirleyici durumdadır⁸¹.

Yargıtay 10. Hukuk Dairesinin yakın tarihli kararlarında yargı kararı ile hükmedilen ücret niteliğindeki alacakların ödemenin yapıldığı ayın prime esas kazanç matrahına dâhil edilmesi, iş sözleşmesinin daha önceki bir tarihte sona ermiş olması halinde ise yapılan ödemelerin, çalışmanın geçtiği son ayın prime esas kazancına dâhil edilmesine karar vermektedir⁸².

⁸⁰ “Somut olayda, yargı kararı (işçilik alacağı dava dosyası) ile hak kazanılan ücret ve ücret niteliğindeki kazançların prime esas kazancına mal edilmesinde 5510 sayılı Kanununun 80/d maddesi hükümleri doğrultusunda sadece hak kazanılan ücretin uyuşmazlık konusu dönem prime esas kazanç matrahına ay be ay mal edilmesi gerektiği, ücret niteliğindeki diğer kazançların ise bu kazançların ödenmesi koşuluyla ödemenin yapıldığı ayın prime esas kazanç matrahına mal edilmesi, hizmet akdinin daha önceki bir tarihte sona ermiş olması karşısında ise yapılan ödemelerin çalışmanın geçtiği en son ayın prime esas kazanç matrahına mal edilmesi gerektiği gözetilerek bir sonuca gidilmesi gerekirken ilk derece Mahkemesince dönemler halinde hesaplama yapılarak ihtilaf konusu dönem toplam prime esas kazanç matrahının tespiti şeklinde sonuca gidilmiş olması isabetsizdir.” Y.21.HD, 26.09.2019, E. 2018/5122, K. 2019/5568 (Uyap-Mevzuat Programı, Erişim Tarihi:15.01.2023).

⁸¹ Kararın I. numaralı başlığının 2. numaralı alt başlığı ile 21.Hukuk Dairesinin 02.09.2020 tarihinden geçerli olmak üzere kapatılmasına, 28.01.2020 tarih ve 31022 sayılı Resmi Gazetede yayınlanan Yargıtay Büyük Genel Kurulunun 23.01.2020 tarih ve 2020/1 sayılı işbölümü kararı ile 21.Hukuk Dairesine verilen ve bu dairenin arşivinde bulunan işlerin 02.09.2020 tarihi itibarıyla 10. Hukuk Dairesine UYAP bilişim sistemi üzerinden devrine karar verilmiştir. Karar için bkz. RG., 08.07.2020/31179.

⁸² “Buna göre, maddenin 1/(b) bendinde sayılan istisnalara girmemesi koşuluyla hizmet akdi karşılığı elde edilen gelirlerden sigorta primi kesilmesi asıldır. Anılan Kanununun 3. maddesinde ücret, 4. maddenin birinci fıkrasının (a) ve (c) bendi kapsamında sigortalı sayılanlara saatlik, günlük, haftalık, aylık veya yıllık olarak para ile ödenen ve süreklilik niteliği taşıyan brüt tutar olarak tanımlanmış, 4857 sayılı ... Kanununun 32. maddesinde de genel anlamda ücret, bir kimseye bir ... karşılığında işveren veya üçüncü kişiler tarafından sağlanan ve para ile ödenen tutar olarak tarif edilmiştir. 5510 sayılı Kanununun 80. maddesinin 1. fıkrasının (a)/(1) alt bendindeki “ücretler” kavramı içine asıl ücretle birlikte fazla çalışma ücreti, hafta tatili ücreti, ulusal bayram ve genel tatil ücretleri gibi unsurlar da girmektedir. (3) numaralı alt bend gereğince, idare veya yargı makamları tarafından belirlenen ücretlerin prim hesabına esas alınabilmesi için bu tür kazançlara hak kazanmak yeterli olmamakta, işçilik alacaklarına ilişkin taraflar arasında çıkan uyuşmazlıkta mahkemece verilen karar sonrasında işçiye (sigortalıya) ödeme yapılmış olması aranmakta, bu durumda, yargı kararı ile hak kazanılan ücret niteliğindeki kazançların primlerinin sigortalı payının infaz sırasında sigortalıya yapılan ödemeden düşülmesi işverenin Kuruma karşı prim yükümlülüğünü kaldırmadığı da dikkate alınmak suretiyle, ödemenin yapıldığı ayın prime esas kazanç matrahına dâhil edilmesi, hizmet akdi daha önceki bir tarihte sona erdiği takdirde ise yapılan ödemelerin çalışmanın geçtiği son ayın prime esas kazancında gözetilmesi gerekmektedir.” Yargıtay 10 HD, 2022/6533E., 2022/9093K, 15.06.2022. Aynı doğrultuda, “Yukarıdaki maddi ve hukuki olgular birlikte gözetilerek; yargı kararı ile hak kazanılan ücret niteliğindeki kazançların hak kazanıldığı dönemlerin prime esas kazançlarına dâhil edilmesi isabetsiz olup; ödenmesi koşuluyla, ödemenin yapıldığı ayın prime esas kazanç matrahına dâhil edilmesi, hizmet akdinin daha önceki bir tarihte sona ermiş olması halinde ise, yapılan ödemelerin çalışmanın geçtiği son ayın prime esas kazancında gözetilmesi mümkün olmakla, taraflar arasında kabul gören 19.04.2017 tarihli yapılan sulhe konu işçilik alacakları kapsamında ödenen olan 1.600,00 TL'nin ödendiği tarih dikkate alınarak, bu ücretin son aya ilişkin kabulü ile buna göre hüküm tesisi gereklidir.” Y.10.HD, 04.10.2021, E. 2021/4447, K. 2021/11516 (Uyap-Mevzuat Programı, Erişim Tarihi:15.01.2023).

B. Ücret Dışındaki Ödemeler

1. Genel Olarak

Kanunun 80. maddesinin birinci fıkrasının (a) bendinin iki numaralı alt bendi gereğince prime esas kazançların hesabında “*Prim, ikramiye ve bu nitelikteki her çeşit istihkaktan o ay içinde yapılan ödemelerin ve işverenler tarafından sigortalılar için özel sağlık sigortalarına ve bireysel emeklilik sistemine ödenen tutarların*”, brüt toplamı esas alınır. Kanunun 80. maddesinin birinci fıkrasının (d) bendinde ise, “*Diğer ödemeler ise öncelikle ödendiği ayın kazancına dahil edilir ve ücret dışındaki bu ödemelerin yapıldığı ayda üst sınırın aşılması nedeniyle prime tabi tutulamayan kısmı, ödemenin yapıldığı ayı takip eden aydan başlanarak iki ayı geçmemek üzere üst sınırın altında kalan sonraki ayların prime esas kazançlarına ilâve edilir.*”, düzenlemesi bulunmaktadır. Buna göre ücret dışındaki diğer ödemeler, öncelikle ödendiği ayın kazancına dâhil edilir. Ücretten farklı olarak prim, ikramiye ve bu nitelikteki her çeşit istihkakın prime esas kazançta dâhil edilebilmesi için o ay içinde ödenmesi gerekir⁸³. Aynı husus, Sosyal Sigorta İşlemleri Yönetmeliğinin 97. maddesinin ikinci fıkrasının (e) bendinde de düzenlenmiştir.

Ödemenin yapıldığı ayda, prime esas kazançta yönelik üst sınırın aşılmasından dolayı, ücret dışındaki ödemelerin prime tabi tutulamayan kısmı, ödemenin yapıldığı ayı takip eden aydan başlanarak, iki ayı geçmemek üzere, üst sınırın altında kalan sonraki ayların prime esas kazançlarına ilâve edilir⁸⁴. Yönetmeliğin 97. maddesinin üçüncü fıkrasında da aynı düzenleme tekrar edilmektedir. Bu husus, 506 sayılı Kanunda öngörülmeleyen bir düzenlemedir. Ancak iş sözleşmesi mevcut değilse ya da askıda ise prime esas kazancın tabi olduğu son ayın kazancına dâhil edilmektedir.

Üst sınırı aşan ücret dışındaki ödemelerin, bir sonraki aya devredilmesinin koşulu, iş sözleşmesinin devam etmesidir. İş sözleşmesinin sona ermesi halinde aşan miktarın, bir sonraki aya devri yapılmaz. Hatta sigortalı, işten ayrılıp geri döndüğünde de eski matrahın, yeni matraha devri mümkün değildir⁸⁵. Yönetmeliğin 97. maddesinin dördüncü fıkrasında sigortalılara, ücretsiz izin, istirahat gibi çeşitli nedenlerle ay içinde çalışmasının bulunmadığı ve ücret ödenmediği aylarda prime esas kazançta dâhil olacak nitelikte ücret dışında bir ödeme yapılması halinde, ücret dışındaki bu ödemeler, ödemenin yapıldığı ayda sigortalının prim ödeme gün sayısının bulunmaması nedeniyle ödemenin yapıldığı tarihi takip eden iki ayı geçmemek üzere ilgili ayların prime esas kazancına dâhil edilmesi, ancak ödemenin yapıldığı tarihi takip eden iki ayda da ücret ödemesine hak kazanılmadığı durumlarda, ücret dışındaki bu ödemelerin prime esas kazançta dâhil edilmemesi öngörülmektedir.

2020/20 sayılı İşveren İşlemleri Genelgesinde alacak davasına konu olan kazançların ücret dışı olması durumunda, 5510 sayılı Kanunun 80. maddesinin birinci fıkrasının (d) bendi gereği, toplu iş sözleşmelerine tabi işyerleri işverenleri, kamu idareleri veya yargı mercileri tarafından

⁸³ Uşan, 2009, s.135; Tuncay/Ekmekçi, s.177-178; Özdamar, s.316; Sümer, s.110; Şakar, s.142.

⁸⁴ 5510 sayılı Kanun, bu düzenlemesi ile 506 sayılı Kanundan farklılık arz etmektedir. Konu hakkında bkz. Özdamar, s.317.

⁸⁵ Tuncay/Ekmekçi, s.193.

verilen kararlara istinaden sonradan ödenen ücret dışındaki ödemelerin, iş sözleşmesinin mevcut olmadığı veya askıda olduğu bir tarihte ödenmesi durumunda, bu ödemeler, 82. madde hükmü de gözetilmek sureti ile prime esas kazancın tabi olduğu en son ayın kazancına dâhil edileceğinden, alacak davasına konu olan ücret dışı ödemelerin, öncelikli olarak iş sözleşmesi devam ediyorsa ödendiği ayın kazancına, iş sözleşmesi askıda veya devam etmediği durumlarda ise prime esas kazancın tabi olduğu en son ayın kazancına mal edilmesi öngörülmüştür.

2. Yargı Kararları Gereğince Ödenen Ücret Dışındaki Ödemeler

Kanunun 80. maddesinin birinci fıkrasının (a) bendinin üç numaralı alt bendi gereğince idare veya yargı mercilerince verilen karar gereğince ödemesi yapılan ücret dışındaki ödemelerde sigortalılara o ay içinde yapılan ödemelerin brüt toplamı esas alınmaktadır. Yargı mercileri kararları gereğince yapılan ücret dışındaki ödemelere ilişkin özel bir düzenleme, Kanunun 80. maddesinin birinci fıkrasının (d) bendinde yer almaktadır. Buna göre toplu iş sözleşmelerine tabi işyerleri işverenleri, kamu idareleri veya yargı mercileri tarafından verilen kararlar gereğince, sonradan ödenen ücret dışındaki ödemelerin iş sözleşmesinin mevcut olmadığı veya askıda olduğu bir tarihte ödenmesi durumunda, 82. madde hükmü de nazara alınmak suretiyle prime esas kazancın tabi olduğu en son ayın kazancına dâhil edilir. Nitekim Sosyal Sigorta İşlemleri Yönetmeliğinin 97. maddesinin altıncı fıkrasında da idari yargı tarafından verilen kararlara istinaden sigortalılara fiilen çalışmadıkları süreler için ücret ve benzeri nitelikte ödeme yapılması halinde ücretlerin ilişkin olduğu aylara mal edilmesi, ücret dışındaki diğer ödemelerin ise ödendiği ayın kazancına dâhil edilmek suretiyle prime tabi tutulması öngörülmüştür.

Ancak iş sözleşmesi devam etmekte ise Kanunun 80. maddesinin birinci fıkrasının (d) bendi gereğince ücret dışındaki diğer ödemeler, öncelikle ödendiği ayın kazancına dâhil edilir. Ücret dışındaki bu ödemelerin yapıldığı ayda üst sınırın aşılması nedeniyle prime tabi tutulamayan kısmı, ödemenin yapıldığı ayı takip eden aydan başlanarak iki ayı geçmemek üzere üst sınırın altında kalan sonraki ayların prime esas kazançlarına ilâve edilir.

Sigorta primlerinin ödenmemesi, idari para cezasını gerektirir. Ancak 5510 sayılı Kanunun 80. maddesinin birinci fıkrasının (d) bendi gereğince toplu iş sözleşmelerine uygulanan işyerlerinde, işverenler tarafından kamu idareleri veya yargı mercileri tarafından verilen kararlara istinaden, sonradan ödenen ücret dışındaki ödemelerin, iş sözleşmesinin devam etmediği veya askıda olduğu bir tarihte ödenmesi durumunda, prime esas kazancın tabi olduğu en son ayın kazancına dâhil edilir. Bu durumlarda sigorta primlerinin, mercilerin kararlarının kesinleşme tarihini izleyen ayın sonuna kadar ödenmesi halinde, gecikme cezası ve gecikme zammı alınmayacağı ve idari para cezalarını düzenleyen 102. madde hükümlerinin uygulanmaz.

Uygulamada, yukarıda da belirtildiği üzere işçi, genelde işten ayrıldıktan sonra işverene karşı dava açması söz konusu olduğundan, genelde yargı kararı ile yapılan ödemeler, iş sözleşmesinin sona erdiği dönemde gerçekleşmektedir. Bu nedenle yapılan ödemelerin, prime esas kazancın tabi olduğu son ayın kazancına dâhil edilmesi söz konusu olmaktadır.

Yargıtay 10. Hukuku Dairesi ile kapatılan Yargıtay 21. Hukuk Dairesi kararları arasında, bu noktada bir farklılık bulunmamaktadır. Hem Yargıtay 10. Hukuk Dairesi⁸⁶, hem de kapatılan Yargıtay 21. Hukuk Dairesi⁸⁷, yargı kararı ile hükmedildiğinde ücret dışındaki ödemelerin, işçi çalışmakta ise ödendiği ay, sigorta tavanının aşılması durumunda ise bu ayı takip eden iki ayın prime esas kazancına edilmesine, ancak iş sözleşmesi mevcut değilse ya da askıda ise prime esas kazancın tabi olduğu son ayın kazancına dâhil edilmesi gerektiği doğrultusunda karar vermektedir. Yargıtay 10. Hukuk Dairesinin yakın tarihli kararları da bu doğrultudadır⁸⁸.

⁸⁶ “d) Ücretler hak edildikleri aya mal edilmek suretiyle prime tabi tutulur. Diğer ödemeler ise öncelikle ödendiği ayın kazancına dahil edilir ve ücret dışındaki bu ödemelerin yapıldığı ayda üst sınırın aşılması nedeniyle prime tabi tutulamayan kısmı, ödemenin yapıldığı ayı takip eden aydan başlanarak iki ayı geçmemek üzere üst sınırın altında kalan sonraki ayların prime esas kazançlarına ilâve edilir. Toplu iş sözleşmelerine tabi işyerleri işverenlerince veya kamu idareleri veya yargı mercilerince verilen kararlara istinaden, sonradan ödenen ücret dışındaki ödemelerin hizmet akdinin mevcut olmadığı veya askıda olduğu bir tarihte ödenmesi durumunda, 82 nci madde hükmü de nazara alınmak suretiyle prime esas kazancın tabi olduğu en son ayın kazancına dahil edilir. Bu durumlarda sigorta primlerinin, yukarıda belirtilen mercilerin kararlarının kesinleşme tarihini izleyen ayın sonuna kadar ödenmesi halinde, gecikme cezası ve gecikme zammı alınmaz ve 102 nci madde hükümleri uygulanmaz.” hükmü düzenlenmiştir. Yukarıda yapılan açıklamalar ışığında somut olaya dönüldüğünde, davalı işyerinin kamu kurumu olmasından hareketle, davacının 17.02.1992 tarihinden itibaren Belediye-İş sendikası üyesi olduğu anlaşılmalı, dava konusu döneme ilişkin Toplu İş Sözleşmesi hükümlerine bağlı olarak ücret, ilave tediye, prim ve ikramiye ödemelerinin davalı işverenlikçe ödenip ödenmediği araştırılmalı, hiç ödemiş ise davanın reddedileceği gözetilmeli; iş akdinin son bulmasından sonra ödenmiş olmaları halinde ise ancak son aya mal edilerek prime esas kazanç olarak tespiti gerekirken, eksik inceleme ve araştırma sonucu yazılı şekilde hüküm kurulması, usul ve yasaya aykırı olup bozma nedenidir.” Y.10.HD, 25.12.2019, E.2018/4725, K.2019/10355 (Uyap-Mevzuat Programı, Erişim Tarihi:15.01.2023).

⁸⁷ “Dosyadaki kayıt ve belgelerden, Mahkemece hükme esas alınan bilirkişi raporunda kesinleşen yargı kararıyla hak kazanılan ücret, yıpranma primi, ikramiye ve ilave tediye fark tutarları dikkate alınarak bu tutarların SGK primine yansıtıldığı, ihtilaf konusu dönem sigortalılık primine esas kazanç tutarlarının Kurum tarafından belirlenen prime esas kazanç tavan miktarı da gözetilerek yeniden hesaplama yapıldığı ve buna göre Kuruma eksik olarak bildirilen ihtilaf konusu dönem toplam prime esas kazancın yazılı şekilde tespit edildiği anlaşılmaktadır. Somut olayda, yargı kararı (işçilik alacağı dava dosyası) ile hak kazanılan ücret ve ücret niteliğindeki kazançların prime esas kazancına mal edilmesinde 5510 sayılı Kanununun 80/d maddesi hükümleri doğrultusunda sadece hak kazanılan ücretin uyumsuzluk konusu dönem prime esas kazanç matrahına ay be ay mal edilmesi gerektiği, ücret niteliğindeki diğer kazançların ise bu kazançların ödenmesi koşuluyla ödemenin yapıldığı ayın prime esas kazanç matrahına mal edilmesi, hizmet akdinin daha önceki bir tarihte sona ermiş olması karşısında ise yapılan ödemelerin çalışmanın geçtiği en son ayın prime esas kazanç matrahına mal edilmesi gerektiği gözetilerek bir sonuca gidilmesi gerekirken ilk derece Mahkemesince dönemler halinde hesaplama yapılarak ihtilaf konusu dönem toplam prime esas kazanç matrahının tespiti şeklinde sonuca gidilmiş olması isabetsizdir.”, Y.21.HD, 05.11.2019, E. 2018/4739, K. 2019/6725 (Uyap-Mevzuat Programı, Erişim Tarihi:15.01.2023).

⁸⁸ “d) Ücretler hak edildikleri aya mal edilmek suretiyle prime tabi tutulur. Diğer ödemeler ise öncelikle ödendiği ayın kazancına dahil edilir ve ücret dışındaki bu ödemelerin yapıldığı ayda üst sınırın aşılması nedeniyle prime tabi tutulamayan kısmı, ödemenin yapıldığı ayı takip eden aydan başlanarak iki ayı geçmemek üzere üst sınırın altında kalan sonraki ayların prime esas kazançlarına ilâve edilir. Toplu iş sözleşmelerine tabi işyerleri işverenlerince veya kamu idareleri veya yargı mercilerince verilen kararlara istinaden, sonradan ödenen ücret dışındaki ödemelerin hizmet akdinin mevcut olmadığı veya askıda olduğu bir tarihte ödenmesi durumunda, 82 nci madde hükmü de nazara alınmak suretiyle prime esas kazancın tabi olduğu en son ayın kazancına dahil edilir. Bu durumlarda sigorta primlerinin, yukarıda belirtilen mercilerin kararlarının kesinleşme tarihini izleyen ayın sonuna kadar ödenmesi halinde, gecikme cezası ve gecikme zammı alınmaz ve 102 nci madde hükümleri uygulanmaz. Davaya konu somut uyumsuzlukta, davacı, işe başladığı 1990 yılı ile emekli olduğu 13/03/2013 tarihleri arasında toplu iş sözleşmesinde belirlenen ve sendika üyesi olması sebebiyle yapılan ödemelerin asıl ücrete eklenerek gerçek ücretinin tespitini talep etmiştir. Mahkemece, davacının 01/08/1999-30/11/2008 tarihleri arasında toplam 9 yıl 4 ay hizmet süresinin bulunduğu, dava dosyasında bulunan belgelere göre 1997, 1998, 1999, 2000, 2001, 2003, 2005 ve 2008 yıllarında davalı tarafından eksik bildirilen kazanca rastlanılmadığı, davacının 01/12/2002-31/12/2013 tarihleri arasında 02/07/2018 tarihli bilirkişi raporunda belirlenen dönem ve sigorta primine esas kazanç ile çalıştığı tespitini ile, eksik yatırılan primlerin emekliliğe hak kazanıldığı tarihten itibaren emeklilik maaşına yansıtılmasına, emekli maaşında oluşacak farkın yasal faizi ile birlikte davalı ... Başkanlığından tahsili ile davacıya

5510 sayılı Kanununun 80. maddesinin birinci fıkrasının (d) bendinde, “...*ücret dışındaki bu ödemelerin yapıldığı ayda üst sınırın aşılması nedeniyle prime tabi tutulamayan kısmı, ödemenin yapıldığı ayı takip eden aydan başlanarak iki ayı geçmemek üzere üst sınırın altında kalan sonraki ayların prime esas kazançlarına ilâve edilir...*”, hükmünün, eksik ödenen miktarın öngörülenden yüksek çıkması halinde yeni sorunlar yaşanmasına neden olacağı, mahkeme tarafından karar altına alınan eksik ödemelerin, sigortalıya ödendiği ayın tavanını aşan kısmının, takip eden iki ayın ücretine eklenmesi ile eritememesi halinde, kalan miktar sigortalının prime esas kazancını artırmayacağı gibi Kurumun prim matrahına da dâhil edilemeyeceği, bu durumun ise hem sigortalı, hem de Kurum aleyhine bir sonuç doğması anlamına geldiğinden, Kanunda yer alan “*iki ayı geçmemek üzere*” ifadesinin gözden geçirilerek, Kanundan çıkarılması ya da uzatılmasının daha isabetli olacağı belirtilmektedir⁸⁹. Şahsi görüşümüz de aynı doğrultudadır.

SONUÇ

İşçilik alacaklarına ilişkin davaların sonucunda hükmedilen tutarın tahsil edilmesi kadar, tahsil edilen bu tutarın, prime esas kazanç olarak değerlendirilmesi de oldukça önemlidir. Zira sigortalı açısından, sigorta primine esas kazanç matrahının yükselmesi, sosyal güvenlik hukuku kapsamında bağlanacak gelir ve aylıkların yükselmesi sonucunu doğuracaktır.

İşçilik alacaklarına ilişkin davalarda, öncelikle dikkat edilmesi gereken husus, işçilik alacağının sosyal güvenlik hukuku açısından ücret ya da ücret dışında bir ödeme olup olmadığının belirlenmesidir. Zira bu şekilde dava konusu işçilik alacağının, prime esas kazanç olarak değerlendirilip değerlendirilmeyeceği, değerlendirilmesi durumunda prime tabi tutulmasına ilişkin usul ve esaslar ortaya konulmuş olacaktır. Diğer bir önemli husus ise işçilik alacaklarına yönelik

ödenmesine karar verilmiştir.”, Y.10.HD, 30.06.2022, E. 2021/655, K. 2022/10171 (Uyap-Mevzuat Programı, Erişim Tarihi:15.01.2023). Aynı doğrultuda, “(C)İlk Derece Mahkemesi Kararı; Mahkemece, “*davacının iş akdinin işçilik alacaklarının tahsili istemiyle açılan davanın kesinleşme aşamasından önce sona erdiği, hüküm altına alınan işçilik alacaklarının açılan icra takip dosyasına kararın kesinleşmesinden sonra ödendiği tespit olunmaktadır...5510 sayılı Kanun döneminde de Kanununun 80/d maddesi hükümleri doğrultusunda sadece hak kazanılan ücretin uyumsuzluk konusu dönem prime esas kazanç matrahına ay be ay mal edilmesi gerektiği, ücret dışındaki diğer kazançların ise bu kazançların ödenmesi halinde ödemenin yapıldığı ayın prime esas kazanç matrahına mal edilmesi, ödenmemiş ise son aya mal edilmesi gerektiği gözetilerek bir sonuca gidilerek Mahkemece bir karar vermektten ibarettir.*” Ayrıca bu doğrultuda “*Ücretler hak edildikleri aya mal edilmek suretiyle prime tabi tutulur. Diğer ödemeler ise öncelikle ödendiği ayın kazancına dâhil edilir ve ücret dışındaki bu ödemelerin yapıldığı ayda üst sınırın aşılması nedeniyle prime tabi tutulamayan kısmı, ödemenin yapıldığı ayı takip eden aydan başlanarak iki ayı geçmemek üzere üst sınırın altında kalan sonraki ayların prime esas kazançlarına ilâve edilir. Toplu iş sözleşmelerine tabi işyerleri işverenlerince veya kamu idareleri veya yargı mercilerince verilen kararlara istinaden, sonradan ödenen ücret dışındaki ödemelerin hizmet akdinin mevcut olmadığı veya askıda olduğu bir tarihte ödenmesi durumunda, 82’nci madde hükmü de nazara alınmak suretiyle prime esas kazancın tabi olduğu en son ayın kazancına dâhil edilir. Bu durumlarda sigorta primlerinin, yukarıda belirtilen mercilerin kararlarının kesinleşme tarihini izleyen ayın sonuna kadar ödenmesi halinde, gecikme cezası ve gecikme zammı alınmaz ve 102’nci madde hükümleri uygulanmaz.*” Hükmünü içermektedir.” Y.10.HD, 21.09.2021, E. 2019/2834, K. 2021/10676 (Uyap-Mevzuat Programı, Erişim Tarihi:15.01.2023).

⁸⁹ Akın, Levent. “Mahkeme Kararı Gereği Yapılan Ödemelerin Prime Esas Kazanca Etkisi”, *CEİS Dergisi*, Mayıs, 2012, s.40.

olarak yargı kararının kesinleşmiş olmasıdır. Bu karar, adli ya da idari yargı kararı olabilir. Bunun yanı sıra işçilik alacağıının, işverenenden tahsil edilmiş olması da gerekli olan diğer bir koşuldur.

7036 sayılı İş Mahkemeleri Kanununun 3. maddesi ile iş kazası veya meslek hastalığından kaynaklanan maddi ve manevi tazminat ile bunlarla ilgili tespit, itiraz ve rücu davaları dışında arabuluculuk dava şartı olarak düzenlenmiştir. Arabuluculuk faaliyeti sonucunda düzenlenen ve ilam niteliğinde olan anlaşma tutanağı da yargı kararı olarak değerlendirilir. Bu kapsamda yargı kararları kapsamında yapılan açıklamalar, arabuluculuk faaliyeti sonucunda düzenlenen ilam niteliğindeki anlaşma tutanağı için de geçerlidir.

Prime esas kazançların hesabında, 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanununun 80. maddenin birinci fıkrasının (a) bendinin bir numaralı alt bendi gereğince hak edilen ücretlerin, iki numaralı alt bendi gereğince prim, ikramiye ve bu nitelikteki her çeşit istihkaktan o ay içinde yapılan ödemelerin ve işverenler tarafından sigortalılar için özel sağlık sigortalarına ve bireysel emeklilik sistemine ödenen tutarların, üç numaralı alt bendi gereğince ise aynı bendin bir ve iki numaralı alt bentlerinde belirtilen kazançlar niteliğinde olmak üzere idare ve yargı mercileri tarafından verilen kararlarda ise o ay içindeki ödemelerin brüt toplamının esas alınması gerektiği ifade edilmektedir. Buna göre prime esas kazancın belirlenmesinde idare veya yargı mercileri tarafından verilen kararlar gereğince maddenin bir ve iki numaralı alt bentlerinde belirtilen kazançlar niteliğinde olmak üzere sigortalılara o ay içinde yapılan ödemelerin, brüt toplamının esas alınması öngörülmektedir. Ücret niteliğindeki ödemeler, bu kapsamda ödenmesi koşulu ile ödendiği ayın prime esas kazancına dâhil edilmektedir.

5510 sayılı Kanunun 80. maddesinin birinci fıkrasının (d) bendi gereğince ücretler, hak edildikleri aya mal edilmek suretiyle prime tabi tutulur. Diğer ödemeler ise öncelikle ödendiği ayın kazancına dâhil edilir. Ücret dışındaki bu ödemelerin yapıldığı ayda üst sınırın aşılması nedeniyle prime tabi tutulamayan kısmı, ödemenin yapıldığı ayı takip eden aydan başlanarak iki ayı geçmemek üzere üst sınırın altında kalan sonraki ayların prime esas kazançlarına ilâve edilir. Toplu iş sözleşmelerine tabi işyerleri işverenleri, kamu idareleri veya yargı mercileri tarafından verilen kararlara istinaden, sonradan ödenen ücret dışındaki ödemelerin, iş sözleşmesinin mevcut olmadığı veya askıda olduğu bir tarihte ödenmesi durumunda, Kanunun 82. maddesi hükmü de dikkate alınmak suretiyle prime esas kazancın tabi olduğu en son ayın kazancına dâhil edilir. Ücret niteliğinde olan ödemelerde ise ödemenin yapıldığı ayın sigorta tavanını aşan tutar, sonraki ayların prime esas kazançlarına ilave edilmemektedir.

Sosyal Sigorta İşlemleri Yönetmeliğinin 97. maddesi, Kanunun 4. maddesinin birinci fıkrasının (a) bendi kapsamındaki sigortalıların prime esas kazançlarını düzenlemektedir. Yönetmelikte, Kanuna aykırı düzenlemeler bulunmaktadır. Zira 5510 sayılı Kanunun 80. maddesinin birinci fıkrasının (a) bendinin üç numaralı alt bendinde prime esas kazancın belirlenmesinde idare veya yargı mercileri tarafından verilen kararlar gereğince maddenin bir ve iki numaralı alt bentlerinde belirtilen kazançlar niteliğinde olmak üzere sigortalılara o ay içinde yapılan ödemelerin, brüt toplamının esas alınması öngörüldüğünden, idare ve yargı mercileri tarafından verilen kararlar gereğince yapılacak ödemelerde, ücret ya da ücret dışında bir ödeme olmasına bakılmaksızın ödemelerin yapıldığı ayın esas alınması gerekir. Ancak Yönetmeliğin 97.

maddesinin altıncı fıkrasında idari yargı tarafından verilen kararlar gereğince sigortalılara fiilen çalışmadıkları süreler için ücret ve benzeri nitelikte ödeme yapılması ile Yönetmeliğin 97. maddesinin ikinci fıkrasının (d) bendinde gereğince kamu kurumlarında mahkeme kararları veya idare tarafından verilen kararlar gereğince geriye yönelik ücret ödenmesi halinde, bu ücretlerin ilişkin oldukları ayların prime esas kazancına dâhil edilmesi gerektiği düzenlenmiştir. Sosyal Sigorta İşlemleri Yönetmeliğinin 97. maddesinin beşinci fıkrası da bu kapsamda değerlendirilebilir. Buna göre 4857 sayılı İş Kanunu'nun 21. maddesinin üçüncü fıkrasında işçinin işe iadesi için kesinleşen mahkeme veya özel hakem kararının kendisine tebliğinden itibaren on iş günü içinde işe başlamak üzere başvurmuş olması kaydıyla, işe başlatılsın veya başlatılmasın, çalıştırılmayan süre için ödenen en çok dört aya kadar ücret ve diğer haklar, iş sözleşmesinin feshedildiği aydan başlanılarak, ilgili ayların prime esas kazançlarına dâhil edilmektedir. İdare ve yargı kararları gereğince ödenen ücretlerin, hak edildiği ayların prime esas kazancına dâhil edilmesi gerektiğini, bu doğrultuda yönetmelik yerine 5510 sayılı Kanunda yasal bir düzenleme yapılması gerektiğini düşünmekteyiz.

Yargı kararı ile hükmedilen ücret alacaklarının, iş sözleşmesi devam ederken ödenmesi durumunda, Yargıtay 10. Hukuk Dairesi ile kapatılan Yargıtay 21. Hukuk Dairesi kararları, bu alacakların, sigorta primine esas kazanca dâhil edilmesi noktasında, farklılık göstermekte idi. Yargıtay 10. Hukuk Dairesi, yargı kararı ile hükmedildiği durumlarda, ücretlerin ödemenin yapıldığı ayın prime esas kazanç matrahına dâhil edilmesi doğrultusunda karar vermekte iken Yargıtay 21. Hukuk Dairesi ise bu durumda ücret ödemelerinin, hak edilen ayların prime esas kazançlarına dâhil edilmesi doğrultusunda karar vermişti. Ancak her iki daire kararları da iş sözleşmesi, daha önceki bir tarihte sona ermiş ise yapılan ödemelerin, çalışmanın geçtiği son ayın prime esas kazancına dâhil edilmesi gerektiği doğrultusunda idi.

Yargıtay 21. Hukuk Dairesi, 02.09.2020 tarihi itibarı ile kapatıldığından, Yargıtay 10. Hukuk Dairesinin kararları önem kazanmıştır. Yargıtay 10. Hukuk Dairesinin yakın tarihli kararlarında ücret niteliğindeki ödemelerin, ödemenin yapıldığı ayın prime esas kazanç matrahına dâhil edilmesi, iş sözleşmesinin daha önceki bir tarihte sona ermiş olması halinde ise yapılan ödemelerin, çalışmanın geçtiği son ayın prime esas kazancına eklenmesine karar vermiştir.

Yargı kararı gereğince yapılan ücret dışındaki ödemelerin işçi çalışmakta ise ödendiği ayın prime esas kazancına dâhil edilmesi, sigorta tavanının aşılması durumunda ise bu ayı takip eden iki ayın prime esas kazancına edilmesine, ancak iş sözleşmesi mevcut değilse ya da askıda ise prime esas kazancın tabi olduğu son ayın kazancına dâhil edilmesi gerektiği doğrultusunda, Yargıtay 10. Hukuk Dairesi ile kapatılan Yargıtay 21. Hukuk Dairesi kararları arasında, bu noktada bir farklılık bulunmamaktadır. Yargıtay 10. Hukuk Dairesinin yakın tarihli kararları da bu doğrultudadır.

Sosyal güvenlik hukukumuzdaki düzenlemeler, esas itibarı ile prime esas kazançların daha çok iş sözleşmesi devam ederken prime tabi tutulması doğrultusundadır. İş sözleşmesi sona erdiğinde ya da askıda olduğu tarihte yapılan ödemelerin prime tabi tutulması ise daha sınırlıdır.

Yargı kararları gereğince ödenen ücretlerin, iş sözleşmesinin devam etmesi, sona ermesi ya da askıda olması ayrımı yapılmaksızın hak edildiği ayların prime esas kazancına dâhil edilmesine yönelik bir düzenlemenin yapılması gerektiği kanaatindeyiz. Ücret dışındaki alacaklar açısından ise ödemelerin yapıldığı ayda üst sınırın aşılması nedeniyle prime tabi tutulamayan kısmının, üst sınırın altında kalan sonraki ayların prime esas kazançlarına, yalnızca ödemenin yapıldığı ayı takip eden aydan başlanarak iki ay ile sınırlanmaksızın, eklenmesine yönelik bir değişikliğin, 5510 sayılı Kanununun 80. maddesinin birinci fıkrasının (d) bendinde yapılması isabetli olacaktır. İş sözleşmesinin sona ermesi halinde ise ödemenin yapıldığı ayda üst sınırın aşılması nedeni ile yapılan ödemenin prime tabi tutulamayan kısmının, devam eden ayların prime esas kazancına eklenmesi mümkün olmadığından, bu hususta da sigortalı lehine bir düzenlemenin yapılması gerekmektedir.

KAYNAKÇA

- Akın, Levent. “Mahkeme Kararı Gereği Yapılan Ödemelerin Prime Esas Kazanca Etkisi”, *CEİS Dergisi*, Mayıs, s.32-40.
- Akyiğit, Ercan. “İlave Tediye ve Sosyal Sigorta Primi Kesilmesi”, *TÜHİS İş Hukuku ve İktisat Dergisi*, C.23, S.2-3, Kasım 2010-Şubat 2011, s.70-94.
- Alper, Yusuf. *Sosyal Sigortalar Hukuku*, 11. Baskı, Dora Yayınevi, Bursa, 2020.
- Alper, Yusuf. “Sosyal Güvenlik Reformu ve Finansmanla İlgili Beklentiler”, *Sosyal Güvenlik Dergisi*, C.1, S.1, 2011, s.26, s.7-46.
- Arıcı, Kadir, *Türk Sosyal Güvenlik Hukuku*, Gazi Kitabevi, Ankara, 2022.
- Atalı, Murat. “Hizmet Tespit Davasının Sosyal Güvenlik Kurumuna İhbarı”, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Prof. Dr. Hakan PEKCANİTEZ’e Armağan, Özel Sayı C.16, 2014, s.631-652.
- Baysal, Mustafa. “İş Davalarında Gerçek Ücretin Tespiti”, *Mali Çözüm Dergisi*, S.159, 2020, s.323-328.
- Bedir, Gökhan. “İşverenler Tarafından Özel Sağlık Sigortasına Ödenen Primler Sigorta Primi Esas Kazancına Dahil Edilir Mi?”, *Mali Çözüm Dergisi*, S.136, 2016, s.303-308.
- Bostancı, Yalçın. “6772 sayılı Kanun Uygulaması Kapsamında Kalkınma Ajansları Personelinin Durumunun Değerlendirilmesi”, *Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Kazancı Hakemli Hukuk Dergisi*, S.99, 2012, s.7-21
- Canıklıoğlu, Nurşen. *Sosyal Sigortaların Genel Hükümleri ve Türleri Açısından Yargıtay’ın 2012 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi*, Seminer, Ankara, 22-23 Kasım 2013, Oniki Levha Yayınevi, İstanbul, 2014, s.377-531.
- Centel, Tankut. *Türk Sosyal Güvenlik Hukuku*, Oniki Levha Yayınevi, İstanbul, 2021.

- Çakır, Erdem Utku. “Vergisel Boyutuyla Ölüm Tazminatı”, *Necmettin Erbakan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 5(1), 2022, s.16-40.
- Elma, Ramazan. *Sosyal Güvenlik Hukuku*, 2. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2016.
- Esen, Bünyamin. “Sigorta Primine Esas Kazanca Dâhil Olmayan Yemek Parası, Çocuk Zammı ve Aile Zammının Hesaplanması”, *Mali Çözüm Dergisi*, S.116, 2013, s.203-214.
- Ezer, Burcu. “Türk Hukukunda Korunmalı İşyeri Uygulaması ve Engellilerin Korunmalı İşyerlerinde İstihdam Edilmesinin Esasları”, *Necmettin Erbakan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 5(2), 2022, s.534-565.
- Güzel, Ali/ Okur, A. Rıza/ Caniklioğlu, Nurşen. *Sosyal Güvenlik Hukuku*, 18. Baskı, Beta Yayınevi, İstanbul, 2020.
- Işıklı, İbrahim. *Özel Sigorta Primi Ödeyen İşverenler SGK Primi De Ödüyor*. Dünya Gazetesi, (23.11.2011), <https://www.dunya.com/kose-yazisi/ozel-sigorta-primi-odeyen-isverenler-sgk-primi-de-oduyor/11547> (Erişim Tarihi: 15.01.2023).
- Kayık Aydınalp, Aslıhan/Mülayim, Baki Oğuz. “Hizmet Tespiti Davalarında İş Sözleşmesi İle Adi Ortaklık Sözleşmesinin Tespitine İlişkin Ölçütler”, *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C.27, S.3, 2019, s.809-843.
- Kayırgan, Hasan. “Yargı Kararları Işığında Yıllık Ücretli İzin Hakkı”, *Necmettin Erbakan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 4(2), 2021, s.577-596.
- Korkusuz, M. Refik/Uğur, Suat. *Sosyal Güvenlik Hukuku*, 7. Baskı, Ekin Yayınevi, Bursa, 2020.
- Kurt, Resul. *Alacak davasıyla emekli maaşı artar mı?*, Dünya Gazetesi, (06.03.2015), <https://www.dunya.com/kose-yazisi/alacak-davasiyla-emekli-maasi-artar-mi/23164>, (Erişim Tarihi: 15.01.2023).
- Kurt, Resul. *Ücret avansında vergi ve SGK primi nasıl olmalı?*, Dünya Gazetesi, (19.12.2019), <https://www.star.com.tr/yazar/ucret-avansinda-vergi-ve-sgk-primi-odemeleri-nasil-olmalı-yazi-1501412/>, (Erişim Tarihi: 15.01.2023).
- Levent, Recep. “Hizmet Akdiyle Çalışanların Prime Esas Kazançlarının Tespiti”, *TBB Dergisi*, S.123, 2016, s.373-382.
- Mülayim, Baki Oğuz. *Tarım Sektöründe Çalışanların Sosyal Güvenliği*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2021.
- Mülayim, Baki Oğuz. “Kalkınma Ajanslarında 6772 Sayılı Kanun Kapsamında İlave Tediye Uygulaması” *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C.20, S.1, 2018, s.293-319.

-
- Özdamar, Murat. “5510 Sayılı Kanun’a Göre Sigorta Primine Esas Kazançların Hesaplanması”, *Mali Çözüm Dergisi*, S.93, 2009, s.313-324.
- Özdemir, Cumhuri Sinan. “Tazminat Niteliğindeki İşçi Alacaklarında Zamanaşımı”, *Mali Çözüm Dergisi*, S.122, 2014, s.193-203.
- Sözer, Ali Nazım. *İşçi, Bağımsız Çalışan ve Kamu Görevlileri Bakımından Türk Sosyal Sigortalar Hukuku*, 4. Baskı, Beta Yayınevi, İzmir, 2019.
- Sümer, Haluk Hadi. *Sosyal Güvenlik Hukuku*, 3. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2022.
- Sümer, Haluk Hadi. *İş Hukuku*, 26. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2022.
- Şakar, Müjdat. *Sosyal Sigortalar Uygulaması*, 12. Baskı, Beta Yayınevi, İstanbul, 2017.
- Tezel, Ali/ Kurt, Resul. *Sosyal Güvenlik Reformu, Yorum ve Açıklaması (5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu)*, 6. Baskı, Yaklaşım Yayıncılık, İstanbul, 2009.
- Tuncay, A. Can/Ekmekçi, Ömer. *Sosyal Güvenlik Hukuku Dersleri*, 20. Baskı, Beta Yayınevi, İstanbul, 2019.
- Uşan, M. Fatih. *Türk Sosyal Güvenlik Hukukunun Esasları*, 2. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2009.
- Uşan, M. Fatih. “5510 Sayılı Kanun Karşısında İlave Tediyelede Sosyal Sigorta Primi Kesilemeyeceğine İlişkin Kuralın Yürürlükte Olduğu Söylenbilir Mi?”, *MESS Sicil Dergisi*, Mart, 2010, s.253-259.
- Üçışık, Fehim. *Sosyal Güvenlik*, Ötüken Neşriyat, İstanbul, 2015.
- Yılmaz, Halil. “Sosyal Güvenlik Hukukunda İş Sözleşmesiyle Çalışanların Prime Esas Kazançlarının Tespiti”, *TBB Dergisi*, S.145, 2019, s.449-493.

Kat Mülkiyetinde Kat Malikinin Mimari Projeye Aykırı Yapı Yapması

Süheyla ZORLU 

Dr. Öğr. Üyesi, Necmettin Erbakan Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Medeni Hukuk Anabilim Dalı,
Konya, Türkiye
szorlu@erbakan.edu.tr (Sorumlu Yazar / Corresponding Author)

Makale Bilgileri

ÖZET

Makale Geçmişi
Geliş: 08.03.2023
Kabul: 01.08.2023
Yayın: 16.08.2023

Anahtar

Kelimeler:

Kat Mülkiyeti, Mimari Projeye Aykırılık, Kat Maliklerinin Yükümlülükleri, Mimari Durumu, Koruma Yükümlülüğü, Kat Mülkiyeti Kanunu.

Kat Mülkiyeti Kanununun 19 uncu maddesinde kat maliklerine ana taşınmazın bakımına ve mimari durumu ile güzelliği ve sağlamlığını titizlikle koruma yükümlülüğü yüklenmiştir. Bu çerçevede kat malikleri ana taşınmazın mimari durumunu koruma yükümlülüğü altındadır. Bunun bir sonucu olarak ana taşınmazda mimari projeye aykırı yenilik, değişiklik ya da tadilat yapılamaz. Kat mülkiyetine konu olan bir taşınmazda mimari projeye aykırı yapı yapılması halinde kat maliki/malikleri mahkemeye başvurarak hâkimin müdahalede bulunmasını isteyebilir. Mahkeme istem üzerine yapacağı incelemede mimari projeye aykırı yapının varlığına kanaat getirirse, bu yapının ortadan kaldırılarak mimari projeye uygun hale getirilmesine karar vermelidir. Ancak mimari projeye aykırılığın giderilmesi ana taşınmazın statik yapısını bozacaksa hukuki yarar yokluğundan dava reddedilmelidir. Ayrıca yükümlülüğüne aykırı davranan kat maliki aleyhine tazminat talebinde de bulunulabilir. Şartlarının mevcut olması halinde mahkeme tazminata da hükmetmelidir.

Construction Against The Architectural Project By The Owner Of The Condominium

Article Info

ABSTRACT

Article History

Received: 08.03.2023
Accepted: 01.08.2023
Published: 16.08.2023

Keywords:

Condominium Ownership, Nonconformity to the Architectural Project, Obligations of the Flat Owners, Obligation to Protect the Architectural Condition, Condominium Ownership Law.

In Article 19 of the Condominium Law, the property owners are obliged to take care of the main immovable and to meticulously protect its architectural condition, beauty and durability. In this context, property owners are under the obligation to preserve the architectural condition of the main immovable. As a result of this, no innovations, changes or modifications can be made on the main immovable property that contradicts to the architectural project. In the event that a building contrary to the architectural project is built in an immovable subject to condominium ownership, the flat owner/owners may apply to the court and request the judge to intervene. If the court finds upon request that there is a constructions contrary to the architectural project in its examination, court should decide that new constructions should be removed and made suitable for the architectural project. However, if the elimination of the part of construction that contradicts to the architectural project will disrupt the static structure of the main immovable, the case should be rejected due to the lack of legal benefit. In addition, a claim for compensation can be made against the flat owner who violates his obligations. If the conditions exist, the court should also award compensation.

Atıf/Citation: Zorlu, S. (2023). “Kat Mülkiyetinde Kat Malikinin Mimari Projeye Aykırı Yapı Yapması”, *Necmettin Erbakan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 6(2), s. 581-599.



“This article is licensed under a Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License (CC BY-NC 4.0)”

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

GİRİŞ

Nüfusun artması ve hızlı kentleşmenin etkisi ile çok katlı ya da başka türde inşa edilmiş toplu yapılara duyulan ihtiyaç ve talep artmıştır. Öyle ki, günümüzde kat mülkiyetine konu olan kimi yapılarda barınan kişi sayısı bir ilçe nüfusu ile yarışır hale gelmiştir. Bu durum daha detaylı hukuki düzenlemelere olan ihtiyacı da artırmış, hukukun dinamik yapısı kat mülkiyeti ile alakalı geçmişten bugüne ortaya çıkan ihtiyaçlara cevap verme çabasını sürdürmüştür¹. Kat Mülkiyeti Kanununda kat maliklerinin hakları ve yükümlülükleri de detaylı bir şekilde düzenlenmiştir. Bu hükümlerden biri olan Kat Mülkiyeti Kanununun 19 uncu maddesinde kat maliklerinin ana taşınmazın bakımı ve korunmasına ilişkin yükümlülükleri düzenlenmektedir. Söz konusu hükümle kat malikleri için bakım yükümlülüğü, koruma yükümlülüğü ve değişiklik yapmama yükümlülüğü getirilmiştir. Çalışmamızın konusunu oluşturan mimari durumu koruma yükümlülüğü kat maliklerinin “koruma yükümlülükleri” kapsamında ele alınmaktadır. 19 uncu maddenin ikinci fıkrasında “*kat malikleri, ana gayrimenkulün bakımına ve mimari durumu ile güzelliğini ve sağlığını titizlikle korumaya mecburdurlar*” denilmektedir. Bu bağlamda kat malikleri ana taşınmazın “mimari durumunu”, “güzelliğini” ve “sağlığını” koruma yükümlülüğü altındadır. Dolayısıyla Kat Mülkiyeti Kanununda 19 uncu maddede yer alan bu üçlü tasnif birbirinden tamamen ayrı ve bağımsız noktalar olarak düşünülmemeli; birbirinin tamamlar niteliği gözden ırak tutulmamalıdır. Mimari durumu koruma yükümlülüğü mimari projenin titizlikle korunması amacıyla öngörülmüştür. Özellikle deprem ülkesi olan ülkemizde ana taşınmazın sağlam olması ve aynı zamanda estetik görünüme sahip bulunması doğrudan mimari projenin amaçlarındandır. Ayrıca hükümde geçen “titizlikle” ifadesinden, kat maliklerinin ana taşınmaza özen gösterme yükümlülüğünün bulunduğu anlaşılmaktadır². Kanun hükmü ile getirilen bu genel kural doğrultusunda tüm kat malikleri, ya da bağımsız bölümde sürekli ikamet edenler, ana taşınmazın mimari durumunun bozulmasına, güzelliğinin ve sağlığının etkilenmesine neden olacak fiillerden kaçınmakla yükümlü olup, ana taşınmazın bakımına özen göstermekle mükellefler. İsviçre Medeni Kanun’unda 712a hükmünde de kat malikleri bakımından benzer bir yükümlülüğe yer verilmektedir³. Bu yükümlülüğe aykırı davranış diğer kat maliklerine karşı sorumluluğu doğurur⁴. Kanun onaylı mimari projeye aykırı herhangi bir durum ya da değişikliği onaylamamakta, kat maliklerine de buna ilişkin olarak hem olumlu bir davranışta bulunma hem de kaçınma yükümlülüğü yüklemektedir. Onaylı mimari projeye aykırı bir durum varsa, bu aykırılığın giderilerek projeye uygun hale getirilmesi ana taşınmazın sağlığına zarar vermemelidir⁵.

¹ Kat mülkiyeti hukukunun tarihine ilişkin bkz., Zorlu, Süleyman Emre. “Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye’de Kat Mülkiyetine İlişkin Hükümlerin Hukukî Tahlihi”, *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Yıl:2022, C.30, S.2, s. 543-570.

² Kanun koyucu KMK. m. 19 hükmü ile kat maliki için dürüstlük kuralına uygun davranma yükümlülüğü getirmiş, ağır bir özen yükümlülüğü öngörmemiştir (Bkz. Genç Arıdemir, Arzu. *Kat Mülkiyeti I*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2021, s. 713).

³ Söz konusu hükmün ikinci fıkrası kat malikine olumsuz yükümlülük yüklerken, üçüncü fıkrada olumlu yükümlülük yüklemektedir (Bkz. Genç Arıdemir, s. 712, dn. 1988).

⁴ Germeç, Mahir Ersin. *Kat Mülkiyeti Hukuku*, Güncellenmiş 10. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara, 2021, s. 311.

⁵ Bkz. Germeç, s. 121.

I. “MİMARİ DURUM” KAVRAMI VE GENEL OLARAK KAT MALİKLERİNİN MİMARİ DURUMU KORUMA YÜKÜMLÜLÜĞÜ

Mimari durum ana taşınmazın yetkili merci tarafından onaylanan mimari projeye uygun durumudur. “Bir mimari yapının planları, kesitleri, malzeme ve bağlantı detayları, cephe ve dış görünüşleri, yerleşim planları, yapıların birbirleriyle oranı, iç düzenleri ve detayları hakkında teknik ve mimari bilgi veren projeye mimari proje denir”⁶. Bir yapının mimari durumu imar mevzuatına göre yetkili makamlar tarafından tasdik edilmiş plan ve projede gösterilir. Taşınmazın üzerine yapı yapılabilmesi için bu mimari projeye uygun olması zorunludur⁷. Örneğin yapılan yapı ile ortak yerin niteliği değiştirilemez; zira onaylı projenin dışına çıkılması, bu şekilde imar mevzuatına da uygun olmayan bir yapı yapılması mümkün değildir⁸. Her kat maliki bağımsız bölümünü tapu idaresine kuruluş esnasında verilen proje ve listedeki niteliğine uygun şekilde kullanma yükümlülüğü altındadır⁹. Zira bağımsız bölümler mahzen, depo, mesken, iş yeri, ofis, garaj vb. şekilde nitelendirilir. Ayrıca kat maliklerinin mimari projedeki durumu koruma yükümlülüğü aynı zamanda kamu düzenini ilgilendiren bir yükümlülüktür.

Kat mülkiyetine geçilebilmesi için ana taşınmaz mimari projeye uygun bir şekilde inşa edilmiş olmalı ve bu mimari proje de tapu idaresine sunulmalıdır. Nitekim Kat Mülkiyeti Kanununun 12 nci maddesine göre “Kat mülkiyetinin kurulması için, anagayrimenkulün kat mülkiyetine çevrilmesi hususunda o gayrimenkulün maliki veya bütün paydaşlarının aşağıda yazılı belgeler ile birlikte tapu idaresinde istemde bulunması gerekir:

a) (Değişik: 15/2/2018-7099/5 md.) Anagayrimenkulde, yapı veya yapıların dış cepheler ve iç taksimatı bağımsız bölüm, eklenti, ortak yerlerinin ölçüleri ve bağımsız bölümlerin konum ve büyüklüklerine göre hesaplanan değerleriyle oranlı arsa payları, kat, daire, iş bürosu gibi nevi ile bunların birden başlayıp sırayla giden numarası ve bağımsız bölümlerin yapı inşaat alanı da açıkça gösterilmek suretiyle, proje müellifi mimar tarafından yapılan, yetkili kamu kurum ve kuruluşlarınca anagayrimenkulün maliki veya bütün paydaşlarının imzaları alınarak onaylanan ve elektronik ortamda tapu müdürlüğüne gönderilen mimarî proje ile yapı kullanma izin belgesi.

b) Bağımsız bölümlerin kullanış tarzına, birden çok yapının varlığı halinde bu yapıların özelliğine göre 28 inci maddedeki esaslar çerçevesinde hazırlanmış, kat mülkiyetini kuran malik veya malikler tarafından imzalanmış bir yönetim plânı” şeklindedir. Ana taşınmazın mimari durumunu koruma yükümlülüğü, kat mülkiyetinin kurulmasında tapu idaresine sunulmuş olan bu mimari plan ile projelere aykırılık teşkil eden faaliyetleri engellemeye yöneliktir¹⁰.

Mimari proje mimarlığın en önemli üç temel ilkesi olan sağlamlık, işlevsellik ve estetik göz önünde bulundurularak hazırlanır. Ayrıca ana taşınmazın inşaatında kullanılacak araçlar ile ulaşım

⁶ <https://olusumpaslanmaz.com/teknik-bilgi/mimari-proje-nedir> (Erişim Tarihi: 12.09.2022).

⁷ Germeç, s. 313..

⁸ Bkz. HGK. 28.01.2004 E. 2004/18-3 K. 2004/41, HGK. 14.4.1978 E. 1977/5-334 K. 1978/325 (Bkz. Germeç, s. 313).

⁹ Aybay, Aydın/ Hatemi, Hüseyin. *Eşya Hukuku*, Gözden Geçirilmiş 4. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2014, s. 228; Akçaal, Mehmet. *Eşya Hukuku*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2021, s. 540.

¹⁰ Genç Arıdemir, s. 714; Germeç, Mahir Ersin. “Kat Mülkiyetli Taşınmazlarda Kat Maliklerinin Borçları ve Yükümlülükleri”, *Terazi Aylık Hukuk Dergisi*, C. 10, S. 104, Nisan 2015, s. 37.

ve çevre koşulları da mimari proje hazırlanırken dikkate alınır. Mimari proje mimari vaziyet ve yerleşim (aplikasyon) planı, mimari kat planları, mimari kesitler, elektrik projesi, statik proje, sıhhi tesisat, ısı projesi gibi unsurlarla bir bütün olarak düşünülmelidir¹¹. Tapu müdürlüğünde bulunan mimari proje ile belediyede bulunan mimari proje arasında çelişki varsa belediyede (imar müdürlüğünde) bulunan mimari projeye itibar edilir. Çünkü belediyede bulunan mimari proje asıl olan proje olup tapu müdürlüğüne sunulan proje ise surettir¹².

Ana yapı baştan mimari projeye aykırı bir şekilde inşa edilmişse, kat maliklerinden her biri taşınmazın bulunduğu yerdeki sulh hukuk mahkemesine başvurarak ana taşınmazın mimari projeye uygun bir hale getirilmesini isteyebilir. Ayrıca yapının mimari projesinde öngörülmüş niteliklerinde eksiklik varsa bunun projeye uygun hale getirilmesi için tüm kat maliklerinin rızasının aranması gerekmez¹³. Mahkeme taşınmazın bulunduğu yerde inceleme yaptırmalı, uzman bilirkişi tarafından projeye aykırılıklar belirlenmelidir. Bilirkişi raporunda projeye aykırılık saptanırsa mahkeme tarafından ana taşınmazın mimari projeye uygun hale getirilmesi yönünde karar verilir¹⁴. Yapılan bilirkişi incelemesinde mimari projeye aykırılıkların varlığı tespit edilmişse, ancak bu aykırılıkların giderilmesi halinde yapının statüğünün bozulması, sağlamlığının zarara uğraması ihtimali kuvvetliyse mahkeme yalnızca ana taşınmaza zarar vermeyecek nitelikteki projeye aykırılıkların giderilmesine karar verebilir¹⁵. Baştan mimari projeye aykırı şekilde inşa edilen yapılarda, sonradan projeye uygun hale getirmek için yapılacak çalışma yapı statüğünü bozacak nitelikte olabilir veya yapının önemli bir kısmının yıkılmasını gerektirebilir. Yargıtay böyle bir olayda dava açan kat malikinin hukukî menfaatinin bulunmadığına karar vermiştir¹⁶.

Belirtilmelidir ki bir yapının imar mevzuatına aykırı olması ile mimari projeye aykırı bir şekilde inşa edilmesi kavramları birbirinden ayrı tutulmalıdır. Kat mülkiyeti bulunan bir taşınmaz inşası mimari projeye aykırı bir şekilde yapılmışsa, imar affı nedeniyle yapı kayıt belgesi alınmış olsa dahi Kat Mülkiyeti Kanunu anlamında mimari projeye aykırılık ortadan kalkmaz. Böyle bir durumda da mahkemeye başvurularak mimari projeye uygun hale getirilmesine karar verilmesi istenebilir.

II. ANA TAŞINMAZDA MİMARİ PROJEYE AYKIRI YAPI İŞİ YAPILMASI

A. Bağımsız Bölüm ve Eklentilerinde Mimari Projeye Aykırı Yapı İşİ Yapılması

Kat malikleri mülkiyet hakkının kendilerine verdiği özgürlüğü bağımsız bölümlerinde kullanabilirler. Ancak bunun sınırları da yine Kat Mülkiyeti Kanunu tarafından çizilmiştir. Kat

¹¹ Bkz. <https://insapedia.com/mimari-proje-nasil-okunur-bolumleri-ve-detaylari-nelerdir/> (Erişim Tarihi: 12.09.2022).

¹² Pulak T. Murat. *Kat Mülkiyeti Kanunu-Apartmanlarda, Sitelerde ve Toplu Yapılarda Hukukçuların Kat Maliklerinin, Kiracıların, Yöneticilerin El Kitabı*, 9. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2019, s. 208.; Gökalp, Şerafettin. *Açıklama ve Örnekleri ile Kat Mülkiyeti Kanunu ve İlgili Mevzuat*, Güncellenmiş 12. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara, 2021, s. 123.; Çakır, Feridun. *Kat Mülkiyeti ve Toplu Yapılar*, Seçkin Yayınları, Ankara, 2021, s. 780.

¹³ Bkz. 18. HD. 16.2.2006 E. 2005/11277 K. 2006/1041 (Germeç, s. 368).

¹⁴ Germeç, s. 313.

¹⁵ Germeç, s. 313.

¹⁶ 18. HD. 18.4.1996 E.1996/3118 K. 4167; 18. HD. 9.2.1995 E. 1995/1033 K. 1679; 18. HD. 15.4.1994 E. 1994/2555 K. 5010 (Bkz. Germeç, s. 314).

malikinın bağımsız bölümünde yapacağı yapı işi ana yapıya zarar vermemelidir. Bağımsız bölümün diğer bağımsız bölümlerle bağlantılı olduğu tavan, taban veya duvar gibi yerlerde yapı işi yapılabilmesi için bağlantılı bölüm maliklerinin de rızası bulunmalı ve ana taşınmaza zarar vermeyecek nitelikte olmalıdır (KMK. m. 19/II)¹⁷. Bir bağımsız bölüm maliki tarafından ana taşınmazın dış görünüşünde yapılan değişiklikler, mimari projede yer almayan ilave ve değişiklikler Kat Mülkiyeti Kanununun çizdiği sınırlamaya uygun olmalıdır. Bu bağlamda örneğin kat maliklerinin sahip oldukları bağımsız bölümün pencerelerine ferforje parmaklık taktırmaları, balkonun kapatılması ya da projede yer almayan bir balkonun eklenmesi, dış duvara zarar verilerek klima taktırılması, pencerelerin şeklini değiştirmeleri, dış tarafta kalan kendi bağımsız bölümlerine ilişkin kısımların farklı renkte boyanması ya da fayans döşenmesi, çatıya güneş enerji sistemi yaptırmaları¹⁸ gibi yapı işleri KMK. m. 19/II kapsamında değerlendirilmelidir¹⁹. Bir bağımsız bölüm maliki tarafından yapı işi ana taşınmazın mimari projesine ve sağlamlığına zarar vermemesine rağmen estetiğini bozmuşsa, diğer kat malikleri mahkmeden eski hale getirilmesi talebinde bulunabilir. Daha önce de ifade edildiği gibi mimari proje hazırlanmasının amaçlarından biri de yapının estetik görünümüne sahip olması ve sahip olduğu estetik görünümü muhafaza etmesidir. Doğrusu bir yapının görsel açıdan güzel olması, göze hitap etmesini sağlayacak olan bir birçok detay mimari projede yer alır²⁰. Örneğin ana taşınmazın tüm pencereleri ahşap iken bir kat malikinın kendi pencerelerini alüminyum doğrama yaptırması hem mimari projeye aykırıdır, hem de binanın estetik görünümünü koruma yükümlülüğüne aykırılık teşkil eder. Dolayısıyla mimari projeye aykırı olmayan ve yapının sağlamlığına zarar vermeyen eylemler yapının estetiğini bozuyorsa Kat Mülkiyeti Kanununun 19 uncu maddesinde düzenlenen yükümlülüğün ihlâline neden olur.

Kat malikleri mimari projeye aykırı bir biçimde bağımsız bölümlerini ortak alanlara doğru açarak genişletemezler. Bu şekilde genişletilmiş bir bağımsız bölümü devralan kişi iyiniyetli sayılmaz ve hukuken korunmaz²¹. Esasında bu şekilde yapılan genişletmelerin tümünde bir başkasının mülkiyet hakkına yönelen tecavüz fiili bulunmaktadır²².

B. Ortak Yerlerde Mimari Projeye Aykırı Yapı İşii Yapılması

Ortak yerlere kat malikler arsa payları oranında maliktirler (KMK. m. 2/b). Yönetim planında aksine bir hüküm olmadığı sürece kat malikleri ortak yerleri arsa payı oranında kullanım hakkına sahiptir. Ancak bir kısım ortak yerlerde (asansör, çatı gibi) arsa payına bakmaksızın eşit

¹⁷ KMK. m. 19/II “... Kat maliki kendi bağımsız bölümünde anayapıya zarar verecek nitelikte onarım, tesis ve değişiklik yapamaz. Tavan, taban veya duvar ile birbirine bağlantılı bulunan bağımsız bölümlerin bağlantılı yerlerinde, bu bölüm maliklerinin ortak rızası ile anayapıya zarar vermeyecek onarım, tesis ve değişiklik yapılabilir”.

¹⁸ Yargıtay’a göre güneş enerjisinden yararlanmaya yönelik ısıtma sistemi ana taşınmaza zarar vermiyorsa, estetiği bozmuyorsa ve bağlantılı olduğu bağımsız bölümün arsa payı ile orantılı ise kat maliklerinin onayını almak gerekmez. Bkz. 18.HD. 31.01.1992 E. 1991/248 K. 1994/282 (İlgezdi, s. 280).

¹⁹ Germeç, s. 317.

²⁰ Bkz. https://webdosya.csb.gov.tr/db/manisa/menu/3-mimari-proje-duzenleme-esaslari_20180411022103.pdf (Erişim Tarihi: 20.09.2022).

²¹ İlgezdi, s. 232.

²² Bkz. 20. HD. 7.12.2017, E. 2017/2829 K. 2017/10315 (Lexpera, Erişim Tarihi: 27.01.2023).

olarak kullanım hakkı vardır ve bunun aksi sözleşmeyle kararlaştırılamaz²³. Ortak yerler ve bunların durumu mimari projede yer almaktadır. Tüm kat maliklerinin ortak yerlerin hukukî ve mimari durumunu koruma yükümlülükleri vardır; ortak yerlerde hukuka aykırı bir şekilde yapı yapılamaz²⁴. Kat maliklerinin ortak yerlere ilişkin onaylı mimari projeye uymayan müdahalelerine ve değişikliklerine kural olarak izin verilmemiştir. Kat Mülkiyeti Kanununun 19 uncu maddesinin ilk fıkrasındaki “mimari durumu koruma yükümlülüğü” aynı zamanda kamu düzeni ile doğrudan ilgili olan imar mevzuatına uygun olmayan yapı yapılmasını da engellemeyi amaçlar²⁵. Kat malikleri ortak alanlara ilişkin olarak imar mevzuatına ve onaylı mimari projeye uygun dahi olsa yapı işi yapmak istiyorlarsa kat maliklerinin en az beşte dördünün yazılı rızasını almalıdır²⁶ (KMK. m. 19/II). Bir başka ifadeyle Kat Mülkiyeti Kanununun düzenlemesine göre bir kat maliki ancak kat maliklerinin beşte dördünün yazılı onayı²⁷ ile mimari projeye aykırı olmamak kaydı ile ortak yerlerde yapı işi yapabilir²⁸. Mimari projeye uygun olsa dahi, ortak alanlarda bu nisap sağlanmadan yapı yapılmışsa her kat maliki bu yapının kal’i için dava açabilir. Mimari projeye uygun yapı işi yapılabilmesi için beşte dört çoğunluk şartı aranmaktaysa da, bunun için kat malikleri kurulunun toplanarak karar alması şart değildir²⁹; her bir kat malikinden ayrı ayrı yazılı rıza alınması yeterlidir³⁰. Yani kat maliklerinin yazılı şekilde olurlarının alınması, rıza göstermeleri kâfidir³¹. Rıza, yapı işinin yapılmasından sonra icazet verme şeklinde de

²³ Tekinay, Selahattin Sulhi. *Kat Mülkiyeti*, İstanbul, Filiz Kitabevi, İstanbul 1991, s. 50; İlgezdi, Ali Rıza. *Adım Adım Kat Mülkiyeti Hukuku*, Güncellenmiş 2. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara, 202, s. 83.

²⁴ Bkz. Germeç, s. 318; Tekinay, s. 82. Kanun koyucu Kat Mülkiyeti Kanununun 19 uncu maddesinde “... inşaat, onarım ve tesisler...” ifadesini kullanmış, yine aynı maddede yer alan bir başka cümlede ise “...onarım, tesis ve değişiklik...” ifadesini tercih etmiştir. Bu çalışmanın bundan sonraki kısımlarında daha kapsayıcı nitelikte genel bir ifade olması nedeniyle “...yapı işi yapılması...” ifadesinin kullanılması tercih edilmiştir.

²⁵ KMK. m.19/II “*Kat maliklerinden biri, bütün kat maliklerinin beşte dördünün yazılı rızası olmadıkça anagayrimenkulün ortak yerlerinde inşaat, onarım ve tesisler, değişik renkte dış badana veya boya yaptıramaz. Ancak, ortak yer ve tesislerdeki bir bozukluğun anayapıya veya bağımsız bir bölüme veya bölümlere zarar verdiğinin ve acilen onarılması gerektiğinin veya anayapının güçlendirilmesinin zorunlu olduğunun mahkemece tespit edilmiş olması halinde, bu onarım ve güçlendirmenin projesine ve tekniğine uygun biçimde yapılması konusunda kat maliklerinin rızası aranmaz...*”

²⁶ Hükmün gerekçesine göre “*Ana taşınmazın ortak yerlerinde yapılacak “onarım” bütün kat maliklerinin rızası ile yapılabilmektedir. Ancak, çok özel durumlarda ortak yer ve tesislerdeki bir bozukluğun anayapıya veya bağımsız bir bölüme veya bölümlere zarar vermesi ve acilen onarılması gerekmesi veya anayapının güçlendirilmesinin zorunlu olması ve bu durumun mahkemece tespit edilmiş olması halinde; onarım ve güçlendirmenin esas projesine veya tekniğine uygun biçimde yapılması hususunda kat maliklerinin tamamının rızasının aranmayacağına ilişkin hüküm getirilmiştir*” (Bkz. <https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem23/yil01/ss35.pdf>, Erişim Tarihi: 19.01.2023).

²⁷ Madde gerekçesinde rızanın yazılı olarak açıklanması gerekliliğinin geçerliliğine ilişkin olmadığı, ispata ilişkin bulunduğu ifade edilmektedir (Bkz. <https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem23/yil01/ss35.pdf>, Erişim Tarihi: 21.01.2023). Ayrıca bu konu hakkında detaylı bilgi için bkz. Yılmaz, Orhan, “Kat Mülkiyeti Kanununun 19/2. Maddesindeki Rıza ve Muvafakatin İspatı Hakkında Bir İnceleme”, *TBB*, 1998/2, s.239 vd.

²⁸ 18. HD. 23.3.2016 E. 2015/23121 K. 2016/4865. “*Dava konusu edilen ve bilirkişi raporu ile projeye aykırı olduğu tespit edilen bodrum kata iniş merdiveninin kapatılması, diğer merdiven girişinin sonuna kapı yapılması ve pasaj girişine barkod sisteminin konulması Kat Mülkiyeti Kanununun 19/2. maddesi uyarınca kat maliklerinin 4/5 çoğunluğunun kararı ile yapılabilir ise de Yargıtayın yerleşik uygulamalarına göre kat maliklerinin 4/5 yazılı muvafakati olsa dahi yapılan projeye aykırılıklar diğer kat malikinin veya maliklerinin bağımsız bölümlerinden doğrudan yararlanmalarını engelleyici ve zorlaştırıcı nitelikte olmaması gerektiğinden...*” (Germeç, s. 397).

²⁹ Oğuzman M. Kemal/ Seliçi, Özer/ Oktay Özdemir, Saibe. *Eşya Hukuku*, Gözden Geçirilmiş Genişletilmiş 22. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2020, N. 2229; Ayan, s. 49.

³⁰ Germeç, s. 318.

³¹ Kat Mülkiyeti Kanununun 19 uncu maddesinin ikinci fıkrasında 5711 sayılı kanunla yapılan değişiklikten önce de kat maliklerinin rızası koşulu aranmaktaydı, ancak rıza için herhangi bir şekil şartı öngörülmemiştir. 5711 sayılı Kanunla yapılan değişiklikle rızanın yazılı olması şartı getirilmiştir.

gösterilebilir³². Birden çok bağımsız bölümü bulunan kat malikinın de tek oy hakkı vardır. Paylı mülkiyete konu bir bağımsız bölümün mevcudiyeti halinde temsil yetkisini haiz olan kişi tarafından tek oy kullanılmalıdır³³.

Yine KMK. m. 42 hükmü de kat maliklerinin ana taşınmazın ortak yerlerinde kendi isteklerine göre değişiklik yapamayacağı kuralını tekrar ederek, bu alanlarda faydalı yenilik ve ilavelerin yapılabilmesinin şartlarını düzenleme altına almaktadır³⁴. Bu hüküm aynı zamanda beşte dördlük orana istisna olabilecek bir durum olarak ele alınabilir. Ortak yerlerin düzgün veya bunları kullanmanın daha rahat ve kolay bir hale konulmasını veya bu yerlerden elde edilecek faydanın çoğaltılmasını sağlayacak yenilik ve ilaveler kat maliklerinin sayı ve arsa payı çoğunluğu ile verecekleri karar üzerine yapılır³⁵ (KMK. m. 42/I). Bu noktada ortak alana yapılan müdahalenin niteliği ve amacı dikkate alınmalı, KMK. m. 19 ile KMK. m. 42 hükümlerinin uygulama alanı buna göre belirlenmelidir³⁶. Diğer taraftan yapılan yapı işleri ile kat maliklerinin ortak yerleri kullanmaları engelleniyorsa, bu durum kat malikleri kurulunun gündemine taşınabilir; bundan olumlu bir netice alınamazsa alınan kurul kararına karşı Kat Mülkiyeti Kanununun 33 üncü maddesine göre itirazda bulunulabilir³⁷. Örneğin kat maliklerinden biri ortak bahçeye kömürlük, garaj, kulübe, veranda gibi bir yapı yaptırmışsa, ortak yerde yer alan lavaboyu kapattırıp banyoya çevirerek yalnızca kendi kullanımına tahsis etmişse, buna karşı çıkan her kat maliki el atmanın önlenmesi ve eski hale getirme davası açabilir.

Ana yapıda çeşitli nedenlerle mimari projeye uygun olmayan yapı işlerine gereksinim duyulabilir. Bu durumda değişikliklerin hukuka uygun bir şekilde yapılabilmesi için tüm kat maliklerince kabul edilen ve imar mevzuatına uygunluğu belediyece onaylanan “değişiklik projesi” bulunması gereklidir. Örneğin mimari projede yer almayan çatının yapılması için “değişiklik projesi”ne ihtiyaç vardır ve bunun için ise kat malikleri oybirliği şartını sağlamış olmalıdırlar³⁸. Kat maliklerinden biri veya birkaçının diğer maliklerin onayını almaksızın yaptırdıkları ve onaylattıkları ortak yerlere ilişkin değişiklik projeleri hukuka aykırı olur³⁹ ve buna dayanılarak yapılan yapıların ortadan kaldırılması amacıyla mahkeme tarafından eski hale

³² Bkz. 20. HD. 17.01.2019, E. 2017/5345 K. 2019/211 (Bkz. Genç Arıdemir, s. 726).

³³ Genç Arıdemir, s. 727.

³⁴ Faydalı gider kavramı için bkz. Oğuzman/Seliçi/Oktay Özdemir, N. 556 vd.; Tekinay, s. 119.

³⁵ Elde edilmesi umulan fayda tüm kat maliklerine açık olmalıdır. Onlar da istediklerinde bu yapının sağladığı faydadan yararlanabilmelidir. Kat maliklerinden sadece birine fayda sağlıyorsa, bu maddenin uygulanabilmesi olanaklı değildir (Aksan Nar, Şerife. *Kat Mülkiyetinde Ortak Yerlerin Tabii Olduğu Hukuki Rejim*, Seçkin Yayın, Ankara, 2015, s. 87; Şengül, Mehmet. *Toplu Yapılar ve Toplu Yapı Yönetimi*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2011, s. 545; Öktem Çevik, Seda, *Toplu Yapılarda Yönetim*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2010, s. 143, dn. 84.)

³⁶ Genç Arıdemir, s. 720. Ancak kanun koyucu KMK. m. 19 ve 42 hükümlerinin uygulama alanlarını net kriterlerle ortaya koymamaktadır (Bkz. Genç Arıdemir, s. 723).

³⁷ İlgezdi, s. 83-84. Ancak ortaya çıkan uyuşmazlıklarda öncelikli olarak kat malikleri kurulunda görüşülmesi zorunluluğu bulunmamaktadır (bkz. Delikaya, s. 115-116).

³⁸ Bkz. 18. HD. 11.02.2013 E. 2013/953 K. 2013/5918 (Germeç, s. 796). Ayrıca bkz. 20. HD. 9.4.2019, E. 2018/2913 K. 2019/2489 (Genç Arıdemir, s. 726, dn. 2023).

³⁹ Bkz. HGK. 14.5.2986 E. 1985/184 K. 1986/519 (Germeç, s. 834). Şengül, Mehmet. “Kat Mülkiyetinde Ortak Yer ve Tesislerin Niteliğinin Değiştirilmesi”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 18, Sayı 3, 2012, s. 212.

getirmeye karar verilebilir. Ayrıca bu değişiklik projesi imar mevzuatına aykırı olmamalı ve belediye tarafından da uygun bulunmalıdır⁴⁰.

Kanun koyucu ortak yerlerde inşaat, onarım veya tesis yapılmasına izin vermediği gibi değişik renkte dış badana ya da boya yapılmasını da yasaklamaktadır. Onaylı mimari projede yer alan bir yapının yıkılması ya da bir başka şekilde ortadan kaldırılması da yapı işi olarak nitelendirilmelidir⁴¹. Ayrıca her kat maliki mimari projede olan ancak yapılmayan inşaat veya tesis için projede gösterdiği şekilde yapılmasını isteyebilir⁴².

Kat Mülkiyeti Kanununda kat maliklerinin beşte dördünün rızasının aranması kuralına getirdiği bir diğer istisna da yapı işinin ivedilik gerektirmesidir. Nitekim ortak yer ve tesislerdeki bir bozukluğun ana yapıya veya bağımsız bölüm ya da bölümlere zarar verdiğinin ve bundan dolayı acilen onarılması gerektiğinin veya ana yapının güçlendirilmesinin zorunlu bulunduğu mahkemece saptanmış olması durumunda, bu onarım ya da güçlendirmenin projesine ve tekniğine uygun biçimde yapılması koşuluyla kat maliklerinin rızası aranmaz (KMK. m. 19/II). Mahkemenin böyle bir tespit yapması durumunda kat malikinin yapacağı yapı işi ortak yerdeki ve acilen onarılması gereken bozukluğun giderilmesiyle sınırlıdır⁴³. Ancak acil onarım gerekmeğe, mahkemenin tespit kararının kurucu şart olarak aranması kanaatimce doğru değildir⁴⁴. Yine mahkeme tarafından ana yapının güçlendirilmesine karar verilmişse bu güçlendirme, projesi ve tekniğine uygun olarak yapılmalıdır⁴⁵.

Engellilerin yaşamı için zorunlu proje tadili de özel olarak düzenlenmiştir. Nitekim bu durumda kat malikleri en geç üç ay içerisinde toplantıda söz konusu proje tadilini görüşerek sayı ve arsa payı çoğunluğu ile karar vermelidir. Toplantının bu süre içerisinde yapılamaması veya tadilat talebinin çoğunlukla kabul edilmemesi durumunda; ilgili kat malikinin talebi üzerine bina güvenliğinin tehlikeye sokulmadığını bildirir komisyon raporuna istinaden ilgili mercilerden alınacak tasdikli proje değişikliği veya krokiye göre inşaat, onarım ve tesis yapılır.

Belirtilmesi gereken bir husus da KMK. m. 19/II'deki şartlar sağlanmış olsa dahi ortak yerlerde yapılan yapı işi dürüstlük kuralına uygun bir şekilde yürütülmelidir (KMK. m. 18/I). Diğer kat maliklerini rahatsız edecek taşkın davranışlarla yapı işi yürütülmeğe KMK. m. 33'te düzenlenmiş olan yaptırım uygulanabilir⁴⁶.

III. MİMARİ PROJEYE AYKIRI YAPI YAPILMASI HALİNDE HÂKİMİN MÜDAHALESİ

Ana taşınmazın mimari durumu ve güzelliğinin korunmasına özen gösterme yükümlülüğüne aykırılığın ortaya çıkması durumunda diğer kat maliklerinden her biri bireysel olarak ya da birlikte

⁴⁰ Germeç, s. 314.

⁴¹ Genç Arıdemir, s. 725.

⁴² Çakır, Feridun. *Kat Mülkiyeti ve Toplu Yapılar*, Seçkin Yayınları, Ankara, 2021, s. 254.

⁴³ Genç Arıdemir, s. 729.

⁴⁴ Aynı yönde Genç Arıdemir, s. 730.

⁴⁵ Bu konu hakkında detaylı bilgi için bkz. Genç Arıdemir, s. 731-732.

⁴⁶ Genç Arıdemir, s. 727-728.

müdahalenin men'i ya da eski hale getirmeyi talep edebilirler. Kat mülkiyetinin kurulması sırasında tapu müdürlüğüne mimari proje sunulmaktadır. Bu mimari projenin aslı ise imar müdürlüğünde bulunur. Değerlendirme yapılırken tapudaki mimari proje ile imar müdürlüğündeki proje arasında fark varsa, imar müdürlüğündeki dikkate alınır⁴⁷. Kat maliklerinin bağımsız bölümlere ve ortak yerlere ilişkin yükümlülükleri KMK. m. 19'da yer alan ana taşınmazın bakım, mimari durum ve güzelliğinin korunması özen gösterme yükümlülüğünden ayrı düşünülemez. Zira bağımsız bölümlerde ya da ortak yerlerde yapılacak olan yapı işleri ana taşınmazın mimari durumu ve güzelliğinin korunmasına özen yükümlülüğüne aykırı olmamalıdır⁴⁸. Aksi takdirde her kat maliki KMK. m. 33 hükmüne göre hâkimin müdahalesini isteyebilir. Söz konusu hükmün ikinci fıkrasına göre "*Hâkim, ilgilileri dinledikten sonra, bu kanuna ve yönetim plânına ve bunlarda bir hüküm yoksa, genel hükümlere ve hakkaniyet kaidelerine göre derhal kararını verir ve bunun, tesbit edeceği kısa bir süre içinde yerine getirilmesi lüzumunu ilgiliye tefhim veya tebliğ eder.*"

Kat Mülkiyeti Kanununun 9 uncu maddesi ile Türk Medeni Kanunu hükümlerinin kat mülkiyetinden kaynaklanan uyuşmazlıklara uygulanabilmesine imkân tanınmıştır. Gerçekten de kat malikleri arasındaki sözleşmede, yönetim planında ve Kat Mülkiyeti Kanununda hüküm bulunmayan hallerde hâkim başta Türk Medeni Kanunu olmak üzere diğer hukuk kurallarını göz önünde bulundurarak karara varmalıdır. Ancak hâkim, talepte bulunan kat malikinın dava dilekçesinden anlaşılan talebine göre müdahalede bulunmalıdır⁴⁹

Mimari projeye aykırı yapı yapılarak ortak yerlere yönelik bir müdahalede bulunulmuşsa her kat maliki el atmanın önlenmesi davası açabilir⁵⁰. Zira Kat Mülkiyeti Kanununun ilgili hükümleri saklı kalmak üzere, kat maliki bağımsız bölümü ve eklentileri üzerinde malikin sahip olduğu tüm hak ve yetkilere sahiptir. Kat maliki ortak yerler üzerinde ise paylı mülkiyet payına sahiptir, ancak bu pay bağımsız bölümdeki kat mülkiyetinden ayrı olarak devredilemez, rehnedilemez ya da bir başka aynî hakla kayıtlanamaz⁵¹. Ayrıca kat mülkiyetinde anataşınmaz üzerinde birden fazla kişinin hak sahipliği söz konusu olsa da, bu görüntüden ibarettir ve paylı mülkiyete ilişkin bazı kurallar burada uygulanamaz. Örneğin kat mülkiyetine tabi taşınmazda ortaklığın giderilmesi talep edilemez (KMK. m. 7); bir bağımsız bölümün satışının gündeme gelmesi halinde diğer kat maliklerinin önalım hakları yoktur (KMK. m. 8). Ancak paylı mülkiyet ilişkisinde olduğu gibi el atmanın önlenmesi davası açılabilir. Bu nedenle de her bir kat maliki ortak yerlere yönelik müdahalelerde 4721 sayılı Türk Medeni Kanununun 683 üncü maddesinde düzenlenmiş olan el atmanın önlenmesi davasını açabilir. El atmanın önlenmesi (müdahalenin men'i) davası mülkiyetten doğan yetkilerin gereği gibi kullanılmasını engelleyen müdahaleleri bertaraf etmek

⁴⁷ Pulak, s. 208.

⁴⁸ Delikaya, Ömer. *Kat Mülkiyeti Hukukunda Hâkimin Müdahalesi*, Ankara, 2022, s. 102.

⁴⁹ Bkz. 1. HD. 22.02.2013 E. 2013/1559 K. 2013/2470 "...dava dilekçesi içeriğinden, davacının, maliki olduğu bağımsız bölüme davalının haklı bir nedene dayanmaksızın müdahale ettiğini ileri sürerek eldeki davayı açtığı anlaşılabilir olup; anılan isteğin 4721 sayılı TMK'nın 683. maddesinden kaynaklandığı ve uyuşmazlığın çözümününün 6100 sayılı HMK'nın 2. maddesi çerçevesinde asliye hukuk mahkemesinin görevinde bulunduğu açıktır..." (Lexpera, Erişim Tarihi: 10.10.2022).

⁵⁰ Bu konu hakkında detaylı bilgi için bkz. Özkaya, Eraslan. *Elatmanın Önlenmesi Davaları-1*, Seçkin Yayıncılık, 4. Baskı, Ankara, 2019.

⁵¹ Keser, Yıldırım. *Türk Medeni Kanunu Hükümlerine Göre Paylı Mülkiyette Yönetim*, Bilge Yayınevi, Ankara, 2006, s. 18; Kürşat, Zekeriya. *Paylı Mülkiyetin Sona Ermesi*, Arıkan Yayınları, İstanbul, 2008, s. 41.

amacıyla müdahalede bulunan kişilere karşı açılır⁵². Müdahalede bulunan bir başka bağımsız bölüm kullanıcısı olabileceği gibi, üçüncü bir kişi de olabilir. Mimari projeyi koruma yükümlülüğüne aykırı davranılması halinde kat maliki, müdahalede bulunan kat malikine yönelik olarak Kat Mülkiyeti Kanununun 33 üncü maddesine dayanarak hâkimin müdahalede bulunmasını isteyebileceği gibi, TMK. m. 683’de düzenlenmiş olan el atmanın önlenmesini de isteyebilir⁵³.

El atmanın önlenmesi davasının açılabilmesi için öncelikle hukuka aykırı bir müdahalenin olması gerekmektedir. Ancak ihlâli gerçekleştiren kişinin kusurunun varlığı şart olarak aranmamalıdır. Burada istihkak davasından farklı olarak zilyetlik yine malikte olmaya devam eder, ancak malik mülkiyet hakkının kendisine sunduğu yetkileri hiç ya da gereği gibi kullanamamaktadır. Söz konusu davanın açılabilmesi için hala devam eden bir müdahalenin varlığı gerekmektedir. Eğer müdahale tamamlanmış, sona ermişse meydana gelen zararın tazmini de istenebilir.

Kat malikleri mimari projeye uymayan ilave, değişiklik veya tadilat yapmama yükümlülüğüne aykırı davranırlarsa hâkim istem üzerine el atmanın önlenmesi talebi ile birlikte veya tek başına yapının eski hale getirilmesine de karar verir. Örneğin mimari projeye aykırı bir şekilde ortak alan üzerine inşa edilmiş olan eklentinin yıkılması, yaya yolu yapılan yeşil alanın projeye uygun hale getirilmesi⁵⁴, işyerine dönüştürülen konutun eski hale getirilmesi gibi. Yapının ilk inşası sırasında mimari projeye aykırı yapılması halinde, projeye uygun hale getirilmesinden ve bunun gerektirdiği giderlerden tüm kat malikleri sorumludur⁵⁵. Ancak Yargıtay eski hale getirme halinde ana yapının önemli bir bölümü yıkılacaksa ya da yapının statik yapısı bozulacaksa hukukî yararın yokluğuna karar vermektedir⁵⁶.

El atmanın önlenmesi talebiyle birlikte Kat Mülkiyeti Kanununda düzenlenmiş olan bağımsız bölümün devrinin talep edilebilmesi mümkün değildir. Böyle bir talepte bulunulabilmesi için Kat Mülkiyeti Kanununda sayılan diğer şartların tamamlanmış olması ve talebin buna uygun bir davada dile getirilmesi gerekmektedir.

Kat maliklerinin mimari projeyi koruma yükümlülüğüne aykırı davranması halinde TMK. m. 730’a dayanılmasının mümkün olup olmadığı tartışmalıdır. Bir görüşe göre TMK. m. 730’a dayanabilmek için TMK. m. 737’ye göre bir müdahalede bulunulmalıdır⁵⁷. Bir başka görüşe göre ise TMK. m. 730’a dayanmak için Kat Mülkiyeti Kanununa bir aykırılığın bulunması yeterlidir⁵⁸.

⁵² Ayan, s. 162.

⁵³ Bu durumda davacının dava dilekçesi talebin dayanağının anlaşılması noktasında yol gösterici olacaktır. Bkz. 1. HD. 22.2.2013 E. 2013/1550 K. 2013/2470 “...dava dilekçesi içeriğinden, davacının, maliki olduğu bağımsız bölüme davalının haklı bir nedene dayanmaksızın müdahale ettiğini ileri sürerek eldeki davayı açtığı anlaşılmakta olup; anılan isteğin 4721 sayılı TMK’nın 683. maddesinden kaynaklandığı ve uyumsuzluğun çözümününün 6100 sayılı HMK’nın 2. maddesi çerçevesinde asliye hukuk mahkemesinin görevinde bulunduğu açıktır...” (Lexpera, Erişim Tarihi: 26.10.2022).

⁵⁴ 18. HD. 21.1.2013 E. 2012/14563 K. 2013/543 (Germeç, s. 404-405).

⁵⁵ 18. HD. 19.2.2013 E. 2013/793 K. 2013/2083 (Germeç, s. 403-404).

⁵⁶ 18. HD. 18.4.1996 E.1996/3118 K.1996/4167 (Germeç, s. 385).

⁵⁷ Eren, Fikret. *Mülkiyet Hukuku*, 4. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2016, s. 158.

⁵⁸ Çörtoğlu, İ. Sahir. *Komşuluk Hukukunda Taşınmaz Mülkiyetinin Kullanılmasının Çevreye Etki ve Sonuçları* (MK. m. 661), Ankara İktisadi ve Ticari İlimler Akademisi Yayınları, Ankara 1982, s. 252-254. Ayrıca ayrıntılı bilgi için

Ana taşınmazın onaylı mimari projesine aykırı yapı yapılması, ortak yerlere el atılmış olması ve bu yerlerin amacı dışında kullanılması, ortak yer ya da bağımsız bölümün kullanımının diğer kat maliklerinin haklarının ihlâli neticesinde bir zarar doğmuşsa kat maliki/malikleri ya da bağımsız bölümden sürekli yararlanan kimse/kimseler ihlâli gerçekleştiren diğer kat maliki ya da bağımsız bölümden sürekli yararlanan kimseden meydana gelen zararı karşılmasını haksız fiil hükümleri çerçevesinde, TBK. m. 72’de düzenlenmiş olan zamanaşımı süresi içerisinde isteyebilir⁵⁹. Mimari projeye aykırı yapı yapılması ortak yerler ve bağımsız bölüm eklentilerine yönelik müdahale niteliğindedir. Söz konusu elatma nedeniyle kat maliklerinin Kat Mülkiyeti Kanunu kapsamında ecrimisil talep etme imkânı bulunmamaktadır⁶⁰. Ancak genel mahkemede TMK. m. 995’e dayanılarak ecrimisil talebinde bulunulması mümkündür. Zira böyle bir müdahale KMK. m. 19’un kapsamının dışında kalmakta, haksız fiil niteliğini haiz olmakta ve genel mahkemelerde dava açılması gerekmektedir⁶¹. Buna rağmen Yargıtay bir kararında haksız el atılan alanın ortak alan niteliğinde ve hem davacının hem de davalının da kat maliki olması halinde Kat Mülkiyeti Kanunu Ek m. 1 nedeniyle sulh hukuk mahkemesinden ecrimisil talep edilebileceğini ifade etmiştir⁶².

IV. MİMARİ PROJEYE AYKIRI YAPI YAPILMASI DURUMUNDA HÂKİMİN MÜDAHALESİNDE USÛL

A. Davacı

Mimari projeye aykırılık söz konusu ise bunun giderilmesi için her kat maliki tek başına dava açabilir. Hatta kat mülkiyetine konu yapı toplu yapı olarak inşa edilmişse, bloklarda oturan tüm kat malikleri mimari projeye aykırı olan ya da yapının güzelliğini olumsuz yönde etkileyen değişiklikler için mahkemeye başvurabilir⁶³. Kat maliki olan yöneticinin davacı olabileceği açıktır. Ancak yönetici kat maliki değilse dava açabilmesi için özel olarak yetkilendirilmiş olması gerekir. Kat maliki olmayan ve bu konuda özel yetkili kılınmamış yönetici dava açmışsa, davası aktif husumet yokluğu nedeniyle usulden reddolunur⁶⁴.

bkz, Petek, Hasan. *Taşınmaz Malikinın Hukuka Uygun Taşkınlıklardan Sorunluluğu*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2005, s. 124-126.

⁵⁹ Aydemir, Efrail/ Ruhi, Ahmet Cemal/ Güleç Uçakhan, Sema/ Bahadır, Çilem/ Dinç, Mutlu. *Hukuk Davaları*, C. II, 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2019, s. 141.

⁶⁰ Ecrimisil malik olmayan kötü niyetli zilyetten, zilyet olmayan malikin talep edebileceği bir tazminat türü olarak tanımlanmaktadır (Detaylı bilgi için bkz. Oğuzman/Seliçi/Oktay Özdemir, N. 579 vd.; Akıntürk, s. 220). Bkz. 20. HD. 11.12.2019 E. 2017/7096 K. 2019/7362 (Lexpera, Erişim Tarihi: 17.10.2022).

⁶¹ Bkz. HGK. 20.6.2019 E. 2017/1275 K. 2019/752 (Lexpera, Erişim Tarihi: 17.10.2022).

⁶² Bkz. 8. HD. 24.6.2020 E. 2018/4976 K. 2020/3916 (Lexpera, Erişim Tarihi: 17.10.2022).

⁶³ 5. HD. 12.07.1990 E. 1990/4682 K. 1990/22426 “... Kat irtifaklı taşınmaz malda birden fazla blok bulunmakta olup, davacı ile davalı ayrı bloklarda malikidirler. 634 sayılı Kat Mülkiyeti Kanununun 19. Maddesine göre, tüm kat malikleri anagayrimenkulün bakımı ve mimari durumuyla güzelliğini ve sağlamlığını titizlikle korumaya mecburdur. Yapılan değişiklik, anataşınmaz üzerindeki blokların mimari durumuna ve güzelliğine ilişkindir. Bu durumda, projesine aykırı olarak yapılan değişikliğin, sadece değişiklik yapılan bloktaki kat maliklerini ilgilendireceği ve o bloktaki maliklerin dava hakkının bulunduğunu kabul etmek mümkün değildir. Bu sebeple, davacının dava hakkının kabulü ile işin esasına girilerek hüküm kurulmak gerekirken dava hakkının olmadığından söz edilerek davanın reddine karar verilmesi doğru bulunmamıştır ...”(YKD., C. 16, S. 12, 1990, s. 1775-1776).

⁶⁴ 18. HD. 04.12.2014 E. 2014/15775 K. 2014/17560 “...Yöneticinin görev ve yetkilerini belirleyen Kat Mülkiyeti Yasasının 35. maddesine göre, yöneticinin mülkiyet hakkının kullanılmasına bağlı olan ortak yere elatmanın önlenmesi davasını açma yetki ve görevi bulunmamaktadır. Bu nitelikteki bir davayı yöneticinin açabilmesi için

Bağımsız bölümden başka bir hukukî sebebe dayanarak yararlananların (kira sözleşmesine, intifa hakkına veya bir başka sebebe dayanarak taşınmazı sürekli kullanan kişiler) mimari projeye aykırılığın kullanım haklarını olumsuz etkilemesi durumunda dava açabilmeleri mümkündür. Ancak onların dava açabilmeleri için mimari projeye aykırı müdahalenin bağımsız bölüm kullanıcılarının haklarını ihlâl eder nitelikte olması, kullanımın engellenmesi ya da zorlaşması gerekmektedir⁶⁵. Kullanımı etkilemeyen mimari projeye aykırılıkta dava açma hakları yoktur; bağımsız bölüm malikinin ise her zaman dava açabilmesi mümkündür⁶⁶.

B. Davalı

Husumet mimari projeyi koruma yükümlülüğüne aykırı davranarak yapı yapan kat malikine yöneltilmelidir. Yapı mimari projeye aykırı inşa edilmişse, projeye uygun hale getirilmesinden tüm kat malikleri sorumlu olacağından mahkemece eksik kat maliki ya da kat maliklerinin davaya dahil edilerek taraf teşkilinin sağlanması gerekir⁶⁷. Yöneticinin kat maliki olması ya da bu konuda yetkilendirilmiş olması şartıyla kendisine husumet yöneltilir. Kira sözleşmesine, intifa hakkına veya başka bir sebebe dayalı olarak taşınmazı sürekli kullanan kişi tarafından mimari projeye aykırı tadilat veya değişiklik yapılmış ise bu kişilere de husumet yöneltilmesi mümkündür. Ancak yargılama sonucunda verilecek hüküm kat malikinin hukukunu doğrudan etkileyeceğinden kat malikinin de davaya dahil edilerek taraf teşkili sağlanmalıdır⁶⁸. Bir başka ifadeyle kat mülkiyeti söz konusu olan bir taşınmazda ortak yer niteliğindeki bir yere müdahalede bulunan kat maliki değil de, bağımsız bölümden sürekli yararlanma hakkı olan kiracı, intifa hakkı sahibi gibi bir kişi ise, husumet onunla beraber kat malikine de yöneltilmelidir⁶⁹.

C. Görevli ve Yetkili Mahkeme

Hukuk Muhakemeleri Kanununun 4 üncü maddesinde sulh hukuk mahkemesinin hangi davalara bakacağı düzenlenmiş ve ç bendinde de “*Bu Kanun ile diğer kanunların, sulh hukuk mahkemesi veya sulh hukuk hâkimini görevlendirdiği davaları görürler*” düzenlemesine yer verilmiştir. 634 sayılı Kat Mülkiyeti Kanunu da “*diğer kanunlar*”dan biridir. Nitekim Kat

anataşınmazda kat maliki olması ya da bu konuda kendisine kat malikleri kurulunca özel yetki verilmesi gerekir ...” (Legalbank Elektronik Hukuk Bankası, Erişim Tarihi: 13.12.2022); HGK. 10.11.1973 E. 1971/5-317 K. 1973/855 (Çakır, s. 563) . Ayrıca bkz. Ayan, 498; Kurak, Necat. *Yargıtay Kararları Işığında Kat Mülkiyetinden Kaynaklanan Davalar*, 1. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara 2020, s. 68-101; Çakır, s. 562 vd.; İlgezdi, s. 159 vd.

⁶⁵ Bkz. Delikaya, s. 73.

⁶⁶ Kurak, s. 102.

⁶⁷ 18. HD. 29.11.2011 E. 2011/7747 K. 2011/12146 "... Projeye aykırı olarak yapılan tesisat ve tadilatın projeye uygun hale getirilebilmesi için bu tesisat veya tadilatı yapan kişilere karşı dava açılır. Binanın ilk inşası sırasında ortak yerlerde yapılan ve ortak kullanımda olan projeye aykırılıkların eski hale getirilmesinden ise tüm kat malikleri sorumludur.... tüm kat malikleri adına yapılan ve hepsini ilgilendiren bu projeye aykırılıkların tüm kat malikleri tarafından eski hale getirilmesiyle bunun gerektirdiği giderlerin tüm kat maliklerince karşılanması ve anayapının 16 numaralı bağımsız bölümünde paydaş olan G. R.'in de davaya dahil edilmesi gerektiği düşünülmeden yukarıda sözü edilen (baraka) yapıların da sadece karşı davalılar tarafından eski hale getirilmesine karar verilmiş olması,... doğru görülmemiştir..." (Legalbank Elektronik Hukuk Bankası, Erişim Tarihi: 13.12.2022).

⁶⁸ Kurak, s. 107-133.

⁶⁹ Yargıtay ortak alanın işgal edilmesine ilişkin bir davada yalnızca kat malikine husumetin yöneltilmesini yeterli bulmamış, kiracının da davaya dâhil edilerek taraf teşkilinin sağlanması gerektiğini ifade etmiştir (Bkz. 18. HD. 08.05.2002 E. 2002/4711 K. 2002/5404, Oğuzman/Seliçi/Oktay Özdemir, s. 647, dn. 137)..

Mülkiyeti Kanununun Ek 1 inci maddesine göre⁷⁰ mimari projeye aykırılığın giderilmesi eski hale getirme davalarında görevli mahkeme sulh hukuk mahkemesidir. Açıklandığı üzere kat mülkiyetine konu bir taşınmazda mimari projeye yapı yapılması nedeniyle ortak alanın kullanılması engellenmiş ya da zorlaşmışsa haksız işgalin önlenmesi davası açılabilir. Söz konusu davada görevli mahkeme yine sulh hukuk mahkemesidir (KMK. m. 33). Ancak taşınmaz üzerinde kat mülkiyeti kurulmamışsa, kat irtifakı varlığını sürdürmekte ise inşaatın tamamlanması ve en az 2/3'sinin fiilen kullanılmaya başlanmış olması halinde Kat Mülkiyeti Kanununun uygulanabilmesi mümkündür. Bu durumda da yine sulh hukuk mahkemesi çıkan uyuşmazlığın çözümünde görevlidir. Yetkili mahkeme ise taşınmazın bulunduğu yer mahkemesidir⁷¹.

Mahkemeden mimari projeye aykırılığın giderilmesi ve eski hale getirmenin yanı sıra tazminat (ecri misil) talebinde de bulunulabilir. Bu talep bakımından görevli mahkeme ise Asliye Hukuk Mahkemesidir. Dolayısıyla tazminata ilişkin talebin de varlığı halinde bu talep bakımından görevli mahkemenin Asliye Hukuk Mahkemesi olduğu gözetilerek dosya tefrik edilmeli ve görevsizlik kararı verilmelidir.

D. Davanın Açılacağı Süre

Kat Mülkiyeti Kanununda mimari projeye aykırılığın varlığı halinde açılacak davalara ilişkin herhangi bir süre öngörülmemiştir. Bu nedenle mimari projeye aykırılık devam ettiği sürece aykırılığın giderilmesi ve eski hale getirme davası açılacaktır⁷².

E. Yargılama Süreci ve Karar

Mimari proje aykırılık iki şekilde ortaya çıkabilir. İlk olarak bina mimari projeye aykırı bir şekilde inşa edilmiş olabilir. İkinci olarak ise mimari projeye aykırılık yapının inşa edilmesinden sonraki ilavelerle, tadilat ya da değişikliklerle gerçekleşebilir. Binanın ilk inşası sırasında ya da sonradan gerçekleşmesi fark etmeksizin mimari projeye aykırılık varsa bu aykırılığın giderilmesi ve yapının mimari projeye uygun hale getirilmesi için dava açılabilir. Bu davalarda harç ve vekalet ücreti maktudur.

Ana yapı onaylı mimari projeye aykırı bir biçimde inşa edilmişse, projeye uygun duruma getirilmesi talep edilebilir. Ancak yapının projeye uygun hale getirilmesi önemli bir bölümünün yıkılmasına ya da statüğünün bozulmasına neden olacaksa giderilmesinin istenmesinde kat malikinın hukuki menfaatinin bulunmadığı kabul edilmelidir⁷³.

Kat maliklerinden birinin tüm kat maliklerinin en az beşte dördünün yazılı rızasını almadan (onaylı mimari projeye ve imar mevzuatına uygun olmak şartıyla) ana taşınmazın ortak yerlerinde yapı yapması mümkün olmaz. Örneğin, kat maliki bağımsız bölümüne projesinde olmayan balkon ya da pencere eklemesi yapamaz, balkonu kapatıp odaya dahil edemez, ortak bahçeye lavabo ve

⁷⁰ Ek Madde 1 – (Ek: 13/4/1983-2814/15 md.) *Bu Kanunun uygulanmasından doğacak her türlü anlaşmazlık sulh mahkemelerinde çözümlenir.*

⁷¹ Kurak, s. 19-20.

⁷² Kurak, s. 58; Pulak, s. 209.

⁷³ Germeç, s. 320.

tuvalet, garaj, kömürlük, veranda, kiler gibi eklemeler yapamaz. Kat maliklerinden birinin (ya da bağımsız bölümden yararlanan kimsenin) diğer kat maliklerinin rızası olmadan yaptığı değişiklikler ve tadilatlar için rızası olmayan kat malikinin el atmanın önlenmesi ve projeye uygun hale getirilmesi için dava yoluna başvurusu mümkündür. Mimari projede değişikliğe ihtiyaç duyulmadan yapılan yapı kat maliklerinin beşte dördünün yazılı rızası ile yapılmışsa, bağımsız bölümü sonradan edinen yeni kat maliki rızasının bulunmadığı gerekçesi ile buna karşı çıkamaz. Ancak söz konusu işlemlerin yapılması sürecinde taşınmaz devralan yeni malik önceki malikin rızası ile bağlı değildir⁷⁴.

Mimari projede değişiklik gerektiren bir yapının yapılması isteniyorsa tüm kat maliklerinin onayı gerekmektedir. Aksi halde değişiklik projesi geçerli olmaz. Geçerli olmayan değişiklik projesine göre yapılan ve onaylı esas projeye aykırı olan değişikliklerin de esas projesine uygun olarak eski hale getirilmesine karar verilmelidir⁷⁵. Ayrıca mimari projeye uygun hale getirmeye ilişkin dava devam ederken kat maliklerince oy birliği ile karar alınması halinde dava konusuz kalır. Davacı kat maliki de projeye aykırı yapılan değişiklik veya tadilata olumlu oy kullandığından uyuşmazlık sona ermiş olacaktır⁷⁶.

Yargılama sırasında dava konusu taşınmazın tapu kaydı, yönetim planı, onaylı mimari projesi ve tadilat projesi dosya kapsamına alınarak mahkeme tarafından incelenmelidir⁷⁷. Mahallinde uzman bilirkişi eşliğinde keşif yapılarak mimari projeye aykırılığın mevcut olup olmadığı belirlenmelidir. Yargıtay'a göre bilirkişi raporunun hüküm kurmaya elverişli olabilmesi için, projeye aykırılığın ve bu aykırılığın ortak alana ilişkin olup olmadığının tereddüte mahal vermeyecek biçimde ortaya konması, krokinin de rapora ekli olması, eski hale getirmenin binanın statik dengesini olumsuz etkileyip etkilemeyeceğinin belirlenmesi, mimari projeye aykırılığın giderilmesinin nasıl sağlanabileceği, gerekli olan iş ve işlemler işlemlerin ne kadarlık bir zaman gerektirdiği belirtilmeli ve eski hale getirme sürecinde özellikle dikkat edilmesi gerekenlere ilişkin tespitlere de yer verilmelidir⁷⁸.

⁷⁴ Germeç, s. 311-315.

⁷⁵ Germeç, s. 310. 20. HD. 7.9.2020 E. 2020/99 K. 2020/2665, "...Kat irtifakı veya kat mülkiyeti tesisine esas mimari projede sonradan bir değişiklik yapıp bu konuda bir tadilat projesi hazırlanabilmesi için tadilat projesinin belediyece onaylanması ve projenin onaylandığı tarihte bütün bağımsız bölüm maliklerinin yazılı izni gerekir..." (Lexpera, Erişim Tarihi: 3.1.2023).

⁷⁶ Tiryaki, s. 1227.

⁷⁷ Germeç, s. 309.

⁷⁸ Bkz. 5.HD. 24.05.2021 E. 2021/3479 K. 2021/7593 "...Anataşınmazın projesine aykırılık oluşturup oluşturmadığı hususu hiç bir kuşkuyla yer bırakmayacak şekilde aydınlatılmalı, mimari projesine aykırı olması durumunda taraflarca sunulan kat malikleri kurulu kararları değerlendirilerek diğer kat maliklerinin muvaffakatinin olup olmadığı saptanmalıdır. Ayrıca kabule göre de verilen kararda hangi imalatların projeye aykırı olduğu ne şekilde eski hale getirileceğinin belirtilmediği anlaşılmaktadır. HMK'nun 297. maddesine göre mahkemece verilen kararın hüküm sonucu kısmında, gerekçeye ait herhangi bir söz tekrar edilmeksizin, istek sonuçlarından herbiri hakkında verilen hükümle, taraflara yüklenen borç ve tanınan hakların mümkünse sıra numarası altında birer birer, açık, şüphe ve tereddüt uyandırmayacak şekilde gösterilmesi ve verilen karar ile iki tarafın leh ve aleyhine hükmedilen görev ve hakların gayet açık ve anlaşılır biçimde yazılması gerekmektedir. Mahkemece yerinde keşif yapılmak sureti ile uzman bilirkişilerden rapor alınarak davalıların maliki olduğu bağımsız bölümlerdeki anataşınmaza ait mimari projeye aykırılıklar tespit edilmediği hüküm kısmında projeye aykırılıkların ve müdahalelerin neler olduğunun ve ne şekilde eski hale getirileceğinin infazda tereddüt yaratmayacak şekilde açıkça belirtilmelidir. Yine mahkemece, yapılmasına hükmedilen işlemlerin yerine getirilmesi için davalı tarafa Kat Mülkiyeti Yasasının 33. maddesi hükmü uyarınca uygun süre verilmemesi de doğru görülmediğinden..." (Lexpera, Erişim Tarihi: 3.1.2023).

Yargılamada ayrıca mimari projeye aykırı ilave, yenilik ya da tadilatın kim tarafından yapıldığı da tespit edilmelidir. Burada tanık beyanları en önemli ispat araçlarıdır. Varsa kamera görüntüleri ya da fotoğraflar da delil olarak dosya kapsamına dahil edilir. Delillerden hareketle dava konusu projeye aykırılıkların kim tarafından yapıldığı tespit edilir.

Yargılama neticesinde bilirkişi raporunda tespit edilen mimari projeye aykırılığın, binanın statik dengesini olumsuz etkilememesi kaydıyla, projeye uygun hale getirilmesine (eski hale getirilmesine) karar verilir. Ancak tespit edilen projeye aykırılıkların giderilmesinin yapının sağlığına ve statik dengesine zarar vereceği öngörülmekteyse yalnızca ana yapıya zarar vermeyecek nitelikteki aykırılıkların projeye uygun hale getirilmesine karar verilmelidir. Mahkeme hükmünde eski hale getirme için davalıya (KMK. m. 33/II) yetki ve süre verilmelidir.

Mimari projeye aykırı yapı diğer bağımsız bölüm malikini zarara uğratmamış, ana yapıda esaslı bir değişikliğe yol açmamış olabilir. Yine mimari projeye aykırılık teşkil eden işlem üzerinden uzunca bir zaman geçtikten sonra uyumsuzluğa konu edilmiş olabilir. Bunun gibi durumlarda davalı tarafından yapılan davacı kat malikinin hakkını kötüye kullandığı savunmasına itibar edilmemelidir. Kat malikinin/malıklarının mimari projeye aykırılık karşısında sessizliğini koruması, bir süre itiraz etmemesi bu aykırılığa göz yumduğu, onay verdiği şeklinde yorumlanmamalıdır⁷⁹.

Mimari projeye aykırılığın bulunduğu birtakım durumlarda Yargıtay bazı şartların varlığı halinde, diğer kat maliklerinin rızasının bulunmasını da aramaksızın, yapılan ilave, yenilik veya değişikliğin kalmasına izin vermektedir. Yargıtay'ın yerleşmiş içtihatlarına göre sistemin ana yapıya zarar vermemesi, ana yapının estetiğini bozmaması, kurulan sistemin kat malikinin arsa payı ile orantılı bulunması, ana yapıdaki diğer tüm bağımsız bölümlerinde bu sistemi kurmalarına yetecek alanın kalmış olması, tesisten su sızıntısı ve arızalar nedeniyle diğer bağımsız bölümlere gelebilecek zararlar için gerekli önlemlerin alınmış olması şartlarının varlığı halinde mimari projede bulunmayan yenilik, ilave ya da değişiklik yapılabilir. Örneğin ana yapıyı ortak yerlerinde güneş enerjisi ile su ısıtma (gün ısıtı) sistemlerinin kurulması mümkündür⁸⁰. Benzer şekilde bazı

⁷⁹ Germeç, s. 315; Pulak, s. 209. 18. HD., 28.05.2012 E. 2012/5487 K. 2012/6333 " ... Projeye aykırılıklara kat maliklerince yazılı rıza gösterilmediği, yani maddenin 2. fıkrasındaki koşullar gerçekleşmediği takdirde her zaman dava konusu edilebilir. Bu durumun iyi niyetle veya hakkın kötüye kullanılmasıyla bir ilgisi bulunmamaktadır. Mahkemece binanın ilk yapılışında aldığı mimari durum gözetilerek davalıların yapmış oldukları tesis ve değişikliklerin uzman bilirkişiye tek tek tespit ettirilerek ve ayrıca başlangıçta mimari projeye uygun inşa edilmiş bölümlerde tesis ve değişiklik bulunup bulunmadığı hususu da saptanarak bunların ilk yapılış şeklindeki durumuna ve orjinal mimari projesine göre davalıların bu yerlere yaptıkları müdahalenin men'ine ve tesislerin kal'ine ve ilk inşa şekline ve projesine uygun eski hale getirilmesine karar verilmesi gerekirken ..." (Lexpera, Erişim Tarihi: 4.1.2023).

⁸⁰ İlgezdi, s. 378-379; Germeç, s. 318-319. 18. HD. 26.5.2003, E. 2003/3474 K. 2003/4386, "... Yargıtay'ın yerleşmiş uygulamalarına göre, projesinde bulunmasa dahi diğer kat maliklerinin muvaffakati alınmaksızın çatı veya terasta güneş enerjisi ile ısınma sisteminin kurulmasına; tesisatın ait olduğu bağımsız bölüm malikinin arsa payına tekabül eden orandan fazla bir alanı kaplamaması, tekniğine uygun olarak inşa ve monte edilmiş bulunması, zarar verici durumların giderilmesi için her türlü önlemin alınmış bulunması, ana binadaki bütün kat maliklerinin her birisinin bu yerlerde güneş enerjisi kurmaları halinde yeterli alanın mevcut bulunması ve bu tesisatların ana binanın taşıyıcı sistemine zarar vermemesi ve arıza olduğunda binaya ve diğer bağımsız bölümlere gelebilecek bir zararın önlenmesi konusunda gerekli tedbirlerin alınmış olması kaydıyla izin verilmekte ve bu şartların hatalı veya eksik yerine getirilmesinden yada bakım ve onarımın aksatılması sonucu zarar verici eksiklik veya arızanın ortaya çıkması halinde de, mahkemece, bu hususta bilirkişi tarafından belirlenecek yanlışlık veya eksikliklerin giderilmesine ve gerekli önlemlerin alınmasına, karar verilmesi gerekmektedir..." (Lexpera, Erişim Tarihi: 4.1.2023).

şartların varlığı halinde çanak anten takılmasına izin verilebilir⁸¹. Yine mimari projede olmasa da bağımsız bölümün pencere ve balkonlarına güneş ve rüzgârdan korunmak için kolaylıkla sökülebilir nitelikte panjur takılabilir. Takılan panjurların bu niteliğe uygun olmaması halinde, balkonun kapatılmasında olduğu gibi, tüm kat maliklerinin 4/5'inin onayı alınmalıdır. Aksi halde eski hale getirilmesi talep edilebilir. Duvar yıkılarak balkon odaya dâhil edilecekse proje değişikliği gerekmektedir. Bunun için oybirliği ile karar alınmalıdır⁸². Güvenlik amaçlı olarak bodrum ve zemin katlardaki bağımsız bölümlerin balkonlarına, kapı ve pencerelerine demir parmaklık takılması için ise kat maliklerinin rızası aranmaz. Ancak demir parmaklık üst katlardaki bağımsız bölümlerin güvenliğini tehlikeye atmamalıdır⁸³. Projede yer almasa dahi site güvenliği açısından zorunluluk teşkil etmekte ise bekçi kulübesi ve bariyer yapılması mümkündür, bunun için tüm kat maliklerince oybirliği ile karar alınması aranmamalıdır⁸⁴. Kombi, şofben ve klima cihazları için onaylı mimari projede özel bir yer, baca ya da gider sistemi düzenlenmemişse bu cihazların, diğer bağımsız bölüm maliklerini rahatsız etmemek koşuluyla, bağımsız bölümün pencere veya balkonunun iç bölümüne takılmasına izin verilmektedir. Ancak yönetim planında bunu yasaklayıcı bir hüküm bulunmamalıdır. Ayrıca söz konusu cihazlar bağımsız bölümün balkonuna, dış duvara takılırsa KMK. m. 19'a aykırı olur ve eski hale getirme istenebilir⁸⁵.

SONUÇ

Mimari proje kat mülkiyetinin kurulmasında tapu müdürlüğüne ibrazı zorunlu belgeler arasında yer almaktadır. Kat malikleri ana gayrimenkulün mimari projesini koruma yükümlülüğü altındadır ve mimari projeye aykırı yapı yapabilmeleri mümkün değildir. Kat maliklerince mimari projeye aykırı değişiklik yapılabilmesi için tüm kat maliklerinin onayı gereklidir. Zira onaylanmış ve tapu idaresine ibraz edilmiş mimari projede değişiklik yapılabilmesi için tüm kat maliklerinin rızası ve ilgili kurumun onayı şarttır. Bazı değişiklikler ve tadilatlar için ise Kat Mülkiyeti Kanunu tüm kat maliklerinin onayını aramamakta, kat maliklerinin 4/5'inin yazılı rızasını yeterli görmektedir. Ana taşınmazda, bağımsız bölümlerde kat maliklerinin tümünün veya belli bir çoğunluğunun rızasıyla yapılabilecek yapı işleri, bu yapıların yapılmasına hangi durumlarda izin verileceği, mimari projeye aykırılığın eski hale getirilmesi davalarında yapılması gereken araştırmaların neler olduğu, mahkeme kararında dikkat edilmesi gereken hususların neler olduğunun genellikle Yargıtay uygulamaları ile şekillenmektedir.

Mimari projeye aykırı yapı yapılması halinde diğer kat malikleri mimari projeye uygun olarak eski hale getirilmesi için taşınmazın bulunduğu yer sulh hukuk mahkemesinde dava açabilirler. Ayrıca söz konusu davayı özel olarak yetkilendirilmiş olması veya kat maliki olması halinde yönetici ile bizzat kullanımın engellenmesi halinde bağımsız bölümden sürekli yararlanan kişi de açabilir. Söz konusu dava için kanunda süre öngörülmemiştir, bu nedenle aykırılık devam ettiği sürece dava açılabilir. Yargılamanın yapılması sırasında mahkeme, uzman bilirkişi eşliğinde

⁸¹ Bkz. Çakır, s. 799.

⁸² İlgezdi, s. 335-338.; Germeç, s. 320. Bkz. 20. HD. 3.10.2017 E. 2017/4797 K. 2017/7198 (Lexpera, Erişim Tarihi: 10.1.2023).

⁸³ Germeç, s. 321. Ayrıca bkz. 18. HD. 3.11.2014, E. 2014/7856 K. 2014/15383 (Lexpera, Erişim Tarihi: 10.1.2023).

⁸⁴ Germeç, s. 321.

⁸⁵ Germeç, s. 321-322; İlgezdi, s. 368-370.

keşif yapmalı ve mimari proje yerinde incelenerek mimari projeye aykırılıklar tespit edilmelidir. Bu araştırma ve değerlendirme faaliyetinin ardından binanın statik dengesi olumsuz etkilenmemek şartıyla eski hale getirilmesine karar verilir. Tespit edilen aykırılıkların eski hale getirilmesi için öncelikle mahkeme tarafından davalı tarafa süre verilir. Belirtilmelidir ki yapı kayıt belgesi alınmış olması mimari projeye aykırılığı ortadan kaldırmaz. Bu nedenle yapı kayıt belgesi alınmış olsa bile mimari projeye aykırılık söz konusu ise mahkeme eski hale getirmeye karar vermelidir. Ancak Yargıtay uygulamalarında güneş enerji sistemi, klima gibi bazı hallerde mimari projeye aykırı yapı yapılmış olsa bile bir takım objektif kriterlerin varlığı durumunda bu yapılara izin verildiği görülmüştür.

KAYNAKÇA

- Akçaal, Mehmet. *Eşya Hukuku*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2021.
- Akıntürk, Turgut. *Eşya Hukuku*, Beta Basım, İstanbul, 2009.
- Aksan Nar, Şerife. *Kat Mülkiyetinde Ortak Yerlerin Tabi Olduğu Hukuki Rejim*, Seçkin Yayın, Ankara, 2015.
- Ayan, Mehmet. *Eşya Hukuku II Mülkiyet*, 10. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2020.
- Aybay, Aydın/ Hatemi, Hüseyin. *Eşya Hukuku*, Gözden Geçirilmiş 4. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2014.
- Aydemir, Efrail/ Ruhi, Ahmet Cemal/ Güleç Uçakhan, Sema/ Bahadır, Çilem/ Dinç, Mutlu. *Hukuk Davaları*, C. II, 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2019.
- Çakır, Feridun. *Kat Mülkiyeti ve Toplu Yapılar*, Seçkin Yayınları, Ankara, 2021.
- Çörtoğlu, İ. Sahir. *Komşuluk Hukukunda Taşınmaz Mülkiyetinin Kullanılmasının Çevreye Etki ve Sonuçları (MK. m. 661)*, Ankara İktisadi ve Ticari İlimler Akademisi Yayınları, Ankara, 1982, s. 252-254.
- Delikaya, Ömer. *Kat Mülkiyeti Hukukunda Hâkimin Müdahalesi*, Ankara, 2022.
- Eren, Fikret. *Mülkiyet Hukuku*, 4. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2016.
- Genç Arıdemir. Arzu, *Kat Mülkiyeti I*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2021.
- Germeç, Mahir Ersin. *Kat Mülkiyeti Hukuku*, Güncellenmiş 9. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara, 2020.
- Germeç, Mahir Ersin. “Kat Mülkiyetli Taşınmazlarda Kat Maliklerinin Borçları ve Yükümlülükleri”, *Terazi Aylık Hukuk Dergisi*, C. 10, S. 104, Nisan 2015, s. 32 vd. (Kat Malikleri).

-
- Gökalp, Şerafettin. *Açıklama ve Örnekleri ile Kat Mülkiyeti Kanunu ve İlgili Mevzuat*, Güncellenmiş 12. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara, 2021.
- Gürsoy, Kemal T. /Eren, Fikret/Cansel, Erol. *Türk Eşya Hukuku*, Gözden Geçirilmiş İkinci Baskı, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara, 1984.
- İlgezdi, Ali Rıza. *Adım Adım Kat Mülkiyeti Hukuku*, Güncellenmiş 2. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara, 2021
- Keser, Yıldırım. *Türk Medeni Kanunu Hükümlerine Göre Paylı Mülkiyette Yönetim*, Bilge Yayınevi, Ankara, 2006
- Kurak, Necat. *Yargıtay Kararları Işığında Kat Mülkiyetinden Kaynaklanan Davalar*, 1. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara, 2020.
- Oğuzman, M. Kemal/ Seliçi, Özer/ Oktay Özdemir, Saibe. *Eşya Hukuku*, Gözden Geçirilmiş Genişletilmiş 22. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2020.
- Özkaya, Eraslan. *Elatmanın Önlenmesi Davaları-1*, 4. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2019.
- Öktem Çevik, Seda. *Toplu Yapılarda Yönetim*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2010.
- Petek, Hasan. *Taşınmaz Malikin Hukuka Uygun Taşkınlıklardan Sorunluluğu*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2005.
- Pulak, T. Murat. *Kat Mülkiyeti Kanunu-Apartmanlarda, Sitelerde ve Toplu Yapılarda Hukukçuların Kat Maliklerinin, Kiracıların, Yöneticilerin El Kitabı*, 9. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2019.
- Saymen, Ferit H./ Elbir Halid K. *Türk Eşya Hukuku Dersleri*, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1963.
- Şengül, Mehmet. “Kat Mülkiyetinde Ortak Yer ve Tesislerin Niteliğinin Değiştirilmesi”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 18, Sayı 3, 2012, 201-232.
- Şengül, Mehmet. *Toplu Yapılar ve Toplu Yapı Yönetimi*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2011.
- Tekinay, Selahattin Sulhi. *Kat Mülkiyeti*, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1991.
- Tiryaki, Büşra. “Bağımsız Bölümlerin Kullanma Biçimine Getirilen Yasaklar”, *Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 18, Sayı 2, 2021, 1215-1246.
- Tuzcuoğlu, Tuğçe. “Kat Mülkiyeti Kanununa Eklenen Toplu Yapılara İlişkin Hükümlerin Değerlendirilmesi”, *Yaşar Üniversitesi E-dergisi*, Cilt 8, Özel Sayı, 2013, 2673-2706.
- Uslu, Abdüssamet. *Kat İrtifakı*, 1.Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2019.

Yılmaz, Orhan. “Kat Mülkiyeti Kanununun 19/2. Maddesindeki Rıza Ve Muvafakatin İspatı Hakkında Bir İnceleme”, *TBBD*, 1998/2, s.239 vd.

Zorlu, Süleyman Emre. “Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye’de Kat Mülkiyetine İlişkin Hükümlerin Hukukî Tahlili”, *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Yıl:2022, C.30, S.2, s. 543-570.

<https://dergipark.org.tr>

www.mevzuat.gov.tr

Boşanmada Ortak (Birlikte) Velâyetin Uygulanabilirliği

Selvi Nazlı GÜVENÇ 

Dr. Arş. Gör. İstanbul Ticaret Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medenî Hukuk Anabilim Dalı İstanbul Türkiye
sguvenç@ticaret.edu.tr (Sorumlu Yazar / Corresponding Author)

Makale Bilgileri	ÖZ
<p>Makale Geçmişi Geliş: 14.08.2022 Kabul: 07.08.2023 Yayın: 19.08.2023</p> <p>Anahtar Kelimeler: Velâyet hakkı, Ortak velâyet, Birlikte velâyet, Boşanma, Çocuğun üstün menfaati.</p>	<p>Velâyet esasında çocuk yararı ilkesine dayanan veliye mutlak karakterli bir yetki sağlayan bir aile hukuku görevidir. Evlilik birliği devam ettiği sürece ortak çocuğun velayeti eşler tarafından birlikte yürütülür (TMK m.336/1). Boşanma halinde velâyet çocuk kendisine bırakılan tarafa aittir (TMK m.336/3) Mukayeseli Hukuk kökenli bir kurum olarak ortak velayet: Evlilik birliğinin son bulunduğu hallerde de geçerli kabul edilen bir velayet rejimi olarak, velâyet hakkına ana ve babanın her ikisinin birden eşit olarak sahip olmalarını ifade eder. Türk Medenî Kanunu m.336 çerçevesinde, bu nitelikte yani ana ve baba tarafından müştereken sahip olunan bir velayet hakkı ancak ortak hayatın devamı süresince açıkça kabul edilmiş görünmektedir. Ancak Mukayeseli Hukuktaki gelişmelerin de etkisiyle öğretilerde boşanmada ortak velayet tartışmalı bir konu olma özelliği göstermektedir. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi 7 nolu Ek Protokolün 1 Ağustos 2016'da yürürlüğe girmesiyle birlikte bu tartışma, ilgili protokolün beşinci maddesinin iç hukuka etkisi bakımından başka bir boyut daha kazanmıştır. 2017'de Yüksek mahkemenin ortak velayet unsuru içeren yabancı mahkeme kararlarının tanınmasına ilişkin süregelen uygulaması değişmiş, "ortak velayet düzenlenmesinin, Türk kamu düzenine 'açıkça' aykırı olduğunun söylemeyeceği" ne hükmedilmiştir. Bu kararın ardından ilk derece mahkemeleri tarafından da boşanmada ortak velayete hükmedilmeye başlanmıştır. Çalışmada bu gerekçelerle boşanmada ortak velayet konusunun hem mevcut yasal düzenlemeler hem de olması gereken hukuk bakımından hukukumuzda uygulanabilir olup olmadığı araştırılmıştır.</p>

Applicability Of Joint Custody in Divorce

Article Info	ABSTRACT
<p>Article History Received: 14.08.2022 Accepted: 07.08.2023 Published: 19.08.2023</p> <p>Keywords: The Custody, Joint custody, Divorce, Principle of the best interests of the child.</p>	<p>Custody is a family law duty that provides an absolute authority to the guardian based on the principle of the best interest of the child. As long as the marriage union continues, the custody of the joint child is carried out by the spouses (TMK art.336/1). In divorce, custody belongs to the party to whom the child is left (TMK art.336/3). Joint custody as an institution of comparative law: It means that both parents have the right to custody independently, as a custody regime that is accepted as valid in even cases where the marriage union has ended. Contrastingly, as can be understood from the explanations above, within the framework of Article 336 of the Turkish Civil Code, a custody right of this nature, that is, jointly owned by the parents, seems to be accepted only during the marriage. However, with the effect of developments in Comparative Law, custody in divorce is a controversial issue in our teaching. With the entry into force of the Additional Protocol No. 7 to the European Convention on Human Rights on 1 August 2016, this debate has gained another dimension in terms of the effect of the fifth article of the relevant protocol on domestic law. In 2017, the ongoing practice of the Supreme Court regarding the enforcements claims of foreign court decisions containing a joint custody element was changed. It was decided by the high court that the joint custody arrangement in divorce cannot be said to be against the Turkish public order clearly. After this decision, joint custody in divorce started to be ruled by the courts. For these reasons, in these study, it has been investigated whether the issue of joint custody in divorce is applicable in our law in terms of both current legal regulations and the law that should be.</p>

Atf/Citation: Güvenç, S. N.(2023). Boşanmada Ortak (Birlikte) Velâyetin Uygulanabilirliği, *Necmettin Erbakan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 6(2), s.600-612.

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



"This article is licensed under a [Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License](https://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0/). (CC BY-NC 4.0)"

GİRİŞ

Velâyet önceleri çocuk üzerinde ana babanın hâkimiyetini ifade eden bir hak olarak görülmekteydi¹. Güncel yaklaşıma uygun olan ve bizim de katıldığımız tanıma göre: Esasen bir aile hukuku ödevi olan velâyet; yetki- görev hakkı niteliğinde mutlak etkili bir şahıs varlığı hakkıdır². Nitekim güncel öğretide de baskın görüş velâyetin bir yüküm-hak olduğudur³.

Medeni Kanun'un aile kitabının velâyet başlıklı altıncı ayırımında, çocuğun velâyeti ana ve babanın evli olup olmamasına göre farklı şekilde düzenlenmiştir. Ana baba evli ise; TMK m.336/1'e göre: Velâyet (velilik sıfatı) her ikisi tarafından çocuğun doğumuyla kazanılır ve evlilik birliği süresince birlikte yürütülür⁴. Evlilik birliği sona ermemekle birlikte ortak yaşama son verildiği halde⁵ veya ayrılık halinde (TMK m.170) hâkim, velâyeti eşlerden birine verebilir (TMK m.336/2). Görüldüğü üzere TMK m. 336'nın ikinci fıkrasında açıkça hâkime, evlilik birliğinin son bulmamış olduğu bu iki halde, eşler tarafından birlikte yürütülen velâyet hakkını, ana veya babadan birisine tevdi etmek konusunda bir takdir hakkı tanınmıştır. Ana ve babanın her ikisi yönünden velâyetin kaldırılması sebepleri gerçekleştiği hallerde pek tabii olarak çocuk yararı ilkesi⁶ gereğince çocuğun vesayet altına alınmasına da karar verilebilecektir (TMK m. 348/2)⁷. Çocuk yararı ilkesinin velâyetin ana veya babadan birine bırakılmasını gerektirmediği hallerde ise velâyet hakkı, ortak yaşama son verilmiş olup olmasından veya ayrılık kararından bağımsız olarak, eşler tarafından birlikte yürütülmeye devam edecektir⁸. TMK m.336/2'nin lafzından hareketle, öğretide savunulan bir görüşe göre, ilgili hükümde zikredilen her iki halde de hâkim tarafından ortak velâyete hükmedilebilecektir⁹.

¹ Erlüle, Fulya. *İsviçre Medeni Kanunu'nda Yapılan Değişiklikler Işında Boşanmada Birlikte Velâyet*, 1. bası, Yetkin Kitapevi, Ankara, 2019, (Erlüle, 2019), s. 91.

² Hatemi, Hüseyin. *Aile Hukuku*, 8. bası, Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2020, s.182.

³ Erlüle, 2019, s. 91-93; Öztan Bilge, *Aile Hukuku*, 6. Bası, Turhan Kitapevi, Ankara, 2015, s. 1078; Çakır, Nagehan. *Boşanma Sonrası Ortak Velâyet*, 1. Bası, Yetkin Yayınları, 2020 Ankara, s. 33; Kurt, Leyla Müjde "Boşanma Durumunda Birlikte (Ortak) Velâyet", *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C.9, S.2, 2018, s.158; Güneş, Zeynep Naz. "Almanya ve İsviçre Örnekleriyle Türk Hukukunda Birlikte Velâyet", *TBB Dergisi*, S. 150, 2020, s.167; Dönmez, Ünsal/ Barın, Taylan. "Boşanma Sonucunda Birlikte Velâyetin Türk Hukukunda Uygulanabilirliği Sorunu", *TAAD*, S.35, 2018, s.179.

⁴ Gerek çocuğun doğumu anında evli olan gerek daha sonra evlenen ana baba tarafından ilgili hüküm uyarınca velâyet birlikte kullanılır. Birinci Uzun, Tuğba. "Türk Medenî Kanunu'na Göre Velâyetin Kullanılması ve Çocuğun Yüksek (Üstün) Yararı İlkesi Doğrultusunda Boşanmada ve Evlilik Dışı İlişkide Birlikte Velâyet Modeli", *Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 6, S. 1, 2016, s.138; Erlüle, 2019, s. 271.

⁵ Evlilik birliğini koruyucu bir tedbir olarak düzenlenen TMK m. 197/1 hükmü uyarınca: Eşlerden biri, ortak hayat sebebiyle kişiliği, ekonomik güvenliği veya ailenin huzuru ciddi biçimde tehlikeye düştüğü sürece ayrı yaşama hakkına sahiptir. Eşlerin ergin olmayan çocukları varsa hâkim, ana ve baba ile çocuk arasındaki ilişkileri düzenleyen hükümlere göre gereken önlemleri re'sen alır (TMK m.197/4, Ayrıca bkz. TMK m. 336/2). Dural, Mustafa/Öğüz, Tufan/Gümüş, Mustafa Alper. *Türk Özel Hukuku, Cilt III, Aile Hukuku*, Gözden Geçirilmiş 11.bası, Filiz Kitapevi, İstanbul, 2016, s. 145 vd.

⁶ Bu konuda detaylı bilgi için bkz. Çelebi, Özgün. "Cinsiyet Eşitliği ve Çocuğun Üstün Yararının Kesişim Noktası Olarak Boşanmada Velâyetin Düzenlenilmesi", *İstanbul Hukuk Mecmuası*, C. 79, S. 1, 2021, s. 22-77. Koçhisarlıoğlu, Cengiz. *Boşanmada Birlikte Velâyet ve Yasanın Aşılması*, Turhan Kitapevi, Ankara 2004 s. 201-203. Erlüle, Fulya. "Çocuk ile Kişisel İlişki Kurulması", *MÜHF-HAD*, C.16, S.3-4, 2010, s.225-226.

⁷ Boşanmaya ilişkin aynı yönde bkz. Dural/Öğüz/Gümüş, s.140-141.

⁸ Öztan, Bilge. "Türk Hukukunda Boşanmada Birlikte Velâyet Sorunu", *Prof. Dr. Tuğrul Ansay'a Armağan*, s. 252-260, Turhan Kitabevi, Ankara, 2006. 251vd.; Erlüle, 2019, s. 147.

⁹ Bu halde hâkim tarafından velâyetin ana baba tarafından birlikte kullanılmasına da karar verebileceği yönünde bkz. Usta, Sevgi. *Velâyet Hukuku*, 1. Baskı, İstanbul, 2016, s. 110; Erlüle, 2019, s.284-285; Erlüle, 2021, s. 567. TMK m.336/2'nin karşıt anlamı itibariyle ortak yaşama son verilmiş olduğu durumlarda ortak velâyetin devam ettirilmesinin

TMK m.336/3'te ise: “Velayet, ana babadan birinin ölümü halinde velâyetin sağ kalana, boşanmada ise çocuk kendisine bırakılan tarafa aittir” hükmü yer almaktadır.

Karşılaştırmalı Hukuk kökenli bir kurum olarak ortak velâyet¹⁰: Evlilik birliğinin hiç kurulmadığı veya son bulduğu hallerde geçerli kabul edilen bir velâyet rejimidir. Ortak velâyet, evlilik birliğinin ana ve babanın her ikisinin birden, eşit yetkilerle velayet hakkına müstakil şekilde sahip olmalarını ifade eder¹¹. Bu halde velayet ana-baba tarafından anlaşılacak şekilde kullanılacaktır¹². Ortak velâyetin uygulama alanı pek tabii olarak boşanma ile sınırlı değildir, evlilik birliğinin hiç kurulmadığı durumlarda olduğu gibi¹³ evliliği sona erdiren boşanma dışındaki sebeplerin varlığı halinde de ana babanın ortak velayet söz konusu olabilir¹⁴. Ayrıca ortak velayetin uygulanana gelen birden çok modeli de mevcuttur¹⁵.

Boşanmada ortak velayete ilişkin tartışmaların odağında yukarıdaki paragrafta değinilmiş olan TMK m.336 düzenlemesi yer almaktadır. Çocuğun velâyeti ilgili hükmün ilk fıkrasında, evlilik birliğinin devamı sürecine, ikinci fıkrasında ortak yaşama son verilmiş olduğu durum ile ayrılık haline ve son fıkrada ise evliliğin eşlerden birinin ölümü veya boşanma ile sona ermesi durumlarına ilişki üçlü bir ayırım yapılarak düzenlenmiştir. Velâyetin ana ve baba tarafından ortak kullanılması esası ise sadece evlilik birliği süresince geçerli bir rejim olarak açıkça benimsenmiştir¹⁶ (TMK m.336/1). Boşanmada ortak velayet konusunda TMK m. 336/3 hükmü farklı şekilde yorumlanmaktadır.

Bir görüşe göre, TMK m.336/2'nin zıt anlamından hareketle, ortak hayata son verilmiş veya ayrılık kararı verilmişse, hâkim tarafından ortak velâyete hükmedilebileceğinin kabul olduğuna değinmiştik¹⁷. Bu kabulün de etkisiyle olsa gerek ve evliliğin boşanma ile sona ermesinin sıklaşması¹⁸ itibariyle, özellikle ihtilafli görünen husus, TMK' nin velâyete ilişkin hükümleri çerçevesinde, evlilik birliğinin boşanma ile sona ermesi halinde, ortak velâyetin uygulanabilir olup olmadığıdır. Boşanmada ortak velayet tartışması bakımından bir diğer önemli

çocuk yararı ilkesine daha uygun bulunduğunu gösterdiği görüşü için bkz. Öztan, 2006, s. 255. Aksi yönde bkz. Hatemi, s. 182.

¹⁰ Karşılaştırmalı hukuk bakımından ortak velâyet konusunda detaylı bilgi için Çakır, s. 91 vd.; Bükel Koç, Merve. “Ortak Velâyet”, Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış yüksek lisans tezi, Ankara 2020, s. 71 vd.

¹¹ Apaydın, Eylem. “Ortak Hayata Son Verilmesi Sonrası Ortak Velâyet Hususunda Düzenleme Yapılması Gereği”, *İNÜHFD*, C.9, S.1, 2018, s. 447.

¹² Çelebi, s. 46. Ancak boşanmada ortak velâyete karar verilmesi halinde ana babanın hak ve yükümlülükleri ve çocukla ilgili kararlarda yetki alanlarının tespit edilmesi zorunludur. Öztan, Bilge/ Öztan, Fırat. “Boşanma Birlikte Velâyet ve Birlikte Velâyetin Uygulanmasına İlişkin Modeller”, *Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C.5, S.1, s.2569-2608, 2020, (<https://www-jurix-com-tr.lproxy.yeditepe.edu.tr/article/20850>) (Erişim tarihi: 14.04.2022), s.10-11.

¹³ Evlilik dışı ilişkide ortak velâyete ilişkin detaylı bilgi için bkz. Uzun, agm. Öztürk, Barış Can. *Birlikte Velâyet*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2022, s.208 vd

¹⁴ Karş. Durak, Yasemin “Gemeinsames Sorgerecht”, *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* C. 24, S. 4, 2020, s. 112.

¹⁵ Detaylı bilgi için bkz. Erlüle, 2019, s. 183-186; Öztan/Öztan, s. 10 vd.

¹⁶ Boşanma sebepleri ve boşanma oranlarındaki artış için bkz. Erlüle, Fulya. “Alman, Avusturya ve İsviçre Medeni Kanunlarında Yapılan Revizyonlar ve Boşanmadan Sonra Birlikte Velâyetin Kural Haline Gelmesi”, *YÜHFD*, C:XVIII, S. 18, 2021, (Erlüle, 2021), s. 565.

¹⁷ Bkz. dn.9. Aksi yönde Hatemi, s. 134; Dural/Öğüz/Gümüş, s. 145; Öztürk, s. 202.

¹⁸ Boşanma sebepleri ve boşanma oranlarındaki artış konusunda bkz. Erlüle, 2021, s. 556-557. 2022 yılı evlenme ve boşanma istatistikleri için bkz. data.tuik.gov.tr/Bulten/Index?p=Evlenme-ve-Boşanma-Istatistikleri-2022-49437.

düzenleme, Medeni Kanun'un "Çocuklar bakımından ana ve babanın hakları 1. Hâkimin takdir yetkisi" başlıklı 182. maddesidir. İlgili düzenlemenin üçüncü fıkrasında: "Velâyetin kullanılması kendisine verilmeyen eşin çocuk ile kişisel ilişkisinin düzenlenmesinde, çocuğun özellikle sağlık, eğitim ve ahlak bakımından yararları esas tutulur. Bu eş çocuğun bakım ve eğitim giderlerine gücü oranında katılmak zorundadır" hükmü yer almaktadır. TMK m.182/3'teki, "velâyetin kullanılması kendisine verilmeyen eş" ifadesine boşanmada ortak velayeti uygulanabilirliği tartışması kapsamında birbirinden farklı anlamlar verilmektedir. Bu yönüyle ilgili hüküm boşanmada ortak velâyetin uygulanabilirliği konusunda belirleyici özelliği haizdir¹⁹.

Yüksek Mahkeme uygulamasında kabul edilmiş olmakla birlikte, çalışma kapsamında, pozitif hukukumuz bakımından boşanmada ortak velayetin uygulanabilirliği, mukayeseli hukuk ve iç hukukumuz yönünden etkili olan güncel gelişmeler ışığında incelenmiştir. Bu kapsamda boşanmada ortak velayete ilişkin tartışmaları ilgilendiren bir gelişme olarak 1 Ağustos 2016'da yürürlüğe giren AİHS 7 Nolu Ek Protokol'ün beşinci maddesinin iç hukukumuzda etkisi de ayrı bir başlık altında ele alınmıştır.

I. Güncel Bir Hukukî Mesele Olarak Ortak Velâyet Kavramına İlişkin Gelişmeler

Batı Ülkelerinde, 20. yüzyılda özellikle 1970'lerden itibaren, velâyet modellerinin çocuğun psikolojik ve sosyal gelişimi ile ilişkisi çok sayıda bilimsel araştırmaya konu edilmiştir²⁰. Bu araştırmalar kapsamında²¹, ortak velâyet modelinin, gerek boşanmanın çocuklar üzerindeki olumsuz etkilerinin azaltılması bakımından çocuğun genel psikolojik durumu konusunda gerek ebeveynler arasındaki uyuşmazlıkların yönetilmesinde olumlu etkileri haiz olduğu genellikle kabul görmektedir²². Bu yöndeki bilimsel gelişmelerin hukuk alanına etkisi ile ortak velâyet modeli tek başına velâyet modeline yeğ tutulmaya başlanmıştır²³. Bu kabulün esası Aile Hukuku'na hâkim çocuk yararı ilkesinin²⁴ boşanmadan sonra özellikle çocuk üzerindeki olumlu etkileri sebebiyle ortak velâyeti gerektirdiği düşüncesidir²⁵. Başka bir ifade ile çocuk yararının aksini gerektirdiği durumlar haricinde ortak velâyetin esas olması gerekir. Bu doğrultuda boşanma halinde ortak velâyet yirminci yüzyılın sonlarından itibaren Anayasa Mahkemesi kararlarını takiben Karşılaştırmalı Hukukta kural haline gelmeye başlamıştır²⁶.

¹⁹ Çakır, s. 108-109; Erlüle, 2019, s.270-271; Güven, Kudret. "Türk Hukukunda Evliliğin Sona Ermesi Halinde ve Evlilik Dışı İlişkide Velâyet Hakkının Geldiği Son Nokta Ortak Velâyet", *Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C.4, S.1, 2018, s. 18; Erlüle, 2021, s. 565; Durak, s. 107-108.

²⁰ Çelebi ortak velâyetin çocuk yararına dayanan bir velâyet rejimi olarak öne çıkmakla ilk olarak araştırılma sebebinin cinsiyet çatışmasından kaynaklandığı belirtmektedir bkz, agm, s. 44.

²¹Ortak velâyete ilişkin ilgili araştırmalar ve sonuçlarına ilişkin detaylı bilgi için ayrıca bkz Kurt, s.160; Erlüle, 2019, s. 122-134. Ortak velâyete karşı çıkan görüşler için bkz. Çakır, s. 76-77. Ayrıca bkz. Kiremitçi, Müge. *Boşanma Sürecinde Müşterek Velâyet ve Toplumsal Bakış Açısı*, Legal, İstanbul, 2015.

²² Bkz. Kurt, s. 160-162; Erlüle, 2020, s. 59-61.

²³ Erlüle, 2020, s. 63; Erlüle, 2021, s.555.

²⁴ Aile hukukuna hâkim ilke çocuk yararı ilkesidir. Bu ilke Çocuk Haklarına Dair Birleşmiş Milletler Sözleşmesi, m. 3'te: Kamusal ya da özel sosyal yardım kuruluşları, mahkemeler, idari makamlar veya yasama organları tarafından yapılan ve çocukları ilgilendiren bütün faaliyetlerde, çocuğun yararı temel düşüncedir. Şeklinde ifade olunmuştur. İsviçre Federal Mahkemesi tarafından boşanmada velâyete ilişkin çocuk yararı ilkesi uyarınca dikkate alınan hususlar için Bkz. Öcal Apaydın, s. 649-650.

²⁵ Detaylı bilgi için bkz. Öcal Apaydın, s. 636-641.

²⁶ Erlüle, 2019, s. 203 vd.; Usta, s. 117; Kurt, s. 162 vd.; Öztan/Öztan, s. 2. Alman Hukuku yönünden ayrıca bkz. Güneş, s. 159 vd.; Çelebi, s. 48-58. Öztürk, s. 168-180.

TMK' nin mehazı İsviçre Medeni Kanunu (İMK) açısından velâyet kurallarına ilişkin değişiklikler tedrici olarak gerçekleşmiştir. 2000 senesinde İMK m.133 ile ana babanın ortak velâyete ilişkin talepte bulunması halinde, çocuğun masrafları ve bakımı konusunda anlaşılması olmasa şartıyla, çocuk yararına uygun görülürse ortak velâyet kararı verilebileceği hüküm altına alınmıştır²⁷. 2013 yılında yapılan değişiklik ile ilgili madde kaldırılarak, "Hâkim, boşanma halinde, şayet çocuk yararı gerektiriyorsa, ebeveynlerden birine tek başına velâyeti verebilir" düzenlemesi getirilmiştir (İMK m. 298/1)²⁸. 1 Temmuz 2014'de yürürlüğe giren bu değişikliğinden sonra İsviçre Hukuku'nda boşanmada ortak velâyet asıl, ana veya babanın tek başına velâyeti ise istisnai bir velâyet rejimi olarak düzenlenmiş bulunmaktadır²⁹. İngiltere, İspanya, Fransa, İtalya, Almanya gibi Avrupa ülkelerinde de boşanmada ortak velâyet konusunda benzer değişiklikler gerçekleşmiştir³⁰.

Ortak velayet konusundaki bir diğer gelişme konunun uluslararası belgelerde yer almaya başlamasıdır. Avrupa Konseyinin 4 sayılı Ana Babanın Ebeveyn Sorumlulukları Hakkında ve Eşitlik ve Birlikte Velâyet (Paylaşılmış Ana Baba Sorumluluğu) : Babaların Rolü hakkında 2079 sayılı Tavsiye Kararları bu konuda örnek gösterilebilir³¹. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin (AİHS) 8. ve 14. maddeleri uyarınca AİHM'nin (Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi) muhtelif kararlarında, boşanma halinde ortak velâyete karar verilmesi gerektiği yönünde hüküm kurulmuştur³². Yine Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesi'nin muhtelif maddelerinde hüküm altına alınan ilkelerin, evlilik dışı ve evlilik içi doğan çocuğun arasında ayrımcılık yapılmaması yönünden, ortak velayetin esas kabul edilmesini gerektirdiği ifade edilmektedir³³.

Milli hukukumuz bakımından boşanma sonrası ortak velâyet konusunda gerçekleşen önemli bir gelişme Türkiye tarafından, AİHS Ek 7 Nolu Protokolün 6684 sayılı kanun ile uygun bulunarak ve 1 Ağustos 2016'da yürürlüğe girmesidir³⁴. AİHS Ek Protokol 7'nin iç hukuka aktarılması gerekçesiyle Yargıtay'ın ortak velâyet unsuru içeren yabancı mahkeme kararlarının tanıma talebinin kamu düzenine aykırılık gerekçesiyle reddi şeklindeki süregelen uygulaması

²⁷ Hausheer, Heinz/Geiser, Thomas/Aebi-Müller, Regina E. Das Familienrecht des Schweizerischen Zivilgesetzbuches, 4. Auflage, Stämpfli, Bern, 2010, s.152-153. Botschaft zu einer Änderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Elterliche Sorge), 2011.

²⁸ Çeviri, Kurt, s. 162. Ayrıca Erlüle, 2021, s. 563; Güneş, s. 163. İsviçre Medeni Kanunu'nda yapılan değişikliğin gerekçeleri hakkında detaylı bilgi için bkz. Öcal Apaydın, Bahar. "İsviçre Medeni Kanunu'nun Velâyete İlişkin Hükümlerinden Değişiklik Yapılması ve Ortak Velâyetin Kural Olarak Benimsenmesi", *Prof. Dr. Özer Seliçi'nin Anısına Armağan, Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C.11, S.145-146, 2016, s. 636 vd. Güven, s. 11-64.

²⁹ Kurt, s. 162-163; Erlüle, 2020, s.63; Öcal Apaydın, s. 641 vd; Erlüle, 2021, s. 563; Apaydın, s. 468; Çelebi, s. 49-50.

³⁰ Bkz. Kurt, s.162vd. Alman, Avusturya ve İsviçre Medeni Kanunlarında yapılan birlikte velâyete ilişkin revizyonlar hakkında detaylı açıklama için Erlüle, 2021, s.560 vd. İsviçre Medeni Kanunu bakımından bkz. Apaydın, s. 641vd.

³¹ Bkz. Erlüle, 2020, s. 61-64; Usta, s. 117-118. Amerikan ve Avustralya Hukuklarında Ortak Velâyete İlişkin bkz. Güven, agm.

³² Bkz. Erlüle, 2020, s. 62 dn. 29'da gösterilen kararlar.

³³ Erlüle, 2020, s. 62-63. Çocuk Hakları Sözleşmesi m. 18 bu bakımdan özel öneme sahiptir. ÇHS M. 18/1'de çocuğun yetiştirilmesinde ve gelişmesinin sağlanmasında ana-babanın birlikte sorumluluk taşıdıkları ilke olarak benimsenmiş ve taraf devletlerin bu ilkenin hayata geçirilmesinde her türlü çabayı gösterecekleri ifade lunmuştur. İlgili sözleşmede maddesinin İsviçre Medeni Kanunu revizyonun gerekçelerinden birini oluşturduğuna ilişkin bkz. Usta, s. 118; Bingöl, s. 287. Bu hususta detaylı bilgi için bkz. Öcal Apaydın, agm. Evlilik dışı çocuk bakımından aynı yönde bkz. Reyhani Yüksel. *Velâyet Hakkı ve Anayasal Sınırları*, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2020, s. 77-78.

³⁴ Erlüle, 2019,s.299-230; Çakır, s. 125-132.

değiştirilmiştir³⁵. Öğretide de geçmişte boşanmada münhasıran tek başına velâyet rejiminin geçerli olduğu görüşü baskın iken zikredilen gelişmelerin etkisiyle mevcut TMK hükümleri uyarınca evlilik birliğinin boşanma ile sona ermesi halinde hâkim tarafından ortak velâyete hükmedilebileceği ve “de lege ferenda” olarak ortak velâyeti çocuk menfaati ilkesine uygun gören ve TMK’ nin mevcut düzenlemelerin buna uygun olarak tadil edilmesi gerektiği yönündeki görüşler ağırlık kazanmaya başlamıştır³⁶.

II. Pozitif Hukuk Bakımından Ortak Velâyet’ in İncelenmesi

A. TMK Hükümleri Çerçevesinde Ortak Velâyet

Yukarıda değinmiş olduğumuz gibi TMK m.336/1’de velâyetin evlilik devam ettiği sürece ana ve baba tarafından birlikte kullanılacağı, aynı düzenlemenin ikinci fıkrasında ise ortak hayata son verilmiş veya ayrılık hali gerçekleşmişse hâkimin velâyeti eşlerden birine verebileceği düzenlenmiştir. TMK m.336’nın üçüncü fıkrasında ise ölüm ve boşanma halinde velâyetin sırasıyla sağ kalan eş veya çocuk kendisine bırakılan eşe ait olduğu ifade edilmiştir. İfade edilmiş olduğu gibi zikredilen yasal düzenleme çerçevesinde evlilik birliğinin boşanma ile sona ermesi halinde ortak velâyetin mümkün olup olmadığı öğretide ihtilafıdır. Özellikle TMK m.336/3’de açıkça boşanmada ortak velayetten bahsedilmemiş olması itibarıyla konu tartışmalı olmaya devam etmektedir. Yine Medeni Kanun’un Çocuklar Bakımından Ana ve Babanın Hakları, 1.Hâkimin Takdir Yetkisi, başlıklı 181. maddesinin ikinci fıkrasında “*velâyet kendisine verilmeyen eş...*”ten bahsedilmesi ilgili hükme, boşanmada ortak velâyetin Medenî Kanun uyarınca uygulanabilirliği konusunda farklı anlamlar verilmesine sebep olmuştur. Esasen Medenî Kanun’un boşanmada velayeti düzenleyen her iki hükmü de öğretide farklı şekilde yorumlanmaktadır.

Öğretide geçmişten yana savunula gelen bir görüşe göre: Kanun Koyucu boşanma sonrası ortak velâyeti uygun görmeyerek, bu durumda velâyetin ana veya babadan birine verileceği esasını benimsemiştir. Bu görüşe göre, emredici nitelikli TMK m.336/3 ile boşanma sonrası ana babanın ortak velâyeti hususunda menfi çözüm şeklinde bir düzenleme getirilmiştir³⁷. Dolayısıyla boşanma halinde müşterek çocuğun ana veya babadan birine bırakılması zorunludur. Emredici nitelikteki TMK m.336/3 gereği, boşanmada hâkim tarafından ortak velayete hükmedilemez³⁸. AİHS Ek Protokol 7’nin yürürlüğe girmesinden önceki döneme ilişkin olarak Yargıtay uygulaması da bu

³⁵ Apaydın, s. 461; Usta, s. 116; Çelebi, s.62. İngiliz vatandaşı olan tarafların ortak velâyet istemine ilişkin davada karar vermek gerekirken kamu düzenine aykırılık gerekçesiyle yazılı hüküm kurulması bozma sebebi sayılan bir karar için bkz. Ruhi, Canan/Ruhi, Ahmet Cemal. *Velâyet Hukuku*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2011, s. 45-47.

³⁶ Aynı yönde Erlüle, 2020, s. 64; Baygın, s. 268; Çakır, s. 144. Hakime velâyete ilişkin geniş bir takdir hakkı tanınması gerektiği ve çocuk yararının hani durumlarda tek başına velâyeti ani durumlarda ortak velâyeti gerektirdiğinin er somut olay özelinde incelenmesi gerektiği görüşü için bkz. Ercoşkun Şenol, H. Kübra. “Türk Hukukunda Boşanma Halinde Ortak Velâyete Hükmedilip Hükmedilemeyeceği Sorunu”, *InÜHFD*, C.12, S.2, 2021, s. 763.

³⁷ Hatemi, s. 131; Dural/Öğüz/Gümüş, s.140 p.752; Kılıçoğlu, Ahmet. *Aile Hukuku*, 3. bası, Turhan Kitapevi, Ankara 2017, s.624. AİHS 7 Nolu Ek Protokol m.5 gerekçesiyle ortak velâyete hükmedilmesini kabul etmekle birlikte aynı yönde bkz. Kurt, s.172vd.

³⁸ Dural/Öğüz/Gümüş, s. 140 p.752; Hatemi, s.131, Kurt, s.170; Kılıçoğlu, s. 624.

yönde olmuştur³⁹. TMK düzenlemeleri uyarınca ortak velayete hükmedilmesini mümkün görmemekle birlikte TMK m.336/3 hükmünün boşanmada ortak velayete imkân tanımaması itibarıyla, ilgili hükmün çocuk yararı ve anayasal eşitlik ilkelerine aykırı olması gerekçesiyle aleyhine aleyhine Anayasa Mahkemesine başvurulması da öğretide önerilmiştir⁴⁰.

Boşanma halinde ortak velâyeti mümkün sayan görüşe göre ise: TMK m.336/3 düzenlemesi ortak velâyete hükmedilmesini engellemektedir⁴¹. Bu görüşteki yazarlar tarafından, ilgili hüküm emredici nitelikte sayılmamakta⁴² ve boşanmada ortak velayet konusunda bir örtülü boşluk olduğu kabul edilmektedir⁴³. Bu görüş bakımından özellikle üzerinde durulan husus, TMK m.336/3'ün çocuk yararı ilkesine uygun olarak yorumlandığı takdirde, hâkim tarafından boşanmada ortak velayete hükmedilebilmesinin önünde bir engel olarak değerlendirilmemesi gereğidir⁴⁴. Bu görüşteki yazarların bir kısmı tarafından da TMK m.336/3'ün , boşanmada ortak velayete hükmetme konusunda hakime takdir yetkisi verecek şekilde tadil edilmesi gereği ifade edilmektedir⁴⁵. Yine öğretide savunulan bir görüşe göre TMK m.336/3'de boşanmada ortak velayet konusunda menfi çözüm yolu benimsenmiş değildir. İlgili madde de örtülü değil gerçek bir boşluk vardır. Bu boşluk hakim tarafından TMK m.1 uyarınca doldurulacaktır⁴⁶.

Boşanmada ortak velayeti geçerli bir velayet rejimi olarak değerlendiren yazarlar tarafından, haklı olarak TMK m.182 düzenlemesi de haim tarafından ortak velayete hükmedilmesini engelleyen bir düzenleme sayılmamaktadır. İlgili hükmün müşterek çocukların taraflardan yalnız birine bırakılması hali dikkate alınarak düzenlenmiş olduğu ifade edilmektedir⁴⁷. Bu bağlamda ilgili hükümde yer alan “...velâyet kendisine bırakılmayan taraf...” ifadesinde tekil olarak taraf kelimesinin kullanılması kanun koyucunun bilinçli olarak velâyetin ebeveynlerden birine bırakılmak zorunda olduğu düşüncesinin bir sonucu olarak tercih edilmiş değildir⁴⁸. Başka bir ifade ile ilgili hüküm ile velayette hak sahipliği değil boşanma ve ayrılık halinde ana babanın hakları ve çocukla kişisel ilişki kurulması hususunda hakimin takdir yetkisi düzenlenmek istenmiştir. Bu görüşe göre velâyet ana ve babaya birlikte bırakılırsa artık velâyet kendisine

³⁹ Bkz. Apaydın, s. 46 dn. 59'da yeralan Yargıtay 2HD E.2006/6824 K.2006/13638 T.10.10.2006 sayılı karar.

⁴⁰ Bu görüş için bkz. Serozan, Rona. “Soybağı Hukuku Üzerine Çeşitlemeler”, Prof. Dr. Bilge Öztan'a Armağan, Turhan Kitapevi, Ankara, 2008, s.773.

⁴¹ Koçhisarlıoğlu, s. 44; Baygın, s.268; Öztan, 2015, s.1090-1091; Bingöl, Ediz.” Boşanmış Çiftlerin Birlikte Velâyet Hakkının Türk ve İsviçre Hukukları Bakımından Karşılaştırılması”, *İstanbul Barosu Dergisi*, C.88, S. 2, 2014, s. 304.

⁴² Koçhisarlıoğlu, s.38, 229; Öztan, 2006, s.256-257; Çakırca, s. 120-121.

⁴³ Öztan, 2006, s. 260; TMK m. 336/3 lafzını açık bulmamakla birlikte, ilgili hükmün çocuk yararı ilkesi uyarınca yorumlanarak bu sonuca varılması gerektiği yönünde Öztan/Öztan, s. 21.

⁴⁴ TMK m. 336/3 düzenlemesinin çocuk yararı ilkesi ışığında “objektif zamana uygun yorum metodu” çerçevesinde anlaşılabilirliği yönünde Öztan, 2006, s.256-259. Koçhisarlıoğlu, s. 175vd. İlgili hükmün amaca uygun yorum yapılarak anlaşma halinde ortak velâyete hükmedilmesi gerektiği yönünde Erlüle, 2019, s. 154 vd. Ayrıca bkz. Kırca, Çiğdem. “Örtülü Boşluk ve Bu Boşluğun Doldurulması Yöntemi Olarak Amaca Uygun Sınırlama”, *AÜHFĐ*, C.50, S. 1, 2001, s.110. Kurt, Kanun hükmünün yorumlanmasında zamanın şart ve ihtiyaçlarının göz önünde tutulmasının gerekli olduğunu ancak bu gerekçeyle kanun metnine aykırı (contralegem) yorum yapılarak hükmün düzeltilmeyeceği görüşündedir bkz. agm, s. 172-173.

⁴⁵ Koçhisarlıoğlu, s. 226; Öztan, 2006, s.259-260.

⁴⁶ Apaydın, s. 457-459.

⁴⁷ Koçhisarlıoğlu, s. 104; Kurt, s. 166; Dönmez/ Barın, s. 185; Apaydın, s. 460; Ercoşkun Şenol, s. 758. Karş. Baygın, s. 268.

⁴⁸ Koçhisarlıoğlu, s. 103 vd.; Öztan, 2006, s.253-254; Erlüle, 2019, s. 286.

birakılmayan bir eşin varlığından söz açılmayacağından ilgili hüküm kapsamında kişisel ilişki düzenlenmesinin ve nafaka belirlenmesinin gereği yoktur⁴⁹.

Bir diğer görüş kapsamında ise Medenî Kanun'un ilgili hükümleri çerçevesinde, boşanma sonrasında esas olanın ana veya babanın tek başına velâyeti olsa dahî eşlerin ortak velâyet konusunda anlaşmış olmaları ve yürütmek konusunda hazır olduklarının anlaşılması durumunda çocuk yararı ilkesi gereğince boşanmada ortak velâyetin kabul edilmesi gereği ifade edilmektedir⁵⁰. Ancak bu görüşteki yazarlar tarafından da TMK m.336/3 yönünden boşanmada ortak velayete imkan sağlayan şekilde bir açık bir değişiklik yapılması gerektiği ifade edilmektedir⁵¹.

B. AİHS 7 Nolu Ek Protokol'ün Yürürlüğe Girmesinin Boşanmada Ortak Velâyete İlişkin Etkisi

Türk Hukuku'nda boşanmada ortak velâyetin mümkün sayılıp sayılmayacağı tartışması, Türkiye tarafından, AİHS Ek 7 Nolu Protokol'ün 10 Mart 2016'da 6684 sayılı Kanun ile uygun bulunması ve 1 Ağustos 2016'da yürürlüğe girmesi ile başka bir boyut kazanmıştır. AİHS 7 Nolu Ek Protokol'ün konumuz bakımından önem arz eden beşinci maddesi şu şekildedir: “*Eşler, evlilik bakımından, evlilik süresince ve evliliğin bitmesine halinde, kendi aralarındaki ve çocuklarıyla olan ilişkilerinde, özel hukuk niteliği taşıyan hak ve sorumluluklar açısından eşittir. Bu madde devletlerin çocuklar yararına gereken tedbirleri almalarına engel değildir*”. İlgili düzenleme ile evlilik birliği sonrasında döneme ilişkin olarak da eşlerin çocuklarıyla ilişkileri ile hak ve sorumluluklar bakımından eşit olması ilkesi kabul edildiğinden, bu maddenin ortak velayetle de ilgili olduğu kabul edilmektedir⁵².

Güncel gelişmeler başlığı altında kısaca değinmiş olduğumuz üzere, Ek Protokol 7'nin yürürlüğe girmesinin etkisiyle öncelikle ortak velâyet unsuru içeren yabancı mahkeme kararlarının tanınması taleplerine ilişkin olarak Yargıtay'ın kamu düzenine aykırılık gerekçesiyle red yönündeki yerleşmiş uygulaması terkedilmiştir⁵³. Yargıtay 2. Hukuk Dairesi tarafından 20.02.2017 tarihli kararda, “*ortak velâyet düzenlenmesinin, Türk kamu düzenine 'açıkça' aykırı olduğunun söylemeyeceği*” ne hükmedilmiştir. Yüksek Mahkeme tarafından bu görüş değişikliğinin gerekçesi olarak AİHS Ek 7 Nolu Protokol 5. maddesi gösterilmiş ve Anayasa'nın 90. maddesi son fıkrası uyarınca, usulüne göre yürürlüğe konulmuş milletlerarası andlaşmaların kanun hükmünde olduğu, andlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda milletlerarası andlaşma hükümlerinin esas alınacağı ifade olunmuştur⁵⁴. Görüldüğü üzere Anaya m.90 ışığında çözüme kavuşturulacak bu mesele de

⁴⁹ Koçhisarlıoğlu, s. 104.

⁵⁰ Bu konuda detaylı bilgi için bkz. Koçhisarlıoğlu, s. 43 vd. ayrıca s. 175-177; Öztan, 2006, s.257; Usta, s. 123-124.

⁵¹ Koçhisarlıoğlu, TMK m.336/3'ü ana ve baba tarafından boşanma halinde çocuğun velâyeti hususunda anlaşmanın gerçekleşmediği hallerde uygulanacak bir hüküm olarak değerlendirmektedir bkz. age, s. 39. Benzer bir görüş için Öztan, 2006, s. 260; Öztan/Öztan, s.20-21. Ayrıca bkz. Bkz. Baygın, Cem. *Soybağı Hukuku*, İstanbul, 2010, Oniki Levha Yayıncılık, s. 268; Dönme/Barın, s. 206; Apaydın, s.469 vd; Ercoşkun Şenol s. 762-763.

⁵² Bkz. Velâyetin cinsiyet eşitliği ile ilişkilendirilmesinin gerekçeleri için bkz. Çelebi, s. 33 vd.

⁵³ Boşanmada velâyetin ana veya babadan birine bırakılması mecburiyetine ilişkin eski tarihli kararlar için bkz. Öztan, 2006, s. 251 dn.4.

⁵⁴ Erlüle, s. 300 dn.114'de Öztan, Bilge. “Boşanmada Birlikte Velâyet”, *İzmir Medeni Hukuk Günleri, II, Aile Hukuk Sempozyumu Bildiri Özetleri*, 27-28 Nisan 2018, İzmir, s.12-13. Bu karara ilişkin karşı oy yazısı için bkz. Apaydın, s. 462 vd.

öncelikle tespit olunması gereken husus AİHS 7 nolu Ek Protokol m.5'in TMK'nin boşanmada ortak velayete ilişkin 336/3 hükmü ile çatışma içinde olup olmadığıdır.

Yargıtay 2. Hukuk Dairesi Başkanı Gençcan⁵⁵ tarafından da 7 Numaralı Ek Protokolün 5. maddesi uyarınca, artık evliliğin boşanma ile sona ermesi halinde ortak velâyetin asıl olduğu, boşanmada da ortak velâyetin genel kural olarak kabul edilmesi gerektiği ifade edilmiştir⁵⁶. Zira Gençcan'a göre: 6684 sayılı Kanun'un yürürlüğe girmesi ile boşanma halinde ortak velâyeti engelleyen TMK hükümleri hükümden düşmüştür⁵⁷. Hukuk pratiğimizde bu gelişmenin ardından ilk derece mahkemeleri tarafından da ana babanın müşterek talebi ile ortak velayete hükmedilmeye başlanmıştır⁵⁸. Öğretide de, AİHS Ek protokol 7'nin yürürlüğe girmesiyle birlikte normlar hiyerarşisi çerçevesinde ortak velayetin uygulanabilir hale geldiği görüşü ifade olunmuştur⁵⁹.

Bizim de katıldığımız bir başka görüşe göre⁶⁰: AİHS 7 Nolu Ek Protokol madde beş, imzacı devletler yönünden ortak velayeti emreden bir düzenleme olarak değerlendirilmemektedir. İlgili hüküm ile gerek evlilik süresince gerek boşanma aşamasında eşler arasında cinsiyet temelli bir ayrımcılık yapılmasının yasaklanmıştır. TMK m.336'da eşler arasında cinsiyet temelli bir ayırım yapmadığına göre ilgili protokolün beşinci maddesine aykırı bir hüküm olarak değerlendirilmemektedir⁶¹. Bu görüş kapsamında AİHM tarafından, Avusturya Medeni Kanunu'nun boşanma halinde velâyetin ebeveynlerden birine bırakılacağına ilişkin 177. paragrafının, velayet kendisine bırakılmayan eş yönünden çocukla kişisel ilişki kurma ve bilgi alma hakkının kanun ile temin edilmiş olduğu gerekçesiyle, Ek 7 nolu Protokol 5. maddesinin ihlali anlamına gelmediğine hükmedilmiş olması örnek gösterilmektedir⁶².

Varılan sonuç itibarıyla bu görüşe benzeyen bir başka görüşe göre, 7 numaralı Ek Protokol m. 5'in eşler arasında velayete ilişkin eşitliği de gerektirdiği kabul edilmekle ortak velayete ilişkin geçerli olan çocuk yararı ilkesinin ilgili protokol maddesinin de istisnasını oluşturduğu ifade edilmektedir. Bu görüşe göre, iç hukukumuzun bir parçası haline gelen konuyu ilgilendiren bir diğer sözleşme Çocuk Hakları Sözleşmesidir. Velâyetin süjesinin ebeveynler değil çocuk olduğu dikkate alındığında, çocuk yararı ilkesi uyarınca Çocuk Hakları Sözleşmesine uygun bir karara

⁵⁵ Erlüle, 2019, s. 301 dn. 117'de Gençcan, Ömer Uğur, "Ortak Velâyet", İzmir Barosu Bülten, Y. 27, 8 Mart 2017 Özel Sayısı, Mart 2017, s.26; Apaydın, s.449.

⁵⁶ Aynı yönde Erlüle, s.301 dn. 115'te Öztan, Bilge. "Boşanmada Birlikte Velâyet", *İzmir Medeni Hukuk Günleri, -II, Aile Hukuk Sempozyumu Bildiri Özetleri*, 27-28 Nisan 2018, İzmir, s.13.

⁵⁷ Anayasa m. 90/son iki düzenlemenin çatışması durumunda uygulanacak normun tespitine yönelik özel bir çatışma kuralıdır. AİHS 7 nolu Ek Protokol m.5'in ortak velâyetine ilişkin TMK m.336/3 ile çatıştığı kabul edilse dahi ilgili hükmün örtülü olarak ilga edildiği söylenemez protokolün ilgili maddesinin uygulanacağı söylenebilir. Bu yönde ve Anayasa m. 90/ son'un iç hukuka etkisi konusundaki tartışmalara ilişkin detaylı bilgi için bkz. Erlüle, 2019, s. 308-319; Dönmez/Barın, s. 193vd. Çakır, s. 126-127; Güven, agm. Aynı yönde Öztürk, s. 226.

⁵⁸ Kurt, s. 170 dn. 42'de verilen, T. 27.5.2009 E. 448, K. 470, sayılı İzmir 4. Aile Makemesi Kararı. Ayrıca, Apaydın, s. 461 dn. 60'ta verilen Yargıtay 2HD 22.11.2004 E.12285/K.13680 kararı. Çakırca, Nagehan. *Boşanma Sonrası Ortak Velâyet*, Ankara, 2020, s. 137 vd. Evlilik dışı çocuk yönünden ortak velâyetine ilişkin bkz. Çelebi, s. 63 dn.185'te yer verilen İstanbul 10 BAM, 226/9, 07.01.2019, Ankara 2 BAM, 3530/158, 05.02.2019, İzmir 2 BAM , 3781/179, 05.02.2019 kararları.

⁵⁹ Kurt, s.174. İlgili protokolün yürürlüğe girmesiyle artık boşanmada ortak velâyetine hükmedilmesinin önündeki tek engelin çocuk yararı ilkesinin aksini gerektirmesi hali olduğu görüşü için bkz. Reyhani Yüksel, s. 83-84.

⁶⁰ Apaydın, s. 467 vd. Erlüle, 2019, s. 318-319.

⁶¹ Apaydın, s. 467. Benzer şekilde Dönmez/Barın, s. 202 vd.

⁶² Apaydın, s. 467; Dönmez/Barın, s. 203; Erlüle, 2019, s. 317.

varılması gerekmektedir. Olması gereken hukuk bakımından ise ana ve babaya ortak velayeti tercih etme hakkı tanınmalıdır⁶³.

Öğretideki Görüşlerin Değerlendirilmesi ve Varılan Sonuçlar

Öncelikle belirtilmesi gerekir ki, TMK m.336/2'nin, yani "ortak yaşama son verilmiş veya ayrılık hali gerçekleşmişse hâkim, velâyeti eşlerden birine verebilir", hükmünün zıt anlamı itibarıyla, hâkimin bu halde ortakvelâyete de karar verebileceği sonucuna kesin şekilde ulaşamaz. Nitekim ilgili düzenleme velayetin hali hazırda ana-baba tarafından birlikte kullanıldığı durum dikkate alınarak kaleme alınmış görünmektedir. Bu sebeple ilgili hüküm sebebiyle, Kanun Koyucu tarafından veya Medenî Kanunu'muz çerçevesinde, ayrılık veya ortak yaşama son verilmesi halinde ortak velayetin çocuk yararına uygun bir velâyet rejimi olarak görüldüğü söylenemeyecektir⁶⁴.

Belirtildiği üzere boşanmada ortak velayet, Medenî Kanunu'muzda açıkça düzenlenmemiştir. TMK m.336/3'ün, boşanma halinde, velayetin kendisine bırakılan tarafa ait olacağı şeklindeki açık lafzından Kanun Koyucu'nun evliliğin boşanma ile sona ermesi durumuna tek başına velayeti diğer velayet modellerine tercih ettiği başka bir şekilde menfî çözüm şeklinde bir düzenleme getirildiği anlaşılmaktadır.

Boşanmada velayet konusuna ilişkin Medeni Kanun'da yeralan bir diğer düzenleme olan m.182/3 tek başına Kanun Koyucu tarafından boşanmada ortak velayetin dışlandığı sonucuna varmak üzere yeterli değildir. Nitekim ilgili düzenleme, VIII.Çocuklar bakımından ana ve babanın hakları ve 1. Hakimın takdir yetkisi şeklindeki kenar başlıklarından açıkça görüldüğü üzere hakim tarafından kişisel ilişkiler düzenlenirken dikkate alınacak hususları gösteren bir maddedir. Ancak bu düzenleme TMK m. 336/3 ile birlikte değerlendirildiğinde Kanun Koyucu'nun boşanmada geçerli velâyet rejimi tercihinin tek başına velayet yönünde olduğunu göstermek üzere anlamlı sayılmak gerekir. Nitekim TMK m. 182/3'ün lafzının bu hususu göstermekte yeterince açık olmadığına itirazına karşı⁶⁵ öğretide daha önce de ifade olunmuş olduğu üzere⁶⁶ revizyondan önce Mehaz Kanun'un (eİMK m.133/1) ilgili hükme karşılık gelen eski maddesinde velâyetin ebeveynlerden birisine bırakılacağına açıkça düzenlenmiş olduğu söylenebilecektir. Nitekim ortak velayet yönünden gerçekleştirilen revizyonlardan önce mehaz Kanun'un (İMK) TMK m.336/3'e karşılık gelen m.297/III hükmü İsviçre öğretisinde ve İsviçre Federal Mahkemesi kararlarında da bu şekilde anlaşılmaktadır⁶⁷.

Hukumumuzda evliliğin boşanma ile sona ermesi durumunda ortak velayeti uygulanabilirliği sorununu doğrudan etkiler görünen diğer bir gelişme ifade edilmiş olduğu gibi AİHS 7 Nolu Ek Protokol'ün yürürlüğe girmesidir. Nitekim Anayasa m.90/son'a göre; usulüne göre yürürlüğe konmuş olan milletlerarası andlaşmalar kanun hükmünde olduğundan ve temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası andlaşmaların kanunlarla aynı konuda farklı hükümler

⁶³ Aynı yönde bkz. Dönmez/Barın, s. 205. Müşterek talep ve çocuk yararı ilkesi gözetilerek istisnai olarak boşanmada ortak velâyete hükmedilmesi gerektiği görüşü için bkz. Baygın s. 268.

⁶⁴ Aksi yönde Erlüle, 2019, s. 287.

⁶⁵ Bu görüş için bkz. Öztan, 2006, s. 253. TMK'nin mevcut hükümlerini boşanmada ortak velâyet kararı verilmesini engellemediği görüşü için ayrıca bkz. Koçhisarlıoğlu, s. 103 vd. Dönmez/Barın, s. 184 vd.

⁶⁶ Öztan, 2006, s. 253.

⁶⁷ Baygın, s. 267'den BGE 117 II 523; Usta, s. 119; Çelebi, s. 49.

içermesinden doğan doğabilecek uyuşmazlıklarda milletlerarası andlaşma hükümleri esas alınacağından konu önemi haizdir. Yüksek Mahkeme'nin ilgili protokolün beşinci maddesini gerekçe göstererek Türk Hukuku'nda boşanmada ortak velayeti mümkün sayan yorumu da dikkate alındığında konunun araştırılması zarurî hale gelmektedir. Anayasa m. 90/son düzenlemesinin iç hukuka etkisi konusunda birbirinden farklı görüşler ileri sürülmekteyse de, bu tartışmaya girmeden öncelikle milletlerarası andlaşma ve kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi bir çatışmanın varlığı, ön koşul olarak gerçekleşmelidir. Vardığımız sonuç itibarıyla Ek protokol 5. maddesinin TMK'nin velâyete ilişkin hükümleri ile çatışma halinde olduğu söylenemez⁶⁸. Öğretide benzer görüşü paylaşan yazarlar tarafından örnek gösterilen Avusturya/Cernekv davası⁶⁹ çerçevesinde AİHM tarafından, Avusturya'nın Kanunu'nda ortak velayeti düzenlememiş olması sebebiyle ihlale hükmedilmemiş olması bunu açıkça göstermektedir. Kararda ifade olunduğu üzere takdir marjıdır. İlgili hüküm taraf devletleri ortak velayeti iç hukuklarında düzenlemekle yükümlü tutmamaktadır.

Bize de daha isabetli görünen ilgili protokolün beşinci maddesinin ratio legisinin kadın ve erkek eşin arasında sadece evlilik süresince değil evlilik sonrasındaki dönemi de kapsayacak şekilde eşitliğin sağlanması olduğudur. Bu görüş kabul edildiği takdirde, 7 nolu Ek Protokol madde 5'in TMK'nin m. 336. ile çeliştiği ve dolayısıyla Anayasa'nın 90/son gereğince milletlerarası antlaşma hükmünün uygulanarak ve ortak velâyete hükmedilebileceği sonucuna varılmayacaktır. Zira AİHS 7 nolu Ek protokol 5. maddesi doğrudan boşanmada ortak velâyete ilişkin bir düzenleme olmadığı gibi TMK m.336'da evlilik sürecinde veya sonrasında kadın veya erkek ebeveyn arasında hak ve yükümlülüklerde eşitliği ihlal eden bir düzenleme sayılamaz.

Bir an için ek protokol beşinci maddenin velayete ilişkin sonuçları olduğu kabul edilse dahi velâyet konusuna ulusal ve uluslararası düzeyde hâkim olan ilke çocuk yararı ilkesi, ana- babanın yararı veya çocuğun yararının çatıştığı zaman çocuğun yararının esas alınacağını ifade eder⁷⁰. Bu bakımdan velayet konusunun ana ve babanın eşitliği ilkesinin doğrudan bir alanı olmadığı kabul edilmesi gerekir⁷¹. Bu hususta ayrıca çok haklı olarak çocuk yararı ilkesinin Ek Protokol m.5'in de istisnasını oluşturduğu ve BMÇHS uyarınca da çocuk yararına uygun şekilde velayete karar verilmesi gerektiği ifade olunmaktadır⁷².

Olması gereken hukuk bakımından boşanmada ortak velâyetin kural olarak kabul edilmesinin gerekli olup olmadığı sorusunun cevabı da yine çocuk yararı ilkesi ile doğrudan bağlıdır. Batıda ilgili bilim dalları çerçevesinde yapılan araştırmalar çocuk yararına uygun velayetin ortak velayet olduğunu göstermektedir⁷³. Bu yönüyle soru multidisipliner bir özellik taşımaktadır. Bize göre bu soru titizle cevaplandırılmalıdır. Zira ortak velâyet rejiminin çocuk

⁶⁸ Benzer şekilde Erlüle, 2019, s. 315-316. TMK m. 336/3'ün zimmî olarak ilge olunmadığı ancak AİHS 7 nolu ek protokol m. 5 uyarınca çocuğun yararına olması halinde ilgili madde gereğince boşanmada ortak velâyete hükmedilebileceği yönünde Çakırca, s. 133.

⁶⁹ Cernekv. Austria Application no. 31061/96.

⁷⁰ Erlüle, 2020, s. 61.

⁷¹ Benzer şekilde Çelebi, çocukları etkileyen konularda kadın erkek eşitliğinin birincil ölçüt olmadığı ifade etmektedir. Çocuğun üstün yararı ilkesinin ilgili kendisi ile birlikte geçerli sayılabilecek diğer hukuki ilkelere tercih edilecek nitelikte olduğunu ifade etmektedir., agm., s. 32

⁷² Dönmez/Barın, s. 205; Ercoşkun Şenol, s. 762.

⁷³ Bkz. Erlüle, Fulya. "Boşanmadan Sonra Birlikte (Ortak) Velâyete İlişkin Güncel Gelişmeler", *Bursa Barosu Dergisi*, C.45, S.114, 2020, s.61, (Erlüle, 2020). Ayrıca bkz. Ercoşkun Şenol, s. 756 dn. 6.

lehine özelliklerinin yanı sıra bize göre çocuğun uyuşmazlıklardan olumsuz etkilenmesi, eski eşler arasında devam eden çekişmelerde araçsallaştırılması ve gereği gibi velâyetin yürütülememesi tehdidinin olumsuz sonuçlarından zarar görmesi gibi riskler mevcuttur⁷⁴. Bu sebeple bize göre bu hususlar dikkate alınarak ve bir uygulama envanteri elde edilmesi amacıyla, İsviçre’de gerçekleşen ilk aile hukuku revizyonunda olduğu gibi hakime ana-babanın anlaşması⁷⁵ ve velâyeti çocuk yararına uygun şekilde yürütebileceklerinin anlaşılması halinde ortak velâyete hükmetme bakımından takdir hakkı tanınmalıdır. Zira böyle bir ihtimalde belirli bir süre içinde uygulamamızda boşanmada ortak velâyetin ne ölçüde ağırlık kazanacağı dolayısı ile ilgili kurumun kural olması yönünde bir ihtiyacın varlığı tespit edilebilecektir. Aile Mahkemeleri tarafından ebeveynlerin talebi ve çocuk yararına uygunluk şartı ile verilen ve yürütülebilen belirli sayıda ortak velâyet kararı, kurumun TMK’de kural haline getirilmesinin güçlü gerekçelerden birini teşkil edecektir⁷⁶.

KAYNAKÇA

Apaydın, Eylem. “Ortak Hayata Son Verilmesi Sonrası Ortak Velayet Hususunda Düzenleme Yapılması Gereği”, *İNÜHFD*, C.9S.1, , s. 445- 476, 2018.

Baygın, Cem. *Soybağı Hukuku*, Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2010.

Bingöl, Ediz. “Boşanmış Çiftlerin Ortak Velayet Hakkının Türk ve İsviçre Hukukları Bakımından Karşılaştırılması”, *İstanbul Barosu Dergisi*, C.88, S.2, s.276- 312, 2014.

Birinci Uzun, Tuğba. “Türk Medenî Kanunu’na Göre Velâyetin Kullanılması ve Çocuğun Yüksek (Üstün) Yararı İlkesi Doğrultusunda Boşanmada ve Evlilik Dışı İlişkide Birlikte Velâyet Modeli”, *Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 6, S. 1, s. 135-166, 2016.

Bükel Koç, Merve. “Ortak Velayet”, Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış yüksek lisans tezi, Ankara, 2020.

Çelebi, Özgün. “Cinsiyet Eşitliği ve Çocuğun Üstün Yararının Kesişim Noktası Olarak Boşanmada Velayetin Düzenlenilmesi”, *İstanbul Hukuk Mecmuası*, C. 79, S. 1, s. 22-77, 2021.

Çakır, Nagehan. *Boşanma Sonrası Ortak Velayet*, 1. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara, 2020.

Durak, Yasemin. “Gemeinsames Sorgerecht”, *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 24, S. 4, s.101-118, 2020.

Dural, Mustafa/Öğüz, Tufan/Gümüş, Mustafa Alper. *Türk Özel Hukuku, Cilt III, Aile Hukuku*, Gözden Geçirilmiş 11.bası, Filiz Kitapevi, İstanbul, 2016.

⁷⁴ Erlüle, s. 114vd.; Çakır, s.76.

⁷⁵ Hakime mevcut pozitif düzenleme çerçevesinde de anlaşma halinde ortak velâyetin çocuk yararına uygun olup olmadığını denetleme konusunda takdir yetkisi tanınması yönünde bkz. Öztan, 2006, s. 52.

⁷⁶ Öztan/Öztan, bu konudaki görüşlerini şu şekilde ifade etmektedir: “Avrupa Konseyinin tavsiye kararına göre, birlikte velâyetin temel kural ve velâyetin anababandan birine verilmesi istisna olarak kabul edilmeden önce toplumdaki isteklerin hangi yönde olduğubelirlenmeli, toplumdakideğer hükümlerinin değişip değişmediğiüzerinde sosyolojik araştırmalar yapılmalı, özellikle ülkenin kültürü, adetleri, toplumun normları incelenmeli, gerçeğe uygunluğu araştırılmalıdır. Birliktevelâyetin temel kural olarak kabulü hâlinde, 90 yılı aşkın bir süreden beri uygulanan ve toplumda büyüktartışmalara neden olmayan tek başına velâyetin istisnaî hüküm olarak uygulanması herhalde hâkimlere bellibir süre büyük bir yük getirecektir. Birlikte velâyetin, toplumda alışıl gelmiş olan uygulamalar ve örflerkarşısında yaygın bir şekilde uygulanabilmesi için herhalde uzunca bir süre beklemek gerekecektir. Bu konudabiraz sabır zorunlu olacaktır kanaatındayız.”, agm, s. 23.

Dönmez, Ünsal/ Barın, Taylan. “Boşanma Sonucunda Birlikte Velayetin Türk Hukukunda Uygulanabilirliği Sorunu”, *TAAD*, Y.9, S.35, s. 175-209, 2018.

Ercoskun Şenol H. Kübra. “Türk Hukukunda Boşanma Halinde Ortak Velâyete Hükmedilip Hükmedilemeyeceği Sorunu”, *İNÜHFD*, C.12, S.2, s.754-765, 2021.

Erlüle, Fulya. *İsviçre Medeni Kanunu'nda Yapılan Değişiklikler Işığında Boşanmada Birlikte Velayet*, 1. Bası, Yetkin Kitapevi, Ankara, 2019, (Erlüle, 2019).

Erlüle, Fulya. “Boşanmadan Sonra Birlikte(Ortak) Velâyete İlişkin Güncel Gelişmeler”, *Bursa Barosu Dergisi*, C.45, S.114, 2020, s.59-68. (Erlüle, 2020)

Erlüle, Fulya. “Alman, Avusturya ve İsviçre Medenî Kanunlarında Yapılan Revizyonlar ve Boşanmadan Sonra Birlikte Velayetin Kural Haline Gelmesi”, *YÜHFD*,C.XVIII, S. 18, s. 555-576, 2021, (Erlüle, 2021).

Güneş, Zeynep Naz. “Almanya ve İsviçre Örnekleriyle Türk Hukukunda Birlikte Velayet”, *TBB Dergisi*, S. 150, s. 157-178, 2020.

Güven, Kudret. “Türk Hukukunda Evliliğin Sona Ermesi Halinde ve Evlilik Dışı İlişkide Velayet Hakkının Geldiği Son Nokta Ortak Velayet”, *Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C.4, S.1, 2018, s.11-64.

Hatemi, Hüseyin. *Aile Hukuku*, 8. bası, Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2020.

Hausheer, Heinz/Geiser, Thomas/Aebi-Müller, Regina E.. *Das Familienrecht des Schweizerischen Zivilgesetzbuches*, 4. Auflage, Stämpfli, Bern, 2010.

Kılıçoğlu, Ahmet. *Aile Hukuku*, 3. Bası, Turhan Kitapevi, Ankara, 2017.

Koçhisarlıoğlu, Cengiz. *Boşanmada Birlikte Velayet ve Yasanın Aşılması*, Turhan Kitapevi, Ankara, 2004.

Kurt, Leyla Müjde “Boşanma Durumunda Birlikte(Ortak) Velâyet”, *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C.9, S.2, 2018, s.157-184.

Reyhani Yüksel. *Velayet Hakkı ve Anayasal Sınırları*, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2020.

Ruhi, Canan/Ruhi, Ahmet Cemal. *Velayet Hukuku*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2011.

Serozan, Rona. “Soybağı Hukuku Üzerine Çeşitlemeler”, *Prof. Dr. Bilge Öztan'a Armağan*, Turhan Kitapevi, s. 759-777, Ankara, 2008.

Öcal Apaydın, Bahar. “İsviçre Medeni Kanunu'nun Velayete İlişkin Hükümlerinden Değişiklik Yapılması ve Ortak Velayetin Kural Olarak Benimsenmesi”, *Prof. Dr. Özer Seliçi'nin Anısına Armağan*, *Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C.11, S.145-146, 2016, s. 631-658.

Öztan, Bilge. “Türk Hukuku'nda Boşanmada Birlikte Velayet Sorunu”, *Prof. Dr. Tuğrul Ansay'a Armağan*, s. 252-260, Turhan Kitabevi, Ankara, 2006. (Öztan, 2006)

Öztan, Bilge. *Aile Hukuku*, 6. Bası, Turhan Kitapevi, Ankara, 2015. (Öztan, 2015)

Öztan, Bilge/ Öztan, Fırat. “Boşanma Birlikte Velayet ve Birlikte Velayetin Uygulanmasına İlişkin Modeller”, *Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C.5, S.1, 2020, s.2569-2608. (<https://www-jurix-com-tr.lproxy.yeditepe.edu.tr/article/20850>) (Erişim tarihi: 14.04.2022)

Öztürk, Barış Can. *Birlikte Velayet*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2022.

Uzun Kazmacı, Özge. “Evlilik Dışında Velayetin Birlikte Kullanılması”, *Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C.6, S.1, 2018, s. 171-186.

İslâm Hukuku ve Mer'î Hukukta Mukayeseli Olarak Görünüşte İctima – Fikri İctima Ayrımı

Mustafa ÜNAL 

Arş. Gör. Dr., Necmettin Erbakan Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, İslam Hukuku Anabilim Dalı, Konya, Türkiye,
mustafaunal@erbakan.edu.tr (Sorumlu Yazar / Corresponding Author)

Makale Bilgileri

ÖZ

Makale Geçmişi

Geliş: 04.05.2023

Kabul: 07.08.2023

Yayın: 19.08.2023

Anahtar Kelimeler:

Fıkıh, Tedahül, İctima, Suçların İctimai, Görünüşte İctima, Fikri İctima, Cezaların İctimai.

Tek fiil sonucu bir haksızlık oluşabileceği gibi birden fazla haksızlık da oluşabilir. Birden fazla haksızlığın olduğu durumlarda, ihlal edilen ceza normlarından fiile yalnızca birinin uygulama kabiliyeti olması halinde görünüşte içtimadan bahsedilir. Tek fiile birden fazla ceza normunun uygulama kabiliyeti olduğu durumlarda ise fikri içtimadan bahsedilir. Fikri içtima hallerinde ihlal edilen her ceza normu bağımsızlığını korumaktadır. Görünüşte içtimada ise uygulama kabiliyeti olmayan ceza normlarının ayrıca bağımsızlıklarından bahsedilemez. Dolayısıyla fikri içtima durumunda her bir suç ayrıca değerlendirilmelidir. Ancak görünüşte içtima halinde ihlal edilen tek bir suçtan dolayı yargılama yapılacaktır. İki içtima türünün arasındaki ayrımlar ortaya çıkmasının temelinde bu neden yer almaktadır. İslâm ceza hukukunda cezaların içtimaı daha geniş biçimde değerlendirildiği için daha çok bu konu üzerinde durulmuş olsa da, her iki içtima türü de görülmektedir. İctimain uygulanması doğrudan ayet ve hadislerden çıkarılmaktadır. Neticesi sebebiyle ağırlaşan suçlar da İslam ceza hukuku içerisinde incelenmiştir. Dolayısıyla bu bakımdan da içtima ilişkisi değerlendirilmelidir. Bu çalışmada özellikle farklı olduğu kısımlar açısından modern hukuk ile İslâm ceza hukuku mukayese edilerek incelenmiştir. Bu değerlendirmeler neticesinde, İslâm ceza hukukunda kişilere karşı suçlar bakımından içtimain kabul edilemeyeceği, diyet ödenmesi gereken durumlarda içtimadan söz edilemeyeceği belirtilmiştir. İştirak halinde işlenen suçlar bakımından görünüşte içtima hükümlerinin uygulanabileceği tespit edilmiştir. Neticesi sebebiyle ağırlaşan hallerin görünüşte içtima kapsamında değerlendirileceği ifade edilmiştir.

Distinction of Unreal Joinder of Offenses, Conceptual Aggregation in Islamic Law and Modern Law Comparatively

Article Info

ABSTRACT

Article History

Received: 04.05.2023

Accepted: 07.08.2023

Published: 19.08.2023

Keywords: Forest, Fiqh, Interpenetration, Joinder, Joinder of Offenses, Unreal Joinder of Offenses, Conceptual Aggregation, Joinder of Punishments.

As a result of a single act, an offense may occur as well as more than one offense. In cases where more than one offense has occurred, unreal joinder of offenses is mentioned only if one of the violated punishment norms is applied to the act. In cases where more than one punishment norm can be applied to a single act, conceptual aggregation is mentioned. Every criminal norm violated in cases of conceptual aggregation use maintains its independence. In the case of unreal joinder of offenses, the independence of the punishment norms, which are not capable of implementation, cannot be mentioned. Therefore, in case of conceptual aggregation, each crime should be evaluated separately. However, due to a single offense violated in the unreal joinder of offenses case, a trial will be made. This is the reason behind the emergence of distinctions between the two species of joinder. In Islamic criminal law joinder of punishments are the main issue. However, it is apparently seen in unreal joinder of offenses and conceptual aggregation. The legitimacy of joinder is directly based on verses and hadiths. Aggravated state due to result of crimes have also been examined in Islamic criminal law. Therefore, in this respect, evaluations can be made regarding the joinder. In this study, modern law and Islamic criminal law have been compared and examined in terms of the parts where they are different. As a result of these evaluations, it has been stated that in Islamic criminal law, joinder cannot be accepted in terms of crimes against individuals and it cannot be mentioned in cases where a diet is required. It has been determined that unreal joinder of offenses provisions can be applied in terms of crimes committed in complicity. It is stated that aggravated state due to result of crimes will be evaluated within the scope of unreal joinder of offenses.

Atıf/Citation: Ünal, M. (2023). İslâm Hukuku ve Mer'î Hukukta Mukayeseli Olarak Görünüşte İctima – Fikri İctima Ayrımı, *Necmettin Erbakan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 6(2), s.613-636.

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



"This article is licensed under a [Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License](https://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0/) (CC BY-NC 4.0)"

GİRİŞ

Tarih boyunca, meydana gelen haksızlıkların karşısında bir ceza olması fikri olagelmıştır. Ancak zaman içerisinde her suça karşılık mutlaka ayrıca bir ceza verilmesi düşüncesine istisnalar getirilmiştir. Bu noktada da fiil ve ona bağlı ortaya çıkan haksızlık değerlendirilmesi önem kazanmıştır. Ceza hukuku bakımından bir fiil ile tek bir haksızlık meydana gelebileceği gibi birden fazla haksızlık da oluşabilir veya birden fazla fiil ile birden fazla haksızlık meydana gelebileceği gibi, bu fiillerin birleşmesi sonucunda tek bir haksızlığın oluşması da mümkündür.¹ Birden fazla haksızlığın meydana geldiği durumlarda cezanın nasıl belirleneceğine ilişkin sorun ortaya çıkar.² Bu sorunun çözümünde ise, iştirakte olduğu gibi sorumluluğu genişletici kuralların aksine, sorumluluğu daraltıcı nitelikteki içtima kuralları devreye girer.³ İştirak durumunda bir suçta birden fazla fail bir araya gelirken, içtima hallerinde bir failde birden fazla suç bir araya gelmektedir.⁴

İçtima, suçların ve cezaların içtimai şeklinde ikiye ayrılmaktadır. Suçların içtimai, içtima teşkil eden suç tiplerinden bazılarının cezasının fail için uygulanmamasına neden olurken; cezaların içtimai, aynı fail hakkında verilmiş olan birden fazla cezanın bir araya getirilmesini mümkün kılar. Failin bir fiili ile birden fazla ihlali gerçekleştirme ve hakkında birden fazla cezaya hükmedilmesi durumunda cezaların içtimaiden bahsedilecektir. Günümüzde suçların içtimai, ceza sorumluluğunu etkileyecek bir neden olarak gören görüşler terk edilmektedir. Birleşen suçların tek suç teşkil edeceği görüşü kabul edilmektedir. Ceza sorumluluğuna etkisi bakımında cezaların içtimai önem ifade etmektedir.⁵ İslâm ceza hukuku bakımından da cezaların içtimainin daha ön planda olduğu görülmektedir. İçtima kuralları gerek pozitif hukukta gerekse İslâm hukukunda farklı başlıklar altında incelenmiştir. Bu başlıklardan ikisi fikri içtima ve görünüşte içtimadır. Doktrinde fikri içtimai, görünüşte içtima içerisinde kabul eden görüş de bulunmakla birlikte⁶, bu iki müessese birbirinden farklıdır. Bu çalışmada da, fikri içtima ve görünüşte içtima halleri arasındaki farklar incelenecektir. Bu inceleme yapılırken, İslâm ceza hukuku ve mer'î ceza hukuku açısından farklılık arz eden yerler de mukayeseli olarak ele alınmıştır.

I. İÇTİMA

A. Genel Olarak

İçtimaa kavramına ilişkin genel bilgiler öncelikle mer'î hukuk kapsamındaki kısa değerlendirmeye birlikte incelenecektir. İslâm hukukunun farklılıkları ve ilgili başlıktaki konuyu ele alışı sonraki başlıkta ele alınacaktır.

¹ Dönmezer, Sulhi / Erman, Sahir. *Nazarî ve Tatbikî Ceza Hukuku*, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1971, C. 2, s. 404 (1116); Demirbaş, Timur. *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2019, s. 540; Özen, Mustafa. “Ceza Hukukunda Fikri İçtima”, *TBB Dergisi*, S. 73, 2007, s. 132.

² Göktürk, Neslihan. *Fikri İçtima (Suçların İçtimai)*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2013, s. 5.

³ Akbulut Berrin. *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2019, s. 744; Özen, Mustafa. *Öğreti ve Uygulama Işığında Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2019, s. 898; Hafizoğulları, Zeki / Özen, Muharrem. *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, US-A Yayıncılık, Ankara, 2016, s. 354.

⁴ Artuk, M. Emin / Gökçen, Ahmet / Yenidünya, A. Caner. *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Adalet Yayınevi Ankara, 2016, s. 688; Hakeri, Hakan. *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Adalet Yayınevi, Ankara, s. 2019, s. 590.

⁵ Avcı, Mustafa. “İslam ve Osmanlı Ceza Hukukunda İçtima”, *Kırıkkale Hukuk Mecmuası*, C. 1, S. 1, 2021, s. 3.

⁶ Özen, Mustafa. *Suçların İçtimai (Zincirleme Suç, Fikri İçtima, Bileşik Suç)*, Yayımlanmamış Doktora Tezi, AÜSBE, Ankara, 2008, s. 304.

1. Mer'î Hukuk Bakımından

Türk Ceza Hukuku bakımından fiil adedince suç ve suç adedince ceza olması prensibi geçerlidir. Bu prensip gereğince ceza hukukunda genel kuralın gerçek içtima olduğu ifade edilir.⁷ Genel kural bu olmakla birlikte, gerçek içtimanın ayrıca belirtilmiş olduğu özel hükümler de mevcuttur.⁸ Suçların içtiması ise bu genel kuralın istisnasıdır.⁹ Birden fazla suç işlenmiş olmasına rağmen faile, diğer ihlal etmiş olduğu normlar da dikkate alınarak, bir suçtan dolayı ceza verilmesi hali suçların içtiması olarak adlandırılır.¹⁰ Yani suçların içtiması, failin sorumluluğunun ne şekilde belirleneceğini ifade eder.¹¹ TCK'nın suçların içtiması başlığı altında bu durum, *bileşik suç*¹², *zincirleme suç*¹³ ve *fikri içtima*¹⁴ şeklindeki alt başlıklarla düzenlenmiştir. Bileşik suç durumunda tek suçtan bahsedilirken, zincirleme suç ve fikri içtima durumlarında birden fazla suçun içtiması söz konusudur.¹⁵ Birden fazla suç oluşup oluşmaması noktasında ise fiil ve neticenin tekliği ve çokluğu değil, tipikliğin ihlali hususu değerlendirilmeli ve gerçekleşen suç sayısı bu şekilde tespit edilmelidir.¹⁶

2. İslâm Hukuku Bakımından

İslâm hukuku açısından ise içtimanın asıl olarak aynı hareketlerle olmasa bile soruşturma başlayıncaya kadar aynı türden cezalar gerektiren normların ihlali durumunda meydana geldiği görülmektedir. Bu durum hükümde içtima, cezaların içtiması olarak da adlandırılabilir.¹⁷ Cezaların içtiması ile ilgili genel bir ifade olarak Abdullah b. Mesud'tan (r.a.) idam cezasının diğer tüm cezaları eriteceği sözü nakledilmektedir.¹⁸ Bu ifade de, İslâm hukuk sisteminde açık bir şekilde cezaların içtimasının kabul edildiğini göstermektedir.¹⁹ Yani mer'î hukuktakine benzer biçimde İslâm ceza hukukunda da gerçek içtima dolayısıyla cezaların içtiması asıldır. Bununla birlikte İslâm ceza hukukunda suçların içtimasına ilişkin durumlar daha dar yorumlanarak, içtimaa ilişkin durumlar olabildiğince cezaların içtiması şeklinde çözülmüştür. Ancak tek içtima türü cezaların içtiması değildir. İslâm hukukunda içtima halleri tedahül kavramı ile ifade edilmiş olup, hadlerde tedahül ve cinayetlerde tedahül olarak ikiye ayrılmıştır.²⁰ Birden fazla insan öldürme ve/veya

⁷ Dönmezer / Erman, C. 2, s. 404 (1116); Koca, Mahmut / Üzülmöz, İlhan. *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2019, s. 504; Özgenç, İzzet. *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2019, s. 601; Akbulut, s. 742; Göktürk, s. 6; Özen, 2019, s. 898; Birtek, Fatih. *Ceza Hukuku Genel Hükümler Temel Bilgiler*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2018, s. 432.

⁸ Bkz. Özgenç, s. 601 vd.; Koca / Üzülmöz, s. 504 vd.

⁹ Koca / Üzülmöz, s. 504; Özen, 2019, s. 898; Hakeri, s. 590, 624; Koca, Mahmut. "Fikri İçtima", *Ceza Hukuku Dergisi*, S. 4, 2007, s. 197; Hafizoğulları / Özen, 2016, s. 354.

¹⁰ Akbulut, s. 742, 744; Özbek, Veli Özer / Doğan, Koray / Bacaksız, Pınar. *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2019, s. 539; Centel, Nur / Zafer, Hamide / Çakmut, Özlem. *Türk Ceza Hukukuna Giriş*, Beta Yayınevi, İstanbul, 2016, s. 511.

¹¹ Koca / Üzülmöz, s. 506.

¹² TCK, m. 42.

¹³ TCK, m. 43/1, 43/2'de ise aynı neviden fikri içtima düzenlenir.

¹⁴ TCK, m. 44 bu maddede farklı neviden fikri içtima düzenlenir.

¹⁵ Koca / Üzülmöz, s. 506; Avcı, 2021, s. 9, 10.

¹⁶ Koca / Üzülmöz, s. 507; Özgenç, s. 606, 610.

¹⁷ Dadaş, Mustafa Bülent. "Hanefî Fıkında Tedâhül İlkesinin Kapsamına Dair Bir İnceleme", *İslam Hukuku Araştırmaları Dergisi*, S. 30, 2017, s. 228.

¹⁸ Ebû Bekr Abdurrezzâk b. Hemmâm es-San'ânî. *el-Musannef*, Dâru't-Te'sîl, Kahire, 1435/2015, C. 10, s. 20 (18221); Erturhan, s. 74.

¹⁹ Avcı, 2021, s. 7.

²⁰ Avcı, 2021, s. 4.

yaralama suçunun bir suç kabul edilerek bunlardan birinin cezalandırılması, cinayetlerde tedahül olarak ifade edilmiştir.²¹ Aynı türden birden fazla had suçu işlenmesi nedeniyle bir had cezası verilmesi durumu da hadlerde tedahül olarak adlandırılmıştır.²² Bu haller arasında, mer'î hukuk sistemine benzer şekilde, zincirleme suç görülebildiği gibi²³, fikri içtima²⁴ ve görünüşte içtimanın²⁵ da görüldüğü ifade edilebilir. Kişilere karşı işlenen suçlar bakımından gerçek içtimanın genel kural olduğu görülmektedir.²⁶ Hz. Peygamber (s.a.v.) tek fiil ile hem hamile kadını hem de cenini öldüren kişiyi her ikisinden dolayı da cezalandırmıştır.²⁷ Diyetle suçların içtimai söz konusu olmaz.²⁸ Aynı kişiye yönelmiş bir fiilde, kişinin birden fazla fonksiyonun izale edilmesi sonucu her bir fonksiyon için ayrı ayrı diyet gerekir, ancak fiil ölümle sonuçlanmışsa diğer izale edilmiş olan fonksiyonlar için diyet gerekmeyp sadece ölüm nedeniyle söz konusu olacak diyetin ödenmesi gerekecektir.²⁹

Genel itibariyle gerek İslâm hukuku açısından gerekse mer'î hukuk açısından içtima kabul edilmiştir. Her iki hukuk sisteminde de esas olan gerçek içtimadır. Bununla birlikte suçların içtimai halleri de kabul edilmiştir. İslâm ceza hukuku bakımında, özellikle kişilere karşı suçlar ve tazminat gerektiren durumlarda gerçek içtimanın uygulanması gerektiği belirtilmiştir.

B. Fikri İçtima

1. Mer'î Hukuk Bakımından

Failin tek fiil ile birden fazla suçu işlemesi durumunda fikri içtimadan bahsedilir.³⁰ Bu birden fazla suç aynı suçlar olabileceği gibi farklı suçlar da olabilir. Eğer fail tek fiil ile, birden fazla farklı suç işlerse farklı neviden fikri içtimadan; birden fazla aynı suç işlerse aynı neviden

²¹ “Müteaddid cinayetlerin yalnız bir cinayet gibi sayılarak bunlardan yalnız birinin kısas gibi, diyet gibi cezasıyla iktifa edilmesi halidir.” Bilmen, Ömer Nasuhi. *Hukuk-ı İslâmiyye ve Istılahatı Fıkhiyye Kamusu*, Bilmen Yayınevi, İstanbul, 1976, C.3, s. 11 (42); Taha Hamid Hasan / Ahmed Geylan. “İslam Ceza Hukukunda ve Pozitif Hukukta Aynı Amaca Yönelik Suçların Gerçek İçtima”, *İslam Ceza Hukuku*, ed. Refik Korkusuz ve Abdurrahman Eren, Lale Yayıncılık, İstanbul, 2017, s. 827.

²² Avcı, 2021, s. 4.

²³ Ancak zincirleme suç bulunduğu durumlarda TCK m. 43'ün aksine cezada bir artırım yapılmaz. Muhammed b. Hasan eş-Şeybânî. *el-Câmi'u's-sağîr*, Çev. Soner Duman, Beka Yayıncılık, İstanbul, 1441/2020, s. 248; Şemsu'l-eimme Ebu Sehl Ebu Bekir Muhammed b. Ahmed es-Serahsî. *Mebûsât*, Daru'l-Mârife, Beyrut, 1414/1993, C. 9, s. 71; Alâeddin Ebu Bekir bin Mesud bin Ahmed el-Kâsânî el-Hanefî. *Bedâ'i'u's-şanâ'i' fi tertîbi's-şerâ'i'*, Daru'l-Kitûbü'l-İlmiyye, Beyrut, 1406/1986, C. 7, s. 56, 85, Akşit, Cevat. *İslâm Ceza Hukuku ve İnsani Esasları*, Gümüşev Yayıncılık, İstanbul, 2019, s. 166; İçel, Kayıhan. *Suçların İçtimai*, Sermet Matbaası, İstanbul, 1992, s. 53.

²⁴ Serahsî, C. 9, s. 111; Kâsânî, C. 7, s. 56; Dağcı, Şamil. *İslam Ceza Hukukunda Müessir Fiiller*, TDV Yayınları, Ankara, 2018, s. 186, 187; Akşit, s. 167, 168.

²⁵ Avcı, Mustafa. *Osmanlı Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2018, s. 226.

²⁶ Avcı, 2018a, s. 222; Akşit, s. 168; İstisna olarak: Bir kişinin tek fiil ile kasten birden fazla kişiyi öldürmesi durumunda bu kişi kısas edilir ve ayrıca diyet ödemesi gerekmez. Bilmen, C. 3, s. 108, (330); Hasan / Geylan, “İslam Ceza Hukuku”, 830.

²⁷ Ebu'l-Hüseyn Müslim b. İsmail el-Haccâc. *Sahîh-i Müslim Tercüme ve Şerhi*, Çev ve Şerh: Ahmed Davudoğlu, Sönmez Yayınevi, İstanbul, 1977, Kasame, 36-38; Ebû Davud, Süleyman b. Eş'as es-Sicistanî el-Ezdî. *Sünen-i Ebû Davud Tercüme ve Şerhi*, Haz. Necati Yeniel, Hüseyin Kayapınar, Şamil Yayınevi, İstanbul, 1987, Diyat, 19; Muhammed el-Buhârî. *Sahîh-i Buhârî*, Çev: Soner Duman, Halil Aldemir, Mehmet Odabaşı, Beşir Eryarsoy, İshak Emin Aktepe, İbrahim Tüfekçi, Karınca & Polen Yayınları, İstanbul, 2017, Tıbb, 46; Hafız Ebu Abdurrahman Ahmed b. Şuayb b. Ali b. Bahr b. Sinan b. Dinâr, en-Nesâî. *Sünenü'n Nesâî*, Şerh: Hâfız Celaleddin Es-Suyutî, Hâşiye: İmam Es-Sindî, Çev. A. Muhtar Büyükkınar, Ahmet Tekin, Ö. Faruk Harman, Yaşar Erol, İstanbul, 1981, Kasame, 39.

²⁸ Avcı, 2018a, s. 225.

²⁹ Dağcı, s. 324, 325.

³⁰ Özgenç, s. 639; Artuk / Gökçen / Yenidünya, s. 709; Özbek / Doğan / Bacaksız, s. 555; Özen, 2007, s. 135.

fikri içtimadan bahsedilir.³¹ Farklı neviden fikri içtima olduğu takdirde fail, bu suçlardan yalnızca en fazla cezayı gerektireniyle cezalandırılmalıdır.³² Fikri içtimanın temellendirilmesinde kullanılan, suç tekliği görüşü ortada bir hareket olmasından dolayı tek suçtan ötürü ceza verilmesi gerektiğini³³, suç çokluğu görüşü ise birden fazla kanun hükmünün ihlalinden veya aynı kanun hükmünün birden fazla kez ihlalinden dolayı birden fazla suçun bulunduğunu ifade etmektedir³⁴ Burada bir içtimadan bahsedebilmek için öncelikle birden fazla suçtan bahsedilmesi gerekmektedir. Dolayısıyla suçların çokluğu görüşü, fikri içtimanın temellendirilmesinde daha makul görülebilir.³⁵ TCK 44. madde gerekçesinde ise, non bis in idem kuralı gereğince bir kişinin işlemiş olduğu bir fiilden dolayı bir defa cezalandırılması gerektiği vurgulanmıştır.³⁶ Farklı neviden fikri içtimanın gerçekleşmesi durumunda fail bu suçlardan en fazla cezayı gerektireniyle cezalandırılırken, aynı neviden fikri içtimanın gerçekleşmesi halinde faile zincirleme suça ilişkin düzenlemelere göre ceza verilir.³⁷ Fikri içtima kapsamına giren suçların tamamı kasten veya taksirle olmak zorunda değil biri kasten işlenebilirken diğeri taksirle de işlenmiş olabilir.³⁸

2. İslâm Hukuku Bakımından

Kur'ân-ı Kerim'de “*Namuslu kadınlara zina isnat edip sonra da dört şahit getiremeyenlere seksen değnek vurun. Artık onların şahitliğini asla kabul etmeyin. İşte bunlar fâsık kimselerdir.*”³⁹ buyrulmaktadır. Bu ayetten yola çıkan İslâm hukukçuları, mağdurun bir kişi veya birden fazla kimse olması hususunda ayırım yapılmadığını belirterek tek hareketle birden fazla aynı suçun oluşması durumunda tek cezanın verileceğini ifade etmişlerdir. Buradan hareketle aynı neviden fikri içtimanın kabul edileceğini belirtmişlerdir.⁴⁰ Bir başka ayet ise “*İnkâr edenlere mutlaka şiddetli bir azabı tattıracağız ve onları yaptıklarının en kötüsü ile cezalandıracağız.*”⁴¹ şeklindedir. Bu ayetin de failin işlemiş olduğu suçlardan en ağırının cezası ile cezalandırılacağına

³¹ Koca / Üzülmez, s. 530; Akbulut, s. 798; Göktürk, 2013, s. 59, 95; Özen, 2007, s. 140; Demirbaş, s. 553; Koca, s. 199; Birtek, s. 444; Aldemir, Hüsnü. *Ceza Hukuku Genel Hükümler Rehberi*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2019, s. 1055.

³² TCK, m. 44.

³³ İçel, 1992, s. 37; Göktürk, 2013, s. 62; Özbek / Doğan / Bacaksız, s. 557; Özen, 2019, s. 944; Özen, 2008, s. 26 vd.; Koca, s. 199; Şeker, İdris. *Zincirleme Suç*, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, SÜSBE, Konya, 2009, s. 132

³⁴ Özen, 2008, 34, 35; Göktürk, 2013, s. 62, 63; İçel, 1992, s. 38, 39; Koca, s. 199, 200; Özbek / Doğan / Bacaksız, s. 557; Özen, 2019, s. 944; Şeker, s. 13. Akkaya, Çetin. “Suçların İçtima Bağlamında Fiil Tekliği”, *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi*, S. 13, 2019, s. 11 vd.

³⁵ İçel, 1992, s. 40, 41; Koca / Üzülmez, s. 530, 531; Göktürk, 2013, s. 64.

³⁶ Özen, Mustafa. “Non Bis İn İdem (Aynı Fiilden Dolayı İki Kez Yargılama Olmaz İlkesi)”, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 14, S. 1, 2010, s. 408; Parlar, Ali / Hatipoğlu, Muzaffer. *Suçta Teşebbüs İştirak – İçtima ve Yaptırımlar*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2010, s. 158; Özen, 2008, s. 373; Koca / Üzülmez, s. 532; Özbek / Doğan / Bacaksız, s. 556; Özen, 2019, s. 942; Özdemir, Emrah. *Türk Hukukunda Yargıtay Kararları Işığında Fikri İçtima*, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, AÜSBE, Antalya, 2012, s. 106; Birtek, s. 444.

³⁷ Koca / Üzülmez, s. 548, 549; Demirbaş, s. 557, 558.

³⁸ Dağcı, s. 186; Özen, 2007, s. 141; İçel, 1992, s. 71; Özen, 2008, s. 339; Koca, s. 211; Demirbaş, s. 554; Artuk / Gökçen / Yenidünya, s. 713; Özbek / Doğan / Bacaksız, s. 564; Özen, 2019, s. 965; Özkan, Tuğçe. *Yargı Kararları Işığında Türk Ceza Hukukunda İçtima*, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Kültür Üniversitesi Lisansüstü Eğitim Merkezi, İstanbul, 2019, s. 143; Tekin, Nurullah. “Fikri İçtima Kavramı ve Bunun Uygulamaya Yansımaları”, *Ceza Hukuku Dergisi*, S. 13, 2010, s. 179; Şan, Sedat. “Türk Ceza Hukukunda Fikri İçtima”, *Terazi Hukuk Dergisi*, C. 9, S. 98, 2014, s. 91.

³⁹ Nur, 24/4.

⁴⁰ Serahsî, C. 9, s. 111; Avcı, 2021, s. 6, 7; Erturhan, Sabri. *İslam Ceza Hukukunda İçtima*, Rağbet Yayınları, İstanbul, 2003, s. 71.

⁴¹ Fussilet, 41/27.

delalet ettiği belirtilmiştir.⁴² İfk hadisesinde Hz. Ayşe'ye (r.a.) karşı kazf suçunu işleyenler aynı zamanda Safvan b. Muattal'a (r.a.) karşı da kazf suçunu işlemiş olmalarına rağmen kendilerine yalnızca bir had cezası verilmiştir.⁴³ Bir başka hadiste de eşinin, Şüreyk b. Sehma ile zina ettiğini iddia eden Hilal b. Ümeyye'ye Rasulullah (s.a.v.) ya iddianı ispatlarsın ya da kazf cezası ile cezalandırılırsın buyurmuştur.⁴⁴ Bu hadisler aynı neviden fikri içtima uygulamasını göstermektedir.

İslâm ceza hukukunda da fikri içtima hükümleri uygulanmaktadır. Burada, genel prensip fiilin aynı olmasıdır.⁴⁵ İhlal edilen farklı ceza normlarından ötürü uygulanacak cezanın aynı türden olması durumunda faile en ağır olan ceza verilir. Cezanın türünün farklı olması durumunda ise gerçek içtima hükümleri uygulanır. Ayrıca suçların kişilerin haklarını ihlal etmesi durumunda yine gerçek içtima hükümleri uygulanacaktır. Ancak cezaların türünün farklı olması durumunda öncelikle diğer cezanın infazını imkansız kılan ceza var ise o uygulanır ve diğer ceza artık uygulanamaz hale geldiğinden dolayı tatbik edilemez. Bununla birlikte diyet ödenmesi yine de gerekir.⁴⁶ Hanbeliler ise kişilere karşı işlenmiş olsa da tazir suçlarının içtima edeceğini kabul etmişlerdir.⁴⁷ Hanefilere göre, kazf suçunun kamu hakkını ihlal unsuru, kişi hakkını ihlale göre daha ağırlıklı kabul edildiği için, bu suçun cezası bakımından içtima mümkün olacaktır. Kazf suçunun bir lafız ile birden fazla kişiye karşı işlenmesi durumunda tek had cezası verilecektir. İmam Şafiî'nin bu konudaki ilk görüşü Hanefilerin görüşüne uygun olmakla birlikte sonraki görüşü, gerçek içtima hükümlerinin uygulanacağı yönündedir.⁴⁸ Cezanın türünün farklı olması özellikle diyetin ve kişilere karşı işlenen suçlar açısından cezaların düşmeyeceğini gösterir. Yoksa tek fiille işlenen birden fazla suç için en ağır olanın cezası verilebilir.⁴⁹ Ancak aynı kişiye karşı işlenmiş bir fiil ile hem bazı organların veya fonksiyonların izalesine hem de kişinin ölümüne sebep olunmuşsa bu durumda artık organlar veya fonksiyonlar için bir diyet gerekmeyp yalnızca ölüm nedeniyle bir diyet gerekecektir.⁵⁰ Tek fiil ile birden fazla kişiye karşı kasten yaralama suçunun işlenmesi ile mağdurların aynı uzuv veya fonksiyonlarını kaybetmiş olmaları halinde mezhepler arasında farklı değerlendirmeler yapılmıştır. Örneğin Hanefilere ve Malikilere göre, her iki mağdura da elinin kesilmiş olması durumunda failin eli kısasen kesilecek olup her iki mağdura da diyetin yarısının ödenmesi gerekecektir. Şafilere ve Hanbelilere göre ise mağdurların suçluyu affetmemesi halinde kura yöntemi uyarınca, mağdurlardan biri karşılığında failin eli kısas olurken diğerine diyet

⁴² Avcı, s. 7.

⁴³ Ebû Davud, Hudud, 34.

⁴⁴ Ebû İsâ, Muhammed b. İsâ b. Sevre b. Musa b. Dahhâk et-Tirmizî. *Sünen-i Tirmizî*, thk. Ahmed Muhammed Şâkir ve Muhammed Fuâd Abdülbâki ve İbrahi Atvah, Şirket-i Mektebe ve Matbaat-ı Mustafa el-Bâb-i Halebî, Mısır, 1975/1395, Kur'an Tefsiri, 25 (3179); Ebû Abdullah Muhammed bin Yezid el-Kavzini, (İbn Mâce). *Sünen-i İbn-i Mâce*, Mektebet-ül Muârif li'l-Neşr v'et-Tevzî, Riyad, ty, Talak, 27.

⁴⁵ Dağcı, s. 187.

⁴⁶ Şeybânî, s. 248; Ebû'l-Fazl Mecdüddîn, Abdullah b. Mahmûd b. Mevdûd el-Mevsîlî el-Beldecî. *el-İhtiyâr Ta'lîlî'l-Muhtar*, Matbuâtü'l-Halebî, Kahire, 1356/1937, C. 5, s. 32; Kâsânî, C. 7, s. 85; Bilmen, C. 3, s. 328 (909); Avcı, 2018a, s. 222-225; Akşit, s. 167-169; Erturhan, s. 142; Ayrıca mezheplere göre ayrıntılı inceleme için bkz. Dağcı, s. 183 vd.; Avcı, Mustafa. "Mi'yâr-ı Adâlet'in Ceza Hukuku Değeri", *Türk Hukuk Tarihi Araştırmaları*, S. 21, 2016, s. 24.

⁴⁷ Bilmen, C. 3, s. 328, (909); Erturhan, s. 186.

⁴⁸ Serahsî, C. 9, s. 111; Sava Paşa. *İslâm Hukuku Nazariyatı Hakkında Bir Etüt*, Çev: Baha Arıkan, DİB Yayınları, İstanbul, 2016, C. 1, s. 174, 183; Avcı, 2021, s. 20; Erturhan, s. 109, 111.

⁴⁹ Hasan / Geylan, s. 829, 830; Dağcı, s. 182 – 184.

⁵⁰ Serahsî, C. 26, s. 100, Kâsânî, C. 7, s. 317; Dağcı, s. 324, 325.

ödenmesi gerekir.⁵¹ Birden fazla kasten öldürme suçunun işlenmesi durumunda ise Hanefilere ve Malikilere göre kısas gerçekleştiği takdirde diyet ödenmeyecek olmakla birlikte Şafilere ve Hanbelilere göre maktullerden biri karşılığında kısas uygulanmış olsa da diğer maktuller açısından diyete hükmedilecektir.⁵² Bir had suçu ile tazir suçunun birlikte işlenmesi halinde farklı neviden fikri içtima oluşabilir. Örneğin, içkinin haramlığının inkar edilerek içilmesi durumunda kişi hem ridde suçunu hem de şübh suçunu işlemiş olur. Bu durumda fail yalnızca riddeden sorumlu tutulur⁵³ veya hırsızlık suçunun faili aynı zamanda konut dokunulmazlığını ihlal veya çevreye korku verme gibi farklı tazir suçlarını işlemiş olabilir. Bu durumda sadece hırsızlık suçunun müeyyidesinin uygulanmasıyla yetinilecektir.⁵⁴ Haksız yere karısını döven kimse hem kasten yaralama suçunu işlemiş hem de evlilik hukukunu ihlal etmiş olacaktır. Bu durumda farklı neviden fikri içtima söz konusu olacaktır.⁵⁵ Osmanlı'da da 1858 Ceza Kanunu'nda suçların içtimasına ilişkin genel bir düzenleme yapılmamış olsa da, bazı maddelerden daha ağır olan suçun hafif olan suça ilişkin cezayı içerdiği sonucu çıkarılabilir.⁵⁶ 1838 Askeri Ceza Kanunu Birinci bent 7. maddede ve 1879 Tarihli Usul-i Muhakemat-ı Cezaiye Kanununun 299. maddesinin son fıkrasında⁵⁷ fikri içtimaa yönelik bir düzenleme yapılmıştır.

Fikri içtima için yapılan açıklamalardan yola çıkarak, şartlarına yönelik bir belirleme yapılabilir. Buna göre, fikri içtimanın iki türü olan, aynı neviden fikri içtima ve farklı neviden fikri içtimanın iki ortak şartı vardır. Bunlar tek bir fiil olması ve bu fiil ile birden fazla miktarda suçun işlenmesidir.⁵⁸ Burada fiilden hareketi ve neticeyi anlayan görüşler arasındaki ihtilaf ise, birden fazla neticeli suçlarda fiil kelimesinden hareketi anlayanlara göre, fikri içtima oluşacakken, neticeyi anlayanlara göre gerçek içtimanın oluşacak olmasıdır.⁵⁹ Yargıtay tek fiilden, hareketi anlamaktadır.⁶⁰ Tek bir fiilin bulunması şartı, icra hareketlerinin tam ayniyetinin⁶¹ mevzu olduğu durumlarda gerçekleşebileceği gibi icra hareketlerinin kısmi ayniyetinin⁶² mevzu olduğu durumlarda da gerçekleşebilir. Bir diğer şart da, fikri içtima için söz konusu olan suçların her

⁵¹ Erturhan, s. 155-157.

⁵² Bilmen, C. 3, s. 108, (330); Akşit, s. 168; Hasan / Geylan, s. 830; Avcı, s. 14; Erturhan, s. 147-149.

⁵³ Avcı, Mustafa. *Osmanlı Ceza Hukuku Özel Hükümler*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2018, s. 524.

⁵⁴ Dadaş, s. 231.

⁵⁵ Bilmen, C. 3, s. 322, (893); Avcı, 2021, s. 10.

⁵⁶ Ayrıntı için bkz. Avcı, 2021, s. 8.

⁵⁷ 1879 CUMK m. 299/2 "Birkaç cinayet veya cünha birleşmiş olduğu halde yalnız en ağır cezayı istilzam eden cürme terettüp eden mücâzât tayin olunacağı" akt. Ahmed Ziya. *Mufassal Kanun-ı Ceza ve Teferruatı Şerhi*, Matbaa ve Kütüphane-i Cihan, İstanbul, 1329, s. 19.

⁵⁸ İçel, 1992, s. 64, 75; Göktürk, 2013, s. 95, 96, 174; Özen, 2008, s. 308, 320; Koca, s. 201, 214; Dönmezer / Erman, C. 2, s. 417, 418, (1129, 1130); Özgenç, s. 639; Koca / Üzülmez, s. 532; Akbulut, s. 799, 805; Özbek / Doğan / Bacaksız, s. 558; Artuk / Gökçen / Yenidünya, s. 712, 718; Parlar / Hatipoğlu, s. 158; Özen, 2007, s. 137, 138; Demirbaş, s. 553; Hakeri, s. 621, 624; Özen, 2019, s. 945, 956; Şeker, s. 18, 19; Centel / Zafer / Çakmut, s. 511 – 516; Toroslu Nevzat / Toroslu, Haluk. *Ceza Hukuku Genel Kısım*, Savaş Yayınevi, Ankara, 2016, s. 364, 366; Soyaslan, Doğan. *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2016, s. 260, 262.

⁵⁹ Hakeri, s. 624; Özen, 2019, s. 953.

⁶⁰ Şan, s. 87.

⁶¹ Göktürk, 2013, s. 153, 155; Koca, s. 208; Koca / Üzülmez, s. 534; Akbulut, s. 800; Kısmi ayniyetin olduğu durumlarda gerçek içtimanın oluştuğu yönündeki görüş için bkz. Göktürk, Neslihan. "Türk Hukukunda Suçların İçtimai", *CHKD*, C. 2, S. 1-2, 2014, s. 47.

⁶² Koca, s. 210; Koca / Üzülmez, s. 536; Ayrıntı için bkz. Göktürk, 2013, s. 156 vd.; Akbulut, s. 803; Şan, s. 89.

birinin kovuşturma şartlarının gerçekleşmiş ve cezalandırılabilir olmasının gerekmesidir.⁶³ İslâm hukuku açısından da içtimanın şartlarının sağlanması için aynı şartlar belirtilmiştir.⁶⁴

Özet olarak fikri içtima müessesesi, hem mer'î hukukta hem de İslâm hukukunda kabul edilmiştir. İslâm hukukunda fikri içtima temel oluşturacak naslar bulunmaktadır. Bu naslar doğrultusunda İslâm ceza hukuku kapsamında fikri içtima uygulamaları yerine getirilmiştir. Bununla birlikte diyet, bir tazminat olarak ele alınmış ve fikri içtima kapsamına dahil edilmemiştir.

C. Görünüşte İçtima

1. Mer'î Hukuk Bakımından

Fikri içtimanın şartlarından olan tek bir fiilin bulunması yalnız başına fikri içtimanın oluşması için yeterli değildir. Bu durumda aynı zamanda görünüşte içtimadan da bahsedilebilir.⁶⁵ Kanunların içtimaı, normların içtimaı, görünüşte fikri içtima, kanunların tekliği olarak da adlandırılan görünüşte içtima⁶⁶, TCK'da diğer içtima halleri gibi düzenlenmemiştir. Ancak bu durum da TCK, 44. madde gerekçesinde fikri içtima için belirtildiği gibi non bis in idem ilkesinin bir yansımasıdır.⁶⁷ Görünüşte içtima hallerinde suçların birden fazla oluşu sadece görünüşte olup, gerçekte fiile tek norm uygulanabilmektedir. Bu durumda fiile ihlal etmiş olduğu ceza normlarından birisinin uygulanması fiilin haksızlık içeriğini karşılamaktadır.⁶⁸ Görünüşte içtima çeşitleri üç başlık altında incelenebilir. Bunlar:⁶⁹ 1- “Özel norm - genel norm ilişkisi yönünden içtima”, 2- “tüketen - tüketilen norm ilişkisi yönünden içtima”, 3- “asli- tali norm ilişkisi yönünden içtima”.⁷⁰ Ancak yalnızca özel norm – genel norm ilişkisi bulunan hallerde görünüşte içtimadan bahsedilebileceği diğer durumlarda fikri içtima hükümlerinin uygulanması gerektiğine dair bir görüş de mevcuttur.⁷¹ Ayrıca doktrinde, suçun temel unsurlarının aynı olması, tali unsurlarda farklılık bulunması halinde “gerçek anlamda normların görünüşte içtimaı”; tehdit ve şantaj suçlarında olduğu gibi, temel unsurların bir veya ikisinin farklı olup diğerlerinin aynı olması halinde ise, “görünüşte/şekli (gerçek olmayan) anlamda normların görünüşte içtimaı” şeklinde, görünüşte içtimanın ikiye ayrılabilmesi de savunulmuştur.⁷²

⁶³ Dönmezer / Erman, C. 2, s. 421, (1134); Koca / Üzülmüş, s. 544; Artuk / Gökçen / Yenidünya, s. 719.

⁶⁴ Erturhan, s. 86.

⁶⁵ Göktürk, 2013, 73.

⁶⁶ İçel, 1992, s. 167, 168; Akbulut, s. 769; Demirbaş, s. 540; Hakeri, s. 632; Merki, Duygu. *Bileşik Suç*, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, AÜSBE, Ankara, 2009, s. 42.

⁶⁷ Özen, 2010, s. 410.

⁶⁸ Koca / Üzülmüş, s. 549; Özgenç, s. 659; Akbulut, s. 742; Demirbaş, s. 540; İçel, 1992, s. 167; Özen, 2008, s. 121, 122; Özbek / Doğan / Bacaksız, s. 565; Hakeri, s. 632, 633; Özen, 2019, s. 972; Avcı, 2021, s. 5.

⁶⁹ İçel, 1992, s. 173-175; Özgenç, s. 660, 662, 663; Akbulut, s. 771 – 773; Demirbaş, s. 540 – 542; Artuk / Gökçen / Yenidünya, s. 699; Özbek / Doğan / Bacaksız, s. 565 – 567; Hakeri, s. 633; Özen, 2019, s. 973, 976, 979; İçel, Kayıhan. “Görünüşte Birleşme (İçtima) İlkeleri ve Yeni Türk Ceza Kanunu”, *İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi*, S. 14, 2008, s. 37 vd.; Özel normun genel norma önceliği yönünden içtima hallerinin görünüşte içtimaı açıklamak açısından yeterli olduğu yönündeki görüş için Toroslu / Toroslu, s. 90; Bu halleri Kademeli Suç – Geniş Anlamda Bileşik Suç başlığı altında inceleyen görüş için bkz. Soyaslan, s. 265, 266.

⁷⁰ Ayrıca bu çeşitlerin her biri görünüşte içtima ilkeleri denilen, “özel normun önceliği”, “bir normun diğeri tarafından tüketilmesi”, “yardımcı normun sonralığı” prensiplerinden türetilmiştir. Özen, 2008, s. 126 vd.; Koca / Üzülmüş, s. 550; Çubukçu, Büşra Sevd. “Türk Ceza Hukuku’nda Görünüşte İçtima”, *Terazi Hukuk Dergisi*, C. 14, S. 154, 2019, s. 1184 vd.

⁷¹ Göktürk, 2013, s. 74.

⁷² Özen, 2019, s. 975.

2. İslâm Hukuku Bakımından

İslâm ceza hukukunda görünüşte içtima uygulanmıştır. Örneğin hırsızlık suçu, nisap miktarı mal yağmalayıp, aynı zamanda insan yaralamak sureti ile işlenmişse artık hırsızlık veya insan yaralama suçlarından ötürü değil bu ikisinin de unsurlarını ve korunan hukuki yararını içinde barındıran hırsızlık suçundan ötürü faile ceza verilmelidir.⁷³ Bununla birlikte İmam Şafî ve Ahmed b. Hanbel'e göre had suçu olan yaralama ve kısas suçu olan yaralama bileşik suç teşkil etmeyecek, gerçek içtima uygulanacaktır.⁷⁴ Yine bağı suçu açısından da, failer, insan yaralama, öldürme gibi bağın unsuru sayılacak suçlar açısından ayrıca cezalandırılmazlar yalnızca bağı suçundan ötürü cezalandırılırlar.⁷⁵ Hırsızlık suçunu işlemek için bir eve giren kimse aynı zamanda konut dokunulmazlığını da ihlal etmiş olmasına rağmen, bu fiil suçun işlenmesinden ayrı bir unsur teşkil etmeyecek ve fail yalnızca hırsızlıktan dolayı cezalandırılacaktır.⁷⁶ Osmanlı'da 1851 Ceza Kanunu birinci fasıl 17. maddede yer alan "*Ale'l-ıtlâk nâsdan diğlerine silah çektiği halde derece-i cünhasına göre bir aydan bir sene ve silah boşaltmış ise iki aydan iki sene ve cerh etmiş ise kezâlik iltiyâmına kadar masârîfi alınmak üzere cerhin derecesine nazaran üç aydan üç seneye kadar prangaya konula ve cerhden müteessiren vefat vukuunda icab-ı şer'î ve kânûnîsi icrâ kılma.*"⁷⁷ düzenlemesi görünüşte içtima için bir örnek teşkil etmektedir. 1858 Ceza Kanunu'nun 130. maddesinde yetkisiz resmi kıyafet giyme suçu düzenlenmişken, 217. maddesinde hırsızlık suçunun ağırlatıcı nedeni olarak da bu husus belirtilmiştir.⁷⁸ Dolayısıyla hırsızlık suçunu resmi kıyafet giyerek işleyen bir kimse, bu suçun nitelikli halinden ötürü cezalandırılacak olup ayrıca resmi kıyafet giydiği için cezalandırılmayacaktır.

Görünüşte içtima, hem mer'î hukukta hem de İslâm ceza hukukunda karşılaşılmaktadır. Bununla birlikte gerek mer'î hukuk gerekse İslâm hukuku bakımından görünüşte içtima olarak değerlendirilen suç tiplerinde tartışmalar mevcuttur. İslâm hukukçularının bir kısmı Hırsızlık suçunu görünüşte içtima kapsamında değerlendirirken, bir kısmı burada gerçek içtima uygulanması gerektiğini belirtmişlerdir. Bağı suçu ise genel itibarıyla görünüşte içtima bir örnek teşkil etmektedir. Tarihi seyir içerisinde de görünüşte içtima oluşturulan düzenlemeler yapıldığı görülmektedir.

II. FİKRİ İÇTİMA İLE GÖRÜNÜŞTE İÇTİMA FARKLARI

A. Genel Olarak

Bu başlık altında tekrara düşmemek açısından, fikri içtima ve görünüşte içtimanın farklarına her iki hukuk sistemi dahilinde değinilmiş olup, aralarında fark bulunduğu veya yalnızca bu hukuk sistemlerinden birini ilgilendirdiği durumlarda ilgili paragrafta bu husus belirtilmiştir.

⁷³ Avcı, 2018b, s. 453; Hırsızlık suçu ile ilgili farklı değerlendirmeler ve suçun farklı içtima şekilleri için bkz. Erturhan, s. 130 vd.; Avcı, 2021, s. 22, 23.

⁷⁴ Avcı, 2021, s. 10.

⁷⁵ Avcı, 2018b, s. 499; Aydın, Melikşah. "İslam Hukukuna Göre İsyân (Bağı) Suçu ve Cezası", *SÜHFD*, C. 23, S. 2, 2015, s. 67.

⁷⁶ Avcı, 2021, s. 18.

⁷⁷ Akgündüz, Ahmet. *İslâm ve Osmanlı Hukuku Külliyyatı*, Kamu Hukuku, C. I, OSAV Yayınları, İstanbul, 2011, s. 615.

⁷⁸ Akgündüz, 2011, C. I, s. 639, 648.

Fikri içtima ve görünüşte içtima hallerinin müşterek niteliği tek fiilin bulunmasıdır. Bu tek fiilin ihlal etmiş olduğu hukuk normları arasında görünüşte içtimanın uygulanmasını gerektirecek bir durum olması halinde artık fikri içtima hükümleri uygulama alanı bulamayacak ve olayda görünüşte içtimaa göre hareket edilecektir.⁷⁹

Fikri içtima ve görünüşte içtimanın temel anlamdaki farkı, kusur ve haksızlık muhtevası bakımından açıklanmaya çalışılmıştır. Kusur yönünden bu farkı açıklayanlara göre, failin fiilinin birden fazla sonuca neden olacağını öngörebilecek bir durumda olması ve bu durumdan ötürü kendisine kusur atfedilebilmesi gerekmektedir. Bu değerlendirme ışığında fikri içtima için kusur çokluğunun, görünüşte içtima için ise kusur tekliliğinin varlığından bahsedilir. Diğer görüşe göre ise, fikri içtima ve görünüşte içtima arasındaki temel fark haksızlık muhtevasıdır. Bu görüşe göre, fikri içtima hallerinde fiil, ihtiva etmiş olduğu haksızlık itibariyle birden fazla hukuki bakış açısı ile değerlendirilmelidir. Görünüşte içtima hallerinde ise, fiil birden fazla hukuki bakış açısı ile değerlendirildiği takdirde, ihtiva etmiş olduğu haksızlık bakımından bir adaletsizlik ortaya çıkmış olacaktır. Dolayısıyla bu görüşe göre, fikri içtima hallerinde fiil birden fazla hukuki bakış açısına göre, görünüşte içtima hallerinde ise tek bir hukuki bakış açısına göre değerlendirilmelidir.⁸⁰

Fikri içtima hallerinde ihlal edilen suçlar bağımsızlıklarını kaybetmezler, cezanın belirlenmesinde bir teklikten bahsedilir ancak görünüşte içtima hallerinden faile uygulanmayacak olan diğer suçlar, uygulanacak olan suçtan ayrı bir şekilde bağımsız olarak değerlendirilemezler.⁸¹ Aşağıda ifade edeceğimiz farklılıklarda bir bakıma bu ayrımın sonucu olarak görülebilir.

Fikri içtima hallerinde ihlal edilen normların hepsi uygulanabilir haldedir ancak görünüşte içtima hallerinde yalnızca bir norm uygulanabilir. Bu durumun nedeni açıklanırken, fikri içtima hallerinde gerçekte birden fazla norm ihlal edilmişken, görünüşte içtima hallerinde gerçekte bir normun ihlali mevcut olup, diğer normların ihlali görünüştedir. Yani fiilin birçok tipikliğe uygun olması, birden fazla davranış normunun da mecburen ihlal edildiği anlamına gelmez. Dolayısıyla fikri içtima, suçların içtimanın bir türü konumundayken, görünüşte içtima hallerinde suçların içtimandan bahsedilemez şeklinde bir görüş ifade edilmektedir.⁸² Ancak başka bir görüşe göre, görünüşte içtima durumunda bir normun uygulama alanı bulacak olması diğer normların ihlal edilmediği anlamına gelmeyip, aralarındaki ilişki gereği bunlardan sadece birinin uygulanabilecek olduğu ifade edilmektedir. Kanaatimize göre de, burada diğer normların da ihlali söz konusudur. Ancak görünüşte içtimanın ortaya çıkmasına neden olan sebeplerden ötürü yalnızca bir norm uygulanabilir.⁸³

Farklı neviden fikri içtima durumunda ihlal edilen normlar tamamen özerk ve unsurları kısmen veya tamamen birbirinden farklı olan suç tipleridir. Ancak görünüşte içtima hallerinde ihlal edilen normların unsurları benzer niteliktedir.⁸⁴

⁷⁹ Göktürk, 2013, s. 74; Aldemir, s. 1061.

⁸⁰ Göktürk, 2013, s. 74, 75.

⁸¹ Dönmezer / Erman, C. 2, s. 414, 420, (1127, 1133); İçel, Kayıhan. *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Beta Yayınevi, İstanbul, 2014, s. 524; Centel / Zafer / Çakmut, s. 518; Birttek, s. 451; Merki, s. 175.

⁸² Özen, 2019, s. 972; İçel, 1992, s. 61; Göktürk, 2013, s. 75; Akbulut, s. 770; Özgenç, s. 659; Çubukçu, s. 1183.

⁸³ Göktürk, 2013, s. 75.

⁸⁴ Dönmezer / Erman, C. 2, s. 416, (1128); Özen, 2008, s. 305.

Fikri içtima hallerinde ihlal edilen normlardan dolayı faile uygulanabilecek birden fazla ceza mevcut olmasından dolayı kanunda bu durumlara yönelik düzenleme yapılması gereklidir. Nitekim genel hükümler kısmında ilgili düzenlemeler yapılmıştır.⁸⁵ Ancak görünüşte içtima durumunda faile uygulanabilecek olan bir norm mevcuttur. Bundan dolayı kanunda ayrıca bir düzenleme yapılmasına gerek bulunmamaktadır.⁸⁶ Yani fikri içtima hallerinde birden fazla suç tipi meydana gelmiştir ve bunlardan dolayı nasıl bir cezalandırma yoluna gidileceği düzenlenir. Ancak görünüşte içtima hallerinde ise ihlal edilen norm, içerisinde birden fazla suçun tipikliğini ihtiva ediyor olsa da bir suç tipinden bahsedilir ve fail bu norma göre cezalandırılır.⁸⁷ Fikri içtima hallerinde suç çokluğu varken, görünüşte içtima hallerinde suç teklîğinden bahsedilir.⁸⁸

Fikri içtima hallerinde ihlal edilmiş olan tüm normların faile uygulanabilir olmasından dolayı, aralarındaki fikri içtimanın görülebilmesi bakımından tamamının hüküm fıkrasında gösterilmesi gerekmektedir.⁸⁹ Görünüşte içtima hallerinde ise yalnızca bir normun uygulanabilir olması nedeniyle hüküm fıkrasında diğer ihlal edilen normlar gösterilmez.⁹⁰

Aynı neviden fikri içtima hallerinde, tek fiille birden fazla aynı tipte haksızlık meydana getirilirken, görünüşte içtima hallerinde aynı suçun şeriklik – müşterek faillik, teşebbüs aşamasında kalmış – tamamlanmış hali gibi birden fazla aşamasında bulunmuş olabilir. Bu durumda aynı neviden fikri içtima hallerinde kişinin alacağı ceza arttırılacakken, görünüşte içtima hallerinde asli normdan ötürü ceza verilip, ayrıca diğer aşamadan dolayı bir cezalandırmaya gidilmeyecektir.⁹¹ Farklı neviden fikri içtima hallerinde de, teşebbüs aşamasında kalmış olan suçun olup olmadığına ve bunun cezasına bakılarak bir değerlendirmede bulunulacaktır.⁹² Ayrıca görünüşte içtima hallerinde uygulanacak olan ceza normunun unsurlarından olan diğer suçlara teşebbüs edilip edilmemesi önemli değildir. Örneğin bileşik suça teşebbüs olduğu takdirde ayrıca unsurlarına da teşebbüs edilip edilmediğinin araştırılması gerekmez.⁹³

Fikri içtima durumunda fail gönüllü vazgeçme nedeniyle suçu işlemekten vazgeçerse, vazgeçmiş olduğu suç fikri içtima kapsamında ele alınmasa da, vazgeçme anına kadar tamamlanmış olan suçlar varsa onlar fikri içtima kapsamında değerlendirilebilirler.⁹⁴ Görünüşte içtima ilişkisi olan suçlar açısından, gönüllü vazgeçme olursa, fail bu zamana kadarki hareketleri bir suç oluşturmuşsa bundan dolayı ceza alacaktır. Özellikle tüketen – tüketilen norm ilişkisi olan suçlar açısından bu durum önem arz eder.⁹⁵

⁸⁵ TCK, m. 43/2,3, m. 44.

⁸⁶ Artuk / Gökçen / Yenidünya, s. 699; Koca / Üzülmöz, s. 549; İçel, 1992, s. 172; Göktürk, 2013, s. 75; Akbulut, s. 770; Demirbaş, s. 540.

⁸⁷ Özgenç, s. 659; Koca / Üzülmöz, s. 550, 554; Göktürk, 2013, s. 75, 76; Demirbaş, s. 540; Özbek / Doğan / Bacaksız, s. 566.

⁸⁸ Akbulut, s. 770.

⁸⁹ Demirbaş, s. 560; Merki, s. 12; Özdemir, s. 106.

⁹⁰ İçel, 1992, s. 239; Göktürk, 2013, s. 75; Heinrich, Bernd. *Ceza Hukuku Genel Kısım – II*, ed. Yener Ünver, Adalet Yayınevi, Ankara, 2015, s. 400, 402.

⁹¹ Koca / Üzülmöz, s. 548, 549, 554, 555; Özgenç, s. 663, 664; Artuk / Gökçen / Yenidünya, s. 700, 728; Demirbaş, s. 560.

⁹² Akbulut, s. 811.

⁹³ Özen, 2008, s. 133.

⁹⁴ Özen, 2008, s. 341; Aldemir, s. 1061.

⁹⁵ Özen, 2008, s. 141.

İştirak halinde işlenen suçlarda katılanlardan birinin başka ceza normlarını da ihlal etmesi durumunda, bunları ihlal etmek için aralarında önceden anlaşma yoksa sadece ihlal eden kişi sorumlu olur ve o suç fikri içtima ilişkisi içerisinde dikkate alınmaz. Anlaşma dışında ihlal edilen suçlar sadece ihlal edenler bakımından önem ifade eder.⁹⁶ Görünüşte içtima durumlarında ise katılanların zaten, aralarında görünüşte içtima ilişkisi olan bir normu ihlal etmiş olmalarına ayrıca bakılmayacaktır.

Suçun iştirak halinde işlenmesinin, görünüşte içtima hükümleri açısından İslam hukukunda farklı bir yansıması mevcuttur. İslâm ceza hukuku açısından kasten adam öldürme suçunun cezası normalde kısas iken, bu suçun iştirak halinde işlenmesi durumunda, failer fesad çıkarma kapsamında değerlendirilerek idam edilebilirler. Osmanlı'da normalde bir bakire kızın zor kullanılarak ırzına geçmek had cezası iken, bu suçun iştirak halinde işlenmesi durumunda failer sai bi'l fesad sayılarak idam edilmişlerdir.⁹⁷ Bu durum da, tek faille işlenebilen suçların birden fazla faille işlendiği takdirde özel norm kapsamında farklı bir suç olarak değerlendirilebileceği ve tek faille işlenebilen suçun unsurlarını ve korunan hukuki değerini ihtiva eden bu özel normun faillere uygulanabileceği ifade edilebilir. Ayrıca bu fiiller mal alma kastı ile yapılırsa bu defa bir örgütlü suç olan hırsabe söz konusu olacaktır ve yine görünüşte içtima gereğince fail yalnızca hırabeden ötürü sorumlu tutulacaktır.⁹⁸

Görünüşte içtima durumlarında ihlal edilmiş olan normlar aynı hukuki değeri korumaktadırlar. Bu durum, özel norm – genel norm ilişkisinde özgü suç, genel suç arasında görülebileceği gibi⁹⁹, tüketen – tüketilen norm ilişkisinde bileşik suç ile o bileşik suçun ihtiva ettiği basit suçlar arasında¹⁰⁰ veya asli – tali norm ilişkisinde asli norm ve tali norm açısından görülebilir.¹⁰¹ Farklı neviden fikri içtima durumunda ihlal edilmiş olan normlar farklı hukuki değerleri korumaktadırlar.¹⁰² Örneğin camın arkasındaki birisine kasten öldürmek için ateş eden kişi, hem hayat varlığına hem de malvarlığına yönelik bir fiil işlemiştir. Aynı neviden fikri içtima durumunda ise ihlal edilen normlar, nitelik olarak aynı hukuki değeri koruyor olmakla birlikte, bu hukuki değer başka kişilere aittir.¹⁰³

Görünüşte içtima hallerinde, uygulanacak olan norm, diğer normun tüm unsurlarını kapsamaktadır. Özel norm – genel norm ilişkisinden kaynaklanan bir fikri içtima durumunda özel norm, genel normun tüm unsurlarını kapsar hatta bu durumlarda özel norm ek unsurları da ihtiva eder.¹⁰⁴ Tüketen – tüketilen norm ilişkisinin bulunduğu durumlarda da bileşik suç, ihtiva etmiş olduğu basit suçların unsurlarını içerisinde barındırmaktadır.¹⁰⁵ Oysa farklı neviden fikri içtima durumunda, faile uygulanacak olan norm diğerleriyle farklı unsurlar barındırmaktadır. Aynı

⁹⁶ Hakeri, s. 630; Özen, 2008, s. 344.

⁹⁷ Avcı, 2018b, s. 39, 430.

⁹⁸ Avcı, 2018b, s. 442, 453.

⁹⁹ İçel, 1992, s. 62; Koca / Üzülmez, s. 550; Akbulut, s. 772; Demirbaş, s. 541; Özbek / Doğan / Bacaksız, s. 566.

¹⁰⁰ Koca / Üzülmez, s. 551; İçel, 2014, s. 554; Akbulut, s. 773; Demirbaş, s. 543; Özbek / Doğan / Bacaksız, s. 568; Murat Aksan, "Hükümlü veya Tutuklunun Kaçması Suçu" *Necmettin Erbakan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 5, S. 1, 2022, s. 271.

¹⁰¹ Akbulut, s. 772; Demirbaş, s. 542; İçel, 2014, s. 557, 558.

¹⁰² TCK, m. 44.

¹⁰³ TCK, m. 43/2.

¹⁰⁴ Akbulut, s. 770; Koca / Üzülmez, s. 550; Demirbaş, s. 541; Özen, 2019, s. 973; İçel, 2008, s. 37; Heinrich, s. 422.

¹⁰⁵ Koca / Üzülmez, s. 551; Demirbaş, s. 543.

neviden fikri içtima durumunda ise uygulanacak olan norm, normal şartlar altındaki müeyyidesine göre belli oranda arttırılmaktadır.¹⁰⁶

Fikri içtima hallerinde görevli ve yetkili mahkemenin tespiti konusunda suçların yaptırımları veya işlendikleri yer açısından bir farklılık bulunması durumunda, daha ağır müeyyide öngörülen suça göre bir belirleme yapılacaktır.¹⁰⁷ Görünüşte içtima hallerinde ise, fiile uygulama kabiliyeti olan norma göre belirleme yapılacak olup, böyle bir farklılık gündeme gelmeyecektir.¹⁰⁸

Fikri içtima hallerinde suçların aynı zamanda işlenmiş olması durumunda dava zamanaşımı açısından bir farklılık olmayacaksa da, farklı zamanlarda işlenmiş olmaları durumunda, hukuk düzeninin ilk defa ihlal edildiği zaman esas alınarak önce işlenmiş olan suça göre fikri içtimanın uygulanıp uygulanmayacağı tespit edilecektir. Yani zamanaşımı süresi her suç için ayrı ayrı dikkate alınacaktır.¹⁰⁹ İslâm ceza hukuku açısından da her suçun zamanaşımı süresi ayrı ayrı değerlendirilecektir.¹¹⁰ Ancak görünüşte içtima halleri açısından fiile uygulanacak tek ceza normundan bahsedileceğinden ötürü zamanaşımı da bu norma göre belirlenecektir. Ayrıca fikri içtima hallerinde, suçlardan biri zamanaşımı süresine uğramışsa ve geriye tek bir suç kalmışsa artık diğer suç açısından fikri içtimadan bahsedilmeyecektir. Ancak zamanaşımına uğrayan suç nedeniyle diğer suçun yargılaması düşmeyecek olup buna devam edilebilecektir. Görünüşte içtima hallerinde ise olaya uygulanabilecek olan suç zamanaşımına uğramışsa, artık ihlal edilen diğer normlardan ötürü bir yargılama yoluna gidilmeyecektir.¹¹¹

Genel af durumunda kamu davası bütün sonuçlarıyla ortadan kalkacağı için artık fikri içtima kapsamındaki suçlardan birinin genel affa uğramasından sonra, bu suç fikri içtima ilişkisinde göz önüne alınmayacaktır. Artık fikri içtima ilişkisi diğer suçlar bakımından söz konusu olacak veya tek suç kalmışsa o suç açısından yargılama yapılacaktır.¹¹² Kişi genel affa uğramadığı suç veya suçlardan dolayı yine cezalandırılabilir. Ancak görünüşte içtima hallerinde fiile uygulanacak olan ceza normundan dolayı bir af olmadığı durumlarda o fiile göre genel norm, tüketilen norm veya tali düzenlemenin affa uğraması, sonucu değiştirmeyecektir. Fiile uygulanacak olan normun affa uğraması durumunda ise bahsedilen nitelikteki diğer normlar açısından yargılama kabiliyeti yine kalmayacaktır. Aralarında görünüşte içtima ilişkisi olan suçlardan, fiile uygulanacak olanının değil de, unsur konumunda olanın genel affa uğraması durumunda ise af sadece kendi kapsamındaki suçlar açısından geçerli olup, görünüşte içtima ilişkisi nedeniyle fiile uygulanacak norm bakımından geçerli olmayacaktır. Bu norm diğer suçlardan bağımsız olarak uygulanabilir bir normdur. Örneğin, yağma suçunda, cebir veya tehdit suçunun genel af kapsamında olması durumunda yine de yağma suçu bakımından yargılama yapılabilecektir.¹¹³

¹⁰⁶ TCK, m. 43/2, m. 44.

¹⁰⁷ Göktürk, 2013, s. 272; Demirbaş, s. 560; Özen, 2007, s. 142; Artuk / Gökçen / Yenidünya, s. 727; Hakeri, s. 632; Hasan / Geylan, s. 830; Özdemir, s. 107; Özkan, s. 150.

¹⁰⁸ İçel, 1992, s. 239.

¹⁰⁹ Özen, 2007, s. 143; Göktürk, 2013, s. 273; Hakeri, s. 632.

¹¹⁰ Hasan / Geylan, s. 830.

¹¹¹ Göktürk, 2013, s. 76; İçel, 1992, s. 74; Demirbaş, s. 560.

¹¹² İçel, 1992, s. 74; Göktürk, 2013, s. 274; Özen, 2007, s. 143; Demirbaş, s. 560; Hakeri, s. 632; Özen, 2008, s. 356; Özkan, s. 144, 145; Artuk / Gökçen / Yenidünya, s. 727.

¹¹³ Özen, 2008, s. 163, 164.

Fikri içtima kapsamındaki suçlardan birinin şikayete tabi olması durumunda, mağdurun şikayetini geri alması ve şikayet edilen kişinin de bu geri almayı kabul etmesi durumunda bu suç bakımından fikri içtima ilişkisinden bahsedilmeyecek ve diğer suç veya suçlardan ötürü kovuşturma yapılabilecektir.¹¹⁴ Görünüşte içtima açısından fiile uygulama kabiliyeti olan suçun şikayete tabi olup, bu şikayetin geri alınması durumu olmadığı müddetçe, genel norm, tüketilen norm veya tali normdan ötürü bir şikayetin geri alınması yoluna gidilemeyecektir. Fiile uygulama kabiliyeti olan norm şikayete tabi olur, mağdur şikayetini geri alır ve kişi de bunu kabul ederse artık bahsedilen diğer normlardan ötürü bir yargılama yapılmayacaktır. Aynı şekilde bir suçtan dolayı kovuşturma yapılması izne tabi olduğu durumlarda da, kovuşturulması için izin verilmeyen suç, savcının kovuşturmaya yer olmadığına dair karar verdiği suç veya kamu davasının açılmasını ertelediği suç fikri içtima ilişkisinde göz önüne alınmaz, diğer suçlar üzerinden yargılama devam eder.¹¹⁵ Ancak görünüşte içtimanın olduğu hallerde fiile uygulanması gereken normun bu nedenlerle kovuşturulmamış olması durumunda, yine aradaki ilişki gereğince uygulanmayan normlar, uygulanabilir hale gelmez.¹¹⁶

İslâm hukuku bakımından, fikri içtima kapsamındaki suçların kısas gerektiren suçlar olması durumunda mağdurun fail ile aralarında bir anlaşma olması halinde kısas cezası yerine uzlaşma bedeline veya diyete hükmedilebilecektir.¹¹⁷ Bu durumda fikri içtima kapsamındaki suçlardan diyet gerekenler için failin diyeti ödemesi gerekecek olup, cezanın takdirinde bu suç ele alınmayacaktır. Görünüşte içtima olması halinde ise böyle bir durum mümkün değildir. Örneğin birden fazla kasten yaralama suçu bakımından biri veya tamamı için diyet verilmesi mümkün olup, kalanlar açısından kısas hükmü değerlendirilecekken; kasten yaralama ve zorla mal alma şeklinde gerçekleşen hırsabe suçunda kasten yaralama karşılığında diyet ile anlaşarak yalnızca mal alma nedeniyle failin cezalandırılması mümkün olmayacaktır.

Fikri içtima kapsamındaki suçlardan birinin uzlaştırma kapsamına girmesi durumunda, bu suçtan ötürü taraflar arasında uzlaşma olur ise artık, ortada soruşturulması veya kovuşturulması yapılacak bir suç olmadığından dolayı fikri içtima uygulanmayacak olup diğer suçtan ötürü yargılama devam edecektir.¹¹⁸ Görünüşte içtima halleri açısından, olayda uygulanacak olan normun uzlaştırmaya tabi olması ve tarafların bu norm üzerinde uzlaşmış olması gerekecek olup, genel norm, tüketilen norm veya tali normun bu niteliğe haiz olması sonucu değiştirmeyecektir. Olaya uygulanacak olan norm uzlaştırmaya tabi olur ve taraflar uzlaşırsa artık bahsettiğimiz diğer normlar bakımından da yargılama devam etmeyecektir.¹¹⁹

Fikri içtima kapsamındaki suçlardan birisi için mahkemenin hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar vermesi durumunda bu suç artık fikri içtima ilişkisi içerisinde değerlendirilemeyecektir.¹²⁰ Aralarında görünüşte içtima ilişkisi bulunan suçlardan bazılarının hükmün açıklanmasının geri bırakılması müessesesi uygulanırken bazılarının uygulanmama gibi

¹¹⁴ İçel, 1992, s. 72; Özen, 2007, s. 143; Demirbaş, s. 560; Hakeri, s. 630; Özkan, s. 147.

¹¹⁵ İçel, 1992, s. 72; Özdemir, s. 109, 110; Özen, 2008, s. 165; Aldemir, s. 1060.

¹¹⁶ Özen, 2008, s. 170, 171.

¹¹⁷ Avcı, Mustafa, *Türk Hukuk Tarihi*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2022, s. 323; Erturhan, s. 167.

¹¹⁸ Özen, 2007, s. 143; Altuntaş, Şeyda / Boz, Burak / Erdem, Dilek Özge / Yılmaz, Berna Aysen. *Ceza Muhakemesi Hukukunda Uzlaştırma*, ed. Erdal Yerdelen ve Mustafa Serdar Özbek, Adalet Yayınevi, Ankara, 2018, s. 151.

¹¹⁹ Özen, 2008, s. 169, 170.

¹²⁰ Özen, 2008, s. 371.

bir durum olamaz. Ancak fiile uygulanacak olan suç için hükmün açıklanmasının geri bırakılması söz konusu olabilir. Bu durumda da, diğer suçlar açısından ayrıca yargılama yapılmaz.¹²¹

Görünüşte içtima hallerinde fiile uygulanacak olan tek norm haksızlık içeriğini karşılamaktadır.¹²² Ancak aralarındaki ilişki gereği geriye çekilen norm cezanın belirlenmesi noktasında göz önüne alınabilir.¹²³ Fikri içtima hallerinde ise cezalandırma farklılık arz etmektedir. Aynı neviden fikri içtima hallerinde, fiile uygulanacak olan ceza normu zincirleme suç hükümlerine uygun olarak artırılmaktadır, yalın haliyle haksızlık içeriğini karşıladığından bahsedilemez.¹²⁴ Farklı neviden fikri içtima hallerinde ise, fiile uygulanacak olan, işlenen suçlar içerisinde en ağırının ceza normunun haksızlık içeriğini karşılayıp karşılamadığı hususunda tartışmalar mevcuttur. Bu durumda her ne kadar fail ihlal etmiş olduğu normların en ağırla cezalandırılıyor olsa da, diğer suçları bakımından kendisine bir ceza uygulanmamaktadır. Bu durum ise tek bir fiil ile birden fazla suç işleme becerisine sahip olan kişilere yönelik bir ödüllendirme gibi değerlendirilebilmektedir.¹²⁵ Bu bakımdan verilecek cezanın daha da artırılması gerektiği savunulmaktadır.¹²⁶ Bu artırma hakime tanınacak bir takdir yetkisi şeklinde de olabilir.¹²⁷ Nitekim TCK'ya ilişkin TBMM Adalet Komisyonu'nda fikri içtima durumunda, hakime takdir yetkisi verilerek işlenen suçlardan en ağırının müeyyidesinin belirli oranda arttırılarak tatbik edilmesi gerektiğine yönelik öneride bulunulmuş ancak bu öneri kabul görmemiştir.¹²⁸ İslâm ceza hukuku açısından ise, aynı neviden fikri içtima hallerinde kişilere karşı işlenmiş suçlar haricinde, faile tek ceza uygulanacak ve bu cezada bir artırım yapılmayacaktır.¹²⁹ Örneğin, İfk hadisesinde Hz. Ayşe'ye (r.a.) karşı kazf suçunu işleyenler aynı zamanda Safvan b. Muattal'a (r.a.) karşı da kazf suçunu işlemiş olmalarına rağmen kendilerine yalnızca bir had cezası verilmiştir.¹³⁰ Ancak farklı neviden fikri içtima hallerinde cezanın türüne bakılarak, eğer aynı türden ceza öngörülmüşse bunlardan en ağırı uygulanacaktır, farklı türden ceza öngörülmüş ise yine en ağır olanı uygulanacak olmakla birlikte, bunlar arasında kişilere karşı işlenmiş suçlar veya diyet türü bir cezanın olması durumunda gerçek içtima uygulanacaktır. İhlal edilen normlar açısından farklı türden cezaların öngörülmüş olması veya kişilerin hakkına taalluk eden suçların işlenmiş olması durumunda ise eğer öngörülen cezalardan birinin infazı diğerlerini imkansız kılıyorsa öncelikle bu ceza infaz edilecektir. Ancak bu durumda dahi diyet cezası düşmeyecektir.¹³¹

5411 Sayılı Bankacılık Kanunu'nun 161. maddesinde “*Bu Kanuna göre suç teşkil eden hareket ve fiiller başka kanunlara göre de cezayı gerektirdiği takdirde, failleri hakkında en ağır cezayı gerektiren kanun maddesi uygulanır. 6762 sayılı Türk Ticaret Kanununun sorumluluğu gerektiren hükümleri saklıdır.*” şeklinde bir düzenleme yer almaktadır. Bu düzenlemenin fikri içtima niteliğinde mi yoksa görünüşte içtima niteliğinde mi olduğu noktasında bakmak gerekirse:

¹²¹ Özen, 2008, s. 171, 172.

¹²² Koca / Üzülmez, s. 549.

¹²³ Akbulut, s. 771.

¹²⁴ TCK, m. 43/2.

¹²⁵ İçel, 1992, s. 60.

¹²⁶ Özbek / Doğan / Bacaksız, s. 557.

¹²⁷ Göktürk, 2014, s. 51.

¹²⁸ Özgenç, s. 643.

¹²⁹ Erturhan, s. 94.

¹³⁰ Ebû Davud, Hudud, 34.

¹³¹ Bilmen, C. 3, s. 108, (330), 109, (333); Avcı, 2018a, s. 222-225; Akşit, s. 167-169; İçel, 1992, s. 51; Dadaş, s. 230, 231; Avcı, 2018b, s. 524; Hasan / Geylan, s. 830, 832.

düzenlemede “başka kanunlara göre de cezayı gerektirdiği takdirde” ifadesi geçmektedir. Bu ifadeye göre fiilin, kendisine uygulanabilir başka ceza normlarını da ihlal ediyor olması gerekmektedir. Bu ihlalin ardından düzenlemeye göre, en yüksek cezayı gerektirenin uygulanması gerekmektedir. Dolayısıyla bu düzenlemenin fikri içtima niteliğinde olduğu ifade edilebilir. Oysa görünüşte içtima olması için, fiile uygulanabilir olan tek hüküm bulunması gerekirdi ve aralarında hangisinin cezasının yüksek olduğuna ayrıca bakılmazdı.¹³²

B. Neticesi Sebebiyle Ağırlaşan Suçlar Bakımından Değerlendirme

1. Mer'î Hukuk Bakımından

Neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçlar, kasten işlenen bir suç sonucunda, failin en azından taksiri ile ortaya çıkan başka veya daha ağır neticeden dolayı sorumlu tutulabildiği ve daha ağır şekilde cezalandırılmasını gerektiren suçlardır.¹³³ Neticesi sebebiyle ağırlaşan suçlar açısından fikri içtima ve görünüşte içtima ile ilgili olarak bir değerlendirme yapmak gerekmektedir. Neticesi sebebiyle ağırlaşan suçlarda fail, ağırlaşmış olan neticeye taksiri ile sebep olabileceği gibi kastıyla da sebep olabilir.¹³⁴ Taksirle öldürme ve kasten öldürmenin neticesi sebebiyle ağırlaşmış hallerinde olduğu gibi, failin taksiri ile ağır neticeye sebep olduğu durumlarda, her iki suçun birlikte meydana geldiğini belirterek burada fikri içtima uygulanacaktır değerlendirilmesinde bulunmak doğru olmayacaktır. Neticesi sebebiyle ağırlaşan suçun, taksirli suç tipini muhakkak ihtiva etmesinden dolayı, aynı hukuki değeri koruma altına almış olan bu normlardan biri genel norm diğeri özel norm veya bir başka görüşle birinin diğerini tükettiğinden bahisle biri tüketen diğeri tüketilen norm konumundadır.¹³⁵ Dolayısıyla burada özel normun genel norma tercih edilmesi söz konusu olacağı için, artık görünüşte içtimadan bahsedilecektir.¹³⁶

Tehlike suçlarında bir zararın meydana gelmesi hali açısından bu hallerin fikri içtima kapsamında değerlendirilmesi savunulmaktadır.¹³⁷ Buradaki temel ayrım neticesi sebebiyle ağırlaşan suçun özel hükümler kısmında ayrıca düzenlenmiş olup olmamasıdır. Eğer neticesi sebebiyle ağırlaşan suç özel hükümler kısmında ayrıca düzenlenmişse görünüşte içtimadan bahsedilecektir. Ancak özel hükümler kısmında böyle bir düzenleme mevcut değilse bu durumda TCK m. 23'e göre bir belirleme yapılması gerekecektir. Bu hallerde ağır neticeyi ayrıca cezalandıran bir suç tipi bulunuyor olabilir. Böyle bir suç tipinin bulunması halinde fail her iki normu da ihlal etmiş olacağı için fikri içtima uygulanmalıdır denilmektedir. Örneğin yangın neticesinde, taksirle birinin öldürülmesi durumunda, genel güvenliğin kasten tehlikeye sokulması suçu ve taksirle öldürme suçları işlenmiştir. Bu suçlar arasında fikri içtima hükümleri uygulanarak fail yalnızca taksirle öldürmeden ötürü sorumlu tutulacaktır.¹³⁸ Yargıtay da bu görüştedir.¹³⁹ Ancak bu hususta da hakim olan görüşe göre, zarar suçları ile tehlike suçları arasında asli – tali

¹³² Özen, 2019, s. 978.

¹³³ Doğan, Koray. *Neticesi Sebebiyle Ağırlaşmış Suçlar*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2015, s. 5; Özbek, Veli Özer. “Neticesi Sebebiyle Ağırlaşmış Suçlar”, *Ceza Hukuku Dergisi*, S. 4, 2007, s. 227, 228; Koca / Üzülmez, s. 241; Özgenç, s. 305.

¹³⁴ TCK, m. 23.

¹³⁵ Doğan, s. 288; Koca / Üzülmez, s. 547, 550; Göktürk, 2013, s. 232 - 235; Akbulut, s. 772; Demirbaş, s. 541; Tekin, s. 181; Şan, s. 92.

¹³⁶ Doğan, s. 288; Akbulut, s. 814.

¹³⁷ Özen, 2019, s. 971.

¹³⁸ Emrah Özdemir, s. 103, 104.

¹³⁹ Parlar / Hatipoğlu, s. 160; Aldemir, s. 1075, 1076, 1079.

norm ilişkisinin olduğu ve artık bir zarar meydana gelmiş ise bunun görünüşte içtima doğrultusunda zarar suçu, asli norm kabul edilerek çözümlenecek olduğu ifade edilmektedir.¹⁴⁰

Ağır neticenin kasten hareketle gerçekleştirilmesi durumunda ise bir görüşe göre, artık farklı neviden fikri içtimadan bahsetmek gerekecektir. Neticesi sebebiyle ağırlaşmış hal olarak meydana gelen suç kanunda zaten kasten veya taksirle gerçekleştirilen şekliyle bir suç olarak düzenlenmiş olabilir. Bu durumda farklı neviden fikri içtima hükümleri gereğince cezası en ağır olan düzenleme üzerinden failin cezalandırılması gerekecektir. Örneğin, ölüm neticesinin meydana geldiği kişiyi hürriyetinden yoksun bırakma veya yangın çıkarma gibi bir suretle genel güvenliğin kasten tehlikeye sokulması hallerinde, fail hem bu bahsedilen suçları hem de kasten öldürme suçunu işlemiş olacaktır. Dolayısıyla bu durumda meydana gelen suçlar açısından fikri içtima hükümleri uygulanarak kişiye en ağır müeyyide ön görülen ceza normu uygulanmalıdır.¹⁴¹ Yargıtay'da kararlarında bu durumlarda fikri içtimanın uygulanması gerektiğini ifade etmektedir.¹⁴² Bunun yanında, failin ortaya çıkan ağır netice bakımından kasten hareket etmesi durumunda, artık neticesi sebebiyle ağırlaşan suçtan bahsetmenin mümkün olmadığı, failin doğrudan başka veya daha ağır neticenin sebep olduğu suç nedeniyle sorumlu tutulması gerektiği ifade edilmektedir.¹⁴³ Ancak burada bir diğer görüşe göre ise, neticesi sebebiyle ağırlaşan suçlarda, ağır neticenin taksirle gerçekleştiği durum nasıl özel norm olarak değerlendirilebiliyorsa, kasten gerçekleştiği durum da aynı şekilde özel norm olarak değerlendirilmelidir. Çünkü ağır veya farklı netice, temel suç tipi sonucunda veya bunun sayesinde gerçekleşmektedir. Dolayısıyla neticesi sebebiyle ağırlaşan suçlarda meydana gelen netice her durumda ayrı bir suç teşkil etmemektedir. Ancak fikri içtima hallerinde kesinlikle birden fazla suçun bulunması gerekmektedir. Bunun yanında neticesi sebebiyle ağırlaşan suçlarda konu temel suç tipi ile aynı olabilirken, fikri içtima hallerinde konuların farklı olması gerekmektedir. Yani, ağır netice temel suç tipine göre özel bir norm niteliğindedir ve fikri içtima kabul edilebilmesi için gerekli şartları taşımamaktadır. Bunlardan dolayı, netice sebebiyle ağırlaşan suçlarda, ağır netice gerek taksirle, gerekse kasten ortaya çıkmış olsun fikri içtimadan değil, görünüşte içtimadan bahsedilmelidir.¹⁴⁴

2. İslâm Hukuku Bakımından

İslâm hukukunda, mer'î hukukta olduğu gibi neticesi sebebiyle ağırlaşan suçlar için farklı bir belirleme yapılmıştır.¹⁴⁵ Örneğin kasten öldürmenin cezası kısas, taksirle öldürmenin cezası

¹⁴⁰ Göktürk, 2013, s. 236; Artuk / Gökçen / Yenidünya, s. 699; Heinrich, s. 424; Örnek olarak, trafik güvenliğini kasten tehlikeye sokmak suçu ile yaralama ve öldürme suçları arasındaki içtima ile ilgili görüşlere bkz. Polat, Halil. *Trafik Güvenliğini Kastens Tehlikeye Sokmak Suçu ile Bu Suçun Yaralama ve Öldürme Suçları Arasındaki İçtima Sorunu*, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Erciyes Üniversitesi SBE, Kayseri, 2009, s. 125-128.

¹⁴¹ Koca / Üzülmöz, s. 547; Özen, 2007, s. 140.

¹⁴² "Sanığın, müdahil Fatma ile eşi İsmail'in oturdukları evi yakarak zarar vermek ve çıkan yangından dolayı balkondan atlayan İsmail'in ölümüne neden olmaktan ibaret eyleminin 5237 sayılı TCK'nın "151/1, 152/2-a", "170/1-a" ve "82/1-c, 21/2" madde ve fıkralarında yazılı suçları oluşturacağı ve aynı Yasa'nın 44. maddesindeki düzenleme uyarınca en ağır cezayı gerektiren yangın çıkarma suretiyle adam öldürme suçundan dolayı cezalandırılmasının gerektiği gözetilmeden, yazılı biçimde 5237 sayılı TCK'nın 170/1-a ve 81/1, 21/2. maddeleri ile uygulama yapılması" Yargıtay, 8. Ceza Dairesi E: 2007/1323, K: 2007/3405; Ayrıca bkz. Yargıtay, CGK Kararı, E: 2010/8-51, K: 2010/162; Aldemir, s. 1074 vd.

¹⁴³ Göktürk, 2013, s. 235.

¹⁴⁴ Akbulut, s. 814.

¹⁴⁵ Ancak neticesi sebebiyle ağırlaşan tüm haller için ortak bir belirleme yapılması ihtilaflıdır. Özellikle müessir fiiller açısından mezhepler arasında tartışmalar vardır. Dağcı, s. 111.

diyettir (diyette-i muğallaza).¹⁴⁶ Ayrıca devletin tazir cezası verme yetkisi de saklıdır.¹⁴⁷ Özellikle cinsel saldırı sonucunda kızlık zararının yırtılması, mağdurun ölümü gibi ağır neticenin meydana geldiği durumlarda gerçek içtimanın uygulandığı görülmektedir.¹⁴⁸ İmam Ebu Hanife, İmam Ebu Yusuf ve Şafiilere göre ise bu durumda kızlık zararının yırtılması fiilin zorunlu sonucu olarak kabul edilerek fikri içtima uygulanmıştır. Bekaretin izalesi haricinde bevli tutamama gibi farklı bir neticenin oluşması durumunda ise gerçek içtima uygulanacaktır.¹⁴⁹ Bir kişinin parmağının koparılması durumunda yaranın sirayeti ile diğer parmakların ya da elin felç olması halinde Ebu Hanife'ye göre artık kısas cezası verilemeyip bu sonuca karşı devletin tazir verme yetkisi saklı olmak kaydıyla mal ile tazmin gerekecektir. Ebu Hanife bu durumu görünüşte içtima olarak ele almıştır. Cumhuriyet ise parmağın kopmasından dolayı kısas, sirayetten ötürü ise erş gerekeceğini belirtmişler ve gerçek içtima uygulamışlardır.¹⁵⁰ Kısas gerektiren bir fiilin ağır neticesinin de kısas gerektirmesi durumunda ise İmam Muhammed ve Ahmed b. Hanbel görünüşte içtima uygulamışlar ve doğrudan ağır neticeden dolayı kısasın gerekli olduğunu ifade etmişlerdir.¹⁵¹ Ancak ilerleyen dönemde 1858 Ceza Kanunu ile neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçların özel hüküm olarak ayrıca düzenleme altına alındığı görülmektedir. Bu durumda artık bu düzenlemelerin kapsamında bir suç işlendiği takdirde diğer suçların tüm unsurlarını barındırıp, ek unsurlar da ihtiva ettiği için özel norm olarak bu düzenlemelerin fiile uygulanması gerekecektir. Dolayısıyla bu durumlarda fikri içtimanın değil görünüşte içtimanın varlığından bahsetmek daha doğru olacaktır. Örneğin, 1858 Ceza Kanunu m. 174'te "*Katil kastıyla olmaksızın ika edilen darptan müteessiren madrup (dövülen) ölürse, fail beş seneden az olmamak üzere muvakkaten küreğe konulur.*" Bu hükümden sonra artık kasten yaralama veya taksirle öldürmeye ilişkin hükümler uygulama alanı bulamayacaktır.¹⁵² 1851 Ceza Kanunu birinci fasıl, 16. maddede de memura mukavemet ile ilgili bir düzenleme bulunmakla birlikte yaralı olan kimsenin ölmesi halinde artık bu maddenin hükümlerinin uygulanmayacağı katil maddesine yönelik düzenlemelerin uygulanacağı açıkça belirtilmiştir.¹⁵³

Neticesi sebebiyle ağırlaşan suçların, fikri içtimanın mı yoksa görünüşte içtimanın mı kapsamında değerlendirileceği hususu mer'î hukuk bakımından tartışmalıdır. Genel itibarıyla suçların niteliğine göre bir belirleme yapılmaya çalışılmıştır. Yukarıda yapılan değerlendirmeler neticesinde bu suçlar bakımında görünüşte içtimanın söz konusu olacağı ifade edilebilir. İslâm hukukçuları da neticesi sebebiyle ağırlaşan suçlar açısından ayrı ayrı değerlendirmelerde bulunmuşlar ve görüş birliğine varmamışlardır. Bununla birlikte tarih içerisinde meydana gelen

¹⁴⁶ İbn Mâce, Diyat, 5; Nesâî, Kasame, 31, 32, 33; Ebû Davud, Diyat, 17.

¹⁴⁷ Avcı, 2018b, s. 170.

¹⁴⁸ Avcı, 2018a, s. 101, 102.

¹⁴⁹ Serahsî, C. 9, s. 75, 76; Kâsânî, C. 7, s. 319; Şemsüddîn Muhammed b. Ahmed el-Hatîb eş-Şirbînî el-Kâhîrî. *Muğni'l-Muhtâc İlä Ma'rifeti Me'âni Elfâzi'l-Minhâc*, Dâru'l-Kütübî'l-İlmiyye, Beyrut, 1415/1994, C. 5, s. 327; Dağcı, s. 296, 297.

¹⁵⁰ Serahsî, C. 26, s. 100; Kâsânî, C. 7, s. 307; İbn Âbidin, Muhammed Emin bin Ömer bin Abdulaziz el-Hüseynî ed-Dimeşkî. *Reddü'l-Muhtâr Alâ'd-Durri'l-Muhtâr*, Dâr'ul-Fikir, Beyrut, 1386/1966, C. 6, s. 584; Dağcı, s. 180.

¹⁵¹ Serahsî, C. 26, s. 100, 101; Kâsânî, C. 7, s. 307; Dağcı, s. 181.

¹⁵² Ayrıca Mi'yar-ı Adalet, m. 61/2'de "*Kezâlik şibh-i amd suretiyle insan katleden kimse verese-i kâtile diyette vermesiyle beraber ta'zire müstehak olur. Mu'tadı ise siyâseten katli câizdir.*" şeklinde bir düzenleme de mevcuttur. akt. Akgündüz, C. 1, s. 665; Ayrıca bkz. Avcı, 2016, s. 26.

¹⁵³ Akgündüz, C. 1, s. 615.

kanunlardaki düzenlemeler sonucunda İslâm hukuk sisteminde de, neticesi sebebiyle ağırlaşan suçlar açısından görünüşte içtimanın söz konusu olacağı ifade edilebilir.

C. Suçlar ile Kabahatler Arasında İçtima

Tek bir fiil ile hem kabahatin hem de suçun gerçekleştirilmesi durumunda kural olarak iki ayrı haksızlık meydana geldiğinden ötürü, her bir haksızlığın yaptırımını ayrı ayrı uygulanmalıdır. Ancak Kabahatler Kanunu madde 15/3'te “*Bir fiil hem kabahat hem de suç olarak tanımlanmış ise, sadece suçtan dolayı yaptırım uygulanabilir. Ancak, suçtan dolayı yaptırım uygulanamayan hallerde kabahat dolayısıyla yaptırım uygulanır.*” şeklinde bir düzenleme yer almaktadır. Bir görüşe göre, bu düzenlemeye göre aynı fiil ile hem suç hem de kabahatin meydana gelmesi durumunda daha ağır ceza ihtiva ettiği kabul edilen suç üzerinden kişiye müeyyide uygulanacaktır. Bu durum da, bu düzenlemenin, her ne kadar asli – tali norm ayrımı gibi görünse de, kanun koyucunun kabahat ve suçu aynı düzeyde saymasından ötürü, fikri içtima temeline dayandığını göstermektedir. Dolayısıyla aynı fiilin hem suç hem de kabahati meydana getirmesi durumunda artık fikri içtimadan bahsedilecektir.¹⁵⁴ Bir diğer görüşe göre ise, bir fiilin hem suç hem de kabahat oluşturması durumunda artık fikri içtimadan bahsedilemeyecektir. Çünkü, fikri içtimanın şartlarından biri, tek fiille, fiile uygulanabilecek birden fazla suçun meydana gelmesidir.¹⁵⁵ Bu durumda kabahat ve suç arasında asli – tali norm ilişkisinin varlığı kabul edilmeli ve görünüşte içtimadan bahsedilmelidir.¹⁵⁶ Ayrıca KK m. 15/3 dışında suçla kabahat tüketilmektedir.¹⁵⁷

Kabahat düzenlemesinin, suç düzenlemesine göre daha özel unsurlar ihtiva etmesi durumunda ise, artık kabahat ile suç normu arasında özel – genel norm ilişkisinden bahisle fikri içtimanın değil, görünüşte içtimanın bulunduğu ifade edilmelidir. Kabahatin özel norm olması ise, yalnızca kasten işlenen veya taksirle işlenen fiillerin kendi içinde değerlendirilir. Dolayısıyla taksirle meydana gelen kabahatler, kasten işlenen suçlara göre özel norm niteliği taşımamaktadır.¹⁵⁸ Ayrıca tek fiil ile hem kabahatin hem de suçun meydana geldiği durumlarda, bazı özel düzenlemeler genel kuralın aksine, fiile kabahatten dolayı öngörülen yaptırımın da uygulanması gerektiğini göstermektedir.¹⁵⁹ Bu durumda ne görünüşte içtima ne de fikri içtima belirlenmesi yapılmaksızın olayda gerçek içtimanın varlığından bahsedilir.

Mer'î hukuk bakımından kabahatler ve suçlar arasında içtima dair değerlendirmeler, kabahatlerin ayrıca düzenlemeye tabi tutulmasından kaynaklanmaktadır. İslâm hukuk sistematığı içerisinde ayrıca bir kanun ile kabahatlerin düzenlenmesine bir engel bulunmamaktadır. Böyle bir durumun olması halinde genel olarak fikri içtima ve görünüşte içtima başlığı altında ifade ettiğimiz hususlar burada da geçerliliğini koruyacaktır. Kabahatler ve suçlar arasında asli – tali norm ve özel – genel norm ilişkileri doğrultusunda görünüşte içtima hükümleri uygulanabilecektir.

¹⁵⁴ Akbulut, s. 770, 815.

¹⁵⁵ Koca / Üzülmüş, s. 537; Özen, 2019, s. 971.

¹⁵⁶ Hakeri, s. 637.

¹⁵⁷ Akbulut, s. 775.

¹⁵⁸ Akbulut, s. 817.

¹⁵⁹ Akbulut, s. 817.

SONUÇ

Bir fiil ile tek bir haksızlık meydana gelebileceği gibi birden fazla haksızlığın ortaya çıkması da mümkündür. Tek fiil ile birden fazla haksızlığın ortaya çıktığı durumlarda, sorumluluğu daraltıcı nitelikteki içtima hükümleri gündeme gelecektir. Failin tek fiil ile, bu fiile uygulanabilir nitelikte birden fazla farklı ceza normunu ihlal etmesi durumunda farklı neviden fikri içtimadan; aynı ceza normunu birden fazla ihlal etmesi durumunda aynı neviden fikri içtimadan bahsedilir. Görünüşte içtimada ise tek fiil ile birden fazla ceza normu ihlal ediliyor olsa da bunlardan yalnız biri fiile uygulanabilir ve diğer ihlal edilen normlar aralarındaki ilişki gereği fiile uygulanamaz. Bu durumda fiile uygulanamayan diğer normların ihlali aslında görünüştedir. Fikri içtima ile görünüşte içtima arasındaki farklar temelde bu durumdan kaynaklanmaktadır.

Fikri içtima hallerinde faile uygulanabilecek olan birden fazla ceza normunun mevcut olması dolayısıyla kanunda ayrıca düzenleme yapılması gerekli iken, görünüşte içtima hallerinde fiile uygulanacak olan tek ceza normu olduğu için kanunda düzenleme yapmaya gerek yoktur. Fikri içtima hallerinde tüm normların hüküm fıkrasında yer alması gerekliken, görünüşte içtima durumunda yalnız bir norm uygulanabilir olduğu için diğerleri hüküm fıkrasında yer almaz. Fikri içtima hallerinde ihlal edilen ceza normları farklı unsurlar barındırmaktadır ancak görünüşte içtima hallerinde uygulanacak olan ceza normu diğer normların unsurlarını da taşımaktadır.

Fikri içtima hallerinde suçlar bağımsızlıklarını kaybetmezler ancak görünüşte içtima durumunda, fiile uygulanmayacak olan diğer ceza normları, uygulanacak normdan ayrı bir şekilde bağımsız olarak değerlendirilemez. Bunun sonucu olarak fikri içtima hallerinde ihlal edilen her ceza normu açısından ayrı ayrı zamanaşımı, görevli ve yetkili mahkeme, genel affa uğramış olup olmama, şikayete tabi olup olmama, uzlaştırmaya tabi olup olmama gibi hususlar incelenecek ve bu normların fiile uygulanma kabiliyetleri olup olmadığı tespit edilecektir.

Neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçların hukuki niteliği bakımından farklı ayrımlar yapılmıştır. Ağır veya başka bir neticenin ayrıca kanunda düzenlenmiş olup olmamasına göre farklı görüşler bildirilmiştir. Bu netice eğer kanunda düzenlenmemişse görünüşte içtimanın, düzenlenmişse fikri içtimanın oluşacağını ifade eden bir görüş mevcuttur ki Yargıtay da bu görüştedir. Ancak bu durumda da görünüşte içtimanın oluşacağından bahseden bir diğer görüş de mevcuttur ve doktrinde hakim olan görüşün bu yönde olduğu ifade edilebilir. Biz de bu görüşe katılmaktayız.

İslâm ceza hukukunda suçların ve cezaların içtimayı kabul edilmiştir. İçtima genel olarak tedahül kavramıyla ifade edilmektedir. Mer'î hukukta görülen suçların içtimayı çeşitleri burada da geçerli olsa da cezaların içtimasına daha geniş bir uygulama alanı tanınmıştır. Ancak kişilere karşı işlenen suçlarda gerçek içtima uygulanacaktır. İslâm ceza hukukunda uygulanacak olan cezanın aynı türden olması önem arz etmektedir. Eğer içtima durumunda oluşan haksızlıklardan ötürü aynı türden bir ceza uygulanacaksa bunlardan en ağırı uygulanır. Ancak bir suç sonucu diyet gerekmesi durumunda artık içtima olmayacaktır ve diyetin ödenmesi muhakkak gerçekleştirilecektir.

İslâm ceza hukukunda suçun iştirak halinde işlenmesi durumunun görünüşte içtimaa yönelik bir yansıması bulunmaktadır. Örneğin, kasten adam öldürme suçunun iştirak halinde işlenmesi halinde, müşterek failerin fiilleri fesad çıkarma kapsamında değerlendirilerek, kısas değil doğrudan idam müeyyidesi tatbik edilecektir. Dolayısıyla, İslâm ceza hukuku sistematığı

içerisinde, tek faille işlenebilen suçların birden fazla faille işlendiği takdirde özel norm kapsamında farklı bir suç olarak değerlendirilebileceği ve tek faille işlenebilen suçun unsurlarını ve korunan hukuki değerini ihtiva eden bu özel normun faillere uygulanabileceği ifade edilebilir.

İslâm ceza hukukunda neticesi sebebiyle ağırlaşan suçlara ilişkin tartışmalar yapılmıştır. Bu konuda gerçek içtima hükümlerinin uygulama alanı bulduğu görülmekle birlikte, asıl olarak fikri içtima ve görünüşte içtima durumlarının söz konusu olduğu anlaşılmaktadır. Örnek olaylar ve ilerleyen süreçte meydana getirilen kanun düzenlemeleri göz önüne alındığında ise neticesi sebebiyle ağırlaşan suçlar bakımından görünüşte içtimanın söz konusu olduğu görülmektedir.

KAYNAKÇA

- Ahmed Ziya. *Mufasssal Kanun-ı Ceza ve Teferruatı Şerhi*, Matbaa ve Kütüphane-i Cihan, İstanbul, 1329.
- Akbulut, Berrin. *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2019.
- Akgündüz, Ahmet. *İslâm ve Osmanlı Hukuku Külliyyatı*, Kamu Hukuku, C. 1, OSAV Yayınları, İstanbul, 2011.
- Akkaya, Çetin. “Suçların İçtimai Bağlamında Fiil Tekliği”, *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi*, S. 13, 2019, s. 1-38.
- Akşit, Cevat. *İslâm Ceza Hukuku ve İnsani Esasları*, Gümüşev Yayıncılık, İstanbul, 2019.
- Aksan, Murat, “Hükümlü veya Tutuklunun Kaçması Suçu” *Necmettin Erbakan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 5, S. 1, 2022, s. 236-301.
- Aldemir, Hüsnü. *Ceza Hukuku Genel Hükümler Rehberi*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2019.
- Altuntaş, Şeyda / Boz, Burak / Erdem, Dilek Özge / Yılmaz, Berna Ayşen. *Ceza Muhakemesi Hukukunda Uzlaştırma*, ed. Erdal Yerdelen ve Mustafa Serdar Özbek, Adalet Yayınevi, Ankara, 2018.
- Artuk, M. Emin / Gökçen, Ahmet / Yenidünya, A. Caner. *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2016.
- Avcı, Mustafa. “İslam ve Osmanlı Ceza Hukukunda İçtima”, *Kırıkkale Hukuk Mecmuası*, C. 1, S. 1, 2021, s. 1-30.
- Avcı, Mustafa. “Mi’yâr-ı Adâlet’in Ceza Hukuku Değeri”, *Türk Hukuk Tarihi Araştırmaları*, S. 21, 2016, s. 5-42.
- Avcı, Mustafa. *Osmanlı Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2018.
- Avcı, Mustafa. *Osmanlı Ceza Hukuku Özel Hükümler*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2018.
- Avcı, Mustafa. *Türk Hukuk Tarihi*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2022.
- Aydın, Melikşah. “İslam Hukukuna Göre İsyân (Bağy) Suçu ve Cezası”, *SÜHFD*, C. 23, S. 2, 2015, s. 49-77.
- Bilmen, Ömer Nasuhi. *Hukuk-ı İslâmiyye ve Istılahatı Fıkhiyye Kamusu*, Bilmen Yayınevi, İstanbul, 1976.
- Birtek, Fatih. *Ceza Hukuku Genel Hükümler Temel Bilgiler*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2018.

Buhârî, Muhammed. *Sahîh-i Buhârî*, Çev. Soner Duman, Halil Aldemir, Mehmet Odabaşı, Beşir Eryarsoy, İshak Emin Aktepe, İbrahim Tüfekçi, Karınca & Polen Yayınları, İstanbul, 2017.

Centel, Nur / Zafer, Hamide / Çakmut, Özlem. *Türk Ceza Hukukuna Giriş*, Beta Yayınevi, İstanbul, 2016.

Çubukçu, Büşra Sevede. “Türk Ceza Hukuku’nda Görünüşte İçtima”, *Terazi Hukuk Dergisi*, C. 14, S. 154, 2019, s. 1181-1190.

Dadaş, Mustafa Bülent. “Hanefi Fıkhdında Tedâhül İlkesinin Kapsamına Dair Bir İnceleme”, *İslam Hukuku Araştırmaları Dergisi*, S. 30, 2017, s. 205-237.

Dağcı, Şamil. *İslam Ceza Hukukunda Müessir Fiiller*, TDV Yayınları, Ankara, 2018.

Demirbaş, Timur. *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2019.

Doğan, Koray. *Neticesi Sebebiyle Ağırlaşmış Suçlar*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2015.

Dönmezer, Sulhi / Erman, Sahir. *Nazarî ve Tatbikî Ceza Hukuku*, C. 2, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1971.

Ebû Bekr Abdurrezzâk b. Hemmâm es-San’ânî. *el-Musannef*, Dâru't-Te’sîl, Kahire, 1435/2015.

Ebû Davud, Süleyman b. Eş’as es-Sicistanî el-Ezdî. *Sünen-i Ebû Davud Tercüme ve Şerhi*, Haz. Necati Yenieli, Hüseyin Kayapınar, Şamil Yayınevi, İstanbul, 1987.

Ebû'l-Fazl Mecdüddîn, Abdullah b. Mahmûd b. Mevdûd el-Mevsilî el-Beldecî. *el-İhtiyâr Ta'lîl'l-Muhtar*, C. 5, Matbuâtü'l-Halebî, Kahire, 1356/1937.

Erturhan, Sabri. *İslam Ceza Hukukunda İçtima*, Rağbet Yayınları, İstanbul, 2003.

Göktürk, Neslihan. “Türk Hukukunda Suçların İçtimai”, *CHKD*, C. 2, S. 1-2, 2014, s. 31 - 59.

Göktürk, Neslihan. *Fikri İçtima (Suçların İçtimai)*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2013.

Hafizoğulları, Zeki / Özen, Muharrem. *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, US-A Yayıncılık, Ankara, 2016.

Hakeri, Hakan. *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2019.

Hasan, Taha Hamid / Ahmed Geylan. “İslam Ceza Hukukunda ve Pozitif Hukukta Aynı Amaca Yönelik Suçların Gerçek İçtimai”, *İslam Ceza Hukuku*, ed. Refik Korkusuz ve Abdurrahman Eren, Lale Yayıncılık, İstanbul, 2017, s. 827-844.

Heinrich, Bernd. *Ceza Hukuku Genel Kısım – II*, ed. Yener Ünver, Adalet Yayınevi, Ankara, 2015.

İbn Âbidin, Muhammed Emin bin Ömer bin Abdulaziz el-Hüseynî ed-Dımeşkî. *Reddü'l-Muhtâr Alâ'd-Durri'l-Muhtâr*, Dâr'ul-Fikir, Beyrut, 1386/1966.

İbn Mâce, Ebû Abdullah Muhammed bin Yezid el-Kavzini. *Sünen-i İbn-i Mâce*, Mektebet-ül Muârif li'l-Neşr v'et-Tevzî, Riyad, ty.

İçel, Kayıhan. “Görünüşte Birleşme (İçtima) İlkeleri ve Yeni Türk Ceza Kanunu”, *İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi*, S. 14, 2008, s. 35-49.

İçel, Kayıhan. *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Beta Yayınevi, İstanbul, 2014.

İçel, Kayıhan. *Suçların İçtimai*, Sermet Matbaası, İstanbul, 1992.

Kâsânî el-Hanefî, Alâeddin Ebu Bekir bin Mesud bin Ahmed. *Bedâ'i'ü's-şanâ'i' fi tertîbi's-şerâ'i'*, Daru'l-Kitübü'l-İlmiyye, Beyrut, 1406/1986.

Koca, Mahmut. “Fikri İçtima”, *Ceza Hukuku Dergisi*, S. 4, 2007, s. 197-221.

Koca, Mamut / Üzülmöz, İlhan. *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2019.

- Merki, Duygu. *Bileşik Suç*, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, AÜSBE, Ankara, 2009.
- Müslim b. İsmail el-Haccâc, Ebu'l-Hüseyn. *Sahîh-i Müslim Tercüme ve Şerhi*, Çev. ve şerh: Ahmed Davudoğlu, Sönmez Yayınevi, İstanbul, 1977.
- Nesâî, Hafız Ebu Abdurrahman Ahmed b. Şuayb b. Ali b. Bahr b. Sinan b. Dinâr. *Sünenü'n Nesâî*, Şerh: Hâfız Celaledin Es-Suyutî, Hâşiye: İmam Es-Sindî, Çev. A. Muhtar Büyükçınar, Ahmet Tekin, Ö. Faruk Harman, Yaşar Erol, İstanbul, 1981.
- Özbek, Veli Özer. “Neticesi Sebebiyle Ağırlaşmış Suçlar”, *Ceza Hukuku Dergisi*, S. 4, 2007, s. 223-246.
- Özbek, Veli Özer / Doğan, Koray / Bacaksız, Pınar. *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2019.
- Özdemir, Emrah. *Türk Hukukunda Yargıtay Kararları Işığında Fikri İçtima*, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, AÜSBE, Antalya, 2012.
- Özen, Mustafa. “Ceza Hukukunda Fikri İçtima”, *TBB Dergisi*, S. 73, 2007, s. 132-145.
- Özen, Mustafa. “Non Bis İn İdem (Aynı Fiilden Dolayı İki Kez Yargılama Olmaz İlkesi)”, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 14, S. 1, 2010, s. 389-417.
- Özen, Mustafa. *Öğreti ve Uygulama Işığında Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2019.
- Özen, Mustafa. *Suçların İçtimai (Zincirleme Suç, Fikri İçtima, Bileşik Suç)*, Yayınlanmamış Doktora Tezi, AÜSBE, Ankara, 2008.
- Özgenç, İzzet. *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2019.
- Özkan, Tuğçe. *Yargı Kararları Işığında Türk Ceza Hukukunda İçtima*, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Kültür Üniversitesi Lisansüstü Eğitim Merkezi, İstanbul, 2019.
- Parlar, Ali / Hatipoğlu, Muzaffer. *Suçta Teşebbüs İştirak – İçtima ve Yaptırımlar*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2010.
- Polat, Halil. *Trafik Güvenliğini Kasten Tehlikeye Sokmak Suçu ile Bu Suçun Yaralama ve Öldürme Suçları Arasındaki İçtima Sorunu*, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Erciyes Üniversitesi SBE, Kayseri, 2009.
- Sava Paşa. *İslâm Hukuku Nazariyatı Hakkında Bir Etüt*, Çev. Baha Arıkan, DİB Yayınları, İstanbul, 2016.
- Serahsî, Şemsu'l-eimme Ebu Sehl Ebu Bekir Muhammed b. Ahmed. *el-Mebsût*, Daru'l-Mârifet, Beyrut, 1414/1993.
- Soyaslan, Doğan. *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2016.
- Şan, Sedat. “Türk Ceza Hukukunda Fikri İçtima”, *Terazi Hukuk Dergisi*, C. 9, S. 98, 2014, s. 84-98.
- Şeker, İdris. *Zincirleme Suç*, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, SÜSBE, Konya, 2009.
- Şeybânî, Muhammed b. Hasan. *el-Câmi'u's-sağîr*, Çev. Soner Duman, Beka Yayıncılık, İstanbul, 1441/2020.
- Şirbînî, Şemsüddîn Muhammed b. Ahmed el-Hatîb el-Kâhirî. *Muğni'l-Muhtâc ilâ Ma'rifeti Me'ânî Elfâzi'l-Minhâc*, Dâru'l-Kütübi'l-İlmiyye, Beyrut, 1415/1994.
- Tekin, Nurullah. “Fikri İçtima Kavramı ve Bunun Uygulamaya Yansımaları”, *Ceza Hukuku Dergisi*, S. 13, 2010, s. 167-188.

Tirmizî, Ebû İsâ, Muhammed b. İsâ b. Sevre b. Musa b. Dahhâk. *Sünen-i Tirmizi*, thk. Ahmed Muhammed Şâkir ve Muhammed Fuâd Abdalbâki ve İbrahi Atvah, Şirket-i Mektebe ve Matbaat-ı Mustafa el-Bâb-i Halebî, Mısır, 1975/1395.

Toroslu, Nevzat / Toroslu, Haluk. *Ceza Hukuku Genel Kısım*, Savaş Yayınevi, Ankara, 2016.

<https://karararama.yargitay.gov.tr>. (erişim tarihi: 20. 05. 2023)

Anonim Ortaklık Genel Kurulunun İbraya İlişkin Kararlarında Yetersayılar

Mustafa Yasir AKTEKE 

İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Bölümü Doktora Öğrencisi,
Araştırma Görevlisi, Necmettin Erbakan Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Ticaret Hukuku Anabilim Dalı,
Konya, Türkiye
myakteke@gmail.com (*Sorumlu Yazar / Corresponding Author*)

Makale Bilgileri

Makale Geçmişi
Geliş: 26.05.2023
Kabul: 19.09.2023
Yayın: 22.10.2023

Anahtar

Kelimeler:

İbra Kararı, İbra Varsayımı, Genel Kurul, Toplantı Yetersayısı, Karar Yetersayısı.

ÖZET

Çalışmamızda anonim ortaklıklarda genel kurulun ibraya ilişkin kararlarında toplantı ve karar yetersayıları tespit edilmiştir. Bu bağlamda 6102 sayılı TK'da ibra hakkında özel bir yetersayının öngörülmemesi nedeniyle toplantı ve karar yetersayılarına dair genel düzenleme niteliği arz eden TK m. 418 uygulanmaktadır. Bu düzenleme uyarınca sermayenin en az dörtte birine karşılık gelen payların sahiplerinin veya temsilcilerinin varlığıyla toplanan genel kurulda hazır bulunan oyların çoğunluğuyla ibraya karar verilmektedir. Toplantı yetersayısının tespitinde sermaye esas alınırken karar yetersayısında oy esas alınmaktadır. Aynı sonuç ibra varsayımı hakkında da geçerlidir. Öte yandan ilk toplantıda dörtte birlik toplantı yetersayısına ulaşılamadığı takdirde ikinci toplantının yapılabilmesi için nisabın aranmayacak olmasını (TK m. 418/1.c.2), ibra kararı bağlamında değerlendirdiğimizde, ibraya ilişkin kararların toplantı yetersayısında asgari yetersayı içeren özel bir düzenlemenin yapılması gerektiği sonucuna ulaşılmıştır. Ekleyelim ki kuruluş ve sermaye artırımında ibra kararının alınma şartlarının düzenlendiği TK m. 559'un yürürlükten kaldırılması gerektiği tespit edilmiştir.

Quorum In The Decisions of the General Assembly of the Joint Stock Company on the Release

Article Info

Article History

Received: 26.05.2023
Accepted: 19.09.2023
Published: 22.10.2023

Keywords:

Release Decision,
Assumption of Release,
General Assembly,
Quorum for Meeting,
Quorum for Decision.

ABSTRACT

In our study, meeting and decision quorums were determined resolution of the general assembly about the release in joint stock companies. In this context, since a special quorum for release is not foreseen in TK No. 6102, art. 418 will be applied. For this reason it is decided to release with the majority of the votes existing at the general assembly meeting with the presence of the possessors or representants of the shares that meet at least one quarter of the capital. The same conclusion carries out to the assumption of release. In consideration of this regulation, while the determination of the meeting quorum is based on the capital in the decisions regarding the discharge; The decision quorum is based on votes.

In addition to this when we evaluate the rule that the quorum should not be sought in order to hold the second meeting (TK art. 418/1.c.2), if the quorum for the meeting is not reached in the first meeting, in the context of the release decision, it has been concluded that a special regulation including the minimum quorum in the meeting quorum should be made in the decisions regarding the release. In addition, TK art. It has been determined that 559 should be removed from the Law.

Atıf/Citation: Akteke, M. Y. (2023). "Anonim Ortaklık Genel Kurulunun İbraya İlişkin Kararlarında Yetersayılar", *Necmettin Erbakan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 6(2), s. 637-664.



"This article is licensed under a Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License (CC BY-NC 4.0)"

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

GİRİŞ

Genel kurul kural olarak, pay sahiplerinden oluşmaktadır. Pay ise sahibine bir takım haklar bahşetmektedir. Payın sahibine bahşettiği haklardan bir kısmı malvarlıksal bir kısmı aydınlatıcı niteliktedir. Diğer bir kısmı ise katılma haklarıdır. Katılma haklarından biri, oy hakkıdır¹.

Payın sahibine bahşettiği hakların büyük bir bölümü genel kurulda kullanılmaktadır (TK m. 407/1). Özel hukuk tüzel kişisi olan anonim ortaklıklar, genel kurul kararları aracılığıyla irade oluşumunu gerçekleştirmektedirler. Genel kurul kararı, pay sahiplerinin oylarını belli bir yönde birleştirmeleriyle meydana gelmektedir. Çalışma konumuzun bir parçasını teşkil eden ve sorumluluk davası açmaktan vazgeçildiği anlamını içeren yönetim kurulu üyelerinin ibraları hakkındaki karar² da anonim şirketin iradesinin tecelli ettiği genel kurulda pay sahiplerinin bu yöndeki oylarıyla varlık kazanmaktadır.

¹ Oyun hukuki niteliğine dair detaylı bir çalışma için bkz. Paşlı, Ali. “Anonim Ortaklık Genel Kurulunda Kullanılan «Oy»un Hukuki Niteliği, Bölüm I: Kavram”, *İÜHFİM*, C. LXVII, 2009, s. 167 vd.

² Böckli, Peter. *Schweizer Aktienrecht*, 4. vollständig neu bearbeitete Auflage, Schulthess Verlag, Zurich, 2009, § 18 N. 452a; Forstmoser, Peter. *Die Aktienrechtliche Verantwortlichkeit: die Haftung der mit der Verwaltung, Geschäftsführung, Kontrolle und Liquidation einer AG betrauten Personen*, 2. Neubearbeitete und stark erweiterte Auflage, Schulthess Polygraphischer Verlag, Zürich, 1987, N. 462; Bärtschi, Harald. *Verantwortlichkeit im Aktienrecht*, Schulthess Verlag, Zürich, 2001, s. 322; Kummer, Angela. *Zürcher Kommentar: Die Aktiengesellschaft, Rechte und Pflichten der Aktionäre, Art. 660 - 697m OR*, Ed. Lukas Handschin, Peter Jung, 2. völlig neu bearbeitete Auflage, Schulthess Verlag, Zürich-Basel-Genf, 2021, Art. 695 OR, N. 14; Ansay, Tuğrul. “Anonim Şirketlerin Ehliyeti, İdare Meclisinin İbrası, İdare Meclisi Aleyhine Sorumluluk Davası ve Yargıtay Hukuk Genel Kurulu Kararları”, *BATİDER*, C. III, 1966, s. 422; Çamoğlu, Ersin. “Anonim Ortaklık Yönetim Kurulu Üyelerinin İbrasının Sorumluluk Davalarına Etkisi”, *İÜHFİM*, C. XXXVI, S. 1-4, 1971, s. 323; Çamoğlu, Ersin. *Anonim Ortaklık Yönetim Kurulu Üyelerinin Hukuki Sorumluluğu*, 3. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2010, s. 224-226; Aytaç, Zühtü. *Anonim Ortaklıklarda İbra*, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara, 1982, s. 18 vd., özellikle s. 31-33; Gümüş, M. Alper. *Türk-İsviçre Borçlar Hukukunda İbra Sözleşmesi*, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2015, s. 61; Turanboy, Nuri. *İbra Sözleşmesi*, Yetkin Yayınları, Ankara, 1998, s. 54; Pulaşlı, Hasan. *Şirketler Hukuku Şerhi*, C. 4, 4. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2022, § 63 N. 103; Ulusoy, Erol. “Şirketler Hukukunda İbranın Hukuki Niteliği”, *Turgut Kalpsüz’e Armağan*, Turhan Kitabevi, Ankara, 2003, s. 262; Kırca, İsmail. “İbra Kararının Geri Alınması ve Bankacılık Kanunu’nun 133. Maddesi Uyarınca Açılacak Sorumluluk Davalarında İbranın İptali ve Zamanaşımı”, *BATİDER*, C. XXIII, S. 3, 2006, s. 34; Bahtiyar, Mehmet. *Ortaklıklar Hukuku*, Güncellenmiş 14. Bası, Beta Yayınları, 2020, s. 411; Çelik, Aydın. *Anonim Ortaklıklarda Yönetim Kurulu Üyelerinin İbrası*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2007, s. 101; Şener, Oruç Hami. *Teorik ve Uygulamalı Ortaklıklar Hukuku Ders Kitabı*, Gözden Geçirilmiş 5. Bası, Seçkin, Ankara, 2022, s. 431; Akdağ Güney, Necla. “Banka Yönetim Kurulu Üyesinin İbra Edilmiş Olmasının Bankacılık Kanununa İstinaden Açılan Şahsi İflas Davasına Etkisi”, *Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. IV, S. 1, 2007, s. 51; Özboyacı, Alper. *Yeni Türk Ticaret Kanunu’na Göre Yönetim Kurulu Üyelerinin İbrası ve Özellikle İbranın Sorumluluk Davalarına Etkisi*, Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, İzmir, 2011, s. 50-51; Aydemir, Fatih. “Anonim Şirket Yönetim Kurulu Üyelerinin İbrasının Hukuki Sonuçları”, *İÜHFİM*, *İlhan Özey’a Armağan Özel Sayısı*, C. LXIX, S. 1-2, 2011, s. 1081; Kahyaoğlu, Emin Cem. “Anonim Ortaklıkta İbra Kararının Geri Alınması”, *Prof. Dr. Ersin Çamoğlu’na Armağan*, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2012, s. 83; Akdağ Güney, Necla. *Anonim Şirket Yönetim Kurulu*, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2016, s. 415; Canözü, Salih. “Anonim Şirketlerde İbra Kararının Kapsamı ve Şartları”, *The Journal of International Scientific Researches*, C. 5, S. 3, 2020, s. 330-331; Canözü, Salih. *Anonim Şirketlerde İbra*, Oniki Levha Yayınları, İstanbul, 2021, s. 35-39; Pehlivanoglu, Murat Can. “Anonim Şirketlerde Yönetim Kurulunun Mali ve İdari Yönden İbrasının Ayrıştırılması”, *Necmettin Erbakan Üniversitesi Uluslararası Hukuk Kongresi Bildiri Tam Metin Kitabı*, Ed. Nuran Koyuncu, Necmettin Erbakan Üniversitesi Yayınları, Konya, 2021, s. 474; Aksu Özkan, Raziye. “Yargıtay Kararları Işığında Anonim Şirkette Genel Kurulun Bilançoya İlişkin Kararının Açık İbra Kararına Etkisi”, *Hacettepe HFD*, C. XI, S. 1, 2021, s. 284-285; Eskiocak, Ali. *Yönetim Kurulu Üyelerinin Şahsi Sorumluluğuna İlişkin Davalarda Maddi Hukukun Usul Hukukuyla Etkileşimi*, Seçkin, Ankara, 2022, s. 319-322; Turan, Gizlem. *Anonim Şirketler Hukukunda İbra*, Oniki Levha Yayınları, İstanbul, 2023, s. 54-57.

Anonim ortaklık genel kurulunun ibraya ilişkin kararlarında toplantı ve karar yetersayılarını konu alan çalışmamız beş başlıktan oluşmaktadır. Genel kurulun toplanması için toplantı yetersayısının mevcut olması³; ibra kararının alınması için ise karar yetersayısının oluşması gerekmektedir⁴. Aşağıda önce toplantı yetersayısı tespit edilmiş, ardından karar yetersayısına dair açıklamalar yapılmıştır. Devamında esas sözleşmede ibra kararı hakkında daha ağır bir nisabın öngörülmesinin ibra varsayımına etkisi ele alınmıştır. Ardından şirketin kuruluşunu ve sermaye artırımını konu alan ibra kararının alınmasında ek şart niteliği taşıyan, sermayenin onda birini, halka açık şirketlerde yirmide birini temsil eden pay sahiplerinin ibra kararına karşı çıkmaması hususu incelenmiş, son olarak TK m. 559’da öngörülen bu ek şartın diğer ibra kararlarına teşmil edilip edilmeyeceği meselesi araştırılmıştır.

Belirtmek gerekir ki ibra kararının başta hukuki niteliği olmak üzere, alınma usulü, içeriği, hukuki sonuçları ile red kararının muhtevasının genişliği, giderek yetersayılarla aykırı biçimde alınan genel kurul kararının âkibetine ilişkin yaşanan yoğun tartışmalar, çalışmamızın konusunun sınırlandırılması ihtiyacını doğurmuştur. Söz konusu hususların her biri boyutları itibariyle bağımsız birer çalışmada etraflıca incelenmeyi hak etmektedir. Dolayısıyla bu çalışma münhasıran ibraya ilişkin kararlarda toplantı ve karar yetersayılarının tespitine hasredilmiştir. Gerek ibra kararının detayları gerekse yetersayılarla aykırı biçimde alınan ibra kararının âkibeti çalışmamızın kapsamı dışında kalmaktadır.

I. TOPLANTI YETER SAYISI

Hukuk düzeni bazı kurulların toplantı yapmadan karar vermelerine müsaade etmektedir. Limited şirket genel kurulu (TK m. 617/4) ve anonim şirket yönetim kurulu (TK m. 390/4) toplantı yapmadan, sirküler yoluyla kararlar verebilmektedir⁵. Keza kooperatiflerde de mektup ile oy kullanılabilir (KoopK m. 54). Ne var ki anonim şirket genel kurulu bu imkânlardan mahrum kalmış olup, pay sahiplerinin mutlak surette fizikî olarak toplanmaları ve kararları bu yolla vermeleri gerekmektedir (TK m. 407/1, 425)⁶. Diğer taraftan teknolojik gelişmeler kurulları

Yeri gelmişken belirtelim ki anonim şirketler hukukunda ibra kararı ile borçlar hukuku anlamında ibra sözleşmesi farklı kavram ve kurumlardır. 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu’nun 132’nci maddesinde düzenlenen ibra, bir sözleşme niteliği arz etmekte olup borcu tamamen veya kısmen ortadan kaldırmaktadır. Bu hususta detaylı bir çalışma için bkz. Sarıhan, Banu Bilge. “Türk Borçlar Hukukunda ve İş Hukukunda İbranın Hukuki Boyutu”, *NEÜHFD*, C. III, S. 1, 2020, s. 99 vd.

³ Moroğlu, Erdoğan. *Anonim Ortaklıkta Genel Kurul Kararlarının Hükümsüzlüğü*, Güncelleştirilmiş ve Genişletilmiş 8. Baskı, Oniki Levha Yayınları, İstanbul, 2017, s. 127.

⁴ Forstmoser, Peter / Meier-Hayoz, Arthur / Nobel, Peter. *Schweizerisches Aktienrecht*, Stämpfli Verlag, Bern, 1996, § 24 N. 5; Moroğlu, *Genel Kurul Kararlarının Hükümsüzlüğü*, s. 140; Kırca, İsmail (Şehriali Çelik, Feyzan Hayal / Manavgat, Çağlar). *Anonim Şirketler Hukuku*, C. 2/2, *Genel Kurul Kararlarının Hükümsüzlüğü*, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, Ankara, 2016, s. 10.

⁵ Yönetim kurulunun sirküler yoluyla karar alma usulü hakkında kapsamlı bir çalışma için bkz. Coştan, Hülya. “Yönetim Kurulunun Karar Alma Usulleri, Oy Hakkı, Yetersayılar ve Toplantı Talep Hakkı”, *BATİDER*, C. XXVII, S. 3, 2012, s. 156 vd.

⁶ Böckli, § 16 N. 168; Dubs, Dieter / Truffer, Roland. *Basler Kommentar Obligationenrecht II*, Art. 530-964 OR, Ed. Heinrich Honsell, Nedin Peter Vogt, Rolf Watter, 5. Auflage, Helbing Lichtenhahn Verlag, Basel, 2016, Art. 698 N. 7; Arslanlı, Halil. *Anonim Şirketler, C. II-III: Anonim Şirketlerin Organizasyonu ve Tahviller*, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1960, s. 52; von Steiger, Fritz. *İsviçre’de Anonim Şirketler Hukuku*, Çeviren: Tahir Çağa, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1968, s. 211; Çeker, Mustafa. *Anonim Ortaklıkta Oy Hakkı ve Kullanılması*, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, Ankara, 2000, s. 177 vd.; Gökdemir Tamer, Tülay. *Anonim Şirketlerde Pay Sahibinin Oy Hakkının Kapsamı ve Etkisi*, Oniki Levha Yayınları, İstanbul, 2022, s. 63-64.

elektronik ortama taşımıştır. Anonim şirket yönetim kurulu ile limited şirket müdürler kurulu toplantıları tamamen elektronik ortamda yapılabilirken (TK m. 1527/1); hukuk düzeni anonim şirket genel kurulunun tümüyle sanal bir şekilde toplanmasına izin vermemiş fakat fiziken mevcut bulunan genel kurula bir kısım pay sahibinin elektronik ortamda katılmasına imkân tanımıştır (TK m. 1527/4)⁷.

Çağrısız genel kurul bir kenara bırakılacak olursa (TK m. 416), anonim şirket genel kurullarının toplanması için belli bazı usullere riayet edilmesi gerekmektedir. Çağrıya yetkili kişiler (TK m. 410-412) usulüne uygun şekilde (TK m. 414) genel kurula katılmaya yetkili olanları (TK m. 415) toplantıya davet eder. Genel kurulun toplanabilmesi, davete icabet edenlerin “toplantı yetersayısını” oluşturması ile mümkündür. Açık deyişle toplantı yetersayısı genel kurulun varlık şartıdır⁸.

TK’da genel kurul toplantısı hakkında çeşitli nisaplar öngörülmüştür. Bu nisaplar toplantının türüne göre değil, gündemde bulunan konulara göre belirlenmiştir⁹. Bir diğer deyişle oranların tespitinde belirleyici olan, toplantının olağan-olağanüstü veya fizikî-elektronik katılımlı olması değil gündemde bulunan konunun önemidir¹⁰.

Ekleyelim ki TK’nın toplantı yetersayısına ilişkin düzenlemelerinden bazısı nisabı oran olarak verirken¹¹ bazısı bir başka maddeye atıf yapmakla yetinmektedir¹². Keza nisabın esas sözleşmeyle düzenmesi de mümkündür. Kanunda veya esas sözleşmede özel bir düzenleme bulunmayan hâllerde toplantı nisabına ilişkin genel hüküm niteliği arz eden ve “II – Toplantı ve karar nisabı” kenar başlığını taşıyan TK’nın 418’inci maddesi uygulanır¹³. Bu düzenlemeye göre

⁷ Anonim şirket genel kurul toplantısına elektronik ortamda katılım olanağının detayları hakkında bkz. Özer, Işık. “Türk Ticaret Kanunu Tasarısına Göre Anonim Şirket Genel Kuruluna Elektronik Ortamda Katılım”, *BATİDER*, C. XXV, S. 4, 2009, s. 637 vd.; Arı, Zekeriyya. “Türk Ticaret Kanunu Tasarısının Elektronik Ortama İlişkin Hükümü (Tasarı m. 1527) ve Sanal Genel Kurul”, *Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. XIII, S. 3-4, 2009, s. 191 vd.; Azarkan, Necat. “Anonim Şirketlerde Sanal (Vürtüel) Genel Kurul”, *Dicle Üniversitesi Adalet Meslek Yüksekokulu Dicle Adalet Dergisi*, C. II, S. 4, 2018, s. 39 vd.; Karadeniz, Salih. “Anonim Şirketlerde Elektronik Genel Kurul”, *İMİHD*, C. VII, S. 13, 2022, s. 498 vd.

⁸ Toplantı yetersayısına ulaşılmasının genel kurulun oluşmasının bir şartı olduğu yönünde bkz. Ayoğlu, Tolga. “Oydan Yoksun Pay Sahiplerinin Katılımı ile Alınan Genel Kurul Kararlarının Akıbeti (TTK md. 361/3’ün Uygulama Alanı)”, *Prof. Dr. Kemal Oğuzman’a Armağan, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, S. 1, Ocak 2002, s. 736; Kırca (Şehriali Çelik / Manavgat), s. 10.

⁹ Bahtiyar, Mehmet. “Anonim Şirket Genel Kurulunda Toplantı Yetersayısının Toplantı Süresince Korunması Şartına İlişkin TTK. 418/1 Hükümünün Değerlendirilmesi”, *Prof. Dr. Hamdi Yasaman’a Armağan*, Oniki Levha Yayınları, İstanbul, 2017, s. 61; Karlıoğlu, Hasan. *Anonim Şirketlerde Genel Kurul*, Adalet Yayınları, Ankara, 2019, s. 177.

¹⁰ Öğretide nisapların tespitinde gündemde yer alan konunun önemine işaret edilmekle beraber, ilk toplantı-ertelenen toplantı şeklindeki ayırmada, konudan ziyade toplantının türünün belirleyici olduğu isabetli biçimde dile getirilmektedir. Bu hususta bkz. İmregün, Oğuz. “Türk Hukukunda Anonim Ortaklıklarda Toplantı ve Karar Yetersayıları”, *İÜHFİM*, C. L, S. 1-4, s. 356; Zengin, İbrahim Çağrı. *Türk Ticaret Kanununa Göre Anonim Ortaklık Genel Kurulunda Yetersayılar*, Oniki Levha Yayınları, İstanbul, 2020, s. 317.

¹¹ Toplantı ve karar yetersayılarına ilişkin özel düzenlemelerin yer aldığı hükümlere şu örnekler verilebilir: Esas sözleşme değişikliklerinde uygulanacak nisapların düzenlendiği TK m. 421, yapısal değişikliklerden birleşme sözleşmesinin onaylanması için gerekli yetersayıların düzenlendiği TK m. 151, rüçhan hakkının sınırlandırılması veya kaldırılması hakkında TK m. 461, tasfiyeden önceki toplantı nisabı ise TK m. 548 hükmünde düzenlenmiştir.

¹² Toplantı yetersayısının atıf ile düzenlendiği hükümler şu şekildedir: TK m. 173, 356, 453 ve 504.

¹³ Alman ve İsviçre hukuk sistemlerinde toplantı nisabı yoktur, sadece karar nisabı vardır. Bu hususta Alman hukuku için bkz. Arnold, Michael. *Münchener Kommentar zum Aktiengesetz: AktG*, Band 3: §§ 118-178, Ed. Wulf Goette, Mathias Habersack, Susanne Kalss, 5. Auflage, C.H. Beck Verlag, München, 2022, § 133 N. 20-22.

genel kurullar sermayenin en az dörtte birinin varlığıyla toplanır, ilk toplantıda dörtte birlik orana ulaşamazsa ikinci toplantıda nisap aranmaz¹⁴. Toplantı nisabının tespitinde oy veya kişi sayısı değil, sermayenin miktarı esas alınır. Bu yapılırken, oydan yoksun bulunan kimselerin payları da hesaba katılır¹⁵.

Hukuk düzeni ibra kararının alınmasında özel bir toplantı nisabı öngörmemiştir. Dolayısıyla ibra hakkında bir kararın verilebilmesi için genel kurulda sermayenin en az dörtte birinin temsil edilmesi yeterlidir. Buna karşılık dörtte birlik yetersayıya ulaşamaması nedeniyle ilk toplantı yapılamadığı takdirde ikinci toplantının yapılabilmesi için nisap aranmaz (TK m. 418/1.c.3)¹⁶. Son husus ibra kararı bağlamında değerlendirildiğinde, ikinci toplantıda nisabın aranmayacak olması isabetli olmamıştır. Çünkü ibra kararının hukuki sonuçlarından biri, şirket nezdinde oluşan zararlara müsteniden yönetim kurulu üyelerine karşı sorumluluk davasının açılmamasıdır. İbra kararına bağlanan bu sonuç göz önünde bulundurulduğunda, genel kurulda ibraya ilişkin bir karar verilirken gerek ilk toplantıda gerekse ikinci toplantıda asgari bir toplantı nisabının şart koşulmasında yarar vardır.

Bu bağlamda ayrıca belirtelim ki pay sahiplerinin genel kurula hazırlık yaparak gelmeleri ve kararların müzakere edilerek alınması için hem toplantı gündemi önceden belirlenmekte aynı zamanda da toplantı nisabı öngörülmektedir¹⁷. Hukuk düzeninin sirküler yoluyla genel kurul kararının alınmasına cevaz vermemesi de bu minvalde değerlendirilebilir. İbra kararının önemli bir unsuru ise, kararın müzakere edilerek alınmasıdır¹⁸. Bilançonun onayına ilişkin genel kurul kararı ibra sonucunu doğurduğu için, bilançonun da müzakere edilmesi gerekmektedir. Aksi

İsviçre hukuku için bkz. Tanner, Brigitte. *Zürcher Kommentar: Die Aktiengesellschaft, Generalversammlung und Verwaltungsrat. Mängel in der Organisation*, Art. 698-726 und 731b OR, Ed. Lukas Handschin, 3. Auflage, Schulthess Juristische Medien AG, Zürich-Basel-Genf, 2018, OR 703, N. 1 vd.

¹⁴ Tekinalp, Ünal. “Azınlığın Bilançonun Onaylanmasına İlişkin Müzakerenin Ertenilmesi İstemi” *İÜHFMD*, C. XLII, S. 1-4, 1976, s. 241-242; Memiş, Tekin / Şimşek, Bahar. “Azınlığın Finansal Tabloların Müzakeresini Erteleme Hakkı Üzerine Değerlendirmeler”, *Prof. Dr. Sabih Arkan’a Armağan*, Oniki Levha Yayınları, İstanbul, 2019, s. 797.

¹⁵ Teoman, Ömer. *Anonim Ortaklıkta Pay Sahibinin Oy Hakkından Yoksunluğu*, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, Ankara, 1983, s. 181. Aksi yönde bkz. Deryal, Yahya. “Anonim Ortaklık Genel Kurul Kararlarının Hukuki Niteliği”, *Fahiman Tekil’in Anısına Armağan*, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, İstanbul, 2003, s. 397.

¹⁶ Çamoğlu, *Yönetim Kurulu Üyelerinin Hukuki Sorumluluğu*, s. 231; Aytaç, *İbra*, s. 109; Çelik, s. 134; Canöz, *İbra*, s. 126-128; Turan, s. 123; Şahin, Ayşe. *Anonim Ortaklıklarda Yönetim Kurulu Üyelerinin Hukuki Sorumluluk Açısından İbrası*, Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2005, s. 135; Avcı, Nihan. *Anonim Ortaklıklarda İbra*, Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, İzmir, 2007, s. 84; Oral, Sıla. *Anonim Ortaklıklarda Yönetim Kurulu Üyelerinin İbrası ve Tasarı ile Getirilen Değişiklikler*, İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2009, s. 53; Sever, Rabia. *6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu Bakımından Anonim Ortaklıklarda Yönetim Kurulu Üyelerinin İbrası*, Bahçeşehir Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2012, s. 106; Karademir, Halis. *Anonim Şirketlerde İbranın Sözleşme ve Karar Çerçevesinde Etkisi ve Sonuçları*, Süleyman Demirel Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, Isparta, 2017, s. 57; Akkaya, Ayşegül. *Anonim Şirketlerde Yönetim Kurulunun İbrası*, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2019, s. 55; Şimşek Güzelsu, Sebile Zeynep. *Anonim Şirketlerde İbra*, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 2019, s. 39.

¹⁷ Zengin, s. 36.

¹⁸ Chammartin, Catherine / von der Crone, Hans Caspar. “Der Déchargebeschluss”, *SZW/RSDA*, 6/2005, s. 336-337. Müzakere edilmeden alınan ibra kararlarının “soyut ibra” niteliğinde olduğu ve bu tür ibra kararlarının hüküm ve sonuç doğurmayacağı hususunda bkz. Yargıtay 11. HD’nin 13.06.2022 tarih ve 2021-2018/4797 sayılı kararı, <http://karararama.yargitay.gov.tr> (Erişim Tarihi: 18.05.2023).

takdirde ibra kararının ve bilançonun geçerliliği tartışmalı hâle gelecektir. Gerek bilançonun gerekse ibra önerisinin sağlıklı bir zeminde müzakere edilebilmesi, asgari bir toplantı nisabının varlığını gerektirmektedir. Bu nedenlerle ibraya ilişkin kararlarda asgari toplantı nisabı öngören bir düzenleme yapılmasında fayda vardır.

Ayrıca ekleyelim ki ibra kararının yönetim kurulu üyeleriyle şirket arasında gerçekleşen bir tür hesaplaşma niteliği arz etmesi olgusu göz önünde bulundurulduğunda, gerçek bir hesaplaşmanın ancak asgari bir yetersayı ile toplanan genel kurulda meydana gelebileceği sonucuna ulaşılmaktadır.

Toplantı nisabı, anonim şirketin organlarından biri olan genel kurulun varlık şartıdır¹⁹. Toplantıya başlayabilmek için toplantı nisabının oluşması gerekmektedir²⁰. Nisabın oluşup oluşmadığı imzaya açılan genel kurula katılabilecekler listesinden saptanır (TK m. 415 ve 417)²¹. Genel kurul toplantısına katılan kişilerin imzalamasıyla bu liste, “hazır bulunanlar listesi” adını alır (TK m. 417/4).

Genel kurul toplantısı davet sahibinin yapacağı açılış ile başlar (BTY m. 23/1)²², ardından başkanlık divanı oluşturulur. Toplantının yönetimi başkana aittir (TK m. 419, BTY m. 23/2).

Yeri gelmişken BTY 23/3’e değinilmelidir. Hüküm şu şekildedir: “*Bakanlık temsilcisinin bulunması zorunlu olan toplantılarda bakanlık temsilcisinin, diğer toplantılarda ise toplantı başkanının; şirket esas sözleşmesi ve iç yönergesi ile Kanun ve diğer ilgili mevzuatta öngörülen hususların yerine getirildiğini ve gerekli nisabın sağlandığını tespit etmesinden sonra toplantıya devam edilir.*”. Bu düzenleme bakımından dikkat edilirse toplantı başkanının “*gerekli nisabın sağlandığını tespit etmesinden sonra*” toplantıya devam edileceği dile getirilmektedir. “*Gerekli nisap*” ifadesiyle anlatılmak istenen ise açık değildir. Bu ifadeyle toplantı nisabı anlaşılabilir gibi karar nisabı da anlaşılabilir. Söz konusu ifade ile neyin kastedildiği, amaca uygun yapılacak bir yorumla tespit edilmelidir. Bu çerçevede anılan düzenlemede “toplantıya devam edilir” denildiğine göre, toplantının açıldığı anlaşılmaktadır. Toplantının açılıp başkanlık divanının oluşturulabilmesi içinse toplantı yetersayısının var olması gerekmektedir. O hâlde BTY m. 23/3’te

¹⁹ Zengin, toplantı nisabının iki ayrı işleve sahip olduğundan söz eder. Yazar toplantı nisabının birinci işlevinin genel kurulun toplanmış sayılması, ikinci işlevinin ise bir kararın alınmasının gündeme geldiği durumlarda o konu hakkında karar alabilme ehliyetinin kazanılması olarak belirtir (Zengin, s. 32 ve 423).

²⁰ Çamoğlu, Ersin (Poroy, Reha / Tekinalp, Ünal). *Ortaklıklar Hukuku, C. I*, 14. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2019, N. 688; Yiğit, İlhan. *Anonim Ortaklık Genel Kurulunun İşleyişi ve Ortaya Çıkan Sorunlar*, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2005, s. 127; Akbay, Direnç. *Limited Ortaklık Genel Kurulunun Toplanma ve Karar Alma Esasları*, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2010, s. 140; Dural, H. Ali. “Anonim Şirket Yönetim Kurulunun Toplantı ve Karar Yetersayıları”, *İsviçre Borçlar Kanunu’nun İktibasının 80. Yılında İsviçre Borçlar Hukuku’nun Türk Ticaret Hukukuna Etkileri*, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2009, s. 329; Yurtbaşı, Fatih. “Anonim Şirketler Genel Kurullarında Toplantı ve Karar Yeter Sayıları”, *Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. X, S. 2*, 2013, s. 206; Sayhan, İsmet. “Anonim Ortaklıklarda Genel Kurul Toplantılarında Toplantı Çoğunluğunun Korunması İlkesi ve Çoğunluğun Tespiti”, *Ufuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. II, S. 2*, 2014, s. 10.

²¹ Teoman, Ömer. “Anonim Ortaklık Genel Kurul Toplantısına İlişkin Hazirun Cetveli”, *İÜHFMD, C. LV, S. 1-4*, 1995, s. 233-234; Domanıç, Hayri. *Anonim Şirketler Hukuku ve Uygulaması, TTK. Şerhi II*, Yaylacık Matbaası, İstanbul, 1988, s. 850; İmregün, Oğuz. *Anonim Ortaklıklar*, 4. Bası, Yasa Yayınları, İstanbul, 1989, s. 131; Bahtiyar, TTK. 418/1 Hükümünün Değerlendirilmesi, s. 59 vd.; Sayhan, s. 11.

²² Genel kurul toplantısı duruma göre yönetim kurulu başkanı, tasfiye memuru veya pay sahibi tarafından açılır (TK m. 410-412).

geçen “*gerekli nisabın sağlandığını tespit*” ifadesi, bir yandan toplantı sırasında toplantı nisabının korunup korunmadığının tespiti²³ diğer yandan da ağırlaştırılmış yetersayılara ihtiyaç duyulan konuların müzakere edilebilmesi için ilgili yetersayının oluşup oluşmadığının tespiti şeklinde yorumlanmalıdır. Nitekim toplantıya başlamadan önce Kanunda ve esas sözleşmede öngörülen asgari toplantı nisabının var olmaması hâlinde toplantının erteleneceğini düzenleyen BTY m. 28/1, ulaştığımız sonucu desteklemektedir.²⁴

Toplantı başlamadan önce toplantı nisabının sağlanıp sağlanmadığının tespiti yönetim kurulu başkanının göreviyken²⁵, toplantıya başladıktan sonra bu görev toplantı başkanınca yerine getirilir. Ne var ki BTY m. 34 özensiz bir biçimde kaleme alınmıştır. Zira BTY m. 34/3 ve 4 birlikte değerlendirildiğinde, toplantıya başlamadan önce toplantı yetersayısının mevcut olup olmadığının tespiti için toplantı başkanı görevlendirilmiştir (BTY m. 34/3 ve 4). Oysaki toplantı başkanından söz edebilmek için toplantının başlamış olması gerekmektedir. Çünkü toplantı davet sahiplerince açılarak başlar, daha sonra başkanlık divanı oluşturulur. Bu itibarla toplantıya başlamadan önce başkanlık divanından ve toplantı başkanından söz edilememektedir. Kanımızca BTY m. 34, başkanın esas sözleşmeyle belirlendiği hâllerde anlam kazanır (TK m. 419/1).

II. KARAR YETER SAYISI

Toplantı yetersayısı sağlandığı takdirde, toplantı davet sahibince açılır, ardından başkanlık divanı oluşturulur. Devamında gündemdeki konuların müzakeresine geçilir.

Yönetim kurulu üyelerinin ibrası hakkında karar verebilmek için ibranın müzakere edilmesi, oylamanın yapılması, “karar yetersayısını” oluşturan olumlu oyların ibra yönünde kullanılması, kararın tutanağa geçirilmesi ve tutanağın başkanlık divanı ile (varsa) Bakanlık temsilcisi tarafından imzalanması gerekmektedir (TK m. 422).

Karar yetersayısının var olup olmadığı, kullanılan oylar sayılıp değerlendirilerek tespit edilmektedir. Bu görev toplantıyı yöneten başkana aittir²⁶. Karar yetersayısının sağlanması hâlinde olumlu ibra kararının meydana geldiği, aksi takdirde ibranın reddedildiği başkan tarafından

²³ TK m. 418/1’in ikinci cümlesine göre, toplantı yetersayısının toplantı süresince korunması şarttır.

²⁴ *Çamoğlu*, ertelemeyen söz edebilmek için toplantının açılması gerektiği, toplantı açılmadan önce toplantıya herhangi bir nedenle başlanamaması hâlinde toplantının ertelenmesi değil yapılamamasının söz konusu olduğunu ifade eder. Yazar benzer şekilde toplantı yetersayısının oluşmaması hâlinde toplantının ertelenmesinden değil yapılamamasından söz eder [Çamoğlu (Poroy / Tekinalp), N. 704b].

Kanımızca yazarın tespiti yerindedir. Zira ertelemeyen söz edebilmek için mevcut bir toplantıya ihtiyaç vardır. Toplantı nisabının oluşmadığı durumlarda ise toplantıdan söz etmeye imkân yoktur. Nitekim olmayan bir şeyin ertelenmesi mümkün değildir.

²⁵ *Zengin*, toplantı açılmadan önce toplantı nisabının elde edilip edilmediğinin tespitinin “toplantıyı açmaya yetkili kimselerce” yapılması gerektiğini ifade etmektedir (Zengin, s. 423). Kanımızca toplantı açılmadan önce toplantı nisabının oluşup oluşmadığının tespiti yönetim kurulu başkanın görevidir. Çünkü toplantı nisabının tespiti genel kurul toplantısına yönelik bir hazırlık faaliyeti niteliğindedir. Söz konusu hazırlık, yönetim kurulunun devredilemez görev ve yetkilerindedir (TK m. 375/1-f). Bu çerçevede nisabın sağlanıp sağlanmadığı, yönetim kurulunca hazırlanan ve yönetim kurulu başkanı tarafından imzalanan “genel kurula katılabilecekler listesi”nden belirlenmektedir (TK m. 417/2-4).

²⁶ Forstmoser / Meier-Hayoz / Nobel, § 24 N. 22 ve 55a; Tanner, *Zürcher Kommentar: Aktiengesellschaft*, OR 703 N. 56. Genel kurulda kullanılan oyların toplantı başkanına yöneltileceği yönünde bkz. Rieckers, Oliver. *Kommentar zum Aktiengesetz*, Band 1, §§ 1-149, Ed. Gerald Spindler, Eberhard Stolz, 4. Auflage, C.H.Beck, München, 2019, AktG § 133 N. 3 ve 20. Aksi yönde bkz. ve krş. Teoman, *Oy Hakkından Yoksunluk*, s. 4; Çeker, s. 12.

açıklanır. Karar toplantı tutanağına yazılır; tutanak, toplantı başkanlığı ve varsa Bakanlık temsilcisi tarafından imzalanır (TK m. 422).

Karar yetersayısının düzenlendiği TK m. 418/2'ye göre “*Kararlar toplantıda hazır bulunan oyların çoğunluğu ile verilir.*”. Söz konusu hüküm uyarınca yönetim kurulu üyelerinin ibrasına sermayenin en az dörtte birinin hazır bulunduğu toplantıdaki oyların çoğunluğu ile karar verilir²⁷. Karar yetersayısının tespitinde kişi sayısı değil, oy esas alınır. Ekleyelim ki sadece kullanılan oylar değil aynı zamanda toplantıda temsil edildikleri hâlde kullanılmayan oylar da karar yetersayısının tespitinde hesaba katılır²⁸. Olumlu ibra kararından söz edebilmek için oyların çoğunluğunun öneri lehinde birleşmesi gerekir.

Yeri gelmişken Alman hukuku ile Türk hukuku arasındaki bir farka değinmek isteriz. Alman hukukunda nisapların düzenlendiği AktG 133/1'e göre, kanunda veya esas sözleşmede daha ağır bir çoğunluk öngörülmediği takdirde genel kurul kararları, kullanılan oyların çoğunluğu ile alınmaktadır. Alman hukukunda genel kurul kararı basit çoğunlukla verilmektedir²⁹. Oysa Türk hukukunda durum farklıdır. TK m. 418/2'ye göre bir kararın meydana gelebilmesi için kullanılan oyların çoğunluğunun sağlanması yeterli değildir, toplantıda temsil edilen oyların çoğunluğunun oluşması gerekmektedir³⁰. Hüküm emredici niteliktedir, dolayısıyla esas sözleşmede daha düşük bir yetersayının öngörülmesi mümkün değildir³¹. Bu itibarla Türk hukukundaki karar nisabına ilişkin düzenleme İsviçre hukukundakiyle benzerlik göstermektedir. TK m. 418/2'de olduğu gibi OR 703'te de karar yetersayısı toplantıda temsil edilen oyların çoğunluğu şeklinde tespit edilmiştir³².

Karar yetersayısının düzenlendiği TK m. 418/2'nin kaleme alınmış şekline ilişkin bazı hususlara dikkat çekmek gerekmektedir. Öğretide *Kendigelen*, “bir toplantıda oyların hazır bulunamayacağı, olsa olsa temsil edilebileceği” eleştirisinde bulunmakta, hükümde geçen “hazır

²⁷ Çamoğlu, *Yönetim Kurulu Üyelerinin Hukuki Sorumluluğu*, s. 231; Aytaç, *İbra*, s. 109; Şahin, s. 135; Çelik, s. 134; Oral, s. 53; Karademir, s. 57; Akkaya, s. 55; Şimşek Güzelsu, s. 39; Avcı, s. 84; Canöz, *İbra*, s. 128; Turan, s. 123.

²⁸ Forstmoser / Meier-Hayoz / Nobel, § 24 N. 25.

²⁹ Arnold, *MünchKommAktG*, § 133 N. 7-12; Spindler / Stilz / Rieckers, *AktG*, C. I, § 133 N. 55.

³⁰ Öğretide, “çoğunluk” çeşitli şekillerde adlandırılmakta ve üç türe ayrılmaktadır. Bunlar: nispi (basit) çoğunluk, salt (adı) çoğunluk ve nitelikli (ağırlaştırılmış) çoğunluktur. Salt ve nitelikli çoğunluk, mutlak çoğunluğun birer alt türüdür. Bu hususa ilişkin detaylı bilgi için bkz. Forstmoser / Meier-Hayoz / Nobel, § 24 N. 8; Tanner, *Zürcher Kommentar: Aktiengesellschaft*, OR 703 N. 72 vd.; Yıldız, Şükrü. “Anonim Ortaklıkta Yönetim Kurulunun Toplantı Yetersayısı ve Yargıtay Kararları”, *Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu: Bildiriler – Tartışmalar*, XVIII, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara, 2001, s. 72 vd.; Zengin, s. 178 vd.

TK m. 418/2'ye göre karar yetersayısı, toplantıda temsil edilen oyların salt çoğunluğudur. Bu hususta bkz. Bahtiyar, *TTK. 418/1 Hükümünün Değerlendirilmesi*, s. 62.

³¹ Biçer, Levent / Hamamcıoğlu, Esra. “Anonim Ortaklık Genel Kurul Toplantılarında Uygulanan Yetersayılar ve Bazı Değerlendirmeler”, *Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. XII, S. 149-150, 2017, s. 75, dn. 14; Zengin, 196-197. Aksi yönde bkz. İmregün, Oğuz. “Anonim Ortaklıklarda Toplantı ve Karar Yetersayılarının Esas Sözleşme ile Düzenlenmesi”, *Bilgi Toplumunda Hukuk: Ünal Tekinalp'e Armağan*, C. 1, Beta Yayınları, İstanbul, 2003, s. 451.

³² İsviçre öğretisinde karar nisabına ilişkin düzenlemenin emredici nitelikte olmadığı, dolayısıyla esas sözleşme ile farklı düzenlemelere gidilebileceği (örneğin, Alman hukukunda olduğu gibi kullanılan oyların esas alınabileceği) yönünde bkz. Dubs / Truffer, Art. 703 N. 6 ve 14; Forstmoser / Meier-Hayoz / Nobel, § 24 N. 7.

bulunan” ibaresi yerine “temsil edilen” oylardan bahsedilmesi gerektiğini haklı olarak dile getirmektedir³³.

Ayrıca TK m. 418/2’de genel kurul kararlarının “toplantıda hazır bulunan oyların çoğunluğu ile” verileceğinden söz edilmektedir. Bu bağlamda belirtilmelidir ki oy, olumlu yönde kullanılabilir gibi olumsuz yönde de kullanılabilir. Söz konusu düzenleme bakımından dikkat edilirse “oyların çoğunluğunun sağlanması” genel kurul kararının varlığı için yeterli görülüş, oyların çoğunluğunun olumlu yönde olması şart koşulmamıştır. Hâl böyle olunca genel kurulda hem olumlu hem de olumsuz yönde karar vermek mümkün olmaktadır³⁴. Dolayısıyla genel kurul toplantısında temsil edilen oyların çoğunluğu ibra lehinde birleştiği zaman olumlu ibra kararı, aksi takdirde ise olumsuz ibra (ibranın reddi/ibra edilmeme) kararı meydana gelmektedir. Kanımızca olumsuz ibra kararının teşekkül etmesi, oyların çoğunluğunun olumsuz yönde bir araya gelmesine bağlıdır. Bu bakımdan olumlu yönde salt çoğunluğun sağlanamaması, olumsuz ibra kararının meydana gelebilmesi için yeterli değildir³⁵. Kullanılmayan veya çekimser oylar nedeniyle olumlu veya olumsuz yönde bir salt çoğunluk sağlanamadığı durumda herhangi bir ibra kararından söz edilemeyecektir³⁶. Benzer şekilde eşitlik hâlinde de herhangi bir kararın varlığından bahsetme

³³ Kendigelen, Abuzer. *Yeni Türk Ticaret Kanunu: Değişiklikler, Yenilikler ve İlk Tespitler*, 3. Bası, On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2016, s. 318, dn. 179. Nitekim OR 703’te “temsil edilen” oylardan bahsedilmektedir.

³⁴ İsviçre hukukunda bu yönde bkz. Tanner, *Zürcher Kommentar: Aktiengesellschaft*, Art. 703 N. 11. Alman hukukunda bu hususta bkz. Arnold, *MünchKommAktG*, § 133 N. 7; Spindler / Stilz / Rieckers, *AktG, C. I*, § 133 N. 6.

Türk hukukunda bkz. Tekinalp, Ünal. “Anonim Ortaklığın Genel Kurulunda Bir Teklifin Reddine Karşı İptal Davası Açılabilir mi?” *İstanbul Barosu Dergisi*, C. XXXIX, S. 7-8-9, 1965, s. 249 vd.; Tekinalp, Ünal. “Yönetim Kurulu Başkanının Üstün Oya Sahip Olup Olamayacağı Sorunu”, *İktisat ve Maliye Dergisi*, C. XVIII, S. 9, 1971, s. 301; Moroğlu, *Genel Kurul Kararlarının Hükümsüzlüğü*, s. 16-17 ve 139 vd.; Ülgen, Hüseyin. “Anonim Ortaklıklarda Genel Kurul Başkanının Üstün Oyu”, *BATİDER*, C. VI, 1972, s. 685.

Aksi yönde bkz. Arslanlı, s. 71; İmregün, Oğuz. *Anonim Şirketlerde Pay Sahipleri Arasında Umumi Heyet Kararlarından Doğan Menfaat İhtilafları ve Bunların Telif Çareleri*, İsmail Akgün Matbaası, İstanbul, 1962, s. 147.

³⁵ Aynı yönde bkz. Nomer, Halûk Nami. *Kişi Birliklerinde Genel Kurul Kararlarının Geçersizliğine İlişkin Temel Esaslar*, Beta, İstanbul, 2008, s. 39; Zengin, s. 53.

³⁶ Gerek Alman gerekse İsviçre öğretisinde çekimser oylar olumsuz olarak sayılmaktadır. Alman hukukunda bkz. Arnold, *MünchKommAktG*, § 133 N. 7-12; Spindler / Stilz / Rieckers, *AktG, C. I*, § 133 N. 6.

İsviçre hukukunda bkz. Tanner, *Zürcher Kommentar: Aktiengesellschaft*, OR 703 N. 53 ve 138; von der Crone, Hans Caspar. *Aktienrecht*, 2. Auflage, Stämpfli Verlag, Bern, 2020, § 17 N. 1139; Böckli, § 12 N. 356; Forstmoser / Meier-Hayoz / Nobel, § 16 N. 517; von Büren, Roland / Stoffel, Walter A. / Weber, Rolf H. *Grundriss des Aktienrechts*, 3. Auflage, Schulthess Juristische, Zürich-Basel-Genf, 2011, N. 565; Tanner, Brigitte. *CHK - Handkommentar zum Schweizer Privatrecht: Personengesellschaften und Aktiengesellschaft – Vergütungsverordnung*, Art. 530-771 OR - VegüV, Ed. Vito Roberto, Hans Rudolf Trüeb, 3. Auflage, Schulthess Juristische Medien AG, Zürich, 2016, OR 703 N. 5.

Alman ve İsviçre doktrinlerini takiben Türk öğretisinin çoğunluğu da çekimser oyların olumsuz oylar gibi hesap edilmesi gerektiğini savunur. Bu yönde bkz. Arslanlı, s. 57; Tekinalp, *Yönetim Kurulu Başkanının Üstün Oya Sahip Olup Olamayacağı Sorunu*, s. 301; Tekinalp, *Bir Teklifin Reddine Karşı İptal Davası Açılabilir mi?*, s. 255 vd.; İmregün, *Anonim Ortaklıklar*, s. 147; İmregün, *Yetersayıların Esas Sözleşme ile Düzenlenmesi*, s. 450; Çamoğlu (Poroy / Tekinalp), N. 532; Nomer, s. 45; Paslı, s. 175, dn. 37; Biçer / Hamamcı, s. 74-75.

Yıldız, çekimser oyların karar yetersayısının hesaplanmasında dikkate alınmayacağını belirtir (Yıldız, s. 74). Aynı yönde bkz. Zengin, s. 442-444. Çekimser oyların tipik bir olumsuz oy olarak değerlendirilemeyeceği yönünde bkz. Kırca (Şehriali Çelik / Manavgat), s. 182. Buna karşılık çekimser oyların olumsuz oy olarak değerlendirilmesi gerektiği yönünde bkz. Ayaç, *İbra*, s. 113; Çelik, s. 135.

Kanımızca çekimser oyların ret oyu gibi değerlendirilmesine imkân yoktur. Oy kullanmak, pay sahibinin iradesini açıklama biçimidir. İradenin oluşumu ve beyanı “çekimser oy” şeklinde tecelli ettiği hâlde, bunu iradenin gerek oluşumundan gerekse beyanından farklı olarak “ret” oyu gibi değerlendirmek hem hukukun temel ilkelerine hem de TK’ya aykırıdır. Hukuk düzeni kullanılan oyun kabul-ret-çekimser olmasına özel önem vermiş ve bunlara bir takım hukuki sonuçlar bağlamıştır. Nitekim genel kurul kararları aleyhine iptal davası açabilmek için hem olumsuz oy

imkânı yoktur³⁷. Keza oy, sadece olumlu veya olumsuz yönde kullanılmaz, aynı zamanda çekimser oy kullanmak da mümkündür. Kanun koyucu TK m. 418/2’de çekimser oyları gözden kaçırmıştır. Zira oyların çoğunluğunun veya tümünün çekimser yönde kullanıldığı bir ihtimâlde genel kurul kararı meydana gelebilecektir³⁸.

Ne var ki öğretinin bir kısmı, olumlu-olumsuz genel kurul kararı konusunda farklı düşünmektedir. Buna göre, karar yetersayısınca olumlu yönde oy bir araya gelmediği takdirde genel kurul kararı oluşmamaktadır. Açık deyişle bu ihtimalde karar yoktur³⁹. Yargıtay da bu görüşü paylaşmaktadır⁴⁰.

Olumsuz genel kurul kararına dair tartışmanın önemi, ibranın reddi kararının iptalinin dava edilip edilmeyeceğinde kendini gösterir. Bu çerçevede belirtmek gerekir ki tıpkı İbra kararının iptali dava edilebildiği gibi ibranın reddi kararları da iptal davasına konu olabilir⁴¹. TK m. 418/2’nin açık hükmü bu sonucun kanuni dayanağını teşkil etmektedir.

III. ESAS SÖZLEŞMEDE İBRA KARARI HAKKINDA DAHA AĞIR BİR NİSABIN ÖNGÖRÜLMESİNİN İBRA VARSAYIMINA ETKİSİ

Bilançonun onaylanmasına ilişkin genel kurul kararı, kararda aksine açıklık bulunmadığı takdirde, yönetim kurulu üyelerinin, yöneticilerin ve denetçilerin ibrası sonucunu doğurmaktadır

kullanmak aynı zamanda da bunu tutanağa geçirtmek gerekmektedir. Çekimser oy vermek iptal davası açmak için yeterli değildir (TK m. 446/1-a). Keza yapısal değişikliklerin iptaline ilişkin özel hüküm niteliği arz eden TK m. 192/1’de, her ne kadar dava hakkına “karara olumlu oy vermemiş olan” pay sahiplerin sahip olacağı hüküm altına alınmışsa da çekimser yönde oy kullanan pay sahiplerinin bu davayı açma haklarının bulunmadığı yönünde bkz. Moroğlu, *Genel Kurul Kararlarının Hükümsüzlüğü*, s. 276-277.

³⁷ Aksi yönde düşünen Moroğlu, olumlu yönde salt çoğunluğun sağlanamadığı her durumda olumsuz genel kurul kararının meydana geleceğini savunur. Yazar eşitlik hâlinde de olumsuz genel kurul kararından söz etmektedir. (Moroğlu, *Genel Kurul Kararlarının Hükümsüzlüğü*, s. 144). Kanımızca TK 418/2’nin açık lâfzı karşısında anılan görüşün isabetine tereddütle yaklaşılmalıdır.

³⁸ Türk öğretisinde Moroğlu’nun, her oylama sonucunda mutlaka bir kararın meydana geleceği sözlerine katılma olanağımız bulunmamaktadır (Moroğlu, *Genel Kurul Kararlarının Hükümsüzlüğü*, s. 16-17 ve 139 vd.). Çünkü hem oyların çoğunluğu veya tümü çekimser olduğunda hem de eşitlik durumunda bir genel kurul kararının varlığından söz edilemeyecektir. Nitekim bu açıdan benzer şekilde bkz. Arnold, *MünchKommAktG*, § 133 N. 7-12; Spindler / Stilz / Rieckers, *AktG*, C. I, § 133 N. 6.

³⁹ Arslanlı, s. 71; Nomer, s. 38.

⁴⁰ 11. HD’nin 20.01.2014 tarih ve 2013-11753/1144 sayılı kararı (Karar için bkz. Kendigelen, Abuzer / Akay, Hasan Onur / Akteke, M. Yasir / Balsever, Sergül / Aşıkoğlu, Ş. İpek / Özsoy, M. Akif. *Yargıtay 11. Hukuk Dairesinin Türk Ticaret Kanunu’na İlişkin Kararları (2014)*, Oniki Levha Yayınları, İstanbul, 2018, s. 271).

⁴¹ Tekinalp, *Bir Teklifin Reddine Karşı İptal Davası Açılabilir mi?* s. 253 vd.; Tekinalp, Ünal. “İbra Edilmeyen Yönetim Kurulu Üyelerinin veya Denetçilerin İptal Davası Açabilip Açamayacakları Sorunu”, *İktisat ve Maliye Dergisi*, C. XXIII, S. 4, 1976, s. 166; Aytaç, *İbra*, s. 170; Aytaç, Zühtü. “İbranın Reddi -İbra ve Sorumluluk Davası- Yargıtay’ın Görüşü”, *Prof. Dr. Sabih Arkan’a Armağan*, Oniki Levha Yayınları, İstanbul, 2019, s. 250-251; Alişkan, Murat. “İbranın Reddi Kararına Karşı İptal Davası Açılması ve İbraya İlişkin Kararlarda Oy Hakkından Yoksunluğa Aykırılığın Yaptırımı”, *Terazi Hukuk Dergisi*, C. XVI, S. 174, Şubat 2021, s. 351; Canöz, *İbra*, s. 327; Altay, Sıtkı Anlam. “Yargıtay Kararları Işığında Anonim Ortaklıklarda Hükmen İbra”, *Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu*, C. XXXIV, Banka ve Ticaret Hukuku Enstitüsü, Ankara, 2022, s. 87 vd. Turan, s. 285. Aksi yönde bkz. Arslanlı, s. 200-201; Kırca (Şehriali Çelik / Manavgat), s. 169.

(TK m. 424)^{42,43}. Kanun koyucu, tıpkı ibra kararında olduğu gibi bilançonun onaylanmasına ilişkin genel kurul kararında da nitelikli bir nisap aramamaktadır. Dolayısıyla sermayenin dörtte biriyle toplanan genel kurulda temsil edilen oyların çoğunluğuyla hem ibraya hem de bilançonun onaylanmasına karar verilmektedir. Dörtte birlik oranın sağlanamaması nedeniyle ilk toplantı yapılamadığı takdirde, ikinci toplantının yapılabilmesi için nisap aranmamaktadır (TK m. 418).

Bu başlık altında, esas sözleşmeye konulacak bir hükümlerle ibra kararı hakkında daha ağır bir yetersayı kararlaştırıldığı durumlarda, bilançonun TK m. 418’de öngörülen nisaplarca onaylanmasının ibra sonucunu doğurup doğurmayacağı sorusuna cevap aranacaktır.

Bu bağlamda belirtelim ki esasında ortada tek bir genel kurul kararı vardır; o da bilançonun onaylanmasıdır. Fakat söz konusu karar birden fazla konuyu içermektedir. Öyle ki genel kurulda karar şeklinde tecelli eden irade hem bilançonun onaylanması hem de ibra sonucunu doğurmaktadır. Hâl böyle olunca uygulanacak yetersayı normunun tespiti lazım gelmektedir.

Her ne kadar TK’da bu hususta açık bir düzenleme yer almasa da bize yol gösterebileceğini düşündüğümüz bir hükme rastlamaktayız. Yapısal değişikliklerden biri olan birleşme hakkındaki karara uygulanacak olan yetersayı önce TK m. 151/1’de düzenlenmiş, birleşme sözleşmesinin aynı zamanda şirketin işletme konusunda değişikliğe yol açması hâlinde ise TK m. 151/6’nın uygulanması gerektiği hükme bağlanmıştır. TK m. 151/1’e göre toplantı yetersayısı, esas veya çıkarılmış sermayenin çoğunluğu; karar yeter sayısı, genel kurulda mevcut bulunan oyların dörtte üçüdür. Buna karşılık birleşme sözleşmesi şirketin işletme konusunun tamamen değiştirilmesine yol açıyorsa artık TK m. 151/1’deki nisaplar değil, TK m. 151/6’nın atfına müsteniden TK m. 421/3-a’da yer alan ağırlaştırılmış nisaplar uygulanacaktır. Bu düzenleme uyarınca karar yetersayısı, sermayenin en az yüzde yetmişbeşini oluşturan payların sahiplerinin veya temsilcilerinin olumlu oylarıdır.

⁴² Aytaç, *İbra*, s. 138; Çamoğlu, *Yönetim Kurulu Üyelerinin Hukuki Sorumluluğu*, s. 227; Helvacı, Mehmet. *Anonim Ortaklıkta Yönetim Kurulu Üyesinin Hukuki Sorumluluğu*, 2. Bası, Beta, İstanbul, 2001, s. 140; Çamoğlu (Poroy / Tekinalp), N. 615; Tekinalp, Ünal. *Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku*, Değişiklikler ve İkincil Düzenlemelerle Güncelleştirilmiş 5. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2020, N. 16-140; Moroğlu, Erdoğan. “Anonim Ortaklıkta Yönetim ve Denetim Kurulu Üyelerinin İbralarının Zamanı, Kapsamı ve Geri Alınması”, *BATİDER*, C. XXI, S. 2, 2001, s. 6; Pulaşlı, *Şerh 4*, § 63 N. 124; Şener, s. 431; Şahin, s. 107 vd.; Çelik, s. 55; Avcı, s. 98; Özboyacı, s. 68; Sever, s. 68; Karademir, s. 34; Akkaya, s. 43; Şimşek Güzelsu, s. 21-24; Canözü, *İbra*, s. 55; Aksu Özkan, s. 286; Turan, s. 58.

⁴³ İsviçre ve Alman hukuklarında TK m. 424’e karşılık gelen bir düzenleme bulunmamaktadır. Buna rağmen İsviçre öğretisinde bilançonun onaylanmasının ibra sonucunu doğuracağı genellikle kabul edilmektedir. Nitekim bu yönde bkz. Piconi, Reno. *Der Entlastungsbeschluss (Décharge)*, H.R. Sauerländer, Aarau, 1945, s. 25; von Steiger, s. 237; Biggel, Hans. *Die Verantwortlichkeit des Verwaltungsrates*, Ernst Lang, Zürich, 1940, s. 71; Tanner, *Zürcher Kommentar: Aktiengesellschaft*, Art. 698 N. 128.

Alman öğretisinde ise bilançonun onaylanmasının ibra sonucunu doğurmayacağı görüşü hâkimdir. Bu hususta bkz. Kubis, Dietmar. *Münchener Kommentar zum Aktiengesetz: AktG, Band 3: §§ 118-178*, Ed. Wulf Goette, Mathias Habersack, Susanne Kalss, 5. Auflage, C.H.Beck Verlag, München, 2022, § 120 N. 6; Koch, Jens. *Beck’sche Kurz-Kommentare, Band 53: Aktiengesetz*, Ed. Uwe Hüffer, Jens Koch, 23. Auflage, C.H.Beck Verlag, München, 2023, § 120 N. 7; Mülberr, Peter O. *Aktiengesetz: Großkommentar, Band 7/1: §§ 118-130*, Ed. Heribert Hirte, Peter O. Mülberr, Markus Roth, 5. neu bearbeitete Auflage, de Gruyter, Berlin/Boston, 2017, § 120 N. 98; Drinhausen, Barbara. *Aktiengesetz: AktG*, Ed. Wolfgang Hölters, Markus Weber, 4. Auflage, C.H.Beck Verlag, München, 2022, § 120 N. 9.

Yukarıda yer verilen birleşme kararı örneğinden de kolaylıkla görüleceği gibi, esasında ortada tek bir genel kurul kararı bulunmaktadır fakat bu karar hem birleşmeyi hem de şirketin işletme konusunu değiştirmeyi konu almaktadır. Kanun koyucu birden fazla konuyu ilgilendiren genel kurul kararları hakkında uygulanacak olan yetersayıya dair tercihini daha ağır olandan yana yapmıştır. Kanımızca bu tercih isabetli olmuştur. Aksi varsayım, kanunun dolanılmasına yol açacaktır⁴⁴.

Bu tespitin ardından bilançonun onaylanmasının ibra sonucunu doğurup doğurmayacağı meselesinde, kanun koyucunun birleşme kararındaki izlediği politika bize yardımcı olacaktır. Kanımızca ibra kararına ilişkin nisabın esas sözleşmeyle ağırlaştırıldığı bir ihtimalde, bilanço ağırlaştırılmış nisaba göre onaylanmadığı müddetçe ibra sonucu doğmayacaktır.

Belirtelim ki uygulanacak yetersayı normunun tespitinde kararın konusundan hareket edilerek de aynı sonuca ulaşmak mümkündür. Bu bağlamda sözü edilen karar hem bilançonun onaylanmasını hem de ibra kararını konu almaktadır. Her bir konuya kendi nisapları uygulanmalıdır. Nitekim bilançonun onaylanmasına TK m. 418 uygulanacakken, onayın ibra sonucunu doğurabilmesi için esas sözleşmeyle ağırlaştırılmış olan yetersayıya ulaşmak gerekecektir.

Yeri gelmişken öğretide *Moroğlu* tarafından savunulan bir görüşe değinmek isteriz. Yazara göre kanunda veya esas sözleşmede belirtilen nisaplara aykırı olarak alınan genel kurul kararları sadece iptal edilebilir kararlardır⁴⁵. Bir an için yazarın bu görüşünün doğru olduğu kabul edilecek olursa, bilançonun TK m. 418’de belirtilen nisaplarla onaylanması, aynı zamanda ibra sonucunu doğuracaktır. Dikkat edilirse burada ibra kararı yönünden bir nisaba aykırılık söz konusudur. Dolayısıyla bilançonun onaylandığı tarihten itibaren üç ay içinde ibra varsayımının iptali dava edilmediği takdirde, ibra varsayımı baştan itibaren geçerli bir şekilde hüküm ve sonuç doğuracaktır. Ne yazık ki bu görüşe katılma olanağımız bulunmamaktadır. Çünkü bir genel kurul kararının meydana gelmesi için kanunda veya esas sözleşmede belirtilen nisapların sağlanması şarttır. Bir diğer deyişle nisaplar genel kurul kararının kurucu unsurlarındandır⁴⁶. TK m. 446/1-b’ye aykırılıklar ise saklıdır.

Bu vesileyle bilançonun onayı ile ibra kararı arasındaki ilişkiye de değinilmelidir. Öncelikle belirtmek gerekir ki finansal tabloların ibranın temelini teşkil etmesi nedeniyle⁴⁷, ibra kararı ile

⁴⁴ Aynı yönde bkz. Çoştan, Hülya. *Yeni Türk Ticaret Kanunu’na Göre Birleşme, Bölünme ve Tür Değiştirme Kararları*, 3. Bası, Seçkin Yayınları, Ankara, 2013, s. 131.

⁴⁵ Moroğlu, *Genel Kurul Kararlarının Hükümsüzlüğü*, s. 145. Kanunda öngörülen nisaplara aykırılığın yokluk, esas sözleşmede belirtilen nisaplara aykırılığın ise iptal edilebilirlik olduğu yönünde bkz. Pulaşlı, *Şerh*, C. 3, § 33 N. 378 vd.

⁴⁶ İster kanunda isterse esas sözleşmede belirtilmiş olsun, nisaplara aykırı olarak alınan genel kurul kararlarının yoklukla malul olduğu yönünde bkz. Çamoğlu (Poroy / Tekinalp), N. 722a; Tekil, Fahiman. *Anonim Şirketler Hukuku*, 2. Bası, Alkım Yayınları, İstanbul, 1998, s. 308; Ayoğlu, s. 736.

Nitekim Yargıtay uygulaması da bu yöndedir. Bkz. 11. HD’nin 26.10.2020 tarih ve 2019-1366/4391 sayılı; 10.2020 tarih ve 2019-1407/4340 sayılı; 22.09.2020 tarih ve 533/3554 sayılı; 01.07.2020 tarih ve 2019-3178/3373 sayılı kararları (Çevrimiçi), www.karararama.yargitay.gov.tr, 14.06.2023.

⁴⁷ Aytaç, *İbra*, s. 140; Ansay, s. 426; Çamoğlu, *Yönetim Kurulu Üyelerinin Hukuki Sorumluluğu*, s. 227; Canöz, *İbra*, s. 122; Turan, s. 197.

bilanço arasında kuvvetli bir bağ vardır⁴⁸. Fakat bu kuvvetli bağ, bilançonun onaylanmasına rağmen ibranın reddi yönünde karar tesis edilmesine engel değildir⁴⁹. Çünkü finansal tablolar standartlara uygun biçimde tutuldukları hâlde, yönetim kurulu üyeleri kanundan ve esas sözleşmeden doğan yükümlülüklerini kusurlarıyla ihlal ederek şirket nezdinde zarara yol açmış olabilir. Nitekim ibra varsayımının düzenlendiği TK m. 424'te, bilançonun onaylanmasına ilişkin genel kurul kararının ibra sonucunu doğurması istenmediği takdirde bu hususun belirtilmesine imkân tanınmış, böylece bilanço ile ibra kararı arasındaki bağ koparılmıştır. Esas itibarıyla aynı sonuca yukarıdaki açıklamalarımız uyarınca da varmak mümkündür. Bu anlamda ibra kararına ilişkin yetersayılar esas sözleşmeyle ağırlaştırıldığı takdirde, bilançonun TK m. 418'deki nisaplarla onaylanması ibra sonucunu doğurmayacak, böylece bilanço ile ibra kararının yazgıları birbirinden ayrılacaktır.

IV. KURULUŞ VE SERMAYE ARTIRIMININ İBRASINDA EK ŞART: AZINLIĞIN KARŞI ÇIKMAMASI

Kuruluş ve sermaye artırımında ibranın düzenlendiği TK m. 559'un ilk cümlesinde kurucuların, yönetim kurulu üyelerinin, denetçilerin, şirketin kuruluşundan ve sermayenin artırımından doğan sorumlulukları, şirketin tescili tarihinden itibaren dört yıl geçmedikçe sulh ve ibra yoluyla kaldırılamayacağı ifade edildikten sonra çalışma konumuzla ilgili olan üçüncü cümlede, “*esas sermayenin onda birini, halka açık şirketlerde yirmide birini temsil eden pay sahipleri sulh ve ibranın onaylanmasına karşı iseler, sulh ve ibra genel kurulca onaylanmaz.*” denilmiş, böylece kuruluş ve sermaye artırımını ihtiva eden ibra kararının alınabilmesi için sadece TK m. 418'deki nisapların sağlanması yeterli görülmemiş, ayrıca azınlığın da karşı çıkması şartı aranmıştır.

TK m. 559'un gerekçesine bakıldığında, bu hükmün 6762 sayılı eTK m. 310'un tekrarı olduğunun ifadesiyle yetinilmiştir⁵⁰. Oysaki en azından TK m. 559'da dil yenileştirmesine gidildiğine işaret etmek gerekirdi. Hatta nisaplarla ilgili olarak eTK m. 310'da sadece “*esas sermayenin onda biri*”nden söz edilmiş, TK m. 559'da ise “*esas sermayenin onda birini, halka açık şirketlerde yirmide birini temsil eden pay sahipleri*”nden bahsedilmiştir. Böylece eTK'dan farklı olarak TK'da ibra kararının meydana gelip gelmediği tespit edilirken şirketin halka açık olup olmadığına göre bir değerlendirme yapılacaktır.

Ekleme gerekir ki eTK m. 310'dan aynen aktarıldığı anlaşılan “*esas sermaye*” ibaresinin hem yeni TK'nın sistematığı ile uyumsuzluğa yol açması hem de kayıtlı sermaye rejimini

⁴⁸ Forstmoser / Meier-Hayoz / Nobel, § 22 N. 52; von der Crone, § 17 N. 961.

⁴⁹ Nitekim bu yönde bkz. Tanner, *Zürcher Kommentar: Aktiengesellschaft*, Art. 698 N. 128; von der Crone, § 5 N. 34; Forstmoser, s. 412; Aytaç, *İbra*, s. 139; Avcı, s. 42; Özboyacı, s. 69; Akkaya, s. 113; Canözü, *İbra*, s. 158; Turan, s. 186. İsviçre Federal Mahkemesinin bu yöndeki kararı için bkz. BGE 78 II 155, 156.

Öte yandan Türk öğretisinde Aksu Özkan, bilançoyu onaylayan genel kurulun, ilke olarak ibra kararını da vermesi gerektiğini savunmaktadır (Aksu Özkan, s. 290-291).

Yargıtay bazı kararlarında, usulüne uygun biçimde tutulmuş bilanço ile yıllık faaliyet raporunun varlığı hâlinde genel kurulun yönetim kurulu üyelerinin ibralarına karar vermesi gerektiğine hükmetmiştir. Yargıtay'ın bu yöndeki kararları için bkz. 11. HD'nin 10.06.2019 tarih ve 2018-2659/4162 sayılı; 09.05.2016 tarih ve 2015-10277/5229 sayılı kararları (Çevrimiçi), www.karararama.yargitay.gov.tr, 13.06.2023.

⁵⁰ Bkz. TK m. 559'un gerekçesi.

kapsamaması nedenleriyle yerinde bir kullanım olmamıştır. Bu açıdan TK m. 332'nin gerekçesine bakıldığında, TK'nın birçok yenilik içerdiği, bunlardan birinin Kanun'da kullanılan "sermaye" sözcüğünün hem esas sermaye sistemindeki sermayeyi hem de kayıtlı sermaye rejimindeki çıkarılmış sermayeyi ifade eden bir terim olduğu özellikle vurgulanmıştır⁵¹. Ne var ki TK m. 559'daki "esas sermaye" ibaresiyle TK m. 332'nin gerekçesinde ifade edilen yenilik yakalanmamıştır. Bu çerçevede yapılacak bir değişiklikte "esas" kelimesinin metinden çıkarılması gerekmektedir⁵².

Sermayenin onda birini, halka açık şirketlerde yirmide birini temsil eden pay sahiplerinin ibraya engel olma hakkının hukuki niteliğine ilişkin öğretide yaşanan tartışmaları bir kenara bırakıp⁵³ TK m. 559'a çalışma konumuz ışığında yaklaşıldığında, söz konusu düzenlemenin esasında bir nisap hükmü içerdiği görülmektedir⁵⁴. Bu anlamda konusu kuruluş veya sermaye artırımını olan bir ibra kararının alınabilmesi, halka açık olmayan şirketlerde sermayenin onda birini, halka açık şirketlerde yirmide birini temsil eden pay sahiplerinin karşı çıkmamış olması şartına bağlıdır. Onda birlik ve yirmide birlik oranlar esas sözleşmeyle artırılmaz fakat tersi mümkündür, yani esas sözleşmeye konulacak bir hükümlerle TK'da öngörülenden daha düşük bir nisap kararlaştırılabilir⁵⁵.

Pay sahipleri oylarını olumlu yönde kullanabilecekleri gibi olumsuz veya çekimser yönde de kullanabilirler. Çekimser oylar ibra kararının meydana gelmesine engel teşkil etmez.

⁵¹ Bkz. TK m. 332'nin gerekçesi.

⁵² Bahtiyar, *Ortaklıklar Hukuku*, s. 403; Balsever, Sergül. "Kuruluş ve Sermaye Artırımında İbra (TTK m. 559)", *İÜHFMD*, C. LXXVI, S. 1, 2018, s. 171.

⁵³ TK m. 559'da öngörülen düzenlemenin hukuki niteliği öğretide tartışmalı olup bu görüşleri dört grupta toplamak mümkündür. Öğretide hâkim olan görüşe göre ibraya engel olma imkânı, olumsuz azınlık haklarındandır (İmregün, *Menfaat İhtilafları*, s. 54; Birsal, Mahmut Tefvik. "Anonim Şirketlerde Azınlık Hakları", *İmran Öktem'e Armağan*, Sevinç Matbaası, Ankara, 1970, s. 637; Aytac, İbra, s. 107; İmregün, *Anonim Ortaklıklar*, s. 311; Poroy (Tekinalp / Çamoğlu), N. 755; Sumer, Ayşe. *Anonim Ortaklıklarda Azınlık Haklarının Korunması ve Anonim Ortaklığın Hakkı Nedenle Feshi*, İsmail Akgün Matbaası, İstanbul, 1991, s. 22; Ulaş Kısa, Seda. "Anonim Ortaklıkta Yaşanan Çıkar Çatışmasının Azınlıkta Kalanlara Zarar Vermemesi için Öngörülen Hukuki Araçlar", *Bilgi Toplumunda Hukuk: Ünal Tekinalp'e Armağan*, C. 1, Beta Yayınları, İstanbul, 2003, s. 523; Canöz, İbra, s. 169).

Bir diğer görüş ise olumsuz azınlık hakkı görüşünü reddeder (Helvacı, Mehmet. "Anonim Ortaklıkta Ticaret Kanunundan Kaynaklanan Azınlık Haklarının Hukuki Niteliği ve Tanımı", *Prof. Dr. Oğuz İmregün'e Armağan*, Beta Basım, İstanbul, 1998, s. 299, 307, 308; Aydın, Alihan. "Anonim Ortaklıkta Çoğunluk Pay Sahiplerinin Azınlığa Karşı Korunması", *Prof. Dr. Erdoğan Moroğlu'na 65. Yaş Günü Armağanı*, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, İstanbul, 1999, s. 30). Bu görüşü savunan yazarlardan *Helvacı*'ya göre TK m. 559 uyarınca ibraya engel olma imkânı, düzenleme haklarının alt grubunda yer alan yönetim (temsil) hakkı niteliğindedir (Helvacı, *Azınlık Haklarının Hukuki Niteliği*, s. 304).

Üçüncü görüşe göre TK m. 559, teknik anlamda bir azınlık hakkı niteliği taşımayan karar yetersayılarına ilişkin bir düzenlemedir (Dural, H. Ali. "Anonim Şirketlerde Olumsuz Azınlık Hakları Düzenlemesi", *Prof. Dr. Erdoğan Moroğlu'na 65. Yaş Günü Armağanı*, İstanbul, 1999, s. 187; Kırcı / Şehriali Çelik / Manavgat, s. 62).

Dördüncü ve son görüşe göre TK m. 559 uyarınca ibraya engel olma hakkı, bozucu yenilik doğuran bir haktır (Balsever, s. 170-171).

⁵⁴ Nitekim aynı yönde bkz. Dural, *Olumsuz Azınlık Hakları*, s. 187; Kırcı / Şehriali Çelik / Manavgat, s. 62.

⁵⁵ Domaniç, Hayri. *Türk Ticaret Hukukuna Göre Anonim Şirketlerin Kuruluşundan Doğan Mesuliyet*, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1964, s. 93; Domaniç, *TTK Şerhi II*, s. 410; Aytac, İbra, s. 107; Pulaşlı, Şerh, C. 3, § 44 N. 24; Bahtiyar, Mehmet. "Anonim Şirketlerde Azınlık Oranlarının Anasözleşme ile Değiştirilmesi Sorunu", *Türk Ticaret Kanunu'nun 5. Yıl Sempozyumu, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, 2018, s. 371; Balsever, s. 171; Canöz, İbra, s. 170. Aksi yönde bkz. ve krs. Tekinalp, *Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku*, N. 14-10; İmregün, *Menfaat İhtilafları*, s. 82; İmregün, *Anonim Ortaklıklar*, s. 325.

Belirtelim ki ibra kararının meydana gelmesine engel olunmak istendiği takdirde, karara karşı muhalefetin toplantı tuanağında yer alması gerekmektedir (TK m. 422)⁵⁶. Dile getirilen son husus belki, çoğunluk karşısında azınlığı korumayı hedefleyen TK m. 559'un öngörülme amacına aykırı olduğu eleştirisine maruz kalabilir⁵⁷. Ne var ki hükmün kaleme alınış şekli karara muhalefetin tutanağa geçirilmesini zorunlu kılmaktadır. Zira “*ibranın onaylanmasına karşı olmak*” ifadesinden, yalnızca olumsuz yönde oyun yeterli olmadığı aynı zamanda karara muhalefetin de tutanağa geçirilmesi gerektiği anlaşılmaktadır⁵⁸. İbraya karşı çıkılırken gerekçe gösterme zorunluluğu ise bulunmamaktadır⁵⁹.

Sermayenin onda birini, halka açık şirketlerde yirmide birini temsil eden pay sahiplerinin ibraya karşı çıkmalarının hukuki sonucuna daha yakından bakmakta yarar vardır. TK m. 559'un lafzından hareket edildiğinde azınlığa tanınan imkânın olumlu ibra kararının meydana gelmesine engel olmaktan ibaret olduğu, olumsuz ibra kararının ise ortaya çıkmayacağı sonucuna ulaşılmaktadır. Gerçekten TK m. 559'un ikinci cümlesinde ibra kararının ancak genel kurulun onayıyla geçerlilik kazanacağından söz edildikten sonra üçüncü cümlede, azınlığın ibranın onaylanmasına karşı olması hâlinde “*ibra genel kurulca onaylanmaz.*” denilmiştir. Bu düzenleme bakımından dikkat edilirse ibranın reddedildiğinden söz edilmemiş, ibranın onaylanmayacağı dile getirilmiştir. Dolayısıyla ibranın onaylanmayacak olması, ibranın reddi sonucunu doğurmamaktadır. Aynı sonuca, kararların toplantıda temsil edilen oyların çoğunluğuyla verileceğinden söz eden TK m. 418/2'den varmak da mümkündür. Bu açıdan bakıldığında ibranın reddi kararının meydana gelebilmesi, toplantıda temsil edilen oyların çoğunluğunun ibra önerisinin aleyhinde, yani red yönünde oy kullanmasına bağlıdır.

Netice itibariyle şirketin kuruluşu veya sermaye artırımını konulu bir ibra kararının alınabilmesi için sadece TK m. 418'deki nisapların oluşması yetmemekte aynı zamanda sermayenin onda birini, halka açık şirketlerde yirmide birini temsil eden pay sahiplerinin ibranın onaylanmasına karşı çıkmamış olması gerekmektedir. Bu bakımdan TK m. 559'da yer alan düzenlemeyle azınlığa olumlu ibra kararının meydana gelmesine engel olma olanağı tanınmaktadır. Fakat bu hakkın kullanılması olumsuz ibra kararına vücut vermemektedir⁶⁰. Bir diğer deyişle azınlığın karşı çıkması hâlinde ne olumlu ne de olumsuz yönde bir ibra kararı oluşmaktadır. Belirtelim ki bu tespitimiz, ibranın reddi kararına bağlanan hukuki sonuçların doğmasına engel olduğu için hakkaniyet hissini okşadığını söylemek güçtür.

⁵⁶ Pentz, Andreas. *Münchener Kommentar zum Aktiengesetz: AktG*, Band 1: §§ 1-75, Ed. Wulf Goette, Mathias Habersack, Susanne Kalss, 5. Auflage, C.H.Beck Verlag, München, 2022, § 50 N. 4 ve 23; Vetter, Eberhard / Schulenburg, Voker. *Beck'sche Kurz-Kommentare; Band 62: Gesellschaftsrecht*, Ed. Martin Henssler, Lutz Strohn, 5. Auflage, C.H.Beck, München, 2021, AktG § 50 N. 1; Vedder, Karl Christian. *Aktiengesetz: AktG*, Ed. Hans Christoph Grigoleit, 2. Auflage, C.H.Beck, München, 2020, § 50 N. 1-3; Domaniç, *Kuruluşta Doğan Mesuliyet*, s. 93; İmregün, *Anonim Ortaklıklar*, s. 87; Çelik, s. 170-171; Canözü, *İbra*, s. 172.

⁵⁷ Bu yönde bkz. Balsever, s. 172; Turan, s. 226.

⁵⁸ Pentz, *MünchKommAktG*, § 50 N. 4.

⁵⁹ Pentz, *MünchKommAktG*, § 50 N. 23.

⁶⁰ Azınlığın karşı çıkması hâlinde olumsuz yönde ibra kararının meydana geleceği yönünde bkz. Moroğlu, *Genel Kurul Kararlarının Hükümsüzlüğü*, s. 20; Zengin, s. 14.

Bu hususa ilişkin *de lege feranda* değerlendirmemiz ise şu şekildedir: TK m. 559'da yapılacak bir tadille, söz konusu hükümde öngörülen orandaki azınlığın ibra kararına karşı olması hâlinde ibra edilmeme kararının meydana geleceğinden söz edilmelidir.

V. TK M. 559'DA ÖNGÖRÜLEN AZINLIK ŞARTININ DİĞER İBRA KARARLARINA TEŞMİL EDİLİP EDİLMEYECEĞİ SORUNU

Bu başlık altında şirketin kuruluşunu ve sermaye artırımını konu alan sulh ve ibra kararının meydana gelme şartlarından biri olan sermayenin onda birini, halka açık şirketlerde yirmide birini temsil eden pay sahiplerinin ibra kararına karşı çıkmamış olmasının, diğer ibra kararlarına da doğrudan veya kıyasen uygulanıp uygulanmayacağı araştırılacaktır.

Bir defa esas sözleşmede öngörüldüğü takdirde, kuruluş ve sermaye artırımından başka konuların ibrası hakkında karar verilirken de söz konusu azınlık şartının sağlanmış olması gerekecektir. Dolayısıyla TK m. 559'daki azınlık şartının diğer ibra kararlarına teşmil edilip edilmeyeceği sorunu, esas sözleşmede bu yönde bir hüküm bulunmayan hâllerde ortaya çıkacaktır.

Hemen belirtelim ki böyle bir tereddütün yaşanma nedeni, AktG 50'nin TK'ya alınması fakat AktG 93/4'ün aktarılmamasıdır. Öyle ki TK m. 559'a kaynaklık eden AktG 50'yi⁶¹ takiben AktG 93/4'e göre, sadece kuruluş işlemlerinden doğan sorumlulukların değil aynı zamanda yönetim kurulu üyelerinin diğer bütün faaliyetlerinden doğan sorumluluklarının sulh ve feragat ile sona erdirilmesi, sorumluluğu doğuran olayın meydana geldiği tarihten itibaren üç yılın geçmesi ve sermayenin onda birini temsil eden pay sahiplerinin yazılı biçimde itiraz etmemiş olması şartına bağlanmıştır. Gerek AktG 50 gerekse AktG 93/4 düzenlemeleri bakımından dikkat edilecek olursa sorumluluğun sulh ve feragat ile sona erdirilme şartlarından söz edilmiş fakat ibra kararından bahsedilmemiştir. Bunun nedeni Alman hukukunda ibra kararının sorumluluğu sona erdiren hâllerden biri olmamasıdır (AktG 120/2)⁶². Fakat Alman öğretisinde AktG 50 ve 93/4 hükümlerinin geniş yorumlanmasının zorunlu olduğu, bu bağlamda sadece sulh ve feragatin değil aynı zamanda sorumluluğu sona erdiren diğer hâllerin de hükümlerin kapsamında yer alması gerektiği savunulmaktadır⁶³. Türk hukukunda ise ibranın sorumluluğu sona erdiren etkiyi haiz olması nedeniyle bu hükümler kapsamında mütalaa edileceği açıktır. Nitekim bunun bir tezahürünü ibra kararından söz eden TK m. 559'da görmek mümkündür.

Netice itibarıyla Alman hukukunda yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğunun genel kurul kararıyla sona erdirilebilmesi, hem sorumluluğu doğuran olayın üzerinden üç yılın geçmesine hem de sermayenin onda birini temsil eden pay sahiplerinin yazılı biçimde itiraz etmemiş olması

⁶¹ Bu hükme göre kurucuların, yönetim kurulu ve denetim kurulu üyelerinin kuruluştan doğan sorumlulukları, şirketin ticaret siciline tescili tarihinden itibaren üç yılın geçmesi ve ancak sermayenin onda birini temsil eden pay sahiplerinin yazılı biçimde itiraz etmemiş olması hâlinde sulh ve feragat yoluyla sona erdirilebilir.

⁶² Kubis, *MünchKommAktG*, § 120 N. 14; Koch, § 120 N. 2-4; Mülberr, § 120 N. 17.

⁶³ Arnold, Michael. *Kölner Kommentar zum Aktiengesetz, Band 1, §§ 1-75 AktG*, Ed. Wolfgang Zöllner, Ulrich Noack, 3. neubearbeitete und erweiterte Auflage, Carl Heymanns Verlag, Köln, 2011, § 50 N. 6; Penzt, *MünchKommAktG*, § 50 N. 11; Körber, Torsten. *Heidelberger Kommentar zum Aktiengesetz*, Ed. Tobias Bürgers, Torsten Körber, 4. Neu bearbeitete Auflage, C.F.Müller, Heidelberg, 2017, § 50 N. 3; Gerber, Olaf. *Beck-online. Grosskommentar zum Aktienrecht, Band 1, §§ 1-132 AktG*, Ed. Gerald Spindler, Eberhard Stliz, 5. Auflage, C.H.Beck, München, 2022, § 50 N. 5.

şartlarına bağlanmıştır. Yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğunun genel kurul kararıyla sona erdirilmesine ilişkin Alman hukukunda izlenen hukuk politikasının bir yansımasının TK m. 559 vesilesiyle Türk hukukunda tezahür etmesi nedeniyle, sadece şirketin kuruluşunu ve sermaye artırımını konu alan ibra kararlarında değil aynı zamanda yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğuna yol açan diğer bütün olayların ibrasında sermayenin onda birini, halka açık şirketlerde yirmide birini temsil eden pay sahiplerinin karşı çıkmamış olmaları şartının aranacağı yorumu yapılabilir. Hatta AktG 93/4'ün ihmal nedeniyle TK'ya alınmadığı, giderek ibranın kapsamında yer alan olaylara bağlı olarak ibra kararının meydana gelme şartlarında farklılığa gidilmesinin tutarlı bir yaklaşım olmayacağı eleştirisi de dile getirilebilir.

Öte yandan 6102 sayılı Kanun ile birlikte ibra kararının hukuki sonuçları Türk anonim şirketler hukukunda ilk kez kanuni zemine kavuşmuştur. İsviçre'den alındığı anlaşılan⁶⁴ TK m. 558/2'yi özellikli kılan husus, ibra kararının sadece ibraya olumlu oy veren ve ibra kararını bilerek pay iktisap etmiş olan pay sahiplerinin dava hakkını kaldırması, diğer pay sahiplerinin dava haklarının ise varlığını muhafaza etmesidir. Bu itibarla TK m. 558/2, genel kurul tarafından verilen kararların, karara olumlu oy vermiş olsun veya olmasın her bir pay sahibi hakkında geçerli olacağından söz eden TK m. 423'ün istisnası niteliğindedir.

Eklemek gerekir ki TK m. 558/2'nin son cümlesinde yer alan düzenlemeyle, dava hakları devam eden pay sahiplerinin bu haklarını kullanmalarında süre kısıtı getirilmiştir. Öyle ki ibraya olumlu oy vermeyerek dava haklarını mahfuz tutan pay sahiplerinin yönetim kurulu üyeleri aleyhine açacakları sorumluluk davası, ibra tarihinden itibaren altı aylık hak düşürücü süreye bağlanmış, böylece ibra kararının bir sonucu olarak TK m. 560'taki iki ve beş yıllık zamanaşımı süreleriyle ceza zamanaşımı süresi uygulanma imkânını kaybetmiştir.

İsviçre hukukunda ise ibra kararının alınma şartları düzenlenmemiş, sadece ibra kararının etkisi OR 758'de hükme bağlanmıştır. TK m. 558'e benzer şekilde OR 758'de de ibra kararı yalnızca ibraya olumlu oy veren ve ibra kararını bilerek pay iktisap etmiş olan pay sahiplerinin dava haklarını kaldırmaktadır. 2020 revizyonuyla birlikte diğer pay sahiplerinin dava hakları altı aydan oniki aya çıkarılmış⁶⁵, dahası özel denetim yapıldığı hâllerde denetim boyunca bu sürenin duracağı hükme eklenmiştir⁶⁶. İbra kararına ilişkin yetersayılar bakılacak olursa, esas sözleşmede aksine daha ağır bir nisap öngörülmediği takdirde genel kurulda temsil edilen oyların çoğunluğuyla ibraya karar verilmektedir. Belirtelim ki Alman hukukunda öngörülen azınlığın karşı çıkmamasına veya sorumluluğu doğuran olayın üzerinden belli bir sürenin geçmesine ilişkin kayıtlara OR'da yer verilmemiştir.

Tüm bu açıklamalar ışığında konuya yaklaşıldığında Alman hukukunda yönetim kurulu üyelerinin hukuki sorumluluğunun sona erdirilmesinde hem süre hem de azınlık kaydı getirilmek

⁶⁴ Bkz. TK m. 558/2'nin gerekçesi.

⁶⁵ Bu değişikliğin gerekçesinde altı aylık sürenin çok kısa olduğu, karmaşık konular söz konusu olduğunda pay sahiplerinin ihtiyaç duydukları bilgileri bu süre zarfında toplamalarının imkânsız hâle geldiği dile getirilmiştir. Bkz. Botschaft Art. 758 Abs. 2, s. 601.

⁶⁶ Gerekçede, söz konusu değişiklik vasıtasıyla özel denetim ile ibra kararı arasındaki uyumun sağlandığı, özel denetimin sonucunun beklenerek sorumluluk davasının açılmasına imkân verilerek özel denetimde elde edilen verilerin sorumluluk davasında kullanılabilmesi ifade edilmiştir. Bkz. Botschaft Art. 758 Abs. 2, s. 601.

suretiyle İsviçre hukukuna kıyasla daha ağır şartlar konulmuştur. Oysaki İsviçre hukukunda yönetim kurulu üyelerinin hukuki sorumluluğunun bir an önce netlik kazanması istenmiş, bu nedenle süre veya azınlık şartı gibi ağırlaştırıcı kayıtlara yer verilmemiş, hatta ibra kararından sonra diğer pay sahiplerinin dava haklarının üç ve on yıllık zamanaşımı süreleri yerine (OR 760) oniki aylık hak düşürücü süreye bağlanmıştır (OR 758/2). Böylece yönetim kurulu üyeleri sorumluluk davası ile karşılaşma endişesinden olabildiğince hızlı kurtulup şirketin yönetiminde ihtiyaç duydukları takdir yetkilerini daha cesur bir şekilde kullanabilecektir.

Nihayet konu Türk hukuku yönünden ele alındığında, TK'nın ibraya ilişkin düzenlemelerinde çift başlı bir sistem karşımıza çıkmaktadır. Öyle ki bir taraftan -kuruluş ve sermaye artırımını vesilesiyle de olsa- hem dört yıllık süre hem de azınlığın karşı çıkmaması şartı getirilerek ibra kararının meydana gelmesi zorlaştırılmış diğer taraftan ise dava hakları devam eden pay sahiplerinin bu haklarını kullanmaları ibra tarihinden itibaren altı aylık hak düşürücü süreye bağlanarak kendi içinde çelişkili bir durum oluşmuştur.

Son olarak TK m. 559'da düzenlenen, konusunu şirketin kuruluşu ve sermaye artırımını olan ibra kararının meydana gelmesinde aranan sermayenin onda birini, halka açık şirketlerde yirmide birini temsil eden pay sahiplerinin ibraya karşı çıkmamış olması şartının diğer ibra kararlarında da aranıp aranmayacağı meselesine bakılmalıdır. Bu bağlamda öncelikle belirtelim ki TK m. 558'e karşılık gelen bir düzenlemenin yer almadığı, ayrıca sermayenin onda birini temsil eden pay sahiplerinin yönetim kurulu üyeleri aleyhine dava açılması yönünde oy kullanmaları hâlinde şirketin bu talep tarihinden itibaren bir ay içinde dava açmaya mecbur olduğu (eTK m. 341/1) eTK döneminde TK m. 559'da (eTK m. 310) öngörülen azınlık şartının sadece kuruluş ve sermaye artırımının ibrasında değil diğer konuların ibrası hakkında da uygulanacağı savunması yapılabilirdi. Fakat 6102 sayılı TK'ya hem eTK m. 341/1'in aktarılmaması hem de İsviçre'den alınan TK m. 558'e yer verilmesi nedenleriyle TK m. 559'daki azınlık şartının kuruluş ve sermaye artırımının ibrasıyla sınırlı şekilde uygulamak gerekmektedir.

Bu tespitin ardından TK m. 559'a dair bazı değerlendirmelerde bulunmakta yarar vardır. Bir defa kuruluş ve sermaye artırımına özel önem verdiği anlaşılan kanun koyucunun bu iki konuyu içeren ibra kararlarının alınmasını zorlaştırmak istemiş, böylece şirket malvarlığını korumayı amaçlamıştır. Belirtelim ki bu amaç şüphesiz önemlidir fakat TK m. 559'un varlığı nedeniyle, yapısal değişiklikleri veya önemli miktarda şirket varlığının toptan satışını konu alan ibra kararının hangi şartlar altında alınacağı sorusuna cevap vermek zorlaşmaktadır. Zira bu iki husus, kuruluştan ve sermaye artırımından daha az önemsiz değildir. Nitekim hem yapısal değişiklikleri hem de önemli miktarda şirket varlığının toptan satışını konu alan genel kurul kararlarının meydana gelmesinde, sermaye artırımına kıyasla daha yüksek yetersayılar aranmaktadır. Bu tespit ise söz konusu hususların en az sermaye artırımını kadar önemli olduğunu göstermeye yetmektedir.

Kanımızca ibranın kapsamında yer alan olaylara bağlı olarak ibra kararının meydana gelme şartlarında farklılığa gidilmesi tutarlı bir yaklaşım olmamıştır. Ayrıca 6102 sayılı TK ile birlikte ibra kararının hukuki sonuçlarında İsviçre hukuk sisteminin benimsenmesi ve eTK m. 341/1'in TK'ya alınmaması nedenleriyle TK m. 559'un yürürlükten kaldırılması isabetli olacaktır. Fakat bu

yapılırken bütün ibra kararlarında uygulanacak şekilde, ikinci toplantıda da asgari bir toplantı nisabı öngören, bu açıdan TK m. 418/1'in son cümlesinden sapan özel bir hüküm sevk edilmelidir.

SONUÇ

Çalışmamış kapsamında ulaştığımız sonuçlar ve çözüm önerilerimiz sırasıyla şu şekilde yer almaktadır:

1.1. Hukuk düzeni ibraya ilişkin kararların verilmesinde özel bir toplantı nisabı öngörmemiştir. Bu nedenle genel toplantı nisabının düzenlendiği TK m. 418/1, ibraya ilişkin kararlarda da uygulanacaktır.

1.2. İbra kararının alınabilmesi için genel kurulda sermayenin en az dörtte birinin temsil edilmesi yeterlidir. İlk toplantıda dörtte birlik orana ulaşamadığı takdirde ikinci toplantıda nisap aranmaz. Aynı sonuç ibra varsayımı hakkında da geçerlidir.

1.3. Konusunu şirketin kuruluşu veya sermaye artırımı oluşturan ibra kararının alınabilmesi için sadece TK m. 418'deki nisapların var olması yetmemekte aynı zamanda sermayenin onda birini, halka açık şirketlerde yirmide birini temsil eden pay sahiplerinin ibranın onaylanmasına karşı çıkmamış olması gerekmektedir. Bu bakımdan TK m. 559'da yer alan düzenlemeyle azınlığa olumlu ibra kararının meydana gelmesine engel olma olanağı tanınmaktadır. Fakat bu hakkın kullanılması olumsuz ibra kararına vücut vermemektedir. Bir diğer deyişle azınlığın karşı çıkması hâlinde ne olumlu ne de olumsuz yönde bir ibra kararı ortaya çıkmaktadır. TK m. 559'da yapılacak bir tadille, bu hükümde öngörülen orandaki azınlığın ibra kararına karşı olması hâlinde ibra edilmeme kararının meydana geleceği hükme bağlanmalıdır.

2. İbranın kapsamında yer alan olaylara bağlı olarak ibra kararının meydana gelme şartlarında farklılığa gidilmesi tutarlı bir yaklaşım olmamıştır. Ayrıca 6102 sayılı TK ile birlikte ibra kararının hukuki sonuçlarında İsviçre hukuk sisteminin benimsenmesi, giderek eTK m. 341/1'in TK'ya alınmaması nedenleriyle TK m. 559'un yürürlükten kaldırılması isabetli olacaktır.

3. İbra kararının önemli sonuçlarından biri, şirket nezdinde oluşan zararlara müsteniden yönetim kurulu üyeleri aleyhine sorumluluk davasının açılmamasıdır. Bu bağlamda belirtmek isteriz ki ilk toplantıda dörtte birlik toplantı nisabı sağlanamadığı takdirde ikinci toplantının yapılabilmesi için nisabın aranmaması uygun olmamıştır. İbranın hukuki sonuçları göz önünde bulundurulduğunda, ibraya ilişkin karar verilirken hem ilk toplantıda hem de ikinci toplantıda asgari bir toplantı nisabının şart koşulmasında yarar vardır.

3.1. TK m. 418/2 uyarınca ibra kararında karar yetersayısı toplantıda hazır bulunan oyların çoğunluğudur. Hüküm emredici nitelikte olduğu için esas sözleşmede daha düşük bir yetersayının öngörülmesi mümkün değildir.

3.2. Karar yetersayısının düzenlendiği TK m. 418/2'de yer alan "hazır bulunan oylar" ibaresinin yerini "temsil edilen oylar" ifadesi almalıdır.

3.3. Karar yetersayısı tespit edilirken toplantıda temsil edilen oyların tümü göz önünde bulunudur. Bu itibarla toplantıda temsil edildikleri hâlde kullanılmayan oylar da karar yetersayısının tespitinde hesaba katılır.

3.4. Karar yetersayısının tespitinde kişi sayısı değil, oy esas alınır.

4.1. Olumlu ibra kararından söz edebilmek için oyların çoğunluğunun öneri lehinde birleşmesi gerekmektedir.

4.2. Olumsuz ibra kararının meydana gelmesi ise, kullanılan oyların çoğunluğunun ibranın reddi yönünde birleşmesi şartına bağlıdır. Bu itibarla toplantıda temsil edilen oyların çoğunluğunun ibra lehine birleşmediği her hâlde olumsuz ibra karardan söz edilemez. Öyle ki çekimser veya kullanılmayan oylar, olumsuz ibra kararının meydana gelmesi için ihtiyaç duyulan karar yetersayısının oluşmasını önleyebilir.

İbra kararına ilişkin nisabın esas sözleşmeyle ağırlaştırıldığı bir ihtimalde, bilanço ağırlaştırılmış nisaba göre onaylanmadığı müddetçe, bilançonun onaylanmasına ilişkin genel kurul kararı ibra sonucunu doğurmaz.

KAYNAKÇA

Akbağ, Direnç. *Limited Ortaklık Genel Kurulunun Toplanma ve Karar Alma Esasları*, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2010.

Akdağ Güney, Necla. “Banka Yönetim Kurulu Üyesinin İbra Edilmiş Olmasının Bankacılık Kanununa İstinaden Açılan Şahsi İflas Davasına Etkisi”, *Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. IV, S. 1, 2007, s. 49-75. (Anılış: *Banka Yönetim Kurulu Üyesinin İbrası*)

Akdağ Güney, Necla. *Anonim Şirket Yönetim Kurulu*, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2016. (Anılış: *Yönetim Kurulu*)

Akkaya, Ayşegül. *Anonim Şirketlerde Yönetim Kurulunun İbrası*, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2019.

Aksu Özkan, Raziye. “Yargıtay Kararları Işığında Anonim Şirkette Genel Kurulun Bilançoya İlişkin Kararının Açık İbra Kararına Etkisi”, *Hacettepe HFD*, C. XI, S. 1, 2021, s. 282-307.

Alışkan, Murat. “İbranın Reddi Kararına Karşı İptal Davası Açılması ve İbraya İlişkin Kararlarda Oy Hakkından Yoksunluğa Aykırılığın Yaptırımı”, *Terazi Hukuk Dergisi*, C. XVI, S. 174, Şubat 2021, s. 348-362.

Altay, Sıtkı Anlam. “Yargıtay Kararları Işığında Anonim Ortaklıklarda Hükmen İbra”, *Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu*, C. XXXIV, Banka ve Ticaret Hukuku Enstitüsü, Ankara, 2022, s. 47-95.

Ansay, Tuğrul. “Anonim Şirketlerin Ehliyeti, İdare Meclisinin İbrası, İdare Meclisi Aleyhine Sorumluluk Davası ve Yargıtay Hukuk Genel Kurulu Kararları”, *BATİDER*, C. III, 1966, s. 407-431.

Arı, Zekeriyya. “Türk Ticaret Kanunu Tasarısının Elektronik Ortama İlişkin Hükümü (Tasarı m. 1527) ve Sanal Genel Kurul”, *Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. XIII, S. 3-4, 2009, s. 177-199.

Arnold, Michael. *Münchener Kommentar zum Aktiengesetz: AktG*, Band 3: §§ 118-178, Ed. Wulf Goette, Mathias Habersack, Susanne Kalss, 5. Auflage, C.H.Beck Verlag, München, 2022. (Anılış: *MünchKommAktG*)

Arnold Michael. *Kölner Kommentar zum Aktiengesetz, Band 1, §§ 1-75 AktG*, Ed. Wolfgang Zöllner, Ulrich Noack, 3. neubearbeitete und erweiterte Auflage, Carl Heymanns Verlag, Köln, 2011. (Anılış: *KölnerKommAktG*)

Arslanlı, Halil. *Anonim Şirketler, C. II-III: Anonim Şirketlerin Organizasyonu ve Tahviller*, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1960.

Aydemir, Fatih. “Anonim Şirket Yönetim Kurulu Üyelerinin İbrasının Hukuki Sonuçları”, *İÜHFMD, İlhan Özay’a Armağan Özel Sayısı*, C. LXIX, S. 1-2, 2011, s. 1075-1104.

Aydın, Alihan. “Anonim Ortaklıkta Çoğunluk Pay Sahiplerinin Azınlığa Karşı Korunması”, *Prof. Dr. Erdoğan Moroğlu’na 65. Yaş Günü Armağanı*, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, İstanbul, 1999, s. 29-51.

Ayoğlu, Tolga. “Oydan Yoksun Pay Sahiplerinin Katılımı ile Alınan Genel Kurul Kararlarının Akıbeti (TTK md. 361/3’ün Uygulama Alanı)”, *Prof. Dr. Kemal Oğuzman’a Armağan, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, S. 1, Ocak 2002, s. 734-746.

Aytaç, Zühtü. *Anonim Ortaklıklarda İbra*, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara, 1982. (Anılış: *İbra*)

Aytaç, Zühtü. “İbranın Reddi -İbra ve Sorumluluk Davası- Yargıtay’ın Görüşü”, *Prof. Dr. Sabih Arkan’a Armağan*, Oniki Levha Yayınları, İstanbul, 2019, s. 245-266. (Anılış: *İbranın Reddi*)

Avcı, Nihan. *Anonim Ortaklıklarda İbra*, Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, İzmir, 2007.

Azarkan, Necat. “Anonim Şirketlerde Sanal (Virtüel) Genel Kurul”, *Dicle Üniversitesi Adalet Meslek Yüksekokulu Dicle Adalet Dergisi*, C. II, S. 4, 2018, s. 25-48.

Bahtiyar, Mehmet. *Ortaklıklar Hukuku*, Güncellenmiş 14. Bası, Beta Yayınları, 2020.

Bahtiyar, Mehmet. “Anonim Şirket Genel Kurulunda Toplantı Yetersayısının Toplantı Süresince Korunması Şartına İlişkin TTK. 418/1 Hükümünün Değerlendirilmesi”, *Prof. Dr. Hamdi Yasaman’a Armağan*, Oniki Levha Yayınları, İstanbul, 2017, s. 59-102. (Anılış: *TTK. 418/1 Hükümünün Değerlendirilmesi*)

Bahtiyar, Mehmet. “Anonim Şirketlerde Azınlık Oranlarının Anasözleşme ile Değiştirilmesi Sorunu”, *Türk Ticaret Kanunu'nun 5. Yıl Sempozyumu, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, 2018, s. 363-377. (Anılış: *Azınlık Oranlarının Anasözleşme ile Değiştirilmesi*)

Balsever, Sergül. “Kuruluş ve Sermaye Artırımında İbra (TTK m. 559)”, *İÜHFMD*, C. LXXVI, S. 1, 2018, s. 151-175.

Bärtschi, Harald. *Verantwortlichkeit im Aktienrecht*, Schulthess Verlag, Zürich, 2001.

Biçer, Levent / Hamamcıoğlu, Esra. “Anonim Ortaklık Genel Kurul Toplantılarında Uygulanan Yetersayılar ve Bazı Değerlendirmeler”, *Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. XII, S. 149-150, 2017, s. 71-134.

Biggel, Hans. *Die Verantwortlichkeit des Verwaltungsrates*, Ernst Lang, Zürich, 1940.

Birsel, Mahmut Tevfik. “Anonim Şirketlerde Azınlık Hakları”, *İmran Öktem'e Armağan, Sevinç Matbaası*, Ankara, 1970, s. 620-657.

Böckli, Peter. *Schweizer Aktienrecht*, 4. vollständig neu bearbeitete Auflage, Schulthess Verlag, Zurich, 2009.

Canözü, Salih. “Anonim Şirketlerde İbra Kararının Kapsamı ve Şartları”, *The Journal of International Scientific Researches*, C. 5, S. 3, 2020, s. 329-347. (Anılış: *İbra Kararının Kapsamı ve Şartları*)

Canözü, Salih. *Anonim Şirketlerde İbra*, Oniki Levha Yayınları, İstanbul, 2021. (Anılış: *İbra*)

Chammartin, Catherine / von der Crone, Hans Caspar. “Der Déchargebeschluss”, *SZW/RSDA*, 6/2005, s. 329-338.

Çamoğlu, Ersin. *Anonim Ortaklık Yönetim Kurulu Üyelerinin Hukuki Sorumluluğu*, 3. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2010. (Anılış: *Yönetim Kurulu Üyelerinin Hukuki Sorumluluğu*)

Çamoğlu, Ersin: “Anonim Ortaklık Yönetim Kurulu Üyelerinin İbrasının Sorumluluk Davalarına Etkisi”, *İÜHFMD*, C. XXXVI, S. 1-4, 1971, s. 323-348. (Anılış: *İbranın Sorumluluk Davalarına Etkisi*)

Çeker, Mustafa. *Anonim Ortaklıkta Oy Hakkı ve Kullanılması*, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, Ankara, 2000.

Çelik, Aydın. *Anonim Ortaklıklarda Yönetim Kurulu Üyelerinin İbrası*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2007.

Çoştan, Hülya. “Yönetim Kurulunun Karar Alma Usulleri, Oy Hakkı, Yetersayılar ve Toplantı Talep Hakkı”, *BATİDER*, C. XXVII, S. 3, 2012, s. 155-190. (Anılış: *Yönetim Kurulunun Karar Alma Usulleri*)

Çoştan, Hülya. *Yeni Türk Ticaret Kanunu’na Göre Birleşme, Bölünme ve Tür Değişirme Kararları*, 3. Bası, Seçkin Yayınları, Ankara, 2013. (Anılış: *Birleşme, Bölünme ve Tür Değişirme*)

Deryal, Yahya. “Anonim Ortaklık Genel Kurul Kararlarının Hukuki Niteliği”, *Fahiman Tekil’in Anısına Armağan*, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, İstanbul, 2003, s. 377-399.

Kubis, Dietmar. *Münchener Kommentar zum Aktiengesetz: AktG, Band 3: §§ 118-178*, Ed. Wulf Goette, Mathias Habersack, Susanne Kalss, 5. Auflage, C.H.Beck Verlag, München, 2022. (Anılış: *MünchKommAktG*)

Dubs, Dieter / Truffer, Roland. *Basler Kommentar Obligationenrecht II*, Art. 530-964 OR, Ed. Heinrich Honsell, Nedim Peter Vogt, Rolf Watter, 5. Auflage, Helbing Lichtenhahn Verlag, Basel, 2016.

Domanıç, Hayri. *Türk Ticaret Hukukuna Göre Anonim Şirketlerin Kuruluşundan Doğan Mesuliyet*, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1964. (Anılış: *Kuruluştan Doğan Mesuliyet*)

Domanıç, Hayri. *Anonim Şirketler Hukuku ve Uygulaması, TTK. Şerhi II*, Yaylacık Matbaası, İstanbul, 1988. (Anılış: *TTK Şerhi II*)

Drinhausen, Barbara. *Aktiengesetz: AktG*, Ed. Wolfgang Hölters, Markus Weber, 4. Auflage, C.H.Beck Verlag, München, 2022.

Dural, H. Ali. “Anonim Şirket Yönetim Kurulunun Toplantı ve Karar Yetersayıları”, *İsviçre Borçlar Kanunu’nun İktibasının 80. Yılında İsviçre Borçlar Hukuku’nun Türk Ticaret Hukukuna Etkileri*, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2009, s. 313-353. (Anılış: *Yönetim Kurulunun Toplantı ve Karar Yetersayıları*)

Dural, H. Ali. “Anonim Şirketlerde Olumsuz Azınlık Hakları Düzenlemesi”, *Prof. Dr. Erdoğan Moroğlu’na 65. Yaş Günü Armağanı*, İstanbul, 1999, s. 179-192. (Anılış: *Olumsuz Azınlık Hakları*)

Eskiocak, Ali. *Yönetim Kurulu Üyelerinin Şahsi Sorumluluğuna İlişkin Davalarda Maddi Hukukun Usul Hukukuyla Etkileşimi*, Seçkin, Ankara, 2022.

Forstmoser, Peter. *Die Aktienrechtliche Verantwortlichkeit: die Haftung der mit der Verwaltung, Geschäftsführung, Kontrolle und Liquidation einer AG betrauten Personen*, 2. Neubearbeitete und stark erweiterte Auflage, Schulthess Polygraphischer Verlag, Zürich, 1987.

Forstmoser, Peter / Meier-Hayoz, Arthur / Nobel, Peter. *Schweizerisches Aktienrecht*, Stämpfli Verlag, Bern, 1996.

Gerber, Olaf. *Beck-online. Grosskommentar zum Aktienrecht, Band 1, §§ 1-132 AktG*, Ed. Gerald Spindler, Eberhard Stliz, 5. Auflage, C.H.Beck, München, 2022. (Anılış: *BeckGroßkommAktG*)

Gökdemir Tamer, Tülay. *Anonim Şirketlerde Pay Sahibinin Oy Hakkının Kapsamı ve Etkisi*, Oniki Levha Yayınları, İstanbul, 2022.

Gümüş, M. Alper. *Türk-İsviçre Borçlar Hukukunda İbra Sözleşmesi*, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2015.

Helvacı, Mehmet. *Anonim Ortaklıkta Yönetim Kurulu Üyesinin Hukuki Sorumluluğu*, 2. Bası, Beta, İstanbul, 2001.

Helvacı, Mehmet. “Anonim Ortaklıkta Ticaret Kanunundan Kaynaklanan Azınlık Haklarının Hukuki Niteliği ve Tanımı”, *Prof. Dr. Oğuz İmregün’e Armağan*, Beta Basım, İstanbul, 1998, s. 297-310. (Anılış: *Azınlık Haklarının Hukuki Niteliği*)

İmregün, Oğuz. *Anonim Şirketlerde Pay Sahipleri Arasında Umumi Heyet Kararlarından Doğan Menfaat İhtilafları ve Bunların Telif Çareleri*, İsmail Akgün Matbaası, İstanbul, 1962. (Anılış: *Menfaat İhtilafları*)

İmregün, Oğuz. “Türk Hukukunda Anonim Ortaklıklarda Toplantı ve Karar Yetersayıları”, *İÜHFMD*, C. L, S. 1-4, s. 349-362. (Anılış: *Yetersayılar*)

İmregün, Oğuz. *Anonim Ortaklıklar*, 4. Bası, Yasa Yayınları, İstanbul, 1989.

İmregün, Oğuz. “Anonim Ortaklıklarda Toplantı ve Karar Yetersayılarının Esas Sözleşme ile Düzenlenmesi”, *Bilgi Toplumunda Hukuk: Ünal Tekinalp’e Armağan*, C. 1, Beta Yayınları, İstanbul, 2003, s. 441-454. (Anılış: *Yetersayıların Esas Sözleşme ile Düzenlenmesi*)

Kahyaoğlu, Emin Cem. “Anonim Ortaklıkta İbra Kararının Geri Alınması”, *Prof. Dr. Ersin Çamoğlu’na Armağan*, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2012, s. 83-94.

Karademir, Halis. *Anonim Şirketlerde İbranın Sözleşme ve Karar Çerçevesinde Etkisi ve Sonuçları*, Süleyman Demirel Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, Isparta, 2017.

Karadeniz, Salih. “Anonim Şirketlerde Elektronik Genel Kurul”, *İMHFMD*, C. VII, S. 13, 2022, s. 491-520.

Karlıoğlu, Hasan. *Anonim Şirketlerde Genel Kurul*, Adalet Yayınları, Ankara, 2019.

Kendigelen, Abuzer. *Yeni Türk Ticaret Kanunu: Değişiklikler, Yenilikler ve İlk Tespitler*, 3. Bası, On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2016.

Kendigelen, Abuzer / Akay, Hasan Onur / Akteke, M. Yasir / Balsever, Sergül / Aşıkoğlu, Ş. İpek / Özsoy, M. Akif. *Yargıtay 11. Hukuk Dairesinin Türk Ticaret Kanunu'na İlişkin Kararları (2014)*, Oniki Levha Yayınları, İstanbul, 2018. von Steiger, Fritz. *İsviçre'de Anonim Şirketler Hukuku*, Çeviren: Tahir Çağa, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1968.

Kırca, İsmail. “İbra Kararının Geri Alınması ve Bankacılık Kanunu'nun 133. Maddesi Uyarınca Açılacak Sorumluluk Davalarında İbranın İptali ve Zamanaşımı”, *BATİDER*, C. XXIII, S. 3, 2006, s. 33-51. (Anılış: *İbra Kararının Geri Alınması*)

Kırca, İsmail / Şehriali Çelik, Feyzan Hayal / Manavgat, Çağlar. *Anonim Şirketler Hukuku, C. 2/2, Genel Kurul Kararlarının Hükümsüzlüğü*, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, Ankara, 2016.

Koch, Jens. *Beck'sche Kurz-Kommentare, Band 53: Aktiengesetz*, Ed. Uwe Hüffer, Jens Koch, 23. Auflage, C.H.Beck Verlag, München, 2023.

Körber, Torsten. *Heidelberger Kommentar zum Aktiengesetz*, Ed. Tobias Bürgers, Torsten Körber, 4. Neu bearbeitete Auflage, C.F.Müller, Heidelberg, 2017. (Anılış: *HeidelbergerKommAktG*)

Kummer, Angela. *Zürcher Kommentar: Die Aktiengesellschaft, Rechte und Pflichten der Aktionäre, Art. 660 - 697m OR*, Ed. Lukas Handschin, Peter Jung, 2. völlig neu bearbeitete Auflage, Schulthess Verlag, Zürich-Basel-Genf, 2021.

Memiş, Tekin / Şimşek, Bahar. “Azlığın Finansal Tabloların Müzakeresini Erteleme Hakkı Üzerine Değerlendirmeler”, *Prof. Dr. Sabih Arkan'a Armağan*, Oniki Levha Yayınları, İstanbul, 2019, s. 787-822.

Moroğlu, Erdoğan. “Anonim Ortaklıkta Yönetim ve Denetim Kurulu Üyelerinin İbralarının Zamanı, Kapsamı ve Geri Alınması”, *BATİDER*, C. XXI, S. 2, 2001, s. 5-12. (Anılış: *İbranın Zamanı, Kapsamı ve Geri Alınması*)

Moroğlu, Erdoğan. *Anonim Ortaklıkta Genel Kurul Kararlarının Hükümsüzlüğü*, Güncelleştirilmiş ve Genişletilmiş 8. Baskı, Oniki Levha Yayınları, İstanbul, 2017. (Anılış: *Genel Kurul Kararlarının Hükümsüzlüğü*)

Mülberrt, Peter O. *Aktiengesetz: Großkommentar, Band 7/1: §§ 118-130*, Ed. Heribert Hirte, Peter O. Mülberrt, Markus Roth, 5. neu bearbeitete Auflage, de Gruyter, Berlin/Boston, 2017.

Nomer, Halûk Nami. *Kişi Birliklerinde Genel Kurul Kararlarının Geçersizliğine İlişkin Temel Esaslar*, Beta, İstanbul, 2008.

Oral, Sıla. *Anonim Ortaklıklarda Yönetim Kurulu Üyelerinin İbrası ve Tasarı ile Getirilen Değişiklikler*, İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2009.

Özboyacı, Alper. *Yeni Türk Ticaret Kanunu'na Göre Yönetim Kurulu Üyelerinin İbrası ve Özellikle İbranın Sorumluluk Davalarına Etkisi*, Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, İzmir, 2011.

Özer, Işık. “Türk Ticaret Kanunu Tasarısına Göre Anonim Şirket Genel Kuruluna Elektronik Ortamda Katılım”, *BATİDER*, C. XXV, S. 4, 2009, s. 623-662.

Paslı, Ali. “Anonim Ortaklık Genel Kurulunda Kullanılan «Oy»un Hukuki Niteliği, Bölüm I: Kavram”, *İÜHFMD*, C. LXVII, 2009, s. 167-182.

Pehlivanoglu, Murat Can. “Anonim Şirketlerde Yönetim Kurulunun Mali ve İdari Yönden İbrasının Ayırıştırılması”, *Necmettin Erbakan Üniversitesi Uluslararası Hukuk Kongresi Bildiri Tam Metin Kitabı*, Ed. Nuran Koyuncu, Necmettin Erbakan Üniversitesi Yayınları, Konya, 2021, s. 471-480.

Pentz, Andreas. *Münchener Kommentar zum Aktiengesetz: AktG*, Band 1: §§ 1-75, Ed. Wulf Goette, Mathias Habersack, Susanne Kalss, 5. Auflage, C.H.Beck Verlag, München, 2022. (Anılış: *MünchKommAktG*)

Picenoni, Reno. *Der Entlastungsbeschluss (Décharge)*, H.R. Sauerländer, Aarau, 1945.

Pulaşlı, Hasan. *Şirketler Hukuku Şerhi*, C. 1-4, 4. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2022. (Anılış: *Şerh*)

Poroy, Reha / Tekinalp, Ünal / Çamoğlu, Ersin. *Ortaklıklar Hukuku*, C. I, 14. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2019.

Rieckers, Oliver. *Kommentar zum Aktiengesetz*, Band 1, §§ 1-149, Ed. Gerald Spindler, Eberhard Stilz, 4. Auflage, C.H.Beck, München, 2019. (Anılış: Spindler / Stilz /Rieckers, *AktG*, C. I)

Sarihan, Banu Bilge. “Türk Borçlar Hukukunda ve İş Hukukunda İbranın Hukuki Boyutu”, *NEÜHFD*, C. III, S. 1, 2020, s. 99-119.

Sayhan, İsmet. “Anonim Ortaklıklarda Genel Kurul Toplantılarında Toplantı Çoğunluğunun Korunması İlkesi ve Çoğunluğun Tespiti”, *Ufuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. II, S. 2, 2014, s. 9-16.

Sever, Rabia. *6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu Bakımından Anonim Ortaklıklarda Yönetim Kurulu Üyelerinin İbrası*, Bahçeşehir Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2012.

Sumer, Ayşe. *Anonim Ortaklıklarda Azınlık Haklarının Korunması ve Anonim Ortaklığın Haklı Nedenle Feshi*, İsmail Akgün Matbaası, İstanbul, 1991.

Şahin, Ayşe. *Anonim Ortaklıklarda Yönetim Kurulu Üyelerinin Hukuki Sorumluluk Açısından İbrası*, Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2005.

Şener, Oruç Hami. *Teorik ve Uygulamalı Ortaklıklar Hukuku Ders Kitabı*, Gözden Geçirilmiş 5. Bası, Seçkin, Ankara, 2022.

Şimşek Güzelsu, Sebile Zeynep. *Anonim Şirketlerde İbra*, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 2019.

Tanner, Brigitte. *Zürcher Kommentar: Die Aktiengesellschaft, Generalversammlung und Verwaltungsrat. Mängel in der Organisation*, Art. 698-726 und 731b OR, Ed. Lukas Handschin, 3. Auflage, Schulthess Juristische Medien AG, Zürich-Basel-Genf, 2018. (Anılış: *Zürcher Kommentar: Aktiengesellschaft*)

Tanner, Brigitte. *CHK - Handkommentar zum Schweizer Privatrecht: Personengesellschaften und Aktiengesellschaft – Vergütungsverordnung*, Art. 530-771 OR - VegüV, Ed. Vito Roberto, Hans Rudolf Trüeb, 3. Auflage, Schulthess Juristische Medien AG, Zürich, 2016. (Anılış: *CHK, Aktiengesellschaft*)

Tekil, Fahiman. *Anonim Şirketler Hukuku*, 2. Bası, Alkım Yayınları, İstanbul, 1998.

Tekinalp, Ünal. “Azınlığın Bilançonun Onaylanmasına İlişkin Müzakerenin Ertelenmesi İstemi” *İÜHFMD*, C. XLII, S. 1-4, 1976, s. 233-243. (Anılış: *Müzakerenin Ertelenmesi*)

Tekinalp, Ünal. “Anonim Ortaklığın Genel Kurulunda Bir Teklifin Reddine Karşı İptal Davası Açılabilir mi?” *İstanbul Barosu Dergisi*, C. XXXIX, S. 7-8-9, 1965, s. 249-260. (Anılış: *Bir Teklifin Reddine Karşı İptal Davası Açılabilir mi?*)

Tekinalp, Ünal. “İbra Edilmeyen Yönetim Kurulu Üyelerinin veya Denetçilerin İptal Davası Açabilip Açamayacakları Sorunu”, *İktisat ve Maliye Dergisi*, C. XXIII, S. 4, 1976, s. 165-168. (Anılış: *İbra Edilmeyen Yönetim Kurulu Üyelerinin İptal Davası Açması Sorunu*)

Tekinalp, Ünal. “Yönetim Kurulu Başkanının Üstün Oya Sahip Olup Olamayacağı Sorunu”, *İktisat ve Maliye Dergisi*, C. XVIII, S. 9, 1971, s. 301-304. (Anılış: *Yönetim Kurulu Başkanının Üstün Oya Sahip Olup Olamayacağı Sorunu*)

Tekinalp, Ünal. *Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku*, Değişiklikler ve İkincil Düzenlemelerle Güncelleştirilmiş 5. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2020. (Anılış: *Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku*)

Teoman, Ömer. “Anonim Ortaklık Genel Kurul Toplantısına İlişkin Hazirun Cetveli”, *İÜHFMD*, C. LV, S. 1-4, 1995, s. 231-247. (Anılış: *Genel Kurul Toplantısına İlişkin Hazirun Cetveli*)

Teoman, Ömer. *Anonim Ortaklıkta Pay Sahibinin Oy Hakkından Yoksunluğu*, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, Ankara, 1983. (Anılış: *Oy Hakkından Yoksunluk*)

Turan, Gizlem. *Anonim Şirketler Hukukunda İbra*, Oniki Levha Yayınları, İstanbul, 2023.

Turanboy, Nuri. *İbra Sözleşmesi*, Yetkin Yayınları, Ankara, 1998.

Ulaş Kısa, Seda. “Anonim Ortaklıkta Yaşanan Çıkar Çatışmasının Azınlıkta Kalanlara Zarar Vermemesi için Öngörülen Hukuki Araçlar”, *Bilgi Toplumunda Hukuk: Ünal Tekinalp’e Armağan*, C. 1, Beta Yayınları, İstanbul, 2003, s. 507-536.

Ulusoy, Erol. “Şirketler Hukukunda İbranın Hukuki Niteliği”, *Turgut Kalpsüz’e Armağan*, Turhan Kitabevi, Ankara, 2003, s. 253-282.

Ülgen, Hüseyin. “Anonim Ortaklıklarda Genel Kurul Başkanının Üstün Oyu”, *BATİDER*, C. VI, 1972, s. 667-685.

Vedder, Karl Christian. *Aktiengesetz: AktG*, Ed. Hans Christoph Grigoleit, 2. Auflage, C.H.Beck, München, 2020.

Vetter, Eberhard / Schulenburg, Voker. *Beck'sche Kurz-Kommentare; Band 62: Gesellschaftsrecht*, Ed. Martin Henssler, Lutz Strohn, 5. Auflage, C.H.Beck, München, 2021.

Von Büren, Roland / Stoffel, Walter A. / Weber, Rolf H. *Grundriss des Aktienrechts*, 3. Auflage, Schulthess Juristische, Zürich-Basel-Genf, 2011.

Von der Crone, Hans Caspar. *Aktienrecht*, 2. Auflage, Stämpfli Verlag, Bern, 2020.

Von Steiger, Fritz. *İsviçre’de Anonim Şirketler Hukuku*, Çeviren: Tahir Çağa, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1968.

Yıldız, Şükrü. “Anonim Ortaklıkta Yönetim Kurulunun Toplantı Yetersayısı ve Yargıtay Kararları”, *Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu: Bildiriler – Tartışmalar, XVIII*, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara, 2001, s. 67-104.

Yiğit, İlhan. *Anonim Ortaklık Genel Kurulunun İşleyişi ve Ortaya Çıkan Sorunlar*, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2005.

Yurtbaşı, Fatih. “Anonim Şirketler Genel Kurullarında Toplantı ve Karar Yeter Sayıları”, *Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. X, S. 2, 2013, s. 203-232.

Zengin, İbrahim Çağrı. *Türk Ticaret Kanununa Göre Anonim Ortaklık Genel Kurulunda Yetersayılar*, Oniki Levha Yayınları, İstanbul, 2020.

Medeni Usul Hukuku İlkeleri Kapsamında Çevrimiçi Duruşmaların Değerlendirilmesi- Yabancı Ülkelerdeki Uygulamalar ve Düzenlemeler

Sıla TATLIDİL ONGUN 

Arş. Gör., Yakın Doğu Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Anayasa Hukuku Anabilim Dalı
Lefkoşa, Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti
sila.tatlidil@neu.edu.tr (Sorumlu Yazar / Corresponding Author)

Aysun BEYDOLA 

Dr. Öğr. Üyesi, Yakın Doğu Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Medeni Usul ve İcra İflas Hukuku Anabilim Dalı
Lefkoşa, Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti
aysun.beydola@neu.edu.tr

Makale Bilgileri

ÖZET

Makale Geçmişi
Geliş: 27.12.2022
Kabul: 21.10.2023
Yayın: 22.10.2023

Anahtar

Kelimeler:

Pandemi, Yüz Yüze Yapılan Duruşmalar, Çevrimiçi Duruşmalar, Medeni Usul Hukuku İlkeleri, Farklı Ülkeler Ait Çevrimiçi Duruşmalar.

Tüm dünyayı etkisi altına alan Covid-19 salgın hastalığı, Dünya Sağlık Örgütü tarafından pandemi ilan edilmiştir. Bu nedenle tüm dünyada gerek hukuk gerekse birçok alanda yeni düzenleme gereği duyulmuştur. Her ne kadar son zamanlarda içerisinde bulunduğumuz salgın hastalıkla ilgili alınan tedbirler kaldırılmaya başlamış olsa da bizlerin gayri ihtiyari sosyal mesafeyi koruma gerekliliği devam etmektedir. Bu nedenle çevrimiçi duruşmalar hayatımızda önemli bir yer tutmaya başlamıştır.

Çalışmamız çevrimiçi duruşmaların medeni usul hukukundaki ilkeler kapsamında değerlendirilmesini konu almaktadır. Ayrıca çalışmamız; İngiltere, Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti (KKTC), Amerika Birleşik Devletleri (ABD), Almanya, Dubai (Birleşik Arap Emirlikleri), Hong Kong, Kanada, Singapur ve Avustralya gibi farklı ülkelerdeki uygulamalar ve düzenlemeler de ele alınarak genişletilmiştir. Çalışmamızda, pandemi başlangıcında gündemde olan bazı ülkeler üzerinde durulmuştur.

Bu denli ciddi bir salgın hastalıkla karşı karşıya kalınmasıyla birlikte yüz yüze yapılan duruşmaların yerine duruşmaların çevrimiçi olarak yapılması gündeme gelmiştir. Bu noktada çevrimiçi duruşmalar için teknolojik donanım gerekliliği ortaya çıkmıştır. Bu nedenle Türk hukuku ile birlikte mukayeseli hukuk sistemleri dikkate alınarak çevrimiçi duruşmaların durumu değerlendirilmiş olup konuya ilişkin önerilerde bulunulmuştur.

An Evaluation Of Online Hearings Within The Scope Of Civil Procedure Law Principles – Practices And Regulations In Foreign Countries

Article Info

ABSTRACT

Article History

Received: 27.12.2022
Accepted: 21.10.2023
Published: 22.10.2023

Keywords:

Pandemic, Face to Face Hearings, Online Hearings, Principles in Civil Procedure Law,

The World Health Organization has classified the Covid-19 epidemic disease, which has spread throughout the entire world, as a pandemic. Because of this, there is a growing awareness of the need for new laws in the legal system and many other areas. Although the precautions made against the epidemic disease we have recently been experiencing have started to be eased, the necessity for us to keep an unavoidable social distance continues. As a result, online court hearings have begun to play a significant role in our lives.

Our research focuses on the evaluation of online hearings within the scope of the principles of Civil Procedure Law. Our research has also been widened by taking into

account norms and policies in many nations, including the United Kingdom, the Turkish Republic of Northern Cyprus (TRNC), the United States, Germany, Dubai (United Arab Emirates), Hong Kong, Canada, Singapore, and Australia. In our research, we concentrated on a few nations that were on the agenda at the start of the pandemic and focused on countries with the Anglo-Saxon legal system, where as, the Continental law was not mentioned.

In the face of such a serious epidemic, it became clear that face-to-face hearings were being replaced by online hearings. At this point, it became necessary to provide the technological equipment needed for online hearings. For this reason, the situation of online hearings has been evaluated by considering Turkish Law and Comparative legal systems, and suggestions have been made regarding the requirements on the subject.

Atf/Citation: Tatlıdıl, S. (2023). “Anonim Ortaklık Genel Kurulunun İbraya İlişkin Kararlarında Yetersayılar”, *Necmettin Erbakan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 6(2), s. 665-704.



“This article is licensed under a Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License (CC BY-NC 4.0)”

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

GİRİŞ

Covid-19 salgın hastalığının Dünya Sağlık Örgütü tarafından pandemi ilan edilmesiyle tüm dünyada yeni uygulamalara ihtiyaç duyulmaya başlamıştır. Özellikle insanların birbirleriyle olan sosyal mesafesini koruma gerekliliği ile duruşmaların yüz yüze değil çevrimiçi¹ olarak görülmeye başlanması bir zorunluluk hâline gelmiştir. Bu da her ülkenin kendine göre farklı tedbirler alması sonucunu doğurmuştur. Buna istinaden çalışmamızda bazı ülkelerin çevrimiçi duruşmalarla ilgili düzenlemeleri ele alınmıştır.

Teknolojinin hızla geliştiği dikkate alındığında, duruşmaların çevrimiçi olarak yapılması kaçınılmaz bir hâl almaktadır. Fakat duruşmaların çevrimiçi olarak yapılmasına başlanması için gereken alt yapının sağlanması ve karşılaşılabilecek olumsuz sonuçların gözetilerek önlem alınması gerekmektedir.

Her ne kadar ses ve görüntü bilişim sistemi (SEGBİS) 2011 yılının Eylül ayında 150 No’lu Genelge’de² yer almış olsa da hukuk davaları bakımından bu sistemin kullanılmadığı bilinmektedir. Fakat istinabe yolu ile SEGBİS’in tam olarak çevrimiçi duruşma niteliği kazandığı söylenemez. İstinabe bir duruşma değil tanığın bulunduğu yerdeki mahkeme tarafından dinlenmesidir. Çünkü istinabe, HMK’da genel olarak düzenlenmemiş, bazı maddelerde yer

¹ 2021 yılında Hukuk Muhakemelerinde Ses ve Görüntü Nakledilmesi Yoluyla Duruşma İcrası Hakkında Yönetmelik (Yönetmelik) kapsamında e-duruşma kavramı hüküm altına alınmış ve yürürlüğe girmiştir. E-duruşma: hukuk yargılamalarında aynı anda ses ve görüntü nakledilmesi yoluyla buldukları yerden, tarafın yahut vekilinin duruşmaya katılımını ve usul işlemleri yapabilmelerini; tanığın, bilirkişinin, uzmanın ve diğer ilgililerin dinlenilmelerini sağlamaktadır. Hukuk Muhakemelerinde Ses ve Görüntü Nakledilmesi Yoluyla Duruşma İcrası Hakkında Yönetmelik, madde 3/ b, <https://www.mevzuat.gov.tr/File/GeneratePdf?mevzuatNo=38760&mevzuatTur=KurumVeKurulYonetmeligi&mevzuatTertip=5>, (Erişim Tarihi: 06.07.2023).

² Ses ve Görüntü Bilişim Sistemi (SEGBİS), Genelge No: 150, Sayı: B.03.0. BİD.0.00.00.05.010.06/31, 14.12.11. <https://www.adalet.gov.tr/pdf/segbis.pdf>, (Erişim Tarihi: 30.06.2022).

almıştır. Bu kapsamda isticvap (m. 172/1), delillerin incelenmesi (m. 197), yemin (m. 236), keşif (m. 289/1), öninceleme (m. 320/3), bölge adliye mahkemesinde inceleme (m. 354) istinabe ile yapılmaktadır. E-Duruşma ile tanık, uzman, bilirkişi ya da diğer ilgililerin dinlenilmeleri mümkündür. Taraf isticvap olunacaksa veya yemin edecekse, mahkemenin il dışında oturuyorsa ve mahkemeye bizzat gelemiyorsa e- Duruşma ile isticvap edilir ya da yemin eder (e- Duruşma Yön. m. 6, 10/3).³ İstinabe yolunun bazı durumlarda olumlu yönü olduğu kabul edilse de bazı durumlarda olumsuz yönleri olduğu da bilinmektedir. Örneğin, İzmir’de bulunan bir tanığın Van’a gitmesi yerine istinabe yoluyla bulunduğu yerdeki mahkemede dinlenmesi istinabe yolunun olumlu yönlerinden biridir. Fakat istinabe yoluyla dinlenecek olan tanığa sorulacak sorular, diğer mahkemenin soracağı sorulara tabii olması nedeniyle sınırlıdır. Bunun sonucunda da ilgili mahkeme, tanığın durumunu gözlemleyemeyecek yahut duruşmanın seyrine göre gereken soruları soramayacaktır. Bu gibi durumların istinabe yolunun olumsuz yönlerinden biri olduğunu söylenebilir. Ayrıca istinabede tanığın, bulunduğu yerdeki mahkeme tarafından dinlenmesi nedeniyle doğrudanlık ilkesi zedelenmektedir. Çünkü doğrudanlık ilkesi gereği yargılamayı yapan hâkim ile hüküm veren hâkim aynı olmalıdır⁴.

Bir yargılamanın söz konusu olduğu durumda; davanın açılmasından hükmün verilmesi anına kadar geçen süre zarfında medeni usul hukuku kapsamındaki tüm ilkeler dikkate alınmalıdır. Buradaki amaç, herhangi bir hak kaybına neden olmamakla birlikte yargıya olan güvenin zedelenmeksizin sağlanmasıdır.

Çalışmamız, medeni usul hukukundaki ilkeler kapsamında çevrimiçi duruşmaların değerlendirilmesini konu almaktadır. Bu bağlamda ilk olarak hem yüz yüze yapılan duruşmalar hem de çevrimiçi yapılan duruşmalar ele alınmıştır. Ardından da duruşmaların çevrimiçi olarak yapılması halinde ortaya çıkabilecek hak ihlalleri değerlendirilmeye çalışılmış olup, konuya ilişkin birtakım öneriler sunulmuştur. Bu kapsamda ilk önce pandemi başlangıcında gündemde olan ülkeler üzerinde durulmuş, ardından da doğrudanlık ilkesi, aleniyet ilkesi ve adil yargılanma hakkı bakımından hem yüz yüze hem de çevrimiçi olarak yapılan duruşmalarda ne tür sorunların ortaya çıkabileceği ele alınmış ve tarafımızca öneriler getirilmeye çalışılmıştır. Adil yargılanma hakkı ise hem mahkemeye erişim hakkı bakımından hem de hukuki dinlenme hakkı bakımından değerlendirilmiştir. Çalışmamızın sonraki bölümünde ise çevrimiçi duruşmalarla ilgili İngiltere, ABD, Almanya, Dubai (Birleşik Arap Emirlikleri), Hong Kong, Kanada, Singapur ve Avustralya gibi farklı ülkelerdeki uygulamalar ve düzenlemeler incelenmiştir. Çalışmamızın son bölümünde ise, çevrimiçi duruşmalar, KKTC bakımından değerlendirilmeye çalışılmış olup, birtakım öneriler getirilmeye çalışılmıştır. Bunun nedeni ise; çevrimiçi duruşmalara ilişkin halihazırda sadece bir yasa tasarısı hazırlığı olması ve tarafımızca buna bir nevi katkı sağlayabilmektir.

³ Pekcanitez, Hakan/Atalay, Oğuz/Özekes, Muhammet. *Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı*, 10. Baskı, Eylül, 2022, İstanbul, s. 60.

⁴ Arslan, Aziz Serkan. “Doğrudanlık İlkesi”, *Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Mihir Özel Sayısı*, C. 4, S. 2, 2014, s. 135, <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/213539> (Erişim Tarihi: 26.12.22).

I. DURUŞMA KAVRAMI

A. Genel Olarak

Duruşma kavramı, Türk Dil Kurumu'na ait Türkçe sözlükte; '*davacı ile davalının yargıç karşısında hazır buldukları yargılama evresi*' olarak tanımlanmıştır⁵. Hukuk sözlüğünde ise duruşma kavramı; '*davacı ile davalının yargıç karşısında hazır buldukları yargılama evresi, yargılamada iddia ve savunma makamlarının delillere dayanarak tartışmaları, uyuşmazlıkların çözüldüğü süreç*' olarak tanımlanmıştır⁶. Genel olarak duruşma kavramını, teknik bakımdan mahkemenin, yargılama konusu olayı açıklığa kavuşturmak amacıyla tarafları, önceden belirlenen gün ve saat içinde usulüne uygun olarak davet etmek, tahkikat işlemlerinin yapılmasını sağlamak, tarafların iddia ve savunmalarını dinlemek suretiyle tutanak tutulan toplantılar olarak açıklayabiliriz⁷. Başka bir ifadeyle duruşma; yargının demokratik olarak denetimine, ilgili kişilerin yapılacak olan yargılamaya gerek sözleriyle gerekse jest ve mimikleriyle etkin ve verimli bir şekilde katılmalarına imkân tanımaktadır⁸.

Duruşmalar gerek davalı gerekse davacı tarafın gerçek anlamda gerekenleri anlattıkları, yargılamanın, hukukun ve adaletin görünen yüzüdür⁹. Bazı durumlarda dava kişinin aleyhine sonuçlansa da kişinin kendini mahkeme önünde ifade etmesi, onun hukuka ve adalete olan inancını ve güvenini arttırmaktadır¹⁰. İşte bu nedenledir ki, duruşmaların bu anlayış çerçevesinde, ciddi, keyfililiğin önüne geçecek şekilde ve şeffaf yapılmasının yanında duruşmalara yeterli zaman ayrılması, duruşma zamanlarının buna göre tespit edilmesi gerekmektedir¹¹.

Mahkeme önünde yapılan işlemler ikiye ayrılmaktadır. Bunlar oturum diğer bir ifadeyle celse ve duruşmadır¹². Oturum; mahkemede yapılan tahkikat ve sözlü yargılama işlemleri için ayrılan zaman dilimini ifade etmektedir. Duruşma ise; tarafların hâkim önündeki yargılama aşamasını ifade etmektedir¹³. Fakat bu noktada tahkikat ve oturum arasındaki farka değinmekte fayda vardır. Zira uygulamada her iki sözcüğün zaman zaman birbiri yerine kullanıldığı görülmektedir. Tahkikat, ön inceleme tutanağında tespit olunan vakia ve delillerin, yargılama

⁵ <https://sozluk.gov.tr/>, (Erişim Tarihi:21.07.2020).

⁶ <http://www.sozluk.adalet.gov.tr/DURU%c5%9eMA>, (Erişim Tarihi:21.07.2020).

⁷ Ocak, Memduh. Hukuk Davalarında Duruşma (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), *Çağ Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yüksek Lisans Tezi*, Mersin, 2014, s. 3, <https://tez.yok.gov.tr/UlusalTezMerkezi/tezDetay.jsp?id=InW7XbzzELR6jpfV32f2cg&no=OTIhm-21QgyhLBCegkrCeg>, (Erişim Tarihi: 27.12.22); Işıklar, Celal. İdari Yargıda Duruşma, *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, C. 2, S. 4, Ankara, 2011, s. 48; Kurtoğlu, Tuğçe. Ceza Yargılamasında Duruşmada Hazır Bulunması Gereken Kişiler ve Duruşma Düzeni, *Namık Kemal Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Tekirdağ, 2021/2, s. 458, 459.

⁸ Şeker, Hilmi. Duruşmaya Katılma Hakkı, *Ankara Barosu Dergisi*, S. 1, Ankara, 2017, s. 221, 222.

⁹ Pekcanitez, Hakan / Özkes, Muhammet / Akkan, Mine / Taş Korkmaz, Hülya. *Medeni Usul Hukuku*, C. 2, 15. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2017, s. 1340.

¹⁰ Pekcanitez / Özkes / Akkan / Taş Korkmaz, s. 1340.

¹¹ Kurtoğlu, s. 459; Pekcanitez / Özkes / Akkan / Taş Korkmaz, s. 1340, 1341.

¹² Kuru, Baki. *Hukuk Muhakemeleri Usulü*, C. II, 6. Baskı, Demir Yayıncılık, İstanbul, 2001, s. 1867; Pekcanitez / Özkes / Akkan / Taş Korkmaz, s. 1340; Tanrıver, Süha. *Medenî Usûl Hukuku*, C. I, 1. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2016, s. 703; Tanrıver, Süha. *Medenî Usûl Hukuku*, C. I, 4. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2021, s. 697.

¹³ Işıklar, s. 47; Kurtoğlu, s. 460; Kuru, s. 1867; Pekcanitez / Özkes / Akkan / Taş Korkmaz, s. 1340; Tanrıver, s. 703; Tanrıver, *Medenî Usûl Hukuku*, s. 697.

yapmaya ve hüküm vermeye elverişli olup olmadığının değerlendirilmesidir.¹⁴ Bunun yanı sıra tahkikat, oturumla yürütülmekte olup çoğu zaman tek bir oturumda tamamlanamamaktadır. Buna karşılık, oturumlar çoğu zaman duruşmalı olarak yapılmaktadır¹⁵.

Duruşmaların yapılması öncelikle hukuki dinlenilme hakkı, aleniyet ilkesi ve doğrudanlık ilkesi açısından önem arz etmektedir¹⁶. Bu ilkelerle birlikte çalışmamızın konusu nedeniyle adil yargılanma hakkı da oldukça önemlidir. Medeni usul hukukunun diğer ilkelerinden olan sözlülük ilkesi ise duruşmadaki beyanların hükmün temelini oluşturması hâlinde geçerli olması nedeniyle çalışmamız kapsamında ele alınmamıştır.

B. Duruşmaların İşleniş Biçimi

Yargılama, davada yer alan sùjelerin (davalı ve davacı tarafların, tarafların vekillerinin, müdahillerin, hâkimlerin, yargı görevlilerinin) iş birliği içerisinde yürütmüş oldukları bir süreç anlamına gelmektedir¹⁷. Yargılama aşamasını yürütmek ve duruşmanın disiplinini sağlamak, keyfiligi önleyebilmek adına optimum önlemler almak, hâkime ait bir yetkidir¹⁸. Hâkim, duruşmada taraflara gerekli durumlar çerçevesinde söz verebilmekte yahut söylenen sözün duruşma düzeni dışına çıkması nedeniyle tarafların bunu yapmasını yasaklayabilmektedir¹⁹. Yapılan duruşmalarda gerek taraflara veya avukatlarına gerekse diğer yargılamaya katılanlara, açıklamalarını yapabilmeleri adına yargılama kuralları kapsamında gereken imkânın yanında gereken zaman da verilmelidir. Ayrıca hâkim, gereksiz yere açıklama yapılmasına ve hakkın kötüye kullanılmasına izin vermemelidir²⁰. İşte bu noktada hukuki dinlenilme hakkını zedelemeksizin hâkimin hakkın kötüye kullanılıp kullanılmadığı yönünde karar vermesi oldukça önemlidir. Bunun yanında duruşmalar, hâkimlerin ve avukatların kendi mesleki tecrübeleri ile meslek ilkelerini gösterdikleri bir aşamadır. Dolayısıyla hem hâkimlerin hem de avukatların davranışlarının ölçülü, ciddi, nazik ve yargılama disiplinine uygun olması gerekmektedir. Diğer bir ifadeyle duruşmalarda gerek hâkimler gerekse avukatlar sağlıklı ve adaletli bir şekilde kararların ortaya çıkmasını sağlamaya aracılık edecek doğrultuda mesleklerini icra etmelidir²¹.

¹⁴ Işıklar, s. 47; Pekcanitez / Özkes / Akkan / Taş Korkmaz, s. 1340; Tanrıver, s. 697; Tanrıver, *Medenî Usûl Hukuku*, s. 697.

¹⁵ Işıklar, s. 47; Pekcanitez / Özkes / Akkan / Taş Korkmaz, s. 1340; Tanrıver, s. 697; Tanrıver, *Medenî Usûl Hukuku*, s. 697.

¹⁶ Üstündağ, Saim. *Medeni Yargılama Hukuku*, C. I-II, 6. Baskı, İstanbul, 1997, s. 259-261; Pekcanitez / Özkes / Akkan / Taş Korkmaz, s. 1340; Ulukapı, Ömer. *Medeni Usul Hukuku*, 2. Baskı, Mimoza Yayıncılık, Konya, 2014, s. 119 vd.; Karlı, Abdurrahim. *Medeni Muhakeme Hukuku*, 4. Baskı, Alternatif Yayıncılık, İstanbul, 2014, s. 275 vd.; Postacıoğlu, İlhan E. /Altay, Sümer. *Medenî Usûl Hukuku Dersleri*, 7. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2015, s. 174 vd.; Tanrıver, s. 703; Tanrıver, *Medenî Usûl Hukuku*, s. 703.

¹⁷ Pekcanitez / Özkes / Akkan / Taş Korkmaz, s. 1352.

¹⁸ Akgün, M. Raşit. "Taraflarca Getirilme İlkesi ve Hâkimin Davayı Maddi Anlamda Sevk Yetkisi", https://www.academia.edu/37754522/TARAF_LARCA_GETILME_ILKESI_VE_HAKIMIN_DAVAYI_MADDI_ANLAMDA_SEVK_YETKISI, (Erişim Tarihi: 28.01.2023), Şeker, s. 225; Özkes / Pekcanitez, s. 1352; Kurtoğlu, s. 459; Alangoya, Yavuz. *Medenî Usûl Hukukunda Vakıaların ve Delillerin Toplanmasına İlişkin İlkeler*, 1. Baskı, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1979, s. 48 vd.

¹⁹ Kurtoğlu, s. 543; Pekcanitez / Özkes / Akkan / Taş Korkmaz, s. 1352.

²⁰ Pekcanitez / Özkes / Akkan / Taş Korkmaz, s. 1352.

²¹ Pekcanitez / Özkes / Akkan / Taş Korkmaz, s. 1353; Ocak, s. 4.

1. Yüz Yüze Yapılan Duruşmalar

Sübjektif hakkı ihlal edilen yahut tehlikeye düşen kişi veya kişiler, devletin yetkili organlarından hukuki koruma talep edebilmektedirler²². Anayasa'nın 36. maddesinde meşru vasıta ve yollardan istifade edebilmek suretiyle yargı organları önünde davacı ya da davalı olarak iddia ve savunmayla adil yargılanma hakkından bahsetmektedir²³. Tasarruf ilkesi gereği, mahkemelerin özel hukuktan doğan uyuşmazlıklara re'sen el koymak suretiyle çözüme kavuşturmaması nedeniyle, taraflardan birinin dava açması gerekmektedir²⁴. Dava açacak olan tarafın, genel dava şartlarından olan hukuki bir yararı bulunmalı ve dava hakkını, başkalarını zarara sokmayacak şekilde kullanmalıdır²⁵.

Yazılı yargılama usulünde, dava kural olarak dava dilekçesinin kaydedildiği tarihte açılmış sayılır²⁶. Davanın ilk aşaması layihalar teatisidir. Layihalar teatisi, dilekçelerin karşılıklı olarak verilmesi aşamasıdır. Layihalar teatisi tamamlandıktan sonra ön inceleme aşamasına geçilmektedir. Kanunda belirtilen istisnai durumlar saklı kalmak kaydıyla dilekçeler teatisi tamamlandıktan sonra dava genişletilip değiştirilemez (HMK m. 141/1)²⁷. Mahkeme, ön inceleme aşamasında, dava şartlarını ve ilk itirazları inceleyerek, uyuşmazlık konularını tam olarak belirlemektedir. Ön inceleme aşaması tek duruşmayla tamamlanmaktadır. Sadece zorunlu

²² Pekcanitez / Özkes / Akkan / Taş Korkmaz, s. 1112.

²³ Bayraktar, Tuğba / Koyuncu, Nuran. "Adil Yargılanma Hakkı", Uluslararası Politik, Ekonomik ve Sosyal Araştırmalar Kongresi Bildiriler Kitabı, C. 1 Politik Araştırmalar, s. 164, https://www.researchgate.net/profile/Mehmed-Coegenli/publication/336253666_Is_Kazalarini_Onlemede_Guvenlik_Kulturu/links/5d97233e299bf1c363f6533d/Is-Kazalarini-Onlemede-Guvenlik-Kueltuerue.pdf#page=176, (Erişim Tarihi: 26.12.22); Pekcanitez, s. 1112. TC Anayasası'na ilişkin olarak 2001 yılında yapılan Anayasa değişikliğinde 36. maddeye 'adil yargılanma hakkı' ibaresi eklenmiştir. Bahse konu değişiklik, yargıya olan güvenin sağlanması ve yargının temel taşlarının yerine oturması açısından önemli bir adım olmuştur. Böylelikle kişi, yasal yollarla ilgili olarak yargı mercileri karşısında taraf olarak yargılamaya katılma ve adil yargılanma hakkına sahip olmuştur. Ayrıntı için bkz. Sağlam, Fazıl. *Türk Anayasa Hukuku Dersleri*, 1. Baskı, Yakın Doğu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayını, Lefkoşa, 2013. Adil yargılanma hakkının asgari standartları esas olarak Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin (AİHS) 6. maddesinde belirlenmiştir. AİHS, m. 6/1: "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."

²⁴ Pekcanitez, s. 1112; İnal, İdil. "HMK'da Yargılamaya Taraf Olan İlkeler", https://www.academia.edu/13169802/HMKda_Yarg%C4%B1lamaya_Hakim_Olan_%C4%B0lkeler (Erişim Tarihi: 26.07.2020); Arslan, Ramazan / Yılmaz, Ejder / Taşpınar Ayvaz, Sema / Hanağası, Emel. *Medeni Usul Hukuku Güncellenmiş ve 7251 sayılı Kanun Değişiklikleri İşlenmiş*, 6. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2020, s. 323; Arslan, Ramazan / Yılmaz, Ejder / Taşpınar Ayvaz, Sema / Hanağası, Emel. *Medeni Usul Hukuku*, 8. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2022, s. 151, 152.

²⁵ Pekcanitez, s. 1112.

²⁶ Arslan / Yılmaz / Taşpınar Ayvaz / Hanağası, medeni usul hukuku, s. 323-336; Arslan / Yılmaz / Taşpınar Ayvaz / Hanağası, Medeni Usul Hukuku-2022, s. 318-320.

²⁷ Özkes, Pekcanitez, s. 1281; Şanlı Yalın, Şeyda. "Yeni KMH'ya Göre Ön inceleme", *İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 3, S. 2, Aralık 2017, s. 36; Ermenek, İbrahim, "Hukuk Muhakemeleri Kanuna Göre Ön İnceleme", *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 2, S. 1, s. 146, 147.

Yargıtay'a konu olan bir davada Yargıtay davacı cevaba cevap dilekçesi vermese de ön inceleme aşamasının tamamlanmasından önce başka bir dilekçe vererek iddiasını genişletip değiştirebileceği yönünde karar vermiştir (2 HD, 15.12.2015, 9889/24000 (Kazancı İçtihat Bankası)), Pekcanitez, Hakan. *Medeni Usul Hukuku*, 15. Baskı, 2017, İstanbul, s. 1249.

durumlarda bir defaya mahsus olmak şartıyla yeni bir duruşma günü tayin edilebilmektedir²⁸ (HMK m. 140/4). Bu aşamanın tamamlanmasıyla birlikte tahkikat aşamasına geçilmektedir. Tahkikat aşamasında tüm iddia ve savunmalar gösterilen delillerle birlikte incelenmektedir²⁹. Delillerin incelenmesi tamamlandıktan sonra, mahkeme, davanın muhakeme ve hüküm için yeterli ölçüde aydınlandığı kanaatine varırsa, tahkikat tamamlanmakta ve taraflara tahkikatın bittiğine ilişkin bilgi verilmektedir. Tahkikat aşaması da tamamlandıktan sonra, sözlü yargılamaya geçilmekte olup, ardından da hüküm verilmektedir³⁰. Mahkeme, taraflara son soruları sormakta ve ardından hüküm vermektedir (HMK m. 186/ 1-2)³¹.

2. Çevrimiçi Yapılan Duruşmalar

2008 yılının Aralık ayında e-devlet faaliyetleri başlamıştır³². Böylelikle e-devlet kapsamında, Ulusal Yargı Ağı Projesi olan UYAP Bilişim Sistemi hayata geçirilmiştir³³. Daha sonra 2021 yılında Hukuk Muhakemelerinde Ses ve Görüntü Nakledilmesi Yoluyla Duruşma İcrası Hakkında Yönetmelik yayımlanarak yürürlüğe girmiştir³⁴. Bahse konu Yönetmelik'le

²⁸Pekcanitez, Usûl, s. 1325; Arslan / Yılmaz / Taşpınar Ayvaz / Hanağası, Medeni Usul Hukuku, s. 372; Arslan / Yılmaz / Taşpınar Ayvaz / Hanağası, Medeni Usul Hukuku-2022, s. 362, 363, Hukuk Muhakemeleri Kanunu, Kanun No. 6100, Kabul Tarihi: 12.01.2011, R.G., 04.02.2011, m. 140/ 2, 4.

²⁹ Saygılı, Abdurrahman / Akça, Kübra Nur. “6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun Sözlü Yargılama Hükümünün Adil Yargılanma Hakkı İle Olan Rabitası”, *Adalet Dergisi*, S. 67, 2021/2, s. 17; Ermenek, s. 146; Arslan / Yılmaz / Taşpınar Ayvaz / Hanağası, Medeni Usul Hukuku, s. 373.

³⁰Pekcanitez, Usûl, s. 1114; Arslan / Yılmaz / Taşpınar Ayvaz / Hanağası, medeni usul hukuku, s. 374; Saygılı / Akça, s. 17, 18; Arslan / Yılmaz / Taşpınar Ayvaz / Hanağası, medeni usul hukuku-2022, s. 472, 473, Hukuk Muhakemeleri Kanunu, Kanun No. 6100, Kabul Tarihi: 12.01.2011, R.G., 04.02.2011, m. 186/ 1.

³¹ Hukuk Muhakemeleri Kanunu, Kanun No. 6100, Kabul Tarihi: 12.01.2011, R.G., 04.02.2011, m. 186/ 2.

³² Çarkçı, Oğuzhan. “Türkiye’de E-Devlet Uygulamaları Üzerine Bir Araştırma”, *Süleyman Demirel Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi*, S. 12, Isparta 2010, s. 97; Can, Seda / Eke, Erdal. “E-Devlet Kullanıcılarının Bilgi ve Memnuniyet Düzeylerine Yönelik Bir Araştırma”, *Dumlupınar Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi*, S. 64, Kütahya 2020, s. 24, <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/1065863>, (Erişim Tarihi: 27.12.22)

³³ E-devlet, vatandaşlara devlet tarafından verilmekte olan hizmetlerin elektronik ortamda sunulmasıdır. Diğer bir ifadeyle e-devlet; devletin vatandaşlara karşı yerine getirmekle mükellef olduğu görev ve hizmetlerle, vatandaşların da devlete karşı olan görev ve hizmetlerinin karşılıklı bir şekilde elektronik iletişim ve işlem ortamında kesintisiz ve güvenilir olarak yürütülmesidir. E-devlet sistemiyle; yönetim bilgi sistemlerinin gelişmesi ve internetin yaygınlaşmasıyla birlikte devlet, vatandaşlar, özel sektör ve işçiler arasındaki ilişkilere yeni bir boyut kazandırmak amaçlanmıştır. Bkz. Çarkçı, s. 98.

KKTC İçişleri Bakanı Ayşegül Baybars’ın yaptığı açıklamalar çerçevesinde KKTC’de de e-devlet sisteminin benimseneceği gündemde olan bir konudur. İçişleri Bakanı Ayşegül Baybars’ın yaptığı açıklamalar kapsamında e-devlet; tapu dairesinde çevrimiçi sistem, çevrimiçi tarama, bir tapu dairesinden başka bir tapu dairesine gitmeksizin işlem yapabilmek, harita alma gibi birçok işlemin gerçekleştirilebileceği bir sistemdir. Bkz. <https://icisleri.gov.ct.tr/Haberler/ArtMID/11848/ArticleID/53879/T220RK-AJANSI-KIBRIS%E2%80%99A-TAK-KONU%C5%9EAN-BAYBARS-E-DEVLET-E-N220FUS-ADLI-OLAYLAR-N220FUS-POLITIKASI-CEZAEVI-220LKESEL-FIZIKI-PLAN-BELEDIYELER-GIBI-BIR199OK-BA%C5%9ELIKTA-SORULARI-CEVAPLADI> (Erişim Tarihi: 22.07.2020). Fakat sadece bu konularla sınırlı kalmaması gerekmektedir. KKTC’de 2000’li yıllarda başlanan e-devlet sistemi düşüncesi, bugün hala netlik kazanmamış ve geliştirilememiştir. KKTC e-devlet resmi web sayfasına giriş yapıldığı zaman sayfa sadece temel bilgilerden ibarettir. Bkz. <http://edevlet.gov.ct.tr/>. (Erişim Tarihi: 22.07.2020). Günümüz teknoloji sistemi kullanılarak ivedilikle sayfanın yürürlüğe girerek kullanıma başlanması gerekmektedir.

İlgaz, Okan. “Türkiye’de E-Devlet Uygulamaları: UYAP Örneği” (Bitirme Tezi), *Necmettin Erbakan Üniversitesi Sosyal ve Beşerî Bilimler Fakültesi Siyaset Bilimi ve Kamu Yönetimi Bölümü*, Konya 2016, s. 31, https://www.academia.edu/es/34112638/T%C3%9CRK%C4%B0YE_DE_E_DEVLET_UYGULAMALARI_UYA_P_%C3%96RNE%C4%9E%C4%B0, (Erişim Tarihi: 27.12.22).

³⁴<https://higm.adalet.gov.tr/Resimler/SayfaDokuman/3062021121049E-Duru%C5%9Fma%20Y%C3%B6netmelik.pdf> (Erişim Tarihi: 01.07.2022).

birlikte e-duruşma kavramı hayatımızda yerini almıştır. Böylelikle UYAP üzerinden e-duruşma talep edilebilmesi, e-duruşmaya katılım sağlanabilmesi, e-duruşma sırasında bilgi, belge ve delil iletilmesi gibi birçok şeyin yapılabildiği bir sistem var olmuştur³⁵.

UYAP sistemi ile daha hızlı, daha etkin, güvenilir, verimli, şeffaf ve etik değerlere uygun bir biçimde yargılama mekanizması geliştirilerek gerek kurumlar gerek avukatlar ve gerekse vatandaşlara internet üzerinden yargı hizmeti sunulması amaçlanmıştır³⁶. UYAP sisteminin kullanım şekli olan sesli ve görüntü bilişim sistemi (SEGBİS) kanalıyla duruşmalarda tanık yahut tarafların hazır bulundurulması zorunluluğu ortadan kalkmış, buldukları yerden ifade verebilecekleri bir sistem oluşturulmuştur³⁷. SEGBİS, ceza mahkemeleri tarafından kullanılmaktadır. Hukuk mahkemeleri tarafından ise SEGBİS, mahkemenin bulunduğu yerden başka bir yerde bulunan tarafın, tanığın yahut bilirkişinin dinlenmesinde etkin olarak kullanılmaktadır. Bu durum, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 149. maddesinde hükme bağlanmıştır. Bahse konu maddede 'tarafların rızası olmak şartıyla' ibaresi yer almaktaydı. Bu ibareden, tarafların aynı anda ses ve görüntü nakledilmesi yoluyla buldukları yerden duruşmaya katılmaları, usul işlemlerini yapabilmeleri, mahkemenin, tanıkları, bilirkişileri, bir uzmanı yahut taraflardan birinin dinlenmesi ve tarafların rızasına bağlı olduğu anlaşılmaktadır. Fakat Kanun maddesinde yeni yapılan değişiklikle 'tarafların rızası olmak şartıyla' ibaresi kaldırılmıştır³⁸.

³⁵ Hukuk Muhakemelerinde Ses ve Görüntü Nakledilmesi Yoluyla Duruşma İcrası Hakkında Yönetmelik, m.5,7,8.

³⁶ <https://afyonluoglu.org/PublicWebFiles/Reports-TR/UYAP%20ve%20SEGB%20C4%B0S%20Mevzuat.pdf> (Erişim Tarihi: 22.07.2020); Karakimseli, Ayşe. "İcra Takiplerinde Ulusal Yargı Ağı Bilişim Sistemi (UYAP) Kullanımı", *Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 13, S. 1, Erciyes 2018, s. 326.

³⁷ Gayretli Aydın, Seda. "Medeni Yargılama Hukukunda Ses ve Görüntü Nakli Yoluyla Duruşmaya Katılma", *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 19, İzmir 2017, s. 2105. SEGBİS: İlk olarak 2004 yılında Ceza Muhakemesi Kanuna girmiştir. Ayrıntı için bkz. Aktoğ Öznel, Aydan. "Medeni Usul Hukukunda Sesli ve Görüntülü Bilişim Sistemi" (Yüksek Lisans Tezi), *Çankaya Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü*, Ankara 2019, s.12; <http://earsiv.cankaya.edu.tr:8080/xmlui/bitstream/handle/20.500.12416/4035/Akto%20C4%9F%20C3%96zel%20C%20Aydan.pdf?sequence=1&isAllowed=y>, (Erişim Tarihi: 27.12.22); Bölge Adliye ve Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri ile Cumhuriyet Başsavcılıkları İdari ve Yazı İşleri Hizmetlerinin Yürütülmesine Dair Yönetmelik, m. 4/ü.

³⁸ Hukuk Muhakemeleri Kanunu İle Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun, Resmi Gazete, S. 31119; 7251 Sayılı Kanun m. 17: "6100 sayılı Kanunun 149 uncu maddesi başlığıyla birlikte aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir.

"Ses ve görüntü nakledilmesi yoluyla veya başka yerde duruşma icrası

MADDE 149 – (1) Mahkeme, taraflardan birinin talebi üzerine talep eden tarafın veya vekilinin, aynı anda ses ve görüntü nakledilmesi yoluyla buldukları yerden duruşmaya katılmalarına ve usul işlemleri yapabilmelerine karar verebilir.

(2) Mahkeme resen veya taraflardan birinin talebi üzerine; tanığın, bilirkişinin veya uzmanın aynı anda ses ve görüntü nakledilmesi yoluyla buldukları yerden dinlenilmesine karar verebilir.

(3) Mahkeme, tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edemeyecekleri dava ve işlerde ilgililerin, aynı anda ses ve görüntü nakledilmesi yoluyla buldukları yerden dinlenilmesine resen karar verebilir.

(4) Mahkeme, fiilî engel veya güvenlik sebebiyle duruşmanın il sınırları içinde başka bir yerde yapılmasına, yargı çevresi içinde yer aldığı bölge adliye mahkemesi adalet komisyonunun uygun görüşünü alarak karar verebilir.

(5) Bu maddenin uygulanmasına ilişkin usul ve esaslar yönetmelikte belirlenir." Bağlantı: https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2020/07/20200728-14.htm?fbclid=IwAR2M0Bf35vpaz5JBot7lyW7aGj_t5-amdcT2PwJ0pPvI7MiS5hNa5QB9EAQ, (Erişim Tarihi: 28.07.2020); Pekcantez, Hakan / Atalay, Oğuz / Özekes, Muhammet. "Hukuk Muhakemeleri Kanunu ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Teklifinin (2020) Değerlendirilmesi" (30.03.2020); <https://blog.lexpera.com.tr/hmk-ile-bazi-kanunlarda-degisiklik-yapilmasina-dair-kanun-teklifinin-2020-degerlendirilmesi/> (Erişim Tarihi: 28.07.2020); Özbek, Selçuk. "Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun Aleniyet İlkesine İlişkin 28 İnci Maddesi İle Ses Ve Görüntü Nakledilmesi Yoluyla Veya Başka Yerde Duruşma İcrasına İlişkin 149 Uncu Maddesinde 7251 Sayılı Kanunla Yapılan Değişiklikler Hakkında

Bahse konu değişiklikle, doğrudanlık ilkesinin uygulanışı zarar görecektir. Çünkü tarafların rızasının bulunması doğrudanlık ilkesinin uygulanması açısından gerekli görülen bir durumdur³⁹. Her ne kadar doğrudanlık ilkesi zedelenecek olsa da aleniyet ilkesi bakımından böyle bir durum söz konusu olmayacaktır. Çünkü hâkim, duruşmayı mahkeme salonunda yürütmeye devam edecek, duruşmaya katılım sağlayanlar ise duruşmayı mahkeme salonunda izlemeye devam edeceklerdir⁴⁰.

TC Adalet Bakanlığı Bilgi İşlem Müdürlüğü tarafından 15 Eylül 2020 tarihi itibarıyla Ankara'da pilot uygulama başlatılarak e-duruşmalara⁴¹ diğer bir ifadeyle video konferans yoluyla duruşmalara başlanacağı açıklanmıştı⁴². E-duruşma sistemi, tarafın veya avukatının buldukları yerden davalara katılmalarını sağlayacak olan bir sistemdir⁴³. Bahse konu pilot uygulamaya konu olacak olan davalar, Kadastro Mahkemesi'nde ve İcra Mahkemesi'nde görülecek olan davalardır⁴⁴. Bu kapsamda yapılacak olan duruşmalarda tıpkı yüz yüze duruşmalardaki gibi avukatların cüppe giyme zorunluluğu olmakla birlikte UYAP Avukat Portalı üzerinden e-duruşma talebinin gönderilmesiyle birlikte hâkimin sistem üzerinden talebi kabul edip, sistemi aktifleştirmesiyle birlikte e-duruşmaya başlanabilecektir⁴⁵. Ayrıca e-duruşmaya katılımı istenen kişilerin, elektronik imzayla kimlik doğrulaması gerçekleştirdikten sonra e-duruşmaya katılım sağlayabileceklerdir⁴⁶. Kanaatimizce Türkiye bakımından pilot uygulamanın kadastro ve icra mahkemelerinde görülecek olması makul bir yaklaşım olabilir. Bunun nedeni ise söz konusu mahkemelerde görülecek davaların bir ceza davası gibi uzun duruşmalara neden olmayacak olmasıdır. Ankara'da kadastro ve icra mahkemelerindeki pilot uygulamanın başarılı olması halinde bir sonraki pilot uygulama aile mahkemelerinde görülmekte olan davalar bakımından söz konusu olabilir. Nedenine çalışmamızın sonraki bölümlerinde ele alınan İngiltere örneğinde değinilmiştir. E-duruşma sistemi henüz çok yeni bir sistem olması nedeniyle birçok soru işaretlerine neden olacaktır. Bu nedenle Yönetmeliğin 4. maddesinde yer alan yargılamaların temel ilkelerinin zedelenmemesi suretiyle bir yargılama yürütülmelidir. Bu nedenle çalışmamız kapsamında medeni usul hukukuna hâkim olan ilkeler bakımından çevrimiçi duruşmaların hem olumlu hem de olumsuz yönleri ele alınarak irdelenmeye çalışılmıştır.

Bazı Düşünceler", *Adalet Dergisi*, S. 66, 2021 / 1, s. 66, <https://dergipark.org.tr/tr/pub/adaletdergisi/issue/62377/940493>, (Erişim Tarihi: 27.12.22)

³⁹ Pekcanitez / Atalay / Özkes.

⁴⁰ Öztekin, s. 644.

⁴¹ Burada kastedilen e-duruşma, çalışmamız kapsamında ele alınan çevrimiçi duruşmadır.

⁴² <https://bigm.adalet.gov.tr/Home/SayfaDetay/yargida-e-durusma-donemi-basladi15092020042405>, (Erişim Tarihi: 07.07.2023).

⁴³ Hukuk Muhakemelerinde Ses ve Görüntü Nakledilmesi Yoluyla Duruşma İcrası Hakkında Yönetmelik, m. 3, 6.

⁴⁴ http://www.istecanakkalegazetesi.com/haber/15997-yargida-e-durusma-donemi-basliyor?fbclid=IwAR1BX7lmmP0bRTz9Xt95bkgGFWZxwN-VK-CqYRvC_KpDtZnRy0SSzs0s09M, (Erişim Tarihi: 18.09.2020). Bağlantı: <https://www.aa.com.tr/tr/turkiye/yargida-e-durusma-donemi-15-eylulde-pilot-uygulamayla-basliyor/1969815>, (Erişim Tarihi: 18.09.2020).

⁴⁵ <https://www.aa.com.tr/tr/turkiye/yargida-e-durusma-donemi-15-eylulde-pilot-uygulamayla-basliyor/1969815>, (Erişim Tarihi: 18.09.2020). Hukuk Muhakemelerinde Ses ve Görüntü Nakledilmesi Yoluyla Duruşma İcrası Hakkında Yönetmelik, m. 9.

⁴⁶ http://www.istecanakkalegazetesi.com/haber/15997-yargida-e-durusma-donemi-basliyor?fbclid=IwAR1BX7lmmP0bRTz9Xt95bkgGFWZxwN-VK-CqYRvC_KpDtZnRy0SSzs0s09M, (Erişim Tarihi: 18.09.2020); Hukuk Muhakemelerinde Ses ve Görüntü Nakledilmesi Yoluyla Duruşma İcrası Hakkında Yönetmelik, m. 12.

II. DURUŞMALARIN ÇEVİRİMİÇİ YAPILMASININ MEDENİ USUL HUKUKUNA HÂKİM OLAN İLKELER BAKIMINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ

A. Genel Olarak İlkeler Çerçevesinde (Çevrimiçi) Duruşmaların Değerlendirilmesi

Yargılamaların sağlıklı bir şekilde icra edilebilmesi için devlet hem topluma hem de somut bir davadaki taraflara güven vermekle yükümlüdür⁴⁷. Bu yükümlülük, yapılan yargılamada önceden belirlenen esas ve ölçülere uyulmasıyla mümkün olabilmektedir⁴⁸. İşte bu da genel anlamıyla yargılamaya hâkim olan ilkeler olarak adlandırılmaktadır. Yürürlüğe giren e-duruşma yönetmeliğinin 4. maddesinde ilkeler hükme bağlanmıştır⁴⁹.

Duruşmalar, tasarruf ilkesi kapsamında tarafların tasarruf yetkisini kullanmasında bir araçtır⁵⁰. Tasarruf ilkesi; genel olarak tarafların yargılamanın başlangıcını, konusu ile sona ermesini belirleyebilmekle birlikte dava konusu üzerinde serbestçe tasarruf edebilmeleridir⁵¹. Bu kapsamda ön inceleme aşaması, tarafların, tahkikat aşamasına geçmeden önce ön inceleme aşamasında ve yapılacak olan ön inceleme duruşmasında tasarruf ilkesi kapsamında yargılamanın konusunu açık bir şekilde belirlemeleri ve şartları varsa yargılamanın sonuçlandırılmasına hizmet etmektedir⁵². Hukuk davalarında kural olarak tasarruf ilkesi geçerli olmasına karşın, buna ilaveten bazı hukuk davalarında re'sen araştırma ilkesi de geçerlidir⁵³. Bu ilkenin geçerli olduğu durumlar, kamu düzenini ilgilendiren ve Cumhuriyet savcılarının hazır bulunduğu davalardır. Dolayısıyla Cumhuriyet savcılarının bulunduğu davalarda tarafların, tasarruf ilkesi gereği dava ve işlemler üzerinde serbestçe tasarruf edemeyecekleri açıktır⁵⁴.

⁴⁷ Rüzgaresen, Cumhur. Medeni Usul Hukukunda Usul Ekonomisi İlkesi, 1. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2013, s. 27.

⁴⁸ Rüzgaresen, s. 27.

⁴⁹ Hukuk Muhakemelerinde Ses ve Görüntü Nakledilmesi Yoluyla Duruşma İcrası Hakkında Yönetmelik, m. 4: "(1)Bu Yönetmeliğin uygulanmasında hukuk yargılamasına hâkim olan tasarruf, taraflarca getirilme, taleple bağlılık, aleniyet ve usul ekonomisi ilkeleri, dürüst davranma ve doğruyu söyleme yükümlülüğü, hukuki dinlenilme hakkı, Türk Hukukunun resen uygulanması, hâkimin davayı aydınlatma ödevi ile yargılamanın sevk ve idaresine ilişkin ilkelerin yanı sıra aşağıdaki ilkeler göz önüne alınır: a)Bilgi güvenliğinin sağlanması. b)Kişisel verilerin korunması. c)Hizmet kalitesinin sağlanması. ç)Ulusal ve uluslararası standartların sağlanması."

⁵⁰ Meriç, Nedim. "Medeni Usul Hukukunda Tasarruf İlkesi" (Doktora Tezi), *Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü*, 2010, s. 35, <https://tez.yok.gov.tr/UlusalTezMerkezi/tezDetay.jsp?id=sd5OUXQgdVEkZNI1CXLtPHQ&no=xMxdoTuAScKruh8jIGTS4Q>, (Erişim Tarihi: 27.12.22); Ocak, s. 7; Rüzgaresen, s. 123; Yıldırım, M. Kamil. *İlkeler Işığında Medeni Yargılama Hukuku*, 7. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul, 2012, s. 21; Ulukapı, s. 113; Karşlı, s. 241; Tanrıver, s. 350; Tanrıver, *Medenî Usûl Hukuku*, s. 350, 351.

⁵¹ Meriç, s. 35; Ocak, s. 7; Rüzgaresen, s. 123; Yıldırım, s. 21; Ulukapı, s. 113; Karşlı, s. 241; Tanrıver, s. 350; Tanrıver, *Medenî Usûl Hukuku*, s. 350, 351.

⁵² Atalı, Murat / Ermenek, İbrahim / Erdoğan, Ersin. *Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı*, 1. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2018, s. 13; Arslan / Yılmaz / Taşpınar Ayvaz / Hanağası, Medeni Usul Hukuku, s. 362, 363; Görgün, L. Şanal / Börü, Levent / Toraman, Barış / Kodakoğlu, Mehmet. *Medeni Usul Hukuku*, 8. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2019, s. 322; Tanrıver, s. 687 vd.; Ocak, s. 8; Atalı, Murat / Ermenek, İbrahim / Erdoğan, Ersin. *Medeni Usul Hukuku*, 5. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2022, s. 87; Tanrıver, *Medenî Usûl Hukuku*, s. 687 vd.

⁵³ Ocak, s. 8; Rüzgaresen, s. 124; İnal, s. 8; Özmumcu, Seda. "Türk Hukukunda Yargıtay Kararları Işığında Re'sen Araştırma İlkesi", *Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Mihbir Özel Sayısı, C. 4, S. 2, 2014, s. 146, 147, <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/213535>, (Erişim Tarihi: 07.07.23), Erdönmez, Güray. *Medeni Usul Hukuku*, 15. Baskı, 2017, İstanbul, s. 784.

⁵⁴ Ocak, s. 8; Özmumcu, s. 146, 147.

Bir duruşmada hâkim, taraflarca getirilme ilkesi kapsamında, iki taraftan birinin söylemediği şeyleri yahut olayları kendiliğinden dikkate alamamakla birlikte herhangi bir hatırlatıcı davranışta da bulunamaz. Hâkim, kanunla belirtilen hâller dışında re'sen delil toplayamaz⁵⁵. Taraflarca getirilme ilkesinin bir gereği olarak taraflar, dayandıkları olayları, eksiksiz ve somut olarak ileri sürerek mahkeme önüne getirmeli, hâkim de yeterince açık olmayan davaya ilişkin malzemeleri açıklığa kavuşturmalıdır⁵⁶. Bu kapsamda çevrimiçi duruşma söz konusu olduğu zaman da tıpkı yüz yüze yapılan duruşmalar gibi, taraflar, talep ve iddialarını içeren belgeleri duruşma esnasında mahkemeye sunabilecekleri gibi iddialarının haklılığına ilişkin tanıkları duruşma esnasında dinletebileceklerdir⁵⁷.

İlkeler kapsamında yüz yüze duruşmaların yapılmasından ziyade çevrimiçi duruşmaların yapılması açısından en önemli olanı usul ekonomisi ilkesidir. Usul ekonomisi ilkesi; hâkimin, yapılan yargılamanın makul bir süre içerisinde ve düzenli olarak yürütülmesinin yanında gereksiz gider yapılmamasını sağlamaktadır⁵⁸. Çevrimiçi duruşmalar ve UYAP bu kapsamda olumlu etki yaratmaktadır. Yargılama aşamasına kadar gerçekleştirilen işlemler, usul ekonomisi gereği hem daha hızlı hem de maddi açıdan daha az giderle gerçekleştirilmektedir.

Duruşmalar açısından önem teşkil eden diğer nokta hâkimin davayı aydınlatma ödevidir⁵⁹. Bu doğrultuda duruşmalar ister çevrimiçi ister yüz yüze yapılsın, hâkimin ödevi davayı aydınlatmaktır⁶⁰. Duruşmalar kapsamında önem teşkil eden bir diğer ilke ise, yargılamanın sevk ve idaresine ilişkindir. Bir yargılamayı, hâkim sevk ve idare etmektedir⁶¹. Bu çerçevede hâkim, yargılama düzeninin bozulmaması için gereken tedbiri almakla yükümlüdür. Tarafların tasarruf yetkisi dışında kalan tüm konularda hâkim yetkilidir. İşte bu nedenle duruşmalar çevrimiçi olarak yapılsın veya yapılsın bu görev hâkime aittir.

B. Doğrudanlık İlkesi Bakımından Değerlendirilmesi

Doğrudanlık ilkesi; yapılmakta olan bir yargılamanın araya başka makamlar girmeksizin kararı verecek mahkeme önünde cereyan etmesi, onun tarafından yürütülerek neticelendirilmesi, hüküm verilinceye dek tüm delillerin toplanması ve elde edilen delillerin fazla zaman geçmeden değerlendirilmesidir⁶². Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 197. maddesi, doğrudanlık ilkesine paralel bir düzenlemeye sahiptir. İlgili maddede; delillerin, davaya bakan mahkeme huzurunda mümkün olduğunca birlikte ve aynı duruşmada incelenmesi gerektiği belirtilmektedir. Fakat zorunlu bulunan durumlarda, bazı delillerin incelenmesi başka bir duruşmaya bırakılabilmektedir.

⁵⁵ Rüzgaresen, s. 126; Akgün, s. 2, 4.

⁵⁶ Rüzgaresen, s. 126; Akgün, s. 2, 3.

⁵⁷ Hukuk Muhakemelerinde Ses ve Görüntü Nakledilmesi Yoluyla Duruşma İcrası Hakkında Yönetmelik, m. 5/ 3, m. 6, 9.

⁵⁸ Yılmaz, Ejder. "Usul Ekonomisi", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 57, S. 1, 2008, s. 245; Rüzgaresen, Cumhur. "Usul Ekonomisi İlkesinin İhlaline Karşı Başvuru Yolları", *Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Mihir Özel Sayısı*, C. 4, S. 2, 2014, s. 173, 174, <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/213525>, (Erişim Tarihi: 27.12.22); Ocak, s. 22; İnal, s. 26.

⁵⁹ Ocak, s. 25.

⁶⁰ Rüzgaresen, s. 125; Ocak, s. 25; İnal, s. 27.

⁶¹ Rüzgaresen, s. 117; İnal, s. 27.

⁶² Ocak, s. 28; Arslan, s. 134.

Bu durumun bir istisnası olan zorunlu olan durumlar söz konusu olduğu zaman istinabe ile, başka bir yerde bulunan deliller toplanarak istinabe olunan mahkemece incelenebilmektedir. Bu durumda delillerin incelenmesi ya da beyanların dinlenmesi aşamasında; o işlemin yapılacağı mahkemede taraflar hazır bulunacaklar ve açıklama haklarını kullanabileceklerdir⁶³. Fakat hâkimin dava malzemesini direkt olarak incelemesi halinde, uyuşmazlıkla ilgili daha hızlı kanaat sahibi olabilecek ve daha kısa bir süre içerisinde hüküm verme imkânı elde edebilecektir⁶⁴. Ancak istinabe yoluna başvurulması hâlinde bu durum uzayacağı ve dava masrafları artacağı açıktır.

Duruşma kavramının önem teşkil ettiği nokta yapılmakta olan yargılamanın başkaca makamlar tarafından sekteye uğratılmamasıdır. Ayrıca doğrudanlık ilkesi, ilk olarak gerçeğin bulunması amacına hizmet etmektedir⁶⁵. Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 149. maddesinin 7251 sayılı Kanun ile değiştirilmeden önceki hâlinde, 'duruşma', doğrudanlık ilkesi gereğince vazgeçilmez bir evredir. Bunun nedeni ise, mahkemenin diğer bir ifadeyle hâkimin, duruşmada tarafları ve tanıkları bizzat dinleyerek, onların yargılama esnasındaki hâl ve hareketlerini daha iyi gözlemleyebilmesi ve bu doğrultuda karar verebilmesidir⁶⁶. E-duruşmaya ilişkin Yönetmelik'in 5. maddesinde çevrimiçi duruşma sırasında görüntünün ilgilinin yüz ifadelerini, vücut hareketlerini, davranışlarını gözlemlemeye imkân verecek nitelikte olduğu hükme bağlanmış olsa da yargılama genelindeki hâl ve hareketlerin hâkim tarafından nasıl gözlemlenebileceği veya analiz edilebileceği önemli bir sorundur. Bu kapsamda yapılacak olan çevrimiçi duruşmaların, donanıma sahip personeller eşliğinde gerçekleştirilmesinin yanında hâkimlerin de örneğin beden diline ilişkin gerekli analizi sağlayabilmesi açısından eğitim alması gerekecektir. Diğer yandan ise hâkim önünde beyanda bulunacak taraf, olayın diğer tarafının hazır olmasıyla üzerinde baskı hissedecek ve bu durum onu doğru söylemeye yöneltecektir. Fakat bazı durumlarda diğer tarafın bulunmaması halinde bu durumdan bahsetmek mümkün değildir. Çevrimiçi duruşmalarda ise, beyanda bulunacak tarafın üzerinde baskı hissetmesi söz konusu olmaz. Bu nedenle de doğru söylemesi onun vicdanına kalacaktır. Dolayısıyla çevrimiçi duruşmaların, yüz yüze yapılan duruşmalar gibi olmasa da donanımlı odalarda ve gerekli eğitimi almış personeller eşliğinde gerçekleşmesi, doğrudanlık ilkesinin bertaraf edilmesini bir nevi de olsa önleyebilir.

Yüz yüze yapılan duruşmalar, halka açık yapıldığı için yargıya olan güvenin sağlanabilmesi önemlidir. Çevrimiçi duruşmalarda ise, bu amaçtan uzaklaşılacağı açıktır. Çünkü halkın her zaman çevrimiçi duruşmalara erişimi mümkün olamayacak ve bu durum halkın yargıya olan güvenini zedeleyebilecektir. Fakat halk, duruşma salonuna giderek çevrimiçi duruşmalara katılım sağlaması söz konusu olursa yargıya olan güvenin zedelenmesi söz konusu olmayacaktır. Doğrudanlık ilkesi gereğince, yargılamanın kararı verecek olan mahkeme önünde gerçekleşmesi esastır. Bu nedenle tarafların, tanıkların yahut bilirkişilerin ses ve görüntü nakledilmesi yoluyla dinlenmeleri, doğrudanlık ilkesi gereğince istinabeden daha sağlıklı olacaktır⁶⁷. Çünkü istinabede

⁶³ Arslan, s. 137; Ocak, s. 28; Rüzgaresen, s. 129.

⁶⁴ Rüzgaresen, s. 129; Arslan, s. 135.

⁶⁵ Ocak, s. 29; Rüzgaresen, s. 129; İnal, s. 31, 32; Arslan, s. 135.

⁶⁶ Ocak, s. 28 ; Kurtoğlu, s. 460, 461.

⁶⁷ Ocak, s. 29.

hâkimin soracağı sorular yargılamanın yapıldığı mahkeme hâkiminin verdiği sorulara bağlı olup, sınırlıdır. Fakat diğer yolla bu sınır ortadan kalkmış olacaktır.

İstinabe, ses ve görüntü nakledilmesi yoluyla duruşma yapılması Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 149. maddesinde hükme bağlanmıştır. İlgili madde hükmünce mahkeme tarafından, ' tarafların rızası olmak şartıyla' kendilerinin ya da vekillerinin, aynı anda ses ve görüntü nakledilmesi yoluyla oldukları yerden duruşmaya katılmalarına ve usul işlemlerini yapabilmelerine ilişkin izin verilebilmektedir. Bunun yanında yine ' tarafların rızası olmak şartıyla' mahkeme, tanığın, bilirkişinin, uzmanın yahut taraflardan birinin dinlenilmesi esnasında başka bir yerde bulunmalarına izin verilmekte; ses ve görüntü aynı anda duruşma salonuna nakledilmektedir. Ancak anılan hüküm, Hukuk Muhakemeleri Kanunu ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun ile değiştirilmiştir⁶⁸. Değişiklikle birlikte, ' tarafların rızasıyla olmak şartı' kaldırılmıştır. Bu ibarenin neden kaldırılmış olduğuna dair herhangi bir gerekçe gösterilmemiştir⁶⁹. Tarafların rızasının bulunması, doğrudanlık ilkesinin uygulanabilmesi açısından oldukça önem teşkil etmektedir⁷⁰. Yeni düzenlemeyle birlikte tarafların rızasının alınması yerine re'sen ya da taraflardan sadece birinin rızası alınarak duruşma esnasında ses ve görüntü nakledilmesine izin verilebilecektir. Duruşmaların önem arz eden noktası; canlı olarak diğer bir ifadeyle yüz yüze yapılması, insani temasta bulunulması, ispat faaliyetlerinin ve vicdani kanaatin oluşabilmesini sağlamaktır⁷¹. Tarafların dinlenmesi, isticvap, tanıkların beyanlarının dinlenmesi ve yemin gibi durumlar söz konusu olduğunda bunun çevrimiçi bir ortamda sağlanması ile yüz yüze sağlanması arasında ciddi farklılıklar bulunacaktır. İşte bu noktada neden sadece taraflardan birinin izni ile ses ve görüntü nakli yoluyla duruşmaya katılım sağlanacağı sorusu gelmektedir. Bu durum taraflardan diğerinin iradesinin bertaraf edileceğinin açık bir şekilde göstergesidir⁷². Tüm bunlara ilaveten yapılmakta olan bir yargılamada tüm düzen hâkime aittir. Fakat yargılamanın asıl sahibinin taraflar olduğu da açıkça bilinmektedir. Böylelikle karşı tarafın mahkemede dinlenmesi veya tanığın direkt olarak mahkemede beyanda bulunması, herhangi bir psikolojik baskının olmayacağı ve yalan söyleme ihtimalinin daha çok bulunacağı çevrimiçi ortam tercih edilecektir⁷³. Bu noktada yüz yüze yapılacak olan yargılamada kişi, o ortamın yaratmış olduğu psikolojik baskı çerçevesinde yalan beyanda bulunamayacaktır. Teknolojinin gelişmiş olduğu günümüzde duruşmaların çevrimiçi olarak yapılmasına karşı değiliz. Ancak bunun yeterli teknolojik donanımla hatta özel ortamlarda gerçekleştirilmesi gerekmele birlikte gerek Anayasa

⁶⁸ Hukuk Muhakemeleri Kanunu, m. 149: « (1) Mahkeme, taraflardan birinin talebi üzerine talep eden tarafın veya vekilinin, aynı anda ses ve görüntü nakledilmesi yolu ile buldukları yerden duruşmaya katılmalarına ve usul işlemleri yapabilmelerine karar verebilir.(2) Mahkeme resen veya taraflardan birinin talebi üzerine; tanığın, bilirkişinin veya uzmanın aynı anda ses ve görüntü nakledilmesi yoluyla buldukları yerden dinlenilmesine karar verebilir.(3) Mahkeme, tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edemeyecekleri dava ve işlerde ilgililerin aynı anda ses ve görüntü nakledilmesi yoluyla buldukları yerden dinlenilmesine resen karar verebilir.(4) Mahkeme, fiili engel veya güvenlik sebebiyle duruşmanın il sınırları içinde başka bir yerde yapılmasına da karar verebilir.(5) Bu maddenin uygulanmasına ilişkin usul ve esaslar yönetmelikte belirlenir. »

⁶⁹ Pekcanitez / Atalay / Özekes.

⁷⁰ Arslan, Aziz Serkan. "Medeni Usul Hukukunda Doğrudanlık İlkesi" (Doktora Tezi), Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Konya, 2011, s. 73, <https://tez.yok.gov.tr/UlusalTezMerkezi/tezDetay.jsp?id=YcuzPYCCoMiX67GYAHK6vg&no=cWS9FdBeeoxEmjNsWawx0g>, (Erişim Tarihi: 27.12.22); Pekcanitez / Atalay / Özekes.

⁷¹ Arslan, s. 18; Pekcanitez / Atalay / Özekes.

⁷² Pekcanitez / Atalay / Özekes.

⁷³ Pekcanitez / Atalay / Özekes.

ilkelerini gerekse usul hukuku ilkelerini zedelemeksizin yapılması gerektiği açıktır. Aksi takdirde yargıya olan güvenin sarsılacağı gerçeği ile karşılaşılacaktır.

C. Aleniyet İlkesi Bakımından Değerlendirilmesi

Günümüzde, yapılan yargılamalar çerçevesinde en temel sorun, yargılamanın etkinliğinin nasıl arttırılabileceğine ilişkindir. Yargılamanın bağımsız ve tarafsız olarak garanti altına alınmasıyla adil yargılanma hakkının sağlanması çokça tartışılan bir yargılama hukuku sorunudur. Bu kapsamda aleniyet ilkesi, bu sorunların nasıl çözüme kavuşacağına ilişkin önemli bir role sahiptir. Çünkü yapılan bir yargılamanın herkes tarafından izlenmesini ön gören aleniyet ilkesi,⁷⁴ yargının halk tarafından denetlenmesine imkân vermekte olup, halkın yargıya olan güvenini arttırmakla birlikte yargıdaki sorunların giderilmesi noktasında etkili bir araç niteliğindedir.⁷⁵

“Aleni” kavramı; açık, ortada, meydanda ve herkesin içinde yapılan olarak ifade edilmektedir⁷⁶. Bu kapsamda aleniyet ilkesi; duruşmaların herkese açık olması ve yargılama sonunda verilecek olan kararın herkes tarafından öğrenilmesidir⁷⁷. Diğer bir ifadeyle aleniyet ilkesi, yargılamaya taraf olmayan üçüncü kişilerin, yargılamanın olduğu yere serbestçe girip izleme imkânlarının olması ve verilen hükmün salondaki herkes tarafından öğrenilmesini sağlayabilecek biçimde açıklanmasıdır⁷⁸. Anayasa’nın 9. maddesinde yargı yetkisinin, Türk milleti adına bağımsız ve tarafsız mahkemelerce kullanıldığı hükme bağlanmıştır. Anayasa’nın 6. maddesinde ise, egemenliğin kayıtsız şartsız Millete ait olduğu ve Türk Milletinin egemenliğini, Anayasa’nın koyduğu kurallar çerçevesinde yetkili organlar vasıtasıyla kullanıldığı da hükme bağlanmıştır. Bu noktada halkın, adaletin kendi adına nasıl dağıtıldığını denetleme imkanına sahip olmaksızın sadece yargılama sonucunda verilen hükümden haberdar edilmesi, egemenliğin kayıtsız şartsız millete ait olduğu normuna aykırılık teşkil edecektir⁷⁹. Anayasa’nın 141. maddesinde mahkemelerde yapılan duruşmaların herkese açık olduğu da hükme bağlanmıştır. Bu madde çerçevesinde açık bir şekilde ‘aleniyet ilkesi’ kavramına yer verilmemiş olsa da zımni

⁷⁴ Kurt Konca, Nesibe. “Medeni Usul Hukukunda Aleniyet İlkesinin Sınırlandırılması”, *Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi MİHBİR Özel Sayısı*, s. 66, 67, <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/213533>, (Erişim Tarihi: 27.12.22); İnal, s. 21; Arslan / Yılmaz / Taşpınar Ayvaz / Hanağası, *Medeni Usul Hukuku*, s. 151; Özbek, s. 644; Kurtoğlu, s. 459; Arslan / Yılmaz / Taşpınar Ayvaz / Hanağası, *Medeni Usul Hukuku-2022*, s. 147.

Duruşmalar, istisnai durumlarda gizli olarak yapılabilir. Yargılamanın kapalı olarak yapılmasına hâkim karar vermekte olup, yargılamanın kısmen ya da tamamen kapalı olarak yapılmasına karar verebilir. Ayrıntı için bkz. İnal, s. 21; Ocak, s. 21; Özbek, s. 644

⁷⁵ Öztürk, Hacı Ömer. “Medeni Usul Hukukunda Aleniyet İlkesi” (Yüksek Lisans Tezi), *Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü*, Ankara 2006, s. 3, 4, <https://dSPACE.ankara.edu.tr/xmlui/bitstream/handle/20.500.12575/28497/2544.pdf?sequence=1&isAllowed=y>, (Erişim Tarihi: 27.12.22); Kurt Konca, s. 66, 67; Scharader, Christian / Aşık, İbrahim. “Aleniyet İlkesine İlişkin Almanya’daki Güncel Gelişmeler”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırma Dergisi*, C. 23, S. 3, Marmara, Aralık 2017, s. 508, <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/469302>, (Erişim Tarihi: 27.12.22); Özbek, s. 644.

⁷⁶ Kurt Konca, s. 67; Ocak, s. 17.

⁷⁷ Ocak, s. 17; Kurt Konca, s. 68, 71; Öztürk, s. 5; Arslan / Yılmaz / Taşpınar Ayvaz / Hanağası, *Medeni Usul Hukuku*, s. 151; Özbek, s. 644; Arslan / Yılmaz / Taşpınar Ayvaz / Hanağası, *Medeni Usul Hukuku-2022*, s. 147.

⁷⁸ Kurt Konca, s. 68.

⁷⁹ Kurt Konca, s. 69.

olarak aleniyet ilkesine yer verildiği düşünülebilir. Çünkü duruşmaların açık bir şekilde yapılması yapılan yargılamanın güven artırıcı ve tarafsız nitelikte olduğunun bir göstergesidir⁸⁰.

Duruşmalardaki aleniyet, esas olarak duruşmanın tarafı olmayan hatta yapılmakta olan yargılamada dolaylı ya da dolaysız olarak etkilenmeyen kişilerin bile o duruşmayı izleyebilmesidir⁸¹. Bu noktada duruşma salonunun kapasitesi önemlidir⁸². Çünkü küçük bir duruşma salonu olduğunda çok sayıda kişinin girip izleyebilmesi mümkün olmayacaktır. Böyle bir durum söz konusu olduğunda aleniyet ilkesinin zedelendiği düşüncesi akla getirilmemelidir. Duruşma salonuna kapasitenin üzerinde kişi alınır, hem hâkimin yargılama üzerindeki hâkimiyeti bakımından hem de tarafların savunma ve iddiaları bakımından olumsuz etki doğurabileceği açıktır⁸³. Fakat duruşmaların aleniyeti çerçevesinde herkesin duruşmaları izleyebilmesi, yargı organının görevini layıkıyla yapmasını ve hâkimin bu durumun bilinci içerisinde karar vermesini sağlayacaktır. Çevrimiçi duruşmalar için ise durum bu şekilde olmayacaktır. Bazı durumlarda duruşmaya taraf olmayan kişilerin, çevrimiçi duruşmalara erişim sağlayamaması söz konusu olabilecektir. Böyle bir durumla karşı karşıya kalındığı zaman davayla ilgilenen veya davanın tarafı olmayan kişilerin duruşma salonuna giderek davaya katılım sağlayabilmesi mümkün olabilecektir. Fakat yine de aleniyet ilkesinin bertaraf edilmemesini sağlayabilmek adına Devletin bir çözüm getirmesi gerekmektedir. Aleniyet ilkesinin zedelenebilmesi için, UYAP üzerinden yapılacak duruşmaların gün ve saatleri duyurulup, halkın erişebilmesi için gereken her türlü işlem yapılabilir. Bir başka nokta ise duruşmaların tamamen çevrimiçi olarak yapılması değil de taraflardan birinin, bilirkişinin veya tanığın yüz yüze yapılan duruşmaya çevrimiçi olarak katılması hususudur. Bu durumda duruşma yüz yüze yapıldığından duruşmaya taraf olmayan kişiler mahkeme salonunda bulunup duruşmayı takip edebilecektir. Yukarıda belirtildiği üzere aleniyet ilkesi, duruşmanın tarafı olmayan kişilerin duruşmayı izleyebilmesini sağlamaktadır. Dolayısıyla bu ihtimalde, aleniyet ilkesinin zedelendiğinden söz edilemez. Çünkü taraflardan birinin, bilirkişinin veya tanığın çevrimiçi şekilde duruşmaya katılması söz konusu olduğu zaman bunun duruşma salonunda herkesin duyabileceği ve görebileceği bir şekilde yansıtılması gerekecektir.

Aleniyet ilkesiyle birlikte sağlanmak istenen, keyfiliğin önlenmesi ve kişilerin adalete olan güvenin sağlanabilmesidir. Duruşmayı izleyen kişiler; hâkimin, yargılamanın taraflarına nasıl davrandığını, hangi sözleri kullandığını, ses tonunu, hoşgörü ya da şiddetle yaklaşım yaklaşmadığını gözlemlemekle birlikte hâkimle taraflar arasındaki ilişkinin hukuka uygunluğunu ve yerindeliğini denetleyebilmektedirler⁸⁴. Bu noktada çevrimiçi duruşmalarda, aleniyet ilkesi zedelenecek olup, halk tarafından hukuka uygunluk ve yerinde denetimi yapılamayacaktır. Taraflar ve üçüncü kişiler yargılamaya bizzat katılmasalar dahi yargılamanın açık olduğunu bilmeleri yargılamanın objektifliğine olan inançlarını arttırmaktadır. Aksi durumda yargılamanın objektifliğinden emin olunamayacaktır⁸⁵. Bu durumu çevrimiçi duruşmalar çerçevesinde

⁸⁰ Ocak, s. 17; Kurt Konca, s. 69; Arslan / Yılmaz / Taşpınar Ayvaz / Hanağası, Medeni Usul Hukuku, s. 151; Arslan / Yılmaz / Taşpınar Ayvaz / Hanağası, Medeni Usul Hukuku-2022, s. 147.

⁸¹ Aktoğ Öznel, s. 98, 99; Ocak, s. 17; Kurt Konca, s. 67; Arslan / Yılmaz / Taşpınar Ayvaz / Hanağası, Medeni Usul Hukuku, s. 151; Öztekin, s. 645; Arslan / Yılmaz / Taşpınar Ayvaz / Hanağası, Medeni Usul Hukuku-2022, s. 147.

⁸² Ocak, s. 18; Scharader / Aşık, s. 508.

⁸³ Öztürk, s. 14; Ocak, s. 18.

⁸⁴ Ocak, s. 19.

⁸⁵ Ocak, s. 19.

değerlendirecek olursak; yargılamaya taraf olmayan ya da yargılamaya taraf olan kişilerin yakınlarının çevrimiçi duruşmaya erişememesi hâlinde de yargılamanın objektifliğine ilişkin kişilerde şüphe uyanacaktır. Aynı zamanda aleniyet ilkesi, hâkimleri etkilemeye çalışacak olan kişileri ve güçleri engelleyen bir araç niteliğindedir. Duruşmaların çevrimiçi yapılması hâlinde bu durumun gözlemlenmesi zorlaşacaktır.

D. Adil Yargılanma Hakkı Bakımından Değerlendirilmesi

‘Adil’ kavramı; adaletle iş gören, adaletten, doğruluktan ayrılmayan, hakkı yerine getirmeyi sağlayan ve adaletli anlamına gelmektedir⁸⁶. ‘Yargılama’ kavramı; birbirine karşı olan iki tarafın dinlenmesiyle bir yargıya varma etkinliğidir⁸⁷. ‘Hak’ kavramı ise; adaletin hukukun gerektirdiği ya da birbirine ayırmış olduğu şey, hukuken tanınmakta olan bir yetki yahut özgürlüktür⁸⁸. Adil yargılama, uyuşmazlığın taraflar arasında fiili ve hukuki herhangi bir fark gözetmeksizin iddia ve savunmalarının eşit ve karşılıklı olarak yapıldığı, hukukun genel ilkelerine uygun yapılan, dürüst bir yargılamadır⁸⁹. Burada önemli olan nokta, yargılama sonunda verilen hükümden ziyade yargılamanın geçmiş olduğu süreçtir⁹⁰.

Adil yargılanma hakkı, TC Anayasası’nın 36. maddesinde düzenlenmiştir. İlgili maddede herkesin yargı mercileri önünde davacı ya da davalı taraf olarak iddia ve savunmayla adil yargılanma hakkına sahip olduğundan bahsedilmektedir. Adil yargılanma hakkı ayrıca Avrupa İnsan Haklar Sözleşmesi’nin (AİHS) 6. maddesinde de yer almaktadır⁹¹. Maddede ilgili herkesin medeni hak ve yükümlülükleri ya da cezai suçlamalarıyla ilgili karar verecek olan, bağımsız bir mahkeme tarafından makul bir süre içinde, hakkaniyete uygun ve aleni bir şekilde yargılanması

⁸⁶ www.tdk.gov.tr. (Erişim Tarihi: 26.07.2020).

⁸⁷ www.tdk.gov.tr. (Erişim Tarihi: 26.07.2020).

⁸⁸ Aktepe Artık, Sezin. *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Medeni Usul Hukukunda Adil Yargılanma Hakkı*, 1. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2014, s. 31; www.tdk.gov.tr. (Erişim Tarihi: 26.07.2020).

⁸⁹ Sencer, Rasih Feridun. “Adil Yargılanma Hakkı”, *İzmir Barosu Dergisi*, Mayıs 2013, s. 112; Aktepe Artık, s. 31; Yıldırım, s. 63.

⁹⁰ Aktepe Artık, s. 31.

⁹¹ Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, m. 6: “1. 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 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. 10 2. Bir suç ile itham edilen herkes, suçluluğu yasal olarak sabit oluncaya kadar masum sayılır. 3. Bir suç ile itham edilen herkes aşağıdaki asgari haklara sahiptir: a) Kendisine karşı yöneltilen suçlamanın niteliği ve sebebinden en kısa sürede, anladığı bir dilde ve ayrıntılı olarak haberdar edilmek; b) Savunmasını hazırlamak için gerekli zaman ve kolaylıklara sahip olmak; c) Kendisini bizzat savunmak veya seçeceği bir müdafinin yardımından yararlanmak; eğer avukat tutmak için gerekli maddî olanaklardan yoksun ise ve adaletin yerine gelmesi için gerekli görüldüğünde, resen atanacak bir avukatın yardımından ücretsiz olarak yararlanabilmek; d) İddia tanıklarının sorguya çekmek veya çektirmek, savunma tanıklarının da iddia tanıklarıyla aynı koşullar altında davet edilmelerinin ve dinlenmelerinin sağlanmasını istemek; e) Mahkemede kullanılan dili anlamadığı veya konuşamadığı takdirde bir tercümanın yardımından ücretsiz olarak yararlanmak. ”. Bu madde adil yargılanma hakkını kapsamakla birlikte usul ekonomisi, hukuki dinlenilme hakkı ve yargılamaların bağımsız mahkeme tarafından yapılması ilkesini de kapsamaktadır.

hakkına sahip olduğu hükme bağlanmıştır⁹². Fakat adil yargılanma hakkı, sadece Anayasa ve AİHS kapsamında düzenlenmiş olan bir temel hak değil, hukuk devleti ilkesi çerçevesinde yargılama yapılabilmesi için uyulması gereken objektif bir usul ilkesidir⁹³.

Adil yargılanma hakkı, belli bir yargılama usulüyle yahut yargılamanın belli bir aşamasıyla sınırlandırılmamalı, yargılamanın tüm aşamalarında gözetilerek uygulanmalıdır⁹⁴. Bu kural, davanın açılmasından hükmün kesinleşmesine ve hatta hükmün kesinleşmesinden sonra cebri icranın sona ermesine kadar devam etmektedir⁹⁵.

1. Mahkemeye Erişim Hakkı Bakımından

Adalet erişim, sosyal devlet anlayışının bir gereğidir. Buradan hareketle, hak arayan kişiler, hukuk sisteminin resmî kurumlarına ulaşabilecektir⁹⁶. Adalet erişim hakkıyla gerçekleştirilmek istenen, kişilerin mahkemeye ya da genel olarak uyuşmazlığın çözüm yollarına başvurulmasını önleyecek engellerin kaldırılması ve bir uyuşmazlığın taraflarını tatmin edecek şekilde çözümlenmesini sağlamaktır⁹⁷. Mahkemeye erişim hakkı ise,

- herkesin, aşılması güç bir engelle karşılaşmaksızın bu imkândan yararlanabilmesini,
- bireylerin iddia ve savunmalarını yargı mercii önünde ileri sürülmesini,
- menfaatleri çelişen tarafların hak arama özgürlüğünün güvence altına alınmasını ve karşılıklı olarak sınırların belirlenmesini ifade eder⁹⁸.

Hak ihlallerine karşı mahkemeye başvuru hakkının sağlanması, etkin hukuki koruma ilkesinin başlangıç noktasıdır⁹⁹. Bu kapsamda devlet, hak arama özgürlüğünü garanti altına almakla birlikte bireylerin mahkemeye erişimi için ihtiyaç duyabileceği tüm araçları sağlamalıdır¹⁰⁰. Bireylerin, mahkemeye olan erişim hakkının etkin bir şekilde kullanılabilmesi için; ekonomik engellerin kaldırılması, mahkemeye erişim hakkını engelleyecek yasal bir düzenlemeden ve yargısal uygulamalardan kaçınılması gerekmektedir¹⁰¹. Bu durumu çevrimiçi

⁹² İnal, s. 31; Sencer, s. 112; Arslan / Yılmaz / Taşpınar Ayvaz / Hanağası, Medeni Usul Hukuku, s. 148, 149, 153; Bayraktar / Koyuncu, s. 169; Arslan / Yılmaz / Taşpınar Ayvaz / Hanağası, Medeni Usul Hukuku-2022, s. 145- 148.

⁹³ Atalı / Ermenek / Erdoğan, s. 131; Karakehya, Hakan. “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin 6. Maddesi (Adil Yargılanma Hakkı) Bağlamında Ceza Muhakemesinde Duruşma” (Doktora Tezi), *Eskişehir Anadolu Üniversitesi*, Eskişehir, 2007, s. 19, <https://earsiv.anadolu.edu.tr/xmlui/bitstream/handle/11421/9653/458685.pdf?sequence=1>, (Erişim Tarihi: 27.12.22); Saygılı / Akça, s. 18; Atalı / Ermenek / Erdoğan, Medeni Usul Hukuku-2022, s. 104, 105, 107.

Anayasa Mahkemesi adil yargılanma hakkının unsurlarından birinin yargılamanın açık ve duruşmalı şekilde yapılması ilkesi olduğunu belirtmiştir. Anayasa Mahkemesi’ne göre yapılan yargılamanın açık bir şekilde yapılmasıyla yargılamadaki keyfiliğin önlenmesi de sağlanmış olur. Mahkeme bu yönüyle önemli bir şekilde hukuk devleti ilkesinin gerçekleşmesini sağlayan araçlardan biri olduğu üzerinde de durmuştur. Ayrıntı için bkz. Bireysel Başvurularda: AYM, Başvuru No: 2013/ 2228, 15.04.2014, AYM, Başvuru No: 2013/ 841, 23.01.2014.

⁹⁴ Aktepe Artık, s. 31, 65.

⁹⁵ Özkes, Muhammet. *İcra Hukukunda Temel Haklar ve İlkeler*, Ankara 2009, s. 133; Aktepe Artık, s. 31.

⁹⁶ Aktepe Artık, s. 74, 75.

⁹⁷ Bayraktar / Koyuncu, s. 168; Aktepe Artık, s. 75.

⁹⁸ Ekinci, Ahmet. “Anayasa Mahkemesi’nin Bireysel Başvuru Kararlarında Mahkemeye Erişim Hakkı”, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 18, S. 3-4, Ankara, 2014, s. 823; Atalı / Ermenek / Erdoğan, s. 135; Aktepe Artık, s. 75; Atalı / Ermenek / Erdoğan, Medeni Usul Hukuku-2022, s. 104, 105, 107.

⁹⁹ Aktepe Artık, s. 75.

¹⁰⁰ Bayraktar / Koyuncu, s. 169, 170; Aktepe Artık, s. 75.

¹⁰¹ Aktepe Artık, s. 82, 124, 149.

duruşmalar bakımından değerlendirecek olursak; çevrimiçi duruşmalara herkesin erişim sağlayamayacağı açıktır. Türkiye’de internet olmayan veya internete erişimin sınırlı olduğu yerler bulunmaktadır. Bu noktada Devletin üzerindeki yükümlülük gereği, bireylerin mahkemeye erişimi için gereken araçları sağlaması gerekmektedir. Kanaatimizce çevrimiçi duruşmaların tarafların daha kolay ve rahat katılım sağlayabileceği, Devletin bünyesinde oluşturulacak olan, gereken tüm teknik donanımına sahip yerlerde gerçekleştirilmesi daha uygundur¹⁰². Çevrimiçi duruşmaların mahkemeye erişim hakkını engelleyici bir yargısal uygulama olup olmadığı sorusu gündeme gelecektir. Bu noktada çevrimiçi duruşmaların erişim hakkını engelleyici nitelikte olduğu ve olmadığı yönünde iki husus bulunmaktadır. Birincisi, çevrimiçi duruşmaların erişim hakkını engelleyici nitelikte olduğudur. Çünkü yukarıda bahsedilen nedenler ışığında bireylerin sanal olarak yapılacak duruşmalara katılımı güçleşebilir. İkincisi ise, çevrimiçi duruşmaların erişim hakkını engelleyici nitelikte olmadığıdır. Zira herkes, yargılanma hakkına sahiptir. Bu ister yüz yüze isterse çevrimiçi olarak yapılsın, kişi günün sonunda dava açmak suretiyle yargılamaya taraf olabilecektir.

Bir başka noktadan mahkemeye erişim hakkını ele alınacak olursa, çevrimiçi duruşmalar söz konusu olduğunda kimlerin çevrimiçi duruşmalara katılıp katılmayacağı sorusu gündeme gelecektir. Bu da tarafların kendi talebiyle mi yoksa re’sen mi çevrimiçi duruşmalara katılıp katılmayacağı ile ilgilidir. İlgili Yönetmelik kapsamında taraflardan birinin talebi üzerine veya re’sen çevrimiçi duruşma söz konusu olabilir¹⁰³. Yönetmelik’in ilgili maddesine göre, taraflardan biri veya vekili, yüz yüze yapılan duruşmaya e-Duruşma Sistemi yoluyla katılmayı, usul işlemleri yapmayı veya tanığın, bilirkişinin yahut uzmanın e-Duruşma Sistemi yoluyla dinlenilmesini talep edebilmektedir¹⁰⁴. Buradan yüz yüze yapılan duruşmaların bir kısmında çevrimiçi bir duruşma yapılabileceği sonucuna varabiliriz. Diğer bir ifadeyle duruşmanın tamamı çevrimiçi yapılabileceği gibi duruşmanın bir kısmının çevrimiçi bir kısmının ise yüz yüze yapılabileceği sonucuna varılabilir. Bu şekilde, mahkemeye erişim hakkının zedelenme ihtimali bertaraf edilmiş olur.

2. Hukuki Dinlenilme Hakkı Bakımından Değerlendirilmesi

Hukuki dinlenilme hakkı, adil yargılanma hakkının en önemli unsurudur¹⁰⁵. Bu kapsamda adil yargılanma hakkı başlığında ele aldığımız üzere, TC Anayasası’nın 36. maddesinde ve

¹⁰² Hukuk Muhakemelerinde Ses ve Görüntü Nakledilmesi Yoluyla Duruşma İcrası Hakkında Yönetmelik kapsamında yukarıda bahsedilen konu 11. maddede hükme bağlanmıştır. m. 11: “(1) e-Duruşma talep eden taraf vekili, avukatlık bürosundan, baro tarafından bu amaç için belirlenen bölümden, adliyede bu amaca tahsis edilen yerden veya beşinci fıkradaki şartları taşıyan başkaca uygun bir yerden duruşmaya katılabilir. (2) e-Duruşma talep eden veya e-Duruşma Sistemi yoluyla isticvap olunacak ya da yemin edecek taraf ile mahkemece e-Duruşma Sistemi yoluyla dinlenilmesine karar verilen tanık, bilirkişi, uzman ve diğer ilgililer buldukları yerdeki adliye veya ceza infaz kurumlarında bu amaca tahsis edilen yerden duruşmaya katılabilir. (3) İsticvap olunacak veya yemin edecek olan hariç, taraf, vekili ile birlikte birinci fıkrada belirtilen yerlerden duruşmaya katılabilir.”

¹⁰³ Hukuk Muhakemelerinde Ses ve Görüntü Nakledilmesi Yoluyla Duruşma İcrası Hakkında Yönetmelik, m. 8,9/3, 10.

¹⁰⁴ Hukuk Muhakemelerinde Ses ve Görüntü Nakledilmesi Yoluyla Duruşma İcrası Hakkında Yönetmelik, m. 8.

¹⁰⁵ Pekcanitez, Hakan. “Hukuki Dinlenilme Hakkı”, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Prof. Dr. Seyfullah Edis’e Armağan*, İzmir 2000, <https://hukuk.deu.edu.tr/wp-content/uploads/2020/01/Pekcanitez.pdf>, (Erişim Tarihi: 26.07.2020); Arslan / Yılmaz / Taşpınar Ayvaz / Hanağası, *Medeni Usul Hukuku*, s. 153; Arslan / Yılmaz / Taşpınar Ayvaz / Hanağası, *Medeni Usul Hukuku-2022*, s. 144, 148.

AİHS'nin 6. maddesinde hukuki dinlenilme hakkı düzenlenmiştir. Bu da hukuki dinlenilme hakkının, Anayasa'da teminat altına alınmış bir hak olduğunu göstermektedir¹⁰⁶. Ayrıca AİHS kapsamında hukuki dinlenilme hakkının ihlal edilmesi, adil yargılama hakkının da ihlal edildiğinin bir göstergesi olacaktır¹⁰⁷. Davanın davacı ve davalı tarafları, müdahiller ve yargılamanın diğer ilgilileri, kendi haklarıyla bağlantılı bir şekilde hukuki dinlenilme hakkına sahiptirler. Bu da hukuki dinlenilme hakkının yargılama süjesi olan herkese ait olduğunun bir göstergesidir¹⁰⁸. Bu hak kendini yargılamayla ilgili bilgi sahibi olunması, açıklama ve ispat hakkının bulunması ve mahkemenin açıklamaları dikkate alıp, somut ve açık bir şekilde karar vermesini gerektirmektedir¹⁰⁹. Böylelikle adil yargılanma hakkı; yargılanan kişiyle ilgili karşı tarafın tam bilgi sahibi olması, açıklama ve ispat hakkını tam kullanabilmesi, yargının yapılan açıklamaları dikkate alması, bu doğrultuda karar vermesi ve sürpriz bir noktaya sebebiyet verilmemesi bakımından önem arz etmektedir¹¹⁰.

Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 320. maddesinin 1. fıkrasında "*Mahkeme, mümkün olan hâllerde tarafları duruşmaya davet etmeden dosya üzerinden karar verir.*" hükmü yer almaktadır. Fakat bu durum; 'sadece ön inceleme aşamasında ve mümkün olduğu hâllerde' kriterleri çerçevesinde sınırlandırılmıştır¹¹¹. Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 27. maddesinde ise "*(1) Davanın tarafları, müdahiller ve yargılamanın diğer ilgilileri, kendi hakları ile bağlantılı olarak hukuki dinlenilme hakkına sahiptirler. (2) Bu hak; a) Yargılama ile ilgili olarak bilgi sahibi olunmasını, b) Açıklama ve ispat hakkını, c) Mahkemenin, açıklamaları dikkate alarak değerlendirmesini ve kararların somut ve açık olarak gerekçelendirilmesini, içerir.*" hükmü yer almaktadır. Fakat bu hüküm çevrimiçi duruşmalar yönünden değerlendirilirse, bahsedilen durumların ne kadar güvenilir olduğu ve tam olarak sağlanıp sağlanamayacağı tartışmalıdır.

Hukuki dinlenilme hakkı çerçevesinde bireyler, hakkındaki yargılamalarla ilgili bilgi sahibi olabilmekte, açıklama yaparak yargılamaya etki edebilmekte ve onların açıklamaları mahkeme tarafından dikkate alınabilmektedir¹¹². Böylece bireylerin öngörülme bir hükümle karşılaşmaları söz konusu olmayacaktır¹¹³. Bu kapsamda mahkemenin, yargılamayla ilgili

¹⁰⁶ Pekcanitez, s. 754; Özkes, s. 139; Öge, Hande. "Hukuki Dinlenilme Hakkı", *Bahçeşehir Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü*, İstanbul, 2008, s. 7, https://www.academia.edu/37008324/HMK_%C3%87er%C3%A7evesinde_Hukuki_Dinlenilme_Hakk%C4%B1, (Erişim Tarihi: 27.12.22). Hukuki dinlenilme hakkı iddia ve savunma hakkı olarak da ifade edilmekte, iddia ve savunma hakkı içinde ele alınmaktadır. (Postacıoğlu, İlhan E.. *Medenî Usûl Hukuku Dersleri*, 6. Baskı, Sulhi Garan Matbaası, İstanbul, 1975, s. 505; Belgesay, Mustafa Reşit. *Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu Şerhi*, 2. Baskı, İstanbul Üniversitesi Yayınları, İstanbul 1939, s. 225, 226; Alangoya, s. 97; Pekcanitez, "Adil Yargılanma Hakkı", s. 38).

¹⁰⁷ Pekcanitez, s. 754.

¹⁰⁸ Özkes, s. 139.

¹⁰⁹ Ocak, s. 10; Öge, s. 21, 22.

¹¹⁰ Özkes, Muhammet. "Medeni Usul Hakkında Hukuki Dinlenilme Hakkı ve Hakkın Bazı Güncel Sorunları", *Adil Yargılanma Hakkı*, Nergiz Yayınları, İzmir, 2005, s. 185, <http://ozekesseven.com/wp-content/uploads/2020/01/T2-Medeni-Usul-Hukukunda-Hukuki-Dinlenilme-Hakk%C4%B1-ve-Hakk%C4%B1n-Baz%C4%B1-G%C3%BCncel-Sorunlar%C4%B1.pdf>, (Erişim Tarihi: 27.12.22); Öztürk, s. 11; Ocak, s. 11; Öge, s. 19, 22.

¹¹¹ Ocak, s. 15.

¹¹² Aktepe Artık, s. 364, 365; Özkes, s. 141; Arslan / Yılmaz / Taşpınar Ayvaz / Hanağası, *Medeni Usul Hukuku*, s. 155; Arslan / Yılmaz / Taşpınar Ayvaz / Hanağası, *Medeni Usul Hukuku-2022*, s. 148.

¹¹³ Aktepe Artık, s. 364, 365; Özkes, s. 141; Arslan / Yılmaz / Taşpınar Ayvaz / Hanağası, *Medeni Usul Hukuku*, s. 155; Arslan / Yılmaz / Taşpınar Ayvaz / Hanağası, *Medeni Usul Hukuku-2022*, s. 148.

tarafların bilgisi dışında işlem yapmaması gerekmektedir¹¹⁴. Örneğin; mahkeme, tarafları usulüne uygun olarak çağırıp dinlemediği sürece, onların bilgisi olmaksızın bilirkişiye başvuramamaktadır¹¹⁵.

Hukuki dinlenilme hakkı çerçevesinde ele alınması gereken diğer bir nokta, mahkemece davacı ve davalı taraflara kendilerini ifade edebilmeleri için, yeterli süre tanınması ve tarafların beyanlarının mümkün olduğu surette eksiksiz ve doğru bir şekilde tutanağa geçirilmesidir. Duruşmaların çevrimiçi olarak yapılacağı hususu dikkate alındığında;

- duruşmaların kayda alınacağının göz önünde bulundurulması, daha sonra eksiksiz ve doğru şekilde çevrimiçi ortamdan yazıya geçirilerek tutanak tutulması¹¹⁶
- yahut çevrimiçi duruşmalar kayda alındığında yazıya geçirilmeksizin direkt olarak çevrimiçi duruşmanın duruşma tutanağı olarak kabul edilmesi önerilebilir¹¹⁷.

Taraflar, çevrimiçi duruşma ortamında kendini yüz yüze yapılan duruşmalarda hissedilen ciddiyet ortamında bulamayacağından, bu kapsamda beyanların ne kadar eksiksiz ve doğru verilebileceği tartışmalıdır. Unutulmamalıdır ki yüz yüze yapılan yargılamalarda taraflar gerek ortamın ciddiyetini gerekse üzerlerinde olan baskıyı¹¹⁸ daha çok hissedecek ve bu yönde beyanlarını verebileceklerdir. Yönetmelik'in 11. maddesinin 5. fıkrasını incelediğimizde çevrimiçi duruşmaya katılım sağlanacak yerin her türlü etki ve yönlendirmeden uzak, ilgilinin yüz ifadelerini, vücut hareketlerini, tavır ve davranışlarını gözlemlemeye, duygularını anlamaya ve söylediklerini net bir şekilde dinlemeye imkân sağlayacak şekilde olması gerektiğini hükme bağlamıştır. Kanaatimizce maddede 'duruşmaya katılım sağlanacak yerin' ifadesinin aslında ilgilinin yüz ifadesi, vücut hareketi, tavır ve davranışlarının gözlemlemesi veya duygularının anlaşılmasında etkin bir rolü olmayacaktır. Fakat her türlü etki ve yönlendirmeden uzak olunması, tarafların duygularının anlaşılması, söylenenlerin net olarak dinlenebilmesi yönünden etkin bir rolü olabileceğini söyleyebiliriz.

¹¹⁴ Ocak, s. 15; Arslan / Yılmaz / Taşpınar Ayvaz / Hanağası, Medeni Usul Hukuku, s. 153; Arslan / Yılmaz / Taşpınar Ayvaz / Hanağası, Medeni Usul Hukuku-2022, s. 144, 149.

¹¹⁵ Ocak, s. 15.

¹¹⁶ Yukarıda ifade edilenler öneri niteliği taşımaktadır. 2021 yılında yürürlüğe giren yönetmelik kapsamında çevrimiçi duruşmaların kayda alınma hususu hükme bağlanmıştır. Hukuk Muhakemelerinde Ses ve Görüntü Nakledilmesi Yoluyla Duruşma İcrası Hakkında Yönetmelik, m. 13: "*((3) e-Duruşma Sistemi yoluyla beyanda bulunan tarafın, vekilin ve diğer ilgililerin sözlü açıklamaları, Kanunun 154 üncü maddesinde belirtilen usul ve esaslara göre zabıt kâtabi aracılığıyla tutanağa yazdırılır.*"

¹¹⁷ Yukarıda ifade edilenler öneri niteliği taşımaktadır. 2021 yılında yürürlüğe giren yönetmelik kapsamında çevrimiçi duruşmaların kayda alınma hususu hükme bağlanmıştır. Hukuk Muhakemelerinde Ses ve Görüntü Nakledilmesi Yoluyla Duruşma İcrası Hakkında Yönetmelik, m. 15: "*(1) Mahkeme, yargılamanın zorunlu kıldığı hâllerde, gerekçesini belirterek e-Duruşmanın kayıt altına alınmasına karar verebilir. (2) e-Duruşma Sistemi ile elde edilen kayıtlar, mahkemece e-Duruşmanın yönetildiği bilgisayarda veya veri depolayabilen aygıtta aktarılarak dosyasında saklanmak üzere Merkezi Kayıt Sisteminde iki hafta süre ile muhafaza edilir. Süre sonunda Merkezi Kayıt Sistemindeki bu veriler geri döndürülemez şekilde silinir. (3) Bu şekilde alınan kayıtlar mahkemenin ve ilgili kişilerin açık izni olmadıkça hiçbir yerde yayımlanamaz.*"

¹¹⁸ Yukarıda bahsedilen 'baskı' kavramı, Mahkeme tarafından uygulanacak olan fiziksel ve şiddet anlamındaki baskı değildir. Bu kavram, tamamen soyut anlamdadır.

III. ÇEVİRİMİÇİ DURUŞMALARLA İLGİLİ BAZI ÜLKELERDEKİ UYGULAMALARIN VE DÜZENLEMELERİN DEĞERLENDİRİLMESİ

A. İngiltere

İngiltere’de çevrimiçi duruşmalar, seçilen davalar bakımından 2018 yılının Kasım ayından itibaren halkın da erişim sağlayabilmesi için başlamıştır¹¹⁹. Temyiz Mahkemesi’ndeki seçilen bazı davalar Yargının Youtube Kanalı’nda (Judiciary’s YouTube Channel) çevrimiçi olarak yayımlanmaya başlandı¹²⁰. Buna göre bazı davalar yüz yüze görülürken aynı zamanda da canlı olarak yayımlanmaktadır.

Pandemi sürecinde birçok iş alanı sanal olarak ilerlemeye başlayıp, bu konuda ciddi artışlar olmaya başlamıştır. Birçok iş alanının çevrimiçi olarak devam etmesi sadece İngiltere’ye özgü bir durum değildir. Bu sürece girilmesiyle birlikte, doktorların hastalarıyla olan ilişkilerinden, öğrencilerin derslerine ve seminerlere kadar yüz yüze yapılması gereken her şey çevrimiçi olarak yapılmaya başlanmıştır. Bu kapsama duruşmalar da dahil edilmiştir. İngiltere’de, pandemi öncesinde evden çalışma oranı %12 iken, pandemiyle birlikte bu oran %44’e yükselmiştir¹²¹.

İngiltere’nin üç ayrı yasal yargı çevresi bulunmaktadır. Bunlar: İngiltere ve Galler, İskoçya ve Kuzey İrlanda’dır. Her bir bölgenin kendine ait yargı sistemi vardır. Fakat İngiltere ve Galler sistemi, en büyük yargı sistemi olmakla birlikte İngiltere nüfusunun %90’nına hizmet etmektedir. Bahse konu üç bölgede, yüz yüze duruşmaların yerini, çevrimiçi duruşmalar almaya başlamıştır. Bunlar telefon veya video konferans aracılığıyla yapılmaya başlanmıştır. Böylelikle hâkimler ve avukatlar, evlerinden skype ve zoom gibi platformlar aracılığıyla çevrimiçi duruşmalara bağlanmaya başladılar. Bazı durumlarda; bütün taraflar uzaktan çevrimiçi olarak katılırken, bazı durumlarda bazı taraflar ve/veya tanıklar ve/veya avukatlarla birlikte sadece hâkimler sosyal mesafe kurallarına uyarak mahkemede bulundular¹²². Yüksek Mahkeme, 24 Mart 2020 tarihinden itibaren duruşmaları çevrimiçi olarak yapmaya başlamış olup, halen de devam etmektedir. Hâkimler ve avukatlar çevrimiçi duruşmalara Yüksek Mahkeme web sitesi aracılığıyla evden katılım sağlamaktadırlar. Bu durumun Brezilya, Çin, Hindistan ve Singapur Yüksek Mahkemesi için de geçerli olduğu ifade edilebilir¹²³. Böylelikle yüz yüze yapılan duruşmaların, farklı bölgelerde çevrimiçi olarak gerçekleştirildiği sonucuna varabiliriz.

İngiltere ve Galler’deki yargılama sisteminin çevrimiçi duruşmalara kolaylıkla adapte olabilmesinin nedeni 2016 yılında teknolojik bir altyapıya sahip olunmasıdır. Teknolojik

¹¹⁹<https://www.judiciary.uk/you-and-the-judiciary/going-to-court/court-of-appeal-home/the-court-of-appeal-civil-division-live-streaming-of-court-hearings/> (Erişim Tarihi: 02.08.2020).

¹²⁰ 71. Mahkeme’deki (the Master’s of the Roll’s court) her duruşmanın çevrimiçi olarak yapılması beklenir bir hal aldı. Ayrıntı için bkz. <https://www.judiciary.uk/you-and-the-judiciary/going-to-court/court-of-appeal-home/the-court-of-appeal-civil-division-live-streaming-of-court-hearings/> (Erişim Tarihi: 02.08.2020).

¹²¹https://www.fidefundacion.es/In-the-UK-the-Covid-19-lockdown-has-accelerated-the-use-of-virtual-court-hearings-but-will-it-bring-permanent-changes_a1359.html. (Erişim Tarihi: 02.08.2020).

¹²²https://www.fidefundacion.es/In-the-UK-the-Covid-19-lockdown-has-accelerated-the-use-of-virtual-court-hearings-but-will-it-bring-permanent-changes_a1359.html. (Erişim Tarihi: 02.08.2020).

¹²³https://www.fidefundacion.es/In-the-UK-the-Covid-19-lockdown-has-accelerated-the-use-of-virtual-court-hearings-but-will-it-bring-permanent-changes_a1359.html. (Erişim Tarihi: 02.08.2020).

altyapının esas amacı, ‘daha uygun maliyetli’ bir durumun sağlanmasıdır. Bu altyapı, pandemi sürecindeki hem cezai hem hukuki hem de aile davalarındaki tüm işlerin çevrimiçi olarak yapılmasını sağlamıştır. 2016 yılının Eylül ayında Adalet Bakanlığı İngiltere ve Galler’de çevrimiçi duruşmaların normal yargı sisteminin bir parçası hâline geleceğini açıklamıştır. Fakat yapılan bu açıklamada sadece uygun bulunan hâllerde duruşmaların çevrimiçi olarak yapılacağı belirtilmiştir¹²⁴.

Surrey Üniversitesi’nin 2019’da başlayan pandemi sürecinden önce yapmış olduğu araştırmaya göre çevrimiçi duruşmalar İngiltere’deki tüm davalar için sürdürülebilir bulunmamıştır¹²⁵. İngiltere’de 2018 yılının haziran ayından beri ceza davalarında sanığın tutuklu olduğu bazı duruşmalar çevrimiçi olarak yapılmaktaydı. Video platformu aracılığıyla duruşmaya tutuklu sanığın, müdafinin, savcının ve varsa tercümanların katılması sağlanarak duruşma yapılmıştır. Surrey Üniversitesi’nin yapmış olduğu araştırma sonucu, karantina dönemine girmeden önce yayımlanmış olup, bazı bulgular elde edilmiştir. Bunlar:

- Savunma avukatıyla sanığın arasında yan yana olmadıkları ve göz kontağı kuramadıkları için iletişim eksikliğinin doğması ve müdafinin bu nedenden dolayı sanığın ne zaman söz almak istediğini anlayamaması,
- video konferans yoluyla yapılan duruşmada sanık müdafinin daha az etkili olabilmesi,
- bu yolla yapılan duruşmaların daha ‘gayri resmi’ izlenimi vermesi
- ve yine ceza davalarında ‘aleniyet ilkesinin’ sağlanamamış olmasıdır¹²⁶.

Yukarıda bahsedilen bu bulgulara, pratikte çözüm bulmak mümkündür. Ancak raporda da belirtildiği üzere özellikle ceza yargılamalarında sanık haklarının muhafaza edilmesi her zaman ön planda tutulmalıdır¹²⁷. Diğer yandan hukuk ve aile davalarına ilişkin yapılan duruşmaların ceza davalarına oranla çok daha başarılı olabileceği tespit edilmiştir¹²⁸. Hukuk ve aile davalarında esas amaç; yargılamaların en kısa sürede ve adil bir şekilde sonuçlandırılması olduğu için duruşmaların bu şekilde yürütülmesi adalet sistemi tarafından sunulan bir hizmet (service to customers) olarak algılanmaktadır. Nitekim Adalet Bakanlığı buradaki temel amacın, tüketici/ kullanıcı odaklı bir sistemi (consumer – focuset models) hayata geçirmek olduğunu belirtmiştir¹²⁹.

¹²⁴https://www.fidefundacion.es/In-the-UK-the-Covid-19-lockdown-has-accelerated-the-use-of-virtual-court-hearings-but-will-it-bring-permanent-changes_a1359.html. (Erişim Tarihi: 02.08.2020).

¹²⁵https://www.fidefundacion.es/In-the-UK-the-Covid-19-lockdown-has-accelerated-the-use-of-virtual-court-hearings-but-will-it-bring-permanent-changes_a1359.html. (Erişim Tarihi: 02.08.2020).

¹²⁶https://www.fidefundacion.es/In-the-UK-the-Covid-19-lockdown-has-accelerated-the-use-of-virtual-court-hearings-but-will-it-bring-permanent-changes_a1359.html. (Erişim Tarihi: 02.08.2020).

¹²⁷https://www.fidefundacion.es/In-the-UK-the-Covid-19-lockdown-has-accelerated-the-use-of-virtual-court-hearings-but-will-it-bring-permanent-changes_a1359.html. (Erişim Tarihi: 02.08.2020).

¹²⁸ İngiltere Adalet Bakanlığı tarafından yapılan açıklamada; aile davalarında örneğin bir boşanma davasında taraflar öncelikli olarak çevrimiçi arabulucu ile görüşüleceğini, çözüme kavuşamaması halinde çevrimiçi duruşmaya geçileceğini belirtmiştir. Ayrıntı için bkz. https://www.fidefundacion.es/In-the-UK-the-Covid-19-lockdown-has-accelerated-the-use-of-virtual-court-hearings-but-will-it-bring-permanent-changes_a1359.html. (Erişim Tarihi: 02.08.2020).

¹²⁹https://www.fidefundacion.es/In-the-UK-the-Covid-19-lockdown-has-accelerated-the-use-of-virtual-court-hearings-but-will-it-bring-permanent-changes_a1359.html. (Erişim Tarihi: 02.08.2020).

İngiltere’de pandemi dönemi içerisinde hukuk davaları çevrimiçi olarak görüşülmeye devam etmiştir. Bir davanın ancak çevrimiçi olarak yürütülmesinin mümkün olmadığı hâllerde duruşmalar ertelenmekteydi. 20 Mart 2020 tarihinde yayımlanan Duruşmaların Çevrimiçi Yürütülmesine Dair Protokol (Protocol Regarding Remote Hearings)¹³⁰ konu hakkında detaylı bir düzenleme içermektedir. Duruşmaların çevrimiçi olarak yürütülebilmesi amacıyla mahkemelerin alt yapısı da hızlandırılmış ve genişletilmiştir¹³¹. Bahse konu protokol 26 Mart 2020 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Protokol maddelerini inceleyecek olursak:

- 1. madde; küresel pandemi, çevrimiçi duruşmaların mümkün olduğu her yerde kullanılması gerekliliğini doğurmuştur. Bu protokol, yerel mahkeme, yüksek mahkeme ve istinaf mahkemesinin hukuk bölümü, iş ve eşya davaları için esnek bir şekilde uygulanabilir.
- 2. madde; protokol, çevrimiçi duruşmaların, nasıl yürütülmesi gerektiğine ilişkin usul ve esasları belirlemektedir. Mahkemeler açık olmasına rağmen, bulaş riskini azaltmak için çevrimiçi duruşmalara geçilmiştir.
- 3. madde; protokol uyarınca, hâkimler usul hukuku kurallarını uygulamaya devam etmektedirler.
- 4. madde; bu sürece geçilmesinin başında birtakım teknolojik problemlerle karşılaşılması olasıdır. Dolayısıyla tüm taraflar, teknolojiyle uyum içinde davranarak olayın diğer tarafları bakımından yaşanabilecek teknik problemleri anlayışla karşılamalıdır.
- 5. madde; hukuk usulü kurallarının 39. maddesinin 9. fıkrası (CPR Part 39.9.) gereğince yerel ve yüksek mahkemelerde yapılan bütün duruşmalar manuel (type recorded) veya dijital kayıt altına alınmaktadır.
- 6. madde; hukuk usulü kurallarının 39. maddesinde (CPR Part 39.2.(3)(g)) gerekli görülen hâllerde (adaletin sağlanması için – administration of justice), duruşmalar gizli olarak yapılabilmektedir. Bu karar ancak mahkeme tarafından verilebilmekte olup, 39. maddeye (CPR Part 39.2(5)) göre mahkemelerin resmî sitesinde yayımlanmaktadır. Bu madde gizli olarak yapılacak duruşmaların nasıl yürütüldüğüne ilişkin daha detaylı esasları ortaya koymaktadır.
- 7. madde; her çevrimiçi duruşmanın başında ortaya konması gereken esaslar şunlardır:
 - 1) Duruşmanın kapalı mı yoksa açık ortamda mı yapıldığı. Eğer duruşma kapalı ortamda yapılacaksa neden kapalı ortamda yapıldığı.
 - 2) Duruşmaların, hangi usulle kayıt altına alındığı.

¹³⁰<https://www.judiciary.uk/publications/civil-court-guidance-on-how-to-conduct-remote-hearings/> (Erişim Tarihi: 04.08.2020).

Başka ülkeler de Çevrimiçi Duruşmaların Yürütülmesi Dair Protokol’e benzer düzenlemeler yayımlamıştır. Fakat bahse konu protokol daha önce yayımlanma ve yürürlüğe giriş tarihine sahip olması nedeniyle bir ilk niteliği taşımaktadır.

¹³¹ https://www.judiciary.uk/wp-content/uploads/2020/03/Remote-hearings.Protocol.Civil_GenerallyApplicableVersion.f-amend-26_03_20-1-1.pdf (Erişim Tarihi: 04.08.2020).

¹³¹ <https://www.nortonrosefulbright.com/de-de/wissen/publications/bbfeb594/covid-19-and-the-global-approach-to-further-court-proceedings-hearings> (Erişim Tarihi: 02.08.2020).

-
- 8. madde; ilk olarak, çevrimiçi duruşmaların mümkün olduğunca açık oturum şeklinde yapılması sağlanmalıdır. Bu birden fazla yolla sağlanabilmektedir. Bunlar:
 - 1) Hâkim, zabıt kâtibî veya bir başka yetkili duruşmayı manuel olarak kayıt altına alabilmektedir.
 - 2) Zoom, Google meet, skype gibi aplikasyonlardan biriyle kayıt alınabilmektedir.
 - 3) Ayrıca internet üzerinden canlı yayın şeklinde de yapılabilir. Bu hüküm 2003 tarihli Mahkemeler Yasası'na 85. maddenin A bendine yeni bir madde olarak eklenmiştir.
 - 9. madde; yukarıda bahsedildiği şekilde ikinci yolla yapılacak çevrimiçi duruşmalarda BT meetMe, Skype for Business veya Zoom gibi uygulamalar kullanılabilir. Kayıtların telefon aracılığıyla da yapılması mümkündür. Ancak mahkemenin izni olmaksızın tarafların duruşmayı kayıt altına alması mümkün değildir.
 - 10. madde; güncel koşullar altında mahkeme, taraflar ve temsilcileri bu duruşmaların yürütülebilmesi için daha proaktif (proactive), etkin olmalıdır.
 - 11. madde; duruşmaların, sağlıklı bir şekilde yürütülüp yürütülemeyeceğinin tespit edilebilmesi için bu süreç iyi bir deneyim olacaktır.
 - 12. madde; ara emirleri, tanıksız ve kısa nitelikte sayılabilecek tüm davalar için uzaktan duruşmalar uygun görülmektedir. Ne var ki tanıkların da bu yolla dinlenebilmesi mümkündür.
 - 13. madde; çevrimiçi duruşma yapılabilmesi için kullanılabilir yöntemlerin BT meetMe, Zoom ve hatta telefon görüşmesi olabileceği hatırlatılmaktadır. Ancak duruşmaların yapılabilmesi için esneklik sağlanabilmesi son derece önemli olduğundan taraflara uyabilecek herhangi bir metodun da kullanılması mümkündür.
 - 14. madde; hâkimler ve zabıt katipleri, duruşma başlamadan önce teknik imkanların hazır ve yeterli olduğunu kontrol etmelidir.
 - 15. madde; taraflar, duruşmanın başında duruşma usulüyle ilgili bilgilendirilmelidir.
 - 16. madde; taraflara, duruşmaların devam edebilmesi için üç seçenek sunulmaktadır.
 - 1) Yukarıda sayılan yöntemlerden birinin kullanılarak duruşmanın yürütülmesi.
 - 2) Duruşmanın mahkeme salonunda Covid-19 bulaşmasını engellemek için her türlü önlem alınarak duruşmanın yürütülmesi.
 - 3) Davanın, çevrimiçi olarak yürütülmesinin mümkün olmadığı hâllerde daha sonraya ertelenmesi.
 - 17. madde; taraflar, mahkemenin üç seçeneğine de karşı çıkarsa bunu e-mail yoluyla hem mahkemeye hem de karşı tarafa bildirmelidir ve hangi usulün en uygun olduğu yönünde karar verebilmesi için müzakereler başlar. Bildirimin ardından hâkim, hangi usulün en uygun olduğunu belirler. Hâkimin bu kararı bağlayıcıdır.

- 18. madde; mahkeme, aynı zamanda kısa bir dava yönetim toplantısı yaparak hangi usulün kullanılmasının en avantajlı olacağını belirleyebilir.
- 19. madde; duruşmanın hangi yöntem kullanarak yapıldığı dava dosyasında belirtilir.
- 20. madde; çevrimiçi duruşma için açılan oturum linkini zabıt kâtabi hâkime atmaktadır.
- 21. madde; hâkim, zabıt kâtabi veya başka bir mahkeme görevlisi duruşmayı kayıt altına almaktadır. Taraflar ve yasal temsilciler duruşmayı kayıt altına alamaz.
- 22. madde; teknik olarak mümkün olan hâllerde, duruşma, hâkimler veya zabıt kâtipleri tarafından kamuya açık olarak yapılabilmektedir.
- 23. madde; hâkimler, zabıt kâtipleri veya mahkeme görevlileri çevrimiçi duruşma sonunda verilen kararları tamamlamalıdır.
- 24. madde; taraflar, mahkemeye sunacakları belgeleri elektronik olarak hazır bulundurmalıdır. Tüm elektronik dokümanların bir içindekiler listesi olmalı ve numaralandırılmalıdır. Dokümanlar, duruşmadan önce zabıt katibine veya bir mahkeme yetkilisine, bunlardan biri yoksa hâkime teslim edilmelidir.
- 25. madde; elektronik dosyalar yalnızca çevrimiçi duruşmalar için gerekli olan içerikleri barındırmalıdır.
- 26. madde; elektronik dokümanlar, pdf veya başka bir formatta hazırlanabilir. Mahkemeye bir link aracılığıyla e-mail olarak google drive aracılığıyla gönderilebilir.

Görüldüğü üzere İngiltere’de yayımlanan Duruşmaların Çevrimiçi Yürütülmesine Dair Protokol çevrimiçi duruşmalara ilişkin tüm usul ve esasları hükme bağlamıştır. Elbette ki uzun zaman sürdürülen yüz yüze duruşmalardan sonra çevrimiçi duruşmalar aksaklıklara neden olacaktır. Fakat bahse konu protokol bu durumu dahi hükme bağlamış, tarafların ortaya çıkacak aksaklıklar hâlinde birbirlerine anlayışlı davranmaları gerektiği belirtilmiştir. Protokol hem KKTC için hem de birçok ülke için örnek teşkil edecek niteliktedir. Çevrimiçi olarak yapılacak duruşmaları kimin kayıt altına alabileceği ve nasıl kayıt altına alınabileceği çeşitli ihtimaller göz önünde tutularak hükme bağlanmıştır. Bunun yanı sıra hangi tür davaların çevrimiçi olarak görüşülüp görüşülemeyeceği hatta duruşmaların açık mı yoksa kapalı mı yapılıp yapılmayacağı, tarafların bilgilendirilmesi ve belgelerin hangi usullerde hazırlanacağı düzenlenmiştir. Dolayısıyla tüm ülkelere örnek teşkil eder bir niteliğe sahip olması nedeniyle büyük bir öneme sahiptir. Hemen hemen önem arz eden tüm noktalar protokolda hükme bağlanmıştır. Fakat uygulamaya geçilmesiyle birlikte yaşanacak olan aksaklıklar beraberinde hükme bağlanması gereken durumları ortaya çıkarabilecektir.

Protokol’ü Türkiye’de yürürlüğe giren Hukuk Muhakemelerinde Ses ve Görüntü Nakledilmesi Yoluyla Duruşma İcrası Hakkında Yönetmelikle karşılaştıracak olursak; Yönetmelik kapsamında belge ve delillerin çevrimiçi duruşma sırasında devlet tarafından geliştirilen UYAP sistemi üzerinden iletilebilmesi, çevrimiçi duruşmaya katılacak olan kişilerin avukatlık bürosunda, baroda veya adliyede çevrimiçi duruşma amacı için belirlenen bölümde duruşmaya katılabilmeleri, çevrimiçi duruşmaların katip tarafından manuel olarak değil merkezi

kayıt sistemi kapsamında kaydedilerek belirli süre saklanması durumları söz konusudur. Sonuç itibarıyla İngiltere, teknolojik gelişmeleri daha çok kullanarak uygulamalar aracılığıyla çevrimiçi duruşmalara ilişkin bir yönetmelik hazırlamıştır. Türkiye ise kendi geliştirmiş olduğu UYAP veya avukat portalı gibi sistemlerle çevrimiçi duruşmaların temelini oluşturmuştur.

B. Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti

Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti'nde (KKTC) duruşmalar, çevrimiçi olarak yapılmamaktadır. Covid-19 salgını sürecinde¹³² de duruşmalar çevrimiçi olarak yapılmamış olup, randevu usulü¹³³ ile gerçekleştirilmiştir. Fakat son birkaç yıldır bazı davaların dosyalandığı¹³⁴ elektronik ortamda yapılabilmektedir.¹³⁵ Ayrıca tebliğ işlemleri, icra işlemleri, gün tayinleri, dava belgelerinin dosyalandığı tarihleri vb. gibi işlemler, www.mahkemeler.net kapsamında oluşturulan avukat portalından EDS (elektronik dosyalama sistemi) yoluyla kullanıcı adı ve şifre girilmek suretiyle takip edilebilmektedir¹³⁶. Fakat pandemi döneminde KKTC'de artan vaka sayılarıyla birlikte dosyalama işlemleri hem EDS yoluyla hem de randevu usulüyle mukayyitliklere gidilerek taraf avukatlarının tercihine sunulmaya başlanmıştır.¹³⁷ Vakaların artış göstermesiyle birlikte ilk etapta E2 n1 ve E2 n6¹³⁸ tahtındaki¹³⁹ davaların elektronik olarak dosyalanabileceği de eklenmiştir. Sonrasında ise EDS yolu ve randevu usulüyle yapılacak olan dosyalamalar; ara emirli davalar hariç tüm davalar ve ısbat-ı vücut dosyalamaları olarak belirlenmiştir¹⁴⁰. Randevu usulüyle yapılacak olan dosyalama işlemleri ise ara emirli davalar olarak tasnif edilmiştir. İstida (dilekçe) dosyalamalarına ise EDS usulünde yer verilmemiş, mukayyitliğe ait mail adresine mail

¹³² Burada kastedilen Covid-19 salgını süreci, KKTC'deki kapanma süreci diğer bir ifadeyle KKTC'de vakaların görülmeye başlanmasıyla birlikte hükümet tarafından alınan 65 günlük kapanma (karantina) sürecidir.

¹³³ Randevu usulü ile kastedilen; mahkemelerin davaların görüşülmesi için taraflara gün ve saat bildirmesidir.

¹³⁴ İlk etapta düşük meblağlı davaların dosyalandığına olanak tanınmaktadır.

¹³⁵ Hukuk Muhakemeleri Usulü Tüzüğü, Emir 66, 1, 2, 3, R.G. Ek III A.E.120, 04.03.2021.

¹³⁶ Kıbrıs Türk Barolar Birliği'nin halihazırda yürütmüş olduğu yasa tasarısı çalışmasının ivedilikle sonuçlandırılması ve bir temel oluşturulması gerektiği açıktır.

Mart ayında başlayan pandemi sürecindeki yaklaşık bir buçuk, iki ay süren kapanmada örneğin okulların eğitim süreci çevrimiçi olarak devam etmiştir. Mahkemelerdeki işlerin de tıpkı okullar gibi çevrimiçi olarak sürdürülebilmesi gerekirken duruşmalar ve dosyalama işlemleri yapılamamıştır. (Her ne kadar yukarıda dosyalama işlemlerinin avukat portalı üzerinden yürütüldüğünden bahsetsek de bu sadece Emir 65 tahtındaki davalar için geçerli olduğundan, yüksek meblağdaki davalar için söz konusu değildir.) Sadece acil olan davalar randevu usulüyle yüz yüze görüşülmeye devam etmiştir. Kaldı ki bu gerek mahkeme görevlilerinin gerek polislerin gerekse tutukluların sağlığını riske atan bir durumdur. Çevrimiçi duruşmalar için çok ciddi bir teknolojik alt yapıya ihtiyaç duyulmayabilir. Fakat duruşmaların gün ve saatlerinin hem taraflara hem de taraf vekillerine bildirilebilmesi akabinde tarafların ve/veya davayla ilgili olmayan kişilerin duruşmalara katılım sağlayabilmeleri, çevrimiçi yapılacak olan duruşmaların kayıt altına alınması, bu kaydın muhafazası ardından kaydın yazıya dökülmesi gibi birçok durumun göz önünde tutulup tüm bunların sağlanabilmesi için hem avukatların hem hâkimlerin hem de mahkeme çalışanlarının bu konuda eğitilmesi ve bilgilendirilmesi gerekmektedir. Örneğin görülecek olan bir duruşmada, duruşma kaydını kimin başlatacağı belirlenmelidir. Bir başka örnek tarafların ve/veya davayla ilgili olmayan kişilerin duruşmaya nasıl katılım sağlayabileceğiyle ilgili bir alt yapı oluşturulmalıdır.

¹³⁷ EDS ve randevu usulü sadece Aile Mukayyitliği ve Hukuk Mukayyitliği nezdindeki dosyalamalar için geçerli olup, ceza mukayyitliğindeki dosyalamalarla ilgili olarak herhangi bir bilgiye ulaşılamamıştır.

¹³⁸ <https://www.mahkemeler.net/cgi-bin/elektroksharf.aspx?which-letter=H> (Erişim Tarihi: 16.09.2020); Hukuk Muhakemeleri Usulü Tüzüğü. E2 n1 ve E2 n6 Hukuk Muhakemeleri Usulü Tüzüğü'nde yer alan celpnamelerdir.

¹³⁹ Hukuk Muhakemeleri Usulü Tüzüğü'nde 'taht' kavramı kullanılmaktadır.

¹⁴⁰ Vaka artışları nedeniyle Aile Mukayyitliği ve Hukuk Mukayyitliği nezdindeki dosyalamaların ilk olarak mail yoluyla yapılmaya başlanacağı duyurulmuştur. Fakat yaşanan yoğunluk ve aksaklıklar nedeniyle hem elektronik olarak hem de randevu usulü olarak iki yolla dosyalama yapılabileceği açıklanmıştır. Ayrıntı için bkz. Lefkoşa Mahalli Barosu resmi facebook sayfası, (Erişim Tarihi: 16.09.2020).

gönderilerek en fazla beş adetle sınırlandırılmıştır¹⁴¹. Bu durumun geçici bir süreliğine olmak suretiyle yapıldığı, bir sonraki duyuruya kadar geçerliliğini koruduğu ifade edilmiştir. Buradan hareketle dosyaların çevrimiçi olarak yapılmaya başlaması artış gösterdiği söylenebileceği gibi çevrimiçi olarak işlem yapabilmeye alt yapısının yeterli düzeyde olmaması beraberinde sorunlar getirmiş, bu nedenle yaşanan sorunlara göre çeşitli çözümler üretilmeye başlanmıştır¹⁴². İlk etapta aksaklıklar yaşanacağı göz ardı edilememelidir. Aksaklıkların yaşanmaması için ‘mahkemeler.net’ resmî web sayfasının geliştirilmesi gerekmektedir. Bununla birlikte tüm davalar bakımından çevrimiçi duruşma sistemine geçilebilmesi herhangi bir alt yapıya sahip olunmaması nedeniyle mümkün görünmemektedir. Fakat bunun için ilk etapta pilot bir uygulamayla çevrimiçi duruşmalara başlanabilir. Örneğin düşük miktardaki davalar bu pilot uygulamaya konu olabilir. Böylelikle Lefkoşa’nın başkent olması nedeniyle Lefkoşa Kaza Mahkemesi’nde görülecek olan düşük miktardaki davalar pilot uygulama konusu olabilir. Pilot uygulamayla birlikte hâkimlerin nasıl bir çerçevede duruşmayı yürüteceği, duruşmayı kimin ve nasıl kayıt altına alması gerektiği, hangi uygulama veya uygulamaların kullanılacağı belirlenebilecektir. Bunların yanı sıra ortaya çıkabilecek sorunlar tespit edilip bu sorunlara çözüm üretilebilecektir. KKTC’nin Türkiye gibi büyük bir ülke olmaması nedeniyle çevrimiçi duruşmalara geçilmesi avukatların ulaşmaları bakımından ekstra bir avantaj sağlamayacak olsa da olumlu yönleri olacağı açıktır. Şöyle ki Türkiye’de görülmekte olan bir davayla ilgili olarak İzmir’deki bir avukat Diyarbakır’daki duruşmaya gitmek zorunda kalabilir. Bu hem avukatın yol masrafı yapmasına ve hem de bunu müvekkiline yansıtmasına neden olacaktır. Fakat KKTC’deki mesafeler Türkiye’deki kadar uzak değildir. Bu nedenle ortaya çıkacak yol masrafı Türkiye’deki kadar çok olmayacaktır. Fakat yine de avukatlar kendilerine uzak başka bir Kaza Mahkemesi’nde görülecek olan davalarını aynı güne denk getirerek yol masrafı yapmalarının önüne geçmektedirler.

Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti’ndeki Kıbrıs Türk Barolar Birliği’nin halihazırda çevrimiçi duruşmalara ilişkin bir yasa çalışması yürüttüğü bilinmektedir¹⁴³. Fakat yasa tasarısına ulaşılamamıştır. Yukarıda belirtilen Çevrimiçi Duruşmaların Yürütülmesine Dair Protokol Kıbrıs Türk Barolar Birliği’ne örnek olabilecek niteliklere sahiptir. Bu nedenle çalışma taslağı ele alınırken protokolün dikkate alınması gerektiği açıktır. Bilindiği üzere İngiltere ve KKTC hukuk sistemleri anglo-sakson hukuk sistemi olması nedeniyle benzerlik gösterdiğinden, bu protokol yol gösterici bir niteliğe sahip olabilecektir.

C. Amerika Birleşik Devletleri

ABD’de Yüksek Mahkeme, pandemi nedeniyle 2020 yılının Mart, Nisan ve Mayıs aylarındaki tüm duruşmaları ileri bir tarihe ertelemiştir. Yine Yüksek Mahkeme, bu duruşmaların tümünün çevrimiçi olarak yapılmasını tavsiye etmiştir. New York ve Los Angeles gibi Bölge Mahkemeleri de bu duruşmaların video konferans yoluyla yapılması yönünde tavsiye kararlar

¹⁴¹ Lefkoşa Mahalli Barosu resmi facebook sayfası, (Erişim Tarihi: 16.09.2020).

¹⁴² Lefkoşa Mahalli Barosu resmi facebook sayfası, (Erişim Tarihi: 16.09.2020).

¹⁴³ Kıbrıs Türk Barolar Birliği yasa tasarısını tamamladıktan sonra Yüksek Mahkeme’ye sunacak olup, Yüksek Mahkeme’nin de uygun bulması halinde yasa tasarısı onaylanmak üzere Meclis’e sunulacaktır.

üretmiştir¹⁴⁴. ABD'nin Teksas Eyaleti'nin Collin İlçesindeki Bölge Mahkemesi, covid-19 salgını sürecinde duruşmaları çevrimiçi olarak görmeye başlamıştır. Mahkemedeki ilk jüri duruşması gerçekleştirmiştir. Çevrimiçi olarak yapılan duruşmanın kaydı YouTube üzerinden yayınlandı. Bahse konu dava, sigorta davası olup, ABD tarihinde Covid-19 salgını nedeniyle çevrimiçi olarak yapılan ilk jüri davası olarak kayıtlara geçmiştir. Bahse konu dava ilk olması nedeniyle bazı sorunları da beraberinde getirmiştir. Duruşmaya katılacak olan jüri üyelerinden ikisi zoom uygulamasını açmada sorun yaşamıştır. Bu nedenle duruşmadaki Hâkim Emily Miskel, avukatların işini kolaylaştırmak adına jüri üyelerini iki gruba ayırmıştır. Böylelikle 13 jüri üyesi ilk turda, diğer 13 jüri üyesi de ikinci turda duruşmaya katılım sağlamışlardır. Fakat bu durumun olumsuz yönleri olduğu açıktır. Jüri üyelerinin iki gruba ayrılmasıyla birlikte duruşmada gerçekleştirilenlerin ikinci kez diğer gruptaki jüri üyeleri için de gerçekleştirilmesi gerekecektir. Bu noktada tüm jüri üyelerinin aynı anda katılmasının sağlanması gerekmektedir¹⁴⁵. Bu hususa ilişkin olarak, jüri üyelerinin duruşmalardan önce belirlenecek gün ve saatte kısa eğitimler alması gerekebilir.

Amerika Eyalet Mahkemeleri Ulusal Merkezi, Washington ile birlikte 39 eyalette sanal mahkemelerin kurulacağı yönünde açıklama yapmıştır¹⁴⁶. Böylelikle kişilerin birbiriyle teması olmaksızın tüm işlerini sanal mahkemeler aracılığıyla gerçekleştirebileceklerdir. Aslında ABD örneğiyle birlikte çevrimiçi duruşmaların ülkelere göre farklılık arz edebileceği konusu gündeme gelebilir. Şöyle ki Türkiye'de veya KKTC'de jüri sistemli bir yargılama bulunmamaktadır. Bu nedenle Türkiye'de veya KKTC'de Teksas'da yaşandığı gibi bir sorunla karşılaşılmayacağı açıktır.

D. Almanya

Almanya'da, 2013 yılından bu yana video konferans yoluyla duruşma yapılmasına izin verilse de bu yolun kullanılması oldukça nadir görülmüştür. Fakat 16 Alman eyaletindeki mahkemelerin aynı teknolojiyi kullanamamaları bir sorun olarak görülmüştür. Bunun yanında bir başka sorun ise, avukatların video konferans yoluyla yapılan duruşmalara katılmaya zorlanamamasıdır¹⁴⁷. Almanya'da Covid-19 pandemi süreciyle birlikte, normalden daha az sayıda personelle mahkemeler faaliyetlerine devam etmişlerdir. Fakat yüz yüze duruşmalar altı ay süreyle ertelenmişti.¹⁴⁸ Duruşmalar, sadece acil konularda yapılmaktaydı. Alman medeni usul kanunu, duruşmalarda video konferansın kullanılmasına ilişkin hükümler getirirse de, bu yöntem nadiren kullanılmıştı. Zira; mahkemelerin video konferans yoluyla duruşma yapabilmesi için kısmi

¹⁴⁴ <https://www.nortonrosefulbright.com/de-de/wissen/publications/bbfeb594/covid-19-and-the-global-approach-to-further-court-proceedings-hearings> (Erişim Tarihi: 02.08.2020).

¹⁴⁵ <https://dokuz8haber.net/dunya/amerika/abdde-salgin-nedeniyle-mahkeme-internet-uzerinden-yapildi/> (Erişim Tarihi: 04.08.2020).

¹⁴⁶ <https://dokuz8haber.net/dunya/amerika/abdde-salgin-nedeniyle-mahkeme-internet-uzerinden-yapildi/> (Erişim Tarihi: 04.08.2020).

¹⁴⁷ <https://www.thestar.com.my/tech/tech-news/2020/04/14/pandemic-may-finally-push-germanys-courts-into-21st-century> (Erişim Tarihi: 04.08.2020).

¹⁴⁸ <https://www.nortonrosefulbright.com/de-de/wissen/publications/bbfeb594/covid-19-and-the-global-approach-to-further-court-proceedings-hearings> (Erişim Tarihi: 04.08.2020).

donanımına sahip olmasıydı.¹⁴⁹ Ayrıca taraflar veya tanıkların Almanya dışında bulunduğu hâllerde bu hüküm uygulanmamaktaydı.¹⁵⁰ Diğer bir ifadeyle tarafların ya da tanıkların Almanya dışında bulunması halinde video konferans yoluyla duruşma yapılmamaktaydı.¹⁵¹ Alman Tahkim Entitüsü (Arbitral institutions- German Arbitration/ DIS) kurallarında, video konferans yoluyla duruşma yapılabilmesi için daha çok esneklik bulunmaktadır. Bu da Tahkim Mahkemesi'nin fiziki temastan kaçınmak için ve seyahat kısıtlamalarıyla mücadele edebilmek için dijital araçlar vasıtasıyla kullanımı kolaylaştırabileceği anlamına gelmektedir. Bu durumda hâkimler, duruşmanın ne zaman görüleceğine ilişkin yeni bir karar verebilir, video konferans yoluyla duruşma yapılmasına karar verilebilir veya bazı durumlarda sözlü duruşmaların tamamından kaçınabilirler¹⁵². Alman Tahkim Enstitüsü (DIS), 'Covid-19 Pandemisi ile ilgili Tahkim Uygulamalarının Özel Usul İçeriklerinin Açıklanması' (Announcement of Particular Procedural Features for the Administration of Arbitrations in View of the Covid-19 Pandemic) ile ilgili bir duyuru yayımlanmıştır¹⁵³. Bahse konu duyuru¹⁵⁴ çalışmamızın önceki başlığında bahsedilen Duruşmaların Çevrimiçi Yürütülmesine Dair Protokol'e benzer bir düzenlemedir. Duyurunun kapsamı şu şekildedir:

- Mahkemeler, azaltılmış personelle çalışmaya devam etmiş fakat yüz yüze yapılan duruşmalar altı aya kadar ertelenmiştir.
- Duruşmalar için video konferans kullanımına dair hükümler getirilse de mahkemelerin bunu yapacak donanımına sahip olmaması nedeniyle nadiren kullanılmıştır.
- DIS, Berlin'deki süresiz olarak kapatmıştır. (Tahkim davasının DIS kurallarından 4.2 ve 6.1 maddeleri uyarınca e-posta yoluyla gönderilmesi ve daha sonra tahkim davasının Bonn'daki DIS ana ofisine kâğıt olarak gönderilmesi tavsiye edilmiştir.)
- Hakem heyetinin, fiziksel temastan kaçınmak ve getirilen kısıtlamalarla mücadele edebilmesi adına dijital araçlar kullanarak daha kolay yanıt verebilme imkânı sağlanmıştır.
- Hakem heyeti, duruşmanın yerini değiştirebilir, video konferansın kullanılmasını emredebilir veya belirli durumlarda duruşma yapılmasından tamamen kaçınabilir.¹⁵⁵

Belirtilenler ışığında Almanya da Covid-19 pandemi süreci içerisinde uyulması gereken kurallar belirleyerek bu kurallar çerçevesinde hareket etmiştir.

¹⁴⁹ <https://www.nortonrosefulbright.com/de-de/wissen/publications/bbfeb594/covid-19-and-the-global-approach-to-further-court-proceedings-hearings> (Erişim Tarihi: 04.08.2020).

¹⁵⁰ <https://www.nortonrosefulbright.com/de-de/wissen/publications/bbfeb594/covid-19-and-the-global-approach-to-further-court-proceedings-hearings> (Erişim Tarihi: 04.08.2020).

¹⁵¹ <https://www.nortonrosefulbright.com/de-de/wissen/publications/bbfeb594/covid-19-and-the-global-approach-to-further-court-proceedings-hearings> (Erişim Tarihi: 04.08.2020).

¹⁵² <https://www.nortonrosefulbright.com/de-de/wissen/publications/bbfeb594/covid-19-and-the-global-approach-to-further-court-proceedings-hearings> (Erişim Tarihi: 04.08.2020).

¹⁵³ <https://www.nortonrosefulbright.com/de-de/wissen/publications/bbfeb594/covid-19-and-the-global-approach-to-further-court-proceedings-hearings> (Erişim Tarihi: 04.08.2020).

¹⁵⁴ http://www.disarb.org/files/veranstaltungen/591/DIS%20Announcement%20Particular%20Procedural%20Feature%20s_Covid-19.pdf (Erişim Tarihi:12.08.2020).

¹⁵⁵ <https://www.nortonrosefulbright.com/en-tr/knowledge/publications/bbfeb594/covid-19-and-the-global-approach-to-further-court-proceedings-hearings#Germany> (Erişim Tarihi: 13.07.2023).

E. Dubai, Avustralya ve Kanada

Dubai Mahkemeleri, 17 Mart 2020 tarihinde devam eden yargılamaların 16 Nisan 2020 tarihine kadar geçici olarak ertelendiğini 30/2020 sayılı kararla yayımlamıştı¹⁵⁶. Ayrıca Dubai Mahkemeleri, 19 Nisan 2020 tarihinden itibaren tüm duruşmaların Microsoft Teams kullanımıyla elektronik ortamda gerçekleşeceğini duyurmuştu¹⁵⁷.

Avustralya'nın Canberra'daki Yüksek Mahkemesi seyahat kısıtlamaları nedeniyle 2020 yılının Nisan, Mayıs ve Haziran aylarında mahkemelerinin devrede olmayacağını açıklamıştı¹⁵⁸. Gelecek oturumların da 2020 yılının Haziran ayında yeniden gözden geçirilmesi planlanmıştı¹⁵⁹. Fakat daha sonra mahkeme, yargılamalara video bağlantısıyla devam edeceğini duyurdu¹⁶⁰. Mahkeme, acil konularda, bireysel kayıtlarda ve özel izinli başvurularda ilgili davalara çevrimiçi bakılacağını belirtti¹⁶¹. Avustralya Federal Mahkemesi, 'Kapalıyız, ama çalışmaya devam ediyoruz.' (Our counters are closed, but we're still working.) sloganıyla yeni düzenlemeler yaparak, özel tedbirler ve yeni düzenlemelerle ilgili bildiri yayımladı¹⁶². Bunların arasında; duruşmalar için alternatif gereçler, telefon veya uzaktan erişim teknolojisi gibi alternatif düzenlemeler yer almaktadır¹⁶³.

Kanada'da ise 23 Mart 2020 tarihinden itibaren duruşmalar çevrimiçi olarak gerçekleştirilmiştir¹⁶⁴. İstinaf Mahkemesi, Covid-19 sürecindeki olumsuzlukların olabildiğince bertaraf edilmesi için Acil Durum Yönergesi (Emergency Practice Directions) yayımladı.¹⁶⁵ Yönergeye göre; tek hâkimli oturumların tele-konferans yoluyla, tüm istinaf ve üç hâkimli panel huzurundaki başvuruların ise elektronik (video konferans veya telefon) olarak yapılmaya başlanacağı belirtilmiştir¹⁶⁶.

¹⁵⁶ <https://www.nortonrosefulbright.com/de-de/wissen/publications/bbfeb594/covid-19-and-the-global-approach-to-further-court-proceedings-hearings> (Erişim Tarihi: 04.08.2020).

¹⁵⁷ <https://www.nortonrosefulbright.com/de-de/wissen/publications/bbfeb594/covid-19-and-the-global-approach-to-further-court-proceedings-hearings> (Erişim Tarihi: 04.08.2020).

¹⁵⁸ <https://www.nortonrosefulbright.com/de-de/wissen/publications/bbfeb594/covid-19-and-the-global-approach-to-further-court-proceedings-hearings> (Erişim Tarihi: 04.08.2020).

¹⁵⁹ <https://www.nortonrosefulbright.com/de-de/wissen/publications/bbfeb594/covid-19-and-the-global-approach-to-further-court-proceedings-hearings> (Erişim Tarihi: 04.08.2020).

¹⁶⁰ <https://www.nortonrosefulbright.com/de-de/wissen/publications/bbfeb594/covid-19-and-the-global-approach-to-further-court-proceedings-hearings> (Erişim Tarihi: 04.08.2020).

¹⁶¹ <https://www.nortonrosefulbright.com/de-de/wissen/publications/bbfeb594/covid-19-and-the-global-approach-to-further-court-proceedings-hearings> (Erişim Tarihi: 04.08.2020).

¹⁶² <https://www.nortonrosefulbright.com/de-de/wissen/publications/bbfeb594/covid-19-and-the-global-approach-to-further-court-proceedings-hearings> (Erişim Tarihi: 04.08.2020).

¹⁶³ <https://www.nortonrosefulbright.com/de-de/wissen/publications/bbfeb594/covid-19-and-the-global-approach-to-further-court-proceedings-hearings> (Erişim Tarihi: 04.08.2020).

¹⁶⁴ <https://www.nortonrosefulbright.com/de-de/wissen/publications/bbfeb594/covid-19-and-the-global-approach-to-further-court-proceedings-hearings> (Erişim Tarihi: 04.08.2020).

¹⁶⁵ <https://www.nortonrosefulbright.com/de-de/wissen/publications/bbfeb594/covid-19-and-the-global-approach-to-further-court-proceedings-hearings> (Erişim Tarihi: 04.08.2020).

¹⁶⁶ <https://www.nortonrosefulbright.com/de-de/wissen/publications/bbfeb594/covid-19-and-the-global-approach-to-further-court-proceedings-hearings> (Erişim Tarihi: 04.08.2020).

F. Singapur ve Hong Kong

Covid-19 salgınından önce, Singapur Mahkemeleri, avukatların video bağlantısıyla duruşmalara katılım sağlayabilecek olanaklara sahipti¹⁶⁷. Diğer bir ifadeyle Singapur Mahkemeleri pandemiden önce de çevrimiçi duruşma yapılmasıyla ilgili gereken donanıma sahipti¹⁶⁸. Singapur Mahkemesi'nin, çevrimiçi duruşmaların taraflar veya tanıklar için çok kullanışlı olduğuna dair yaptığı açıklamalar mevcuttur¹⁶⁹. Bu kapsamda Singapur Mahkemesi, çevrimiçi duruşmaların daha iyi yürütülebilmesi için Yüksek Mahkeme hâkimlerini Takım A ve Takım B olarak ikiye bölmüştür¹⁷⁰. Bununla 'adaletin süreklilik planı' nın (a justice continuity plan) olarak hayata geçirilmesidir. Mahkeme, Takım A ve Takım B'de yer alan hâkimlerin birbirleriyle fiziksel olarak yakın temasta bulunmayacağı yönünde karar verdi¹⁷¹. Bunun sonucu olarak da hâkimlerden birinin oluşturacağı video bağlantısıyla toplamda üç hâkimden oluşan bir mahkeme oluşturulmuştur¹⁷². Bu durumda örneğin; hâkimlerden birinin A takımından, geriye kalan ikisinin de B takımından olması hâlinde A takımındaki hâkimin oluşturduğu video bağlantısıyla diğer hâkimlerin duruşmaya katılması mümkündür¹⁷³. Sonuç olarak Singapur Mahkemeleri'nin sosyal mesafeyi uygulamak adına aldığı tedbirler, Covid-19 salgınından önceki video bağlantı uygulamalarının bir uzantısıdır¹⁷⁴.

Hong Kong'da davalar 29 Ocak 2020 tarihinden itibaren Genel Ertelenmiş Dönem (General Adjourned Period/ GAP) adı altında süresiz olarak ertelenmiştir¹⁷⁵. İlk olarak Mart ayında normal hayata döneleceği düşünülmüşse de Hong Kong'da Mart ayında normalleşme mümkün değildi. İstinaf Mahkemesi Başkanı (Chief Justice of the Court of final Appeal the court) tarafından, sağlık ve güvenlikten ödün vermeden mahkeme hizmetlerinin nasıl arttırılacağına dair açıklama bulunulmuştur¹⁷⁶. Böylelikle mahkeme, telefonla, video konferans veya benzer görsel yardım araçlarıyla genellikle teknolojiden yararlanarak duruşmaların kapsamını genişletmeyi değerlendirmiştir¹⁷⁷.

¹⁶⁷ <https://www.nortonrosefulbright.com/de-de/wissen/publications/bbfeb594/covid-19-and-the-global-approach-to-further-court-proceedings-hearings> (Erişim Tarihi: 04.08.2020).

¹⁶⁸ <https://www.nortonrosefulbright.com/de-de/wissen/publications/bbfeb594/covid-19-and-the-global-approach-to-further-court-proceedings-hearings> (Erişim Tarihi: 04.08.2020).

¹⁶⁹ <https://www.nortonrosefulbright.com/de-de/wissen/publications/bbfeb594/covid-19-and-the-global-approach-to-further-court-proceedings-hearings> (Erişim Tarihi: 04.08.2020).

¹⁷⁰ <https://www.nortonrosefulbright.com/de-de/wissen/publications/bbfeb594/covid-19-and-the-global-approach-to-further-court-proceedings-hearings> (Erişim Tarihi: 04.08.2020).

¹⁷¹ <https://www.nortonrosefulbright.com/de-de/wissen/publications/bbfeb594/covid-19-and-the-global-approach-to-further-court-proceedings-hearings> (Erişim Tarihi: 04.08.2020).

¹⁷² <https://www.nortonrosefulbright.com/de-de/wissen/publications/bbfeb594/covid-19-and-the-global-approach-to-further-court-proceedings-hearings> (Erişim Tarihi: 04.08.2020).

¹⁷³ <https://www.nortonrosefulbright.com/de-de/wissen/publications/bbfeb594/covid-19-and-the-global-approach-to-further-court-proceedings-hearings> (Erişim Tarihi: 04.08.2020).

¹⁷⁴ <https://www.nortonrosefulbright.com/de-de/wissen/publications/bbfeb594/covid-19-and-the-global-approach-to-further-court-proceedings-hearings> (Erişim Tarihi: 04.08.2020).

¹⁷⁵ <https://www.nortonrosefulbright.com/de-de/wissen/publications/bbfeb594/covid-19-and-the-global-approach-to-further-court-proceedings-hearings> (Erişim Tarihi: 04.08.2020).

¹⁷⁶ <https://www.nortonrosefulbright.com/de-de/wissen/publications/bbfeb594/covid-19-and-the-global-approach-to-further-court-proceedings-hearings> (Erişim Tarihi: 04.08.2020).

¹⁷⁷ <https://www.nortonrosefulbright.com/de-de/wissen/publications/bbfeb594/covid-19-and-the-global-approach-to-further-court-proceedings-hearings> (Erişim Tarihi: 04.08.2020).

Netice itibariyle, Singapur'un çevrimiçi duruşmalara zemin hazırlamış olduğu ve olası bir pandemi veya benzeri durumlara karşı hazırlıklı olduğu söylenebilir. Fakat aynı durum Hong-Kong için geçerli değildir. Zira Hong-Kong sadece teknolojinin ilerlemesinden fayda sağlayarak çözüm üretmeyi amaçlamıştır.

IV. ÇEVİRİMİÇİ DURUŞMALARIN KUZEY KIBRIS TÜRK CUMHURİYETİ BAKIMINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ

Aleniyet ilkesi; yargılamanın tarafı olmayan herkesin, yargılamayı izleyebilmesi ve yargılama sonunda verilecek olan kararın herkese açık olmak suretiyle halkın bilgisine sunulmasını ifade eder. Bu kapsamda aleniyet ilkesinin zedelenmemesi için yapılacak olan çevrimiçi duruşmaların sistematikleştirilmesi gerekmektedir. Bu noktada konuya ilişkin şu önerilerde bulunulabilir.

- Çevrimiçi portal üzerinden (www.mahkemeler.net) 'çevrimiçi duruşmalar' başlığı taşıyan bir düzenleme yapılabilir. Diğer bir ifadeyle web sitesinde 'çevrimiçi duruşmalar' başlığı taşıyan bir nevi buton niteliği taşıyan bir düzenleme eklenebilir. Yapılacak olan bu düzenlemede çevrimiçi duruşmaların oturum linkleri bu sayfa üzerinden önceden paylaşılmalıdır. Bunun yanında yine aynı sayfa üzerinden görülecek olan davalarla ilgili detaylı bilgilerin de verilmesi gerekmektedir. Örneğin; dosya numarası, taraflar, varsa tarafların temsilcileri ve/veya dava konusu gibi. Aksi hâlde oturuma katılacak olan 3. kişiler hangi linke girmeleri gerektiği hakkında bilgi sahibi olamayacaklardır.
- Yargılama sonunda verilecek kararın halkın önünde açıklanması suretiyle halkın bilgisine sunulması bakımından herhangi bir sorun yaşanmayacaktır. Çünkü kararlar yüz yüze yapılan duruşmalar sonrasında resmî web sitesi üzerinden yayımlanmaktadır. Kaldı ki oturum linklerinin de resmî web sitesi üzerinden paylaşılması hâlinde yargılama sonunda verilecek olan karar yine halkın huzurunda verilmiş olacaktır. Bu noktada aleniyet ilkesi zedelenmeyecektir.
- İlk etapta bazı davalarda duruşmaların çevrimiçi olarak yapılabileceğidir. Çünkü bazı kaza mahkemelerindeki duruşma salonları çok küçük. Bu nedenle davaların küçük salonlarda görüldüğü hâllerde dileyen herkes katılım sağlayamamaktadır. Bu yönüyle çevrimiçi duruşmalar aslında birçok kişinin katılım sağlayabileceğinin bir göstergesidir.

Adil yargılanma hakkının zedelenmemesi için özellikle bazı unsurların göz ardı edilmemesi gerekir. Bunlar; makul süre içinde yargılanma, aleni olarak yargılanma ve kararların aleni olarak verilmesi, bağımsız ve tarafsız bir mahkeme önünde yargılama yapılmasıdır. Bu kapsama;

- Duruşmaların çevrimiçi olarak yapılması ve bunun yanında duruşma evresine kadar gerçekleşmesi gereken işlemlerin çevrimiçi olarak yapılması hâlinde makul süre içinde yargılama söz konusu olacaktır. Bunun yanında davaların elektronik ortamda dosyalanması da hesaba katıldığı zaman daha az maliyet söz konusu olacaktır.

- Yargılamanın aleniyeti ile ilgili yukarıda gereken detaylar verilmiş olup, yargılamanın aleni olarak gerçekleşmesine ilişkin olarak gereken alt yapının sağlanması halinde herhangi bir sorun yaşanmayacaktır.
- Çevrimiçi duruşma olarak yapılacak olan yargılamalar, hâkimlerin önünde gerçekleşeceğinden bağımsız ve tarafsız mahkemelerce yürütülecektir.

Yukarıda yer verilen açıklamalar kapsamında, İngiltere’de yapılan araştırma sonucunda hukuk ve aile davalarında çevrimiçi duruşmaların ceza davalarına oranla çok daha başarılı olduğundan bahsedilmiştir. Bu noktada aile davalarından olan boşanma davaları ve/veya düşük miktarda davalar pilot uygulamanın konusu yapılabilir. Söz konusu pilot uygulama, Lefkoşa Kaza Mahkemesi’nde görülmekte olan aile davaları üzerinden başlatılabilir. Türkiye’nin e-duruşmaya ilişkin pilot uygulamasını Ankara üzerinden başlatması nedeniyle KKTC’de başkent Lefkoşa’yı pilot uygulama bakımından değerlendirebilir. Örneğin bir boşanma davasında küçük yaşta çocuğu/ çocukları olan bir kadının mahkeme önüne gitmeksizin çevrimiçi olarak duruşmaya katılım sağlaması her yönden kadının lehine bir durum teşkil edecektir. Özellikle kadının yıpranma payı da dikkate alındığında çevrimiçi duruşmaya katılımda bu durum oldukça azalır. Bu nedenle aile davaları pilot uygulamaya tabi tutularak çevrimiçi olarak görülmeye başlanabilmelidir.

SONUÇ

2020 yılında Covid-19 salgını sebebiyle Dünya Sağlık Örgütü tarafından küresel pandemi ilan edilmiştir. Daha sonra pek çok ülkenin hükümetleri tarafından bazı önlemler alınmaya başlandı. Bu önlemler, halkın alışık olmadığı davranış kalıplarını ve yasakları içermektedir. Yasaklar ve davranış kısıtlamaları, çoğu iş kolunun çevrimiçi gerçekleştirilmesine neden oldu. Teknolojinin hızla gelişmekte olduğu bir çağda, hukuk sistemlerinin buna kayıtsız kalması düşünülemez. Dolayısıyla teknolojik gelişmeler, hukuk sistemlerine doğrudan etki etmektedir. Bunun üzerine Covid-19 salgını öncesinde gündeme gelmeye ve tartışılmaya başlayan çevrimiçi duruşmalar salgın nedeniyle uygulanmaya başlamıştır. Bu duruşmalar, yargılamaların kesintisiz devam etmesi gibi bir avantajın yanında seyahat edilmemesi ve herkesin bulunduğu yerden duruşmaya katılabilmesi bağlamında zaman ve masraf açısından tasarruf etme olanağı da sağlamıştır.

Çalışmamızda, çevrimiçi duruşmaların avantajları ve dezavantajları üzerinde durulmuştur. Ayrıca yüz yüze ve çevrimiçi yapılan duruşmaların yasal dayanaklarının, yargılamaya hâkim olan ilkelere ne denli uygun oldukları irdelenmiştir. Duruşmaların tümünün çevrimiçi olarak gerçekleşmesi hâlinde aksaklıkların yaşanması kaçınılmazdır. Güvenli platformlar üzerinden çevrimiçi duruşmaların yapılması, tarafların ve avukatların duruşmaya iyi hazırlanmaları kadar önemlidir. Mukayeseli hukuk çerçevesinde ele alınan ülkeler bakımından değerlendirme yapıldığında ise; bu ülkelerin olası bir çevrimiçi duruşmaya hazırlıklı olduğu gözlemlenmektedir. Türkiye ile KKTC’nin ise yabancı ülkelere oranla çevrimiçi duruşma konusunda hazırlıksız olduğu ve yeterli donanımı olmadığı göze çarpmaktadır. Tüm dünyayı etkisi altına alan pandemi söz konusu olmasaydı, çoğu ülke, çevrimiçi duruşmaya yönelik hukuk sistemlerine katkıda

bulunamayacaktı. Ele aldığımız ülkelerle KKTC karşılaştırıldığı zaman, KKTC'nin iç hukukuna hala konuya ilişkin bir mevzuat katmadığı ve taslak aşamasında bıraktığı görülmektedir.

Etkileri devam eden algin hastalık nedeniyle teknolojiye ayak uydurmak zorunluluğu doğmuştur. İşte bu noktada teknolojinin bize değil, bizim teknolojiye ayak uydurmamız bir ihtiyaçtır. Çevrimiçi duruşmaların olumlu ve olumsuz tüm yönlerinin ele alınarak sağlıklı sonuçlar elde edilebilmesi için gereken teknolojik donanımların, eğitilmiş personelin sağlanması ve Devletin üzerine düşen yükümlülüğü yerine getirmesi gerekmektedir. Başlangıçta doğması muhtemel olan aksaklıklar dikkate alınarak, teknolojik gelişmelerin desteğiyle birlikte günümüz sistemine kolaylıkla uyum sağlanması mümkündür.

KAYNAKÇA

Akgün, M. Raşit. “Taraflarca Getirilme İlkesi ve Hâkimin Davayı Maddi Anlamda Sevk Yetkisi”, https://www.academia.edu/37754522/TARAFLARCA_GET%C4%B0R%C4%B0LME_%C4%B0LKES%C4%B0_VE_HAK%C4%B0M%C4%B0N_DAVAYI_MADD%C4%B0_A_NLAMDA_SEVK_YETK%C4%B0S%C4%B0 (Erişim Tarihi: 28.01.23).

Aktepe Artık, Sezin. *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Medeni Usul Hukukunda Adil Yargılanma Hakkı*, 1. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2014.

Aktoğ Özel, Aydan. “Medeni Usul Hukukunda Sesli ve Görüntülü Bilişim Sistemi” (Yüksek Lisans Tezi), *Çankaya Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü*, Ankara, 2019, <http://earsiv.cankaya.edu.tr:8080/xmlui/bitstream/handle/20.500.12416/4035/Akto%C4%9F%20%C3%96zel%2C%20Aydan.pdf?sequence=1&isAllowed=y> (Erişim Tarihi: 27.12.22).

Alangoya, Yavuz. *Medeni Usul Hukukunda Vakıaların ve Delillerin Toplanmasına İlişkin İlkeler*, 1. Baskı, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1979.

Arslan, Aziz Serkan. “Doğrudanlık İlkesi”, *Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi MİHBİR Özel Sayısı*, s. 133-144. <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/213539> (Erişim Tarihi: 26.12.22).

Arslan, Aziz Serkan. “Medeni Usul Hukukunda Doğrudanlık İlkesi” (Doktora Tezi), *Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü*, Konya, 2011, <https://tez.yok.gov.tr/UlusalTezMerkezi/tezDetay.jsp?id=YcuzPYCCoMiX67GYAHK6vg&no=cWS9FdBeeoxEmjNsWawx0g> (Erişim Tarihi: 27.12.22).

Arslan, Ramazan / Yılmaz, Ejder / Taşpınar Ayvaz, Sema / Hanağası, Emel. *Medeni Usul Hukuku Güncellenmiş ve 7251 sayılı Kanun Değişiklikleri İşlenmiş*, 6. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2020.

Arslan, Ramazan / Yılmaz, Ejder / Taşpınar Ayvaz, Sema / Hanağası, Emel. *Medeni Usul Hukuku*, 8. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2022.

Atalı, Murat / Ermenek, İbrahim / Erdoğan, Ersin. *Medeni Usul Hukuku*, 5. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2022.

Atalı, Murat / Ermenek, İbrahim / Erdoğan, Ersin. *Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı*, 1. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2018.

Bayraktar, Tuğba/ Koyuncu, Nuran. “Adil Yargılanma Hakkı”, *Uluslararası Politik, Ekonomik ve Sosyal Araştırmalar Kongresi Bildiriler Kitabı*, C. 1, Politik Araştırmalar, s. 161-177. https://www.researchgate.net/profile/Mehmed-Coegenli/publication/336253666_Is_Kazalarini_Onlemede_Guvenlik_Kulturu/links/5d97233e299bf1c363f6533d/Is-Kazalarini-Oenlemede-Guevenlik-Kueltuerue.pdf#page=176 (Erişim Tarihi: 26.12.22).

Belgesay, Mustafa Reşit. *Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu Şerhi*, 2. Baskı, İstanbul Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 1939.

Can, Seda/ Eke, Erdal. “E-Devlet Kullanıcılarının Bilgi Ve Memnuniyet Düzeylerine Yönelik Bir Araştırma”, *Dumlupınar Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi*, S. 64, Kütahya, 2020, <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/1065863> (Erişim Tarihi: 27.12.22).

Çarkçı, Oğuzhan. “Türkiye’de E-Devlet Uygulamaları Üzerine Bir Araştırma”, *Süleyman Demirel Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi*, S. 12, Isparta, 2010, s. 95-122.

Ekinci, Ahmet. “Anayasa Mahkemesi’nin Bireysel Başvuru Kararlarında Mahkemeye Erişim Hakkı”, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 18, S. 3-4, Ankara, 2014, s.821-848.

Erdönmez, Güray. *Medeni Usul Hukuku*, 15. Baskı, 2017, İstanbul.

Ermenek, İbrahim. “Hukuk Muhakemeleri Kanuna Göre Ön İnceleme”, *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 2, S. 1, s. 139-177.

Gayretli Aydın, Seda. “Medeni Yargılama Hukukunda Ses ve Görüntü Nakli Yoluyla Duruşmaya Katılma”, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 19, İzmir, 2017, s. 2101-2126.

Görgün, L. Şanal / Börü, Levent / Toraman, Barış / Kodakoğlu, Mehmet. *Medeni Usul Hukuku*, 8. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2019.

İlgaz, Okan. “Türkiye’de E-Devlet Uygulamaları: UYAP Örneği” (Bitirme Tezi), *Necmettin Erbakan Üniversitesi Sosyal ve Beşerî Bilimler Fakültesi Siyaset Bilimi ve Kamu Yönetimi Bölümü*, Konya, 2016,

https://www.academia.edu/es/34112638/T%C3%9CRK%C4%B0YE_DE_E_DEVLET_UYGU_LAMALARI_UYAP_%C3%96RNE%C4%9E%C4%B0 (Erişim Tarihi: 27.12.22).

Işıklar, Celal. “İdari Yargıda Duruşma”, *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, C. 2, S. 4, Ankara, 2011.

İnal, İdil. “HMK’da Yargılamaya Taraf Olan İlkeler” (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), https://www.academia.edu/13169802/HMKda_Yarg%C4%B1lamaya_Hakim_Olan_%C4%B0lkel (Erişim Tarihi: 26.07.2020).

Karakehya, Hakan. “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin 6. Maddesi (Adil Yargılanma Hakkı) Bağlamında Ceza Muhakemesinde Duruşma” (Doktora Tezi), *Eskişehir Anadolu Üniversitesi*, Eskişehir, 2007, <https://earsiv.anadolu.edu.tr/xmlui/bitstream/handle/11421/9653/458685.pdf?sequence=1> (Erişim Tarihi: 27.12.22).

Karakimseli, Ayşe. “İcra Takiplerinde Ulusal Yargı Ağı Bilişim Sistemi (UYAP) Kullanımı”, *Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 13, S. 1, Erciyes, 2018, s.315-360.

Karslı, Abdurrahim. *Medeni Muhakeme Hukuku*, 4. Baskı, Alternatif Yayıncılık, İstanbul, 2014.

Kurt Konca, Nesibe. “Medeni Usul Hukukunda Aleniyet İlkesinin Sınırlandırılması”, *Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi MİHBİR Özel Sayısı*, s. 65-96, <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/213533> (Erişim Tarihi: 27.12.22).

Kurtoğlu, Tuğçe. “Ceza Yargılamasında Duruşmada Hazır Bulunması Gereken Kişiler ve Duruşma Düzeni”, *Namık Kemal Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Tekirdağ, 2021/2.

Kuru, Baki. *Hukuk Muhakemeleri Usulü*, C. II, 6. Baskı, Demir Yayıncılık, İstanbul, 2001.

Meriç, Nedim. “Medeni Usul Hukukunda Tasarruf İlkesi” (Doktora Tezi), *Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü*, 2010, <https://tez.yok.gov.tr/UlusalTezMerkezi/tezDetay.jsp?id=sd5OUXQgdVEkZN1CXLtPHQ&no=xMxdoTuAScKruh8jIGTS4Q> (Erişim Tarihi: 27.12.22).

Ocak, Memduh. “Hukuk Davalarında Duruşma” (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), *Çağ Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yüksek Lisans Tezi*, Mersin, 2014, <https://tez.yok.gov.tr/UlusalTezMerkezi/tezDetay.jsp?id=InW7XbzzELR6jpfV32f2cg&no=OTIhm-21QgyhLBCegkrCeg> (Erişim Tarihi: 27.12.22)

Öge, Hande. “Hukuki Dinlenilme Hakkı”, *Bahçeşehir Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü*, İstanbul, 2008, https://www.academia.edu/37008324/HMK_%C3%87er%C3%A7evesinde_Hukuki_Dinlenilme_Hakk%C4%B1 (Erişim Tarihi: 27.12.22).

Özekes, Muhammet. *Medeni Usul Hakkında Hukuki Dinlenilme Hakkı ve Hakkın Bazı Güncel Sorunları*, Adil Yargılanma Hakkı, Nergiz Yayınları, İzmir, 2005, <http://ozekesseven.com/wp-content/uploads/2020/01/T2-Medeni-Usul-Hukukunda-Hukuki-Dinlenilme-Hakk%C4%B1-ve-Hakk%C4%B1n-Baz%C4%B1-G%C3%BCncel-Sorunlar%C4%B1.pdf> (Erişim Tarihi: 27.12.22).

Özmumcu, Seda. “Türk Hukukunda Yargıtay Kararları Işığında Re’sen Araştırma İlkesi”, *Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Mihbir Özel Sayısı, C. 4, S. 2, 2014, <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/213535> (Erişim Tarihi: 07.07.23).

Öztek, Selçuk. “Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun Aleniyet İlkesine İlişkin 28 İnci Maddesi ile Ses Ve Görüntü Nakledilmesi Yoluyla Veya Başka Yerde Duruşma İcrasına İlişkin 149 Uncu Maddesinde 7251 Sayılı Kanunla Yapılan Değişiklikler Hakkında Bazı Düşünceler”, *Adalet Dergisi*, S. 66, 2021 / 1, s. 641-665, <https://dergipark.org.tr/tr/pub/adaletdergisi/issue/62377/940493> (Erişim Tarihi: 27.12.22).

Öztürk, Hacı Ömer. “Medeni Usul Hukukunda Aleniyet İlkesi” (Yüksek Lisans Tezi), *Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü*, Ankara, 2006, <https://dspace.ankara.edu.tr/xmlui/bitstream/handle/20.500.12575/28497/2544.pdf?sequence=1&isAllowed=y> (Erişim Tarihi: 27.12.22).

Pekcanitez, Hakan / Atalay, Oğuz / Özekes, Muhammet. “Hukuk Muhakemeleri Kanunu ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Teklifinin (2020) Değerlendirilmesi” (30.03.2020), <https://blog.lexpera.com.tr/hmk-ile-bazi-kanunlarda-degisiklik-yapilmasina-dair-kanun-teklifinin-2020-degerlendirilmesi/> (Erişim Tarihi: 28.07.2020).

Pekcanitez, Hakan / Atalay, Oğuz / Özekes, Muhammet. *Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı*, 10. Baskı, Eylül, 2022, İstanbul.

Pekcanitez, Hakan / Özekes, Muhammet / Akkan, Mine / Taş Korkmaz, Hülya. *Medeni Usul Hukuku*, C. 2, 15. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2017.

Pekcanitez, Hakan. “Hukuki Dinlenilme Hakkı”, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Prof. Dr. Seyfullah Edis’e Armağan*, İzmir, 2000, s.753-791, <https://hukuk.deu.edu.tr/wp-content/uploads/2020/01/Pekcanitez.pdf> (Erişim Tarihi: 26.07.2020).

Pekcanitez, Hakan. *Medeni Usul Hukuku*, 15. Baskı, 2017, İstanbul.

Pekcanitez, Hakan. “Medeni Yargıda Adil Yargılama”, *İzmir Barosu Dergisi*, D 1997/2.

Postacıoğlu, İlhan E.. *Medenî Usûl Hukuku Dersleri*, 6. Baskı, Sulhi Garan Matbaası, İstanbul, 1975.

Postacıoğlu, İlhan E. / ALTAY, Sümer. *Medenî Usûl Hukuku Dersleri*, 7. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2015.

Rüzgaresen, Cumhuriyet. “Usul Ekonomisi İlkesinin İhlaline Karşı Başvuru Yolları”, *Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Mihir Özel Sayısı*, s. 173 – 213, <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/213525> (Erişim Tarihi: 27.12.22).

Rüzgaresen, Cumhuriyet. *Medeni Usul Hukukunda Usul Ekonomisi İlkesi*, 1. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2013.

Sağlam, Fazıl. *Türk Anayasa Hukuku Dersleri*, 1. Baskı, Yakın Doğu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayını, Lefkoşa, 2013.

Saygılı, Abdurrahman / Akça, Kübra Nur. “6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun Sözlü Yargılama Hükmünün Adil Yargılanma Hakkı İle Olan Rabıtası”, *Adalet Dergisi*, S. 67, 2021/2.

Scharader, Christian / Aşık, İbrahim. “Aleniyet İlkesine İlişkin Almanya’daki Güncel Gelişmeler”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırma Dergisi*, C. 23, S. 3, Marmara, Aralık 2017, s. 507-519, <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/469302> (Erişim Tarihi: 27.12.22)

Sencer, Rasih Feridun. “Adil Yargılanma Hakkı”, *İzmir Barosu Dergisi*, Mayıs, 2013, s. 108-173.

Şanlı Yalın, Şeyda. “Yeni KMH’ya Göre Ön inceleme”, *İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 3, S. 2, Aralık, 2017, s.33-54.

Şeker, Hilmi. “Duruşmaya Katılma Hakkı”, *Ankara Barosu Dergisi*, S. 1, Ankara, 2017, s.221-248.

Tanrıver, Süha. *Medenî Usûl Hukuku*, C. I, 1. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2016.

Tanrıver, Süha. *Medenî Usûl Hukuku*, C. I, 4. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2021.

Ulukapı, Ömer. *Medeni Usul Hukuku*, 2. Baskı, Mimoza Yayıncılık, Konya, 2014.

Üstündağ, Saim. *Medeni Yargılama Hukuku*, C. I-II, 6. Baskı, İstanbul, 1997.

Yıldırım, M. Kamil. *İlkeler Işığında Medeni Yargılama Hukuku*, Beta Yayınları, 7. Baskı, İstanbul, 2012.

Yılmaz, Ejder, “Usul Ekonomisi”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 57, S. 1, 2008.

<https://www.judiciary.uk/you-and-the-judiciary/going-to-court/court-of-appeal-home/the-court-of-appeal-civil-division-live-streaming-of-court-hearings/> (Erişim Tarihi: 02.08.2020).

https://www.fidefundacion.es/In-the-UK-the-Covid-19-lockdown-has-accelerated-the-use-of-virtual-court-hearings-but-will-it-bring-permanent-changes_a1359.html. (Erişim Tarihi: 02.08.2020).

<https://www.judiciary.uk/publications/civil-court-guidance-on-how-to-conduct-remote-hearings/> (Erişim Tarihi: 04.08.2020).

https://www.judiciary.uk/wp-content/uploads/2020/03/Remote-hearings.Protocol.Civil_GenerallyApplicableVersion.f-amend-26_03_20-1-1.pdf (Erişim Tarihi: 04.08.2020).

<https://www.nortonrosefulbright.com/de-de/wissen/publications/bbfeb594/covid-19-and-the-global-approach-to-further-court-proceedings-hearings> (Erişim Tarihi: 02.08.2020).

<https://www.mahkemeler.net/cgi-bin/elektroksharf.aspx?which-letter=H> (Erişim Tarihi: 16.09.2020).

<https://dokuz8haber.net/dunya/amerika/abdde-salgin-nedeniyle-mahkeme-internet-uzerinden-yapildi/> (Erişim Tarihi: 04.08.2020).

<https://www.thestar.com.my/tech/tech-news/2020/04/14/pandemic-may-finally-push-germanys-courts-into-21st-century> (Erişim Tarihi: 04.08.2020).

Bağlantı:http://www.disarb.org/files/veranstaltungen/591/DIS%20Announcement%20Particular%20Procedural%20Features_Covid-19.pdf Erişim Tarihi:12.08.2020).

<https://icisleri.gov.ct.tr/Haberler/ArtMID/11848/ArticleID/53879/T220RK-AJANSI-KIBRIS%E2%80%99A-TAK-KONU%C5%9EAN-BAYBARS-E-DEVLET-E-N220FUS-ADLI-OLAYLAR-N220FUS-POLITIKASI-CEZAEVI-220LKESEL-FIZIKI-PLAN-BELEDIYELER-GIBI-BIR199OK-BA%C5%9ELIKTA-SORULARI-CEVAPLADI> (Erişim Tarihi: 22.07.2020).

<http://edevlet.gov.ct.tr/>. (Erişim Tarihi: 22.07.2020).

<https://afyonluoglu.org/PublicWebFiles/Reports-TR/UYAP%20ve%20SEGB%C4%B0S%20Mevzuat.pdf> (Erişim Tarihi: 22.07.2020).

Hukuk Muhakemeleri Kanunu Yönetmeliği, Resmî Gazete, Sayı: 28253, Bağlantı: <https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2012/04/20120403-3.htm> (Erişim Tarihi: 28.07.2020).

Hukuk Muhakemelerinde Ses ve Görüntü Nakledilmesi Yoluyla Duruşma İcrası Hakkında Yönetmelik, Resmî Gazete, Sayı: 31527, Bağlantı: <https://higm.adalet.gov.tr/Resimler/SayfaDokuman/3062021121049E-Duru%C5%9Fma%20%20Y%C3%B6netmelik.pdf> (Erişim Tarihi: 01.07.2022).

Bölge Adliye ve Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri ile Cumhuriyet Başsavcılıkları İdari ve Yazı İşleri Hizmetlerinin Yürütülmesine Dair Yönetmelik, Resmî Gazete, Sayı: 29437, <https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2015/08/20150806-3.htm> (Erişim Tarihi: 01.07.2022).

https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2020/07/20200728-14.htm?fbclid=IwAR2M0Bf35vpaz5JBot7lyW7aGj_t5-amdcT2PwJ0pPvI7MiS5hNa5QB9EAQ, (Erişim Tarihi: 28.07.2020).

<https://bigm.adalet.gov.tr/Home/SayfaDetay/e-durusma-sistemi17062020040538>, Erişim Tarihi:18.09.2020.

http://www.istecanakkalegazetesi.com/haber/15997-yargida-e-durusma-donemi-basliyor?fbclid=IwAR1BX7lmnP0bRTz9Xt95bkgGFWZxwN-VK-CqYRvC_KpDtZnRy0SSzs0s09M, (Erişim Tarihi:18.09.2020).

<https://www.aa.com.tr/tr/turkiye/yargida-e-durusma-donemi-15-eylulde-pilot-uygulamayla-basliyor/1969815>, (Erişim Tarihi: 18.09.2020).

http://www.istecanakkalegazetesi.com/haber/15997-yargida-e-durusma-donemi-basliyor?fbclid=IwAR1BX7lmnP0bRTz9Xt95bkgGFWZxwN-VK-CqYRvC_KpDtZnRy0SSzs0s09M, (Erişim Tarihi: 18.09.2020).

<https://sozluk.gov.tr/>, (Erişim Tarihi:21.07.2020).

<http://www.sozluk.adalet.gov.tr/DURU%c5%9eMA>, (Erişim Tarihi:21.07.2020).

<https://higm.adalet.gov.tr/Resimler/SayfaDokuman/3062021121049E-Duru%C5%9Fma%20%20Y%C3%B6netmelik.pdf> (Erişim Tarihi: 01.07.2022).

<https://bigm.adalet.gov.tr/Home/SayfaDetay/yargida-e-durusma-donemi-basladi15092020042405>, (Erişim Tarihi: 07.07.2023).

Bireysel Başvurularda: AYM, Başvuru No: 2013/ 2228, 15.04.2014, AYM, Başvuru No: 2013/ 841, 23.01.2014.

Hukukun Üstünlüğü Perspektifinden Uluslararası Ceza Yargısının Tarihsel Gelişimi

Cem Ümit BEYOĞLU 

Arş. Gör. Dr., Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Anayasa Hukuku Anabilim Dalı,
Antalya, Türkiye
cemumitbeyoglu@gmail.com (Sorumlu Yazar / Corresponding Author)

Makale Bilgileri

Makale Geçmişi
Geliş: 04.08.2023
Kabul: 23.10.2023
Yayın: 23.10.2023

Anahtar

Kelimeler:

Hukukun Üstünlüğü,
Yargı Bağımsızlığı,
Adil Yargılanma Hakkı.

ÖZET

Uluslararası ceza yargısının tarihsel gelişimi bağlamında kurulan mahkemelerin ve yapılan yargılamaların eleştirileri, sorunları ve bunlara yönelik yorumlar, uluslararası ceza adaletinin sağlanması açısından çok önemli bir yere sahiptir. Dolayısıyla Nürnberg yargılamaları ile başlayan sürecin devamında Eski Yugoslavya Mahkemesi ile Ruanda Mahkemesi'nin özelliklerinin ve içtihatlarının da değerlendirilmesi ve bu mahkemelere yönelik doktrin görüşlerinin de ortaya konulması, Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin gelişimi bakımından önemli bir ihtiyaçtır. İlk olarak Nürnberg yargılamalarına yönelik, "galiplerin adaleti" ve "kanunsuz suç ve ceza olmaz" eleştirilerinin göz önünde bulundurularak UCM'nin şekillendirilmesi gerekmektedir. Dolayısıyla uluslararası suç olarak UCM yargısına tabi tutulacak suçların tanımlarının, unsurlarının ve içeriklerinin düzgün bir şekilde düzenlenerek "kanunsuz suç ve ceza olmaz" ilkesine uygun şekilde yargılama yapılması sağlanmalıdır. Buna ek olarak, uluslararası topluma zarar verecek olan her muhtemel suçun uluslararası suçların düzenlenmesinde dikkate alınması ve böylelikle hiçbir uluslararası suçun cezasız kalmaması teminat altına alınmalıdır. Özellikle UCM'yi kuran Roma Statüsü'ne mümkün olduğunca çok devletin taraf olmasının sağlanması, uluslararası ceza yargısının meşruiyetinin artırılması bakımından son derece önemlidir.

Historical Development Of International Criminal Jurisdiction From The Perspective Of The Supremacy Of Law

Article Info

Article History

Received: 04.08.2023
Accepted: 23.10.2023
Published: 23.10.2023

Keywords:

Supremacy of Law,
Independence of the
Judiciary, Right to a
Fair Trial.

ABSTRACT

In the historical development of the international criminal justice, criticisms, problems and interpretations on the established courts and proceedings has a significant place in terms of ensuring of international criminal justice. Therefore, in the continuation of the process that started with the Nuremberg trials, it is a necessity to evaluate the characteristics and case-laws of the Former Yugoslavia Tribunal and the Rwanda Tribunal and to reveal the doctrinal views on these courts for the development of the International Criminal Tribunal. First of all, the ICC should be shaped by taking into account the criticisms of "victor's justice" and "no crime and punishment without law" against the Nuremberg trials. Therefore, it should be ensured that the definitions, elements and contents of the crimes that will be subject to the ICC's judgment as an international crime should be properly regulated and trials be conducted in accordance with the principle of "no crime and punishment without law". In addition, it should be secured that every possible crime that will harm the international community is taken into account in the regulation of international crimes, so that no international crime goes unpunished. In particular, ensuring that as many states as possible become parties to the Rome Statute, which established the ICC, is crucial in terms of increasing the legitimacy of the international criminal justice system.

Atıf/Citation: Beyoğlu, C. Ü. (2023). "Hukukun Üstünlüğü Perspektifinden Uluslararası Ceza Yargısının Tarihsel Gelişimi", *Necmettin Erbakan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 6(2), s. 705-729.



"This article is licensed under a Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License (CC BY-NC 4.0)"

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

GİRİŞ

Uluslararası ceza yargısı, silahlı çatışmalar sırasında işlenen suçların yol açtığı kayıpların büyüklüğünden dolayı uluslararası adaletin ve güvenliğin sağlanması açısından önemlidir. Zira uluslararası ceza yargısı nezdindeki sorumluluk, devlet yöneticilerinin keyfi şekilde eylem ve işlem gerçekleştirmelerini engelleyebilecektir. Özellikle otoriter siyasi iktidarlar tarafından gerçekleştirilen eylem ve işlemler, ulusal hukuk düzenlerinde denetlenemez veya sorgulanamaz olabilmektedir. Buna karşın ilgili siyasi iktidar sahipleri, uluslararası sorumluluğun varlığının bilincinde olarak insan haklarına ve hukukun üstünlüğüne uygun politikalar yürütme gereği hissedecektir. Bilindiği üzere uluslararası hukukun sükreleri devletler, uluslararası örgütler ve devlet niteliği kazanamamış insan topluluklarıdır. Ancak özellikle II. Dünya Savaşı ve Nazi zulmü, uluslararası topluma bireylerin uluslararası barışa, güvenliğe ve insan haklarına ne oranda zarar verebileceğini göstermiştir. Uluslararası alanda bireyler tarafından işlenen suçlara ilişkin tek çözümün uluslararası bir ceza yargısı olduğu gerçeği ortadadır. 1933 yılında iktidara gelmesiyle başlayan Nazi zulmü ve 1939 yılında başlayıp 1945 yılında sona eren II. Dünya Savaşı ardından kurulan Nürnberg Mahkemesi, somut anlamda uluslararası alanda bireysel sorumluluğun yer aldığı ilk yargılamaların yapıldığı mahkemedir. Nürnberg yargılamaları, her ne kadar hukukun üstünlüğüne ilişkin ilkelere aykırılığıyla eleştirilmiş olsa da Nürnberg yargılamalarının uluslararası ceza hukukuna teşkilat, hukuk ilkeleri ve içtihat anlamında katkısı inkar edilemez. Bununla beraber Nürnberg yargılamalarının olumlu ve olumsuz yönlerinin değerlendirilmesi de uluslararası ceza yargısının gelişiminin başlangıcı olması açısından zorunlu olmaktadır. Zira bu yargılamaların olumsuz yönlerinden ders çıkarılması ve olumlu yönleri açısından yararlanılması gerekli birer ihtiyaçtır.

Nürnberg yargılamaları kapsamında Mihver devlet yöneticilerinin yargılanmasının mahkemenin tali işlevi olduğu şüphesizdir. Bu mahkemelerin asıl önemi, uluslararası ceza hukukuna dair ilk ve çok önemli bir adım olmasıdır.¹ Nürnberg yargılamaları sonrasında Yugoslavya topraklarında yaşanan olaylara ilişkin olarak kurulan Eski Yugoslavya İçin Uluslararası Ceza Mahkemesi ile yakın tarihlerde Ruanda'da işlenen suçların yargılaması amacıyla kurulan Ruanda Uluslararası Ceza Mahkemesi de uluslararası alanda bireysel cezai sorumluluk açısından değerlendirilmesi gereken kurumlardır. Zira teşkilat anlamında benzer olan bu iki mahkemenin de içtihatları çerçevesinde uluslararası ceza hukukuna sağladıkları katkılar çok önemlidir. EYUCM özellikle Tadic Davasına ilişkin kararında uluslararası suçlar ve hukukun üstünlüğü hususunda yapmış olduğu değerlendirmelerle yeni gelişmekte olan uluslararası ceza yargısına yol göstermiştir. Ruanda Mahkemesi ise soykırımı teşvik edici propagandanın dahi uluslararası bireysel cezai sorumluluğu doğuracağını göstermesi yönüyle, uluslararası ceza yargısına önemli katkıda bulunmuştur. Ayrıca bu iki mahkeme, savaş suçları ve insanlığa karşı suçlar kapsamında cinsel suçların da nasıl değerlendirileceği konusunda önemli değerlendirmelerde bulunmaları açısından uluslararası ceza yargısına önemli bir içtihat kaynağı sunmuşlardır.

¹ Poroy, Nazım. *Nürnberg Davası*, Milli Eğitim Basımevi, Ankara, 1948, s. 89.

Çalışma, uluslararası ceza yargısının tarihsel gelişimi temelinde ortaya çıkan olumlu ve olumsuz noktalar doğrultusunda modern dünyada uluslararası ceza yargı organı olan Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin mevcut özellikleri bağlamında hukukun üstünlüğü çerçevesinde olası sorunları ortaya koymak ve mümkün olduğunca çözüm önerileri sunmayı amaçlamaktadır. Zira uluslararası alanda devlet yöneticilerinin de uluslararası hukukun temel amacı olan uluslararası barış ve güvenliğin sağlanmasına aykırı hareket etmesinin önlenmesi ve gerçekleşen ihlallere ilişkin gerekli yargılamaların yapılarak uygun yaptırımın uygulanması oldukça önemlidir. Anılan mahkemelere ilişkin gelişmelerin ele alınmasından önce hukukun üstünlüğü kavramı değerlendirilecektir. Nitekim söz konusu gelişmelerin hukukun üstünlüğü perspektifinden incelenmesi, çalışmanın temel amacı olarak öne çıkmaktadır. Bu bağlamda hukukun üstünlüğü ilkesi kapsamında yer alan temel unsurlar ve güvencelerin ortaya konması amaçlanmaktadır. Ancak deyim yerindeyse yüzyıllardır içeriği tartışılan hukukun üstünlüğü ilkesinin tüm ayrıntılarıyla incelenmesi çalışmanın amacını ve kapsamını oldukça aşacağı için modern hukuk düzenlerinde geniş oranda kabul gören unsurlar ve güvenceler, çalışmayı ilgilendirdiği ölçüde ele alınacaktır.

I. HUKUKUN ÜSTÜNLÜĞÜ KAVRAMI

Hukukun üstünlüğü (*supremacy of law*) ilkesinin içeriğinin ortaya konulması aşamasında söz konusu ilkenin uzun zamandır tartışıldığını ve zamanla gelişen dinamik bir kavram olduğunu unutmamak gerekmektedir. Dolayısıyla hukukun üstünlüğü ilkesi, çalışma konusunu ilgilendirdiği ölçüde, yani uluslararası ceza yargısının tarihi gelişiminde önem taşıyan noktaların değerlendirilmesi bağlamında ele alınacaktır. Hukukun üstünlüğü ilkesine ilişkin tartışmalardan ziyade, geniş anlamda kabul gören unsurlara değinilecektir.² Gerek hukukun üstünlüğü gerekse de hukuk devleti kavramları açısından genel ulusal anlamda devletlerin kullandığı yetkiler anlaşılabilir ise de çalışmanın konusu bağlamında uluslararası bir yargı yetkisi ele alınacağı unutulmamalıdır. Buna karşın uluslararası yargı yetkisi de özü niteliğiyle bir yargılamayı içerdiği için hukukun üstünlüğü ilkesi kapsamında yer alan güvencelerin geçerli olması gerektiğinde bir şüphe bulunmamaktadır.

Hukukun üstünlüğü ilkesinin hukuka bağlılık, yetkide hukukilik, hukukla sınırlılık, hukuk önünde hesap verebilirlik, hukuk güvenliği, bağımsız ve tarafsız bir yargı, hukuk önünde eşitlik, hukukun uygulanmasında adalet, hukuki belirlilik, usuli ve yasal açıklık şeklinde temel unsurlardan oluştuğunu belirtmek mümkündür. Hukuka bağlılık kavramı, kullanılan kamusal yetkilerin gerek pozitif hukuk kurallarına gerekse de bu kuralların dayandığı genel hukuk ilkelerine bağlılığı ifade etmektedir. Ayrıca hukuka bağlılık ilkesinin bir boyutu da keyfilik yasağıdır.³ Nitekim keyfilik hukuk üstünlüğü açısından önemli bir sorun olduğu muhakkaktır.

² Hukukun üstünlüğü ilkesi ile ilgili tüm tartışmaları ele almak ve bunlara yönelik çözüm önerisi sunmak çalışmanın temel amacı olmadığı gibi çalışmanın kapsamını da oldukça aşacaktır. Bu bağlamda hukukun üstünlüğü kavramı ile ilgili doktrinde ileri sürülen görüşler, tarihi gelişimi veya hukuk devleti (*Rule Of Law*) ile ilişkisi gibi oldukça tartışmalı noktalardan ziyade çalışma konusunu ilgilendiren ve geniş anlamda kabul gören önemli unsurların ele alınacağı vurgulanmalıdır.

³ Eren, Abdurrahman. *Anayasa Hukuku Dersleri*, 4. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara, 2022, s. 421-422.

Zira keyfilik, hukuka tabi olan kişilerin özgürlüğünü yok etme riskini taşımaktadır.⁴ Yetkide hukukilik bağlamında hiçbir kişi veya organın hukuktan kaynaklanmayan bir yetkiyi kullanması mümkün değildir. Hukukla sınırlılık ilkesi uyarınca kamusal yetki ve görevlerin hukukun belirlemiş olduğu sınırlar çerçevesinde kullanılması gerekmektedir. Hukuk önünde hesap verebilirlik ilkesine göre kamusal yetki kullanan tüm organ, kurum ve kişiler, yargı denetimi kapsamında hesap verebilir olmalıdır. Söz konusu yargı denetimi uyarınca alınan tüm kararlara gecikmeden uyulmalı ve yargı denetimi ile kamu kurumlarının takdir yetkisi arasındaki sınır korunmalıdır. Hukuk güvenliği ilkesi; hak arama özgürlüğü, adil yargılanma hakkı, masumiyet karinesi, kanunsuz suç ve ceza olmaz ilkesi, kanuni hakim güvencesi, ceza kanunlarının geçmişe yürümemesi, hukuka aykırı delillerin kullanılmaması, ceza sorumluluğunun şahsi olması, ceza yargılamasının aleni olması hakkı, kanun önünde eşitlik sağlanması ve hukuki belirlilik ilkesi gibi güvenceleri içermektedir.⁵ Hukuki belirlilik ilkesi ise hem kamusal eylem ve işlemlerin hem de genel hukuk kurallarının ulaşılabilir, öngörülebilir ve açık olmasını gerektirmektedir. Hukuk güvenliği bağlamında geçmişe etki yasağı söz konusudur. Bu bağlamda hukuk kuralları, yürürlüğe girdikleri tarih ile yürürlükten kalktıkları tarih arasındaki sürede meydana gelen olaylara uygulanır ve bir kural yürürlüğe girmesinden önce meydana gelen olaylara uygulanamaz.⁶

Hukukun üstünlüğü ilkesinin ceza sorumluluğuna ilişkin güvenceleri ve adil yargılanma hakkını kapsadığını vurgulamak gerekir. Bu bağlamda suçta ve cezada kanunilik, ceza sorumluluğunun şahsiliği, kusur sorumluluğu, kanunu bilmemenin mazeret sayılmayacağı, cezaların bireyselleştirilmesi, *non / ne bis in idem* (aynı fiile çifte cezalandırma yasağı) ve genel müsadere yasağı şeklindeki güvenceler ceza sorumluluğuna ilişkin ilkeler kapsamında değerlendirilmelidir.⁷ Adil yargılanma hakkının unsurları ise temel anlamda: mahkemeye erişim hakkı, kanunla kurulmuş bağımsız ve tarafsız mahkemede yargılanma hakkı, hakkaniyete uygun yargılanma hakkı, masumiyet karinesi, aleni yargılanma ve aleni hüküm hakkı, makul sürede yargılanma hakkı ile suç isnat edilen kişinin asgari hakları şeklinde ifade edilebilir. Hakkaniyete uygun yargılanma hakkı; silahların eşitliği ilkesi, çelişmeli yargılama ilkesi, yargılamaya etkili katılım ve duruşmada hazır bulunma hakkı, susma ve kendini suçlayıcı delil sunmaya zorlanmama hakkı, delillere ilişkin temel kurallar ile gerekçeli karar hakkı şeklinde güvenceleri içermektedir. Delillere ilişkin temel kurallar; delillerin duruşmada sunulması ve tartışılması, hukuka aykırı delil yasağı, delile ulaşma ve yorum yapma hakkı, tanık veya bilirkişi dinlenmesi yönündeki talepler ile delilin değerlendirmesi şeklindeki hususlara ilişkin güvencelere yöneliktir. Sanık hakları olarak da nitelendirilen suç isnat edilen kişinin asgari hakları ise suçlama hakkında bilgilendirilme, savunma için gerekli zaman ve kolaylıklara sahip olma, kendi kendini savunma veya avukat yardımından

⁴ Keyfilik kavramı; kamusal kararların, kararları veren kişinin değerlendirmesine bağlı olarak kararı vermenin veya vermeyenin tümüyle kararı veren kişinin elinde olması şeklinde kısaca ifade edilebilir. Çebi, Sezgin Seymen. *Anayasalcılık ve "Politik Olan"*, Adalet Yayınları, Ankara, 2021, s. 326.

⁵ Eren, s. 422-428.

⁶ Gözler, Kemal. *Türk Anayasa Hukuku*, 3. Baskı, Ekin Yayınları, Bursa, 2019, s. 220-221; Özenç, Berke. *Hukuk Devleti*, İletişim Yayınları, İstanbul, 2014, s. 304-306.

⁷ Şen, Ersan. *Uluslararası Ceza Mahkemesi*, Seçkin Yayınları, Ankara, 2009, s. 35-49.

yararlanma, tanık dinletmede hak eşitliği ve tanığı sorgulama ile ücretsiz tercüman yardımından yararlanma şeklinde güvenceleri kapsamaktadır.⁸

II. NÜRNBERG YARGILAMALARI

II. Dünya Savaşı sona erdikten sonra, Alman ve Japon savaş suçlularını yargılamak üzere kurulan Nürnberg ve Tokyo Uluslararası Askeri Ceza Mahkemeleri, uluslararası ceza yargısı tarihinde çok önemli bir yere sahiptir. Zira bu mahkemeler, uluslararası alanda bireysel sorumluluğun ele alınması temelinde oluşan uluslararası ceza yargısının ilk örnekleri niteliğindedir.⁹ İki uluslararası mahkeme de aynı sürecin sonucunda kurulmuş olması sebebiyle, “*Nürnberg Yargılamaları*” ifadesi her iki mahkemenin de faaliyetlerini kapsayacak şekilde kullanılacaktır.¹⁰ Nürnberg yargılamaları, uluslararası hukuk çerçevesinde bireylere de somut görevler yüklenmesinin uluslararası camiada kabul görmesi açısından ilk adım olması sebebiyle önem taşımaktadır.¹¹ Nürnberg yargılamalarında uygulanan kurallar, daha sonra kodifiye edilerek pozitif uluslararası hukukun birer parçası haline getirilmiştir. BM Genel Kurulu, 11 Aralık 1946 tarihinde 95(I) sayılı kararıyla Nürnberg kurallarını ve ilkelerini tasdik etmiştir.¹² Uluslararası Hukuk Komisyonu, 1950 yılında hazırladığı bir raporunda bu kuralları “*Nürnberg İlkeleri*” olarak somutlaştırmış ve teyit etmiştir.¹³

Nürnberg Mahkemesi kurulmadan önce, savaşın galip devletleri (ABD, Rusya, İngiltere ve Fransa) arasında savaş suçlularının akıbetleri konusunda yargılama veya “*yargısız infaz*” olasılıkları tartışma konusu olmuştur.¹⁴ Zira İngiltere Başbakanı Churchill,¹⁵ ABD Başkanı Roosevelt ve Hazine Bakanı Morgenthau¹⁶ düşman liderlerinin “*kanun kaçağı*” sayılmaları ve

⁸ Adil yargılanma hakkı unsurları hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. İnceoğlu, Sibel. *İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Adil Yargılanma Hakkı*, 4. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul, 2013, s. 105-398; İnceoğlu, Sibel. “Adil Yargılanma Hakkı”, in: *İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa*, 3. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul, 2013, s. 215-s284; Doğru, Osman / Nalbant, Atilla. *İnsan Hakları Sözleşmesi – Açıklama ve Önemli Kararlar*, I. Cilt, 2. Baskı, Legal Yayınları, İstanbul, 2013, s. 620-656.

⁹ Azarkan, Ezeli. *Nuremberg'ten La Haye'ye: Uluslararası Ceza Mahkemeleri*, Beta Yayınları, İstanbul, 2003, s. 118.

¹⁰ Önok, R. Murat. *Tarihi Perspektifiyle Uluslararası Ceza Divanı*, Turhan Kitabevi, Ankara, 2003, s. 44.

¹¹ Clapham, Andrew. “Karmaşıklık, Suç Ortaklığı ve Tamamlayıcılık: Nürnberg Duruşmalarından Yeni Uluslararası Ceza Divanı'nın Şafağına Doğru”, in: *Nürnberg'ten Lahey'e Uluslararası Ceza Adaletinin Geleceği* (Ed. Philippe Sands, Çev. Hazal Ungan Çalışkan), Alfa İnceleme, İstanbul, 2016, s. 36; Azarkan, Ezeli. “Uluslararası Ceza Mahkemelerinde Savaş Suçları”, *Hukuk ve Adalet Eleştirel Hukuk Dergisi*, S. 1, 2004, s. 59-60; Önok, s. 44.

¹² Önok, s. 45.

¹³ Azarkan, *Savaş Suçları*, s. 118, 192-193; 7 ilke halinde teyit edilen bu kurullarla ilgili ayrıntılı bilgi hakkında bkz. Tezcan, Durmuş / Erdem, Mustafa Ruhan / Önok, R. Murat. *Uluslararası Ceza Hukuku*, 3. Baskı, Seçkin Yayınları, İstanbul-İzmir, 2015, s. 275-276.

¹⁴ Azarkan, *Savaş Suçları*, s. 122-123.

¹⁵ Churchill, Mihver Devletlerin yöneticilerine “*insafsız saldırıları herhangi bir özel coğrafya gözetmeyen*” baş zanlılar olarak bakmaktaydı. İngilizlerin yargısız infaz fikri; kamuoyunu tatmin, Mihver devlet yöneticilerinin savaş suçu işlediklerine dair yeterli somut kanıt sağlanabileceğine ilişkin şüphe ve yargılamaların Alman Milliyetçiliği şovuna dönmesi kaygısı sebeplerinde dayanmaktaydı. Overly, Richard “Nürnberg Duruşmaları: Uluslararası Hukukun İnşası”, in: *Nürnberg'ten Lahey'e Uluslararası Ceza Adaletinin Geleceği* (Ed. Philippe Sands, çev. Hazal Ungan Çalışkan), Alfa İnceleme, İstanbul, 2016, s. 16-17; Churchill'e göre yargısal yola başvurmak tehlikeli ve uzun bir yoldu. Böyle bir yargılama, çok kapsamlı ve detaylı işlemlerin yapılmasını gerektiriyordu. Bu kapsamda, “*yargısız infaz*” sorunu hemen çözecekti. Önok, s. 39.

¹⁶ ABD'nin planına göre ise Ruhr ve Sahr Vadisi bölgelerindeki sanayi tesisleri ortadan kaldırılmalı, Almanya tarım ve hayvancılığa dayalı bir ekonomiye sahip devlete çevrilmeli, Alman savaş esirleri Avrupa'nın tekrar inşasında zorla kullanılmalı, Nazi işbirlikçileri sürgüne gönderilmeli ve Nazilerin önde gelen liderlerinin görüldüğü yerde vurulmaları için galip devletlere yetki verilmeliydi. Önok, s. 39.

yakalandıkları yerde doğrudan infaz edilmeleri gerektiğini savunmuştur. Rusya (dönemin SSCB devleti) ise Alman liderlerin yargı önüne çıkarılmaları gerektiğini ileri sürmüştür. ABD Başkanı Roosevelt'in hayatını kaybetmesi sonrasında yerine geçen Truman'ın da bir mahkeme kurulmasını makul ve gerekli görmesinden dolayı Mihver devlet liderlerinin yargılanması konusunda hemfikir olunabilmiştir. Her ne kadar Rus savcılar, yargılamadan yana olsalar da söz konusu yargılamaların neticeleri önceden belli olan göstermelik davalar olduğunu düşünmekteydiler.¹⁷ Nürnberg ve Tokyo mahkemelerinin etkililik ve zorlayıcılık açısından başarılı kabul edilseler de meşruiyet açısından müttefikler arası bir mahkeme görüntüsü çizdiği ifade edilmiştir. Bu bağlamda söz konusu mahkemeler, şekli anlamda bir uluslararası mahkeme veya askeri bir ceza mahkemesi niteliğinde görülmüştür.¹⁸

Mahkemelerin kuruluşundan önce yapılan bu tartışmalar, yargılamalar kapsamında mahkemelerin sanıklara bakış açısını göstermesi yönüyle önemlidir. Zira mahkeme kapsamında görev yapacak hakimler ve savcılar, ABD, Rusya, İngiltere ve Fransa devletleri tarafından seçilmiştir. Galip devletler olarak adlandırılan bu devletlerin yöneticilerinin mahkemelerde yargılanacak olan sanıklara karşı sahip oldukları bu bakış açısı, hukukun üstünlüğünün bir unsuru olan “*masumiyet karinesi*” açısından sorunludur. Zira sanıkların belirlenmesinde sergilenen keyfilik, bu sorunları açıkça göstermektedir. 1945 yılının Haziran ayında yeni bir sanık listesi oluşturulmasına ilişkin bir toplantıda İngiliz Başsavcısının “*Kendimize şu soruyu sormalyız: Mahkememizin başarılı sayılabilmesi için bu şahsa ihtiyacımız var mı? Cevap evet ise bu ismi yargılamalıyız.*” şeklindeki açıklaması, sözü edilen keyfiliğin bir örneğidir.¹⁹

Nürnberg yargılamaları kapsamında ilgi çekici bir nokta, sadece bireylerin değil bazı toplu yapıların da birer suç örgütü sayılarak suçlu kabul edilmesidir. Yargılamalarda Nazi partisi, Gestapo ve SS gibi liderlik makamları suçlu sayılmıştır. Bu doğrultuda bireyler, söz konusu örgütlenmelere geçmişte üye olmalarından dolayı yargılanabilmiştir.²⁰ Bir örgütün suçlu olduğunun tespiti bağlamında bu örgütün suç işleme amacıyla oluşturulması, üyelerinin bu amaç etrafında birbirleriyle bağlantılı olarak toplanmış olması ve örgütün kuruluş veya faaliyetlerinin de Statü kapsamında suç sayılan fiillerin işlenmesiyle ilgili olması gerekmektedir. Bu şekilde oluşan bir örgütün bu amacını ve faaliyetlerinin varlığını bilerek üye olmak dahi ayrı bir suçtur.²¹ Örgütlenmeler anlamında şirketlerin dahi yargılanması söz konusu olmuştur. Zira Farben şirketi müdürleri, savaş suçlarının işlenmesi kapsamında söz konusu şirketi bir vasıta olarak kullanmalarından dolayı suçlu bulunmuştur. Ayrıca yakın bir tarihte de köle iş gücü olarak kullanılan mağdurlar, Farben şirketinden tazminat talebinde bulunmuşlardır.²²

Nürnberg yargılamalarına yöneltilen eleştiriler ve bu yöndeki tartışmalar temelde iki ayrı soruna yöneliktir. İlk sorun, mahkemelerin gerek kuruluş ve teşkilatlanma gerek yargılanan sanıklar gerekse de işlevsel anlamda tarafsızlığı, yani “*galiplerin adaleti*” şeklindeki hususları

¹⁷ Overy, s. 16-17.

¹⁸ Başak, Cengiz. *Uluslararası Ceza Mahkemeleri ve Uluslararası Suçlar*, Turhan Kitabevi, Ankara, 2003, s. 256.

¹⁹ Overy, s. 18.

²⁰ Clapham, s. 38.

²¹ Tezcan/Erdem/Önok, s. 273.

²² Clapham, s. 46.

kapsamaktadır. Diğer bir sorun ise yargılamalara konu olan suç ve cezaların kanuniliği meselesidir.²³ Söz konusu sorunları ayrı birer başlık altında değerlendirmek doğru olacaktır.

A. “Galiplerin Adaleti” Sorunu

Nürnberg mahkemelerinin II. Dünya Savaşı’nın galip devletleri olan ABD, Rusya, İngiltere ve Fransa tarafından kurulduğu daha önce vurgulanmıştır. Galip devletler arasındaki yargılamaya dair ilişki hem maddi hem de işlevsel anlamdadır. Zira Mahkeme’nin uygulayacağı ana metin olan Mahkeme Statüsü, bu dört devlet arasındaki bir anlaşmanın ürünüdür.²⁴ Mahkemenin kuruluşu, teşkilatı, suçlar ve cezalar ile usul kuralları bu dört devletin iradesi ile oluşturulmuştur. Ayrıca mahkemenin iddia makamı, dört devletin seçmiş olduğu savcılardan oluşmaktadır. Hakimler de aynı şekilde her devletin birer temsilcisinden oluşan bir heyet şeklindedir. Mahkemenin bu dört devlet ile olan bağlantısı temelinde yargılamalara “galiplerin adaleti” şeklinde birçok eleştiri yöneltmiştir.²⁵ Bu doğrultuda bu mahkemelerin gerçek amacının II. Dünya Savaşı’nda işlenen tüm suçların tespiti ve yaptırım uygulanması yoluyla objektif adaleti sağlamak değil, yalnızca mağlup olan devletlerin savaşa bağlantılı olan suçlarına yönelik olduğunu belirtmek gerekir.²⁶ Nitekim yenik düşen ve hatta tarafsız devletlerden dahi herhangi bir hakimin mahkemede yer almamasının mahkemenin bağımsız olmadığını göstermesi yönüyle eleştirilmiştir.²⁷

“Galiplerin adaleti” eleştirisinin bir diğer yüzü, hem davacı hem hakim olmak meselesi olarak da görülebilir. Zira işlenen suçlardan zarar gören devletler ile kuralları koyan, soruşturmayı yapan, hükmü veren ve cezayı infaz eden devletler de aynıdır.²⁸ Bu eleştirilerin yersiz olduğunu savunan bir görüşe göre, Mihver devletlerin savaş suçlularının işlediği suçlardan savaş sırasında tarafsız veya savaşa katılan tüm barış yanlısı devletler zarar görmüş sayılmaktadır. Böyle bir durumda da kelimenin tam anlamıyla tarafsız, daha doğrusu ilgisiz bir hakimin bulunmasının mümkün olmadığı ifade edilmiştir.²⁹ Bu bağlamda ifade edilmesi gereken bir diğer husus da Alman vatandaşlarının yargılandığı ve Alman topraklarında işlenen suçların kovuşturulduğu bir Mahkeme’yi kuran antlaşmada Almanya’nın imzasının bulunmamasının egemenlik haklarına aykırılık oluşturabileceği iddiasıdır.³⁰ Nürnberg Mahkemesi hakkında sözü geçen eleştiriler ışığında yapılması gereken değerlendirme, mahkemenin tarafsızlığının hakimlerin vatandaşlığında değil, şahıslarında aranması gerekliliğidir. Zira Mahkeme Başkanı da bu konuda hakimlerin yalnız hakkın ve adaletin üstün esaslarını göz önünde tutarak görevlerini korkusuz ve tarafsız olarak yapmak gibi temel bir yükümlülük altında olduğunu vurgulamıştır.³¹

²³ Poroy, s. 64; Azarkan, *Savaş Suçları*, s. 123.

²⁴ Eser, Albin. “Uluslararası Ceza Mahkemesi’nin Kurulması: Roma Statüsünün Ortaya Çıkışı ve Temel Özellikleri”, in: *Uluslararası Ceza Davanı*, (Yayın Hazırlayan: Feridun Yenisey), Arıkan Yayınları, İstanbul, 2007, s. 8.

²⁵ Azarkan, *Savaş Suçları*, s. 123.

²⁶ Tezcan/Erdem/Önok, s. 271, 278-279.

²⁷ Alibaba, Arzu. “Uluslararası Ceza Mahkemesinin Kuruluşu” *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, S. 1, 2000, s. 185

²⁸ Önok, s. 48-49; Tezcan/Erdem/Önok, s. 278; Poroy, s. 82.

²⁹ Poroy, s. 83.

³⁰ Tezcan/Erdem/Önok, s. 278; Önok, s. 48.

³¹ Poroy, s. 84.

Nürnberg yargılamalarının bir nevi “*galiplerin adaleti*” olduğu eleştirisinin bir diğer yönü de bu davaların hukuki bir mesele değil, siyasi birer dava olduğu düşüncesidir. Zira yargılamaların yapıldığı 1945 yılı döneminde Rusya, Amerika ve İngiltere’nin de masum olmadığı ve çok sayıda geniş çaplı savaş suçu işlediği, ancak sadece savaşı kaybedenlerin yargılandığı ifade edilmiştir. Bu eleştiriler kapsamında; Rusya ile Almanya arasındaki bir antlaşma ile altı Avrupa devletinin paylaşıldığının öngörüldüğü, Amerika’nın Japonya’ya atom bombası atmış olması ve İngiltere’nin de batı Avrupa şehirlerini yıkması gibi konular öne sürülerek bu devletlerin savaştan galip olarak çıktıkları için yargılanmadığı ifade edilmiştir.³² Ayrıca Amerika’da yaşayan 120 bin kadar Japon asil vatandaşın savaş sırasında evlerinden zorla nakledilip Batı Amerika’nın ücra köşelerindeki toplama kamplarına kapatılmaları ve haklarında herhangi bir suçlama olmamasına rağmen birçok yasal haklarının ellerinden alınması da bir diğer dikkat çekici noktadır. İngiliz hükümetinin Nazi sempatzmanı olduğundan şüphelendiği kişilere aynı şeyleri uyguladığı ve Rusya’nın ise 1939 yılında Polonya’ya girerek birçok yeri yağmaladığı ve talan ettiği ileri sürülmüştür.³³

Nürnberg yargılamalarının “*sanıklarının seçimi*” dahi sorgulanması gereken bir husus olarak önem taşımaktadır. Zira çok sayıda Mihver devlet yöneticisinin suçlanması kapsamında galip devletlerin askeri liderlerinin de hatalı olduğu iddiasının gündeme gelmesinden çekinilmiştir. İtalyan savaş suçlularının ismi iddianamelerde yer almakta iken, İtalya’nın “*potansiyel yeni bir müttefik*” olarak görülmesi sonucunda bu sanıklar İtalyan hükümetine teslim edilmiştir.³⁴ Alman bombardımanının suçlamalar arasından çıkarılması ve ekonomik suçlular olarak sanayici sermayedarlarının yargılanmaması da bu çekincenin sonucudur.³⁵

Mahkemenin siyasi örgütlenmeler dışında Almanya’nın savaş hedefini destekleyen Alman sanayicileri yargılaması da değerlendirilmesi gereken önemli bir husustur. Zira Nürnberg sanıklarından birisi, Krupp şirketinin sahibi Gustav Krupp von Bohlen und Halbach idi. Krupp von Bohlen’in yargılanması, Mahkeme’nin devletler, hükümet üyeleri, askeri yetkililer, partililer ve resmi kurumlardan ayrı olarak, özel sektörü de yargılaması örneği olması sebebiyle dikkat çekicidir. Ancak bu konuda başka bir önemli husus, Krupp von Bohlen’in yargılanamayacak derecede yaşlı ve hasta olmasından ötürü isminin iddianameden çıkarılması sonrasında yaşanmıştır. Söz konusu şirketin aile şirketi olmasından bahisle söz konusu sanığın iddianameden çıkarılmasından sonra, sanığın oğlu olan Alfried Krupp’un isminin iddianameye eklenmiş olması dikkat çekicidir. Bu işleme gerekçe olarak ise Alfried Krupp’un tesis müdürü olarak görev yapması ve şirket politikalarında idari anlamda aktif olarak görev almış olması gösterilmiştir. Eğer Alfried Krupp, iddianameye eklenmese idi tüm Krupp ailesinin dava dışı kalacağı ve bundan dolayı da Alman cephaneye üreticilerine yönelik bir hüküm verilmesi ihtimali kalmayacağı ileri sürülmüştür. Krupp ailesinin avukatları, yargılanan diğer sanıkların devlet adına hareket etmelerinden dolayı yargılanmalarına rağmen, devletle herhangi bir organik veya işlevsel bağı olmayan bir sanayicinin

³² Rusya, Amerika ve İngiltere’nin de savaş suçu işlediği ve yargılanması gerektiği eleştirisi hakkında bkz. Poroy, s. 95-99.

³³ Önok, s. 38.

³⁴ Galip devletlerin ittifak kurabileceklerini düşündüğü diğer tüm isimler de listeden çıkarılmaktaydı. Son durumda ise sadece Alman siyasi ve askeri liderlerinin yargılanmasına karar verilmiştir. Overy, s. 19.

³⁵ Finansal faaliyetleri politika ve savaştan ayrı tutma yanlısı görüşe göre finansal önderler “*fail*” değil, birer “*memur*”dur. Zira bu görüş kapsamında, Hitler’in silahlanmadan sorumlu bakanı Albert Speer’in bir savaş suçlusu değil, idareci olduğu ileri sürülmüştür. Bu doğrultuda da Speer, idam cezasından kurtulmuştur. Overy, s. 20-21.

yargılanmasının hukuka aykırı olduğunu ileri sürmüşlerdir. Buna karşılık Mahkeme, Krupp ailesinin hukuki danışmanlık alamayacak kadar aciz küçük iş adamlarından oluşmadığını, birçok ülkeyle bağlantılı ve uluslararası ticari ilişkileri bağlamında dünyanın en büyük sanayi kuruluşlarından biri olduğunu ifade etmiştir. Uluslararası hukukun karmaşık yapısı kapsamında, sadece devletler değil, bireyler de gerek özel gerekse kamusal alandaki faaliyetlerinden sorumlu tutabilmektedir.³⁶

B. Kanunsuz Suç ve Ceza Olmaz İlkesi

Hukukun üstünlüğünün temel ilkelerinden biri olan “suç ve cezaların kanuniliği” ilkesine göre, herkes işlediği fiilin suç olduğunu bildiği bir fiili gerçekleştirirse nasıl bir ceza alacağını önceden öngörebilmelidir. Dolayısıyla Nürnberg yargılamalarını bu ilke açısından değerlendirirken de suç olarak kabul edilen fiillerin, işlenmesinden önce herhangi bir kanun tarafından suç olarak düzenlenip düzenlenmediği ele alınmalıdır. Her ne kadar barışa karşı suçlar anlamında devletleri sorumlu tutabilecek bazı anlaşmalar mevcut bulunsa da bireyleri bu suçlardan sorumlu tutacak bir düzenleme bulunmamakta idi. Savaş suçları açısından Lahey ve Cenevre Sözleşmeleri kapsamında birçok savaş suçu ve savaş kuralı düzenlenmiş olsa da bu fiillere yönelik bir ceza öngörülmemiştir. Soykırım suçu da içeren insanlığa karşı suçlar bağlamında, bu fiilleri suç olarak düzenleyen ve ceza öngören kuralların varlığından o zaman için bahsetmek zordur.³⁷ Nitekim sanıklardan Robert Ley, yargılanması istenen suçların önce iddianamede yer aldığını, ardından Mahkeme’nin kuruluş belgesiyle düzenlendiğini iddia ederek mahkemenin hukuki temelini reddetmiştir.³⁸ Mahkeme, bu ilkeye dayalı eleştirilere karşı savaş suçları için Lahey Sözleşmeleri’ne ve barışa karşı suçlar için 1928 Briand-Kellogg Paktı’na gönderme yapmıştır. Mahkeme ayrıca Nazi suçlarının cezasız bırakılmasının adalete karşı gelmek olduğunu ifade etmiştir.³⁹

Nürnberg Mahkemesi Statüsü, savaş suçlarını savaş hukuku kuralları veya geleneklerinin ihlali fiilleri şeklinde tanımlamıştır. Bu bağlamda savaş suçları; adam öldürme, kötü muamele, köle ticareti, başka amaçlarla sivil topluluğun göçe zorlanması, denizlerde ele geçirilen veya işgal edilmiş bölgelerdeki kişilerin öldürülmesi, savaş esirlerine kötü muamelede bulunulması, rehinelere öldürülmesi, kamu ya da özel mülklerin yağmalanması, askeri gereklilik olmaksızın köy ve kasabaların yağmalanması veya yıkımı fiillerini kapsamaktadır. Buna karşın Statü’de savaş suçlarının söz konusu fiillerle sınırlı tutulmadığının belirtilmiş olması da dikkat çekicidir.⁴⁰

1945 yılında Nürnberg yargılamaları kapsamında Mihver devlet yöneticilerinin yargılanması suretiyle uluslararası adaletin temin edilmesi için bu ilkedan vazgeçilmesi veya bu ilkenin feda edilmesi dahi öne sürülmüştür.⁴¹ Uluslararası alanda söz konusu suç ve cezaları düzenleyen bir kurala gerek olmadığı, zira cezaların sadece adli bir silah olmadığı, devletlerin

³⁶ Clapham, s. 38-42.

³⁷ Poroy, s. 75-79.

³⁸ Overy (n 15), s. 27.

³⁹ Schabas, William A. *Uluslararası Ceza Mahkemesine Giriş*, (Çeviren: Gülay Arslan), 2. Baskı, Legal Yayınları, İstanbul, 2007, s. 21.

⁴⁰ Uysal, Gizem. *Nürnberg Mahkemesi’nden Uluslararası Ceza Mahkemesi’ne Savaş Suçları*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2020, s. 74.

⁴¹ Nürnberg Mahkemesinin “özel bir vaka” olarak değerlendirilmesi gerektiğinden bahisle, bu ilkedan bilerek ve istenerek vazgeçildiği ifade edilmiştir. Overy, s. 28.

dayanağı olan kurumların da korunmasını sağladığı ifade edilmiştir. Cezaların bu işlevinden dolayı bu kadar sıkı bir ilkeye tahammül edilemeyeceği belirtilmiştir. Uluslararası hukuk kurallarının yeni oluşmakta olduğundan bahisle, fiiller ve neticeleri de unsurları ortaya çıktıkça kuralların uygulanmasının mümkün olacağı ifade edilmiştir. Yargılamaları savunan başka bir görüş ise Nazi Almanyası'nın bu ilkeyi kaldırmış olduğunu, “*kanunsuz ceza olmaz*” kuralını “*cezасız suç olmaz*” şeklinde değiştirdiğini ve Nazilerin kıyas yoluyla yazılı olmayan suçları kabul ettiğini ileri sürmüştür.⁴²

Nürnberg savcılığı bir raporunda; Mihver devlet yöneticilerinin işledikleri suçların “*Kabil zamanından beri suç*” olarak görüldüğünden bahisle eylemlerin sanıklar tarafından işlendiği anda cezai nitelikte olduğunun bilindiği ileri sürmüştür.⁴³ Başka bir görüş ise doğal hukuk görüşü kapsamında savaş suçlarının dünyaya verdikleri zararlardan ötürü “*kanunsuz suç ve ceza olmaz*” ilkesinin himayesine sığınmalarına tahammül edilemeyeceğini ifade etmiştir.⁴⁴ Zira Mahkeme dahi, kanunilik ilkesine yönelik itirazları pozitivist bir yaklaşım yerine, amaçsal yorum doğrultusunda doğal hukuka dayanarak reddetmiştir.⁴⁵ Doktrinde Poroy; “*kanunsuz suç ve ceza olmaz*” ilkesinin göz ardı edilmesini, hatta feda edilmesini ileri süren bu görüşlere karşı “*İster milli, ister milletlerarası olsun, adalet bu ana kaideyi ihmal ettiği gün bir zulüm aleti haline dönüşmeye mahkumdur. Kanunsuz suç ve ceza olmaz kaidesi, asırların ürünü olan ve kıymetli bir çok tecrübelerle anlaşılmuş bulunan bir kaidedir. Bugünkü ızdırabın bütün kaynağı, insanların kaderini elinde tutan bazı adamların, yani devlet adamı denen şahısların bir araya gelerek ve bazı noktalarda gereken fedakarlığı da göze alarak gelecekte savaş denen büyük afetin gerçekten önüne geçebilecek kuvvetli bir etmen olan milletlerarası adaleti kurabilmek konusunda gösterdikleri acizdir.*” şeklinde değerlendirmesi ile “*kanunsuz suç ve ceza olmaz.*” ilkesini savunmuştur.⁴⁶

Nürnberg Mahkemelerinin yargılama ve kararları, doğrudan pozitif uluslararası hukuka dayanmasa da yargılamaların en azından örf ve adet şeklinde ortak kabul görmüş mevcut uluslararası hukuk kurallarına uygun yürütülmüş olması da göz ardı edilmemelidir.⁴⁷ Ayrıca Nürnberg yargılamalarının uluslararası adaletin zaferinin simgesi olarak görülmesi ve insanlık için bir ders niteliğinde görülmesi gibi katkıları da vardır.⁴⁸ Ayrıca gerek Eski Yugoslavya Uluslararası Ceza Mahkemesi gerekse de Ruanda Uluslararası Ceza Mahkemesi kararlarında belli bir ölçüde Nürnberg içtihatlarının göz önüne alındığını ve verilen kararlarda birçok atıf yapıldığını da vurgulamak gerekir.⁴⁹ İleri sürülen tüm eleştirilere karşın Nürnberg ve Tokyo Mahkemelerinin uluslararası suçların kabul edilmesi, bireylerin uluslararası nitelikli cezai yargılama yetkisine sahip bir organ tarafından cezai sorumluluklarının tescil edilmesi ve sürekli bir uluslararası ceza mahkemesinin kurulmasının sağlanması bakımından oldukça önemli olduğu kabul edilmelidir.⁵⁰

⁴² Poroy, s. 80.

⁴³ Overy, s. 28.

⁴⁴ Poroy, s. 81.

⁴⁵ Tezcan/Erdem/Önok, s. 277.

⁴⁶ Poroy, s. 81.

⁴⁷ Önok, s. 46.

⁴⁸ Tezcan/Erdem/Önok, s. 274-276.

⁴⁹ Başak, s. 255.

⁵⁰ Aksar, Yusuf. *Evrensel Yargı Kuruluşları*, Seçkin Yayınları, Ankara, 2007, s. 134.

III. ESKİ YUGOSLAVYA ULUSLARARASI CEZA MAHKEMESİ

Nürnberg yargılamalarından yaklaşık elli sene sonra kurulan Eski Yugoslavya için Uluslararası Ceza Mahkemesi ile Ruanda Uluslararası Ceza Mahkemesi, uluslararası ceza hukukunun kapsamını daha da genişletmiştir. Zira bu mahkemelerin kurulduğu dönemde uluslararası suçlara ilişkin ayrıntılı düzenlemeler içeren 1948 Soykırım Sözleşmesi ile 1949 tarihli Cenevre Sözleşmeleri ve bu sözleşmenin 1977 tarihli Ek Protokolleri mevcuttur.⁵¹ Bu kaynaklar kapsamında soykırım suçu, insanlığa karşı suç kategorisine alınmış ve silahlı iç çatışmalar da uluslararası sorumluluğa dahil edilmiştir.⁵² Sadece belli başlı devletler tarafından değil, çok sayıda devletin üyesi olduğu BM'nin temel organı olan BM Güvenlik Konseyi tarafından kurulan bu Mahkemelerin Nürnberg mahkemelerine göre daha geniş bir meşruiyet temeline sahip olduğu belirtilmelidir.⁵³

Tadic Davası sanığı, EYUCM'nin öncelikli yargı yetkisinin devletlerin ulusal yargı yetkisini ve egemenliğini ihlal ettiğini ileri sürmüştür.⁵⁴ Mahkeme, uluslararası suçların ulusal mahkemelerde bir noktadan sonra sıradan bir suçmuş gibi görüleceğini ve davaların titizlikle görülmemesi riski olacağını ifade etmiş ve bu talebi reddetmiştir.⁵⁵ Aynı davada, Mahkeme'nin 1966 tarihli Kişisel ve Siyasal Haklar Uluslararası Sözleşmesi ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde öngörüldüğü şekilde kanunla değil, BM Güvenlik Konseyi kararıyla kurulduğu itirazı da öne sürülmüştür.⁵⁶ Bu noktada, BM Güvenlik Konseyi'nin Mahkeme'yi daha kabul edilebilir bir yol olan antlaşma yerine bir kararla kurmasının sebeplerinin ele alınması gerekir. Konsey'in bu tercihinin birinci sebebi, konsey kararının antlaşma yapılmasına göre daha hızlı ve kolay bir süreçle alınma imkanıdır. Zira antlaşma yapmanın ayrıntı isteyen ve zaman alan zahmetli bir çalışma olduğu düşünülmüştür. Diğer bir sebep ise Güvenlik Konseyi kararlarının BM Şartı'nın

⁵¹ Değinen iki sözleşme arasındaki bir farka da değinmek gerekmektedir. Cenevre Sözleşmesi'nde herhangi bir coğrafi sınırlama yoktur. Dolayısıyla örneğin eğer bir kimse, 1949 tarihli Cenevre Sözleşmesi'nin ağır biçimde ihlaline sebep olan hareketi Fransa'da yapar ve yetkililer tarafından Birleşik Krallık'ta bulunursa bu kişi İngiliz Mahkemelerinde yargılanmak veya ilgili bir diğer ülkeye teslim edilmek üzere aranmalıdır. Bu bakış açısı, modern dünyada devletlerin nerede işlendiğine bakılmaksızın suç fiilini yargılama hakkı olarak ifade edilen “*Evrinsel Yargı Yetkisi*” anlamında genişlemiştir. Sands, Philippe. “Pinochet’den Sonra: Ulusal Mahkemelerin Rolü”, in: *Nürnberg’ten Lahey’e Uluslararası Ceza Adaletinin Geleceği* (Ed. Philippe Sands, Çev. Hazal Ungan Çalışkan), Alfa İnceleme, İstanbul, 2016, s. 76; 1948 Tarihli Soykırım Sözleşmesi, soykırım suçunu tanımlamış ve uluslararası bir suç olarak nitelendirmiştir. Ayrıca bu suçtan ötürü kişilerin sorumluluğunu kabul etmiş ve savaş veya barış zamanında işlenmesi halinde ulusal veya uluslararası mahkemelerde yargılanmasını öngörmüştür. Cenevre Sözleşmeleri ise kişilerin savaş hukukunu ihlal eylemlerinden ötürü yargılanmaları gerektiğini düzenlemiştir. Azarkan, *Uluslararası Ceza Mahkemeleri*, s. 60.

⁵² Schabas, s. 28; Clapham, s. 43; Tezcan/Erdem/Önok, s. 300; Azarkan, *Savaş Suçları*, s. 195-196.

⁵³ Eser, s. 8-9.

⁵⁴ EYUCM'nin Balkan Krizi esnasında sıradan bir er olarak görev yapan ve sadece daha yüksek bir rütbeye veya öneme sahip olmadığı için mahkeme önüne çıkarılabilen Balkan Dusko Tadic'i yargılama kararına yönelik birçok eleştiri mevcuttur. Zira bu gibi durumlar, savaş suçlarının yargılandığı davaların adaletin sadece bir kısmını oluşturduğu ve savaş suçlarının birçoğunun cezасız kalacağı eleştirilerinin temelini oluşturmaktadır. Tadic gibi yüzlerce varken sadece bir tanesini yargılamak, bu noktada “*piyango çekmek*” şeklinde nitelendirilmiştir. Booth, Cheerie. “Uluslararası Ceza Divanı’ndan Beklenenler ve Muhtemel Sorunlar: Yugoslavya ve Ruanda’dan Çıkarılan Dersler”, in: *Nürnberg’ten Lahey’e Uluslararası Ceza Adaletinin Geleceği* (Ed. Philippe Sands, Çev. Hazal Ungan Çalışkan), Alfa İnceleme, İstanbul, 2016, s. 143; Dusko Tadic, tam 132 ayrı suçtan sanık olup, soykırım dışında her türlü fiil kendisine isnat edilmiştir. Yargılama sonucunda 20 yıl hapis cezası almıştır. Önok, s. 79-80.

⁵⁵ Sands, s. 70.

⁵⁶ Alpaya, Gökçen. *Eski Yugoslavya İçin Uluslararası Ceza Mahkemesi*, Turhan Kitabevi, Ankara, 2002, s. 45.

VII. Bölümü uyarınca tüm üye devletler tarafından uyulması zorunlu iken, antlaşmaların sadece taraf devletleri bağlamasıdır.⁵⁷

Mahkeme, kanunilik konusundaki itiraza karşılık, uluslararası bir ceza mahkemesinin kurulmasının bir grup hükümetin geçici hevesine bağlı olmadığını, böyle bir mahkemenin hukukun üstünlüğünü temel alması ve ilgili uluslararası sözleşmelerin sunduğu tüm garantileri içermesi halinde “*kanunla kurulmuş*” sayılacağını ifade etmiştir. Bununla beraber BM Güvenlik Konseyi’nin BM Şartı kapsamında bir uluslararası mahkeme kurma yetkisi vardır. Dolayısıyla Mahkeme’nin yetkisi onaylanmış ve BM Genel Kurulu, mahkemenin faaliyetleri için önemli kaynaklar sağlamıştır. Ayrıca Mahkeme, uluslararası alanda ve ulusal yargı organları tarafından da yaygın destek görmüştür.⁵⁸ Tadic Davası, savaş suçu işlemenin yanında, tecavüz suçundan da uluslararası ceza mahkemesinde ilk yargılamayı içermesi yönüyle de ayrıca önemlidir. Tadic’in Nürnberg yargılamalarından sonra, ağır insan hakları ihlallerinden dolayı bir uluslararası ceza mahkemesinde yargılanan ilk kişi olması ve tecavüz suçunun diğer savaş suçlarından ayrı olarak ele alınarak cezai yaptırıma tabi tutulması, uluslararası ceza yargısı açısından dikkate değer bir gelişmedir.⁵⁹

Mahkeme, ilk faaliyet yıllarında kuruluş amacını yerine getiremediği eleştirileri ile karşı karşıya kalmıştır. Zira uzun süre boyunca şüpheli bulunan kimselerden çoğu yakalanamamış ve özellikle Sırbistan ile Hırvatistan devletleri üstlendikleri işbirliği yükümlülüğünü yerine getirmemişlerdir. Mahkeme heyeti dahi, bunu bir ikiyüzlülük olarak adlandırmış ve söz konusu durumun devamı halinde BM Güvenlik Konseyi’ne başvurup mahkemenin kapatılmasını talep edeceklerini açıklamışlardır.⁶⁰ Bu sorunlu durumun değişmesini sağlayan en önemli gelişme, Sırp Cumhuriyeti’nde yaşanan iktidar değişikliğidir. Yeni Sırp yönetimi, Batı ile olan ilişkilerini sağlam tutmak amacıyla aranan savaş suçlularının yakalanması ve teslim edilmesi noktalarında çaba göstermiştir. Zira savaş sırasında işlenen katliam suçlarının hesabının yargı önünde verilmesi noktasında önemli bir husus, 29 Haziran 2001 tarihinde Federal Yugoslavya Cumhuriyeti Eski Devlet Başkanı Slobodan Miloseviç’in mahkemeye teslim edilmesi olmuştur.⁶¹ Miloseviç ile ilgili düzenlenen iddianamede, sanığın politikaları ve planları neticesinde 740 bin Kosovalı Arnavut’un göçe zorlandığı belirtilmiştir. Bu doğrultuda Miloseviç’in emri ve desteği ile Yugoslavya ordusu ve Sırp tarafında Arnavutlara ait birçok mülk imha edilmiş, birçok masum sivil insan katledilmiş ve Arnavutlara ait resmi belgeler tahrip edilmiştir. Bu olaylardan sorumluluğu nedeniyle Miloseviç’in savaş hukuku teamüllerini ihlal ettiği ve insanlığa karşı suçlar işlediği için yargılanması söz konusu olmuştur.⁶²

EYUCM’de görülen davalardan biri olan Furundzija Davası, cinsel saldırı suçlarının uluslararası ceza yargısındaki yeri açısından değerlendirilmesi gerekli bir davadır. Bu davaya konu

⁵⁷ Azarkan, *Savaş Suçları*, s. 129-130.

⁵⁸ Sands, s. 107-109; Tadic Davası’nda, Mahkemenin kuruluş ve dayanağına ilişkin ayrıntılı bilgi hakkında bkz. Gökçen, s. 41-51.

⁵⁹ Azarkan (n 11), s. 45-46.

⁶⁰ Tezcan/Erdem/Önok, s. 299.

⁶¹ Tezcan/Erdem/Önok, s. 300.

⁶² Miloseviç’in yargılandığı dava, izlediği politikalar ve itham edildiği suçlar hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Azarkan, *Savaş Suçları*, s. 186-188.

olay, Yugoslavya'daki çatışmalar sırasında tek bir kadının bir saldırgan tarafından defalarca tecavüze uğraması olayıdır. Söz konusu dava, işlenen tek bir cinsel saldırı suçunun dahi savaş suçu olarak yargılanabilmesini göstermesi yönüyle önemlidir. Sanık avukatları, ilginç bir savunma ile Mahkeme Başkanı Florence Mumba'nın daha önce BM Kadının Statüsü Komisyonu üyesi olarak yapmasından dolayı “*arka planda feminist ajandası*” olması sebebiyle cinsel saldırı ile ilgili davalarda tarafsız kalamayacağını ileri sürerek kararı temyiz etmişlerdir. Temyiz dairesi, halktan tarafsız ve konu hakkında bilgilendirilmiş birinin Yargıç Mumba'ya karşı ön yargıyla yaklaşmasının mantık dışı olduğunu belirtmiş ve bu savunmayı reddetmiştir. Mahkeme, hukukçular dahil herkesin bir geçmişi, uzmanlık alanı ve felsefesi olmasına rağmen, yargıç olarak atanan birinin ahlaki ve entelektüel bütünlüğünü de mahkemeye taşıyacağını, ancak gerisini taşımayıp bağımsız bir şekilde yargılama yapacağını vurgulamıştır. Bu bağlamda yargıçların belli bir konudaki uzmanlığı veya felsefi görüşünden bahisle yıpratılmaya çalışılmasının yanlış olduğu ortadadır.⁶³

EYUCM'nin uluslararası insancıl hukukun başlıca kurallarını onaylaması ve uluslararası teamül hukukunu daha belirgin hale gelmesini sağlayan değerlendirmeleri sayesinde savaş hukuku ve teamülleri kurallarının gelişmesi mümkün olmuştur. EYUCM'nin diğer bir katkısı, bireysel sorumluluğu içeren Cenevre ve Lahey Sözleşmeleri'nin uygulanmasını teşvik etmesidir.⁶⁴ EYUCM Statüsü, devlet başkanı ayrıcalığının uluslararası suçlar açısından geçersiz olması ve cinsel suçların yargı yetkisinde kabul edilmesi yönüyle etkinlik açısından olumlu noktaları içermektedir.⁶⁵

IV. RUANDA ULUSLARARASI CEZA MAHKEMESİ

Ruanda davaları⁶⁶, uluslararası hukukun bir devletin resmi silahlı kuvvetlerinin parçası olmayan bireylere de uygulanacağını göstermiştir. Zira bu davalarda, bir köy muhtarının yetki bölgesindeki tecavüzlere göz yumması ve bir çay tarlası yöneticisinin ekim alanındaki sivillerin yakalanıp katledilmesine sessiz kalması, uluslararası sorumluluk için yeterli sayılmıştır. Alfred Musema, Ruanda'daki soykırım olayları döneminde bir çay fabrikasında müdür olarak görev yapmış ve Ruanda Mahkemesi'nde yargılanmıştır. Musema'nın amiri olduğu işçilerin olaylara karışmasını veya saldırılarda kullanılan araçları almalarını engellemek yönünde üstüne düşen yükümlülüğü yerine getirmemiş olması, hüküm aşamasında ağırlaştırıcı sebep olarak değerlendirilmiştir. Zira Musema'nın amiri olduğu işçiler üzerinde hukuki (*de jure*) olmasa da fiili (*de facto*) hakimiyete sahip olduğu varsayılmıştır. Dolayısıyla Mahkeme, Musema'nın bir amir olarak cezai sorumluluğu bulunduğu karar vermiştir.⁶⁷ Ruanda Mahkemesi'nin başarılı olduğu önemli bir nokta, eski başbakan Jean Kambanda, altı bakan, birçok eski bakan ve üst düzey

⁶³ Booth, s. 137-139.

⁶⁴ Azarkan, *Savaş Suçları*, s. 195.

⁶⁵ Alibaba, s. 189.

⁶⁶ Ruanda'da yaşananlar hakkında temel bilgiler vermek gerekirse, 1994 yılının Nisan ayından Haziran ayına kadar, yani 100 gün içerisinde en az 500 bin, fakat büyük ihtimalle 800 bin kişi öldürülmüştür. Bu kısa süre içerisinde halkın yaklaşık yüzde 10'u öldürülmüştür. Bu olaylardaki günlük öldürme oranı, Nazi Kamplarında yaşanan vahşetin bile 5 kat üstündedir. Önok, s. 82.

⁶⁷ Clapham, s. 45-46.

yöneticinin yargılanabilmiş olmasıdır. Zira bir uluslararası ceza mahkemesinde üst düzey yöneticilerin yargılanabilmesi ilgi çekici ve önemli bir başarıdır.⁶⁸

Ruanda'da yaşananlar, kadına yönelik cinsel şiddetin iğrenç bir ifşaat olduğunu ve “kadının vücuduna tecavüzün tüm topluluğa tecavüzü temsil ettiğini” göstermiştir. Ruanda'daki olaylardan ve Ruanda Mahkemesi'ndeki yargılamalardan çıkarılması gereken bir ders, cinsiyet ve cinsellik temelli suçların kovuşturulmasında kadın yargıçların görev almasının yararlı olacağıdır. Bu doğrultuda, Ruanda Mahkemesi'nde görülmüş olan Akayesu Davası'nın ele alınması gereklidir. Bir soykırım sanığının yargılanıp mahkum edildiği ilk uluslararası savaş suçu davası olan Akayesu Davası, ayrıca ilk defa alenen cinsel saldırı içeren soykırım suçunun ele alındığı yargılandığı ve tecavüzün de ilk defa insanlığa karşı suç sayıldığı dava olması hasebiyle çok önemlidir. Ruanda Mahkemesi'nin tek kadın yargıcı olan Güney Afrikalı Pillay'ın sayesinde bu davanın hükmü, cinsiyet sorununa katkıda bulunabilmiştir. Yargıç Pillay'ın yargılamalarda ayrıntılı incelemesi neticesinde tanık, Akayesu'nun sorumluluğundaki Taba Komünü'nde başka genç kızlara da tecavüz edildiğini duyduğunu ifade etmiş ve bu durum ikinci bir tanık tarafından da doğrulanmıştır. Yargıç Pillay'ın çabaları sonucunda iddianame tekrar düzenlenmiş ve cinsel saldırı suçları da dava kapsamına alınmıştır. Yargıç Pillay'ın tanıkları sorgulayarak bu iğrenç cinsel saldırı detaylarını ortaya çıkarmaması halinde cinsel saldırı suçlarının yargılamaya dahil olmayacağı ortadadır. Akayesu Davası, uluslararası ceza yargısı kapsamında kadın yargıçların yer almasının cinsel saldırı mağdurları açısından ne kadar faydalı olduğunu kanıtlamıştır.⁶⁹ Nitekim cinsel suçlarla verilen zararlar; manevi yönden çöküntüye uğratma, yaşama isteğini yok etme ve yaşama hakkının ihlaline doğrudan neden olma şeklinde değerlendirilmektedir.⁷⁰ Mahkemelerde kadın yargıçların görev almasının hukukun üstünlüğü ilkesi ile doğrudan bir ilişkisi bulunmasa dahi cinsel suçlara ilişkin yargılamalarda maddi gerçeğe ulaşma amacı açısından önem taşıdığı ifade edilebilir. Bu husus dışında gerek Yugoslavya gerekse Ruanda yargılamalarında kadın yargıçların görev almasının cinsel suçların kovuşturulması bağlamında dikkat çekici neticeler doğurduğu da kabul edilmelidir.

Ruanda Mahkemesi Statüsü'nde uluslararası nitelikte olmayan silahlı çatışmalarda sivilleri kasten öldürme, toplu yok etme, köle etme, sürgün, hapis, işkence, tecavüz, ırkçı ve dinsel sebeplerle zulüm ve diğer insanlık dışı muamelelerin insanlığa karşı suç olarak düzenlenmiş olması önemli bir ilk olarak kabul edilmektedir.⁷¹ Ruanda Mahkemesi'nde görülen ve “*Medya Davası*” olarak anılan dava da soykırım propagandasının suç olması noktasında önemlidir. Dava kapsamında yargılanan sanıklardan biri olan Barayagwiza, diğer suçlarından başka RTLM televizyonu tarafından yapılan yayınlarda Tutsi kökenli kişilere karşı etnik ayrılığı desteklediği ve kışkırttığı iddiasıyla suçlanmıştır. Aynı davanın bir diğer sanığı Ngeze, editörlüğünü yaptığı gazete olan Kangura'da etnik nefreti destekleyen, Tutsilere yönelik yaygın cinayetleri, ciddi fiziki ve zihinsel zararları kışkırtan yayın materyallerine yer vermeye rıza gösterdiği suçlamasıyla itham edilmiştir. Bu materyaller; editörün yorumlarını, değişik gazetecilerin yazılarını, siyasal ve sosyal karikatürler ile suikast için hedef alınan bireysel bilgileri içermektedir. Yargılanan sanıklardan biri

⁶⁸ Tezcan/Erdem/Önok, s. 305-306.

⁶⁹ Booth, s. 133-136.

⁷⁰ Başak, s. 271.

⁷¹ Uysal, s. 96.

olan Nahimana da ulusal radyodaki programlarında Tutsi toplumuna karşı etnik nefret ve cinayetleri kışkırtmakla suçlanmıştır. Nahimana'nın yazdığı denemeler, kitaplar, makaleler ve doktora tezinde soykırımın ideolojik temellerini dile getirdiği de iddia edilmiştir. Nahimana, Mahkeme tarafından silah veya herhangi bir fiziksel silah kullanmadan binlerce masum sivilin ölmesine neden olmakla suçlanarak diğer iki sanık gibi ömür boyu hapse çarptırılmıştır.⁷²

Eski Yugoslavya ve Ruanda Mahkemeleri, kendilerini kuran otorite olan BM'nin baskısı ve yönlendirmesinin etkisi altında kaldığı için tabii hakim ilkesi ile suçta ve cezada kanunilik ilkesi gibi temel hukuk ilkelerine aykırı uygulamalardan dolayı eleştirisi konusu olmuştur. Ayrıca her iki mahkemenin de eşitlik ilkesine aykırılık, geçicilik, kişisel ceza sorumluluğunu sağlamakta yetersizlik ve caydırıcılık açısından da etkisizlik şeklinde sorunları olduğu ileri sürülmüştür.⁷³ Doktrinde iki mahkemenin yargılamaları ele alındığında bağımsız bütçe, personel, kolluk ve yönetimi olmayan mekanizmaların etkisiz olabileceği ve siyasi iradenin iş birliği olmaksızın yargı düzeninin tamamen işlevsiz kalacağı belirtilmiştir. Bu bağlamda hiçbir devletin veya bireyin güdümünde olmayan, kuralları önceden belirlenmiş daimi ve bağımsız bir yargı organına ihtiyaç bulunduğu vurgulanmıştır.⁷⁴

V. ULUSLARARASI CEZA MAHKEMESİ

Uluslararası Ceza Mahkemesi ile ilgili hususlara girmeden önce insan hakları hukuku bağlamında uluslararası ceza usul hukuk kurallarına ilişkin ilkelerin ilk olarak Eski Yugoslavya ve Ruanda Mahkemelerinin Statülerine dahil edildiğini belirtmek gerekir. Söz konusu ilkeler; adil yargılanma hakkı, aleniyet ilkesi, masumiyet karinesi, duruşmada hazır bulunma zorunluluğu, hukuki yardım veya avukata sahip olma hakkı, tanıklarla yüz yüze gelme hakkı vb. şeklinde ifade edilebilir.⁷⁵ Modern uluslararası ceza yargısı bağlamında Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin görev ve yetkilerini belirleyen temel hukuki düzenlemenin doktrinde Roma Statüsü olarak da adlandırılan Uluslararası Ceza Mahkemesi Statüsü⁷⁶ olduğunu belirtmek gerekir. Temel hukuki dayanak olan Statü'yü tamamlayıcı nitelikte ve uluslararası ceza yargısı kapsamında ayrıntılı güvencelerin ve ilkelerin yer aldığı Usul ve Delil Kuralları,⁷⁷ Suç Unsurları,⁷⁸ Mahkeme Tüzüğü,⁷⁹

⁷² Elban, Hasan Kemal. "Ruanda'dan İnsanlığa Kalan Miras ya da Ruanda Uluslararası Ceza Mahkemesi Zevahiri Kurtarabilecek mi?", *Hukuk ve Adalet Eleştirel Hukuk Dergisi*, S. 1, 2004, s. 115-116.

⁷³ Özel, Kadir Can. "Daimi Bir Uluslararası Ceza Mahkemesinin Kuruluşuna Giden Yol", in: *Türkan Rado'nun Anısına Armağan* (Ed. Abuzer Kendigelen), On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2020, s. 1046.

⁷⁴ Sağlam, Abdi. "Uluslararası Yargılama Faaliyetleri Bağlamında Eski Yugoslavya Uluslararası Ceza Mahkemesinin Değerlendirilmesi", *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, C. 20, S. 6, 2015, s. 589.

⁷⁵ Değinen ilkelerin ayrıntıları Eski Yugoslavya ve Ruanda Mahkemelerinin hakimleri tarafından hazırlanan Yugoslavya ve Ruanda Mahkemeleri Usul ve Delil Kuralları'nda düzenlenmiştir. Aksar, s. 151.

⁷⁶ Orijinal ismi "*Rome Statute of the International Criminal Court*" olan Statü metni için bkz. <https://www.icc-cpi.int/sites/default/files/Publications/Rome-Statute.pdf> (Erişim Tarihi: 15.10.2023).

⁷⁷ Orijinal ismi "*Rules of Procedure and Evidence*" olan Statü metni için bkz. <https://www.icc-cpi.int/sites/default/files/2023-02/Rules-of-Procedure-and-Evidence-Dec-2022.pdf> (Erişim Tarihi: 15.10.2023).

⁷⁸ Orijinal ismi "*Elements of Crimes*" olan Statü metni için bkz. <https://www.icc-cpi.int/sites/default/files/Publications/Elements-of-Crimes.pdf> (Erişim Tarihi: 15.10.2023).

⁷⁹ Orijinal ismi "*Regulations of the Court*" olan Statü metni için bkz. <https://www.icc-cpi.int/sites/default/files/2022-11/Regulations-of-the-Court-11-2022.pdf> (Erişim Tarihi: 15.10.2023).

Savcılık Tüzüğü⁸⁰ ve Yargısal Etik Kodu⁸¹ isimli düzenlemelerin söz konusu olduğu vurgulanmalıdır.

Uluslararası Ceza Mahkemesi, uluslararası ceza yargısının tarihsel gelişiminde ortaya çıkan çeşitli hukuksal sorunlar ve eleştiriler göz önüne alınarak şekillendirilmiştir. Zira UCM, öncelikle Nürnberg yargılamalarına konu olan suçların belirsiz yapılarından kaynaklanan hukuki sorunları büyük ölçüde gidermiş ve insanlığa karşı suçların oluşması için silahlı çatışmayı şart olmaktan çıkararak daha geniş bir yargı yetkisine sahip olmuştur. UCM'ye göre insanlığa karşı suçlar; örgütsel politikalar doğrultusunda yaygın ve sistematik bir şekilde işlenen ve sivil nüfusu hedef alan cinayet, köleleştirme, tehcir veya nüfusun zorla yer değiştirmesi, uluslararası hukukun ihlaline yol açacak şekilde hapsedme, işkence, kötü muamele, zorla kaybetme ve ırk ayrımcılığı suçlarıdır. UCM'de sadece bireyler yargılanacak iken, devletler, siyasi örgütler ve şirketler aleyhine dava açma imkanı bulunmamaktadır.⁸² Buna karşın uluslararası hukukun uygulayıcısı üstün bir otoritenin bulunmamasının devletlerin hukuka aykırı fiillerinin engellenmesini zorlaştıracığı ifade edilmiştir. Ayrıca BM Güvenlik Konseyi'ne tanınan yargılamayı durdurma yetkisi açısından mutlaka bağımsız ve tarafsız olması beklenen bir yargı organının siyasi otoritelerle bağlantısı bulunan bir uluslararası örgüt tarafından denetlenebilmesi hukukun üstünlüğü ilkesi bağlamında kabul edilememektedir.⁸³ Nitekim Statü'nün 16. maddesi uyarınca BM Güvenlik Konseyi'nin sahip olduğu UCM'de görülmekte olan belli bir davayı belli bir süreyle durdurma ve açılmış olan bir soruşturmayı veya yeni bir soruşturmanın açılmasını belli bir süreyle erteleme yetkisi de uluslararası suçların soruşturulmasını veya kovuşturulmasını bloke etme riskini içermektedir. Bu doğrultuda Konsey'de daimi üye olarak bulunan bir devletin saldırı suçu işleyen liderinin yargılanmasının engellenmesi, Konsey'in erteleme yetkisini tekrar tekrar kullanması sayesinde mümkün olabilecektir.⁸⁴ Doktrinde Uluslararası Ceza Mahkemesi Roma Statüsü'ne yaklaşık 123 ülkenin taraf olmasının,⁸⁵ uluslararası toplumu evrensel bir adalet anlayışına ulaştırmanın tek yolunun hukukun üstünlüğünü göstermesi açısından önemli olduğu ileri sürülmüştür.⁸⁶ Ayrıca doktrinde Şen, UCM öncesi dönemde kurulan geçici nitelikli mahkemeler bağlamında sürekli görev yapacak, kanunilik ilkesine ve tabii hakim güvencesine bağlı kalacak ve uluslararası toplumun tüm öznelerini kapsayacak bir ceza mahkemesi kurulmasının yararlı olacağını belirtmiştir.⁸⁷

UCM ile ilgili bazı noktaların vurgulanması faydalı olacaktır. Bu noktada, bir devlet Roma Statüsü'ne taraf olmakla UCM'nin yargı yetkisini tanımış olmaktadır. Bir başka nokta ise tamamlayıcılık ilkesi kapsamında ulusal ceza yargısına temelde saygı duyulmakta, ancak ulusal ceza yargısının aciz kaldığı veya müdahale etmediği durumlarda UCM yetkili olacaktır. Ayrıca

⁸⁰ Orijinal ismi “*Regulations of the Office of the Prosecutor*” olan Statü metni için bkz. <https://www.icc-cpi.int/sites/default/files/Publications/Regulations-of-the-Office-of-the-Prosecutor.pdf> (Erişim Tarihi: 15.10.2023).

⁸¹ Orijinal ismi “*Code of Judicial Ethics*” olan Statü metni için bkz. <https://www.icc-cpi.int/sites/default/files/2022-10/A5-09.Code%20of%20Judicial%20Ethics-EN-v.3.pdf> (Erişim Tarihi: 15.10.2023).

⁸² Clapham, s. 47-49.

⁸³ Uysal, s. 156.

⁸⁴ Kul, Muhammet Celal. *Uluslararası Ceza Mahkemesi ve Uluslararası Tecavüz (Saldırı) Suçu*, On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2016, s. 130.

⁸⁵ Statü'ye Taraf Devletler için bkz. <https://asp.icc-cpi.int/states-parties> (Erişim Tarihi: 02.06.2023).

⁸⁶ Aksar, s. 212.

⁸⁷ Şen, s. 29.

insanlığa karşı suçlara yeni tip suçlar eklenerek “klasik” katalog genişletilmiş ve böylece uluslararası cezai sorumluluğun temel koşullarıyla ilgili önemli bir ilerleme sağlanmıştır. Son olarak belirtilmesi gereken husus ise usul kuralları bakımından dünyadaki farklı hukuk düzenlerindeki prensipler arasında uyumlu bir bağ kurularak farklı hukuk sistemleri için bir pota olmuştur.⁸⁸

Ulusal yargı organları, adil yargılama açısından belirlilik ve hızlilik şeklinde avantajlara sahip olsa da uluslararası suçların ağır ve siyasi niteliklerinden dolayı yargılamada tarafsızlığın önemi artmaktadır. Devlet eliyle işlenen uluslararası suçlar bakımından ulusal yargı organlarının tarafsız adil bir yargılama yürütmesi her zaman beklenemeyeceği için adaletin ve adil yargılamanın sağlanması amacıyla uluslararası ceza yargısı çözüm sağlayabilecektir. Uluslararası ceza yargısının amacı, adil yargılamayı sağlayabilecek tamamlayıcı nitelikte, bağımsız ve tarafsız bir yargılama yapılması olmaktadır.⁸⁹ Özellikle hukukun üstünlüğü ve insan haklarının korunması açısından uluslararası ceza yargısının devletlerin egemenliği ile bir çatışma yaşayacağı ortadadır. Buna karşın modern dünyada uluslararası ilişkilerdeki gelişmeler ve insan haklarının evrensel boyut kazanmış olması, yargı yetkisi bağlamında tek devlet egemenliğinden söz etmek pek mümkün değildir. Modern uluslararası hukuk açısından insan haklarıyla ilgili olarak yargı süreçlerinde devletlerin egemenliğine uluslararası müdahale hususu açısından Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin kurulmasıyla başlayan eğilim, Uluslararası Ceza Mahkemesi ile şekillenmeye devam etmektedir.⁹⁰ Nitekim uluslararası ceza yargısının evrensel yargı yetkisi doğrultusunda devletlerin mutlak egemenlik anlayışı terk edilmiş ve sınırlı egemenlik anlayışına geçiş yapılmıştır.⁹¹ Hukukun üstünlüğü ve evrensel insan haklarının korunması amacına yönelik olarak UCM’nin bağımsızlığının sağlanması gerekmektedir. Bu bağlamda devletlerin egemen eşitliği doğrultusunda UCM Statüsü ve uygulamasına ilişkin gözden geçirme konferanslarında gerekli değişikliklerin yapılması yararlı olacaktır.⁹²

UCM’nin tamamlayıcılık özelliği kapsamında yargı yetkisine sahip bir devlet tarafından soruşturulan, kovuşturulan veya yetkili devlet tarafından geçerli sebeplerden ötürü kovuşturulmasına gerek olmadığına kanaat getirilen ya da başka bir mahkeme tarafından sanığın yargılanması hallerinde yargı yetkisine sahip olmayacağını belirtmek gerekir. UCM, ulusal yargı yerinde adaletin uygun şekilde tecelli etmemesi halinde kendisine kalan adaleti yerine getirme görevini üstlenmiştir. Ulusal mahkemelerin yargı yetkisinin esas olmasının sebepleri, tanık, kanıt ve masraf faktörleri açısından ulusal makamların daha uygun olması, devletlere ulusal ceza sistemlerini geliştirme inisiyatifi tanınması ve bu usulün diğer devletleri Roma Statüsü’ne taraf olmaya teşvik etmesidir.⁹³ UCM hakkında bir diğer önemli nokta, UCM kapsamında görülen davalarda bireyler tarafından gerçekleştirilen eylemlere yönelik olarak toplu sorumluluk öne

⁸⁸ Eser, s. 31-32.

⁸⁹ Koç Başar, Cansu. *Roma Statüsü Bağlamında İnsanlığa Karşı Suçlarda Devlet Politikası* On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2019, s. 228-229.

⁹⁰ Erdal, Selcen. *Uluslararası Ceza Mahkemesinin Devlet Egemenliğine Etkisi*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2010, s. 156.

⁹¹ Şahin Akdemir, Merve. “Egemenlik ve Evrensel Yargı Yetkisi İlişkisinin Uluslararası Ceza Hukuku Boyutu” *Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 8, S. 2, 2022, s. 273.

⁹² Sarıgüzel, Hacı. “Uluslararası Ceza Mahkemesi”, *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi*, C. 3, S. 1, 2014, s. 269-270.

⁹³ Sands, s. 67-68.

sürülebilecektir. UCM'nin doğruculuğu, nefret dolu liderlerin suçluluğunu bireyselleştirmiş ve insanları karşı etnik grupların işlenen suçlardan eşit derecede sorumlu olduğu şeklindeki ön yargıdan kurtararak uzlaşmayı sağlamıştır.⁹⁴ Asıl suçlunun savaş suçlarını işleyen sanıklar olduğunun ve bu suçluların ait olduğu herhangi bir etnik, dini, siyasi veya başka bir tür grubun tamamının olmadığına anlaşılması bakımından UCM önemlidir.

Uluslararası ceza yargısı bağlamında amirin emrinin bir hukuka uygunluk veya mazeret nedeni olarak düzenlenmesi hususu doktrinde tartışmalıdır. Doktrinde Güneysu, amirin emrinin UCM Statüsü kapsamında tanınmış olmasının “*olumlu ve doğru bir adım*” olarak nitelendirilmesi gerektiğini ileri sürmüştür. Nitekim yazar, amirin emrinin istisnai olsa da gerekli şartların yerine getirilmiş olması çerçevesinde bir hukuka uygunluk veya mazeret nedeni olabileceğini belirtmiştir. Yazar, Nürnberg yargılamalarının spesifik bir dönem ve davada yargılanan kişilerin konumlarına bağlı olarak şekillendirilmiş istisnai bir örnek olduğunu ve sonuç olarak UCM Statüsü'nde amirin emrinin düzenlenmesi ile bir hatadan dönüldüğünü vurgulamıştır.⁹⁵ Buna karşın Statü'nün 28. maddesi kapsamında askeri komutanların ve üst rütbeli askerlerin cezai sorumluluğunun son derece genişletilmiş olmasının “*kanunsuz suç ve ceza olmaz*” prensibini ihlal ettiği ifade edilmiştir. Söz konusu hüküm uyarınca askeri komutanlar ve üst rütbeli askerler bakımından kusursuz sorumluluk esasının kabulüne dahi imkan sağlandığı belirtilmiş, ceza sorumluluğunun son derece muğlak ve geniş hale getirilmesi eleştirilmiştir.⁹⁶

Bilindiği üzere saldırı suçu, UCM Statüsü'nde düzenlenmemiş, daha sonra 2010 yılında yapılan UCM Birinci Gözden Geçirme Konferansı'nda yapılan çalışmalar ile suça ilişkin düzenlemeler kabul edilmiş ve Statü'ye eklenmiştir. Doktrinde saldırı suçuna ilişkin düzenlemede yer alan “*karakteri, ağırlığı, boyutu ve açıkça*” şeklindeki ölçütlerin belirli ve kesin bir tanımı bulunmamasından dolayı belirlilik ilkesinin ihlal edildiği ileri sürülmüştür. Nitekim suç ve cezalara ilişkin hukuki düzenlemelerin caydırıcılık sağlayabilmesi için açık, belirli ve karmaşık olmayan ifadelerden oluşması gerektiği vurgulanmalıdır.⁹⁷ Bu doğrultuda insancıl müdahale gibi meşruiyeti ve içeriği tartışmalı olan silahlı müdahale fiillerinin saldırı suçunun uygulanması bağlamında sorun yaratabilecektir.⁹⁸ Doktrinde ayrıca soykırım suçuna ilişkin düzenlemede yer alan hem soykırım kastının tespiti hem de “*kısmen yok edilme*” ifadelerinin belirsiz olması yönüyle net bir kriter geliştirilmesinin zor olduğu ifade edilmiştir.⁹⁹ 31 Mayıs 2010 tarihinde yaşanan “*Mavi Marmara Olayı*” ile ilgili olarak UCM'ye yapılan başvuru sonrasında Savcılık, inceleme neticesinde ortaya çıkan veya çıkabilecek olan delillerin söz konusu suçların başkaca işlem yapılmasını gerekli kılacak yeterli ağırlıkta olmadığı sonucuna ulaşmış ve soruşturma açılmaması

⁹⁴ Booth, s. 145.

⁹⁵ Güneysu, Gökhan. *Uluslararası Hukukta Amirin Emri*, On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2015, s. 167-169.

⁹⁶ Statü'nün 28. maddesi uyarınca üst-ast ilişkileri çerçevesinde bir üstün emir ve kontrolü altında bulunan astı üzerinde amirlik ve denetim görevini yerine getiremediği, bu kapsamda suçların işlendiğini bildiği veya bilerek göremezden geldiği veya faaliyetin sorumluluğu ve denetimi kendisine ait olduğu halde bu görevini ihmal ederek suçun işlenmesinin önüne geçemediği hallerde veya suçun işlenmesini önlemek veya durdurmak için gerekli önlemleri almadığı ya da konuyu yetkili makamlara iletmediği takdirde ceza sorumluluğu doğacaktır. Şen, s. 118-119.

⁹⁷ Değirmenci, Olgun / Mavuş, Ali, *Uluslararası Ceza Hukukunda Saldırı Suçu*, Seçkin Yayınları, Ankara, 2016, s. 201.

⁹⁸ Kul, s. 130.

⁹⁹ Kaplan, Fatih Halil. “Ruanda ve Eski Yugoslavya Uluslararası Ceza Mahkemesi Kararlarında Soykırım Suçu”, *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi*, S.3, 2013, s. 126.

yönünde karar vermiştir. Doktrinde Topal, Savcılığın soruşturmanın açılmamasına karar verme yetkisi açısından söz konusu olan “ağırlık” kıstasının Mavi Marmara olayına ilişkin verilen kararda olduğu üzere yanlış yorumlanmasının çifte standart uygulamasına yol açtığını ve bu bağlamda adalet duygusunun tatmin edilmediği kitleleri hukuk dışı yollara başvurmaya yönlendireceğini ileri sürmüştür.¹⁰⁰

UCM Statüsü’nün 21. maddesinde soruşturma ve kovuşturmada uygulanacak hukuk kuralları düzenlenmiştir. Söz konusu hüküm uyarınca Statü düzenlemeleri dışında yer alan bazı hukuk kurallarının da soruşturma ve kovuşturmada doğrudan doğruya uygulanabilecek olması, muğlaklığı gündeme getirmesi açısından ilkesine aykırı olacağı ileri sürülerek eleştirilmiştir.¹⁰¹ Statü’de yer alan ayrıntılı usul ve delil kuralına ek olarak ayrıca usul ve delil kuralları belgesi şeklinde uzun bir metnin kabul edilmiş olmasının devletlerin UCM’ye faaliyet ve eylem özgürlüğü tanımak istemediklerini gösterdiği belirtilmiştir. Statü, bu açıdan ele alındığında ceza hukuku gibi egemenliğin göstergesi olan bir alanda devletlerin uzlaşmasının oldukça zor olduğu anlaşılmaktadır. Değinilen tartışmalı noktalara karşın daimi bir uluslararası ceza mahkemesinin kurulmasının evrensel barış ve hukuk adına son derece olumlu bir gelişme olduğu ileri sürülmüştür.¹⁰²

UCM’ye karşı tutumu açısından Türkiye’nin terör suçunun da Statüye dahil edilmesini talep ettiğine dikkat çekmek gerekir. Ayrıca görüşmeler sırasında Türkiye, Statü’ya taraf olmayan devletlerin de mahkemenin yargısını red edebilmek için taraf devletlerle aynı imkanlara sahip kılınması için çaba harcamıştır.¹⁰³ Zira kendi ulusal çıkarları açısından bazı tereddütlere sahip olan

¹⁰⁰ “Mavi Marmara Olayı” kapsamında Özgür Gazze Hareketi isimli sivil toplum kuruluşu öncülüğünde hem İsrail tarafından uygulanan abluka altındaki Filistinlilere yardım ulaştırmak hem de ablukaya dikkat çekmek üzere farklı ülkelerden uluslararası sivil toplum kuruluşlarınınca teşkil edilen ve içinde gönüllülerin de yer aldığı Gazze Yardım Filosu harekete geçmiştir. Gazze Yardım Filosu’ndaki Mavi Marmara, Sfendoni, Challenger I, Eleftheri Mesogeios, Gazze 1 ve Defne Y isimli gemiler, 31 Mayıs 2010 tarihinde İsrail’in fiili müdahalesiyle karşılaşmıştır. İsrail, müdahale kapsamında Filo’nun sevk ve idaresinin gerçekleştirildiği ve açık denizde tüm gemilere tanınmış olan seyrüsefer serbestisini kullanmakta olan Mavi Marmara’ya en yakın sahil noktasına 72 mil, abluka sahasına 64 mil uzakta saldırmıştır. Altı yüze yakın kişinin bulunduğu Mavi Marmara’ya yönelik saldırı neticesinde dokuz kişi saldırı anında, biri sonradan olmak üzere toplam on yardım gönüllüsü hayatını kaybetmiş, birçoğu da yaralanmıştır. Yedi İsrail askerinin de yaralandığı belirtilen saldırı sonrasında Filo’da bulunan tüm yardım gönüllüleri ve gemi mürettebatı gözaltına alınarak İsrail’in Aşdod Limanı’na götürülmüş, gemilere, yardım malzemelerine ve katılımcıların şahsî eşyalarına el koyulmuştur. Mavi Marmara’nın bayrak devleti olan Komorlar Birliği de on kişinin ölümüne yol açan bu saldırıyı, 14 Mayıs 2013 tarihinde Uluslararası Ceza Mahkemesi’ne taşımıştır. Savcılık, İsrail Silahlı Kuvvetlerinin Gazze Yardım Filosu’na dâhil Mavi Marmara isimli gemide UCM’nin yetki alanına girebilecek savaş suçları işlendiğini gösterir makul bir temel bulunduğu, ancak inceleme söz konusu suçların UCM’de başkaca işlem yapılmasını gerekli kılacak yeterli ağırlıkta olmadığı sonucuna ulaşmış ve soruşturma açılmaması yönünde karar vermiştir. Somut olay hakkındaki bilgiler, UCM Savcılığına yapılan başvuru, savcılık kararı ve olayın değerlendirmesi hakkında bkz. Topal, Ahmet Hamdi. “Uluslararası Ceza Mahkemesinin Mavi Marmara Kararı ve Kararın Uluslararası Hukuk Açısından Değerlendirilmesi”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, C. 21, S. 2, 2015, s. 482-506.

¹⁰¹ Statü’nün 21. maddesi uyarınca uygulanacak hukuk; statü, usul ve delil kuralları, geçerli antlaşmalar, uluslararası silahlı çatışma prensipleri dahil uluslararası hukukun ilke ve kuralları, mevcut hukuk sistemlerinin ulusal yasalarından kaynak alınan temel hukuk prensipleri, geçmiş kararlarda yorumlanmış hukuk ilke ve kurallarından oluşmaktadır. Şen, s. 109.

¹⁰² Karakehya, Hakan. “Uluslararası Ceza Mahkemesi ve Uygulanabilir Hukuk” *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 57, S. 2, 2008, s. 152, 159.

¹⁰³ Önok, s. 101

Türkiye, için Statü'nün kabulü için yapılan oylamada çekimser oy kullanmıştır.¹⁰⁴ Türkiye'nin bu tereddütleri, UCM'nin zaman bakımından uygulamasına yöneliktir. Zira Türkiye'nin güneydoğusunda 1990'lı yıllarda yaşanan olaylardan ötürü Türk yetkililerinin sanık olarak yargılanmasının söz konusu olup olmayacağına yönelik bir tereddüt mevcuttur.¹⁰⁵

Uluslararası ceza yargısının etkin, meşru ve güvenilir olması, yetkin yargıçlardan oluşmasına bağlıdır. Bu bağlamda UCM'de temel hukuki sistemlerin temsil edilmesi, uygun bir coğrafi temsil sağlanması ve yargıçlar arasında cinsiyet dağılımının etkin şekilde yapılması gerekmektedir. Kadınların Mahkemedeki temsilinin düşük olması, kurumun meşruiyetine ve otoritesine karşı bir tehdittir.¹⁰⁶ UCM'nin amaçlarına ulaşması için üç temel sorunun çözülmesi zorunlu olduğu ileri sürülmüştür. Bu sorunlar; hangi suçların Mahkeme yargısına dahil olacağı ve bu suçların tanımları, uluslararası ceza yargısı ile ulusal ceza yargısı arasındaki ilişki ve Mahkeme'nin BM karşısında ne kadar bağımsız olacağıdır.¹⁰⁷ Doktrinde Aksar, UCM'nin organik anlamda bağımsız bir savcı, bağımsız bir yargılama makamı ve hakimlerden oluşan, insan hakları hukuku standartlarının öngördüğü koşullara uygun cezai yargılama yetkisine sahip bir kurum olduğunu belirtmiştir.¹⁰⁸ Buna karşın doktrinde Statü'nün 16. maddesinde yer alan BM Güvenlik Konseyi'nin soruşturma ve davayı erteleme yetkisi açısından yargı sürecine müdahale edilmesinin mahkemenin bağımsızlığını ve ayrıca eşitlik ilkesini de ihlal edebileceği ileri sürülmüştür.¹⁰⁹ Nitekim UCM'nin kurulduğu günden itibaren gerçekleştirdiği uygulamalara bakıldığında güçlü Batılı devletlerin politikalarıyla ilişkili ve bu devletlerin vatandaşlarından ziyade genellikle Afrika ülkelerinde meydana gelen eylemlerin faili olan kişilerin yargılanması, Nürnberg yargılamalarına yöneltilen “*galiplerin adaleti*” eleştirisini hatırlatmaktadır. Söz konusu eleştiriler, UCM'nin meşruiyetinin sorgulanmasına yol açsa da uluslararası barış ve adaletin hukukun üstünlüğü ilkesi ışığında gerçekleştirilmesinde oldukça önem taşıdığını kabul etmek gerekir.¹¹⁰

İnsan haklarının korunması ve adaletin sağlanması için hukukun üstünlüğü ilkesi çerçevesinde sürekli görev yapacak bir uluslararası ceza mahkemesinin kurulması ve uluslararası suçların düzenlenmesi oldukça önem taşımaktadır.¹¹¹ Doktrinde Cassese, UCM'nin hukukun üstünlüğü ilkesi çerçevesinde insan haklarının korunması ve adaletin sağlanması amacıyla yeterli mali olanakların sağlanması, Statü ile usul ve delil kuralları başta olmak üzere ilgili hukuk kurallarının mahkeme ve devletlerin işbirliği neticesinde açık ve net şekilde düzenlenmesi gerektiğini vurgulamıştır.¹¹²

¹⁰⁴ Önok, s. 102, dn. 66.

¹⁰⁵ Önok, s. 238-239.

¹⁰⁶ Booth, s. 131-132.

¹⁰⁷ Eser, s. 10-11.

¹⁰⁸ Aksar, s. 137.

¹⁰⁹ Şen, s. 123.

¹¹⁰ Poyraz, Yasin / Önen, Vehip Ömer. “Uluslararası Ceza Yargısının Gelişiminde Uluslararası Ceza Mahkemesinin Rolü”, *Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi*, S. 1, 2019, s. 216.

¹¹¹ Tezcan, Durmuş. “Uluslararası Suçları Kovuşturmada Katedilen Yol: Uluslararası Nüremberg Askeri Mahkemesinden Eski Yugoslavya Uluslararası Ceza Mahkemesine”, in: *Kenan Tunçomağ'a Armağan*, Beta Yayınları, İstanbul, 1997, s. 490.

¹¹² Cassese, Antonio. “The Statute of the International Criminal Court: Some Preliminary Reflections”, *European Journal Of International Law*, Vol. 10, Issue. 1, 1999, s. 171.

SONUÇ

Uluslararası ceza yargısının tarihsel gelişimi bağlamında kurulan mahkemelerin ve yapılan yargılamaların eleştirileri, sorunları ve bunlara yönelik yorumlar, uluslararası ceza adaletinin sağlanması açısından çok önemli bir yere sahiptir. Dolayısıyla Nürnberg yargılamaları ile başlayan sürecin devamında Eski Yugoslavya Mahkemesi ile Ruanda Mahkemesi'nin özelliklerinin ve içtihatlarının da değerlendirilmesi ve bu mahkemelere yönelik doktrin görüşlerinin de ortaya konulması, Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin gelişimi bakımından önemli bir ihtiyaçtır. İlk olarak Nürnberg yargılamalarına yönelik, “*galiplerin adaleti*” ve “*kanunsuz suç ve ceza olmaz*” eleştirilerinin göz önünde bulundurulması UCM'nin şekillendirilmesi gerekmektedir. Dolayısıyla uluslararası suç olarak UCM yargısına tabi tutulacak suçların tanımlarının, unsurlarının ve içeriklerinin düzgün bir şekilde düzenlenerek “*kanunsuz suç ve ceza olmaz*” ilkesine uygun şekilde yargılama yapılması sağlanmalıdır. Uluslararası suçların düzenlenmesinde uluslararası topluma zarar verecek olan her muhtemel suçun yer alması sağlanmalı ve böylece hiçbir uluslararası suçun cezasız kalmaması sağlanmalıdır. UCM'yi kuran Roma Statüsü'ne mümkün olduğunca çok devletin taraf olması sağlanarak, uluslararası ceza yargısının meşruiyetinin artırılması önem taşımaktadır.

Eski Yugoslavya için Uluslararası Ceza Mahkemesi ile Ruanda Uluslararası Ceza Mahkemesi kararları, hiç şüphesiz ki uluslararası ceza hukukuna çok önemli katkılar sunmuştur. Silahlı çatışma zamanlarında, ölüm ve yağma olaylarının daha ön planda olması, dolayısıyla da böyle zamanlarda işlenen cinsel suçların arka planda kalması bir risk olmaktadır. EYUCM ile Ruanda Mahkemesi çeşitli içtihatlarıyla, savaş suçları ve insanlığa karşı suçlar kapsamında işlenen cinsel suçların da cezasız kalmayacağını göstermeleri yönüyle büyük bir başarı göstermişlerdir. Mahkemelerde yargılanan sanıkların üst düzey yöneticiler olması da ayrı bir başarı olarak görülmektedir. Ayrıca Ruanda Mahkemesi tecrübesi, kadın hakimlerin uluslararası ceza yargısında adil temsile uygun şekilde görev almasının sağlanmasının ne kadar önemli ve yararlı olduğunu göstermiştir. Özellikle cinsel suçların yargılanmasında kadın hakimlerin daha duyarlı ve dikkatli davrandıkları fikri, bu önemi ifade etmektedir. Bu doğrultuda Uluslararası Ceza Mahkemesi'nde de kadın hakimlerin adil temsil edilmesi anlamlı olacaktır. Ayrıca Ruanda Mahkemeleri ile uluslararası suçlara aktif olarak katılmanın yanında, bu suçlara medya aracılığıyla teşvik ve tahrik etmenin de suç olduğu değerlendirilmesi yapılarak uluslararası ceza adaletine yeni bir boyut kazandırılmıştır.

Nürnberg yargılamaları ile Ruanda Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin değinilen kararları ışığında, uluslararası ceza hukukunun kapsamının bireysel sorumluluk anlamında devlet yetkililerini, siyasi partileri ve askeri liderleri aştığı söylenebilir. Nitekim uluslararası ceza sorumluluğunun bireysel olarak sanayicilere, amiri olduğu işçiler üzerinde fiili hakimiyeti olan iş adamlarına ve şirketlere kadar genişlediğini görmek mümkündür.¹¹³ Nürnberg yargılamalarında uluslararası yargı öncelikli olup ulusal mahkemelerin yargı yetkisinin sınırları çizilmiştir. Ruanda ve Yugoslavya Uluslararası Ceza Mahkemelerinde ise uluslararası ve ulusal yargı yetkiler eş zamanlı olarak kullanılabilmekteydi. Uluslararası Ceza Mahkemesi ise ulusal ceza yargısının

¹¹³ Clapham, s. 26.

yetkisini adaleti sağlama amacına uygun şekilde kullanması durumunda, bu ulusal yargı yetkisini gölgede bırakmayacaktır.¹¹⁴ UCM, ulusal ceza yargılamasının adaleti sağlama amacına uygun şekilde tecelli edip etmediğini takdir yetkisine sahiptir.¹¹⁵ UCM hakkında belirtilmesi gereken önemli noktalardan biri de UCM, Nürnberg yargılamaları ile açığa çıkan ve o zamandan beri süreklilik arz eden bir sürecin parçasıdır.¹¹⁶

Uluslararası ceza yargısının hukukun üstünlüğü ilkesi çerçevesinde görev yaparak adaletin sağlanması amacı açısından “*kanunsuz suç ve ceza olmaz*” ilkesi, tarafsız ve bağımsız yargılama, adil yargılanma hakkı ve ceza sorumluluğuna ilişkin güvencelere uygun şekilde hareket edilmesi büyük önem taşımaktadır. Bu bağlamda UCM kapsamında görev yapacak olan hakimlerin tarafsızlığının ve bağımsızlığının güvence altına alınması gereklidir. “*Kanunsuz suç ve ceza olmaz*” ilkesi açısından uluslararası ceza yargısı kapsamına giren suçların tanımları, unsurları ve öngörülen cezaların açık, anlaşılır ve net şekilde düzenlenmiş olması şarttır. Yargılamaya esas alınacak hukuk kuralları bağlamında muğlak kurallara başvurulmasının engellenmesi açısından Statü’de yer alan mevcut düzenlemelerin gözden geçirilip hukuki belirlilik ilkesine uygun şekilde öngörülmesi önem taşımaktadır. Adil yargılanma hakkına dahil olan tüm güvencelerin sanıklara tanınmış olması ve gerçekleştirilen soruşturma ve kovuşturma işlemlerinde ceza sorumluluğuna ilişkin güvencelere uygun hareket edilmesi de hukukun üstünlüğü ilkesinin önemli unsurları olarak kabul edilmelidir.

KAYNAKÇA

Aksar, Yusuf. *Evensel Yargı Kuruluşları*, Seçkin Yayınları, Ankara, 2007.

Alibaba, Arzu. “Uluslararası Ceza Mahkemesinin Kuruluşu” *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, S. 1, 2000, s. 181-207.

Alpkaya, Gökçen. *Eski Yugoslavya İçin Uluslararası Ceza Mahkemesi*, Turhan Kitabevi, Ankara, 2002.

Azarkan, Ezeli. *Nuremberg’ten La Haye’ye: Uluslararası Ceza Mahkemeleri*, Beta Yayınları, İstanbul, 2003.

Azarkan, Ezeli. “Uluslararası Ceza Mahkemelerinde Savaş Suçları”, *Hukuk ve Adalet Eleştirel Hukuk Dergisi*, S. 1, 2004, s. 53-76. Azarkan (n 9)

Başak, Cengiz. *Uluslararası Ceza Mahkemeleri ve Uluslararası Suçlar*, Turhan Kitabevi, Ankara, 2003.

Booth, Cheerie. “Uluslararası Ceza Divanı’ndan Beklenenler ve Muhtemel Sorunlar: Yugoslavya ve Ruanda’dan Çıkarılan Dersler”, in: *Nürnberg’ten Lahey’e Uluslararası Ceza*

¹¹⁴ Eser, s. 20-21.

¹¹⁵ Sands, s. 71.

¹¹⁶ Booth, s. 150.

Adaletin Geleceği (Ed. Philippe Sands, Çev. Hazal Ungan Çalışkan), Alfa İnceleme, İstanbul, 2016, s. 127-150.

Cassese, Antonio. “The Statute of the International Criminal Court: Some Preliminary Reflections”, *European Journal Of International Law*, Vol. 10, Issue. 1, 1999, s. 144–171.

Clapham, Andrew. “Karmaşıklık, Suç Ortaklığı ve Tamamlayıcılık: Nürnberg Duruşmalarından Yeni Uluslararası Ceza Divanı’nın Şafağına Doğru”, in: *Nürnberg’ten Lahey’e Uluslararası Ceza Adaletinin Geleceği* (Ed. Philippe Sands, Çev. Hazal Ungan Çalışkan), Alfa İnceleme, İstanbul, 2016, s. 35-62.

Çebi, Sezgin Seymen. *Anayasalcılık ve “Politik Olan”*, Adalet Yayınları, Ankara 2021.

Değirmenci, Olgun / Mavuş, Ali, *Uluslararası Ceza Hukukunda Saldırı Suçu*, Seçkin Yayınları, Ankara, 2016.

Doğru, Osman / Nalbant, Atilla. *İnsan Hakları Sözleşmesi – Açıklama ve Önemli Kararlar*, I. Cilt, 2. Baskı, Legal Yayınları, İstanbul, 2013.

Elban, Hasan Kemal. “Ruanda’dan İnsanlığa Kalan Miras ya da Ruanda Uluslararası Ceza Mahkemesi Zevahiri Kurtarabilecek mi?”, *Hukuk ve Adalet Eleştirel Hukuk Dergisi*, S. 1, 2004, s. 107-117.

Erdal, Selcen. *Uluslararası Ceza Mahkemesinin Devlet Egemenliğine Etkisi*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2010.

Eren, Abdurrahman. *Anayasa Hukuku Dersleri*, 4. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara, 2022.

Eser, Albin. “Uluslararası Ceza Mahkemesi’nin Kurulması: Roma Statüsünün Ortaya Çıkışı ve Temel Özellikleri”, in: *Uluslararası Ceza Divanı*, (Yayına Hazırlayan: Feridun Yenisey), Arıkan Yayınları, İstanbul, 2007, s. 3-35.

Gözler, Kemal. *Türk Anayasa Hukuku*, 3. Baskı, Ekin Yayınları, Bursa, 2019.

Güneysu, Gökhan. *Uluslararası Hukukta Amirin Emri*, On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2015.

İnceoğlu, Sibel. *İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Adil Yargılanma Hakkı*, 4. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul, 2013.

İnceoğlu, Sibel. “Adil Yargılanma Hakkı”, in: *İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa*, 3. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul, 2013, s. 209-286.

Kaplan, Fatih Halil. “Ruanda ve Eski Yugoslavya Uluslararası Ceza Mahkemesi Kararlarında Soykırım Suçu”, *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi*, S.3, 2013, s. 106-129.

Karakehya, Hakan. “Uluslararası Ceza Mahkemesi ve Uygulanabilir Hukuk” *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 57, S. 2, 2008, s. 133-164.

Koç Başar, Cansu. *Roma Statüsü Bağlamında İnsanlığa Karşı Suçlarda Devlet Politikası* On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2019.

Kul, Muhammet Celal. *Uluslararası Ceza Mahkemesi ve Uluslararası Tecavüz (Saldırı Suçu)*, On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2016.

Overy, Richard “Nürnberg Duruşmaları: Uluslararası Hukukun İnşası”, in: *Nürnberg'ten Lahey'e Uluslararası Ceza Adaletinin Geleceği* (Ed. Philippe Sands, çev. Hazal Ungan Çalışkan), Alfa İnceleme, İstanbul, 2016, s. 13-33.

Önok, R. Murat. *Tarihi Perspektifiyle Uluslararası Ceza Divanı*, Turhan Kitabevi, Ankara, 2003.

Özel, Kadir Can. “Daimi Bir Uluslararası Ceza Mahkemesinin Kuruluşuna Giden Yol”, in: *Türkan Rado'nun Anısına Armağan* (Ed. Abuzer Kendigelen), On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2020, s. 1027-1046.

Özenç, Berke. *Hukuk Devleti*, İletişim Yayınları, İstanbul 2014.

Poroy, Nazım. *Nüremberg Davası*, Milli Eğitim Basımevi, Ankara, 1948.

Poyraz, Yasin / Önen, Vehip Ömer. “Uluslararası Ceza Yargısının Gelişiminde Uluslararası Ceza Mahkemesinin Rolü”, *Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi*, S. 1, 2019, s. 187-222.

Sağlam, Abdi. “Uluslararası Yargılama Faaliyetleri Bağlamında Eski Yugoslavya Uluslararası Ceza Mahkemesinin Değerlendirilmesi”, *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, C. 20, S. 6, 2015, s. 567-594.

Sands, Philippe. “Pinochet'den Sonra: Ulusal Mahkemelerin Rolü”, in: *Nürnberg'ten Lahey'e Uluslararası Ceza Adaletinin Geleceği* (Ed. Philippe Sands, Çev. Hazal Ungan Çalışkan), Alfa İnceleme, İstanbul, 2016, s. 63-91.

Sarıgüzel, Hacı. “Uluslararası Ceza Mahkemesi”, *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi*, C. 3, S. 1, 2014, s. 230-273.

Schabas, William A. *Uluslararası Ceza Mahkemesine Giriş*, (Çeviren: Gülay Arslan), 2. Baskı, Legal Yayınları, İstanbul, 2007.

Şahin Akdemir, Merve. “Egemenlik ve Evrensel Yargı Yetkisi İlişkisinin Uluslararası Ceza Hukuku Boyutu” *Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 8, S. 2, 2022, s. 261-275.

Şen, Ersan. *Uluslararası Ceza Mahkemesi*, Seçkin Yayınları, Ankara, 2009.

Tezcan, Durmuş. “Uluslararası Suçları Kovuşturmada Katedilen Yol: Uluslararası Nüremberg Askeri Mahkemesinden Eski Yugoslavya Uluslararası Ceza Mahkemesine”, in: *Kenan Tunçomağ'a Armağan*, Beta Yayınları, İstanbul, 1997, s. 481-490.

Tezcan, Durmuş / Erdem, Mustafa Ruhan / Önok, R. Murat. *Uluslararası Ceza Hukuku*, 3. Baskı, Seçkin Yayınları, İstanbul-İzmir, 2015.

Topal, Ahmet Hamdi. “Uluslararası Ceza Mahkemesinin Mavi Marmara Kararı ve Kararın Uluslararası Hukuk Açısından Değerlendirilmesi”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, C. 21, S. 2, 2015, s. 481-508.

Uysal, Gizem. *Nürnberg Mahkemesi’nden Uluslararası Ceza Mahkemesi’ne Savaş Suçları*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2020.

Ebüsüüd Efendi ve Şânizâde'nin Sakk Kayıtları Işığında İslam ve Osmanlı Hukukunda İcâre (Kira)

İbrahim ÜLKER 

Doktor Öğretim Üyesi, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Hukuk Tarihi Anabilim Dalı
Konya, Türkiye

iulker@selcuk.edu.tr (Sorumlu Yazar / Corresponding Author)

Makale Bilgileri	ÖZET
<p>Makale Geçmişi Geliş: 25.05.2023 Kabul: 17.10.2023 Yayın: 23.10.2023</p> <p>Anahtar Kelimeler: Osmanlı Hukuku, Kira, İş Akdi, Mahkeme, Belge.</p>	<p>İslam hukukunda kira belirli bir menfaatin bir bedel karşılığında satılması olarak tanımlanmıştır. Bu yönü ile günümüze göre daha geniş bir kapsama sahip olmuştur. Taşınır, taşınmaz malların kirasının yanı sıra iş akitleri, taşıma sözleşmeleri hatta hasta hekim arasındaki sözleşmeler kira başlığı altında ele alınmıştır. İslam hukukunda genel olarak sözleşmelerin geçerli olması için bir şekil şartı ortaya konulmamıştır. Ancak insanlar haklarını korumak için aralarındaki sözleşmeleri kayıt altına alma ihtiyacı hissetmişlerdir. Hanefi mezhebi görüşleri doğrultusunda yargı teşkilatını oluşturan ülkelerde bu görevi kadılar ifa etmişlerdir. İslam tarihinde bu konuda kadılara yardımcı eserler kaleme alınmıştır. Bu çalışmada, bu eserlerden Ebüsuüd Efendi ve Şânizâde'nin sakk kitaplarındaki kira örnekleri incelenmiştir. Bu örnekler arasında gayrimenkul kira sözleşmesi, iş sözleşmesi, taşıma sözleşmesi örnekleri bulunmaktadır. Ayrıca Şânizâde'nin eserinde sözleşme örneklerinin yanı sıra kira konusunda ortaya çıkan uyuşmazlıkların yargılanmasında tutulan mahkeme kayıtları da bulunmaktadır. Bu makale ile Osmanlı hukukunda kira akdinin kapsamı ve iki hukukçu arasında yaklaşık iki yüz elli yıllık süre içerisinde kira sözleşmeleri ve sakk kayıtlarındaki değişim ortaya konulmaya çalışılmıştır.</p>

Rent In Islamic And Ottoman Law In The Light Of The Sakk Records Of Ebussuud And Sanizade

Article Info	ABSTRACT
<p>Article History Received: 25.05.2023 Accepted: 17.10.2023 Published: 23.10.2023</p> <p>Keywords: Ottoman Law, Rent, Labor Agreement, Court, Document.</p>	<p>Rent is defined as the selling of a specific benefit in exchange for a price in Islamic law. In this respect, it has had a wider area than today. In addition to the rental of movable and immovable properties, employment contracts, transportation contracts and even contracts between the patient and the physician are handled under the title of rent. Islamic law generally does not require a formal requirement for contracts to be valid. However, people have felt the need to record their contracts to protect their rights. In the countries that formed the judicial organization in line with the views of the Hanafi sect, qadis performed this duty. In the history of Islam, auxiliary works have been written for qadis on this subject. In this study, the examples of rent in the sakk books of Ebussuud and Sanizade are analyzed. These examples include real estate lease contracts, employment contracts, and transport contracts. In addition to examples of contracts, Sanizade's work contains court records kept in the trial of disputes arising on rent. This article aims to reveal the scope of the rent contract in Ottoman law and the changes in rent contracts and sakk records between the two jurists over a period of approximately two hundred and fifty years.</p>

Atıf/Citation: Ülker, İ. (2023). "Ebüsuüd Efendi ve Şânizâde'nin Sakk Kayıtları Işığında İslam ve Osmanlı Hukukunda İcâre (Kira)", *Necmettin Erbakan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 6(2), s. 730-755.



"This article is licensed under a Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License (CC BY-NC 4.0)"

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

GİRİŞ

İnsan hayatını sürdürebilmesi için bir diğerine muhtaçtır. Bu nedenle insanlar topluluk halinde yaşamışlardır. Ancak gerek insanın yaradılışından kaynaklanan bazı özelliklerden, gerekse dış etkenlerden dolayı kendi çıkarlarını önceleyerek başkalarına zarar veren kişiler olabilir. Bu nedenle insanlar arasında düzeni ve adaleti sağlamak için birtakım kurallara ihtiyaç duyulmaktadır. Bu kurallar fıkıh ilminde muamelat, münâkehât ve ukûbât başlıklarına ayrılır.¹ Münâkehât aile hukuku konularını, muamelat borçlar hukuku konularını ve ukûbât ceza hukuku konularını ele alır. Kira sözleşmeleri fıkıhta muamelat başlığı altında ele alınan konulardan biridir. Konunun önemine binaen neredeyse tüm fûrû-ı fıkıh kitaplarında icâre başlığını ve bu alanı düzenleyen kuralları bulmak mümkündür. İslam hukukunda icâre kavramının günümüz kira kavramından daha geniş bir kapsama sahip olduğu söylenebilir. Zira günümüzde ayrı bir hukuk bilim alanı olan iş hukuku konuları, tarihte icâre-i âdemî olarak isimlendirilerek icâre konusunun bir alt başlığı olarak değerlendirilmiştir. Yine günümüzde taşıma hukuku, tıp hukuku diyebileceğimiz alanlar İslam hukukunda icâre (kira) başlığı altında ele alınmıştır.² Zaman içerisinde kapsamı daralsa da geçmişte olduğu gibi günümüzde de kira hukuku önemli bir yere sahiptir.

Bu çalışmada fıkıh kitaplarındaki teorik bilgilerin bir şekilde hayata geçirilmesi olarak nitelendirilebileceğimiz sakk kayıtları penceresinden kira akdi ele alınacaktır. Gerçekten de sakk eserleri İslam hukuku uygulamasının en güzel şekilde görülebileceği çalışmalardır. Aşağıda detaylarına değinileceği üzere sakk kitapları, günümüzde fıkıh kitapları kadar meşhur olmasa da tarihimizde uygulayıcılar tarafından çokça başvuru ve hukuk uygulamasına yön veren eserlerdir. Bu çalışmada iki temel sakk kitabındaki kayıtların değerlendirilmesi tercih edilmiştir. Biri Osmanlı Devleti'nin meşhur şeyhülislamlarından Ebüssüüd Efendi'ye (öl. 982/1574) ait sakk eseridir. Üzerinde bazı çalışmalar yapılan bu eser Arapça olarak hazırlanmış ve henüz Türkçeye çevrilmemiştir. Osmanlı ulemâsı tarafından kaleme alınan ilk sakk eserlerinden sayılan bu çalışmadaki icâre kayıtları o dönemin kira hukukuna ışık tutması açısından tercih edilmiştir. Çalışmada kullandığımız ikinci eser ise Mehmet Sadık Efendi'nin (Şânizâde) (öl.1242/1826) Sakk-i Şânizâde isimli eseridir. 18. yüzyılın sonlarına tarihlenen bu eser yine Osmanlı âlimleri tarafından kaleme alınan son sakk eserlerinden sayılabilir. Bu eserlerdeki kayıtların karşılaştırması ile sakk kayıtları ışığında Osmanlı icâre hukuku alanında yaklaşık iki yüz elli senede ortaya çıkan dönüşüm de ortaya konulmaya çalışılmıştır.

Birçok fûrû-ı fıkıh kitabında İslam hukukunda icâre konusundan bahsedilmiştir. Bu eserlerden bu çalışmanın hazırlanmasında yararlanılanlar kaynakçada zikredilmiştir. Günümüzde müstakil olarak bu konuyu ele alan M. Latif Altun tarafından hazırlanan eserin³ yanı sıra Diyanet

¹ Mecelle-i Ahkam-ı Adliye'nin birinci maddesi, Düstur, 1. Tertip, C. 1, s. 30.

² Cin, Halil / Akgündüz, Ahmed. *Türk Hukuk Tarihi*, Osmanlı Araştırmaları Vakfı, İstanbul, 2011, s. 652; Avcı, Mustafa. *Türk Hukuk Tarihi*, 11. Basım, Adalet Yayınevi, Ankara, 2022, s. 607-608; Ekinci, Ekrem Buğra. *Osmanlı Hukuku Adalet ve Mülk*, Arı Sanat Yayınları, İstanbul, 2006, s. 524-525.

³Altun, Muhammed Latif. *İslam Hukukunda Kira (İcare) Sözleşmesi*, Sonçağ Akademi, Ankara, 2022.

İşleri Başkanlığı görevinde de bulunan Ali Bardakoğlu⁴ ve Aslıhan Akdeniz⁵ tarafından hazırlanan doktora tezleri de bulunmaktadır.

I. İLM-İ ŞURUT VE İLM-İ SAKK

İslam'ın ilk dönemlerinden itibaren hukuki işlemlerin kaydedilmesinde yazı aktif olarak kullanılmıştır.⁶ Hicri ikinci asırda hukuken geçerli bir belge düzenlemek için uyulması gereken kuralların ele alındığı ilmü'ş-şurut ortaya çıkmıştır.⁷ Şurut “İnsanlar arasında yapılan çeşitli muameleler hakkında hakları zayi olmaktan korumak amacıyla, yazı sanatını bilen bir kimse tarafından yazılan belge” şeklinde tanımlanmaktadır.⁸ İlm-i şurut konusunda ilk bilimsel çalışma yapan kişinin İmam-ı A'zam Ebû Hanife olduğu iddia edilmektedir. Ebu Hanife şurut ilmini müstakil bir alan olarak ilk kez ele almış ve bu ilmin esaslarını ve ilkelerini ortaya koymuştur. Ancak Ebu Hanife'nin bu konudaki çalışması günümüze kadar ulaşmamıştır.⁹ Şurut ilmine ait yazılan ilk eserlerden biri de Ebu Hanife'nin öğrencisi İmam Muhammed'e aittir. Bazı araştırmacılar bu eserin Serahsî'nin *el-Mebsut* isimli kitabının içinde bir bölüm olarak bize kadar ulaştığını beyan etmektedirler.¹⁰ Hicri 250'li yıllara gelindiğinde tespit edilen kırkın üzerinde müstakil şurut kitabının isimleri eserlerde yer almıştır.¹¹ Bu ilk dönem eserlerinden günümüze kadar ulaşan ilk örnek Tahâvî'nin (öl.321/933) eş-Şurûtu'l-kebîr ve's-sağîr kitabıdır.¹²

Şurut eserleri hukuk tarihimizde uygulamacıların işini kolaylaştıran kaynak eserler olarak kullanılmıştır. Hukuki işlemler tarafların kimliklerinin tespiti, tarafların işlem yapma ehliyetinin belirlenmesi, iradelerinin sakatlanmadan ve gerçek hali ile ortaya konularak işleme yansıtılması, yapılacak hukuki işlemin konusu, tarafların yükümlülükleri ve bu yükümlülüklerin ne zaman yerine getirileceği gibi pek çok detay barındırır. Bu hususların ayrıca İslam hukukunun ortaya koyduğu kurallara uygun bir şekilde ifade edilmesi önem arz etmektedir. İşte şurut eserleri her bir hukuki işlemi ele alarak bu işlemin geçerli olabilmesi için işlemin kuruluşunda ne gibi hususların zikredilmesi gerektiğini ve ileride ortaya çıkabilecek muhtemel uyuşmazlıklarda kullanılacak

⁴ Bardakoğlu, Ali. *İslam Hukukunda ve Modern Hukukta İcare Akdi Özellikle Personel İstihdamı*, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Erzurum, Atatürk Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, 1982.

⁵ Aslıhan Akdeniz tarafından hazırlanan “Mecelle-i Ahkâm-ı Adliye'nin Kira Hükümlerinin Nizâmiye Mahkemelerinde Uygulanması” isimli doktora çalışması daha sonra kitap olarak da basılmıştır. Bkz: Akdeniz, Aslıhan. *Mecelle-i Ahkâm-ı Adliye'nin Kira Hükümlerinin Nizâmiye Mahkemelerinde Uygulanması*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2022.

⁶ Muhammed Hamidullah tarafından kaleme alınan el-Vesâiku's-Siyâsiyye isimli çalışmada Hz. Peygamber'in kaleme aldırıldığı üç yüz civarında belge tespit edilmiştir. Bu belgelerden bazıları hukuki işlemlerin kayıtlarını ihtiva etmektedir. Hamidullah, Muhammed. *el-Vesâiku's-Siyâsiyye*, (çev. Vecdi Akyüz), Kitabevi, İstanbul, 1997, s. 14.

⁷ Ünal, Halit. “Şurût- Sukûk İslam Hukukunda Belge Tanzimi”, *Diyanet Dergisi*, C. 22, S. 3, 1986, s. 25.

⁸ Önder, Muharrem. “Ebû Ca'fer et-Tahâvî (239-321/853-933) ve Şurût İlmi”, *İslam Hukuku Araştırmaları Dergisi*, C. 6, S. 11, 2008, s. 374.

⁹ Özcan, Ruhi. *Mukaddimetü'l-Hâvî fi Şurûti't-Tahâvî*, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Bağdat, 1972, s. 183.

¹⁰ Önder, s. 396.

¹¹ Özcan, 1972, s. 183-194.

¹² Atar, Fahrettin. “Şürût ve Sicillât”, *Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi*, Türkiye Diyanet Vakfı Yayınları, C.39, Ankara, 2010, s. 416; Bu eser Rûhî Özcan tarafından “el-Hâvî fi Şurûti't-Tahâvî” adıyla Arapça yazılan yüksek lisans çalışmasına konu olmuştur.

Saylan, konu ile ilgili çalışmasında bu alanda yazılan bazı eserlere ait kısa bilgi notları paylaşmış ve tespit edebildiği eserlerin bir listesini vermiştir. Saylan, Şenol. “Hanefî Mezhebi Şurût Literatürü”, *IV. Uluslararası Şeyh Şa'bân-ı Veli "Hanefîlik Mâturidilik" Sempozyumu Kitabı*, Kastamonu Üniversitesi Matbaası, Kastamonu, 2017, C. 2, s. 28-47.

hukuken geçerli belge düzenlemek için dikkat edilmesi gereken hususların ortaya konulduğu ve kayıt örneklerinin yer aldığı eserlerdir.¹³

İslam tarihinde şurut ilmi olarak ortaya çıkan bu bilim Osmanlı hukukunda da etkili olmuştur.¹⁴ Hukuk tarihimizde başta Osmanlı olmak üzere Hanefî fikhının uygulandığı devletlerde¹⁵ kadılar diğer görevlerinin yanı sıra bugünkü anlamda noterlik diyebileceğimiz tescil görevini de ifa etmişler ve insanlar arasında yapılan hukuki muameleleri kayıt altına almışlardır.¹⁶ Devlet tarafından kadılar görevlendirilirken bu husus ayrı bir görev olarak zikredilmiş¹⁷ ve yapacakları bu hizmet karşılığında alacakları ücret de yine kanunnameler ile belirlenmiştir.¹⁸ İlk dönemden itibaren insanlar arasındaki hukuki işlemleri kayıt altına alan kadılar, şurut eserlerini yardımcı kaynak olarak kullanılmışlardır. İlerleyen dönemlerde aralarında şeyhülislamın da bulunduğu Osmanlı hukukçularından şurut eserleri yazan âlimler olmuştur.¹⁹ İlm-i şurut Osmanlı uygulamasında 16. yüzyıldan sonra sakk veya bu kelimenin çoğulu olan sukuk olarak isimlendirilmiştir.²⁰

Sakk kelimesi Farsça kökenli olup *çek* kelimesinden gelmektedir. Farsçadan Arapçaya geçen bu kelime sakk halini almıştır.²¹ “*Şer’i mahkemelerin verdikleri hüccet, ilam, temessük ve diğer şer’i muamelelerin yazılış usulü*” şeklinde tanımlanmaktadır.²² Osmanlıda bu konuda eser kaleme alan Hacibzâde (ö.1100/1689) sakk ilmini “mahzar ve sicillere yazılan şeyleri inceler” diye

¹³ Saylan, s. 29; Ülker, İbrahim. *Osmanlı Noterlik Hukuku*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2018, s. 80.

¹⁴ Ülker, 2018, s. 118.

¹⁵ Maliki mezhebinin yargılamada yazıya ve yazılı belgeye yaklaşım farklılığından dolayı Maliki mezhebinin uygulandığı devletlerde noterlik işlemleri yapmak üzere ayrı görevliler tayin edilmiştir. Tyan, Emile. *Noterlik ve İslam Hukuku Uygulamasında Yazıyla İspat Rejimi*, (çev. Ahmet Ziya Çalışkan), Selçuk Üniversitesi Türkiyat Araştırmaları Enstitüsü, Konya, 2019, s. 69; Atar, Fahrettin. “Noter”, *Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi*, C. 33, Ankara, 2007, s. 211; Anadolu Selçuklu uygulaması için bk. Ülker, İbrahim. “İki Belge Işığında Anadolu Selçuklularda Noterlik İşlemleri”, *II. Türk Hukuk Tarihi Kongresi*, (haz. Fethi Gedikli), Onikilevha Yayınları, İstanbul, 2016, C.1, s. 31-49.

¹⁶ Ortaylı, İlber. *Hukuk ve İdare Adamı Olarak Osmanlı Devleti’nde Kadı*, Kronik Kitap, İstanbul, 2017, s. 43; Oğuz, Mustafa / Akgündüz, Ahmet. “Hüccet”, *Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi*, C. 18, İstanbul, 1998, s. 446; Schacht, Joseph. *İslam Hukukuna Giriş*, (çev. Mehmet Dağ - Abdulkadir Şener), Ankara Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Yayınları, Ankara, 1986, s. 91; İnalçık, Halil vd., *Adalet Kitabı*, Yeditepe Yayınevi, Ankara, 2012, s. 122; Cin Halil / Akyılmaz Gül, *Türk Hukuk Tarihi*, Sayram Yayınları, Konya, 2022, s. 172; Üçok Coşkun / Mumcu Ahmet / Bozkurt Gülnihal, *Türk Hukuk Tarihi*, Turhan Kitapevi, Ankara, 2022, s. 226; Aydın, M.Akif, *Türk Hukuk Tarihi*, Beta Yayınları, İstanbul, 2022, s. 84; Avcı, 2022, s. 219; Ülker, 2018, s. 129.

¹⁷ Uzunçarşılı tarafından neşredilen Kanuni Sultan Süleyman’ın Bedreddin isimli bir kişiyi Budin kadılığına vazifelendirdiği beratın ilgili bölümü şu şekildedir: “...şer’-i kadimden tecavüz eylemeye ve eimme-i hanefiyyeden akval-i muhtelif vaki olan mesailde kema-yenbaği tettebbu edip esahh-ı akvali bulup anınla amel eyleye ve ketb-i sicillât ve sukuk ve tezvîc-i sığar ve sagair ve akdi enkiha ve tenfîz-i vesaya ve kısmet-i mevâris-i râyâ ve zabt-ı emvâl-i eytâm ve gâib ve azl ve nasb-ı vasi ve nâib ve sair umur-ı şer’iyyeye bi’ttamam ve ’l-kemal âlâ veçhî t-ta’fîl ve ’l-icmal mutasarrıf ve mübaşir olup...” Uzunçarşılı, İsmail Hakkı. *Osmanlı Devleti’nin İlmiye Teşkilatı*, 4. Basım, Türk Tarih Kurumu, Ankara, 2014, s. 113.

¹⁸ Örneğin Yavuz Sultan Selim Kanunnamesinde hüccet karşılığı alınacak ücret şöyle belirlenmiştir: “Kadı hüccetinin resmi budur ki, yirmi altı akçe alına; yirmisi kadının ola dördü naibin, ikisi katibin ola...” Akgündüz, Ahmet. *Osmanlı Kanunnameleri ve Hukuki Tahlilleri*, Osmanlı Araştırmaları Vakfı, İstanbul, 1991, C. 3, s. 106.

¹⁹ Kaya, Süleyman. “Mahkeme Kayıtlarının Kılavuzu: Sakk Mecmuaları”, *Türkiye Araştırmaları Literatür Dergisi*, C. 3, S. 5, 2005, s. 384.

²⁰ Kaya, Süleyman. “Sak”, *Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi*, İstanbul, 2008, C. 35, s. 586; Ülker, 2018, s. 119; Kaya, 2005, s. 384.

²¹ Kaya, 2005, s. 381.

²² Uzunçarşılı, s. 116.

açıklamıştır. Hacibzâde bu ilmin çeşitli isimler aldığını beyan ederek *eş-şurût, el-hucce, el-vesika, es-sakk* kelimelerinin bu ilim için kullanıldığını yazmıştır.²³

Osmanlı mahkemelerinde kayıtlar önce müsveddelere yazılır; daha sonra kadı incelemesinden geçirilir, gerekli görülürse üzerinde düzeltmeler yapılır, daha sonra kadı sicillerine kaydedilir ve bu kayıtlardan taraflara birer suret verilir.²⁴ Bu müsveddeler zamanla kâtip, nâip veya kadının uhdesinde birikirdi. Bu görevlilerden bazıları ellerinde toplanan bu kayıtlardan önemli olanlarını seçer ve belirli bir düzen içerisinde yazıya geçirirlerdi. Bu esnada konuya ilişkin fetva kitapları ve önceki sakk kitapları ile karşılaştırmalar yapılır ve neticede mükemmel sayılabilecek rehber eserler ortaya konurdu.²⁵

Sakk kitaplarında kadıların hazırlayacakları ve kadı sicillerine yazacakları kayıtların örnek suretleri yer almıştır. Bu eserlerin bazılarında fıkıh ve fetva kitaplarından kısa bilgiler yer almaktadır. Bu kitapların birçoğunda noterlik belgeleri diyebileceğimiz hüccetlerin yanı sıra kadıların tutmuş oldukları ilam, ma'ruz, mürâsele²⁶ örnekleri de bulunmaktadır.²⁷

Sakk kitapları kadıların ifa ettikleri görevlerle paralel olarak çok geniş bir konu yelpazesine sahip olmuşlardır. Osmanlıda bu ilmin yıllar içerisinde derinlik kazandığı ve bu alanda yazılan kitapların hacimlerinin genişlediği görülmektedir. Zira Şeyhülislam Ebüssüüd Efendi'ye ait olan "Bidaatü'l-kâdî li ihtiyacihî fi'l-müstakbeli ve'l-mazi" isimli sakk kitabı sadece yirmi dört sayfa ve atmış belgeden ibaret iken²⁸ 18. yüzyılda yaşamış Debbağzade Numan Efendi'ye ait olan "Tuhfetü's-sukuk" isimli sakk kitabı 1248'de Matbaa-i Amire tarafından basılmış olup 417 sayfadan oluşmaktadır.²⁹ Bu eserlerin içerisinde birçok konuda yüzlerce belge örneği bulunmaktadır.³⁰

²³ Hâcibzade, Muhammed b. Mustafa. *Bidâ'atü'l-hükkâm*, Süleymaniye Kütüphanesi, Fatih, 2273, İstanbul, s. 2a.

²⁴ Bayındır, Abdülaziz. *İslam Muhakeme Usulü (Osmanlı Devri Uygulaması)*, Süleymaniye Vakfı Yayınları, İstanbul, 2015, s. 25-26; Aydın, Mehmet Akif. *Türk Hukuk Tarihi*, 14. Basım, Beta Yayınları, İstanbul, 2017, s. 82; Ubucı, M.A. *Türkiye 1850*, (çev. Cemal Karaağaçlı), Tercüman Yayınları, İstanbul, ty., C. 1, s. 165; Feyzioğlu, Hamiyet Sezer. *Tanzimat Döneminde Kadılık Kurumu*, Kitabevi, İstanbul, 2010, s. 14.

²⁵ Kaya, 2005, s. 382.

²⁶ Bu farklı belge türleri hakkında detaylı bilgi için bk. Akgündüz, Ahmet. *Şer'iyye Sicilleri*, Türk Dünyası Araştırmaları Vakfı, İstanbul, 1988, C. 1 s. 20; Bayındır, s. 26; Akgündüz, Ahmet. "İslam Hukukunun Osmanlı Devleti'nde Tatbiki: Şer'îye Mahkemeleri ve Şer'îye Sicilleri", *İslam Hukuku Araştırmaları Dergisi*, C. 14, 2009, s. 43-44.

²⁷ Örnekler için bk. Debbağzade Numan Efendi. *Tuhfetü's-Sukuk*, İstanbul, 1259; Yusuf Ziyaeddin, b. Hac Yakub b. Ali el-İstanbuli. *Camiu Envari's-Sukuk ve Lamiu'z-Ziyai li Zevi's-Şukuk (Sakk-i Cedid)*, İstanbul, 1284.

²⁸ Süleymaniye yazma eserler kütüphanesindeki bir nüshasında 31-43 sayfalar arasında bu eser yer almıştır. Kaya, 2005, s. 395; Yine Konya Yazma Eserler Bölge Müdürlüğü'nden ulaştığım nüsha 24 sayfadan ibarettir.

²⁹ Osmanlı döneminde yazılan sakk kitaplarına ilişkin bir literatür çalışması için bk. Kaya, 2005.

³⁰ Bu eserlerin geniş konu yelpazesini ortaya koymak için Çavuşzade Mehmet Aziz Efendi'nin Dürrü's-Sukuk kitabındaki ana konu başlıklarını belirtmek yararlı olacaktır: Kitâbü't-Tahâret, Kitâbü's-Salât Kitâbü'z-Zekât, Kitâbü's-Savm, Kitâbü'l-Hac, Kitâbü'n-Nikâh, Kitâbü'r-Radâ', Kitâbü't-Talâk, Kitâbü'l-İtâk, Kitâbü'l-Hudûd, Kitâbü's-Serika, Kitâbü'l-Lukata ve Lakit, Kitâbü'l-Âbık, Kitâbü'l-Mefkûd, Kitâbü's-Şirket, Kitâbü'l-Vakıf, Kitâbü'l-Büyû' Kitâbü's-Sarf, Kitâbü'l-Müdâyenât ve'l-Gurûz, Kitâbü'l-Kefâlet, Kitâbü'l-Havâle, Kitâbü'l-Kazâ' Kitâbü'l-Vekâlet, Kitâbü'd-Davâ, Kitâbü's-Sulh, Kitâbü'l-Mudârebe, Kitâbü'l-Vedîa, Kitâbü'l-Hibe, Kitâbü'l-İcâre, Kitâbü'l-İkrah, Kitâbü'l-Hacr, Kitâbü's-Şûf'a, Kitâbü'l-Kismet, Kitâbü'l-Muzâraa, Kitâbü's-Şûrb, Kitâbü'l-Hitan, Kitâbü'r-Rehn, Kitâbü'l-Cinâyât, Kitâbü'd-Diyet, Kitâbü'l-VesâyâÇavuşzade Mehmed Aziz Efendi. *Dürrü's-Sukuk*, İstanbul, 1288, s. 2-12.

Sakk ilminin Osmanlı hukuk uygulamasında birçok faydasından bahsedilebilir. İslam hukukunda neredeyse hiçbir akit yazılı şekil şartına tabi tutulmamıştır. Taraflar aralarındaki akitleri sözlü olarak yapabilirler bu şekilde yapılan akitler geçerli olur. Hanefi âlimleri “Yazı ve mühür taklit edilmiş olabilir.”, “Yazı yazıya benzer.”, “Bir yazı taslak olarak yazılmış olabilir.” gibi gerekçelerle yazılı belgeyi tek başına delil olarak kabul etmemişlerdir.³¹

Yazılı belgenin delil olarak kabul edilmemesi akitle ilgili bir ihtilaf ortaya çıktığı zaman akdin bizzat kendisini ve akdin ihtiva ettiği hususları ispat konusunda zorlukları gündeme getirecektir. Taraflar aralarındaki akitte şahit bulundursalar da bunların, ilerleyen zamanda akdin muhtevasını unutmaları veya bir ihtilaf anında yanlı beyanda bulunmaları muhtemeldir. İnsanlar yapmış oldukları akitler sağlam olsun ve ilerde bir ihtilaf yaşadıklarında kolayca bu ihtilaf giderilsin isterler.³²

İslam hukukunun Hanefi yorumunda bu ihtiyacı gidermek için kadı sicilleri kullanılmıştır. Fakihler kadı sicilindeki kayıtları değiştirilmesi ve yok edilmesi neredeyse imkansız olduğu için yargılamada kesin delil olarak kabul etmişlerdir. Bu yoruma uygun olarak kadılar görevlendirirken uyuşmazlıkları çözenin yanı sıra insanlar arasındaki anlaşmaları kayıt altına almak vazifesi ile de görevlendirilmişlerdir.³³ Bu durum Osmanlı kadı sicil kayıtlarında açıkça görülmektedir. Osmanlı klasik döneminde tutulan kadı sicil kayıtları incelendiğinde bu kayıtlar bazılarının kadı önüne gelmiş somut bir uyuşmazlığın çözümü için tutulduğu; ancak birçoğunun ileride bir hukuki uyuşmazlık çıkması durumunda ispat vasıtası olarak kullanılmak amacıyla yazdırılmış kayıtlar olduğu görülmektedir.³⁴

Hukuki işlemler birçok hukuki detay barındıran ve kuruluşunda bu detaylara dikkat edilmemesi durumunda işlemin geçerliliğini etkileyecek sonuçların ortaya çıkmasına sebep olabilen bir niteliğe sahiptir. Bu nedenle bir hukuki işlem tesis ederken ilerde hak kayıplarına uğramak istemeyen kişiler toplumda hukuk alanında bilgi birikimine sahip olan kadılardan yardım almışlar ve yapmış oldukları işlemlerin geçerli olabilmesi için gerekli şartları taşımalarını bu şekilde sağlamışlardır. İlerde ihtilaf vukuunda başvurulacak merci tarafından daha kuruluş aşamasında hukuki işlemlerin düzenlenerek kayıt altına alınması o günün şartlarına göre hukuki güvenliği sağlamıştır. Kadılar tarafından sağlam bir şekilde hazırlanarak kayda geçirilen konularda daha sonra uyuşmazlık yaşanması çok ender görülen bir durum olmuştur.³⁵

Osmanlı kadı sicilleri incelendiğinde, geniş coğrafyaya yayılan yargı teşkilatında birbirinden çok uzak bölgelerde görev yapan kadıların şaşılacak derecede birbirine benzer kayıtlar kaleme aldıkları görülmektedir. Bu ortak sicil dilinin ortaya çıkmasında sakk kitaplarının önemli bir etkisinin bulunduğu söylenebilir. Sicil kayıtlarını oluşturan kadılar sakk kitaplarından yararlanarak

³¹ Şeyh Bedreddin. *Letâifu'l-İşârât Şerhi / et-Teshîl Şerhu Letâifi'l-İşârât*, (haz. Hacı Yunus Apaydın), T.C. Kültür ve Turizm Bakanlığı, Ankara, 2012, C. 2, s. 1548; İbn Âbidin, Muhammed Emin b. Ömer. *Reddü'l-muhtâr ale'd-Dürri'l-muhtâr*, (çev. Ahmed Davudoğlu), Şamil Yayınları, İstanbul, 1982, C. 12, s. 359; Bilmen, Ömer Nasuhi. *Hukuki İslâmiyye ve İstilahatı Fikhiyye Kamusu*, Ravza Yayınları, İstanbul, 2013, C. 8, s. 176; Tyan, s. 6.

³² Tyan, s.13.

³³ İbn Âbidin, C. 12, s. 346; Uzunçarşılı, bu sicillerin tutulmasının hükümdar tarafından kadılara emredilmiş ve kanun haline getirilmiş bir husus olduğunu beyan eder. Uzunçarşılı, s. 109.

³⁴ Akgündüz, 1988, C. 1, s. 21.

³⁵ Ülker, 2018, s. 146.

birbirinden çok uzak yerlerde aynı şekli ve dili kullanabilmişlerdir. Bu durum yargının işleyişine de önemli bir katkı sunmuştur.³⁶ Zira Osmanlıda kadılar ilk dönemlerde üç yıllığına daha sonraki dönemlerde iki hatta bir yıllığına yani kısa denilebilecek sürelerde görevlendirilmişler, süresi dolan kadı kazasker veya şeyhülislam tarafından doğrudan veya bunların padişaha arzı ile yeniden başka bir merkeze görevlendirilmiştir.³⁷ Göreve yeni başlayan kadı önceki kadıdan sicilleri devralırdı. Daha sonra ortaya çıkan ihtilaflarda bu siciller delil olarak kullanılırdı.³⁸ Bu nedenle önceki kadı tarafından tutulan ya da tutturulan kayıtların anlaşılabilir olması çok önem arz ederdi. İşte sakk kitaplarının kullanılması ile belirli bir sistematiğe ve ortak hukuk diline göre kaleme alınan bu kayıtlar sonraki kadılar tarafın ihtiyaç duyulduğunda kolayca anlaşılabilir olarak ihtilafların çözümünde kullanılabiliştir.

Osmanlı döneminde tutulan ve günümüze kadar ulaşan kadı sicilleri incelendiğinde insanlar arasındaki birçok hukuki işlemin kadılar tarafından kayıt altına alındığı görülmektedir.³⁹ İşte bu sicillere kaydedilen konulardan biri de kira sözleşmeleri olmuştur.

II. İCÂRE (KİRA) HAKKINDA GENEL BİLGİ

İcâre ile ilgili sakk örneklerini paylaşmadan önce konunun dayandığı hukuki ilkeleri ortaya koymak için İslam hukukunda icâre hakkında kısa bir bilgi vermek uygun olacaktır. Burada konu hakkında detaylı bilgi verilmeyecektir. Konu ile ilgili detaylı bilgi için fıkıh kitaplarının icâre ile ilgili bölümlerine müracaat edilebilir.⁴⁰

İcâre, ücret manasında kullanıldığı gibi bir şeyi kiraya vermek manasında da kullanılmaktadır.⁴¹ İstilahî manada “Belirli bir menfaati malum bir bedel mukabilinde satmaktır.”

³⁶ Ülker, 2018, s. 123; Bir sakk eseri incelemesi için bkz: Gedikli, Fethi. *Bosna Sakk Defteri: Hicri 1203-1288 (1788-1871) Tarihleri Arasında Bosna’da Hukuksal ve Toplumsal Hayat*, İz Yayıncılık, İstanbul, 2015.

³⁷ Cin / Akyılmaz, s. 169; Aydın, s. 80; Avcı, 2022, s. 216; Osmanlıda kadıların tamamı 1574 yılına kadar kazaskerler tarafından veya kazaskerin arzı ile görevlendirilirken bu tarihten sonra bazı önemli kadılıkların görevlendirilmesi şeyhülislam tarafından arz edilerek yapılmıştır. Uzunçarşılı, s. 94.

³⁸ Molla Hüsrev, Gurer ve Dürer Tercümesi, (çev. Arif Erkan), Eser Neşriyat, İstanbul, 1980, C. 3 s. 303; Mevsilî (ö. 683/1284)’nin yazmış olduğu el-İhtiyar isimli eserde kadı olarak tayin edilen kimsenin göreve başladığında yapacağı işler belirtilmiştir. Kadı vazifeye başladığında kendisinden önce görev yapan kadıdan dava kayıtlarını ister onun tutmuş olduğu sicil ve evrakları gözden geçirir. Çünkü sicil ve evraklar ihtiyaç anında hüccet olsunlar diye, tanzim edilmişlerdir. Mevsilî, Abdullah b. Mahmud. *el-İhtiyar li-Ta’lîl-i-Muhtar*, (çev. Hüsametdin Vanlıoğlu vd.), Muallim Neşriyat, İstanbul, 2015, C. 2, s. 101.

³⁹ Bu işlemlerden bazıları şunlardır: Satış, icâre, bağışlama, karz, vekalet, kefalet, rehin, borç ödeme ve ibra, vasiyet, miras paylaşımı ve vakıf. Ülker, 2018, s. 148.

⁴⁰ Konuyu ele alan bazı fıkıh kitapları: Serahsî. *Mebcut*, (çev. M. Cevat Akşit), Gümüşev, İstanbul, 2008, C. 15, s. 100 vd.; *Fetâvâ-yi Hindîyye*, (çev. Mustafa Efe), Akçağ Yayınları, Ankara, 1986, C. 9 s. 357 vd.; İbn Âbidin, C. 14, s. 5 vd.; Mevsilî, C. 2, s. 43 vd.; Seyyid Sabık. *Fıkhu’s-Sünne Ayet ve Hadislerle İslam Hukuku*, (çev. Mehmet Yılmaz), Pınar Yayınları, İstanbul, 2015, C.4 s. 86 vd.; Cezîri, Abdurrahman. *Dört Mezhebe Göre İslam Fıkhu*, (çev. Mehmet Keskin), Çağrı Yayınları, İstanbul, 1992, s. 1699 vd.; Şeyh Bedrettin, C. 1, s. 713 vd.; Molla Hüsrev, C. 3, s. 390 vd.; İbrahim Halebî, *Mülteka Tercümesi*, (çev. Hüsametdin Vanlıoğlu), Yasin Yayınları, İstanbul 2014, C. 3, s. 63 vd. Merginani, Şeyhülislam Burhanüddin Ebu’l Hasan Ali b. Ebu Bekir. *el-Hidâye Tercemesi*, (çev. Ahmed Meylani), Kahraman Yayınları, İstanbul, 2015, C. 4, s. 399 vd.; Bilmen, C. 6, s. 156 vd. Ayrıca Mecelle-i Ahkam-ı Adliye’nin ikinci kitabının başlığı “Kitab-ül-İcare” dir. 404. maddesinden 611. maddesine kadar icare konuları düzenlenmiştir. Düstur, 1. Tertip, C. 1, s. 78-111.

⁴¹ Bilmen, C. 6, s. 156; İcare kelimesi dünyevi karşılıklar için kullanılan ücret, uhrevi karşılıklar için kullanılan ecir kelimeleri ile eş anlamlıdır. Bardakoğlu, Ali. “İcâre”, *Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi*, İstanbul, 2000, C. 21, s. 381.

şeklinde tanımlanmaktadır.⁴² Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye'nin 405. maddesinde “İcâre, lûgat-ı arabda ücret mânâsınadır. Fakat icar mânâsında dahi istimal olunmuştur. İstilah-ı fukahada menfaat-ı malûmeyi ivaz-ı malûm mukabelesinde bey’ etmek demektir.”⁴³

Fıkıh kitaplarında kiranın meşrûluk temeli olarak Talâk Suresi'nin 6. ayeti,⁴⁴ ve Zuhuruf Suresi'nin 32. ayeti⁴⁵ gösterilmektedir.⁴⁶ Kiraya ilişkin uygulamaları ve kuralları Hz. Peygamber'in sünnetinde de bulmak mümkündür. Hz. Peygamber'in kendisi de kira sözleşmesi yapmış, insanların kira akitlerine onay verdiği gibi onların İslam hukukuna aykırı yönlerini düzeltmiştir.⁴⁷ Ayrıca âlimler kira sözleşmelerinin meşruluğu konusunda icmâ olduğunu beyan etmektedirler.⁴⁸

Kira sözleşmeleri karşılıklı olarak borç yükleyen sözleşmelerdendir. Kiralayan malı kullanıma uygun bir şekilde karşı tarafa teslim etme, kira müddeti boyunca kullanıma uygun bir şekilde tutma ve kiralanan malın zorunlu bakımlarını yapmakla yükümlüdür. Kiracı ise kira bedelini ödeme, kiralanan şeyi amacına uygun bir şekilde kullanma ve kullanım süresince mala zarar vermeme yükümlülüğü altındadır.⁴⁹

Kira akdinin tarafları kiralayan (mucir) ve kiracıdır (müste'cir).⁵⁰ Tarafların kira akdi yapabilmeleri için vücup (hak) ve eda (fil) ehliyetine sahip kişiler olmaları gerekir. Mümeyyiz küçüğün yapacağı kira akdi velisinin izni ile geçerli olacaktır. Kiralayan kişinin malın menfaatine

⁴² Şeyh Bedrettin, C. 1, s. 713; Merginani C. 4, s. 399; Fetâvâ-yi Hindiyeye, C. 9, s. 357; İbn Âbidin, C. 14, s. 5.

Şu an Türkiye'de yürürlükte olan 6098 sayılı “Türk Borçlar Kanunu” 299. maddesinde kira sözleşmesi şu şekilde tanımlanmıştır. “Kira sözleşmesi, kiraya verenin bir şeyin kullanılmasını veya kullanmayla birlikte ondan yararlanılmasını kiracıya bırakmayı, kiracının da buna karşılık kararlaştırılan kira bedelini ödemeyi üstlendiği sözleşmedir.” 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu, <https://www.mevzuat.gov.tr/mevzuatmetin/1.5.6098.pdf>. E.T. 02.08.2023

⁴³ Düstur, I. Tertip, C. 1, s. 80.

⁴⁴ “...Sizin için (çocuğu) emzirirlerse (emzirme) ücretlerini de verin ve aranızda uygun bir şekilde anlaşın. Eğer anlaşamazsanız, çocuğu baba hesabına başka bir kadın emzirecektir.” Diyanet İşleri Başkanlığı, Kur'an-ı Kerim Meali (Haz.: Halil Altuntaş / Muzaffer Şahin) Diyanet İşleri Başkanlığı Yayınları, Ankara, 2011, s. 630.

⁴⁵ “...Birbirlerine iş gördürmeleri için (çeşitli alanlarda) kimini kimine, derece derece üstün kıldık...” Kur'an-ı Kerim Meali, s. 542.

⁴⁶ Serahsî, C. 15, s. 100-101; Mevsilî, C. 4, s. 44; Seyyid Sabık, C. 4, s. 86-87.

⁴⁷ Hz. Âişe şöyle anlatıyor: “Hz. Peygamber ile Hz. Ebubekir, Deyloğullarından sonra Abd b. Adıyyoğullarından yol kılavuzluğunda maharetli Abdullah b. Uraykat adında bir kimseyi ücretle tuttular. Bu adam halen Kureyş kâfirlerinin dini üzere (müşrik) idi. Fakat Hz. Peygamber ile Hz. Ebubekir onun doğruluğuna emniyet ve itimat ettiler de develerini ona teslim ettiler ve üç gece sonra develeriyle beraber Sevr mağarasında buluşmak üzere söyleyip anlaşma yaptılar. Bu kılavuz, Peygamber ile Ebubekir'in develeriyle üçüncü gecenin sabahında Sevr mağarasına, onların yanına geldi. Hz. Peygamber ve Hz. Ebubekir, beraberlerinde Âmir b. Führeyre ve kılavuz Abdullah b. Uraykat olduğu halde yola koyulup gittiler.” (Buhari, “İcare”, 2144).

“Ücretli çalıştırdığımız kimselere ücretlerini terleri kurumadan ödeyiniz.” (İbn Mace, “Ruhun”, 4).

“Sa'd bin Ebi Vakkas (r.a.)dan rivayet edildiğine göre, o şöyle demiştir: “Biz sulak yerlerdeki ekinlere karşılık, toprağı kiraya verirdik. Allah Rasulü (as) bunu yasakladı ve bize altın veya gümüş karşılığı onları kiralamamızı emretti.” (Ebu Davud, “Buyu” ve “İcarat”, 30); (Nesai, “Müzaraat”, 45);

İbni Abbas'dan rivayet edildiğine göre, Nebi (as) şöyle buyurmuştur. “Hacamat ol ve hacamatçının ücretini ver.” (Müslim “Müsakat”, 11); Seyyid Sabık, C. 4, s. 87; Hz. Peygamberin kira konusundaki hadisleri bunlarla sınırlı değildir. Serahsî, eserinde kira akdinin meşruluğuna ilişkin bu hadislerle birlikte yirmiyeye yakın hadis daha aktarmaktadır. Bk. Serahsî, C. 15 s. 101 vd.

⁴⁸ Mevsilî, C. 4, s. 44; Seyyid Sabık, C. 4, s. 87; Ali Haydar, *Dürerü'l Hukkam Şerhu Mecelleti'l-Ahkam*, (çev: Reşit Gündoğdu / Osman Erdem), Gül Neşriyat, İstanbul, 2014, C. 1, s. 412.

⁴⁹ Şeyh Bedrettin, C. 1, s. 713-714; Bilmen, C. 6, s. 163-167; Avcı, s. 607.

⁵⁰ Bilmen, C. 6, s. 156-157.

malik olması yeterlidir. Bu nedenle İslam hukukunda kiracının malı başkasına kiralaması yani alt kira ilişkisi kurulması caizdir.⁵¹ Hanefi mezhebine göre taraflardan birinin vefat etmesi üzerine icâre akdi sona erer. Ancak diğer üç mezhebe göre taraflardan birinin, hatta iki tarafında ölmesi ile icâre akdi sona ermeyerek hak mirasçılarına intikal eder.⁵²

Kira akdi icap ve kabul beyanları ile kurulur. İcap ve kabul açık bir şekilde olabileceği gibi örtülü bir şekilde de olabilir.⁵³ Örneğin sandala binen bir kişi, sandalcının belirli bir ücret karşılığında belirli bir yere kadar götürmesini zımnen teklif etmiş olur. Sandalcının belirlenen hedefe doğru hareket etmesi ile kabul beyanında bulunduğu kabul edilebilir. Taraflar arasında kira lafzı geçmemiş olsa bile bu şekilde zımnen akit kurulmuş olacaktır.

İcâre akdinin konusu ayn mülkiyeti değil, elde edilecek menfaattir. Bu menfaat karşılığında kiralayan belirli bir ücret vermeyi kabul etmektedir. Ücret peşin olabileceği gibi vadeli de olabilir. Nakit olabileceği gibi belirli bir mal da ücret olarak kararlaştırılabilir. Ancak ücretin, sözleşme ile kiralanan şeyden elde edilecek menfaat ile aynı olmaması gerekir.⁵⁴

Bilmen, icâre akdini akar (gayrimenkul), uruz ve hayvanat (menkul), insan emeğinin kirası olmak üzere üç kısma ayırmıştır.⁵⁵ İcâre akdini kira akdi ve iş akdi olmak üzere iki ana bölümde ele alan hukukçular da olmuştur.⁵⁶ Sanayi devrimi öncesi iş hukuku kişilerin emeğinin kirası olarak düşünülmüştür. İslam hukukundaki genel kaideler, borçlar hukukuna ilişkin genel hükümler ve sözleşme hürriyeti çerçevesinde vazedilen kurallar işçi – işveren arasında ortaya çıkan uyuşmazlıkların adalete ve hakkaniyete uygun bir şekilde çözülmesini sağlamıştır. Bu nedenle bu alanda yeni düzenlemelere ihtiyaç duyulmamıştır. Ancak sanayi devriminden sonra fabrikaların kurulması ve iş hukuku alanında yaşanan yeni sorunlar, bu alana ilişkin köklü değişiklikler yapılmasını gerekli kılmıştır. Böylece iş hukuku ayrı bir bilim dalı olarak inkişaf etmiştir.⁵⁷ İslam hukukunda icâre-i âdemî (İş akdi), ecir-i has ve ecir-i müşterek olmak üzere iki kısma ayrılmaktadır. Sadece bir işverene bağlı olarak çalışan işçiler için yapılan sözleşme ecir-i has olarak isimlendirilirken herkese iş yapan ayakkabıcı, boyacı, terzi gibi serbest meslek mensupları ile yapılan sözleşmeler ecir-i müşterek olarak isimlendirilmiştir.⁵⁸

III. EBÜSSUÛD EFENDİ’NİN *BİDAATÜ’L-KÂDÎ* ESERİNDE İCÂRE KAYITLARI

Babası da âlim bir zat olan Ebüssuûd b. Mehmed el-İskilibî Efendi 1490 yılında İstanbul’da dünyaya geldi. O dönemin meşhur hocalarından dersler alan Ebüssuûd Efendi, müderrislik, Bursa ve İstanbul kadılığı ve daha sonra 1537 yılında Rumeli Kazaskerliği görevlerini ifa etmiştir. Kanuni Sultan Süleyman döneminde 1545 yılında şeyhülislam olarak görevlendirilmiş ve yirmi

⁵¹ Serahsî, C. 15, s. 108; Cezîrî, C. 4, s. 1707.

⁵² Ali Haydar, Deynin Sûret-i Edası ve İcarenin Ahad-i Akideynin Vefatı Halinde Adem-i İnfisahı Hakkında Ahkâm, Necm-i İstikbal Matbaası, İstanbul, 1335, s.16.

⁵³ Cezîrî, C. 4, s. 1706; Bilmen, C. 6, s. 164; “Teati tarikiyle dahi icare mün’akid olur.” Mecelle, md. 437; Berki, s. 82.

⁵⁴ Fetâvâ-yi Hindiyeye, C. 9, s. 102-108; “İcarede ma’kudünaleyh menfaattır.” (Kiralamada sözleşmenin konusu menfaattir.) Mecelle, m. 420, Berki, s. 79; Ali Haydar Efendi, C. 1, s. 473-474; Aydın, s.342.

⁵⁵ Bilmen, C. 6, s. 197.

⁵⁶ İbrahim Halebî, s. 63; Bardakoğlu, 2000, s. 381-388.

⁵⁷ Aykanat, Mehmet. “Mecelle’de İş Sözleşmesi”, *Akademik Bakış Dergisi*, C. 47, 2015, s. 54.

⁵⁸ Serahsî, C. 15, s. 110; Bilmen, C. 6, s. 157.

sekiz yıl on bir ay bu görevde bulunduktan sonra 1574 yılında vefat etmiştir. Ebüssuûd Efendi'nin tespit edilen 17 eseri olup yine kendisi tarafından kaleme alınan risale ve haşiyeleri vardır.⁵⁹

Ebüssuûd Efendi tarafından kaleme alınan eserlerden biri de Bidaatü'l-kâdî li ihtiyacihî fi'l-müstakbeli ve'l-mâzi isimli sakk çalışmasıdır.⁶⁰ Arapça olarak kaleme alınmış olan bu eserde yaklaşık 60 belge örneği yer almaktadır. Bu belgelerin çoğunluğu hüccetlerden oluşmaktadır. Ebüssuûd Efendi bu çalışmasında, az sayıda kelime ile tescil edilmesi gereken hukuki işlemin kayıt altına alınması için formüller sunduğunu belirtmektedir. Eserin diğer sakk kitaplarına göre hacminin oldukça dar olduğunu söyleyebiliriz. Kefalet, havale, şirket, mudarebe gibi o dönemde bilinen ve sözleşme yapılan alanlarda belge örneğinin düzenlenmediği görülmektedir. 10 bölümden oluşan eserin bölüm başlıkları şöyledir: (1) Beyanü's-sukuk; (2) vakıf; (3) nikah ve talâk ve nafaka; (4) nasb-ı vasî ve vasiyet; (5) icâre ve hibe; (6) itâk ve tedbir ve mükâtebe; (7) bey' ve deyn; (8) sulh ve ibra ve teslim ve eda; (9) Nakl-i şehadet, şahitlerin şehadetini inkar eden kimse huzurunda hükmün sabit olması; (10) diyet, kısas.⁶¹

Eserin yazma nüshaları bulunmaktadır. Ayrıca Abbasow tarafından Arapça olarak hazırlanmış “Şeyhülislâm Ebüssuûd Efendi'ye Nispet Edilen *Bidâ'atü'l-kâdî li'htiyâcihî fi'l-müstakbel ve'l-mâdî* adlı Risâlenin Tahkik ve Tahlili” isimli makalede Ebüssuûd Efendi'nin bu eseri farklı yazma nüshaları ile karşılaştırılarak incelenmiştir.⁶² Bu çalışmada aktarmış olduğumuz Ebüssuûd Efendi'nin eserindeki icâre akdine ait hüccet örnekleri için hem bu makaleden hem Konya Yazma Eserler Bölge Müdürlüğü'nden temin ettiğimiz yazma nüshadan⁶³ yararlanılmıştır.

Eserin giriş bölümünde Ebüssuûd Efendinin yapmış olduğu açıklamaların çevirisi şöyledir:

“İlm-i sakk kadıların ihtiyaç duyduğu bilimler arasındadır. Kadılar bu bilimi icra etmeleri için dört sanata ihtiyaç duyarlar. Bu sanatlardan birincisi Arapçadır. Çünkü sözleşmelerin çoğunluğu Arapça dilinde yazılır. İkincisi örfdür, çünkü kişi örfü bilmezse toplumun üslubunu yani kullanılan kelimelerin yerlerini ve insanların onlara yükledikleri anlamları bilemezler. Üçüncüsü nahivdir. Çünkü dilbilgisi kurallarını bilmeyen kişinin yazısı hatasız olamayacaktır. Dördüncüsü şeriattır. Çünkü şeriati bilmeyen kimsenin sözünü bilmesi mümkün değildir. Bunlara beşincisini eklemek istersek o da maânîdir. Kişi bu beş sanatı birleştirebilirse sözü daha kısa, anlamı geniş ve net bir şekilde aktarılan söz olacaktır.”⁶⁴

⁵⁹ Özel, Ahmet. *Hanefî Fıkıh Alimleri ve Diğer Mezheplerin Meşhurları*, Türkiye Diyanet Vakfı, Ankara, 2014, s. 264; Akgündüz, Ahmet. “Ebüssuûd Efendi”, *Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi*, İstanbul, 1994, C. 10 s. 365-371; Demir, Abdullah. *Şeyhülislam Ebüssuûd Efendi Devlet-i Aliyye'nin Büyük Hukukçusu*, Ötüken Yayınları, Ankara, 2006, s. 21-51.

⁶⁰ Süleymaniye, Kitaplığı, Laleli, Numara: 3711, Varak: 30-39; Hacı Mahmut Efendi, Numara: 6314, Varak: 31-44.

⁶¹ Kaya, 2005, s. 394.

⁶² Abbasow, Azer. “Şeyhülislâm Ebüssuûd Efendi'ye Nispet Edilen *Bidâ'atü'l-kâdî li'htiyâcihî fi'l-müstakbel ve'l-mâdî* Adlı Risâlenin Tahkik ve Tahlili”, *İslam Araştırmaları Dergisi*, C. 35, 2017, s. 127-183.

⁶³ Ebüssuûd, b.Mehmed el-İskilibî. *Bidaatü'l-kâdî li ihtiyacihî fi'l-müstakbeli ve'l-mâzi*, Konya Yazma Eserler Kütüphanesi, Yer: 5811, ty

⁶⁴ Ebüssuûd Efendi, s. 130-131.

Ebüs-suûd Efendi yine eserinin giriş bölümünde o gün görev yapan hâkimlerin birçoğunun bu bilimleriyle bilemediklerinden ve düzenledikleri belgelerdeki eksiklikler yüzünden kişilerin hak kayıplarına uğradıklarından bahsetmektedir.⁶⁵

Eserin beşinci bölümü “İcâre ve Hibe” başlığını taşımaktadır. Bu bölümde dokuz belge örneği bulunmaktadır. Bunlardan ilk üç tanesi icâre ile ilgilidir. Kalanları ise hibe ile ilgili kayıtlardır. Bu kayıtlardan birincisi mütevellî tarafından vakıf dükkânlarının kiraya verilmesine ilişkin bir konuda hazırlanmıştır. İkincisi iş akdi (‘icâru'n-nefs) için yapılan bir sözleşmedir. Üçüncüsü hac yolculuğu için hayvan kiralama örneğidir. Metinlerin Arapçadan çevirileri şu şekilde yapılmıştır:

A. Mütevellinin Vakıf Tahsildarına⁶⁶ Kiraya Verme Sözleşme Örneği⁶⁷

“*Kiracı filan bin filan bu mütevellî olan yazının sahibinden, kayıtlı vakfından şu beldede şu çarşıda bulunan bu han, şöhretinden dolayı mekânını tarif etmeye gerek olmayan ve kendisiyle beraber yirmi beş dükkânın bulunduğu bu hanı sınırları ve tüm haklarıyla beraber filanın vakfından kiraladığını yazdırdı, o kiraya verdi, haram ay Muharrem başından şu seneden aynı şekilde bir tam seneye kadar, zikredilen süre içerisinde kıymeti belli şu rayiç dirhem ile, her ayın bitiminde ücretin verilmesi üzerine, şer‘i ve sahîh olarak kiraya verme ve kiralama, şer‘i ve sahîh ikrarla ve tasdikle yazılı kiraya veren huzurunda olduğu halde böylece yürürlüğe girdi (geçerli oldu) böylece zabıt tutuldu (yazıldı).*”

B. İşçi Kiralamada Yazılacak Sözleşme Örneği⁶⁸

“*Bu yazının sahibi filan bil filan ikrardan sonra mükellef yaşa ulaştığını yazdırdı ve o kendisini kiraya verdi. Haram Muharrem ayının dokuz yüz beş yılı tam bir sene ve ücreti muayyen ile şu anda rayiç dirhem olacak şekilde kiraladı. Sonra adı geçen müstecir (işçi), kararlaştırılan ücretin hepsini önceden müeccirden (işveren) aldığını şer‘i ve sahîh ikrarla, tasdikle ve huzurda yazdırdı. Böylece zabıt tutuldu (yazıldı).*”

C. Hac Yolunda Taşıma Kiralama Sözleşme Örneği⁶⁹

“*Filan bin filan, filan bin filanı deve sahibi (Cemmal, kervancı) olarak kiraladı. O Dimaşk’tan Mekke’ye gidiş dönüş olmak üzere eşyalarını taşımak için şu an rayiç bedel olan bin dirhem karşılığında onun develerini kiraladı. Sahîh ve şer‘i olarak kiralama ve kiraya verme böylece geçerli oldu.*”

Yukardaki kayıtlar incelendiğinde tamamının hüccet kaydı olduğu görülmektedir. Kayıtlar oldukça kısa tutulmuştur. Kayıtların gerçek olaylar yerine kurgu olaylar üzerine tutulduğuna dair

⁶⁵ Ebüsuûd Efendi, s. 132.

⁶⁶ Câbi’l-Vakıf kavramı “vakıf tahsildarı” olarak çevrilmiştir.

⁶⁷ Başlığın Arapçası şöyledir: (Sûratun mâ Yüktebü fi İsti‘cârî’l-Câbi’l-Vakfi min’el-Mütevellî), “صورة ما يُكتب في استئجار الجابي الوقف من المتولي” Abbasow, s. 161;

⁶⁸ Başlığın Arapçası şöyledir: (Sûratun mâ Yüktebü fi İcârî’n-Nefs) “صورة ما يُكتب في إيجار النفس” Abbasow, s. 161.

⁶⁹ Başlığın Arapçası şöyledir: (Sûratun mâ Yüktebü fi İcârî’l-Hamlî fi Târîkı’l-Hâc) “صورة ما يُكتب في إيجار الحمل في طريق الحج” Abbasow, s. 162.

güçlü bir kanı oluşturacak emareler bulunmaktadır. Gerçek kişi ve yer isimleri kullanılmamış kişi isimleri yerine “filan” tabiri tercih edilmiştir. Yine ilk iki sözleşme örneğinde bedelleri zikretmek yerine boş bırakıldığı görülmektedir.

Sakk örneklerinin konuları da oldukça dikkat çekicidir. Sanki fıkıh kitaplarında üçlü ayrıma örnek olması açısından bir mülk kirası, bir iş sözleşmesi (icâre-i ademi) ve bir de hayvan kirası örneği verilmiştir. Bu örnekler hukuki açıdan oldukça kıymetli hususlar ihtiva etmektedir. Yukarıdaki kayıtlar incelendiğine sakk ilminin kurallarına uygun bir sıranın gözetildiği görülmektedir. Öncelikle tarafların kimlikleri ve sözleşme ehliyetine sahip olup olmadıklarının tespiti yapılmaktadır. İkinci olarak sözleşmenin konusu tespit edilmektedir. Üçüncü aşamada sözleşmenin süresi tereddüde mahal kalmayacak şekilde kayıt altına alınmaktadır. Dördüncü olarak ücretin zikredildiği ve ücretin ne şekilde ödeneceğinin belirlenerek yazıldığı görülmektedir. Son olarak tarafların kendi iradeleri doğrultusunda sözleşme yaptıklarına, yapılan sözleşmenin şer'î hukuka uygun olduğuna ilişkin kayıtlar yer almaktadır. Kayıt örneklerinde sözleşmenin yapıldığı tarihe yer verilmemesi dikkat çekicidir.

IV. ŞÂNİZÂDE'NİN, SAKK-İ ŞÂNİZÂDE İSİMLİ ESERİNDEKİ İCÂRE KAYITLARI

Mehmed Sadık b. Mustafa Şânizâde, Medine kadılığı da yapmış Osmanlı Devleti'nin tecrübeli kadılarındandır. Başta tıp ve tarih alanlarında olmak üzere birçok eser veren Osmanlı âlimi Şânizâde Mehmed Atâullah Efendi'nin babasıdır. Mehmed Sadık Efendi'nin 1791 yılında Medine kadılığı yaptığı sırada vefat ettiği bilgisi bulunmaktadır.⁷⁰

Şânizâde Bedâiyu's-Sukuk,(Sakk-i Şânizâde) isimli eserinin Arapça olarak kaleme alınan giriş bölümünde bu kitapta yer alan bazı kayıtları kendisinin kaleme aldığını, ayrıca muhtelif kişiler tarafından kaleme alınan sakk kayıtlarının yanı sıra Mahmut Paşa mahkemesi birinci katibi olan babası Mustafa bin Taracı Ahmed'den kendisine intikal eden kayıtlardan da istifade ettiğini ifade etmektedir.⁷¹ Özcan tarafından eserin sonunda yer alan Receb 1211 (Ocak 1797) kaydı eserin bu tarihte tamamlandığına işaret olarak yorumlanmıştır.⁷² Ancak sakk kitapları üzerine çalışma yapan Kaya, eserin tarihi olarak 1205 (1791) yılını işaret etmektedir.⁷³ Eserin sakk örnekleri bölümü Türkçe kaleme alınmış olup eserde hüccetlerin yanı sıra ilam, maruz gibi kadılar tarafından kaleme alınan diğer kayıt örneklerine yer verilmiştir. Eserin bölüm başlıkları: Tahâret, salât, savm, hac, nikâh, talâk, itâk, eyman, hadd-i kazf, tazir, kat-ı tarik, mürted, lakît, âbik, mefkud, vakıf, büyü', sarf, müdâyenât, kefâlet, havale, kazâ, şehadet, tercih-i beyyinat, vekalet, dava, ikrar, sulh, vedia, hibe, icâre, ikrah, gasb ve daman, şüf'a, kısmet, muhâyee, hitân, el-hazru ve'l-ibâha, rehin, cinâyât, diyât, kasâme, vesâyâ, ferâiz, elkab, imza suretleri şeklindedir.⁷⁴ Eser

⁷⁰ Yılmaz, Ziya. “Şânizâde Mehmed Atâullah Efendi” *DİA*, İstanbul, 2010, C. 38, s. 334.

⁷¹ Şânizâde, Mehmed Sadık. *Bedâiyu's-sukuk(Sakk-i Şânizâde)*, (Sakk-i Cedid hamışinde), İstanbul, 1284, s. 3.

⁷² Özcan, Tahsin. “Sâdik Mehmed Efendi, Sakızı”, *Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi*, İstanbul, 2008, C. 35, s. 396.

⁷³ Kaya, 2005, s. 410.

⁷⁴ Kaya, 2005, s. 410.

1284 yılında Câmîu envârî's-sukuk' isimli eserin hamisinde 539 sayfa olarak basılmıştır. Eserin yazma nüshaları da mevcuttur.⁷⁵

Bu çalışmada eserin baskısı yapılmış nüshası üzerinden inceleme yapılarak kiraya ilişkin örnekler kullanılmıştır. Kitapta *icâre* bölümü 433-445 sayfaları arasında yer almaktadır. Eserde 12 adet kira kaydı bulunmaktadır. Eserde yer alan sakk sûretlerinde kişi isimleri, yer isimleri ve sözleşme miktarları gibi birçok kişisel kayıt yer almaktadır. Bu kişisel bilgiler bu kitabın hazırlanmasında kullanılan birçok sakk örneğinin gerçek hayattaki kayıtlardan alındığına dair düşünceleri kuvvetlendirmektedir.

A. Nefsini Musaneheten(Yıllık) İcâre ve İcâreyi Umurine Sarfa Emir Hücçetidir.

“Vilayeti Anadolu’da Küre kazası ahalisinden olup Mahmiyye-i İslambol’da Dâye Hatun mahallesinde misafireten sakine ve sinni ve cüssesinin bulûğa tahmili ve buluğunu mu’terife ve zatı Mehmed bin Ali ve Hamza ibni Musa tarifleriyle ma’rife olan Saliha binti Ali nam bikri baliğa meclis-i şer’-i şerîf-i envarda mahalle-i mezbûrede sakine ve zatı ma’rifane mezburanın tarifleriyle marife olan bâ’isetü’l-vesîka Emetullah binti Mahmut nam hatun muvacehesinde ikrar ve takrir-i kelam edip ben ücret ile hizmet eder makulesinden olmamla mezbure Emetullah hatuna hizmet etmek üzere senevi on beşer kuruş ücret tesmiyesiyle târihü’l-kitâbdan üç sene tamamına değin nefsimi mezbure Emetullah Hatun’a icâre ve teslim ve ücreti mezkuremi iktiza eden levazım-ı zaruriyeme harç ve sarfa mezbureye emr eylediğimde ol dahi ber-vech-i muharrer isticarı kabul ve ücreti mezkuremi emrim üzere levazım-ı zaruriyeme harç ve sarfa taahhüt eyledi dedikde gibbe’t-tasdîki’ş-şer’î mâ vaka ‘a bi’t-taleb ketb olundu.”⁷⁶

Açıklama: Üç sene hizmetçilik ve iş karşılığı kazanacağı gelirin kendi ihtiyaçları için harcanması için yapılan sözleşme örneği görülmektedir. Bu sakk örneği iş sözleşmesi (icâre-i âdemî) niteliğindedir. Bu kaydın İslam hukukunda sözleşme ile ilgili genel kurallar ve icâre ile ilgili özel kurallar dikkate alınarak hazırlandığı görülmektedir. Saliha isimli bir kişinin Emetullah isimli kadının yanında hizmetçi olarak çalışmasını konu edinmektedir. Öncelikle sözleşmenin yazılması talebinde bulunan kişinin ikametgâhı, sözleşme yapma ehliyetine sahip olup olmadığı tespit edilmektedir. Bu aşamada kadı iki şahit ile kişinin kimliğini tespit ederek kayda geçmiştir. Kayıttan sözleşmenin diğer tarafının da mecliste hazır olduğunu ve onun da kimlik tespitinin yapıldığı anlaşılmaktadır. Daha sonra hizmetçinin ağızından sözleşmenin konusu, süresi ve ücretinin kayda alındığını görmekteyiz. Bu kayıta hizmetçi olarak çalışacağını beyan eden kişi hak edeceği ücretin kendi ihtiyaçları için harcanması konusunda işverene emir ve yetki vermektedir. Kayıttan ücretin çalışana verilmeyeceği, işveren tarafından işçinin zorunlu ihtiyaçları için sarf edileceği anlaşılmaktadır. Bundan sonra işverenin belirtilen sözleşme şartlarını kabul ettiğine dair beyan yer almaktadır. Ancak bu beyan yine işçinin ağızından yazılarak kayda geçirilmiştir. Tarafların talebi ve şeriata uygun tasdikleri ile bu yazının kaleme alındığını bildiren ibareler ile kayıt tamamlanmıştır.

⁷⁵ Eserin yazma nüshalarını işaret eden liste için bk. Kaya, 2005, s. 410.

⁷⁶ Şânizâde, s. 433-434.

Bu kayıt iki tarafın da kadın olduğu bir örnek olması açısından da dikkat çekicidir. Bu yönüyle bu kayıt Osmanlıda kadınların rahatça mahkemelere gidebildiğini sözleşmeler başta olmak üzere birçok hukuki işlemi yapabildiğini gösteren binlerce örnekten biridir.

B. Sağîrenin Babası Velâte (Velisi olduğu) Sağîreyi İcar ve Ücreti Sağîrenin Levâzımına Sarfa Emr Hücjeti Sûretidir.

“Vilayeti Anadolu’da gurra Hazar-ı Şarki ahalisinden Mahmiyye-i İslambol’da Tavuk Pazarında misafiren sakin Himmet bin Bektaş nam kimesne meclis-i şer’-i envarda Mahmiyye-i mezburda Hüseyin Ağa mahallesinde sakine ve zatı zeyl-i vesikada muharrerü’l-esâmî Müslimîn tarifleriyle ma’rufe olan bâ’isetü’l-vesîka Ayşe binti Ahmet nam hatun muvacehesinde ikrar ve takrir-i kelim edip yedi yaşında olup işbu yedimde olan sulbiye sağîre kızım Zeliha’yı menziline hizmet etmek için târihü’l-kitâbdan üç sene tamamına değin beher sene on kuruş icâre tesmiyesiyle mezbure Aişe Hatun’a bi’l-velâye icâre ve teslim ve ücreti mezkureyi kızım sağîre-i mezburenin nafaka ve kisvesine harç ve sarfa emr eyledim dedikte ol dahi ber-vech-i muharrer isticar ve kabul ve ücreti mezkureyi babası mezburun emri üzere sağîre-i mezburenin nafakasına harç ve sarfa taahhüt etmeğın mâ vaka’a bi’t-taleb ketb olundu.”⁷⁷

Açıklama: Eserde kiraya ilişkin ikinci örnek, yedi yaşında bir kızın babası tarafından velayeten üç yıllığına çalışması için bir kadının yanına verilmesini konu edinmektedir. Tarafların anlaşması üzerine çocuğun kirası için ödenecek ücret yine çocuğun ihtiyaçları için kullanılacaktır. Yedi yaşında bir çocuğun ev hizmetlerinde çalışması için bir kadının yanına verilmesi dikkat çekici bir durumdur. Ancak yoksulluk, çocukların daha iyi koşullarda yaşaması gibi nedenlerle bu tür sözleşmeler yapmış olabilirler. Şunu da belirtmek gerekir ki farklı tarihlere ait binlerce kaydı içeren yüz farklı kadı defterine ilişkin bilgilerin yer aldığı İstanbul kadı sicilleri veri tabanı üzerinden yaptığımız araştırmada benzer bir şekilde kız çocuğunun bu tip bir sözleşme ile bir kişi yanında çalıştırılmasına yönelik bir kayıta rastlanılmamıştır.⁷⁸

C. Ma’azallahi Te’ala Fıtıka Mübtela Olan Kimesne Şak İçin Cerraha Emr ve İzin Hücjeti Suretidir.

“Mahmiyye-i İslambol’da Eminbey mahallesinde Mehmet bin Ömer nam kimesne meclis-i şer’de cerrah taifesinden ba’isü’l-sefer Miho veledi Yorki man-ı zimmi muvacehesinde ikrar edip ben bi-emrillâhi te’âlâ fıtık illetine mübtela olup mesfur Miho zimmi bu makule illeti şak ve ber’ tam hasıl oluncaya değin ilaç ve tımar etmekte maharet ve şöhreti olmakla mesfur Miho bi’t-tamâm dahi fıtıgını şak ve berr-i tâm hasıl oluncaya değin müddet-i ma’lume ilaç ve tımar etmek üzere nefsinin otuz kuruşa bana icâre, ben dahi isticar ve kabul edip eğer cerrahı mezburun ber-vech-i muharrer emrim ile aleti mezkureyi şak edildigiinden naşi bi-

⁷⁷ Şânizâde, s. 434-435.

⁷⁸ Bk. <http://www.kadısicilleri.org/index.php>. E.T. 10.06.2022

emrillahi teala fevt olur isem dem ve diyetim mezburdan talep ve dava olunmasın dedikde gibbe 't-tasdiki' ş- şer 'i ma vaka 'a bi 't-taleb ketb olundu."⁷⁹

Açıklama: Fıtık hastalığına yakalanan bir kişinin tıbbi müdahale için cerrah ile yapmış olduğu sözleşme örneğidir. Osmanlı-İslam hukukunda gerekli koşulları taşımayan tıbbi müdahale sonucu hastanın bir zarara uğraması durumunda hekim ceza hukuku açısından sorumlu tutulur. Âlimlerin birçoğu bu durumda tıbbi müdahalede bulunan tarafından diyet ödenmesi gerektiğini beyan etmişlerdir.⁸⁰ Osmanlıda tıbbi müdahalelerin öncesinde hastaların yapılacak tıbbi müdahale konusunda kadı huzurunda aydınlatılması ve rızalarının alınması, bu müdahaleden dolayı ölüm hasıl olması durumunda hak sahiplerinin davacı olmaması gerektiğinin kayda geçirilmesi yaygın bir uygulama olmuştur.⁸¹

Özel hukuk açısından hasta ve doktor arasındaki hukuki bağın hangi sözleşme kapsamında değerlendirilmesi gerektiği tartışmalı bir konudur. Bu bağın kendine özgü (sui generis) bir yapıda olduğunu söyleyenler olmakla birlikte emanet, istisna, vekalet, cuâle ve icâre sözleşmeleri kapsamında değerlendirilmesi gerektiğini belirten görüşler de bulunmaktadır.⁸² Bu günkü hukukta devlete bağlı olmaksızın çalışan doktorlar ile hasta arasındaki hukuki ilişki vekalet sözleşmesi kapsamında değerlendirilmektedir.⁸³ Ancak klasik fıkıh kitapları hasta ile hekim arasındaki hukuki ilişkiyi insan emeğinin kiralanması olarak nitelendirip çoğunlukla icâre akdi kapsamında "icâre-i ademi" olarak değerlendirmişlerdir.⁸⁴

Yukarıdaki kayıt hekim hasta arasındaki ilişkinin kira sözleşmesi kapsamında olduğu gözetilerek hazırlanmış önemli bir örnektir. Tarafların kimlikleri tespit edildikten sonra hastanın yapılacak tıbbi müdahale, uygulanacak tedavi yöntemi, bu iş karşılığında alınacak ücret ve cerrahın sözleşme kapsamında hareket etmesi neticesinde ölüm vaki olursa diyet talep edilmemesi yönündeki beyanı tasdik edilerek kayıt altına alınmıştır.

D. Celep Tâifesi Kasap Taifesini İsticar Ettikleri Hüccet Suretidir.

"Rumeli cânibinden Âsitâne-i aliyye'ye ağnam (koyunlar) getiren celeb taifesinden üç bin re's koyun getiren Rahveli Ebubekir ve bin yedi yüz re's koyun getiren Balkancı oğlu Dimitri'nin vekili el Hac Ahmet ve filan kadar koyun getiren filan ve filan kadar koyun getiren filan meclisi şer 'i serif-i envarda kendi nefsinden asıl ve hala kasapbaşı olan fahrü'l-akran Halil Ağa tarafından vekil-i müsecceli kethüdası el-Hac Mustafa ile kasap ustalarından filan ve filan mahzarlarında her biri takrir-i kelam edip biz Âsitâne-i Âliyye'de zebh ve ibadullaha bey için her birimiz Rumeli canibinden mâlimız ile iştira ve Eyüp kazasına tâbi Karaahmetli karyesinde cem' eylediğimiz maru'z-zıkr ağnamımızı kasaban-ı mezburun Yedikule haricinde ve sair mahallelerde vaki salhânelerinde tedric ile zebh ve

⁷⁹ Şânizâde, s. 435-436.

⁸⁰ Avcı, Mustafa. *Osmanlı Ceza Hukuku Genel Hükiimler*, Adalet Yayınları, Ankara, 2018, s. 131.

⁸¹ Zorlu, Süleyman Emre. *Osmanlı Tıp Hukuku*, Adalet Yayınları, Ankara, 2017, s. 85.

⁸² Bu konuda görüşler için bk. Zorlu, s. 238-252.

⁸³ Ayan, Mehmet. *Tıbbi Müdahaleden Doğan Hukuki Sorumluluk*, Kazancı Yayınları, Ankara, 1991, s. 53.

⁸⁴ Gedikli, Fethi. "Osmanlı Hukukunda Hekimin Sorumluluğu ve XVII. Yüzyılda Ünlü bir Fıtık Cerrahı", *Türk Hukuk Tarihi Araştırmaları*, C. 4, 2007, s. 23; Zorlu, s. 252.

luhumunu (etlerini) narh-ı rûzî⁸⁵ üzere ibadullah bey' için kasaban-ı mezburuna teslim ve beher re's koyun için yetmiş akçe ücret tesmiyesiyle kasaban-ı mezburun nefislerini bize icâre biz dahi isticarı zıkr olunan koyunlarımızın luhum ve şuhum (yağlar) ve sakadatını semen misilleriyle bey ve kabz-ı semenine ve semenlerinden ücreti mezkurelerini ba'de'l-istifa baki kalan meblağı bize teslim kasaban-ı mezburunu tarafımızdan vekil eylediğimizde onlar dahi kabul eylediler dediklerinde gibbe't-tasdikî'l-mu'teber celep taifesi merkumun yine kasabân-ı mezburun muvacehelerinde iade-i kelim edip koyunlarımızı kasap taifesi mezburunca muharrer üzere zebh ve bey'de ecirlerimiz olup luhum ve şuhum ve sakadatını bey ve kabz-ı semen ve semenlerinden ba'de'l-istifa-ı ücret ma'dâsını târihü'l-kitâbtan elli bir gün tamamda bize teslim taahhüt etmeleriyle beher vakıyye lahm-ı ganem için on sekiz akçe ve beher vakıyye şahm için on altı akçe ve keçi sakatları için on dört buçuk akçeden mezburun ile hesap görüp ziyade ve noksana bey' olundu deyu tarafeyn niza' ve mutalebe etmemek üzere her birimiz taahhüt eyledik dediklerinde mâ vaka'a bi't-taleb ketb olundu."

86

Açıklama: Hayvan yetiştiricilerinin kasaplarla yaptığı sözleşme örneğidir. Osmanlıda İstanbul'un et ihtiyacının karşılanması her zaman önemli bir konu olmuştur. O dönemde çoğunlukla koyun eti tercih edilir ve özellikle Rumeli tarafından getirilen koyunlar 16. yüzyıla kadar Koyun Emni, daha sonraları Kasabbaşılık tarafından yürütülen bir organizasyon ile İstanbul'un kasaplarına dağıtılır ve kesimleri yapılarak halka satılırdı.⁸⁷

Yukarıda yer alan kayıta öncelikle celeplerin kimlikleri, getirdikleri koyun sayıları da zikredilerek kayıt altına alınmıştır. Daha sonra sözleşmenin diğer tarafı olan kasabbaşı ve diğer kasapların kimlik tespitlerinin yapıldığı görülmektedir.⁸⁸ Daha sonra celeplerin ağzından sözleşmenin konusu zikredilmiştir. Özetle sözleşme, celepler tarafından getirilen küçükbaş hayvanların kasaplar tarafından İstanbul'un çeşitli mahallelerindeki kesimhanelerde kesilerek vakıyye (okka)⁸⁹ başına etlerinin 18, yağların 16 ve sakatlarının 14.5 akçeden satılarak toplanan paralardan koyun başına yetmiş akçenin kasaplar tarafından alındıktan sonra kalan paranın elli bir gün sonunda celeplere verilmesini konu edinmektedir. Bu işlemler için celepler tarafından kasapların kiralandığı görülmektedir. Sözleşmede ayrıca celepler kasapları ürünlerin satışı için vekil tayin ettikleri kayıt altına alınmıştır.

⁸⁵ Kadı sicillerinde de geçen bu kavram devlet tarafından belirlenmiş günlük fiyat anlamında kullanılmaktadır.

⁸⁶ Şânizâde, s. 436-437.

⁸⁷ Göktepe, Kaya. "İstanbul'un İaşesinin Temini Meselesi ve İstanbul'un İaşesine Katkı Sağlayan Bir Merkez: Tekirdağ Kazası (XVIII.-XIX. Yüzyıllar)", *Belleten*, C. 81, S. 292, 2017, s. 863; Türkkan, Mehmet Sait. *18. Yüzyılın İkinci Yarısında İstanbul'un Et İaşesinin Temini: Hassa Kasabbaşılık Kurumu*, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2006, s. 102.

⁸⁸ Burada Şânizâde "filan ve filan" diyerek tüm isimleri zikretmekten kaçınmıştır. Bu bir sakk örneği olduğu düşünüldüğünde kaydın uzamaması için bu yola başvurduğu düşünülebilir. Ancak bu kayda uygun olarak yazılacak gerçek bir sözleşmede tabii ki tüm tarafların gerçek kimliklerinin tespit edilip kayda geçirilmesi gerekecektir.

⁸⁹ Osmanlıda 18. yy.'da bir vakıyye (okka)'nın yaklaşık 1,3 kg geldiği kaynaklarda ifade edilmektedir. Kallek, Cengiz. "Okka", *Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi*, İstanbul, 2007, C. 33, s. 338.

E. Hürriyetini İspat Ettikten Sonra Mevlâsından Ücret Davası Sahih Olmadığını İlam Suretidir.

“Sahibe-i arzuhal Ayşe meclisi şer‘de dergâh-ı âli kapıcıbaşlarından el-Hac Ömer Ağa ibni Mahmut muvacehesinde merkum el-Hac Ömer Ağa rıkkâ münkade⁹⁰ olduğum halde beni ahar kimseden cariyeye olmak üzere iştirâ ve on yedi sene istihdam ettikten sonra bu esnada hürretü’l-asl şuhûd-ı udûl ile ispat ve hürriyetime hüküm ve sebilim tahliye olunup müddet-i mezkûrede iktisap olduğum ber-mûceb-i defter-i müfredât eşyayı ma’lumemi mumaileyh el-Hac Ömer Ağa bana def’ ve teslim ben dahi yedinden bi’t-tamâm ahz ve kabz edip mâl-ı müktesebimden mumaileyhe kabulünde kat’a bir senem baki kalmayıp lakin mumaileyhin beni cariyeye-i memlûkesi olmak üzere istihdam eylediği müddette müstehaka olduğum ecir-i mislimi dahi talep ederim dedikte müddeiye-i mezburenin takriri üzere müddeti mezburede şer‘an ücrete müstehaka olmamağla davası meşrua olmadığını huzur-u alilerine ilam olundu.”⁹¹

Açıklama: Kira bahsinde beşinci örnek, esir olarak satılan ve daha sonra hürriyetini ispat eden bir kişinin eski efendisine cariyeye olduğu süre için ücret talebini içeren bir dava sonucunda verilen bir ilam paylaşımıdır. İş akdinin tarihimizde kira hukukunun konusu olduğunu belirtilmişti. Burada davacı, aslında cariyeye olmadığı halde cariyeye olarak kullanıldığı dönemdeki hizmetlerinin bedelini talep etmektedir. Davalı, davacının iddialarını kabul etmiştir. Hatta davacıya ait malların kaydının tutularak verildiğine dair iki taraf da mutabıktır. Ancak bu sakk suretinde mahkeme davacının aslında cariyeye olmadığı halde cariyeye olarak istihdam edildiği döneme ilişkin ücret talebini reddetmiştir.⁹²

F. Ecir-i Aynî Teslimde Kavliyle Musaddak Olduğu Sûretidir.

“Ahmet nam kimesne meclisi şer‘de çamaşırcı Mustafa muvacehesinde tarih-i ilamdan bir hafta mukaddem gasl etmek için merkum Mustafa’ya mâlimızın bir gömlek ve bir don ve bir şam alacası entarimi def’ ve teslim ve hala yedinde olmakla talep ederim deyu dava olduğuna cevabında müddei mezburdan eşyayı mezkureyi ahzını ikrar lakin elbise-i merkumeyi müddei mezburun emri üzere gasl edip kendine ba ayânuha teslim eyledim deyip ve merkum Mustafa husus-u mezburada yemin ile tasdik olunur emnadan olup bi’t-taleb tahlif olunmakla müddei merkum Ahmet dava-i mezkuresiyle bi-vechi muarazadan men olunup merkum çamaşırcı Mustafa’ya dahi ücret lazım olmadığı huzur-ı alilerine i’lam olundu.”⁹³

Açıklama: İlamdan anlaşıldığı üzere Ahmet isimli kişi çamaşırcı Mustafa’ya yıkanması için verdiği kıyafetlerin kendisine iade edilmediği gerekçesiyle davacı olmuştur. Tarafların beyanları

⁹⁰ Köleliğe baş eğme, köleliği kabullenme diye çevrilebilir. Rıkk: kölelik; münkad: Baş eğme, Kamus-ı Osmani, C. 4, s. 542.

⁹¹ Şânizâde, s. 437-438.

⁹² “Zeyd’in rıkkâ münkade olan cariyesi Hind Zeyd’e bir müddet hizmet ettikten sonra Hind Zeyd’den “Ben hurretu’l-aslum” deyu dava ve Zeyd inkâr etmekle Hind müddeasına ikamet-i beyyine edip sebili tahliye olursa Hind müddet-i mezburede hizmetinin ecr-i misli namına Zeyd’den nesne almağa kadire olur mu? el-Cevab: Olmaz.”

Feyzullah Efendi. *Feteva-yı Feyziye*, (haz. Süleyman Kaya), Klasik Yayınları, İstanbul, 2009, s. 366.

⁹³ Şânizâde, s. 438-439.

alınmış Davalı Mustafa kendisine verilen çamaşırları yıkayarak Ahmed'e iade ettiğini beyan etmiştir. Bu aşamada davacının iddiasını delil ile ispatlaması gerekmektedir. Mesela iki adil şahit ile davasını ispat edebilir. Ancak iddiasını delil ile ispatlayamayınca davalıya yemin teklif edilmiştir. Davalının yemin etmesi üzerine davacı davasını ispat edemediği için Ahmed'in mallarının aynen teslim talebi reddedildiği gibi çamaşırcıya yıkama karşılığında kararlaştırılan ücreti ödememesine karar verilmiştir.

G. Fî Feshi'l-İcâre

“Sahibe-i arzuhal Hatice binti Abdülhak zevci ve tarafından vekil olduğu zat-ı arifân filan ve filan şehadetleriyle sabit olan Mehmet Ağa meclis-i şer‘de Berber Seyyid Mustafa muvacehesinde merkum Seyyid Mustafa müvekkilem mezburanın tasarrufunda olan ırgat pazarında bir bab berber dükkanında müşahere (aylık kiralık) müste‘ciri olmakla gâyet-i şehrde (ay sonunda) fesh-i icâre birle dükkan-ı merk mu tahliye ve müvekkile-i mezbureye teslim mezbura tenbih olunmak matlubumdur deyu dava ol dahi ikrar etmeğin dükkanı merkumu gayet-i şehrde tahliye ve müvekkile-i mezbureye teslim merkum Seyyid Mustafa'ya tenbih olunduğu huzur-ı alilerine i‘lam olundu.”⁹⁴

Açıklama: İslam hukukuna göre kira sözleşmesi için belirli bir süre kararlaştırılmış ise, sürenin sonunda yeni bir sözleşme yapılmadığı takdirde, sözleşme sona erdiği için gayrimenkulün tahliye ve teslimi gerekecektir. Bu sakk kaydından Hatice'nin dükkânını Seyyid Mustafa'ya aylık olarak kiraya verdiği anlaşılmaktadır. Hatice'nin eşi ve vekili Mehmet Ağa aracılığı ile ay sonunda sözleşmenin feshedildiğinin ve dükkânın tahliye edilerek sahibine teslim edilmesinin ihtar edilmesi istenmiş, mahkeme de bu yönde karar vermiştir. Kayıta karısı adına işlem yapan Mehmet Ağa'nın vekil olduğunu iki şahitle ispatladığı da görülmektedir.

H. Dükkanda Fesh-i İcâre Olunduktan Sonra Müstecir Dükkan-ı Merkumu Benim Gediğimdir Deyü Huruç ve Teslimden Ebası⁹⁵ Meşru Olmadığı İlam Suretidir.

“Sahibe-i arzuhal Hatice binti Abdülhak zevci ve vekili sabitü'l-vekalesi Mahmut Ağa meclisi şer‘de berber Seyyid Mustafa muvacehesinde merkum Seyyid Mustafa mukaddemâ İslambol'da ırgat pazarında vaki zevcem mezburenin tasarrufunda olan bir bab berber dükkanında müşaheretin müstecir olup bundan akdem fesh-i icâre birle dükkanı merkumdan huruç etmişken dükkanı merkumu fuzuli zabt etmekle teslim tenbih olunmak bilve kale matlubumdur deyu dava ol dahi cevabında ikrar lakin dükkan-ı merkum derununda olan âlâtı gedik şartıyla ahar kimesneden iştira edip ol vecihle dükkanı merkum gedik olmak üzere zabt ederim diye teslimden imtinai meşru olmamakla dükkanı merkumu vekil-i mezbure teslim merkum Mustafa'ya tenbih olunduğu huzur-ı alilerine i‘lam olundu.”⁹⁶

⁹⁴ Şânizâde, s. 439-440.

⁹⁵ Eba: Çekinme Kaçınma. Resimli Türkçe Kamus, s. 25.

⁹⁶ Şânizâde, s. 440.

Açıklama: Bu örnek, kira akdi sona erdikten sonra kiracının dükkân hakkında “benim gediğimdir” diyerek tahliyeyi reddetmesine ilişkin iddiasının geçerli olmadığına ilişkin bir ilam suretidir. Osmanlıda gedik uygulaması kiracıya sıradan bir kira sözleşmesinin sağladığı haklardan daha fazla hak sağlamaktaydı.⁹⁷ Ancak bu kurumun istismar edilmesini önlemek için ek tedbirler alınmıştır. Her gedik iddiası hemen dikkate alınmamakta gerçekten gedik olup olmadığı araştırılmaktaydı. Bu sakk örneğinde dükkân üzerinde geçerli bir gedik kurulmadığı halde kiracının gedik nedeniyle kiracılık hakkının devam etmesi yönündeki talebinin reddedildiği görülmektedir.

I. Fi-Damanü'l-Ecir ve Adem⁹⁸e Boyacı Meta'ı Kalb ve Redi⁹⁹ Boyadıkta Meta'm Kıymetini Tazmine Taahhüd İlamıdır.

“İslambol'da fesci esnafının yiğit başları ve kethüda vekili el-Hac Ali ve sairleri meclisi şer'î envarda Fazlı Paşa sarayında şal ve ihram boyacıları ustalarından Mihal ve Yuan nam zimmiler muvacehelerinde mezburun şal ve ihram ve sair metaumuzu kalb ve redi boyayıp ve bize dahi mezburunun pazarımız üzere boya akçelerini teslimde merkumuna rencide etmemek üzere nizamı kadimimiz iken bu esnada boyacı taifesi mezburun aldıkları metain ekserisini kalb ve redi boyamakla boyadıkları metain bahasına noksan tertip ve ol vecihle mu'ayyeb etmeleriyle mu'ayyeb eyledikleri metain noksan kıymetini mezburundan talep eylediğimizde ol vecihle beynimizde münâza'ât ceryan etmişti. El-haletü-hâzihi tesaddi eylediğimiz dava mezkuremizden fariğ ve hususu mezbure müteallikte davadan merkumunun zimmetlerini ibra eylediğimizde onlar dahi ba'de'l-yevm boyamak için aldıkları metalarını kalb ve redi hilaf-ı umurumuz üzere boyayıp teayyüp ederler ise beyaz olduğu halde kıymetlerini bize bittariki'l-damanı edaya taahhüd eylediler dediklerinde boyacı taifesi mezburun dahi makrun merkumuni tasdik ve tahkik etmeleriyle ma vaka 'a bi't-taleb ketb olundu.”¹⁰⁰

Açıklama: Fesçi esnafı ile boyacı esnafı arasında bir ihtilafın konu edildiği bu ilamda boyacıların kendilerine boyanmak üzere teslim edilen malları gereği gibi boyamadıkları şikâyeti ve tazminat talepleri ile fesçiler kadıya başvurmuşlardır. Taraflar kadı huzuruna gelmişler ve kadı huzurunda fesçiler boyacıları ibra etmiştir. Boyacılar bundan sonra fesçilerin taleplerine uygun olarak boyama işlemi yapacaklarını taahhüt etmişler aksi durumda tazminat ödemeyi kabul etmişlerdir.

J. Boyacı Te'addi Etmekle Metain Beyaza Kıymetine Daman İlamı Suretidir.

“Fesci taifesinden sahib-i arzuhal el-Hac Ramazan ve Ahmet meclisi şer'de boyacı esnafından Yorgaki nam zimmi muvacehesinde merkum el-Hac Ramazan Yorgaki zimmiye boyamak için cem'an kırk beş kuruş kıymetli işbu meclis-i şer'de muayene olunan dokuz adet mağrip şalı ile merkum Ahmed'in kezalik mesfure teslim eylediği elli üç kuruş kıymetli on üç

⁹⁷ Akgündüz, Ahmet. “Gedik”, *Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi*, İstanbul, 1996, C. 13, s. 541; Avcı, 2022, s. 396; Koyuncu, Nuran. “Osmanlı Devleti'nde Esnaf Gediklerinin Hukuki Esasları, Gelişimi ve İlgası” *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 26, S. 2, 2018, s. 54.

⁹⁸ Adem: Yok olmak. Müntehab-ı Lugat-ı Osmâniyye, C. 2, s. 50.

⁹⁹ Kötü işçilik olarak çevrilebilir. Kalb: Dönüştürmek; Redi: Kötü fasit. *Lehçe-i Osmani*, C. 2, s. 1131.

¹⁰⁰ Şânizâde, s. 440-441.

adet mağrip şallarımızı mesfure Yorgaki kalb ve redi ve hilaf-ı emrimiz elvana boyayıp ve ma'dud yesinden naşi çürüttüp ol vecihle zikr olunan şalları te'ayyüb etmekle zikr olunan şalları ahz ve beyaz olduğu halde sâlimen kıymetleri olan ceman doksan sekiz kuruşu mezburdan bi-tariki'd-daman talep ederiz deyü dava ol dahi ber veçhi muharrer ikrar ve kıymetleri olan meblağı mezburu edayı taahhüt eylediği huzur-ı alilerine i'lam olundu.”¹⁰¹

Açıklama: İlamda Ramazan ve Ahmet isimli iki fesci tarafından Yorgaki isimli boyacı zimmiye boyanmak üzere verilen şalların hatalı işçilik nedeniyle zarar görmesi üzerine mal sahiplerinin tazminat talebiyle kadıya başvurdukları görülmektedir. Mal sahiplerinin iddialarının ve tazminat taleplerinin kadı huzurunda kabul edilmesi ve tazminatın ödeneceği yönünde taahhüt verilmesi üzerine davaya son verildiği görülmektedir.

K. Reis Sefinede Olan Metâ'ı Fırtınaya Uğrayıp Sarfindan Deryaya İlka (Atmak) Etmekle Kıymetini Daman İlamı Suretidir.

“Karadeniz ticaretinde Galatalı Seyyid Ömer meclisi şer‘de Osman Reis muvacehesinde bin iki yüz seksen bir senesi İsmail iskelesinden Asitane‘ye nakil için mezburun sefinesine tahmil ve merkume teslim eylediğim yüz adet kovanlar mevcut ise ayanını müstahleke ise kıymeti şe‘riyelerini talep ederim deyü dava reisi merkum dahi ber-vech-i muharrer ahzını ikrar lakin esna-i tarikde fırtına zuhuru ve gark ihtimali galip olmakla müdde‘î-i mezbûrun kovanlarından doksan altı adedini sefineye hıffet (hafif) kılmak için deryaya ilka ve dört adedini kıymetleri olan on iki kuruşa ahire bey‘le istihlak eyledim deyü ikrar ve müdde-i merkum dahi tasdik etmeğin mucibince meblağ-ı merkum on iki kuruş ve maadasının dahi vakti ilkada olan kıymetlerini müddei mezbura teslime merkum Osman reise tenbih olunduğu huzur-ı alilerine i'lam olundu.”¹⁰²

Açıklama: Bu kayıtta yüz adet kovanın gemi ile taşınması için yapılan bir sözleşme neticesinde yapılan taşıma esnasında malın zarar uğraması nedeniyle tazmin talep edilmektedir. Gemi reisinin beyanına göre sefer esnasında fırtınaya yakalanmaları üzerine geminin batmaması için kovanlardan doksan altı adedi denize atılmış kalan dört tanesi de başkasına satılmıştır. Görülen dava sonucunda hâkim dört kovanın satış bedeli olan on iki kuruş ile diğer kovanların denize atıldığı tarihteki değerleri üzerinden hesaplanacak olan tazminatın gemi reisinden alınarak kovan sahibine ödenmesine karar vermiştir.

L. Cerrah Hilaf-ı Ade(t) İlaç Etmekle Daman Davasında Sulh Hüccetidir.

“Oturakçı Ali ve zevcesi zatı ma‘rife Emine meclisi şer‘de cerrah taifesinden Seyyid Abdurrahman muvacehesinde bundan akdem altı yüz seksen kuruşa iştira eylediğimiz bin kuruş kıymetli Gürcü Mahbûbe nam cariyenin sağ koltuğu altında yarası olup muâlece (tedavi) için cerrah-i mezbura iradet olunduğumuzda ol dahi iznimiz ve haz¹⁰³ akti yok iken

¹⁰¹ Şânizâde, s. 442.

¹⁰² Şânizâde, s. 442-443.

¹⁰³ Haz sözlükte kat‘etmek, kesmek anlamlarına gelmektedir. Lugat-ı Remzi, C. 1, s. 433; Kayıtlardan haz aktinin cerrahi bir müdahale öncesi hastalar veya onların temsilcileri ile hekim arasında yapılan ve yapılacak tıbbi müdahaleye onay verilen bir akit türü olduğu söylenebilir.

mezkur olunan yarayı hilaf-ı mutad şak ve seriyyan tımarını kat' ve ehsasınun (ehşa: karın içi uzuvlar) zarı yarılıp mezburenin riesi (akciğer) ve kebedi (karaciğer) görünüp ol vecihle mezburun teaddisinden naşi müteessire cariyeye-i mezbûre fevt olup ve mezburun hususu mezburda teaddisi olup haz akdi olmadığı hassa cerrahları haberleriyle zahir olduğu ser etibba-ı hassa saadetlü semahatlü efendi hazretleri taraflarından ilam olunmakla biz dahi cariyeye-i mezburenin kıymetini mezburdan dava eylediğimizde beynimize muslihun tavassut (vasıta) ve davayı mezkuramızdan bizi cerrah-ı merkum ile dört yüz kuruşa sulh eylediklerinde biz ve cerrah merkum sulh-ü mezburu kabul etmekle bedeli sulh-u merkumu cerrah-ı mezburdan talep ederiz deyu dava ve müddealarını makbulü'ş-şehade ettikleri ihbar olunan hassa cerrahlarından Ahmet Efendi ve Mela Mehmet şehadetleriyle ispat etmeğin mucibince bedeli sulh merkum dört yüz kuruşun edasıyla mezbur cerrah Seyyid Abdurrahim ilzam olunmuştur. ”¹⁰⁴

Açıklama: İlamda Mahbube isimli cariye'nin yanlış tedavi nedeniyle vefat etmesi üzerine tıbbi müdahalede bulunan cerrah ile cariyeye sahipleri arasındaki dava kaydı görülmektedir. Bu kayıta cariye'nin sahipleri, cerrahın kendilerinden izin almadan müdahalede bulunduğunu beyan etmektedirler. Osmanlı'da doktorların bir tıbbi müdahaleye başlamadan önce kadı huzurunda onam aldıkları belirtmiştik. İslam ve Osmanlı hukukuna göre hak sahibinin izni alınmadan yapılan tıbbi müdahale sonucunda organ kaybı veya ölüm vaki olursa doktorun diyet ödemesi gerekir.¹⁰⁵ Sakk kaydındaki bir diğer ayrıntı ise tarafların aralarını bulmak üzere muslihun'un devreye girmiş olmasıdır. Zaman zaman Osmanlı mahkeme kayıtlarında rastlanılan muslihûnun, günümüzdeki uzlaştırmacı/arabulucuya benzer bir fonksiyon ifa ettiği söylenebilir.¹⁰⁶

SONUÇ

Bu çalışmada Ebüssuûd Efendi'nin ve Şânizâde'nin sakk eserlerindeki kira kayıtlarına yer verilmiştir. Yaklaşık iki yüz elli sene ara ile yaşamış olan bu iki önemli Osmanlı hukukçusunun çalışmalarından, aradan geçen süre zarfında gerek sakk ilminde gerekse kira hukuku alanında ortaya çıkan gelişmeler tespit edilebilmektedir.

Ebüssuûd Efendi'nin sakk örneklerinin sadece hüccetlerden oluştuğu ve sözleşmelerin oldukça kısa bir şekilde hazırlandığı görülmektedir. Ayrıca bu örnekler Arapça hazırlanmışlardır. Şânizâde'nin eserindeki örnekler incelendiğinde aradan geçen süre zarfında sakk kayıtlarının

¹⁰⁴ Şânizâde, s. 443-444.

¹⁰⁵ Avcı, Mustafa. "Osmanlı Ceza Muhakemesinde Sulh (Uzlaştırma)", *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 25, S. 1, 2017, s. 45-46; Zorlu, s. 82; "Cerrah olan Zeyd Amr'ın bir kolunun müşterek damarından Amr'ın izniyle fasedtikde ol damarı Amr'ın izninsiz mu'tadi tecavüz edip ziyade kat' etmekle Amr ol fasddan sahib-i firâş olup kalkmadan müteessiren fevt olsa veresei Amr'ın nısf-i diyetini Zeyd'den almağa kadir olurlar mı? el-Cevab: Olurlar." Abdullah Efendi, Şeyhülislam Yenişehirli. *Behcetü'l-Fetâvâ*, (haz. Süleyman Kaya vd.), Klasik Yayınları, İstanbul, 2011, s. 610.

¹⁰⁶ Detaylı bilgi için bk. Kılınç, Ahmet. "Osmanlı Devleti'nde Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yöntemi Olarak Muslihun: Osmanlı Arabuluculuğu", *II. Türk Hukuk Tarihi Kongresi Bildirileri*, Onikilevha Yayınları, İstanbul, 2016, s. 15-81; Avcı, 2017, s. 11-71; Akman, Ahmet. "İslâm-Osmanlı ve Modern Türk Hukuku'nda Sulh Sözleşmesi ve Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yollarına Mukayeseli Bir Bakış", *Hitit İlahiyat Dergisi*, C. 20, S. 2, 2021, s. 1029-1056.

çeşitlenerek çoğaldığını hukuki ilişkilerin daha da karmaşıklaştığını ve hukuk dilinin Türkçeye döndüğünü tespit etmekteyiz. Ebüsuûd Efendi'nin kayıtlarında sözleşme konusu ve şartları kâdının dilinden yazılmakta iken Şânizâde'de sakk kayıtlarında talepte bulunan kişinin ağzından yazılması dikkat çekicidir. Kayıtlar karşılaştırıldığında zaman içinde kişilerin kimliklerinin tespitinin daha bir önem kazandığı görülmektedir. Özellikle Şânizâde'nin kayıtlarında kadınların kimlik tespitlerinde mahkemenin şahit dinlediği görülmektedir.

İncelediğimiz kayıtlar, hazırlandıkları dönemin sosyal, ekonomik ve toplumsal hayatına ışık tutmaktadır. Şânizâde'nin kayıtlarından ikisinde biri yetişkin kadın diğeri yedi yaşında bir kız çocuğu olmak üzere kişilerin sadece bakım giderleri karşılığında çalışmayı kabul ettikleri görülmektedir. Ayrıca kayıtlardan Müslümanlarla gayrimüslimlerin birbirleri ile ticari, hukuki ilişkiler kurabildikleri, mahkeme önünde eşit bir şekilde yargılamaya tâbi tutulabildikleri, Osmanlıda kadınların kendi adlarına bizzat veya vekil aracılığı ile sözleşmeler yapabildikleri ve mahkeme önünde temsil edilebildikleri görülmektedir.

Şânizâde'nin kayıtlarından günümüzde olduğu gibi tarihimizde de gayrimenkul kirası ve tahliyesi hususlarının hukuk gündemini meşgul ettiği, uyuşmazlıkların mahkemeler önüne taşınarak hukukçulardan çözüm istendiği görülmektedir. Yine taraflar arasında yapılan sözleşmelerin eksik veya hatalı olarak ifasından kaynaklanan tazminat davaları o dönem sakk kayıtlarında yer almıştır.

KAYNAKÇA

Abbasow, Azer. “Şeyhülislâm Ebüsuûd Efendi'ye Nispet Edilen Bidâ'atü'l-kâdî li'htiyâcihî fi'l-müstakbel ve'l-mâdî Adlı Risâlenin Tahkik ve Tahlili”, *İslam Araştırmaları Dergisi*, C.35, 2017, s.127-183.

Abdullah Efendi, Şeyhülislam Yenişehirli. *Behcetü'l-Fetâvâ*, (haz. Süleyman Kaya vd.), Klasik Yayınları, İstanbul, 2011.

Akdeniz, Aslıhan. *Mecelle-i Ahkam-ı Adliye'nin Kira Hükümlerinin Nizamiye Mahkemelerinde Uygulanması*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2022.

Akgündüz, Ahmet, *Osmanlı Kanunnameleri ve Hukuki Tahlilleri*, Osmanlı Araştırmaları Vakfı, İstanbul, 1991, C.3.

Akgündüz, Ahmet, *Şeriyeye Sicilleri*, Türk Dünyası Araştırmaları Vakfı, İstanbul, 1988, C.1.

Akgündüz, Ahmet. “Ebüsuûd Efendi, Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi, İstanbul, 1994, C. 10, s. 365-371.

Akgündüz, Ahmet. “Gedik”, *Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi*, İstanbul, 1996, C.13, s. 541.

Akgündüz, Ahmet. “İslam Hukukunun Osmanlı Devleti’nde Tatbiki: Şer‘iye Mahkemeleri ve Şer‘iye Sicilleri”, *İslam Hukuku Araştırmaları Dergisi*, C. 14, 2009, s.13-48.

Akman, Ahmet, "İslâm-Osmanlı ve Modern Türk Hukuku'nda Sulh Sözleşmesi ve Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yollarına Mukayeseli Bir Bakış", *Hitit İlahiyat Dergisi*, C. 20, S.2, 2021, s. 1029-1056.

Ali Haydar. Deynin Sûret-i Edası ve İcârenin Ahad-i Akideynin Vefatı Halinde Adem-i İnfisahı Hakkında Ahkâm, Necm-i İstikbal Matbaası, İstanbul, 1335.

Ali Haydar. *Dürrü'l Hukkâm Şerhu Mecelleti'l-Ahkâm*, (çev: Reşit Gündoğdu / Osman Erdem), Gül Neşriyat, İstanbul, C. 1, 2014.

Altun, Muhammed Latif. *İslam Hukukunda Kira (İcâre) Sözleşmesi*, Sonçağ Akademi, Ankara, 2022.

Atar, Fahrettin, “Şürût ve Sicillât”, *Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi*, Türkiye Diyanet Vakfı Yayınları, C.39, Ankara, 2010, s. 416.

Atar, Fahrettin. “Noter”, *Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi*, C. 33, Ankara, 2007, s.221.

Avcı, Mustafa. “Osmanlı Ceza Muhakemesinde Sulh (Uzlaştırma)”, *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 25, S.1, 2017, s.11-71.

Avcı, Mustafa. *Osmanlı Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Adalet Yayınları, Ankara, 2018.

Avcı, Mustafa. *Türk Hukuk Tarihi*, 11. Basım, Adalet Yayınevi, Ankara, 2022.

Ayan, Mehmet. *Tıbbi Müdahaleden Doğan Hukuki Sorumluluk*, Kazancı Yayınları, Ankara, 1991.

Aydın, Mehmet Akif. *Türk Hukuk Tarihi*, Beta Yayınları, İstanbul, 2022.

Aykanat, Mehmet. “Mecelle’de İş Sözleşmesi”, *Akademik Bakış Dergisi*, C.47, 2015, s.53-62.

Bardakoğlu, Ali. “İcâre”, *Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi*, İstanbul, 2000, C. 21, s.381-388.

Bardakoğlu, Ali. *İslam Hukukunda ve Modern Hukukta İcâre Akdi Özellikle Personel İstihdamı*, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Erzurum, Atatürk Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, 1982.

Bayındır, Abdülaziz. *İslam Muhakeme Usulü (Osmanlı Devri Uygulaması)*, Süleymaniye Vakfı Yayınları, İstanbul, 2015.

Berki, Ali Himmet. *Açıklamalı Mecelle (Mecelle-i Ahkam-ı Adliyye)*, Hikmet Yayınları, İstanbul: 1978.

Bilmen, Ömer Nasuhi. *Hukuk-ı İslâmiyye ve Istilahat-ı Fıkhiyye Kamusu*, Ravza Yayınları, İstanbul, 2013, C. 8.

Cezîri, Abdurrahman. *Dört Mezhebe Göre İslam Fıkhı*, (çev. Mehmet Keskin), Çağrı Yayınları, İstanbul, 1992, C. 4.

Cin, Halil / Akgündüz, Ahmed. *Türk Hukuk Tarihi*, Osmanlı Araştırmaları Vakfı, İstanbul, 2011.

Cin, Halil / Akyılmaz, Gül. *Türk Hukuk Tarihi*, Sayram Yayınları, Konya, 2022.

Çavuşzade Mehmed Aziz Efendi. *Dürrü's-Sukuk*, İstanbul, 1288.

Debbağzade Numan Efendi. *Tuhfetü's-Sukuk*, İstanbul, 1259.

Demir, Abdullah. *Şeyhülislam Ebussuud Efendi Devlet-i Aliyye'nin Büyük Hukukçusu*, Ötüken Yayınları, Ankara, 2006.

Diyanet İşleri Başkanlığı, *Kur'an-ı Kerim Meali*, (Haz.: Halil Altuntaş / Muzaffer Şahin), Diyanet İşleri Başkanlığı Yayınları, Ankara, 2011.

Ebussuud, b.Mehmed el-İskilibî. *Bidaatü'l-Kâdi li İhtiyacihi fi'l-Müstakbeli ve'l-Mazi*, Konya Yazma Eserler Kütüphanesi, Yer: 5811, ty.

Ekinci, Ekrem Buğra. *Osmanlı Hukuku Adalet ve Mülk*, Arı Sanat Yayınları, İstanbul, 2006.

Fetâvâ-yi Hindiyeye, (çev. Mustafa Efe), Akçağ Yayınları, Ankara, 1986, C. 9.

Feyzioğlu, Hamiyet Sezer. *Tanzimat Döneminde Kadılık Kurumu*, Kitabevi, İstanbul, 2010.

Feyzullah Efendi. *Fetâvâ-yı Feyziye*, (haz. Süleyman Kaya), Klasik Yayınları, İstanbul, 2009.

Gedikli, Fethi. "Osmanlı Hukukunda Hekimin Sorumluluğu ve XVII. Yüzyılda Ünlü bir Fitik Cerrahî", *Türk Hukuk Tarihi Araştırmaları*, C. 4, 2007, s.15-27.

Gedikli, Fethi. *Bosna Sakk Defteri: Hicri 1203-1288 (1788-1871) Tarihleri Arasında Bosna'da Hukuksal ve Toplumsal Hayat*, İz Yayıncılık, İstanbul, 2015.

Göktepe, Kaya. "İstanbul'un İâşesinin Temini Meselesi ve İstanbul'un İâşesine Katkı Sağlayan Bir Merkez: Tekirdağ Kazası (XVIII.-XIX. Yüzyıllar)", *Belleten*, C. 81, S. 292, 2017, s.857-916.

Hâcibzade, Muhammed b. Mustafa. *Bidâ'atü'l-Hükkâm*, Süleymaniye Kütüphanesi, Fatih, Yer: 2273, İstanbul, ty.

Hamidullah, Muhammed. *el-Vesâiku's-Siyâsiyye*, (çev. Vecdi Akyüz), Kitabevi, İstanbul, 1997.

İbn Âbidin, Muhammed Emin b. Ömer. *Reddü'l-Muhtâr ale'd-Dürri'l-Muhtâr*, (çev. Ahmed Davudoğlu), Şamil Yayınları, İstanbul, 1982, C. 12.

İbrahim Halebî. Mülteka Tercümesi, (çev. Hüsamettin Vanlıoğlu), Yasin Yayınları, İstanbul 2014, C.3.

İnalcık, Halil vd. *Adalet Kitabı*, Yeditepe Yayınevi, Ankara, 2012.

Kallek, Cengiz. “Okka”, *Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi*, İstanbul, 2007, C. 33, s.338.

Kaya, Süleyman. “Mahkeme Kayıtlarının Kılavuzu: Sakk Mecmuaları”, *Türkiye Araştırmaları Literatür Dergisi*, C. 3, S.5, 2005, s.379-416.

Kaya, Süleyman. “Sak”, *Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi*, İstanbul, 2008, C. 35, s. 586.

Kılınç, Ahmet. “Osmanlı Devleti’nde Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yöntemi Olarak Muslihun: Osmanlı Arabuluculuğu”, *II. Türk Hukuk Tarihi Kongresi Bildirileri*, Onikilevha Yayınları, İstanbul, 2016, s. 15-81.

Koyuncu, Nuran. “Osmanlı Devleti’nde Esnaf Gediklerinin Hukuki Esasları, Gelişimi ve İlğası” *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 26, S. 2, 2018, s.47-76.

Merginani, Şeyhülislam Burhanüddin Ebu’l Hasan Ali b. Ebu Bekir. *el-Hidâye Tercemesi*, (çev. Ahmed Meylani), Kahraman Yayınları, İstanbul, 2015, C. 4.

Mevsilî, Abdullah b. Mahmud. *el-İhtiyar li-ta’lîlî’l-Muhtar*, (çev. Hüsamettin Vanlıoğlu vd.), Muallim Neşriyat, İstanbul, 2015, C. 2.

Molla Hüsrev. *Gurer ve Dürer Tercümesi*, (çev: Arif Erkan), Eser Neşriyat, İstanbul, 1980, C.3.

Oğuz, Mustafa / Akgündüz, Ahmet. “Hüccet”, *Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi*, C. 18, İstanbul, 1998, s. 446.

Ortaylı, İlber. *Hukuk ve İdare Adamı Olarak Osmanlı Devleti’nde Kadı*, Kronik Kitap, İstanbul, 2017.

Önder, Muharrem. “Ebû Ca’fer et-Tahâvî (239-321/853-933) ve Şurût İlmi”, *İslam Hukuku Araştırmaları Dergisi*, C. 6, S.11, 2008, s.365-397.

Özcan, Ruhi. *Mukaddimetü’l-Hâvî fi Şurûti’t-Tahâvî*, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Bağdat, 1972.

Özcan, Tahsin. “Sâdık Mehmed Efendi, Sakızî”, *Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi*, İstanbul, 2008, C. 35, s. 395.

Özel, Ahmet. *Hanefî Fıkıh Âlimleri ve Diğer Mezheplerin Meşhurları*, Türkiye Diyanet Vakfı, Ankara, 2014.

Saylan, Şenol. “Hanefî Mezhebi Şürut Literatürü”, *IV. Uluslararası Şeyh Şa’bân-ı Velî "Hanefîlik Mâturîdilik" Sempozyumu Kitabı*, Kastamonu Üniversitesi Matbaası, Kastamonu, 2017, C. 2, s. 28-47.

Schacht, Joseph. *İslam Hukukuna Giriş*, (çev. Mehmet Dağ - Abdulkadir Şener), Ankara Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Yayınları, Ankara, 1986.

Serahsî. *Mebcut*, (çev. M. Cevat Akşit), Gümüşev, İstanbul, 2008, C. 15.

Seyyid Sabık. *Fıkhu's-Sünne Ayet ve Hadislerle İslam Hukuku*, (çev. Mehmet Yılmaz), Pınar Yayınları, İstanbul, 2015.

Şânizâde, Mehmed Sadık. *Bedâiyü's-sukuk (Sakk-i Şânizâde)*, (Sakk-i Cedid hamışinde), İstanbul, 1284.

Şeyh Bedreddin. *Letâifu'l-İşârât Şerhi / et-Teshîl Şerhu Letâifi'l-İşârât*, (haz. Hacı Yunus Apaydın), T.C. Kültür ve Turizm Bakanlığı, Ankara, 2012, C. 2.

Türkkan, Mehmet Sait. *18. Yüzyılın İkinci Yarısında İstanbul'un Et İâşesinin Temini: Hassa Kasabbaşılık Kurumu*, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2006.

Tyan, Emile. *Noterlik ve İslam Hukuku Uygulamasında Yazıyla İspat Rejimi*, (çev. Ahmet Ziya Çalışkan), Selçuk Üniversitesi Türkiyat Araştırmaları Enstitüsü, Konya, 2019.

Ubucını, M.A. *Türkiye 1850*, (çev. Cemal Karaağaçlı), Tercüman Yayınları, İstanbul, ty., C. 1.

Uzunçarşılı, İsmail Hakkı. *Osmanlı Devleti'nin İlmiye Teşkilatı*, 4. Basım, Türk Tarih Kurumu, Ankara, 2014.

Üçok, Coşkun / Mumcu, Ahmet / Bozkurt, Gülnihal. *Türk Hukuk Tarihi*, Turhan Kitapevi, Ankara, 2022.

Ülker, İbrahim. "İki Belge Işığında Anadolu Selçuklularda Noterlik İşlemleri", *II. Türk Hukuk Tarihi Kongresi*, (haz. Fethi Gedikli), Onikilevha Yayınları, İstanbul, 2016, C.1, s. 31-49.

Ülker, İbrahim. *Osmanlı Noterlik Hukuku*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2018.

Ünal, Halit. "Şurût - Sukûk İslam Hukukunda Belge Tanzimi", *Diyanet Dergisi*, Yıl: 1986, Cilt: 22, Sayı: 3, s.24-31.

Yılmaz, Ziya. "Şânizâde Mehmed Atâullah Efendi" *Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi*, İstanbul, 2010, C. 38, s. 334.

Yusuf Ziyaeddin, b. Hac Yakub b. Ali el-İstanbulî. *Câmiu Envâri's-Sukuk ve Lâmiu'z-Ziyâi li Zevi'ş-Şukuk (Sakk-i Cedid)*, İstanbul, 1284.

Zorlu, Süleyman Emre. *Osmanlı Tıp Hukuku*, Adalet Yayınları, Ankara, 2017.

<https://www.osmanlicasozlukler.com/>

<https://www.mevzuat.gov.tr/>

Hayvanın Tehlike Yaratabilecek Şekilde Serbest Bırakılması (TCK m. 177)

Zeliha ALPSOY 

Öğr. Gör., KTO Karatay Üniversitesi, Adalet Meslek Yüksekokulu,
Konya, Türkiye

zeliha.alpsoy@karatay.edu.tr (Sorumlu Yazar / Corresponding Author)

Makale Bilgileri

ÖZET

Makale Geçmişi

Geliş: 08.08.2023

Kabul: 20.11.2023

Yayın: 28.11.2023

Anahtar

Kelimeler:

Soyut tehlike suçu,
Türk Ceza Kanunu m.
177, Somut tehlike
suçu.

Hayvanlar ve insanlar yüzyıllar boyunca birlikte yaşamışlardır. Fakat günümüz modern dünyasında bu birlikteliğe kanunlarla bazı sınırlamalar getirilmiştir. Mevzuat ile gerek insanlardan hayvanlara yönelik gerekse hayvanlardan insanlara yönelik tehlike ya da zarar oluşturan davranışlara yaptırım uygulanması öngörülmüştür. Bu doğrultuda 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu (TCK) Üçüncü Kısım Birinci Bölüm olan “Genel Tehlike Yaratan Suçlar” başlığı altında m. 177’de “Hayvanın Tehlike Yaratabilecek Şekilde Serbest Bırakılması” suç olarak düzenlenmiştir. Suç, fail açısından özellik göstermekte olup özgü suç niteliğindedir. Seçimlik hareketli ve aynı zamanda bağlı hareketli bir suçtur. TCK m. 177’nin gerekçesinde suçun somut tehlike suçu olduğu ifade edilmiş olmakla birlikte suçun soyut tehlike suçu olduğu yönünde görüşler de vardır. Doktrinde suçun konusunun hayvan olduğu görüşü ağır basmaktadır. Suç resen araştırılan bir suçtur. Suçun unsurlarına ilişkin doktrindeki farklı görüşlere çalışmada yer verilmeye çalışılmıştır. Özellikle sahihsiz hayvanlar tarafından meydana getirilen tehlikelerin suçun kapsamına girip girmediği sorusu cevaplanmaya çalışılmıştır. Yine suça ilişkin yol gösterici nitelikte olan çeşitli Yargıtay ve Danıştay kararları da çalışmada incelenmiştir.

Releasing An Animal In A Way That May Cause Danger (TPC Art. 177)

Article Info

ABSTRACT

Article History

Received: 08.08.2023

Accepted: 20.11.2023

Published: 28.11.2023

Keywords:

Abstract danger
offence, Turkish Penal
Code Art. 177,
Concrete danger
offence.

Animals and humans have been living together for centuries. However, in today's modern world, some restrictions have been imposed on this coexistence by law. With the legislation, it is foreseen to impose sanctions on behaviours that pose danger or harm both from humans to animals and from animals to humans. Accordingly, "Releasing an Animal in a Way That May Cause Danger" is regulated as an offence in Article 177 under the title of "Offences Creating General Danger" in the third part, first section of the Turkish Penal Code (TPC) No. 5237. The crime, shows characteristics in terms of the perpetrator and is a specific offence. It is a result and also a conduct offence. Although it is stated in the preamble of Article 177 of the TPC that the offence is a concrete danger offence, there are also opinions that the offence is an abstract danger offence. The opinion that the subject of the offence is the animal predominates in the doctrine. The offence is an offence that is investigated ex officio. Different opinions in the doctrine regarding the elements of the offence have been tried to be included in the study. In particular, the question of whether the dangers caused by stray animals are within the scope of the offence has been tried to be answered. Various decisions of the Court of Cassation and the Council of State, which are of a guiding nature regarding the offence, have also been examined in the study.

Atf/Citation: Alpsoy, Z. (2023). “Hayvanın Tehlike Yaratabilecek Şekilde Serbest Bırakılması (TCK m. 177)”, *Necmettin Erbakan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 6(2), s. 756-773.



“This article is licensed under a Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License (CC BY-NC 4.0)”

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

GİRİŞ

Günümüzde hayvanları insanlardan korumaya yönelik çok sayıda düzenleyici işlem vardır. Özellikle 5199 sayılı Hayvanları Koruma Kanunu, kanun koyucunun hayvanların korunması konusuna bakış açısını ortaya koyması açısından önemli bir düzenlemedir. Bununla birlikte nasıl ki hayvanların onlara yönelik tehlike veya zararlardan korunması gerekiyorsa, insanların da hayvanlardan kaynaklanan tehlike veya zararlardan korunması gerekmektedir¹.

TCK m. 177 “(1) Gözetimi altında bulunan hayvanı başkalarının hayatı veya sağlığı bakımından tehlikeli olabilecek şekilde serbest bırakan veya bunların kontrol altına alınmasında ihmâl gösteren kişi, altı aya kadar hapis veya adli para cezası ile cezalandırılır.” şeklinde düzenlenmiştir. Suç 765 sayılı TCK’daki “Araba ve Hayvanların İdare ve Muhafazasında Kusur” başlıklı Altıncı Fesil m. 563 ve m. 564’te düzenlenen suçlara tekabül etmektedir². Madde 563’te hangi hareketlerle suçun işlenebileceği tek tek sayılmıştır. Bu suçun oluşması için hareketlerin icrası yeterli görülmüş ve bir zararın ortaya çıkması aranmamıştır. Bir zararın ortaya çıkması durumundaysa olaya zarar suçunun hükümlerinin uygulanması gerekmektedir³. Madde 564’te düzenlenen suçun oluşması için maddede sayılı hareketlerden birinin icra edilmesi ve hareket nedeniyle başkası için tehlike oluşması aranmaktadır⁴.

Genel hükümler uyarınca hayvanın sahibi, hayvandan kaynaklanacak tehlikeleri önlemekle yükümlüdür, bu nedenle hayvanın tehlike yaratmaması konusunda garantördür. Yine hayvanın bakımını kısa süreli üstlenen kişi de Borçlar Kanunu m. 67 gereği garantör olarak kabul edilmelidir⁵. Bu nedenlerle hayvanın hareketlerinin TCK m. 177 dışında bir suçun oluşmasına sebep olması durumunda, hayvanın sahibi ya da hayvanın bakımını kısa süreli üstlenen kişinin bu suçtan sorumlu tutulması gerekir.

İnsanlar yüzyıllar içerisinde çok farklı sebeplerle bir araya gelerek şehirler kurmuş ve bu şehirlerde birlikte yaşamışlardır. Özellikle hayvanlardan kaynaklanan tehlikelerle böylelikle mücadele edebilmiş ve güvenlik zafiyetlerini en aza indirmişlerdir. TCK m. 177 ile düzenlenen suç insanların güven içerisinde yaşama ihtiyaçlarının karşılanmasına hizmet etmektedir.

I. KARŞILAŞTIRMALI HUKUK

Alman ceza yasasında tehlike suçlarının düzenlendiği “Toplum İçin Genel Tehlike Yaratan Suçlar” başlığı altında TCK m. 177’ye karşılık gelen bir suçun düzenlenmediği görülmektedir⁶. Bununla birlikte sahipsiz hayvanlar açısından konunun suç olarak düzenlenmesine ihtiyaç

¹ Yenerer Çakmut, Özlem. “Türk Ceza Yasası’nda Hayvanın Tehlike Yaratabilecek Şekilde Serbest Bırakılması Suçu (TCK m.177)”, *Prof. Dr. Mehmet Akad’a Armağan*, Der Yayınları, İstanbul, 2012, s. 930.

² Yenerer Çakmut s. 930.

³ Parlar, Ali/Hatipoğlu, Muzaffer. *Uygulamada Sulh Ceza Davaları (Açıklamalı-İçtihatlı)*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2003, s. 784.

⁴ Parlar/Hatipoğlu, s. 787.

⁵ Akbulut, Berrin. *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 8. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, s. 341-342.

⁶ Bakınız, Yenisey, Feridun/Plagemann, Gottfried. *Alman Ceza Kanunu Strafgesetzbuch*, Beta Yayınları, 2. Baskı, İstanbul, 2015.

birakmayacak başka düzenlemeler mevcuttur. Almanya’da sahipsiz hayvanlar “Tierheim” isimli kuruluşlar tarafından toplanmakta ve bakımları barınaklarda yapılmaktadır⁷.

Kanada’da hukukumuzla paralel olarak hayvan sahipleri hayvanlarının meydana getirdiği zarar ve tehlikelerden sorumludur. Burada da Almanya’da olduğu gibi sahipsiz hayvanların sokakta kendi başlarına yaşamaları benimsenmemiştir⁸.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS) hayvanlara ilişkin olarak iki tür koruma benimsemiştir. Birinci koruma yönteminde hayvanlar eşya olarak kabul edilmiş ve hayvan sahiplerine hayvanlarına ilişkin çeşitli kısıtlamalar getirilebileceği kabul edilmiştir. İkinci tür hayvanlar ise mal olarak kabul edilmemiştir. Bu hayvanlar; vahşi, başıboş ya da terk edilmiş hayvanlardır. Bu hayvanlar sağlıklı, dengeli ve sürdürülebilir bir çevrenin parçası olarak sözleşme tarafından korunmaktadır. Sözleşmenin 8. maddesiyle devlete hayvanların kontrolüyle halk sağlığını sağlama ve geliştirme yükümlülüğü verilmiştir⁹.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) tarafından başıboş hayvanlar kaynaklı tehlike ya da zararlara ilişkin davalara bakıldığında 9718/03¹⁰ nolu başvuruya konu olayda; başvuran, başıboş köpekler tarafından saldırıya uğramış ve yaralanmıştır. Olaya ilişkin Romanya mahkemeleri davacı tarafın yanlış gösterilmesi sebebiyle davayı kabul etmemiş, AİHM ise burada davalı tarafı belirleme yükümlülüğünün başvurucuya yüklenmesinin AİHS m. 6/1 kapsamında bir hak ihlali olduğuna karar vermiştir. Kararda ülke iç hukukuna da değinilmiş olup, Bükreş Belediye Meclisinin Bükreş’te hayvanların yetiştirilmesi, bakımı ve dolaşımına ilişkin 16 Mayıs 1996 tarihli ve 75 sayılı Kararı, başıboş köpeklerin toplanarak gerekli tedavi ve bakımların yapıldıktan sonra talep varsa alındıkları alana iade edilecekleri ve bu talepte bulunanların köpeklerin sorumluluğunu üstleneceği şeklindedir. AİHM yıllık raporunda da bu davaya değinerek dava hakkında başıboş köpeklerin halk sağlığı ve kamu güvenliği için bir tehdit olduğu vurgulanmıştır¹¹.

AİHM’e yansıyan ve başıboş köpeklerin saldırısı nedeniyle ölümle sonuçlanan bir başka davada; başvuran, köpeklerin jandarmaya ait olduğunu iddia ederek şikayetçi olmuştur. Yapılan incelemede köpeklerin jandarmaya ait olmaması nedeniyle talep bu açıdan kabul edilmemiştir. Konu; kasıt olmadan yaşam hakkının sona ermesi açısından değerlendirilmiş ve bir tehlike suçu olan TCK m. 177 dosyada tartışılmamıştır. Mahkeme başıboş köpekler tarafından meydana getirilen bu olay ışığında, olayı meydana getiren köpek sayısının az ve olayın yerleşim yeri dışında meydana gelmiş olması nedeniyle AİHS m. 2 kapsamında pozitif yükümlülüklerle aykırılığın söz konusu olmadığı ifade edilmiştir¹². Kararı konumuz açısından değerlendirdiğimizde başıboş

⁷ Aydoğdu, Murat/Meral, Ö. Oğuzhan. “Sahipsiz Köpeklerin Popülasyonunun Kontrol Altına Alınması ve Buna İlişkin Hukuki Altyapının Oluşturulması”, *D.E.Ü. Hukuk Fakültesi Dergisi*, Prof. Dr. Durmuş TEZCAN’a Armağan, C.21, S. Özel Sayı, 2019, s. 2143, <https://hukuk.deu.edu.tr/wp-content/uploads/2019/09/MURAT-AYDOGDU-OGUZHAN-MERAL.pdf>, (Erişim Tarihi: 25.07.2023).

⁸ Aydoğdu/Meral, s. 2144.

⁹ AİHM, Büyük Daire, Herrmann v. Almanya, Başvuru no: 9300/07.

¹⁰ AİHM, 3. Daire, Georgel and Georgeta Stoicescu v. Romanya, Başvuru no: 9718/03.

¹¹ Bakınız, Short survey of the main judgments and decisions delivered by the Court in 2011, s. 96, https://www.echr.coe.int/d/short_survey_2011_eng?p_1_back_url=%2Fsearch%3Fq%3Dstray%2Bdoag, (Erişim Tarihi: 25.07.2023).

¹² AİHM, 2. Daire, Berü v. Türkiye, Başvuru no:47304/07.

hayvanlar tarafından yerleşim yerleri içerisinde meydana getirilebilecek olan tehlikelerin önlenmesi noktasında devlete pozitif bir yükümlülük yüklendiği sonucuna ulaşılmaktadır.

II. KORUNAN HUKUKİ DEĞER

Hayvan tutan ya da bulunduran insanlara bu hayvanlardan kaynaklanabilecek tehlikeleri önleme yükümlülüğü getirilmiştir. Madde ile *başkalarının hayat veya sağlık haklarına yönelik tehlikenin önlenmesini sağlanmak istenmiştir*¹³.

İnsanların hayat ve sağlıklarına yönelik tehlikelerin önlenmesinde kamu yararı bulunmaktadır¹⁴. Kamusal alanda bulunan kişinin tehlike yaratan bir hayvan nedeniyle güvende olma hissini kaybetmemesi gerekir. İnsanlar kendilerini tehlike yaratan hayvan nedeniyle buldukları yerden ayrılma mecburiyeti içinde hissetmemeli ve yine bu hayvan nedeniyle korkmak durumunda bırakılmamalıdır¹⁵.

III. SUÇUN UNSURLARI

A. Maddi Unsur

1. Fail

Bir hayvanı gözetimi altında bulundurmakla yükümlü olan herkesin bu suçun faili olabilmesi mümkündür. Bununla birlikte maddede hayvana sahip olmak koşul olarak aranmadığı için hayvan sahibi dışındaki kişiler de suçun faili olabilir¹⁶. Gözetim, kelime anlamı olarak nezaret ve himaye anlamlarına gelmektedir¹⁷. Suçun faili, hayvanı gözetimi altında bulunduran kişidir. Bu nedenle suç özgü suç niteliğindedir¹⁸.

Hayvan; beslenmek, barındırılmak ya da bir işte kullanılmak üzere gözetim altında bulundurulabilir¹⁹. Yargıtay bir kararında herhangi bir sebeple bir hayvanı gözetimi altında bulunduran, bir hayvanı besleyen ya da barındıran kişilere yönelik olarak bu hayvanlardan

¹³ Yaşar, Osman/Gökcan, Hasan Tahsin/Artuç, Mustafa. *Yorumlu-Uygulamalı Türk Ceza Kanunu*, Cilt 4, 2. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2014, s. 5503; Yenener Çakmut, s. 933.

¹⁴ Taşkın, Ozan Ercan. “Genel Tehlike Yaratan Suçlara İki Örnek: İnşaat veya Yıkımla İlgili Emniyet Kurallarına Uymama ve Hayvanın Tehlike Yaratabilecek Şekilde Serbest Bırakılması Suçları”, *Ceza Hukuku Dergisi*, C. 11, S. 32, Aralık 2016, s. 75.

¹⁵ Cristian Lupidi/Maurizio Marchi. *Prontuario dei Reati per la Polizia Locale*, 50 Casi Svolti, Maggioli Editore, Rimini 2014, s. 132, Naklen, Taşkın, s. 76.

¹⁶ Hafizoğulları, Zeki/Özen, Muharrem. *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler Topluma Karşı Suçlar*, 3. Basım, US-A Yayıncılık, Ankara, 2017, s. 36.

¹⁷ <https://sozluk.gov.tr/>, (Erişim Tarihi: 27.02.2023).

¹⁸ Yaşar/Gökcan/Artuç, s. 5502; Memiş Kartal, Pınar. *Özel Ceza Hukuku -Cilt V- Genel Tehlike Yaratan, Çevreye Karşı ve Kamunun Sağlığına Karşı Suçlar (TCK m. 170-196) (Özel Ceza Hukuku)*, “Hayvanın Tehlike Yaratabilecek Şekilde Serbest Bırakılması”, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2019, s. 126; Yenener Çakmut, s. 933; Bahadır, Uğur. “Hayvanın Tehlike Yaratabilecek Şekilde Serbest Bırakılması (TCK m. 177)”, *TAAD*, C. 7, S. 24, Ocak 2016, s. 602, <https://kutuphane.dogus.edu.tr/mvt/pdf.php>, (Erişim Tarihi: 10.03.2023).

¹⁹ Yaşar/Gökcan/Artuç, s. 5503.

insanlara yönelik bir zarar tehlikesinin doğmasını engelleyici tedbirleri almak ve hayvanları kontrol altına almakla yükümlü olduklarını ifade etmiştir²⁰.

Bu başlık altında Danıştay'ın sahipsiz hayvanlar tarafından verilen zararların tazminine ilişkin verdiği kararlar ışığında da bir değerlendirmenin yapılması gerekir. 5199 sayılı Kanun m. 6/4'te sahibi olmayan ya da güçten düşen hayvanların, oluşturulan merkezlerde kısırlaştırma, aşılama ve rehabilitasyon yapıldıktan sonra öncelikle alındıkları ortamlara bırakılması yönünde bir düzenleme yapılmıştır. 5199 sayılı Kanun Ek m. 1/1 ile sahibi olmayan, güçten düşen ya da tehlikeli hayvanların rehabilitasyonu için belediyelere bakımevi kurma görevi verilmiştir. Köy ve il özel idareleri açısından ise 5302 sayılı Kanun ve 442 sayılı Kanun'daki düzenlemelere bakılarak sahipsiz hayvanların kimin sorumluluğunda olduğunun belirlenmesi gerekir. Bu kanunlar ve idare hukukunun sübzidiyarite (ikincillik) ilkesi uyarınca, köy idaresinin, sınırları içerisinde bulunan sahipsiz hayvanlara ilişkin olarak 5199 sayılı Kanun'la öngörülen yükümlülükleri yerine getiremediği hallerde il özel idaresinin bu yükümlülükleri yerine getirmesi gerekmektedir²¹. Maddenin 3. fıkrasında sahipsiz köpeklerin rehabilite ve kısırlaştırma işlemlerinin ardından sağlıklarına kavuştuktan sonra alındıkları ortamlara bırakılacağı düzenlenmiştir. 5199 sayılı Kanun m. 3'te hayvanlara ilişkin çeşitli tanımlamalar yapılmıştır. Fakat kanunda günlük yaşamda kullanılan sokak hayvanı kavramı tanımlanmamıştır. Doktrinde sokak hayvanı kavramı; sahibi olmayan, sokakta doğmak ya da sokağa terk edilmek suretiyle sürekli sokakta yaşayan başıboş hayvan şeklinde tanımlanmaktadır²². Madde 3/p'de ise sahipsiz hayvanların rehabilite edileceği düzenlenmiştir. Buradan hareketle günlük dilde kullanılan sokak hayvanları kavramının 5199 sayılı Kanun'daki sahipsiz hayvanlar kapsamında yer aldığı sonucuna ulaşılmaktadır²³. Sokak hayvanlarına, kanunun deyişiyle sahipsiz hayvanlara ilişkin sorumluların belirlemesi bu şekilde yapılmıştır. Bu hayvanlar tarafından saldırıya uğrayıp zarar gören kişilerce zararlarının tazmini için açılan davalara bakıldığında, Danıştay'ın 15.11.2018 tarihli kararında 5199 sayılı Kanun gereğince valilik ve belediyelerin saldırgan davranış sergileyen sokak hayvanlarını toplamak ve rehabilite etmek yükümlülüklerinin bulunduğu ve bu yükümlülüklerini yerine getirmemeleri nedeniyle kusurlu olduklarına karar vermiştir²⁴. 19.03.2015 tarihli karar; belediyelerin sokak köpeklerine ilişkin sorumluluğunun bu hayvanların bakım ve kontrollerinin tamamlanıp alındıkları ortama bırakıldıktan sonra da devam ettiği, kamu hizmetinin devamlılığı ilkesi gereğince bu aşamadan sonra oluşan zararlardan da sorumlu olduğu yönündedir²⁵. 12.03.2021 tarihli kararda saldırgan sokak köpeklerini toplayıp rehabilite etme görevinin gereğince yapılmaması nedeniyle

²⁰ Yargıtay 8. CD., 1.3.2018, E. 2017/15053, K. 2018/2242. www.lexpera.com.tr (Erişim Tarihi: 10.03.2023).

²¹ Akkoyunlu, Sencer Abdullah. "Mahalli İdarelerin Sokak Köpeklerinin Verebileceği Zararlar ile İlgili Yükümlülükleri ve Bu Yükümlülüklerin Mahalli İdareler Arasındaki İlişkiler Bakımından Değerlendirilmesi", *Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 27, S. 46, 2022, s. 34-38, (Erişim Tarihi: 10.03.2023).

²² Kandır, Emine Hesna. "Sokakların Yuvasız Sakinleri", *Ayrıntı Dergisi*, C. 2, S. 21, 2014, s. 9, <https://dergiayrinti.com/index.php/ayr/article/view/456/805>, (Erişim Tarihi: 10.03.2023).

²³ Danıştay bir kararında sokak köpeği tarafından verilen zararın sorumluluk tespiti noktasında sahipsiz hayvan kavramını da kullanmıştır. Bakınız, Danıştay 8. D., 12.3.2021; E. 2020/7528, K. 2021/1532. www.lexpera.com.tr (Erişim Tarihi: 10.03.2023).

²⁴ Danıştay 8. D., 15.11.2018; E. 2012/6599, K. 2018/6994, www.lexpera.com.tr (Erişim Tarihi: 10.03.2023); Danıştay benzer nitelikli bir karardaysa hükmedilen tazminat miktarı yönünden karar hukuka aykırı bulunarak bozulmuştur, bakınız, Danıştay 8. D., 8.5.2019; E. 2014/7091, K. 2019/4371. www.lexpera.com.tr (Erişim Tarihi: 10.03.2023).

²⁵ Danıştay 8. D., 19.3.2015; E. 2011/1249, K. 2015/2041. www.lexpera.com.tr (Erişim Tarihi: 10.03.2023).

valilik, büyükşehir belediyesi ve büyükşehir ilçe belediyesinin ortaya çıkan zarardan birlikte sorumlu oldukları ifade edilmiştir²⁶. Görüldüğü üzere Danıştay kararlarında; sokak köpekleri tarafından insanların zarar görmesi durumunda valilik, büyükşehir belediyesi ve ilçe belediyelerinin doğan zarardan sorumlu oldukları kabul edilmektedir. Bu durumu TCK m. 177 kapsamında ele aldığımızda karşımıza şu sorular çıkmaktadır; sokak hayvanı tarafından meydana gelen tehlikeler açısından zikredilen tüzel kişilerin yetkililerinin sorumluluğu doğar mı? TCK m. 177’de suçun hayvanın serbest bırakılması veya kontrol altına alınmada ihmal gösterilmesi şeklinde işlenebileceği ifade edilmiştir. Danıştay kararları ve mevzuata bakıldığında zikredilen tüzel kişilerin saldırgan hayvanları rehabilite etme hususunda sorumlulukları bulunduğu görülmektedir. Suçun failinin hayvanın sahibi olması gerekmemekte, fakat hayvanı gözetim altında bulundurması gerekmektedir. Tüm hususlar birlikte değerlendirildiğinde, sahihsiz hayvanlar tarafından başkalarının hayatı ya da sağlığı üzerinde tehlike oluşturan bir hareket sergilenmesi durumunda rehabilite etme noktasındaki eksiklik nedeniyle rehabilite sürecini yürüten görevlilerin suçun faili olabileceği sonucuna ulaşılabilir²⁷. Uygulamada TCK m. 177 uyarınca bir kamu görevlisinin cezai sorumluluğuna gidilip gidilmediği hususuna ilişkin olarak; Uyap sistemine kişi meslek bilgilerinin hatalı ya da hiç girilmemesi ihtimalleri nedeniyle, TCK m. 177 uyarınca bir kamu görevlisi hakkında soruşturma ya da kovuşturma açılıp açılmadığı yönündeki bilgiye Adalet Bakanlığı tarafından istatistiklerde yer verilmemektedir²⁸.

2. Mağdur

Suç kanunda, topluma karşı suçlar içerisinde düzenlenmiştir. Suçun mağduru hayvandan kaynaklanan tehlikeye maruz kalabilecek kişiler ve toplumdur²⁹. Failin maddede belirtilen hareketi gerçekleştirmesi sonucunda tehlikeye maruz kalan kişi dar anlamda mağdur olarak, toplumu oluşturan herkes ise geniş anlamda mağdur olarak kabul edilebilir³⁰.

3. Suçun Konusu³¹

Hareket konuya yönelmektedir³². Tehlike suçlarında suçun konusu üzerinde hareket ile bir zarar tehlikesi meydana getirilmektedir³³. Suçun konusunun hayvan olduğu yönünde görüşler vardır³⁴. Hayvan suçun unsuru olmakla birlikte konusu değildir. Suçun konusu, hayvanın üzerinde

²⁶ Danıştay 8. D., 12.3.2021; E. 2020/7528, K. 2021/1532. www.lexpera.com.tr, (Erişim Tarihi: 10.03.2023).

²⁷ Taşkın, büyük bir köpeğin kamusal alanda serbest bırakılması durumunda suçun oluşacağı görüşündedir. Bakınız, Taşkın, s. 78.

²⁸ Adalet Bakanlığı, E-15705087-252.02-79529 Sayı ve 15.03.2023 Tarihli cevap yazısı.

²⁹ Yaşar/Gökcan/Artuç, s. 5503; Özgenç, İzzet. *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 16. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2020, s. 226.

³⁰ Özgenç, s. 226.

³¹ Doktrinde suçun konusu kavramı yerine “suçun maddi konusu”, hukuki değer kavramı yerine ise “suçun hukuki konusu” kavramlarını kullanan yazarlar bulunmaktadır. Bakınız, Özgenç, s. 219, dipnot no:193.

³² Önder, Ayhan. *Ceza Hukuku Dersleri*, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1992, s. 170.

³³ Önder, s.175.

³⁴ Hafizoğulları/Özen, s. 37; Yaşar/Gökcan/Artuç, s. 5503; Bahadır, s. 603.

tehlike yarattığı şeydir³⁵. Buradan hareketle suçun konusunun hareket neticesinde tehlike ile karşı karşıya kalan kişi olduğu kanaatindeyiz.

4. Hareket

Suç hayvanın serbest bırakılması ya da hayvanı kontrol altına alma noktasında bir ihmalin gösterilmesi suretiyle işlenebilir. Bu iki hareketten birinin yapılması suçun tamamlanması için yeterlidir³⁶. Zararın meydana gelmemesi suçun tamamlanmasına engel teşkil etmez³⁷. Kanunun gerekçesine bakıldığında suç somut tehlike suçu olarak ifade edilmiştir. Doktrinde de bu yönde görüşler bulunmaktadır³⁸. Gerekçeye göre olayda zarar tehlikesi doğmamışsa bu suç oluşmaz³⁹. Yargı kararlarında da doktrin ve gerekçeye uyumlu bir şekilde suç somut tehlike suçu olarak ifade edilmektedir⁴⁰. Bu tür suçlarda hareketle gerçekten bir tehlikenin ortaya çıkması aranmaktadır. Soyut tehlike suçlarında ise hareketin icrası yeterli olup hareketin icrasıyla suçun konusu üzerinde tehlikenin meydana geldiği kabul edilmektedir⁴¹. Suçun somut tehlike suçu olduğunu benimseyen görüşe göre kanunda tanımlı hareket gerçekleştirilmekle birlikte başkalarının hayat veya sağlığı üzerinde tehlike oluşmamışsa suç oluşmayacaktır⁴².

Bir görüşe göre suç, potansiyel tehlike suçudur⁴³. Bu tür suçlar soyut tehlike suçlarının alt dalı şeklinde ifade edilmektedir⁴⁴. Burada hareketin başkalarının hayatı veya sağlığı üzerinde tehlike oluşturmaya elverişli olması yeterlidir. Suçun oluşması için bu tehlikenin ortaya çıkması şart değildir⁴⁵. Maddede suçun oluşması için ortaya somut bir tehlikenin çıkması aranmamış, hareketin bir tehlikeyi ortaya çıkarabilecek şekilde gerçekleştirilmesi aranmıştır⁴⁶. Ayrıca somut tehlike suçu biçiminde kabul edilebilmesi için maddede “tehlikeli olacak biçimde” gibi bir ifadeye

³⁵ Memiş Kartal, Pınar. “Türk Ceza Hukukunda Hayvanın Tehlike Yaratabilecek Şekilde Serbest Bırakılması veya Kontrol Altına Alınmasında İhmal Suçu (TCK. m.177)”, *D.E.Ü. Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Durmuş Tezcan'a Armağan*, C. 21, S. Özel Sayı, 2019, s. 334, <https://hukuk.deu.edu.tr/wp-content/uploads/2019/09/PINAR-MEMIS-KARTAL.pdf>, (Erişim Tarihi: 23.03.2023).

³⁶ Hafizoğulları/Özen, s. 37; Yenerer Çakmut s. 934.

³⁷ Memiş Kartal, *Özel Ceza Hukuku*, s. 131.

³⁸ Özgenç, s. 222; Yaşar/Gökcan/Artuç, s. 5502; Memiş Kartal, *Özel Ceza Hukuku*, s. 125; Bahadır, s. 601; Ünal, Osman Gazi. “Tehlike Suçu ve Zarar Suçu Arasındaki Suçların İçtimaı Konusunun Uzlaştırma Kurumu Bakımından Sonuçları”, *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 30, S. 2, 2022, s. 869, <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/1882513>, (Erişim Tarihi: 10.03.2023); Koca, Mahmut/Üzülmez, İlhan. *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 14. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2021, s. 121.

³⁹ TCK m. 117 gerekçe. (Lexpera).

⁴⁰ Yargıtay CGK., 20.2.2020, E. 2019/574, K. 2020/121; Yargıtay 8. CD., 1.3.2018, E. 2017/15053, K. 2018/2242. www.lexpera.com.tr, (Erişim Tarihi: 10.03.2023).

⁴¹ Özgenç, s. 221-222.

⁴² Yaşar/Gökcan/Artuç, s. 5504.

⁴³ Akbulut, s. 436; Kılıç, Ahmet. "Tehlike Arz Eden Hayvanı Sokağa Terk Etme Kabahatinin İçtima Hükümleri ve Non Bıs In Idem İlkesi Bağlamında Değerlendirilmesi", *Necmettin Erbakan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 5, S. 2, Aralık 2022, s. 636, <https://dergipark.org.tr/en/download/article-file/2563295>, (Erişim Tarihi: 10.03.2023); Ersoy, Uğur. “Ceza Hukukunun Gri Alanı: Tehlike Suçları”, *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, C. 11, S. 41, 2020, s. 57, <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/1491393>, (Erişim Tarihi: 23.03.2023); Doğan, Koray. “Tehlike Suçu ile Zarar Suçları Arasındaki Suçların İçtimaı Sorunu”, *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, S. 16, 2014, s. 183; Bekar, Elif. *Objektif Cezalandırılabilirlik Koşulları Bağlamında Türk Ceza Kanunu'nda Yer Alan Suçlar*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2017, s. 256, (Lexpera, Erişim Tarihi: 23.03.2023).

⁴⁴ Akbulut, s. 435; Doğan, s. 184.

⁴⁵ Kılıç, s. 636; Bekar, s. 256.

⁴⁶ Bekar, s. 256.

yer verilmesi gerekirdi⁴⁷. Maddenin düzenleniş biçiminden hareketle suçun soyut tehlike suçu kapsamında bulunan bir potansiyel tehlike suçu olduğu yönündeki görüşe katılmaktayız. Konuya ilişkin başka bir görüşe göre ise, suçun somut ya da soyut tehlike suçu olduğu noktasında şüphe bulunması durumunda, şüphenin lehe yorumlanması ilkesi uyarınca suçun somut tehlike suçu olduğu kabul edilebilir⁴⁸.

Kanaatimizce suç, soyut tehlike suçu kapsamında olan bir potansiyel tehlike suçu olduğu için tehlike arz eden hayvanların ağızlıksız ve tasmasız dolaştırılması TCK m. 177'deki suçun oluşması için yeterlidir⁴⁹. Failin TCK m. 177'deki hareketi sergilemesiyle birlikte zarar ortaya çıkarsa, fail bu zarar açısından kast ya da taksirinin varlığına göre sorumlu tutulacaktır⁵⁰.

Suçun oluşabilmesi için, hayvanın tehlike oluşmasına neden olacak şekilde serbest bırakılması veya kontrol altına alınmasının ihmali edilmesi gerekir. Suçun oluşması için bu hareketlerden bir tanesinin icra edilmesi yeterli olduğundan suç, seçimlik hareketli⁵¹ ve bu hareketlerden başka bir hareketle işlenemeyeceğinden bağlı hareketli bir suçtur⁵².

Serbest bırakmak, salıvermek anlamına gelmektedir⁵³. Hayvanın serbest bırakılması suçun oluşması için aranan ilk harekettir. Bu hareket icrai niteliktedir. Hayvanın yularının bırakılması bu harekete örnek olarak gösterilebilir⁵⁴.

Hayvanın kontrol altına alınmasında ihmali gösterme, suçun oluşabilmesi için aranan ikinci harekettir. Hareket tehlikeli bir durumda hayvanı kontrol altında bulundurmamakla yükümlü olan kişinin yükümlülüğünü yerine getirmemesi olarak ifade edilmektedir. Madde düzenlenmesinden anlaşılacağı üzere hareket ihmali nitelikte bir harekettir. Köpeğin tasmağını sıkı şekilde tutmayan ve bu nedenle köpeği elinden kaçıran kişinin hareketi buraya örnek gösterilebilir⁵⁵.

Sözlükte hayvan “*insan ve bitki dışındaki canlı*” olarak tanımlanmaktadır⁵⁶. Kontrol altına alınabilen hayvanlar bu kapsamda değerlendirilmektedir. Hayvan evcil olabileceği gibi vahşi bir hayvan da olabilir⁵⁷. Evcil hayvan evde bakılması mümkün, insana alışmış olan hayvanı ifade etmektedir⁵⁸. Vahşi hayvan ise ehlileştirilemeyen hayvan olarak tanımlanmaktadır⁵⁹. 5199 sayılı Kanun m. 3'te gözetim altındaki hayvan kavramı tanımlanmıştır. Fakat madde içeriğine bakıldığında tanımlanan tüm hayvanların gözetim altına alınabilecek nitelikte hayvanlar olduğu

⁴⁷ Doğan, s. 183.

⁴⁸ Maden, Mehmet. “Bir Tehlike Suçu Olarak “Gürültüye Neden Olma” (TCK, m. 183) ve Tehlike Suçlarına İlişkin Genel Tespitler”, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. XXV, S. 1, 2021, s. 431–470, <https://dergipark.org.tr/en/download/article-file/1546662>, (Erişim Tarihi: 10.03.2023), s. 449.

⁴⁹ Kılıç, s. 636.

⁵⁰ TCK m. 117 gerekçe. (Lexpera)

⁵¹ Yenerer Çakmut s. 934.

⁵² Yenerer Çakmut s. 934; Yaşar/Gökcan/Artuç, s. 5503.

⁵³ Yılmaz, Ejder. *Hukuk Sözlüğü*, 9. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2005, s. 1085.

⁵⁴ Yaşar/Gökcan/Artuç, s. 5504.

⁵⁵ Yaşar/Gökcan/Artuç, s. 5504.

⁵⁶ Yılmaz, s. 468.

⁵⁷ Yaşar/Gökcan/Artuç, s. 5503.

⁵⁸ <https://sozluk.gov.tr/>, (Erişim Tarihi: 10.02.2023).

⁵⁹ <https://sozluk.gov.tr/>, (Erişim Tarihi: 10.02.2023).

görülmektedir⁶⁰. Hayvan ölmüşse bu hayvandan kaynaklanan bir tehlikenin ortaya çıkması durumunda TCK m. 177'deki suç oluşmayacaktır. Hayvanın sakin tabiatlı bir hayvan olması da suçun oluşması için önemli değildir⁶¹.

Bir hayvanı kontrol altına almak için neyin yapılması gerektiği hayvanın ve olayın özelliklerine göre farklılık gösterecektir. Hayvanı gözetim altında bulunduran kişi olayın özelliklerine göre hareket etmelidir⁶². Hayvanı serbest bırakma icrai nitelik arz ederken, hayvanın kontrol altına alınmaması ihmali nitelik arz etmektedir⁶³. Madde kapsamında ihmal ifadesi geçtiği için suç gerçek ihmali suç niteliğindedir⁶⁴. Yargıtay da suçun, ihmali hareket açısından gerçek ihmali suç olduğunu ifade etmekte⁶⁵ ve bunlar sırf hareket suçları kapsamında değerlendirilmektedir. Yani bu tür suçların tamamlanabilmesi bir neticenin varlığına bağlı değildir⁶⁶. Sırf hareket suçlarının hepsi soyut tehlike suçu niteliğindedir. Fakat bu tüm soyut tehlike suçlarının aynı zamanda sırf hareket suçu olduğu anlamına gelmemektedir⁶⁷. Hayvan dışıklarının çevreye bırakılması salgın hastalıkların yayılması açısından bir tehlike arz etmektedir⁶⁸. Fakat olayda suçun hareket unsuru gerçekleşmemişse sadece hayvan dışkısının temizlenmemesi bu suçun meydana gelmesini sağlamayacaktır.

Fail başlığında sahipsiz hayvanları rehabilite etmekle görevli olan kamu görevlilerinin suçun faili olabileceği ifade edilmişti. Fakat sokaklarda yaşayan binlerce sahipsiz hayvan kendi doğası gereği her an bir tehlikeye sebep olabilir. Bu nedenle rehabilitasyon sürecinde görevli olan kişiler açısından hayvan tarafından tehlike meydana getirilmesi anının bilinmesi mümkün değildir⁶⁹. Tehlike anında başka bir yerde olan görevlinin fiziksel olarak hayvanı kontrol altına alması da mümkün değildir⁷⁰. Bu nedenle görevlilerin ihmali hareket açısından sorumlulukları yoluna gidilmemesi gerektiği kanaatindeyiz. Bu durum da karşımıza şu çelişkiyi çıkarmaktadır. Özel hukuk kişinin gözetimindeki hayvan tarafından tehlike yaratılması durumunda TCK m. 177 olaya uygulanabilirken, kamu tüzel kişinin gözetimi altındaki sahipsiz bir hayvan tarafından aynı durum gerçekleştiğinde olaya TCK m. 177 uygulanamamaktadır.

Taşıt yolu üzerinde hayvan bulundurulması ya da başıboş bırakılması zorunlu bir halin var olması şartıyla mümkündür. Aksi halde bu durum 2918 sayılı Kanun m. 69 ile yasaklanmıştır⁷¹. Yargıtay küçükbaş hayvanların yola çıkması nedeniyle oluşan maddi hasarlı trafik kazasında sanığın 2918 sayılı Kanun m. 69/2'den sorumlu tutulması gerektiğine karar vermiştir⁷².

⁶⁰ Memiş Kartal, *Özel Ceza Hukuku*, s. 129.

⁶¹ Yaşar/Gökcan/Artuç, s. 5503.

⁶² Yaşar/Gökcan/Artuç, s. 5504.

⁶³ Yaşar/Gökcan/Artuç, s. 5504.

⁶⁴ Akbulut, s. 323-324.

⁶⁵ Yargıtay CGK., 10.2.2022, E. 2021/281, K. 2022/78. www.lexpera.com.tr, (Erişim Tarihi: 10.03.2023).

⁶⁶ Akbulut, s. 324.

⁶⁷ Doğan, s. 182, dipnot:18.

⁶⁸ Kandır, s. 11.

⁶⁹ Akbulut, s. 303.

⁷⁰ Koca/Üzülmez, s. 394; Akbulut, s. 303.

⁷¹ Taşkın, s. 78.

⁷² Yargıtay 8. CD., 30.5.2016, E. 2016/5773, K. 2016/7017. www.lexpera.com.tr, (Erişim Tarihi: 10.03.2023).

5. Netice

Suç icrai ya da ihmali şekilde işlenebilmektedir. Suçu oluşturan hareketin kişilerin hayatı veya sağlığı üzerinde tehlike oluşturmaya elverişli olması gerekir⁷³. Tehlike kavramı zarar ihtimalinin ortaya çıkması olarak ifade edilmektedir⁷⁴. Suç *salt hareket suçu* olup, suçun tamamlanabilmesi için bir neticenin gerçekleşmesi aranmaz⁷⁵. Yargıtay'ın bir kararında da suçun tamamlanabilmesi için bir neticenin gerçekleşmesinin aranmadığı belirtilmektedir⁷⁶. Kanaatimizce de suç soyut tehlike suçu kapsamında yer aldığı için suçun oluşması için bir neticenin gerçekleşmesi gerekmemektedir⁷⁷.

6. Nitelikli Haller

Kanunda suça ilişkin olarak suçu ağırlaştırıcı ya da suçu hafifleten bir neden düzenlenmemiştir.

B. Manevi Unsur

TCK m. 177 ile düzenlenen suç kasten işlenen bir suçtur. Hareketin taksirle gerçekleştirilmesi mevzuatımızda suç olarak düzenlenmemiştir⁷⁸. Suç olası kastla işlenebilir. Failin bir saik ya da amaç ile hareket etmiş olması ya da olmaması manevi unsurun oluşması açısından önem taşımaz⁷⁹.

Fail tehlikenin oluşacağını öngörmekle birlikte bir zararın oluşacağını öngörmemiş ve zarar oluşmuşsa, örneğin biri yaralanmışsa taksirinden sorumlu tutulur. Bununla birlikte fail zararın oluşacağını öngörmüş, hareketi gerçekleştirmiş ve zarar oluşmuşsa zarar açısından artık kastından sorumludur⁸⁰.

Hata durumunda hatanın esaslı hata olması halinde fail hatasından yararlanabilir. Kastı kaldıran bir hata durumundaysa failin sorumluluğuna gidilmeyecektir⁸².

⁷³ Memiş Kartal, *Özel Ceza Hukuku*, s. 131

⁷⁴ Akbulut, s. 659.

⁷⁵ Yaşar/Gökcan/Artuç, s. 5503; Akbulut, s. 341.

⁷⁶ Yargıtay CGK., 10.2.2022, E. 2021/281, K. 2022/78. www.lexpera.com.tr, (Erişim Tarihi: 10.03.2023).

⁷⁷ Doktrinde suçu somut tehlike suçu olarak kabul eden bir görüş bulunmakta olup somut tehlikeyi netice kapsamında değerlendiren yazarlar bulunmaktadır. Görüş hakkında ayrıntılı bilgi için bakınız, Akbulut, s. 358; Ersoy, s. 42-43; Doğan, s. 185.

⁷⁸ Yaşar/Gökcan/Artuç, s. 5504; Hafizoğulları/Özen, s. 38; Malkoç, İsmail. *Açıklamalı Türk Ceza Kanunu*, Cilt 3, Sözkese Matbaacılık, Ankara, s. 2929.

⁷⁹ Yaşar/Gökcan/Artuç, s. 5504.

⁸⁰ Yaşar/Gökcan/Artuç, s. 5504-5505.

⁸¹ Doktrinde somut tehlikeyi netice kapsamında değerlendirmeyip objektif cezalandırılabilme şartı olarak kabul eden yazarlar da bulunmaktadır. Bu görüşün benimsenmesi halinde tehlike kast kapsamında yer almamaktadır. Bu nedenle tehlike öngörülmemiş olsa bile suç tamamlanabilecektir. Bu görüşler hakkında ayrıntılı bilgi için bakınız, Özgenç, s. 223; Memiş Kartal, *Özel Ceza Hukuku*, s. 132; Koca/Üzülmez, s. 121.

⁸² Memiş Kartal, *Özel Ceza Hukuku*, s. 133.

C. Hukuka Aykırılık Unsuru

Olayda; kanunun emrini icra, hakkın icrası veya meşru savunmanın şartları oluşmuşsa eylem hukuka uygun bir hal alır⁸³. Bununla birlikte suçun bir hukuka uygunluk nedeniyle bağdaşmayacağına ilişkin bir görüş de bulunmaktadır⁸⁴. Hukukumuzda hayvanların dövüştürülmesi yasal değildir. Bu nedenle hayvan dövüşü esnasında bir tehlike ortaya çıkarsa failin TCK m. 177 uyarınca da sorumluluğu yoluna gidilebilir⁸⁵.

Serbest bırakılmış bir hayvanın tahrik edilmesi nedeniyle tehlike ortaya çıkmışsa suç oluşmayacaktır⁸⁶.

Burada hukuka uygunluk hali içerisinde olduğunu bilmeden TCK m. 177'deki hareketi gerçekleştiren kişinin durumu üzerinde ayrıca durulmalıdır. Örneğin olayda meşru savunma şartları oluşmuş ve kişi bunu bilerek hareketi sergiliyorsa, meşru savunma hükümlerinden faydalanabilir. Fakat meşru savunma şartları oluşmakla birlikte kişi eylemi gerçekleştirirken bunu bilmiyorsa, kişinin hukuka uygunluk halinden yararlandırılıp yararlandırılmayacağı konusu tartışmalıdır. Birinci görüşe göre kişi bilmiyor olsa bile hukuka uygunluk sebebinin olaya uygulanması gerekir⁸⁷. İkinci görüşe göreyse kişi hukuka uygunluk hali içerisinde olduğunu bilmediği için neticenin taşıdığı haksızlık ortadan kalkmakta fakat fiilin ifade ettiği haksızlık varlığını korumaktadır. Bu nedenle kişi teşebbüsten sorumlu tutulmalıdır⁸⁸. Üçüncü görüşe göreyse fail tamamlanmış olan suçtan sorumlu tutulmalıdır⁸⁹. Örneğin bir köpeğin serbest bırakılması veya kontrol altına alınmasının ihmal edilmesi üzerine bu köpeğin birini saldırıdan kurtardığı olayda benimsenen görüşlere göre farklı sonuçlar ortaya çıkacaktır. İlk görüşe göre saldırıya uğrayan kişiyi kurtaran köpek tehlike ortaya çıkarsa bile olaya hukuka uygunluk nedeninin uygulanması gerekir. İkinci görüşe göre; hukuka uygunluk nedeninin oluştuğu bilinmediği için fiilin taşıdığı haksızlık devam etmektedir ve failin teşebbüsten sorumlu olması gerekmektedir. Suçu sırf hareket suçu olarak kabul eden görüşe katıldığımız için TCK m. 177'ye teşebbüs hükümleri uygulanamaz. Bundan dolayı hukuka uygunluk hali içerisinde olan fakat bunu bilmeyen failin cezalandırılmaması gerektiği kanaatindeyiz⁹⁰.

Suç belirtildiği üzere icrai ya da ihmali hareketin icrasıyla gerçekleşmektedir. İcrai hareket hayvanın serbest bırakılması, ihmali hareketse kontrol altına alınmada ihmal gösterilmesi şeklindedir. Bir kanun emri için hayvan serbest bırakılmış ve tehlike ortaya çıkmışsa olaya hukuka uygunluk hali uygulanabilir. Polisin köpek kullanması buna örnek gösterilebilir⁹¹. Kontrol altına almada ihmal gösterme durumundaysa, hareketin tabiatı gereği “kanunun emrini icra” hukuka

⁸³ Memiş Kartal, *Özel Ceza Hukuku*, s. 133-134.

⁸⁴ Hafizoğulları/Özen, s. 39.

⁸⁵ Memiş Kartal, *Özel Ceza Hukuku*, s. 134.

⁸⁶ Hafizoğulları/Özen, s. 38.

⁸⁷ Demirbaş, Timur. *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 16. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, s. 222.

⁸⁸ Akbulut, s. 532; Koca/Üzülmez, s. 271-272.

⁸⁹ Heinrich, I, s. 208,260,261, Naklen, Akbulut, s. 532.

⁹⁰ Akbulut konuyu taksirle işlenen suçlar açısından değerlendirdiğinde taksirli suça teşebbüsün cezalandırılmıyor olması nedeniyle bu durumda faile ceza verilmemesi gerektiği görüşündedir. Bakınız, Akbulut, s. 533.

⁹¹ Memiş Kartal, *Özel Ceza Hukuku*, s. 133.

uygunluk sebebinden faydalanılması mümkün değildir. Çünkü maddeden, kontrol altına alma zorunluluğu doğmasına rağmen ihmali davranışın sergilendiği anlamı çıkmaktadır.

Bir hakkın icrası için hayvan serbest bırakılmışsa ve tehlike ortaya çıkmışsa yine eylemin hukuka uygun olduğunun kabulü gerekir⁹². Kontrol altına almada ihmal gösterme durumundaysa yine yapılması gereken bir davranışı yapmama anlamı olduğu için bu hukuka uygunluk nedeninin olaya uygulanamayacağı kanaatindeyiz.

Fail başlığında sahipsiz hayvanların rehabilite sürecini yürüten görevlilerin suçun faili olabileceği ifade edilmişti⁹³. Görevliler 5199 sayılı Kanun'un emri gereği rehabilite edilen hayvanları serbest bırakmaktadır. Bu şekilde serbest bırakılan hayvanların meydana getirdiği tehlikeler açısından olaya kanun emrini icra hukuka uygunluk nedeninin uygulanması gerekir.

Yargıtay bir kararında; açık arazide otlayan koyunların yanında serbest bırakılan çoban köpeklerinin başkasının koyunlarına zarar verdiği olayda bunun mutata bir uygulama olduğuna, TCK m. 177'nin unsurlarının olayda gerçekleşmediğine karar vermiştir⁹⁴. Kanaatimizce çoban köpeklerinin bu şekilde açık arazide serbest bırakılmaları 4322 sayılı Mera Kanunu m. 11 ile tanınan otlatma hakkının bir gereği olan mutata bir uygulamadır. Burada köpeklerin bir insan ya da hayvan açısından tehlike ya da zarar oluşturacağına öngörülmesi durumunda bunun engellenmesi için hareket edilmesi gerekir. Olayı konumuz açısından değerlendirdiğimizde olayda "hayvanın kontrol altına alınmasında ihmal gösterme" hareketinin gerçekleştiği kanaatindeyiz. Buradan hareketle hukuka uygun şekilde serbest bırakılan hayvanın kontrol altına alınmasını gerektiren bir durum meydana gelmiş ve bir tehlike oluşmuşsa suçun ihmali hareketinin işlendiğinin kabulü gerekir.

IV. KUSURLULUK

Failin meydana getirdiği haksızlık nedeniyle sorumlu tutulabilmesi için failde *kusur yeteneğinin bulunması*, olayda *kusurluluğu kaldıran bir nedenin bulunmaması* ve failde *haksızlık bilincinin bulunması* gerekir⁹⁵.

Ağır ve muhakkak bir tehlikeyle karşı karşıya kalan kişinin gözetimi altında bulunan hayvanı bu tehlikeden kurtulmak amacıyla serbest bırakması ya da hayvanı kontrol altına alma noktasında ihmal göstermesi durumunun da ayrıca değerlendirilmesi gerekir. Buna göre yangında ölmeleri için hayvanlarını serbest bırakan ya da yine karşı karşıya kaldığı tehlike nedeniyle suçun ihmali hareketini sergileyen kişinin durumunun TCK m. 25/2'de düzenlenen zorunluluk hali kapsamında değerlendirilmesi yerinde olacaktır.

⁹² Memiş Kartal, *Özel Ceza Hukuku*, s. 133.

⁹³ Taşkın, kamusal alan içerisinde büyük bir köpeğin serbest bırakılmasıyla suçun oluşacağı görüşündedir. Bakınız, Taşkın, s. 78.

⁹⁴ Yargıtay 8. CD., 18.10.2018, E. 2017/24869, K. 2018/11187. www.lexpera.com.tr, (Erişim Tarihi: 10.03.2023).

⁹⁵ Akbulut, s. 618-619.

V. SUÇUN ÖZEL GÖRÜNÜŞ BİÇİMLERİ

A. Teşebbüs

Suçun tamamlanabilmesi için öngörülen hareketlerden birinin yapılması yeterli olup suç teşebbüse elverişli bir suç değildir⁹⁶. Bir görüşe göreyse; seçimlik hareketlerden ihmali olanın icra edilmesi durumunda ihmali suçlara teşebbüs olamayacağı gerekçesiyle olaya teşebbüs hükümleri uygulanamazken icrai hareketin yapılması durumunda teşebbüs hükümlerinin olaya uygulanması mümkündür⁹⁷.

B. Suçların Birleştirilmesi

TCK m. 177 bir tehlike suçu olup, hareketin ardından bir zararın ortaya çıkması durumuna ilişkin farklı görüşler vardır. Bir görüşe göre zarar suçları ve tehlike suçları arasında asli norm-tali norm ilişkisi bulunmaktadır. Failin hareketi sonrasında bir zarar ortaya çıkmışsa fail artık bu zarardan sorumlu tutulmalıdır⁹⁸.

Bununla birlikte; tehlike suçunun zarar suçuna göre tali norm olduğu yönündeki görüşü kabul etmeyen, bu gibi durumlarda mağduru ve konusu farklı birden fazla suçun var olduğunu kabul eden bir görüş de bulunmaktadır⁹⁹. TCK m. 177'deki şartlar gerçekleştikten sonra hayvanın ölüm ya da yararlanmaya sebep olması durumunda tek hareket sonucunda birden fazla netice meydana geldiği için olayın TCK m. 44 uyarınca çözülmesi ve failin cezası ağır olan suçtan sorumlu tutulması gerektiği yönünde görüşler bulunmaktadır¹⁰⁰. TCK m. 177'deki hareket icra edildikten sonra hayvan bir kişiye zarar verirse burada iki ayrı suçun peş peşe işlendiği ve olaya fikri içtima hükümlerinin uygulanmaması gerektiği yönünde de bir görüş bulunmaktadır¹⁰¹. Yine burada asli norm-tali norm ilişkisini kabul etmekle birlikte kasten işlenen tehlike suçu ile taksirle işlenen zarar suçu arasında bu ilişkinin kabul edilmemesi gerektiği yönünde de görüş bulunmaktadır. Görüş uyarınca, olayda soyut tehlike suçuyla zarar suçu farklı hukuki değeri koruyorsa sorunun fikri içtima hükümlerine göre çözülmesi gerekir¹⁰². Burada zarar suçu ile tehlike suçu unsurları kıyaslanarak bir sonuca ulaşılması gerektiği ve iki suçun mağduru ve konusu farklı ise olayın fikri içtima hükümleri uyarınca çözülmesi gerektiği kanaatindeyiz.

İlk görüşe göre; zarar oluşmuşsa failin TCK m. 177 uyarınca sorumluluğu yoluna gidilmemesi gerekir. Failin eyleminin niteliğine göre olaya TCK m. 85, m. 89, m. 83, ya da m. 88 uygulanabilir¹⁰³. Örneğin fail hayvana “saldır” komutunu vermiş ve hayvan saldırmışsa meydana

⁹⁶ Hafizoğulları/Özen, s. 37; Memiş Kartal, *Özel Ceza Hukuku*, s. 132; Bahadır, s. 604; Yaşar/Gökcan/Artuç, s. 5505; Yenerer Çakmut s. 941.

⁹⁷ Taşkın s. 81.

⁹⁸ Önder, s. 455; Hakeri, Hakan. *Ceza Hukuku Genel Hükmeler*, 22. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, s. 636-637.

⁹⁹ Akbulut, s. 879.

¹⁰⁰ Akbulut, s. 341; Yenerer Çakmut s. 942.

¹⁰¹ Malkoç, s. 2928.

¹⁰² Doğan, s. 198-199.

¹⁰³ Malkoç, s. 2929; Yaşar/Gökcan/Artuç, s. 5505; Sanığın köpeği tarafından mağdurun yaralandığı olayda Yargıtay sanığın sadece taksirle yaralamadan sorumlu tutulması gerektiği bunun yanında TCK m. 177 uyarınca ayrıca sorumluluğu yoluna gidilmemesi gerektiğini belirtmiştir. Yargıtay 12. CD., 12.5.2016, E. 2016/3056, K. 2016/8473. www.lexpera.com.tr (Erişim Tarihi: 10.03.2023).

gelen zarar nedeniyle, icrai hareketle ve kasten hareket etmiş olur¹⁰⁴. Failin hareketi; hem TCK m.177 hem de bir zarar suçunun oluşmasına neden olmuşsa ve zarar suçu nedeniyle failin cezalandırılması şikâyet yokluğu gibi bir nedenle mümkün değilse failin TCK m. 177 uyarınca cezalandırılması gerekir¹⁰⁵.

Suçla ilişkin bir kararda; sanık köpeğini serbest bırakmış, ortadan kaybolan köpeğe başkasının koyunlarına zarar vermiştir. Yargıtay sanığın sadece TCK m.177'den dolayı sorumlu olduğuna karar vermiştir. Karara muhalif kalan üyeyse başıboş bırakılan bir köpeğin başkalarının malına zarar verme olasılığının var olduğunu ifade ederek karara katılmamıştır¹⁰⁶. Özellikle yakın çevrede insan ya da hayvanların olduğu bir yerleşim yerinde köpeğin serbest bırakılması sonucunda bir zarar verilirse olası kast ile hareket edildiğinin kabulü gerekir. Burada olaya fikri içtima hükümleri uygulanarak TCK m. 177 yerine mala zarar verme suçu uyarınca failin sorumluluğuna gidilmesi gerektiği kanaatindeyiz.

Birden fazla hayvan nedeniyle bir tehlikenin doğmasına sebep olunması halinde tek suç oluşmuştur. Bununla birlikte hayvanlar farklı zaman ve yerde farklı tehlikeler oluşturmuşsa burada TCK m. 177'nin birden fazla işlendiğinin kabulü gerekir¹⁰⁷.

Hayvanın sokağa terk edilmesi 5199 sayılı Kanun m. 28/1-j ile "Ev Hayvanını Sokağa Terk Etmek" ve geçici m. 3 ile "Tehlike Arz Eden Hayvanı Sokağa Terk Etmek" olmak üzere iki farklı maddede kabahat olarak düzenlenmiştir. Terk etme fiili TCK m. 177'de ifade edilen hareketlerin özel bir halini oluşturmaktadır¹⁰⁸. Sokağa terk edilen hayvan tehlike arz eden ırktan bir hayvansa, suçu potansiyel tehlike suçu olarak kabul eden görüşe göre; hem 5199 sayılı Kanun geçici m. 3'teki terk kabahati hem de TCK m. 177'deki suç oluşmakta, fakat TCK m. 177'nin olduğu her durumda bu kabahat oluşmamaktadır¹⁰⁹. Kabahatler Kanunu m. 15/3'teki düzenleme uyarınca hareket aynı zamanda kabahat ve suç niteliğindeyse burada yalnızca suçtan dolayı yaptırım uygulanması gerekir. Bu nedenle terk durumunda olduğu gibi eylem hem bir kabahat hem de TCK m. 177'deki suçu oluşturuyorsa sadece TCK m. 177 uyarınca kişinin sorumluluğu yoluna gidilmesi gerekir¹¹⁰. TCK m. 177'nin somut tehlike suçu olduğunun kabulü halinde hayvanın sokağa terk edilmesi durumunda tehlike oluşmamışsa fail 5199 sayılı Kanun uyarınca kabahatten sorumlu tutulmalı, başkalarının hayatı ya da sağlığı üzerinde tehlike oluşturması halindeyse TCK m. 177 uyarınca sorumluluğu yoluna gidilmelidir¹¹¹.

¹⁰⁴ Yaşar/Gökcan/Artuç, s. 5506; Yargıtay, köpeğini kolluk görevlilerinin üzerine salan sanığa ilişkin olarak TCK m. 265/1 uyarınca sorumluluğu yoluna gidilmesi gerektiği, sanığın ayrıca TCK m. 177 uyarınca cezalandırılmayacağını ifade etmiştir, Yargıtay 8. CD., 10.2.2014, E. 2014/909, K. 2014/2600. www.lexpera.com.tr, (Erişim Tarihi: 10.03.2023).

¹⁰⁵ Yargıtay 8. CD., 2.11.2015, E. 2015/8683, K. 2015/23783, www.lexpera.com.tr, (Erişim Tarihi: 10.03.2023); Yargıtay 12. CD., 10.9.2015, E. 2014/21883, K. 2015/13133. www.lexpera.com.tr, (Erişim Tarihi: 10.03.2023).

¹⁰⁶ Yargıtay 8. CD., 1.3.2018, E. 2017/15053, K. 2018/2242. www.lexpera.com.tr, (Erişim Tarihi: 10.03.2023).

¹⁰⁷ Yaşar/Gökcan/Artuç, s. 5506.

¹⁰⁸ Kılıç, s. 636.

¹⁰⁹ Kılıç, s. 636-637.

¹¹⁰ Kılıç, s.637.

¹¹¹ Kılıç, s. 638.

C. İştirak

Suç özgü suç niteliğinde olduğu için ancak yükümlülük altındaki kişiler suçun faili olabilir. Yükümlülük altında olan kişiler birden fazlaysa müşterek faillik söz konusu olabilir¹¹². Hayvana ilişkin olarak madde kapsamında ifade edilen yükümlülük altında olmayan kişilerse TCK m. 40 gereği şerik olarak suça iştirak edebilirler¹¹³. Suç, gerçek özgü suç niteliğinde olduğundan yükümlülük altında olmayan fakat suça iştirak eden kişiler fail gibi cezalandırılmayacaktır¹¹⁴.

VI. YAPTIRIM VE YARGILAMA

TCK'da suça ilişkin olarak altı aya kadar hapis ya da adli para cezası öngörülmüştür. Kanunda suç için seçimlerlik ceza öngörülmüştür. Hükmolunan hapis cezasının TCK m. 50 uyarınca adli para cezası dışındaki seçenek tedbirlere çevrilmesi mümkündür¹¹⁵. Adli para cezasına hükmolunması halindeyse TCK m. 52 uyarınca hareket edilmesi gerekir¹¹⁶. Hükmolunan hapis cezasının ertelenmesine karar verilebilirken adli para cezasının ertelenmesine karar verilemez¹¹⁷.

Suç resen araştırılan bir suçtur¹¹⁸, TCK m. 75 uyarınca önödeme kapsamındadır¹¹⁹. Yargılamaya yetkili mahkemeyse asliye ceza mahkemeleridir¹²⁰. CMK m. 251/1 uyarınca basit yargılama usulüne tabidir. 2012 ve 2022 yılları arasındaki istatistiklere bakıldığında TCK m. 177'ye ilişkin en az 2017 yılında 2.366, en fazla 2012 yılında 2.935 tane dosyanın olduğu görülmektedir. Bu veriler suçun hala toplumda bir ihtiyacı karşıladığı ve suça ilişkin düzenlemenin varlığını koruması gerektiği sonucuna bizi götürmektedir¹²¹.

SONUÇ

TCK m. 177 özgü suç niteliğinde bir suç olup fail hayvanı gözetimi altında bulundurmakla yükümlü olan kişidir. Güncel Danıştay kararları ışığında 5199 sayılı Kanun uyarınca sahipsiz hayvanları rehabilite etme yükümlülüğü altında olan kişilerin sahipsiz hayvanlar tarafından meydana getirilen tehlikeler açısından sorumlulukları değerlendirildiğinde; ihmali hareket açısından fiziksel olarak hareket imkanının bulunmaması, icrai hareket açısından ise kanunun emrini icra hukuka uygunluk nedeninin var olması nedeniyle cezalandırılmaları gerektiği kanaatindeyiz. Buna göre özel hukuk kişinin gözetimi altında bulunan hayvan tarafından meydana getirilen tehlikeler hakkında TCK m. 177 uygulanabilmekteyken, başıboş hayvanlar tarafından meydana getirilen tehlikeler TCK m. 177 kapsamında değerlendirilememektedir. Karşılaştırmalı hukuka bakıldığında hayvanların başıboş bir şekilde yerleşim yerlerinde dolaşmasının benimsenmediği görülmektedir. Keza AİHM Türkiye'ye ilişkin bir kararında

¹¹² Taşkın, s. 83.

¹¹³ Taşkın, s. 83; Yenerer Çakmut, s. 943.

¹¹⁴ Akbulut, s. 420.

¹¹⁵ Yenerer Çakmut, s. 944.

¹¹⁶ Yenerer Çakmut, s. 944.

¹¹⁷ Yenerer Çakmut, s. 944.

¹¹⁸ Yaşar/Gökcan/Artuç, s. 5506.

¹¹⁹ Memiş Kartal, *Özel Ceza Hukuku*, s. 136.

¹²⁰ Bakınız, 5235 sayılı Kanun m. 11.

¹²¹ Adalet Bakanlığı E-15705087-252.02-79529 Sayı ve 15.03.2023 Tarihli cevap yazısı.

yerleşim yerlerindeki başıboş hayvanların meydana getirdiği zararları önlemek açısından devletin pozitif yükümlülüğünün bulunduğunu belirtmiştir. Devletin aynı şekilde başıboş hayvanlar tarafından yerleşim yerlerinde meydana getirilen tehlikeleri önleme noktasında da bir yükümlülüğünün bulunduğunu kabul etmek gerekir. Bu noktada çelişkinin giderilmesi için TCK m. 177’de değil hayvanların yerleşim yerlerinde başıboş dolaşmasını mümkün kılan 5199 sayılı Kanunda bir değişiklik yapılması gerekmektedir. Bu yol AİHM içtihatlarıyla da aynı doğrultuda bir çözüm yolu olacaktır.

Ağırlıklı görüş suçun konusunun hayvan olduğu yönündedir. Bu çalışmada suçu konusunun tehlikeyle karşı karşıya kalan kişi olduğu görüşü benimsenmiştir.

Kanaatimizce suç soyut tehlike suçu niteliğinde olup suça teşebbüs hükümleri uygulanamaz ve bir netice gerçekleşmemiş olsa bile suç tamamlanır.

TCK m. 177 bir tehlike suçudur. Failin hareketi sonrasında bir zarar ortaya çıkarsa asli normal norm hükümleri mi yoksa fikri ictima hükümleri mi olaya uygulanmalıdır noktasında farklı görüşler vardır. Hareket sonrasında zararın ortaya çıkması halinde, TCK m. 177 ve zarara ilişkin düzenlemenin olduğu suç türü arasında bir karşılaştırma yapılarak suçların mağdur ve konu unsurlarında farklılık olması durumunda olayın fikri ictima hükümleri uyarınca çözülmesi gerektiği kanaatindeyiz.

KAYNAKÇA

Adalet Bakanlığı, E-15705087-252.02-79529 Sayı ve 15.03.2023 Tarihli cevap yazısı.

Akbulut, Berrin. *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 8. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2021.

Akkoyunlu, Sencer Abdullah. “Mahalli İdarelerin Sokak Köpeklerinin Verebileceği Zararlar ile İlgili Yükümlülükleri ve Bu Yükümlülüklerin Mahalli İdareler Arasındaki İlişkiler Bakımından Değerlendirilmesi”, *Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 27, S. 46, 2022 s. 3-63, (Erişim Tarihi: 10.03.2023).

Aydoğdu, Murat/Meral, Ö. Oğuzhan. “Sahipsiz Köpeklerin Popülasyonunun Kontrol Altına Alınması ve Buna İlişkin Hukuki Altyapının Oluşturulması”, *D.E.Ü. Hukuk Fakültesi Dergisi*, Prof. Dr. Durmuş TEZCAN’a Armağan, C.21, S. Özel Sayı, 2019, s. 2129-2159, <https://hukuk.deu.edu.tr/wp-content/uploads/2019/09/MURAT-AYDOGDU-OGUZHAN-MERAL.pdf>, (Erişim Tarihi: 25.07.2023).

Bahadır, Uğur. “Hayvanın Tehlike Yaratabilecek Şekilde Serbest Bırakılması (TCK m. 177)”, *TAAD*, C. 7, S. 24, Ocak 2016, s. 599-619, <https://kutuphane.dogus.edu.tr/mvt/pdf.php>, (Erişim Tarihi: 10.03.2023).

Bekar, Elif. *Objektif Cezalandırılabilme Koşulları Bağlamında Türk Ceza Kanunu’nda Yer Alan Suçlar*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2017. ((Lexpera), Erişim Tarihi: 23.03.2023)

-
- Demirbaş, Timur. *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 16. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2021.
- Doğan, Koray. “Tehlike Suçu ile Zarar Suçları Arasındaki Suçların İçtima Sorunu”, *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, S. 16, 2014, s. 179-208.
- Ersoy, Uğur. “Ceza Hukukunun Gri Alanı: Tehlike Suçları”, *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, C. 11, S. 41, 2020, s. 27-64, <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/1491393>, (Erişim Tarihi: 23.03.2023).
- Hafızoğulları, Zeki/Özen, Muharrem. *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler Topluma Karşı Suçlar*, 3. Basım, US-A Yayıncılık, Ankara, 2017.
- Hakeri, Hakan. *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 22. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2019.
- Kandır, Emine Hesna. “Sokakların Yuvasız Sakinleri”, *Ayrıntı Dergisi*, C. 2, S. 21, 2014, s. 7-14. <https://dergiayrinti.com/index.php/ayr/article/view/456/805>, (Erişim Tarihi: 10.03.2023).
- Kılıç, Ahmet. "Tehlike Arz Eden Hayvanı Sokağa Terk Etme Kabahatinin İçtima Hükümleri ve Non Bıs In Idem İlkesi Bağlamında Değerlendirilmesi", *Necmettin Erbakan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 5, S. 2, Aralık 2022, s. 629-646, <https://dergipark.org.tr/en/download/article-file/2563295>, (Erişim Tarihi: 10.03.2023).
- Koca, Mahmut/Üzülmez, İlhan. *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 14. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2021.
- Maden, Mehmet. “Bir Tehlike Suçu Olarak “Gürültüye Neden Olma” (TCK, m. 183) ve Tehlike Suçlarına İlişkin Genel Tespitler”, *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. XXV, S. 1, 2021, s. 431–470, <https://dergipark.org.tr/en/download/article-file/1546662>, (Erişim Tarihi: 10.03.2023).
- Malkoç, İsmail. *Açıklamalı Türk Ceza Kanunu*, Cilt 3, Sözkese Matbaacılık, Ankara, 2013.
- Memiş Kartal, Pınar. “Türk Ceza Hukukunda Hayvanın Tehlike Yaratabilecek Şekilde Serbest Bırakılması veya Kontrol Altına Alınmasında İhmal Suçu (TCK. m.177)”, *D.E.Ü. Hukuk Fakültesi Dergisi*, Prof. Dr. Durmuş Tezcan’a Armağan, C. 21, S. Özel Sayı, 2019, s. 327-348, <https://hukuk.deu.edu.tr/wp-content/uploads/2019/09/PINAR-MEMIS-KARTAL.pdf>, (Erişim Tarihi: 23.03.2023).
- Memiş Kartal, Pınar. *Özel Ceza Hukuku -Cilt V- Genel Tehlike Yaratan, Çevreye Karşı ve Kamunun Sağlığına Karşı Suçlar (TCK m. 170 - 196) (Özel Ceza Hukuku)*, “Hayvanın Tehlike Yaratabilecek Şekilde Serbest Bırakılması”, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2019, s. 123-136.
- Önder, Ayhan. *Ceza Hukuku Dersleri*, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1992.
- Özgenç, İzzet. *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 16. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2020.

- Parlar, Ali/Hatipoğlu, Muzaffer. *Uygulamada Sulh Ceza Davaları (Açıklamalı-İçtihatlı)*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2003.
- Taşkın, Ozan Ercan. “Genel Tehlike Yaratan Suçlara İki Örnek: İnşaat veya Yıkımla İlgili Emniyet Kurallarına Uymama ve Hayvanın Tehlike Yaratabilecek Şekilde Serbest Bırakılması Suçları”, *Ceza Hukuku Dergisi*, C. 11, S. 32, Aralık 2016, s. 63-86.
- Short survey of the main judgments and decisions delivered by the Court in 2011, https://www.echr.coe.int/d/short_survey_2011_eng?p_1_back_url=%2Fsearch%3Fq%3Dstray%2Bdoag, (Erişim Tarihi: 25.07.2023).
- Ünal, Osman Gazi. “Tehlike Suçu ve Zarar Suçu Arasındaki Suçların İctimai Konusunun Uzlaştırma Kurumu Bakımından Sonuçları”, *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 30, S. 2, 2022, s. 859-902, <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/1882513>, (Erişim Tarihi: 10.03.2023).
- Yaşar, Osman/Gökcan, Hasan Tahsin/Artuç, Mustafa. *Yorumlu-Uygulamalı Türk Ceza Kanunu*, Cilt 4, 2. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2014.
- Yenerer Çakmut, Özlem. “Türk Ceza Yasası'nda Hayvanın Tehlike Yaratabilecek Şekilde Serbest Bırakılması Suçu (TCK m.177)”, *Prof. Dr. Mehmet Akad'a Armağan*, Der Yayınları, İstanbul 2012, s. 929-946.
- Yenisey, Feridun/Plagemann, Gottfried. *Alman Ceza Kanunu Strafgesetzbuch*, Beta Yayınları, 2. Baskı, İstanbul, 2015.
- Yılmaz, Ejder. *Hukuk Sözlüğü*, 9. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2005.

Osmanlı Devleti'nde Adliye Teşkilatının Bir Unsuru Olarak Mahkemeler

Kemal Faruk AKSOY 

Diyanet İşleri Başkanlığı
Ankara, Türkiye

fkemal1981@gmail.com (Sorumlu Yazar / Corresponding Author)

Makale Bilgileri

Makale Geçmişi

Geliş: 18.09.2023

Kabul: 30.10.2023

Yayın: 20.12.2023

Anahtar

Kelimeler:

Osmanlı, Hukuk,
Mahkeme, Tanzimat,
Adliye.

ÖZET

Osmanlı adliye teşkilatını; hukuk sistemi, hakimlik müessesesi ve mahkemeler olarak üç ana grupta incelemek mümkündür. Araştırma, mahkemelerin nitelikleri ve geçirdikleri değişimlerin kısa tarihini ortaya koymayı amaçlamaktadır. Çalışmada; Osmanlı mahkemelerinin, kuruluşlarından itibaren imparatorluğun son dönemine kadar geçirdiği değişimler incelenecektir. Osmanlı mahkemeleri, Osmanlı hukukunun bir sonucudur. Bu alandaki düzenlemeler de hukukun tatbikine, idari otorite tarafından verilmek istenen şekli yansıtmaktadır. Osmanlı idarecileri son yüz elli yıllık zaman diliminde, dönemin gerektirdiği ekonomik ve siyasi ihtiyaçları karşılamak için hukuki düzenlemelerin gerekli olduğunu kabul etmişlerdir. Bu düzenlemelerde halkın herhangi bir talebi söz konusu değildir. Sultanlar tarafından “*ihsan*” olarak sunulan ıslahatlar, yönetici sınıf tarafından planlanmıştır. İslam hukukunun ve şer’î mahkemelerin varlığına dokunulmadan yapılan bu düzenlemeler, vatandaşların tamamına uygulanabilecek, eşitliği sağlayabilecek, azınlıklar arasında yayılan milliyetçilik duygusunun önüne geçebilecek, egemenliğe mâni olan kapitülasyonlara engel olabilecek bir set olarak görülmüştür. Yapılan tanzimat ve düzenlemeleri, günümüz Türkiye’si ve Osmanlı Devleti toprakları üzerinde sonradan kurulan devletler de örnek almışlardır. Dolayısıyla bu dönem mahkemeleri üzerinde yapılan çalışmalar bilinmeden, günümüz Türkiye’si ve Osmanlı Devleti toprakları üzerinde sonradan kurulan devletler de örnek almışlardır. Dolayısıyla bu dönem mahkemeleri üzerinde yapılan çalışmalar bilinmeden, günümüz Türkiye’si ve Osmanlı Devleti toprakları üzerinde sonradan kurulan devletler de örnek almışlardır. Çalışmada; kanunname ve nizamnameler ile birlikte hukuk tarihini inceleyen telif eserler değerlendirilmiştir.

Courts As A Component Of The Judicial System In The Ottoman Empire

Article Info

Article History

Received: 18.09.2023

Accepted: 30.10.2023

Published: 20.12.2023

Keywords:

Ottoman, Law, Court,
Tanzimat Reforms,
Judiciary.

ABSTRACT

The Ottoman judicial organization can be examined in three main groups: the legal system, the judiciary institution, and the courts. The research aims to outline the qualities of the courts and the brief history of the changes they underwent. In the study; the changes that the Ottoman courts underwent from their establishment until the last period of the empire will be examined. Ottoman courts are a product of Ottoman law, and the regulations in this domain reflect the desired form of law enforcement by the administrative authority. Over the last century and a half, Ottoman rulers recognized the necessity of legal reforms (Tanzimat Reforms) to meet the economic and political demands of their time. These reforms were not driven by public demand but were presented as "grants" by the Sultans and were planned by the ruling class. These reforms (Tanzimat Reforms), without interfering with Islamic law and Sharia courts, were seen as a means to establish a system that could be applied to all citizens, promote equality, counteract the rising nationalism among minorities, and eliminate obstacles to sovereignty posed by capitulations. The Tanzimat and subsequent reforms (Tanzimat Reforms) served as examples for later states established on the territories of modern-day Turkey and the Ottoman Empire. Therefore, without a proper understanding of the courts during this period, it is challenging to provide solutions to the problems faced by today's judicial system. This study evaluates legal history through law codes, regulations, and historical works.

Atıf/Citation: Aksoy, K. F. (2023). “Osmanlı Devleti’nde Adliye Teşkilatının Bir Unsuru Olarak Mahkemeler”, *Necmettin Erbakan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 6(2), s. 774-796.



“This article is licensed under a Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License (CC BY-NC 4.0)”

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

GİRİŞ

Hukuk tarihi ne kadar önemli ise “*kazâ*” yani hüküm ve hâkimlik tarihi de o kadar önemlidir. İster şahsa ait olsun ister kamu hukuku olsun, muhafaza altına alınmayan bir hak tek başına bir şey ifade etmez. Adalet ve düzeni sağlama hususunda bir faydası olmaz. Bu sebeptendir ki, toplumlar medenileştikçe yargılama (*muhakeme*) konusu üzerinde durarak hakem heyetleri ve divanlar teşkili ile daimî veya geçici mahkemeler kurmuşlardır.¹

Osmanlı İmparatorluğu'nun adliye teşkilatı; oluşum aşamasında, kendinden önceki İslam devletlerinin adliye sistemini model almıştır. Emevî ve Abbasî Devletleri'nden miras alınan ve Selçuklular tarafından devam ettirilen İslam adliye teşkilatı, Osmanlı adliyesine de kaynaklık etmiştir.² İslam devletlerinin hukuku, şeriat temelli olduğu için şeriatı bilen ve yorumlayan âlimler zamanla ayrı bir ulema sınıfı oluşturdular. Devletin, eğitim, adalet ve din işlerini bu sınıf üzerlerine aldılar. Ulema sınıfı yargılama görevini icra ederken umumiyetle şer'î hukuku uyguladılar. Osmanlı adliye teşkilatında geçerli olan anlayış, şeriatın uygulayıcısı olan hâkimlere müdahale edilmemesidir. Teorik olarak, bir sultanın müçtehit derecesinde bilgi sahibi olduğu takdirde yargılama yapabilmesi mümkündür. Ancak pratikte, sultan adına ve ona vekâleten hâkimler tarafından bu vazife yerine getirilmiştir.³

Şer'î mahkemelerin haricinde gayrimüslim vatandaşların hukuki ihtiyaçları için cemaat mahkemeleri, Osmanlı vatandaşı olmayan zimmiler için konsolosluk mahkemeleri bulunmaktadır. Ayrıca esnaf üzerinde ve lonca benzeri teşekküllerde muhtesip ve kethüdaların, mali hususlarda defterdarların, tarikat mensupları üzerinde şeyhlerin, Hz. Peygamber soyundan gelenler üzerinde nakîbüleşrafların da bir takım yargı yetkileri bulunmaktadır.⁴

I- ŞER'İYE MAHKEMELERİ

Tanzimat öncesi dönemde; Osmanlı Devleti'nde her türlü davanın görüldüğü mahal, şeriatın uygulandığı yer manasına gelen “*Meclis-i Şer' veya Mahfil-i Şer'*” olarak adlandırılmıştır.⁵ Tanzimat'a kadar hukuki meselelerin çözüm mahalli esas olarak şer'îye mahkemeleridir. Bütün uyuşmazlıklara bakmakla yükümlü olan bu mahkemeler, İmparatorluğun yetkili yargı kurumlarıdır.

Merkezde bulunan Divan-ı Hümayun, Şer'îye mahkemelerinde verilen kararların, icabında temyizine veya doğrudan kendisine başvuru davalarda uyuşmazlıkların çözülmesine bakmaktadır.⁶ Divanda Rumeli ve Anadolu Kazaskerleri vazife almışlardır. Duruşmalarda incelenen kararlar, düzeltilmesi için iade edilebildiği gibi kesin hüküm de verilebilmiştir. İstanbul

¹ Berki, Ali Himmet, “İslam'da Kaza Tarihi”, *Ankara Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi*, C. XVII, s. 1, 1969, s. 153.

² Timur, Taner, (*Kuruluş ve Yükseliş Döneminde*) *Osmanlı Toplumsal Düzeni*, A.Ü.S.B.F. Yayınları, Ankara, 1979, s. 57.

³ Ekinci, E. Buğra, *Osmanlı Mahkemeleri: Tanzimat ve Sonrası*, Arı Sanat Yayınları, İstanbul, 2017, s. 26.

⁴ Ekinci, E. Buğra, “Osmanlı Devleti'nde Mahkemeler ve Kadılık Müessesesi Literatürü”, *Türkiye Araştırmaları Literatür Dergisi*, C. III, Say. 5, 2005, s. 419.

⁵ Aydın, M. Akif, “Mahkeme”, *TDV İslam Ansiklopedisi*, C. XXVII, 2003, s. 341.

⁶ Mumcu, Ahmet, “Dîvân-ı Hümayûn”, *TDV İslam Ansiklopedisi*, C. IX, 1994, s. 430.

Galata, Eyüp ve Üsküdar kadılıklarının nezaret ettiği Çarşamba divanı, halkın doğrudan müracaat ettiği ve Veziriazamın başkanlık ettiği İkinci divanı da İstanbul'daki diğer yargılama yerlerindedir.⁷ Yeniçerilerin yargılanması ise yeniçeri ağasının başkanlığını yaptığı Ağa Divanı'nda gerçekleştirilmiştir.⁸

1855 tarihinde, Şeyhülislam Meşreb Efendi Hafidi Mehmed Arif Efendi tarafından, “*Tevcihat-ı Kudat Nizamnamesi ve Nüvvab Hakkında Nizamname*”⁹ düzenlendi. Nizamname ile kadı ve naib atamalarının düzeni, yeni atanacakların imtihan usulü, kadroların ne şekilde el değiştireceği, hizmet sürelerinin tespiti, listelerin tutulma usulü gibi hususlar tanzim edilmiştir. Bu nizamname ile ilmiye teşkilatında, Meşihat makamının kontrolü ve etkisi artmıştır. Hâkimlerin atanması, yerlerinde kalmaları, sürelerinin uzatılması ile alakalı muamelat hep şeyhülislamlığın onayına tabi kılınmıştır. Yine ilmiye teşkilatına girecek olanların mutlaka İstanbul'a gelip kimlik ve belge kontrollerinin Şeyhülislamlığa bağlı fetvahane tarafından yapılacak olması ile daha önce yaşanan bürokratik boşlukların kapatılması amaçlanmıştır.¹⁰

1859 tarihinde yayınlanan “*Bilumum Mehâkim-i Şer'îye Hakkında Müceddeden Kaleme Alınan Nizamname*”¹¹ ile şer'îye mahkemelerinin görev ve yetkileri belirgin hale getirilmeye çalışılmıştır. Nizamnamenin birinci kısmı şer'îye mahkemelerinin *tahdîd-i me'mûriyetini* (görev sınırlandırmasını) içermekte, ikinci kısım ise yapılan işlemler karşılığında alınacak harç ve ücretler ile alakalıdır.

1862 yılında şeyhülislamlıkta şer'îye mahkemelerinin temyiz mercii olarak, *Meclis-i Tetkikat-ı Şer'îye* kuruldu. Temyiz edilmesi gereken şer'îye mahkemeleri kararlarının şekli incelemesi şeyhülislamlıktaki Fetvahane İ'lamat Odası tarafından, maddi incelemesi ise bu meclis tarafından yapılacaktır.¹² Şer'î mahkemeler, nizamî mahkemeler gibi bidayet ve isti'naf şeklinde dereceli değildir. Şer'î mahkemelerde usul, tek dereceli olmaktadır. Temyiz mahkemeleri bile hukuki anlamda şer'î mahkemelerin üstünde bir derece mahkemesi olarak değil, kanun nedeniyle kurulmuş bir mahkeme kabul edildi.¹³ Meclis-i Tetkikat-ı Şer'îye'nin vazifesi; dava zaptına bakmak ve vakaya uygun olup olmadığını kontrol etmektir. Şayet verilen hüküm bu mahkeme tarafından bozulursa, hükmü veren mahkemeye ve bir başka şer'î mahkemeye gönderilecektir.¹⁴

Dava eğer kaza ve liva mahkemelerinde görülmüş ise vilayetin şer'îye mahkemelerine istinâfen nakledilebilmiştir. Eğer dava, vilayetin şer'îye mahkemelerinde görüldü ise bir başka

⁷ İpşirli, Mehmet, “İkinci Divanı”, *TDV İslam Ansiklopedisi*, C. XII, 2000, s. 26.

⁸ Kayar, Betül, “Osmanlı Yargı Teşkilatında Naib”, *Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi*, Say. 1, 2020, s. 194.

⁹ “Nüvvab Hakkında Nizamname”, BOA. A.) DVN. MKL., Sadaret, Mukavelenamer, 73/18.

BOA.İ.MMS., İrade, Meclis-i Mahsus, 4/155.

İSAM. MŞH. Nüvvab Defterleri, 144/2.

Düstur, I. Tertip, C. I, s. 315 – 321.

¹⁰ Aksoy, Kemal Faruk, *Medresetü'l-Kudat ve Türk Hukuk Eğitimindeki Yeri*, (Yayınlanmamış Doktora Tezi), Kırıkkale Üniversitesi Tarih Bölümü, 2023, s. 51.

¹¹ “Bi'l-Umum Mehâkim-i Şer'îye Hakkında Müceddeden Kaleme Alınan Nizamname”, 16 Safer 1276, *Düstur*, I. Tertip, C. I, s. 301.

¹² Cin, Halil, Akyılmaz, Gül, *Türk Hukuk Tarihi*, Sayram Yayınları, Konya, 2020, s. 185.

¹³ Berki, a.g.e., s. 46-47.

¹⁴ Ekinci, *Osmanlı Mahkemeleri...*, s. 337.

vilayet mahkemesine eğer İstanbul'a yakın bir mahkemede görüldü ise kazaskerlik mahkemelerine yeniden görülmek üzere nakledilebilmektedir.¹⁵

1868 yılında çıkarılan *Divan-ı Ahkâm-ı Adliye Nizamnamesi*¹⁶ ile şer'îye mahkemelerinin yetki alanında daralma olmuştur. Bu nizamname ile şer'îye mahkemelerine yalnızca ahval-i şahsiye alanı bırakılmıştır. Aynı yıl yayınlanan *Şûrây-ı Devlet Nizamnamesi*¹⁷ ile şer'îye mahkemelerinden idari yargı yetkisi de alınmıştır.

16 Eylül 1876 (26 Şaban 1293) tarihli *Mecelle'nin Kitâbü'l-Kazâ'sı* ile mahkemelerde yapılacak duruşmanın (*murâfaa*) nasıl olacağı belirli kurullarla tespit edilmiştir. Fıkıh kitaplarında ayrıntılı olarak işlenen bu konular, *Mecelle-i Ahkâm-ı Adliye*'de de maddeler halinde belirtilmiştir. Yargılamanın nasıl yapılacağı ile alakalı bazı maddeler şunlardır.

- a) Yargılama alenen yürütülür. Fakat hüküm verilmeden önce, ne şekilde hüküm verileceği ifşa edilmez.¹⁸
- b) Taraflar duruşma için mahkemede hazır olduklarında, hâkim ilk önce davacıdan davasını anlatmasını ister. Eğer daha önce davası zabıt altına alınmış ise okunur ve davacıya tasdik ettirilir. Daha sonra davalıdan cevap vermesi istenir.¹⁹
- c) Davalı eğer isnat olunanı kabul ederse hâkim bu ikrara göre karar verir. Eğer davalı inkâr ederse, bu takdirde davacıdan delil göstermesi talep edilir.²⁰
- d) Davacı delil göstererek davasını ispat ederse, hâkim bu delile dayanarak hükmünü verir. Eğer ispat edemez ve yemin ettirilmesini talep ederse davalıya yemin ettirilir.²¹
- e) Şayet davalı yemin ederse veya davacı yemin etmesini teklif etmezse, hâkim davacıyı muarazadan (hak iddiasından) men eder.²²
- f) Eğer davalı yemin etmekten kaçınırsa, hâkim bu kaçınmaya göre hükmünü verir. Hüküm verildikten sonra davalı yemin ederim dese, artık bu yemine itibar olunmaz.²³
- g) Usulüne uygun olarak düzenlenmiş, yalan şüphesinden uzak olan ve bir mahkeme tarafından verilen i'lâm ve senedin içeriği ile –ayrıca bir delil aranmaksızın- hüküm vermek caizdir.²⁴
- h) Eğer davalı; sorulara evet veya hayır şeklinde cevap vermeyip susarsa, bu suskunluğu inkâr addolunur. Yine davalı, “*inkâr da etmem kabul de etmem*” derse bu cevabı da inkâr olarak addolunur. Her iki durumda da davacıdan delil talep edilir.²⁵
- i) Taraflardan biri ifadesini tamamlamadıkça diğeri ifadeye başlayamaz. Başlayacak olur ise hâkim tarafından men olunur.²⁶

¹⁵ “Usul-ı Muhâkeme-i Şer'îye Kararnamesi”, 8 Muharrem 1336, *Düstur*, II. Tertip, C. IX, s. 783.

¹⁶ “Divan-ı Ahkâm-ı Adliye Nizamname-i Esasisi”, 8 Zilhicce 1284, *Düstur*, I. Tertip, C. I, s. 325.

¹⁷ “Şûrây-ı Devlet Nizamname-i Esasisi”, 8 Zilhicce 1284, *Düstur*, I. Tertip, C. I, s. 703.

¹⁸ Mecelle Cemiyeti, *a.g.e.*, s. 645 (Madde: 1815).

¹⁹ Mecelle Cemiyeti, *a.g.e.*, s. 645 (Madde: 1816).

²⁰ Mecelle Cemiyeti, *a.g.e.*, s. 645-646 (Madde: 1817).

²¹ Mecelle Cemiyeti, *a.g.e.*, s. 645-646 (Madde: 1818).

²² Mecelle Cemiyeti, *a.g.e.*, s. 646 (Madde: 1819).

²³ Mecelle Cemiyeti, *a.g.e.*, s. 646 (Madde: 1820).

²⁴ Mecelle Cemiyeti, *a.g.e.*, s. 646 (Madde: 1821).

²⁵ Mecelle Cemiyeti, *a.g.e.*, s. 646-647 (Madde: 1822).

²⁶ Mecelle Cemiyeti, *a.g.e.*, s. 647 (Madde: 1824).

- j) Hâkim; yargılamayı tamamladıktan sonra gereği ile hüküm verir ve taraflara bildirir. Gerekçeli kararı ile beraber bir i'lâm düzenleyip lehine hüküm verilene verir. Gerekirse bir nüsha da aleyhinde hüküm olunana verir.²⁷
- k) Hükümün sebep ve şartları tamamı ile bulunduktan sonra, hâkimin hükmünü geciktirmesi caiz değildir.²⁸

İzah edilen maddelerden anlaşılacağı üzere günümüz yargısında esas olan dört husus, şer'îye mahkemelerinin yargılama usulünde mevcuttur. Bunlar: “*bir; objektif surette adalete mümkün olan yakınlık, iki; kadıda tarafsızlık ve mesleki bilgi, üç; süjude yani konuda esaslı bir vaz' (kurma, meydana getirme) ve tayin (ayırma, belli etme), dört; icrada vakur ve ciddi bir aksiyon.*”²⁹

Şer'îye mahkemelerinin tek hâkimli bir yapıda olması yaygın olmakla birlikte çok hâkimli olması hususunda bir yasak da mevcut değildir. Nitekim Mecelle'de “*Bir davayı maan istima' (beraber dinleme) ve hüküm etmek üzere nasb (tayin) olunan iki hâkimden yalnız birisi ol davayı istima' (dinleme) ve hüküm edemez, ederse hükmü nâfiz (geçerli) olmaz.*” maddesi bu husus ile alakalıdır.³⁰

Mahkemelerde kayıtların düzgün tutulmasına, sicil ve belgelerin devir – teslim esnasında eksiksiz ve tahrifsiz olmasına dikkat edilmiştir. Kadının defterini kaybetmesi veya defterde tahrif bulunması cezayı gerektirmiştir. Bu evrakın eksiksiz olması yeni kadı için de önemli bir husustur. Yeni tayin olunan kadı daha önce tutulan defterleri iki şahidin huzurunda kontrol etmek mecburiyetindedir. Kadı; kararları incelemek, hapiste olanları yeniden dinlemek, nafaka ve alacakları gözden geçirmekle sorumludur. Ulemaya göre kadı, kendisinden önceki kadının hükmü ile amel etmemelidir.³¹

1876 tarihli *Kanun-ı Esâsî* ile hâkimlerin azlolunamayacağı (Madde: 81) ve mahkemelerin her türlü müdahaleden azade olduğu (Madde: 86) belirtilmiştir.³² Hâkimler ile alakalı bazı hakların anayasa ile güvence altına alınması, yargı bağımsızlığı açısından önemlidir.

1909 yılında yayınlanan nizamname ile mahkemenin son kararı (*muhkem kazıye*) tekrar düzenlenmiş ve nizami mahkemelerde verilen şahsi hukuk kararlarının şer'î mahkemeler tarafından yeniden görülemeyeceği belirtilmiştir.³³

1913 tarihli *Hükkâm-ı Şer'î ve Me'mûrîn-i Şer'îye* muvakkat kanunları ile şer'îye mahkemelerine yeni düzenlemeler gelmiştir.³⁴ Düzenlemede şer'îye mahkemelerinin teşkilat

²⁷ Mecelle Cemiyeti, *a.g.e.*, s. 648 (Madde: 1827).

²⁸ Mecelle Cemiyeti, *a.g.e.*, s. 648 (Madde: 1828).

²⁹ Gür, A. Refik, *Osmanlı İmparatorluğu'nda Kadılık Müessesesi*, İş Bankası Yayınları, İstanbul, 2014, s. 24-25.

³⁰ Mecelle Cemiyeti, *a.g.e.*, s. 641 (Madde: 1802).

³¹ Ortaylı, İlber, *Hukuk ve İdare Adamı Olarak Osmanlı Devleti'nde Kadı*, Kronik Yayınları, İstanbul, 2021, s. 86.

³² “Kanûn-ı Esâsî”, 7 Zilhicce 1293, *Düstur*, I. Tertip, C. IV, s. 2.

³³ “Mehâkim-i Nizamiyece Taht-ı Hükme Alınan Hukuk-ı Şahsiye Davalarının Mehâkim-i Şer'iyede Men-i İstimâi Hakkında İrade-i Seniye”, 14 Cemaziyelevvel 1327, *Düstur*, II. Tertip, C. I, s. 193

³⁴ “Hükkâm-ı Şer'î ve Me'mûrîn-i Şer'îye Kânûn-ı Muvakkatı”, 19 Cemaziyelevvel 1331, *Düstur*, II. Tertip, C. V, s. 352.

yapısı, hâkimlerin rütbeleri, kadıların vasıfları ve tayin usulleri, terfi usulleri, yargılanmaları, mahkeme naibleri ve diğer hizmetlilerin durumları ele alınmıştır. Bir yıl sonra düzenlenen “*Mehâkim-i Şer’iye ve Nizamiyenin Tefrik-i Vezâif-i Hakkında Nizamnâme*”³⁵ ile şer’iye mahkemeleri genel mahkeme olmaktan çıkarılmış, yerlerini nizami mahkemeler almıştır. Nizamnamenin ilk maddesine göre şer’iye mahkemeleri; sadece ticaret, ceza, gayrimenkullerin intikali ve taksimi ile kanun ile belirlenmiş maddelerin haricindeki hususlara bakabilecektir.

Şer’iye mahkemeleri 1917 yılında nizamiye mahkemeleri gibi Adliye Nezareti’ne bağlanmıştır.³⁶ Bu dönemde İstanbul’da, temyiz için bir başkan ve altı üyeden oluşan bir “*şer’iye dairesi*” kurulmuştur. Ancak bu teşebbüs, şer’iye mahkemelerinin kapatılması veya hukukun laikleştirilme çabası olarak görüldüğü için üç sene sürebilmiştir. İttihat ve Terakki Cemiyeti’nin iktidardan düşmesi ile şer’iye mahkemeleri tekrar Meşihat’e bağlanmıştır.³⁷ Cumhuriyetin ilanından sonra hukuk sisteminin tamamen laikleşmesi nedeniyle kendilerine ihtiyaç duyulmayan şer’iye mahkemeleri tümüyle kaldırılmıştır.³⁸

II- TOPLULUK VE CEMAAT MAHKEMELERİ

İslam hukukunda insanlar, müslim ve gayrimüslim olarak ikiye ayrılmaktadırlar. Irk ayrımı yapılmaksızın *Dârü’l-İslâm*’da³⁹ yaşayan tüm Müslümanlar İslam milletini oluştururken, Müslüman olmayanlar ise İslam devleti ile olan ilişkilerine göre çeşitli gruplandırmalara tabi tutulmuşlardır. Bir tasnife göre, dört kitaba inanan (*ehl-i kitap*) ve inanmayanlar olarak ikiye ayrılmışlardır. Diğer bir tasnife göre ise İslam devleti ile olan ilişkilerine göre üçe ayrılmışlardır. İslam devletinin hâkimiyetini kabul ederek dârü’l-islam’da yaşamını devam ettiren gayrimüslim vatandaşlara “*zimmî*” denilmektedir. Bunlar İslam devletinin koruması altındadırlar. İslam devletinin sınırları dışında yaşayan (*dârü’l-harb*)⁴⁰ ancak İslam devletine izinli ve geçici olarak giren gayrimüslimlere “*müste’men*” denilmektedir. Bunlar da kurallara uydukları müddetçe devletin koruması altındadırlar. Üçüncü sınıf ise İslam devleti ile herhangi bir antlaşması olmayıp dârü’l-harp’te oturan gayrimüslimlerdir. Bunlara “*harbî*” ismi verilmekte olup, İslam devletinin koruması altında değillerdir.⁴¹

İslam dini, zimmîlerin aralarındaki hukuki işlemlerini kendi inançlarına göre neticelendirmelerine müsaade etmiştir. *Ahval-i Şahsiye*⁴² (doğum, ölüm, vesayet, boşanma, miras vs.) alanında durum böyle iken ceza hukukunda durum biraz daha farklıdır. Şer’î hâkim, bu tür davalarda - taraflar ister müslim ister gayrimüslim olsun- tek yetkilidir. Hâkim, İslam’ın kurallarını

³⁵ “Mehâkim-i Şer’iye ve Nizamiyenin Tefrik-i Vezâif-i Hakkında Nizamnâme”, 23 Zilkade 1332, *Düstur*, II. Tertip, C. VI, s. 1334.

³⁶ “Bilumum Mehakim-i Şer’iye ile Merbûtatının Adliye Nezaretine Tahvil-i İrtibatı Hakkında Kanun”, 18 Cemaziyelevvel 1335, *Düstur*, II. Tertip, C. IX, s. 270.

³⁷ “Bilumum Mehâkim-i Şer’iye’nin Makam-ı Meşihate İade-i İrtibatına Dair Kararname”, 14 Şaban 1338, *Takvim-i Vekâyi*, No: 3847, 19 Şaban 1338.

³⁸ “Mehâkim-i Şer’iye’nin İlgasına ve Mehâkim Teşkilatına Dair Muaddil Kanun”, 4 Ramazan 1342, *Düstur*, III. Tertip, C. V, s. 403.

³⁹ Bkz. Özel, Ahmet, “Dârü’l-İslâm”, *TDV İslam Ansiklopedisi*, C. VIII, 1993, s. 541.

⁴⁰ Bkz. Özel, Ahmet, “Dârü’l-harb”, C. VIII, 1993, s. 536.

⁴¹ Gülnihal Bozkurt, “İslam Hukukunda Zimmîlerin Hukuki Statüleri”, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. III, Say. 1-4, 1987, s. 117.

⁴² Aydın, Mehmet Akif, “Ahvâl-i Şahsiye”, *TDV İslam Ansiklopedisi*, C. II, 1989, s. 192.

uygular. Bu hususta, Medine vesikasının 42. Maddesi esas dayanak noktasını teşkil eder.⁴³ Gayrimüslimler arasındaki diğer hukuki konularda ise hâkim, davaya bakıp bakmama hususunda serbesttir.⁴⁴ Uygulamada çoğunlukla, kadınların zimmîlere ait miras davalarına baktıkları anlaşılmaktadır.⁴⁵

Osmanlı adli teşkilatında zimmilerin davalarına bakan merci, cemaatlere ait mahkemeler veya meclislerdir. Osmanlı'da gayrimüslimlerin hukuki durumu; İslam hukukundaki zimmet sözleşmesinin hükümlerine göre, özellikle Fatih döneminde şekillenmiştir. Vatandaşlık sisteminde, din kıstası esas alınmıştır. Vatandaşlık, günümüzdeki gibi milliyet esasına değil dini tabiiyete göre şekillenmiştir. Hâkimiyet altına alınan topraklardaki halk, İslam dinini kabul etmedikleri takdirde cizye vermek şartıyla Osmanlı Devleti'nde yaşama ve Osmanlı idaresi tarafından mallarının ve canlarının korunması hakkını kazanmışlardır.⁴⁶

Her din mensubunu ayrı bir millet olarak gören bu sistemde, Ermeni milleti, Yahudi milleti, Rum milleti (Ortodokslar), Papa Milleti (Katolikler) gibi sınıflandırmalara gidilmiştir.⁴⁷ Cemaat de denilen bu toplulukların ruhani reisleri, devlet tarafından kendilerine verilen berat ile topluluğun idari ve hukuku işlemlerini yürütmüşlerdir.⁴⁸ Bu usul, devletin cemaatleri kontrol etmesini kolaylaştırmıştır. Onların idaresinin, fertler bazında değil cemaat olarak kontrolüne imkân vermiştir.

Gayrimüslimlerin özel hukuka dair problemleri, *millet sistemi* içinde teşkil olunmuş olan *Cemaat Mahkemeleri*'nde sonuçlandırılmıştır. Cemaat mahkemelerinin kararları, patrikhane veya hahamlık tarafından onaylandıktan sonra icra edilmiştir. Yüksek dereceli cemaat reisleri ise Divan-ı Hümayun tarafından yargılanmıştır.⁴⁹

Gayrimüslimler, aile hukuku ile alakalı hususlarda kendi dinlerinin hükümlerine tabi olmuşlardır. Nafaka, mehir, drahoma, iddet, boşanma gibi hususlar dini mesele olarak görülmüştür. Gayrimüslimlerin bu gibi hususlarda, kendi mahkemelerine gitmeyip şer'îye mahkemelerine gitme imkânları da bulunmuştur.⁵⁰ Taraflardan birinin bile bunu istemesi durumunda şer'îye mahkemelerine gitmeleri mecburidir.

“*Zimmî*” olarak nitelendirilen Osmanlı vatandaşı gayrimüslimler, miras hukuku ile alakalı hususlarda kendi dini kurallarına tabi oldular. Müslümanların zimmilere, zimmilerin

⁴³ Özkan, Mustafa, “Medine Vesikası”, *TDV İslam Ansiklopedisi*, C. EK-2, 2019, s. 212.

⁴⁴ Maide Suresi, Ayet: 42.

⁴⁵ Ortaylı, İlber, “Kadı”, *TDV İslam Ansiklopedisi*, C. XXIV, 2001, s. 73.

⁴⁶ Demir, Özge, “İslam Hukukunda Zimmet Sözleşmesinin Hukuki Kapsamı ve Osmanlı İmparatorluğu'ndaki Görünümü”, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, C. LXXII, Say. 1, 2014, s. 741.

⁴⁷ Soykan, Tankut T., *Osmanlı İmparatorluğu'nda Gayrimüslimler*, Ütopya Yayınları, İstanbul, 2000, s. 189.

⁴⁸ Konan, Belkıs, “Gayrimüslim Osmanlı Vatandaşlarının Hukuki Durumuna İlişkin Bir Değerlendirme”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. LXIV, Say. 1, 2015, s. 173.

⁴⁹ Otacı, Cengiz, *Hukukun Laikleşme Serüveni*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2012, s. 292.

⁵⁰ Demir, Özge, “a.g.m., s. 750.

Müslümanlara mirasçı olması mümkün değildir. Birbirlerine vasiyet yoluyla miras bırakabilmişlerdir.⁵¹

Yargılama usulünde zimmilere getirilen en önemli kısıtlama şahitlik hususundadır. Taraflardan birinin Müslüman olması durumunda, şahitlerin de Müslüman olması istenmiştir. Zimmilerin şahitliği bu tür davalarda kabul edilmemiştir. Farklı milletlerden olan zimmilerin, birbirleri ile alakalı yargılamalarda şahitlikleri mümkündür.⁵² Ceza hukuku davalarında taraflardan biri Müslüman olduğu takdirde, dava şer'îye mahkemelerinde görülmüştür.⁵³ Osmanlı'da ise ceza davalarının her iki taraf gayrimüslim olsa dahi şer'îye mahkemelerinde görülmesi mecbur tutulmuştur. Ceza hukuku kapsamında şer'î hukukun gerekleri (kisas-diyet vs.) herkese uygulanmıştır.

İslam dini tarafından kabul edilen ve Osmanlı Devleti tarafından da uygulanan gayrimüslimlere ait hak ve hürriyetler Tanzimat'a kadar uygulanmaya devam etti. Yabancı devletler tarafından, zimmilere tanınan bu hakların müdahale aracına dönüştürülmesi Osmanlı idarecilerini çeşitli düzenlemeler yapmaya sevk etti. Tanzimat Fermanı ile gelen gayrimüslim vatandaşların eşitliği prensibi, cemaat mahkemelerinin dönüşümünde temel bir hareket noktasını oluşturmuştur. Ferman ile "*Osmanlı vatandaşlığı*" kavramı gündeme gelmiş ve dini tabiiyetin kimseye üstünlük kazandırmadığı bir düzene geçilmeye çalışılmıştır.⁵⁴ 1856 yılında ilan edilen Islahat Fermanı ile dinî cemaatlerin komisyonlar kurması ve bu komisyonların hazırladığı nizamnamelerle hareket edilmesi kararlaştırıldı.⁵⁵

1863 tarihinde yayınlanan nizamname⁵⁶ ile Ermeni Patrikliği'nin kendi milletleri arasındaki davalarda yetkili olduğu belirtildi. İki yıl sonra yayınlanan *Hahamhâne Nizamnamesi*⁵⁷ ile de Yahudi cemaatinin kuracakları meclisler ve bu meclislerin bakabilecekleri davalar düzenlendi. 1875 tarihli *Fermân-ı Adâlet*⁵⁸ ile farklı mezheplerdeki gayrimüslimlerin davalarında, nizamiye mahkemelerinin yetkili olduğu belirtildi.⁵⁹

Ahmet Cevdet Paşa'nın Adliye Nazırlığı döneminde (1888), Osmanlı Mahkemeleri ile cemaat mahkemeleri arasındaki karışıklıkların giderilmesi için bir nizamname yayımlandı.⁶⁰ Nizamname ile Rum milletinin nikâh, talak, drahoma gibi aile hukukuna ait davalarına patrikhane ve metropolitliklerin bakacağı belirtildi. İtirazlar olduğu takdirde yine bu makamlara havale edilmesi kararlaştırıldı.

⁵¹ Akgündüz, Ahmet, *Mukayeseli İslam ve Osmanlı Hukuku Külliyyatı*, Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Diyarbakır, 1986, s. 272.

⁵² Ekinci, E. Buğra, *Hukukun Serüveni*, Arı Sanat Yayınları, İstanbul, 2011, s. 332.

⁵³ Bozkurt, Gülnihal, "a.g.m.", C. III, Say. 1-4, 1987, s. 151.

⁵⁴ Bozkurt, Gülnihal, "Türk Hukuk Tarihinde Azınlıklar", *A.Ü.H.F.D.*, C. XLIII, Say. 1 – 4, s. 52.

⁵⁵ Ekinci, E. Buğra, *Osmanlı Mahkemeleri...*, s. 380.

⁵⁶ "Dersâadet Ermeni Patriğinin Sûret-i İntihâbı (Ermeni Patrikliği Nizâmâtı)", *Düstur*, I. Tertip, C. II, s. 938, 26 Ramazan 1279 (17 Mart 1873).

⁵⁷ "Hahamhâne Nizamnamesi", *Düstur*, I. Tertip, C. II, s. 962, 23 Şevval 1281 (21 Mart 1865).

⁵⁸ BOA. Y. PRK. A., Yıldız, Sadaret, 1/72.

⁵⁹ Ekinci, E. Buğra, *Osmanlı Mahkemeleri...*, s. 381.

⁶⁰ "Rum Patrikhanesi'nin İmtiyâzât-ı Kadîme-i Mezhebiyesinin İdâme-i Mahfûziyeti Hakkında İrâde-i Seniyye", *Düstur*, (yeni harflerle) I. Tertip, C. VI, s. 854, 22 Cemaziyelahir 1308 (13 Ocak 1891).

Cemaat meclislerinin ve mahkemelerinin kararları nihai olarak kabul edildi. Patrikhane veya hahamhane tarafından onaylanan kararlar, Osmanlı idaresi tarafından yerine getirildi. Zimmiler istedikleri takdirde şer'îye mahkemelerine de müracaat edebildiler. Hatta daha ekonomik olduğu ve bir kanun yoluna tabi bulunduğu için şer'îye mahkemeleri tercih edilir durumda oldu.⁶¹ Patrik, Metropolit ve Hahambaşı gibi yüksek rütbeli cemaat reislerinin yargılanmaları, Divan-ı Hümayunda icra olundu. Tanzimat'tan sonra bu yargılama, Meclis-i Vâlâ'da icra edildi.⁶²

Cemaat mahkemelerinin yargılama yetkisi, 1917 tarihinde Hukuk-ı Aile Kararnamesi ile kaldırıldı. Özel hukuk alanında şer'îye mahkemeleri, tek yetkili mahkeme oldu. Kararname ile cemaat reislerinin, aile hukuku ile alakalı olan nafaka, drahoma belirleme yetkileri iptal edilmekle birlikte her din için ayrı kurallar belirlendi.⁶³ Birinci Dünya Savaşı'nın sona erip İstanbul'un işgal edildiği günlerde (1919), gayrimüslimlerin baskısı ile bu kararname iptal edildi.⁶⁴

III- KONSOLOSLUK MAHKEMELERİ

Devletlerin kendi egemenlik alanlarında, hususi olarak yetkisi vardır. Yasama, yürütme ve yargı alanlarında tüm vatandaşları kapsayan bu yetki, bazen antlaşmalarla sınırlandırılabilir. Uluslararası antlaşmalarla oluşan bu yükümlülüklerin haricinde, hiçbir devlet diğer bir devletin ülkesinde yetki kullanamaz. Buna göre, devletlerin diğer devletlere antlaşmalarla devrettiği geçici veya sürekli haklar oluşmaktadır. Kapitülasyonlar bu ikinci kısma giren yetki devirlerindedir.⁶⁵

Kapitülasyonlarla birlikte bir zorunluluk olarak ortaya çıkan konsolosluk mahkemeleri, İmparatorluk dâhilindeki izinli tüm yabancıların (*müste'men*) davalarına bakmakla görevlidir. Konsolosluk mahkemelerinde yabancı hâkimler görev alarak, yabancılar arasındaki davaları, kendi kanunlarına ve adetlerine göre çözümlədiler. İstanbul'un fethinin ardından ilk olarak Cenevizlilere, kendi hâkimlerini tayin ve yargılamalarını kendi hukuklarına göre yapma ayrıcalığı tanındı. Yargılamanın, İstanbul'a gönderilecek bir konsolos (*balyos*) tarafından yapılması kararlaştırıldı.⁶⁶

1535 tarihinden itibaren verilen tüm kapitülasyonlarda konsolosluk mahkemeleri yer almıştır. Aynı devlete mensup taraflar arasındaki davalar kendi konsolosluk mahkemelerinde görülürken, farklı milletlere mensup şahıslar arasındaki ceza davaları Osmanlı mahkemelerinde görüldü.⁶⁷ Kanuni devrinde Fransızlara verilen kapitülasyonlarda, Fransızlar arasında cereyan eden davalara Fransız elçisinin veya konsolosunun bakacağı özellikle belirtildi. Davalara dışarıdan kimsenin müdahale etmemesinin kararlaştırıldığı antlaşmalarda, şahsi hukuk ve ceza hukuku

⁶¹ Ekinci, E. Buğra, *Osmanlı Mahkemeleri...*, s. 390.

⁶² Ekinci, E. Buğra, *Osmanlı Mahkemeleri...*, s. 393.

⁶³ "Hukuk-ı Aile Kararnamesi", 8 Muharrem 1336 (24 Ekim 1917), *Düstur*, II. Tertip, C. IX, s. 762.

⁶⁴ "Hukuk-ı Aile Kararnamesinin İlgâsı Hakkında Kararnâme", 1337 (1919), *Düstur*, II. Tertip, C. XI, s. 299.

⁶⁵ Özkorkut, Nevin Ünal, "Kapitülasyonların Osmanlı Devleti'nin yargı yetkisine Getirdiği Kısıtlamalar", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. LIII, Say. 2, 2004, s. 83.

⁶⁶ Gönen, Yasemin Saner, "Osmanlı İmparatorluğu'nda Yabancıların Adli Ayrıcalıkları", (Yayınlanmamış Doktora Tezi), İstanbul, Marmara Üniversitesi Türkiyat Araştırmaları Enstitüsü, 1998, s. 61.

⁶⁷ Otacı, Cengiz, *a.g.e.*, s. 292.

ayrımına gidilmedi. Taraflar Fransız tabiiyetinden oldukları takdirde, konsolosluk mahkemeleri yetkili olarak tanındı. Aynı yetkilendirme 1680'de Hollanda için, 1783'te Rusya için uygulandı.⁶⁸

Farklı devletlerin vatandaşlarına ait davaların görüleceği yer hususu, ilk olarak Fransa'ya verilen kapitülasyonlarda gündeme gelmiştir. Fransa ile 1740'ta yapılan antlaşmada, tarafların isteği dâhilinde İstanbul'da oturan elçilerin yargılama yapmasına yetki verilmiştir. Taraflar istemediği müddetçe bu tür davalara, gümrük idaresi, askerler ve adli memurlar karışamayacaktır. 1783'te Rusya ile yapılan antlaşmada, taraflar istediği takdirde yargılamanın Rusya elçisinin yanında yapılabileceği belirtilmiştir. Taraflar istemediği müddetçe Osmanlı Devleti yargılamaya müdahale edemeyecektir.⁶⁹

Taraflardan birinin Osmanlı vatandaşı olması durumunda, yargılamanın kadı tarafından yapılacağı belirtilmiştir. Gerek şahsi gerek ceza davalarında yabancıların müdahalesi kesilmemiştir. Bu tür yargılamalarda tercüman bulundurulması mecbur tutuldu.⁷⁰ Yabancılar yapılacak adli tebligatlar konsolosluklar vasıtası ile yapılırken, tercümansız olarak tutuklama yapılamadı. Yabancılar, ceza almaları durumunda kendi devletlerine ait hapisanelerinde bu cezayı çektiler.⁷¹

Kapitülasyonların adli olarak da egemenlik haklarına zarar verdiğini düşünen Osmanlı idarecileri, 1856 Paris Kongresi ve sonrasında bu antlaşmalardan kurtulmaya çalıştılar.⁷² 1914 yılında yayımlanan bir irade-i seniyye ile kapitülasyonların kaldırıldığını ilan ettiler.⁷³ İradede, “*Memâlik-i Osmaniye’de mukim tebea-i ecnebiye hakkında dahi hukuk-ı umumiye-i düvel ahkâmı dairesinde muamele olunmak üzere el-yevm cârî mâlî ve iktisâdî ve adlî ve idârî (kapitülasyon) nâmı altındaki bilcümle imtiyâzât-ı ecnebiyenin ... ref’ ve ilgâsı Meclis-i Vükelâ kararıyla tensîb olunmuştur.*” denilmekteydi. Aynı iradenin devamı olarak 1 Ekim 1914 tarihinden itibaren geçerli olmak üzere 20 maddelik bir talimatname vilayetlere gönderilmiştir.⁷⁴ Talimatnamede, yabancıların yargılamalarında konsoloslukların müdahalesine izin verilmeyeceği, hapsi gereken tutukluların Osmanlı hapisanelerinde hapsedileceği belirtilmiştir.

1915 tarihinde yayımlanan geçici kanun (*kanun-ı muvakkat*)⁷⁵ ile Osmanlı Devleti'nde bulunan ecnebilerin, Osmanlı tebaasına mahsus olan özel hukuktan istifade edebilecekleri belirtilmiştir. Devamında; ecnebilere ait her türlü gayrimenkul ile alakalı mesele ile hukuki, ticari ve cezai davalarda Osmanlı mahkemelerinin yetkili olduğu, Osmanlı usulü üzere yargılamanın yapılacağı belirtilmiştir.

⁶⁸ Özkorkut, Nevin Ünal, “a.g.m., s. 85-86.

⁶⁹ Kurdakul, Necdet, *Osmanlı Devleti'nde Ticaret Antlaşmaları ve Kapitülasyonlar*, Döler Neşriyat, İstanbul, 1981, s. 182.

⁷⁰ Feraşirli Mehdi, *İmtiyâzât-ı Ecnebiyenin Tatbîkât-ı Hâzırası*, Matbaa-i Avnizade Cemil, Samsun, 1325, s. 160.

⁷¹ Özkorkut, Nevin Ünal, “a.g.m., s. 85-86.

⁷² İnalçık, Halil, “İmtiyâzât”, *TDV İslam Ansiklopedisi*, C. XXII, 2000, s. 252.

⁷³ “İmtiyâzât-ı Ecnebiyenin (Kapitülasyon) İlgası Hakkında İrade-i Seniyye”, *Düstur*, II. Tertip, C. VI, s. 1273, 17 Şevval 1332.

⁷⁴ BOA. DH. HMS., Dahiliye, Hukuk Müşavirliği, 9/71.

⁷⁵ “Memâlik-i Osmaniye’de Bulunan Ecnebilerin Hukuk ve Vezâifi Hakkında Kanûn-ı Muvakkat”, *Düstur*, II. Tertip, C. VII, s. 458, 23 Şubat 1330.

IV- KARMA (TİCARİ) MAHKEMELER

Osmanlı İmparatorluğu'nun; idari, sosyal ve ekonomik yapısındaki değişimler, XIX. yüzyılda meydana gelen küresel değişimlerin sonucudur. İmparatorluğu idare edenlerdeki, Avrupa'nın ileri medeniyet düzeyine ulaştığı düşüncesi, idarecileri bazı hususları kabule zorladı. En çok temas sahasını oluşturan ticaret alanında, Avrupa'nın iktisadi politikaları kabul edilmeye başlandı. Devlet bu alanda çeşitli kanuni ve idari değişikliklere gitmek durumunda kaldı.⁷⁶

Önceki yüzyıllara göre kara ve deniz ticaretindeki artış, gayrimüslim vatandaşlara ve onların ülkedeki temsilcilerine tanınan ayrıcalıklar, Tanzimat ile birlikte gelen yeni kanun ve nizamnameler, yargı alanında yeni çözümlenmeleri de gerektirmiştir. Bu çözümlenmelerden biri olan ticaret mahkemeleri belirli aşamalardan geçerek kurulmuştur.⁷⁷

Avrupalılarla yapılan ticaret sözleşmeleri ve artan ticari ilişkiler, çeşitli hukuki problemleri de beraberinde getirmiştir. Şer'îye mahkemeleri; batı dünyasının uygulamakta olduğu ticaret usul ve teamüllerine yabancı kalmış, dolayısıyla çözüm getirmekte zorlanmıştır. Bu nedenle ticari davalar, daha ziyade tüccar tarafından seçilen özel meclislerde görülmüştür. Pratik ihtiyaçların zorlamasıyla ortaya çıkan bu meclisler, problemleri çözerken tüccar arasında uygulanan batı adet ve teamüllerine göre karar vermiştir. Bu usulün şer'î hukuka aykırılık teşkil etmediği görülmektedir. Çünkü şer'î hukuk, tarafların bir hakem aracılığı ile problemlerini çözmelerine izin vermektedir.⁷⁸

1838 tarihinde bu meclislere resmi bir nitelik verilmek istendi ve “*Umûr-ı Nâfia Meclisi*” adıyla Hariciye Nezareti'ne bağlı olarak kuruldu.⁷⁹ 1840 yılında Ticaret bakanlığı ve bu bakanlığa bağlı olarak *Ticaret Meclisi* (mahkemesi) kuruldu. Ticaret Meclisi'nin üyeleri, esnaf tarafından seçilen *muhtar* ve yabancı tüccarı temsil eden konsoloslardı. Meclisin başkanı Ticaret Nazırı'dır. Bu meclis sayesinde yabancı tüccar hem kendi aralarındaki hem de Müslüman tüccarlarla olan problemlerinde mahkemelerde kendilerini temsil ettirme imkânına kavuştular.⁸⁰

Aynı yıl Maliye Nezareti'ne bağlı olarak sarraflar arasındaki ihtilafların çözümü için *Meclis-i Muhasebe* kuruldu.⁸¹ 1847 yılında deniz ticareti (*Ticaret-i Bahriye*) anlaşmazlıklarının çözümü için de liman reisinin başkanlığında ayrı bir meclis kuruldu.⁸² 1850 yılında çıkarılan *Kanun-ı Ticaret*⁸³ ile bu meclisler, teamüllerden ziyade belli kanunlarla karar verebilen bir yapıya kavuşturuldu.

⁷⁶ İmamoğlu, Hüseyin Vehbi, “19. Yüzyılın Başında Osmanlı Adliye Teşkilatının Yenilenme Sürecine Medeniyet Algısının Etkisi”, *Studies of the Ottoman Domain*, C. IV, Say. 7, Ağustos 2014, s. 6.

⁷⁷ Ekinci, E. Buğra, *Osmanlı Mahkemeleri...*, s. 123.

⁷⁸ Koral, Rabi, “Yeni ve Eski Hukukumuzda Tahkim”, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, İstanbul, C. XIII, Say. 1, 1947, s. 201.

⁷⁹ Bozkurt, Gülnihal, *Batı Hukukunun Türkiye'de Benimsenmesi: Osmanlı Devleti'nden Türkiye Cumhuriyeti'ne Resepsiyon Süreci (1839-1939)*, Türk Tarih Kurumu, Ankara, 2020, s. 155.

⁸⁰ Durhan, İbrahim, “Tanzimat Döneminde Osmanlı Yargı Teşkilatındaki Gelişmeler”, *E.Ü.H.F.D.*, C. XII, Say. 3-4, s. 75.

⁸¹ Ekinci, *Osmanlı Mahkemeleri...*, s. 118.

⁸² Ekinci, *Osmanlı Mahkemeleri...*, s. 122.

⁸³ “Kanunname-i Ticaret”, *Düstur*, I. Tertip, C. I, s. 375.

30 Nisan 1860 (9 Şevval 1276) tarihinde, ticaret kanununa yapılan bir zeyil (ek) ile bu kanunun ülke genelinde uygulanması için mahkemeler kurulmasına yönelik ilk adım atıldı.⁸⁴ 15 Ekim 1861 (10 Rebiülahir 1278) tarihinde yayınlanan *Usul-ı Muhakeme-i Ticarete Dair Nizamname* ile mahkemelerin nasıl çalışacağı hususu ve yargılama usulü düzenlendi.⁸⁵

1875 yılına gelindiğinde Osmanlı Devleti hudutlarındaki ticaret mahkemelerinin sayısı yüz yirmiyi buldu. Ticaret mahkemelerinin dört üyesi tüccar tarafından, başkan ve iki üyesi devlet tarafından atandı. Dört üye uygulaması 1910 yılında sonlandırıldı. İstanbul ticaret mahkemesi üç daireye ayrılarak bunlardan ikisi sadece Müslüman tüccar arasındaki davalara tahsis edildi. Bir daire ise yabancılar ile Osmanlı vatandaşları arasındaki ihtilaflara bakmak üzere ayrıldı. Mahkemelere, ilgili ülkelerin konsolosluklarından iki üye de kapitülasyonların kaldırılmasına kadar katıldı.⁸⁶

Ticaret mahkemeleri, şer'î yargılama yapmaması ve Şeyhülislamıktan bağımsız olarak kurulmaları açısından önemlidir. Düzenlenen nizamname ile gayrimüslimlerin Müslümanlar aleyhine olan şahitliklerinin kabul edilmesi, daha sonra kurulacak olan nizami mahkemelerin kabul görmesini kolaylaştırdı.⁸⁷

Ticaret mahkemeleri ile ilgili yapılan bu düzenlemeler, adliye teşkilatında ayrı bir yargı sistemi meydana getirdi ve şer'îye mahkemelerinin ticari alandaki yetkilerini sınırlandırdı. Ancak bu düzenlemeler, tarafların şer'îye mahkemelerine başvurmasına engel teşkil etmedi. Davacının, istediği takdirde şer'îye mahkemelerine başvurması her zaman mümkün oldu. Şayet daha önce ticaret mahkemesi bir karar vermiş ise o zaman şer'îye mahkemeleri aynı davada yargılama yapamadı.⁸⁸

V- NİZAMİYE MAHKEMELERİ⁸⁹

Osmanlı tarihini, yaklaşık beş asrı ihtiva eden klasik dönem ve son yüzyılı içine alan Tanzimat dönemi olarak ikiye ayırmak adet olmuştur. Klasik dönemde adliye teşkilatı bazı istisnalar ile birlikte çok fazla değişime uğramamıştır. İkinci devir olan Tanzimat döneminde çok mühim ve kapsamlı reformlar yapılmıştır. İkinci'ye göre bu dönem; hukuk tarihi açısından,

⁸⁴ "Ticaret Kanunname-i Hümayununa Zeyl", *Düstur*, I. Tertip, C. I, s. 445.

⁸⁵ "Usul-ı Muhakeme-i Ticarete Dair Nizamname", *Düstur*, I. Tertip, C. I, s. 780.

⁸⁶ Akman, Ahmet, "Tanzimat Sonrası Osmanlı Usul Hukukundaki Gelişmeler", *Manas Sosyal Araştırmalar Dergisi*, C. VIII, Say. 1, s. 436.

⁸⁷ Berkes, Niyazi, *Türkiye'de Çağdaşlaşma*, Yapı Kredi Yayınları, İstanbul, 2002, s. 222.

⁸⁸ Durhan, İbrahim, "a.g.m.", C. XII, Say. 3-4, 2008, s. 78.

⁸⁹ *Mehâkim-i Nizamiye* ve *Mehâkim-i Şer'îye* tabirlerinin günümüzdeki yaygın kullanımı, sonlarındaki müenneslik (dişil) ifadesi olan "e" harfi atılmadan yapılan kullanımdır. Çoğul kelimelerin tamlamalarının sonunda müenneslik ifadesi olan "e" harfinin kullanılması Arapçaya özgü bir kuraldır. Bu tamlamaların Türkçe çevirilerinde ise "e" harfi kullanılmamaktadır. *Mesâil-i mühimme* tabirinin sonundaki müenneslik "e"si atılarak (mühim meseleler) olarak çevrilmektedir. Aynı husus; *Mekâtib-i âliye* (Âlî mektebler), *Münâsebât-ı şahsiye* (Şahsî münasebetler), *Anâsır-ı muhtelif* (muhtelif unsurlar), *Fünûn-ı sâire* (sâir fenler), *Ahvâlî-şahsiye* (şahsi haller), *Ahkâm-ı istisnaiye* (istisnâî hükümler) gibi terkiplerde de mevcuttur. Kanaatimiz Nizâmî mahkemeler ve Şer'î mahkemeler tabirlerinin daha doğru olduğu yönündedir. Ancak kullanım birlikteliğinin bozulmaması için yaygın kullanım olan *nizâmiye* ve *şer'îye* tabirleri tercih edilmiştir.

Gülhane Hatt-ı Hümayunu'nun ilan edildiği 1839'dan birkaç sene öncesinden başlar ve Cumhuriyet hukuk inkılaplarının yapıldığı 1926 yılına kadar devam eder.⁹⁰

III. Selim döneminde memleket meselelerinin görüşülmesi için toplanan “*Meşveret Meclisleri*”nin toplantıları devamlı bir hal almaya başlamıştır. II. Mahmut devrinde de bu toplantılar devam etti. Taşrada da valilerin başkanlığında bu meclislerin birer modeli olan “*Memleket Meclisleri*” teşekkül ettirildi. Asayiş, idare ve mali meselelerin görüşüldüğü bu meclislere, kadı, voyvoda, naib ve a'yân gibi memleket ileri gelenleri iştirak etmiştir. 1840 tarihli “*Ta'limnâme-i Hükkâm*”, yargılama konusu dışında kalan bazı hususları yerel meclislere havale etmiştir. Bu karar, nizami mahkemelerin oluşumunun ilk basamağıdır.⁹¹

Tanzimat'la birlikte benimsenen -dini uyruklar arası- eşitlik anlayışı ve batı kökenli uygulamaların kanunlar vasıtasıyla adli sisteme girişi, yeni tür mahkemelerin (*nizami*) açılmasına neden olmuştur. Ahmet Cevdet Paşa'nın, bu mahkemelerin kuruluşundaki katkıları önemlidir. Şer'îye mahkemelerinin yanı başında, bu şekilde yeni bir adalet dağıtım mahallinin meydana getirilmesine o devirdeki kamuoyunun müsait olmadığı anlaşılmaktadır. Tanzimat ricali -başta Reşid Paşa olmak üzere- bu işin içinden nasıl çıkılabileceğini bir türlü kestiremedikleri görülmektedir. Şer'îye mahkemeleri varken başka mahkemelere gidilmesini onaylayanları, halkın küfür ile itham ettiği bilinmektedir. Bir tarafta bu şekilde bir kamuoyu mevcutken, diğer taraftan batılıların hukuk sistemindeki aksaklıkları bahane ederek yaptıkları müdahaleleri önlemek gerekmiştir. Hayatını tehlikeye atarak bu değişimi gerçekleştirebilecek bir devlet adamına ihtiyaç duyulduğu anlaşılmaktadır.⁹² Şeriat hükümlerini gayet iyi bilen, aynı zamanda bu değişikliklerin lüzumunu takdir eden Cevdet Paşa bu işe tayin olundu.

Kanunlaştırma hareketine uyum için açılan nizamiye mahkemelerinin vazife ve yetki alanlarının belirlenmesinde, daha çok ülkenin koşulları ve ihtiyaçları ön planda tutuldu. Nizamiye mahkemelerinin, daha ziyade idare hukuku ön planda tutularak kurulduğu görülmektedir. İdarecilerin ve devlet memurlarının suiistimallerinin önüne geçilmesi için ve aynı zamanda şer'î mahkemelerin yetersiz kaldığı hususların telafisi için bu mahkemelere ihtiyaç duyulmuştur. Ahmet Cevdet Paşa, bu mahkemelerin kuruluşunda tereddüdü olan ulema sınıfını nasıl ikna ettiğini mealen şu şekilde aktarmaktadır:

*“Dîvânın (Divân-ı Ahkâm-ı Adliye) teşkili sıralarında, bazı âlim geçinen cahiller “bunca mehâkim-i şer'îye var iken mecâlis-i nizâmîye teşkiline ne hâcet var idi?” diye itiraz ederlerdi. Bu itirazlar kulağıma gelince Divân-ı Ahkâm-ı Adliye'nin bir umumi oturumunda Celâleddin-i Devvânî'nin Def'-i Mezalim risalesini tercüme ederek îrâd ettim.”*⁹³

⁹⁰ Ekinci, E. Buğra, “Osmanlı Devleti'nde Mahkemeler ve Kadılık Müessesesi Literatürü”, *Türkiye Araştırmaları Literatür Dergisi*, C. III, Say. 5, 2005, s. 417.

⁹¹ Akiba, Jun, “Kadılık Teşkilatında Tanzimat'ın Uygulanması: 1840 Tarihli Ta'limname-i Hükkâm”, *Osmanlı Araştırmaları*, Say. XXIV, 2007, s. 17.

⁹² Ebu'lula Mardin, *Medeni Hukuk Cephesinden Ahmet Cevdet Paşa*, Türkiye Diyanet Vakfı Yayınları, Ankara, 2009, s. 230.

⁹³ Ahmet Cevdet Paşa, *Tezâkir*, Türk Tarih Kurumu Yayınları, Ankara, 1991, C.IV, s. 85.

Ahmet Cevdet Paşa, nizamiye mahkemelerinin kuruluşuna dair yine ünlü bir âlim Celaleddin Devvânî'nin⁹⁴ “*Risâle der Divân-ı Mezâlim*” adlı risalesini öne sürerek itirazların önüne geçmiştir. İslam devletlerinde ilk dönemlerden itibaren yüksek yargı vazifesini yerine getiren “*mezâlim*” adlı bir oluşumun varlığı bilinmektedir.⁹⁵ Mezâlim divanları normal mahkemeler tarafından karara bağlanmakta zorlanılan davalar ve idari şikayetler için kurulmuşlardır. Bu divanlara başkanlık yapan halifelerin, karara bağlanmış davaları temyiz ettikleri de bilinmektedir. Divân-ı Ahkâm-ı Adliye'nin de üst kademedeki bazı memurların yargılamalarını yapması ve nizamiye mahkemelerinin kararlarını denetleyecek olması sebebiyle mezâlim divanlarına benzerliği söz konusudur.⁹⁶

Celâleddin Devvânî, risalesinde şer'îye mahkemelerine rağmen *Divân-ı Mezâlim*'in gerekliliğini mealen şu maddelerle savunmuştur:

- 1- *Divan-ı Mezalim*'in vazifesi, kadı ve muhtesibin yerine getirmekten aciz kaldığı şer'î hükümleri yerine getirmektir.
- 2- Kadının hüküm veremeyeceği bazı hususları görüşüp karara bağlamak da *Divan-ı Mezalim*'in vazifelerindedir. Mesela:
 - a) *Divan-ı Mezalim* hâkimi, bir hususta şüpheye düştüğü takdirde “*bu mal senin eline nereden geçti?*” sorusunu sorabilir. Haksızlık yapan şahsı bu şekilde soru sorarak sıkıştırıp ortaya çıkan ipuçları ile hakikat ne ise onu ortaya çıkarmaya çalışabilir. Bir tarafı tedip edip, ortalığı karıştıranı tehdit edebilir. Kadı ise bu gibi durumlarda hemen hüküm vermek durumundadır. İki tarafın da rızası olmadan hükmü ertelese günahkâr olmuş olur.
 - b) *Divan-ı Mezalim* hâkimi, iki tarafın arasını bulmak için meseleyi arabuluculara havale edebilir. Kadı ise iki taraf da razı olmadıkça bunu yapamaz.
 - c) *Divan-ı Mezalim* hâkimi, şüphelendiği takdirde şahitlere yemin ettirir ve dava zabıt altına alınmamış olsa bile şahitleri dinleyebilir. Kadı ise dava zabıt altına alınmadan dinleyemez.
 - d) *Divan-ı Mezalim* hâkimi, duruşma esnasında davacının adil şahitler ile tescil edilmiş bir senet gibi delilleri var ise şahitleri getirtmek suretiyle inkârcıyı korkutarak inkârından vazgeçirmek veya davalıdan kefil almak gibi tetkikata başvurabilir. Lüzum gördüğü takdirde ihtilafı malı getirtip “*bu mal senin eline nereden geçti?*” diye sorabilir. Bu soruyu sormak Hanefî mezhebine göre geçerli (*caiz*) değilse de Maliki mezhebine göre geçerli olmakla hâkim bunu uygulayabilir. Kadı ise kendi mezhebine göre geçerli olanla değil gerekli (*vacip*) olanla amel etmekle mükellef olduğu için Hanefî mezhebine göre hareket etmek durumundadır. Yani bu soruyu soramaz. Kendi mezhep imamının görüşüne muhalif hareket etmesi doğru değildir.
 - e) Sözün doğrusu budur ki eğer *Divan-ı Mezalim* olmazsa pek çok Müslümanın hakkı zayi olur. Yalan söyleyebilenler (*Ehl-i tezvîr*) insanların haklarını ve mallarını istila

⁹⁴ Anay, Harun, “Devvânî”, *TDV İslam Ansiklopedisi*, C. IX, 1994, s. 257.

⁹⁵ Yeniçeri, Celal, “Mezâlim”, *TDV İslam Ansiklopedisi*, C. XXIX, 2004, s. 515.

⁹⁶ Aydın, Mehmet Akif, “Divân-ı Ahkâm-ı Adliyye”, *TDV İslam Ansiklopedisi*, C. IX, 1994, s. 387.

edebilirler. Kadıya başvurduklarında -ki başvuranlar ekseriya adil olmazlar- dava zaptı iddiasında dolaşıp dururlar. Zaman olur ki uzun müddet dava zabıt altına alınamaz. Zabıt işlemi gerçekleştirilince bu sefer de şahitlik meselesinde işi uzatırlar. Bir müddet de bu hususta oyalandıktan sonra iş temize çıkarma (*tezkiye*) bahsinde tıkanıp kalır. Çoğu zaman ufacık bir duruşma mevzusu uzar gider. Çünkü, bu zamanın insanı fasittir. Çoğu insanda Allah korkusu yoktur. Lakin ceza uygulamaya yetkili olan adil hâkimden korkarlar. Onun işi ele aldığını gördüklerinde hile ve yalanı azaltırlar.⁹⁷

1864 tarihli “*Vilayet Nizamnamesi*”⁹⁸ ile vilayet, liva, sancak, kaza, nahiye ve köy şeklinde idari bölümlere ayrılan Osmanlı Devleti, yargı teşkilatında da düzenlemeye gitti. Bu düzenlemeye göre nahiyelerde ihtiyar meclisi (*sulh meclisleri*), kaza merkezlerinde dava meclisleri (*meclis-i deâvî*), sancak merkezlerinde hukuk işleri için temyiz-i hukuk meclisi, ceza işleri için Cinayet Meclisi kuruldu. Bu iki tür mahkemelerin yükseği olarak vilayet merkezlerinde yine aynı adlarla istinaf mahkemeleri kuruldu. Daha sonra bu iki mahkeme birleştirilerek “*divan-ı temyiz*” oluşturuldu.⁹⁹

Kurulan yeni mahkemelerde, toplu hâkim usulü benimsendi. Nahiyelerde teşkil olunan sulh meclisleri, her sınıftan toplum arasından seçilecek olan en azı üç olmak üzere en fazla on iki üyeden oluşacaktır. Nahiyede bulunan imam ile diğer milletlerin ruhani reisleri, meclisin tabii üyeleri olacaklardır. Kazalarda teşkil olunan dava meclisleri, kadının başkanlığında üçü Müslüman üçü gayrimüslim halk tarafından seçilecek altı üyeden oluşacaktır. Sancaklarda kurulan hukuk ve cinayet temyiz mahkemeleri de aynı şekilde altışar -kadı dâhil yedi- üyeden oluşacaklardır. Bu mahkemede ayrıca merkezden atanan bir de memur bulunacaktır.¹⁰⁰

1864 tarihinde yayınlanan “*Vilayet Nizamnamesi*” ile teşkil olunan mahkemeler belli bir hiyerarşiye tabi tutulmuştur. Sancak merkezlerindeki temyiz meclisleri, sancak dâhilindeki tüm kazalarda teşkil olunan dava meclislerinin temyiz merciidir. Vilayet merkezlerinde teşkil olunan divan-ı temyiz ise vilayete bağlı sancaklardaki kararların temyizine bakacaktır.¹⁰¹ 1837 yılında Tanzimat programlarının takibi amacıyla kurulan *Meclis-i Vâlây-ı Ahkâm-ı Adliye* 1868 yılında ikiye ayrıldı. Kanunları hazırlama yetkisi ve idari yargı yetkisine sahip olan meclise “*Şûrây-ı Devlet*”, adli yargılama yetkisi ile görevli olan meclise de “*Divan-ı Ahkâm-ı Adliye*” adları verildi.¹⁰²

1879 tarihinde yürürlüğe giren “*Mehâkim-i Nizamiyenin Teşkilatı Kanunu*”¹⁰³ ile nizami mahkemelerin teşkilatlanması kesin olarak tamamlandı. Bu düzenlemeye göre; sancak merkezleri

⁹⁷ Ahmet Cevdet Paşa, *a.g.e.*, C.IV, s. 88-89.

⁹⁸ “Teşkilat-ı Vilayet Nizamnamesi”, *Düstur*, I. Tertip, C.I, s. 608 18 Safer 1284.

⁹⁹ Ekinci, *Osmanlı Mahkemeleri...*, s. 194.

¹⁰⁰ Durhan, İbrahim, “a.g.m.”, C. XII, Say. 3-4, 2008, s. 81.

¹⁰¹ Ekinci, *Osmanlı Mahkemeleri...*, s. 191.

¹⁰² Ekinci, *Osmanlı Mahkemeleri...*, s. 167.

¹⁰³ “Mehâkim-i Nizamiyenin Teşkilatı Kanunu”, 27 Cemaziyelahir 1296, *Düstur*, I. Tertip, C. IV, s. 235.

dışındaki her kazada “*Kaza Bidayet Mahkemeleri*”, vilayet merkezlerinin dışındaki her sancakta “*Merkez Bidayet Mahkemeleri*”, her vilayet merkezinde de bir “*İstinaf Mahkemesi*” kuruldu.

Nizamiye Mahkemelerinin kurulmasından sonra da şer’îye mahkemeleri ve cemaat mahkemeleri varlıklarını devam ettirdiler. Ahval-i şahsiye ile alakalı (evlenme, boşanma, miras vs.) meselelere bu mahkemeler bakmaya devam ettiler. Bu hususlarda nizamiye mahkemelerinin herhangi bir yetkisi mevcut değildi. Ticari davalara da ticaret mahkemeleri bakmaya devam etti. Ancak ticaret mahkemelerinin olmadığı yerlerde bu hususlara nizamiye mahkemeleri yetkili kılındı.¹⁰⁴

1879 yılında kabul edilen diğer bir kanun¹⁰⁵ ile ticaret mahkemeleri ve nizamiye mahkemelerinin yargılama işlemlerinde bazı düzenlemeler yapıldı. Kanun; Şûrây-ı Devlet azaları tarafından, İtalyan ve Fransız mevzuatı ile birlikte Mecelle’nin ilgili hükümlerinden yararlanılarak hazırlandı.¹⁰⁶ Ekinci’ye göre Mecelle Cemiyeti tarafından hazırlanan taslağın kanundaki ağırlığı büyüktür. Bu sebepten kanunun Avrupa’dan alınan kanunlar ile birlikte değil yerli kanunlar sınıfında değerlendirilmesi gerekmektedir.¹⁰⁷

Yapılan yeni düzenlemeler, şer’îye mahkemeleri ile nizamiye mahkemeleri arasında görev dağılımının kesinleşmesine yetmedi. Şer’îye mahkemelerinin, her türlü hukuki meseleye bakma hususundaki alışkanlığına bir anda mani olunamadı. Bu mahkemeler, kendilerine gelen her türlü konu hakkında hüküm vermeye devam ettiler. Hatta nizamiye mahkemelerinin hüküm verdiği konularda dahi kendi hükümlerini vermekten çekinmediler. Mahkemeler arasındaki bu karışıklığa bir nihayet vermek için 1888 tarihinde bir ferman¹⁰⁸, 1914 tarihinde bir nizamname¹⁰⁹ yayınlandı.

Son nizamnameye göre mahkemeler arasındaki görev dağılımı şu şekilde oldu. Ticaret, ceza ve gayrimenkul malların tasarrufu ile bunların intikal, taksim, borç olarak alınıp verilmesi, vergi, zarar ve ziyan, iltizam, imtiyaz ve mukaveleleri ile Kitab-ı Hacr hariç Mecelle ve diğer kanun ve nizamnameler ile belirtilen tüm hususlar nizamiye mahkemelerinde görülecektir. Bunların haricinde kalan vakıflar ile alakalı hususlar, hacr’e tabi tutulma ve hacr’in kaldırılması (Bir kimseyi, kanunun kabul ettiği bir sebeple kendi malını ve haklarını istediği gibi kullanmaktan menetme), vasiyet, yetim mallarının tasarrufu, miras taksimi ve diğer şer’î davalara şer’îye mahkemeleri bakacaktır.¹¹⁰ Nizamiye mahkemeleri, Osmanlı Devleti’nden sonra da bir müddet varlığını sürdürmüştür.

¹⁰⁴ “Meclis-i Mebûsânın İctimâında Kanuniyeti Teklif Olunmak Üzere Mehâkim-i Nizamiyenin Teşkilatı Kanun-ı Muvakkatıdır”, *Düstur*, I. Tertip, C. IV, s. 236-237.

¹⁰⁵ “Usul-ı Muhakeme-i Hukukiye Kanun-ı Muvakkatı”, *Düstur*, I. Tertip, C. IV, s. 257, 2 Receb 1296.

¹⁰⁶ Ülker, İbrahim, “1879 Usul-i Muhakeme-i Hukukiyye Kanun-ı Muvakkatı’nda İmza ve Mühre İtiraz ve İtirazın İncelenmesi”, *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. XXIV, Say. 2, 2016, s. 93.

¹⁰⁷ Ekinci, E. Buğra, *Ateş İstidası*, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2001, s. 167.

¹⁰⁸ “Mehakim-i Şer’îye ve Nizamiyenin Tefrik-i Vezaif-i Hakkında İrade-i Seniyye”, *Ceride-i Mehâkim*, 440/2, Şaban 1305.

¹⁰⁹ “Mehakim-i Şer’îye ve Nizamiyenin Tefrik-i Vezaifi Hakkında Nizamname”, *Düstur*, II. Tertip, C. VI, s. 1334, 23 Zilkade 1332.

¹¹⁰ “Mehakim-i Şer’îye ve Nizamiyenin Tefrik-i Vezaifi Hakkında Nizamname”, *Düstur*, II. Tertip, C. VI, s. 1334, 23 Zilkade 1332.

Lozan Konferansı günlerinde -batılı diplomatların tüm çekincelerine rağmen- hukuk alanındaki çok başlılığın giderilmesi için çalışmaların başlatıldığı görülmektedir. Bozkurt'a göre batılıların isteği, *herkese uygulanabilir modern kanunların kabul edilmesi değil; hukuktaki kargaşa devam ettirilerek ve bundan yararlanılarak devletin iç işlerine müdahale yolunun açık tutulmasıdır*.¹¹¹ 1923 tarihinde *Heyet-i Temyiziye Merkezinin Eskişehir'e Nakline ve Teşkilatının Tevsîine Dair Kanun*¹¹² ile nizamiye mahkemelerinin bu kanuna aykırı hükümleri yürürlükten kaldırılmıştır. 8 Nisan 1924 yılında çıkarılan yeni kanun¹¹³ ile hem şer'îye mahkemeleri hem de istinaf mahkemeleri kaldırılmış böylece nizamiye mahkemelerinin varlığı da son bulmuştur.¹¹⁴ Kanunda, *yargı birliği* gerekçe olarak öne sürülmüştür.

SONUÇ

Osmanlı mahkemeleri, başlangıcı İslam'ın ilk dönemlerine kadar uzanan şer'î yargılama usulünün zamanla kurumsallaşmış ve tekamül etmiş halidir. Kendinden önceki İslam devletlerinden olduğu gibi özellikle Anadolu Selçuklu Devleti'nden önemli bir hukuki miras devraldığı görülmektedir. Osmanlı mahkemelerinde şer'î ve örfî hukuk problemleri tek bir kadı tarafından karara bağlandılar. Hangi eğitim seviyesindeki alimin hangi mahkemelere atanacağı nizamnamelerle belirlendi. Görevden alınmalarını gerektirecek bir hataları olmadığı müddetçe sadece bir diğer görev yerine tayin için vazifelerinden ayrılarak İstanbul'a gelip ilmî faaliyette buldukları bilinmektedir. Osmanlı İmparatorluğu'nda şer'î mahkemeler, Tanzimat'a kadar asli mahkemeler olarak kaldılar. İdare, ceza, hukuk davaları dahil her türlü davaya baktılar.

İmparatorluk dahilindeki gayrimüslim (*zimmî*) vatandaşların şer'îye mahkemelerine müracaatları mümkün olmakla birlikte adli işlemleri cemaat mahkemeleri tarafından idare olundu. Ahval-i şahsiye alanında kendi hukuklarını icrada serbest olan gayrimüslim vatandaşlar, ceza hukuku ile alakalı durumlarda kadı huzurunda yargıldılar. Gayrimüslimlere tanınan bu ayrıcalıkların diğer devletlerin müdahale aracına dönüşmesi, devlet idarecilerini önlem almaya sevk etti. Tanzimat Fermanında işlenen eşitlik prensibi ile dinî tabiiyetlerin çıkar unsuru yapılmasının önüne geçilmeye çalışıldı. Çeşitli tarihlerde yayımlanan nizamnamelerle, dini toplulukların davalarında yetkili olacak mahkemeler ve bunların uyacakları kurallar belirlendi. 1917 yılında kabul edilen *Hukûk-ı Âile Kararnamesi* ile cemaat mahkemelerinin yargılama yetkileri kaldırıldı. Kararnamede her din için ayrı kurallar belirlendi.

Osmanlı vatandaşı olmayıp bir şekilde Osmanlı topraklarında yargılanması gereken gayrimüslim vatandaşların (*müste'men*) yargılanmaları, tabi oldukları devletlere ait konsolosluklar tarafından icra edildi. Kanuni döneminde Fransa'ya verilen kapitülasyonlarla tanınan bu ayrıcalık, ilerleyen dönemlerde diğer devletlere de tanındı. Yabancıların ceza almaları durumunda kendi

¹¹¹ Bozkurt, Gülnihal, *a.g.e.*, s. 181.

¹¹² "Heyet-i Temyiziye Merkezinin Eskişehir'e Nakline ve Teşkilatının Tevsîine Dair Kanun", TBMM Zabıt Ceridesi, C. III, s. 393, 5 Rebiülahir 1342.

¹¹³ "Mehâkim-i Şer'iyenin İlgasına ve Mehâkim Teşkilatına Dair Muaddil Kanun", 4 Ramazan 1342, *Düstur*, III. Tertip, C. V, s. 403.

¹¹⁴ Kenanoğlu, M. Macit, "Nizâmiye Mahkemeleri", *TDV İslam Ansiklopedisi*, C. XXXIII, 2007, s. 185.

devletlerine ait hapisanelerde kalmaları, tercümansız tutuklama yapılamaması gibi hususlar adli alanda Osmanlı egemenliğine zarar verdi. 1914 yılında yayınlanan talimatname ile yabancıların yargılanmalarında konsolosluk müdahalesinin kabul edilmeyeceği ve hapis durumunda sadece Osmanlı hapisanelerinin kullanılacağı belirtildi. 1915 yılında ise yabancılara ait her türlü hukuki, ticari ve cezai davalarda Osmanlı mahkemelerinin yetkili olduğu ilan edildi.

Osmanlı devletinin uzun yıllar güçlü bir devlet olarak kalabilmesinin arkasında, idareci ve askeri sınıftaki liyakat ile devlet kurumlarının mükemmele yakın işleyişi yatmaktadır. Adliye teşkilatı da kendinden önceki devletlerin mirasını tekamül ettirerek devam ettirmeyi başarabildi. Bu ilerleme kapalı toplumlar için yeterli olabileceken dış dünya ile bağlantıları kuvvetli ve çeşitli milletleri içerisinde barındıran Osmanlı İmparatorluğu için zamanla yetersiz gelmeye başladı. İmparatorluğun, batıdaki ekonomik ve sosyal gelişmelere ayak uyduramayarak güç kaybetmesi, askeri açıdan olduğu gibi idari, ekonomik ve hukuki açılardan da zayıflamasına yol açtı. Yabancılarla en çok temas alanı olan ticaret alanında Avrupa iktisadi politikaları kabul edilmeye başlandı. Avrupa devletleri ile yapılan ticaret sözleşmeleri, çeşitli hukuki problemleri de beraberinde getirdi. Batı dünyasının kullandığı ticari adet ve uygulamalara yabancı kalan şer'îye mahkemeleri bir zaman sonra problemlere çözüm üretmekte zorlanmaya başladı. Ticari davaların, tüccar arasında oluşturulan özel meclislerde karara bağlanmasına çalışıldı. 1860'ta yayınlanan Ticaret kanunu ile ticaret mahkemelerinin kurulmasına yönelik ilk adım atıldı. Ticaret mahkemeleri, şeyhülislamlıktan bağımsız yargılama yapabilmeleri sebebiyle, daha sonra kurulacak olan nizamiye mahkemelerinin kabul görmesini sağladı.

Son yüzyıl; imparatorluktaki problemlerin iyice belirginleştiği, ıslahat fikirlerinin yöneticiler arasında iyice kabul gördüğü bir dönemdir. Tanzimat Dönemi ile birlikte yaygınlaşan dini uyruklar arası eşitlik anlayışı ve batıdan iktibas edilen birtakım kanunlar, nizamiye mahkemelerinin kuruluşuna neden oldu. Yeni mahkemelerin kurulması ve kanunlaştırma faaliyetlerinin başlaması, adliye teşkilatındaki yeniliklerin iki ana eksenini oluşturdu. Tanzimat ile başlayan ıslahat hareketi, Osmanlı mahkeme teşkilatı için önemli bir dönüm noktasıdır. Bu döneme kadar tek hakimli ve tek dereceli olarak hizmet veren mahkemeler, yerlerini toplu hakim usulüne bırakmaya başladı. Yine bu dönemden itibaren şer'îye mahkemelerinin hukuk ve ceza davalarındaki yetkileri daraltıldı, yerlerini nizamiye mahkemeleri doldurmaya başladı. Üst mahkeme vazifesi gören Divan-ı Hümayun'un yerini bu dönemde Divan-ı Ahkam-ı Adliye, Şuray-ı Devlet ve Meclis-i Tetkikat-ı Şer'îye gibi kurumların aldığı görülmektedir. 1888 ve 1914 tarihli düzenlemeler ile şer'îye ve nizamiye mahkemelerinin görev dağılımları netleştirilmeye çalışıldı. Ticaret, ceza ve Mecelle'nin (hacr bahsi hariç) kanun maddelerinin nizamiye mahkemelerinde görülmesi kararlaştırıldı. Vasiyet, miras taksimi ve diğer şer'î davalar şer'îye mahkemelerine bırakıldı. Her iki tarafla alakası olan davalar ise ihtilaf mevzuu olmaya devam etti. Lozan Konferansı döneminde ve sonrasında alınan kararlar ile yargı birliğinin sağlanması amacıyla istinaf mahkemeleri ve şer'î mahkemeler kaldırıldı. Mahkemelerde meydana gelen bu çok başlılık, daha sonra tekrar ettirilmeyecek bir tecrübe olarak tarihteki yerini aldı.

KAYNAKÇA

Arşiv

BOA. DH. HMSŞ., Dahiliye, Hukuk Müşavirliği, 9/71.

BOA. Y. PRK. A., Yıldız, Sadaret, 1/72.

BOA.İ.MMS., İrade, Meclis-i Mahsus, 4/155.

İSAM. MŞH. Nüvvab Defterleri, 144/2.

Kitap ve Makale

Ahmet Cevdet Paşa, *Tezahir*, Türk Tarih Kurumu Yayınları, Ankara, 1991, C. IV.

Akgündüz, Ahmet, *Mukayeseli İslam ve Osmanlı Hukuku Külliyyatı*, Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Diyarbakır, 1986.

Akiba, Jun, “Kadılık Teşkilatında Tanzimat’ın Uygulanması: 1840 Tarihli Ta’limname-i Hükkam”, *Osmanlı Araştırmaları*, Say. XXIV, 2007, ss. 10-40.

Akman, Ahmet, “Tanzimat Sonrası Osmanlı Usul Hukukundaki Gelişmeler”, *Manas Sosyal Araştırmalar Dergisi*, C. VIII, Say. 1, ss. 431-450.

Aksoy, Kemal Faruk, *Medresetü’l-Kudat ve Türk Hukuk Eğitimindeki Yeri*, (Yayınlanmamış Doktora Tezi), Kırıkkale Üniversitesi Tarih Bölümü, 2023.

Anay, Harun, “Devvânî”, *TDV İslam Ansiklopedisi*, C. IX, 1994, ss. 257-262.

Aydın, M. Akif, “Mahkeme”, *TDV İslam Ansiklopedisi*, C. XXVII, 2003, ss. 341-344.

Aydın, M. Akif, “Ahvâl-i Şahsiyye”, *TDV İslam Ansiklopedisi*, C. II, 1989, ss. 192-193.

Aydın, Mehmet Akif, “Dîvân-ı Ahkâm-ı Adliyye”, *TDV İslam Ansiklopedisi*, C. IX, 1994, ss. 387-388.

Berkes, Niyazi, *Türkiye’de Çağdaşlaşma*, Yapı Kredi Yayınları, İstanbul, 2002.

Berki, Ali Himmet, “İslam’da Kaza Tarihi”, *Ankara Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi*, C. XVII, s. 1, 1969, ss. 153-167.

Bozkurt, Gülnihal, “İslam Hukukunda Zimmilerin Hukuki Statüleri”, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. III, Say. 1-4, 1987, ss. 115-155.

Bozkurt, Gülnihal, “Türk Hukuk Tarihinde Azınlıklar”, *A.Ü.H.F.D.*, C. XLIII, Say. 1 – 4, ss. 49-59.

Bozkurt, Gülnihal, *Batı Hukukunun Türkiye’de Benimsenmesi: Osmanlı Devleti’nden Türkiye Cumhuriyeti’ne Resepsiyon Süreci (1839-1939)*, Türk Tarih Kurumu, Ankara, 2020.

- Cin, Halil, Gül Akyılmaz, *Türk Hukuk Tarihi*, Sayram Yayınları, Konya, 2020.
- Demir, Özge, “İslam Hukukunda Zimmet Sözleşmesinin Hukuki Kapsamı ve Osmanlı İmparatorluğu’ndaki Görünümü”, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, C. LXXII, Say. 1, 2014, ss. 739-758.
- Durhan, İbrahim, “Tanzimat Döneminde Osmanlı Yargı Teşkilatındaki Gelişmeler”, *E.Ü.H.F.D.*, C. XII, Say. 3-4, ss. 55-111.
- Ebu'lula Mardin, *Medeni Hukuk Cephesinden Ahmet Cevdet Paşa*, Türkiye Diyanet Vakfı Yayınları, Ankara, 2009.
- Ekinci, E. Buğra, “Osmanlı Devleti’nde Mahkemeler ve Kadılık Müessesesi Literatürü”, *Türkiye Araştırmaları Literatür Dergisi*, C. III, Say. 5, 2005, ss. 417-440.
- Ekinci, E. Buğra, *Ateş İstidası*, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2001.
- Ekinci, E. Buğra, *Hukukun Serüveni*, Arı Sanat Yayınları, İstanbul, 2011.
- Ekinci, E. Buğra, *Osmanlı Mahkemeleri: Tanzimat ve Sonrası*, Arı Sanat Yayınları, İstanbul, 2017.
- Feraşirli Mehdi, *İmtiyâzât-ı Ecnebiyenin Tatbikât-ı Hâzırası*, Matbaa-i Avnizade Cemil, Samsun, 1325.
- Gönen, Yasemin Saner, “Osmanlı İmparatorluğu’nda Yabancıların Adli Ayrıcalıkları”, (Yayınlanmamış Doktora Tezi), İstanbul, Marmara Üniversitesi Türkiyat Araştırmaları Enstitüsü, 1998.
- Gür, A. Refik, *Osmanlı İmparatorluğu’nda Kadılık Müessesesi*, İş Bankası Yayınları, İstanbul, 2014.
- İmamoğlu, Hüseyin Vehbi, “19. Yüzyılın Başında Osmanlı Adliye Teşkilatının Yenilenme Sürecine Medeniyet Algısının Etkisi”, *Studies of the Ottoman Domain*, C. IV, Say. 7, Ağustos 2014, ss. 1-17.
- İnalçık, Halil, “İmtiyâzât”, *TDV İslam Ansiklopedisi*, C. XXII, 2000, ss. 245-252.
- İpşirli, Mehmet, “İkinci Divanı”, *TDV İslam Ansiklopedisi*, C. XII, 2000, ss. 26-27.
- Kayar, Betül, “Osmanlı Yargı Teşkilatında Naib”, *Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi*, Say. 1, 2020, ss. 189-234.
- Kenanoğlu, M. Macit, “Nizâmiye Mahkemeleri”, *TDV İslam Ansiklopedisi*, C. XXXIII, 2007, ss. 185-188.
- Konan, Belkıs, “Gayrimüslim Osmanlı Vatandaşlarının Hukuki Durumuna İlişkin Bir Değerlendirme”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. LXIV, Say. 1, 2015, ss. 171-194.
- Koral, Rabi, “Yeni ve Eski Hukukumuzda Tahkim”, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, İstanbul, C. XIII, Say. 1, 1947, ss. 193-218.

Kurdakul, Necdet, *Osmanlı Devleti'nde Ticaret Antlaşmaları ve Kapitülasyonlar*, Döler Neşriyat, İstanbul, 1981.

Mecelle Cemiyeti, *Mecelle-i Ahkâm-ı Adliye*, Matbaa-i Osmaniye, 1300.

Mumcu, Ahmet, “Dîvân-ı Hümayûn”, *TDV İslam Ansiklopedisi*, C. IX, 1994, ss. 430-432.

Ortaylı, İlber, *Hukuk ve İdare Adamı Olarak Osmanlı Devleti'nde Kadı*, Kronik Yayınları, İstanbul, 2021.

Ortaylı, İlber, “Kadı”, *TDV İslam Ansiklopedisi*, C. XXIV, 2001, ss. 69-73.

Otacı, Cengiz, *Hukukun Laikleşme Serüveni*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2012.

Özkan, Mustafa, “Medine Vesikası”, *TDV İslam Ansiklopedisi*, C. EK-2, 2019, ss. 212-215.

Özkorkut, Nevin Ünal, “Kapitülasyonların Osmanlı Devleti'nin yargı yetkisine Getirdiği Kısıtlamalar”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. LIII, Say. 2, 2004, ss. 83-94.

Soykan, Tankut T., *Osmanlı İmparatorluğu'nda Gayrimüslimler*, Ütopya Yayınları, İstanbul, 2000.

Timur, Taner, *(Kuruluş ve Yükseliş Döneminde) Osmanlı Toplumsal Düzeni*, A.Ü.S.B.F. Yayınları, Ankara, 1979.

Yeniçeri, Celal, “Mezâlim”, *TDV İslam Ansiklopedisi*, C. XXIX, 2004, ss. 515-518.

Ülker, İbrahim, “1879 Usul-i Muhakeme-i Hukukiyye Kanun-ı Muvakkati'nde İmza ve Mühre İtiraz ve İtirazın İncelenmesi”, *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. XXIV, Say. 2, 2016, ss. 93-109.

Nizamname ve Kanunnameler

“Bi'l-Umum Mehâkim-i Şer'îye Hakkında Müceddeden Kaleme Alınan Nizamname”, 16 Safer 1276, *Düstur*, I. Tertip, C. I, s. 301.

“Bilumum Mehakim-i Şer'îye ile Merbûtatının Adliye Nezaretine Tahvil-i İrtibatı Hakkında Kanun”, 18 Cemaziyelevvel 1335, *Düstur*, II. Tertip, C. IX, s. 270.

“Bilumum Mehâkim-i Şer'îyenin Makam-ı Meşihate İade-i İrtibatına Dair Kararname”, 14 Şaban 1338, *Takvim-i Vekâyi'*, No: 3847.

“Dersâadet Ermeni Patriğinin Sûret-i İntihâbı (Ermeni Patrikliği Nizâmâtı)”, *Düstur*, I. Tertip, C. II, s. 938.

“Divan-ı Ahkâm-ı Adliye Nizamname-i Esasisi”, 8 Zilhicce 1284, *Düstur*, I. Tertip, C. I, s. 325.

“Hahamhâne Nizamnâmesi”, *Düstur*, I. Tertip, C. II, s. 962.

- “Hukuk-ı Aile Kararnamesi”, 8 Muharrem 1336, *Düstur*, II. Tertip, C. IX, s. 762.
- “Hukuk-ı Aile Kararnamesinin İlgâsı Hakkında Kararnâme”, 1337, *Düstur*, II. Tertip, C. XI, s. 299
- “Hükkâm-ı Şer’î ve Me’mûrîn-i Şer’iye Kânûn-ı Muvakkatı”, 19 Cemaziyelevvel 1331, *Düstur*, II. Tertip, C. V, s. 352.
- “İmtiyâzât-ı Ecnebiyenin (Kapitülasyon) İlgâsı Hakkında İrade-i Seniyye”, *Düstur*, II. Tertip, C. VI, s. 1273.
- “Kanûn-ı Esâsî”, 7 Zilhicce 1293, *Düstur*, I. Tertip, C. IV, s. 2.
- “Kanunname-i Ticaret”, *Düstur*, I. Tertip, C. I, s. 375.
- “Meclis-i Mebûsânın İctimânda Kanuniyeti Teklif Olunmak Üzere Mehâkim-i Nizamiyenin Teşkilatı Kanun-ı Muvakkatıdır”, *Düstur*, I. Tertip, C. IV, s. 236-237.
- “Mehâkim-i Nizamiyece Taht-ı Hükme Alınan Hukuk-ı Şahsiye Davalarının Mehâkim-i Şer’iyede Men-i İstimâi Hakkında İrade-i Seniye”, 14 Cemaziyelevvel 1327, *Düstur*, II. Tertip, C. I, s. 193.
- “Mehâkim-i Nizamiyenin Teşkilatı Kanunu”, 27 Cemaziyelahir 1296, *Düstur*, I. Tertip, C. IV, s. 235.
- “Mehâkim-i Şer’iye ve Nizamiyenin Tefrik-i Vezâif-i Hakkında Nizamnâme”, 23 Zilkade 1332, *Düstur*, II. Tertip, C. VI, s. 1334.
- “Mehâkim-i Şer’iye’nin İlgâsına ve Mehâkim Teşkilatına Dair Muaddil Kanun”, *Düstur*, III. Tertip, C. V, s. 403.
- “Memâlik-i Osmaniye’de Bulunan Ecnebilerin Hukuk ve Vezâifi Hakkında Kanûn-ı Muvakkat”, *Düstur*, II. Tertip, C. VII, s. 458.
- “Nüvvab Hakkında Nizamname”, BOA. A.) DVN. MKL., Sadaret, Mukavelenameler, 73/18.
- “Mehâkim-i Şer’iye ve Nizamiyenin Tefrik-i Vezâif-i Hakkında İrade-i Seniyye”, *Ceride-i Mehâkim*, 440/2, Şaban 1305.
- “Mehâkim-i Şer’iye ve Nizamiyenin Tefrik-i Vezâifi Hakkında Nizamname”, *Düstur*, II. Tertip, C. VI, s. 1334, 23 Zilkade 1332.
- “Heyet-i Temyiziye Merkezinin Eskişehir’e Nakline ve Teşkilatının Tevsîine Dair Kanun”, TBMM Zabıt Ceridesi, C. III, s. 393, 5 Rebiülahir 1342.
- “Rum Patrikhanesi’nin İmtiyâzât-ı Kadîme-i Mezhebiyesinin İdâme-i Mahfûziyeti Hakkında İrade-i Seniyye”, *Düstur*, (yeni harflerle) I. Tertip, C. VI, s. 854.
- “Şûrây-ı Devlet Nizamname-i Esasisi”, 8 Zilhicce 1284, *Düstur*, I. Tertip, C. I, s. 703.
- “Teşkilat-ı Vilayet Nizamnamesi”, *Düstur*, I. Tertip, C.I, s. 608.

“Ticaret Kanunname-i Hümayununa Zeyl”, *Düstur*, I. Tertip, C. I, s. 445.

“Usul-ı Muhakeme-i Hukukiye Kanun-ı Muvakkatı”, *Düstur*, I. Tertip, C. IV, s. 257.

“Usul-ı Muhâkeme-i Şer’iye Kararnamesi”, 8 Muharrem 1336, *Düstur*, II. Tertip, C. IX, s. 783.

“Usul-ı Muhakeme-i Ticarete Dair Nizamname”, *Düstur*, I. Tertip, C. I, s. 780.

2330 Sayılı Nakdi Tazminat ve Aylık Bağlanması Hakkında Kanun Kapsamında İdarenin Sorumluluğu ve Tazminat Yükümlülüğü

Deniz KAYA 

Avukat

Konya, Türkiye

av.kayadeniz@gmail.com@gmail.com (Sorumlu Yazar / Corresponding Author)

Makale Bilgileri

ÖZET

Makale Geçmişi

Geliş: 18.09.2023

Kabul: 03.12.2023

Yayın: 23.12.2023

Anahtar

Kelimeler:

Mesleki Risk, Nakdi Tazminat, Görev Malullüğü Aylığı, Dul ve Yetim Aylığı, Eğitim ve Sağlık Yardımı.

Bu çalışmamızda, idarenin kusurlu ve kusursuz sorumluluğu ile kusursuz sorumluluk ilkeleri üzerinde kısaca durulduktan sonra idarenin mesleki risk kapsamında kusursuz sorumluluğuna ilişkin olarak çalışanların görevlerinden kaynaklı uğradıkları zararların tazimini açısından özel yasal düzenlemelerden birisi olan 2330 sayılı Nakdi Tazminat ve Aylık Bağlanması Hakkında Kanun'un amacı, kapsamı ve işbu kanun uyarınca idarenin sorumluluğu ve tazminat yükümlülüğü açıklanmıştır. Ayrıca bu kapsamda idarenin yükümlülükleri açısından nakdi tazminat ödenmesi, aylık bağlanması ve eğitim ile sağlık yardımlarından yararlanılabilmesi için gereken şartlar belirtilmiş, başvuru mercileri gösterilmek ve uygulamadan örnekler verilmek suretiyle konunun izahatı yapılmıştır. Bununla birlikte idare tarafından re'sen ilgili haklardan, hak sahiplerinin yararlandırılmaması halinde idareye ilgili kişiler tarafından yapılması gereken başvuru ile başvurunun ilgili idare tarafından kısmen veya tamamen reddi halinde başvurulabilecek yargısal süreç hakkında bilgi verilmiştir. Yine her ne kadar idare tarafından nakdi tazminat ödemesi yapılsa da çoğunlukla ilgili ödemenin gerçek zararı karşılamaktan uzak olması nedeniyle, ilgililerin ayrıca idare aleyhine maddi ve manevi tazminat hakkı ile müracaatta bulunabilmesine dair izahata yer verilmiştir.

The Administration's Responsibility and Obligation to Compensate Under Law No. 2330 Regarding Cash Compensation and Monthly Allowance

Article Info

ABSTRACT

Article History

Received: 18.09.2023

Accepted: 03.12.2023

Published: 23.12.2023

Keywords:

Professional Risk, Cash Compensation, Occupational Disability Pension, Widow and Orphan Pension, Education and Health Assistance.

In this study, after briefly discussing the liability and compensation obligations of the administration under the Law on Cash Compensation and Monthly Allowance No. 2330, which is one of the special legal regulations regarding the compensation of damages suffered by employees due to their duties within the scope of professional risk, the purpose, scope, and the administration's liability and compensation obligations under this law are explained. In addition, the conditions required for the payment of cash compensation, the granting of monthly allowances, and the benefits of education and health assistance within the scope of the administration's obligations are specified, application authorities are indicated, and examples from practice are given to explain the subject. However, in case the administration does not provide the relevant rights to the beneficiaries ex officio, information is provided about the application that should be made by the relevant individuals to the administration and the judicial process that can be initiated in case the application is partially or completely rejected by the administration. Furthermore, although cash compensation is provided by the administration, it is explained that the payment may not fully compensate for the actual damage suffered, and therefore, an explanation is given regarding the right to claim material and moral compensation against the administration separately.

Atıf/Citation: Kaya, D. (2023). "2330 Sayılı Nakdi Tazminat ve Aylık Bağlanması Hakkında Kanun Kapsamında İdarenin Sorumluluğu ve Tazminat Yükümlülüğü", *Necmettin Erbakan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 6(2), s. 797-825.



"This article is licensed under a Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License (CC BY-NC 4.0)"

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

GİRİŞ

Hukuk devletinin bir gereği olarak idarenin yapmış olduğu eylemlerinden kaynaklı sorumluluğu, Anayasa ve uluslararası sözleşmeler başta olmak üzere genel bir takım yasal düzenlemeler ile belirlenmiş ise de idarenin kusursuz sorumluluğu kapsamında mesleki risk sorumluluğu bir kısım görevlerin ifası için ayrıca 2330 sayılı Nakdi Tazminat ve Aylık Bağlanması Hakkında Kanun ile özel olarak düzenlenmiştir.

Bu çalışmamızda da genel olarak idarenin sorumluluğu üzerinde durulduktan sonra idarenin mesleki risk sorumluluğu uyarınca, 2330 sayılı Kanun kapsamında tazminat ile diğer sosyal yardımlara ilişkin yükümlülüğü üzerinde durulacaktır.

Ayrıca idarenin 2330 sayılı Kanun kapsamında sorumluluk sınırları ile başvurulacak merciler ve yasal yollar ifade edilecektir.

I. GENEL OLARAK İDARENİN SORUMLULUĞU

A. İdarenin Sorumluluğunun Hukuki Dayanak ve Temeli

İdarenin sorumluluğu, 1982 Anayasa'sında açıkça düzenleme altına alınmış olup 125. maddesinin son fıkrasında idarenin, kendi eylem ve işlemlerinden doğan zararı ödemekle yükümlü olduğu belirtilmiştir¹. Bu sorumluluk yine Anayasa'nın 2. maddesinde cumhuriyetin niteliklerinden birisi olarak ifade edilen hukuk devleti ilkesine dayanmakta olup bu çerçevede hukuk devleti, eylem ve işlemleri hukuka uygun olan, Anayasa'ya aykırı durum ve tutumlardan kaçınan, eylem ve işlemlerini objektif esaslara bağlayarak yargı denetimine açan ve adil yargılanma hakkını sağlayan devleti ifade etmektedir².

Bu bağlamda, devletin olmazsa olmazı idarenin³, hukuk devletinin bir gereği olarak kamusal faaliyetleri sonucunda, bireylerin zararına bozulan ekonomik dengenin yeniden kurulması, idari etkinliklerden dolayı bireylerin uğradığı zararın tazminini sağlaması gerekmektedir. Bu anlamda da idarenin sorumluluğu sadece mali sorumluluktur. Bir başka anlatımla, idare verdiği zararı sadece karşılığında para ödemek suretiyle giderebilir⁴. Bu zarar, kamusal faaliyetler nedeniyle bireylerin malvarlığında ortaya çıkan eksilmeler şeklinde olabileceği gibi çoğalma olanağından yoksunluk şeklinde de ortaya çıkabilmektedir⁵.

¹ Deniz, Buket. "İdarenin Sorumluluğunu Doğuran Hizmet Kusuru ve Hizmet Kusuru-Kişisel Kusur Ayrımı", *TBB Dergisi*, 153. Sayı, 2021, s. 192.

²AYM'nin 17.01.2023 K. T. ve 2020/34781 Başvuru Numaralı, <https://lib.kazanci.com.tr/kho3/ibb/files/dsp.php?fn=amkb2020-34781.htm&kw=eylem+ve+i%C5%9Flemleri+hukuka+uygun+olan,+her+alanda+adaletli+bir+hukuk+d%C3%BCzeni+kurup+bunu+geli%C5%9Ftirerek+&cr=aym#fm>, e. t. 24.03.2023.

³ Gözler, Kemal. *İdare Hukuku*, Güncellenmiş 3. Baskı, 2. Cilt, Ekin Yayınevi, Bursa, 2019, s. 1041.

⁴ Atay, Ender Ethem. *İdare Hukuku*, 6. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2018, s. 704.

⁵Danıştay VDDGK, 16.11.2022 K. T., 2021/1452 E. ve 2022/1388 K., <https://lib.kazanci.com.tr/kho3/ibb/files/dsp.php?fn=vddgk-2021-1452.htm&kw=idarenin+sorumlulu%C4%9Fu`&cr=danistay#fm>, e. t. 24.03.2023.

Bu çerçevede idarenin faaliyetinin bağlı olduğu hukuki rejime göre idarenin sorumluluğu, özel hukuk sorumluluğu ve kamu hukuku sorumluluğu olarak ikiye ayrılmaktadır⁶. İdarenin özel hukuk sorumluluğu, egemenlik kudretinden sıyrılmak suretiyle özel hukuk kişisi olarak, özel hukuk iş ve işlemlerinden kaynaklı ve özel hukuk ilkeleri uyarınca doğan sorumluluğudur⁷. İdarenin kamu hukuku sorumluluğu veya bir başka ifade ile idari sorumluluğu ise her ne kadar ilk başlarda sadece kusura dayalı bir sorumluluk olarak değerlendirilse de zaman içerisinde, idarenin kusuru olmasa dahi yine de sorumlu olması gerektiği anlayışı hâkim olması⁸ ile birlikte kusurlu ve kusursuz sorumluluk esaslarına dayanmaktadır⁹.

B. İdarenin Kusurlu Sorumluluğu: Hizmet Kusuru

İdarenin kusurlu sorumluluğu, kamu hizmetlerinin yerine getirilmesinde, bu hizmetin kuruluşunda, işleyişinde, işleyiş içerisinde gerekli emir ve talimatın eksik verilmesinde veya hiç verilmemesinde, örgütlenmesinde, düzenlenişinde, personel seçiminde, denetim ve gözetim görevinin yapılmamasında, kamu hizmetine tahsis edilen araçların elverişsiz, yetersiz ve kötü olmasında, alınması gerekli önlemlerin zamanında alınmamasında gibi gerçekleşen bir takım eksiklik, yanlışlık, düzensiz idari tutum ve davranışları nedeniyle kişilere vermiş olduğu zararların giderilmesine dair sorumluluğudur¹⁰.

Dolayısıyla kısaca idarenin kusurlu sorumluluğundan veya hizmet kusurundan bahsedilebilmesi için idarenin üzerine düşeni yapmaması veya yapmakla birlikte tesis ettiği işlemin zarara sebebiyet vermesi olarak ifade edebiliriz.

C. İdarenin Kusursuz Sorumluluğu

1. Genel Olarak İlke ve Esasları

İdarenin kusursuz sorumluluğu, idarenin hukuka aykırı olmamasına rağmen, eylem ve işlemlerinden kaynaklı oluşan zararın giderilmesidir. Ancak kusursuz sorumluluğun, idarenin kusur sorumluluğuna nazaran birtakım özellikleri ve kusur sorumluluğundan farkları bulunmaktadır¹¹. Bu çerçevede idarenin kusursuz sorumluluğu, kusurlu sorumluluğuna nazaran istisnai niteliktedir. Kamu düzenine ilişkin olan kusursuz sorumluluk ilkesi alelade, bir başka ifadeyle ufak tefek zararların değil, anormal ve olağanüstü zararların giderilmesi, toplumsal yaşam içerisinde herkesin her zaman yaşayabileceği bir olaydan dolayı değil, özel risklerin veya özel zararların tazmini için başvurulmuş bir sorumluluk türüdür¹². Kusursuz sorumluluk açısından, idarenin kusurunun bulunup bulunmadığının ispatına ihtiyaç olmadığı gibi idarenin hukuka uygun

⁶ Çapar, Asuman. *5233 Sayılı Terör ve Terörle Mücadeleden Doğan Zararların Karşılanması Hakkında Kanun'a Göre İdarenin Tazminat Sorumluluğu*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2020, s. 21; Gözler, s. 1082.

⁷ Çapar, s. 21-22.

⁸ Onar, Sami Siddik. *İdare Hukukunun Umumi Esasları*, 3. Bası, 3. Cilt, Hak Kitabevi, İstanbul, 1966, s. 1710.

⁹ Işıklar, Celal. “Danıştay Kararlarında İdarenin Kusursuz Sorumluluğunu Kaldıran ve Azaltan Hâller”, *Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi*, Sayı 1, Ankara, 2019, s. 118; Oflaz, Gamze. “İdarenin Kusursuz Sorumluluğu Kapsamında Mesleki Risk İlkesi”, *Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi*, Ankara, 2021, s. 19.

¹⁰ Gözler, s. 1042; Oflaz, s. 21-22.

¹¹ Gözler, s. 1188-1192.

¹² Onar, s. 1711; Oflaz, s. 39-40.

davranışta bulunması da bu sorumluluğu kaldırmamaktadır¹³. Zarar ile idarenin davranışı arasındaki illiyet bağının tespiti, idarenin kusursuz sorumluluğu açısından yeterlidir. Üçüncü kişinin kusuru¹⁴ veya beklenmeyen hallerde,¹⁵ idarenin kusursuz sorumluluğunu kaldırmamaktadır. Ancak mücbir sebep idarenin hem kusurlu hem de kusursuz sorumluluğunu ortadan kaldıracaktır¹⁶.

Kusursuz sorumluluk ilk defa Fransız Danıştay'ı tarafından verilen 21/06/1895 tarihindeki “comes” kararında değerlendirme konusu yapılmıştır¹⁷. İlgili karar, idareye ait bir tersanede demir döven işçinin çalışması esnasında kopan bir demir parçası nedeniyle sakatlanması sonucu idare aleyhine yapmış olduğu tazminat başvurusuna ilişkindir. Mahkeme tarafından yapılan yargılama sonucunda ilgili olayda her ne kadar idareye atfı kabil bir kusur izafe edilmemiş ise de devletin kamu görevlilerini risklere karşı koruma yükümlülüğü altında olduğunu belirterek zararın tazminini öngörmüştür. Dolayısıyla da mahkemece idarenin kusursuz olarak sorumlu olduğu kabul edilerek mesleki risk ilkesi uyarınca kamu görevlisinin zararının giderilmesi gerektiği belirtilmiştir¹⁸.

Bu çerçevede, idarenin kusursuz sorumluluğu, öğretide görüş birliği olmamakla beraber iki temel ilkeye dayanmaktadır¹⁹. Bunlar risk ilkesi veya tehlike ilkesi ile fedakarlığın denkleştirilmesi bir başka ifade ile kamu külfetleri karşısında eşitlik ilkesidir²⁰. Bu husus Danıştay kararlarında da “Kusursuz sorumluluk yargı içtihatları ve öğretide genel kabul gördüğü üzere hasar veya risk yahut muhatara ilkesi ile kamu külfetleri karşısında eşitlik ilkesine dayanmaktadır” şeklinde ifade edilmektedir²¹.

Risk sorumluluğu, “idarenin hiçbir kusuru olmasa dahi, yürüttüğü tehlikeli faaliyetler ve kullandığı tehlikeli araçlar nedeniyle ortaya çıkan zararı tazmin etmesi” dir²². Risk sorumluluğuna yol açan haller ise tehlikeli şeyler²³, tehlikeli yöntemler, tehlikeli durumlar, mesleki riskler, idarenin arızı işbirlikçilerinin bir başka ifade ile idarenin hizmetlerine geçici olarak katılanların uğradığı zararlar, bayındırlık eser ve işlerinden üçüncü kişilerin uğradığı zararlar²⁴, toplantı ve

¹³ Çapar, s. 62.

¹⁴ Işıklar, s. 147; Avcı, Adem. *Yargı Kararları Işığında Terör Eylemlerinden Dolayı İdarenin Sorumluluğu*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2013, s. 66-67.

¹⁵ Işıklar, s. 139; Avcı, s. 66-67.

¹⁶ Işıklar, s. 135.

¹⁷ Gözler, s. 1190.

¹⁸ Eroğlu Durkal, Müzeyyen. “İdarenin Sorumluluğunun Ortaya Çıkışı ve Temeli”, *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 18. Cilt, Ankara, 2019, s. 159.

¹⁹ Deniz, s. 193.

²⁰ Çağlayan, Ramazan. “Risk İlkesi Gereğince İdarenin Kusursuz Sorumluluğu Bağlamında Sosyal Risk İlkesi”, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Sorumluluk ve Tazminat Hukuku Sempozyumu*, Ankara, 2009, s. 452; Gözler, s. 1042.

²¹ Danıştay 13. D., 01.12.2022 K. T., 2020/786 E. ve 2022/4538 K., <https://lib.kazanci.com.tr/kho3/ibb/files/dsp.php?fn=13d-2020-786.htm&kw='kamu+k%C3%BClfetleri'+kusursuz+sorumluluk`&cr=danistay#fm>, e. t. 08.05.2023. Benzer kararlar için bkz. Danıştay 8. D., 07.04.2021 K. T., 2016/14726 E., 2021/2106 K., Danıştay 13. D., 02.03.2021 K. T., 2021/383 E., 2021/735 K.

²² Gözler, s. 1192.

²³ Patlayıcı maddeler, ateşli silahlar, tehlikeli bayındırlık eserleri vb.

²⁴ Bayındırlık eserlerinin kullanıcısının zarara uğraması halinde, idarenin sorumluluğu kusur sorumluluğudur. Ancak üçüncü kişinin zarara uğraması halinde kusursuz sorumluluk durumu söz konusu olacaktır. Örneğin; yolda yürüten

gösteri yürüyüşlerinden dolayı üçüncü kişilerin uğradığı zararlar²⁵ ve terör olayları nedeniyle üçüncü kişilerin uğradığı zararlar olarak ifade edilebilir²⁶.

Kamu külfetleri karşısında eşitlik ilkesi ise tüm toplumun yararlanmış olduğu kamu yararına ilişkin idarenin eylem ve işlemleri nedeniyle, oluşan zararın yine tüm topluma paylaştırılmasıdır. Bir başka ifadeyle nimetleri tüm toplum tarafından paylaşılan hukuka uygun eylem ve işlemlerin, külfetlerinin sadece belli kişi veya kişilerin üstünde kalması durumunda, bu kişi veya kişilerin uğradığı zararın, idarenin kusuru olmasa bile tazmin edilerek tüm topluma yayılmasıdır²⁷. Risk sorumluluğundan farklı olarak burada, kazalardan kaynaklanmayan, diğer bir deyişle arızı nitelikte olmayan, önceden öngörülebilir zararların tazmini söz konusudur. İdari faaliyetin doğal sonucu olan bu zarar, etki alanı bakımından sınırlı, özel ve olağan dışı nitelik arz etmektedir²⁸. Yine kusurlu sorumluluk ile risk ilkesi gereğince kusursuz sorumluluğu tamamlayıcı bir sorumluluk ilkesi olup kusurlu ve risk ilkesi uyarınca idarenin kusursuz sorumluluğuna gidilememesi halinde bu ilke uyarınca kişilerin zararları giderilmelidir²⁹.

Yukarıda belirtilen ilkeler uyarınca idarenin, bir eylem veya işleminden dolayı tazminatla yükümlü kılınabilmesi için o olayda kusurlu sorumluluğunun ya da ikincil nitelikte olan kusursuz sorumluluğunun bulunması gerekmektedir. Bu çerçevede, idarenin kamu hizmetlerinin görülmesi sırasında, bir görevle ilgili olarak veya yüklendiği hizmetin bünyesinde meydana gelecek olan riskli durumlar ile tehlikeli sonuçlardan dolayı, genel külfetler dışında kişilere verilen özel ve olağan dışı zararların, eylemle zararlı sonuç arasında nedensellik bağının bulunması koşuluyla ve objektif sorumluluk esaslarına göre idarenin kusuru dahi aranmadan tazmin edilmesi gerektiği yargı kararları ile kabul edilmiştir. Kusursuz sorumluluk hukukunda yer alan bu durum hukukun genel ilkeleri ile hakkaniyet ve nesafet kurallarının da bir gereğidir. Aksi halde kamu hizmetinin yürütülmesi sırasında zarara uğrayan kişilerin, uğradıkları zarar kendi üzerlerinde kalmış olur ki buna hakkaniyet kuralları izin vermez³⁰. Bu husus Danıştay tarafından verilen kararlarda da istikrarla belirtilmiştir³¹. Bununla birlikte Danıştay vermiş olduğu kararlarda, kusursuz

veya otomobili ile seyahat eden kişi yolu kullanandır. Ancak yolun kenarında arazisi bulunan kişi üçüncü kişi durumdadır. Gözler, s. 1233-1234.

²⁵ Bu tarz sosyal olaylardan kaynaklanan zararlar, idarenin eyleminden değil, olayları yapan kişilerin eyleminden kaynaklanmaktadır. Ancak devletin başta gelen görevlerinden birisi can ve mal güvenliğinin sağlanması olup yaşanan olaylar nedeniyle zarara uğrayan üçüncü kişilerin zararlarının, idarenin kusursuz olarak sorumluluğu ilkesi gereğince giderilmesi gerekecektir. Gözler, s. 1237-1238.

²⁶ Çağlayan, s. 458-469; Gözler, s. 1192.

²⁷ Gözler, s. 1261-1262.

²⁸ Danıştay 10. D., 27.09.2022 K. T., 2019/9438 E. ve 2022/4135 K., <https://lib.kazanci.com.tr/kho3/ibb/files/dsp.php?fn=10d-2019-9438.htm&kw=`kamu+k%C3%BClfetleri`+&cr=danistay#fm>, e. t. 08.05.2023.

²⁹ Gözler, s. 1263.

³⁰ Erzurum BİM 2. İDD., 08.12.2022 K. T., 2022/1455 E. ve 2022/5210 K., <https://lib.kazanci.com.tr/kho3/ibb/files/dsp.php?fn=is-erzurumbim-2d-2022-1455.htm&kw=`2022/1455`&cr=istinaf#fm>, e. t. 08.05.2023.

³¹ “Kusursuz sorumluluk, kamu hizmetinin görülmesi sırasında kişilerin uğradıkları özel ve olağan dışı zararların idarece tazmini esasına dayanmakta olup; kusur sorumluluğuna oranla ikincil derecede bir sorumluluk türüdür. Başka bir anlatımla idare, yürüttüğü hizmetin doğrudan sonucu olan, idari faaliyet ile nedensellik bağı kurulabilen, özel ve olağan dışı zararları kusursuz sorumluluk ilkesi gereği tazminle yükümlüdür. Bu bağlamda, kamu görevlilerinin görevini yaparken, görevi nedeniyle uğramış olduğu zararların da kusursuz sorumluluk ilkesi uyarınca tazmini gerekmektedir.” Danıştay 10. D., 24.10.2022 K. T., 2018/1314 E. ve 2022/4648 K.,

sorumluluğu ifade ederken, “hakkaniyet ve nesafet”³² “kamu külfetleri karşısında dengenin bir denkleştirme ile kurulması”³³, “risk”³⁴ gibi farklı kavram ve ilkeleri kullanmaktadır³⁵.

2. İdarenin Kamu Görevlilerinin Fiillerinden Dolayı Kusursuz Sorumluluğu: Mesleki Risk İlkesi

İdarenin kusuru olmaksızın dahi belirli şartlar ve ilkeler çerçevesinde oluşan zararları kusursuz sorumluluk uyarınca gidermesi gerektiği yukarıda ifade edilmiştir. İdarenin kamu hizmetini yerine getirirken ihtiyaç duyduğu çalışanların, bu hizmetin görülmesi sırasında veya görülmesinden dolayı uğradığı zararların da yine kusursuz sorumluluk ilkesi gereğince giderilmesi gerekmektedir³⁶. İdarenin bu sorumluluğu ise kusursuz sorumluluğun dayanmış olduğu mesleki risk ilkesi ile ifade edilmektedir³⁷. Bu çerçevede meslekî risk, risk ilkesinin meslek kazaları alanındaki özel bir uygulanması biçimidir³⁸.

Bununla birlikte mesleki risk ilkesinin dayanağı ve dolayısıyla idarenin sorumluluğu öğretide, risk ilkesi ile açıklandığı gibi kamu külfetleri karşısında eşitlik veya fedakarlığın denkleştirilmesi ilkesi ile de açıklanmaktadır. Risk ilkesi ile yapılan izahatlar, idarenin riskli faaliyetlerinin bulunduğu ve bu faaliyetler açısından ortaya çıkan zararın giderilmesi gerektiği şeklinde belirtilmekte, kamu külfetleri karşısında eşitlik ilkesi ile yapılan izahatta ise kamu personeli tarafından yerine getirilen kamu hizmetinden tüm toplumun faydalanmakta olduğu ancak yapmış olduğu işten kaynaklı oluşan zarara ise sadece kendisinin katlanmasının külfet nimet dengesini bozduğu ve bu nedenle de oluşan zararın tüm topluma pay edilmesi gerektiği şeklinde ifade edilmektedir³⁹. Bu husus Danıştay kararlarında da “Kamu hizmetlerinin görülmesi

<https://lib.kazanci.com.tr/kho3/ibb/files/dsp.php?fn=10d-2018-1314.htm&kw=`kusursuz+sorumluluk`+`2330`&cr=danistay#fm>, e. t. 08.05.2023.

³² “...idarenin bir kusuru olmasa da meydana gelen zararın, kusursuz sorumluluk ilkesi uyarınca tazmin edilmesi, hakkaniyet ve nesafet kuralları gereğidir.” Danıştay 10. D., 17.2.2021 K. T., 2016/1619 E. ve 2021/541 K., <https://lib.kazanci.com.tr/kho3/ibb/files/dsp.php?fn=10d-2016-1619.htm&kw=`kusursuz+sorumluluk`+`hakkaniyet+ve+nesafet`+&cr=danistay#fm>, e. t. 08.05.2023.

³³ “Somut olayda idarenin, kamu yararını gerçekleştirmek, toplumsal bir ihtiyacı karşılamak için bir faaliyette bulunduğu, idarenin, bu hizmetinden tüm toplum yararlanacak olmasına karşın davacıların bir külfet altına sokulduğu ve kamu yararı lehine özel bir fedakarlığa katlanmak zorunda bırakıldığı, bu şekilde bozulan kamu külfetlerinin dağılımındaki dengenin bir denkleştirme ile yeniden kurulması gerektiği, bu denkleştirmenin kamu yararını gerçekleştirmek için girişilen hizmet nedeniyle zarara uğramış olan davacıların zararlarının idarece tazmin edilmesi suretiyle gerçekleşeceği,...” Danıştay İDDGK., 13.4.2022 K. T., 2021/646 E. ve 2022/1390 K., <https://lib.kazanci.com.tr/kho3/ibb/files/dsp.php?fn=iddgk-2021-646.htm&kw=`kamu+k%C3%BClfetleri`+`kusursuz+sorumluluk`&cr=danistay#fm>, e. t. 08.05.2023.

³⁴ “Kusursuz sorumluluk sebepleri arasında yer alan risk ilkesi, idarenin hiçbir kusuru olmasa bile, yürüttüğü tehlikeli faaliyetler veya kullandığı tehlikeli araçlar nedeniyle ortaya çıkan zararı tazmin etmekle yükümlü olmasını ifade etmektedir. İdari faaliyetin bizzatı kendisinin veya faaliyetin yürütülmesinde kullanılan araç ve gereçlerin bünyesinde taşıdığı tehlike nedeniyle hizmeti yürüten kamu görevlilerinin, hizmetten yararlanan kişilerin veya yürütülen hizmetle bağlantısı olmayan üçüncü kişilerin zarara uğraması halinde risk ilkesi uygulama alanı bulmaktadır.” Danıştay 10. D., 25.05.2022 K. T., 2021/6032 E. ve 2022/2738 K., <https://lib.kazanci.com.tr/kho3/ibb/files/dsp.php?fn=10d-2021-6032.htm&kw=`risk+ilkesi`+`kusursuz+sorumluluk`&cr=danistay#fm>, e. t. 08.05.2023.

³⁵ Çağlayan, s. 454.

³⁶ Çağlayan, s. 467.

³⁷ Oflaz, s. 67.

³⁸ Günday, Metin. *İdare Hukuku*, Güncelleştirilmiş 8. Baskı, İmaj Yayınevi, Ankara, 2003, s. 331; Işıklar, s. 123.

³⁹ Oflaz, s. 68-69.

sırasında meydana gelen zararların bir veya birkaç kişiye yükletilmesine ne eşitlik esası ne de hakkaniyet ve nesafet kuralları izin verir.” şeklinde ifade edilmiştir⁴⁰.

Neticede mesleki risk ilkesi, bünyesinde risk barındıran kamu hizmetlerinin ifası sırasında kamu görevlisi nezdinde ortaya çıkan zararlara ilişkin olmakla birlikte, kamu görevi ile ilişkilendirildiği takdirde risk barındırmayan kamu hizmetlerinden doğan zararları da kapsamaktadır⁴¹.

II. NAKDİ TAZMİNAT VE AYLIK BAĞLANMASI HAKKINDA KANUN’UN AMACI VE KAPSAMI

Türkiye’de de bazı meslekler açısından özellikle de taşıdıkları risk nedeniyle, çalışanların görevlerinden kaynaklı uğradıkları zararların tazimini için özel yasal düzenlemeler yapılmıştır. Bu düzenlemelerden birisi de 2330 sayılı Kanun’dur⁴². Şimdi de konumuz itibarıyla bu kanunu aşağıda daha yakından inceleyeceğiz.

A. Amacı

2330 sayılı Kanunu’nun amacı, 1. maddesinde;

“barışta güven ve asayişini korumak, kaçakçılığı men, takip ve tahkikle, trafik ve yol güvenliğini veya tutuklu ve hükümlülerin sevk ve nakillerini sağlamakla görevli olanların; Türk Silahlı Kuvvetleri, Jandarma Genel Komutanlığı, Sahil Güvenlik Komutanlığı ve Emniyet Teşkilatında bulunan patlayıcı maddelerin incelenmesi, muhafazası, nakli, imha edilmesi ve zararsız hâle getirilmesi işlemlerinde görevlendirilenlerin bu görevlerinden dolayı ya da görevleri sona ermiş olsa bile yaptıkları hizmet nedeniyle derhal veya bu yüzden maruz kaldıkları yaralanma veya hastalık sonucu ölmeleri veya engelli hâle gelmeleri halinde ödenecek nakdi tazminat ile birlikte bağlanacak aylığın ve bu yüzden yaralanmaları halinde ödenecek nakdi tazminatın esas ve yöntemlerinin düzenlenmesidir.”

şeklinde belirtilmiştir. Madde metninden de görüldüğü üzere 2330 sayılı Kanun’un amacı temel olarak güvenlik ve güvenliğin sağlanması nedeniyle yapılan görevlerden kaynaklı zararların giderilmesidir. Bununla birlikte kanun amacında belirtilen görevler, yerine getirenler açısından riskli olmakla birlikte toplum açısından da önem arz eden iş ve işlemlerdir. Dolayısıyla toplumu ilgilendiren bu denli önemli ancak uhdesinde risk barından görevlerden kaynaklı, görevleri yerine

⁴⁰ Danıştay 10. D., 26.05.1982 K. T., 1982/1267 E. ve 1982/1445 K., [⁴¹ Oflaz, s. 70-71.](https://lib.kazanci.com.tr/kho3/ibb/files/dsp.php?fn=10d-1982-1267.htm&kw=`Kamu+hizmetlerinin+g%C3%B6r%C3%BClmesi+s%C4%B1ras%C4%B1nda`+ne+e%C5%9Fitli k+esas%C4%B1+ne+de+hakkaniyet`&cr=danistay#fm, e. t. 04.05.2023.</p></div><div data-bbox=)

⁴² Çelik, Ahmet Çelik. *İdari Yargıda Ölüm ve Bedensel Zararlar Nedeniyle Tazminat Davaları*, Seçkin Yayıncılık, Güncellenmiş 2. Baskı, Ankara, 2022, s. 249; İsbir, Begüm. “Sosyal Risk İlkesinde Kanuni Bir Yöntem: 5233 Sayılı Kanun ve Uygulanması”, *Memleket Yönetim Siyaset Dergisi*, Cilt 10, Sayı 24, 2015, s. 87; Çağlayan, s. 467-468; Avcı, s. 41; Çapar, s. 103.

getirenler ile yakınları işbu kanun ile ekonomik olarak güvence ve teminat altına alınmıştır. Bu çerçevede 2330 sayılı Kanun, kamunun sosyal sorumluluğunu özel olarak düzenlemiştir⁴³.

B. Kapsamı

2330 sayılı Kanunu'nun kapsamı ise 2. maddesinde;

“Bu kanun;

a) İçgüvenlik ve asayişin korunması veya kaçakçılığın men, takip ve tahkiki veya trafik ve yol güvenliğini sağlamak konularında görevlendirilen:

1. (Değişik: 7/6/1990-3658/1 md.) Jandarma Genel Komutanlığı, Emniyet Genel Müdürlüğü ve Sahil Güvenlik Komutanlığı personelini,

2. Silahlı Kuvvetler mensuplarını,

3. Milli İstihbarat Teşkilatı mensuplarını,

4. Çarşı, mahalle ve kır bekçilerini,

5. (Değişik: 7/6/1990-3658/1 md.) Orman memurları ve personeli ile Gümrük Muhafaza memurlarını,

b) Güven ve asayiş ihlal eden eylemlere ve kaçakçılığa ilişkin olayların soruşturma ve kovuşturma işlemlerini yürüten adli ve askeri hakimleri, Cumhuriyet savcı ve yardımcılarıyla askeri savcı ve yardımcıları;

c) (Değişik: 4/7/2012-6353/73 md.) Güven ve asayiş ihlal eden eylemler ile kaçakçılığa ilişkin eylemlerin önlenmesine yönelik görev yapan mülki idare amirlerini;

d) Tutuklu ve hükümlülerin sevk ve nakilleri ile ceza ve tutukevlerinin iç ve dış güvenliğini sağlamakla görevli bulunan personeli;

e) Güven ve asayişin korunmasında hizmetlerinden yararlanılması zorunlu olan ve yetkililerce kendilerine bu amaca yönelik görev verilen kamu görevlileri ve sivilleri;

f) (Ek: 7/6/1990-3658/1 md.) İç güvenlik ve asayişin korunmasında veya kaçakçılığın men, takip ve tahkiki ile ilgili olarak güvenlik kuvvetlerine kendiliklerinden yardımcı olmuş ve faydalı oldukları yetkililerce tevsik edilmiş şahısları;

g) (Ek: 7/6/1990-3658/1 md.) Devlet güçlerini sindirme amacına yönelik olarak yapılan saldırılara maruz kalan kamu görevlilerini;

h) (Ek: 12/7/2013-6495/79 md.) Türk Silahlı Kuvvetleri, Jandarma Genel Komutanlığı, Sahil Güvenlik Komutanlığı ve Emniyet Teşkilatında bulunan ve 24/2/2000 tarihli ve 4536 sayılı Denizlerde ve Yurt Yüzeyinde Görülen Patlayıcı Madde ve Şüpheli Cisimlere Uygulanacak Esaslara İlişkin Kanunda tanımlanan patlayıcı maddelerin incelenmesi, muhafazası, nakli, imha edilmesi ve zararsız hâle getirilmesi işlemlerinde görevlendirilenleri;

ı) (Ek: 7/6/1990-3658/1 md.) Yukarıdaki bentlerde sayılanların yaptıkları görevler veya yardımlar sebebiyle saldırıya maruz kalan eş, fîru, ana, baba ve kardeşlerini; kapsar.”

şeklinde belirtilmiştir. Maddenin a, b, c, d, g ve h bentlerinde açıkça kanun kapsamında bulunan kamu görevlileri tek tek sayılmış iken e ve f bentlerinde kamu hizmetinin yerine getirilmesinde geçici olarak görevlendirilen diğer kamu görevlileri ile sivil kişilerde kanunun kapsamı içerisine alınmıştır⁴⁴.

⁴³ Başbuğ, Aydın. “Asker Kişilerin Beden ve Ruh Bütünlüğünün İhlalinden Doğan Zararlardan Milli Savunma Bakanlığının Sorumluluğu”, *İş ve Hayat Dergisi*, 1. Cilt, Sayı 1, 2015, s. 239.

⁴⁴ Başbuğ, s. 239; Oflaz, s. 105.

Bununla birlikte geçici olarak görevlendirilen kişilerin zarara uğraması nedeniyle idarenin sorumluluğu için yapılan faaliyetin bir kamu hizmeti olması, zarar görenin bu kamu hizmetine bizzat ve bilfiil katılması ve bu katılmanın talep sonucunda veya faydalı olduğu daha sonra ortaya konulmak şartıyla kendiliğinden yapılmış olması gerekmektedir⁴⁵.

Bu doğrultuda Danıştay tarafından verilen bir kararda, güvenlik güçlerine yardım eden sivillere dahi nakdi tazminat ödendiği hususu belirtilmek suretiyle, geçici köy koruculuğuna atanma şartlarını taşımamasına rağmen bu sıfatla çalışan bir kişinin, gözetleme faaliyetleri için görevlendirildiği yerde dengesini kaybederek düşmesinden kaynaklı yaralanması olayında, bu yaralanmanın 2330 sayılı Kanun kapsamında kaldığı belirtilmiştir⁴⁶.

Yine Danıştay tarafından verilen bir başka kararda, TCDD Ankara Garında sözleşmeli personel olarak görev yapan bir koruma ve güvenlik görevlisinin, gar önünde yapılan TEKEL işçilerine destek mitinginde darp edilerek yaralanması olayı nedeniyle 2330 sayılı Kanun'un uyarınca kendisine nakdi tazminat ödenmesi yolunda yaptığı başvurunun reddine ilişkin idari işlemin iptaline karar verilmiştir. İlgili karar uyarınca sözleşmeli personele ilişkinde mesleki risk ilkesi kabul edilmiş ve kanun kapsamı içerisinde değerlendirilmiştir⁴⁷.

Görüldüğü üzere 2330 sayılı Kanun kapsamına tehlikeli işler ile ilgili görevli olan kamu personelleri dahil olduğu gibi bu konuda geçici olarak görevlendirilen görevliler, sözleşmeli personeller ile siviller de dahil edilmiştir.

Ancak bu aşamada kanun kapsamında kalan olayların tespiti için mesleki risk ilkesi ve sosyal risk ilkesinin de birbirinden ayırt edilmesi gerekmektedir. Bu husus, Danıştay tarafından verilen bir kararda vukua gelen olay üzerinden⁴⁸;

“Bölge İdare Mahkemesince, olayda davalı idareye yüklenebilecek herhangi bir hizmet kusuru bulunmamakla birlikte davacının görevi nedeniyle Diyarbakır ili, Sur ilçesinde yaşamını sürdürdüğü ve görevine gitmeye hazırlanırken meydana gelen olay sonucu yaralandığı, davacının kamu görevlisi sıfatının zararın oluşmasında etkili olduğu, bu nedenle zararın kusursuz sorumluluk ilkesi (mesleki risk ilkesi) uyarınca tazmin edilmesi gerektiği gerekçesiyle tazminata hükmedilmişse de; dava konusu olayda ...'nin yaralanmasına neden olan merminin kime ait olduğunun tespit edilemediği, ayrıca adı geçen davacının uğradığı zarar ile kamu görevi arasında uygun bir illiyet bağının bulunmadığı, başka bir ifadeyle tazminat istemine konu zararın, görevinin neden ve tesiriyle oluşmadığı,

⁴⁵ Gözler, s. 1227.

⁴⁶Danıştay 10. D., 15.03.2004 K. T., 2002/6577 E., 2004/2481 K., <https://lib.kazanci.com.tr/kho3/ibb/files/dsp.php?fn=10d-2002-6577.htm&kw=`2002/6577`&cr=danistay#fm>, e. t. 15.05.2023.

⁴⁷Danıştay 10. D., 27.04.2011 K. T., 2011/37 E., 2011/1621 K., <https://lib.kazanci.com.tr/kho3/ibb/files/dsp.php?fn=10d-2011-37.htm&kw=`2011/37`&cr=danistay#fm>, e. t. 15.05.2023.

⁴⁸Danıştay 10. D., 28.06.2022 K. T., 2021/6447 E. ve 2022/3612 K., <https://lib.kazanci.com.tr/kho3/ibb/files/dsp.php?fn=10d-2021-6447.htm&kw=`risk+ilkesi`+`kusursuz+sorumluluk`&cr=danistay#fm>, e. t. 08.05.2023. Benzer karar için bkz. Erzurum BİM 2. İDD., 08.12.2022 K. T., 2022/1455 E., 2022/5210 K.

dolayısıyla idarenin nedensellik bağına bağlı olan hizmet kusuru veya kusursuz sorumluluğunun söz konusu olmadığı, dava konusu olayın gerçekleştiği yer ve zaman dikkate alındığında, terör örgütü mensuplarının eylemlerini artırması sebebiyle güvenlik güçlerince yoğun operasyonların düzenlendiği, sokağa çıkma yasaklarının ilan edildiği bir bölge ve dönem olduğu, davacının yaralanmasına sebep olan merminin kim tarafından atıldığı belli olmamakla birlikte, evin çatışma bölgesine cephesinin bulunduğu camdan içeri girdiği, bu haliyle dava konusu olayın, terör olayı olduğu ve meydana gelen manevi zararın sosyal risk ilkesi gereğince topluma pay edilmesi gerektiği sonucuna varılmaktadır. Buna göre, davacıların manevi olarak uğradıkları zararın sosyal risk ilkesi uyarınca tazmini gerekmekte”

şeklinde, 2330 sayılı Kanun kapsamında olan görevlilerin veya yine 2330 sayılı Kanun kapsamında görevlendirilenlerin, uğramış olduğu her zararın 2330 sayılı Kanun uyarınca giderilmeyeceği belirtilmiştir. Dolayısıyla terör eyleminden zarar görmekle birlikte güvenlik hususunda görevli olmayan sivillerin, 2330 sayılı Kanun uyarınca tazminat talebinde bulunması mümkün değildir⁴⁹.

III. NAKDİ TAZMİNAT VE AYLIK BAĞLANMASI HAKKINDA KANUNDA ÖNGÖRÜLEN TAZMİNAT, YARDIM VE DİĞER ÖDEMELER

2330 sayılı Kanun’un kapsamı içerisinde bulunan hak sahiplerine; kanunun 3. maddesinde ödenecek nakdi tazminat miktarları ile belirlenme usulleri; 4. maddesinde tesis edilecek emekli aylığı miktarı ile belirlenme usulleri; 7. maddesinde ise sağlanacak öğretim ve sağlık yardımı düzenleme altına alınmıştır. İlgili düzenleme uyarınca kişilerin 2330 sayılı Kanun uyarınca talepte bulunmaları için öncelikle 5510 sayılı Kanun uyarınca görev malullüğünün tespiti gerekmektedir⁵⁰.

Ayrıca yine 2330 sayılı Kanun’un 10. maddesi ile de kanun kapsamında kalan tazminatların ödenme şeklinin, “kanunun yürürlüğe girdiği tarihten itibaren 3 ay içinde Bakanlar Kurulunca” hazırlanacak yönetmelikle düzenleneceği ifade edilmiş olup bu ibare ise 698 sayılı KHK ile “Cumhurbaşkanınca” şeklinde değiştirilmiştir.

Dolayısıyla 2330 sayılı Kanun’un 10. maddesi uyarınca, 18/01/1993 tarih ve 21469 sayılı resmî gazetede yayımlanan Nakdi Tazminat ve Aylık Bağlanması Hakkında Yönetmelik uyarınca hem işbu kanun hem de bir dizi kanuna göre nakdi tazminat verilmesi, aylık bağlanması ve yapılacak diğer yardımların esas ve usulleri düzenlenmiş olup bu hususlar aşağıda başlıklar şeklinde incelenecektir.

2330 sayılı Kanun kapsamında hazırlanan Nakdi Tazminat ve Aylık Bağlanması Hakkında Yönetmeliğin 2. maddesinde, yönetmeliğin kapsamı belirtilmekle birlikte, 2330 sayılı Kanun’un

⁴⁹ Çapar, s. 104.

⁵⁰ Örüçü, Yunus. “Türk Sosyal Güvenlik Hukukunda Asker Kişilerin Vazife Malullüğü Sigortası”, *Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi*, Ankara, 2019, s. 119.

kapsamından daha geniş bir düzenleme alanı bulunduğu görülmektedir. Bunun nedeni ise ilgili yönetmeliğin hem 2330 sayılı Kanun hem de birden çok farklı kanunlara ilişkin uygulanacak esas ve usulleri düzenleme altına almasından kaynaklanmaktadır. Bu çerçevede işbu çalışmada, ilgili yönetmeliğin 2330 sayılı Kanun'un kapsamında bulunan görevliler ve görevlendirilenler açısından belirlemiş olduğu usul ve esaslar dikkate alınacaktır.

Bununla birlikte 2330 sayılı Kanun uyarınca ödenecek olan tazminat ve aylık, uğranılan maddi ve manevi zararların karşılığı olup ayrıca yargı mercilerinde açılacak dava üzerine maddi ve manevi zararlar karşılığı olarak idarenin ödemekle yükümlü tutulacakları tazminatın hesabında 2330 sayılı Kanun hükümlerine göre ödenen nakdi tazminat ile bağlanmış bulunan aylıklar mahsup edilir⁵¹. Ancak hak sahiplerine ödenen nakdi tazminat ve bağlanan aylıklar nedeniyle kişilerin maddi zararlarının kalmadığı gerekçesiyle idare mahkemesince maddi tazminat talepleri reddedilmektedir⁵². Lakin bu husus Anayasa'nın 19/9. maddesinde belirtilen "...kişilerin uğradıkları zarar, tazminat hukukunun genel prensiplerine göre, Devletçe ödenir." hükmüne ve 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 55. maddesindeki sorumluluk hukuku ilkelerine göre hesaplanması öngörülen bedensel zarar ve destekten yoksun kalma zararlarına ilişkin hükme aykırılık teşkil etmektedir. Dolayısıyla hak sahiplerince idari yargıda ölüm veya bedensel zararlar nedeniyle açılacak tazminat davalarında öncelikle tazminat hesabı yapılması akabinde ise yapılan nakdi tazminat ödemeleri ve bağlanan aylıklar mahsup edildikten sonra var ise kalan bakiye tazminat üzerinden karar verilmesi gerekmektedir⁵³.

A. Nakdi Tazminat Ödemesi

1. Tanımı ve Kapsamı

Nakdi tazminat, 2330 sayılı Kanun kapsamında meydana gelen ölüm, maluliyet veya yaralanmalar nedeniyle hak sahiplerinin zararlarının ekonomik olarak giderilmesine yönelik ödemedir. Bir başka ifade ile herhangi bir adli karar gerekmeden yetkili komisyonca alınacak karar uyarınca 2330 sayılı Kanun kapsamında bulunan görevler dolayısıyla oluşan zararların giderilmesine ilişkin ödemedir⁵⁴.

İlgili ödemeyi yapmakla yükümlü olan idare; 2330 sayılı Kanun uyarınca, güvenlik ve asayişin korunmasında hizmetlerinden yararlanması zorunlu görülen ve bu amaca yönelik görev verilen veya güvenlik kuvvetlerine kendiliklerinden yardımcı olan şahıslar ile bunların eş, füru, ana, baba ve kardeşlerine ödenecek tazminatlar için İçişleri Bakanlığı, diğer kamu personeli ile bunların eş, füru, ana, baba ve kardeşlerinin tazminatları için ise bu personelin bağlı olduğu bakanlık veya kurumdur.

⁵¹ Oflaz, s. 106.

⁵² Danıştay 10. D., 21.10.2020 K. T., 2016/1007 E., 2020/4059 K., 26.10.2020 K. T., 2015/3120 E., 2020/4160 K., <https://www.sinerjimevzuat.com.tr/index.jsf?dswid=3122#>, e. t. 08.06.2023.

⁵³ Çelik, s. 59-60.

⁵⁴ Türkiye Cumhuriyeti Milli Savunma Bakanlığı, Nakdi Tazminat İşlemleri, <https://www.msb.gov.tr/Personel/icerik/nakdi-tazminat-islemleri>, e. t. 05.06.2023.

Bu çerçevede, 2330 sayılı Kanun kapsamında vukua geldiği değerlendirilen olay nedeniyle ilgili bakanlık veya kurumca, ilgili olaya ilişkin durum belgesi düzenlenir ve re'sen kendi bünyesinde belirlenecek personel, maliye, hukuk ve sağlıkla görevli birim amirleri ile konuyla ilgili diğer yetkililerden Nakdi Tazminat Komisyonu oluşturulur. Komisyon tarafından meydana gelen olay ile ilgili olarak gerekli evraklar temin edilerek oluşturulacak dosya üzerinden hak sahiplerine tazminat ödemesine veya ödenmemesi ilişkin karar alınır. Komisyon kararları ise ilgili bakanlık veya kurumun en üst amiri veya bunların yetkili kılacağı merci tarafından onaylanır⁵⁵. Dolayısıyla 2330 sayılı Kanun uyarınca tazminat ödenip ödenmeyeceğine ilişkin karar yetkisi oluşturulan Nakdi Tazminat Komisyonuna aittir⁵⁶. Ayrıca her ne kadar vukua gelen olaya ilişkin olarak idare tarafından hazırlık işlemi niteliğinde durum belgesi düzenlenmekte ise de işbu durum belgesine karşı dava açılması mümkün değildir⁵⁷.

Şayet idare tarafından 2330 sayılı Kanun uyarınca tazminat ödenip ödenmemesine ilişkin re'sen harekete geçilip karar verilmez ise ilgililer tarafından da yukarıda belirtildiği üzere İçişleri Bakanlığına veya personelin bağlı bulunduğu ilgili bakanlık veya kuruma başvuruda bulunulabilir⁵⁸.

Görüldüğü üzere, nakdi tazminat için hem 2330 sayılı Kanun'unda hem de 2330 sayılı Kanun uyarınca çıkarılan yönetmelikte herhangi bir başvuru şartı bulunmamakta olup Danıştay tarafından verilen kararlarda da idarenin re'sen harekete geçeceği belirtilmiştir⁵⁹.

Bununla birlikte şayet idarenin re'sen harekete geçmemesi halinde, ilgili kişilerin tazminat talebi ile ne kadar süre içerisinde idareye başvuru yapılacağına dair de yine 2330 sayılı Kanun'da ve 2330 sayılı Kanun uyarınca çıkarılan yönetmelikte herhangi bir başvuru süresi öngörülmemiştir. Ancak Danıştay kararları uyarınca, olay tarihinden itibaren genel zamanaşımı süresi içerisinde, bir başka ifade ile olay tarihinden itibaren 10 yıllık süreden sonra artık ilgililer tarafından nakdi tazminat talebiyle yapılan başvuruların reddine karar verilmesi gerektiği istikrarlı

⁵⁵ Örücü, s. 125-126.

⁵⁶ "2330 sayılı Yasa uyarınca nakdi tazminat ödenmesi istemiyle idareye yaptıkları başvurunun davalı idare bünyesinde kurulmuş bir Nakdi Tazminat Komisyonunca değerlendirilmesi gerekirken, başvurunun 2577 sayılı Yasanın 13.maddesinde öngörülen şekilde idari eylemden doğan bir tazminat başvurusu gibi değerlendirilerek başvurunun zamanaşımına uğradığından bahisle hukuk müşavirliğince reddine ilişkin işlemde hukuka uyarlık bulunmadığı gerekçesiyle işlemin iptaline ilişkin mahkeme kararında usul ve yasaya aykırılık yoktur." Danıştay 10. D., 19.02.2003 K. T., 2001/627 E., 2003/525 K., <https://lib.kazanci.com.tr/kho3/ibb/files/dsp.php?fn=10d-2001-627.htm&kw=2001/627&cr=danistay#fm>, e. t. 04.06.2023.

⁵⁷ "Davacıların geçici köy korucusu olan murislerinin 27.9.2001 tarihinde evinde silahını temizlerken kazaen kendisini vurarak ölümü nedeniyle nakdi tazminattan yararlanmak için yapılan başvuru üzerine davalı idarece düzenlenen "Durum Belgesi" nin iptali istemiyle açılan dava sonucunda, Van İdare Mahkemesince; iptal davasına konu "Durum Belgesi" nin nakdi tazminat ödenmesi konusunda idarenin hazırlık işlemleri niteliğinde bir belge olduğu, içeriği ve niteliği itibarıyla anılan belgenin kesin ve yürütülmesi gereken bir işlem niteliğinde olmadığı gerekçesiyle 2577 sayılı Yasanın 15/1-b maddesi uyarınca davanın reddine" Danıştay 10. D., 16.06.2006 K. T., 2004/11864 E., 2006/3978 K., <https://lib.kazanci.com.tr/kho3/ibb/files/dsp.php?fn=10d-2004-11864.htm&kw=2004/11864&cr=danistay#fm>, e. t. 04.06.2023.

⁵⁸ Oflaz, s. 106.

⁵⁹ Bağrıaçık, Ahmet. "Tam Yargı Davasında Dava Açma Süresi", *Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Doktora Tezi*, Ankara, 2021, s. 66; "2330 sayılı Kanun'da ve kanun uyarınca çıkarılan yönetmelikte, ilgililerin nakdi tazminattan yararlandırılmaları için bir başvuru şartı veya başvuru süresi öngörülmediğinden" Danıştay 12. D., 17.06.2021 K. T., 2019/7790 E., 2021/4075 K., <https://lib.kazanci.com.tr/kho3/ibb/files/dsp.php?fn=12d-2019-7790.htm&kw=2019/7790&cr=danistay#fm>, e. t. 05.06.2023.

olarak belirtilmiştir⁶⁰. Her ne kadar 10 yıllık zamanaşımı süresi, Danıştay tarafından 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'na atfen kabul edilmiş⁶¹ ise de yine 6098 sayılı Kanunu'nda belirtilen uzamış zamanaşımı süresi dikkate alınmamış⁶² ve başvuru bu yönüyle eleştiriye açık bir şekilde reddedilmiştir⁶³.

Bu çerçevede 2330 sayılı Kanun kapsamından yararlanmak isteyen hak sahipleri tarafından zamanaşımı süresi içerisinde ilgili idareye başvuru yapılarak tesis edilen işlemlere karşı 2577 sayılı İdari Yargılama Usul Kanunu uyarınca 60 gün içinde iptal davası açılabileceği gibi yine aynı süre içerisinde doğrudan tam yargı davası da açılabilir⁶⁴. Açılacak iptal davası açısından 2577 sayılı Kanun'un "İdarî davalarda genel yetki" başlıklı 32. maddesinin 1. fıkrasında, "Göreve ilişkin hükümler saklı kalmak şartıyla bu kanunda veya özel kanunlarda yetkili idare mahkemesinin gösterilmemiş olması halinde, yetkili idare mahkemesi, dava konusu olan idarî işlemi veya idarî sözleşmeyi yapan idarî merciin bulunduğu yerdeki idare mahkemesidir." kuralına yer verilmiştir. Bu çerçevede işlem yapan idarenin bulunduğu yerdeki idare mahkemesi 2330 sayılı Kanun

⁶⁰ "Dosyanın incelenmesinden, davacının eşinin 12.10.1991 tarihinde terör örgütü tarafından öldürülmesi nedeniyle nakdi tazminat ödenmesi istemiyle yapılan başvurunun 27.01.2004 tarihli işlemle reddedilmesi üzerine davacı tarafından 01.12.2011 tarihinde tekrar başvuru yapıldığı, 27.01.2004 tarihli işlemin ikinci başvuru üzerine 28.12.2011 tarihli işlemle bildirildiği öne sürülerek işlemin iptali istemiyle bakılan davanın açıldığı anlaşılmaktadır. Bu durumda, 12.10.1991 tarihinde meydana gelen olay nedeniyle davacı tarafından nakdi tazminat ödenmesi istemiyle on yıllık zamanaşımı süresinde davalı idareye başvuruda bulunulması gerekirken, bu süre geçirildikten sonra yapılan başvuruda zamanaşımı bulunduğundan, İdare Mahkemesince davanın reddine karar verilmesi gerekirken, işin esasına girilerek dava konusu işlemin iptali yolunda verilen kararda hukuka uygunluk bulunmamıştır." Danıştay 11. D., 20.02.2018 K. T., 2016/435 E., 2018/971 K., <https://lib.kazanci.com.tr/kho3/ibb/files/dsp.php?fn=11d-2016-435.htm&kw=`2016/435`&cr=danistay#fm>, e. t. 05.06.2023. Benzer kararlar için bkz. Danıştay 12. D. 17.06.2021 K. T., 2019/7790 E., 2021/4075 K., 11. D., 15.02.2018 K. T., 2016/411 E., 2018/868 K., 09.02.2018 K. T., 2016/432 E., 2018/728 K., 10. D., 25.06.1997 K. T., 1997/1839 E., 1997/258 K.

⁶¹ "2330 sayılı Kanun ve anılan yönetmelik ile ilgililerin nakdi tazminattan yararlandırılmaları için bir başvuru süresi öngörülmediğinden, Borçlar Kanunu'nda belirlenen on yıllık genel zamanaşımı süresinde yapılacak başvurular üzerine tesis edilecek işlemlerin tebliğini izleyen günden itibaren 2577 Sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nda düzenlenen idari dava açma süresi içinde dava açılması gerekmektedir." Danıştay 11. D., 15.08.2018 K. T., 2016/411 E., 2018/868 K., <https://lib.kazanci.com.tr/kho3/ibb/files/dsp.php?fn=11d-2016-411.htm&kw=`2016/411`&cr=danistay#fm>, e. t. 11.06.2023.

⁶² "İdare mahkemesince; her ne kadar 6098 sayılı Kanun'un 72.maddesi uyarınca tazminat istemiyle yapılacak başvurularda zamanaşımı süresi 10 yıl olarak belirlenmiş ise de, aynı maddede tazminat isteminin ceza kanunlarının daha uzun bir zamanaşımı öngördüğü cezayı gerektiren bir fiilden doğmuş olması halinde, belirtilen zamanaşımının uygulanması gerektiği, bu hususun kanun hükmünde tereddüt yer bırakmayacak şekilde açıklandığı, dava konusu olay ile ilgili zamanaşımı süresinin 20 yıl olduğu ve bu sürenin 19.09.2014 tarihinde dolduğu, davacı tarafından tazminat istemiyle yapılan başvurunun tarihinin ise 15.04.2014 olduğu, buna göre zamanaşımı süresi içerisinde başvurunun yapıldığı, bu nedenle talebin zamanaşımı süresinin dolduğundan bahisle reddi yolunda tesisi edilen işlemde hukuka uygunluk bulunmadığı gerekçesiyle dava konusu işlemin iptaline, ...karar verilmiştir. ... Dosyanın incelenmesinden; Kahramanmaraş İli, Ekinözü İlçesi, Gözpınar Köyü muhtarı olarak görev yapmakta iken 19.09.1994 tarihinde terör örgütü mensupları tarafından öldürülen S.Ç.'in eşi A.Ç. tarafından 2330 sayılı Kanun uyarınca tarafına nakdi tazminat ödenmesi talebiyle 15.04.2014 tarihinde yapılan başvurunun, 6098 Sayılı Borçlar Kanunu uyarınca on yıllık zamanaşımı süresinin aşıldığından bahisle reddedilmesi üzerine bakılan davanın açıldığı anlaşılmaktadır. Bu durumda, 19.09.1994 tarihinde meydana gelen olay nedeniyle davacı tarafından nakdi tazminat ödenmesi istemiyle on yıllık zamanaşımı süresinde davalı idareye başvurması gerekirken, bu süre geçirildikten çok sonra 15.04.2014 tarihinde yapılan başvuruda zamanaşımı bulunduğundan, İdare Mahkemesince davanın reddine karar verilmesi gerekirken, dava konusu işlemin iptali ...yolundaki kararında hukuka uygunluk görülmemiştir." Danıştay 11. D., 22.03.2018 K. T., 2016/474 E., 2018/1673 K., <https://lib.kazanci.com.tr/kho3/ibb/files/dsp.php?fn=11d-2016-474.htm&kw=`2016/474`&cr=danistay#fm>, e. t. 11.06.2023.

⁶³ Bağrıaçık, s. 67.

⁶⁴ Çelik, s. 160.

kapsamında yapılacak tazminat davasında görevli ve yetkilidir⁶⁵. Ek olarak hak sahipleri tarafından açılacak tam yargı davasından ise zararı doğuran idari uyuşmazlığı çözümlenmeye yetkili idare mahkemesi yetkilidir. Bununla birlikte zarar, bayındırlık ve ulaştırma gibi bir hizmetten veya idarenin herhangi bir eyleminden doğmuş ise, hizmetin görüldüğü veya eylemin yapıldığı yer, diğer hallerde ise davacının ikametgahının bulunduğu yer idari mahkemesi yetkilidir⁶⁶.

Danıştay tarafından, engellilik durumunun ilerleyen sürede artması veya tazminata konu olayın etkisi ile ilerleyen sürede ölümün gerçekleşmiş olması halinde ise her zaman idareye başvuru yapılabileceği ve mevcut yeni duruma göre tazminat ödenmesi gerektiği belirtilmiştir⁶⁷.

⁶⁵ “...davanın konusunun 2330 sayılı Kanun kapsamında vazife malulü sayılıp sayılmamaya ilişkin olması ve bu konuda değerlendirme yapma ve işlem tesis etme yetkisinin de münhasıran Sosyal Güvenlik Kurumuna ait olması karşısında, 2577 sayılı Kanun'un 32. maddesinin 1. fıkrası uyarınca, uyuşmazlığın çözümünde yetkili mahkeme, davacı hakkında idari işlemi tesis eden Sosyal Güvenlik Kurumu Başkanlığının bulunduğu Ankara ilinin idari yargı çevresi bakımından bağlı olduğu Ankara İdare Mahkemesidir.” Danıştay 12. D., 30.12.2019 K. T., 2019/7716 E., 2019/10877 K.,

⁶⁶ “Uyuşmazlığın, polis memuru ...'ın görevli olarak Niğde ili sınırları içerisinde yol uygulamasında bulunduğu esnada, terör örgütü mensuplarınca yapılan saldırı sonucunda şehit olması üzerine eşi ve çocukları tarafından açılan bir tam yargı davası niteliğinde olduğu; bu sebeple, davanın görüş ve çözümünde yetkili olan idare mahkemesinin 2577 sayılı Kanun'un 36.maddesinin 1. fıkrasının (b) bendi gereği eylemin yapıldığı yer mahkemesi olarak belirlenmesi gerektiği, bakılmakta olan tam yargı davasına konu manevi tazminat istemine neden olan idari faaliyetin ise Niğde ili sınırları içerisinde gerçekleşmesi karşısında, uyuşmazlığın görüş ve çözümünün Niğde ilinin idari yargı çevresi bakımından bağlı bulunduğu ...İdare Mahkemesi'nin yetkisinde olduğu görülmektedir.” Danıştay 10. D., 04.10.2021 K. T., 2016/2683 E., 2021/4539 K., [⁶⁷ “davacı tarafından sakatlık oranının arttığı gerekçesiyle maluliyet derecesinin son duruma göre belirlenmesi yönünde Sosyal Güvenlik Kurumu Başkanlığına yapılan başvurunun reddine ilişkin T.C. Emekli Sandığı işlemine karşı açılan davada Ankara 13. İdare Mahkemesi'nin E:2017/203 K:2017/3153 Sayılı kararı ile davanın reddine karar verildiği, temyiz edilen söz konusu karar üzerine Danıştay On birinci Dairesince E:2018/765 K:2018/2372 Sayılı karar ile davacının maluliyetinde değişiklik meydana gelmesi durumunda, bu maluliyet derecesinin tespiti için her zaman başvuruda bulunabileceğinden kararın bozulmasına karar verildiği görülmekte olup, bu durumda, vazife malulü olan davacının, malullük oranında değişiklik olup olmadığının tespitine esas olmak üzere; Nakdi Tazminat Verilmesi ve Aylık Bağlanması Hakkında Yönetmeliğin Ek 1. maddesi gereğince, nakdi tazminat ödendikten sonra aynı olay nedeniyle murisin ölümü nedeniyle eldeki mevcut raporlara göre belirlenecek sakatlık derecesine göre ilk sağlık raporundaki maluliyet durumunun değişmesi halinde tazminat miktarının yeniden belirlenmesi gerekmekte olup, davacının aynı olay sebebiyle GATA Askeri Hastanesinde yapılan muayenesi sonucu 14.02.2007 tarihli sağlık kurulu raporu aldığı ve bu rapora göre maluliyet derecesinin artmış olduğu gözetilmeksizin, davacının başvurusunun reddine ilişkin dava konusu işleminde ve bu işlemin iptali istemiyle açılan davanın reddi yolundaki idare mahkemesi kararında hukuka uygunluk bulunmamaktadır.” Danıştay 11. D., 23.05.2018 K. T., 2016/548 E., 2018/2548 K.,](https://lib.kazanci.com.tr/kho3/ibb/files/dsp.php?fn=10d-2016-2683.htm&kw=`nakdi+tazminat`+`yetkili+mahkeme`&cr=danistay#fm, e. t. 09.06.2023.</p>
</div>
<div data-bbox=)

Ek olarak Cumhurbaşkanı tarafından, olağanüstü halin devamı süresince hak sahiplerine ödenecek tazminat tutarlarının yarıya kadar indirilmesine veya nakdi tazminata ilişkin hükümlerin uygulanmamasına ilişkin karar verilebilir.

Yukarıda ifade edildiği üzere, 1995 – 20/03/2014 tarihleri arasında İçişleri Bakanlığı İller İdaresi Genel Müdürlüğünce, 2330 sayılı Nakdi Tazminat ve Aylık Bağlanması Hakkında Kanun kapsamında 4.107 talep dosyası incelenerek 3.282 adedi için tazminat ödenmesi uygun görülmüş, 825 dosyaya ise ret kararı verilmiştir. Daha önce ise Jandarma Genel Komutanlığınca 1070, Personel Genel Müdürlüğünce 37 olmak üzere neticede 5214 dosya karara bağlanmıştır⁶⁸. Yine aynı tarihler arasında toplamda 23.268.711,00 TL tazminat ödemesi yapılmıştır⁶⁹.

Ayrıca her ne kadar kanun kapsamında hak sahipleri lehine nakdi tazminat ödenmiş ve aylık bağlanmış olsa da kusursuz sorumluluk ilkesi uyarınca idarenin ayrıca tazminat sorumluluğu da devam etmektedir⁷⁰. Dolayısıyla idarece 2330 sayılı Kanun uyarınca hak sahiplerine ödenen tazminatın ve bağlanan aylığın yetersizliği nedeniyle yine hak sahiplerinin her haksız ve hukuka aykırı eylemlerde olduğu gibi 2330 sayılı Kanun kapsamında kalacak şekilde meydana gelen olay açısından da maddi ve manevi tazminat talebi ile ilgili idareye başvuruda bulunmasında herhangi bir engel olmayıp bu talepler açısından uygulanması gereken kanun 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'dur⁷¹.

2. Nakdi Tazminat Ödenmesi İçin Gerekli Olan Şartlar

Kişiler lehine idare tarafından nakdi tazminat ödenebilmesi için birtakım şartların mevcudiyeti aranmaktadır. Bunlar, 2330 sayılı Kanunun 1. maddesinde belirtilen konularda görevli olunması ya da görevli kişinin yine aynı kanunun 2. maddesinde belirtildiği derecede yakını bulunması⁷², ölüm, sakatlanma ve yaralanmanın, belirtilen görevlerin yapılışı sırasında veya görev sona ermiş bulunsa bile görevden dolayı meydana gelmiş olması ile ölüm, yaralanma

<https://lib.kazanci.com.tr/kho3/ibb/files/dsp.php?fn=11d-2016-548.htm&kw=`2016/548`+`2018/2548`&cr=danistay#fm>, e. t. 04.06.2023.

⁶⁸ Türkiye Cumhuriyeti İçişleri Bakanlığı, İller İdaresi Genel Müdürlüğü, 2330 sayılı Kanun Uygulanması İstatistikleri, <https://www.icisleri.gov.tr/illeridaresi/2330-sayili-kanun-uygulanmasi-istatistikleri>, e. t. 14.03.2023.

⁶⁹ Türkiye Cumhuriyeti İçişleri Bakanlığı, İller İdaresi Genel Müdürlüğü, 2330 sayılı Kanun Uygulanması İstatistikleri, 21.06.1995 – 20.03.2014 Tarihi İtibariyle Komisyonunda Görüşülen Dosyalar, <https://www.icisleri.gov.tr/kurumlar/icisleri.gov.tr/IcSite/illeridaresi/%C4%B0statistiki%20Bilgiler/2330%20say%20kanun%20uygulama%20istatistikleri/2330%20say%20g%C4%B1%20kanun%20g%C3%B6r%C3%BC%20%9F%C3%BClen%20dosyalar.pdf>, e. t. 04.05.2023.

⁷⁰ Çelik, s. 259.

⁷¹ Çelik, s. 825-827.

⁷² Kişinin görevli olup olmadığının tespitine ilişkin açılacak tespit davasında adli yargı görevlidir. Bknz. “*Dava, eşinin belirtilen tarihler arasında davalı İçişleri Bakanlığı'na bağlı olarak geçici köy koruculuğu yaptığının tespiti istemine ilişkindir. İlgili mevzuatta güvenlik korucularının görevlendirilmesinde valinin teklifi ve İçişleri Bakanının onayı aranmış, güvenlik korucularının diğer bir ilin valisinin talebi üzerine, istihdam edildikleri ilin valisinin onayı ile geçici ve süresi belirli olarak iller arasında görevlendirilebileceği, bu durumda, güvenlik korucusunun harcırahının görevlendirildiği valilik tarafından ödeneceği belirtilmiş ise de, tespit davasının 6100 sayılı Kanun'un 106. maddesinde düzenlendiği, buna karşılık 2577 sayılı Kanun'un "İdari dava türleri ve idari yargı yetkisinin sınırı" başlıklı 2. maddesinde tespit davasının belirtilmediği anlaşılmıştır. Bu durumda, önümüzdeki dosyada, vefat eden eşinin geçici köy korucusu olarak çalıştığına ilişkin tespitine yönelik açıldığı anlaşılan davanın görüş ve çözümlü görevinin adli yargı yerine ait olduğu sonucuna varılmıştır.*” Uyuşmazlık Mahkemesi Hukuk Bölümü 01.03.2021 K. T., 2020/728 E., 2021/103 K., <https://lib.kazanci.com.tr/kho3/ibb/files/dsp.php?fn=umh-2020-728.htm&kw=`2020/728`&cr=uyusmazlik#fm>, e. t. 07.06.2023.

ve engellilik halinin oluşumunda kişinin kendi kastının bulunmamasıdır⁷³. Ancak zarar görenin kastının varlığının ispatı idare üzerindedir⁷⁴.

Bu hususta kişinin, 2330 sayılı Kanun uyarınca görevli olması ve zararın görevden kaynaklı oluşması halinde, Danıştay tarafından verilen bir kararda⁷⁵;

“Dosyanın incelenmesinden; davacı Eskişehir İl Emniyet Müdürlüğünde polis memuru olarak görev yapmakta iken; ...davacının, görevli olduğu araç ile seyir halinde iken S.V. isimli şahsın içerisinde bulunduğu aracın süratli olması nedeniyle bu aracı durdurduğu ve aracından inerek adı geçen aracına doğru yürüdüğü sırada anılan şahsın araçtan inerek davacının arkasından bira şişesi ile yüzüne vurmak suretiyle davacıyı yaraladığı; ...davacı tarafından, 04.10.2009 tarihinde meydana gelen olayda yaralandığından bahisle 2330 sayılı Kanun kapsamında tarafına nakdi tazminat ödenmesi istemiyle yapmış olduğu başvurunun dava konusu işlem ile reddi üzerine bakılan davanın açıldığı anlaşılmaktadır. Bu durumda, davacının olay sırasında görevli olduğu ve güvenlik ve asayişin korunması görevini yerine getirmekte iken yaralandığı ve bu olayının görevin neden ve etkisiyle gerçekleştiği açık olup, 2330 sayılı Kanun kapsamında davacıya nakdi tazminat ödenmesi gerekeceğinden aksi yönde tesis edilen dava konusu işlemde ve davanın reddi yolunda verilen mahkeme kararında hukuka uygunluk bulunmamaktadır.” şeklinde ilgili polis memuru açısından, tazminat ödenmesine karar verilmesi gerektiği belirtilmiştir.

Buna mukabil yine Danıştay tarafından verilen bir başka kararda⁷⁶ ise polislerin 2559 sayılı Polis Vazife ve Selahiyet Kanunu'na göre asli ve genel görevinin barışta güven ve asayişin korunması olduğu, bu nedenle ayrıca özel olarak görevlendirme yapılmasına gerek bulunmadığı, dolayısıyla göreve hazırlık veya gidiş geliş esnasında meydana gelen yaralanmalardan kaynaklı zararların giderilmesinin, 2330 sayılı Kanun'un kapsamında kaldığı şeklindeki karşı görüşe rağmen;

“Bölge Trafik Şube Müdürlüğünde görevli polis memuru olan davacı, 27.1. 1980 günü göreve çıkmak üzere hizmet otosunu garajdan çıkarırken, garaj kapısının üzerine düşmesi sonucu otuz dört ay süre ile iş ve gücüne engel olacak biçimde yaralanması nedeniyle, 2330 sayılı Nakdi Tazminat Kanunundan yararlanmak amacıyla idareye başvuruda bulunmuş, istemin reddi üzerine de, ret işleminin iptali ve 200.000 lira tazminata hükme ne neden olan olayda, 2330 sayılı Kanun kapsamında değerlendirilebilecek bir durum bulunmadığı ve hizmet otosunu garajdan çıkarırken meydana gelen bir kazanın, barışta güven ve asayiş

⁷³Ankara BİM 10. İDD, 20.12.2022 K. T., 2022/6137 E., 2022/5951 K., <https://lib.kazanci.com.tr/kho3/ibb/files/dsp.php?fn=is-ankarabim-10d-2022-6137.htm&kw=2022/6137&cr=istinaf#fm>, e. t. 03.06.2023. Benzer karar için bkz. AYİM 3. D., 18.09.2008 K. T., 2008/382 E., 2008/1065 K.

⁷⁴ Öricü, s. 123.

⁷⁵Danıştay 11. D., 14.2.2018 K. T., 2016/441 E., 2018/809 K., <https://lib.kazanci.com.tr/kho3/ibb/files/dsp.php?fn=11d-2016-441.htm&kw=2016/441&cr=danistay#fm>, e. t. 10.05.2023.

⁷⁶Danıştay İDDGK., 17.06.1988 K. T., 1988/32 E. 1988/41 K., <https://lib.kazanci.com.tr/kho3/ibb/files/dsp.php?fn=iddgk-1988-32.htm&kw=hizmet+arac%C4%B1n%C4%B1+garajdan&cr=danistay#fm>, e. t. 10.05.2023.

koruma eyleminin yürütülmesi ile ilgili bulunmadığı gerekçesiyle bozulmuştur.” şeklinde karar verilmiştir. Yine Danıştay tarafından verilen benzer bir başka kararında⁷⁷;

“Dava konusu olayda, davacının oryantasyon eğitimi için emniyet müdürlüğü binasında tuvalette bulunduğu sırada başka bir polisin silahının yanlışlıkla ateş alması sonucu yaralanması olayının, güvenlik ve asayişin sağlanmasına yönelik bir görevin ifası sırasında gerçekleştiğinin kabulü mümkün bulunmadığından, davacı tarafından yaralanma olayının 2330 sayılı Kanun kapsamında değerlendirilmesi talebiyle yapılan başvurunun reddine ilişkin dava konusu işlemde hukuka aykırılık, dava konusu işlemin iptali ile maddi tazminat talebinin kabulü yolunda verilen mahkeme kararında hukuka uygunluk görülmemiştir.” şeklinde yaşanan yaralanmaların, 2330 sayılı Kanun’un uyarınca barışta güven ve asayişin korunması eylemi kapsamında kalmadığı belirtilmiştir.

Her olayda, kanunun amacı doğrultusunda değerlendirme yapılmak suretiyle kapsam içerisinde bulunan kişiler hakkında 2330 sayılı Kanun’un uygulanıp uygulanmayacağına her somut olay bakımından değerlendirilmesi gerekmektedir. Dolayısıyla da nakdi tazminat hakkı, her kamu görevini yerine getiren kişiler açısından değil, sadece 2330 sayılı Kanun’un amacında belirtilen görevleri yerine getiren ve yine kanunda sayılan kişilere aittir.

Bununla birlikte kişinin ölümü, maluliyeti veya yaralanmasının illaki görevin tehlikesinden ve dış etkenlerden kaynaklı olması gerekmez. Görevin etkisi ve tesiri ile kişinin vücut fonksiyonlarından kaynaklı meydana gelen zarar da 2330 sayılı Kanun uyarınca giderilmektedir. Bu hususta Danıştay tarafından verilen bir kararda kişinin kalp krizi nedeniyle ölmesi halinde, kalp krizinin görevin etkisi ve tesiri ile meydana geldiğinin tespiti durumunda yine 2330 sayılı Kanun kapsamında tazminata hükmedilmesi gerektiği belirtilmiştir⁷⁸. Yine benzer bir şekilde görev esnasında rahatsızlanarak vefat eden kişinin de yapılan görevlerin sebep ve tesiri ile meydana geldiğinin tespitinde tazminat ödenmesine karar verilmiştir⁷⁹.

⁷⁷Danıştay 11. D., 13.02.2018 K. T., 2016/394 E. ve 2018/737 K., <https://lib.kazanci.com.tr/kho3/ibb/files/dsp.php?fn=11d-2016-394.htm&kw=`2016/394`&cr=danistay#fm, e. t. 10.05.2023.>

⁷⁸ “Dosyanın incelenmesinden, geçici köy korucusu olarak görev yapan davacı murisinin, yetkili askeri makamların emri ve planlaması dahilinde, 18/11/2006 tarihinde gerçekleştirilecek Şemdinli-Tekeli konvoy faaliyetinin yol emniyetini sağlamak üzere askeri unsurlarla birlikte icra edilen keşif ve gözetleme faaliyetinin icrası maksadıyla Hıdır Tepe’ye tırmanılmasından kısa bir süre sonra kalp krizi geçirerek vefat ettiği, dosya kapsamında yer alan “Olay Yeri Tespit Tutanağı”, “Genel Adli Muayene Raporu” ve “Ölü Muayene ve Otopsi Tutanağı”ndaki ifade ve tespitlerden, şahsın vefatının icra ettiği görevin etkisiyle meydana geldiği anlaşılmaktadır. Öte yandan, dosya kapsamında yer alan ve İlçe Jandarma Komutanı, İlçe Kaymakamı ile İl Valisi tarafından imzalanan “Durum Belgesi”nde, davacı murisinin ölüm olayının, 2330 sayılı Kanun kapsamında olduğu, olayda şahsın kusurunun bulunmadığı ve tazminata da müstahak olduğu hususlarına yer verildiği görülmektedir. Bu durumda; davacı murisinin ölümünün, görev sırasında ve görevin etkisiyle meydana geldiğinin kabulüyle davacıya 2330 sayılı Kanun hükümleri uyarınca nakdi tazminat ödenmesi gerekirken, aksi yönde tesis edilen dava konusu işlemde ve bu işleme karşı açılan davanın reddi yolunda verilen İdare Mahkemesi kararında hukuki isabet bulunmamaktadır.” Danıştay İDDGK, 16.06.2020 K. T., 2019/1072 E., 2020/927 K., <https://lib.kazanci.com.tr/kho3/ibb/files/dsp.php?fn=iddgk-2019-1072.htm&kw=2019/1072`&cr=danistay#fm, e. t. 04.06.2023; Benzer kararlar için bkzn. Danıştay 11. D., 14.02.2018 K. T., 2016/484 E. ve 2018/855 K., 17.01.2018 K. T., 2016/529 E. ve 2018/212 K.>

⁷⁹ “...davacının murisinin vefat olayının terör örgütü saldırılarına karşı güvenlik amaçlı tutulan mevzide güvenlik ve asayişin sağlanmasına yönelik görevi esnasında rahatsızlanması sonucu gerçekleşmesi ve 2330 sayılı Kanun kapsamında tanımlanan görevlerin sebep ve tesiri ile meydana gelmiş bulunması nedeniyle 2330 sayılı Kanun

Nakdi tazminat şartlarından birisi olan kişinin kastının da kendi veya üçüncü kişinin kusurundan ayrılması ve bu surette değerlendirme yapılması önemlidir. Öyle ki kast idarenin 2330 sayılı Kanun uyarınca sorumluluğunu ortadan kaldırırken, kişinin kendi kusuru veya üçüncü kişinin kusuru, idarenin kusursuz sorumluluğunu kaldırmamaktadır⁸⁰. Bu husus Danıştay tarafından verilen bir kararında⁸¹;

“Dosyanın incelenmesinden; davacının Siirt İl Jandarma Komutanlığında görev yapmakta iken 19.09.2011 tarihinde Siirt - Kurtalan karayolunda icra edilen yol emniyet ve kontrol devriyesinin bitimini müteakip arızalanan bir aracın onarımı sonrasında birliğe intikal edildiği sırada Kurtalan karayolunda direksiyon hakimiyetini kaybederek istinat duvarına çarpması sonucu meydana gelen trafik kazasında yaralandığı, olayla ilgili olarak 2330 sayılı Kanun kapsamında kendisine nakdi tazminat ödenmesi talebiyle davalı idareye başvurduğu, talebinin yaralanma olayının 2330 sayılı Kanun kapsamında değerlendirilemeyeceği gerekçesiyle reddedilmesi üzerine temyizden incelenen davanın açıldığı anlaşılmaktadır.

Yukarıda açık metinlerine yer verilen mevzuat hükümleri değerlendirildiğinde; nakdi tazminat ödenebilmesi için yaralanma, ölüm ve sakatlanmanın görevle ilgili olmasının yeterli olduğu, Nakdi Tazminat Verilmesi ve Aylık Bağlanması Hakkında Yönetmeliğin 19.maddesinde görevli kişinin kendi kasdi eylemleri sonucu sakatlanması veya ölmesi halinde nakdi tazminat ödenmemesinin kurala bağlandığı, dolayısıyla düzenlemede esas alınan kriterin görevli kişinin kusuru olmayıp kasıtlı eylemleri olduğu görülmektedir.

Bu durumda, davacının geçirdiği trafik kazası sonucu yaralanmasının; göreviyle ilgili ve görevi sırasında meydana geldiği açık olduğundan, davacının kusurlu olup olmadığına bakılmaksızın, 2330 sayılı Kanun kapsamında değerlendirilmesi gerekirken aksi yönde tesis

kapsamında aylık bağlanması istemiyle yapılan başvurunun reddine ilişkin işlemde hukuka uygunluk görülmediği” Danıştay 12. D., 08.02.2022 K. T., 2021/5351 E., 2022/348 K., [⁸⁰ Çelik, s. 259. *“Uyuşmazlıkta, davacının görev yaptığı Antalya ilinde, 27.09.2013 tarihinde resmi aracına yakıt ikmal yapmak üzere petrol istasyonuna doğru seyir halinde iken meydana gelen trafik kazasında yaralandığı, davacının ve karşı araç sürücüsünün karşılıklı %50 kusurlu oldukları yolunda kaza tespit raporu düzenlendiği, 2330 sayılı Kanun'da, bu Kanundan yararlanabilmek için ilgilinin "Ölüm, yaralanma ve sakatlanmanın oluşumunda kendi kastının bulunmaması" koşulunun arandığı, davacının yaralanmasına ilişkin olayda herhangi bir şekilde kastın varlığının ileri sürülmediği, dolayısıyla kusurun varlığının, 2330 sayılı Kanun'un uygulanmasına hukuken engel bir durumun oluşturmadığı, ayrıca davacının iç güvenlik ve asayişin korunmasına yönelik olarak görev yapmakta iken yaralandığı görülmüştür. Bu durumda; davacının iç güvenlik ve asayişin korunması görevi sırasında, kendi kastı olmaksızın meydana gelen olayda yaralandığı, dolayısıyla davacıya 2330 sayılı Kanun hükümleri uyarınca nakdi tazminat ödenmesi gerekirken, nakdi tazminat ödenmesi talebiyle idareye yaptığı başvurusunun reddine ilişkin dava konusu işlemde hukuka uyarlık bulunmadığı kanaatine varılmıştır.”* Ankara BİM 10. İDD, 20.12.2022 K. T., 2022/6137 E., 2022/5951 K., \[⁸¹ Danıştay 11. D., 09.02.2018 K. T., 2016/429 E., 2018/726 K., \\[NEUHFD HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ\\]\\(https://lib.kazanci.com.tr/kho3/ibb/files/dsp.php?fn=11d-2016-429.htm&kw=`kendi+kasdi+eylemleri+sonucu+sakatlanmas%C4%B1`&cr=danistay#fm, e. t. 04.06.2023.</p>
</div>
<div data-bbox=\\)\]\(https://lib.kazanci.com.tr/kho3/ibb/files/dsp.php?fn=is-ankarabim-10d-2022-6137.htm&kw=`2022/6137`&cr=istinaf#fm, e. t. 03.06.2023. Benzer karar için bkzn. AYİM 3. D., 18.09.2008 K. T., 2008/382 E., 2008/1065 K.</p>
</div>
<div data-bbox=\)](https://lib.kazanci.com.tr/kho3/ibb/files/dsp.php?fn=12d-2021-5351.htm&kw=`nakdi+tazminat+ve+ayl%C4%B1k+ba%C4%9Flanmas%C4%B1`+`tam+yarg%C4%B1`+`iptal`&cr=danistay#fm, e. t. 07.06.2023.</p>
</div>
<div data-bbox=)

edilen dava konusu işlem ve davanın reddi yolundaki İdare Mahkemesi kararında hukuka uygunluk bulunmamaktadır.” şeklinde ifade edilmektedir.

Yukarıda belirtilen Danıştay’ın açık kararına mukabil, bir başka kararında kusur kapsamında değerlendirilen dalgınlık ve tedbirsizlik nedeniyle meydana gelen ölüm olayında, ölümün dikkatsizlikten kaynaklandığı gerekçesi ile 2330 sayılı Kanun uyarınca hak sahibinin tazminat talebinin reddine dair idarenin işleminin hukuka uygun olduğuna hükmedilmiştir⁸².

Bununla birlikte idarece, hak sahibine ödenen bedel, tazminata konu olayın meydana gelmesinde kusuru bulunan kişilere rücu edilecektir⁸³. Lakin her ne kadar idare tarafından rücu işlemi yapılacak ise de burada rücu edilecek bedelin belirlenmesi önem arz etmektedir. Öyle ki meydana gelen olaya ilişkin olarak idare tarafından 2330 sayılı Kanun gereğince, komisyon karar tarihindeki en yüksek devlet memurunun aylık ve ek gösterge katsayıları üzerinden hak sahibine ödeme yapılmaktadır. Ancak idarenin rücu işleminde, kusuru bulunan kişi veya kişilerin sorumluluk bedeli tazminata konu olay tarihindeki en yüksek devlet memurunun aylık ve ek gösterge katsayıları üzerinden olacaktır⁸⁴.

Ek olarak tazminat ödenmesinde dair şartların mevcut olduğundan bahisle hak sahibi veya sahiplerine yapılan ödemenin daha sonra yargı kararı ile aksinin tespiti halinde, doğal olarak idare tarafından yapılan ödemenin iade alınması gerekecektir. Ancak burada iadenin sağlanabilmesi için öncelikli olarak idare tarafından ödemenin yapıldığı hak sahiplerine, iade bildiriminde bulunulması gerekmektedir. Ayrıca bu bildirimde hak sahiplerince iadenin sağlanabilmesi için idare tarafından kendilerine makul bir süre verilmesi zaruridir. Şayet iade bildirimini ve makul süreye rağmen hak sahipleri iadeyi gerçekleştirmez ise ancak idare tarafından bu halde makul sürenin bitiminden itibaren iade olunacak bedele yasal faiz işletilebilir. Dolayısıyla idare

⁸² “...şahsın dalgınlığı ve tedbirsizliği sonucu kendisini vurmuş olduğu kanaatine varıldığı dikkate alınarak somut olayın herhangi bir çatışmadan ileri gelmediği, savcılığın takipsizlik kararında da belirtildiği gibi olayın ölenin dikkatsizliğinden kaynaklandığı, bu durumun ise mevzuatta nakdi tazminat ödenmesini gerektiren kapsama girmediği, dolayısıyla nakdi tazminat ödenmemesi yolunda tesis edilen dava konusu işlemde hukuka aykırılık bulunmadığı” Danıştay 10. D., 12.04.2006 K. T., 2003/3727 E., 2006/2392 K., <https://lib.kazanci.com.tr/kho3/ibb/files/dsp.php?fn=10d-2003-3727.htm&kw=`2003/3727`&cr=danistay#fm>, e. t. 04.06.2023.

⁸³ İdarenin rücu işleminde adli yargı yetkilidir. Bknz. “Karayolunda seyir halindeyken meydana gelen trafik kazası sonucu yaralanan sürücü polis memuruna yapılan ödemenin, zararın oluşmasında kusurlu olduğu iddia edilen davalı idarece giderilmesi istemiyle açılan rücu tazminat davasının, 2918 sayılı Kanun’un 19.01.2011 tarihinde yürürlüğe giren 110. maddesi kapsamında adli yargı yerinde çözümlenmesi gerektiği”, Uyuşmazlık Mahkemesi Hukuk Bölümü, 24.09.2018 K. T., 2018/362 E., 2018/468 K., <https://lib.kazanci.com.tr/kho3/ibb/files/dsp.php?fn=umh-2018-362.htm&kw=`2018/362`&cr=uyusmazlik#fm>, e. t. 07.06.2023.

⁸⁴ Çelik, s. 66. “Dosya kapsamından; nakdi tazminat ödenmesini gerektiren olayın 03/03/2007 tarihinde gerçekleştiği, davacı idarenin ise 06/06/2012 tarihli Nakdi Tazminat Komisyonu kararı ile karar tarihindeki verilere göre belirlenen nakdi tazminatı, yaralanan dava dışı polis memurlarına ödediği anlaşılmaktadır. Haksız eylem sonucu oluşan zarar olay gününde gerçekleşmiş olduğundan, davalının sorumlu tutulacağı tazminat miktarı da olay günündeki verilere göre belirlenmelidir (Yargıtay 4. Hukuk Dairesinin 08/05/2019 gün ve 2019/538 esas, 2019/2704 karar sayılı ilamı). Şu durumda ilk derece mahkemesince, açıklanan olgular gözetilerek, davalıların sorumluluğunun olay günündeki verilere ve bu bağlamda olay günündeki katsayılarla göre yapılacak hesaplama doğrultusunda belirlenmesi gerekirken, komisyon kararı tarihinde yürürlükte bulunan katsayılarla göre hesaplanan miktardan davanın kabulüne karar verilmesi doğru değildir.” İzmir BAM 4. HD., 19.12.2019 K. T., 2019/2431 E., 2019/2091 K., <https://lib.kazanci.com.tr/kho3/ibb/files/dsp.php?fn=is-izmirbam-4hd-2019-2431.htm&kw=`2019/2431`&cr=istinaf#fm>, e. t. 04.06.2023, Benzer yönde karar için bknz. Yargıtay 4. HD., 13.09.2022 K. T., 2021/251 E., 2022/10079 K.

tarafından makul süre tayin edilmeksizin ödenen bedelin faizi ile talebi de hukuka aykırı olacaktır⁸⁵.

3. Ölüm Halinde Ödenecek Nakdi Tazminat

2330 sayılı Kanun kapsamı içerisinde meydana gelen ölümlerden dolayı, ölenlerin kanuni mirasçılarına, tazminat verilmesine dair karar tarihindeki, en yüksek devlet memurunun ek göstergesi dahil brüt aylığının 100 katı tutarında nakdi tazminat ödemesi yapılır.

Ölüm dolayısıyla kanuni mirasçılara ödenecek tazminat ise öncelikle, ölenin eş ve altsoyuna veya yalnızca altsoyu ile içtima eden ve ölüm tarihinde sağ olan ana ve babasının her birine ayrı ayrı olmak üzere %15 tutarındaki kısmı verildikten sonra kalanı içtima eden diğer mirasçılara ödenir. Bu hususlar dışında taksimat miras hükümleri gereğince sağlanmaktadır. Lakin ana veya babaya verilen tazminat, çocukların her birine ödenen tazminattan fazla olamayacaktır.

2330 sayılı Kanun kapsamında ölümün meydana gelmesi halinde, Nakdi Tazminat Komisyonu nezdinde re'sen dosya oluşturulur ve hak sahiplerine tazminat ödenir. Bu çerçevede komisyon tarafından karar verilebilmesi için oluşturulacak dosya içerisinde; olayın cereyan tarzını açıklayan ayrıntılı olay tutanağı, görev emri⁸⁶, ölü muayene ve otopsi tutanağı, veraset ilamı ve vukuatlı nüfus kayıt örneği bulunur. Ölüm halinin sonradan meydana gelmesi halinde ise ayrıca ölümün, evvelce ifa edilen görev veya yapılan yardımlardan yahut bunların yakınları olmalarından dolayı meydana geldiğini belgeleyen mahkeme ilamı, mahkeme ilamı alınamayan hallerde savcılıklardan bu durumu açıklayan yazılı belge, bu her iki belgeden herhangi birisinin temin edilememesi halinde ise ölümün daha önce meydana gelen olaydan kaynaklı olduğunu gösteren ve ilgili kurumca hazırlanan yazılı belgelerin bulunması gerekmektedir. Yaralanma veya engellilik halinden sonra meydana gelen ölümlerde ise ölümün daha önce meydana gelen olay nedeni ile ortaya çıkan yaralanmaya veya engelliliğe bağlı olduğunu gösteren adli tıp birimleri ya da sağlık kuruluşları tarafından tanzim edilen rapor dosyaya eklenir.

4. Engellilik ve Yaralanma Halinde Ödenecek Nakdi Tazminat

Engellilik halinde Sosyal Güvenlik Kurumu Başkanlığı'nca belirlenecek engellilik derecesinde göre yaşamak için gerekli hareketleri yapmaktan aciz ve hayatını başkasının yardım ve desteği ile sürdürebilecek şekilde malul olanlara, en yüksek devlet memurunun ek gösterge dahil brüt aylığının 200 katı tutarında nakdi tazminat ödemesi yapılır. Bunun dışındaki engellilik durumlarında ise yine Sosyal Güvenlik Kurumu Başkanlığı'nca 6 derece olarak belirlenen engellilik durumuna göre en yüksek devlet memurunun ek gösterge dahil aylığının 100 katı olarak

⁸⁵Danıştay 10. D., 06.07.2004 K. T., 2004/6209 E., 2004/5912 K., <https://lib.kazanci.com.tr/kho3/ibb/files/dsp.php?fn=10d-2004-6209.htm&kw=`2004/6209`&cr=danistay#fm>, e. t. 04.06.2023.

⁸⁶Görev sözlü verilmiş ise yazı ile tevsik edilecek, yazılı ise emir sureti; “*Ölüm, yaralanma ve sakatlanma sonucunu doğuran olayla askeri birlik veya idari birim hedef alınmış ise, ölen yaralanan veya sakatlanan kişiyi o birlik veya birim görevlendirilen genel nitelikteki görev emrinin yeterli olacağına; Tecavüz veya olay, ölen, yaralanan veya sakatlananın şahsına yönelik ise, o kişinin olay esnasında yapmakta olduğu hizmete ilişkin özel görev emrinin aranmasının gerekeceğine;*” Sayıştay Genel Kurul Kararı, 15.11.1993 K. T., 4790/1 K., <https://lib.kazanci.com.tr/kho3/ibb/files/dsp.php?fn=sgk-4790-1-15-11-1993.htm&kw=`4790/1`&cr=sayistay#fm>, e. t. 07.06.2023.

belirlenecek tutarın %25'inden %75'ine kadar, nakdi tazminat ödenecektir. Bu 6 derece aşağıdaki tabloda gösterilmiştir.

Engellilik Derecesi	Ödenecek Tazminat Yüzdesi (100 katı üzerinden)
1	% 75
2	% 65
3	% 55
4	% 45
5	% 35
6	% 25

Yaralanmalarda ise kurumlarınca sevk edildikleri devlet hastaneleri, askeri hastane, üniversite hastaneleri veya adli tıp birimleri tarafından verilen sağlık raporlarında belirtilen yaralanmaların derecesine göre ödenecek nakdi tazminat oranları aşağıdaki tabloda gösterilmiştir.

Yaralanma Derecesi	Ödenecek Tazminat Yüzdesi (100 katı üzerinden)
BTM ile giderilebilir ölçüde hafif olması	% 3
BTM ile giderilebilir ölçüde hafif olmaması	% 5
Vücutta kemik kırılmasına neden olması ve kırığın hayati fonksiyonlara etkisinin hafif derecede olması	% 7
Vücutta kemik kırılmasına neden olması ve kırığın hayati fonksiyonlara etkisinin orta derecede olması	% 10
Vücutta kemik kırılmasına neden olması ve kırığın hayati	% 15

fonksiyonlara etkisinin ağır derecede olması	
Kişinin yaşamını tehlikeye sokacak derecede olması	% 20

Ayrıca yaralanmanın vücutta araz bırakması halinde %20'sini aşmamak şartıyla yukarıdaki tabloda belirtilen derecelere karşılık belirtilen oranların iki katı tutarında, nakdi tazminat ödemesi yapılır. Bununla birlikte maluliyet veya yaralanmalarda ödenecek tazminat tutarının belirlenmesi açısından alınacak kesin raporun süresinin uzaması halinde hak sahiplerine, ölüm nedeniyle ödenecek tutarın %1'inin 10 katı tutarında avans niteliğinde ödeme yapılır.

Yine görevleri veya yardımları sona erenlerin daha sonra kendilerinin veya eş, füru, ana, baba ve kardeşlerinin yaralanmaları, engelli hale gelmeleri veya ölmeleri halinde bu durumların evvelce yerine getirdikleri görev veya yardımdan meydana geldiğinin tespit edilmesi halinde yine yukarıda belirtilen şartlar çerçevesinde nakdi tazminat ödenecektir⁸⁷.

2330 sayılı Kanun kapsamında yaralanmanın meydana gelmesi halinde, Nakdi Tazminat Komisyonu nezdinde re'sen dosya oluşturulur ve hak sahiplerine tazminat ödenir. Bu çerçevede komisyon tarafından karar verilebilmesi için oluşturulacak dosya içerisinde; olayın cereyan tarzını ve yaralanmaya konu teşkil eden durumu açıklayan ayrıntılı olay tutanağı, yaralanmanın derecesini, araz bırakıp bırakmadığını, kurumlarınca sevk edildikleri Devlet hastaneleri, askeri hastane, üniversite hastaneleri veya adli tıp birimleri tarafından verilen sağlık raporları, görev emri⁸⁸ bulunur. Engelli hale gelmede ise işbu yukarıda belirtilen belgelere ek olarak ayrıca tam teşekküllü hastane tarafından verilen ve ilgili sosyal güvenlik kurumunca engellilik derecesi tespit edilmiş sağlık raporu eklenir. Yaralanma ve engellilik halinin sonradan meydana gelmesi durumunda ise evvelce ifa edilen görev veya yapılan yardımlardan yahut bunların yakınları olmalarından dolayı meydana geldiğini belgeleyen mahkeme ilamı, mahkeme ilamı alınamayan hallerde savcılıklardan bu durumu açıklayan yazılı belge, bu her iki belgeden herhangi birisinin temin edilememesi halinde ise yaralanma ve engelli hale gelmenin daha önce meydana gelen olaydan kaynaklı olduğunu gösteren ve ilgili kurumca hazırlanan yazılı belgelerin bulunması gerekmektedir.

5. Hesaplamaya Esas Alınan Aylık

Yukarıdaki kısımda vuku bulan olay nedeniyle 2330 sayılı Kanun uyarınca, ölüm, engellilik ve yaralanma halinde ödenecek tazminat tutarlarının nasıl belirleneceği ifade edilmiştir. Bu çerçevede hak sahiplerine ödenecek nakdi tazminat tutarlarının belirlenebilmesi için hesaplamaya esas en yüksek devlet memurunun ek göstergesi dahil brüt aylığının da tespiti gerekmektedir. Burada hesaplamaya esas alınacak tarih ölüm, maluliyet veya yaralanmanın meydana geldiği tarih

⁸⁷ Oflaz, s. 105.

⁸⁸ Görev sözlü verilmiş ise yazı ile tevsik edilecek, yazılı ise emir sureti.

değil, nakdi tazminat komisyonu tarafından verilecek karar tarihidir⁸⁹. Kanunun, tazminatın belirlenme tarihini özellikle düzenleme altına almasındaki amaç, hak sahipleri açısından alım gücündeki kayıpların önlenmesidir. Dolayısıyla da hesaplama esas alınacak en yüksek devlet memuru aylığı, tazminat komisyonunun karar tarihindeki göstergeler üzerinden belirlendiğinden olay tarihi ile karar tarihi arasında geçen süreye ilişkin olarak belirlenecek tazminata faiz işletilmez⁹⁰. Bu çerçevede en yüksek devlet memurunun tespiti, aylık ve ek göstergeleri ile katsayılarının belirlenmesi önemlidir. Aşağıda sırasıyla bu belirlemeler yapılarak, hesaplama esas aylık tespit edilmeye çalışılacaktır.

6. En Yüksek Devlet Memuru

Her ne kadar tazminat katsayılarına dair 2330 sayılı Kanun'da en yüksek devlet memuruna atıf yapılsa da kanunda bu memurun kim olduğu gösterilmemiştir. Bu nedenle öncelikle en yüksek devlet memurunun belirlenmesi gerekmektedir.

1 sayılı Cumhurbaşkanlığı Teşkilatı Hakkında Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi'nin, İdari İşler Başkanı başlıklı 5. maddesinde "En yüksek devlet memuru olan İdari İşler Başkanı ..." şeklinde ve yine 27/6/1989 tarih ve 375 sayılı Kanun Hükmünde Kararname'nin ek 34.maddesinde;

"En yüksek Devlet memuru olan Cumhurbaşkanlığı İdari İşler Başkanı ... İlgili mevzuatta mali ve sosyal hak ve yardımlar ile emeklilik hakları bakımından Başbakanlık Müsteşarına ve en yüksek Devlet memuruna yapılan atıflar Cumhurbaşkanlığı İdari İşler Başkanına yapılmış sayılır." şeklinde en yüksek devlet memurunun Cumhurbaşkanlığı İdari İşler Başkanı olduğu belirtilmiştir. Dolayısıyla 2330 sayılı Kanun'da belirtilen en yüksek devlet memuru Cumhurbaşkanlığı İdari İşler Başkanıdır.

7. Aylık ve Ek Gösterge Rakamları

657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun 43/1-A maddesinde Aylık Gösterge Tablosu belirtilmiştir. İlgili tablo uyarınca aylık göstergesi en yüksek derece ve kademe 1. derece, 4. kademedir. Bu derece ve kademe bulunan bir memurun aylık göstergesi ise 1500'dür.

Yine 657 sayılı Kanunu'nun 43/1-B maddesinde ise ek göstergeye ilişkin hususlar düzenlenmiş olup memur aylıklarının, kanuna ekli I ve II sayılı cetvelde gösterilen ek göstergenin eklenmesi suretiyle hesaplanacağı belirtilmiştir. Ancak kanuna ekli I sayılı cetvelde, en yüksek devlet memuru olan Cumhurbaşkanlığı İdari İşler Başkanı bulunmamaktadır. Bunun nedeni ise ilgili cetvelde cumhurbaşkanlığı hükümet sistemi sonrası gerekli güncellemelerin yapılmamış olmasıdır. Dolayısıyla eski hükümet sisteminde en yüksek devlet memuru olan Başbakanlık Müsteşarı, cumhurbaşkanlığı sisteminde en yüksek devlet memuru olan İdari İşler Başkanına

⁸⁹Ankara BİM 10.İDD, 20/12/2022 K.T., 2022/6137 E., 2022/5951 K., <https://lib.kazanci.com.tr/kho3/ibb/files/dsp.php?fn=is-ankarabim-10d-2022-6137.htm&kw=2022/6137&cr=istinaf#fm>, e.t. 03/06/2023.

⁹⁰AYİM 3.D., 22/09/2011 K.T., 2010/1859 E., 2011/1889 K., <https://lib.kazanci.com.tr/kho3/ibb/files/dsp.php?fn=ayim3d-2010-1859.htm&kw='2010/1859'&cr=ayim#fm>, e.t. 04/06/2023.

karşılık gelmektedir. Bu nedenle de ilgili cetvel uyarınca en yüksek devlet memuru olan Cumhurbaşkanlığı İdari İşler Başkanı'nın ek göstergesi de 8000'dür.

Buna ek olarak 27/6/1989 tarih ve 375 sayılı Kanun Hükmünde Kararname'nin ek 34. maddesine 05/07/2022 tarih ve 7417 sayılı Devlet Memurları Kanunu ile Bazı Kanunlarda ve 375 Sayılı Kanun Hükmünde Kararnamede Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 22. maddesi ile

“Cumhurbaşkanlığı İdari İşler Başkanı kadrosunda bulunanların ek göstergesi 400 puan ilave edilmek suretiyle uygulanır. Bu ilave puan en yüksek devlet memuru aylığı veya diğer herhangi bir mali ve sosyal hakkın hesabında dikkate alınmaz. Diğer kanunların bu fıkraya aykırı hükümleri uygulanmaz.” şeklinde 15/01/2023 tarihinde yürürlüğe girmek üzere ek fıkra eklenmiş olup İdari İşler Başkanı'nın ek göstergesi 8400'e çıkarılmıştır. Ancak madde metninde de açıkça belirtildiği üzere yapılan 400 puanlık artış tazminat hesaplamalarında dikkate alınmayacak ve yine 8000 ek gösterge üzerinden değerlendirme yapılacaktır.

8. Aylık Katsayısı

En yüksek devlet memurunun ek gösterge dahil brüt maaşının da tespiti için aylık katsayısının tespiti gerekmektedir. Bu çerçevede de 27/6/1989 tarih ve 375 sayılı Kanun Hükmünde Kararname'ye, 13/01/2023 tarihinde resmî gazetede yayımlanan 7431 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu ile Bazı Kanunlarda ve 375 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamede Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 7. maddesi ile eklenen geçici 43. maddesinin;

“4688 sayılı Kanuna göre düzenlenen Kamu Görevlilerinin Geneline ve Hizmet Kollarına Yönelik Mali ve Sosyal Haklara İlişkin 2022 ve 2023 Yıllarını Kapsayan 6. Dönem Toplu Sözleşmenin İkinci Kısım Birinci Bölümünün 5 inci, 6 ncı, 7 nci ve 8 inci maddeleri uyarınca 1/1/2023-30/6/2023 dönemine ilişkin katsayılar, sözleşme ücreti artış oranları, ücret tavanları ve ortalama ücret toplamı üst sınırına uygulanacak artış oranı %30 olarak uygulanır. Hazine ve Maliye Bakanlığı bu madde kapsamında katsayıları, sözleşme ücreti artış oranlarını, ücret tavanlarını ve ortalama ücret toplamı üst sınırını söz konusu artış oranına uygun olarak belirler ve duyurur.” şeklindeki hükmü uyarınca, Hazine ve Maliye Bakanlığı, Kamu Mali Yönetim ve Dönüşüm Genel Müdürlüğü'nün 13/01/2023 tarih ve 27998389-010.06.02-1843378 sayılı, mali ve sosyal haklar konulu genelgesinin⁹¹ 1/a maddesinde belirtildiği üzere 657 sayılı Kanun'un 154. maddesi uyarınca aylık gösterge tablosunda yer alan rakamlar ile ek gösterge ve kıdem aylığı gösterge rakamlarının aylık tutara çevrilmesinde uygulanacak aylık katsayısı (0,433684), memuriyet taban aylığı göstergesine uygulanacak taban aylık kat sayısı ise (6,787992) olarak gösterilmiştir.

Gelinen noktada en yüksek devlet memuru olan Cumhurbaşkanlığı İdari İşler Başkanı'nın ek gösterge dahil brüt aylığı; 1500 (aylık gösterge) + 8000 (ek gösterge) = 9500 göstergedir.

⁹¹ Türkiye Cumhuriyeti Hazine ve Maliye Bakanlığı, 2023 Yılı Ocak Ayına Ait Mali ve Sosyal Haklara İlişkin Genelge, <https://www.hmb.gov.tr/duyuru/2023-yili-ocak-ayina-ait-mali-ve-sosyal-haklara-iliskin-genelge-2>, e. t. 25.03.2023.

Hazine ve Maliye Bakanlığı, Kamu Mali Yönetim ve Dönüşüm Genel Müdürlüğü'nün genelgesi uyarınca aylık gösterge tablosunda yer alan rakamlar ile ek gösterge ve kıdem aylığı gösterge rakamlarının aylık tutara çevrilmesinde uygulanacak aylık katsayısı (0,433684) olduğundan; $(0,433684) \times 9500 = 4.120,00$ TL'dir.

Bu çerçevede güncel nakdi tazminat hesabı için 2330 sayılı Kanun uyarınca verilen katsayılara göre işbu bedel üzerinden nakdi tazminat hesaplaması yapılacak ve hak sahibine ödenecektir.

B. Görev Malullüğü ile Dul ve Yetim Aylığı⁹²

2330 sayılı Kanun'un kapsamında bulunan görevliler veya görevlendirilenlerin yapmış oldukları görev nedeniyle engelli hale gelmeleri durumunda bağlı oldukları sosyal güvenlik mevzuatına göre emekliye sevk edilenlere görev malullüğü aylığı bağlanır. Bu durumda şayet kişi daha öncesinden emekli ise almış olduğu emekli aylığı, görev malullüğü aylığına dönüştürülür.

Yine 2330 sayılı Kanun'un kapsamında bulunan görevliler veya görevlendirilenlerin yapmış oldukları görev nedeniyle ölmeleri halinde ise ölenin kendisine bağlanması gereken görev malullüğü aylığı, dul ve yetimlerine intikal ettirilir⁹³.

Bu konuda aylık bağlama yetkisi ile ilgili iş ve işlemleri yerine getirmekle yetkili idare Sosyal Güvenlik Kurumu Başkanlığı'dır⁹⁴.

2330 sayılı Kanun uyarınca bağlanan aylıklar, engelli hale gelen veya ölen kişinin bağlı bulunduğu sosyal güvenlik türü uyarınca kendi mevzuatlarına göre bağlanacak aylıkları %25 artırılarak ödenir. Şayet engelli hale gelen veya ölen kişinin herhangi bir sosyal güvenlik türüne tabi kaydının bulunmaması halinde, öğrenim durumlarına göre 657 sayılı Kanun'un değişik 36. maddesi hükümlerine göre belirlenecek giriş derece ve kademeleri üzerinden⁹⁵ kendilerine,

⁹² Her ne kadar uygulamada, 2330 sayılı Kanun uyarınca bağlanan tüm aylıkların tamamı vazife malullüğü aylığı olarak ifade edilse de kanundaki düzenlemesinden de anlaşılacağı üzere engelli hale gelen kişinin kendisine bağlanacak aylığın vazife malullüğü aylığı, ölenin desteğinden yoksun kalan dul ve yetimlere bağlanacak aylığın ise dul ve yetim aylığı olarak ifade edilmesi daha doğrudur. Çelik, s. 65.

⁹³ "davacının görev yaptığı birliğin Hakkari Şemdinli Tekeli Üs bölgesinde konuşlu iç güvenlik harekâtı ile görevli bir birlik olduğu, vefat olayının terörle mücadeleyle yönelik bir faaliyet sırasında, gece şartlarında, operasyon görevinin stres ve heyecanı ile silah kaza sonucu meydana geldiği, operasyon görevinin devlete, topluma, kişilere ve onların mallarına yönelik tehlikeleri önlemeye ve dirlilik ve düzenin sağlanmasına yönelik bir görev olduğu dikkate alındığında, davacılara 5434 sayılı Kanunun 72/son maddesi ve 2330 sayılı Kanun kapsamında aylık bağlanması gerektiği sonucuna ulaşılmıştır." AYİM 3. D., 10.06.2010 K. T., 2010/881 E., 2010/745 K., <https://lib.kazanci.com.tr/kho3/ibb/files/dsp.php?fn=ayim3d-2010-881.htm&kw=`2010/881`&cr=ayim#fm>, e. t. 11.06.2023.

⁹⁴ "2330 sayılı Kanun hükümlerine göre vazife malullüğü aylığı bağlanması hususunda Sosyal Güvenlik Kurumu Başkanlığı yetkili olduğundan; aylık bağlamaya yasal olarak yetkisi bulunmayan Hakkari Valiliğinin, bu gerekçeyle anılan başvuruyu reddetmesi veya başvuru dilekçesinin bir örneğini Sosyal Güvenlik Kurumu Başkanlığına göndererek anılan idarece işlem tesisine olanak sağlaması; işbu davanın da, Hakkari Valiliği yanında Sosyal Güvenlik Kurumu Başkanlığı husumetiyle görülmesi ve dava dilekçesi ile eklerinin bu idareye de tebliği sağlanarak dosya tekemmül ettirilerek suretiyle davacı istemi hakkında karar verilmesi gerekirken, davanın sadece Hakkari Valiliği husumetiyle görülerek karar verilmesinde hukuka uygunluk bulunmamaktadır." Danıştay 12. D., 22.03.2022 K. T., 2020/2811 E., 2022/1333 K., <https://lib.kazanci.com.tr/kho3/ibb/files/dsp.php?fn=12d-2020-2811.htm&kw=`2020/2811`&cr=danistay#fm>, e. t. 05.06.2023.

⁹⁵ Öğrenimi bulunmayanlar, ilkökul mezunu olarak kabul edilerek değerlendirilir.

ölümlerinde ise dul ve yetimlerine 5434 sayılı Kanun hükümlerine göre görev malullüğü aylığı %25 artırılarak bağlanır.

Bu çerçevede hak sahibine bağlanan aylığın bağlanma tarihi itibarıyla sosyal güvenlik kurumlarınca kendi sigortalılığı nedeniyle ödenmekte olan gelir veya aylıkların toplamı, 657 sayılı Kanunu'nun 36. maddesi gereğince öğrenim durumuna göre belirlenecek giriş derece ve kademesi ile 30 yıl fiili hizmet süresi esas alınarak 5434 sayılı Kanun hükümlerine göre hesaplanacak görev malullüğü aylığının %25 artırımlı tutarından az olamaz ve bu şekilde belirlenen gelir veya aylıklar ilgili sigortalılık hâlindeki aylık artışları dikkate alınarak artırılır.

2330 sayılı Kanun uyarınca görev malullüğü aylığı, 5510 sayılı Kanun 47. maddesinde belirtilen görev malullüğü aylığının %25 fazlasıdır⁹⁶.

Görevleri veya yardımları sona erenlerin daha sonra kendilerinin veya eş, füru, ana, baba ve kardeşlerinin, engelli hale gelmeleri veya ölmeleri halinde de bu durumların evvelce yerine getirdikleri görev veya yardımdan meydana geldiğinin tespit edilmesi halinde yine yukarıda belirtilen görev malullüğü veya dul ve yetim aylığı tesis edilecektir⁹⁷.

2330 sayılı Kanun hükümlerine uyarınca bağlanacak aylık, uğranılan maddi ve manevi zararların karşılığıdır. Bu nedenle de yargı mercilerinde maddi ve manevi zararlar karşılığı olarak kurumların ödemekle yükümlü tutulacakları tazminatın hesabında bu bağlanan aylıklar mahsup edilecektir. Ancak ölen kişinin yeterli miktarda ödemiş olduğu primler nedeniyle dul ve yetimlerine aylık bağlanmış ise bu bedel, idare tarafından ödenecek tazminat hesabından düşülemez⁹⁸. Bir başka ifade ile prim ödemek suretiyle kapsamında bulunulan sosyal güvenlik sisteminin doğal sonucu olarak ilgililere bağlanan aylıklar ve yapılan ödemeler, idarenin tazmin sorumluluğunu doğuran olay sebebiyle sağlanan yarar niteliğinde bulunmamaktadır. Bu nedenle, prim karşılığında ilgililere bağlanan aylıklar ile yapılan her türlü ödemenin, aktif ve pasif dönemde hesaplanacak maddi tazminat tutarından hiçbir şekilde yarar olarak kabul edilip indirilmemesi gerekmektedir. Görev malullüğü aylığının içinde adi malullük aylığının da bulunduğu gözetildiğinde; aktif ve pasif dönemde adi malullük aylığının yarar olarak kabul edilip hesaplama dahil edilmesine olanak bulunmamaktadır. Bununla birlikte prim karşılığında adi malullük aylığı bağlanma koşullarına sahip olan ilgililere, meydana gelen olayın neden ve etkisinden dolayı görev malullüğü aylığı bağlanmış ise her iki aylık arasındaki farkın olay sebebiyle sağlanan yarar olduğu kabul edilecek ve bu yarar sadece idare tarafından ödenecek tazminattan mahsup edilecektir⁹⁹.

⁹⁶ Öricü, s. 126.

⁹⁷ Oflaz, s. 105.

⁹⁸ Çelik, s. 66.

⁹⁹ Danıştay 10. D., 21.03.2016 K. T., 2013/8065 E., 2016/1554 K., <https://lib.kazanci.com.tr/kho3/ibb/files/dsp.php?fn=10d-2013-8065.htm&kw=`nakdi+tazminat+ve+ayl%C4%B1k+ba%C4%9Flanmas%C4%B1`+`g%C3%B6rev+malul%C3%B1+C%C4%9F%C3%BC`+`sgk`&cr=danistay#fm>, e. t. 10.06.2023.

Ayrıca ölen kişinin desteğinden yoksun kalan, dul ve yetimlerine kurumca bağlanacak aylıklar, idare tarafından rücu da edilemez¹⁰⁰.

C. Öğretim ve Sağlık Yardımı

2330 sayılı Kanun'un 7. maddesinde ölenlerin veya çalışamayacak derecede engelli hâle gelenlerin çocukları, devlete ait yatılı okul ve eğitim kurumlarında; ilk ve orta öğretim döneminde yatılı bölge okullarına sınavsız ve öncelikli alınır, devlete ait orta öğretim ve eğitim kurumlarının pansiyonlarından ve devlete ait orta öğretim ve eğitim kurumlarından, özel kayıt koşullarına tabi olanların giriş sınavlarını kazanmak ve diğer kayıt şartlarını da taşımak koşuluyla, devlet parasız yatılı sınavını kazananlar gibi öncelikle yararlanır. Yüksek öğrenim hakkını kazananlar ise devlete ait yurtlar ile Yüksek Öğrenim Kredi ve Yurtlar Kurumunca verilmekte olan krediden öncelikle yararlanır.

Sağlık yardımı açısından ise 2330 sayılı Kanun kapsamında bulunanların, kamu kurum ve kuruluşlarınca karşılanmayan tedavileri, devlet üniversitesi hastaneleri ve askeri hastanede ücretsiz olarak sağlanır.

SONUÇ

İdarenin sorumluluğu her ne kadar temel olarak kusur sorumluluğuna dayansa da zaman içerisinde bu sorumluluğun yetersiz kalması ve toplumun vicdanını derinden yaralanması ile hakkaniyete aykırı durumların ortaya çıkması nedeniyle, idarenin kusursuz sorumluluğu da kabul görmüştür. Bu çerçevede yaşanan herhangi bir olayda öncelikle, idarenin kusur sorumluluğu incelenecek, idarenin kusurlu sorumluluğu cihetine gidilememesi halinde ise ikincil derecede kusursuz sorumluluk kapsamında idarenin sorumluluğu değerlendirilecektir.

İdarenin kusursuz sorumluluğu açısından ise toplum için önem arz eden birtakım kamusal görevleri yerine getiren görevliler ile bu kapsamda görevlendirilen kişilerin uğramış olduğu zararların giderilmesi yönünde mesleki risk ilkesi kabul edilmiş ve bu kapsamda devlet tarafından özel yasal düzenlemeler yapılmıştır. İşbu yasal düzenlemelerden birisi de 2330 sayılı Kanun'dur.

İlgili 2330 sayılı Kanun uyarınca temelde güvenliğin sağlanması açısından, bir takım kamu görevlileri ve görevlendirilen siviller ile bunların kanun tarafından belirtilen yakınları ekonomik olarak güvence altına alınmıştır. Dolayısıyla ilgili kanun uyarınca hak talebinde bulunulabilmesi için öncelikli olarak, 2330 sayılı Kanun'da belirtilen konularda görevli ya da görevli kişinin yine aynı kanunda belirtilen derecede yakını olunması, meydana gelen ölüm, sakatlanma ve yaralanmanın, belirtilen görevlerin yapılması sırasında veya görev sona ermiş bulursa bile görevden dolayı meydana gelmiş olması ile ölüm, yaralanma ve engellilik halinin oluşumunda kişinin kendi kastının bulunmaması gerekmektedir. Ayrıca 2330 sayılı Kanun uyarınca idareye herhangi bir

¹⁰⁰ Çelik, s. 709.

başvuru şartı veya süresi düzenlenmemiş ise de Danıştay kararları uyarınca meydana gelen olay tarihinden itibaren 10 yıl içerisinde idareye başvuruda bulunulması gerektiği belirtilmektedir.

İşbu şartların vukua gelen olay açısından oluşmadığının değerlendirilmesi halinde, başvuruda bulunan kişi ve kişilerin kanun kapsamındaki talepleri reddedilecektir. Şartların mevcudiyeti halinde ise 2330 sayılı Kanun'da belirtilen görevleri yerine getiren kişilerin ölümü veya engelli hale gelmesi durumunda, hak sahiplerine nakdi tazminat ve aylık, yaralanması halinde ise sadece nakdi tazminat ödemesi yapılacaktır¹⁰¹. Görüldüğü üzere bu kanun kapsamından faydalanabilmesi için bedensel bir zararın doğması zaruridir¹⁰². Ayrıca idare tarafından yapılacak nakdi tazminat ödemesi ile bağlanan aylıklar, hak sahiplerinin maddi ve manevi zararlarının karşılığıdır.

Ancak her ne kadar idare tarafından kusursuz sorumluluk uyarınca ekonomik olarak hak sahiplerinin zararları giderilse de yapılacak ödemenin veya bağlanacak aylığın, kanun uyarınca birtakım katsayılar dikkate alınarak hesaplanması nedeniyle her durumda kişilerin uğradığı gerçek zararın karşılığı olması düşünülemez. Bu halde de hak sahipleri tarafından idareden nakdi tazminat alınmış olsa da ve yine kanun uyarınca bu yapılacak ödemenin maddi ve manevi zararın karşılığı olduğu belirtilmiş ise de hak sahiplerin idare aleyhine maddi ve manevi zarar talepli dava açması mümkündür. Lakin işbu açılacak davada idare tarafından ödenen tazminat ile bağlanan aylıklar mahsup edilecek olup bulunması halinde kalan bakiye açısından davanın kabulüne karar verilmesi gerekmektedir.

Bununla birlikte idare tarafından hak sahiplerine ödenen tazminatlar, vukua gelen olayda kusuru bulunan kişilere rücu edilebilmektedir. Ancak burada önem arz eden husus, rücuya konu bedelin belirlenmesinde olay tarihinin dikkate alınmasıdır. Çünkü hak sahiplerine, 2330 sayılı Kanun uyarınca Nakdi Tazminat Komisyonu tarafından verilecek karar tarihindeki değerler üzerinden ödeme yapılmaktadır. Dolayısıyla nakdi tazminat hesabında dikkate alınan katsayıların, olay tarihi ile karar tarihindeki farklılıkları nedeniyle idare tarafından yapılan fazla ödeme idare üzerinde kalacaktır.

Yukarıda ifade edildiği üzere 2330 sayılı Kanun mesleki risk açısından özel bir ekonomik ve sosyal güvence niteliğinde olup özellikle de güven ve asayişin korunmasında hizmetlerinden yararlanılması zorunlu olan ve yetkililerce kendilerine bu amaca yönelik görev verilen sivil ve geçici görevlilerin de kapsam içerisine alması nedeniyle çerçeve niteliğindedir.

KAYNAKÇA

Atay, Ender Ethem. *İdare Hukuku*, 6. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2018.

¹⁰¹ Başbuğ, s.239.

¹⁰² Örucü, s.122.

-
- Avcı, Adem. *Yargı Kararları Işığında Terör Eylemlerinden Dolayı İdarenin Sorumluluğu*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2013.
- Bağrıaçık, Ahmet. “Tam Yargı Davasında Dava Açma Süresi”, *Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Doktora Tezi*, Ankara, 2021.
- Başbuğ, Aydın. “Asker Kişilerin Beden ve Ruh Bütünlüğünün İhlalinden Doğan Zararlardan Milli Savunma Bakanlığının Sorumluluğu”, *İş ve Hayat Dergisi*, 1. Cilt, Sayı 1, 2015, s. 231-250.
- Çağlayan, Ramazan. “Risk İlkesi Gereğince İdarenin Kusursuz Sorumluluğu Bağlamında Sosyal Risk İlkesi”, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Sorumluluk ve Tazminat Hukuku Sempozyumu*, Ankara, 2009, s. 451-495.
- Çapar, Asuman. *5233 Sayılı Terör ve Terörle Mücadeleden Doğan Zararların Karşılama Hakkında Kanun'a Göre İdarenin Tazminat Sorumluluğu*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2020.
- Çelik, Ahmet Çelik. *İdari Yargıda Ölüm ve Bedensel Zararlar Nedeniyle Tazminat Davaları*, Güncellenmiş 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2022.
- Deniz, Buket. “İdarenin Sorumluluğunu Doğuran Hizmet Kusuru ve Hizmet Kusuru-Kişisel Kusur Ayrımı”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 153. Sayı, 2021, s. 187-234.
- Eroğlu Durkal, Müzeyyen. “İdarenin Sorumluluğunun Ortaya Çıkışı ve Temeli”, *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 18, Ankara, 2019, s. 159-189.
- Gözler, Kemal. *İdare Hukuku*, Güncellenmiş 3. Baskı, 2. Cilt, Ekin Yayınevi, Bursa, 2019.
- Günday, Metin. *İdare Hukuku*, Güncelleştirilmiş 8. Baskı, İmaj Yayınevi, Ankara, 2003.
- Işıklar, Celal. “Danıştay Kararlarında İdarenin Kusursuz Sorumluluğunu Kaldıran ve Azaltan Hâller”, *Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi*, Sayı 1, Ankara, 2019, s. 115-158.
- İsbir, Begüm. “Sosyal Risk İlkesinde Kanuni Bir Yöntem: 5233 Sayılı Kanun ve Uygulanması”, *Memleket Yönetim Siyaset Dergisi*, 10. Cilt, Sayı 24, 2015, s. 86-110.
- Oflaz, Gamze. “İdarenin Kusursuz Sorumluluğu Kapsamında Mesleki Risk İlkesi”, *Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi*, Ankara, 2021.
- Onar, Sami Sıddık. *İdare Hukukunun Umumi Esasları*, 3. Bası, 3. Cilt, Hak Kitabevi, İstanbul, 1966.
- Örücü, Yunus. “Türk Sosyal Güvenlik Hukukunda Asker Kişilerin Vazife Malullüğü Sigortası”, *Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi*, Ankara, 2019.

Resmî Defter Tutmanın Takip Hukukuna İlişkin Sonuçlarının Değerlendirilmesi

Murat BİLDİR 

Arş. Gör., İzmir Bakırçay Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, İzmir, Türkiye
murat.bildir@bakircay.edu.tr (Sorumlu Yazar / Corresponding Author)

Makale Bilgileri

Makale Geçmişi
Geliş: 09.10.2023
Kabul: 20.12.2023
Yayın: 28.12.2023

Anahtar

Kelimeler:

Resmî defter tutma,
talik hâli,
mirasbırakan,
mirasçısı, takip yasağı.

ÖZET

Ekonomik, sosyal, kültürel ilişkilerin değişmesi, gelişmesi ve karmaşıklaşması; mirasbırakanların malvarlıklarının, onlara “resmî olarak” yakın kişiler olan mirasçılar tarafından bilinmesini zorlaştırmaktadır. İçeriği bilinmeyen bir miras kabul veya reddetmek, mirasçılarının kendi malvarlığını da tehlikeye atabilir. Bu sakıncanın ortadan kaldırılması ve mirasın reddi veya kabulü yönündeki tercihin güvenle kullanılabilmesi için resmî defter tutma kurumu ihdas edilmiştir.

Resmî defter tutma kurumunun amacına ulaşabilmesi için mirasbırakanın malvarlığının hukukî işlemlere ve takiplere karşı korunması gerekir. Kanun koyucu, mirasbırakanın malvarlığının mümkün olduğunca değişikliğe uğramaması için bazı tedbirler almıştır. TMK m. 625'e göre, resmî defter tutma süresince takip yapılamaz. Resmî defter tutma süresi boyunca uygulanabilecek ikinci hüküm ise İİK m. 53'tür. Bu hükme göre, miras kabul ve redde ilişkin TMK'daki süreler boyunca takip geri kalır. İlk hüküm, resmî defter tutma süresince doğrudan uygulanabilir nitelikte olan açık bir hükümdür. İkinci hükümde ise resmî defter tutma sürecine ilişkin doğrudan bir sonuçtan bahsedilmemekte; yalnızca takibin talik edileceği sürelerle ilişkin genel bir gönderme yapılmaktadır. Resmî defter tutma sürecinin sonunda da mirasçılara, kabul ve ret hususunda bir seçimlik hak tanındığından, ikinci hükmün de resmî defter tutma sürecinde uygulama alanı bulması düşünülebilir. Bu durumda takip hukukuna ilişkin sonuç doğuran bu iki hükmün ilişkisinin ele alınması gerekir. Yargıtay kararlarında çoğunlukla her iki hükme de yer verilmekte ancak bunlar arasındaki ilişki ortaya konulmamaktadır. Öğreti, bu konuda nispeten daha zengindir. Çalışmamız, iki hükmü de ayrı ayrı ele aldıktan sonra, bu hükümler arasındaki ilişkiyi değerlendirmeye çalışmaktadır.

Evaluation of the Consequences of Official Bookkeeping in Relation to the Law of Enforcement

Article Info

Article History

Received: 09.10.2023

Accepted: 20.12.2023

Published: 28.12.2023

Keywords:

Official bookkeeping,
postponement states,
testator, heir,
prohibition of execution
proceeding.

ABSTRACT

The change, development and complexity of economic, social and cultural relations make it difficult for the heirs, who are "officially" close to the testators, to know the assets of the testator. Accepting or rejecting an inheritance whose content is unknown may also jeopardize the heirs' own assets. In order to eliminate this drawback and to ensure that the choice of accepting or rejecting the inheritance can be used safely, the institution of official bookkeeping has been established.

In order for the official bookkeeping institution to achieve its purpose, the assets of the testator must be protected against legal transactions and execution proceedings. The legislator has taken some measures to ensure that the assets of the testator do not change as much as possible. According to Article 625 of the TCC, which is one of these measures, execution proceedings cannot be initiated during the official bookkeeping period. The second provision that can be applied during the official bookkeeping period is Article 53 of the EBL. Accordingly, the execution shall be suspended during the periods in the TCC regarding acceptance and rejection. The first provision is an explicit

provision that is directly applicable during the official bookkeeping period. The second provision, on the other hand, does not mention a direct consequence of the official bookkeeping process; it only makes a general reference to the periods during which the proceedings will be suspended. Since the heirs are given the right to choose between acceptance and rejection at the end of the official bookkeeping process, it is conceivable that the second provision may also be applied during the official bookkeeping process. In this case, it is necessary to address the relationship between these two provisions that have consequences regarding the law of enforcement. The decisions of the Supreme Court mostly include both provisions, but do not reveal the relationship between them. The doctrine is relatively richer in this regard. Our study aims to evaluate the relationship between these provisions after addressing both provisions separately.

Atf/Citation: Bildir, M. (2023). “Resmî Defter Tutmanın Takip Hukukuna İlişkin Sonuçlarının Değerlendirilmesi”, *Necmettin Erbakan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 6(2), s. 826-850.



“This article is licensed under a Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License (CC BY-NC 4.0)”

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

GİRİŞ

Resmî defter tutma kurumu, ülkemizde az bilinen ve az başvurulan bir yoldur. Hâlbuki mirasçıların kendilerine kalan bir mirasın içeriğini bilmediği ve mirası ret süresi içerisinde de bilemeyeceği durumlarda bu yola başvurmak oldukça faydalı olabilir. Zira bu sayede mirasçılar, nasıl bir malvarlığını kabul veya reddettiklerinin bilincinde hareket eder ve sürpriz oluşturacak aktif ve pasiflerden zarar görmez. Defteri tutulan malvarlığının aktifinin pasifinden oldukça fazla olduğunu gören mirasçı, mirası gönül rahatlığıyla kabul edebilir. Tam tersi durumda ise mirası reddederek kendi malvarlığını riske atmaz.

Mirasçılar, mirasbırakanın malvarlığının içeriğini, resmî defter tutulmasını talep etmek yerine kendi gayretleriyle de öğrenebilir. Ancak resmî defter tutulması, mirasın içeriğinin mirasçıların kendi çabalarıyla öğrenilmesine nazaran daha avantajlıdır. Zira resmî defter tutulması neticesinde, mirası bu deftere göre kabul eden mirasçılar yalnızca defterde yer alan borçlardan sorumlu olur. Oysa kendi imkânlarıyla mirasın içeriğini öğrenmeye çalışarak mirası kabul kararı vermiş olsalardı, bilgi edinemedikleri borçlardan da sorumlu olurlardı. Aynı şekilde, varlığını bilmediği veya öğrenemediği aktifleri, mirası ret kararı verdikleri için kendi malvarlığına dahil etme imkânını da kaçırmış olabilirlerdi. Bu sebeplerle resmî defter tutma kurumu, mirasçıların miras hakkında daha güvenli bir tercihte bulunmak için başvurabileceği önemli bir yoldur.

Resmî defter tutmanın güvenilirliği için aktif ve pasiflerin doğru şekilde tespit edilmesi gerekir. Kanun koyucu, bunu sağlamak için çeşitli tedbirler öngörmüştür. Bu tedbirlerden biri de resmî defter tutulmasının icra takiplerini önlemesidir. Zira Türk Medeni Kanunu'nun (TMK) 625. maddesi, resmî defter tutulması süresince icra takibi yapılamayacağını hüküm altına almıştır. Bu düzenlemenin kapsamının doğru tespit edilmesi ve uygulanması, resmî defter tutma kurumunun amacına ulaşmasına katkı sunar. Bu nedenle çalışmamızda ilk olarak resmî defter tutulması süresince takip yapılamamasının kapsamı ve sonuçları açıklanmıştır.

İcra ve İflas Kanunu'nun (İİK) 53. maddesi de borçlunun ölümünden sonra belli süreler boyunca icra takip işlemi yapılmasını yasaklamaktadır. Bu düzenlemede, ilk süre üç gün olarak belirlenmişken ikinci sürenin tespiti için Türk Medeni Kanunu'ndaki mirasın kabul ve reddine ilişkin sürelerle atıf yapılmakla yetinilmiştir. Dolayısıyla ikinci sürenin belirlenmesi için Türk Medeni Kanunu'ndaki muhtelif düzenlemelere bakılması gerekir. Kabul ve redde ilişkin bir süre de resmî defter tutma kurumunda karşımıza çıkmaktadır. Zira resmî defter tutma sürecinin bitmesinden itibaren belli bir süre içerisinde bazı mirasçılar, mirasın kabul ve reddine ilişkin seçimlik haklarını kullanabilmektedir. Bu doğrultuda, İİK m.53'ün Türk Medeni Kanunu'na yaptığı atfın kapsamına, resmî defter tutma sürecinin bitmesinden itibaren başlayan ve bazı mirasçıların seçimlik hakkını kullandığı sürenin de girip girmeyeceği hususu, cevaplanması gereken ilk sorudur. Bu soruya olumlu yanıt verilecek olursa, resmî defter tutma süresince uygulanması mümkün olan ve takip hukukuna ilişkin iki farklı düzenleme karşımıza çıkar. Bu durumda da İİK m. 53 ve TMK m. 625'in nasıl uygulanacağı, cevaplanması gereken diğer bir sorudur. Bu iki soruya cevap bulmak, çalışmamızın temel hedeflerini oluşturmaktadır.

I. RESMÎ DEFTER TUTMA KURUMU

A. Genel Olarak

Türk miras hukukunda geçerli küllî halefiyet ve kendiliğinden kazanım ilkeleri gereği, mirasçılar, mirasbırakanın ölümü ile mirası bir bütün olarak (tüm aktif ve pasifleriyle birlikte) ve kendiliğinden kazanırlar (TMK m. 599)¹. Buna göre, mirasçıların mirasbırakanın malvarlığını kazanmaları için herhangi bir süre beklemelerine veya devir işlemi gibi bir irade beyanında bulunmalarına gerek yoktur. Hatta mirasçıların mirasbırakanın ölümünden haberleri olmasa bile bu intikal gerçekleşir. Dolayısıyla mirasbırakanın malvarlığı unsurlarının tamamı ölüm anında ve doğrudan kazanılır. Ne durumda olduğu bilinmeyen bir malvarlığı, yalnızca aktifleriyle değil borçlarıyla da mirasçılara kendiliğinden ve kanun gereği geçmektedir. Ancak kanun koyucu; mirasın reddi, terekenin resmî defterinin tutulması, resmî tasfiye talep etme gibi imkânlar sağlayarak küllî halefiyet ilkesini yumuşatmış ve mirasçıların sorumluluğunu hafifletecek seçenekler oluşturmuştur². Bir başka ifadeyle mirasçılara, kanun gereği ve kendiliğinden doğan sonucun ortadan kaldırılması imkânını veren seçenekler tanınmıştır.

Mirasçıların seçimlik haklarından biri olan resmî defter tutulmasını talep hakkı, mirasbırakanın malvarlığının içeriğinin mirasçılar tarafından bilinmediği hâllerde özel önem taşır. Zira bu durumdaki mirasçının mirası reddetmesi de kabul etmesi de risklidir. Bu risklerden ilki, miras kayıtsız şartsız kabul edildiği³ için öncesinde bilinmeyen (hatta bilinse belki de mirasın reddi

¹Dural, Mustafa / Öz, Turgut. *Miras Hukuku*, 18. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2022, s. 409; İnan, Ali Naim / Ertaş, Şeref / Albaş, Hakan. *İnan Türk Medeni Hukuku Miras Hukuku*, 11. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2022, s. 508; Serozan, Rona / Engin, Baki İlkay. *Miras Hukuku ve Tamamı Çözümlü Pratik Çalışmalar*, 8. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2022, s. 484-485; Antalya, O. Gökhan / Sağlam, İpek. *Marmara Hukuk Yorumu Miras Hukuku Cilt III*, 5. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2021, s. 423.

² Ülgenalp, Nuri. "Mirasın Reddi ve Defter Tutma Talebi", *Adliye Dergisi*, S. 1, 1945, s. 31; Dural / Öz, s. 410; Serozan / Engin, s. 494. Bu seçeneklerden resmî defter tutmanın; mirasçıların sorumluluğunu azalttığı ve mirasın kabulü ile reddi arasında bir orta yol oluşturduğu hakkında ayrıca bkz. İnan / Ertaş / Albaş, s. 531.

³ Esasında mirasın kazanımı için irade beyanına (ve kabul beyanına) ihtiyaç yoktur. Bu nedenle mirasın kabul edilmesi, için bir beyana (mirasın kabulü beyanına) ihtiyaç yoktur. Buna rağmen mirasın kayıtsız şartsız kabul

seçeneği tercih edilecek olan) bazı borçlardan sorumlu olunmak zorunda kalınmasıdır. Böyle bir durumda mirasçının kişisel malvarlığı da tehlikeye girebileceğinden, mirasçı, mirası kabul etmekle kendi malvarlığı açısından da risk almış olur. İkinci risk ise mirasçının, kayıtsız şartsız ret hakkını kullanması hâlinde, içeriğini tam olarak bilmediği için reddettiği terekedeki bazı mal, hak ve alacakları kendi malvarlığına katma imkânını kaybetmesidir. Bu seçeneğe başvurulması hâlinde de mirasçının kişisel malvarlığının artma ihtimali kaçırılmış olabilir. Bu sakıncaların önlenmesi ve mirasbırakanın malvarlığının gerçek durumunun belirlenebilmesi amacıyla mirasçılara terekenin resmî defterinin tutulmasını talep etme hakkı verilmiştir⁴. Resmî defter tutulmasından sonra mirasçılar, mirasbırakanın malvarlığının aktif ve pasiflerini öğrenebilir ve ortaya çıkan duruma göre mirası kayıtsız şartsız kabul veya reddetme, tutulan deftere göre kabul etme ve resmî tasfiye talep etme şeklindeki seçeneklerden birini seçebilir. Resmi defter tutulması üzerine yapılan tercih, içeriği bilinen bir malvarlığına yönelik olduğundan, riskleri bilme ve buna uygun hareket etme imkânı verir. Dolayısıyla terekenin resmî defterinin tutulması, diğer seçimlik hakların güvenli bir şekilde kullanılmasını sağlar.

Resmî defter tutulmasının ikinci faydası ise tereke borçlarından sorumluluğun sınırlandırılmasının sağlanmasıdır⁵. Nitekim, terekenin resmî defterinin tutulmasıyla birlikte mirasçılar, diğer seçimlik haklarının yanında, mirasın tutulan deftere göre kabulü imkânını da elde ederler (TMK m. 628/1)⁶. Mirasın tutulan deftere göre kabulü, mirasın kabulünden farklıdır. Zira seçim hakkını, tutulan deftere göre kabul yönünde kullanan mirasçılar, yalnızca deftere geçirilmiş borçlardan sorumlu olurlar. Başka bir ifadeyle deftere yazılmamış olan borçlar için kural olarak mirasçılara (ve mirasbırakanın malvarlığına) başvurulamaz. Bu doğrultuda, söz konusu borçlar için kendisine başvuru mirasçının borcu ifadan kaçınma hakkı bulunmaktadır⁷. Dolayısıyla mirasçıların mirasbırakanın borçlarından sorumluluğu -tutulan defter nispetinde- sınırlandırılmış olur.

Resmî defter tutma kurumu, aynı zamanda, mirasçıların mirası reddedip reddetmeyeceklerine karar vermeleri açısından onlara ek bir süre tanır⁸. Yani, mirası kabul veya redde ilişkin süreler, ne zaman neticeleneceği belli olmayan resmî defter tutma sürecinin sonuna

edilmesi, mirası ret hakkından feragat anlamı taşır ve mirasın kazanımı ile mirasçılığı kesinleştirir. (Serozan / Engin, s. 504; Antalya / Sağlam, s. 423).

⁴ Ülgenalp, s. 39; Arık, K. Fikret. “Resmi Defter Tutma Müessesesi”, *Ankara Üniversitesi SBF Dergisi*, C. IX, S. 2, 1954, s. 245, 271; Serozan / Engin, s. 523; İnan / Ertaş / Albaş, s. 531; Çabri, Sezer. *Miras Hukuku Şerhi (TMK m.575-639)*, C. II, On İki Levha Yayınevi, İstanbul, 2020, s. 701-703; Antalya / Sağlam, s. 449. “Terekenin resmi defterinin tutulması isteminde, terekenin gerçek durumunun öğrenilmesi, resmi deftere göre kabul edilecek mirasın mirasçıya sadece deftere yazılmış borçlarla geçmesi ve mirası ret veya kabul sürelerini uzatması işlevi vardır.” 14. HD E. 2015/18152 K. 2017/1811 T. 09.03.2017 (Lexpera).

⁵ Kocayusufpaşaoğlu, Necip. *Miras Hukuku*, 3. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1987, s. 635; Arık, s. 245; İmre, Zahit / Erman, Hasan. *Miras Hukuku*, 15. Baskı, Der Yayınevi, İstanbul, 2021, s. 382; Serozan / Engin, s. 523; İnan / Ertaş / Albaş, s. 531; Çabri, s. 704.

⁶ Gönensay, Samim / Birsen, Kemaleddin. *Miras Hukuku*, 2. Baskı, İstanbul Üniversitesi Yayınları No. 1046 Hukuk Fakültesi No. 223, İstanbul, 1963, s. 273; Dural / Öz, s. 436.

⁷ Çabri, s. 764.

⁸ Arık, s. 246; Serozan / Engin, s. 523; Antalya / Sağlam, s. 449; Çabri, s. 704. Kabul ve ret sürelerinin uzamasının, resmî defter tutulmasının amacı değil sonucu olduğu hakkında bkz. Kama, Musa “Mirasçılardan Birinin Resmi Defterinin Tutulması Talebi”, *Feyzi Necmeddin Feyzioğlu'nun Anısına Armağan*, 2020, s. 332.

kadar uzamış olur. Böylece mirasçılarının, mirasbırakanın malvarlığının tespit edilebileceği kadar olan ve önceden bilinemeyen bir süre boyunca seçimlik haklarını kullanmaları gerekmez.

B. Resmî Defter Tutma Süreci

Kanun koyucu resmî defter tutmayı talep hakkını, mirası reddetmeye hakkı olan mirasçılara tanımıştır. Buna göre, mirası kayıtsız şartsız ret veya kabul etmiş yahut açıkça kabul etmemekle birlikte tereke varlıkları üzerinde kabul anlamına gelecek işlemler (TMK m. 610/2) yapmış olan mirasçılar resmî defter tutmayı talep edemez⁹. Mirası reddetme hakkı olan yasal ve atanmış mirasçılardan yalnızca birinin talepte bulunması yeterlidir¹⁰. Tek bir mirasçının talebi, diğer mirasçılarının tercihlerinden bağımsız olarak, terekenin defterinin tutulması sonucunu doğurur.

Resmî defter tutulması talebinin nasıl yapılacağı, mirasın reddine atıfla düzenlenmiştir. Buna göre, resmî defter tutulması, mirasın reddi usûlüne uygun olarak, ölenin son yerleşim yerindeki sulh hukuk mahkemesinden talep edilmelidir (TMK m. 619/2; Tüzük¹¹ m. 40/1)¹². Yine, mirasın reddi talebi gibi, resmî defter tutulması talebi de kayıtsız şartsız bir biçimde ve yazılı veya sözlü bir beyanla yapılmalıdır (Tüzük m. 40). Ancak süre noktasında kanun koyucu, mirasın reddi süresinden ayrılarak resmî defter tutmayı talep etme süresini bir ay olarak belirlemiştir. Yani resmî defter tutmayı talep etmek için daha kısa bir süre söz konusudur. Defterin tutulmasından sonra seçimlik hakların kullanımı için ek bir süre verileceğinden, bu aşamada sürenin daha kısa olarak belirlenmesinde bir sakınca bulunmamaktadır¹³. Bu sürenin başlangıcı da mirasın reddini talep etme süresinin başlangıcıyla aynıdır. Buna göre süre, yasal mirasçılar için mirasbırakanın ölümünü öğrendikleri; atanmış mirasçılar için ise mirasçı olarak atandıklarının kendilerine resmen bildirildiği tarihten itibaren başlar (TMK m. 606)¹⁴.

Mahkeme, terekeye dahil olan malvarlığı unsurlarını (aktif ve pasifler) değerleriyle birlikte kaydeder (TMK m. 620/1)¹⁵. Bunun için gerekirse bilirkişiye başvurur.

Terekeye dahil olan mal, hak, alacak ve borçların tam ve doğru bir şekilde tespit edilebilmesi için¹⁶ mahkemeye, ilgililerin¹⁷ bilgisine başvurma yetkisi verilmiş; bu kişilere de mahkemenin talebi üzerine bilgi verme yükümlülüğü yüklenmiştir. Haklı bir sebep olmaksızın bilgi vermekten kaçınan veya yanlış bilgi verenler, bundan doğacak zarardan sorumlu tutulabilir (TMK m. 620/2). Mirasçılar ise mahkemece talep edilmemiş olsa bile tereke hakkında bilgi vermekle yükümlüdür.

⁹ Ülgenalp, s. 39; Arık, s. 253; Kocayusufpaşaoğlu, s. 636; İmre / Erman, s. 383; Serozan / Engin, s. 523; İnan / Ertaş / Albaş, s. 532; Antalya / Sağlam, s. 450; Kılıçoğlu, Ahmet. *Miras Hukuku*, 10. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2019, s. 318.

¹⁰ Ülgenalp, s. 39; Arık, s. 246; İmre / Erman, s. 382; Serozan / Engin, s. 523; İnan / Ertaş / Albaş, s. 532; Kılıçoğlu, s. 318.

¹¹ Türk Medeni Kanunu'nun Velayet, Vesayet ve Miras Hükümlerinin Uygulanmasına İlişkin Tüzük (RG, T. 10.08.2003, S. 25195).

¹² Kocayusufpaşaoğlu, s. 637; Arık, s. 254-255; İmre / Erman, s. 383; Serozan / Engin, s. 524; Antalya / Sağlam, s. 450.

¹³ Serozan / Engin, s. 524.

¹⁴ İmre / Erman, s. 384; Serozan / Engin, s. 524; İnan / Ertaş / Albaş, s. 532.

¹⁵ Bu yazımın hangi esaslarla yapılacağı ise taşınır ve taşınmazlar açısından ayrı ayrı düzenlenmiştir (Tüzük m. 42).

¹⁶ İmre / Erman, s. 385.

¹⁷ Miras bırakanın (varsa) vasisi, yasal ve malî danışmanları, sigorta şirketi ile çalıştığı işyeri ve hesabı bulunan bankalar bu ilgililerdendir (İnan, Ertaş, Albaş, s. 534; Kama, s. 340).

Mahkemenin diğ er bilgi kaynağı ise resmî kayıtlar ve mirasbırakanın belgeleridir. Buna göre, herhangi bir alacaklı veya borçlu tarafından başvurulmamış olsa bile resmî kayıtlardan ve mirasbırakanın belgelerinden varlığına ulaşılan aktif ve pasifler doğrudan doğruya deftere geçirilir (TMK m. 622). Alacaklı ve borçlular doğrudan yapılan bu kayıtlardan haberdar edilir.

Kanunun, defterin doğru tutulmasını temin için¹⁸ öngördüğü diğ er gereklilik ise alacaklı ve borçluların mahkeme tarafından ilan yoluyla davet edilmesidir. Buna göre mahkeme, mirasbırakanın alacaklı ve borçlularını belli bir süre içerisinde alacak ve borçlarını bildirmeleri için bir ay arayla yapılacak iki ilanla davet eder. İlanda, bildirimde bulunmamanın sonuçlarına¹⁹ da dikkat çekilir. Alacak ve borçların bildirilme süresi, ikinci ilan tarihinden itibaren en az bir aydır. Hâkim, bir aydan aşağı olmamak üzere, terekenin kapsamını göz önünde bulundurarak bu süreyi belirler²⁰. Söz konusu sürenin geçmesiyle birlikte defter tutma işlemi nihayete ermiş olur (TMK m. 623/1; Tüzük m. 44/1) ve artık deftere kayıt yapılamaz²¹.

Defter tutma işleminin sona ermesinin ardından tutulan kayıtlar ilgililer tarafından incelenir. Buna göre, alacak ve borçların bildirilmesi için mahkemece belirlenen ve ilanda da yazan en az bir aylık süre dolduktan sonra, bu sefer tutulan defterin ilgililerce incelenmesi için yine en az bir aylık süre verilir (TMK m. 623/1). Defterin incelenmesi için tanınan sürenin başlangıcı, bütün ilgililer için aynı tarihtir. Bu, defter tutma işleminin sona erdiği tarihtir. Defteri inceleme hakkı olan ilgililer ise mirasın genel durumunda ve alacak veya borcun deftere kaydedilmek suretiyle tanınmasında menfaati olan kişilerdir²². Mirasçılar, mirasbırakanın alacaklı ve borçluları, vasiyet alacaklıları, terekedeki mallar üzerinde istihkak iddiasında olanlar ve vasiyeti tenfiz memurları bu kişilerdendir²³. İlgililer defterdeki kayıtlara itiraz ederek bunların yanlış, eksik veya fazla olduğunu ileri sürebilir. Bu konuda ayrı dava açılması da mümkündür. İtiraz üzerine mahkeme, tereke mallarına yeniden değ er biçilmesi yoluna başvurabilir ve uyuşmazlıkların çözümü için (TMK m. 626/2) mirasçılara ek süre verebilir. Şu hâlde, somut duruma göre, mirasçıların seçimlik hakkını kullanması için söz konusu olan bir aylık süre arttırılabilir.

¹⁸ Arık, s. 266.

¹⁹ Mirası deftere göre kabul eden mirasçılar, deftere kaydedilmemiş alacaklardan sorumlu değildir (TMK M. 629/1) Bu nedenle bu hususun ilanda belirtilmesi gerekir. Öte yandan borçlular, borçlarını kaydettirmemiş olsalar da borçları devam eder (Arık, s. 266).

²⁰ Belgesay, Mustafa Reşit. *Türk Kanunu Medenisi Şerhi: Üçüncü Kitap Miras*, 4. Baskı, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1952, s. 184.

²¹ Belgesay, s. 186; İnan / Ertaş / Albaş, s. 536; Eren, Fikret / Yücer Aktürk, İpek. *Türk Miras Hukuku*, 3. Baskı, Yetkin Yayınevi, Ankara, 2020, s. 522. Mirasçılar seçim hakkını kullanana kadar tereke aktiflerinin kaydı yapılabilir. Zira bunlar açısından mirasçılarının herhangi bir sorumluluğu değil menfaati söz konusudur (Arık, s. 270).

²² Belgesay, s. 186.

²³ Gönensay / Birsen, s. 270. İlgilileri sayım usulüyle belirlemek mümkün olmadığından somut olaya göre hâkimin belirlemesi gerekir (İyilikli, Ahmet Cahit. *Hukuk Yargılamasında Terekenin Resmi Defterinin Tutulması*, Yetkin Yayınevi, Ankara, 2021, s. 237).

Defter tutma işlemi sona erip de defterin ilgililerce incelenme süresi geçtikten sonra mirasçılar bir ay içinde²⁴ karar vermeye (beyanda bulunmaya) çağrılır (TMK m. 626/1)²⁵. Mirasçılar, TMK m. 627 gereğince kendilerine tanınan seçim haklarından hangisini kullandıkları yönündeki irade beyanında bulunur, bir diğer ifadeyle sözü edilen konuda bir karara varıp bunu bildirir²⁶. Mirasçıların önünde dört seçenek vardır: mirasın kabulü²⁷, mirasın reddi, mirasın tutulan deftere göre kabulü ve resmî tasfiye (TMK m. 627/1). Bunlardan üçü resmî defter tutulmasından da önce mevcut olan seçeneklerdir. Mirasın tutulan deftere göre kabulü ise, resmî defter tutulmasının sağladığı (ve bu yola başvurmakla elde edilen) ek bir imkândır²⁸. Mirasçılar, süresi içinde herhangi bir beyanda bulunmazlarsa, TMK m. 627/2 gereği, mirası tutulan deftere göre kabul etmiş sayılırlar.

Mirasçılardan birinin defter tutma talebi diğerleri hakkında da etkili olur (TMK m. 619/3)²⁹. Bununla kastedilen, sadece resmî defter tutma talebinde bulunanın değil, diğer mirasçılarının da defter tutma işleminden sonra seçimlik haklarını kullanabilmesidir. Söz konusu hüküm, mirasçılar arasında bir ayırım yapmamış gibi görünmektedir³⁰. Ancak, öğretide ağırlıklı ve isabetli olarak kabul edildiği üzere, daha önce mirası kayıtsız şartsız kabul eden veya kabul anlamına gelen işlemler yapan mirasçılar ile mirası kayıtsız şartsız reddeden mirasçılarının seçimlik hakları kullanabilmeleri mümkün olmaz³¹. Seçim hakkı, ret hakkı düşmemiş ve mirasçılık sıfatı devam eden mirasçılar tarafından kullanılabilir³². Üç aylık mirası ret süresinde, açık veya örtülü bir kabul yahut kayıtsız şartsız ret talebinde bulunmamış (suskun kalmış) mirasçının da resmî defter tutulmasından sonra seçimlik hakkı olmalıdır³³. Daha önce resmî tasfiye talep eden mirasçı da

²⁴ Deftere kaydedilmiş alacak ve borçların varlığına, miktar veya değerine itiraz edilmesi durumunda, yapılan hataların düzeltilmesi ve çıkan uyumsuzlukların giderilmesi gerekir. Ancak bundan sonra defteri tutulan tereke içeriği, tam olarak belirlenmiş ve netleşmiş olur. İşte, bunu gözetken kanun koyucu anılan ihtimallerde bir aylık sürenin uzatılabilmesine imkân tanımıştır (TMK m. 626/2).

²⁵ Bolak, Ahmet Ertuğrul. *Uygulamada Miras ve Tereke Hukuku*, Eğitim Yayınları, İstanbul, 1980, s. 1128; Belgesay, s. 190; Eren / Yücer Aktürk, s. 522; Çabri, s. 748; İnan / Ertaş / Albaş, s. 537. Bazı yazarlar bu sürenin başlangıcı olarak defterin incelenmesi için yapılan tebliğ tarihini (Öztan, Bilge. *Miras Hukuku (Tablolar ve Örneklerle)*, 11. Baskı, Yetkin Yayınevi, Ankara, 2020, s. 414) veya defter tutma işleminin sona ermesini (Gönensay / Birsen, s. 274) göstermektedir. Yakuppur'a göre de inceleme süresinin bitiminden sonra tekrar süre vermeye gerek yoktur. Ancak hükmün lafzı karşısında bunu kabul etmek mümkün değildir (Yakuppur, Sendi. *Resmî Defter Tutma ve Mirasın Tutulan Deftere Göre Kabulü*, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2022, s. 123). Kanaatimizce, hükmün lafzı, önceki kanundan (743 sayılı Türk Kanunu Medenîsi) farklı olarak, inceleme süresinin bitiminden itibaren işleyecek yeni bir süreye işaret etmektedir.

²⁶ Eren / Yücer Aktürk, s. 522.

²⁷ Mirası kabul etmek isteyen mirasçı, resmî defter tutma talebinden önceki kabulden farklı olarak, bunun için irade açıklamasında bulunmalıdır (Kılıçoğlu, s. 318).

²⁸ Çabri, s. 704.

²⁹ Bu hüküm, mehzada yer almasına rağmen önceki kanuna (743 sayılı Türk Kanunu Medenîsi) alınmadığından *Ülgenalp*, hükmün hukukumuzda uygulanmaması gerektiği kanaatinde idi (Ülgenalp, s. 40). Ancak o dönemde de mirasçılardan birinin resmî defter tutmayı talep etmesi hâlinde, diğer mirasçılarının da bundan yararlanabileceği görüşü ağırlıktaydı (Arik, s. 254; Gönensay / Birsen, s. 264) Zira *Gönensay/Birsen*, tek bir mirasçının talebinin resmî defter tutma için yeterli olduğu hakkındaki hükmün buna dayanak olduğunu ifade etmiştir.

³⁰ Hükmün lafzından yola çıkılarak mirasçılar arasında bir ayırım yapılmamış olduğu sonucuna varılabileceği hakkında bkz. Kama, s. 335.

³¹ Dural / Öz, s. 431, 434; Serozan / Engin, s. 526. Daha önce seçim hakkını kullananlar da dahil tüm mirasçılarının, resmî defter tutulması üzerine yeniden seçim hakkını kullanabilecekleri şeklindeki aksi görüş için bkz. İmre / Erman, s. 383.

³² Çabri, s. 754.

³³ Serozan / Engin, s. 526.

seçimlik haklardan faydalanır. Zira söz konusu mirasçının resmî tasfiye talebi, resmî defter tutulması talebiyle birlikte hükümsüz hâle gelmiştir.

II. DEFTER TUTMA SÜRESİNCE UYGULANABİLECEK TAKİP HUKUKUNA İLİŞKİN DÜZENLEMELER

A. TMK m. 625 Düzenlemesi

1. Genel Olarak

Resmî defter tutma, bir üst başlıkta yer verildiği üzere, önceden bilinemeyecek ve defteri tutulacak malvarlığının durumuna göre değişebilecek belirsiz birden çok süreyi içeren bir süreci ifade eder. Kanun koyucu, bu süreçte terekenin mümkün olduğunca değişikliğe³⁴ uğramadan kalması için bazı tedbirler öngörmüştür³⁵. Tedbirlerden ilki, resmî defter tutulması devam ettiği sürece, acele tamirat işleri, olgunlaşmış meyvelerin toplanması ve zamanaşımı dolmak üzere olan bir alacak için dava açılması gibi zorunlu yönetim işleri dışında terekeye ilişkin herhangi bir işlemin yapılamamasıdır (TMK m. 624/1; Tüzük m. 43). İkinci tedbir ise, mirasbırakanın borçları için takip yapılamaması ve acele hâller dışında dava açılmamasıdır (TMK m. 625). Esasen bu tedbirler, defter tutmanın amacını teşkil eden, terekenin gerçek durumunun belirlenmesinin gereğidir. Zira bir yandan defteri tutan mahkeme tarafından terekenin aktif ve pasifleri tespit edilmeye çalışılırken diğer yandan defteri tutulmak istenen malvarlığı unsurlarının hukukî işlemlere konu edilmesi, icra takiplerine maruz bırakılarak haczedilmesi ve paraya çevrilmesi terekenin gerçek durumunun tespit edilmesini önleyebilir. Şu hâlde; mirasbırakanın borçları için defter tutma süresi boyunca takip yapılamaması, defter tutmanın amacına doğrudan katkı sunmaktadır³⁶. Bu sayede tereke borçları tek bir elde (sulh hukuk mahkemesi tarafından tutulan deftere kaydedilmek suretiyle) toplanmakta ve muhtemel karışıklıklar önlenmektedir³⁷. Bir taraftan alacaklının açtığı icra takibi yürürken ve bu alacaklı alacağını elde ederken, diğer taraftan sulh hukuk mahkemesince tutulan defterdeki aktiflerin azalması resmî defter tutma kurumunu işlevsizleştirir. Ayrıca, sulh hukuk mahkemesince tutulan defterde kayıtlı bir borç için bir yandan icra takibi yapıldığı için defterdeki pasifler de sürekli olarak değişkenlik gösterebilir ve gerçek duruma uymayabilir. Bu durum ise hem zaman kaybına hem de kayıtların yanlış tutulmasına sebep

³⁴ Terekeyi değişikliğe uğratabilecek olmakla birlikte, terekenin alacaklarının tahsil edilmesi ve tereke mallarının onarılması gibi olumlu değişikliklere izin verilmektedir.

³⁵ Bu amaç, bazı yazarlarca (Kocayusufpaşaoğlu, s. 639; Arık, s. 271; İmre / Erman, s. 386; İnan / Ertaş / Albaş, s. 534; Öztan, s. 413; Eren / Yücer Aktürk, s. 520) sadece TMK m. 624 bakımından zikredilmiştir. Ancak hem TMK m. 624 hem de TMK m. 625'te öngörölmüş tedbirler, terekenin mümkün olduğunca değişikliğe uğramamasına yöneliktir (Tuor, Peter / Picononi, Vito. *Berner Kommentar, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Das Erbrecht, 2. Abteilung, Der Erbgang, Artikel 537-640 ZGB*, Zweite Auflage, Bern, 1966, s. 711, Rn 2; İnan / Ertaş / Albaş, s. 534 vd.; Çabri, s. 735, 739).

³⁶ “Defter tutma muamelelerinin devamı müddetince terekenin borçları hakkında icra tahkikatı yapılamaz. Zira tutulacak defter terekenin alacak ve borç yönünden gerçek durumunu göstermesi gerekir.” 2. HD., E. 1997/10309 K. 1997/12315 T. 14.11.1997 (Lexpera).

³⁷ Bolak, s. 1125. “565. maddenin koyduğu kuralların amacı olan konu; terekeden alacaklı olanların iddialarını aynı makamda toplamak ve bir hak ve alacağın muhtelif makamlardan birden fazla istenmesini veya dava edilmesini önlemek; mirasçılardan da terekeyi kabul veya reddetmeleri için açık ve kesin hesap yapma imkanını sağlamaktır.” Tic. D., E. 1960/3201 K. 1960/976 T. 05.04.1960 (Uyar, Talih. *Türk Medeni Kanunu (Gerekçeli-İçtihatlı) Miras Hukuku (MK. 495-682)*, Feryal Matbaacılık, Ankara, 2002, s. 2479).

olabilir³⁸. İlaveten, defter tutma süresince takip yapılamaması, alacaklılar arasındaki eşitliğin sağlanması için de önemlidir. Zira bir alacaklı, alacağını resmî defter tutma süresince takip yaparak elde etmiş olsaydı ve mirasın en yakın mirasçılarının hepsi tarafından reddi (TMK m. 612/1) sonucunda iflas hükümlerine göre (İİK m. 180) tasfiyesi yapılsaydı, anılan alacaklı tasfiyeyi beklemeksizin defter tutma sırasında harekete geçtiği için alacağını iflasta sıraya girmeksizin elde etmiş olabilirdi. Bu durumda da resmî defter tutma sırasında hareket eden alacaklılar lehine eşitlik bozulmuş olurdu.

2. Düzenlemenin Kapsamı ve Sonucu

TMK m. 625'in birinci fıkrası uyarınca “Resmî defter tutulması devam ettiği sürece mirasbırakanın borçları için icra takibi yapılamaz.” İcra takibi yapılamamakla kastedilen, yeni takip yapılamaması ve mevcut takiplerde de icra takip işlemi yapılamaması olmalıdır³⁹. İcra takibinde, takibin tarafları ile icra organları ve bazen de takibe taraf olmayan üçüncü kişiler tarafından pek çok takip işlemi yapılır. Takibi başlatan da devam ettiren de bu işlemlerdir. Takip işlemleri; takip hukukunda sonuç doğuran, takibe yön ve şekil veren işlemlerdir⁴⁰. Takip işlemleri, genel olarak taraf takip işlemleri ve icra takip işlemleri şeklinde ayrılmaktadır. Taraf takip işlemleri; takibe yön ve şekil veren, taraflarca yapılan ve çoğunlukla icra takip işlemleri yapılması için yapılan işlemlerdir⁴¹. İcra takip işlemleri ise icra organları tarafından borçluya karşı yapılan ve cebri icranın ilerlemesini sağlayan bu yönüyle de alacaklıyı alacağını almaya yaklaştıran takip işlemleridir⁴². Diğer bir ifadeyle icra takip işlemleri, takibi, alacaklı lehine borçlu aleyhine ilerleten işlemlerdir. Resmî defter tutma talebinden sonra bu nitelikteki işlemlerin yapılabilmesi, kurumun amacına ulaşması için getirilmiş olan takip yasağına aykırı olur. Zira söz konusu takip yasağı ile yeni takiplerin açılması ve mevcut takiplerin ilerlemesi önlenmeye çalışılırken icra takip işlemleri takibi alacaklı lehine ilerletir.

Resmî defter tutma süresince ihtiyatî haciz kararı verilip verilemeyeceği, ihtiyatî haczin icra takip işlemi (ve bu arada takip işlemi) olup olmadığına bağlıdır. Bu mesele tartışmalıdır⁴³. Kanaatimizce bir an için ihtiyatî haczin icra takip işlemi olmadığı kabul edilse bile, ihtiyatî haciz kararı verildikten sonra belli bir süre içinde dava açılmaması ve takip yapılmaması, söz konusu kararın hükümsüz kalması sonucunu doğurur (İİK m. 264/4). Resmî defter tutma boyunca takip

³⁸ İnan / Ertaş / Albaş, s. 534.

³⁹ Bu süreçte takip işlemlerinin yapılamayacağı hakkında bkz. İyilikli, s. 171.

⁴⁰ Pekcanitez, Hakan / Atalay, Oğuz / Sungurtekin Özkan, Meral / Özkes, Muhammet. *İcra ve İflas Hukuku Ders Kitabı*, 9. Baskı, On İki Levha Yayınevi, İstanbul, 2022, s. 5-6; Boran Güneysu, Nilüfer. “İcra Takip İşlemleri”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, C. 0 S. 101, 2012, s. 34.

⁴¹ Pekcanitez / Atalay / Sungurtekin Özkan / Özkes, s. 5; Boran Güneysu, s. 35; Atalı, Murat / Ermenek, İbrahim / Erdoğan, Ersin. *İcra ve İflas Hukuku*, 5. Baskı, Yetkin Yayınevi, Ankara, 2022, s. 16.

⁴² İcra takip işlemi, bazı farklılıklar olmakla birlikte, genelde bu şekilde tanımlanmıştır. (Kuru, Baki. *İcra ve İflas Hukuku*, C. I, 3. Baskı, İstanbul, Evrim Dağıtım, 1988, s. 136-138; Postacıoğlu, İlhan E. / Altay, Sümer. *İcra Hukuku Esasları*, 5. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2010, s. 300; Üstündağ, Saim. *İcra Hukukunun Esasları*, İstanbul, 2004, s. 32; Yılmaz, Ejder. *İcra ve İflâs Kanunu Şerhi*, C. I, Yetkin Yayınevi, Ankara, 2016, s. 282; Pekcanitez / Atalay / Sungurtekin Özkan / Özkes, s. 5-6; Boran Güneysu, s. 36-37; Başoğlu, Gizem. “İcra ve İflas Hukukunda Tatil ve Talik Hâlleri”, *Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi*, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı, Ankara, 2013, s. 75; Arslan, Aziz Serkan. *İcra Takip İşlemleri Etkileri ve Hukuka Aykırılığın Sonuçları*, Yetkin Yayınevi, Ankara, 2018, s. 27; Atalı / Ermenek / Erdoğan, s. 16).

⁴³ Boran Güneysu, s. 48-50; Arslan, s. 103-111.

yapılamayacağı ve dava açılmayacağı için⁴⁴ alınan ihtiyati haciz kararı bir anlam ifade etmez. Bu nedenle resmî defter tutma süresince ihtiyati haciz kararı da verilememelidir. Ancak bu konuda Yargıtay'ın farklı yönde kararlarına rastlanmaktadır⁴⁵.

İcra takibi yapılmasını engelleyen bu hüküm, rehnin paraya çevrilmesi yoluyla takip dahil olmak üzere, bütün takip türlerini kapsar⁴⁶. Nitekim yargı kararlarında da resmî defter tutulması talebinin ipoteğin paraya çevrilmesi yoluyla takibi de engellediği hüküm altına alınmaktadır⁴⁷. Bu yönüyle hükmün, diğer bazı takip yasaklarından (örneğin konkordato) daha kapsamlı bir koruma sağladığı söylenebilir.

Takip yasağı mirasbırakanın alacakları için değil borçları için söz konusudur⁴⁸. Bir diğer ifadeyle, mirasbırakanın alacaklıları defter tutma süresi boyunca takip yapamazken mirasbırakanın borçluları aleyhine takip yapılmasına bir engel yoktur.

Mirasbırakanın borçları için takip yapılamayacak zaman dilimi, hükümde de belirtildiği gibi, defter tutmanın devam ettiği süredir. Buna göre, resmî defter tutulması talebinin yapılması ile defter tutma işleminin bitmesinden sonra mirasçılara tanınan bir aylık karar verme süresi arasında geçen zaman boyunca takip yapılamaz⁴⁹. Belirtmek gerekir ki, yalnızca fiilen defter tutma işlemlerinin devam ettiği süre değil, mirasçılardan seçimlik haklarını kullandığı bir aylık sürenin sonuna kadar takip yasağı devam etmektedir⁵⁰. Her mirasçının karar verme (seçimlik hakkını

⁴⁴ Resmî defter tutma boyunca takip yapılamayacağını çalışmamızda halihazırda ele almaktayız. Bu nedenle ihtiyati haciz kararından sonra takip yapılamayacağını kolaylıkla söyleyebiliriz. İhtiyati haciz üzerine dava açılıp açılmayacağı konusunda ise resmî defter tutma süresince dava açılıp açılmayacağına değinilmelidir. TMK m. 625/3'e göre acele hâller dışında dava açılmaz ve bu hüküm, resmî defter tutulması süresince yapılamayacak takiplerden farklı olarak, hem davacı hem davalı olunan uyuşmazlıklar için geçerlidir. Acele hâlleri somut olayda hâkim takdir eder. Tereke ve alacaklıların telafisi imkânsız zarar görebileceği hâllerin acele hâller olacağı söylenebilir (Çabri, s. 744). Öğretide genelde acele hâller için şu örnekler verilmektedir: tereke mallarının tespiti veya bunlara değer biçilmesi hakkındaki davalar, miras hakkında koruma önlemleri için başvurulması, hak düşüren sürenin dolmasından önce dava açılması (İmre / Erman, s. 387). Ayrıca tereke lehine ihtiyati haciz ve ihtiyati tedbirler için dava açılması da bu kapsamda gösterilmektedir (Belgesay, s. 189). Ancak mirasbırakanın alacaklılarının ihtiyati haciz kararı aldıktan sonra süresi içinde dava açması, acele hâllere örnek olarak verilmemektedir. Çünkü, görüldüğü üzere, genelde bu hüküm için alacaklılar lehine olan davalar örnek verilmemektedir. Vadesi gelmiş bir para borcunun alacaklısı ihtiyati haciz kararı alabilir (İİK m. 258/1). Bu fıkra nezdinde bir acele hâlin varlığı gündeme gelmez. İstisnâ hâllerde vadesi gelmemiş bir para borcu için de ihtiyati haciz kararı verilebilir (İİK m. 258/2). Ancak bu durumda da borçlu ölmüş olduğundan ve malvarlığının sulh hukuk mahkemesi nezdinde defteri tutulduğundan, alacaklılar açısından bir acele hâlden bahsedilemeyeceği kanaatindeyiz. Bu sebeple ihtiyati haciz kararı alınsa bile hem süresinde takip yapılması hem de acele bir hâl olmadığı için dava açılması mümkün olmayacaktır.

⁴⁵ 11. HD., E. 2015/1721 K. 2015/3507 T. 13.3.2015; 11. HD., E. 2014/7047 K. 2014/12945 T. 07.7.2014 (Lexpera).

⁴⁶ Arık, s. 273; İyilikli, s. 171. İsviçre hukukunda da içeriği aynı olan TMK m. 625 hükmünün (ZGB Art. 586) ipoteğin paraya çevrilmesi yoluyla takipleri de kapsadığı ifade edilmiştir. Bkz. Tuor / Picononi, s. 711, Rn. 3.

⁴⁷ Örnek olarak bkz. Antalya BAM, 12. HD., E. 2019/2997 K. 2020/915 T. 17.6.2020 (Lexpera).

⁴⁸ Tuor / Picononi, s. 711, Rn 4; Bolak, s. 1126; İmre / Erman, s. 386. Defter tutulması süresince sadece zorunlu yönetim işlerinin yapılabileceği hükmünden yola çıkan Çabri'ye göre, mirasbırakanın alacakları için icra takibi yapılması zorunlu yönetim işleri içinde değildir ve bu alacaklar için de icra takibi yapılamaz. Ancak yazar, zamanaşımı tehdidi olması hâlini ayrı tutmuştur (Çabri, s. 741). Mirasbırakanın borçlarından dolayı takip yapılamayacağını ifade eden bu hükmün; tereke aleyhine yapılan takipler ile mirası kabul eden, reddeden veya hareketsiz kalan mirasçılar aleyhine yapılan takipler için geçerli olup olmadığı aşağıda ayrıca değerlendirilmiştir. Bkz. aşa. s. 10-12.

⁴⁹ Arık, s. 273; Tuor / Picononi, s. 711, Rn 3; Kocayusufpaşaoğlu, s. 640; Antalya / Sağlam, s. 453.

⁵⁰ Her ne kadar 623/1'de ilanda belirtilen sürenin sona ermesi, defter tutmanın sona ermesi olarak gösterilmişse de, söz konusu süre alacak ve borç kaydetme süresinin sona ermesini ifade etmektedir. Takip yasağının sona ermesi anlamında resmî defter tutulmasının sona ermesi değildir. Zira resmî defter tutma süreci TMK m.626/1 gereği mirasçılardan beyanda bulunma süresinin tamamlanmasıyla sona erer (Çabri, s. 741).

kullanma) süresi farklı tarihlerde başlayabilir. Zira mirasçılardan seçilmiş haklarını kullanması için TMK m. 626/1 gereği gönderilen davetiye, her bir mirasçıya farklı tarihlerde tebliğ edilmiş olabilir. Söz konusu davetiyeyi en son tebliğ alan mirasçının tebliğ tarihinden itibaren bir ay geçmekle artık takip yasağı tamamıyla ortadan kalkmış olur.

TMK m. 625'in uygulanabilmesi için herhangi bir karara, örneğin mirasbırakanın borçlarından dolayı takip yapılamayacağı yönünde bir ihtiyati tedbir kararına⁵¹ gerek yoktur. Zira takip yasağı, resmî defter tutulması talebiyle birlikte kanun gereği ortaya çıkacak bir sonuç olup, mahkeme kararı gerekli değildir. Dolayısıyla, mahkeme kararının gerekli olmadığı böyle bir talep açısından hukukî yararın olmadığı ifade edilmelidir.

TMK m. 625 hükmüne göre, alacaklıların yalnız mirasçılara karşı değil, terekeye karşı da takip yapamayacakları ifade edilmektedir⁵². Ancak belirtmek gerekir ki, terekenin hak ehliyeti olmadığından, mirasbırakanın ölümünden sonra tereke aleyhine yeni takip yapılamaz⁵³. Bu nedenle, resmî defter tutma sebebiyle terekeye karşı takip yapılamamasından anlaşılması gereken; mirasbırakanın takip sırasında ölmesi durumunda, alacaklıların mevcut takibin terekeye karşı devam ettirilmesini istediği hâl (İİK m. 53/2) olabilir. Bir diğer ifadeyle, mevcut takip sırasında borçlunun ölümü üzerine alacaklı, takibe terekeye karşı devam etmek isteyebilir. Ancak resmî defter tutma talebi söz konusuysa artık söz konusu takibe, TMK m. 625 gereği terekeye karşı da devam edilmesi mümkün olmaz.

TMK m. 625, bir üst paragrafta ifade edildiği gibi, mirasçılara karşı yapılacak takipleri de engellemektedir. Bununla birlikte her mirasçının bu korumadan yararlanıp yararlanamayacağına da değerlendirilmesi gerekir. İlk olarak, resmî defter tutulmasını talep eden mirasçı aleyhine takip yapılamayacağına tereddüt edilmemelidir. Bazı mirasçılar ise, resmî defter tutmayı talep etmemiş olsa bile, daha önce ifade edildiği gibi⁵⁴, resmî defter tutma talebinden yararlanır. Bunlar, ret hakkı düşmemiş ve mirasçılık sıfatı devam eden mirasçılar ile suskun kalan mirasçılardır. Dolayısıyla bunlar aleyhine de takip yapılamaz. Burada asıl tartışmalı olan husus, resmî defter tutma talebine rağmen, mirası kayıtsız şartsız kabul eden mirasçılar aleyhine takip yapılıp yapılamayacağıdır. Bir görüşe göre, mirasın mirasçılardan biri tarafından kayıtsız şartsız kabulü veya mirasın ret hakkının düşmesiyle (yani mirasın kesin olarak kazanımıyla) birlikte, bu mirasçılara karşı takip yapılmasına bir engel yoktur⁵⁵. Buna göre, söz konusu mirasçı mirası kabul beyanıyla birlikte, deftere yazılmış olsun veya olmasın mirasbırakanın bütün borçlarından kişisel olarak sorumlu olmayı kabul etmiştir. Diğer bir görüşe göre ise, mirası kabul eden mirasçı bakımından takip yasağının kalktığı söylenecek olursa, alacaklılar; anılan mirasçılardan kişisel malvarlığının yanında tereke

⁵¹ Ancak uygulamada resmî defter tutulması talebi üzerine mahkemelerce bu yönde karar verildiği görülmektedir: *"mirasçılardan terekenin resmî defterinin tutulması istemi ile açılan davada tedbiren miras bırakan hakkındaki tüm takip ve satışların durdurulmasına karar verildiği"* 11. HD., E. 2015/10112 K. 2015/10516 T. 14.10.2015 (Lexpera).

⁵² Kocayusufpaşaoğlu, s. 640; Arik, s. 273; Gönensay / Birsen, 272; İnan / Ertaş / Albaş, s. 535; Antalya / Sağlam, s. 453; Tuor / Piconi, s. 711, Rn. 3.

⁵³ Kuru, s. 159; Atalı / Ermenek / Erdoğan, s. 75.

⁵⁴ Bkz. yuk. I/B, s. 7.

⁵⁵ Çabri, s. 740.

malvarlığına da el atabilirler. Bu ise resmî defter tutulması kurumunun amacına aykırı olacağından, söz konusu mirasçılar aleyhine de takip yapılmasına izin verilmemelidir⁵⁶.

Belirtmek gerekir ki, takip yasağını düzenleyen TMK m. 625 hükmü, *mirasbırakanın borçlarını* esas alan bir düzenleme getirmiştir. Yani hükmün lafzından, kime karşı yapılırsa yapılırsın, mirasbırakanın borçlarını konu alan takiplerin engellendiği gibi bir anlam çıkarılabilir. Öte yandan, mirası kabul eden mirasçılar, mirasbırakanın borçlarından kişisel olarak ve müteselsilen sorumludur. Keza, mirası kabul eden mirasçılar, resmî defter tutulması sonrasında seçimlik haklardan da yararlanamaz. Mirasın kazanımı onlar için kesinleşmiş olup resmî defter tutulmasından etkilenmezler. Dolayısıyla mirasbırakanın alacaklılarından, mirası kabul eden mirasçıya karşı takip yapabilmek için resmî defter tutma sürecinin nihayete ermesini beklemesi istenemez. Zira söz konusu mirasçının hem mirasbırakanın borçlarından müteselsil sorumlu olması hem de defter tutma işleminden sonra mirası ret hakkına sahip olmayacak olması bu sonucu haklı kılmaktadır. Sonuçta, TMK m. 625 hükmü, resmî defter tutma talebinden önce veya sonra mirası kayıtsız şartsız kabul eden mirasçılar aleyhine, mirasbırakanın borçlarından dolayı takip yapılmasını engellemez.

Mirasbırakanın borçlarından dolayı mirası kabul eden mirasçıya karşı takip yapan alacaklıların, alacaklarını, aynı zamanda sulh hukuk mahkemesi nezdinde tutulan deftere yazdırıp yazdıramayacakları da değerlendirilmelidir. Kanaatimizce bunun önünde bir engel yoktur. Zira söz konusu alacaklılar, henüz alacaklarını elde edememişlerdir ve elde edecekleri de kesin değildir. Şayet alacaklarını, mirası kabul eden mirasçıdan tahsil edemez ve bu takibe güvendikleri için de deftere yazdırmamış olurlarsa, mirası deftere göre kabul eden mirasçılara başvuramazlar⁵⁷. Öte yandan deftere yazılan bu alacağın miktarı, mirası kabul eden mirasçıya karşı yapılan takip sebebiyle gerçekleşecek muhtemel tahsilatlarla değişebilir. Oysa, takip yasağı dahil olmak üzere alınan tedbirlerin amacı, mirasbırakanın terekesinin olabildiğince değişikliğe uğramaması ve tutulan defterin gerçek durumu yansıtmasıdır. Bir başka ifadeyle mirasbırakanın alacaklıları, alacağını deftere yazdırırken aynı zamanda mirası kabul etmiş mirasçılardan bu alacağı tahsil edebileceğinden, tutulan defterdeki kayıt gerçek durumla tam olarak örtüşmeyebilir. Bu ihtimalde, seçim hakkını kullanacak olan mirasçılar açısından resmî defter tutmanın amacına aykırı bir durumun oluşup oluşmadığının değerlendirilmesi gerekir. Mirası kabul eden mirasçı, mirasbırakanın borçlarından bazılarını ifa etmiş olsa da bunlar için diğer mirasçılara rücu edebilir. Örnek vermek gerekirse, mirasbırakanın alacaklısı alacağını, önce deftere yazdırmış daha sonra mirası kabul eden mirasçıya karşı yaptığı takipte tahsil etmiştir. Bu durumda her ne kadar alacak ifa edilmişse de mirası kabul eden mirasçı diğer mirasçılara bunun için rücu edebileceğinden, defter tutma sonucunda seçimlik hakkını kullanacak bu mirasçılar açısından değişen bir şey olmaz. Dolayısıyla mirası kabul eden mirasçıya karşı takip yapılması, seçim hakkını kullanacak mirasçılar açısından sağlıklı karar verme durumunu ortadan kaldırmaz.

Takip yasağına ilişkin hükümde, takip yapılamayacağı ifade edilmişken mevcut takiplerin yani resmî defter tutulmasından önce başlamış olan takiplerin akıbetine değinilmemiştir. Halbuki

⁵⁶ İyilikli, s. 171.

⁵⁷ Bkz. yuk. I/A, s. 4.

davalar açısından bu husus açıkça ifade edilmiştir (TMK m. 625/3). Öğretide, defter tutma süresi boyunca yeni takip yapılamayacağı gibi defter tutulmasından önce mevcut olan takiplerin de duracağı ve bu takiplere devam edilemeyeceği kabul edilmektedir⁵⁸. Yargıtay kararları da yeni takiplerin yanı sıra mevcut takiplerin de TMK m. 625 hükmü kapsamında olduğu yönündedir⁵⁹. Gerçekten de aksi bir ihtimalde (yani mevcut takiplerin terekeye karşı devam etmesi hâlinde), resmî defter tutma kurumunun başarıya ulaşması ve terekenin mümkün olduğunca değişikliğe uğramadan kalması için getirilmiş olan TMK m. 625 hükmüne aykırı davranılmış olur.

TMK m. 625'e aykırılığın yaptırımını ne olacağı konusunda da mevcut takip-yeni takip ayrımı belirleyici olmaktadır. Buna göre mevcut takiplerin kabul ve ret süresi sonuna kadar ertelenmesi, yeni takiplerin ise iptali gerekir. Yargıtay da bazı kararlarında açıkça bu ayrıma işaret ederek takibin; defter tutma talebinden önce yapılması durumunda ertelenmesi, sonra yapılması hâlinde ise iptal edilmesi gerektiğine karar vermiştir⁶⁰ ⁶¹. Bu durumda defter tutma talebinden sonra yapılan yeni takipler, takip yasağına aykırı olarak başlatıldığından, her ne aşamada olursa olsun süresiz şikâyet yoluyla iptal edilmelidir. Mevcut takipler ise olduğu yerde kalmalı, borçluya karşı yeni icra takip işlemleri yapılamamalıdır. Aksi takdirde yapılan işlemin, yine süresiz şikâyet yoluyla ortadan kaldırılması söz konusu olabilir⁶².

⁵⁸ Arık, s. 273; Bolak, s. 1125; Belgesay, s. 188; İmre / Erman, s. 386; Serozan / Engin, s. 525; Çabri, s. 742; Eren / Yücer Aktürk, s. 521.

⁵⁹ Yargıtay kararlarında mevcut takiplere devam edilip edilemeyeceği açısından bir tartışma yoktur. Yalnızca TMK m. 625 hükmüne rağmen mevcut takiplere devam edilmesi durumunda nasıl karar verileceği yönünde bazı farklı kararlar vardır. Bu kararlar için bkz. aşağıda. dn. 60-61.

⁶⁰ “*takip tarihinden sonra, defter tutulması yönünde 21.11.2004 tarihinde dava açıldığı ve davanın derdest olduğu görülmekle mahkemece takip tarihi nazara alınarak takibin durmasına karar vermek gerekirken takibin iptaline karar verilmesi doğru görülmemiştir*” 12. HD., E. 2007/9656 K. 2007/10887 T. 25.05.2007 (Lexpera).

“*Defter tutma isteği takip talebinden evvelki tarihe rastlıyorsa sulh mahkemesi nezdinde gerekli tahkikat yapılarak defter tutma talebinin icra takibinden evvel yapıldığı takdirde, 565.maddenin emredici hükmü muvacehesinde takibin iptaline karar verilmesi gerekirken, emredici hüküm göz önünde tutulmadan, isteğin bu ciheti incelenmeden reddine karar verilmesi isabetsizdir*” 12. HD., E. 1979/3424 K. 1979/5313 T. 13.11.1979 (Uyar, 2002 s. 2478).

⁶¹ Bazı kararlarda ise açıkça mevcut takip yeni takip ayrımı yapılmasa da bu ayrıma göre karar verilmektedir. Defter tutma talebinden sonra açılan takibin ertelenmesinin doğru olmadığı ve iptali gerektiği hakkında bkz. 12. HD., E. 2020/4416 K. 2021/270 T. 13.1.2021; HGK, 27.04.2016, E. 2014/1036 K. 2016/551 (Lexpera).

Defter tutma talebinden önce yapılan takibin iptali yerine, kabul ve ret süresi sonuna kadar ertelenmesi gerektiği hakkında bkz. 12. HD., E. 2015/19717 K. 2015/23474 T. 08.10.2015; 12. HD., E. 2010/25107 K. 2011/5590 T. 05.04.2011 (Lexpera).

Öte yandan az sayıda bazı kararda, defter tutma talebinden önceki takipler gibi sonraki takiplerin de ertelenmesi gerektiği -kanaatimizce hatalı olarak- ifade edilmiştir. Mevcut takiplerin ertelenmesi yeni takiplerin ise iptali şeklindeki genel uygulamaya aykırı bir karar için bkz. 12. HD., E. 2011/32220 K. 2012/16242 T. 10.5.2012. (Lexpera)

⁶² “*Bu durumda takip, defter tutulması sona erip, mirasçılara tutulan defter gereğince mirası kabul veya reddetmeleri için TMK'nun 626 ve 627.maddeleri gereğince, verilecek bir aylık süre sonuna kadar ertelenir. Bu husus mirasçı borçlular tarafından İİK'nun 16/2. maddesi uyarınca süresiz şikâyet konusu yapılabilir. Somut olayda mirasçıların, satış kararı ve ihale tarihinden önce Bodrum Sulh Hukuk Mahkemesinin 2013/16 esasında kayıtlı olan murisin terekesinin, resmi defter tutulması yolu ile tespitini talep ettikleri görülmektedir. O halde mahkemece, yukarıda belirtilen ilkeler uyarınca, resmi defter tutulmasının sonucu beklenerek, mirasçıların TMK'nun 627.maddesi uyarınca verecekleri karara kadar takibin geri bırakılması gerektiğinden ve bu durumda ihale yapılması doğru olmadığından ihalenin feshine karar verilmesi gerekirken, yazılı gerekçeyle istemin reddi yönünde hüküm tesisi isabetsizdir.*” 12. HD., E. 2015/19717 K. 2015/23474 T. 08.10.2015 (Lexpera).

B. İİK m. 53 Düzenlemesi

1. Genel Olarak

Ölümle birlikte hak ehliyeti ve buna bağlı olarak taraf ehliyeti sona erer. Bu nedenle ölen kişiye karşı yeni bir takip yapılamaz⁶³. Ancak ölüm borçları sona erdirmez. Zira ölenin borçlarının da dahil olduğu malvarlığı unsurları bir bütün hâlinde ve kendiliğinden mirasçılara intikal eder⁶⁴. Ölenin (mirasbırakanın) alacaklıları da alacaklarını -belli süreler geçtikten sonra- geride kalan mirastan veya bu miras sahiplenilen mirasçılardan talep edebilir. İşte İİK m. 53, bu konuya ilişkin bir düzenleme içerir. Düzenlemenin ilk fıkrasında, yasal bekleme süreleri öngörülmüştür. Süreler geçtikten sonra mirasbırakanın mirasçılara karşı yeni takipler yapılabilir ve borçlunun sağlığında başlamış olan takiplere de devam edilebilir. İİK m. 53'ün ikinci ve üçüncü fıkraları ise mevcut takiplere, mirasçılara veya terekeye karşı nasıl devam edileceğini düzenlemektedir. Dolayısıyla İİK m. 53 hem borçlunun ölümü hâlindeki yasal bekleme sürelerini hem de borçlunun sağlığında başlayan takiplere kime karşı ve nasıl devam edileceğini konu alan bir hükümdür⁶⁵. Bu nedenle söz konusu hükmün ilk fıkrası ile diğer fıkraları arasında doğal bir ayırım söz konusudur. Bu çalışma da resmî defter tutulması süresince ve talik süreleri boyunca devam eden takip engelini konu aldığından, borçlunun sağlığında başlayan takiplerin akıbetini düzenleyen⁶⁶ İİK m. 53/2-3 hükümleri inceleme konusu yapılmamıştır.

2. Düzenlemenin Kapsamı ve Sonucu

İcra ve İflas Kanunu'nun 53. maddesinin 1. fıkrasında, borçlunun ölüm gününü takip eden üç günlük süre ile Türk Medeni Kanunu'nda yer alan kabul ve redde ilişkin süreler olmak üzere iki talik sebebi ve süresi düzenlenmiştir. İlk süre, insanî düşüncenin gereği olarak, mirasçılara saygı ve onların korunması amacıyla getirilmiştir⁶⁷. İkincisi ise kimin mirasçı olduğunun kesin olarak belirlenmesine yöneliktir⁶⁸. Her iki talik hâli bakımından takibin devamı açısından farklı ihtimaller gündeme gelebilir.

Öncelikle belirtmek gerekir ki, mirasçılar açık bir irade beyanı ile mirası hemen kabul ederse takip, borçlu mirasbırakanın ölüm günü ile beraber üç gün ertelenir⁶⁹. Bu süre içinde, hiçbir şekilde

⁶³ Ölen kişiye karşı yapılan takip geçersizdir (Yılmaz, s. 288). Ancak bunun hataen yapılmış olması hâlinde takipte taraf değişikliği yapılması mümkündür: “Buna göre, alacaklı tarafından ölü kişinin mirasçısı yerine ölü kişi hakkında takip yapılması, maddi hataya ve kabul edilebilir bir yanlıya dayalı olup, dürüstlük kuralına da aykırı olmadığından alacaklının HMK.nun 124/3-4.maddesi uyarınca taraf değişikliği yapmak suretiyle bu yanlılığı düzeltilmesi mümkündür.” 12. HD., E. 2016/12569 K. 2016/15028 T. 26.5.2016 (Lexpera).

⁶⁴ Bkz. yuk. I/A, s. 3.

⁶⁵ Aynı maddenin İsviçre'deki karşılığı olan SchKG Art. 59 açısından bu yönde bkz. Kren Kostkiewicz, Jolanta / Vock, Dominick. *Kommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs SchKG*, Schulthess Verlag, Zurich, 2017, s. 352, Rn 1.

⁶⁶ Kuru, s. 140; Başoğlu, s. 98.

⁶⁷ Staehelin, Adrian / Bauer, Thomas / Staehelin, Daniel. *Basler Kommentar Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs I*, Art. 1-158 SchKG, 2. Auflage, Helbing Lichtenhahn Verlag, Basel, 2010, s. 423, Rn 1; Başoğlu, s. 98.

⁶⁸ Hunkeler, Daniel. *SchKG Kurz Kommentar*, 2. Auflage, Helbing Lichtenhahn Verlag, Basel, 2014, s. 251, Rn. 4; Arslan, s. 277.

⁶⁹ Kuru, s. 140; Pekcanitez / Atalay / Sungurtekin Özkan / Özekes, s. 80. Bu durum, İsviçre Hukukunda da geçerlidir, yalnızca süre üç gün değil iki haftadır (Kostkiewicz, Vock, Rn. 4).

terekeye veya mirasçılara karşı takibe devam edilemez⁷⁰. Keza mirasçılar aleyhine, mirasbırakanın borçlarından kaynaklı yeni takipler de yapılamaz⁷¹. Ancak bu süre geçtikten sonra, bütün mirasçılar da mirası açıkça kabul etmiş olduğundan mevcut takibe, mirasçılara veya terekeye karşı devam edilebilir. Bu durumda, artık hükümde yer alan kabul ve redde ilişkin sürelerin beklenmesi gerekmez. Zira mirasçılar mirası kabul ettiğinden mirasın kazanımı kesinleşmiştir, söz konusu sürelerin beklenmesine gerek yoktur. Artık mirası kabul eden mirasçılar aleyhine yeni takip yapılabileceği gibi mevcut takiplerin de terekeye veya mirasçılara karşı devam etmesi istenebilir. Ayrıca belirtilmelidir ki, mirası kabul eden mirasçılar tereke borçlarından müteselsil sorumludur (TMK m. 641/1). Bu nedenle mirasçılar arasında ihtiyarî takip arkadaşlığı bulunmaktadır ve alacaklılar dilerse bunlardan birine dilerse hepsine karşı takip yapabilir⁷². Ancak konusu parada başka olan alacaklar için mirasçılarının tümüne karşı takip yapılmalıdır⁷³. Dolayısıyla gerek mevcut takipler gerekse de yeni yapılacak takipler açısından bu hususlara dikkat edilmelidir.

Mirasçılarının açık bir irade beyanı ile mirası kabul veya reddetmemiş olmaları durumunda ise kabul ve redde ilişkin *Kanunu Medenide muayyen müddetler geçinceye kadar takip geri kalır* (İİK m. 53/1). Hükümde, süreler konusunda somut bir belirleme yapılmak yerine, Türk Medeni Kanunu'nda atıf yapılmakla yetinilmiştir. Muayyen müddetler açısından ilk akla gelen şüphesiz TMK m. 606'da düzenlenen üç aylık mirasın reddi süresidir⁷⁴. Nitekim, hükmün gerekçesinde⁷⁵ de bu husus açıkça ifade edilmiştir. Ancak Türk Medeni Kanunu'nda kabul ve ret süresine ilişkin tek hüküm, TMK m. 606 değildir. Örneğin, TMK m. 615 gereğince önemli sebeplerin varlığı hâlinde sulh hukuk hâkimi, ret süresini uzatabilir veya yeni bir süre belirleyebilir. Dolayısıyla somut olayda uygulama alanı bulan sürelerle ilişkin hükümlerin birlikte değerlendirilmesi gerekir. Bu doğrultuda her bir mirasçı açısından sürelerin ayrı ayrı hesaplanması gerekir⁷⁶. Dolayısıyla bir mirasçı için takip yapılabilirken, diğer mirasçı açısından henüz mirası kabul ve ret süresi geçmediğinden ona karşı takip yapılması mümkün olmayabilir.

Bu süreler boyunca takibe mirasçılara karşı devam edilememesinde sorun yoktur. Zira bu devrede henüz mirasçılarının mirasbırakanın borçlarından sorumluluğu kesin değil, askıdadır⁷⁷. Takibin, bu süreler içinde, terekeye yöneltilmesinin mümkün olup olmadığı ise tartışmalıdır. Zira söz konusu sürelerin mirasçılara yönelik olduğu ve bu nedenle de takibe terekeye karşı devam

⁷⁰ Kuru, s. 140; Yılmaz, s. 286; Arslan, s. 167; Uyar, Talih. *Gereğçeli ve İçtihatlı İcra ve İflas Kanunu Şerhi*, C. III, 4. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2008, s. 3712.

⁷¹ Hunkeler, s. 250, Rn. 2.

⁷² Kuru, s. 155; Pekcanitez / Atalay / Sungurtekin Özkan / Özekes, s. 84; Atalı / Ermenek / Erdoğan, s. 74.

⁷³ Kuru, s. 156; Pekcanitez / Atalay / Sungurtekin Özkan / Özekes, s. 84.

⁷⁴“İİK'nun 53. maddesine göre terekenin borçlarından dolayı 3 ay 3 gün boyunca takip yapılamaz. Somut olayda borçlu... 24.12.2014 tarihinde vefat etmiş, takip ise 29.12.2014 tarihinde başlamıştır. Yasal süreler beklenmeksizin takibe başlanmıştır.” 12. HD., E. 2016/3176 K. 2016/17522 T. 22.6.2016. “Bu süre MK'nun 600. maddesine göre 3 aydır. Mirasın ret süresi geçmedikçe terekenin borçlarından dolayı mirasçıya karşı yeni takip yapılamaz. Bu husus süresiz şikâyete tabidir.” 12. HD., E. 2017/3079 K. 2017/12953 T. 24.10.2017 (Lexpera).

⁷⁵ “Borçlunun vefatı hâlinde takibin ne surette yapılacağı 53. maddede tasrih edilmiştir. Vefat sebebiyle evvelâ 3 gün takibin taliki lâzımdır. Bundan sonra mirasçılarının terekeyi sarahaten kabul veya reddetmek selahiyetlerine göre Kanunu Medeni hükümlerince 3 ay geçinceye kadar takibin geri kalmaması zaruridir. İcra takibi sırasında borçlu ölürsün tereke taksim edilmemiş veya resmi tasfiyeye tâbi tutulmamış yahut bir aile şirketi tesis olunmamışsa borçlu hayatta imiş gibi terekeye karşı takibe devam olunur.” (Uyar, 2008, s. 3711).

⁷⁶ Hunkeler, s. 250, Rn. 3; Kren Kostkiewicz, Vock, Rn 6; Bauer, s. 424, Rn 6.

⁷⁷ Serozan, Engin, s. 483.

edilmesinde bir engel olmadığı ileri sürülmüştür⁷⁸. Önemle belirtmek gerekir ki, bu süre içinde mirasın, mirasçılarının tamamı tarafından reddedilmesi ve böylece terekenin iflas hükümlerine göre tasfiye edilmesi ihtimali mevcut olduğundan takibe terekeye karşı da devam edilememelidir⁷⁹. Aksi takdirde, bir yandan ret süresi içinde terekeye karşı devam eden takip, bir yandan da ret süresi sonunda terekenin iflas hükümlerine göre tasfiyesi söz konusu olur.

Mirasçıların tamamı, mirası hemen kabul etmemiş olmakla birlikte, kabul ret süresinin bitmesini beklemeksizin kabul etmiş olabilirler. Bu durumda da artık talik sürelerinin amacı ortadan kalkmış olduğundan, talik hâli yokmuş gibi takip işlemlerine devam edilebilir⁸⁰. Bir diğer ifadeyle, artık mevcut takibe devam edilmesi veya yeni takipler yapılması için kabul ve redde ilişkin sürelerin beklenmesi gerekmez.

Son olarak mirasçılardan biri mirası kabul etmiş yahut örtülü kabul anlamına gelecek işlemler yapmışsa, diğer mirasçılar açısından talik süresi devam etse de kabul eden mirasçıya karşı takibe devam edilebilir. Bir diğer ifadeyle mirasın kabulü, kabul eden mirasçı açısından talik süresini sona erdirir⁸¹.

Borçlunun ölümü üzerine takibin belli süreler boyunca talik edilmesi hükmünü, farklı ihtimallere göre bu şekilde ortaya koyduktan sonra, bu hükme rağmen yapılan işlemlerin akıbetine de değinilmelidir. Söz konusu hüküm bir talik hükmü olduğundan öncelikle talik hükümlerine aykırılığa ilişkin genel açıklama yapılmalıdır. Talik hâlleri boyunca herhangi bir icra takip işlemi yapılamayacağı gibi (İİK m. 51)⁸² daha önce başlamış olan icra takip işlemlerine de devam edilemez⁸³. Buna rağmen yapılan icra takip işlemleri ne olacak veya bunlara ne tür bir yaptırım uygulanacaktır? Talik hâllerinde yapılan işlemlerin yaptırımı veya sonucu İcra ve İflas Kanunu'nda düzenlenmiş değildir. Öğretide bu meseleye dair farklı görüşler ileri sürülmüştür⁸⁴. Bunlar esas itibarıyla hükümsüzlük ve iptal edilebilirlik olarak ikiye ayrılır. Talik hâllerinde yapılan işlemlerin hükümsüzlük yaptırımına bağlanması görüşü, söz konusu hükümlerin kamu yararıyla alakalı görülmesine dayanır⁸⁵. Yargıtay'ın da talik hükümlerini kamu düzeniyle ilişkilendirmesi sebebiyle bu görüşte olduğu söylenebilir⁸⁶. Diğer bir görüşe göre ise, tatil ve talik hâllerinde yapılan işlemler için borçlu rıza gösterebildiğinden ve söz konusu kurallar borçlunun menfaatini koruduğundan, bu hâllerde yapılan işlemin geçerliliği borçlunun (şikâyet yoluyla) iptali talep edip etmemesine bağlı olmalıdır⁸⁷. Dolayısıyla süresi içinde şikâyet yoluna gidilmedikçe

⁷⁸ Yılmaz, s. 286.

⁷⁹ Postacıoğlu / Altay, s. 307; Kuru, s. 140; Uyar, 2008, s. 3712; Arslan, s. 168; Başoğlu, s. 102.

⁸⁰ Başoğlu, s. 101.

⁸¹ Kren Kostkiewicz, Vock, Rn 5-6.

⁸² Kuru, s. 136; Yılmaz, s. 282; Atalı / Ermenek / Erdoğan, s. 74.

⁸³ Üstündağ, s. 76.

⁸⁴ Bu konudaki görüşler hakkındaki açıklamalar için bkz. Postacıoğlu / Altay, s. 305-306; Üstündağ, s. 77; Uyar, 2008, s. 3700; Pekcanitez, Hakan / Simil, Cemil. *İcra – İflâs Hukukunda Şikâyet*, 2. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2017, s. 128-130; Başoğlu, s. 197-198.

⁸⁵ Bu konudaki açıklamalar için bkz. Üstündağ, s. 77; Pekcanitez / Simil, s. 129.

⁸⁶ “*İcra ve İflas Kanunu'nun 52.maddesi kamu düzeni ile ilgili bulunmasına, bu nedenle şikâyetin süreye tâbi olmayacağına göre ...*” 12. HD., 20.03.1980, 1980/1143 K. 1980/2655 (Uyar, 2008, s. 3710). İİK m. 54/a hakkında benzer bir karar olarak bkz. 12. HD., 14.10.1985, 1985/2139 K. 1985/8043 (Uyar, 2008, s. 3754).

⁸⁷ Başoğlu, s. 198. Talik hâllerinde yapılan işlemlerin, bu hâlin sona ermesinden sonra iptal ettirilebileceği hakkında bkz. Pekcanitez / Atalay / Sungurtekin Özkan / Özkes, s. 82.

talik hâllerine aykırı olarak yapılan işlemlerin geçersizliği ileri sürülemez. Başka bir görüş ise hem hükümsüzlük hem iptal edilebilirlik yaptırımını reddederek tatilde ve talik hâllerinde yapılan işlemlerin, bu sürelerin bitiminde yapılmış gibi etki doğurması gerektiğini ileri sürmektedir. Bu çözüm hem takibin gecikmesini önleyecek hem de bu sırada yapılmış işlemlerden borçluyu koruyacak olduğundan menfaat dengesine uygun ve pratik bir yol olarak görülmüştür⁸⁸. Buraya kadar yer verdiğimiz görüşler, bütün tatil ve talik hâlleri için aynı sonucu öngörmektedir. İİK m. 53'te düzenlenen talik hâllerine özel olan bir görüşe göre ise taraf ehliyetinin yokluğuna rağmen takip yapılması hukukî güvenliğe ve kamu yararına aykırıdır. Bu nedenle İİK m. 53'ün düzenlediği talik hâllerine aykırı olarak yapılan takip, hukuk güvenliği ve kamu yararı gereği hükümsüz olmalıdır⁸⁹. Yargıtay kararlarında da İİK m. 53'e aykırılık kamu düzeninden kabul edilmekte, süresiz olarak şikâyet yoluna gidilebileceği ve resen gözetilerek yapılan işlemin iptaline karar verilebileceği ifade edilmektedir⁹⁰. Kanaatimizce talik hâllerinin her birinin kendi özelinde düşünülerek uygulanacak yaptırımın belirlenmesi daha uygun olur. Borçlunun menfaati düşünülerek, ona kolaylık sağlamak için belli bir süre icra takip işlemi yapılmasının önlenildiği durumlarda (örneğin m. 52⁹¹) işlemde öncelikli olarak zarar gören borçluya işleme razı olup olmama noktasında yetki tanınması yerinde olur. Bu durumda borçlu dilerse şikâyet yoluyla iptali talep edebilir. Öte yandan bu durumlarda işlemin talik hâli geçtikten sonra yapılmış gibi etki doğurması da düşünülebilir. Ancak İİK m. 53'teki talik hâlleri ise borçlunun menfaatini değil kamu yararını öncelemektedir. Borçlunun kim veya kimler olduğunun bilinmediği bir aşamada onlara sağlanmış bir kolaylıktan söz edilemez. Zira henüz taraf olup olmamasıyla alakalı bir belirsizlik söz konusudur. Bahse konu talik süreleri bu konuda belirlilik sağlanmasına hizmet etmektedir. Dolayısıyla söz konusu talik sebebinin, daha ziyade kamusal menfaate hizmet ettiği ve hükümsüzlük yaptırımının uygulanması gerektiği ifade edilmelidir.

III. İİK M. 53 VE TMK M. 625 İLİŞKİSİ

A. Yargıtay Kararlarındaki Durum

Resmî defter tutulması sırasında yeni icra takibi yapılmakta veya mevcut takiplere devam edilmekte ve bu durum, Yargıtay kararlarına da konu olmaktadır. Bu kararlarda çoğunlukla İİK m. 53 ve TMK m. 625 hükümlerine dayanılarak söz konusu icra takibi hakkında bir sonuca varılmaktadır. Öyle ki bazı kararlarda, derece mahkemesince eksik araştırma yapıldığı ifade edilerek, resmî defter tutma talep edilip edilmediği ve İİK m. 53'ün şartlarının oluşup oluşmadığı hususları araştırılmak üzere bozma kararı verilmektedir⁹². Daha açık bir ifadeyle Yargıtay, resmî

⁸⁸ Postacıoğlu / Altay, s. 305; Pekcanitez / Simil, s. 130.

⁸⁹ Arslan, s. 277.

⁹⁰ “*murisi ...'in 19.12.2020 tarihinde vefat ettiği, 3 ... ve 3 aylık süre dolmadan 10.02.2021 tarihinde muris borçlu aleyhine başlatılan takipte, borçlunun öldüğünün anlaşılması üzerine, mirasçılara ödeme emri tebliğ edildiği, yapılan takibin İİK'nın 53. maddesine aykırılık teşkil ettiği İİK'nın 16/2. maddesi uyarınca şikâyetin süresiz olduğu, mahkemece, kamu düzenine aykırılık teşkil eden bu husus re'sen dikkate alınarak İİK'nın 53. maddesine aykırı olarak takip yapıldığı gerekçesiyle takibin iptaline karar verilmesi*” 12. HD., E. 2022/8341 K. 2023/976 T. 20.02.2023. Benzer kararlar için bkz. 12. HD., E. 2022/8260 K. 2023/639 T. 6.2.2023; 12. HD., E. 2017/3129 K. 2018/2964 T. 22.3.2018 (Lexpera).

⁹¹ Arslan, s. 276.

⁹² “*borçlu mirasçılar tarafından tereke mahkemesinde resmi defter tutulması için açılmış davaların olduğu belirtildiğinden, mahkemece öncelikle borçlu mirasçılar tarafından açılmış resmi defter tutulmasına ilişkin davaların*

defter tutulması sırasında icra takibi yapılması veya mevcut takiplere devam edilerek takip işlemleri yapılması durumunda gerek İİK m. 53'ün gerek TMK m. 625'in gözden geçirilmesini istemektedir.

Bazı kararlarda her iki hükme ilişkin açıklamalara da yer verilmekte ancak hangi hükme göre bu sonuca varıldığı belirtilmemektedir⁹³. Bir başka ifadeyle bu kararlarda, İİK m. 53'ün ve TMK m. 625'in nasıl uygulandığı, somut olayda bu hükümlerden hangisine dayanılarak karar verildiği anlaşılammaktadır.

Her iki hükme de yer verilen kararların bazılarında İİK m. 53'ün ilk fıkrasına, bazılarında ise ikinci ve üçüncü fıkralarına yer verilmektedir⁹⁴. Hâlbuki söz konusu kararlarda böyle bir farklılığı gerektiren bir durum yer almamaktadır. Ayrıca, yukarıda da ifade edildiği gibi, İİK m. 53'ün ikinci ve üçüncü fıkralarının TMK m. 625 ile doğrudan bir ilgisi de bulunmamaktadır. İlâveten bu kararlarda da söz konusu iki hüküm zikredildikten sonra somut olay değerlendirmesi yapılmakta ancak iki hüküm arasında nasıl bir ilişki olduğu ve somut olayda hangi hüküm veya hükümlerin nasıl uygulama alanı bulduğu belirsiz kalmaktadır.

Kararların bazılarında ise İİK m. 53'e yer verilmekte ancak somut olayda tamamıyla TMK m. 625 değerlendirmesi yapılarak karar verilmektedir⁹⁵. Bu durumda da gerekçede yer verilen İİK m. 53 hükmünün somut olayda nasıl yer bulduğu yine eksik kalmaktadır. Kaldı ki somut olayın çözümünde etkili olmayan bir hükmün gerekçede yer almasına da ihtiyaç olmamalıdır.

Son olarak bazı kararlarda ise İİK m. 53 hükmüne hiç yer verilmeksizin TMK m. 625 hükmüne dayanılmakta ve somut olaydaki takibin akıbetine bu hükme göre karar verilmektedir⁹⁶.

mevcut olup olmadığı yöntemince araştırılarak, ayrıca şartları var ise İİK'nun 53/1. maddesi de değerlendirilerek oluşacak sonuca göre karar verilmesi gerekirken, eksik inceleme ile yazılı şekilde istemin süreden reddi isabetsizdir." 12. HD., E. 2014/4202 K. 2014/6637 T. 10.3.2014. Benzer kararlar için bkz. 12. HD., E. 2015/33145 K. 2016/10346 T. 7.4.2016; 12. HD., E. 2014/4201 K. 2014/6638 T. 10.3.2014 (Lexpera).

Hem İİK m. 53 hem de TMK m. 625 hükmünün göz önünde bulundurulması gerektiği şeklinde bir başka karar için bkz. 12. HD., 10.02.1983, E. 1982/10653 K. 1983/891 (Uyar, 2002, s. 2477).

⁹³ "İİK'nun 53/1. maddesinde "Terekenin borçlarından dolayı ölüm günü ile beraber üç gün içinde takip geri bırakılır. Mirasçı mirası kabul veya reddetmemişse bu hususta Kanunu Medenide muayyen müddetler geçinceye kadar takip geri kalır." hükmü bulunmaktadır.

Yine TMK'nin 625. maddesinde "Resmî defter tutulması devam ettiği sürece miras bırakanın borçları için icra takibi yapılamaz. Bu süre içinde zamanaşımı işlemez. Acele hâller dışında, davalara devam edilemeyeceği gibi, yeni dava da açılmaz." şeklinde düzenleme mevcuttur. Tereke defterinin tutularak tespiti sonucunda mirasçılar mirasın reddi veya kabulü konusunda karar verebileceklerinden TMK'nin 625. Maddesi gereğince resmi defter tutulması devam ettiği sürece miras bırakanın borçları için icra takibi yapılamayacağı düzenlenmiştir. Bu husus mirasçı borçlular tarafından İİK'nin 16/2. maddesi uyarınca süresiz şikâyet konusu yapılabilir.

O halde mahkemece, davanın kabulü ile şikâyetçiler bakımından takibin iptali" 12. HD., E. 2018/988 K. 2018/13386 T. 12.12.2018 (Lexpera).

⁹⁴ Çoğunlukla İİK m. 53/1 ile TMK m.625'e yer verilmekle birlikte, bazı kararlarda, karara konu olayda uygulanması mümkün olmayan ve mevcut takiplerin kime karşı devam edeceğini düzenleyen İİK m. 53/2-3 hükümlerinin, TMK m. 625'in yanında yer aldığı görülmektedir. Örneğin bkz. 12. HD., E. 2011/32221 K. 2012/16241 T. 10.5.2012; 12. HD., E. 2011/32220 K. 2012/16242 T. 10.5.2012 (Lexpera).

⁹⁵ Örnek olarak bkz. 12. HD., E. 2020/4416 K. 2021/270 T. 13.1.2021; 12. HD., E. 2015/19717 K. 2015/23474 T. 08.10.2015; 12. HD., E. 2010/25107 K. 2011/5590 T. 05.04.2011 (Lexpera).

⁹⁶ Örnek olarak bkz. HGK, 27.04.2016, E. 2014/1036 K. 2016/551. Aynı şekilde, resmî defter tutma talep edildikten sonra açılan takibin iptali davasında İİK m. 53'e herhangi bir gönderme yapılmaksızın verilen Bölge Adliye

Görüldüğü üzere, resmî defter tutulması sürecinde icra takibi yapılması veya mevcut takibe devam edilmesinden kaynaklanan uyuşmazlıklarda çoğunlukla İİK m. 53'e de gönderme yapılmaktadır. Ancak söz konusu hüküm, yalnızca gerekçede yer almakta somut olayın çözümüne etkisi gözlenmemektedir. İlaveten, aynı olaylarda bazen her iki hükme de yer verilirken bazen sadece TMK m. 625'e dayanılmaktadır. Bu nedenlerle söz konusu hükümlerin resmî defter tutma sürecindeki ilişkisi bakımından Yargıtay kararlarından bir sonuca varılamamaktadır.

B. Öğretideki Durum ve Değerlendirme

İcra ve İflas Kanunu m. 53/1 ile Türk Medeni Kanunu m. 625, en genel anlamıyla, bir kişinin ölümü üzerine onun borçlarından kaynaklanan icra takiplerinin belirli sürelerle gerçekleştirilmesini önleyen düzenlemelerdir. Her iki hüküm de belli süreler boyunca yeni takip yapılmasını ve borçlunun sağlığında başlamış mevcut takiplere devam edilmesini engellemektedir. İlk hüküm, mirasçıların takiplerle rahatsız edilmeden yaslarını tutmaları ve mirasçı olup olmama yönündeki kararlarını vermeleri için süre tanımayı amaçlamaktadır. İkinci hükmün amacı ise resmî defter tutma süreci boyunca takip yapılmasını önleyerek terekenin en doğru şekilde tespitini ve böylece mirasçılarının seçimlik haklarını en doğru şekilde kullanmalarını sağlamaktır.

İİK m. 53/1, Türk Medeni Kanunu'nda yer alan kabul ve redde ilişkin süreler boyunca takiplerin talikini öngörmektedir. Bir diğer ifadeyle, İİK m. 53'ün içeriği TMK'ya bakılarak belirlenmektedir. TMK m. 606'ya bakıldığında bu sürenin; yasal mirasçılar için mirasbırakanın ölümünü öğrendikleri tarihten, atanmış mirasçılar için ise tasarrufun kendilerine bildirildiği tarihten itibaren üç ay olduğu görülmektedir. Ancak TMK, üç aylık ret süresinin başlangıç anını değiştiren (TMK m. 607) veya bazı hâllerde hâkim kararıyla uzatılmasına (TMK m.615) imkân tanıyan düzenlemeler öngörmüştür. O hâlde İİK m. 53'e göre talik sürelerinin sona erme anı belirlenirken bu hükümlerin de gözetilmesi gerekir. Yani, ölüm gününden itibaren üç ay geçince talik süresi bütün mirasçılar için son bulmuş olmaz. Örneğin bir mirasçı mirasbırakanın ölümünü daha sonra öğrenmiş veya önemli bir sebebin varlığı dolayısıyla sulh hukuk mahkemesine başvurarak mirasın reddi süresinin uzatılması yönünde bir karar almış olabilir. Bu nedenle bu hükümlerin hep birlikte değerlendirilmesi ve her bir mirasçı için talik süresinin ayrı ayrı hesaplanması gerekir.

Burada resmî defter tutulması süresinin de İİK m. 53 kapsamında talik süresi olup olmadığı düşünülebilir. Zira resmî defter tutma süresi, bu süreden faydalanacak mirasçılar açısından, kabul ve redde ilişkin üç aylık süreyi uzatmaktadır. Başka bir ifadeyle, tıpkı bir üst paragrafta ifade ettiğimiz hükümler gibi, resmî defter tutma süresi de mirasçılarının mirası kabul ve ret hakkında karar verebilecekleri zamanı etkileyen/belirleyen bir süredir. Nitekim mirasın defterini tutma düzenlemesinin amaçlarından birinin de üç aylık süreyi uzatmak olduğu ifade edilmiştir⁹⁷. Bu açıdan yaklaşıldığında, İİK m. 53'teki talik hâlinin kapsamına, kabul ve ret süresini uzatıcı etki gösteren resmî defter tutma süresi de girmektedir. Nitekim, İİK m. 53'ün kapsamını TMK

Mahkemesi kararları için bkz. Antalya BAM, 12. HD., E. 2019/2997 K. 2020/915 T. 17.6.2020; İstanbul BAM, 22. HD., E. 2018/1954 K. 2019/691 T. 16.4.2019 (Lexpera).

⁹⁷ Bunun, miras hakkında bilgi edinmek ve sorumluluğu sınırlandırmak şeklindeki iki amaç gibi temel bir amaç olmadığı, yalnızca kuruma başvurunun ek bir yararı olduğu hakkındaki açıklama için bkz. Kama, s. 332.

hükümlerine atıf yaparak açıklayan bazı yazarlar, TMK m. 606 ve 615'in yanı sıra resmî defter tutma süresini düzenleyen TMK hükümlerine de yer vermektedir⁹⁸. İsviçre Hukukunda da resmî defter tutulması talep edilmesi hâlinde, talik süresinin resmî defter tutma süresi boyunca devam edeceği ifade edilmektedir⁹⁹. Şu durumda İİK m. 53'ün, kabul ve redde ilişkin Türk Medeni Kanunu'na yollama yaptığı sürelerin kapsamına resmî defter tutma süresi de dahil edilmelidir. Buna göre resmî defter tutma süresi boyunca talik hâli devam ettiğinden, talik hükümleri gereği¹⁰⁰, yapılmak istenen icra takip işlemleri yapılamaz ve başlamış olanlara da devam edilemez. Aynı zamanda, bu süreç boyunca, TMK m. 625 gereği de yeni takipler yapılamaz ve mevcut takiplerde yeni icra takip işlemleri yapılamaz. Bir başka ifadeyle resmî defter tutma süresi, her iki hükmün kesişim alanını oluşturmaktadır.

Bu durumda, TMK m. 625 ve İİK m. 53/1 düzenlemelerinin birlikte nasıl uygulanacağını ele alınması gerekir. Esasında, yukarıda kendi bahislerinde de ifade edildiği üzere¹⁰¹, TMK m. 625 ve İİK m. 53'e aykırılık, Yargıtay tarafından süresiz şikâyet yoluyla iptal yaptırımına tâbi tutulduğundan pratikte her iki hükmün uygulanması arasında büyük bir fark görülmeyebilir. Öte yandan İİK m. 53'e aykırılığın yaptırımı olarak öğretide ileri sürülen, süresi içinde başvuru şikâyet yoluyla iptal veya talik süresinin bitiminde etki doğurma imkânı kabul edilecek olursa, iki hükmün uygulaması arasında da farklılık belirginleşir. Bu durumda da hangi hükme göre karar verildiği daha önemli hâle gelir. Zira söz konusu hükümlerin hangisinin uygulandığına göre farklı sonuçlar ortaya çıkmış olacaktır.

Bir üst paragraftaki şerhi düşerek belirtmek gerekir ki, borçlunun ölümüyle birlikte mevcut takipler açısından İİK m. 53, mirasçılardan herhangi bir talebine gerek olmaksızın, kendiliğinden uygulama alanı bulur. Oysa TMK m. 625'in uygulanabilmesi için miras ret hakkı olan mirasçılardan birinin talebi gereklidir¹⁰². Bu nedenle daha sonra resmî defter tutulması talep edilmiş olsa bile, bu talep anına kadar İİK m. 53'ün uygulanmasında tereddüt yoktur. Dolayısıyla bu devrede mevcut takibe devam edilmesi veya yeni takipler açılması hâlinde, İİK m. 53 uygulama alanı bulur.

Resmî defter tutulmasının talep edilmesiyle birlikte, söz konusu hükümlerden birinin öncelikli olarak uygulanması gerekir. Öğretide *Arık*, mirasbırakanın ölümünü müteakip icra takiplerinin önce İİK m. 53 gereği erteleneceğini, resmî defter tutma talebinden sonra ise bu takiplerin TMK m. 625 gereği yapılamayacağını ileri sürmüştür¹⁰³. Gerçekten de ölüm hâlinin icra takiplerine etkisi bakımından genel düzenleme İİK m. 53 hükmüdür. TMK m. 625 ise ölüm hâlinde mirasçılardan resmî defter tutmayı talep etmesinin icra takiplerine etkisini konu alan özel bir

⁹⁸ Postacıoğlu / Altay, s. 307; Uyar, 2008, s. 3713; Yılmaz, s. 285; Atalı / Ermenek / Erdoğan, s. 75.

⁹⁹ Hunkeler, s. 250, Rn. 3; Kren Kostkiewicz, Vock, Rn 7; Bauer, s. 424, Rn 6. İİK m. 53'ün İsviçre Hukukunda karşılığını oluşturan hükümler SchKG Art. 49 ve 59'dur. Bu hükümlerden de madde 59/1, İİK 53'ün çalışma konumuzu ilgilendiren ilk fıkrasını düzenlemektedir. Zira söz konusu hüküm, ölüm gününden itibaren iki hafta boyunca ve kabul ve redde ilişkin süre boyunca yasal durmanın geçerli olduğunu ifade ederek, İİK m. 53/1'in içeriğini, ilk sürenin iki hafta olması dışında karşılamaktadır. Atıf yaptığımız yazarlar, kabul ve redde ilişkin sürelerin kapsamına resmî defter tutma süresinin de girdiğini ifade etmektedirler.

¹⁰⁰ Bkz. yuk. II/B-2, s. 15.

¹⁰¹ Bkz. yuk. II/A-2, s. 12 ve II/B-2, s. 15-16.

¹⁰² Bkz. yuk. I/B, s. 4-5.

¹⁰³ Arık, s. 274.

korumayı düzenler¹⁰⁴. Bu nedenle öncelikli olarak TMK m. 625 hükmünün uygulama alanı bulması gerekir. Bu doğrultuda, mevcut takiplere devam edilememeli ve yeni yapılan takipler iptal edilmelidir. Dolayısıyla resmî defter tutulması talebinden sonra yeni bir takip yapılmışsa bu takibin iptali veya mevcut takiplerde yeni bir icra takip işlemi yapılmışsa bu işlemin iptali için TMK m. 625 hükmüne yer verilmesi yeterlidir. Söz konusu sonuçların doğması için, TMK m. 625 hükmüne dayanılması yeterli olup ayrıca İİK m. 53'e dayanılması gerekmez.

Ayrıca belirtmelidir ki, talik hâllerinde zamanaşımının duracağı yönünde bir hüküm bulunmamasına rağmen, TMK m. 625'teki özel düzenlemenin uygulanması sonucunda bu kapsamdaki alacaklar için zamanaşımı da işlemez. Aksi takdirde, yani talik hâllerinde olduğu gibi zamanaşımının işlemeye devam etmesi hâlinde, resmî defter tutma gibi önceden bilinmeyen ve terekenin kapsamına göre de uzayabilen bir süreç boyunca zamanaşımın işlemeye devam etmesi alacaklılar aleyhine ciddi sakıncalar doğurabilir.

TMK m. 625'in öncelikli olarak uygulanmasıyla birlikte -İİK m. 53'ün terekeye karşı takibe devam edilmesini engellemediği görüşü kabul edilse bile¹⁰⁵- artık terekeye karşı da takibe devam edilemez¹⁰⁶. Zira TMK m. 625'in terekeye karşı yapılan takipleri de engellediği noktasında bir tartışma bulunmamaktadır.

TMK m. 625'in uygulanmasıyla birlikte mevcut takiplerin defter tutma sonuna kadar erteleneceği yeni takiplerin ise iptal edileceği ifade edilmişti. Ancak TMK m. 625 mevcut takiplerdeki sürelerle yönelik bir cevap içermemektedir. İşte bunun gibi TMK m. 625'te özel olarak yer verilmeyen konularda talik hâlinin genel sonuçları uygulanmalıdır. Buna göre, İİK m. 56 gereğince, mevcut takiplerde süreler işlemeye devam eder, yalnızca sürenin son gününün talik süresi içine rastlaması durumunda süre talikin bitiminden sonra bir gün daha uzamış olur. Sonuçta, resmî defter tutulmasıyla devam edilemeyen mevcut takiplerdeki süreler işlemeye devam eder ancak sürenin son günü talik süresi içine rastlarsa resmî defter tutma süresinin bitiminden sonra bir gün daha uzamış olur.

SONUÇ

Külli halefiyet ve kendiliğinden kazanım ilkeleri, mirasın ölüm anında mirasçılara bir küll olarak geçmesini sağlar. Ancak belli süreler boyunca bu kazanım askıdadır. Mirasçılardan mirasın ret süresince suskun kalması veya kayıtsız şartsız kabul etmesi hâlinde mirasın kazanımı kesinleşir. Öte yandan mirasçılardan mirasın reddetmeleriyle birlikte geçici kazanım hâli, geçmişe etkili olarak ortadan kalkar. Ancak içeriği bilinmeyen bir mirasın reddi de kabulü de sakıncalıdır. Resmî defter tutulması, bu sakıncayı önlemek için mirasçılara, kendilerine kalan mirasın içeriğini resmî bir süreç sonucunda öğrenmesini talep etme hakkı verir. Böylelikle mirasçılar seçimlik haklarını daha farkında olarak kullanabilirler.

¹⁰⁴ İsviçre Hukukunda da TMK m. 625'in karşılığı olan hükmün, İİK m. 53'ün karşılığı olan hükme göre özel düzenleme olduğu ifade edilmiştir. Bkz. Tuor, Picononi, s. 711, Rn 3.

¹⁰⁵ Bu konudaki tartışma için bkz. yuk. II/B-2, s. 14.

¹⁰⁶ Gönensay / Birsen, s. 272-273.

Resmî defter tutulması, mirasbırakanın malvarlığının kıymetleriyle birlikte tespit edilmesini sağlayan ve ilanlar, inceleme süresi, seçimlik hakkı kullanma süresi gibi şekli aşamaları içeren nispeten uzun bir süreci ifade eder. Bu süreç boyunca mirasın hukukî işlemlere konu edilmesi ve icra kanalıyla takip edilmesi defter tutma kurumunun amacına engel olur. Zira mirasçılar tutulan deftere güvenerek kabul veya ret konusunda bir karar vereceklerdir. Bunu öngören kanun koyucu, mirasın mümkün olduğunca değişikliğe uğramaması amacıyla bazı tedbirler almıştır. Bunlardan biri de resmî defter tutulmasından sonra mirasbırakanın borçlarından dolayı takip yapılmasını önleyen TMK m. 625 hükmüdür. Söz konusu hüküm hem mirasçılara hem de terekeye karşı olan takipleri engellemektedir. Resmî defter tutulması talep edilmesiyle birlikte mirasçılara karşı yeni takipler yapılamayacağı gibi; borçlunun sağlığında başlamış olan takiplere de devam edilemez, bu takiplerde yeni icra takip işlemleri yapılamaz.

Resmî defter tutulması süresince koruma sağlayabilecek olan ikinci hüküm ise İİK m. 53 hükmüdür. Söz konusu düzenlemeye göre, Türk Medeni Kanunu'nda yer alan kabul ve redde ilişkin süreler boyunca takipler geri kalır. Kabul ve redde ilişkin süre, TMK m. 606'da yer alan üç aylık süredir. Ancak bu süreyi etkileyen çeşitli hükümler söz konusudur. Örneğin TMK m. 615, önemli sebeplerin varlığı hâlinde, anılan sürenin hâkim kararıyla uzatılabileceğini ve yeni bir süre verilebileceğini hüküm altına almaktadır. Dolayısıyla kabul ve redde ilişkin süreyi etkileyen hükümlerin bir arada değerlendirilmesi gerekir.

Resmî defter tutulması süresinin kabul ve redde ilişkin süreleri uzattığı hakkında açık bir hüküm yoktur. Ancak TMK m. 626-627 hükümleri, resmî defter tutulması neticesinde mirasçılara mirasın kabulü, reddi ve resmî tasfiyesi hakkında beyanda bulunmak üzere bir aylık süre vermektedir. Dolayısıyla mirasın kabul ve reddine ilişkin süre, resmî defter tutma işleminin bitmesinden bir ay sonraya kadar uzatılmaktadır. Bu nedenle resmî defter tutma süresinin de İİK m. 53 kapsamına girmesi gerekir.

Bu durumda resmî defter tutma süresince hem TMK m. 625 hem de İİK m. 53 uygulama alanı bulmaktadır. Nitekim Yargıtay kararlarında da her iki hükme atıf yapılmaktadır. Yargıtay, İİK m. 53'e aykırı işlemlerin de TMK m. 625'e aykırı işlemlerin de süresiz şikâyet yoluyla iptaline karar verdiğinden, pratikte iki hükmün uygulaması arasında sonuç açısından fazla bir fark kalmamaktadır. Ancak, İİK m. 53'e aykırılığın yaptırımını noktasında öğretilerde bir tartışma olduğundan, öğretilerdeki diğer görüşler benimsenecek olursa hükümler arasındaki farklılık netleşecektir.

TMK m. 625, yalnızca resmî defter tutma süresine ilişkin daha özel bir koruma sağlayan bir hükümdür. Bu açıdan bakıldığında, İİK m. 53 daha genel bir hüküm olup borçlunun ölümü hâlinde resmî defter tutulması talep edilsin edilmesin uygulanır.

Resmî defter tutulması talep edilene kadar, henüz kabul ve redde ilişkin üç aylık süre geçmemiş olacağından İİK m. 53'ün uygulama alanı bulacağında şüphe yoktur. Resmî defter tutulması talep edilmesi ile birlikte ise TMK m. 625 hükmü öncelikli olarak uygulanır. Buna göre, resmî defter tutulması süresince mevcut takiplere devam edilemez ve yeni takip de yapılamaz. Resmî defter tutulması talebinden sonra mirasçılara karşı yeni bir takip yapılmışsa bu takibin iptal

edilmesi gerekir. Bu kapsamda bir karar verilirken İİK m. 53'e dayanılmasına gerek yoktur. Zira TMK m. 625 hükmü, takip yapılmasını yasaklamış olup bu yasağa rağmen yapılan takibin iptal edilmesi gerekir. Dolayısıyla bu durumda, TMK m. 625 hükmü, takibin iptali için gerekli ve yeterli bir hükümdür.

Borçlunun sağlığında başlamış bir takip açısından ise, resmî defter tutma talep edilene kadar İİK m. 53 gereği icra takip işlemi yapılamaz. Ancak resmî defter tutma talebiyle birlikte TMK m. 625 gereği takibe devam edilememesi, takibin olduğu yerde kalması gerekir. Zira söz konusu hüküm, mevcut takiplere devam edilmesini de önlemektedir. Ancak TMK m. 625, takibe başlanıldığı zaman yani borçlunun sağlığında takip yapılmasını yasaklamadığından takibin iptal edilmemesi, yalnızca mevcut takibin olduğu yerde kalması gerekir. Bu nedenle bu ihtimalde de İİK m. 53 hükmüne yer verilmesine gerek yoktur.

Mevcut takip olduğu yerde kalmakla birlikte söz konusu takipte sürelerin ne olacağı belirsizdir. Bu durumda da İİK m. 53 devreye girmelidir. Zira resmî defter tutma süresi İİK m.53'teki talik hâli kapsamına girdiğinden, TMK'da hüküm bulunmayan hususlarda İİK'nın talik hâllerine ilişkin hükümleri uygulama alanı bulur.

KAYNAKÇA

- Antalya, O. Gökhan / Sağlam, İpek. *Marmara Hukuk Yorumu Miras Hukuku Cilt III*, 5. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2021.
- Arık, K. Fikret. "Resmi Defter Tutma Müessesesi", *Ankara Üniversitesi SBF Dergisi*, C. IX, S. 2, 1954, s. 245-288.
- Arslan, Aziz Serkan. *İcra Takip İşlemleri Etkileri ve Hukuka Aykırılığın Sonuçları*, Yetkin Yayınevi, Ankara, 2018.
- Atalı, Murat / Ermenek, İbrahim / Erdoğan, Ersin. *İcra ve İflas Hukuku*, 5. Baskı, Yetkin Yayınevi, Ankara, 2022.
- Başoğlu, Gizem. "İcra ve İflas Hukukunda Tatil ve Talik Hâlleri", *Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi*, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı, Ankara, 2013.
- Belgesay, Mustafa Reşit. *Türk Kanunu Medenisi Şerhi: Üçüncü Kitap Miras*, 4. Baskı, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1952.
- Bolak, Ahmet Ertuğrul. *Uygulamada Miras ve Tereke Hukuku*, Eğitim Yayınları, İstanbul, 1980.
- Boran Güneysu, Nilüfer. "İcra Takip İşlemleri", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, C. 0 S. 101, 2012, s. 31-60.

-
- Çabri, Sezer. *Miras Hukuku Şerhi (TMK m.575-639)*, C. II, On İki Levha Yayınevi, İstanbul, 2020.
- Dural, Mustafa / Öz, Turgut. *Miras Hukuku*, 18. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2022.
- Eren, Fikret / Yücer Aktürk, İpek. *Türk Miras Hukuku*, 3. Baskı, Yetkin Yayınevi, Ankara, 2020.
- Gönensay, Samim / Birsen, Kemaleddin. *Miras Hukuku*, 2. Baskı, İstanbul Üniversitesi Yayınları No. 1046 Hukuk Fakültesi No. 223, İstanbul, 1963.
- Hunkeler, Daniel. *SchKG Kurz Kommentar*, 2. Auflage, Helbing Lichtenhahn Verlag, Basel, 2014.
- İmre, Zahit / Erman, Hasan. *Miras Hukuku*, 15. Baskı, Der Yayınevi, İstanbul, 2021.
- İnan, Ali Naim / Ertaş, Şeref / Albaş, Hakan. *İnan Türk Medeni Hukuku Miras Hukuku*, 11. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2022.
- İyilikli, Ahmet Cahit. *Hukuk Yargılamasında Terekenin Resmi Defterinin Tutulması*, Yetkin Yayınevi, Ankara, 2021.
- Kama, Musa “Mirasçılardan Birinin Resmi Defterinin Tutulması Talebi”, *Feyzi Necmeddin Feyzioğlu'nun Anısına Armağan*, 2020.
- Kılıçoğlu, Ahmet. *Miras Hukuku*, 10. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2019.
- Kocayusufpaşaoğlu, Necip. *Miras Hukuku*, 3. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1987.
- Kren Kostkiewicz, Jolanta / Vock, Dominick. *Kommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs SchKG*, Schulthess Verlag, Zurich, 2017.
- Kuru, Baki. *İcra ve İflas Hukuku*, C. I, 3. Baskı, İstanbul, Evrim Dağıtım, 1988.
- Öztan, Bilge. *Miras Hukuku (Tablolar ve Örneklerle)*, 11. Baskı, Yetkin Yayınevi, Ankara, 2020.
- Pekcanitez, Hakan / Atalay, Oğuz / Sungurtekin Özkan, Meral / Özekes, Muhammet. *İcra ve İflas Hukuku Ders Kitabı*, 9. Baskı, On İki Levha Yayınevi, İstanbul, 2022.
- Pekcanitez, Hakan / Simil, Cemil. *İcra – İflâs Hukukunda Şikâyet*, 2. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2017.
- Postacıoğlu, İlhan E. / Altay, Sümer. *İcra Hukuku Esasları*, 5. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2010.
- Serozan, Rona / Engin, Baki İlkay. *Miras Hukuku ve Tamamı Çözümlü Pratik Çalışmalar*, 8. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2022.

- Stahelin, Adrian / Bauer, Thomas / Stahelin, Daniel. Basler Kommentar Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs I, Art. 1-158 SchKG, 2. Auflage, Helbing Lichtenhahn Verlag, Basel, 2010.
- Tuor, Peter / Piconi, Vito. *Berner Kommentar, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Das Erbrecht, 2. Abteilung, Der Erbgang, Artikel 537-640 ZGB*, Zweite Auflage, Bern, 1966.
- Uyar, Talih. *Gerekçeli ve İçtihatlı İcra ve İflas Kanunu Şerhi*, C. III, 4. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2008.
- Uyar, Talih. *Türk Medeni Kanunu (Gerekçeli-İçtihatlı) Miras Hukuku (MK. 495-682)*, Feryal Matbaacılık, Ankara, 2002.
- Ülgenalp, Nuri. “Mirasın Reddi ve Defter Tutma Talebi”, *Adliye Dergisi*, S. 1, 1945, s. 31-45.
- Üstündağ, Saim. *İcra Hukukunun Esasları*, İstanbul, 2004.
- Yakuppur, Sendi. *Resmî Defter Tutma ve Mirasın Tutulan Deftere Göre Kabulü*, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2022.
- Yılmaz, Ejder. *İcra ve İflâs Kanunu Şerhi*, C. I, Yetkin Yayınevi, Ankara, 2016.

Kira Uyuşmazlıklarında Dava Şartı Arabuluculuk Uygulaması Üzerine Bazı Düşünceler

Süleyman Burak GÜNDOĞDU 

Dr. Öğr. Üyesi, Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Medenî Usûl ve İcra İflâs Hukuku Anabilim Dalı, Ankara, Türkiye s.burak.gundogdu@gmail.com

Makale Bilgileri

ÖZ

Makale Geçmişi

Geliş: 19.10.2023

Kabul: 20.12.2023

Yayın: 28.12.2023

Anahtar Kelimeler:

Kira hukuku,
Arabuluculuk, Dava
şartı, Emredici
düzenlemeler

Kira uyuşmazlıkları, esas itibarıyla tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebileceği uyuşmazlıklar olarak arabuluculuğa elverişlidir. Ülkemizde arabuluculuk müessesesinin kabul edildiği andan itibaren bu gerekçeyle ihtiyarî olarak arabuluculuk yoluyla çözülebilen kira uyuşmazlıkları için artık dava açılmadan önce arabuluculuğa başvuru yapılması zorunlu hâle getirilmiştir. Arabuluculuğa başvuru yapılmaksızın doğrudan dava açılmak istenmesi hâlinde mahkeme davayı dava şartı yokluğundan usûlden reddedecektir. Taraflar arabulucu önünde gerçekleştirilen müzakerelerde anlaştığı takdirde, anlaşma belgesi için icra edilebilirlik şerhi almak suretiyle ilamlı icra yoluna başvurabilecektir. Bununla birlikte kira uyuşmazlıklarının arabulucu önünde çözülmesi, özellikle konut ve çatılı işyerleri açısından kanaatimizce Türk Borçlar Kanunu'nda bu konuda öngörülen emredici düzenlemeler karşısında, oldukça zor görünmektedir. Nihayetinde arabulucu önünde tarafların anlaşması ihtimalinde de bu emredici düzenlemelere riayet edilmelidir. Özellikle konut ve çatılı işyerleri açısından kiracıyı koruma amacıyla getirilen emredici düzenlemeler, uygulamada, anlaşma yapılması ve bu anlaşma belgesinin icra edilebilirlik şerhi alabilmesi noktasında sorunlara sebebiyet verebilecek niteliktedir. Çalışmamızda kira hukukunda öngörülen mutlak ve nispi emredici düzenlemelere dikkat çekilmeye çalışılarak, kiracı aleyhine düzenleme yasağı, kiracının güvence bedeli vermesi, yenilenen kira dönemlerinde kira bedelinin belirlenmesi, dava sebeplerinin sınırlılığı, kira bedelinin yabancı para cinsinden belirlenmesi, kiralananın aile konutu olması, arabuluculukta gerçekleştirilen müzakereler neticesinde anlaşma belgesiyle tahliye taahhüdü verilip verilemeyeceği gibi konular ele alınmakta ve uygulama açısından karşılaşılabilecek sorunlara değinilmektedir.

Some Thoughts on the Application of Mediation as a Case Condition in Lease Disputes

Article Info

ABSTRACT

Article History

Received: 19.10.2023

Accepted: 20.12.2023

Published: 28.12.2023

Keywords: Lease law,
mediation, Case
condition, Mandatory
regulations

Lease disputes are convenient for mediation as the parties can freely act upon them. Since the adoption of the mediation institution in our country, it has become mandatory to apply to mediation before filing a lawsuit for lease disputes as it could be resolved through mediation willingly before. In the event that a lawsuit is filed directly without applying to mediation, the court shall dismiss the lawsuit procedurally due to the lack of a case condition. If the parties reach an agreement in the negotiations held in front of the mediator, they may apply to court to obtain an enforceability annotation for the agreement document to use in enforcement offices. However, in our opinion, the resolution of lease disputes before the mediator, especially in terms of residential and roofed workplaces, seems highly difficult in the face of the mandatory regulations stipulated in the Turkish Code of Obligations. Ultimately, these mandatory regulations should be complied with in the event that the parties agree before the mediator. These mandatory regulations, which have been introduced in order to protect the tenant, particularly in terms of residential and roofed workplaces, may cause problems in practice in terms of making an agreement and obtaining an enforceability annotation for this agreement document. In our study, by drawing attention to the absolute and relative mandatory regulations stipulated in the lease law, issues such as the prohibition of arrangement against the tenant, the tenant's security deposit, determination of the rent fee in lease renewal periods, limitation of the causes of litigation, determination of the rent fee in foreign currency, the case that the leased property is a family residence, whether an eviction commitment can be given with the agreement document as a result of the negotiations in mediation, and the problems that may be encountered in practice are discussed.

Atf/Citation: Gündoğdu, S.B.(2023). Kira Uyuşmazlıklarında Dava Şartı Arabuluculuk Uygulaması Üzerine Bazı Düşünceler, *Necmettin Erbakan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 6(2), s.851-.880.

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



"This article is licensed under a [Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License](https://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0/). (CC BY-NC 4.0)"

GİRİŞ

Kira ilişkilerinden kaynaklı uyuşmazlıklar, tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebileceği konular arasında yer aldığından arabuluculuk yoluyla çözülmeye elverişlidir. Bununla birlikte arabuluculuk müessesinin uygulanmaya başlandığı ilk zamanlardan itibaren ihtiyarî arabuluculuk yolu açık olmasına rağmen kira uyuşmazlıklarına ilişkin olarak kiracı ve kiraya verenlerdeki genel eğilim, arabuluculuk yoluna başvurmak yerine uyuşmazlığı mahkemeye taşımak yönündeydi. Özellikle son dönemde, enflasyondan kaynaklı olarak, başta kira bedelleri olmak üzere kira ilişkisinden kaynaklı uyuşmazlıkların sayısı oldukça artmıştı. Bu durum da yargının iş yükünü olumsuz etkilemeye başlamış ve kira uyuşmazlıklarında yığılmalara sebebiyet vermişti. Arabuluculuk müessesinin uygulama alanını genişletme düşüncesinin yanında, artan kira uyuşmazlıklarının daha hızlı şekilde çözümlenmesini ve böylelikle toplumsal barışı sağlama gayesiyle 7445 sayılı Kanun ile 6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu'na (HUAK) 18/B maddesi eklenmiştir¹. Bazı uyuşmazlıklarda dava şartı olarak arabuluculuk başlığını taşıyan söz konusu madde uyarınca; “*kiralanan taşınmazların 2004 sayılı Kanuna göre ilamsız icra yoluyla tahliyesine ilişkin hükümler hariç olmak üzere, kira ilişkisinden kaynaklanan uyuşmazlıklar*,” “*taşınır ve taşınmazların paylaşılmasına ve ortaklığın giderilmesine ilişkin uyuşmazlıklar*”, “*23/6/1965 tarihli ve 634 sayılı Kat Mülkiyeti Kanunundan kaynaklanan uyuşmazlıklar*” ve “*komşu hakkından kaynaklanan uyuşmazlıklar*” dava şartı arabuluculuk kapsamına alınmış ve anılan madde 01.09.2023 tarihi itibarıyla yürürlüğe girmiştir. Bunun yanında HUAK geçici 3. madde ile 18/B maddesinin dava şartı olarak arabuluculuğa ilişkin hükümlerinin, bu maddenin yürürlüğe girdiği tarih itibarıyla ilk derece mahkemeleri ve bölge adliye mahkemeleri ile Yargıtay'da görülmekte olan davalar hakkında uygulanmayacağı belirtilmiştir. İlgili düzenlemeler yanında Tarım Kanunu'nun 13. maddesinde yapılan değişiklikle “*tarımsal üretim sözleşmesinden doğan davalarda arabulucuya başvurulmuş olması*” dava şartı olarak öngörülmüştür. Bu Kanun'a eklenen geçici 5. maddede söz konusu düzenlemelerin 01.09.2023 tarihinden sonra açılacak davalarda uygulama alanı bulacağına yer verilmiştir.

Yeni düzenlemeler çerçevesinde birçok uyuşmazlık dava şartı arabuluculuğa tâbi kılınmış olup bu uyuşmazlıklar için öncelikle arabuluculuk yoluna başvurulmadığı takdirde davanın usûlden reddedilmesi sonucuyla karşılaşılır.

Anılan düzenlemeler, yargının iş yükünün azaltılması ve uyuşmazlıkların sulh yoluyla çözülmesi için önemli bir gelişme olarak nitelendirilebilir ve toplumsal barışın sağlanması açısından işlev görebilir. Bununla birlikte uygulamada yeni sorunların ortaya çıkması da muhtemeldir. Bu çalışmada kira uyuşmazlıklarında dava şartı arabuluculuğun kapsamı incelenerek doğması muhtemel sorunların ele alınması amaçlanmaktadır.

I. Kapsam

A. Genel Olarak

Kira sözleşmeleri en fazla yapılan sözleşmeler arasında yer almakta ve günlük yaşamda önemli bir yer tutmaktadır. Kira sözleşmesi, Türk Borçlar Kanunu'nun (TBK) 299-378 maddeleri arasında genel hükümler, konut ve çatılı işyeri kiralari ve ürün kirasına ilişkin hükümler olmak

¹ Bkz. Resmî Gazete, Sayı: 32154, T. 05.04.2023.

üzere ayrıntılı şekilde düzenlenmiştir. TBK'daki hükümler yanında farklı kanunlarda da kiraya ilişkin bazı özel düzenlemeler yer almaktadır. Örneğin 5737 sayılı Vakıflar Kanunu'nda, başta 20. madde olmak üzere kiraya ilişkin birçok özel hüküm bulunmaktadır. Genel bütçeye dahil dairelerle katma bütçeli idarelerin, özel idare ve belediyelerin kira işlerinin düzenlendiği Devlet İhale Kanunu gibi özel kanunlarda da kiraya ilişkin birçok madde yer almaktadır. TBK'daki düzenleniş şekliyle "kira sözleşmesi, kiraya verenin bir şeyin kullanılmasını veya kullanmayla birlikte ondan yararlanılmasını kiracıya bırakmayı, kiracının da buna karşılık kararlaştırılan kira bedelini ödemeyi üstlendiği sözleşmedir" (TBK m. 299). Bu düzenleme çerçevesinde kira sözleşmesi², üst bir kavram olarak konut ve çatılı işyeri kirasını³ ve ürün kirasını⁴ da kapsamaktadır. Bununla birlikte konut, çatılı işyeri ve ürün kirası dışında kalan taşınır kirası gibi kira sözleşmeleri de bulunmaktadır⁵. HUAK 18/B maddesinde, kira ilişkisinden kaynaklanan uyuşmazlıklar ibaresi kullanılmaktadır. Bu bağlamda düzenlemenin kapsamına tüm kira ilişkileri girmektedir. Konut ve çatılı işyerleri, açık otoparklar; uçak, tekne, bilgisayar, televizyon gibi taşınırlar, bir taşıtın işletme ruhsatıyla birlikte kiraya verilmesi, kara veya deniz yahut göldeki avlanma hakkının veya intifa hakkının kiraya verilmesi veya hayvan kirası gibi her türlü kira ilişkisinden kaynaklı⁶ uyuşmazlık⁷ için dava açmadan önce arabuluculuk yolunun tüketilmesi bir zorunluluktur.

Kira ilişkisinden kaynaklı uyuşmazlıkların dava şartı arabuluculuk müessesine dâhil edilmesine yönelik yeni düzenlemede, *kiralanan taşınmazların 2004 sayılı Kanuna göre ilamsız icra yoluyla tahliyesine ilişkin hükümler* hariç kılınarak bir istisna öngörülmüştür. Bu çerçevede kira bedelinin ödenmemesi sebebiyle ilamsız tahliye veya yazılı tahliye taahhüdüne dayanarak kira süresinin sona ermesi ile tahliyenin sağlanması istendiğinde önce arabulucuya başvurma zorunluluğu bulunmamaktadır. Bu prosedürler içerisinde icra mahkemesinde itirazın kaldırılması yoluna başvurulduğu ihtimallerde arabuluculuğa başvurulması bir dava şartı değildir. Kaldı ki

² Kira sözleşmesi, iki tarafa da borç yükleyen ivazlı sözleşmelerden olup, kiracı, kiralanan şeyin kullanılması karşılığında kiraya verene bir kira bedeli ödemektedir (Eren, Fikret. *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, 4. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2017, s. 309; Gümüş, Mustafa Alper. "Yeni" 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre Kira Sözleşmesi, 2. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2012, s. 30; Ural Çınar, Nihal. *Türk Borçlar Kanunu'nda Düzenlenen Kira Sözleşmelerinde Kira Bedelinin Ödenmemesi ve Hukuki Sonuçları*, 1. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2014, s. 7-8; Kaya, Ümmühan. *Türk Hukukunda Kiraya Veren Kiralananın Ayıplarından Sorumluluğu*, 1. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2014, s. 8; Özdoğan, Mustafa/Oymak, Tuba. *6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'nda Kira*, 1. Baskı, Bilge Yayınevi, Ankara, 2013, s. 17).

³ Konut kirasından söz edebilmek için kira konusunun, çevresel etkilere karşı kiracıya koruma sağlaması ve kiracının barınma ihtiyacını karşılaması gerekir. Kira sözleşmesi, ticari nitelikteki ekonomik faaliyetlerin ve mesleğin icrasına hizmet ediyorsa işyeri kirası niteliği taşır. Bunun yanında işyerinin çatılı kabul edilebilmesi için ise kiralananın sağlam biçimde toprağa bağlı, üstü örtülü ve etrafı yatay ve dikey olacak şekilde kapalı olması gerekir (Daşlı, Engin. *6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Hükümlerine Göre Kira Sözleşmesinin Feshi*, 1. Baskı, Aristo Yayınevi, Erzincan, 2017, s. 63).

⁴ Ürün kirası, hasılat veren bir malın ya da hakkın kullanılmak, semerelerinden faydalanmak ve işletilmek amacıyla bir bedel karşılığı, kiraya veren tarafından kiracıya devri borcunu ihtiva eden sözleşmedir (Daşlı, s. 63; Ceran, Mithat. *Kira Sözleşmesi Tahliye*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2012, s. 121).

⁵ Eren, s. 309.

⁶ Taraflar arasında bir kira sözleşmesi bulunmuyorsa veya kira sözleşmesi geçersiz ise açılacak davada görevli mahkeme sulh hukuk mahkemesi değil, asliye hukuk mahkemesi olacaktır (Akkan, Mine. *Pekcanitez Usûl Medenî Usûl Hukuku*, C. I, 15. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2017, s. 139). Bu gerekçeyle açılacak olan davalarda öncelikle arabuluculuk yolunun tüketilmesine gerek yoktur.

⁷ Kira bedelinin tespiti dâhil, kira ilişkisinden doğan tüm tespit davaları sulh hukuk mahkemesinin görevi içerisinde yer almaktadır (Akkan, s. 138). Söz konusu uyuşmazlıklar için de öncelikle arabuluculuğa başvurulmalıdır.

itirazın kaldırılması müessesesi teknik anlamda bir dava olarak da kabul edilmemektedir⁸. Bununla birlikte bu süreçte icra mahkemesi her konuda yetkili olmadığından ve sınırlı itirazları inceleyebildiğinden, bazen itirazı bertaraf ederek tahliyeyi sağlayabilme noktasında sulh hukuk mahkemesinde dava açılması gerekebilir. Örneğin, tahliye taahhüdündeki imzaya itiraz edildiğinde icra mahkemesinin söz konusu itirazı inceleme yetkisi bulunmamaktadır. İtirazın bertaraf edilmesi sulh hukuk mahkemesinden isteneceğinden⁹ bu hâlde dava açmadan önce arabuluculuğa başvurulması gerekmektedir.

Kira ilişkileri bazen tüketici iş veya işlemiyle bazen de ticari davaya sebebiyet verebilecek nitelikte işlemlerle iç içe olabilir. Bu hâllerde arabuluculuk başvurusunun yapılacağı alanın tespit edilmesi sorun teşkil edebilir. Bu durum, arabuluculuğun tâbi olacağı süreden arabulucunun alacağı ücrete kadar bazı konular için bu durum özellik arz etmektedir. Örneğin tüketici, mevzuattaki açık düzenleme gereğince arabuluculuk ücretinden sorumlu olmamaktadır (TKHK m. 73/A f. 3).

Her türlü kira ilişkisinden kaynaklı uyuşmazlık, HUAK m. 18/B kapsamında kalmaktadır. Tüketici uyuşmazlıkları noktasında ise Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanun'un (TKHK) 3. maddesinde tüketici işlemi, “*mal veya hizmet piyasalarında kamu tüzel kişileri de dâhil olmak üzere ticari veya mesleki amaçlarla hareket eden veya onun adına ya da hesabına hareket eden gerçek veya tüzel kişiler ile tüketiciler arasında kurulan, eser, taşıma, simsarlık, sigorta, vekâlet, bankacılık ve benzeri sözleşmeler de dâhil olmak üzere her türlü sözleşme ve hukuki işlemi*” kapsar şekilde tanımlanmıştır. Bir kira ilişkisi aynı zamanda tüketici işlemi kapsamına girdiğinde Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanun çerçevesinde başvuru yapılması düşüncesi akla gelebilir. Bununla birlikte Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanun'un 73/A maddesinde **tüketici mahkemelerinde görülen uyuşmazlıklarda dava açılmadan önce arabulucuya başvurulmuş olması dava şartı** olarak öngörülmüştür. Tüketici uyuşmazlıkları açısından dava şartı arabuluculuğa başvurunun kapsamı, dava konusuna göre değil, tüketici mahkemelerinin görev alanı çerçevesinde belirlenmiştir¹⁰.

Kira sözleşmesinden kaynaklı her türlü uyuşmazlık ayırım gözetmeksizin Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun (HMK) 4. maddesinde sulh hukuk mahkemelerinin görevleri arasında sayılmıştır. HUAK m. 18/B de “*kiralanan taşınmazların 2004 sayılı Kanuna göre ilamsız icra yoluyla tahliyesine ilişkin hükümler hariç olmak üzere, kira ilişkisinden kaynaklanan uyuşmazlıklar*” için dava şartı arabuluculuğu düzenlemiştir. Kira ilişkisi açısından değerlendirildiğinde, HUAK m. 18/B kapsamında arabuluculuğa başvuru için tarafların sıfatı herhangi bir önem arz etmemektedir. Kanun'da uyuşmazlığın konusu, türü, niteliği bakımından bir ayırma yer verilmemiştir. O hâlde kira ilişkisi olduğunda arabuluculuğa başvuru da bu çerçevede değerlendirilmelidir.

⁸Bu konuda bkz. Arslan Ramazan/Yılmaz, Ejder/Taşpınar Ayvaz Sema/Hanağası, Emel. *İcra ve İflâs Hukuku*, 7. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2021, 192; Atalı, Murat/Ermenek, İbrahim/Erdoğan, Ersin. *İcra ve İflâs Hukuku*, 7. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2023, s. 164.

⁹ Atalı/Ermenek/Erdoğan, s. 412; Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası, s. 391.

¹⁰ Ermenek, İbrahim. “Dava Şartının Arabulucu Tarafından Kendiliğinden Dikkate Alınması Sorunu ve Bu Kapsamda Yapılan Hataların Düzeltilmesi”, *Yargıtay Dergisi*, C. 46, S. 4, 2020, s. 1044-1045.

Ticari uyuşmazlıklar noktasında ise Türk Ticaret Kanunu'nun madde 5/A hükmü ticari uyuşmazlıklarda dava şartı olarak arabuluculuğu düzenlemektedir. İlgili madde uyarınca; TTK'nın 4. maddesinde ve diğer kanunlarda belirtilen ticari davalardan, konusu bir miktar para olan alacak, tazminat, itirazın iptali, menfi tespit ve istirdat davalarında, dava açılmadan önce arabulucuya başvurulmuş olması dava şartıdır. Örneğin, iki tacir arasında bir işyeri kirası söz konusu olduğunda kira bedelinin ödenmemesine dayanan uyuşmazlık nispi ticari dava¹¹ olarak nitelendirilir. Konusunu bir miktar paranın oluşturduğu bu uyuşmazlığı dava yoluyla esastan çözecek olan mahkeme ise sulh hukuk mahkemesidir. Şöyle ki; TTK'nın 5. maddesi; *aksine hüküm bulunmadıkça*, dava olunan şeyin değerine veya tutarına bakılmaksızın asliye ticaret mahkemesini tüm ticari davalar ile ticari nitelikteki çekişmesiz yargı işlerine bakmakla görevli kabul etmektedir. HMK'nın 4. maddesinde ise *dava konusunun değer veya tutarına bakılmaksızın; kiralanan taşınmazların, 9/6/1932 tarihli ve 2004 sayılı İcra ve İflas Kanununa göre ilamsız icra yoluyla tahliyesine ilişkin hükümler ayrık olmak üzere, kira ilişkisinden doğan alacak davaları da dâhil olmak üzere tüm uyuşmazlıkları konu alan davalar ile bu davalara karşı açılan davaların sulh hukuk mahkemelerinde görüleceği ifade edilmektedir.* HMK'da kiraya ilişkin yer alan bu düzenleme, ticari nitelikteki değinilen dava bağlamında aksine hüküm bulunduğu anlamına gelir ve bu uyuşmazlık için görevli mahkeme sulh hukuk mahkemesidir¹². HMK, bu konuda herhangi bir istisna öngörmeksizin tüm kira ilişkilerinin sulh hukuk mahkemesinin görev alanına girdiğini düzenleme altına almıştır. Arabuluculuk başvurusunun da kanaatimizce ticari uyuşmazlık olarak değil, kira ilişkisinden kaynaklı olarak yapılması gerekir. Aradaki fark ise ticari uyuşmazlıklar için sürenin daha fazla olmasıdır. Bu uyuşmazlıklarda müzakere süreci, arabulucunun görevlendirildiği tarihten itibaren altı hafta olup, bu süre zorunlu hâllerde iki hafta uzatılabilmektedir. (TTK m. 5/A). Kiradan kaynaklı uyuşmazlıklar için ise arabuluculuk süreci, genel düzenleme çerçevesinde arabulucunun görevlendirildiği tarihten itibaren üç hafta içinde sonuçlandırılmakta ve bu süre zorunlu hâllerde arabulucu tarafından en fazla bir hafta uzatılabilmektedir (HUAK m. 18/A f. 9). Bunun yanında diğer bir farklılık tarafların anlaşamaması hâlinde devlet tarafından arabulucuya ödenecek ücretin¹³ ticari uyuşmazlıkta daha fazla¹⁴ olmasıdır.

Kira ilişkisinden kaynaklı bir uyuşmazlık için ticari uyuşmazlık veya tüketici uyuşmazlığı üzerinden sehven bir başvuru yapılmışsa ve arabuluculuk süreci anlaşamama ile neticelenerek son tutanağa işlenmişse, usûl ekonomisi ilkesi gereği bu tutanakla da dava açılabilmesi mümkün olmalıdır. Bu bağlamda uyuşmazlık önüne gelen sulh hukuk mahkemesi, örneğin, ticari nitelikteki başvuru neticesinde düzenlenen son tutanağı usûl ekonomisi ilkesi gereği dikkate almalı ve bu tutanağa rağmen dava şartı sağlanmadığı gerekçesiyle davayı usûlden reddetmemelidir. Adalet Bakanlığının görüşü¹⁵ de bu yönde bulunmaktadır. Burada arabuluculukta anlaşılammış olması

¹¹ Nispi ticari davalar, tarafların tacir olduğu ve her iki tarafın da ticari işletmesini ilgilendiren davalardır, bu davaların kira sözleşmesinden kaynaklansa dahi asliye ticaret mahkemesinde görülmesi gerektiği şeklindeki aksi yönde görüş için bkz. Tuğ, Mehmet Arif. "Kira Sözleşmelerinden Kaynaklanan Ticari Davalarda Görevli Mahkeme", *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 29, S. 3, 2021, s. 1902 vd.

¹² Yar. 3. HD E. 2017/6504 K. 2018/7356 T. 02.07.2018 (Tuğ, s. 1906).

¹³ 2023 yılı Arabuluculuk Asgari Ücret Tarifesi için bkz. Resmî Gazete, Sayı: 31973, T. 04.10.2022.

¹⁴ Tarafların anlaşamaması ihtimalinde arabulucuya devlet tarafından, Adalet Bakanlığı bütçesinden ödenecek olan ücret 2023 yılı eylül ayında iki taraflı bir kira uyuşmazlığı için 1.920 Türk lirasına tekabül etmektedir. Ticari uyuşmazlıkta ise 2023 yılı tarifesi uyarınca ödenecek ücret 3.120 Türk lirası olarak hesaplanabilir.

¹⁵ <https://adb.adalet.gov.tr/Resimler/SayfaDokuman/532021164348adbg%C3%B6r%C3%BC%C5%9F1.pdf>. Erişim Tarihi: (10.09.2023)

yeterli kabul edilmelidir. Arabuluculukta oluşturulan uzmanlık alanları açısından arabulucunun o alanda uzman vasfına sahip olmamasının da bir önemi yoktur. Mahkemenin uzmanlık alanı bakımından bir değerlendirme yapmak suretiyle tarafı ilgili alandan yeni bir başvuru zorunluluğuna tâbi tutması usûl ekonomisine aykırılık yanında hak arama özgürlüğü ve adalete erişimin de engellenmesi sonucunu doğurur¹⁶.

B. Bazı Özel Durumlar

Kira ilişkileri ile bağlantılı ya da dava şartı arabuluculuk uygulaması bakımından tereddüt oluşturabilecek bazı özel durumlara genel olarak değinmekte fayda vardır. Bunlardan ilki **kısmi kiralamalar** olarak karşımıza çıkmaktadır. Bir şeyin tamamı veya bir kısmı kiraya verilebilir. Örneğin, binaya ait bir duvarın ilân için kiralanması mümkündür¹⁷. Bunun yanında kısmi kiralamalar, haftada bir gün, ayda bir hafta veya yılda bir ay şeklinde zaman bakımından da ortaya çıkabilir¹⁸. Bu durumda devre kira söz konusu olur. Uygulamada sıklıkla karşılaşılan devre mülk hakkı da kira sözleşmesine konu kılınabilir¹⁹. Zikredilenlerin tamamı açısından ortaya çıkabilecek uyuşmazlıklar dava şartı arabuluculuğa tâbidir.

İkinci olarak uygulamada sorunlara sebebiyet verilebileceği ihtimaline binaen **lisans sözleşmelerine** değinmek gerekir. Lisans sözleşmeleri, geniş anlamda fikrî mülkiyet hakkı sahibinin ilgili gayri maddî mal üzerindeki haktan yararlanma veya ilgili hakkı kullanma yetkisini belirli bir bedel karşılığında üçüncü kişiye devrettiği sözleşmelerdir²⁰. İnhisarî lisans veya inhisarî olmayan lisans şeklinde yapılabilen bu sözleşmelerle gayri maddî mal üzerindeki hak devredilmemekte, üçüncü kişiye hak üzerinde kullanım yetkisi tanınmaktadır²¹. Lisans sözleşmeleriyle gayri maddî mal üzerindeki hakka dair üçüncü kişilere kullanım yetkisi tanınsa da bu sözleşmelerden doğan uyuşmazlıklar ürün kirasından kaynaklı bir iş gibi değerlendirilemez. Bu doğrultuda söz konusu uyuşmazlıklar, HUAK 18/B hükmü kapsamına dâhil edilemez. Ancak konusu bir miktar paranın ödenmesine dair ticarî davalar yönünden de arabuluculuğa başvuru zorunlu olduğundan (TTK m. 5/A f. 1), sınaî mülkiyet haklarına ilişkin lisans sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıklar da dava şartı arabuluculuğa tâbidir²².

Kira ilişkileri ile bağlantılı olarak değinilmesi gereken başka bir konu, **müdahalenin men'i ve ecrimisil** talepleridir. Kiralamaya elverişli bir eşyanın kötü niyetli zilyet tarafından alıkonulması ve haksız olarak kullanılması neticesinde hak sahibinin uğradığı zararların tazmini olarak ifade

¹⁶ Bahadır, Zeynep. "Uzman Arabuluculuk Uygulamasının Yaratacağı Usûlî Sorunlar", 7. Uluslararası Asos Congress Hukuk Sempozyumu, Asos Yayınevi, 2021, s. 394.

¹⁷ Kırmızı, Mustafa. *Konut ve Çatılı İşyeri Kiraları*, 1. Baskı, Bilge Yayınevi, Ankara, 2013, s. 21; Eren, s. 317.

¹⁸ Eren, s. 317.

¹⁹ Eren, s. 317.

²⁰ Aydınçık, Şirin. *Fikrî Haklara İlişkin Lisans Sözleşmeleri*, Arıkan Yayıncılık, İstanbul, 2006, s. 7-8; Arbek, Ömer. *Fikir ve Sanat Eserlerine İlişkin Lisans Sözleşmesi*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2008, s. 52; Sarı, Onur. *Patent Lisans Sözleşmeleri*, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2019, s. 25. Özel, Çağlar. *Marka Lisans Sözleşmesi*, 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2015, s. 43; Çolak, Uğur. *Türk Marka Hukuku*, 4. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2018, s. 725; Korkmaz, Cansu. *Sınaî Mülkiyet Haklarının Haczi ve Paraya Çevrilmesi*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2023, s. 82-83.

²¹ Tekinalp, Ünal. *Fikrî Mülkiyet Hukuku*, 5. Baskı, İstanbul, 2012, s. 467, 704; Suluk, Cahit/Karasu, Rauf/Nal, Temel. *Fikrî Mülkiyet Hukuku*, 6. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2022, s. 369.

²² Eminoglu, Cafer/Korkmaz, Cansu. "Marka Hakkına Tecavülden Doğan Uyuşmazlıkların Arabuluculuğa Elverişliliği", *Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 26, S. 1, 2022, s. 311.

edilen ecrimisil talepleri²³, HUAK m. 18/B kapsamında yer almamaktadır. Zira burada da esas itibariyle kiracı ve kiraya veren arasında bir uyuşmazlık bulunmamaktadır. Yargıtay, önceki içtihatlarında ecrimisil taleplerini, kiraya benzetse²⁴ de sonradan, fuzuli işgale dayanan bu tazminatın kiraya benzetilemeyeceğini ve nitelik itibariyle haksız fiil²⁵ olarak değerlendirilmesi gerektiği şeklinde görüş değiştirmiştir. Bu bağlamda Türk Medeni Kanunu (TMK) m. 683 çerçevesinde malik açısından müdahalenin men'inin istenmesi yanında ecrimisil talepleri de dava şartı arabuluculuğa tâbi değildir. Kiracının, zilyetliğe saldırıya dava hakkı (TMK m. 983) kapsamında, kira sözleşmesine istinaden taşınmazı teslim almış bulunması durumunda tecavüz eden üçüncü şahıslar aleyhine men'i müdahale davası açabilmesi²⁶ de mümkün olup bu talepler de dava şartı arabuluculuğun kapsamının dışında kalmaktadır. Her iki hâl bakımından da taraflar arasında bir kira ilişkisi yoktur ve bu nedenle arabuluculuk yolu tüketilmeden dava açılabilir.

Bu konuda **alt kira** ilişkisinin de ele alınması gerekir. Türk Borçlar Kanunu'nun (TBK) 322. maddesi, kiraya verenin zarara uğratabilecek bir değişikliğe sebebiyet vermemek koşuluyla, kiracının kiralananı kısmen veya tamamen bir başkasına kiralayabileceğini, bunun yanında kullanım hakkını da başkasına devredebileceğini düzenleme altına almıştır. Bu çerçevede, kiracının kiralananı, üçüncü kişiye kiraya vermesiyle alt kira ilişkisi kurulmuş olur²⁷. Bu ilişki, birden fazla şekilde zincirleme olarak dahi kurulabilir²⁸. Genel hükümlere tâbi yerlere yönelik kira sözleşmeleri açısından bu yerlerin alt kiraya verilmesi noktasında kiraya verenin rızasının aranması gerekmez²⁹. Burada önemli olan, kiracının, kiraya verenin zararına sebep olmamasıdır³⁰. Bununla birlikte konut ve çatılı işyeri kiralaları açısından kiraya verenin yazılı rızası aranmaktadır. Söz konusu rıza olmadıkça kiracı kiralananı başkasına kiralayamaz veya kullanım hakkını devredemez (TBK m. 322/1-2).

Alt kira ilişkisinin bulunduğu hâllerde kiralananın kullanılması açısından kiraya veren ile alt kiracı arasında doğrudan bir borç ilişkisi meydana gelir. Alt kiracının, kiralananı, kiracıya tanınandan farklı şekilde kullanması ihtimalinde kiracı da kiraya verene karşı sorumlu olmaktadır. Bu hâlde kiraya veren, kiracısına karşı sahip bulunduğu hakları, alt kiracıya ya da kullanım hakkını devralmış olan kişiye karşı da kullanabilir (TBK m. 322). Burada hem kiracı hem de alt kiracı,

²³ Özaltuğ, Alparslan. "Ecrimisilin Hukuki Niteliği", *Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 18, S. 2, 2021, s. 1408.

²⁴ "Haksız surette zabt ve işgal sebebiyle hukukî menfaatları haleldar olan gayrimenkul maliklerinin talep edebilecekleri tazminat davaları hakkında hususî dairece takarrür etmiş olan on senelik müruz zaman müddetinin tatbik edilmesinde de isabet mülahaza olunmamıştır. Çünkü sarîh veya zımnî akitten doğan alelumum kira davaları hakkında Borçlar Kanunu'nun 126'ncı maddesi mucibince beş senelik müruz zaman carî bulunmuş olduğundan akte müstenit olmayan ve fakat hukukî neticesi itibariyle aynı mahiyette bulunan bu misillü tazminat ve münasip ücret davalarında da beş senelik müruz zaman cereyan etmesi tabii ve zarurîdir." (Yar. İBK. E. 1937/29, K. 1938/10, T. 25.05.1938) (Lexpera İçtihat Bankası)

²⁵ "Taraflar arasında bir bağit bulunmadığı için belediyenin kira karşılığı isteyebileceği tasavvur olunamaz. Borçlar Kanunu'nda gasıbın kiracı sayılarak kira karşılığı ile mükellef tutulacağına dair bir hüküm mevcut olmadığı gibi adi ve hasılat icrarına dair maddelerden ve borçlara ait bütün kaidelerden böyle bir çıkarmak da mümkün değildir. Zira başkasının malını haksız olarak kullanmak bağit hükümlerine tabi bir hukukî muamele olmayıp Borçlar Kanunu'nun haksız fiillerden doğan borçlara müteallik hükümlerine tabi haksız fiildir." (Yar. İBK. E. 1945/22, K. 1950/4, T. 08.03.1950) (Lexpera İçtihat Bankası)

²⁶ Yar. 14. HD. E. 1993/10754 K. 1993/7096 T. 28.9.1993 (Lexpera İçtihat Bankası)

²⁷ Aydemir, Efrail. *Türk Borçlar Yasasına Göre Kira Hukuku*, 4. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2016, s. 53.

²⁸ Kırmızı, s. 201.

²⁹ Ceran, s. 42.

³⁰ Ceran, s. 42.

kiraya verene karşı müteselsilen sorumludur³¹. Bu çerçevede alt kiracı ile kiraya veren arasında doğabilecek uyuşmazlıklar açısından da öncelikle arabuluculuk yoluna başvurulması gerektiği kanaatindeyiz. Yukarıda belirtildiği üzere konut ve çatılı işyeri kiralalarında kiracının, kiraya verenin yazılı rızası olmaksızın alt kira sözleşmesi yahut kullanım hakkının devriyle kiralanamı bir üçüncü kişiye tamamen veya kısmen bırakabilmesi mümkün değildir. Buna aykırı davranılması hâlinde kiraya veren, üçüncü kişiye karşı mülkiyet hakkına dayanarak bir el atmanın önlenmesi davası açabilir³² ve TBK m. 316 hükmü çerçevesinde kendi kiracısıyla arasında olan kira sözleşmesini feshedebilir³³. Üçüncü kişiye yöneltilecek talepler bakımından arada bir kira ilişkisi söz konusu olmadığı için dava açmadan evvel arabuluculuk yoluna başvurulması zorunlu değildir.

Kiraya dair değinilmesi gereken özel durumlardan biri de **kira ilişkisinin devridir**. Kiraya verenin yazılı rızası olmadığı müddetçe kiracı, kira ilişkisini bir başka kişiye devredemez (TBK m. 323 f. 1). Bununla birlikte kanun koyucu işyeri kiralalarında haklı bir sebep bulunmaksızın kiraya verenin söz konusu rızayı vermektan kaçınamayacağını düzenleme altına almıştır (TBK m. 323 f. 2). Yazılı rıza neticesinde kira ilişkisi kendisine devredilen kişi, kira sözleşmesinde kiracının yerini almakta ve devreden kiracı, kiraya verene karşı borçlarından kurtulmaktadır (TBK m. 323 f. 2). İşyeri kiralaları söz konusu olduğunda, kira ilişkisini devreden kiracı, kira sözleşmesinin sona ermesine kadar ve en fazla iki yıllık bir süre boyunca devralanla beraber müteselsilen sorumlu kalır (TBK m. 323 f. 3). Devre ilişkin bu düzenleme hem taşınır hem de taşınmaz kiralalarında uygulama alanı bulur³⁴. Devir işleminde, devreden (kiracı), devralan (yeni kiracı) ve devre rıza gösteren (kiraya veren) olarak üçlü bir ilişki görülmektedir³⁵. Bu çerçevede örneğin, kira ilişkisini devralan kişi ile kiraya veren arasında kira bedelinin ödenmemesi şeklinde hâlihazırda meydana gelen uyuşmazlıklar açısından arabuluculuk yolunun tüketilmesi zorunlu olduğu gibi, devir işleminin kendisinden kaynaklı uyuşmazlıklar da kira ilişkisine dayandığından dava şartı arabuluculuk uygulamasına tâbi olmalıdır.

Son olarak **finansal kiralama** sözleşmesinden kaynaklanan uyuşmazlıkların, yeni düzenlemenin kapsamında olup olmadığına değinmek gerekir. Burada kira sözleşmesi ile finansal kiralama arasındaki farklar üzerinden hareketle bir sonuca ulaşılabilir. Finansal kiralama, adi kiradan farklı olarak finansman amacıyla yapılır. Finansal kiralama genellikle sözleşme süresinin sonunda mülkiyetin geçmesi öngörülür. Finansal kiralamanın konusunu, yalnızca üretim faaliyetlerinde kullanılacak mallar oluşturur. Kiraya verenin mülkiyeti devri, kural olarak mümkün değildir; mümkün olduğu hâllerde ise ancak kiralanam başka finansal kiralama şirketine devredilebilir³⁶. Yine finansal kiralamalarda kiraya verenin ayıba karşı tekeffül sorumluluğu yer almaz³⁷. Adi kiradan bu yönleriyle farklı olan finansal kiralama, klasik anlamda bir kira ilişkisine sebebiyet vermediğinden bu alanda ortaya çıkacak uyuşmazlıklar, kira ilişkisinden kaynaklı uyuşmazlıklar açısından dava şartı arabuluculuk uygulamasına tâbi değildir. Finansal

³¹ Eren, s. 365.

³² Gümüş, s. 222.

³³ İnceoğlu, M. Murat. *Kira Hukuku*, C. I, 1. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2014, s. 518; Gümüş, s. 222.

³⁴ İnceoğlu, s. 530.

³⁵ Aydemir, s. 61.

³⁶ İnceoğlu, s. 28.

³⁷ İnceoğlu, s. 28.

kiralama sözleşmesinden kaynaklı uyuşmazlıklar koşulları taşıyorsa ticari uyuşmazlıklar açısından dava şartı arabuluculuk uygulamasına tâbi olabilir.

II. Kira İlişkisinden Kaynaklı Bazı Uyuşmazlıklar

Arabuluculuk müessesesi, tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edilebildikleri özel hukuk uyuşmazlıklarında geçerli olup geniş bir alanı kapsamaktadır, taraflar mahkemeye başvurmaya gerek kalmaksızın kendi iradeleriyle gerçekleştirebilecekleri her türlü sonucu arabuluculukta da elde edebilirler³⁸. Söz konusu alana tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebileceği kira ilişkilerinden kaynaklı uyuşmazlıklar da dâhildir. Son düzenlemelerle birlikte bu alandaki uyuşmazlıklar için öncelikle arabuluculuk yoluna başvurulması bir dava şartı hâline getirilmiştir.

Kira sözleşmesinde tarafların karşılıklı birçok borcu bulunmaktadır. TBK çerçevesinde kiraya verenin, kiralananı kiracıya teslim, kiracının güvenliğini sağlama, vergi ve benzeri yükümlülükler katlanma gibi borçları, ayıptan ve zapttan sorumlu olma gibi sorumlulukları bulunmaktadır. Bunun karşılığında da kiracının kira bedelini ödeme, temizlik ve bakım giderlerine katlanma, kiralananı özenle kullanma ve komşulara saygı gösterme, ayıpları kiraya verene bildirme, ayıpların giderilmesine ve kiralananın gösterilmesine katlanma gibi borçları bulunmaktadır.

Kira ilişkilerinde tarafların söz konusu borçlarından kaynaklı birçok uyuşmazlık gündeme gelebilmektedir. Konut ve çatılı işyeri kiralari açısından örneğin; kiraya verenin ve yakınlarının kiralananı duyduğu gereksinim (TBK m. 350); mülkiyeti sonradan kazanan malikin duyduğu gereksinim (TBK m. 351); kiraya verenin kira sözleşmesini, kiralananı yeniden inşası veya imarı amacıyla sona erdirmesi (TBK m. 350 f. 1-2); kiracının tahliye (boşaltma) taahhütü (TBK m. 352 f. 1); kiraya verenin, kiracının aynı kira süresi içinde kira bedelini ödememesi nedeniyle yazılı olarak iki haklı ihtarda bulunmasına dayanan tahliye talebi (TBK m. 352 f. 2); kiracının veya birlikte yaşadığı eşinin aynı ilçe veya belde sınırları içinde oturmaya elverişli bir konutunun bulunması (TBK m. 352 f. 3) ve kiracının kiralananı başkasına kiralaması (TBK m. 322) nedenine dayanan uyuşmazlıklar ile karşılaşılabılır. Yine uygulamada kira bedelinin ödenmemesi yanında kira bedelinin tespitine (TBK m. 344-345) ve kira bedelinin uyarlanmasına (TBK m. 138) yönelik davalar da sıklıkla gündeme gelmektedir. Bunların tamamı açısından dava açılmadan önce arabuluculuk yoluna başvurulması zorunludur.

Uygulamada oluşabilecek tereddütlere dikkat çekmek adına konut ve çatılı işyeri kiralariyle bağlantılı bir konuya da açıklık getirilmesinde fayda vardır. Öncelikle Türk Borçlar Kanunu'nun 339. maddesi³⁹ uyarınca, konut ve çatılı işyeri kiralariına ilişkin hükümler, kullanımı kiracıya bırakılan eşya hakkında da uygulanmaktadır. Bir taşınmazın eşyaları ile kirallanması durumundan kaynaklı uyuşmazlıklar da bu bağlamda dava şartı arabuluculuğa tâbi olur. Bununla

³⁸ Atalı, Murat/Ermenek İbrahim/Erdoğan Ersin. *Medenî Usûl Hukuku*, 6. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2023, s. 786; Tanrıver, Süha. *Medenî Usûl Hukuku*, C. I, Yetkin Yayınları, Ankara, 2020, s. 185; Erdoğan, Ersin/Erzurumlu Nurbanu. "Hukuk Uyuşmazlıklarında Türkiye'nin Arabuluculuk Tecrübesi ve Zorunlu Arabuluculuk Taslağı", Rapor, Seta Yayınları, 2016, s. 22 (Rapor); Eminoglu, Cafer/Erdoğan, Ersin. *Ticari Uyuşmazlıklarda İhtiyari ve Dava Şartı (Zorunlu) Arabuluculuk*, 1. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2020, s. 48.

³⁹"Konut ve çatılı işyeri kiralariına ilişkin hükümler, bunlarla birlikte kullanımı kiracıya bırakılan eşya hakkında da uygulanır. Ancak bu hükümler, niteliği geçici kullanıma özgülennmiş taşınmazların altı ay ve daha kısa süreyle kiralannalarında uygulanmaz. Kamu kurum ve kuruluşlarının, hangi usul ve esaslar içinde olursa olsun yaptıkları bütün kira sözleşmelerine de bu hükümler uygulanır" (TBK m. 339).

birlikte söz konusu hükümler, geçici kullanıma özgülenen taşınmazların altı ay ve daha kısa süreli kiralanmalarında uygulanmaz. Burada uygulanmayacak olan ise konut ve çatılı işyeri kiralalarına yönelik hükümlerdir. Yoksa geçici kiralamalardan kaynaklı bir uyuşmazlık hakkında kiraya ilişkin genel hükümler uygulama alanı bulur ve bu uyuşmazlıklar açısından da öncelikle arabuluculuk yolunun tüketilmesi zorunludur.

Ürün kirası bakımından; kiraya verenin, kiralanana sözleşmenin amacına uygun bir biçimde kullanmaya ve yararlanmaya elverişli bir durumda bulundurma borcu (TBK m. 360); kiraya verenin esaslı onarımları yapma borcu (TBK m. 361); kiraya verenin zapttan sorumluluğu (TBK m. 309); kiracının ise kira bedelini ve yan giderleri ödeme borcu (TBK m. 362); kiralanana özgülediği amaca uygun bir şekilde işletme borcu (TBK m. 364); kiralanana gereği gibi bakım borcu (TBK m. 365); kiralanandaki ayıbı ve üçüncü kişilerin hak iddialarını kiraya verene bildirme borcu; alt kira ve kullanım hakkını devir yasağına uyma gibi borç ve sorumlulukları bulunmaktadır. Ürün kirasından kaynaklı uyuşmazlık konusu talepler ve tazminat istemleri de HUAK m. 18/B kapsamına dâhildir. Bu bağlamda örneğin; kiralananın geri verilmesi (TBK m. 372 f. 1); iyi işletilme durumunda kaçınılabilecek olan değer eksiklikleri için tazminat talepleri (TBK m. 372 f. 2); tutanağa geçirilmiş eşyanın geri verilmesi veya değer eksikliklerinin giderilmesi (TBK m. 373); kiracının, kendisinin yaptığı masraflardan veya emeğinden doğan değer artışı için tazminat talepleri (TBK m. 373 f. 3); kiracının, ürünün yetişmesi için yapmış olduğu tarım giderlerine ilişkin tazminat talepleri (TBK m. 374); saman, gübre ve benzerlerine yönelik tarafların karşılıklı tazminat talepleri (TBK m. 375) açısından da arabuluculuk yolunun davadan önce tüketilmesi gerekmektedir. Yine rödövens sözleşmesine⁴⁰ ilişkin uyuşmazlıklar da ürün kirasından kaynaklı⁴¹ olarak dava şartı arabuluculuk uygulamasına tâbidir. Bu nedenle rödövens sözleşmelerinden kaynaklı alacak ve tazminat davaları başta olmak üzere rödövens sözleşmesine bağlı ihtilaflar açısından dava açmadan önce arabuluculuğa başvurulması zorunludur.

Hayvan kirası açısından kiracı, kiralanan hayvanları beslemek, onlara iyi bakmak ve kiraya verene para veya hayvanlardan elde ettiği ürünün belli bir payını ödemekle yükümlüdür (TBK m. 376). Burada da kiralanan hayvanların uğradığı zararlara yönelik tazminat talepleri (TBK m. 377 f. 1); kiracının, kendi kusuruyla sebebiyet vermediği olağanüstü koruma giderlerine yönelik tazminat talepleri açısından öncelikle arabuluculuk yolu tüketilmelidir.

Nihayetinde kira ilişkisinden kaynaklı maddi ve manevi tazminat taleplerinin dava şartı arabuluculuk kapsamına girdiği ifade edilebilir.

Uygulamada sıklıkla uyuşmazlıklara sebebiyet veren, kiraya veren ile kiracı arasındaki sözleşmeden doğan ve kiracının yerine getirmediği aidat ödeme borcu, TBK m. 341 anlamında kullanma giderleri⁴² içerisinde değerlendirilmektedir. Bu nedenle aidat ödenmesine yönelik talepler de kira ilişkisine dayandığı için dava şartı arabuluculuk uygulamasına tâbidir. Kiracının

⁴⁰ Rödüvens sözleşmesi kavramı, “*ruhsat sahalarındaki madenlerin işletilerek değerlendirilmesi amacıyla üçüncü kişilere veya kuruluşlara tasarruf hakkı sağlamak üzere ruhsat sahasının tamamı ya da bir kısmı için ruhsat sahiplerinin, bu kişilerle yapmış oldukları sözleşmeleri*” ifade etmektedir. (Maden Yön. m. 4).

⁴¹ Bu konudaki uyuşmazlık örnekleri için bkz. Tombaloğlu, M. Lütfi. *Kira Sözleşmesinden Kaynaklanan Uyuşmazlıklar*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2015, s. 277 vd.

⁴² “*Kiracı, konut ve çatılı işyeri kiralığında, sözleşmede aksi öngörülmemişse veya aksine yerel âdet yoksa, ısıtma, aydınlatma ve su gibi kullanma giderlerine katlanmakla yükümlüdür*” (TBK m. 341).

güvence vermesinden kaynaklı (TBK m. 342) uyuşmazlıklar için de öncelikle arabuluculuğa başvurulması gerekmektedir.

Kira ilişkisi içerisinde örneğin müteselsil kefil de yer almışsa ve kefilin sorumluluğu bağlamında dava yoluna başvurulmak isteniyorsa, kanaatimizce öncelikle arabuluculuk yolu tüketilmelidir. Zira kefilin sorumluluğunun kapsamı esas itibariyle kefil olunan borcun aslı çerçevesinde belirlenir ve söz konusu borcun ifa edilmemesi durumunda sorumluluk gündeme gelir⁴³. Keza Yargıtay'ın kararları da kefaletin fer'iliği ilkesi çerçevesinde asıl borçlu için görevli olan mahkemenin kefil için de görevli olduğu yönündedir⁴⁴. Örneğin, kira bedelinin ödenmemesi durumunda bu borca müteselsil kefil olunmuşsa söz konusu uyuşmazlıklar da sulh hukuk mahkemesinde⁴⁵ görülmektedir. Dolayısıyla anılan kararlar da kefilin sorumluluğu ve dava şartı arabuluculuk yönünden vardığımız sonucu destekler mahiyettedir.

III. Arabuluculuk Süreci

A. Taraflar

Dava açmadan önce arabuluculuk sürecine başvurması gereken taraf, kiracı veya kiraya veren olabilmektedir. Son dönemde özellikle konut kiralalarında getirilen %25'lik artış yasağı dolayısıyla kiracıların, düzenleme gereği, daha fazla artış yapmak istememesi, bunun karşısında ise kiraya verenlerin bu düzenlemeyi aşma ve tahliyeyi diğer gerekçelere dayanarak sağlama çabası, dava yoluna başvuranların daha ziyade kiraya verenler olması sonucunu doğurmuştur. Bununla birlikte kiracılar da birçok uyuşmazlığı mahkemeye taşıyabilmektedir. Başvurucu tarafın kim olduğunun bir önemi bulunmaksızın, süreçten asilin bilgilendirilmesi zorunluluğu kapsamında (HUAK m. 18/A f. 7) arabulucu, tarafları usûlüne uygun şekilde davet ederek süreci yürütmelidir.

Çalışmada bu başlık altındaki değerlendirmeler, açılacak olan davanın tarafının kim olması gerektiği göz önüne alınarak yapılmaktadır. Bu çerçevede arabuluculuk sürecinde gösterilmesini tavsiye edebileceğimiz bazı taraflar açısından konunun ele alınmasında fayda vardır.

Kira ilişkisi açısından bakıldığında, kiraya veren veya kiracı gerçek kişi olabileceği gibi tüzel kişiler de olabilmektedir. Kira sözleşmesinin taraflarından biri veya her ikisi, birden fazla

⁴³ Yener, Mehmet Deniz. "Kefilin Sorumluluğunun Kapsamı ve 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu ile Yapılan Değişiklikler", *Finansal Araştırmalar ve Çalışmalar Dergisi*, C. 3, S. 7, 2012, s. 106.

⁴⁴ Aksi yönde görüş için bkz. Ayan, Serkan. "Kiracının Kira Sözleşmesinden Doğan Borçlarının Kefaletle Teminat Altına Alınması", *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Prof. Dr. Şeref Ertaş'a Armağan, C. 19, Özel S. 2017, s. 340, dn. 93.

⁴⁵ "Dava, kira sözleşmesini müteselsil kefil olarak imzalayan davacının menfi tespit istemine ilişkindir. Mahkemece, davanın kısmen kabulüne karar verilmiş, hüküm davalı vekili tarafından temyiz edilmiştir. 6100 sayılı HMK'nın 4/1-a maddesinde, Sulh Hukuk Mahkemeleri, dava konusunun değer veya tutarına bakılmaksızın; kiralanan taşınmazların, 9/6/1932 tarihli ve 2004 sayılı İcra ve İflas Kanun'una göre ilamsız icra yoluyla tahliyesine ilişkin hükümler ayrık olmak üzere, kira ilişkisinden doğan alacak davaları da dâhil olmak üzere tüm uyuşmazlıkları konu alan davalar ile bu davalara karşı açılan davaları görürler, hükmüne yer vermiştir. Somut olayımızda; dava, kira sözleşmesinden kaynaklanmakta olup dava 03.12.2014 tarihinde açılmıştır. Dava tarihinde yürürlükte olan HMK. 4/1-a maddesi gereğince dava değerine bakılmaksızın davaya bakma görevi Sulh Hukuk Mahkemesine aittir. Bu nedenle mahkemece görevsizlik kararı verilmesi gerekirken yazılı şekilde işin esası hakkında karar verilmesi doğru değildir." (Yar. 6. HD, E. 2015/12387, K. 2016/2977, T. 12.04.2016) (Ayan, s. 341-342).

kişiden oluşabilir. Örneğin kiraya veren tarafta, paylı mülkiyet⁴⁶ veya adi ortaklık⁴⁷ yahut miras ortaklığı şeklinde elbirliği mülkiyeti⁴⁸ ilişkisi içerisinde bulunan birden çok kişi yer alabilir⁴⁹.

Arabuluculuk başvurusu yapılırken hâlihazırda kira sözleşmesinin tarafını oluşturmak koşuluyla bu gibi özel durumlara dikkat edilmelidir. Örneğin, mirasçıların birlikte kiraya veren sıfatını taşıdığı bir kira sözleşmesinde, kiracının kira bedelini yalnızca tek bir mirasçıya ödeyerek borcundan kurtulması mümkün olmaz⁵⁰. Aynı şekilde bir mirasçının da kira sözleşmesinden kaynaklı alacağını tek başına talep edebilmesi ve bu alacak üzerinde tasarruf edebilmesi de mümkün değildir⁵¹. Bu hâlde bir taşınmazı tüm mirasçılar birlikte kiraya vermişlerse, bu kişilerin, arabuluculuk sürecinde de hep birlikte yer alması gerekir. Buna karşılık örneğin beş kardeşin elbirliği ile malik olduğu bir taşınmaz mal hakkında maddi hukukun gereklerine riayet edilmeksizin ve rıza olmaksızın kardeşlerden sadece birisi kira sözleşmesi akdetmişse, sözleşmenin tarafı olmayan kişilerin maddi hukuk hükümleri çerçevesinde kendi hakları için açacakları davalar, dava şartı arabuluculuğa tâbi değildir. Zira bu kişilerin taleplerinin dayanağı, mülkiyet hakkıdır. Bununla birlikte kardeşlerden birisinin sadece kendi adına kiraya veren olduğu sözleşmeden kaynaklı uyuşmazlığa yönelik yapılacak arabuluculuk başvurusunda ise taraflar, kiraya veren kardeş ve kiracıdır.

Kira sözleşmelerinde kiracı tarafı da birden fazla kişi oluşturabilir. Bunun gibi birden fazla kişinin kiracı olduğu bir taşınmaz kira sözleşmesinde çeşitli uyuşmazlıklar ve taleplerle

⁴⁶ Paylı mülkiyette paylı şeyi paydaşların kiraya verebilmeleri için pay ve sayı itibarıyla çoğunluğu sağlamış olmaları gerekir (TMK m. 691/I). Paylı mülkiyetle ilgili sözleşmenin kurulmasında, pay ve paydaş çoğunluğunun bulunması, sözleşmenin bir geçerlilik koşulu olarak öngörülmüştür (Yar. HGK T. 28.06.1989 1989/6-348, 1989/444) (Aydemir, s. 43). Bununla birlikte, pay ve paydaş çoğunluğu olmaksızın kiraya verme işleminde, kiracının paylı mülkiyet durumunu araştırma yükümlülüğü yoktur. Kiraya verenin bu konuda yetki sahibi olduğu kabul edilir ve söz konusu sözleşme feshedilmediği sürece geçerli olur (Aydemir, s. 44).

⁴⁷ Adi ortaklıkla yapılan işlemlere ilişkin uyuşmazlıklarda adi ortaklığın ortaklarının taraf olarak yer alması gerekir. Adi ortaklığın bulunduğu hallerde dava sürecinde mecburi dava arkadaşlığı gündeme gelir. Uyuşmazlığın dava şartı arabuluculuk kapsamına girmesi durumunda, görüşmelere de bütün ortakların katılması gerekir. Sadece bazı ortakların taraf olarak arabuluculuk sürecinde yer alması ihtimalinde, anlaşma sağlanamaması üzerine dava açılırsa, söz konusu dava, bütün dava arkadaşları yönünden dava şartı yokluğundan usûlden reddedilir. Zira burada söz konusu olan esas itibarıyla mecburi dava arkadaşlığıdır ve bu hâlde yargılamanın tek bir kararla sona erdirilmesi gereklilik arz eder (Eminoğlu/Erdoğan, s. 180). Söz konusu açıklamalar dava sürecinde mecburi dava arkadaşlığına sebebiyet verebilecek diğer konularda da geçerlidir.

⁴⁸ Elbirliği mülkiyetinde bulunan bir şeyin kiraya verilebilmesi, ortakların oy birliğiyle karar vermeleri hâlinde mümkündür (TMK m. 702/II). Kural olarak aksine bir hüküm yoksa, ortaklarının hepsinin onayı bulunmuyorsa, bazılarının yaptığı kira sözleşmesi onay vermeyenleri bağlamaz. Sözleşmeyi yapan malik sadece kendi adına hareket etmişse sadece onun için hüküm ifade eder. Diğerleri kiracının kullanımına engel olursa, sözleşmeyi yapan malik sorumlu olur. Bununla birlikte kira bedelini, sözleşmeyi tek başına yapan malik alabilir (Kırmızı, s. 29). Maliklerden birinin kira sözleşmesini kendi adına yaptığı ihtimalde, kira sözleşmesi geçerlidir. Bununla birlikte diğer malikler kiralananın kullanımını engelliyorsa, kiraya veren kiracıya karşı tazminatla sorumlu olur. Söz konusu sorumluluk, kiralanan teslim edilmişse zapta karşı tekeffüle, teslim edilemiyorsa borçlunun sorumlu olduğu subjektif ifa imkansızlığına dayanır (İnceoğlu, s. 56). Tek başına kiraya veren malik, yetkisiz olarak diğerleri adına da hareket etmişse, onların icazeti bulunmadığı müddetçe sözleşme hükümsüz olur (Kırmızı, s. 29). Oybirliği ile karar alınmaksızın ve temsil yetkisi bulunmadığı hâlde, icazetin verilmemesi sözleşmeyi geçersiz hâle getirir, bu durumda icazet vermeyen diğer maliklerin kiracıdan ecrimisil ve kiraya veren malikten de gerçek olmayan vekaletsiz iş görme hükümleri çerçevesinde elde edilen menfaatin kendilerine düşen kısmının devrini istemeleri mümkündür (İnceoğlu, s. 55). Bu ihtimalde, diğer maliklerce yöneltilecek talepler kanaatimizce dava şartı arabuluculuk uygulamasının kapsamı dışında yer alır ve doğrudan, arabuluculuk süreci yürütülmeksizin, davaya konu kılınabilir.

⁴⁹ Eren, s. 310.

⁵⁰ Bayram, Aziz Erman. “Birlikte Kira”, *Ankara Barosu Dergisi*, C. 79, S. I, 2019, s. 115.

⁵¹ Bayram, s. 115.

karşılaşılabilir. Bu hâlde arabuluculuk başvurusu yapılırken, uyuşmazlık konusu ve muhtemel dava sürecindeki talep de göz önüne alınarak tarafların belirlenmesi gerekir. Örneğin, birden fazla kiracı ile akdedilen sözleşme dolayısıyla birden fazla kiracının oturduğu konutta tahliye talep edilmesi hâlinde, kiraya veren yapacağı arabuluculuk başvurusunda kiracıların tamamını taraf göstermelidir. Zira tahliye borcu niteliği itibariyle bölünebilir bir borç değildir. Bununla birlikte aynı kira sözleşmesinde birden fazla kiracı müteselsil borçluluk esasına göre borç altına girmişse, kira bedelinin ödenmemesinden kaynaklı bir uyuşmazlıkta kiraya veren arabuluculuk sürecinde kiracılardan biri ya da birkaçını veya tamamını taraf olarak gösterebilir. . Süreç sonunda olası bir anlaşma üzerine gerçekleşen ödeme sonrası kiracılar kendi içinde rücu hakkını kullanabilir.

Taraflar konusunda belirtmek gerekir ki; kiraya verenin malik olması şart değildir. Bunun sebebi kira sözleşmesinin bir borçlandırıcı işlem olmasıdır. Malik olmayan bir kimse de bir taşınır veya taşınmaz malı malikin rızası olmadan kiraya verebilir⁵². Bu hâlde kurulan kira sözleşmesi dâhi geçerlidir. Fakat bu durumda malik icazet göstermezse kiraya veren teslim borcunu yerine getiremeyeceğinden kiracının uğradığı zararı tazmin etmek zorunda kalır⁵³. Bu uyuşmazlığa dair arabuluculuk faaliyeti, kira sözleşmesinin tarafları arasında gerçekleştirilmelidir. Malikin mülkiyet hakkına istinaden yöneltebileceği talepler⁵⁴, kira sözleşmesinden kaynaklanmadığından dava şartı arabuluculuğa tâbi değildir. Kiraya veren, malik olmayan bir kişi ise kanaatimizce söz konusu kira sözleşmesinden kaynaklı uyuşmazlıklar bakımından malikin sürece dâhil olması gerekmemektedir.

Sürece taraf olma konusunda kefilin durumu da özellik arz etmektedir. Kira sözleşmelerinde kiraya veren, kira sözleşmesinden kaynaklı her türlü alacağı güvence altına almak için bir üçüncü kişiyle kefalet sözleşmesi yapabilir⁵⁵. Burada kira ilişkisi açısından kefalet, kira sözleşmesinin bir koşulu olarak ya da ayrı bir sözleşmeyle düzenlenmiş olabilir⁵⁶. Söz konusu ilişkide, her durumda, kefilin yükümlülükleri ve kefaletin türü, sorumlu olunacak miktar ve sürenin gösterilmesi gerekir⁵⁷. Kefilin güvence vermek suretiyle sorumluluk altına girdiği borç ile borçlunun asıl borcu aynıdır⁵⁸. Bu çerçevede kefalet sözleşmesi akdedilirken belirlilik arz etmesi gereken de esas itibariyle kefil olunan borcun hukuki sebebi diğer bir deyişle asıl borç ilişkisidir⁵⁹. Kefalet sözleşmesi, alacaklıya kişisel güvence sağlayan bir teminat sözleşmesi olarak karşımıza çıkmaktadır⁶⁰. Kefil, burada, asıl borçlunun borcunu ifa edememe riskini kişisel olarak üzerine almakta ve oluşan zarardan şahsen sorumlu olmayı üstlenmektedir⁶¹. Kanaatimizce söz konusu sorumluluk çerçevesinde kira ilişkisi uyarınca verilen güvence dolayısıyla kefile yöneltilen talepler bakımından öncelikle arabuluculuk yolu tüketilmelidir. Burada örneğin; kira bedelinin eksiksiz olarak ödenmesi hususunda bir yıllığına müteselsil kefil olunması ve kiracının bedeli

⁵² Eren, s. 317-318; Aydemir, s. 19; Kırmızı, s. 25-26; İnceoğlu, s. 51.

⁵³ Eren, s. 317-318; Kırmızı, s. 26; İnceoğlu, s. 52.

⁵⁴ Kiraya verenin yetkisi bulunmaksızın kira sözleşmesi akdetmesi hâlinde, malik kiracıdan ecrimisil talep edebileceği gibi kiraya verenden de gerçek olmayan vekâletsiz iş görme hükümleri uyarınca menfaat devrini isteyebilir (İnceoğlu, s. 52).

⁵⁵ Ural Çınar, s. 443.

⁵⁶ Ural Çınar, s. 432; Aydemir, s. 252.

⁵⁷ Aydemir, s. 252.

⁵⁸ Yener, s. 106.

⁵⁹ Yener, s. 107.

⁶⁰ Yener, s. 106.

⁶¹ Yener, s. 106.

ödememesi ihtimalinde, kefile yöneltilecek talepler bakımından da öncelikle arabuluculuk yoluna başvurulması zorunludur.

Konut ve çatılı işyeri kiralarında kira sözleşmesini akdeden kişi vefat etmiş olabilir. Bu halde vefat eden kiracının ortakları veya bu ortakların aynı mesleği ve sanatı yürüten mirasçıları ve vefat eden kiracıyla aynı konutta oturan kişiler, sözleşmeye ve ilgili kanun hükümlerine riayet ettikleri sürece, taraf olmak suretiyle kira sözleşmesini devam ettirebilirler (TBK m. 356). Vefat eden kişinin daha önceden akdetmiş olduğu kira sözleşmesi çerçevesinde bir uyuşmazlık ortaya çıkar ve arabuluculuk sürecine başvurmak gerekirse maddede anılan kişilerin, koşullara riayet ettikleri hâlde, süreçte taraf olarak yer alması gerekir. Kiraya verenin ölünü durumunda ise onun mirasçıları sözleşmeyi devam ettirmek durumundadır.

Uygulama açısından üzerinde durulması gereken diğer bir mesele ise kiralamada yetkilendirme yapılmasıdır. Emlak komisyon sözleşmeleri vasıtasıyla kira ilişkisinin kurulması noktasında taraflarca bir yetkilendirme yapıldığı ihtimalde, taşınmaz simsarlık (tellallık) faaliyetinde bulunan kişi kira sözleşmesine taraf olmaz.

Simsar, esas itibariyle yapılan simsarlık sözleşmesi uyarınca yetkilendirilen ve kira ilişkisinin kurulması hususunda aracılık hizmeti veren bir kişidir⁶². Simsarlarla taraflar arasındaki uyuşmazlıklar, kira ilişkisine dayanmadığı için HUAK madde 18/B kapsamına dâhil değildir. Koşulları taşıyorsa diğer alanlarda bu uyuşmazlık için arabuluculuğa başvuru, dava şartı teşkil edebilir. Ayrıca bu kişiler, kira sözleşmesinin tarafları arasında doğan uyuşmazlıklar bakımından da sürece dâhil olamazlar. Zira arabuluculuk süreci içerisinde ancak taraflar, kanuni temsilcileri ve özel yetkiyi haiz taraf vekilleri yer alabilir⁶³. Bu doğrultuda kira sözleşmesi, kiraya veren tarafından adi vekâlet ilişkisi çerçevesinde verilen bir vekâletnameye istinaden akdedilmiş olsa dâhi vekil arabuluculuk görüşmelerine katılamaz.

B. Tarafların Sürece Daveti

Dava şartı arabuluculuk uygulamasında görevlendirmeler arabuluculuk büroları tarafından gerçekleştirilir. Bu esnada tarafların iletişim bilgileri bürolar tarafından arabuluculara verilir. Arabulucular da esas itibariyle bu iletişim bilgilerini esas almak, ihtiyaç hâlinde de re'sen araştırma yapmak suretiyle taraflara ulaşır, elinde bulunan bilgiler çerçevesinde her türlü iletişim vasıtasından da yararlanarak, büro tarafından görevlendirildiği hususunda tarafları bilgilendirir ve onları ilk toplantıya davet eder. Avukatı bulunsa dahi asıl taraf da bilgilendirilir. Davete ve bilgilendirmeye yönelik işlemler arabulucu tarafından belgeye bağlanır (HUAK m. 18/A f. 7). Asilin ayrıca bilgilendirilmesi zorunluluğu nispeten yeni getirilmiş bir düzenlemedir. Kanaatimizce uygulamada bazı vekillerin arabuluculuk sürecine inanç duymamaları ve müzakere süreçlerine ilişkin asilleri bilgilendirmeden uyuşmazlığı mahkeme huzuruna taşıma çabalarının olası anlaşmaları engellediği gözlemlendiğinden bu şekilde bir düzenleme öngörülmüştür. Süreçten asilin haberdar edilerek sürece tek başına veya vekiliyle birlikte katılımının sağlanması, menfaat temelli arabuluculuk sürecine olumlu hizmet eder. Bu şekilde, bazı vekillerin bu süreçten

⁶² Yıldız, Şükrü. "Taşınmaz Simsarlığı Sözleşmesinin Şekli ve Şekle Uyulmamasının Hukuki Sonuçları", *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, S. 3, 2016, s. 3054.

⁶³ Kamu kurumları ve kamu kurumu niteliğindeki kuruluşlar ise kendi bünyelerinde oluşturdukları komisyonlarca temsil edilir (HUAK m. 15 f. 8).

beklentileri ile asilin beklentileri arasındaki farklılık dolayısıyla anlaşma ihtimalinin ortadan kalkmasına yönelik riskler de en aza indirgenmiş olur.

Taraflardan birisinin geçerli bir mazereti bulunmaksızın ilk toplantıya katılım sağlamaması nedeniyle arabuluculuk faaliyetinin sona ermesi hâlinde katılmayan taraf son tutanakta gösterilir. Sürece mazeretsin katılmamanın yaptırımını, katılmayan tarafın davada kısmen veya tamamen haklı bulunsa dahi yargılama giderlerinin tamamından sorumlu tutulması ve bu tarafın lehine vekâlet ücretine de hükmedilmemesidir. Her iki tarafın ilk toplantıya katılmaması nedeniyle arabuluculuk faaliyeti sona ererse, açılacak davalarda tarafların yaptıkları yargılama giderleri, tarafların üzerinde bırakılmaktadır (HUAk m. 18/A f. 11).

C. Müzakere Süreci

Ticari, tüketici ve iş uyuşmazlıklarına ilişkin dava şartı arabuluculuk uygulamalarında⁶⁴ olduğu gibi kira uyuşmazlıklarında da sadece arabulucuya başvuru zorunluluğu bulunmaktadır⁶⁵. Bunun dışında süreçteki tasarruf yetkisi taraflardadır. Arabuluculuk, tarafların kararlarını vermede kendi sorumluluklarını öne çıkaran ve kontrolü taraflara bırakan bir müessesedir⁶⁶. Taraf iradelerini gözetken bu müessesede taraflar sürece devam etmek istemezse diledikleri zaman süreci sonlandırabilir⁶⁷. Nihayetinde arabulucu, yalnızca taraflar arasındaki iletişim kanallarını açmak ve onların birbirini anlamasını sağlamak için bu süreçte yer almaktadır⁶⁸. Bu bağlamda süreç ve sonuç, tarafların kontrolindedir⁶⁹. Arabulucu burada hâkim gibi bir karar vermez, sadece tarafların kendilerinin çözüme ulaşmaları noktasında onlara yardım eder⁷⁰. Arabuluculuk sürecinde bir çözüm, ancak tarafların bunu istemesi durumunda mümkündür⁷¹.

Arabuluculuk, taraflara uyuşmazlık konularını açıklığa kavuşturma, farklı bakış açılarından uyuşmazlığı ele alma, menfaatlerinin farkına varma, olası çözümleri tartışma ve değerlendirme imkânı sağlamaktadır⁷². Arabuluculuk sürecinin yürütülmesi noktasında arabulucu, tarafların menfaatlerinin farkında olarak iletişimi en doğru şekilde sağlamaya dikkat etmeli, kira ilişkisi çerçevesinde müzakere edilecek konuları tutanaklara ayrıntılarıyla işlemeli, tarafları aydınlatma yükümlülüğü çerçevesinde bilgilendirmeli, anlaşma ve anlaşamamanın sonuçlarını

⁶⁴ Zorunlu arabuluculuk olarak da nitelendirilen bu uygulamalar, tarafların bir usûl hukuku kurumu vasıtasıyla, mahkemelere başvurmadan önce mutlaka katılım sağlamaları gereken arabuluculuk sürecini ifade etmektedir (Erdoğan Ersin/Erzurumlu Nurbanu. “İş Mahkemeleri Kanun Tasarısı Taslağı Hakkında Bazı Düşünceler”, *İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi*, C. 13, S. 52, 2016, s. 1869 (İş Mahkemeleri).

⁶⁵ Süreç dâhilinde gerçekleşen arabuluculuk görüşmeleri, taraflarca aksi kararlaştırılmadıkça, arabulucuyu görevlendiren arabuluculuk bürosunun bağlı olduğu adli yargı ilk derece mahkemesi adalet komisyonunun yetki alanı içerisinde yürütülür (HUAk m. 18/A f. 17).

⁶⁶ Özbek, Mustafa. “Avrupa Konseyi Arabuluculuk Yönergesi Önerisi”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 56, S. I, 2007, s. 189

⁶⁷ Kurt Konca, Nesibe. “Ticari Uyuşmazlıklarda Dava Şartı (Zorunlu) Arabuluculuk”, *SETA Perspektif*, S. 225, 2018, s. 3; Ermenek, Dava Şartının Arabulucu Tarafından Kendiliğinden Dikkate Alınması Sorunu, s. 1019; Erdoğan /Erzurumlu, *İş Mahkemeleri*, s. 1869.

⁶⁸ Erdoğan /Erzurumlu, *İş Mahkemeleri*, s. 1869.

⁶⁹ Eminoğlu/Korkmaz, s. 297.

⁷⁰ Tanrıver, Süha. *Hukuk Uyuşmazlıkları Bağlamında Arabuluculuk*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2020, s. 39 (Arabuluculuk); Tanrıver, Süha. “Hukuk Uyuşmazlıkları Bağlamında Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları ve Özellikle Arabuluculuk”, *TBB Dergisi*, S. 64, 2006, s. 165-166; Özbay, İbrahim. “Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yöntemleri”, *Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 10, S. 3-4, 2006, s. 465.

⁷¹ Erdoğan /Erzurumlu, *İş Mahkemeleri*, s. 1869.

⁷² Tanrıver, Arabuluculuk, s. 49.

izah etmelidir. Arabulucunun, tarafların her biriyle ayrı ayrı görüşmesi de pekâlâ mümkündür (HUAK m. 8). Kanaatimizce kira ilişkilerinden kaynaklı uyuşmazlıklarda arabulucu tarafından bu özel oturumlara ağırlık verilmelidir. Taraflar arası eşitliği sağlama adına süreçte yer alanlardan birinin zayıf taraf⁷³ olduğu gözlemleniyorsa hukuki tavsiye vermeksizin genel bir bilgilendirme yapılabilir. Bu bağlamda gerçeklik testlerinden yararlanılabilir. Buna rağmen taraf, süreci yönetebilecek bilgi ve eğitim düzeyinde görülüyorsa kendisini bir vekil ile temsil ettirmesi tavsiyesinde bulunulabilir. Nihayetinde görüşmelerde bir anlaşma sağlanamazsa daha sonra tekrar arabulucuya başvurma noktasında bir engel olmadığı gibi taraflar dilerlerse anlaşmama son tutanağı ile dava açma yolunu da tercih edebilir.

Uyuşmazlık konularının birden fazla olması ve birden çok talepte bulunulması durumunda süreç sonunda hangi konuların müzakere edildiği tek tek son tutanakta gösterilmelidir. Zira bir talep hakkında dava şartının sağlanmış olup olmadığını hâkim ancak son tutanaktan (HUAK m. 17) anlayabilir.

D. Süre

Kira ilişkilerinden kaynaklı uyuşmazlıklarda arabuluculuk faaliyetin sonuçlandırılması gereken süre bakımından ayrı bir düzenleme bulunmamaktadır. Bu nedenle süreç, genel düzenleme uyarınca arabulucunun görevlendirildiği tarihten itibaren üç haftada neticeye kavuşturulmalıdır. Bu süre zorunlu hâllerde arabulucu tarafından bir hafta daha uzatılabilir. (HUAK m. 18/A)⁷⁴. Söz konusu sürenin aşılması ihtimalinde Kanun'un öngörmüş olduğu zaman dilimi içerisinde müzakereler tamamlanmadığından süreç, anlaşmamaya yönelik bir son tutanak ile neticelendirilmelidir. Bununla birlikte taraflar hâlen sürece devam etmek ve uyuşmazlıklarını arabuluculuk yoluyla çözmek isterlerse ihtiyarî olarak bu yolu işletmelerinin önünde bir engel bulunmamaktadır.

Bu konuda değinilmesi gereken diğer bir husus, arabuluculuk yoluna başvurulmasının sürelerle etkisidir. Dava şartı arabuluculuk uygulamasına başvurulması gereken hâllerde; arabuluculuk bürosuna başvurudan son tutanağın düzenlendiği tarihe kadar geçen sürede zamanaşımı durur ve hak düşürücü süreler işlemez (HUAK 18/A). Söz konusu kuralın kira uyuşmazlıklarında arabuluculuk faaliyeti açısından büyük önemi haizdir. Zira kira hukukuna ilişkin olarak Türk Borçlar Kanunu'nda bazı süreler öngörülmüştür. Örneğin; gereksinim, yeniden inşa ve imar gerekçesi söz konusuysa; *“kiraya veren, kira sözleşmesini; ... belirli süreli sözleşmelerde sürenin sonunda, belirsiz süreli sözleşmelerde kiraya ilişkin genel hükümlere göre*

⁷³ Öğretide bir görüşe göre, kira uyuşmazlıklarında süreç öncesinde bulunan sözleşmenin kurulması anına ilişkin güç dengesizliği hayati nitelikteki bir ihtiyacın giderilmesine yönelik açıklanan iradenin oluşumundaki iç ve dış faktörlere dayanmaktadır. Bununla birlikte bu durum, arabuluculukta müzakere eşitsizliğine neden olabilecek bir hâl olarak nitelendirilemez. Arabuluculukta yürütülecek müzakerelerde kiraya verenin elinde kiracıyı zayıf pozisyona düşürebilecek enstrümanlar yoktur. (Ermenek, İbrahim. *Arabuluculuk Sürecinde Zayıf Tarafın Korunması*, 1. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2021, s. 64).

⁷⁴ 7445 sayılı Kanun kapsamında arabuluculuk dava şartı hâline getirilen; taşınır ve taşınmazların paylaşılmasına ve ortaklığın giderilmesine ilişkin uyuşmazlıklar, 634 sayılı Kat Mülkiyeti Kanunundan kaynaklanan uyuşmazlıklar ve komşu hakkından kaynaklanan uyuşmazlıklar bakımından ayrıca düzenleme yapılmadığından süre üç haftadır ve zorunlu hâllerde arabulucu tarafından bir hafta daha uzatılabilir (HUAK m. 18/A). Tarım Kanunu'na yapılan ekleme ile tarımsal üretim sözleşmesinden doğan davalarda arabulucuya başvurulması zorunlu hâle getirilmiştir. Burada ise süreç, Tarım Kanunu'nun 13. maddesi uyarınca arabulucunun görevlendirildiği tarihten itibaren iki hafta içinde sonuçlandırır. Bu süre zorunlu hâllerde arabulucu tarafından en fazla bir hafta uzatılabilir.

fesih dönemine ve fesih bildirimini için öngörülen sürelerle uyularak belirlenecek tarihten başlayarak bir ay içinde açacağı dava ile sona erdirebilir” (TBK m. 350). Yeni malikin gereksinimi bağlamında; “kiralananı sonradan edinen kişi, dilerse gereksinim sebebiyle sözleşmeyi sona erdirmeye hakkını, sözleşme süresinin bitiminden **başlayarak bir ay içinde açacağı dava yoluyla da kullanabilir**” (TBK m. 351). Kira ilişkisinin sona ermesi noktasında mevzuatta bu gibi sürelerle oldukça sık rastlanılmaktadır. Bu düzenlemeler uyarınca dava hakkı kullanılmak istenildiğinde öncelikle bu süreler içerisinde arabuluculuk bürosuna başvuru yapılmalıdır. Bu andan itibaren söz konusu süreler durur ve son tutanağın düzenlenmesi ve arabuluculuk sürecinin sona ermesiyle işlemeye devam eder (HUAK m. 18/A f. 15). Örneğin TBK’da davanın açılması için bir aylık sürenin öngörüldüğü bir ihtimalde beşinci gün arabuluculuk yoluna başvurulmuşsa, bir aylık süre bu andan itibaren durur ve son tutanağın düzenlenmesi ve sürecin sona ermesiyle altıncı günden itibaren işlemeye devam eder. Başvurucu, bir aydan kalan süre içinde dava hakkını kullanabilir.

E. Arabuluculuk Sürecinin Sona Ermesi

Arabuluculuk faaliyetini sona erdiren hâller HUAK m. 17 çerçevesinde, tarafların anlaşması, tarafların görüşü de alındıktan sonra bu süreçte daha fazla çaba sarf edilmesinin gereksiz olacağını arabulucu tarafından tespiti, tarafların arabuluculuk faaliyetinden çekildiklerini bildirmeleri, tarafların arabuluculuk faaliyetini sona erdirmeye hususunda anlaşmaları ve uyuşmazlığın arabuluculuğa elverişli olmadığı tespiti olarak ifade edilebilir.

1. Anlaşamama Hâli

Arabuluculuk sürecinde gerçekleşen müzakereler neticesinde taraflar anlaşmamış ve süreçte çaba sarf edilmesinin gereksizliği arabulucu tarafından tespit edilmiş olabilir. Bu hâlde tarafların anlaşamadığı hususların neler olduğu son tutanakta (HUAK m. 17 f. 2) gösterilir. Davaya konu talepler bakımından dava şartının gerçekleşip gerçekleşmediğini hâkim bu son tutanaktan anlar. Bunun için de öncelikle HUAK m. 18/A uyarınca, davacının arabuluculuk görüşmeleri neticesinde anlaşmaya varılmadığını gösteren son tutanağın aslı ya da arabulucu tarafından onaylanan örneği dava dilekçesine eklenmek suretiyle mahkemeye sunulmalıdır (HUAK m. 18/A). Bunun gereği yerine getirilmediği takdirde hâkim, davacıya, son tutanağın bir haftalık kesin sürede sunulması gerektiği, aksi hâlde davanın usûlden reddedileceği ihtarı içeren bir davetiye gönderir. Buna rağmen söz konusu gereklilikler yerine getirilmezse dava dilekçesi karşı tarafa tebliğ dâhil edilmeksizin dava usûlden reddedilir. Arabulucuya başvurulmaksızın davanın açıldığı anlaşılırsa, herhangi bir işlem yapılmaksızın dava şartı yokluğu gerekçe gösterilmek suretiyle davanın usûlden reddine karar verilir (HUAK m. 18/A). Arabuluculuğa başvurunun dava şartı olarak değerlendirilmesinin bir sonucu olarak arabuluculuk yolunun tüketilmediği taraflarca her zaman ileri sürülebilir ve mahkeme tarafından kendiliğinden gözetilir⁷⁵. Öğretide bir görüşe göre ise bazı uyuşmazlıklar açısından arabuluculuk müessesesine başvuru zorunluluğu mevzuatta dava şartı kavramıyla ifade edilse de dava engeli olarak düzenlenmiştir. Söz konusu eksikliğin inceleneceği aşamanın özel olarak belirlenmesinden dolayı arabuluculuk yolunun tüketilip

⁷⁵ Korkmaz, Cansu. “Davaların Yığılmasında Dava Şartı Arabuluculuk İncelemesi”, *Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi*, Prof. Dr. M. Fatih UŞAN'a Dekanlıkta 10. Yıl Anısına Teşekkür Armağanı, Y. 7, S. 2, 2022, s. 1373.

tüketilmediğinin genel ve özel dava şartlarından önce incelenmesi gerekir⁷⁶. Bununla birlikte değinmek gerekir ki söz konusu eksiklik ilk derece yargılamasında gözetilmemişse, kanun yollarında da dikkate alınır⁷⁷.

2. Anlaşma Hâli

a. Genel Olarak

Müzakere sürecinin taraflar arasında anlaşma ile neticelenmesi durumunda bir anlaşma belgesi düzenlenebilir. Bu hâlde anlaşmanın kapsamını taraflar belirlemekte ve söz konusu anlaşma belgesi, taraflar ve arabulucu tarafından imzalanmaktadır (HUAK m. 18 f. 1).

Arabuluculuk anlaşma belgesi, hukuki niteliği itibarıyla bir sözleşmedir. Bu sözleşmenin çerçevesi ve şekli tarafların iradelerine bırakılmıştır. Bu bağlamda, taraflar sözleşmenin kapsamını dar veya geniş tutabilir⁷⁸. TBK m. 26 uyarınca taraflar, sözleşmelerin içeriğini kanunda öngörülmuş sınırlar dâhilinde serbestçe belirleyebilmektedir.

Bununla birlikte sözleşmelerin yapılabilmesi açısından mevzuatta belirli sınırlamalar öngörüldüğü için bunlara aykırı uygulamalar ile kesin hükümsüzlük yaptırımı ile karşılaşılabilir. TBK m. 27 gereğince; kanunun emredici hükümlerini gözetmeyen, ahlaka, kamu düzenine ve kişilik haklarına aykırılık teşkil eden ya da konusu imkânsız olan sözleşmeler kesin hükümsüzlük yaptırımına tâbi olmaktadır. Aynı şekilde, anılan hüküm gereğince sözleşme hükümlerinden bir kısmının hükümsüzlüğü, diğerlerinin geçerliliğini etkilememekle birlikte söz konusu hükümler olmaksızın sözleşmenin akdedilmeyeceği açıkça anlaşılırsa, sözleşmenin tamamının kesin olarak hükümsüzlüğü sonucu doğar (TBK m. 27). Söz konusu hüküm bir anlamda irade serbestisine yönelik genel bir sınırlama öngörmektedir⁷⁹. Bu sınırlamalara aykırılık dolayısıyla kesin hükümsüzlük yaptırımı çerçevesinde değerlendirilen işlem, geçersizlik nedeninin ortadan kalkması, zamanın geçmesi, söz konusu işleme icazet verilmesi veya o işleme dayanan borcun ifası ile geçerli hâle getirilemez. Söz konusu hükümsüzlük durumu taraflarca ileri sürülebileceği gibi hâkim tarafından da re'sen dikkate alınır⁸⁰.

b. Kira Hukukundan Kaynaklı Özel Durumlarda Anlaşma Hâli

Emredici hukuk kuralları, kamu düzenini, toplumdaki ahlaki değerleri, kişilik haklarını veya zayıf olanı koruma amacı taşıyan ve uyulması zorunlu olan kurallardır⁸¹. Bir hukuki ilişkiye söz konusu kuralların uygulanmayacağı hususunda yapılan sözleşmeler bir hüküm ifade etmez ve bu yönde bir sözleşmenin varlığı emredici hukuk kuralının uygulanmasına engel oluşturmaz⁸².

Kira hukukunda da birtakım emredici nitelikteki kurallar geçerlidir. Maddi hukuk hükümleriyle, örneğin, konut ve çatılı işyeri kiralarına ilişkin olarak, tahliye sebeplerinden kira bedeline varıncaya dek birçok sınırlama öngörülmektedir. Bunların getirilmesindeki sebepler,

⁷⁶ Eminoğlu/Erdoğan, s. 115-116, 118.

⁷⁷ Korkmaz, s. 1374.

⁷⁸ Atalı, Murat. “Zorunlu Arabuluculuğun Yargılama Hukuku Bakımından Ortaya Çıkardığı Sorunlar”, *Arabuluculuğun Geliştirilmesi Uluslararası Sempozyumu*, Pozitif, Ankara 2018, s. 144.

⁷⁹ Eminoğlu/Korkmaz, s. 299.

⁸⁰ Nomer, Halük N. *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 15. Baskı, Beta Yayınevi, İstanbul, 2017, s. 61-62.

⁸¹ Nomer, s. 84.

⁸² Oğuzman M. Kemal/Barlas Nam. *Medenî Hukuk*, 20. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2014, s. 84-85.

sosyal devlet anlayışının bir gereği olarak devletin bu alana müdahil oluşu, insan onurunun korunması ve toplumsal barışın sağlanması olarak belirtilebilir. Aynı zamanda konut hakkını düzenleyen Anayasa'nın 57. maddesi uyarınca devletin konut ihtiyacını karşılayacak tedbirlerin alınması noktasında bir yükümlülüğü vardır. Devletin bu yükümlülük çerçevesinde gerçekleştirdiği müdahaleler, esas itibariyle sosyal devletin de gereği olarak alınan tedbirlerdir.

Kanun koyucu, kiracı lehine hükümler öngörmek, kiraya verenin borçlarını ağırlaştırmak ve emredici kuralları koymak suretiyle kira sözleşmesinin güçlü ve zayıf tarafı arasında dengeyi sağlamaya çalışmış⁸³, bazen mutlak bazen de nispi emredici düzenlemeler öngörmüştür. Tarafların arabuluculuk sürecinde anlaşmaları ihtimalinde dahi söz konusu emredici düzenlemelere riayet edilmesi gerekir. Zira arabuluculuk anlaşma belgeleri de tıpkı mahkeme kararları gibi icra kabiliyeti haiz belgelerdir ve emredici düzenlemeler bu süreçte göz ardı edilemez. Arabuluculuk anlaşma belgeleri açısından kira hukukundan kaynaklı özel durumlar bağlamında bu düzenlemelere de değinmek gerekir.

İlk olarak **kiracı aleyhine düzenleme yasağına ilişkin** TBK'nın 346. maddesinin⁸⁴ anlaşma belgelerinin hazırlanması açısından önem arz ettiğini belirtmek gerekir. Zira bu madde uyarınca konut ve çatılı işyerleri açısından öngörülen **ceza koşulu** ve **muacceliyete ilişkin anlaşmalar** geçersizdir. Dolayısıyla anlaşma belgesi düzenlenirken örneğin; kiralardan birisi ödenmediği takdirde diğerlerinin de muacceliyet kesbedeceğine ilişkin bir hüküm konulması geçersiz olur. Ceza koşulu açısından TBK m. 179 uyarınca; *“bir sözleşmenin hiç veya gereği gibi ifa edilmemesi durumu için bir ceza kararlaştırılmışsa, aksi sözleşmeden anlaşılmadıkça alacaklı ya borcun ya da cezanın ifasını isteyebilir”*. Bununla borçlu, borcun hiç veya gereği gibi ifa edilmemesi durumunda, alacaklıya karşı bir edimi yerine getirme taahhüdünde bulunmaktadır⁸⁵. Ceza koşulu, asıl borca bağlı, ferî nitelikte bir borç doğurur⁸⁶ ve kural olarak bütün sözleşmeler için gündeme gelebilir⁸⁷. Bununla birlikte bazı sözleşmelerde zayıf tarafı koruma düşüncesiyle ceza koşulu yasaklanması şeklinde sınırlamalar öngörülmüştür⁸⁸. TBK'nın 346. maddesinde de bu bağlamda bir sınırlama görülmektedir. Kiracıya kira bedelinin ve yan giderlerin haricinde ödeme yükümlülüğü getirilememesi, söz konusu koşulu da kapsamına almaktadır.

Konut ve çatılı işyeri kiralarında sözleşmede ceza koşuluna yer verilmiş olması durumunda, esas itibariyle ceza koşulu geçersiz olmakla birlikte sözleşme, geçerliliğini korur. Söz konusu sınırlama kiracıya yönelik olarak ve onu koruma amacıyla getirilmiş olup, kanunda kiraya veren yönünden herhangi bir sınırlama öngörülmemiştir⁸⁹. Arabuluculuk anlaşma belgesiyle, konut ve çatılı işyerlerine yönelik kira sözleşmesi dışında bir kira ilişkisinde⁹⁰ kiracı aleyhine ya

⁸³ Kaya, s. 2.

⁸⁴ Söz konusu madde gereğince; *“kiracıya, kira bedeli ve yan giderler dışında başka bir ödeme yükümlülüğü getirilemez. Özellikle, kira bedelinin zamanında ödenmemesi hâlinde ceza koşulu ödeneceğine veya sonraki kira bedellerinin muaccel olacağına ilişkin anlaşmalar geçersizdir”* (TBK m. 346).

⁸⁵ Nomer, s. 471; Tombaloğlu, s. 147.

⁸⁶ Kılıçoğlu, Ahmet M. *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 25. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2021, s. 992.

⁸⁷ Kılıçoğlu, s. 991.

⁸⁸ Kılıçoğlu, s. 990.

⁸⁹ Aydemir, s. 255.

⁹⁰ Kira sözleşmelerinde ceza koşulu kararlaştırılmayacağına ilişkin genel bir kural yoktur. Dolayısıyla taraflar, sözleşmede bir güvence ya da ifa açısından bir yaptırım olarak ceza koşuluna yer verebilir. Örneğin, kiralanan kamyonun kararlaştırılan tarihte teslim edilmemesi hâlinde gecikilen her gün için belirli bir miktar paranın ödeneceği

da genel olarak örneğin bir ticari uyuşmazlıkta, ceza koşulu öngörülebilir. Bu hâlde ise dikkat edilmesi gereken şey, icrada tereddüt yaratılmamasıdır. Arabuluculuk anlaşma belgesi, ilamlı icra hükümleri çerçevesinde takibe konulacağından tıpkı mahkeme ilamı gibi hiçbir tereddüt içermeyecek şekilde düzenlenmelidir.

Anlaşma belgesinin düzenlenmesi bakımından değinilmesi gereken başka bir husus, konut ve çatılı işyerlerinde kiracının güvence vermesidir. Anlaşma sağlanırken, örneğin daha önceki sözleşmenin ikale ile ortadan kaldırılması ve yeni bir sözleşme yapılması gibi özel durumlarla karşılaşılabılır. Bu hâlde ise müzakereler neticesinde anlaşmada **kiracının güvence bedeli vermesi** gündeme gelebilir. Güvence bedeli, uygulamada kira sözleşmesinin akdedilmesi esnasında kiraya verenin “depozit” veya “teminat” adı altında kiracıdan aldığı bedeldir⁹¹. Bu bedel esas itibariyle ödenmeyen kira bedelleri veya kira süresinin bitiminde kiralanda meydana gelmiş bulunan eksiklikleri tamamlamak amacıyla alınmakta olup konusunu, para veya kıymetli evrak oluşturmaktadır⁹². Uygulamada depozitten, elektrik, su, doğalgaz ve ortak giderler için de yararlanıldığı görülmektedir⁹³. Konut ve çatılı işyeri kiralari açısından sözleşme çerçevesinde kiracıya güvence verme borcu öngörülmüşse, bu güvencenin TBK m. 342⁹⁴ çerçevesinde üç aylık kira bedelini aşamayacağı gözden kaçırılmamalıdır. Kiranın yıllık olarak karşılaştırılmış olması ihtimalinde söz konusu bedelin, yıllık kiranın on ikiye bölünerek tespit edilecek olan aylık kira bedeli üzerinden yapılacak hesaplamayla üç aylık tutarı aşmaması gerekir⁹⁵. Güvenceye yönelik emredici nitelikteki bu düzenleme, kiracıları aşırı güvence parası ödemeye karşı koruma amacıyla getirilmiştir⁹⁶. Güvencenin verilmesi noktasında herhangi bir zaman sınırlaması öngörülmemiştir. Bu bağlamda güvence, sözleşmenin kurulmasından sonraki bir zaman diliminde de verilebilmektedir⁹⁷. Güvence bedeline yönelik söz konusu hükmün aksinin sözleşme ile örneğin, dört aylık bedel olarak karşılaştırılabilmesi mümkün olmayıp aksi yöndeki kayıtlar geçersiz, başka bir ifadeyle batıldır⁹⁸. Bu çerçevede arabuluculuk anlaşma belgesinde bu düzenlemeye aykırı bir kayda yer verilmesi hâlinde kısmi butlan söz konusu olur ve bu durum, icra edilebilirlik şerhine yönelik incelemede göz önünde bulundurulur.

TBK m. 343 hükmünde, devam eden konut ve çatılı işyeri kiralari açısından tarafların, kira bedeli dışında kural olarak sözleşme şartlarında kiracı aleyhine bir değişiklik yapamayacakları düzenlenmiştir. Söz konusu hüküm kiracıyı korumak amacıyla getirilmiştir. Bu çerçevede örneğin, ilk sözleşmede bulunmadığı hâlde ikinci ve sonraki sözleşmeler açısından esaslı tamiratların kiracıya ait olacağına, ilkinde olmadığı hâlde ikincide kira bedelinin ayın birinde ödeneceğinin

karşılaştırılabilir (Aydemir, s. 254). Ancak konut ve çatılı işyeri kiralari kiracıyı da koruma amacı gözetilerek ceza koşulu sınırlı olarak yasaklanmıştır (Aydemir, s. 255).

⁹¹ Eren, s. 400; Ural Çınar, s. 409.

⁹² Eren, s. 400; Ural Çınar, s. 409.

⁹³ Kırmızı, s. 317.

⁹⁴ Sözleşmede hüküm bulunuyorsa, kiracıyı korumakta olan TBK 342/I hükmünün kiracı yararına nispi emredici nitelikte olduğu, TBK 342/II ve III hükmünün ise mutlak emredici niteliği yönünde bkz. Aydoğdu, Murat. “Konut ve Çatılı İşyeri Kirası Sözleşmelerinde Kiracının Güvence Verme Borcu”, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 14, S. 1, 2012, s. 4.

⁹⁵ Özdoğan/Oymak, s. 522.

⁹⁶ Eren, s. 401; Ceran, s. 81.

⁹⁷ Gümüş, s. 164; Ural Çınar, s. 421; Yavuz, s. 381.

⁹⁸ Eren, s. 401.

kararlaştırılmasına yönelik kayıtlar geçersiz kabul edilir⁹⁹. Bununla birlikte burada taraflar, kiracı lehine kiraya veren aleyhine değişiklik yapma hakkını haizdirler¹⁰⁰. Konut ve çatılı işyeri kiralalarında kira bedeli, sözleşmede ilk defa belirleniyorsa bu konuda herhangi bir sınırlama yer almamaktadır. Taraflar, genel hükümler uyarınca irade sakatlığına ve aşırı yararlanmaya ilişkin düzenlemelere riayet etmek koşuluyla ahlaka ve hukuka uygun olacak şekilde kira bedelini serbestçe kararlaştırabilirler¹⁰¹.

Ayrıca uygulamada, yinelenen kira dönemlerinde kira bedelinin belirlenmesi temelinde uyuşmazlıklarla sıklıkla karşılaşılabilir. Kira bedelini belirleme davası da değinildiği üzere öncelikle arabulucuya başvurulması gereken davalar arasında yer almaktadır. Örneğin, yenilenen kira döneminde bedelde anlaşamayan tarafların bu yönde bir talebiyle başlayan arabuluculuk faaliyeti neticesinde kira bedelinin belirlenmesi hususunda da Türk Borçlar Kanunu'nun 344. maddesinin göz önünde bulundurulması gerekir. Anılan düzenlemelerin kira hukukundaki uygulamalarına değinerek bunların arabuluculuk sürecine yansımalarının ele alınmasında fayda vardır.

Genel olarak bakıldığında; ***taraflar sözleşmede bir artış oranı belirlemişlerse***, söz konusu düzenleme uyarınca; ***“tarafların yenilenen kira dönemlerinde uygulanacak kira bedeline ilişkin anlaşmaları, bir önceki kira yılında tüketici fiyat endeksindeki on iki aylık ortalamalara göre değişim oranını geçmemek koşuluyla geçerlidir. Bu kural, bir yıldan daha uzun süreli kira sözleşmelerinde de uygulanır”***(TBK m. 344). Kira bedelinin tüketici fiyat endeksindeki artış oranını aşan kısmına ilişkin belirlemeler bakımından kesin hükümsüzlük yaptırımını doğar¹⁰². Bu noktada da sözleşmenin tamamı ortadan kaldırılmaksızın kira bedelinin aşan kısmı normal sınıra indirilir ve yeni dönemde bu bedel ödenir¹⁰³. ***Taraflar sözleşmede bir artış oranı belirlememişlerse***, söz konusu kira bedeli, ***“bir önceki kira yılının tüketici fiyat endeksindeki oniki aylık ortalamalara göre değişim oranını geçmemek koşuluyla hâkim tarafından, kiralananın durumu göz önüne alınarak hakkaniyete göre belirlenir”***. Bu ihtimalde yeni kira bedeli, açılacak dava neticesinde hâkim tarafından belirlenmektedir. Türk Borçlar Kanunu'nun hem konut hem de çatılı işyerlerini ilgilendiren söz konusu 344. maddesi yanında; sadece konut kiralaları açısından bu konuyu ilgilendiren diğer bir düzenleme Türk Borçlar Kanunu'nun geçici 2. maddesidir. Önce geçici 1. maddeyle öngörülen yüzde yirmi beş artış sınırlaması geçici 2. maddeyle¹⁰⁴ de korunmuştur. Bu düzenlemeler uyarınca bir önceki kira yılında tüketici fiyat endeksindeki on iki aylık ortalamalara göre değişim oranını geçmemek koşulu, belirli tarihler için yerini yüzde yirmi beşlik artış oranına bırakmıştır. TBK m. 344 hükmü emredici nitelikte bir düzenlemedir. Buna göre kira bedelinin artışı bakımından TÜFE üst sınırı oluşturmaktadır, taraflar

⁹⁹ Yavuz, Nihat. *Yeni TBK ve HMK'ya Göre Kira Hukuku*, 3. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2014, s. 424.

¹⁰⁰ Eren, s. 402.

¹⁰¹ Eren, s. 402; Kaya, s. 15.

¹⁰² Eren, s. 403.

¹⁰³ Eren, s. 403-404.

¹⁰⁴ ***“Konut kiralaları bakımından 2/7/2023 ilâ 1/7/2024 (bu tarihler dâhil) tarihleri arasında yenilenen kira dönemlerinde uygulanacak kira bedeline ilişkin anlaşmalar, bir önceki kira yılına ait kira bedelinin yüzde yirmi beşini geçmemek koşuluyla geçerlidir. Bir önceki kira yılının tüketici fiyat endeksindeki oniki aylık ortalamalara göre değişim oranının yüzde yirmi beşin altında kalması halinde değişim oranı geçerlidir. Bu kural, bir yıldan daha uzun süreli kira sözleşmelerinde de uygulanır. Bu oranları geçecek şekilde yapılan sözleşmeler, fazla miktar yönünden geçersizdir. Bu fıkra hükmü, 344'üncü maddenin ikinci fıkrası uyarınca hâkim tarafından verilecek kararlar bakımından da uygulanır “(Geçici Madde 2- (Ek: 14/7/2023-7456/23 m.)***

kiracı lehine olmak koşuluyla daha düşük bir artış oranı öngörebilirler. Bu hükmün yerine gelen yüzde yirmi beşlik sınır, adeta TÜFE oranını ikame eden bir düzenleme olup bu madde de emredicidir. Türk Borçlar Kanunu'nun geçici 2. maddesi, bu oranları geçecek şekilde yapılan sözleşmelerin fazla miktar yönünden geçersiz olduğunu açıkça düzenlemiştir.

Arabuluculuk anlaşma belgesi açısından da bu emredici düzenlemeler göz önünde bulundurulmalıdır. Taraflar yenilenen mevcut kira sözleşmesinde kira bedelinin artışı hususunda bu oranın üzerinde bir karşılaştırma yapamazlar. İcra edilebilirlik şerhi için başvurulduğunda hâkim, bu emredici düzenlemeler uyarınca da inceleme yapmak durumundadır.

Mevcut kira sözleşmeleri açısından yenilenen kira dönemlerinde kira bedelinin arabuluculuk sürecinde belirlenmesi kanaatimizce ancak bu sınırlamalar çerçevesinde gerçekleşebilir. Uygulamada ise bu şekilde katı düzenlemeler uyarınca kira bedelinin belirlenmesi, tarafların arabuluculuk sürecinde anlaşma olasılığının oldukça düşük kalmasına sebebiyet verebilir. Taraflar arasındaki uyuşmazlıklar esas itibarıyla hâlihazırda kiracının yüzde yirmi beşlik yasal sınırı ödemek istemesinden kiraya verenin ise enflasyonist ortamda bu oranı düşük bulmasından kaynaklanmaktadır. Menfaat temelinde esnek çözümler üretilebilecek bir müessese olan arabuluculukta taraflar sözleşmeyi bütün olarak gözden geçirerek önceki sözleşmeyi ikale suretiyle ortadan kaldırıp en baştan yeni bir sözleşmeyi arabuluculuk anlaşma belgesi ile akdedebilirler. Bu hâlde hâlihazırda sözleşme için geçerli olan örneğin, kira bedelinin beş yılın sonunda belirlenebilmesi (TBK m. 344 f. 3) veya on yılın sonunda tahliyenin istenebilmesine (TBK m. 347) yönelik sürelerin de yeni sözleşme çerçevesinde baştan başlayacağını göz ardı etmemek gerekir.

Hâlihazırda yüzde yirmi beş, normal koşullarda ise TÜFE oranına ilişkin sınırlamalardan kaçınmak için ikale ve ardından yeni sözleşme yapılması yönteminin denenmesinin kanuna karşı hile olup olmadığının ise ayrıca tartışılması gerekir.

Kanuna karşı hile, emredici bir hukuk kuralına aykırılık teşkil eden bir hukuki işleme uygulanacak olan yaptırımı bertaraf etmek amacıyla hukukun uygun gördüğü farklı yollara başvurarak aynı sonuca ulaşmak olarak ifade edilebilir¹⁰⁵. Kanuna karşı hile, Türk Medeni Kanunu'nun m. 2 yaptırımına tâbi tutulmalıdır. Bu çerçevede bir hükmün doğrudan ihlâlinin yaptırımı, kanuna karşı hilenin de yaptırımı olarak değerlendirilebilir. Bunun neticesi de hile ile amaçlanan kanuni korumadan mahrum kalmaktır¹⁰⁶. Dolayısıyla bugün için yüzde yirmi beş, bu hükmün yürürlükten kalkacağı tarih için de TBK m. 344 çerçevesinde öngörülen ve normal koşullarda üst sınırı oluşturan TÜFE oranını aşan kısım, bu ihtimalde batıl olacaktır. Bedelin belirlenmesi için diğer hükümlerde hiçbir revize öngörmeden aynı şekilde sözleşmenin sadece bu maddesi üzerinde bir değişiklik yapılması şeklinde sağlanan ekonomik ve hukuki sonucun, kanunun amacı ve ruhuna aykırılık teşkil ettiği sonucuna ulaşılabilir. Özellikle icra edilebilirlik şerhi için başvurulduğunda emredici düzenlemeleri göz önünde bulundurmamak zorunda olan hâkimin bu durumu da dikkate alması kaçınılmaz olur. Bununla birlikte arabulucu önünde karşılıklı menfaat temelinde bir anlaşmaya varılmışsa, yeni sözleşmede farklı hak ve yükümlülükler de öngörülmüşse, salt ilgili düzenlemeleri aşmak amacı diğer bir deyişle hile kasti

¹⁰⁵ Oğuzman/Barlas, s. 276.

¹⁰⁶ Oğuzman/Barlas, s. 277.

bulunmuyorsa ikale sonrasında yapılan yeni sözleşme ve kararlaştırılan oran muteber kabul edilebilir. Uygulamada söz konusu durumun ve tarafların neyi amaçladıklarının tespit edilmesi güçtür. .

Mevcut kira sözleşmesi süresinin beş yılı aşması hâlinde, bedeli yeniden belirleme hususunda, TBK m. 344/3 hükmünden yola çıkılarak daha esnek olunabileceği ifade edilebilir. Söz konusu madde uyarınca; **“taraflarca bu konuda bir anlaşma yapıp yapılmadığına bakılmaksızın, beş yıldan uzun süreli veya beş yıldan sonra yenilenen kira sözleşmelerinde ve bundan sonraki her beş yılın sonunda, yeni kira yılında uygulanacak kira bedeli, hâkim tarafından tüketici fiyat endeksindeki oniki aylık ortalamalara göre değişim oranı, kiralananın durumu ve emsal kira bedelleri göz önünde tutularak hakkaniyete uygun biçimde belirlenir. Her beş yıldan sonraki kira yılında bu biçimde belirlenen kira bedeli, önceki fıkralarda yer alan ilkelere göre değiştirilebilir”**. Kanaatimizce arabuluculuk sürecinde taraflar, bu düzenlemeden hareketle, tıpkı hâkimin yapabileceği gibi doğrudan TÜFE oranıyla, bugün için geçici 2. maddenin öngördüğü yüzde yirmi beşlik sınırla, bağlı kalmaksızın kiralananın durumu ve emsal bedellerden hareketle yeni bir kira bedeli kararlaştırabilirler. Bu belirlemeye kıstas olması bağlamında kiralananın durumundan kasıt, taşınmazın niteliği, konumu, binanın yaşı, belediye hizmetlerinden yararlanma imkânları gibi hususların göz önünde bulundurulmasıdır. Emsalden kasıt ise esas itibarıyla binanın aynı katında ve benzerinin bulunmasıdır. Bununla birlikte bu nitelikte bina çoğunlukla bulunamamaktadır. Bu hâlde en yakın binalardaki kiralardan emsal olarak yararlanılması mümkündür¹⁰⁷.

Anlaşma belgesi bakımından dava yoluyla kira sözleşmesinin sona erdirilmesine yönelik hükümlerin kiracının aleyhine değiştirilemeyeceği (TBK m. 354) şeklindeki **dava sebeplerinin sınırlılığı** kuralına da dikkat edilmesi gerekir. Taraflar, arabuluculuk anlaşma belgesini kullanarak kira sözleşmesinin dava yoluyla sona erdirilmesi bağlamında kiracının aleyhine olacak şekilde yeni sebepler ekleyemez.

Arabuluculuk sürecinin anlaşma ile neticelenmesi hâlinde gözetilmesi gereken hususlardan biri de **kira bedelinin yabancı para cinsinden belirlenmesidir**. Normal koşullarda tarafların TBK hükümleri¹⁰⁸ çerçevesinde kira bedelini yabancı para cinsinden belirlemeleri¹⁰⁹ hususunda bir engel bulunmamaktaysa da mevzuatta çeşitli hükümlerle bu konuda da bazı sınırlamalar getirilmiştir. Taraflar, arabuluculuk anlaşma belgesinde kira bedelini yabancı para cinsinden belirleme noktasında bu sınırlamaları göz önünde bulundurmalıdır. 12 Eylül 2018 tarihinde, 85 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararı ile 8/8/1989 tarihli ve 32 sayılı Türk Parası Kıymetini Koruma Hakkında Kararın 4’üncü maddesine bir bent eklenmiştir. İlgili hüküm gereği; Türkiye’de yerleşik kişilerin, Bakanlık tarafından belirlenen hâller dışında, her türlü menkul ve gayrimenkul kiralamalarında; bedeli, döviz cinsinden veya dövize endekli olarak kararlaştırılmayacağı düzenleme altına alınmıştır. Türk Parasının Kıymetini Koruma Hakkında 32 Sayılı Karara ilişkin

¹⁰⁷ Aydemir, s. 270.

¹⁰⁸ TBK m. 344 f. 4 hükmü şu şekildedir; “sözleşmede kira bedeli yabancı para olarak kararlaştırılmışsa 20/2/1930 tarihli ve 1567 sayılı Türk Parasının Kıymetini Koruma Hakkında Kanun hükümleri saklı kalmak şartıyla, beş yıl geçmedikçe kira bedelinde değişiklik yapılamaz. Ancak, bu Kanunun, “Aşırı ifa güçlüğü” başlıklı 138 inci maddesi hükmü saklıdır. Beş yıl geçtikten sonra kira bedelinin belirlenmesinde, yabancı paranın değerindeki değişiklikler de göz önünde tutularak üçüncü fıkra hükmü uygulanır”.

¹⁰⁹ Kira bedelinin yabancı para yanında altın olarak da kararlaştırılabileceği yönünde bkz. Kaya, s. 14.

Tebliğ'in¹¹⁰ 8. maddesinin 2. fıkrası uyarınca, Türkiye'de yerleşik kişilerin kendi aralarında yapacakları; konusunu yurt içinde bulunan taşınmazların oluşturduğu, konut ve çatılı iş yerleri dâhil taşınmaz kiralama sözleşmelerinde, kira bedelini ve ödemeye ilişkin diğer yükümlülüklerini döviz cinsinden yahut dövize endeksli bir şekilde kararlaştırabilmeleri mümkün değildir. Aynı maddenin 10. fıkrasında Türkiye'de yerleşik kişilerin kendi aralarında imzalayacakları, taşıt kiralama sözleşmeleri hariç, taşınır kiralama sözleşmelerinde bedeli ve sözleşmeden kaynaklı ödemeye ilişkin diğer yükümlülüklerini döviz cinsinden ya da dövize endeksli bir biçimde kararlaştırmaları mümkün görülmüştür. Taşınır ve taşınmaz kira sözleşmelerinden kaynaklı arabuluculuk uygulamalarında anlaşma belgesi düzenlenirken söz konusu sınırlamalara dikkat edilmelidir.

Kira bedelinin yabancı para ile kararlaştırılmasının mümkün olduğu hâllerde konut ve çatılı işyeri kiralalarında, yıldan yıla artırım yapılamayacağı da gözden kaçırılmamalıdır. Bu noktada ancak kira ilişkisinin kurulmasından itibaren beş yıl geçtiği takdirde (TBK m. 344/4) yabancı paranın değerindeki değişimler de göz önüne alınarak TBK'nın 344/3 hükmünde öngörülen esaslar dahilinde bedel yeniden belirlenebilir¹¹¹.

Anlaşma belgesine dair değerlendirilmesi gereken bir konu da **taahhüt**. Kira uyuşmazlıklarına ilişkin müzakerelerde ve anlaşma belgelerinde tahliye taahhüdü konusunu birkaç açıdan ele almak gerektiği kanaatindeyiz. Öncelikle hâlihazırda mevcut bir kira sözleşmesi çerçevesine müzakereler gerçekleştirilmiş ve örneğin, bu sözleşme açısından ileri bir tarih için tahliye taahhüdü verilmesi gündeme gelmişse, kanaatimizce arabuluculuk sürecinde bunun gerçekleşebilmesi mümkündür. Zira burada söz konusu olan daha önceden kurulmuş bir kira sözleşmesine ilişkin olarak tahliye taahhüdünün verilmesidir. Tahliye taahhüdünün kira sözleşmesinin akdedildiği tarihten daha sonra arabuluculuk anlaşma belgesiyle verilmiş olması, tarih noktasında yaşanabilecek sorunların önüne geçmekte ve bu yazılı taahhüdü bu açıdan geçerli kılmaktadır. Bununla birlikte taraflar, daha önceki kira sözleşmesini ikale yapmak suretiyle ortadan kaldırmış ve arabuluculuk anlaşma belgesi ile yeni bir kira sözleşmesi akdetmiş ve bu esnada tahliye taahhüdü verilmesi de gündeme gelmişse bu hâlde söz konusu taahhüt geçersiz olmalıdır; zira bu hâlde taahhüt tarihi ile kira sözleşmesinin tarihi aynıdır.

Son olarak kiralananın **aile konutu** olması ihtimâlinin de ayrıca ele alınması gerekir. Aile konutu, eşlerin tüm yaşam aktivitelerini gerçekleştirdiği ve düzenli yerleşim amacıyla kullandıkları mekân olup, bu bağlamda önem arz eden şey konutun eylemli olarak aile konutu şeklinde kullanımınıdır¹¹². Aile konutu olarak kullanılmak amacıyla kiralanan taşınmazlarda, kiracı, eşinin açık rızası bulunmadıkça kira sözleşmesini feshedememektedir (TBK m. 349; TMK m. 194). Her ne kadar madde metninde fesih ibaresi yer alsa da öğretide, ikale yapmanın, tahliye davasını kabul etmenin, yazılı tahliye taahhüdü vermenin de eş rızasına bağlı olduğu kabul edilmektedir¹¹³. Arabuluculuk sürecinde de anlaşma belgesiyle ikale yapılacaksa ya da yukarıda değinildiği üzere tahliye taahhüdü verilmesi söz konusu olacaksa, kanaatimizce diğer eşin de

¹¹⁰ Tebliğ No: 2008-32/34.

¹¹¹ Aydemir, s. 274.

¹¹² Akgün Akay, Merve. *Konut ve Çatılı İşyeri Kira Sözleşmelerine Özgü Sona Erme Sebepleri*, I. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2017, s. 31.

¹¹³ Kırmızı, s. 384; Akgün Akay, s. 33.

rızasının aranması bu konuda ileride doğabilecek uyuşmazlıkların da önüne geçilmesi hususunda önem arz eder. Burada müzakere masasında tarafların rızası ve bilgisi dâhilinde eşin de yer alması sağlanmalıdır. Aynı şekilde kiracı olmayan eş, kiraya verene bildirimde bulunmak suretiyle kira sözleşmesinin tarafı hâline gelebilmekte (TBK m. 349; TMK m. 194) ve bu şekilde bildirimde bulunan eş, müteselsil sorumluluk altına girmektedir (TMK m. 194). Bu hâlde de artık kira sözleşmesinin tarafı hâline gelmiş olan eşin rızası olmaksızın arabuluculuk sürecinde tahliye taahhüdü verilememelidir.

c. Anlaşma Belgesinin İcrası

Müzakereler neticesinde taraflar anlaşmış ve hazırlanan anlaşma belgesinin icrası gündeme gelmiş olabilir. Kira uyuşmazlıklarında arabuluculuk faaliyeti neticesinde düzenlenen anlaşma belgesinin icra edilebilirliğine ilişkin şerhin alınması zorunlu olup bu şerh arabulucunun görev yaptığı yer sulh hukuk mahkemesinden alınır (HUAK m. 18/B f. (3)). Bu uyuşmazlıklar açısından taraflar ve avukatları ile arabulucunun birlikte imzaladıkları¹¹⁴ anlaşma belgesi açısından dahi icra edilebilirlik şerhi alınması zorunludur. İcra edilebilirlik şerhinin alınması, çekişmesiz yargı işi olup buna yönelik incelemeler dosya üzerinden yapılmaktadır (HUAK m. 18 f. (3)).

Anlaşma belgelerinde tarafların hak ve yükümlülükleri tek tek icraya elverişli olacak şekilde ayrıntılı olarak yer almalıdır. Hâkim icra edilebilirlik şerhi verilmesi sırasında yapacağı denetimde, kira hukukunda öngörülen emredici nitelikteki kanuni düzenlemeleri de göz önünde bulundurmaya zorundadır. İcra edilebilirlik şerhini ihtiva eden anlaşma, ilam niteliğinde belge sayılır (HUAK m. 18 f. 2) ve ilamlı icra hükümleri çerçevesinde icra edilir.

Dava açılmadan önce, tarafların anlaşmak ve sonrasında icra edilebilirlik şerhi almak suretiyle uyuşmazlıklarını çözdükten sonra, aynı uyuşmazlığı davaya konu kılabilmesi mümkün değildir. Bu bağlamda anlaşma belgesi, ilam niteliğinde belge sayıldığından açılan davanın da hukuki yarar eksikliği sebebiyle usûlden reddi gerekir¹¹⁵. İrade sakatlığı hâlinde ise genel hükümler uyarınca anlaşma belgesinin iptali sağlanabilir.

d. Arabuluculuk Ücreti

Arabuluculuk faaliyeti neticesinde arabulucu, emeğinin karşılığı olarak bir ücrete hak kazanmaktadır. Bu ücret, uyuşmazlığın türüne göre Tarife'de farklılaşabilmektedir. Kira uyuşmazlıklarında arabuluculuk ücretinin nasıl belirleneceğine ilişkin olarak Arabuluculuk Daire Başkanlığının görüşü¹¹⁶, kira uyuşmazlıklarında arabuluculuk ücreti belirlenirken, Tarifenin Birinci Kısımındaki diğer tür uyuşmazlıklara ilişkin saatlik ücretin uygulanabileceği yönündedir.

Belirli durumlarda arabuluculuk ücreti Bakanlık bütçesinden karşılanmaktadır. Arabuluculuk faaliyetinin sonunda taraflara ulaşamadıysa, taraflar katılım sağlamadığı için görüşme yapılamadıysa yahut iki saatten daha az süren görüşmeler neticesinde taraflar anlaşamadıysa, iki saatlik ücret tutarı Tarifenin Birinci Kısımına göre Adalet Bakanlığı bütçesinden

¹¹⁴ HUAK m. 18 f. (4) “Kanunlarda icra edilebilirlik şerhi alınmasının zorunlu kılındığı haller hariç, taraflar ve avukatları ile arabulucunun, ticari uyuşmazlıklar bakımından ise avukatlar ile arabulucunun birlikte imzaladıkları anlaşma belgesi, icra edilebilirlik şerhi aranmaksızın ilam niteliğinde belge sayılır”. Kira ilişkisinden kaynaklı uyuşmazlıklar ise maddede anılan istisnalar kapsamında yer almaktadır.

¹¹⁵ Erdoğan/Erzurumlu, Rapor, s. 25.

¹¹⁶ <https://adb.adalet.gov.tr/Resimler/SayfaDokuman/120920231550208.pdf> (Erişim Tarihi: 14.09.2023)

karşılanmaktadır. Bununla birlikte bütçeden ödenen bu ücret yargılama giderlerinden sayılmaktadır (HUAK m .18/A f. 13). Bu çerçevede örneğin, tarafların anlaşamaması ihtimalinde arabulucuya devlet tarafından, Adalet Bakanlığı bütçesinden ödenecek olan ücret, 2023 yılı eylül ayında 1.920 Türk lirasına tekabül etmektedir.

Yürütülen arabuluculuk faaliyeti neticesinde tarafların anlaşması ihtimalinde arabulucunun alacağı ücret, Tarife'nin İkinci Kısımına göre aksi kararlaştırılmadıkça taraflarca eşit olarak ödenir. Bununla birlikte ücret, Birinci Kısımda belirlenen iki saatlik ücrette az olamaz (HUAK m. 18/A f. 12). Bu çerçevede taraflar, arabulucunun ücretinin, yalnızca taraflardan birisi tarafından karşılanacağını kararlaştırabilecekleri gibi farklı bir şekilde de paylaşım öngörebilirler, bu hususta bir belirleme yapılmaması durumunda söz konusu ücret, taraflarca eşit olarak karşılanır¹¹⁷.

Konusu para olan veya parayla değerlendirilebilen bir uyuşmazlıkta anlaşma ihtimalinde ise arabuluculuk ücreti her koşulda bugün için (Eylül 2023) 1.920 Türk lirasından az olmamak kaydıyla ilk 100.000 Türk lirası için yüzde altı, sonrasında azalan oranlar üzerinden Tarifeye¹¹⁸ göre hesaplanır. Örneğin; beş yıldan uzun süreli bir kira sözleşmesinden kaynaklı uyuşmazlıkta taraflar yeni kira yılı için kira bedelinin aylık 8.000 Türk lirasından aylık 15.000 Türk lirasına çıkarılacağı yönünde anlaşma sağlamışsa; arabulucunun hak edeceği ücret, anlaşmayı oluşturan, iki kira bedeli aradaki farkın (7.000 Türk lirası) on iki ayla çarpılması ve tarifinin uygulanması şeklinde hesaplanmalıdır ki bugün için söz konusu uyuşmazlıkta 5.040 Türk liralık bir ücrete tekabül eder.

Bununla birlikte örneğin, üç yıllık kira sözleşmesinin olduğu bir uyuşmazlıkta tarafların mevcut sözleşmeyi ikale yapmak suretiyle ortadan kaldırdığı; tüm hak ve yükümlülükleri yeniden düzenlemenin yanında kira bedelini aylık 10.000 lira olarak belirlediği ve bu şekilde bir yıllık yeni kira sözleşmesi yaptığı ihtimâlde arabulucuya ödenecek ücret, aylık 10.000 Türk lirasının on iki ile çarpılması ve tarifinin uygulanması yoluyla hesaplanmalıdır. Bu ücret de bugün için (Eylül 2023) 7.000 Türk lirasına karşılık gelmektedir.

Konusu para olmayan veya parayla değerlendirilemeyen bir uyuşmazlıkta anlaşma ihtimalinde, arabulucuya ödenecek olan ücret Tarifinin Birinci Kısımında belirlenen iki saatlik ücret tutarından az olamayacağı esastan hareketle 1.920 Türk lirasıdır.

SONUÇ

7445 sayılı Kanun ile 6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu'na (HUAK) eklenen 18/B maddesi uyarınca kira ilişkilerinden kaynaklanan uyuşmazlıklarda arabuluculuğa başvuru bir dava şartı hâline getirilmiştir. Artan kira uyuşmazlıkları karşısında yargının iş yükünü de azaltma gayesi taşıyan bu düzenlemeler kanaatimizce olumludur. Zira her şeyden önce uyuşmazlıkların sulh ile çözülmesi davaya nazaran birçok avantajı bünyesinde barındırmakta ve toplumsal barışa hizmet etmektedir.

Taraflardan birisinin arabuluculuk bürosuna başvurusu, arabulucu tarafından asilin bilgilendirilmesi ve tarafların sürece daveti ile ilerleyen süreçte arabulucu, müzakere tekniklerinden de yararlanmak suretiyle tarafların uyuşmazlıklarını kendilerinin çözmesine

¹¹⁷ Erdoğan/Erzurumlu, Rapor, s. 26.

¹¹⁸ 2023 yılı Arabuluculuk Asgari Ücret Tarifesi için bkz. Resmî Gazete, Sayı: 31973, T. 04.10.2022.

yardımcı olur. Kira uyuşmazlıkları açısından tarafların doğru tespiti ve sürece katılmaları müzakerelerin olumlu neticelenmesi yanında olası anlaşmanın icrası açısından önem arz etmektedir.

Arabulucuya başvuruyu gerçekleştirecek olan tarafların kira uyuşmazlıkları açısından Türk Borçlar Kanunu'nda öngörülen süreler dikkat etmesinin ayrı bir önemi haizdir. Kira hukukunda, TBK m. 350 hükmünde olduğu gibi, öngörülen süreler göz ardı edilmeksizin ilgili başvurular gerçekleştirilmelidir. Büroya başvuru anından itibaren söz konusu süreler durur ve son tutanağın düzenlenmesi ve arabuluculuk sürecinin sona ermesiyle işlemeye devam eder. Mevzuatta öngörülen bu süreler riayet edilmemesi uygulamada hak kayıplarına sebebiyet verebilir.

Kiracı aleyhine düzenleme yasağına ilişkin TBK 'nın 346. maddesi, anlaşma belgelerinin hazırlanması açısından önem arz etmektedir. Bu noktada konut ve çatılı işyerleri açısından ceza koşulu öngörülmesi ve muacceliyete ilişkin anlaşmalar geçersizdir.

Müzakereler neticesinde anlaşma için kiracının yeni sözleşmede güvence bedeli vermesi gündeme geldiğinde bu güvencenin üç aylık kira bedelinden fazla kararlaştırılabilmesi mümkün değildir.

Yenilenen kira döneminde bedelde anlaşamayan tarafların talebiyle başlayan arabuluculuk faaliyeti neticesinde kira bedelinin belirlenmesi gerektiğinde Türk Borçlar Kanunu'nun 344. maddesi göz önünde bulundurulmak zorundadır. Konut kiralari açısından TBK'nın geçici 2. maddesinde de bu konuda adeta TÜFE oranını ikame edecek şekilde getirilen yüzde yirmi beşlik sınır olası anlaşmalar açısından önemli bir sorun yaratmaktadır. Zira arabuluculuk anlaşma belgesiyle yapılacak bir kira sözleşmesiyle de esasında bu sınır aşılamayacaktır. Örneğin, tarafların sadece bu oranları aşmak ve daha yüksek bir bedel belirlemek için ilk kira sözleşmesini ikale ile ortadan kaldırıp anlaşma belgesiyle yeni bir kira sözleşmesi yapmaları söz konusu olduğunda somut olay özelinde kanuna karşı hile durumunun tartışılması kaçınılmazdır. Bununla birlikte beş yılın sonunda ve normal koşullarda hâkimden kira bedelinin belirlenmesi istenebilecek olan ihtimallerde ise kanaatimizce tarafların müzakere ve anlaşma ihtimalleri söz konusu sınırlamalarla bağlı kalınmayacağından daha fazladır.

Taraflar, arabuluculuk anlaşma belgesinden yararlanarak kira sözleşmesinin dava yoluyla sona erdirilmesi noktasında kiracının aleyhine olacak şekilde yeni sebepler ekleyemez. Kural olarak kira bedeli yabancı para olarak belirlenebilse de Türk Parasının Kıymetini Koruma Hakkında 32 sayılı Karara ilişkin Tebliğ dolayısıyla Türkiye'de yerleşik kişilerin kendi aralarında yapacakları; konusunu yurt içinde bulunan taşınmazların oluşturduğu, konut ve çatılı iş yerleri dâhil taşınmaz kiralama sözleşmelerinde, kira bedelini ve ödemeye ilişkin diğer yükümlülüklerini döviz cinsinden yahut dövize endekslı bir şekilde kararlaştırabilmeleri mümkün değildir. Bu kurala anlaşma belgesiyle yeni bir taşınmaz kira sözleşmesi yapılması ihtimalinde de riayet edilmelidir.

Anlaşma belgesiyle tahliye taahhüdü verilmesi de uygulamada sıklıkla gündeme gelebilecek sorunlar arasında yer almaktadır. Taraflar uyuşmazlığın doğduğu kira sözleşmesini ikale yapmak suretiyle ortadan kaldırmak ve arabuluculuk anlaşma belgesi ile yeni bir kira sözleşmesi akdetmek istemişse ve bu sırada tahliye taahhüdü verilmesi de gündeme gelmişse kanaatimizce tahliye taahhüdü geçersiz olmalıdır. Bu konuda tahliye taahhüdünde tarihe yönelik sınırlamalara riayet edilmelidir.

Tarafların uyuşmazlığının kaynaklandığı taşınmaz aile konutu niteliğinde ise hem tahliye taahhüdü verilmesi hem de ikale ile sözleşmenin sona erdirilmesi noktasında eşin rızası aranacağından kendisinin de sürece dahil edilmesi gerekir.

Nihayetinde tarafların bir araya gelerek müzakere etmek suretiyle uyuşmazlıklarını çözmesi arabuluculuk sürecindeki en büyük beklentidir. Son dönemde artan kira uyuşmazlıklarının tarafların bir araya getirilmesi suretiyle çözülebilmesi toplumsal barışın tesisi bakımından önemlidir. Bununla birlikte mevzuatta öngörülen sınırlamaların çokluğu, bu alanda gerçekleşecek anlaşmaları zorlaştıracak unsurlar olarak karşımıza çıkmaktadır. Özellikle konut ve çatılı işyerleri açısından emredici nitelikteki düzenlemelerin varlığı, müzakereler neticesinde bir anlaşmaya varılabilmesi önünde bazı zorluklara sebebiyet vermektedir. Nihayetinde ilamlı icra hükümlerinden yararlanabilme noktasında anlaşma belgesi için icra edilebilirlik şerhi alınmak istendiğinde, incelemeyi gerçekleştirecek olan hâkim bu emredici düzenlemeleri de gözetmek zorundadır. Değinilen emredici düzenlemelerin arabulucu önünde yapılacak bir anlaşmayla aşılması çalışılması ise yeni sorunlara sebebiyet verebilir.

KAYNAKÇA

Akgün Akay, Merve. *Konut ve Çatılı İşyeri Kira Sözleşmelerine Özgü Sona Erme Sebepleri*, I. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2017.

Akkan, Mine. *Pekcanitez Usûl Medenî Usûl Hukuku*, C. I, 15. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2017.

Arbek, Ömer. *Fikir ve Sanat Eserlerine İlişkin Lisans Sözleşmesi*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2008.

Arslan, Ramazan/Yılmaz, Ejder/Taşpınar Ayvaz, Sema/Hanağası, Emel. *İcra ve İflâs Hukuku*, 7. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2021.

Atalı, Murat. “Zorunlu Arabuluculuğun Yargılama Hukuku Bakımından Ortaya Çıkardığı Sorunlar”, *Arabuluculuğun Geliştirilmesi Uluslararası Sempozyumu*, Pozitif, Ankara 2018, s. 137-154.

Atalı, Murat/Ermenek, İbrahim/Erdoğan, Ersin. *İcra ve İflâs Hukuku*, 7. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2023.

Atalı, Murat/Ermenek İbrahim/Erdoğan Ersin. *Medenî Usûl Hukuku*, 6. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2023.

Ayan, Serkan. “Kiracının Kira Sözleşmesinden Doğan Borçlarının Kefaletle Teminat Altına Alınması”, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Prof. Dr. Şeref Ertaş’a Armağan, C. 19, Özel S., 2017, s. 295-348.

Aydemir, Efrail. *Türk Borçlar Yasasına Göre Kira Hukuku*, 4. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2016.

Aydıncık, Şirin. *Fikrî Haklara İlişkin Lisans Sözleşmeleri*, Arıkan Yayıncılık, İstanbul, 2006.

Aydoğdu, Murat, “Konut ve Çatılı İşyeri Kirası Sözleşmelerinde Kiracının Güvence Verme Borcu”, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 14, S. 1, 2012, s. 1-53.

Bahadır, Zeynep. “Uzman Arabuluculuk Uygulamasının Yaratacağı Usûlî Sorunlar”, 7. *Uluslararası Asos Congress Hukuk Sempozyumu*, Asos Yayınevi, 2021, s. 394. ss. 387-398.

Bayram, Aziz Erman. “Birlikte Kira”, *Ankara Barosu Dergisi*, C. 79, S. I, 2019, s. 89 – 154.

Ceran, Mithat. *Kira Sözleşmesi Tahliye*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2012.

- Çolak, Uğur. *Türk Marka Hukuku*, 4. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2018.
- Daşlı, Engin. *6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Hükümlerine Göre Kira Sözleşmesinin Feshi*, 1. Baskı, Aristo Yayınevi, Erzincan, 2017.
- Erdoğan Ersin/Erzurumlu Nurbanu. “İş Mahkemeleri Kanun Tasarısı Taslağı Hakkında Bazı Düşünceler”, *İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi*, C. 13, S. 52, 2016, s. 1861 - 1911 (İş Mahkemeleri).
- Erdoğan, Ersin/Erzurumlu Nurbanu. “Hukuk Uyuşmazlıklarında Türkiye’nin Arabuluculuk Tecrübesi ve Zorunlu Arabuluculuk Taslağı”, Rapor, Seta Yayınları, 2016 (Rapor).
- Eminoğlu, Cafer/Korkmaz, Cansu. “Marka Hakkına Tecavülden Doğan Uyuşmazlıkların Arabuluculuğa Elverişliliği”, *Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 26, S. 1, 2022, s. 291-328.
- Eminoğlu, Cafer/Erdoğan, Ersin. *Ticari Uyuşmazlıklarda İhtiyari ve Dava Şartı (Zorunlu) Arabuluculuk*, 1. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2020.
- Eren, Fikret. *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, 4. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2017.
- Ermenek, İbrahim. *Arabuluculuk Sürecinde Zayıf Tarafın Korunması*, 1. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2021.
- Ermenek, İbrahim. “Dava Şartının Arabulucu Tarafından Kendiliğinden Dikkate Alınması Sorunu ve Bu Kapsamda Yapılan Hataların Düzeltilmesi”, *Yargıtay Dergisi*, C. 46, S. 4, 2020, s. 1017-1062 (Dava Şartının Arabulucu Tarafından Kendiliğinden Dikkate Alınması Sorunu)
- Gümüş, Mustafa Alper. “Yeni” 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu’na Göre Kira Sözleşmesi, 2. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2012.
- İnceoğlu, M. Murat. *Kira Hukuku*, C. I, 1. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2014.
- Kaya, Ümmühan. *Türk Hukukunda Kiraya Verenın Kiralananın Ayıplarından Sorumluluğu*, 1. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2014.
- Kılıçoğlu, Ahmet M. *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 25. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2021.
- Kırmızı, Mustafa. *Konut ve Çatılı İşyeri Kiraları*, 1. Baskı, Bilge Yayınevi, Ankara, 2013.
- Korkmaz, Cansu. “Davaların Yığılmasında Dava Şartı Arabuluculuk İncelemesi”, *Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi*, Prof. Dr. M. Fatih UŞAN’a Dekanlıkta 10. Yıl Anısına Teşekkür Armağanı, Y. 7, S. 2, 2022, s. 1365-1406.
- Korkmaz, Cansu. *Sınaî Mülkiyet Haklarının Haczi ve Paraya Çevrilmesi*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2023.
- Kurt Konca, Nesibe. “Ticari Uyuşmazlıklarda Dava Şartı (Zorunlu) Arabuluculuk”, *SETA Perspektif*, S. 225, 2018, s. 1-6.
- Nomer, Halûk N., *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 15. Baskı, Beta Yayınevi, İstanbul, 2017.
- Oğuzman M. Kemal/Barlas Nami. *Medenî Hukuk*, 20. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2014.
- Özaltuğ, Alparslan. “Ecrimisilin Hukuki Niteliği”, *Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 18, S. 2, 2021, s. 1407-1422.
- Özbay, İbrahim. “Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yöntemleri”, *Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 10, S. 3-4, 2006.
- Özbek, Mustafa. “Avrupa Konseyi Arabuluculuk Yönergesi Önerisi”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 56, S. I, 2007, s. 183-231.
- Özdoğan, Mustafa/Oymak, Tuba. *6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu’nda Kira*, 1. Baskı, Bilge Yayınevi, Ankara, 2013.

- Özel, Çağlar. *Marka Lisans Sözleşmesi*, 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2015.
- Sarı, Onur. *Patent Lisans Sözleşmeleri*, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2019.
- Suluk, Cahit/Karasu, Rauf/Nal, Temel. *Fikrî Mülkiyet Hukuku*, 6. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2022.
- Tanrıver, Süha. “Hukuk Uyuşmazlıkları Bağlamında Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları ve Özellikle Arabuluculuk”, *TBB Dergisi*, S. 64, 2006, s. 151-177.
- Tanrıver, Süha. *Medenî Usûl Hukuku*, C. I, Yetkin Yayınları, Ankara, 2020.
- Tanrıver, Süha. *Hukuk Uyuşmazlıkları Bağlamında Arabuluculuk*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2020 (Arabuluculuk).
- Tekinalp, Ünal. *Fikrî Mülkiyet Hukuku*, 5. Baskı, İstanbul, 2012.
- Tombaloğlu, M. Lütfi. *Kira Sözleşmesinden Kaynaklanan Uyuşmazlıklar*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2015.
- Tuğ, Mehmet Arif. “Kira Sözleşmelerinden Kaynaklanan Ticari Davalarda Görevli Mahkeme”, *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 29, S. 3, 2021, s. 1897-1921.
- Ural Çınar, Nihal. *Türk Borçlar Kanunu'nda Düzenlenen Kira Sözleşmelerinde Kira Bedelinin Ödenmemesi ve Hukuki Sonuçları*, 1. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2014.
- Yavuz, Nihat. *Yeni TBK ve HMK'ya Göre Kira Hukuku*, 3. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2014.
- Yener, Mehmet Deniz. “Kefilin Sorumluluğunun Kapsamı ve 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu ile Yapılan Değişiklikler”, *Finansal Araştırmalar ve Çalışmalar Dergisi*, C. 3, S. 7, 2012, s. 105-114.
- Yıldız, Şükrü. “Taşınmaz Sımsarlığı Sözleşmesinin Şekli ve Şekle Uyulmamasının Hukuki Sonuçları”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, S. 3, 2016, s. 3045-3061.

İçtihat Temelinde Çevre Davalarında Menfaat İhlali*

Selman Sacit BOZ 

Dr. Öğr. Üyesi, Selçuk Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, İdare Hukuku Anabilim Dalı, Konya, Türkiye
selmansacitboz@gmail.com

Makale Bilgileri	ÖZ
<p>Makale Geçmişi Geliş: 18.10.2023 Kabul: 27.12.2023 Yayın: 28.12.2023</p> <p>Anahtar Kelimeler: Çevre hakkı, Çevrenin korunması, İptal davası, Subjektif ehliyet, Menfaat ihlali.</p>	<p>İdari bir işleme karşı iptal davası açılabilmesi için davacının söz konusu işlemde menfaatinin ihlal edilmesi gerekir. Menfaat ihlalinin tanımı mevzuatta yer almamaktadır. Doktrin görüşleri ve içtihatla içeriği belirlenen menfaatin, “kişisel”, “güncel (aktüel)”, “meşru” ve “ciddi (makul)” olması gerekir.</p> <p>Her somut iptal davası özelinde, menfaat ihlalinin bu özellikleri ihtiva edip etmediği idari yargı organları tarafından re’sen incelenmektedir. Menfaat ihlali koşulunu sağlamayan davaların ehliyet yönünden reddedilmesi, kamu hizmetinin dava tehdidi ile aksatılmasını engelleyerek idari istikrar ilkesinin gerçekleşmesine hizmet etmektedir. Bu açıdan subjektif ehliyete yönelik İdari Yargılama Usulü Kanunu ile öngörülen bu sınırlama, idari işlemin hukuka aykırı olsa dahi herkes tarafından değil ancak o işlemde menfaati ihlal edilen kişilerce dava edilebilmesini öngörmektedir.</p> <p>İdari yargıda subjektif ehliyet olarak ifade edilen menfaat ihlali, bazı davalarda daha dar, bazı davalarda daha geniş bir yoruma tabi tutulmaktadır. Çevreyi ilgilendiren iptal davalarında menfaat ihlali koşulunun geniş olarak yorumlandığı bilinmektedir. İdari yargı organları başta Anayasa ve Çevre Kanunu olmak üzere kanun koyucunun iradesine dayanarak bu yorumu yapmaktadır. Nitekim sağlıklı ve dengeli bir çevrede yaşama hakkı, Anayasal düzeyde herkese tanınmıştır. Ayrıca çevre sağlığını koruma, çevreyi geliştirme ve çevre kirlenmesini engelleme devletin yanı sıra vatandaşlara da yüklenen anayasal bir ödevdir. Benzer şekilde Çevre Kanunu’nun amaçlarından biri de “bütün canlıların ortak varlığı olan çevrenin, sürdürülebilir çevre ve sürdürülebilir kalkınma ilkeleri doğrultusunda korunmasını sağlamak”tır. Diğer taraftan Çevre Kanunu’nda çevreyi kirlenmeye veya bozan bir faaliyetten zarar gören kişiler dışında böylesi bir durumdan haberdar olan herkesin ilgili makamlara başvurarak gereken önlemlerin alınmasını sağlama ya da faaliyetin durdurulmasını isteme hakkının bulunduğu hüküm altına alınmıştır.</p> <p>Bu makalede çevre davaları özelinde, menfaat ihlali kavramının anlam ve içeriğinin nasıl bir genişlemeye sahip olduğu, somut olaylardan hareketle ortaya konulmaya çalışılmıştır.</p>

Violation of Interest in Environmental Cases Based on Jurisprudence

Article Info	ABSTRACT
<p>Article History Received: 18.10.2023 Accepted: 27.12.2023 Published: 28.12.2023</p> <p>Keywords: Environmental right, Protection of the environment, Annulment lawsuit, Subjective capacity to sue, Violation of interest.</p>	<p>In order to file an annulment lawsuit against an administrative act, the plaintiff’s interest must be violated due to the action in question. The definition of violation of interest is not included in the legislation. The interest, the content of which is determined by doctrinal opinions and jurisprudence, must be “personal”, “current (actual)”, “legitimate” and “serious (reasonable)”.</p> <p>In each concrete annulment lawsuit, whether the violation of interest contains these features is examined ex officio by the administrative judicial bodies. Rejection of cases that do not meet the violation of interest condition, in terms of capacity, serves to realize the principle of administrative stability by preventing public services from being disrupted by the threat of lawsuits. In this respect, this limitation on subjective capacity to sue, stipulated by the Administrative Jurisdiction Procedures Law, stipulates that even if the administrative action is against the law, it can be sued not by everyone, but only by those whose interests are violated by that action. Violation of interest, expressed as subjective capacity to sue in administrative justice, is subject to a narrower interpretation in some cases and a broader interpretation in others.</p> <p>It is known that in annulment lawsuits concerning the environment, the violation of interest</p>

* Bu makale, 8-14 Şubat 2021 tarihleri arasında düzenlenen “Ufuk Üniversitesi Birinci Uluslararası Sosyal Bilimler Kongresi: 21. Yüzyılda Ekonomi, Siyaset ve Çevre Boyutlarıyla Dünya” isimli kongrede sözlü olarak sunulan ve özeti yayımlanan tebliğin güncellenerek genişletilmiş halidir.

condition is interpreted broadly. Administrative judicial bodies make this interpretation based on the will of the legislator, especially the Constitution and the Environmental Law. As a matter of fact, the right to live in a healthy and balanced environment is granted to everyone at the Constitutional level. In addition, protecting environmental health, improving the environment and preventing environmental pollution are constitutional duties imposed on citizens as well as the State. Similarly, one of the aims of the Environmental Law is to “ensure the protection of the environment, which is the common existence of all living things, in line with the principles of sustainable environment and sustainable development”. On the other hand, the Environmental Law stipulates that anyone who is aware of such a situation, except for those who are harmed by an activity that pollutes or degrades the environment, has the right to apply to the relevant authorities to ensure that the necessary precautions are taken or to request that the activity be stopped.

In this article, it has been tried to reveal how the meaning and content of the concept of violation of interest has expanded, specifically in environmental cases, based on concrete events.

Atf/Citation: Boz, S.S.(2023). İçtihat Temelinde Çevre Davalarında Menfaat İhlali, *Necmettin Erbakan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 6(2), s.881-927.

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



“This article is licensed under a [Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License](https://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0/) (CC BY-NC 4.0)”

Çalışmanın niteliğinin gerektirmesi sebebiyle derginin yazım kurallarında belirlenen kelime sınırının aşılmasına müsaade edilmiştir. **Necmettin Erbakan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Editörler Kurulu**

GİRİŞ

Canlıların sağlıklı bir hayat sürmeleri, temiz bir çevrede yaşamalarına bağlıdır. Temiz bir çevrenin varlığını temin etmek ise, devletlerin tek başına ülke sınırları içinde çözmeleri gereken bir sorun değildir. Nitekim çevre felaketinin etkileri, yaşandığı ülke sınırlarında kalmamakta öncelikle komşu ülkeleri, geniş ölçekte tüm dünyayı etkileyerek küresel çevre sorunlarına neden olabilmektedir.

Giderek artan çevre kirliliğiyle mücadele etmek, öncelikle devletlerin sorumluluğundadır. Ancak çevre konusunda bireylere de bazı görevler yüklenmektedir. Çevre kirliliğinin önlenmesinde bireylere düşen rollerden ilki, çevreyi kirletmemek, korumak ve geliştirmektir. Diğer taraftan bireylerin kendi eylemlerinden kaynaklamayan çevre sorunlarına, hukuksal başvuru yollarını kullanmak suretiyle engel olabilmeleri de mümkündür. Bu açıdan çevrenin korunması, geliştirilmesi, çevre kirliliğinin azaltılması hemen hemen tüm disiplinleri ilgilendirmekle birlikte sağlıklı bir çevrenin tesisi için belki de en etkili disiplin, hukuktur. Nitekim çevrenin korunması için faaliyet gösteren idari makamlardan sivil toplum kuruluşlarına kadar her oluşum hukukun öngördüğü çerçevede hareket alanına sahiptir.

Hukuki açıdan çevrenin korunmasında, yasama organı başat rolü üstlenmektedir. Diğer taraftan yargı organı da idari makamlarca çevreye ilişkin olarak tesis edilen tasarrufların (denetim, izin, teşvik, ruhsat gibi) hukuka uygunluğunu denetlemektedir. Yargı organı, idari tasarruflar sonucu ortaya çıkan zararların tazmin edilmesine karar verebilmektedir. Bunun yanı sıra, özellikle idari yargı organları, idarenin çevreyi olumsuz yönde etkileyen faaliyetlerinin iptal kararıyla ortadan kaldırmasını sağlayarak çevrenin korunmasında önemli bir görev icra eder. Ancak idari yargı organlarının, çevrenin korunmasında re'sen bir fonksiyon üstlenmesi mümkün değildir. Bu sebeple idari yargı organları aracılığıyla çevre sorunlarına yargısal bir müdahalede bulunulmasını sağlamak ancak kanunda öngörülen şartları taşıyan bir davanın açılması ile mümkündür.

I. İLGİLİ DÜZENLEMELERİN DEĞERLENDİRİLMESİ VE MENFAAT İHLALİ KAVRAMI

Çevrenin korunmasında iptal davası oldukça önemli bir fonksiyon icra etmektedir. İptal kararı, idare tarafından tesis edilen işlemin hiç yapılmamış hale getirerek işlemin ilk yapıldığı ana kadar tüm hüküm ve sonuçlarıyla ortadan kalkmasını sağlaması açısından oldukça önemlidir. Ancak iptal kararı işlemi geçmişe etkili bir şekilde sona erdirirken, işlemin sonuçlarının geçmişe etkili şekilde ortadan kalkmasını her zaman sağlayamamaktadır. Başka bir ifadeyle, hukuki olarak işlemin geçmişe etkili şekilde sona ermiş sayılması; fiili olarak bu işlemin sonuçlarını geçmişe etkili biçimde ortadan kaldırmamaktadır. Çevre hukuku açısından iptal davasının böyle bir sonucu bulunmaktadır. Örneğin kimyasal atık üreten bir fabrikaya ilişkin çevresel etki değerlendirme belgesinin iptali; fabrikanın faaliyeti boyunca çevreye verdiği zararı da geçmişe etkili şekilde ortadan kaldırmamakta, geleceğe yönelik olarak çevre kirliliğinin artarak devam etmesini engellemektedir. Bu kapsamda çevreye zarar veren bir faaliyetin, bireylerin girişimi ve yargı kararı ile önlenmesi mümkündür. Ancak bazı durumlarda iptal davasının ardından ayrıca ya da iptal davası ile birlikte tam yargı davasının da açılması, çevrenin korunması açısından gereklidir.

İptal davasının bu özelliği itibarıyla, bireyin öncelikle yaşadığı coğrafya olan Türkiye'de muhtemel bir çevre sorununa engel olması, bununla bağlantılı olarak uluslararası boyutta çevrenin

korunmasına hizmet edebilmesi mümkündür. Diğer taraftan, doğrudan ve yakın bir tehdit ya da tehlike olmadığı sürece bireylerin idari tasarruflara dava açması çok rastlanmayan bir durumdur. Bu noktada çevre örgütleri, siyasi partiler, sivil toplum kuruluşları, meslek odaları, dernek ve vakıflar ile bazı idari makamların çevrenin yargı aracılığı ile korunmasında rol üstlenmektedir¹. Gerek işlemin doğrudan muhatabı olan gerçek ve tüzel kişiler, gerekse işlemde dolaylı olarak etkilenenler tarafından açılan iptal davalarında, davacı ile işlem arasında İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 2. maddesi gereğince subjektif ehliyet koşulu olarak ifade edilen bir "menfaat ihlali"nin gerçekleşmesi zorunludur.

A. İdari Yargılama Usulü Kanunu'nda Yer Alan Düzenleme

Genel olarak idari yargıda davacı olabilmek için biri objektif diğeri subjektif olmak üzere iki tür ehliyet koşuluna haiz olunması gerekir. Objektif ehliyet, bilindiği üzere dava açabilme ve açılan davayı takip edebilme, yani davaya taraf olmayı ifade etmektedir. İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 31. maddesi ile objektif ehliyet konusunda Hukuk Muhakemeleri Kanunu'na atıfta bulunması dolayısıyla, medeni yargılamadaki ehliyet koşulu idari yargı açısından da geçerlidir. Başka bir ifadeyle, medeni yargılamadaki ehliyet koşulları idari yargıdaki objektif ehliyete karşılık gelmektedir. Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 50. maddesinde yer alan "medeni haklardan yararlanma ehliyetine sahip olan, davada taraf ehliyetine de sahiptir" ve 51. maddesinde yer alan "dava ehliyeti, medeni hakları kullanma ehliyetine göre belirlenir" hükümleri doğrultusunda iptal davalarında objektif ehliyet Türk Medeni Kanunu'nun hak ve fiil ehliyeti hükümlerine göre belirlenmektedir.

İptal davaları açısından subjektif ehliyet ise, idari yargıda kanunla özel olarak düzenlenen menfaat ihlalidir. İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun, 2. maddesinin birinci fıkrasının (a) bendine göre, iptal davası menfaatleri ihlal edilenler tarafından açılabilen davalardır².

1. 4001 sayılı Kanun'un Yürürlükte Olduğu Dönem

10.06.1994 tarih ve 4001 sayılı Kanun'la³ birlikte, Kanun'un 2. maddesinde değişikliğe gidilmiş, iptal davalarında subjektif ehliyet hak ihlali olarak belirlenmiş ancak "çevre, tarihi ve kültürel değerlerin korunması, imar uygulamaları gibi kamu yararını yakından ilgilendiren hususlar" bu kapsam dışında bırakılmıştır.

Bu değişiklikle birlikte, iptal davalarında subjektif ehliyet koşulu olarak aranan menfaat ihlali daha dar bir kapsama sahip olan kişisel hak ihlali olarak kabul edilmiştir. Ancak "çevre, tarihi ve kültürel değerlerin korunması, imar uygulamaları gibi kamu yararını yakından ilgilendiren hususlar" açısından hak ihlali kıstası aranmamıştır. Buna göre, çevrenin korunmasında

¹ Örgütlü hareket edebilme kabiliyeti bulunan varlıklar, bireylerin ferdi olarak karşılaştığı güçlükleri daha kolay aşabilmeleri sebebiyle hak arama hürriyetini daha efektif kullanabilen önemli vasıtalar, D10D, 20.11.2012, E. 2012/703, K. 2012/5849.

² İdari Yargılama Usulü Kanununun ilk halinde, 2/a maddesi, "İdari işlemler hakkında yetki, şekil, sebep, konu ve maksat yönlerinden biri ile hukuka aykırı olduklarından dolayı iptalleri için menfaatleri ihlal edilenler tarafından açılan iptal davaları" şeklindedir, Resmi Gazete, 20 Ocak 1982, S. 17580.

³ Kanunun 2/a maddesi, "İdari işlemler hakkında yetki, şekil, sebep, konu ve maksat yönlerinden biri ile hukuka aykırı olduklarından dolayı iptalleri için, çevre, tarihi ve kültürel değerlerin korunması, imar uygulamaları gibi kamu yararını yakından ilgilendiren hususlar hariç olmak üzere, kişisel hakları ihlal edilenler tarafından açılan iptal davaları" şeklinde değiştirilmiştir, İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun Bazı Maddelerinin Değiştirilmesi Hakkında Kanun, Resmi Gazete, 18 Haziran 1994, S. 21964.

kamu yararının bulunduğu kanun koyucu tarafından açıkça zikredilmiştir. Ayrıca kamu yararı bulunan konular sınırlı sayıda belirlenmemiş, “gibi” edatı ile kamu yararını yakından ilgilendiren başkaca konularda da hak ihlali şartı bulunmaksızın dava açabilme imkânı getirilmiştir. Bu açıdan kamu yararını yakından ilgilendiren hususların ne olduğunu belirleme işlevi de idari yargı makamlarına bırakılmıştır. Diğer taraftan söz konusu değişiklikte kamu yararını yakından ilgilendiren hususlarda hak ihlali şartı kaldırılmasına rağmen menfaat ihlali şartı da getirilmemiştir. Başka bir ifadeyle, bu değişiklikte birlikte, kamu yararını yakından ilgilendiren bir tasarrufa karşı, özel bir ehliyet şartı aramaksızın herkesin dava açabilme hakkı bulunmaktaydı. Kamu yararını yakından ilgilendirmeyen hususlarda iptal davası açabilme şartının ağırlaştırılması ancak kamu yararını yakından ilgilendiren hususlar açısından ise hiçbir şartın aranmaması sebepleriyle ilgili değişiklik eleştirilmiştir⁴.

Nitekim kamu yararını ilgilendiren tasarrufun ne olduğu önce davacı tarafından tayin edilmekte ve bu belirlemeye göre dava açılmaktadır. Davanın açılmasının ardından yargı yeri dava konusu edilen işlemin kamu yararını ilgilendirip ilgilendirmediği tespit ettikten sonra yargılamaya devam etmektedir. Yargı dava konusu edilen işlemin kamu yararını ilgilendirmediğini belirlemesi durumunda davayı ehliyet yönünden reddetmekte, aksi durumda dilekçeler teatisi aşamasına geçmektedir. Böylesi bir uygulama öncelikle yargının iş yükünü oldukça arttıracak bir potansiyeli taşımaktadır. Diğer taraftan işlemlerle davacı arasında özel bir bağ bulunmasına gerek kalmaksızın davanın açılabilmesi de idarenin sürekli bir biçimde dava tehdidi altında kalmasına neden olarak idarenin sürekliliği ilkesinin uygulanmasını güçleştirecektir. Zira idare alınan kararın yargıya taşındığını öğrenince kararın iptal edilmesi ihtimaline binaen bu kararın üzerine yeni karar alarak kamusal faaliyeti devam ettirmede tereddüt yaşayacaktır.

2. Anayasa Mahkemesi'nin İptal Kararından Sonraki (Hâlihazırdaki) Dönem

Tütün Eksperleri Derneği'nce, Tekel Personelinin Yer ve Görev Değiştirme Suretiyle Atanmalarına İlişkin Yönetmeliği'nin bazı hükümlerinin iptali istenmiştir. Danıştay öncelikle davacı derneğin dava ehliyetinin bulunup bulunmadığının belirlenmesi gerektiğine karar vererek Anayasa Mahkemesi'ne somut norm denetimi ile başvuruda bulunmuştur. Başvuru İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 10.06.1994 tarih ve 4001 sayılı Kanun'un 1. maddesiyle değiştirilen 2. maddesinin 1. bendinin (a) alt bendinde yer alan “...kişisel hakları ihlal edilenler...” ibaresinin, Anayasa'nın 2., 36., 125. ve 142. maddelerine aykırılığı iddiasına dayanmaktadır⁵.

4001 sayılı Kanun değişikliğinden 15 ay sonra Anayasa Mahkemesi;

⁴ Gökalp Alica, Süheyla Suzan. “Çevrenin Korunmasına İlişkin İptal Davalarında Kişisel Menfaat Kavramı”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, S. 139, Y. 31, 2018, s. 171. Bu dönemde özel bir yetenek koşuluna kanunda yer verilmemesine rağmen yargının örtülü bir şekilde menfaat ihlalini aradığı ifade edilmektedir, Erhürman, Tufan. “Çevre Davalarında “Menfaat İhlali”: Danıştay ve KKTC Yüksek İdare Mahkemesi Kararları Üzerine Karşılaştırmalı Bir İnceleme”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 60, S. 3, 2011, s. 463.

⁵ İtiraz yoluna başvuran Danıştay 5. Dairesi hem iptal davalarında menfaat ihlali yerine hak ihlali şartının aranmasının hem de kamuyu yakından ilgilendiren davalarda subjektif bir ehliyet şartının aranmamasının hukuka aykırı olduğunu ileri sürmüştür. Kararda idarenin sürekli bir biçimde dava tehdidi ile karşı karşıya kalmasının ve idari işlemlerde istikrar ilkesinin temini amacıyla yapılan değişikliğin, birçok idari işleme dava açılmasını imkânsız hale getirerek idarenin yargısal denetiminin büyük ölçüde sınırlanıp kısıtlanmasına yol açarak hak arama hürriyetini düzenleyen Anayasa'nın 36. maddesinin ihlaline sebep olacağı vurgulanmıştır.

- Hak arama özgürlüğünü kısıtlanması ve çoğu idari işleme yargı yolunun kapatılması sonucunu doğuracağı,
- Askeri ve sivil idari yargı düzeni arasında ehliyet koşulu farklılığının bir izahının yapılamayacağı,
- Soyut, genel ve kişilik dışı niteliği haiz düzenleyici tasarruflara karşı, uygulanmalarını beklemeden dava açılmasının güçleşeceği ve bu sebeple yargı yolunun daralacağı,
- Diğer işlemler açısından ilgisi dahi olmayan kişilerce dava açması sonucunda idarenin sürekli biçimde dava tehdidi altında kalacağı ve bunun idarenin işleyişi olumsuz yönde etkileyip, yargının da iş yükünü arttıracığı gerekçeleriyle,

söz konusu değişikliğin Anayasa'nın 2. ve 36. maddelerine aykırı olduğuna karar vermiş ve kanun hükmünü iptal etmiştir. İptal kararı sonrası hukuksal boşluk oluşmaması ve anayasa koyucunun gerekli düzenlemeleri yapması amacıyla iptal kararının Resmi Gazetede yayımlanmasından başlayarak 3 ay sonra yürürlüğe gireceği kararlaştırılmıştır⁶.

Yasama organı Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararından yaklaşık 4 yıl geçtikten sonra anılan boşluğu dolduracak bir düzenleme yapabilmıştır⁷.

08.06.2000 tarih ve 4577 sayılı Kanun'un 5. maddesi ile İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 2. maddesinin (1) numaralı fıkrasının Anayasa Mahkemesi'nce iptal edilen (a) bendi "İdari işlemler hakkında yetki, şekil, sebep, konu ve maksat yönlerinden biri ile hukuka aykırı olduklarından dolayı iptalleri için menfaatleri ihlâl edilenler tarafından açılan iptal davaları" şeklinde Kanunun ilk halindeki şekliyle yeniden düzenlenmiştir.

Anayasa Mahkemesi'nin iptali sonrasında yeni yasal düzenleme yapılmadan önce (yasal boşluğun bulunduğu dönemde), 55 hektarlık bir alanın rekreasyon alanı olarak belirlenmesine yönelik Çevre Düzeni Planı Revizyonu'nun iptali istemiyle açılan bir davada ilk derece yargı yeri, davacının menfaat ihlalini belde sakini sıfatına değil, mülkiyet iddiasına dayandırması ve mülkiyete ilişkin uyuşmazlığın adli yargı yerince henüz karara bağlanmadığı gerekçesiyle ehliyet yönünden davayı reddetmiştir. Kararın temyizi üzerine Danıştay, iptal davalarında davacı ile idari işlem arasında ciddi ve makul yahut maddi ve manevi bir ilişkisinin bulunmasını dava açma ehliyetinin varlığı için yeterli olduğuna karar vermiştir. Karara göre, iptal davaları idari işlemlerin

⁶ AYM, 21.09.1995, E. 1995/27, K. 1995/47. Yüksek mahkemenin bu kararı, kanun koyucunun müdahale edemeyeceği "zırlı bir özün" varlığı olarak kabul edilmekte ve idarenin yargısal denetiminin hiçbir gerekçeyle engellenemeyeceğine işaret etmektedir, Altundış, Mehmet. "İdari Yargıda Dava Açma Ehliyeti", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, S. 69, 2007, s. 353.

⁷ "Anayasa Mahkemesi'nin, yukarıda belirtilen iptal kararından sonra bu konuda yeni bir düzenleme yapılmamakla birlikte; iptal davasının içtihat ve doktrinde belirlenen hukuki nitelikleri göz önüne alındığında, idare hukuku alanında tek taraflı irade açıklamasıyla kesin ve yürütülmesi zorunlu nitelikte tesis edilen idari işlemlerin, bu idari işlemlerle kişisel, meşru ve güncel bir menfaat ilgisi olanlar tarafından iptal davasına konu edilebileceğinin kabulü zorunludur. Taraf ilişkisinin kurulması için gerekli olan kişisel, meşru ve güncel bir menfaat alakasının varlığı, davanın niteliğine ve özelliğine göre idari yargı yerlerince belirlenmekte, davacının idari işlemle ciddi ve makul, maddi ve manevi bir ilişkisinin bulunduğuun anlaşılması, dava açma ehliyeti için yeterli sayılmaktadır", DİDDK, 26.05.2000, E. 1999/390, K. 2000/761. Yasal boşluk döneminde yargı "iptal davalarının bugüne kadar gelen ve yargı yerlerince genel kabul gören teorisi" şeklindeki açıklamayla önceki içtihatlarından hareketle hüküm kurmuştur, Erhürman, s. 462.

hukuka uygunluğunu belirleyen, hukukun üstünlüğü ilkesinin gerçekleşmesini sağlayan ve idarenin hukuka bağlılığını temin eden bir fonksiyon icra etmektedir. Bu açıdan idari işlemle davacı arasında aranan menfaat ilişkisi dar yorumlanmaması gerekir. Bu gerekçelerle davacıların dava konusu taşınmazları uzun süredir kültür tarım arazisi olarak kullanmaları, taşınmazlara ilişkin mülkiyet konusundaki uyuşmazlığının adli yargıda dava konusu edilmesi ve bu taşınmazların dava konusu işlemle rekreasyon alanı içine alınması, ciddi ve makul bir menfaat ilgisinin kurulabilmesi için yeterli olduğuna karar verilmiştir⁸. Henüz mülkiyeti kendisine geçmemiş kişinin açtığı bir davada ehliyetinin bulunduğunu kabul etmesi açısından söz konusu dava önem arz etmektedir. Bu davada, iptal kararının idareyi hukuka uygun davranmaya sevk edecek olması menfaat ihlalinin geniş olarak yorumlanmasına sebebiyet vermiştir⁹.

Yasal boşluğun olduğu dönemde, bir çimento şirketinin satışına ilişkin Özelleştirme Yüksek Kurulu işleminin iptali talebiyle Kamu İşletmeciliğini Geliştirme Merkezi Vakfı (KİGEM) tarafından dava açılmıştır. Davada, özelleştirme uygulama işlemlerin iptali istemiyle dava açabilmek için davacının meşru, kişisel ve güncel bir menfaatini etkilenmesi gerektiği vurgulandıktan sonra davacı vakfın amaçların biri olan özelleştirme uygulamalarının izlenmesi ve değerlendirilmesi yönündeki ibarenin davacıya dava açma ehliyeti kazandıramayacağına karar verilmiştir¹⁰. Ancak yasal boşluğun doldurulduğu daha sonraki bir dönemde, davalı idare ile diğer taraf arasında doğalgaz ile çalışan termik santral kurma ve işletme konusunda imzalanan sözleşmenin iptali talebiyle KİGEM tarafından açılan başka bir davada, vakfın genel amaçları arasında özelleştirme uygulamalarını yargıya taşımaları hususunda hüküm bulunduğu ve bu gerekçeyle menfaat ihlalinin bulunduğu karar verilmiştir¹¹. Bu açıdan davacısı aynı olan benzer durumlardaki olaylarda, yargının subjektif ehliyeti belirlerken tutarlı hareket etmediğini ifade etmek mümkündür. Vakfın iradesi ile kolayca değişebilen vakıf amaçlarını dikkate alarak böylesi bir ayrıma gidilmesinin de iptal davasının varlık amacıyla uyumlu olmadığı düşünülmektedir. Ayrıca subjektif ehliyetin idari işlemin hukuka uygun olup olmamasıyla ilgisi bulunmamaktadır. Bu açıdan dava konusu işlem ile hiçbir ilgisi bulunmayan kişilerin davacı konumunda bulunmasını engelleme amacı taşıyan bu koşulun, benzer nitelikteki uyuşmazlıklarda farklı değerlendirilmesi de yargının, davanın esası hakkında karar alma çekincesinden kaynaklandığını belirtmek mümkündür.

B. Çevre Hakkına İlişkin Anayasal ve Yasal Düzenleme

Anayasa'nın 56. maddesinde sağlıklı ve dengeli bir çevrede yaşama hakkına herkesin sahip olduğu ve buna ilaveten çevreyi geliştirme, çevre sağlığını koruma ve çevre kirlenmesini önleme hususlarının devletin ve vatandaşların ödevi olduğu düzenleme altına alınmıştır. Çevre

⁸ D6D, 17.12.1996, E. 1996/902, K. 1996/5819 kararı DİDDK, 13.06.1997 E. 1997/195, K. 1997/400 kararı ile bozulmuştur. Benzer içtihadın yasal boşluk döneminde diğer uyuşmazlıklarda benimsendiği görülmektedir. Ayrıntılı bilgi için bkz. D10D, 28.12.1998, E. 1998/3993, K. 1998/7250. D10D, 15.02.1999, E. 1998/5643, K. 1999/502. Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararının "kişisel hak ihlali" şeklindeki tanıma ilişkin olduğu, dava açılabilirlik şartlarından olan "menfaat ihlali" şartını ortadan kaldırmadığı hükme bağlanmıştır, D4D, 08.10.1998, E. 1998/4054, K. 1998/3514.

⁹ DİDDK 26.05.2000, E. 1999/390, K. 2000/761.

¹⁰ Edirne İM 10.03.1998, E. 1997/478, K. 1998/154 iptal kararı D10D, 28.12.1998, E. 1998/3993, K. 1998/7250 kararıyla vakıf senedinde yer alan amacın menfaat ihlaline tek başına sebebiyet veremeyeceği gerekçesiyle bozulmuştur.

¹¹ D10D 06.02.2002, E. 1999/2407, K. 2002/347.

Kanunu'nun 1. maddesinde ise, Kanun'un amacının¹² tüm canlıların müşterek varlığı olan çevrenin, sürdürülebilir çevre ve kalkınma ilkeleri kapsamında korunması olduğu hükme bağlanmıştır. Bu açıdan Anayasa'da çevre hakkı ve bu hakka ilişkin yükümlülükler hüküm altına alınmıştır. Anayasa'nın çevre hakkı ve çevrenin korunması ile ilgili hükümleri, 2872 sayılı Çevre Kanunu'nda bütüncül ve kapsayıcı bir şekilde düzenlenmiştir. Buna göre, sağlıklı ve dengeli bir çevrenin varlığı için süjesi herkes olan ve hem bir hak hem de bir ödev olarak çevre hakkı ihdas edilmiştir¹³. Çevre hakkının kapsamında yer alan hususlardan biri de çevrenin korunmasına yönelik yapılan yargısal başvurulardır.

Çevre davalarında genellikle subjektif ehliyet koşulu olan menfaat ihlali geniş yorumlanmaktadır¹⁴. Geniş yorumlamanın temel sebebi çevre hakkını düzenleyen Anayasa'nın 56. maddesindeki hükümdür. Bu hükme göre; "Herkes, sağlıklı ve dengeli bir çevrede yaşama hakkına sahiptir. Çevreyi geliştirmek, çevre sağlığını korumak ve çevre kirlenmesini önlemek devletin ve vatandaşların ödevidir". Maddede, gerçek-tüzel kişi ya da yabancı-vatandaş ayrımı gözetilmeksizin sağlıklı ve dengeli bir çevrede yaşamının herkese tanınmış bir hak olduğu görülmektedir. Ayrıca çevre sağlığının korunması, çevrenin geliştirilmesi ve çevre kirliliğinin önlenmesinde devletin yanı sıra vatandaşlara da ödev yüklenmiştir. Bu açıdan sağlıklı ve dengeli bir çevrede yaşama hakkı herkese tanınmış bir hak iken; geliştirme, korunma ve önleme yükümlülükleri sadece vatandaşa yüklenmiş bir ödev olarak karşımıza çıkmaktadır.

Çevreye ilişkin bir hakkın kullanımı, sadece o haktan doğrudan yararlanmayı değil bunun yanı sıra o hakkın öngördüğü faydadan gerektiği gibi yararlanılabilmek adına idari ve yargısal yollara başvurulabilmesini de ihtiva eder. Bu açıdan Anayasa'nın 56. maddesinde yer alan çevre hakkı ile çevrenin korunmasında, herkese, yargı yoluna başvuru imkânının tanındığı ifade edilebilir.

Çevre Kanunu'nun 30. maddesi, "Çevreyi kirleten veya bozan bir faaliyetten zarar gören veya haberdar olan herkes ilgili mercilere başvurarak faaliyetle ilgili gerekli önlemlerin alınmasını veya faaliyetin durdurulmasını isteyebilir" şeklindedir. Bu madde kapsamında yapılacak olan başvurularda, çevreyi kirleten ya da bozan bir faaliyetten dolayı doğrudan zarar görülmesi gerekmemektedir. Zarar gören kişilerin yanı sıra çevreyi kirleten ya da bozan faaliyetten haberdar olan kimseler dahi ilgili mercilere başvuruda bulunabilirler¹⁵. Ayrıca Çevre Kanunu'nun 3/a

¹² Çevre hukukunun amacı çevrenin korunmasıdır. Söz konusu koruma bazen sakınma bazen de iyileştirme ve geliştirme şeklinde zuhur eder, Yılmaz Turgut, Nükhet. *Çevre Politikası ve Hukuku*, 2. Baskı, İmaj Yayınevi, Ankara, 2012, s. 56. İptal davası ile çevrenin korunması sadece sakınma (çevrenin kirlenmesini önleme/engelleme) şeklinde ortaya çıkmaktadır.

¹³ Dünyada çevre hakkı anayasal olarak, çevre hakkı şeklinde, ödev şeklinde ve hem hak hem de ödev şeklinde olmak üzere üç biçimde düzenlenmiştir. Türkiye olduğu gibi Fransa, İspanya, Portekiz, Yunanistan, Bulgaristan, Finlandiya, Macaristan ve Amerika'nın bazı eyaletlerinde çevre hakkı ve ödevi şeklinde düzenleme yapılmıştır, Yılmaz Turgut, s. 75-76, dipnot 18.

¹⁴ Menfaat ihlalinin geniş ve özgürlükçü bir biçimde yorumlanması, mahkemeye erişim hakkını güvence altına alır, Akyılmaz, Bahtiyar / Sezginer, Murat / Kaya, Cemil. *Türk İdari Yargılama Hukuku*, 9. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2023, s. 291.

¹⁵ Bu düzenleme kapsamında açılacak davalarda hak ve menfaat ihlali koşulu aramadan herkesin yargısal başvuru hakkına sahip olduğu ifade edilmektedir, Güneş, Ahmet M. *Çevre Hukuku*, 3. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2020, s. 164.

maddesi ile idare, meslek odaları, birlikler ve sivil toplum kuruluşları başta olmak üzere herkese çevrenin korunması ve çevre kirliliğinin önlenmesi konusunda sorumluluk yüklenmiştir.

Gerek çevre hakkını düzenleyen anayasa hükmünde gerekse Çevre Kanunu'nda, sağlıklı bir çevrenin korunmasında ve çevre kirliliğinin önlenmesinde "herkese" gerekli mercilere başvurma hakkı tanınmıştır. Bu durum İdari Yargılama Usulü Kanunu'nda aranan menfaat ihlali koşulunun, çevre davalarını ilgilendiren uyuşmazlıklardaki niteliği hususunda farklı görüşlerin ileri sürülmesine sebep olmuştur. Çevre davalarında Yılmaz Turgut, "herkes" ifadesinden dolayı çevreci her birey ve örgütün menfaat koşulunu sağladığını¹⁶; Özdek ise doğrudan zarar görenler ile çevre kirliliğine neden olan eylemin meydana geldiği yörede yaşayan ve dolaylı olarak zarar görenlerin menfaat ihlali koşulunu sağladığını diğer kişilerin bu koşulu sağlamadığı ileri sürülmektedir¹⁷. Ancak Akıncı tarafından, yaşamı etkileyen çevre davalarında belirli bir yörede ya da şehirde bulunma gibi bir koşulla menfaat ihlalinin sınırlanamayacağı¹⁸ ve Memiş ve Erhürman tarafından Çevre Kanunu'nun 30. maddesi gereğince yapılan bir başvuru sonucunda¹⁹ gerekli önlemin alınmaması durumunda başvuruda bulunan kişinin İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 10. maddesi kapsamında idari dava açma hakkını kullanabileceğinin mutlak olduğu belirtilmektedir²⁰.

Çevre davalarında menfaat ihlali koşulunu etkileyebilecek nitelikte uluslararası bazı metinler vardır²¹. Bunlardan bazıları hakkında kısaca bilgi vermek gerekir.

Rio Çevre ve Kalkınma Bildirgesi'nin 10. ilkesine göre, "Çevresel konular en iyi şekilde ilgili tüm vatandaşların ilgili düzeyde katılımı ile ele alınır. Ulusal düzeyde, her birey, toplumlarındaki tehlikeli maddeler ve faaliyetler hakkındaki bilgiler de dâhil olmak üzere, kamu makamları tarafından tutulan çevreyle ilgili bilgilere uygun şekilde erişme ve karar alma süreçlerine katılma fırsatına sahip olmalıdır. Devletler, bilgiyi geniş çapta erişilebilir hale getirerek halkın farkındalığını ve katılımını kolaylaştıracak ve teşvik edecektir. Telafi ve çözüm yolları da dâhil olmak üzere adli ve idari işlemlere etkili erişim sağlanacaktır"²².

Çevre konusunda bir diğer önemli sözleşme Aarhus Sözleşmesi'dir. Türkiye hâlihazırda bu sözleşmenin tarafı değildir. Ancak sözleşmeye taraf olduğunda menfaat ihlalinin çok daha geniş tutulması gerektiği ve bu konuda yasal düzenleme değişikliğine ihtiyaç duyulacağı ifade edilmektedir²³. Nitekim Sözleşme'nin 3/9 maddesinde, vatandaşlık, tabiiyet ve ikamet farkı gözetmeksizin, tüzel kişiler için tescil yeri ve faaliyetlerinin yoğunlaştığı coğrafi yer ayırımına tabi

¹⁶ Yılmaz Turgut, s. 80, 174.

¹⁷ Özdek, Yasemin. "İptal Davasında Menfaat Koşulu", *Amme İdaresi Dergisi*, C. 24, 1991, s. 112.

¹⁸ Akıncı, Müslüm. *Oluşum ve Yapılanma Sürecinde Türk Çevre Hukuku*, Kocaeli Kitap Kulübü Yayınları, Kocaeli, 1996, s. 133.

¹⁹ Madde kapsamında başvuruda bulunacak kişilerin vatandaş olma şartının aranmamasının müspet bir düzenleme olduğu ifade edilmektedir. Ancak sağlıklı ve dengeli bir çevrede yaşama hakkının herkese tanınmasına karşın çevreyi korumada sadece vatandaşlara ödev yüklenmesi de eleştirilmektedir, Memiş, Emin. *Çevre ve Çevre İdare Hukuku (Teori ve Pratik)*, Filiz Kitapevi, 2. Baskı, İstanbul, 2015, s. 430-431.

²⁰ Erhürman, s. 453.

²¹ Çevre konusundaki çok taraflı gerek evrensel gerek bölgesel olmak üzere çok sayıda sözleşme ya da bildiri bulunmaktadır. Çevre konusundaki uluslararası metinler hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Türkiye Barolar Birliği. *Uluslararası Çevre Koruma Sözleşmeleri*, 2. Basım, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, Ankara, 2014.

²² https://www.un.org/en/development/desa/population/migration/generalassembly/docs/globalcompact/A_CONF.151_26_Vol.I_Declaration.pdf.

²³ Gökalp Alıca, s. 177-178.

tutulmaksızın, halkın çevresel konularda bilgiye erişme²⁴, karar alma sürecine katılma imkânına ve bu kapsamda yargıya başvuru hakkına sahip olduğu hüküm altına alınmıştır. Aarhus Sözleşmesi, “bilgiye erişme”, “karar alma sürecine katılım” ve “idari/yargısal başvuru” olmak üzere üç bölümden oluşmaktadır. Sözleşmesi’nin 9. maddesi kapsamında yapılacak yargısal başvuru, bilgiye erişimin kısıtlandığı ya da karar alma sürecinde halkın katılımının sağlanmadığı durumlarda mümkündür. Başka bir ifadeyle, bilgiye erişiminin ve halkın katılımının sağlandığı durumlarda bu sözleşme uyarınca ilgililerin yargıya müracaat etmeleri söz konusu değildir²⁵.

Çevreye zarar veren bir idari işlem ya da faaliyetin, bireylerin girişimi ve yargının müdahalesi ile önlenmesi mümkün hale gelebilir. Ancak doğrudan ve yakın bir tehdit ya da tehlike olmadığı sürece bireylerin idari tasarruflara dava açması çok rastlanmayan bir durumdur. Bu noktada çevre örgütleri, siyasi partiler, sivil toplum kuruluşları, meslek odaları, dernek ve vakıflar ile bazı idari makamların çevrenin yargı aracılığı ile korunmasında rol üstlenmeleri mümkündür²⁶.

Çevre davalarında subjektif ehliyet koşulu olan menfaat ihlali genellikle geniş yorumlanmakla birlikte bazen menfaat ihlalinin dar yorumlanması sorunu ile karşılaşmaktadır. Anayasa’nın 56. maddesine göre, gerçek-tüzel kişi ya da yabancı-vatandaş ayrımı gözetilmeksizin sağlıklı ve dengeli bir çevrede yaşama, herkese tanınmış bir haktır. Çevrenin geliştirilmesi, çevre sağlığının korunması ve çevre kirliliğinin önlenmesinde ise devletin yanı sıra vatandaşlara da ödev yüklenmiştir. Bu açıdan sağlıklı ve dengeli bir çevrede yaşama hakkı herkese tanınmış bir hak iken; geliştirme, koruma ve önleme yükümlülükleri sadece vatandaşa yüklenmiş bir ödev olarak karşımıza çıkmaktadır. Buna göre çevrenin korunması amacıyla açılan davalarda, hak ve ödev şeklinde düzenlenen anayasa hükmünün de göz önünde alınarak, menfaat ihlali şartının geniş yorumlanması gerekmektedir. Keza çevreye ilişkin bir hakkın kullanımı, sadece o haktan doğrudan yararlanmayı değil aynı zamanda o haktan gerektiği gibi yararlanılabilmek adına idari ve yargısal yollara başvurulabilmeyi de ihtiva eder.

C. Menfaat İhlali Kavramı

Menfaat ihlalinin kavramının anlamı, hangi unsurları ihtiva ettiği kanunda düzenlenmemiştir. Menfaat kavramıyla, hak seviyesine ulaşmamış ancak dava konusu işlemle davacı arasında bulunan “kişisel”, “güncel (aktüel)”, “meşru” ve “somut”, “ciddi ve makul” bir ilgi, alaka, bağlantı, rabıta kastedilmektedir²⁷. İptal davaları açısından davacıda aranan menfaat ihlali, davanın özüne ilişkin olmayıp davanın kabulü ve görülmesi için aranılan bir yöntem ve biçim ön koşuludur²⁸.

²⁴ Ayrıntılı bilgi için bkz. Güneş, Ahmet M. “Aarhus Sözleşmesi ve Çevresel Bilgiye Erişim Hakkı”, *Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 17-18, S. 26-27-28-29, Y. 2012-2013, s. 25-40.

²⁵ Çevresel Konularda Bilgiye Erişim, Çevresel Karar Verme Sürecine Halkın Katılımı ve Yargıya Başvuru Sözleşmesi (Avrupa Ekonomik Komisyonu Çevre Politikası Komitesi Dördüncü Bakanlar Konferansı) “Avrupa İçin Çevre”, Aarhus, Danimarka 23-25 Haziran 1998, https://treaties.un.org/doc/Treaties/1998/06/19980625%2008-35%20AM/Ch_XXVII_13p.pdf

²⁶ “Bu bağlamda; meslek kuruluşları, birçok alanda örgütlü hareket edebilme imkanı sağlaması nedeniyle, hak arama özgürlüğünün, tek tek bireyler olarak kullanılmasının yaratabileceği güçlüklerin önüne geçilmesinde de önemli bir vasıta görevi üstlenmektedir”, D10D, 20.11.2012, E. 2012/703, K. 2012/5849.

²⁷ Yıldırım, Turan. *İdari Yargı*, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2008, s. 323. İdari Yargılama Usulü Kanunu’nun 14. maddesinin 3/c bendine göre, idari dava dilekçesi ehliyet yönünden incelenmekte ve 15. maddenin 2/b bendine göre, menfaat ihlali olmayanların davası reddedilmektedir.

²⁸ Gürbüz, Reşit. *İdari Yargılama Hukuku*, 3. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2020, s. 99.

Dava konusu edilen bir işlemin davacıyı doğrudan veya dolaylı olarak olumsuz yönde etkilemesi ya da hukuk âleminde varlığını devam ettirmesi durumunda, davacı üzerinde bir etki doğuracağı durumlarda menfaat ihlalden söz edilmektedir²⁹. Menfaat kavramı “bir işlemin yargı yeri önüne götürülebilmesi için onla davacı arasında varolduğu anlaşılan ve yeterli sayıldığı kabul edilen salt bir ilişki”³⁰, “makul akla yatkın, güncel ve meşru alaka”³¹, “hukuk düzeninin koruduğu, yakın ve uzak bir ilgi” ya da “en azından minimum bir ilgi”³², “açık ve somut bir bağlantı” ve “ciddi biçimde olumsuz etkilenmiş olma”³³, “hukukça korunan değer”³⁴ şeklinde tanımlanmaktadır. Davacı ile işlem arasında bu türden bir bağlantının olmadığı durumlarda subjektif işlemden söz edilemez³⁵. Ancak “Menfaat kavramı olaya, zamana ve kültürel anlayışa göre değişen bir kavram olup, değişik olaylarda menfaatin ortaya çıkma biçimi değişmektedir. Olaylara yaklaşım şekli, toplumun ve kişinin düzeyi, menfaat kavramının boyutlarını değiştirecek niteliktedir”³⁶. Bu açıdan yargının, dava konusu edilen işlem karşısında davacının durumunu, statüsünü ve sıfatını ortaya koyması gerekir³⁷.

Menfaatin, “kişisel”, “güncel (aktüel)”, “meşru” ve “ciddi (makul)” olması gerekliliğini idari yargı teorisi açısından izah ederek, çevre davalarındaki durumunu değerlendirmek gerekir. Öncelikle menfaat ihlali bir hakkın ihlali şeklinde ortaya çıkabileceği gibi, hak seviyesinde olmayan hukuki yararda aşınma şeklinde de zuhur edebilir³⁸, hatta maddi olabileceği gibi manevi bir koruma talebini de içerebilir³⁹.

Menfaatin kişiselliği, bir idari işlemin doğrudan ve aracısız şekilde davacı hakkında tesis edilmesi anlamına gelmeyip, doğrudan veya dolaylı olarak o kimseyi etkilemesi anlamındadır⁴⁰.

²⁹ Çağlayan, Ramazan. *İdari Yargılama Hukuku*, 15. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2023, s. 500.

³⁰ Özay, İl Han. *Günüşiğinde Yönetim II-Yargısal Korunma*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2010, s. 152. Menfaat ihlali kavramına ilişkin tanımlamalar için bkz. Gündüz, F. Ebru. *İdari Davalarda Ehliyet ve Husumet*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2016, s. 112 vd.

³¹ Yıldırım, Turan / Fiş Üstün, Gül. *Açıklamalı-Notlu İdari Yargılama Usulü Kanunu*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2020, s. 24.

³² Altundiş, s. 353-354. Bağrıaçık, Ahmet. “Danıştay Kararları Işığında İdari Yargıda Menfaat İhlali”, *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 7, S. 2, 2016, s. 42.

³³ Ulusoy, Ali D. *İdari Yargılama Hukuku*, 2. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2020, s. 113.

³⁴ Atay, Ender Ethem. *İdari Yargılama Hukuku*, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2021, s. 238.

³⁵ Yıldırım, Ramazan / Çınarlı, Serkan. *Türk İdarî Yargılama Hukuku Dersleri*, 3. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2021, s. 93.

³⁶ D6D, 03.06.1992, E. 1992/1160, K. 1992/2676. “Menfaat alakasının sınırı her olayda yargı yerlerince içtihatlarla belirlenir. Objektif bir idari işlemin de dava konusu yapılabilmesi için davacının bu işlemde hemen sonuç doğurabilecek ve zarar göreceği şekilde etkilenmesi şarttır”, D4D, 08.10.1998, E. 1998/4054, K. 1998/3514. “Taraf ilişkisinin kurulması için gerekli olan kişisel, meşru ve güncel bir menfaat alakasının varlığı, davanın niteliğine ve özelliğine göre idari yargı yerlerince belirlenmekte, davacının idari işlemlerle ciddi ve makul, maddi ve manevi bir ilişkisinin bulunduğu anlaşılması, dava açma ehliyeti için yeterli sayılmaktadır”, DİDDK 26.05.2000, E. 1999/390, K. 2000/761.

³⁷ DİDDK, 07.10.2004, E. 2004/2163, K. 2004/788.

³⁸ Derdiman, R. Cengiz. *İdari Yargının Genel Esasları*, 3. Baskı, Alfa Akademi Yayınevi, Bursa, 2014, s. 108.

³⁹ Candan, Turgut. *Açıklamalı İdari Yargılama Usulü Kanunu*, 5. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2012, s. 115. Kaplan, Gürsel. *İdari Yargılama Hukuku*, 2. Baskı, Ekin Yayınevi, Bursa, 2017, s. 204. Memiş, s. 518. Sancakdar, Oğuz. *İdari Yargılama Hukuku Genel Esaslar*, 3. Baskı, www.sorubankası.net yayınları, İzmir, 2019, s. 103. Ergen, Cafer. *İdari Yargı Davaları*, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2008, s. 317.

⁴⁰ DİDDK 07.10.2004, E. 2004/2163, K. 2004/788. Kişisellik sadece doğrudan doğruyalığın gerçekleştiği durumlarda söz konusu olmaz, Erhürman, s. 451. İptal davasının konusu oluşturan idari işlemin bozduğu ya da doğmasına engellediği hukuki durumun tarafı ya da yararlananı konumunda olunması, menfaatin kişiselliği olarak ifade edilmektedir, Candan, s. 116-119.

Davacı ile işlem arasında var olan gerçek ilişki, menfaatin kişiselliğini belirtir⁴¹. Başka bir ifadeyle, dava konusu işlem ile davacı arasındaki maddi ya da manevi yakınlık, menfaatin kişiselliğini ifade eder⁴². “*Salt vatandaş olarak değil ve fakat bunun ötesinde kişisel olumsuz bir etki*” olarak ifade edilen kişisel⁴³, davacının şahsına özgü, sıfatıyla ilgili veya içinde bulunduğu durumla ilişkili olan şahsi bir menfaattir⁴⁴. Menfaatin kişiselliği unsuru, çevre iptal davalarında oldukça geniş bir yorum metoduyla değerlendirilmelidir. Nitekim idari işlemin doğrudan muhatabı olunmasa da, çevre sağlığını bozacak bir faaliyetin menfi etkileri herkesi ilgilendirmektedir.

Gelecekte gerçekleşmesi muhtemel işlemlere karşı, önceden yargı yoluyla müdahalede bulunmaya çalışmak gelecekteki olayları yargı kararı ile belirlemek anlamına gelir. Bu ise hukuken ve mantıken mümkün değildir. Hukuk terminolojisi açısından, davacı ile iptalini talep ettiği işlem arasındaki bağı, ilgiyi, rabıtaı, bağlantıyı, alakayı ifade eden ve yarar, çıkar, fayda anlamına gelen menfaatin, güncel bir talebi içermesi gerekir. İleride ortaya çıkma ihtimali bulunan bir menfaat ilişkisine dayanılarak dava açılması ise mümkün değildir⁴⁵. Güncellik iptal davasına konu işlemle davacı arasında hâlihazırda ya da yakın gelecekte bir ilgiyi belirtir⁴⁶. Çevrenin korunmasına amacı taşıyan davalar, genellikle uzak geleceğe ilişkindir. Başka bir ifadeyle, yerel düzeyde çevrenin kirlenmesi bazen aniden gerçekleşebilirken, ülke genelini etkileyecek düzeyde kirlenmeler çok uzun yıllar sonra ortaya çıkmaktadır. Ancak uzak bir gelecek de gerçekleşecek olsa dahi, çevrenin korunması kamu yararını yakından ilgilendirdiğinden, güncellik koşulunun gerçekleştiği kabul edilmelidir. Bu açıdan çevre davalarının mahiyeti gereği muhtemel olumsuzlukların ortaya çıkmadan önlenmesi için güncellik koşulu bu yönüyle ele alınmalıdır.

Davanın açıldığı anda hâlihazırda mevcut olan ya da davanın açıldığı sırada henüz doğmayan ancak esas hakkında karar verilmeden önce ortaya çıkan menfaatin güncel (aktüel) menfaat olduğu ifade edilmektedir⁴⁷. Davanın açıldığı tarihte bulunan ancak hükmün tesisinden önce aktüelliğini yitirmiş olan menfaate dayanılarak davanın ehliyet yönünden reddedildiği içtihatların aksine özellikle çevre davalarında hukuka aykırı olan işlemin iptal edilmesi görüşünün⁴⁸ benimsenmesi gereklidir. Diğer taraftan idari bir işleme dayanılarak yapılacak olan bir faaliyetin henüz bir çevre sorununa sebep olmadığı yönündeki bir gerekçeyle, menfaatin güncel olmadığı savıyla davanın reddedilmesi de çevre davalarının niteliği ile bağdaşmamaktadır.

⁴¹ Aslan, Zehreddin. *Açıklamalı ve İçtihatlı İdari Yargılama Usulü Kanunu Vergi Yargılamasıyla Birlikte*, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2019, s. 47.

⁴² Yücesoy, Ayşe Aslı. *İdari Yargılama Hukukunda İptal Davalarında Menfaat (İdari Yargıda Subjektif Dava Ehliyeti Koşulu)*, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2016, s. 139.

⁴³ Günday, Metin. *İdari Yargılama Hukuku*, 2. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2022, s. 241.

⁴⁴ Gündüz, s. 129.

⁴⁵ D5D, 19.12.2008, E. 2008/5015, K. 2008/6321. “*İptal davası açılabilmesi için idari işlemin, ilgili kişinin (davacının) yararını olumsuz yönde etkilemiş olması gerekir...Ayrıca dava ehliyeti, dava açıldığı tarihte bulunması gereken ve davanın görülebilmesi için zorunlu bir usul hukuku koşuludur. Yani iptal davasının açıldığı sırada davacının aktüel (halen mevcut) bir menfaatinin bulunması gerekir. İleride ortaya çıkması muhtemel bir menfaat ilişkisine dayanarak dava açılması mümkün değildir*”, D8D, 15.06.1998, E. 1998/397, K. 1998/2243.

⁴⁶ Yıldırım / Üstün, s. 26.

⁴⁷ Gözübüyük, A. Şeref / Tan, Turgut. *İdare Hukuku C. 2 (İdari Yargılama Hukuku)*, 8. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2016, s. 367. Yıldırım / Üstün, s. 26. Çağlayan, s. 502. Gündüz, s. 163. Gürbüz, s. 99. Menfaatin güncelliği konusunda doktrindeki tartışmalar için bkz. Yücesoy, s. 212-217. Doğan ve doğmamış menfaatler açısından menfaatin aktüelliğine ilişkin değerlendirme için bkz. Akyılmaz / Sezginer / Kaya, s. 326 vd. Konu hakkında daha geniş bilgi için bkz. Kaya, Cemil. “İptal Davalarında Menfaatin Aktüel Olması Şartının Anlamı ve Kapsamı”, *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 16, S. 1, Y. 2008, s. 117-141.

⁴⁸ Fransız uygulamasının da bu yönde olduğu ifade edilmektedir, Kaplan, s. 209.

Çevrenin kirlenmesi durumunda “kirleten öder” ilkesi her zaman sağlıklı bir çözüm değildir. Çevre sağlığının ciddi boyutlarda bozulması durumunda maddi bir yaptırım uygulamanın düzeltici bir etkisi olmaz. Bu sebeple çevre davalarında aktüellik kıstası, sadece çevre kirlenmesinin kesin olduğu durumları değil muhtemel olduğu durumları da kapsamalıdır. Başka bir ifadeyle, çevre davalarındaki menfaat ihlalinin geniş yorumlanması düşüncesi, özellikle menfaatin güncelliği kıstasında daha da genişletilmelidir⁴⁹.

Menfaatin meşruluğu ile kastedilen, hukuken kabul edilebilir, dinlenmeye layık veya korunmaya değer bir ilginin varlığıdır⁵⁰. “Hukuk tarafından korunmaya layık”⁵¹, “yasal olarak korunan bir hak”⁵², “hukuk düzeni tarafından korunan”⁵³, “hukuksal bir durumdan çıkan ya da hukuksal bir duruma dayanan menfaat”⁵⁴, “hukuku uygun bir koruma”⁵⁵, “hukuka ve ahlâka aykırı olmayan; hukuki bir durumdan doğması ya da böyle bir duruma dayanması”⁵⁶ olarak tanımlanan menfaatin meşruluğu, hukuken korunabilir ve ileri sürülebilir bir çıkara ilişkin olmalıdır⁵⁷. Başka bir ifadeyle, hukuka ve ahlaka aykırı olan menfaatler meşru görülmez⁵⁸. Meşru menfaat, “makul düşünce zemininde mazur görülebilir her türlü menfaati ve ekonomik, siyasi, kültürel ve dini menfaati kapsar”⁵⁹. Anayasa’nın 36. maddesinde meşru vasıta ve yollardan faydalanma kaydıyla hak arama hürriyetinin kullanımının mümkün olduğunun hüküm altına alınması, bu kapsamda açılan idari davada aranan menfaatin meşru olması zorunluluğunu ortaya çıkarmaktadır. Özellikle Anayasa’nın 56. maddesi ile Çevre Kanunu’nun 30. maddesi kapsamında, çevreye ilişkin iptal davalarında menfaatin meşru bir hukuki zemine dayandığı açıktır.

Menfaatin ciddiliği ve makullüğü ile dava konusu işleme yönelik ileri sürülen itirazın ağırlığı kastedilmektedir. Ciddi ve makul menfaat, esasında münferit bir husus olarak değil diğer üç kıstasın değerlendirilmesinde dikkate alınan bir yan unsur olarak karşımıza çıkmaktadır.

Ciddi ve makul olma kıstası manevi bir alakanın varlığını bile yeterli saymaktadır⁶⁰. Ayrıca menfaat ihlalinin önemli/önemsiz, küçük/büyük, az/çok oluşu dava açma ehliyetini etkilemez. Önemsiz ya da küçük olarak görülen bazı menfaatler ilgilisi açısından bir değere sahip olabilir⁶¹. Özel hukukta her menfaatin korunması söz konusu değil iken; idare hukukunda her menfaatin

⁴⁹ Yargı kararları incelendiğinde menfaatin güncel olmadığı gerekçesiyle sadece bir davanın reddedildiği görülmüştür. Karar için bkz. D8D, 15.06.1998, E. 1998/397, K. 1998/2243.

⁵⁰ D15D, 04.12.2015, E. 2015/8404, K. 2015/8456. D15D, 10.06.2016, E. 2016/1989, K. 2016/4312. D15D, 10.06.2016, E. 2016/2011, K. 2016/4311.

⁵¹ Candan, s. 116.

⁵² Kaplan, s. 210.

⁵³ Günday, s. 250.

⁵⁴ Gözübüyük / Tan, s. 334. D2D, 20.02.2008, E. 2005/3695, K. 2008/809.

⁵⁵ Altundiş, s. 355. Bağrıaçık, s. 42.

⁵⁶ Çağlayan, s. 501.

⁵⁷ Akyılmaz / Sezginer / Kaya, s. 325. “İptal davası yönüyle meşru olma özelliğinin bir üst norma dayanması, pozitif bir kaynağa uygun olması, hukuken ileri sürülebilir olması ve bir hukuki duruma dayanması şeklinde anlaşılması gibi bir gereklilik vardır. Böyle bir yaklaşımla meşru menfaatle hukuki menfaat aynı anlama gelmektedir”, Meşru menfaat hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Gür, Necip Taha. “İptal Davalarında Menfaatin Meşruluğuna İlişkin Düşünceler”, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 21, S. 2, 2019, s. 689.

⁵⁸ Zabunoğlu, Yahya Kazım. *İdare Hukuku*, C. 2, Yetkin Yayınları, Ankara, 2012, s. 245. Yıldırım / Üstün, s. 27. Gürbüz, s. 99. Meşru menfaat kavramı hukuka uygunluk ile ahlaka uygunluk şeklinde iki temel üzerine kuruludur, Yücesoy, s. 133. Gündüz, s. 120.

⁵⁹ Akyılmaz / Sezginer / Kaya, s. 325.

⁶⁰ Memiş, s. 518.

⁶¹ Zabunoğlu, s. 244-245.

korunması zorunludur⁶². Bu sebeple idari işlemin menfi bir değişikliğe sebep olduğu ya da müspet bir durumun doğmasının engellendiği durumla ciddi ve makul ilişkisi olan herkesin bu idari işlemin iptali istemekte menfaati bulunur⁶³. Bu açıdan çevre davalarında, çevrenin önemli ya da önemsiz, küçük ya da büyük, az ya da çok kirlenecek olması davanın subjektif ehliyet yokluğundan reddine bir gerekçe olamaz.

Menfaat ihlalini oluşturan bu unsurların tamamı subjektif ehliyetin belirlenmesinde kullanılan kıstaslardır. Ancak çevre davalarında subjektif ehliyetin belirlenmesinde özellikle “menfaatin kişiselliği” önem arz etmektedir. Menfaatin kişiselliği kıstasının sağlandığı çevre davalarında diğer kıstasların önemsenmediği gözlemlenmektedir. Bu açıdan çevre davalarının; niteliği gereği muhtemel bir çevre sorununun ortaya çıkmasını engellemek üzere açılması sebebiyle “menfaatin güncelliği” kıstası, dava meşru bir amaca matuf açılmasa da iptal kararı verilmesi durumunda genele yönelik bir etkinin meydana gelecek olmasından dolayı “menfaatin meşruluğu” kıstası, davanın telafisi güç ya da imkânsız zararların ortaya çıkmasını önlemek amacıyla açılması sebebiyle de “menfaatin makullüğü ve ciddiliği” kıstası göz ardı edilmektedir.

İptal davalarında aranan subjektif ehliyet koşulu, yargı eliyle idareyi hukuka bağlı kalmaya böylelikle hukuk devletinin sürdürülmesine dair bir konudur. Bu sebeple söz konusu koşul, iptal davası yoluyla idari işlemin denetlenmesine hizmet edecek bir şekilde anlaşılması gerekmektedir. Bu gerekçeyle özellikle çevre, imar uygulamaları, tarih ve kültürel değerlerin korunması gibi kamu yararını daha yakından ilgilendiren konularda dava açma ehliyetinin geniş yorumlanmaktadır. Çevre davalarında menfaat ihlalinin geniş yorumlanması, Anayasa’nın 56. maddesinin zorunlu bir sonucudur. Bu zorunluluk Danıştay kararlarında da yerleşik içtihat niteliği kazanmıştır⁶⁴.

İdari tasarrufların iptal davası yoluyla idari yargı tarafından denetlenmesi, idarenin hukuka uygunluğunun yargısal denetiminin sağlanma yönüyle hukuk devleti ilkesinin gerçekleşmesine katkı sağlamaktadır. Bu sebeple özellikle çevre davalarında davacının davayı açmakla hedeflediği amaç dikkate alındığında menfaat ihlali koşulu daha geniş kitleleri kapsayacak biçimde yorumlanması gerekir⁶⁵. Aksi anlayış, iptal davasında aranan menfaat ihlalinin hak ihlaline yaklaşan bir tarzda yorumlanmasına sebebiyet verir. Bu durum ise ne idari yargının varlık nedeniyle⁶⁶ ne de anayasa amacı ile bağdaşmaz. Nitekim maddi veya manevi bir zararı bulunmasa bile ilgiliye dava açma hakkı tanınması, hak ihlaline nazaran menfaat ihlalinin daha geniş bir kapsama sahip olmasından kaynaklanır⁶⁷.

⁶² Kalabalık, Halil, *İdari Yargılama Usulü Hukuku*, 14. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2020, s. 198.

⁶³ Candan, s. 114.

⁶⁴ DİDDK, 04.11.2010, E. 2010/2026, K. 2010/1474. D6D, 09.07.2003, E. 2003/1712, K. 2003/4221. D6D, 13.09.2012, E. 2012/2340, K. 2012/4151. “İdari yargının idari işlemin etkin ve yaygın biçimde hukuka uygunluk denetiminin sağlanması işlevi gözönünde bulundurularak, gerçek veya tüzel kişilerin menfaat ilgisini kurdukları idari tasarrufları iptal davası yoluyla yargı yeri önüne getirmeleri durumunda, iptal davası ile “menfaat” ilgisinin bulunup bulunmadığının belirlenmesinde davacının idari işlem karşısındaki durumu, statüsü ve sıfatının ortaya konması gerekmektedir”, DİDDK, 07.10.2004, E. 2004/2163, K. 2004/788.

⁶⁵ Aslan, s. 47.

⁶⁶ Bu konuda ayrıntılı bir çalışma için bkz. Çalış, Hande Sena. *İdari Yargının Varlık Sebebi Olarak İptal Davası*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2018.

⁶⁷ D6D, 08.06.2011, E. 2010/12920, K. 2011/2120 karşı oy gerekçesi: “Munzur Projesi kapsamı içinde yer alan Baraj ve Hidroelektrik Santral Projelerinin Türkiye-Amerika Birleşik Devletleri Şirketlerinden oluşan konsorsiyuma yaptırılmasına ilişkin Bakanlar Kurulu kararının, çevre, tarihi, kültürel değerlerin korunması gibi kamu yararını

Çevre davalarının açılmasındaki amaç, davaya son veren taraf işlemlerinde bile kendini göstermekte ve davacının feragati yargı organlarınca kabul görmemektedir⁶⁸. Danıştay, kamu yararı ile yakından ilgili idari işlemlere yönelik iptal davalarında feragat istemi hakkında kamu yararı ölçütü kullanılarak hüküm kurulması gerektiği görüşündedir⁶⁹.

İptal davasında menfaat ihlali, davacının idari faaliyet karşısındaki statüsü, tutumu ve sıfatı dikkate alınarak her somut olaya göre saptanması gereklidir. Yargı bu tespiti yaparken sadece davacı lehine yorum getirmemeli, idari işlevi de dikkate almalıdır. Nitekim idari her işleme karşı herkesçe iptal davası açılması istikrarsızlığa yol açabilir. İdari istikrarsızlığa bağlı olarak idarenin işleyişinin olumsuz etkilenmemesi için de menfaat ihlali kıstasının hem davacı hem de idari işlev açısından dengeli bir şekilde değerlendirilmesi gerekir⁷⁰. Diğer taraftan menfaat ihlalinin davacı tarafından ispatına yönelik belgelerin dava dosyasına eklenmesi önemlidir. Ancak re'sen araştırma ilkesi gereğince menfaat ihlalinin ispatına yönelik belgelerin yargı organınca ilgili mercilerden istenmesi gerekir. Nitekim menfaat ihlalinin gerçekleşip gerçekleşmediğinin tayin ve tespiti yargıya aittir⁷¹.

Menfaat ihlali koşulu bazı işlemlerde ek şartların yerine getirilmesine de bağlanabilir. Örneğin su sayaçlarının temin ve montajlarını içeren ihale işleminin iptali istemiyle kamu kurumu niteliğinde meslek kuruluşu tarafından açılan bir davada, Kamu İhale Kanunu kapsamında yapılan ihalelere ilişkin açılacak davalarda davacının ihaleye katılan veya istekli olabilecek aday durumunda bulunması gerektiğine karar verilmiştir. Şayet davacı meslek kuruluşu ihaleye katılmamış ya da istekli olabilecek aday durumunda değilse, davayı açmakta kişisel, güncel ve meşru menfaatinin olmadığına karar verilmektedir⁷².

II. ÇEVRE DAVALARINDAKİ SUBJEKTİF EHLİYETİ HAİZ OLANLAR

A. Gerçek Kişiler

1. İşlemden Doğrudan Etkilenen Kişiler

Kesin ve yürütülebilir idari işlemin doğrudan muhatabı olan kişiler, iptal davası açabilirler. İşlemin doğrudan muhatabı olan kişiler tarafından açılan davalarda, subjektif ehliyet koşulu özellik

yakından ilgilendiren yönleri olduğundan davalı idarelerin davaların dava ehliyeti bulunmadığı yolundaki itirazları yerinde görülmemiştir", D10D, 05.07.2005, E. 2002/2180, K. 2005/3958.

⁶⁸ Muğla ili, Fethiye ilçesi ile Antalya ili, Kaş ilçesi sınırlarında akan Karaçay ve Esen Çayı üzerinde yapılması planlanan Burgular-Gebeş Regülatör ve HES projesi için Çevre ve Şehircilik Bakanlığı tarafından verilen "Çevresel Etki Değerlendirmesi Olumlu" kararının iptali istemiyle açılan davada feragat istemi çevre, imar uygulamaları, tarihi ve kültürel değerlerin korunması benzeri kamu yararını yakından ilgilendiren işlemlere yönelik açılan iptal davalarında feragat isteminin kamu yararı ölçütü kullanılarak çözüme kavuşturulması gerektiği sebebiyle kabul edilmemiştir, D14D, 23.11.2016, E. 2013/1730, K. 2016/6687. Feragat ile ilgili başka bir karar için bkz. DİDDK 06.06.2013, E. 2009/1939, K. 2013/2262.

⁶⁹ DİDDK, 06.06.2013, E. 2009/1939, K. 2013/2262.

⁷⁰ D6D, 27.01.2016, E. 2015/7800, K. 2016/231 karşı oy gerekçesi.

⁷¹ Örneğin 6306 sayılı Kanun'un ek 1. maddesi kapsamında İstanbul ili, Eyüp ilçesi, Alibeyköy mahallesinde bazı yerlerin riskli alan ilan edilmesine ilişkin karara yönelik açılan 110 kişi tarafından açılan davada, tapu kayıtlarına erişimin her zaman mümkün olduğu, hak sahiplerinin adlarına belediye arşivlerinde bulunan bilgi ve belgelerin örneklerinin de talep etmeleri halinde belediyece kendilerine verileceği hususlarının birlikte değerlendirilmesi sonucu, idari işlemin iptalini istemelerinde ne gibi kişisel, meşru ve güncel bir menfaat ilişkisinin bulunduğu ortaya koyulamaması sebebiyle ehliyet yönünden ret kararı Danıştay tarafından bozulmuştur, D14D, 25.05.2017, E. 2017/645, K. 2017/3538 kararı DİDDK 23.11.2017, E. 2017/1918, K. 2017/3850 kararı ile bozulmuştur.

⁷² D13D, 13.02.2009, E. 2008/6670, K. 2009/1769.

arz etmez. Başka bir ifadeyle, dava konusu işlem ile davacı arasında doğrudan doğruya “kişisel”, “güncel (aktüel)”, “meşru” ve “ciddi (makul)” bir rabıta varsa, bu kişilerin menfaatlerinin ihlal edildiği kabul edilir ve bu kişiler işlemin yargısal denetimden geçmesini sağlayabilirler.

Diğer taraftan çevre davalarında işlemde yararlanan kişi başka bir ifadeyle işlem kendi lehine olan kişi, işlemin aynı zamanda doğrudan muhatabıdır. Bu kişinin menfaatine olan bir işleme yönelik iptal davası açması zaten mümkün değildir. Keza, yararlandırıcı nitelikteki işlemlerde menfaat ihlali söz konusu değildir. Ancak işlemde genel olarak fayda sağlayan kişilerin, işlemin tamamıyla (tüm hüküm ve sonuçlarıyla) kendi menfaatine uygun olmaması ihtimalinde de bu işleme karşı menfaatlerini ihlal ettiği kısmıyla dava açabilmesi de mümkündür. Böylesi bir durumda ise, kişinin işlemi iptal ettirerek, çevreye zarar veren faaliyetine devam etmesi çevre kirliliğini önlemez, bilakis belki de iptal kararı davacının çevreyi kirliletmesinin önünü açar.

Son olarak sağlıklı ve dengeli bir çevrenin oluşmasına katkı sağlayabilecek bir faaliyetin idari bir işlemle engellenmesi durumunda ise, işlemin doğrudan muhatabı olan kişinin açtığı bir davanın da bu açıdan çevrenin korunmasına hizmet edebilmesi de mümkündür.

2. İşlemden Dolaylı Olarak Etkilenen Kişiler

Bir menfaatin kişisel olarak nitelendirilmesi, iptali istenilen işlemin doğrudan ve aracısız bir şekilde davacıya yönelik tesis edilmesine bağlı değildir. Menfaatin dolaylı bir biçimde ihlal edildiği durumlarda da dava açılabilirliği mümkündür⁷³.

Çevre davalarında işlemde doğrudan etkilenen tarafından açılan davalar sayıca azınlıktadır. İşlemden dolaylı bir şekilde etkilenen kişilerce özellikle çevre örgütleri, sivil toplum kuruluşları, meslek odaları, dernek ve vakıflar tarafından açılan davalar oldukça fazla sayıda ve etkinliktedir. Nitekim bu tür oluşumların kuruluş amaçları zaten, faaliyet alanlarına ilişkin kamuoyu oluşturma ve tek tek bireylerin çevrenin korunmasında hak arama özgürlüklerini kullanmaktan çeşitli sebeplerle imtina etmeleri sonucunda ortaya çıkan sorumluluğu üstlenerek örgütlü bir hareket kabiliyetiyle çevreyi kirlileten faaliyete müdahalede bulunmaktır.

İşlemden dolaylı etkilenenler tarafından açılan davalarda, yargının menfaat ihlali koşulu açısından farklı sıfatlarla davacı ile işlem arasında bağlantı kurulduğu görülmektedir.

a. Vatandaş Sıfatıyla

Çevre gibi kamu yararını ilgilendiren konularda⁷⁴ ve özellikle çevre değerlerinin korunmasına matuf olarak dava açma ehliyetinin geniş yorumlanarak ele alınması, işlemin uygulama sahasında bulunan coğrafi alanla bağlı kalınmaması gerekliliği, bu davaların sadece vatandaş sıfatıyla da açılabilirliği, Danıştay içtihatlarıyla kabul edilmiştir.

⁷³ Erhürman, s. 452. Sancakdar, s. 103. Çevre, imar, kültür ve tabiat varlıkları gibi genel olarak kamuyu ilgilendiren işlemlerde, işlemde etkilenen her kişinin ayrı ayrı dava açması yerine gerek “sınıf davası [class action]” gerekse sivil toplum kuruluşları tarafından açılacak tek bir dava ile uyuşmazlığın çözülebilmesi durumunda yargı iş gücüne ek külfet yüklenmeyeceği belirtilmektedir, Ulusoy, s. 117.

⁷⁴ İmar düzenlemeleri, tarihi ve kültürel değerler ve çevre uyuşmazlıklarında kamunun salt parçası olmak menfaat şartı için yeterli kabul edilmiştir, Çalış, s. 109-110.

Davacı ile dava konusu işlem arasında vatandaş sıfatıyla bağlantı, genelde düzenleyici nitelikteki işlemlere yönelik açılan davalarda kurulmaktadır⁷⁵. Ancak tesis edilen işlemin düzenleyici işlem niteliği haiz olmasa bile ülkenin genelinde etkili olması, ülkenin genel siyasetini ya da vatandaşların genel ve müşterek çıkarlarını ilgilendirmesi halinde, salt vatandaş olma sıfatı yeterli görülmemektedir⁷⁶. Özellikle çevre davalarında böylesi bir durum bulunmaktadır.

Salt vatandaş olma sıfatıyla genel düzenleyici işlemin iptalini istemekte bir menfaatin bulunduğu hükmedilen kararlar çoğunluktadır. Aksi yönde karar bulunsa da⁷⁷ özellikle imar planı değişikliklerinde vatandaş sıfatıyla açılan davaların kabul edildiği görülmektedir.

İstanbul ili, Arnavutköy ilçesi, İmrahor mahallesinde bulunan Yeşil Göl'ün moloz döküm sahası ilana ilişkin işlemin iptali istemiyle Manisa'da ikamet eden kişinin açtığı dava, ilk derece yargı yeri tarafından ehliyet yönünden reddedilmiştir. Kararın temyizi üzerine Danıştay, iptal davasının idarenin hukuka uygun davranmasını sağlayan en etkin araçlardan biri olduğunu, menfaat ihlali koşulunun doğrudan doğruya hukuk devletinin yapılandırılması ve sürdürülmesine ilişkin bir sorun olduğunu ve bu koşulun idari işlemlerin hukuka uygunluğunun yargı yoluyla denetlenmesini engellemeyecek bir biçimde anlaşılması gerektiğini; kamu yararını yakından ilgilendiren konularda böylesi bir yorumun muteber olduğunu belirterek, işlemin uygulama alanında sakın olmayan hatta İstanbul ili dışında yaşayan bir davacının dava ehliyetinin bulunduğunu kabul etmiştir⁷⁸. Benzer şekilde Güvenpark'ın bulunduğu yerin, otopark ve çarşı olarak tahsisi öngören imar planı değişikliğine karşı Ankara'da ikamet eden çevre, şehircilik ve planlama uzmanı üç kişi tarafından açılan davada vatandaş sıfatı menfaat ihlali için yeterli görülmüştür⁷⁹.

Türkiye Cumhuriyeti eski Cumhurbaşkanı Turgut Özal'ın kardeşi Yusuf Bozkurt Özal'ın 2863 sayılı Kanun hükümlerine istinaden Kültür ve Tabiat Varlıkları Koruma Kurulu'nun kararı ile "kentsel ve tarihi sit alanı ve kentsel arkeolojik sit alanı" ilan edilen Süleymaniye Camii Hazinesi'ne defnine ilişkin Bakanlar Kurulu kararı aleyhine vatandaş sıfatıyla bir avukat tarafından açılan davada, ilk derece yargı yeri, dava konusu işlem ile davacı arasında makul ve

⁷⁵ İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 7/4. maddesi kapsamında düzenleyici işlemlere karşı açılan davalarda, bireylerin birden fazla seçimlik hakkı vardır. Bireyler düzenleyici işlemin ilanı tarihini izleyen günden itibaren atmış gün içinde doğrudan düzenleyici işleme karşı dava açabilirler. Bunun dışında ilandan itibaren atmış günlük süre geçse dahi, düzenleyici işlem kendine uygulanan birey açısından, düzenleyici işleme karşı altmış günlük yeni bir dava açma süresi başlar. Düzenleyici işlemin uygulanarak bireysel bir işleme dönüşmesi durumunda, bireysel işlemde menfaati ihlal edilen kişi bireysel işleme karşı dava açabileceği gibi düzenleyici işleme karşı da dava açabilir. Hatta bu ihtimalde menfaati ihlal edilen kişi hem bireysel hem de düzenleyici işleme karşı aynı dava dilekçesi ile birlikte dava açması da mümkündür; Kanunda düzenleme altına alınan düzenleyici işleme yönelik olan ilgili durum, teoride "halk davası [actio popularis]" olarak ifade edilmektedir. Temeli Roma hukukuna dayanan actio popularis, kişisel menfaatin korunması dışında, kamu emniyet ve güvenliğinin sağlanması da amaçlar. Başka bir ifadeyle actio popularis, kamusal çıkarların da korunmasını temin etmek amacıyla ehliyet şartı olarak "yaygın menfaatin [diffuse interests]" yeterli kabul edildiği yargısal korunma talebidir, Gökalp Alica, s. 169-170. Yücesoy, s. 79. Hukuk devleti açısından oldukça önemli olmasına rağmen iptal davası bir halk davası olarak kabul edilmemiştir, Akyılmaz / Sezginer / Kaya, s. 117.

⁷⁶ D15D, 04.12.2015, E. 2015/8404, K. 2015/8456. D15D, 10.06.2016, E. 2016/1989, K. 2016/4312. D15D, 10.06.2016, E. 2016/2011, K. 2016/4311.

⁷⁷ D6D, 23.01.2012, E. 2010/1267, K. 2012/195. İmar planı değişikliğine karşı vatandaş sıfatıyla açılan davalarda söz konusu değişikliğin kamu yararını yakından ilgilendirip ilgilendirmediğine göre bir sonuca varılmaktadır.

⁷⁸ İstanbul 2. İM, 29.08.2008, E. 2008/1369, K. 2008/1457 kararı D6D, 02.03.2009, E. 2008/11449, K. 2009/1896 kararı ile bozulmuştur.

⁷⁹ D6D, 09.05.1988, E. 1988/477, K. 1988/646. Aynı işleme karşı Çevre Duyarlılığı Grubu'nun bazı üyeleri tarafından açılan başka bir dava ehliyet yönünden kabul edilmiştir, D6D, 09.05.1988, E. 1988/477, K. 1988/648.

ciddi bir menfaat ilişkisinin bulunmadığı ayrıca davacının avukat ve vatandaş olması sıfatlarını haiz olmasının yasanın aradığı anlamda bir menfaat bağının kurulması için yeterli olmadığı gerekçesiyle davayı ehliyet yönünden reddetmiştir. Kararın temyizi üzerine Danıştay, taşınmaz kültür ve tabiat varlıklarına ilişkin korunma açısından bir kişinin belediye mezarlığı yerine özel bir yere defnini öngören işlemin her vatandaş tarafından iptalinin istenebileceği gerekçesiyle ilk derece yargı yerinin kararını bozmuştur⁸⁰.

İzmir-Aliğa Serbest Bölgesi'nin hudutlarının belirlenmesine, bu bölgedeki bazı taşınmazların acele kamulaştırılması ve İzmir-Aliğa Termik Santral Serbest Bölgesi'ne ilişkin kararnamenin Danıştay'ca yürütülmesinin durdurulmasından sonra yapılan işlemlere karşı bir milletvekili tarafından dava açılmıştır. Açılan davada, mevcut sanayi kuruluşları ile zaten kirli bir bölge olan Aliğa'da tarım ve hayvancılığa, denize ve balıkçılığa, tarihi değerlere ve turizme, çevrede yaşayan insanlara zarar verileceği ileri sürülmüş ve yargı davanın milletvekili sıfatıyla değil vatandaş olma sıfatıyla açıldığı kanaatiyle menfaat ilişkisinin bulunduğu karar vermiştir⁸¹.

b. Belde/Semt/Köy/Mahalle Sakini Olma Sıfatıyla (Hemşehri Hukuku)

Belde sakini⁸² sıfatıyla açılan davalarda, farklı yönde ilk derece yargı kararları verildiği gözlemlenmektedir. Bazı kararlarda işlemin uygulama alanı olan ilin sınırları içinde ikamet etmek yeterli kabul edilmemekte ve işlemin uygulama alanına daha yakın bir yerde örneğin “ilçede ikamet” etme şartı aranmakta; bazı kararlarda ise ilçe sınırları da yetmeyip “işleme konu taşınmaza komşu taşınmazı bulunmak” gibi kıstasların dava açma ehliyetinin varlığı için arandığı görülmektedir. Diğer taraftan ilk derece yargı yerinin semt sakini olmanın ehliyet yönünden yeterli olduğu yönündeki kararlarının, temyiz aşamasında bozulduğu da bilinmektedir⁸³. Ancak hemşehri hukuku uyarınca özellikle imar planlarına karşı açılan davalarda genel kabul, subjektif ehliyetin bulunduğu yönündedir⁸⁴.

Örneğin İstanbul ili, Beyoğlu ilçesi, Camii Kebir mahallesi mevkiinde kurulması planlanan Haliç Yat Limanları ve Kompleksi için Çevre ve Şehircilik Bakanlığı tarafından verilen “Çevresel Etki Değerlendirmesi Olumlu” kararının iptali istemiyle açılan davada, ilk derece yargı yeri anılan yörede ikameti bulunmayan ya da o yörenin nüfusuna kayıtlı olmayan kişilerin dava açma ehliyetlerinin varlığını kabul etmenin, idarenin ve yatırımcıların sürekli olarak dava tehdidi ile

⁸⁰ DİDDK 19.10.2001, E. 2001/415, K. 2001/737 karşı oy gerekçesi: “*Olayda, davacının Ankara’da tebligat adresi gösterdiği ve vatandaş olarak taşınmaz kültür varlığı olan Süleymaniye Camii ve çevresinin korunması amacıyla bu davayı açtığı anlaşılmaktadır. İstanbul’da ikamet etmeyen ve sadece vatandaş olarak dava açan davacının davaya konu işlemlerle yukarıda belirtilen şekilde kişisel bir menfaatinin ihlal edildiği söylenemez*”.

⁸¹ D10D, 28.04.1992, E. 1990/2278, K. 1992/1672.

⁸² Çevre, imar, şehircilik ve kültür varlıkları gibi konularda tesis edilen işlemlerde o beldenin salt sakini olmak menfaat ihlali koşulu için yeterlidir, Ulusoy, s. 115.

⁸³ Ankara ili, Çankaya ilçesi, Dikmen Konya Yolu’na cephe yeşil alanda (Atapark) kafeterya ve restoran işletilmesi amacıyla betonarme ve karkas yapı inşa edilmesi şeklinde tesis edilen işleme ilişkin, semt sakini sıfatıyla açılan davada, subjektif ehliyetin bulunduğu karar veren ilk derece yargı yerinin kararı temyiz mercii tarafından ehliyet yönünden bozulmuş ancak ilk derece yargı yeri bozma kararına uymayarak ısrar kararı almıştır, Ankara 5. İM, 18.11.2015, E. 2015/2921, K. 2015/2235. Aynı işleme karşı açılan başka bir davada, Ankara 5. İM 14.12.2012, E. 2012/914, K. 2012/2811 kararı D14D, 25.09.2014, E. 2013/993, K. 2014/7864 kararı ile ehliyet yönünden bozulmuştur.

⁸⁴ Konya İM, 31.12.2002, E. 2002/1697, K. 2002/1782 ehliyet yönünden davanın reddi kararı D6D, 09.07.2003, E. E. 2003/1712, K. 2003/4221 kararı ile bozulmuştur. İstanbul 7. İM, 31.01.2012, E. 2011/1032, K. 2012/142 ehliyet yönünden davanın reddi kararı D6D, 13.09.2012, E. 2012/2340, K. 2012/4151 kararı ile bozulmuştur. Bu kararlar imar planlarının kamu yararını ilgilendiren genel nitelikte düzenleyici işlemler olduğu gerekçesiyle verilmiştir.

karşı karşıya kalmalarına yol açacağı ve bunun idari istikrar ilkesine aykırı olacağı gerekçesiyle ehliyet yönünden davanın reddine karar vermiştir. Ancak kararın temyizi üzerine Danıştay, tarihi ve kültürel mirasın konu olduğu bir olay açısından sadece Beyoğlu ilçesinde ikamet etme koşulunun aranmasının projeden sadece ilçe halkının etkileneceği anlamında anlaşılacağı, aksine İstanbul ilinin genelini etkileyecek merkezi konumda yer alan bir projeden İstanbul'da ikamet eden her vatandaşın, ilçe sınırlarında ikamet zorunluluğu aranmaksızın, dava açma ehliyetinin bulunduğu kabul edilmesi gerektiğine karar vermiştir⁸⁵. Tarihi ve kültürel miras açısından yüksek yargının benimsediği bu görüş, çevrenin korunmasında da son derece dikkat edilmesi gereken bir husustur. Nitekim çevrenin kirlenmesine sebep olan bir durum önce meydana geldiği yöreyi etkilemekle birlikte sadece ortaya çıktığı sınırlar içinde kalmamakta ve birbirine bir zincir ile bağlı tüm ekolojiye zarar vermektedir.

İzmir ili, Balçova ilçesi, Bahçelerarası mahallesinde yapımı planlanan İzmir İstinye Park Alışveriş Merkezi ve Otel Projesi'ne yönelik verilen "Çevresel Etki Değerlendirmesi Gerekli Değildir" kararına karşı açılan davada, projenin planlandığı Alsancak ilçesi dışında Balçova ilçesinde taşınmazı bulunan kişinin salt İzmir ilinde yaşıyor olmasının dava ehliyeti için yeterli olmadığına karar veren ilk derece yargı yerinin kararı, projenin imar planlarında belediye hizmet alanında kalan ve semt pazarı ile otobüs ve dolmuş terminalinin bulunduğu alanda yapılacak olması dolayısıyla mevzuata aykırı yapılaşmaya neden olacağı ve trafik yoğunluğunu arttıracığı gerekçesiyle bozulmuştur⁸⁶.

Isparta ili, Eğirdir ilçesi, İstasyon mahallesi, Kumluk mevkiinde mülkiyeti özel kişilere ait olan taşınmazlarda yapılan imar planı değişikliğinin iptali istemiyle belde sakini sıfatıyla açılan davada, Eğirdir'de ikamet eden davacının, yakınındaki çevrenin de, içme suyu havzasını oluşturan gölün kirlenmesinden etkileneceği gerekçesiyle menfaatinin ihlal edildiğine karar verilmiştir⁸⁷.

Mera konumunda harman yeri olarak köy halkının kullanımına tahsis edilen taşınmazların mera vasfının kaldırılarak, tapuda hazine adına arsa olarak tescili ile üçüncü bir kişiye ihale suretiyle satılması işleminin iptali istemiyle köy sakini tarafından açılan davada ilk derece yargı yerinin kararı temyiz mercii tarafından bozulmuştur. İlk derece yargı yerinin ehliyet yönünden ret kararında ısrarı neticesinde Danıştay, köy halkının yaşama düzenini ve gelişimini ilgilendiren bir yerin sadece bir kişinin kullanımına verilmesinde menfaati ihlal edilen köy sakini açısından ayrıca zilyetlik ya da mülkiyet ilişkisinin varlığı aranarak davanın ehliyet yönünden reddedilmesinin hukuka aykırı olduğuna karar vermiştir⁸⁸.

Genel düzenleyici işlemlere karşı açılan davalarda⁸⁹ hemşehri hukuku uyarınca menfaat ihlalinin kabul edildiği kararların yanı sıra, işlemin doğrudan muhatabı olmayan kişiler tarafından

⁸⁵ İstanbul 4. İM, 05.09.2016, E. 2016/1536, K. 2016/1471 kararı D14D, 13.03.2017, E. 2017/526, K. 2017/1450 kararı ile bozulmuştur.

⁸⁶ İzmir 2. İM, 25.11.2015, E. 2014/2100, K. 2015/1588 ehliyet yönünden davanın reddi kararı D14D, 18.05.2016, E. 2016/871, K. 2016/4156 kararı ile bozulmuştur.

⁸⁷D6D, 15.12.1993, E. 1993/1858, K. 1993/5451.

⁸⁸ Konya 1. İM, 27.12.1994, E. 1994/1575, K. 1994/1722 ısrar kararı DİDDK, 06.12.1996, E. 1995/396, K. 1996/598 kararı ile bozulmuştur. Söz konusu karar, 4001 sayılı Kanun ile yapılan değişiklikten sonra açılan bir davaya ilişkindir.

⁸⁹ Özellikle genel düzenleyici işlemin iptalinde dava şartı olarak sadece menfaat ihlalinin yeterli görülmesi çarpıcı bir etkiye sahiptir, Çalış, s. 105.

bireysel nitelikteki işlemlere karşı açılan davalarda subjektif dava ehliyetinin kabul edildiği kararlara da rastlamak mümkündür.

Örneğin, İstanbul ili, Sarıyer ilçesi, İstinye bölgesinde belirlenen alanın turizm merkezi olarak ilan edilmesine yönelik Bakanlar Kurulu kararı ile 1/5000 ve 1/1000 ölçekli planların ve ilgili parsel için tesis edilen inşaat ruhsatının iptali talebiyle açılan davada, ilk derece yargı yeri, Danıştay içtihatlarında belde sakini olmanın dava açmak için yeterli görüldüğünü de ifade ederek, inşaat ruhsatının bu kapsamda değerlendirilemeyeceğini belirtmiştir. Bu kapsamda, bir inşaat ruhsatının iptali talebiyle dava açmanın ancak komşu, bitişik parsel maliki ya da en azından mahalle sakini olması koşuluyla kabul edilebileceği gerekçesiyle davanın ehliyet yönünden davanın reddine karar vermiştir. Kararın temyizi üzerine Danıştay, davacının turizm merkezi ilanına ilişkin karara karşı dava açma ehliyetinin bulunduğu kabul edilmesine rağmen bu işlemin uygulaması niteliğindeki inşaat ruhsatı verilmesi işleminde menfaat ihlalinin olmadığına karar vermenin hukuka aykırı olduğuna hükmetmiştir⁹⁰.

Beşiktaş Belediye Başkanlığı'nca verilen tadilat yapı ruhsatının ve bu ruhsatın dayanağı olan avan projesinin onaylanmasına yönelik İstanbul Büyükşehir Belediye Başkanlığı kararı ile Tabiat Varlıklarını Koruma Bölge Komisyonu'nun bazı kararlarının iptali istemi ile semt sakini sıfatıyla açılan davada, söz konusu taşınmaz davacının çok yakın bir konumda (200 metreden daha az) ikamet etmesinin yanı sıra dava konusu edilen işlemler neticesinde İstanbul Boğazı'nın silüetini etkileyebilecek olması subjektif ehliyetin kabulü için yeterli görülmüştür⁹¹.

Ankara ili, Çankaya ilçesi, Ahlatlıbel mahallesi, Öysekent mevkiinde bulunan park alanında muhtarlık binası yapılması işleminin geri alınarak inşaatın yıkılması isteminin reddine ilişkin işleme karşı açılan davada, Çankaya ilçesinde yer alan ve hâlihazırdaki imar planına göre şehirde yaşayan herkesin kullanımına açık ve mülkiyeti kamuya ait olan bir alanın, bir kamu binası olarak tahsisinde kamu yararını yakından ilgilendiren bir durum olduğu gerekçesiyle belde sakini sıfatıyla dava açma ehliyeti bulunduğu karar verilmiştir⁹².

c. Taşınmaz/Komşu Taşınmaz Sahibi Olma Sıfatıyla

Komşu taşınmaz sahibi olma sıfatıyla açılan davalar, esasında belde/sem/köy/mahalle sakini olma sıfatıyla (hemşehri hukuku) açılan davalardır. Ancak Danıştay bazı davalarda işlemin uygulama alanını dikkate alarak salt hemşehri hukuku sıfatından daha özel bir coğrafi yakınlığı aramaktadır. Bu yakınlık dava konusu edilen işlemin doğrudan muhatabı olmayan ancak işlemin uygulama alanına yakın bir yerde taşınmaz mülkiyeti bulunan kişiler tarafından açılan bazı istisnai davalarda dikkate alınmaktadır.

İstanbul ili, Bahçelievler ilçesinde yer alan bir taşınmazın özel hastane alanına alınmasına ilişkin 1/5000 ölçekli nazım imar planı değişikliği ile parselin başka bir amaçla iskân edilemeyeceği yönündeki plan notu ilavesinin iptali istemiyle, eski İstanbul Büyükşehir Belediye

⁹⁰ D6D, 21.11.2003, E. 2003/1950, K. 2003/6117 kararı DİDDK, 11.11.2004, E. 2004/741, K. 2004/1854 kararı ile bozulmuştur.

⁹¹ İstanbul 10. İM, 08.01.2015, E. 2014/2148, K. 2015/2 kararı D6D, 01.07.2015, E. 2015/1547, K. 2015/4783 kararı ile bozulmuştur.

⁹² Ankara 4. İM, 16.01.2014, E. 2014/60, K. 2014/33 kararının ısrara ilişkin kısmı DİDDK, 05.02.2015, E. 2014/1614, K. 2015/216 kararı ile ehliyet yönünden onanmıştır.

Meclisi üyesinin belediye meclis üyesi sıfatıyla değil, İstanbul ili sınırları içinde yaşayan bir vatandaş olma sıfatıyla, açılan davada menfaat ihlalinin bulunmadığına karar verilmiştir. Karar, imar planına ilişkin davalarda belde sakini olmanın yanı sıra ayrıca komşu, bitişik parsel maliki ya da en azından mahalle sakini sıfatlarından birinin de bulunması gerektiği gerekçesiyle verilmiştir⁹³.

Bu açıdan yargının genel yaklaşımı, işleme konu taşınmaza komşu taşınmazı bulunmayan kişilerce açılan çevre hukukunu ilgilendiren davalarda, hemşehri hukuku çerçevesinde subjektif dava ehliyetinin kabul edileceği yönündedir⁹⁴. Nitekim yargı bu tür davalarda kişisel bir çıkardan ziyade kamu yararını sağlamanın daha üstün olduğu fikrindedir.

Örneğin, Tokat ili, Yayladalı köyünde komşu taşınmazların tarım arazisi vasfının kaldırılarak imara açılması işlemine karşı açılan davada, söz konusu işlemin kamu yararını sağlamaya yönelik bir itiraz olduğuna karar verilerek davacının subjektif ehliyetinin bulunduğu karar verilmiştir⁹⁵. Benzer şekilde, Konya ili, Meram ilçesinde taşınmazı bulunan şirketin, komşu taşınmazlara ilişkin yapılan çevre düzenlenmesi ile nazım imar planı değişikliğinin onaylanmasına ilişkin Konya Büyükşehir Belediye Meclisi kararının iptali istemiyle açtığı davada, davacıya ait taşınmazın imar plan tadilatı onama sınırı içerisinde yer almamasına rağmen dava açma ehliyetinin bulunduğu karar verilmiştir⁹⁶.

ç. Kiracı veya Zilyet Olma Sıfatıyla

Kiracı ya da zilyet sıfatıyla açılan davalar da hemşehri hukuku temelindedir. Zira kiracı ya da bir mülkiyetin zilyedi olan kişi aynı zamanda o beldenin dolaylı da olsa sakinidir.

Hazineye ait Adana ili, Karaisalı ilçesi, Nergizlik köyünde yer alan taşınmazın baraj şantiye tesisi ve göl sahası olarak kullanılmak üzere DSİ Genel Müdürlüğü'ne tahsisine ilişkin işlemin iptali talebiyle haksız zilyet tarafından açılan davada, kamu yararını yakından ilgilendiren konularda subjektif ehliyetin geniş yorumlanması gerektiğine ilişkin Danıştay'ın yerleşik içtihatlarına vurgu yapılarak, davacının ecrimisil ödeyerek tarımsal faaliyette bulunması, yöre sakini ve fuzuli şağil sıfatıyla da olsa taşınmazın zilyedi konumunda bulunmasının, tahsis işlemine karşı dava açmada hukuken kabul edilebilir bir menfaat ilgisi için yeterli olduğuna karar verilmiştir⁹⁷.

⁹³ İstanbul 2. İM, 13.10.2009, E. 2008/108, K. 2009/1642 kararı D6D, 23.01.2012, E. 2010/1267, K. 2012/195 kararı ile ehliyet yönünden bozulmuştur.

⁹⁴ Aksi yönde kararlar da bulunmaktadır. Örneğin; Aydın ili, Nazilli ilçesi, Karaçay mahallesi sınırları içerisinde bulunan bazı alanların riskli alan ilan edilmesine ilişkin karara karşı, Nazilli Belediye Meclisi Üyesi tarafından açılan davada, davacının dava konusu riskli alan sınırları içerisinde taşınmazının bulunmadığı (davacı ile mülkiyet bağı veya hukuki ilgisi bulunmadığı) gerekçesiyle ehliyet yönünden reddedilmiştir, D14D, 21.09.2017 ve E. 2017/1169, K. 2017/4812.

⁹⁵ D6D, 08.04.2013, E. 2010/1323, K. 2013/2265.

⁹⁶ Konya 1. İM, 18.09.2012, E. 2011/581, K. 2012/92 kararı D6D, 20.02.2013, E. 2012/7618, K. 2013/1028 kararı ile bozulmuştur. Benzer kararlar için bkz. DİDDK, 22.11.2016, E. 2014/3433, K. 2016/3062. D6D, 09.10.2017, E. 2013/391, K. 2017/7271.

⁹⁷ Adana 1. İM, 26.10.2011, E. 2011/1174, K. 2011/1596 ehliyet yönünden davanın reddi kararı D10D, 14.03.2016, E. 2015/4655, K. 2016/1311 kararı ile bozulmuştur.

Şanlıurfa ili, Birecik ilçesi, Mezra beldesi, Adalar mahallesine yer alan taşınmazın zilyedi olan bir kişi tarafından imar uygulamasının ve dayanağı uygulama imar planının iptali istemiyle açılan dava ehliyet yönünden kabul edilmiştir⁹⁸.

Salt zilyet sıfatıyla dava açılmayacağına ilişkin kararlar da bulunmaktadır. Örneğin; İstanbul Su ve Kanalizasyon İdaresi İçmesuyu Havzaları Yönetmeliği'nde yapılan değişiklik kararına karşı açılan dava, ilk derece yargı yeri tarafından ilgili derelerin bulunduğu yerde veya yakınında davacı mülkiyetinde veya zilyetliğinde bir taşınmaz bulunmadığı gerekçesiyle ehliyet yönünden reddedilmiştir. Kararın temyizinde Danıştay, dere koruma bandı kısmında taşınmaza sahip olanlar için yapılaşmaya imkân veren yönetmelik hükmünün, subjektif ehliyet açısından mülkiyet hakkı sahibi ya da zilyet sıfatlarını kullanarak, çevresel değerlerin ve su kaynaklarının korunması amacıyla dava konusu edilmesinin beklenilemeyeceğine karar vermiştir⁹⁹.

Diğer taraftan kiracı ya da zilyet sıfatının malik sıfatının önüne geçmesi de engellenmektedir. Örneğin korunması gerekli tarihi eser niteliğinde olan Muhsinoğlu Hanında, Koruma Kurulu tarafından alınan restorasyon projesinin onaylanması kararına karşı kiracılar tarafından açılan davada, asıl malikin iradesi ile uygulanmak istenen ve Koruma Kurulu tarafından da uygun bulunan restorasyon işleminin iptalini talep etmede kiracı sıfatının yeterli olmadığına karar verilmiştir¹⁰⁰. Benzer şekilde kiracılık ilişkisinin devamını sağlamak adına, mülkiyet sahibinin iradesini engelleyecek derece dava açan ve söz konusu taşınmazdan yargı kararı ile tahliye edilen davacıların, menfaat ihlalinin bulunmadığına karar verilmiştir¹⁰¹.

İstanbul ili, Kadıköy ilçesi, Cafer Ağa mahallesinde yer alan binanın restitüsyon, restorasyon ve röleve projelerinin onaylanmasına yönelik Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kurulu'nun kararlarının iptali istemiyle açılan davada, davacıların eski eseri koruma amacından ziyade aleyhine açılan tahliye davası sonuçlarını engelleme amacı bulunması sebebiyle ehliyet yönünden davanın reddine karar verilmiştir. Kararda, kiracılık ilişkisinin 1924 yılından beri devam ediyor olmasının da menfaatin meşru bir temele dayandırılmasına yeterli olmadığı vurgulanmıştır¹⁰².

d. Sektörde Faaliyet Gösterme Sıfatıyla

İdarenin işlemine karşı sektörde faaliyet gösteren sıfatıyla açılan bir davada, subjektif ehliyetin bulunduğu karar verilmiştir. Ancak bu davanın açılmasındaki amaç, başka bir ifadeyle davacının davayı açmakla ihlal edildiğini iddia ettiği menfaat, iktisadi yarar kaybına ya da rekabetten doğacak zarara ilişkindir¹⁰³. Ancak bu dava, çevrenin kirlenmesine sebep olabilecek bir idari işlemin iptal edilmesi ihtimali açısından oldukça önemlidir.

⁹⁸ Şanlıurfa İM, 13.01.2012, E. 2011/1697, K. 2012/73 ehliyet yönünden davanın reddi kararı D6D, 11.06.2013, E. 2012/2294, K. 2013/4129 kararı ile bozulmuştur.

⁹⁹ İstanbul 8. İM, 29.05.2013, E. 2013/405, K. 2013/958 ehliyet yönünden davanın reddi kararı D6D, 01.04.2014, E. 2013/5728, K. 2014/2511 kararı ile bozulmuştur.

¹⁰⁰ İstanbul 3. İM, 31.12.2004, E. 2004/3010, K. 2004/2695 iptal kararı DİDDK, 23.03.2007, E. 2005/1582, K. 2007/378 kararı ile ehliyet yönünden bozulmuştur.

¹⁰¹ DİDDK, 21.03.2007, E. 2005/1582, K. 2007/378. D6D, 19.07.2006, E. 2005/7113, K. 2006/3928.

¹⁰² İstanbul 4. İM, 30.06.2005, E. 2003/169, K. 2005/1287.

¹⁰³ "İktisadi menfaat" ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. Kaya, Cemil. "İptal Davalarında (Kişisel) Menfaat İhlalinin Genişlemesi: İktisadi Rekabet", *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, C. 66, S. 2, 2008, ss. 273-284.

Söz konusu dava, Sağlık Hizmetleri Genel Müdürlüğü'nün ilgili Daire Başkanlığı tarafından elektronik posta yolu ile davacı şirkete gönderilen kemoterapi ilaç hazırlama cihazlarının taşınması gereken özelliklerin güncellendiğini bildiren yazının iptali istemiyle açılmıştır. Davacı şirket, 2011-2023 programında, atık sistemi için, ağzı açılmayacak şekilde atık kutusu özelliği bulunması gerektiği belirtilmişken, son değişiklikle “Çevre güvenliğini sağlayan, cihaz orijinal, ayrılmaz parçası olan ve atık kutusuna ağzı açılmayacak şekilde kapatabilen iki bölümlü geçişli torba kilitleme özelliğine sahip olmalıdır” şeklindeki güncellemenin kemoterapi ilaç atıklarının kesici-delici olmasının yanı sıra son derece zararlı olduğu, atık sisteminde kutu yerine torba olmasının Tıbbi Atıkların Kontrolü Yönetmeliği'ne aykırı olduğu, bu düzenleme ile başka firmaların ürünlerinin de otomatik cihaz uygunluğu alacağı, bu ürünlerin daha düşük maliyette üretilen ürünler olacağı, bu durumun da firmalarının menfaatlerinin ihlal edileceğini ileri sürmüştür¹⁰⁴.

Esasında söz konusu davayı açmakta şirketin ekonomik bir menfaatinin ihlali söz konusudur. Diğer taraftan ilgili değişikliğin kemoterapi ilaç atıklarının muhafaza edilmesinde sorunların yaşanması ve bunun çevre sağlığını tehdit etmesi durumu da söz konusudur. Davanın bu haliyle ehliyet yönünden kabul edilerek işlemin iptal edilmesi gerekirdi. Ancak davanın görülmesi sırasında ilgili düzenlemede, söz konusu torbanın “sitotoksik atık kutusu kilitleme özelliğine sahip olmalıdır” şeklinde bir değişiklik daha yapılmıştır. Bu ibaresinin eklenmesi sonucunda dava ehliyet yönünden değil işlemin hukuka uygun olması dolayısıyla reddedilmiştir.

Çevreye ilişkin bir düzenleme değişikliğinin ticari olarak menfaatini etkilediği gerekçesiyle açılan bu dava, düzenleme değişikliğinin çevreye zarar verecek nitelikte görülmesi sebebiyle subjektif ehliyet yönünden kabul edilmesi açısından önemlidir. Başka bir ifadeyle, bu karar özelinde idari yargı makamlarının çevre ve tarihi değerlerin ve kültürel mirasın korunması gibi kamu yararının egemen olduğu tasarruflarda, “menfaat ikamesi” yoluyla davayı ehliyet yönünden kabul etmesi mümkündür.

e. Çalışan Sıfatıyla

Sektörde faaliyet gösteren sıfatıyla açılan davada olduğu gibi, bir işyerinde çalışan sıfatıyla açılan ve doğrudan çevre sorununu önleme amacı taşımayan, şahsi ve özel bir menfaate ilişkin olan davalarda da subjektif ehliyetin bulunduğu karar verilmektedir.

Örneğin; Ankara ili, Keçiören ilçesi, Bağlum beldesindeki taşınmazların bulunduğu imar adası ile imar yolu arasına isabet eden yeşil alanın beton santrali inşaatı için tahsisine ilişkin işlemin geri alınması ve yapının yıktırılması istemiyle söz konusu bölgede bulunan şirkette sigortalı olarak çalışan ancak farklı bir bölgede ikamet eden kişinin açtığı dava ehliyet yönünden reddedilmiştir. Kararın temyizi üzerine Danıştay, şehirde yaşayan herkesin kullanımına açık ve mülkiyeti topluma ait bir sosyal yerleşke olan yeşil alanın, özel bir şirkete beton santrali kurulması amacıyla tahsisi öngören işleme karşı, kamu yararını yakından ilgilendirmesi sebebiyle herkesin davacı olabileceğine karar verilmiştir¹⁰⁵. Çalışan sıfatına dayanılarak açılan ancak işlemin iptal edilmemesi durumunda muhtemel bir çevre sorununun ortaya çıkabilecek olması dolayısıyla

¹⁰⁴ D15D, 10.10.2018, E. 2016/8974, K. 2018/6848.

¹⁰⁵ Ankara 7. İM, 04.06.2010, E. 2010/595, K. 2010/1076 kararı D6D, 22.02.2011, E. 2010/8137, K. 2011/404 karar ile bozulmuştur.

“menfaat ikamesi” yapılarak dava açma ehliyetinin bulunduğu karar verilmesi açısından da bu dava önem arz etmektedir.

Ankara Belediyesi tarafından Danıştay binasının ön cephesinde yer alan Zafer Park’ın bulunduğu yerde otopark inşası nedeniyle bazı ağaçların kesilmesi ve parkın tahsis amacının otopark olarak değiştirilmesi işlemleri ile bu işlemlerin dayanağı olan imar planı değişikliğine karşı, Ankaralı Danıştay çalışanları tarafından iptal istemiyle açılan davada, davacıların menfaatlerinin ihlal edildiğine karar verilmiştir¹⁰⁶.

Çalışan sıfatının dikkate alınarak sadece çalışılan işyerine ilişkin olarak tesis edilen işlemde menfaatin kabul edildiği, benzer nitelikteki diğer işyerleri açısından menfaatin bulunmadığı yönünde karar da bulunmaktadır. Örneğin; Türkiye Kömür İşletmeleri Kurumu Linyit İşletmesi’nde çalışan bir kişi, 3096 sayılı Kanun hükümleri uyarınca 12 termik santralin işletme haklarının devredilmesine ilişkin Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığı işleminin iptali istemiyle iptal davası açmıştır. Çalışan olma sıfatının, sadece çalışılan işyerinin üretim biçimi, çalışma koşulları ve işverenin hukuki nitelikleri ile ilgili değişiklikler açısından davacı ile işlem arasında meşru ve aktüel ilişki için yeterli olduğu, ancak diğer termik santrallerin devri açısından davacının kişisel menfaatinin ihlal edilmediğine karar verilmiştir¹⁰⁷. Bu kararda salt çalışan sıfatının kabul edilmesi, ancak çevresel kirlenmeye sebep olabilecek diğer işlemler açısından “sakin olma” ya da “vatandaş olma” gibi başka bir sıfatın ikamesi yapılarak denetim yapılmaması bu açıdan eleştiriye açıktır.

f. Nüfusa Kayıtlı Olma Sıfatıyla

İdari işleme konu coğrafi alanda “sakin olma” sıfatının bulunmadığı bazı davalarda, “nüfusa kayıtlı olma” durumuna bir göndermede bulunmaktadır. Danıştay, sakın olma sıfatını sağlamayan davacı açısından menfaat ihlali koşulunu başka veriler kullanarak genişletmeye çalışmaktadır. Bu açıdan fiilen ve bizatihi sakın olmasa da işleme konu beldenin nüfusa kayıtlı olan kişilerin dava açmada menfaatlerinin bulunduğu karar verilmektedir. Bu duruma ilişkin kararlarda hem sakın olma (ikamet) hem de nüfusa kayıtlı olma (memleket) kavramlarının ikisinin de bir arada kullanılması yeni bir sıfatla davanın kabul edilmesine olanak bulunduğu intibamı uyandırmaktadır. Hemşehri hukuku çerçevesinde davacının memleketini ilgilendiren sorunlara karşı yargısal başvuru yollarını kullanması ya da nüfusa kayıtlı olduğu yerde taşınmaz sahibi olması veya olma ihtimali (miras ve sair yollarla) özellikle çevre davalarında kullanabilir bir sıfat olarak görülebilir.

Örneğin; Mersin ili, Tarsus ve Çamlıyayla ilçelerinde geçen Berdan nehri, Kadıncık çayı üzerinde planlanan Regülatör ve HES Projesi kapsamında Çevre ve Şehircilik Bakanlığı’na verilen “Çevresel Etki Değerlendirmesi Olumlu” kararının iptali istemi ile açılan davada,

¹⁰⁶ D6D, 16.12.1986, E. 1986/1323, K. 1986/1135.

¹⁰⁷ Ankara 1. İM, 24.12.1997, E. 1997/19, K. 1997/1412 kararı D10D, 25.10.2000, E. 1998/2400, K. 2000/5393 kararı ile bozulmuştur. Ancak ilk derece mahkemesinin kararı ehliyet yönünden değil yetki unsurunda bir sakatlığın bulunmadığı sebebiyle bozulmuştur. Zira ehliyet hususunda davacının çalıştığı işyerini ilgilendiren bir işlemde menfaatinin bulunduğu her iki yargı yeri tarafından da kabul edilmektedir.

projelerin inşa edileceği yörede ikamet etmeyen ya da o yörenin nüfusuna kayıtlı olmayanların subjektif ehliyetlerinin bulunmadığına karar verilmiştir¹⁰⁸.

g. Belediye Başkanı, Belediye Meclis Üyesi ya da Muhtar Sıfatıyla

Bazı içtihatlarda; belediye başkanı, belediye meclis üyesi ya da muhtar sıfatı ile subjektif ehliyetin bulunduğuna karar verilmektedir. Bu davalar, ilgililer açısından kamu tüzel kişiliğinin başında bulunma ve kamu tüzel kişiliğini temsil etme sıfatıyla değil bu unvanları sebebiyle salt şahsi kimliklerinden dolayı açılan davalardır.

Örneğin; İstanbul ili, Sancaktepe ilçesi, Veysel Karani mahallesinde yapılan 1/5000 ölçekli Nazım İmar Planı'nın onaylanmasına ilişkin İstanbul Büyükşehir Belediye Meclisi kararının iptali istemiyle belediye meclis üyelerince açılan davada, meclis üyelerinin toplantıya katılma ve karşı oy kullanma ya da toplantıya katılmama şartıyla davacı olabileceklerine karar verilmiştir. Bu açıdan davacıların, meclis toplantılarına katıldıkları ancak kararın oy çokluğu ile alındığı durumlarda karşı oy kullanan meclis üyelerinin kimler olduğu ve karşı oy gerekçelerinin tutanaklarda yer almamasının kendilerinin dava açma ehliyetini sınırlandırmayacağı itirazı yerinde görülmemiştir. Danıştay, belde halkının hak ve çıkarını korumakla görevli olan belediye meclisi üyelerinin bu sıfatla dava açabilmeleri için, meclis toplantılarına katılarak karşı oy kullanmalarını ve bunun tutanağa geçirilmesini ya da toplantıya katılmayarak oy kullanılmamasını bir şart olarak aramaktadır¹⁰⁹.

Benzer şekilde, Muğla valiliği Devir, Tasfiye ve Paylaştırma Komisyonu kararı ile çevre koruma hizmeti alanında faaliyet gösteren bir iktisadi işletmenin Muğla Büyükşehir Belediye Başkanlığı'na devrine ilişkin işlemin iptali istemiyle Muğla İl Belediye Başkanı tarafından açılan dava ehliyet yönünden reddedilmiştir. Ancak ehliyet yönünden davanın reddine ilişkin karar, davacı belediye başkanının dava konusu işlemin tesis edildiği toplantıya katılarak karara muhalif kalmaması gerekçesiyle alınmıştır¹¹⁰.

Meclis kararlarına ilişkin tutanakların usulüne uygun olarak tutulması ve varsa karara muhalif üye isimlerinin tutanağa işlenmesi görevinin kime ait olduğu bu açıdan önemlidir. Karara aksi yönde oy kullanan üyelerin kimler olduğu ve davacı konumunda bulunan kişinin muhalif üyeler arasında olup olmadığını ispat yükü davalı idarede olması gerekir. Zira belediye meclis kararlarına ilişkin tutanakların usulüne uygun olarak düzenlenmediği bu açıdan birincil

¹⁰⁸ Mersin 1. İM, 18.07.2013, E. 2013/659, K. 2013/685 ehliyet yönünden davanın reddi kararı D14D, 20.12.2012, E. 2011/14302, K. 2012/9831 kararı ile onanmıştır. Benzer yönde karar için bkz. İstanbul 4. İM, 05.09.2016, E. 2016/1536, K. 2016/1471 kararı D14D, 13.03.2017, E. 2017/526, K. 2017/1450 kararı ile bozulmuştur.

¹⁰⁹ D6D, 14.06.2012, E. 2011/8759, K. 2012/3461. Benzer yönde karar için bkz. D6D, 22.09.2010, E. 2010/3125 K. 2010/8309. İstanbul 6. İM, 23.08.2011, E. 2011/974, K. 2011/1214.

¹¹⁰ D8D, 05.07.2017, E. 2015/9700, K. 2017/6141: "Kamu gücü kullanılarak tesis edilmekle birlikte tek bir kişi veya hiyerarşik düzende yer alan birden fazla kişi tarafından tesis edilen işlemler ile birden fazla kişinin ortak iradelerinin birleşmesiyle oluşabilen işlemler (kollektif işlemler) bakımından yargı yerince aranan subjektif ehliyet koşulu hukuki yönden farklı değerlendirilmektedir. Zira yetkili kişi veya kişilerce tesis edilen idari işlemlere karşı işlemin tesisine katılma imkânı bulunmayan ancak bu işlemde hak ve menfaatleri ihlal edilen kişiler tarafından dava açılabilmesi mümkün ise de, işlemin tesisine katılma yetki ve görevi bulunan kişilerin ortak iradesi ile belirlenen kollektif işlemlere karşı bu kişilerin dava açabilmeleri için karara muhalif kalmaları koşulu aranmaktadır. Kurul halinde idari karar alınmasındaki amacın farklı görüşlerin beyan edilmesi suretiyle kamusal yarar bakımından hukuken en doğru kararın alınmasının sağlanması olduğu, bu itibarla karara muhalif kalan üyelerin tutanağa geçirilmesinin zorunlu olduğu kuşkusuzdur".

itirazlardandır. Ancak görüşmeye katılmayarak oy kullanmadığı gerekçesiyle iradesini açık ve zımni olarak belirtmeyen belediye meclis üyelerinin dava açma ehliyetlerinin bulunduğu peşinen kabul edilmesine rağmen, belediye meclis kararına karşı oy kullandığını ve bunun tutanağa geçirilmediğini ileri süren davacıya ayrıca ispat yükünü yüklemek hakkaniyetli değildir. Zira hukuka uygunluk karinesine dayandırılan bu durumun, davacı konumunda bulunan ancak tutanağa müdahale etme imkânı bulunmayan meclis üyesinin durumunun daha da zayıflatılarak bir koz olarak kullanılabilmesi ve hukuka aykırılığın yargı denetiminden bu suretle kaçırılması ihtimali eleştiriye açıktır.

Erzincan ili, Merkez ilçe ve Kemah ilçelerinden akan Fırat Nehri Karasu üzerinde yapılması planlanan Kemah Barajı ve Hidro Elektrik Santrali HES Projesi için verilen “Çevresel Etki Değerlendirmesi Olumlu” kararının iptali istemiyle, sekiz köy muhtarının aralarında bulunduğu davacılar tarafından açılan davada, projenin etki alanı dışında kalan davacı köy muhtarları açısından idarenin ve yatırımcıların sürekli olarak dava tehdidi ile karşı karşıya kalmasının idari istikrar ilkesine aykırı olacağı kanaatiyle ehliyet yönünden reddine karar verilirken, proje etki alanlarında bulunan köyler açısından muhtarlar tarafından açılan davalarda menfaatin ihlal edildiğine karar verilerek dava konusu edilen işlem iptal edilmiştir¹¹¹.

B. Tüzel Kişiler

İdari işleminden doğrudan ya da dolaylı olarak etkilenen tüzel kişiler de gerçek kişiler gibi dava açabilmektedir. Bu açıdan davacının gerçek ya da tüzel kişi olması arasında bir fark bulunmamaktadır.

Menfaat ihlalinin geniş yorumlanması, topluluğun menfaatini ilgilendiren işlemlere karşı, topluluğu temsilen tüzel kişiliğe de dava açma ehliyeti tanınmasına sebebiyet vermiştir. Bu açıdan tüzel kişilerin kendi kişiliğini etkileyen işlemlere karşı dava açmasının yanı sıra, kendisini oluşturan topluluk üyelerinin menfaatlerine ilişkin dava açması da mümkündür.

Diğer taraftan özel hukuk tüzel kişileri dışında kamu tüzel kişileri de bir başka kamu tüzel kişisi tarafından tesis edilen işleme karşı dava açabilmektedir. Kamu tüzel kişileri tarafından açılan davalarda menfaat ihlalinin kabulü davacı kamu tüzel kişisinin kuruluş kanunu dikkate alınarak çözümlenmektedir. Özel hukuk tüzel kişileri tarafından açılan davalarda ise, menfaat ihlali bulunup bulunmadığı kuruluş metninde yer alan amaçlara göre tespit edilmektedir.

1. Mahalli İdareler

Mahalli ve müşterek nitelikte olan ihtiyaçları karşılamak üzere kurulan mahalli idareler, kurulduğu yöre halkının mahalli müşterek sorunlarına ilişkin olarak davacı konumunda bulunabilirler. Nitekim il, belediye ve köy halkının müşterek bir sorununu gidermek müşterek bir ihtiyacın karşılanması anlamına gelir. Bu kapsamda çevresel bir sorunun hukuka aykırılığını dava konusu etmede mahalli idare tüzel kişiliğinin de menfaati bulunmaktadır. Bu aynı zamanda mahalli idare sınırları içinde yaşayan kişilerin yargı organı karşısında temsil edilmesi anlamına gelir. Çevre uyumsuzlukları açısından il özel idaresi, belediye ve köyün subjektif ehliyetlerinin

¹¹¹ Sivas İM, 16.09.2015, E. 2014/715, K. 2015/1391 kararı D14D, 02.06.2016, E. 2015/10673, K. 2016/4590 kararı ile kısmen bozulmuş kısmen onanmıştır.

kabulü ancak açılan davanın mahalli müşterek bir çevresel sorunu önleme amacına matuf olması durumunda mümkündür.

Danıştay, çevrenin korunmasına yönelik olarak mahalli idarelerin davacı konumunda bulunabilmeleri hususunda yer bakımından sınırlı olduğunu düşünmektedir. Bu kapsamda kuruldukları yerdeki bir faaliyete ilişkin olmayan, başka bir ifadeyle sınırları içerisinde bulunmayan taşınmazları ilgilendiren işlemlerde mahalli idarelerin menfaat ihlali iddiasında bulunamayacağı düşünülmektedir.

Mahalli idarelerin menfaat ihlali iddiasının, kuruldukları coğrafi alanda sınırlı bir çerçevede kabul görmesi, onların belde sakini olma sıfatıyla dava açıyor gibi algılanmasına sebebiyet verdiği ve hukuka aykırılığa ilişkin denetimin göz ardı edilmesine yol açtığı gerekçesiyle eleştirilmektedir¹¹². Yer yönünden yetkili olma kuralı işlemin hukuka uygunluk denetiminin yapılamamasına sebebiyet vermesine rağmen, mahalli idarelerin kurulduğu ve görevli bulunduğu coğrafi sınır dışındaki işlemlerin yargısal denetimi için dava açamaması gerekir. Nitekim mahalli idarelerin kurulma amacı, görev ve yetkileri belirli bir toprak parçasıyla sınırlandırılmıştır. Nasıl ki kuruldukları coğrafi yer dışında bir karar almaları yer yönünden yetkisizlikle sakatsa, aynı şekilde sınırları dışındaki bir hukuka aykırılığı da yargı önüne taşımaları mümkün olmamalıdır. Mahalli idarelerin sadece görevli oldukları yerin sınırı ile bitişik başka bir idareye ait olan alandaki bir işlem sonucunda ortaya çıkan bir çevre kirliliğinin, söz konusu alanda sınırlı kalmayarak kendi görev yerine taşmasının mutlak olduğu durumlarda dava açma ehliyetinin kabulü gerekir. Aksi halde farklı siyasi partilerin desteğini alarak mahalli idare yönetimine seçilmiş kişilerin, birbirlerinin kararlarına sürekli bir biçimde dava açarak istikrarı bozmaları ve kamu hizmetinin yürütülmesine balta vurmaları söz konusu olabilir.

Muğla ili, Marmaris ilçesi, Bayır bölgesi, İçmeler yöresinde devlet ormanının 16.000 m²'lik bölümü üzerinde bir otel yapılması ve işletilmesi amacıyla 49 yıllığına irtifak hakkı tesisine ilişkin Kültür ve Turizm Bakanlığı işlemine karşı belediye tarafından dava açılmıştır. Açılan davada, yapılan işlemin Orman Kanunu'nun 17/3 maddesine aykırı olduğu, bu alanın arkeolojik ve doğal sit alanı içerisinde bulunduğu iddia edilmesine rağmen belediyenin doğrudan bir yarar ilişkisi bulunmadığı gerekçesiyle ilk derece mahkemesi davayı ehliyet yönünden reddetmiştir. Temyiz mercii, belediye sınırlarında kalan ormanlık alanda bir otel inşasının yapılmasının hem çevre planlaması ve buna ilişkin yapım ve işletilmesine izin verilmesi açısından hem de bu yöreye belediye hizmetlerinin götürülmesi yönlerinden, belediyeyi doğrudan ilgilendireceğinin açık olduğu kanaatiyle ilk derece yargı yerinin kararını bozmuştur¹¹³.

İstanbul ve Tekirdağ il sınırları içerisinde kurulacak termik santralin inşası amacıyla bazı taşınmazların acele kamulaştırılmasına ilişkin kararının iptali istemiyle, Silivri Belediye Başkanlığı'nca açılan davada, mülkiyet hakkına ilişkin olan ve bireysel nitelik taşıyan kamulaştırma işlemi ve buna bağlı olarak tesis edilen işlemlerin, davacı belediyenin sorumluluk

¹¹² Gökalp Alica, s. 198.

¹¹³ D8D, 19.01.1990, E. 1988/809, K. 1990/75.

alanı içerisinde bulunduğundan bahisle bu işlemleri dava konusu etmesinin, subjektif ehliyet koşulunu aşan bir değerlendirme olacağına karar verilmiştir¹¹⁴.

İçtihatlar dikkate alındığında belediyenin tüzel kişiliğini doğrudan ilgilendiren subjektif konular ile imar planı gibi genel düzenleyici işlemler dışında, mülkiyet hakkı ile ilgili olan ve sadece ilgisinin dava açma hakkının olduğu bireysel işlemlere karşı dava açmasının mümkün olmadığı görülmektedir. Ancak sadece imar planı gibi düzenleyici işlemlerle değil bireysel nitelikteki bazı idari işlemler neticesinde yapılan faaliyetlerle de çevreye zarar verilmesinin olası olması, beldenin müşterek ihtiyacını karşılamak üzere kanunla kurulan ve görevlendirilen belediyenin, kendi sınırları içinde kalmak kaydıyla bireysel nitelikteki işlemlere karşı yöre halkının menfaatini korumak adına dava açabilmesinin kabulü gereklidir.

İzmir ili, Karaburun ilçesi, Parlak köyünde yer alan sahilde su ürünleri üretim alanında, çipura ve levrek yetiştiriciliği projesi için verilen “Çevresel Etki Değerlendirmesi Gerekli Değildir” kararına karşı Parlak köyünü temsilen köy muhtarı tarafından dava açılmıştır. Davada, faaliyet alanının 1. derece doğal sit alanı kapsamında olduğu, bölgenin bakir olması, kalkınmasında önceliğin tarım ve turizm olduğunun bilimsel yayınlarda yer almasına rağmen su ürünleri yetiştiriciliği gibi kirletici ve habitatı etkileyecek bir faaliyet için ÇED gerekli değildir kararının verilmesinin hukuka aykırı olduğu, koruma altında bulunan Akdeniz fokunun popülasyonunun balık çiftliğinin faaliyeti ile yok olacağı, tesis için verilen kararın şehircilik, planlama ilkeleri ve mevzuata aykırı olduğu itirazları kabul edilerek dava ehliyet yönünden kabul edilmiştir¹¹⁵.

Muğla ili, Milas ilçesi, Kemerköy mevkiinde yer alan alanda termik santral kurulmasına ilişkin işlemin iptali istemiyle Gökova Körfezi’ne kıyı dört köyün muhtarlıkları tarafından açılan davada, bir körfezin çevresindeki köylerin termik santralin yaratabileceği sorunlardan etkileneceği gerekçesiyle ehliyet yönünden dava kabul edilmiştir¹¹⁶.

2. Devlet Tüzel Kişiliğini Kullanan Taşra Teşkilatı

Belediye Kanunu’nun 23/5 maddesinde yer alan “Mülki idare amiri hukuka aykırı gördüğü kararlar aleyhine idari yargıya başvurabilir” şeklindeki hüküm, Anayasa Mahkemesi’nin 2010 tarihli kararı ile iptal edilmiştir¹¹⁷. Ancak söz konusu hükmün iptal edilmesinin mülki amirler tarafından açılacak iptal davasına engel olmadığı ifade edilmektedir¹¹⁸.

İptal edilen bu hüküm Belediye Kanunu’ndan kaynaklanan özel bir ehliyeti düzenlemekteydi. Bu açıdan söz konusu hükmün iptal edilmesi, mülki amirlerin 2577 sayılı Kanun gereği dava açmalarını engellememektedir. Nitekim Danıştay il ve ilçede çalışan kamu görevlilerinin başı konumunda olan ve kamu hizmetlerinin ifasından, kamu düzeninin

¹¹⁴ D6D, 10.10.2017, E. 2017/868, K. 2017/7305 ehliyet yönünden davanın reddi kararı DİDDK, 19.02.2018, E. 2018/513, K. 2018/513 kararı ile onanmıştır.

¹¹⁵ İzmir 1. İM, 21.02.2014, E. 2012/1291, K. 2014/254 ehliyet yönünden davanın reddi kararı D14D, 27.10.2015, E. 2014/6972, K. 2015/7981 kararı ile onanmıştır. Köy ihtiyar heyeti üyeleri tarafından açılan davalar ise ehliyet yönünden reddedilmektedir, D6D, 10.09.1954, E. 1953/1874, K. 1954/1675.

¹¹⁶ D10D, 24.06.1986, E. 1985/2739, K. 1986/1451, Amme İdaresi Dergisi, C. 19, S. 3, 1986, s. 150-157’den akt. Gökalp Alica, s. 201.

¹¹⁷ AYM, 04.02.2010, E. 2008/27, K. 2010/29.

¹¹⁸ Gözler, Kemal / Kaplan, Gürsel. *İdare Hukuku Dersleri*, 20. Baskı, Ekin Yayınevi, Bursa, 2019, s. 190.

sağlanmasından ve kanunların uygulanmasından sorumlu olan mülki amirin, il ya da ilçe halkının tamamını ilgilendiren konularda dava açabilmeye ehil olduğunu içtihat etmiştir¹¹⁹.

Türkeli Kaymakamlığı tarafından Güzelkent Belediye Meclisi'nin imar planı tadilatı yapılmasına ilişkin kararının iptali istemiyle açılan davada, ilk derece yargı yerinin ehliyet yönünden davanın reddi kararının temyizinde Danıştay, imar planı, çevresel etki değerlendirmesine ilişkin raporlar, sit alanı ilanı, sit alanı derecelendirilmesi gibi, belli bir kişi veya kişi grubunu değil tüm toplumu ilgilendiren konularda, ehliyet koşulunun idari yargı mercilerince geniş yorumlandığı ve “hemşeri hukuku”nun dahi menfaat koşulunun kabulü açısından yeterli olduğunu vurgulamıştır. Ayrıca Anayasa Mahkemesi'nce Belediye Kanunu'nun 23/5 maddesinde yer alan hükmün, merkezi idarenin Anayasa'nın 127. maddesi kapsamında kullanılması gerektiği ve idarenin bütünlüğü ilkesinin gerektirdiği bir vesayet yetkisini içermediği ifade edilmiştir. Başka bir ifadeyle Yüksek Mahkeme, belediye meclisi kararlarına karşı mülki idare amirlerine sağlanan ve sadece dava açma yetkisini ihtiva eden bir düzenlemenin idari vesayet yetkisi bakımından yetersiz bulunduğu kanaatiyle iptal edildiğini belirtmiş ve mülki idare amirlerinin belediye meclisi kararlarının iptaline yönelik dava açmasının anayasaya aykırı olduğu yönünde bir belirlemenin kararda yapılmadığını ifade etmiştir¹²⁰.

3. Kamu Kurumu Niteliğindeki Meslek Kuruluşları ve Üst Kuruluşları

Danıştay, kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarının örgütlü hareket edebilme imkânlarının hak arama özgürlüğü kapsamında bireylere nazaran daha etkin olduğuna vurgu yapmaktadır. Yüksek yargı Çevre Kanunu'nun çevrenin korunması hususunda “herkes” için getirdiği yükümlülüğün yerine getirilmesinde, önemli bir rolün kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarına ait olduğunu ifade etmektedir¹²¹.

Kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarının kuruluş amaçları, iptal davası için gerekli olan menfaat ihlali koşuluna nasıl bir etkisinin olduğunu incelemek gerekir. Örneğin kamu kurumu niteliğinde meslek kuruluşu olmalarına rağmen mühendisler odası ve Türk Mühendis ve Mimar Odaları Birliği ile baro ve Türkiye Barolar Birliğinin kuruluş amaçları birbirinden farklıdır.

Türk Mühendis ve Mimar Odaları Birliği Kanunu'na dayanılarak hazırlanan Türk Mühendis ve Mimar Odaları Birliği Ana Yönetmeliği'nin 3. maddesinin (b) fıkrasında, birlik ve birliğe bağlı odaların amaçları arasında “çevre ve tarihi değerlerin ve kültürel mirasın korunmasında, gerekli gördüğü tüm girişim ve etkinliklerde bulunmak” yer almaktadır.

Anayasaya göre sağlıklı ve dengeli bir çevrede yaşama hakkı herkese tanınmış bir haktır. Bu kapsamda kuruluş amacında bulunsun bulunmasın meslek kuruluşları ile bunların üst kuruluşlarının çevreyi ilgilendiren konularda gerçek kişiler gibi subjektif dava ehliyetine sahip olduğu ifade edilmektedir. Buna göre, meslek kuruluşları da hem anayasal hem de yasal olarak çevrenin korunmasında yargıyı harekete geçirme yetisine sahiptir¹²². Ancak odaların asıl kuruluş amacının meslek mensuplarının menfaatlerini korumak olmasından dolayı, mensubu olmayan bir

¹¹⁹ D6D, 09.05.2013, E. 2012/5498, K. 2013/3281.

¹²⁰ Samsun 1. İM, 20.03.2012, E. 2011/1062, K. 2012/326 ehliyet yönünden davanın reddi kararı D6D, 09.05.2013, E. 2012/5498, K. 2013/3281 kararı ile bozulmuştur.

¹²¹ D10D, 31.12.2012, E. 2012/925, K. 2012/7169.

¹²² Gökalp Alica, s. 182.

kişiye yönelik yapılan ve faaliyet alanını doğrudan ilgilendirmeyen bir işleme karşı her odanın dava açma ehliyetinin kabulü 2577 sayılı Kanun'un amacına ters düşmekte ve idari istikrarı bozma ihtimali bulunmaktadır.

Diğer taraftan subjektif dava ehliyetinin olduğu kabul edilen kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarına aynı zamanda Çevre Kanunu'nun 3. maddesinin (e) fıkrası gereğince çevre politikalarının oluşumunda karar alma sürecine katılım hakkı tanınmıştır. Bakanlık ya da mahalli idarelere yüklenen katılım ortamı sağlama ödevinin ihlal edilmesi durumunda bu kuruluşların yargıya başvurmaları mümkündür. Bu hususta en iyi katılım hakkının yargıya başvuru olduğu görüşünden¹²³ ziyade, katılım hakkının ihlali neticesinde açılan davalarda, bir şekil sakatlığı sebebiyle işlemin iptali söz konusu olacaktır. Başka bir ifadeyle, kanaatimizce kanuni düzenlemede öngörülen katılım hakkı, yargısal bir başvuru olarak değil idari sürecin bir unsuru olarak öngörülmüştür. Katılım hakkının ihlali sebebiyle açılan davalarda da menfaat ihlalinin gerçekleşip gerçekleşmediği ilk inceleme konuları arasındadır. Bu hususta yapılacak denetimde, katılım ortamının sağlanıp sağlanmadığına göre bir değerlendirme yapılmalıdır. Katılım ortamının sağlandığı ve davacıya bu durumun bildirildiği durumlar açısından toplantıya katılmayanlar tarafından açılan davaların reddedilmesi mümkündür. Ancak katılım ortamının sağlanmadığı durumlara ilişkin olarak açılan davaların kabul edilmesi gerekir. Bu ihtimalde yargı tarafından, gerçekten katılımın ortamının sağlanıp sağlanmadığını ya da idarenin yaptığı bildirim ya da duyurunun katılımı sağlamaya yönelik yeterli bir etkinlikte olup olmadığını araştırması gerekir.

Sağlıklı ve dengeli bir çevrenin tesisi amacıyla TMMOB Mimarlar Odası ve Birliği tarafından açılan davalarda aksi yönde kararlar bulunsa da¹²⁴; genel kabul, Birliğin subjektif ehliyetin bulunduğu yönündedir¹²⁵.

Aydın ili, Didim ilçesi, Kocaharip ve Karakuyu mevkihlerinde hazineye ait taşınmazların 5228 sayılı Kanun'un Arsa Ofisi Kanunu'nda değişiklik yapan 59/11 maddesi uyarınca toplu konut üretilmesi amacıyla Toplu Konut İdaresi Başkanlığına devrine ilişkin karara karşı TMMOB Mimarlar Odası tarafından, söz konusu taşınmazların imar planı ile çevre düzenlemesi planında turizm alanında kaldığı, burada toplu konut üretilmesinin planlama ilkeleri ve çevre düzeni planına aykırı olduğu, bu ilçede konut açığı bulunmadığı ileri sürülerek açılan iptal davasında davacı odanın dava açmakta menfaat bağının bulunduğuna karar verilmiştir¹²⁶.

İstanbul ili, Beyoğlu ilçesinde yapımı planlanan Taksim Topçu Kışlası'na ilişkin hazırlanan restitüsyon projesi ile aynı mevkide yer alan Taksim Meydanı ve Parkına bitişik yaklaşık 17.000 m²'lik bir alanda kamuya açık meydan ve sosyo-kültürel amaçlı kapalı mekan avan projesinin, koruma ve şehircilik ilkelerine, planlama esaslarına ve kamu yararına aykırı

¹²³ Gökalp Alica, s. 182.

¹²⁴ Jeotermal Kaynaklar ve Doğal Mineralli Sular Kanunu Uygulama Yönetmeliği'nin iptali ve 5686 sayılı Jeotermal Kaynaklar ve Doğal Mineralli Sular Kanunu'nun bazı maddelerinin iptali için Anayasa Mahkemesi'ne başvurulması istemiyle Türk Mühendis ve Mimarlar Odaları Birliği tarafından açılan dava menfaat ihlali koşulunun sağlanmadığı gerekçesiyle ehliyet yönünden reddedilmiştir, D8D, 17.04.2014, E. 2012/188, K. 2014/3088 kararı DİDDK, 28.12.2017, E. 2016/4537, K. 2017/4837 kararı ile bozulmuştur.

¹²⁵ "İmar uygulamaları gibi kamu yararını çok yakından ilgilendiren konularda ve özellikle çevre değerlerinin korunması kapsamında bireylerin dava açma hakkının geniş yorumlanması gerekmektedir", D6D, 29.04.2011, E. 2010/10334, K. 2011/1064.

¹²⁶ Ankara 1. İM, 27.01.2005, E. 2004/1260, K. 2005/37 ehliyet yönünden davanın reddi kararı D10D, 22.06.2005, E. 2005/2024, K. 2005/3545 kararı ile bozulmuştur.

olduğu iddiasıyla iptali talebiyle, imar faaliyetleriyle ilgili etkinliklerde bulunan mimarlar ve şehir plancılarında oluşan Mimarlar Odası ve Şehir Plancıları Odası tarafından açılan davada, davacı kamu kurumu niteliğinde meslek kuruluşunun dava açma ehliyetinin bulunduğuna karar verilmiştir¹²⁷.

Hukuki niteliği kamu kurumu niteliğinde meslek kuruluşu olan, TMMOB Mimarlar Odası tarafından özellikle çevrenin korunması ve kirlenmesinin önlenmesine yönelik çok sayıda dava açıldığı görülmektedir. Ayrıca ehliyet yönünden kabul edilen bu davadan bazıları imar planı gibi düzenleyici işlemlere karşı, bazıları ise kamulaştırma, ruhsat iptali gibi bireysel işlemlere yöneliktir. Örneğin; İzmir ili, Çeşme ilçesi, Alaçatı Liman mevkiinde belirlenen kıyı kenar çizgisinin iptali istemiyle açılan davada idare mahkemesinin kararı, üçüncü kişilerin mülkiyetindeki taşınmazdan geçen kıyı kenar çizgisinin belirlenmesinin genel düzenleyici bir işlem niteliğinde olmadığı, subjektif bir işlem olduğu değerlendirilmesinde bulunularak bozulmuştur. İdare mahkemesinin ısrar kararı sonucunda Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu, mesleğin uygulama ve kuram alanında gelişmesini sağlamak, bu doğrultudaki başarılı çalışmaları özendirme gibi etkinliklerin Mimarlar Odasının amaçları arasında yer aldığı, “ilgililer” kavramından imar faaliyetlerinden etkilenen belde sakinlerinin de anlaşılması gerektiğini belirtmiştir. Kararda ayrıca, ifa ettikleri meslek ve sanat açısından şehirleşme ve dolayısıyla imar faaliyetleriyle çok yakından ilgili olan mimarların oluşturduğu oda ve şubelerde görevli bulunanların, belde sakini sıfatıyla ayrı ayrı dava açabileceklerine göre Mimarlar Odası Genel Başkanlığı ve mimar kişiler tarafından kurulan ve yürütülen şubelerin de doğrudan dava açabilmelerinin mümkün olduğu ifade edilmiştir¹²⁸.

Başka bir davada, TMMOB Mimarlar Odası Ana Yönetmeliği'nin 6. maddesinde mesleki alanda ülke ve kamu çıkarları ile uluslararası gelişmeler çerçevesinde çalışmalar yapmak; ulusal ve uluslararası ölçekte mesleğin gelişmesini izlemek ve sağlamak; ülke içinde ve dışında tüm resmi ve özel kuruluşlarla işbirliği yaparak, mesleğin uygulama ve kuram alanında gelişmesini sağlamak, bu doğrultudaki başarılı çalışmaları özendirme gibi etkinliklerin Mimarlar Odasının amaçları arasında yer aldığı ve bu amaçlar doğrultusunda menfaat ihlali şartının ihlal edildiği vurgulanmıştır¹²⁹.

İstanbul ili, Beykoz ilçesi, Çavuşbaşı köyü, Saip Molla özel ormanında sosyal ve ticari tesislere yönelik olarak verilen yapı ruhsatlarının iptalini sağlamak amacıyla Beykoz Belediye Başkanlığı'nın işlemine karşı TMMOB Mimarlar Odası (İstanbul Büyükkenar Şubesi) tarafından açılan dava, yapı ruhsatı ile doğrudan ilgisi bulunmayan ve yapı ruhsatı nedeniyle güncel ve meşru bir menfaati olumsuz yönde etkilediğini ispatlanamayan sivil toplum örgütlerinin, bu vasıfları nedeniyle şahsa yönelik işleme dönüşmüş yapı ruhsatlarının iptali istemiyle dava açma konusunda ehliyeti bulunmadığı gerekçesiyle reddedilmiştir. Kararın temyizi üzerine Danıştay uyuşmazlık

¹²⁷ İstanbul 4. İM, 10.05.2013, E. 2013/994, K. 2013/1007 ehliyet yönünden davanın reddi kararı D14D, 24.10.2013, E. 2013/6534, K. 2013/7093 kararı ile bozulmuştur.

¹²⁸ İzmir 3. İM, 28.02.2007, E. 2004/1029, K. 2007/243 kararı D6D, 21.09.2007, E. 2007/3388, K. 2007/5344 kararı ile ehliyet yönünden bozulmuş ısrar kararı üzerine ilk derece yargı yerinin kararı DİDDK 04.11.2010, E. 2010/2026, K. 2010/1474 kararı ile onanmıştır.

¹²⁹ DİBK, 08.03.1979, E. 1971/1, K. 1979/1 kararı ile Türk Mühendis ve Mimar Odalarının tüzel kişiliği haiz idareler gibi hak ve yetkilerinin bulunduğu ve bu sıfatla davacı ve davalı olarak taraf ve dava ehliyetlerinin bulunduğuna karar verilmiştir.

konusu yapı ruhsatlarının iptalini istemede davacı odanın dava açma ehliyetinin bulunduğu karar vermiştir¹³⁰.

Odaların, meslek mensuplarının tamamına ilişkin olmayan bireysel işlemlere yönelik dava açma ehliyetinin bulunmadığı yönünde kararlar da bulunmaktadır. Örneğin; Ulus Tarihi Kent Merkezi'nde, kentsel sit alanı ve 1. derece arkeolojik sit alanı kapsamında kalan taşınmazların davalı Ankara Büyükşehir Belediye Başkanlığı'nca acele kamulaştırılmasına ilişkin Bakanlar Kurulu kararının iptali istemiyle TMMOB Mimarlar Odası'nca açılan dava, davacı odanın anılan alanda mülkiyet ve benzeri hukuki hakları bulunmadığı gerekçesiyle ehliyet yönünden reddedilmiştir¹³¹. Ancak TMMOB Mimarlar Odası'nın imar uygulamaları ve buna ilişkin işlemleri, planlama ve şehircilik ilkelerine uygunlukları yönünden, kendi kuruluş amacı kapsamına uygun olarak dava konusu etmelerinin mümkün olduğu ve Danıştay'ın yerleşik içtihatlarının da bu yönde bulunduğu açıktır. Diğer taraftan davacı odanın uyuşmazlık konusu alanla ilgili olarak; yenileme alanı ilanı, bu alanla ilgili imar planları, önceki kamulaştırma işlemleri ve önceki projelere karşı daha önce dava açtığı ve bu davaların dava tarihi itibarıyla derdest olması da verilen kararın hatalı olduğunu göstermektedir.

TMMOB Mimarlar Odası dışında diğer oda ve birlikler tarafından açılan davalar da bulunmaktadır. Örneğin; Diyarbakır ili, Sur ilçesinde yer alan taşınmazların acele kamulaştırılmasına ilişkin Bakanlar Kurulu kararının iptali istemiyle TMMOB Harita ve Kadastro Mühendisleri Odası'nca açılan bir davada ehliyet yönünden davanın reddi kararı verilmiştir¹³². Ancak 6235 sayılı Kanuna dayanılarak çıkartılan TMMOB Harita ve Kadastro Mühendisleri Odası Ana Yönetmeliği'nde, odanın kuruluş amaçları arasında sayılan yurdun çevre ve tarihi değerleri ile kültürel mirasın korunması, kamu düzenine ve yararına aykırı işlem, eylem ve düzenlemelerle ilgili tüm girişimlerde bulunmak şeklinde yer alan hüküm göz ardı edilmiştir. Bu gerekçeyle söz konusu karar eleştiriye açıktır.

4. Barolar

Hukuki statüsü kamu kurumu niteliğinde meslek kuruluşu olan baroların, ayrı bir başlık altında incelenmesinin sebebi, kuruluş amaçlarındaki kanuni farklılıktır. Avukatlık Kanunu'nun 76. maddesi, "Barolar; avukatlık mesleğini geliştirmek, meslek mensuplarının birbirleri ve iş sahipleri ile olan ilişkilerinde dürüstlüğü ve güveni sağlamak; meslek düzenini, ahlâkını, saygınlığını, hukukun üstünlüğünü, insan haklarını savunmak ve korumak, avukatların ortak ihtiyaçlarını karşılamak amacıyla tüm çalışmalarını yürüten, tüzel kişiliği bulunan, çalışmalarını demokratik ilkelere göre sürdüren kamu kurumu niteliğinde meslek kuruluşlarıdır. Barolar, kuruluş amaçları dışında faaliyette bulunamazlar" şeklindedir. Bu madde kapsamında baroların subjektif dava ehliyetlerinin diğer meslek kuruluşlarına nazaran daha farklı değerlendirilmesi gerektiğini ifade edebiliriz.

Baro tarafından açılan davalarda subjektif dava ehliyetinin, sadece "yargı kararlarının uygulanmaması" durumuna ilişkin uyuşmazlıklarda kabul edildiği görülmektedir. Örneğin;

¹³⁰ İstanbul 4. İM, 30.12.2005, E. 2004/1118, K. 2005/2408 kararı D6D, 09.02.2007, E. 2006/3763, K. 2007/702 kararı ile bozulmuştur.

¹³¹ D6D, 27.01.2016, E. 2015/7800, K. 2016/231.

¹³² D6D, 08.12.2016, E. 2016/4803, K. 2016/8264 ehliyet yönünden davanın reddi kararı DİDDK, 01.11.2017, E. 2017/602, K. 2017/3343 kararı ile onanmıştır.

Gebze-Orhangazi-İzmir Otoyolu Projesi için çevresel etki değerlendirmesi sürecinin başlatılması istemiyle yapılan başvurunun reddedilmesi üzerine İzmir Baro Başkanlığı tarafından dava açılmıştır. Davada, yönetmeliğin çevresel etki değerlendirmesi sürecinden muafiyet tanıyan hükmü hukuka aykırı bulunarak yürütmesini durdurulmuş ve maddenin kısmen iptaline karar verilmiştir. Buna rağmen, yeni düzenleme gerekçe gösterilerek çevresel etki değerlendirmesi sürecinden muaf tutulmasının hukuka aykırı olduğu ve baroların yargılama faaliyetinin bir parçası olan avukatların bağlı olduğu meslek kuruluşu sıfatı ile mesleki çalışmalarının yanında ayrıca hukukun üstünlüğünü korumak ve savunmakla da yükümlü oldukları gerekçesiyle subjektif ehliyetlerinin bulunduğu hükmedilmiştir¹³³.

İzmir ili, Bergama ilçesi, Ovacık-Çamköy-Narlıca köylerinin sınırlarında bir madencilik şirketi tarafından siyanür liçi yöntemiyle altın çıkartılması amacıyla kurulan işletmenin faaliyetine izin verilmesine ilişkin Bakanlar Kurulu prensip kararının iptali istemiyle İzmir Barosu Başkanlığı tarafından dava açılmıştır. Dava, baronun meşru, kişisel ve güncel bir menfaatini etkilemediği gerekçesiyle ilk derece yargı yeri tarafından ehliyet yönünden reddedilmiştir. Kararın temyizi üzerine Danıştay, hukukun üstünlüğünü koruma ve savunma görevli bulunan baronun, yargı kararının uygulanmadığı ve ayrıca çevre sorunlarına yol açtığını ileri sürdüğü prensip kararı ile menfaat ilgisinin bulunduğu açık olması nedeniyle, ilk derece yargı yerinin kararını bozmuştur¹³⁴.

Bursa Baro Başkanlığı tarafından Bursa ili, Orhangazi ilçesi Gemiç köyünde bulunan taşınmazın, Toprak Koruma ve Arazi Kullanımı Kanunu'nun geçici 4. maddesi uyarınca tarım dışı kullanımının uygun bulunmasına ilişkin işlemi iptali istemiyle dava açılmıştır. Uyuşmazlıkta, dava konusu taşınmaza ilişkin olarak Bursa barosunun bazı davalarda davacı konumunda bulunduğu ve tesisinin yargı kararlarına rağmen faaliyetine devam ettiği iddiasının baronun kuruluş amaçları ile bağlantılı olması dolayısıyla, baronun dava ehliyetinin bulunduğu karar verilmiştir¹³⁵. Söz konusu kararda Çevre Kanunu'nda öngörülen amacın gerçekleştirilmesi noktasında meslek kuruluşlarının öncelikli bir role sahip olmaları gerektiğine vurgu yapılmış ve bu durumun başlı başına menfaat ihlali şartını gerçekleştireceği hüküm altına alınmıştır. Diğer taraftan davacı Baro'nun çevrenin korunması hususunda açtığı başkaca davaların kararda özellikle zikredilmesi, davacı açısından yapılacak menfaat şartı incelemesinde, dikkate alınacak başka bir husus olarak göze çarpmaktadır.

¹³³ D14D, 15.07.2011, E. 2011/13296, K. 2011/450 “odalar gibi kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarının, kendi görev alanlarını ilgilendiren, bu bağlamda çevre, imar planı gibi konularda dava açma ehliyetine sahip olmaları, kuruluş kanunlarında yer alan ve görev alanları ile ilgili konularda dava açmalarına olanak veren düzenlemelere dayanmakta olup, barolar ile ilgili mevzuatta benzer bir düzenleme bulunmadığından, söz konusu meslek kuruluşları tarafından açılan davaların da, bu davaya örnek teşkil etmesi hukuken olanaklı görülmemiştir” gerekçeli kararı DİDDK, 25.12.2013, E. 2011/2123, K. 2013/4686 kararı ile bozulmuştur. Benzer yaklaşım için bkz. D14D, 15.07.2011, E. 2011/13296, K. 2011/450. D14D, 21.09.2011, E. 2011/13742, K. 2011/796. D6D, 08.06.2011, E. 2010/12920, K. 2011/2120 kararı karşı oy gerekçesi; Samsun Barosu Başkanlığı'nın, Samsun İli, Terme ilçesi sınırları içerisinde kurulması planlanan “Samsun Doğalgaz Kombine Çevirim Santrali Projesi” için çevresel etki değerlendirmesi olumlu kararı verilmesine yönelik açılan davada da benzer karar alınmıştır, Samsun 1. İM, 29.03.2011, E. 2010/1523, K. 2011/252 kararı D14D, E. 2011/15104, K. 2012/10134 kararı ile bozulmuştur.

¹³⁴ Danıştay 8. ve 6. Daireleri Müşterek Kurulu, 23.06.2004, E. 2004/27, K. 2004/3012 kararı, DİDDK, 07.10.2004, E. 2004/2163, K. 2004/788 kararı ile bozulmuştur.

¹³⁵ Bursa 1. İM, 27.12.2011, E. 2011/1249, K. 2011/1839 ehliyet yönünden davanın reddi kararı D10D, 20.11.2012, E. 2012/703, K. 2012/5849 kararı ile bozulmuştur.

Danıştay'ın bozma gerekçesi, Anayasa'nın 56. maddesine göndermede bulunarak çevrenin korunması ve geliştirilmesinde vatandaşlara yüklenen yükümlülüğün bireylere nazaran daha örgütlü bir şekilde hareket etme imkânları bulunan meslek kuruluşlarınca yerine getirilmesinin mümkün olduğu yönündedir. Ayrıca kararda Anayasa'nın 36. maddesinde yer alan hak arama özgürlüğünün kullanılmasında, bireylerin karşılaştığı sorunların giderilmesinde baroların önemli bir rol oynadığı vurgulanmıştır. Bu kapsamda anayasal düzenlemeye sahip hak arama özgürlüğü ile sağlıklı ve dengeli bir çevrede yaşama hakkının, belirli bir kesimin kullanımından ziyade herkese tanınması davanın ehliyet yönünden kabul edilmesi sonucunu doğurmuştur.

Diğer taraftan kamu kurumu niteliğinde meslek kuruluşlarından olan baroların, kuruluş amaçları arasında doğrudan yer almayan konularda bile dava ehliyetinin peşinen var olduğunu kabul etmek her uyumsuzluk açısından mümkün değildir. Bu açıdan baroyu oluşturan avukatların hukuk alanında mesleklerini icra etmeleri, hukuki her duruma dâhil olabilecekleri anlamına gelmemelidir. Başka bir ifadeyle, bir meslek kuruluşunun hukuk mesleğindeki kişilerin hak ve menfaatlerini korumak üzere kurulmuş olması, her hukuki uyumsuzluğun tarafı olmalarına imkân tanımaz. Aksi halde baronun kendi üyesi olan tüm avukatlara ilişkin her uyumsuzlukta dava ehliyetinin bulunduğu kabulü 2577 sayılı Kanun'la öngörülen düzenlemenin ihlaline sebebiyet verebilir. Danıştay'ın baroların dava ehliyetine ilişkin görüşünde bir daralmaya gittiği bu açıdan söylenebilir.

Muğla Barosu Başkanlığı tarafından Muğla ili, Bodrum ilçesi, Mazı köyünde bulunan taşınmazın 2. derece arkeolojik sit kapsamından 3. derece arkeolojik sit alanı kapsamına alınmasına ilişkin Muğla Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kurulu kararı karşı açılan davada ilk derece yargı yeri söz konusu işlemi iptal etmiş ancak temyiz incelemesinde Danıştay, baronun subjektif ehliyeti bulunmadığı gerekçesiyle ilk derece yargı yerinin kararını bozmuştur¹³⁶. Muğla Barosu tarafından açılan başka bir davada da ehliyet yönünden dava reddedilmiştir. Söz konusu dava Özelleştirme Yüksek Kurulu'nun kararıyla özelleştirme kapsamına alınan Maliye hazinesi adına kayıtlı taşınmazın satışına ilişkin ihale işleminin iptali istemiyle açılmıştır. Muğla Barosu dava dilekçesinde, uyumsuzluk konusu taşınmazın doğal ve arkeolojik sit alanı olduğunu ayrıca özelleştirme konusu edilen taşınmazın gününbirlik tekne turları açısından uğrak yeri ve bazı canlıların üreme ve yaşam alanı olduğu iddia etmiştir. İlk derece yargı yeri söz konusu işlemin davacı baronun hak ve menfaatini doğrudan etkilenmediği gerekçesiyle ehliyet yönünden davanın reddine karar vermiş ve temyiz incelemesinde Danıştay tarafından davanın ehliyetten reddi yönündeki karar onanmıştır¹³⁷. Kişisel, güncel ve meşru bir menfaati ihlal edilmeyen Muğla Barosu'nun açtığı davanın ehliyet yönünden reddinin hukuka uygun olduğu savunulmaktadır¹³⁸.

Barolar tarafından açılan çevreyi ilgilendiren davalarda subjektif ehliyetin bulunmadığı yönünde çok sayıda ilk derece yargı kararı bulunmaktadır¹³⁹. Örneğin; Bursa ili, Osmangazi

¹³⁶ Muğla 1. İM, 18.05.2011, E. 2009/3227, K. 2011/1013 kararı D14D, 31.01.2012, E. 2011/14451, K. 2012/314 kararı ile bozulmuştur.

¹³⁷ D13D, 21.06.2016, E. 2012/3357, K. 2016/2716 kararı DİDDK, 28.09.2017, E. 2016/4786, K. 2017/2860 kararı ile onanmıştır.

¹³⁸ Gökalp Alıca, s. 187.

¹³⁹ Ergene Havzası'nın su, toprak, orman ve çevresel değerlerine yönelik olarak yapılan 1/100.000 ölçekli Trakya Alt Bölgesi Ergene Havzası Revizyon Çevre Düzeni Planı, plan karar ve notlarının iptali istemiyle Edirne Barosu Başkanlığı tarafından açılan dava ehliyet yönünden ilk derece yargı yeri tarafından reddedilmiştir, D6D, 27.06.2012,

ilçesinde Buhar ve Enerji Üretim Tesisi Projesi hakkında Çevre ve Şehircilik Bakanlığı tarafından verilen “Çevresel Etki Değerlendirmesi Olumlu” kararının iptali istemiyle açılan davada, baro ile diğer meslek kuruluşları farklı bir değerlendirmeye tabi tutulmuştur. TMMOB Şehir Plancıları Odası, TMMOB Peyzaj Mimarları Odası, TMMOB Elektrik Mühendisleri Odası, TMMOB Jeoloji Mühendisleri Odası, TMMOB Ziraat Mühendisleri Odası, 7. Bölge Bursa Eczacı Odası Başkanlığı, Bursa Tabip Odası, TMMOB Makina Mühendisleri Odası Bursa Şubesi, TMMOB Mimarlar Odası, TMMOB Kimya Mühendisleri Odası ve TMMOB Çevre Mühendisleri Odası yönünden dava açma ehliyetinin bulunduğu ancak davacılarından Bursa Barosu Başkanlığı yönünden davanın ehliyet yönünden reddine karar verilmiştir. Bu karara gerekçe olarak ise; kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarının çevre, imar planı gibi konularda dava açma ehliyetine sahip olmalarının kuruluş kanunlarından kaynaklandığı ancak barolar ile ilgili mevzuatta benzer bir düzenlemenin bulunmadığı gösterilmiştir¹⁴⁰.

Aynı bölgede bulunan taşınmazda yapılması planlanan Zeytin İşleme ve Zeytinyağı Üretim Tesisi Projesi’ne yönelik verilen “Çevresel Etki Değerlendirmesi Gerekli Değildir” kararının iptali istemiyle açılan bir başka davada; TMMOB Ziraat Mühendisleri Odası Bursa Şube Başkanlığı ve Doğayı Çevreyi Koruma ve Doğa Sporları Derneği’nin subjektif ehliyeti kabul edilirken, Bursa Baro Başkanlığı’nın avukatlık mesleği ile ilgili olmayan ve avukatların ortak menfaatlerini koruma amacı taşımayan işlemleri dava konusu etmesinde menfaati bulunmadığı gerekçesiyle subjektif ehliyetinin bulunmadığına karar verilmiştir¹⁴¹.

Bu kararlarda, baroların hukukun üstünlüğünü savunmak ve korumak hususunda kanunla görevlendirmiş olması, dava konusu edilen işlemlerin sağlıklı bir çevrede yaşama hakkına aykırı olması, işleme dayanılarak yapılacak olan faaliyetin bulunduğu yerin uygun olmaması, koruma kurulu kararlarına ya da imar planlarına aykırı olması gibi durumlar dikkate alınmamıştır. Yerleşik içtihatlar göre, yargı kararlarının uygulanmaması sebebiyle açılan davalar haricinde, baroların dava konusu edilen işlemde hukuka aykırılık bulunduğu yönündeki itirazları menfaat ihlalinin gerçekleştiği yönünde yeterli bir gerekçe kabul edilmemektedir. Başka bir ifadeyle, Avukatlık Kanunu’na göre kuruluş amacı hukukun üstünlüğünü savunmak ve korumak olan baroların, işlemin hukuka aykırı olduğu yönündeki salt itirazı, çevre davalarında menfaat ihlali şartının gerçekleşmesine sebebiyet vermemektedir.

İptal davasının varlık sebebi, Anayasa ve Çevre Kanunu’nun çevre hakkına ilişkin hükümleri ile baroların kuruluş amacı dikkate alındığında, ilk inceleme sırasında dava konusu edilen işlemde herhangi bir hukuka aykırılığın saptandığı durumlarda, baroların subjektif

E. 2010/1097, K. 2012/3815. Zeytinciliğin Islahı, Yabanilerinin Aşılattırılmasına Dair Yönetmelik’te Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmeliğin 1. maddesi ile eklenen, “zeytinlik saha” tanımının ve 2. maddesinin iptali sekiz baro başkanlığı tarafından açılan dava ehliyet yönünden ilk derece yargı yeri tarafından reddedilmiştir, D8D, 28.06.2012, E. 2012/5253, K. 2012/5939. Özelleştirme Yüksek Kurulu’nun özelleştirme kapsam ve programına alınan Maliye Hazinesi adına kayıtlı, Muğla ili, Bodrum ilçesi, Gölköy’de bulunan taşınmazın satışına ilişkin ihale işleminin iptali istemiyle açılan davada, uyumsuzluk konusu taşınmazın doğal ve arkeolojik sit alanı olduğu, günübirlik tekne turlarının uğrak yeri olduğu, bir kısım canlıların üreme ve yaşam alanı olduğundan bahisle özelleştirilmesinin kamu yararına aykırı olduğu ileri sürülmesine rağmen üyelerinin mesleki menfaatleri ile ilgili olarak herhangi bir iddiaya yer verilmediği gerekçesiyle dava ehliyet yönünden ilk derece yargı yeri tarafından reddedilmiştir, D13D, 21.06.2016, E. 2012/3357, K. 2016/2716.

¹⁴⁰ D14D, 27.12.2016, E. 2016/6626, K. 2016/7975.

¹⁴¹ Bursa 1. İM, 10.03.2017, E. 2016/1468, K. 2017/375 kararının davacılarından Bursa Barosu Başkanlığı’na ilişkin kısmı D14D, 14.12.2017, E. 2017/1294, K. 2017/7054 kararı ile bozulmuştur.

ehliyetinin bulunduğuna karar verilmesi daha isabetli olacaktır. Bu açıdan hukuk devleti ilkesini temel alan bir devlette, hukuka uygunluk idari istikrardan daha öncelikli bir husustur.

Baroların çevre ile ilgili açtıkları davalarda ortaya çıkan çelişkinin giderilmesi amacıyla Bursa Baro Başkanlığı tarafından Danıştay'dan içtihadı birleştirme yoluna gidilmesi istenmiştir. Danıştay son dönemlerde barolar tarafından açılan davalarda ehliyet yönünden verilen davanın reddi kararlarında istikrar sağlandığını belirterek İçtihadı Birleştirme Kurulu'na başvurmaya gerek görmemiştir¹⁴².

İçtihatlarda baroların yukarıda belirtilen uyuşmazlıklarla ilgili olarak bir menfaatlerinin olmadığı kabul edilmektedir. Ancak baroların kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşu olmanın ötesinde bir görev üstlendikleri, hukukun üstünlüğü, insan haklarının korunması gibi işlevleri, anayasal korumaya sahip çevre hakkını düzenleyen Çevre Kanunu'ndaki düzenlemeler de göz önüne alındığında çevre sorunlarına neden olabilecek nitelikteki işlemlerde menfaatlerinin kabulü gerektiği ifade edilmektedir¹⁴³.

5. Siyasi Partiler ve Teşkilatları

Demokratik bir siyasi hayatın vazgeçilmez unsuru olan siyasi partilerin, milli iradenin oluşmasına katkı sunarak demokratik bir devlet ve toplum düzeni içinde ülkenin çağdaş medeniyet seviyesine ulaşmasını amaçlaması, onlara çevre uyuşmazlıklarında davacı olma ehliyeti kazandırabilir mi?

Yerleşik içtihatlarda bu soruya genellikle olumsuz bir yanıt verilmekle birlikte, nadir davada siyasi partilerin subjektif ehliyetlerinin bulunduğuna karar verilmiştir.

Sinop ili, Gerze ilçesinde kurulacak olan Gerze Enerji Santrali için bir şirkete 49 yıl süreyle üretim lisansı verilmesine ilişkin Enerji Piyasası Düzenleme Kurulu kararının iptali istemiyle, davacılar aralarında Cumhuriyet Halk Partisi ve Demokratik Sol Parti Sinop İl Başkanlıkları'nın da bulunduğu bir dava ehliyet yönünden kabul edilmiş ancak işlemde hukuka aykırılık bulunmadığı gerekçesiyle dava reddedilmiştir¹⁴⁴.

İzmir ili, Gaziemir ilçesi, Emrez mahallesinde atık akümülatör ve hurda kurşunları geri dönüştürme faaliyetinde bulunan şirkete ait fabrika sahasındaki radyoaktivite bulaşmış atıklar ile tehlikeli atıkların fiziksel yöntemlerle ayıklanması projesi için verilen "Çevresel Etki Değerlendirilmesi Gerekli Değildir" kararının aralarında Yeşiller ve Sol Gelecek Partisi'nin de bulunduğu davacılar tarafından iptali istemiyle açılan davada, dava açma ehliyetinin bulunduğu kabul edilerek işlemin iptaline karar verilmiştir¹⁴⁵.

¹⁴² DİBK, 27.03.2013, 2012/141642, akt. Gökçalp Alıca, s. 189.

¹⁴³ Gökçalp Alıca, s. 189.

¹⁴⁴ D13D, 29.04.2015, E. 2009/2944, K. 2015/1667 kararı Cumhuriyet Halk Partisi Sinop İl Başkanlığı ile Demokratik Sol Parti Sinop İl Başkanlığı açısından, faaliyet konusu itibarıyla konuyla ilgisi bulunmayan parti il teşkilatlarının işleme karşı dava açmakta menfaatleri bulunmadığı; Çağdaş Yaşamı Destekleme Derneği Sinop Şubesi, Sinop Atatürkçü Düşünce Derneği açısından derneğin temsile yetkili organın yönetim kurulu olması nedeniyle, tek başına dava açma ehliyetleri bulunmadığına diğer davacıların dava açma ehliyetlerinin bulunduğu gerekçesiyle DİDDK, 23.11.2017, E. 2015/4558, K. 2017/3836 kararı ile kısmen bozulmuş kısmen onanmıştır.

¹⁴⁵ İzmir 2. İM, 26.05.2015, E. 2015/85, K. 2015/780 kararı D14D, 20.01.2016, E. 2015/6647, K. 2016/115 kararı onanmıştır. Mersin ili, Gülnar ilçesi, Büyükeceli beldesinde yapımı planlanan Akkuyu Nükleer Güç Santrali hakkında

Belediye meclisinin 1/5000 ölçekli nazım ve 1/1000 ölçekli uygulama imar planı değişikliğine ilişkin kararının iptali istemiyle bir siyasi partinin ilçe teşkilatı tarafından açılan davada, ilk derece mahkemesi dava konusu edilen işlemi iptal etmiş ancak karar temyiz mercii tarafından ehliyet yönünden bozmuştur. İlk derece yargı yeri, imar planlarının şehirde yaşayan insanların sağlığı ve mutluluğunun yanı sıra sağlıklı bir çevrenin oluşması ve estetik yönlerden şehirde yaşayan kişi ve kuruluşları yakından ilgilendiren bir tasarruf olması açısından idari yargıda menfaat ihlalinin geniş yorumlanması gerekliliğini ifade etmiştir. Kararda doğal sit olarak belirlenmesi sebebiyle doğal özellik ve güzellikleriyle gelecek kuşaklara da aktarılması düşünülen bir alanın imara açılmasında, demokratik siyasi hayatın vazgeçilemez unsurlarından olan ve halkın yönetime katılmasını sağlayan siyasi partilerin ilçe teşkilatlarının menfaatlerinin etkilendiği gerekçesiyle davanın esasının incelenmesine karar vererek dava konusu edilen işlemin iptali yönünde ilk kararında ısrar etmiştir.

İlk derecenin kararında ısrar etmesi üzerine Danıştay, faaliyet konusu itibarıyla kentleşme ve imarla ilgisi bulunmayan bir siyasi partinin ilçe teşkilatının bu sıfatla imar planı yapılmasına ilişkin işleme karşı dava açmasında, menfaatinin bulunmadığı gerekçesiyle ilk derece yargı yerinin ısrar kararını kaldırmıştır¹⁴⁶.

6. Dernekler, Vakıf ve Sendikalar

Sağlıklı bir çevrede yaşama ve çevrenin korunması amacı, bu konuda birçok sivil toplum kuruluşunun ihdasına sebebiyet vermiştir. Kuruluş amaçları çevrenin korunması olan birçok dernek ve vakıf bulunmaktadır.

Çevrenin korunması alanında faaliyet gösteren dernek ve vakıfların dava açma ehliyetlerinin bulunup bulunmadığının incelenmesinde dikkat edilen en önemli husus kuruluş metinlerinde yer alan amaçlarıdır. Kuruluş amaçları ile dava konusu edilen işlem arasında bir ilişkinin saptanması durumunda genelde subjektif ehliyetin bulunduğu karar verilmekte, aksi durumda dava ehliyet yönünden reddedilmektedir. Ancak bu tür sivil toplum kuruluşlarının dava açma ehliyetinin bulunup bulunmadığının değerlendirilmesinde tek ölçüt kuruluş amaçları değildir. Diğer taraftan bazı kararlarda salt kuruluş amaçları arasında dava konusuna ilişkin olarak bir hükmün yer almasının dava açma ehliyetini kazandırmayacağı, bu kıstasa ilaveten derneğin önceki faaliyetlerinin subjektif ehliyetin kabulünde dikkate alınacağı belirtilmektedir.

Dernek ve vakıfların kuruluş amaçları, kuruluş metinlerinde (dernek tüzüğü/vakıf senedi) yer almaktadır. Dernek ve vakıfların kurulduktan sonra da kuruluş amaçlarında bir değişikliğe gitmeleri de mümkündür. Diğer taraftan dernek ve vakıfların tek bir amaç dışında birçok amaçla kurulmaları da mümkündür. İşte kuruluş amacı sadece çevrenin korunması olan veya kuruluş

verilen “Çevresel Etki Değerlendirmesi Olumlu” kararının iptali istemiyle Yeşiller ve Sol Gelecek Partisi tarafından açılan davada subjektif dava ehliyeti kabul edilmiştir, D14D, 23.11.2017, E. 2015/5187, K.2017/6259.

¹⁴⁶ İlk derece yargı yerinin kararı D6D, 23.02.2000, E. 1999/4365, K. 2000/1068 kararı ile bozulmuş, DİDDK, 19.10.2001, E. 2000/954, K. 2001/683 kararı ile bozma kararı yönünde karar alınmasına hükmedilmiştir. Benzer şekilde siyasi parti il başkanlığı tarafından imar değişikliğine ilişkin açılan bir davada da siyasi parti teşkilatlarının bu sıfatla dava açma ehliyetlerinin bulunmadığına karar verilmiştir. Gaziantep 100. Yıl Kültür Parkı içinde bulunan spor tesisleri ve çevre düzenlenmesi alanlarının ticaret merkezi alanına dönüştürülmesi yolundaki Büyükşehir Belediye Meclisi kararıyla yapılan nazım ve uygulama imar planlı değişikliklerinin kaldırılması isteminin reddine ilişkin işlemin iptali istemiyle bir siyasi partinin il teşkilatı tarafından açılan davada, aynı gerekçeyle ilk derece yargı yerinin kararı bozulmuştur, D6D, 04.10.2001, E. 2000/3480, K. 2001/4259.

amaçları arasında çevrenin korunması bulunan bir sivil toplum kuruluşunun kanunla öngörülen menfaat ihlali koşulunu peşinen kabul etmek ne derece hukuki bir yaklaşımdır, bunun değerlendirilmesi gerekir. Ayrıca sendikaların kuruluş amaçlarının kanundan, ancak vakıflar ile derneklerin kuruluş amaçlarının kendi iradelerinden kaynaklanmaları da subjektif dava ehliyetinin kabulünde farklılığa sebep olmaktadır.

Yargı, dernek ve vakıf şeklinde örgütlenen sivil toplum kuruluşlarının kendi hukuki durumlarını doğrudan etkilemeyen ancak kuruluş amaçları ile bağlantılı olarak herkesi ilgilendiren davalardaki menfaat ihlali koşulunu sağlayıp sağlamadıkları hususunda tereddüt yaşamaktadır. Bu tereddüdün kaynağı, bu varlıkların gerek ilk kuruluş amaçlarının gerekse amaç değişikliklerinin denetimlerindeki usulden kaynaklanmaktadır. Bu gerekçeyle yargı, dernek ve vakıfların kuruluş amaçlarının dava konusu işlemle olan rabitasında menfi tutum sergilemektedir. Başka bir ifadeyle, yargı organları genelde vakıf ve dernekler tarafından açılan davalarda, dava konusu edilen işlemde davacı dernek ve vakfın menfaatinin güncel, meşru ya da kişisel olmadığına karar vermektedir.

Mardin, Siirt, Batman, Şırnak ve Hakkâri illerini kapsayan 1/100.000 ölçekli Çevre Düzeni Planı'nın iptali istemiyle açılan davada, dernekler ile sendika ve meslek kuruluşları arasında bir ayrıma gidilmiştir. Kararda derneklerin üyelerinin ve temsil ettikleri kişilerin müşterek menfaatlerini koruma ve dayanışmalarını sağlama amaçlarıyla kurulan özel hukuk tüzel kişileri olduğu ve amaç ve faaliyet alanlarının kendilerince hazırlanan tüzüklerle belirlendiği ifade edilmiştir. Ancak benzer amaçlarla kurulsada dahi kanunla kurulan sendika ve meslek birliklerinin kanunda belirtilen kuruluş amaçlarına yönelik olarak dava açabilme hakkının kanunla verildiği vurgulanarak derneklerin doğrudan dernek tüzel kişiliği ilgilendiren konularda ehliyet sahibi oldukları konusunda tereddüt bulunmadığı ancak, bu kapsam dışında kalan konularda salt tüzükte yer alan hüküm dayanak alınarak ehliyet hakkını kazanmasının mümkün olmadığına karar verilmiştir¹⁴⁷.

Bazı kararlarda sivil toplum kuruluşlarının dava açma ehliyeti anayasanın hak arama hürriyeti kapsamında değerlendirilerek geniş yoruma tabi tutulurken¹⁴⁸, bazı kararlarda kuruluş metninde dava açma yönünde özel ve ayrıca bir hüküm bulunması gerektiği belirtilerek dar yorumla ehliyet yönünden açılan davanın reddine karar verilmektedir¹⁴⁹. Ayrıca sivil toplum

¹⁴⁷ D6D, 18.03.2013, E. 2012/5466, K. 2013/1751. Ancak kararın karşı oyunda katıldığımız görüşe göre, Doğa Derneği Tüzüğü'nün 3. maddesinde, "Dünyamızın ve Ülkemizin doğasını, biyolojik çeşitliliğini, ekolojik süreçlerini ve ekolojik bütünlüğünü doğrudan veya dolaylı olarak tanımaya, tanıtmaya ve korumaya katkıda bulunmak, başta ülkemiz olmak üzere Dünya ölçeğinde ekolojik yaşam bilinci ve duyarlılığı oluşturulması, doğanın dönüşü olmayacak hız ve biçimde bozulması sonucunda ortaya çıkan sorunlara çözüm yolları sunmak ve doğa ile uyumlu yaşamayı desteklemek" Derneğin amacı olarak sayılması; 4.1 maddesinde ise "doğal kaynakların, biyolojik çeşitliliği ve kültürel miras dahil diğer çevre değerlerinin araştırılmasına ve korunmasına katkıda bulunmak ve gerektiğinde hukuki mücadele yürütüp davalar açmak veya açılmış bulunan davalara müdahil olmak" Derneğin faaliyetleri arasında bulunması sebebiyle, uyuşmazlığa konu davada menfaat ilişkisinin bulunduğunu kabul etmek gerekir.

¹⁴⁸ İSTED İstanbul Çevre Kültür ve Tarihi Eserleri Koruma Derneği tarafından, İstanbul Üniversitesi Cerrahpaşa yerleşkesi içerisinde beş adet tarihi mescidin onarılmasının yerleşke yenileme projesine eklenmesi istemiyle yapılan başvurunun reddi ve buna bağlı olarak bazı işlemlerin iptali istemiyle açılan davada, Anayasal düzenleme olan "hak arama hürriyeti" hükmünde yer alan hak kavramının menfaat kelimesini de kapsadığı ve subjektif ehliyetin bu içerikle kabul edildiği görülmektedir, D14D, 24.03.2016, E. 2014/5355, K. 2016/2193.

¹⁴⁹ Rize ili, Çamlıhemşin ilçesi, Ayder, Aşağı Kavrun, Yukarı Kavrun ve Samistal yaylalarının bulunduğu mevkide Kış Sporları Merkezi'ne ulaşımı kolaylaştırmak amacıyla yeni yol yapımı ve mevcut yolları genişletme projelerinin onaylanmasına ilişkin Trabzon Tabiat Varlıklarını Koruma Bölge Kurulu kararının iptali istemiyle Çamlıhemşin-Hemşin Vakfı tarafından açılan davada, "Vakıflarca dava açılabilmesi için vakıf senedinde ayrıca ve açıkça dava

kuruluşları tarafından açılan davalarda, işlemin iptalinin tüm üyelerinin menfaatine uygun olması gerekliliği de dikkat edilen bir başka husustur¹⁵⁰.

Bahçeşehir gölet alanı ve pazar alanına ait 1/5000 ölçekli Nazım İmar Planı ile 1/1000 ölçekli Uygulama İmar Planı Değişikliği'nin, pazar alanına ilişkin bir kısmının iptali istemiyle Bahçeşehirli Derneği tarafından açılan davada, dernek tüzüğünde¹⁵¹ yer alan amaçlar doğrultusunda derneğin dava açma ehliyetinin bulunduğu karar verilmiştir¹⁵².

Mersin ili, Gülnar ilçesi, Büyükeceli beldesi sınırlarında yer alan bir alanda yapılması planlanan Akkuyu Nükleer Güç Santrali Projesi'ne yönelik ÇED başvuru dosyasının ilgisine iadesi ve ÇED sürecine ilişkin tüm idari işlem ve eylemlerin durdurulması istemiyle uluslararası sivil toplum kuruluşlarından Yeşil Barış (Greenpeace) Hukuk Derneği tarafından yapılan başvuru cevap verilmemek suretiyle reddedilmiştir. Redde ilişkin işlemin iptali istemiyle açılan davada, dernek tüzüğünde hüküm bulunmasının davacıya hukuken bir hak tanımayacağı gerekçesiyle dava ehliyet yönünden ilk derece yargı yeri tarafından reddedilmiştir. Kararın temyizi üzerine Danıştay, davacı derneğin tüzüğünde¹⁵³ belirlenen faaliyet alan ve amaçlara doğrudan etki eden mahiyette

açma yetkisinin belirtilmiş olması şart olmayıp, hukuken bir kişilik sahibi olan vakıfların amaçlarının gerektirdiği durumlarda dava açabileceklerini kabul etmek gerekmektedir" şeklinde hüküm kurulmuştur, Rize İM, 18.03.2016, E. 2015/528, K. 2016/174 ehliyet yönünden davanın reddi kararı D6D, 06.12.2016, E. 2016/8909, K. 2016/8078 kararı ile bozulmuştur. Bir başka davada dernek tüzüğünde ekosistemin korunması, doğa ve insan ilişkisinin bütünlük içerisinde kalması ve toplumun bu hususlarda bilinçlenmesi amacı ile kurulması başka bir ifadeyle dernek amaçları arasında dava açabileceği ya da hukuki girişimlerde bulunacağı yönünde bir düzenleme olmaması dolayısıyla dava ehliyet yönünden reddedilmiştir, D14D, 04.04.2017, E. 2016/11479, K. 2017/2029.

¹⁵⁰ "Sendikaların, doğrudan tüzel kişiliklerinin hak ve çıkarlarını ilgilendiren konularda iptal davası açabilecekleri gibi, tüzüklerinde öngörülen amaçları gereği, üyelerinin ortak çıkarlarını ilgilendiren konularda da iptal davası açabilecekleri tartışmasızdır. Ancak üyelerinin tamamını ilgilendirmeyen veya bir bölümünün hak ve çıkarları yönünde olmakla birlikte, diğer bir bölümünün menfaatine aykırı olacak konularla ilgili olarak iptal davası açabilmelerine olanak görülmektedir", D10D, 11.01.2011, E. 2010/10235, K. 2011/21. Nitekim Danıştay sendikalara ve üst kuruluşlarına tanınan yetkinin ehliyet olarak değil, temsil bağlamında değerlendirilmesi gerektiğini düşünmektedir. DİBK, 03.03.2006, E. 2005/1, K. 2006/1. Federasyonun, kendi üyesi derneklere uygulanma olanağı bulunmayan işlemlerin iptalini istemekte doğrudan bir menfaati bulunmadığı yönündeki kararlar için bkz. DİDDK, 12.03.2018, E. 2015/2549, K. 2018/866. DİDDK, 18.04.2016, E. 2014/3275, K. 2016/1628. DİDDK, 18.04.2016, E. 2014/3276, K. 2016/1625. D10D, 20.06.2017, E. 2017/1360, K. 2017/3294. "Sendikaların; ancak, üyelerinin ortak çıkarlarının etkilemesi ya da üyelerinden birinin menfaatini ihlal eden bir işlem tesisi ve hukuki yardım gerekliliğinin ortaya çıkması durumunda, üyesini temsilen dava açması mümkün olup, henüz kamu görevine atanmamış, dolayısıyla henüz davacı ile üyelik ilişkisi bulunmayan kişilerin anılan kamu görevine girişleri için öngörülen sınava ilişkin düzenlemenin iptali istemiyle, "temsilci" olarak dava açamayacağı, yani dava açmada menfaati bulunmadığı sonucuna varılmaktadır", D12D, 11.09.2019, E. 2019/907, K. 2019/5768.

¹⁵¹ Davacı Bahçeşehirli Derneği Tüzüğü'nün 2. maddesinde, "Bahçeşehir'de var olan sağlıklı modern şartları koruma ve geliştirmenin, Bahçeşehir'in sorunlarıyla ilgililenerek sorunlar çözümede birlik oluşturulacağı, bu konuda yetkili kurum ve kuruluşlarla görülecek destek sağlanacağı, doğanın ve doğal varlıkların korunacağı, iyileştirileceği ve geliştirileceği, Bahçeşehir'de kültür, sanat, spor ve sosyal faaliyetlerin düzenleneceği, bununla ilgili tesisler kazandırmaya çalışılacağı, amaç madde ile ilgili hukuksal yollara başvurulacağı, gerektiğinde davalar açılacağı" konularına yer verilmiştir.

¹⁵² İstanbul 1. İM, 13.10.2014, E. 2014/2139, K. 2014/1730 ehliyet yönünden davanın reddi kararı D6D, 08.06.2016, E. 2015/2865, K. 2016/3922 kararı ile bozulmuştur.

¹⁵³ Dernek Tüzüğü'nün 2. maddesinde; "Derneğin; temel insan haklarından olan çevre hakkını düzenleyen ulusal ve uluslararası hukuk kuralları çerçevesinde, Dünya ve insanlar açısından kabul edilemez ve sürdürülemez nitelikte çevre sorunlarına sebep olan her tür idari ve/veya özel işlem, eylem, karar, uygulamaya karşı, her tür meşru ve yasal etkinliklerde bulunmak, gerçek/ve veya kamu/özel tüzel kişiliklerine karşı her tür hukuki girişimlerde bulunmak, sürdürülebilir ve ekolojik yaşamın savunuculuğunu yapan bir hukukun gelişimine katkıda bulunmak amacı ile kurulduğu" belirtilirken, bu amacının gerçekleştirilmesi bakımından yapabileceği faaliyetlerin belirtildiği 3. maddesinde; "Derneğin yukarıda belirtilen amacına ulaşabilmek için, Dünya ve insanlığın önüne çıkabilecek her tür çevre sorunu faaliyet alanı olmak üzere, İdari Yargılama Usulü Kanunu çerçevesinde Dernek yetkili organları

bir işlem olması nedeniyle davacı Derneğin subjektif ehliyetinin bulunduğuna karar vermiştir¹⁵⁴. TEMA tarafından açılan davalarda da benzer kıstaslar kullanılarak menfaat ihlali koşunun gerçekleştiği ifade edilmektedir¹⁵⁵.

Kuruluş amacı üyelerinin menfaatlerini korumanın yanı sıra çevrenin korunması ve idarenin çevre mevzuatına aykırı uygulamalarını yargıya taşıma olan “Çevre Hukuk Derneği” tarafından açılan bir dava bu açıdan önemlidir.

Milli Parklar Yönetmeliği’nde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmeliğin 1. maddesinin iptali istemiyle Çevre Hukuk Derneği tarafından açılan davada, dernek ana tüzüğünde çevre sorununa sebep olan her türlü işleme karşı derneğin dava açma amacının bulunmasına rağmen¹⁵⁶ dava ehliyet yönünden reddedilmiştir. Kararın gerekçesinde üyelerinin hak ve menfaatlerini koruma amacıyla kanunla kurulan sendika ve meslek birliklerinin kanunda belirtilen kuruluş amaçlarına yönelik olarak dava açabilme hakkının kanun tarafından verilmesine rağmen, derneklerin kuruluş amaçları ile faaliyet alanlarının kendilerince hazırlanan tüzüklerle belirlenmesi gösterilmiştir. Bu açıdan dernek tüzüğüne salt bir hüküm koymakla kanunla belirlenen subjektif dava ehliyetinin sağlandığını iddia etmenin hukuken mümkün olmadığına karar verilmiştir¹⁵⁷. Ancak karşı oy yazısında belirtildiği üzere, bu derneğin de davacıları arasında bulunduğu başka bir davada derneğin subjektif ehliyetinin bulunduğuna ve ayrıca Manisa ili, Soma ilçesi, Yırca köyündeki taşınmazların Soma Kolin Termik Santrali’nin inşasına yönelik acele kamulaştırılmasına ilişkin işlemin iptali istemiyle açılan davada başka bir hukuk derneğinin dava açma ehliyetinin bulunduğuna karar verildiği görülmektedir. Derneklerin subjektif ehliyeti hususunda yargının olumsuz yaklaşımı, doğa, çevre, kültür ve tabiat varlıklarını koruma amacıyla kurulmuş derneklerin amaçlarını gerçekleştirememesi sonucunu doğurur. Bir başka anlatımla, bu amaçla kurulan bir derneğin yargı kararıyla işlevsiz kılınması hukuken hatalı bir yaklaşımdır. Nitekim kişilerin anayasa ile kendilerine yüklenen ödevi kendi kuracakları dernekleri aracılığıyla gerçekleştirmelerine engel hiçbir yasal düzenleme de bulunmamaktadır.

Diğer taraftan davacı hukuk derneği dava dilekçesinde, Milli Park alanlarının doğal kaynak değeri açısından nadir bulunan yerlerden olduğu, bu yerlerin diğer doğal alanlara benzer şekilde insan faktörü ile kaynak değerlerini kaybetme tehlikesiyle karşı karşıya olduğu, çevrenin korunmasına yönelik hukuki düzenlemelerde, planlama süreçlerine ilişkin yaklaşımının, çevrenin

tarafından belirlenen/tanımlanan çevre sorunları ile ilgili her tür idari dava açmak, takip etmek, sonuçlandırmak, açılmış davalara katılmak, bilgi ve deneyimi çerçevesinde hukuki süreçler hakkında çevre mücadelesi yürüten gerçek ve tüzel kişilere yardımcı olmak, katkıda bulunmak biçiminde çalışma şekillerini kullanacağı” şeklinde düzenleme bulunmaktadır.

¹⁵⁴ Ankara 10. İM, 26.06.2012, E. 2012/1065, K. 2012/1129 ehliyet yönünden davanın reddi kararı D14D, 24.10.2013, E. 2012/9094, K. 2013/7096 kararı ile bozulmuştur.

¹⁵⁵ Gökçalp Alica, s. 194.

¹⁵⁶ Davacı Hukuk Derneği Ana Tüzüğü’nün 2. maddesinde, temel insan haklarından olan çevre hakkını düzenleyen ulusal ve uluslararası kurallar çerçevesinde, Dünya ve insanlar açısından kabul edilemez ve sürdürülemez nitelikte çevre sorunlarına sebep olan her türlü idari ve/veya özel işlem, eylem, karar, uygulamaya karşı, her türlü meşru ve yasal etkinlikte bulunmak, gerçek ve/veya kamu/özel tüzel kişilere karşı her tür hukuki girişimde bulunmak, sürdürülebilir ve ekolojik yaşamın savunuculuğunu yapan bir hukukun gelişimine katkıda bulunmak Derneğin amaçları olarak gösterilmiştir. 3. maddesinde ise; Derneğin amaçlarına ulaşabilmek için, 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun 113. maddesi çerçevesinde topluluk davası açmak, İdari Yargılama Usulü Kanunu çerçevesinde çevre sorunları ile ilgili her türlü idari dava açmak konularına yer verilmiştir.

¹⁵⁷ D6D, 17.02.2015, E. 2015/737, K. 2015/808.

korunması amacının yanı sıra sürekliliğinin sağlanması da hedeflediği, bu açıdan çevrenin tüm özellikleri dikkate alınarak çevreyi kullanan insana ait sosyo-ekonomik ve kültürel faaliyetle ilişkilendirilmesinin zorunlu olduğu, planlama sürecinin birçok uzmanın bir araya gelerek hazırlandığı, dava konusu Yönetmelik değişikliği ile 2873 sayılı Kanun'a aykırı olarak uzun vadeli gelişme planlarının göz ardı edildiği ileri sürülmektedir. Bu açıdan çevre hukuku alanında faaliyet gösteren bir hukuk derneği tarafından açılan davalarda farklı bir yaklaşım belirlenmesi gerekirdi. Çevre hukuku alanında faaliyet gösteren derneklerin subjektif ehliyetinin bulunup bulunmadığının tahlilinde, baro ile mühendisler odası tarafından açılan davalarda olduğu gibi bir inceleme yapılması, kuruluş tüzüğünde hükme yer verilmesi kaydıyla subjektif ehliyetinin varlığı kabul edilmesi gerekir.

Kuruluş amaçları arasına salt bir hüküm koymanın kanunla belirlenen subjektif ehliyetin şartını sağlamadığı yönünde birçok karara rastlamak mümkündür.

Örneğin; Ormanlık bir alanda Milli Eğitim Bakanlığı için eğitim tesisi inşasına yönelik 49 yıl süreli bedelsiz olarak izin verilmesine ilişkin işlemin iptali istemiyle bir dernek tarafından açılan davada; derneğin amaçları arasında ormanların yok edilmesinin önlenmesi amacının bulunmasının derneğe dava açma ehliyeti kazandırmadığı, ayrıca dernek tüzüğünde derneğin amaçlarına ulaşabilmesi adına dava açabileceği hususunda bir hükme yer verilmemesi gerekçesiyle ilk derece yargı yerinin iptal kararı ehliyet yönünden bozulmuştur. Söz konusu davada Danıştay Savcısı, herhangi bir faaliyet alanında basit bir usuli prosedür ile kurulabilen her derneğin, iptal davası açabilme ehliyetinin bulunduğunu peşinen kabul etmenin idari işlemin sürekli olarak iptal tehdidi altında bırakılması sebebiyle idari istikrarın ihlaline neden olabileceği yönünde görüş beyan etmiştir¹⁵⁸.

Derneğin kuruluş tüzüğünde yer alan amaçlarının subjektif ehliyet koşulunun "menfaatin kişiselliğini" sağladığı, ancak henüz menfaatin "aktüel bir hale gelmediği" gerekçesiyle ehliyet yönünden davanın reddedildiği kararlar da bulunmaktadır.

Örneğin; Orman Genel Müdürlüğü eğitim ve dinlenme tesislerinin yer aldığı ormanlık alanın turizm tesisi olarak inşasına yönelik tahsis edilmesine ilişkin Bakanlık işleminin iptali istemiyle açılan dava, ilk derece yargı yeri tarafından kabul edilmiş ve işlem hukuka aykırı olduğu gerekçesiyle iptal edilmiştir. Kararın temyizi üzerine Danıştay, derneklerin tüzük metinlerinde belirtilen kuruluş amaçları ve faaliyet alanlarıyla sınırlı bir dava ehliyeti bulunduğunu, davacı derneğin tüzüğünde tüm vatandaşların müşterek varlığını oluşturan çevrenin korunması, iyileştirilmesi, doğal kaynakların en uygun şekilde kullanılması hususlarının kuruluş amaçları arasında yer aldığı, bu açıdan dava ehliyetinin bulunduğu karar vermiştir. Ancak dava konusu edilen işlemin, tahsis kararının ilanı niteliğinde olduğu ve çevrenin tahribi yolunda bir zararın bu aşamada söz konusu olamayacağı, orman alanına zarar verilmesinin ancak tahsisin ardından yapılacak bir çalışma sebebiyle ortaya çıkabileceği ve bu aşamada doğal kaynakların tahribi ve buna benzer etkiler nedeniyle muhtemel bir menfaat ihlalden söz edilemeyeceği gerekçesiyle ilk

¹⁵⁸ D8D, 07.12.1999, E. 1999/2477, K. 1999/7077. Ankara Büyükşehir Belediye Meclisi'nin 1/5000 ölçekli Güneypark Kentsel Dönüşüm ve Gelişim Proje Alanı Sınır Değişikliği kararının iptali istemiyle Çağdaş Başkent Ankara Derneği tarafından açılan davada, salt tüzük metinde hüküm yer aldığından bahisle dava ehliyetinin bulunduğu kabulüne hukuken olanak bulunmadığına karar verilmiştir, Ankara 5. İM, 11.11.2010, E. 2010/329, K. 2010/1581 kararı D6D, 15.04.2013, E. 2011/4852, K. 2013/2631 kararı ile ehliyet yönünden bozulmuştur.

derece yargı yerinin kararı bozulmuştur. Ayrıca çevrenin tahribi halinde derneğin her zaman dava açılacağı ve ancak böylesi bir durumda davacı derneğin menfaatinin güncel olma şartını sağlayabileceği ifade edilmiştir¹⁵⁹. Söz konusu davada subjektif dava ehliyetinin koşullarından menfaatin kişiselliği sağlanmış ancak menfaatin güncelliği koşulu gerçekleşmemiştir.

Sivil toplum kuruluşları tarafından açılan davalarda kuruluş amacının yanı sıra davacının daha önceki faaliyetleri ile daha önceden açtığı bir davanın bulunup bulunmadığı dikkate alınmaktadır. Dernek, vakıf ve sendikaların kuruluş amaçlarına yönelik önceki faaliyetlerinde aktif olması ve çevre hukukunu ilgilendiren bir konuda daha önceden dava açtığı belirlenmesi durumunda subjektif ehliyetinin bulunduğu karar verilmektedir. Diğer taraftan önemli olan daha önceki davaların ehliyet yönünden kabul edilmesi değil önceki dava/davaların ehliyet yönünden reddedilse dahi açılmış olmasıdır. Ancak bir sivil toplum kuruluşunun açtığı davanın subjektif ehliyet yönünden kabulü için öncesinde ne kadar dava açması gerektiği de muğlaktır. Bir sayı vermek de ihtimal dâhilinde değildir. Mahkeme, böylesi bir yaklaşımla öncesinde açılan davalar ile sivil toplum kuruluşunun halihazırda açtığı davadaki amacını araştırmaktadır. Böylesi bir tutumun “menfaatin meşruluğu”na yönelik bir araştırma olduğu iddia edilebilse de, özellikle yeni kurulan bir sivil toplum kuruluşunun belirli olmayan bir süreyle ve belirli olmayan dava sayısı ile davacı sıfatını kazanamamasına yol açması açısından sakıncalıdır. Keza her ne kadar menfaat ihlali kavramının içeriği doktrin ve içtihatlarla belirlenmiş olsa da, kanunla verilen bir yargısal talep hakkının belirsiz bir özgeçmiş sorgulamasıyla çözüme kavuşturulması, hak arama hürriyeti başta olmak üzere hukuki belirlilik ilkesine de aykırılık taşır.

Örneğin, İstanbul ili, Maltepe ilçesindeki turistik tesis ve rekreasyon alanı olan ve 3. derece doğal sit alanı olarak tescil edilen yerde bulunan binanın özel hastane olarak kullanılması amacıyla ön izin verilmesi işlemine Dragos Doğay Koruma Derneği tarafından açılan davada, imar planı değişiklikleri ile yapı ruhsatı tesis edilmesi işlemlerine ilişkin olarak daha önce açılmış olan davalar dikkate alındığında, davacının dava konusu edilen işlemin iptalini talep etmesinde dava açma ehliyetinin bulunduğu karar verilmiştir¹⁶⁰. Çağdaş Başkent Ankara Derneği, Ankara ilinde aktif faaliyetleri bulunan ve çevre mevzuatını ilgilendiren idari işlemlere karşı çok sayıda dava açmış bir dernektir. Bu sebeple dernek tüzüğünde yer alan kuruluş amaçlarına¹⁶¹ dayanarak açılan davaların tamamında derneğin subjektif dava ehliyetinin bulunduğu karar verilmiştir¹⁶². Ancak

¹⁵⁹ D8D, 15.06.1998, E. 1998/397, K. 1998/2243.

¹⁶⁰ İstanbul 4. İM, 29.5.2006, E. 2005/2800, K. 2006/1881 kararı D10D, 10.07.2007, E. 2007/985, K. 2007/3950 kararı ile bozulmuştur.

¹⁶¹ Dernek Tüzüğü'nde, “Başkent Ankara’da çağdaş yaşamı gerçekleştirecek kent ve kentli bilincini oluşturmak ve bu amaçla faaliyette bulunmak; Ankara’da yapılan ve yapılacak planlama ve imar uygulamalarında, şehircilik ilkeleri, kamu yararı, hizmet gerekleri ve imar mevzuatına uygunluğu sağlamada girişimlerde bulunmak; noktasal bazda yoğunluk ve kullanım kararı değişikliği getirilerek kamu yararı ve Ankara halkının gözetilmediği rant sağlamaya yönelik planlama, proje değişiklikleri ve her türlü imar ve benzeri uygulamalara engel olmak; kamu kullanımına ayrılan ve herkesin yararlanması gereken alanların gerçekten bu amaca hizmet etmesi için çalışmalar yapmak; Dernek amacını gerçekleştirmek için gerektiğinde dava açmak” konularına yer verilmiştir.

¹⁶² Çağdaş Başkent Ankara Derneği tarafından çevre konularını ilgilendiren işlemlere karşı dava açıldığı ve söz konusu derneğin subjektif ehliyetinin bulunduğu çok sayıda karar bulunmaktadır. Bunlardan bazıları şunlardır: Ankara 6. İM, 27.04.2012, E. 2012/691, K. 2012/753 ısrar kararı DİDDK, 04.02.2015, E. 2012/1849, K. 2015/180 kararı onanmıştır. Ankara 2. İM, 27.06.2007, E. 2007/591, K. 2007/1479 ehliyet yönünden davanın reddi kararı DİDDK, 04.02.2015, E. 2013/24, K. 2015/174 kararı ile bozulmuştur. Ankara 6. İM, 26.04.2012, E. 2012/694, K. 2012/742 kararının ısrara ilişkin kısmı DİDDK, 04.02.2015, E. 2013/452, K. 2015/175 kararı ile onanmıştır. Ankara 8. İM, 22.03.2011, E. 2011/295, K. 2011/275 ısrar kararı DİDDK, 04.02.2015, E. 2013/2174, K. 2015/194 kararı ile bozulmuştur. Ankara

yeni kurulan ya da uzun süre önce kurulan ancak daha önce davacı konumunda bulunmayan bir derneğin açtığı ilk davada davacı olması bu kıstasa göre mümkün değildir.

C. Diğer Varlıklar

Gerçek ve tüzel kişiliği haiz olmayan¹⁶³ bazı varlıkların çevre mevzuatını ilgilendiren davalarda subjektif ehliyetlerinin bulunduğuna karar verilmiştir.

1. Kent Konseyleri

Belediye Kanunu'nun 76. maddesine göre kent konseyi, şehir yaşamında; şehir vizyonunun ve hemşehrilik bilincinin geliştirilmesi, şehre yönelik hak ve menfaatlerin korunması, sürdürülebilir kalkınma, çevreye duyarlı olma, sosyal yardım ve dayanışma, saydamlık, hesap sorma ve hesap verebilme, katılım ve yerinden yönetim ilkelerini uygulamaya çalışır. Bu açıdan kent konseyleri kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları, sendika, noter, varsa üniversitelerin, ilgili sivil toplum örgütlerinin, siyasi partilerin, kamu kurumlarının ve mahalle muhtarlarının temsilcileri ile diğer ilgililerin katılımıyla oluşan bir idari birimdir. Belediye ise kent konseyinin faaliyetlerinin etkili ve verimli yürütülmesi konusunda konseye yardım ve destek sağlamakla görevlidir.

Kent konseylerinin kamu tüzel kişiliği bulunmamakla birlikte davacı konumunda olabileceği kabul edilmektedir. Danıştay dava ehliyetinin sadece gerçek ve tüzel kişilere tanındığı hususunda kısıtlayıcı bir kural bulunmadığını, çoğu idari makam ve merciin tüzel kişilikleri bulunmamasına rağmen kanunen üstlendikleri görev ve yetkileri çerçevesinde tasarruf ve dava ehliyetine sahip olduklarını kabul etmektedir¹⁶⁴.

Kent konseyleri tarafından açılan dava sayısı da belirli bir yoğunluktadır. Örneğin; Altın Madeni Sahası Projesi'ne ilişkin "Çevresel Etki Değerlendirmesi Gerekli Değildir" kararının iptali istemiyle aralarında Kırklareli Kent Konseyinin de davacı bulunduğu dava kabul edilmiştir¹⁶⁵. Benzer şekilde Karaburun Kent Konseyi tarafından bir balık çiftliğinin kurulması için verilen "Çevresel Etki Değerlendirmesi Gerekli Değildir" kararının iptali istemiyle açılan dava da ehliyet yönünden kabul edilmiştir¹⁶⁶.

2. Site Yönetimi

Site yönetimlerinin kendi hak ve menfaatlerini ilgilendirmeyen konularda davacı konumunda bulunması nadir görülen bir durumdur.

Tespit edebildiğimiz bir olayda, Antalya ili, Konyaaltı ilçesinde bulunan Arapsuyu talebe yurdunun bahçesinde bulunan zeytinlik ve narenciye ağaçlarının olduğu bir alana yapı ruhsatı verilmiştir. İnşaatın dayanağı kabul edilen 1/5000 ölçekli nazım ve 1/1000 ölçekli uygulama imar planlarının iptali istemiyle Pınar Sitesi ve bu sitede bulunan Kamaç Apartmanı yöneticisi

14. İM, 25.10.2013, E. 2013/373, K. 2013/1513 kararı D6D, 18.03.2014, E. 2014/1919, K. 2014/2138 oyçokluğu kararı ile onanmıştır. Bu davalarda derneğin ehliyetinin bulunduğuna karar verilmiştir.

¹⁶³ Tüzel kişiliği haiz olmayanların fiil ehliyeti bulunmadığından dava açma ehliyetleri de bulunmamaktadır, Kalabalık, s. 198. Kamu tüzel kişiliği bulunmayan idari birimler idari yargıda davacı olabilirler, Akyılmaz / Sezginer / Kaya, s. 283.

¹⁶⁴ DİBK, 08.03.1979, E. 1971/1, K. 1979/1.

¹⁶⁵ D14D, 23.02.2016, E. 2016/166, K. 2016/1099.

¹⁶⁶ İzmir 1. İM, 24.02.2014, E. 2012/1291, K. 2014/254.

tarafından açılan dava, kat malikleri tarafından davacıya dava konusu işlemlerin iptali hususunda dava açma yetkisi verildiği gerekçesiyle objektif ve subjektif ehliyet yönünden kabul edilmiştir¹⁶⁷.

3. Mahalle Yönetimi

Kamu tüzel kişiliği bulunmayan mahalle yönetimi tarafından açılan davalarda, farklı yönde verilen kararlara rastlamak mümkündür.

Örneğin; Adana ili, Ceyhan ilçesi, Hamdilli kasabası, Adatepe mevkiinde gerçekleştirilmesi planlanan Kalker Ocağı ve Kırma, Eleme Tesisi Kapasite Artışı Projesi hakkında verilen “Çevresel Etki Değerlendirmesi Olumlu” kararının iptali istemiyle mahalle sakini olarak değil mahalle muhtarı sıfatı ile açılan dava, mahalle muhtarlıklarına ve ihtiyar heyetine kamu tüzel kişiliği tanınmadığı gerekçesiyle ehliyet yönünden reddedilmiştir¹⁶⁸.

Balıkesir ili, Küçükbostancı köyü, Balıktaş mevkiinde bulunan taşınmaz üzerinde tavuk üretimi için verilen yapı ruhsatının iptali istemiyle 6360 sayılı Kanunla mahalleye dönüştürülen eski köy tüzel kişiliği adına açılan davada, mahalle muhtarlıklarının tüzel kişiliklerinin bulunmamasına rağmen 4541 sayılı Kanun ve ilgili mevzuat kapsamında kamu hizmetinin ifası ile görevlendirilen bir idari birim olduğu, görev alanlarında kalmak kaydıyla mahallenin mahalli müşterek menfaatlerinin korunması amacıyla dava ve taraf ehliyetlerinin olduğu ve bu ehliyetlerini idari birimin temsilci konumunda bulunan muhtarlar aracılığı ile kullanabilecekleri aksinin söz konusu idari birimlerin mahkemeye erişim hakkını ihlal edeceği yönünde karar verilmiştir¹⁶⁹.

SONUÇ

Anayasal bir ilke olan hukuk devleti ilkesi, devletin tüm faaliyetlerinin yargısal denetime açık olmasını gerektirir. Bu açıdan yargısal denetim, hukuk devletinin olmazsa olmaz unsurlarının başında gelir. İdarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolunun açık olduğu ise Anayasa'nın 125. maddesi ile düzenleme altına alınmıştır. Ancak idarenin yargısal denetimin gerçekleştirilebilmesinin ön koşulu, idari tasarruflara karşı dava açılmasıdır. Bu açıdan idarenin yargı mercileri tarafından denetimi re'sen yapılmayıp, ancak usulüne uygun yapılmış bir yargısal başvuru ile mümkün hale gelmektedir.

Yargısal bir başvurunun idari yargı yerlerince kabulü için, özel bir dava şartı bulunmaktadır. İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 2. maddesine göre, davanın öncelikle kabulü ve dinlenilebilmesi için, davanın açılması sırasında ve tartışmalı olmakla birlikte devamı süresince var olması gereken usul ve şekil şartı olarak bir menfaat ihlalinin bulunması zorunludur. Bir idari işlemten dolayı iptal davası açılabilmesi için öngörülen menfaat ihlali şartı ise, idari yargı içtihatlarında iptali istenilen idari işlem ile davacı arasındaki “kişisel”, “güncel (aktüel)”, “meşru”

¹⁶⁷ Antalya 3. İM, 21.04.2014, E. 2014/542, K. 2014/568 ehliyet yönünden davanın reddi kararı D6D, 29.09.2014, E. 2014/5760, K. 2014/5695 kararı ile bozulmuştur.

¹⁶⁸ Adana 1. İM, 07.10.2015, E. 2014/1624, K. 2015/1938 kararı D14D, 11.05.2016, E. 2016/741, K. 2016/3727 kararı ile ehliyet yönünden bozulmuştur. Adatepe Muhtarlığı adına muhtar tarafından açılan aynı konuya ilişkin bir başka davada, tüzel kişiliği bulunmayan mahalle muhtarlığının davada taraf olma ehliyetinin ve mahalle adına dava açma yetkisinin bulunmadığına karar verilmiştir, D14, 11.05.2016, E. 2016/741, K. 2016/3727.

¹⁶⁹ Balıkesir İM, 30.05.2014, E. 2013/1413, K. 2014/733 mahalle muhtarlıklarının tüzel kişiliğinin bulunmadığı gerekçesi ile ehliyet yönünden davanın reddi kararı D6D, 09.03.2017, E. 2015/3375, K. 2017/1778 kararı ile bozulmuştur.

ve “ciddi (makul)” bir bağlantıya karşılık gelmektedir. Bu unsurların kümülatif birlikteliği subjektif dava ehliyetini oluşturmaktadır.

Subjektif dava ehliyeti, bazı durumlarda dar bazı durumlarda ise geniş yorumlanmalıdır. Menfaat ihlali şartının dar yorumlanması, başka bir ifadeyle ilgili/ilgisiz her kişinin davacı olamaması, kamu hizmetinin dava tehdidi ile aksatılmasını engellemek ve idari istikrar ilkesinin gerçekleşmesini sağlamak amacıyla yapılmaktadır. Bu açıdan, idari işlemin hukuka aykırı olsa da herkes tarafından değil ancak o işlemde menfaati ihlal edilen kişilerce dava edilebilmesine imkân tanınması, idari işleyişinin olumsuz yönde etkilenmemesi ve yargının iş yükünün gereksiz bir şekilde arttırılmaması amacını taşımaktadır.

Danıştay kararlarında, çevreyi ilgilendiren iptal davalarında menfaat ihlali koşulu ise geniş yorumlanmaktadır. Çevre uyumsuzluklarında geniş yorum yapılmasının nedeni ise konuyu düzenleyen mevzuat hükümlerinden kaynaklanmaktadır. Buna göre Anayasa'nın 56. maddesinde, sağlıklı ve dengeli bir çevrede yaşama hakkının herkese tanındığı, çevreyi geliştirmek, çevre sağlığını korumak ve çevre kirlenmesini önlemenin devletin yanı sıra vatandaşlara da yüklenen bir ödev olduğu hüküm altına alınmıştır. Bu düzenleme çerçevesinde çıkarılan Çevre Kanunu ile “bütün canlıların ortak varlığı olan çevrenin, sürdürülebilir çevre ve sürdürülebilir kalkınma ilkeleri doğrultusunda korunmasını sağlamak” kanun koyucunun amaçlarından biri haline gelmiştir. Ayrıca aynı Kanunla çevreyi kirleten ya da bozan bir faaliyetten zarar gören kişiler dışında böylesi bir durumdan haberdar olan herkese, ilgili mercilere başvurarak gereken önlemlerin alınmasını sağlama ya da faaliyetin durdurulmasını isteme hakkı tanınmıştır.

İptal davasının varlık amacı Danıştay'ın hemen hemen tüm kararlarında belirtildiği gibi, idari işlemlerin hukuka uygun olup olmadığının tespiti, hukukun üstünlüğü ilkesinin gerçekleşmesi, böylece idarenin hukuka bağlılığının belirlenmesi ve sonuçta hukuk devleti ilkesinin yaşama geçirebilmesidir. İptal davasının bu amaçları 2577 sayılı Kanun'da öngörülen menfaat ihlali şartının özellikle çevre, tarihi ve kültürel değerlerin korunması, imar uygulamaları gibi kamu yararını ilgilendiren konularda geniş yorumlanması gerekliliğini ortaya çıkarmıştır. Kamu yararını ilgilendiren bu tür davalarda vatandaşlar, belde sakini gibi sıfatlarla dava açılabileceği Danıştay içtihatlarıyla kabul edilmiştir.

İdari işlemlere karşı gerçek kişiler dışında tüzel kişilerin de davacı konumunda bulunabilmesi mümkündür. Hatta Danıştay, kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarının örgütlü hareket edebilme imkânlarının hak arama özgürlüğü kapsamında bireylere nazaran daha etkin olduğuna vurgu yapmaktadır. Yüksek Mahkeme, Çevre Kanunu'nun çevrenin korunması hususunda herkese yüklediği yükümlülüğün yerine getirilmesinde, önemli bir rolün kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarına ait olduğunu ifade etmektedir. Diğer taraftan menfaat kümeleri olarak ifade edilen çevre örgütleri, sivil toplum kuruluşları, dernek ve vakıflar tarafından açılan davalar da oldukça fazla sayıda ve etkinliktedir. Nitekim bu tür oluşumların zaten kuruluş amaçları, faaliyet alanlarına ilişkin kamuoyu oluşturma ve bireylerin tek tek çevrenin korunmasında hak arama özgürlüklerini kullanmaktan çeşitli sebeplerle imtina etmeleri sonucunda ortaya çıkan sorumluluğu üstlenerek örgütlü bir hareket kabiliyetiyle müdahalede bulunmaktadır. Ayrıca tüzel kişiliği bulunmayan kent konseyleri, site yönetimleri ve mahalle yönetimlerinin de subjektif dava açma ehliyetlerinin bulunduğu kabul edilmektedir.

KAYNAKÇA

- Akıncı, Müslüm. Oluşum ve Yapılanma Sürecinde Türk Çevre Hukuku, Kocaeli Kitap Kulübü Yayınları, Kocaeli, 1996.
- Akyılmaz, Bahtiyar / Sezginer, Murat / Kaya, Cemil. Türk İdari Yargılama Hukuku, 9. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2023.
- Altundiş, Mehmet. “İdari Yargıda Dava Açma Ehliyeti”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S. 69, 2007, s. 339-376.
- Aslan, Zehreddin. Açıklamalı ve İçtihatlı İdari Yargılama Usulü Kanunu Vergi Yargılamasıyla Birlikte, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2019.
- Atay, Ender Ethem. İdari Yargılama Hukuku, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2021.
- Avrupa Ekonomik Komisyonu Çevre Politikası Komitesi Dördüncü Bakanlar Konferansı “Avrupa İçin Çevre”, Aarhus, Danimarka 23-25 Haziran 1998.
- Bağrıaçık, Ahmet. “Danıştay Kararları Işığında İdari Yargıda Menfaat İhlali”, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 7, S. 2, 2016, s. 39-70.
- Candan, Turgut. Açıklamalı İdari Yargılama Usulü Kanunu, 5. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2012.
- Çağlayan, Ramazan. İdarî Yargılama Hukuku, 15. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2023.
- Çalış, Hande Sena. İdari Yargının Varlık Sebebi Olarak İptal Davası, Yetkin Yayınları, Ankara, 2018.
- Derdiman, R. Cengiz. İdarî Yargının Genel Esasları, 3. Baskı, Alfa Akademi Yayınevi, Bursa, 2014.
- Ergen, Cafer. İdari Yargı Davaları, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2008.
- Erhürman, Tufan. “Çevre Davalarında “Menfaat İhlali”: Danıştay ve KKTC Yüksek İdare Mahkemesi Kararları Üzerine Karşılaştırmalı Bir İnceleme”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 60, S. 3, 2011, s. 447-484.
- Gökalp Alica, Süheyla Suzan. “Çevrenin Korunmasına İlişkin İptal Davalarında Kişisel Menfaat Kavramı”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S. 139, Y. 31, 2018, s. 165-220.
- Gözler, Kemal / Kaplan, Gürsel. İdare Hukuku Dersleri, 20. Baskı, Ekin Yayınevi, Bursa, 2019.
- Gözübüyük, A. Şeref / Tan, Turgut. İdare Hukuku C. 2 (İdari Yargılama Hukuku), 8. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2016.
- Günday, Metin. İdari Yargılama Hukuku, 2. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2022.
- Gündüz, F. Ebru. İdari Davalarda Ehliyet ve Husumet, Yetkin Yayınları, Ankara, 2016.
- Güneş, Ahmet M. “Aarhus Sözleşmesi ve Çevresel Bilgiye Erişim Hakkı”, Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 17-18, S. 26-27-28-29, Y. 2012-2013, s. 25-40.
- Güneş, Ahmet M. Çevre Hukuku, 3. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2020.
- Gür, Necip Taha. “İptal Davalarında Menfaatin Meşruluğuna İlişkin Düşünceler”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 21, S. 2, 2019, s. 685-705.
- Gürbüz, Reşit. İdari Yargılama Hukuku, 3. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2020.
- Kalabalık, Halil. İdari Yargılama Usulü Hukuku, 14. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2020.

- Kaplan, Gürsel. İdari Yargılama Hukuku, 2. Baskı, Ekin Yayınevi, Bursa, 2017.
- Kaya, Cemil. “İptal Davalarında (Kişisel) Menfaat İhlalinin Genişlemesi: İktisadi Rekabet”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C. 66, S. 2, 2008, ss. 273-284.
- Kaya, Cemil. “İptal Davalarında Menfaatin Aktüel Olması Şartının Anlamı ve Kapsamı”, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 16, S. 1, Y. 2008, s. 117-141.
- Memiş, Emin. Çevre ve Çevre İdare Hukuku (Teori ve Pratik), Filiz Kitapevi, 2. Baskı, İstanbul, 2015.
- Özay, İl Han. Günışığında Yönetim II-Yargısal Korunma, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2010.
- Özdek, Yasemin. “İptal Davasında Menfaat Koşulu”, Amme İdaresi Dergisi, C. 24, 1991, s. 99-115.
- Sancakdar, Oğuz. İdari Yargılama Hukuku Genel Esaslar, 3. Baskı, www.sorubankası.net yayınları, İzmir, 2019.
- Türkiye Barolar Birliği. Uluslararası Çevre Koruma Sözleşmeleri, 2. Basım, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, Ankara, 2014.
- Ulusoy, Ali D. İdari Yargılama Hukuku, 2. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2020.
- Yıldırım, Ramazan / Çınarlı, Serkan. Türk İdarî Yargılama Hukuku Dersleri, 3. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2021.
- Yıldırım, Turan / Fiş Üstün, Gül. Açıklamalı-Notlu İdari Yargılama Usulü Kanunu, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2020.
- Yıldırım, Turan. İdari Yargı, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2008.
- Yılmaz Turgut, Nükhet. Çevre Politikası ve Hukuku, 2. Baskı, İmaj Yayınevi, Ankara, 2012.
- Yücesoy, Ayşe Aslı. İdari Yargılama Hukukunda İptal Davalarında Menfaat (İdari Yargıda Subjektif Dava Ehliyeti Koşulu), Seçkin Yayınevi, Ankara, 2016.
- Zabunoğlu, Yahya Kazım. İdare Hukuku, C. 2, Yetkin Yayınları, Ankara, 2012.
- Kullanılan tüm yargı kararları kesinleşmiş olup, kararlara erişim “uyap.gov.tr” adresinden sağlanmıştır.