ISSN 1304-2408

TÜRKİYE BAROLAR BİRLİĞİ DERGİSİ

UNION OF TURKISH BAR ASSOCIATIONS REVIEW

OCAK-ŞUBAT/JANUARY-FEBRUARY: 2018 YIL/YEAR: 30 SAYI/ISSUE: 134

TÜRKİYE BAROLAR BİRLİĞİ DERGİSİ

UNION OF
TURKISH BAR ASSOCIATIONS
REVIEW

ISSN: 1304-2408

HAKEMLİ BİR DERGİDİR

1988 yılından bu yana yayımlanan Türkiye Barolar Birliği Dergisi, 2002 yılından itibaren "Hakemli Dergi" olarak yayımlanmakta olup 2010 yılından bu yana da TÜBİTAK-ULAKBİM Hukuk Veri Tabanında dizinlenmektedir.

OCAK - ŞUBAT / JANUARY - FEBRUARY: 2018 **YIL/YEAR: 30** **SAYI/ISSUE: 134**

TÜRKİYE BAROLAR BİRLİĞİ DERGİSİ

UNION OF TURKISH BAR ASSOCIATIONS REVIEW

© Türkiye Barolar Birliği
© Union of Turkish Bar Associations

Sahibi / Owner
Av. Prof. Dr. Metin Feyzioğlu,
Türkiye Barolar Birliği Başkanı

Sorumlu Müdür / Managing Director
Av. Hüseyin Özbek, TBB Başkan Yardımcısı

Yayından Sorumlu Başkan Yardımcısı/ Vice-President Head of the Publishing Department
Av. Hüseyin Özbek

Genel Yayın Yönetmeni / Executive Editor
Av. Özlem Bilgilioğlu

Eşgüdüm Kurulu / Board of Coordination
Av. Hüseyin Özbek, TBB Başkan Yardımcısı
Av. Sabri Erdal Güngör, TBB Sayman Üye
Av. Özlem Bilgilioğlu

Yayın Kurulu
Özlem Bilgilioğlu
Türkiye Barolar Birliği Genel Yayın Yönetmeni

Gizem Özkan
Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk ABD Araştırma Görevlisi

Mustafa Horuş
Türkiye Barolar Birliği Yayın İşleri Sorumlusu

Danışma Kurulu / Board of Advisors
Prof. Dr. Rona Aybay
Yakın Doğu Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Erzan Erzurumluoğlu
Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Hayrettin Ökçesiz
Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Erdal Onar
Bilkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Hakan Pekcanıtez
Galatasaray Ü. Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Durmuş Tezcan
İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Erdener Yurtcan

Türkiye Barolar Birliği Dergisi hakemli bir dergidir. / Türkiye Barolar Birliği Dergisi (Union of Turkish Bar Associations Review) is a refereed review.

Türkiye Barolar Birliği Dergisi'nin yayın dili Türkçe'dir.

İki ayda bir (Ocak, Mart, Mayıs, Temmuz, Eylül, Kasım aylarında) yayımlanır. / Issued bimonthly (January, March, May, July, September, November).
Dergide yayımlanan yazılarda ileri sürülen görüşler yalnızca yazarlarına aittir. / Articles published in these series express solely the views of the authors.
Dergide yayımlanan yazılar, kaynak gösterilmeden başka bir yerde yayımlanamaz. / Articles published in these series can not be republished without citation.

Türkiye Barolar Birliği Dergisi TÜBİTAK - ULAKBİM Hukuk Veri Tabanında dizinlenmektedir. / Türkiye Barolar Birliği Dergisi (Union of Turkish Bar Associations Review) is being permanently indexed in TÜBİTAK - ULAKBİM law database.

İletişim Adresi / Communication Address
Türkiye Barolar Birliği Başkanlığı
Yayın İşleri Müdürlüğü
Oğuzlar Mah. Av. Özdemir Özok Sokak No: 8
06520 Balgat - ANKARA
Tel: (0312) 292 59 00 (pbx) Faks: (0312)286 55 65
web:www. barobirlik.org.tr
e-posta: yayin@barobirlik.org.tr

Abonelik / Subscription
Yıllık abone bedeli: 75 TL.

Sayfa Tasarımı ve Ofset Hazırlık /
Page Design and Offset Preparation
Türkiye Barolar Birliği Yayın İşleri

Basım Yeri / Printed by
Şen Matbaa (0312) 229 64 54 - 230 54 50
Özveren Sokak 25/B Demirtepe - Ankara
www.senmatbaa.com

Basım Tarihi / Printing Date : 19. 01. 2018

TÜRKİYE BAROLAR BİRLİĞİ DERGİSİ

YAYIN KURALLARI

1. 1988 yılından bu yana yayımlanan Türkiye Barolar Birliği Dergisi, 2002 yılından itibaren "Hakemli Dergi" olarak yayımlanmakta olup 2010 yılından bu yana da TÜBİTAK-ULAKBİM Hukuk Veri Tabanında dizinlenmektedir.

2. Dergiye gönderilecek yazıların; özgün, başka bir yerde yayımlanmamış veya yayımlanmak üzere gönderilmemiş olması gerekmektedir.

3. **a)** Yazılar, bilgisayar ortamında hazırlanmalıdır.

b) Yazıların ilk sayfasında makalenin adı, özeti ve anahtar sözcükleri; **Türkçe ve İngilizce olarak** yer almalıdır.

c) Yazılar, ana bölümlerde 1,5 satır aralığı ile 12 punto; dipnotlarda tek satır aralığı ile 10 punto kullanılarak Times New Roman karakterinde yazılmalıdır.

4. **Dipnotlar** sayfa altında gösterilmelidir. Dipnot numaraları noktalama işaretlerinden sonra kullanılmalıdır. Dipnotta kaynak verilirken **yazar adı ve soyadının sadece baş harfleri büyük harf olmalı, eğer verilen kaynak makal**e ise makale adı çift tırnak içine alınmalı, **sadece** *eser adı İtalik* verilmeli, yayınevi, ili, baskı yılı ve sayfa sayısı sırası ile verilmelidir.

Örneğin: Faruk Erem, "Ceza Hukukunda Meslek Sırrı", *AÜHF Dergisi,* Ankara 1943, C. x, S. x, s. xx.

5. Yazıların **kaynakça kısmında; yazarın soyadı adı şeklindeki düzene uyulmalıdır.**

Örneğin: Erem Faruk, "Ceza Hukukunda Meslek Sırrı", *AÜHF Dergisi,* Ankara 1943, C. x, S. x, s. xx.

6. Yazıların basılı nüshası CD ile birlikte künyedeki adrese ya da elektronik nüshası **yayin@barobirlik.org.tr** adresine gönderilmelidir.

7. Yazılar, TBB Dergisi Yayın Kuralları'na uygun değilse reddedilir.

8. Yazarların; ünvanlarını, görev yaptıkları kurumları, haberleşme adresleri ile telefon numaralarını ve e-posta adreslerini göndermeleri zorunludur.

9. Yazılar, "kör hakemlik" sistemi uyarınca, yazarların adı yazı metninden çıkarılarak hakeme gönderilir. Yazarlara da yazının hangi hakeme gönderildiği konusunda bilgi verilmez.

Hakem tarafından yazının yayımlanması uygun bulunmadığı takdirde bu durum yazara bildirilir. Hakem raporu düzeltme içeriyorsa; rapor, hakem adı belirtilmeksizin yazara gönderilir ve yazının hakem raporuna göre düzeltildikten sonra yayımlanabileceği bildirilir. Bu süreç hakemin yazının yayımlanmasını uygun bulmasına kadar devam eder.

10. Türkiye Barolar Birliği Dergisi'nin yazı dili Türkçedir.

11. Türkiye Barolar Birliği, yayımlanması kabul edilen yazıların basılı ve elektronik yayın haklarına sahip olur.

12. Yazarlara ve hakemlere, talep etmeleri halinde telif ücreti ödenir. Yazarlara üç adet, hakemlere bir adet dergi gönderilir.

İÇİNDEKİLER / CONTENTS

7 BAŞKAN'DAN / FROM THE PRESIDENT

HAKEMLİ MAKALELER / REFEREED ARTICLES

9 Özde DEREBOYLULAR
Kuzey Kıbrıs'taki İcra Uygulamalarının Hukukun Üstünlüğü ve Hak Arama Özgürlüğü Işığında Değerlendirilmesi / An Evaluation of North Cyprus Executive Practices in The Light of Rule of Law and Right to an Effective Remedy

37 İpek Sevda SÖĞÜT
Yasal Belirsizlik: Embriyonik Kök Hücre Çalışmaları / Legal Uncertainty: Embryonic Stem Cell Studies

71 Abdulbaki GİYİK
İmar Kirliliğine Neden Olma Suçu / The Crime of Causing Pollution of Zoning

115 Mutlu KAĞITCIOĞLU
Kurgudan Gerçekliğe Uzanan Bir Tartışma Alanı: Susma Hakkının İdare Hukukunda Yeri Var Mıdır? / From Fiction to Reality Extending Discussion Area: Is There a Place for The Right to Silence in Administrative Law?

153 Fatma Didem SEVGİLİ GENÇAY
Belediye Şirketlerinin Hukuki Statüsü / Legal Status of Municipal Companies

177 Tacettin ŞİMŞEK
İdari Yargılama Hukukunda Davalı Yanında Müdahilin Tek Başına Kanun Yollarına Başvuruda Bulunma Hakkı / Intervenor's Right to Appeal Independently of The Defendant in The Administrative Judicial Procedure Law

217 Ercan SARICAOĞLU
Vergi Affından Yararlanan Mükellef İçin Mütalaa Geri Alınabilir Mi? / Can a Legal Opinion Be Withdrawn for The Sake of Taxpayer Who Take Advantage of Tax Amnesty?

257 Sezin AKTEPE ARTIK
İstinaf Kanun Yolunda Kamu Düzeni Kavramı / The Concept of Public Order in Appeal

293 Nur BOLAYIR
İstinafta Yeni Vakıa ve Delil İncelemesi / Inspection of a New Fact and Evidence At The Appeal Stage

313 Melis TAŞPOLAT TUĞSAVUL
İstinaf İncelemesi Sonucunda Verilebilecek Kararlar / Verdicts to Be Given As A Result of Appellate Process

355 Bedia GÜLEŞ
Türk Miras Hukukunda Denkleştirme / Equalization in The Turkish Inheritance Law

431 Vehbi Umut ERKAN
Türk Medeni Kanunu'nda Evlilik Birliği İçerisinde Kadının Ekonomik ve Sosyal Hakları / Economic and Social Rights of Women in The Marital Union Within Turkish Civil Code

451 Murat AYDOĞDU / Serdar NART
İsviçre Borçlar Kanunu'nun Satış ve Eser Sözleşmelerinde Ayıp Sorumluluğuna Yönelik Zamanaşımı Hükümlerini (Art. 210 ve 371 Or) Revize Eden 16 Mart 2012 Tarihli İsviçre Federal Kanunu'nun Değerlendirilmesi / Evaluation of The Swiss Federal Law Dated 16 March 2010 Which Amends Provisions of The Swiss Code of Obligations Relating to The Period of Limitations for Defects Liability in Contracts of Sale and Contracts of Work

487 Nuşen Pelin DALGIÇ ATABAŞ
UCP 600 Açısından Bankaların Belgelerle Bağlı Olması Kuralı / Doctrine of Documents in Terms of UCP 600

519 Fevzi TOPSOY
İnşaat Sigortası Teminatının Kapsamı / Coverage of The Constructions Insurance

567 Özgür OĞUZ
Türk İş Hukuku'nda Kadın Çalışanları Koruyucu Düzenlemeler / Protective Regulations of Women Employees Under Turkish Labour Law

587 Süleyman Sırrı TERZİOĞLU
Uluslararası Hukuk Açısından Fırat Kalkanı Harekâtının Meşruluğu Sorunu / The Issue of Legitimacy of the Operation Euphrates Shield in Terms of International Law

639 Ali İbrahim AKKUTAY
Askeri Üst Uçuşlar İle Sahil Güvenlik Gemilerinin Faliyetlerinin Gayri Askeri Statüdeki Ege Adaları Bakımından Değerlendirilmesi / Assessment On The Overflight of Military Aircrafts and The Activities of The Coast Guard Ships Within The Context of The Demilitarized Status of Aegean Islands

673 Bengül KAVLAK
Avrupa Birliği Adalet Divanı Kararları Temelinde Avrupa Birliği Hukukunda Şirketlerin Yerleşme Özgürlüğü / Freedom of Establishment of Companies Under European Union Law On The Basis of The Decisions of The Court of Justice of The European Union

başkan'dan

Değerli Meslektaşlarım;

696 Sayılı OHAL KHK'sı ile Türkiye Büyük Millet Meclisi bir kez daha Anayasaya aykırı olarak işlevsiz kılınmıştır. Milli irade bir kez daha yok sayılmıştır.

135 kanun maddesini kalıcı olarak değiştiren bu KHK'nın bir tek hükmü bile OHAL ile ilgili değildir. Bundan daha vahimi şudur: Bu KHK, insanların yaşam hakkını tehlikeye atmıştır.

Çünkü;

15 Temmuz 2016'daki darbe girişiminin devamı niteliğindeki eylemlerin bastırılması için sivillerin silah dahil güç kullanmasını, ceza ve tazminat sorumluluğundan muaf tutmaktadır.

Soruyoruz: Darbe teşebbüsünün devamı niteliğindeki eylemler ne demektir? Kim, neye göre bunu tespit edecektir?

Bir kez daha soruyoruz: Türk Ceza Kanunu'ndaki mevcut düzenlemelerin ötesinde mutlak sorumsuzluk getiren bu düzenlemeyle ne amaçlanmaktadır?

Örneğin; işinden atılan, kıdem tazminatı dahi alamayan veya ürün taban fiyatını az bulan, kadınlara yönelik haksız bir uygulamayı yanlış gören bir grup vatandaş, demokratik protesto haklarını kullanmaya kalkarsa ve bu kişilerin üzerine birileri saldırırsa ne olacaktır?

"15 Temmuz'un devamını istiyorlardı, bunun için öldürdük, bunun için evlerini bastık ve yaktık" derlerse ne yapılacaktır?

Son Anayasa değişikliği referandumunda "hayır" diyenlerin dahi bazılarınca terörist ilan edildiği unutulmamalıdır.

Toplumsal kaosun ve şiddetin fitilini yakmak kolay, söndürmesi çok zordur.

İNSANLARIN YAŞAM HAKKI TEHLİKEDEDİR.

Güç kullanma yetkisi sadece devlete aittir. Devlet tarafından bile hukukun evrenselleşmiş ilkelerine uygun kullanılması gereken bu yetki, peşinen ve hiçbir kayıt ve şarta tabi tutulmaksızın başkalarına devredilemez. Oysa bu düzenleme, bazı kişilerde devlete ait güç kullanma yetkisinin kendilerine geçtiği algısı yaratmaya elverişlidir. Bu algının verdiği sorumsuzluk, önünü alamayacağımız, sonuçlarını kestiremeyeceğimiz bir şiddet dalgasına sebebiyet verebilir. İşin şakası yoktur.

Küresel ve bölgesel çeşitli güç odaklarının Türkiye üzerine pek çok senaryo yazdığı ve uygulamaya çalıştığı apaçık ortada iken, bizi kardeş kavgasına sürükleyebilecek böyle bir düzenlemenin sonuçlarının, yetkili makamlarca öngörülmemiş olduğuna inanmak istiyoruz.

Bu sebeple;

Sayın Cumhurbaşkanı'nı ve Bakanlar Kurulu'nu 696 Sayılı KHK'yı geri çekmeye davet ediyoruz.

Türkiye Büyük Millet Meclisi'nin konuyu, milli bir mesele olarak, siyasi parti kaygılarının üzerinde ve acilen ele almasını diliyoruz.

Anayasa Mahkemesi'nin yirmi altı yıllık içtihadına sahip çıkarak OHAL ile ilgili hiçbir hüküm içermeyen bu kararnameyi iptal etmekle görevli olduğunu halkımızın bilgisine sunuyoruz.

Üzerine oynanan tüm senaryoları yüksek öngörüsüyle boşa çıkartmış olan Türk Milleti'nin doğru bilgilendirildiği taktirde sağduyusunun galip geleceğine, bu düzenlemenin yukarıda sıraladığımız yollardan biri kullanılarak ortadan kaldırılmasını sağlayacağına güveniyoruz.

Türkiye Barolar Birliği'nin ve barolarımızın Milletimizi doğru bilgilendirmeye devam edeceğini kamuoyuna saygıyla duyururuz.

Türkiye Barolar Birliği Yönetim Kurulu Adına

Av. Prof. Dr. Metin FEYZİOĞLU

KUZEY KIBRIS'TAKİ İCRA UYGULAMALARININ HUKUKUN ÜSTÜNLÜĞÜ VE HAK ARAMA ÖZGÜRLÜĞÜ IŞIĞINDA DEĞERLENDİRİLMESİ

AN EVALUATION OF NORTH CYPRUS EXECUTIVE PRACTICES IN THE LIGHT OF RULE OF LAW AND RIGHT TO AN EFFECTIVE REMEDY

Özde DEREBOYLULAR*

Özet: Temel hak ve özgürlükler, hukukun tüm alanlarında önemli olmasına rağmen bazı alanlarda özel öneme sahiptir. İcra hukuku, devletin temel hak ve özgürlüklere doğrudan temas ettiği bir alan olduğundan, temel hak ve özgürlükler hukukun bu alanında da özenle ve dikkatle gözetilmelidir. Çalışmada, öncelikle icra hukukunda temel hak ve özgürlüklerin önemi açıklanmaya çalışılmış, ardından ise hukuk devletinin en önemli gerekliliklerinden olan hak arama özgürlüğü, Kuzey Kıbrıs icra hukuku ışığında ele alınmıştır. Bu yapılırken de mevzuattan ve uygulamadan kaynaklanan sorunlara eleştirisel bir bakış açısıyla yaklaşılıp, çözüm önerileri sunulmuştur.

Anahtar Kelimeler: KKTC, İcra Hukuku, Hukukun Üstünlüğü, Hak Arama Özgürlüğü

Abstract: Fundamental rights and freedoms should be protected in all areas of law. Enforcement law is a field in which the state directly contacts fundamental rights and freedoms. Therefore, fundamental rights and freedoms should be carefully observed in this field of law. In this study, firstly, the importance of fundamental rights and freedoms in executive law is tried to be explained, and then the freedom of right seeking, which is one of the most important requirements of the legal state, was discussed in the light of executive law. While examining this, particularly for the elimination of some problems in the context of the right to an effective remedy, our suggestions and critics on the topic are set forth.

Keywords: TRNC, Executive Law, Rule of Law, Right to an Effective Remedy

* Arş. Gör., Yakın Doğu Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Ceza ve Ceza Muhakemesi Anabilim Dalı, ozde.dereboylular@neu.edu.tr.

GİRİŞ

Temel hak ve özgürlükler, hem anayasa hem de uluslararası hukuk kavramıdır. İnsan hakları, insan onurunu korumayı, insanın maddi ve manevi gelişimini amaçlayan haklardır. Oldukça geniş kapsamlı olan insan hakları deyimi bir yandan insan haklarının devlet organlarına karşı korunmasını diğer yandan da çok boyutlu olan insan kişiliğinin geliştirilmesini kapsar.[1] Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti (KKTC) Anayasası tarafından garanti altına alınan temel hak ve özgürlükler; dokunulamaz, devredilemez ve vazgeçilmez niteliktedir (KKTC AY m. 10/1). Anayasanın *temel hak ve özgürlüklerin özü ve sınırlanması* başlıklı 11. maddesine göre "*temel hak ve özgürlükler, özüne dokunmadan, kamu yararı, kamu düzeni, genel ahlak, sosyal adalet, ulusal güvenlik, genel sağlık ve kişilerin can ve mal güvenliğini sağlamak gibi nedenlerle ancak yasalarla* kısıtlanabilir." İnsan haklarına saygılı ve hukukun üstünlüğü ilkesini benimsemiş bir devlette, temel hak ve özgürlükler gözetilmeksizin herhangi bir uygulama yapılmaması gerekir.

Hukuk devletinde, bireylerin temel haklarının hukukun tüm alanlarında korunması önemlidir. Ancak bazı alanlarda temel hakların dikkatle gözetilmesi özel öneme sahiptir. Çünkü bu alanların özü gereği, temel haklarla doğrudan temas söz konusudur. İcra hukuku da bu alanlardan biridir. Bu alanda temel haklar özellikle gözetilmeli ve özünü zedeleyen davranışlardan mutlak surette kaçınılmalıdır. Çünkü hukukun bu alanında devletin zor kullanma yetkisi ile icra organlarının faaliyeti, kişilerin hakimiyet alanına müdahale oluşturmakta ve bunun doğal sonucu olarak temel haklara temas etmektedir.[2]

Borçlu ve alacaklı arasında her zaman ciddi bir menfaat çatışması vardır. Devlet, bir yandan alacaklının alacağını elde etmesi için etkin hak arama yolları sunmalı, diğer yandan ise borçlunun hakimiyet alanına müdahale ederken borçlunun insan onurunu zedelememek için çatışan menfaatler arasındaki dengeyi sağlamak zorundadır. Hukukun ve iyi işleyen bir icra sisteminin en temel amaçlarından biri, özü

---

1 Şeref Gözübüyük/Feyyaz Gölcüklü, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması, Turhan kitabevi, Ankara 2016, s. 3; Durmuş Tezcan/Mustafa Ruhan Erdem/Oğuz Sancakdar/Rifat Murat Önok, İnsan Hakları El Kitabı, Ankara 2016, s. 29.

2 Muhammet Özekes, İcra Hukukunda Temel Haklar ve İlkeler, Ankara 2009, s. 1; Hakan Pekcanıtez/Oğuz Atalay/Meral Sungurtekin Özkan/Muhammet Özekes, İcra ve İflas Hukuku, Ankara 2014, s. 56.

gereği doğan bu çatışmayı ölçülü, hukukun temel ilkelerine ve özellikle anayasa kurallarına uygun bir şekilde dengeye oturtulmasıdır. İcra hukukunun özü gereği doğan bu çatışmayı dengelemek kolay olmasa da bunun başarılamaması halinde hukuk devleti ilkesinin zedelenmesi ve toplumsal barışın bozulması riski oluşacaktır.

Başka hukuk sistemlerinde konu ile ilgili çeşitli çalışmalar ortaya konmuşsa da Kuzey Kıbrıs'ta temel haklar ve icra hukuku arasındaki ilişkiyi irdeleyen bir çalışma henüz yapılmamıştır. Kuzey Kıbrıs hukukunda bu konunun yeterince önemsenmediğini söylemek yanıltıcı olmayacaktır. Bu sebeple, çalışmanın var olan sınırlı kaynaklar, mevzuat ile mahkeme kararlarından faydalanarak şekilleneceğini belirtmekte fayda vardır.[3] Temel hak ve özgürlüklerin icra hukuku alanındaki bağlantısını ortaya koyduktan sonra, özellikle hukukun üstünlüğü ilkesi ve hak arama özgürlüğünün icra hukukundaki önemi üzerinde durulacak, mevzuattan kaynaklanan sorunlara çözüm önerileri üretilmeye çalışılacak ve bu ilkelere aykırı olan uygulamaların düzeltilmesine bir nebze de olsa katkı koymaya çalışılacaktır.

I. KUZEY KIBRIS İCRA HUKUKU SİSTEMİNE GENEL BAKIŞ

Kıbrıs adası oldukça uzun bir süre İngiliz sömürgesinde kalmıştır (1878-1960). 1960 yılında kurulan iki toplumlu Kıbrıs Cumhuriyeti, Aralık 1963'te başlayan çatışmalar neticesinde Kıbrıslı Türklerin anayasada öngörülen haklarından mahrum bırakılmasına ve Cumhuriyet yönetiminden dışlanmasına neden olmuştur. Bu gelişmelere müteakiben iki toplumlu düzen terk edilmiş ve yerine iki ayrı yönetim gelmiştir.[4] Kıbrıslı Türkler bu dönemden sonra, önce Geçici Türk Yönetimi'ni, sonra Kıbrıs Türk Yönetimi'ni, ardından Otonom Kıbrıs Türk Yönetimi'ni sonrasında ise Kıbrıs Türk Federe Devleti'ni kurmuştur. Neticesinde Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti 15 Kasım 1983'te kurulmuştur. KKTC'nin ilanından sonra hazırlanan ve 5 Mayıs 1985 tarihinde halk oylamasına sunulup kabul edilen Anayasa, resmi gazetede yayımlanarak yürürlüğe girmiştir. Buna karşılık bugün, halen

---

3 Bu çalışmada atıf yapılan KKTC Mahkemeleri kararları doğrudan KKTC Mahkemelerinin web sitesinden alınmıştır. Bkz. http://www.mahkemeler.net/cgi-bin/yenikararsonuc.aspx?nerde=am&yile=2017 (ET. 9. 12. 2017).

4 Zaim M. Necatigil, KKTC Cumhuriyeti'nde Anayasa ve Yönetim Hukuku, Lefkoşa 2015, s. 2.

uygulanmakta olan mevzuatın kayda değer bir kısmı İngiliz sömürgesi döneminden kalmıştır. Bu nedenle Kuzey Kıbrıs'ta İngiltere'dekine benzer bir hukuk sisteminin uygulandığını söylemek yerindedir.[5] Bu sebeple, Türk icra hukukunun yapısı ile Kuzey Kıbrıs icra hukuku arasında birtakım ciddi farklar mevcuttur.

Kuzey Kıbrıs'ta icra hukuku alanında iki önemli belge bulunmaktadır. Birincisi İngiliz sömürge döneminden miras kalan Hukuk Muhakemeleri Usulü Tüzüğü (HMUT), ikincisi ise yine İngiliz döneminden kalma Fasıl 6 Hukuk Muhakemeleri Usulü Yasası'dır (HMUY). Ülkemizde bir "İcra ve İflas Kanunu" bulunmamaktadır. Dolayısıyla bugün, icra alanında aktif olarak kullanılan mevzuat bunlardır. Öncelikle belirtilmesi gereken hususlardan biri Türk icra hukukundan farklı olarak, Kuzey Kıbrıs icra hukukunun ilamlı ve ilamsız icra şeklinde bir ayrıma tabi tutulmamış olduğudur. Kuzey Kıbrıs'taki tek icra yöntemi "*ilamlı icra*"dır. İlamlı icrada, hakkı yerine getirilmeyen veya ihlal edilen kişi, mahkemeye müracaat ederek söz konusu ihlalin önüne geçilmesini veya hakkının iade edilmesini talep eder.[6] Mahkeme kararı olmadan icra takibi başlatmak mümkün değildir. Bir başka anlatımla, icradan önce mahkeme kararı ön koşul olarak belirlenmiştir. Bu düzenleme çağdaş bir düzenlemedir. Devletin üç temel erkinden biri olan yargının, icra hukuku gibi temel haklara fiilen ve esasen temas eden[7] bir alanda tarafsız ve eşitliği sağlamakla yükümlü mahkeme ve yargıçların[8] daha ilk etaptan devreye sokulması, hem borçlu hem alacaklı hem de daha genel olarak değerlendirmek gerekirse tüm toplum için adeta bir koruma ve güvence mekanizması oluşturmaktadır.

HMUY uyarınca yedi adet icra yöntemi vardır: 1. Taşınır malın zapt edilip satılması[9]; 2. Taşınmaz malın satılması veya hüküm ile yükümlü kılınması; 3. Taşınmaz mala ihtiyati haciz veya geçici olarak el konulması; 4. Üçüncü kişilerin ellerindeki mallara el konulması; 5. Hükümlü borçlunun hapse gönderilmesi; 6. Taşınmaz malların zilyetliği-

---

5 Can Azer, "KKTC İdari Yargısında İstinafa Genel Bir Bakış", *TBBD,* 2017(128), 169-186, s. 170.

6 Pekcanıtez/Atalay/Sungurtekin Özkan/Özekes, s. 49; Baki Kuru, İcra ve İflas Hukuku Kitabı, İstanbul 2016, s. 39

7 Özekes, s. 22.

8 Muharrem Özen, "Yargı Bağımsızlığını Zedeleyen Düzenleme, Uygulamalar ve Bağımsızlığı Sağlamaya Yönelik Çözüm Önerileri", *ABD*, 2010(1), 31-65, s. 31.

9 Kuzey Kıbrıs hukuk sisteminde kullanılan "zapt etmek" terimi, Türk hukukundaki "haczetmek" terimine eşdeğer olarak kullanılmaktadır.

nin istirdadına veya teslimine ilişkin zilyetlik müzekkeresi; 7. Taşınır malların istirdadına veya teslimine ilişkin, teslim müzekkeresi (HMUY m. 14/1). Bu yöntemleri üç ana başlık altında toplayabiliriz: Birincisi, parasal nitelikli hükümler veya emirlerdir. İkincisi, parasal nitelikli olmayan hüküm ve emirler. Üçüncüsü, hem parasal nitelikli hem de parasal nitelikli olmayan hükümler. Ayrıca öğretide bir görüşe göre, yasanın 14. maddesinde gösterilmeyen bir icra yöntemi daha vardır. Bu, emre itaatsizlik nedeniyle tutuklama veya mallara el koymadır.[10]

Uygulamada, tebligatta ciddi sıkıntılar yaşanmakta, icranın ön koşulu olarak verilmekte olan kararlar gecikmekte, nihayetinde verilen kararlar ise icra edilememektedir. Bu durum halkın, avukatlara ve yargı sistemine olan güveninin sarsılmasına yol açmaktadır. Öte yandan gerek mahkemelerin gerekse avukatların, icra ile gereği kadar alakadar olduklarını söylemek de pek mümkün gözükmemektedir. Bu durum içtihat kararlarından da anlaşılabilir niteliktedir. Nitekim icra alanında yol gösterici nitelikte içtihat kararı, nerede ise yok gibidir.

Mahkeme kararlarının pek çoğu, borcu takside bağlama yöntemi şeklinde icra edilebilmektedir. Ancak bu yöntemin, ne davalıları ne de davacıları tam olarak tatmin ettiğini söylemek mümkündür. Genellikle, hakkını elde edebilmek için uzun uğraşlar veren davacı, borcun çok düşük aylık taksitlere bağlanması karşısında hayal kırıklığına uğramaktadır.[11] Mahkeme kararlarının bu yönde olması ilk bakışta borçluları memnun eder nitelikte gibi gözükse de, bu doğru değildir. Özellikle, borç ilişkisinin doğduğu zamanlarda, borçlunun göstermiş olduğu teminatın, icra geciktikçe, borcu karşılayamaz duruma geldiği görülmektedir. Kısaca, borçlunun teminatı zaman içinde ortadan kaybolmakta ve borçlu borcunu ödeyemez duruma gelmektedir.[12] Ayrıca, borçlular düşük de olsa aylığa bağlanan taksitleri de ödeyememektedirler. İşte bu sebeplerden ötürüdür ki hukukun bu alanında yargıya olan güven her geçen gün yara almaktadır. Tüm bunlar ışığında daha en başından çıkarılabilecek sonuç ise: Kuzey Kıbrıs'ta icra adeta sınıfta kalmıştır.

---

10 Hasan Sözmener, Medeni Usul I, C. 3, Lefkoşa 2011, s. 1100.

11 Türkiye'deki yerinde hükümlerin aksine KKTC'de her taksidin borcun dörtte birinden aşağı olmaması gibi bir şart yoktur. Bu durum uygulamada alacaklıları mağdur etmektedir. Tükiye'deki düzenleme için bkz. Pekcanıtez/ Atalay/ Sungurtekin Özkan/ Özekes, İcra ve İflas Hukuku, Ankara 2014, s. 247; Kuru, s. 216.

12 Sözmener, s. 952.

Kuzey Kıbrıs hukukundaki icra sistemini ve sorunlarını etraflıca açıklamak bu çalışmanın esas konusu olmadığından, burada verilen genel bilgilerin anlaşılırlık bakımından yeterli olduğu düşüncesindeyiz. İcra hukukunda, mevzuattan ve uygulamadan kaynaklanan problemlerin tümünü bir makale boyutunda değerlendirmek mümkün değilse de, bu sorunlardan bir kısmı aşağıda hak arama özgürlüğü ve hukukun üstünlüğü ilkesi ışığında incelenecektir

II. İCRA HUKUKUNDA TEMEL HAKLARIN ÖNEMİ

A. Genel Olarak

KKTC Anayasası'nın "*Temel Haklar, Özgürlükler ve Ödevler*" başlıklı ikinci kısmındaki 10. maddesinin 1'inci fıkrasında "*Herkes, kişiliğine bağlı, dokunulmaz, devredilmez, vazgeçilmez temel hak ve özgürlüklere sahiptir*" denilmektedir. Ayrıca temel hak ve özgürlüklerin keyfi şekilde sınırlanması mümkün değildir (KKTC AY m. 11). Temel hak ve özgürlükler, hukukun tüm alanlarında dikkate alınmalı ve özenle korunmalıdır.

İcra hukuku, devletin zor kullanma yetkisinin bulunduğu bir alandır. Bu alan, kişilerin malvarlığı ve kişilik haklarıyla doğrudan ilgilenmekte ve söz konusu bu hakları etkilemektedir. Bu bakımdan, icra hukukunun temel haklarla ilişkisi özel öneme sahiptir.[13] Hukukun bu alanında, temel hakların gerek yasalarda gerekse uygulamada göz ardı edilmesi kabul edilemez. Anayasanın temel hak ve özgürlükleri güvence altına aldığı hükümleri, hiç şüphesiz icra hukuku açısından da geçerlidir.

İcra hukukunda temel hakların gözetilmesi, sadece icra hukukundaki hukuk kurallarıyla sınırlı şekilde anlaşılmamalı, aynı zamanda bu hak ve özgürlüklerin uygulanmasında ve yorumlanmasında da önemle gözetilmelidir.[14] Hukukun her alanında olduğu gibi, temel hak ve özgürlüklerin korunup geliştirilmesi sadece yasal düzenlemelerle kalmamalı, aynı zamanda uygulamada icra ve yargı organları tarafından da her zaman dikkate alınmalıdır. İşte bu çerçevede icra hukukunda, temel hak ve özgürlüklerin gözetilmesi hem insan haklarına saygı-

13 Pekcanıtez/Atalay/Sungurtekin Özkan/Özekes, s. 56.
14 Pekcanıtez/Atalay/Sungurtekin Özkan/Özekes, s. 56-57; Özekes, s. 21.

lı, demokratik bir hukuk devletinin, hem de anayasanın üstünlüğü ve bağlayıcılığı ilkesinin bir gerekliliği olarak ortaya çıkmaktadır.

B. Anayasanın Üstünlüğü ve Bağlayıcılığı Bakımından

Temel hak ve özgürlükler, hem anayasa hem de uluslararası belgeler tarafından güvence altına alınmaktadır. İnsan haklarına saygılı, hukuk devleti anlayışının bir yansıması ve anayasanın üstünlüğü ve bağlayıcılığının sonucu olarak icra hukukunda temel hakların gözetilmesi ve korunması zorunludur.

KKTC Anayasası'nda anayasanın bağlayıcılığını düzenleyen açık hükme göre: "*Anayasa kuralları yasama, yürütme ve yargı organlarını, Devlet yönetimi makamlarını ve kişileri ba*ğlayan temel hukuk kurallarıdır" (KKTC AY m. 7/2). Anayasanın bağlayıcılığı ilkesi, aynı zamanda kamu gücünü kullananlara da yükümlülük getirmektedir. Yargı bakımından anayasanın bağlayıcılığı, 136. maddenin 1. fıkrasında düzenlenmiştir. Bu hükme göre: "*Yargıçlar, görevlerinde bağımsızdırlar, Anayasaya, yasaya ve hukuka uygun olarak vicdani kanaatlerine göre hüküm verirler*". Bu maddeden üç sonuç çıkarılması mümkündür: Birincisi, yargıçlar, başta tüm kanunlar olmak üzere, tüm hukuk kurallarını uygularken ve yorumlarken Anayasayı gözetmelidir. İkincisi, uygulanabilir açık bir kanun hükmünün olmadığı durumlarda, Anayasada konu hakkında düzenleme olması durumunda, Anayasa doğrudan uygulanabilir. Üçüncüsü, kanun hükmü ve Anayasa hükmü arasında bir çelişki olması durumunda, mevcut kanun hükmü göz ardı edilerek Anayasa hükmü uygulanmalıdır. Bu açıklamaların tümü icra hukuku açısından geçerlidir.[15]

Anayasanın bağlayıcılığı ilkesini tamamlayan ise Anayasanın üstünlüğü ilkesidir. Anayasanın üstünlüğü ise Anayasa'nın 7. maddesinin 1. fıkrasında "*Yasalar Anayasaya aykırı olamaz*" denilmek suretiyle düzenlenmektedir. Anayasanın üstünlüğü ve bağlayıcılığı, anayasa tanımının en önemli unsurlarındandır. Anayasanın en yüksek hukuk kuralı olmasının doğal sonucu olarak, tüm yasalar Anayasa ile uyumlu olmalıdır.[16] Bu durumda da icra hukukundaki tüm düzenlemeler de

15 Pekcanıtez/Atalay/Sungurtekin Özkan/Özekes, s. 56; Özekes, s. 24

16 Fazıl Sağlam, Anayasa Hukuku Ders Notları, Yakın Doğu Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Lefkoşa 2013, s. 6.

Anayasa ile uyum içinde olmalıdır. Özetle; hukukun diğer tüm alanlarında olduğu gibi, icra alanında da anayasanın üstünlüğü ve bağlayıcılığı, mutlak anlamda geçerlidir.[17] Ne yazık ki, icra organları için Anayasa'nın üstünlüğü adeta ütopik bir yaklaşım halindedir. Bugün uygulamada, icra organları için Anayasa ve kanun hükümlerinden önce, bu yöndeki alışkanlıklar ve yanlış uygulamalar gelmektedir. Yani adeta normlar hiyerarşisi tersine çevrilmiş, en alttaki norm, en üstteki norma tercih edilir olmuştur.[18]

C. İnsan Hakları Bakımından

İcra hukuku, insan haklarıyla paralel gelişen ve yapılan düzenlemelerin insan haklarına saygının göstergesi olduğu hukuk alanlarından biridir. İnsan hakları geliştikçe, bu gelişme doğrudan icra hukukuna yansımıştır. Örneğin, hukuki gelişim süreci içerisinde, ilk zamanlarda icranın alacaklıya bırakıldığı görülmekteydi. Bu dönemde borçlu, borcunu yerine getirmezse; alacaklı, bizzat hakkının icrası yoluna başvurabilmekteydi. Hatta önceleri borçlunun köle edilmesi, hayatına son verilmesi, alacaklının özel hapishanesinde hapsedilmesi gibi uygulamalara da rastlanmaktaydı.[19] Zaman içerisinde, alacaklının bu konudaki yetkilerine sınırlama getirilmiş ve bu tür uygulamalar terk edilmiş; icranın şekil, şart ve mahiyeti hukuk kurallarıyla şekillendirilmiştir.

Günümüzde bütün anayasalar, temel hak ve hürriyetleri güvence altına almaktadır. Hatta modern anayasaların genellikle en uzun bölümleri, temel hak ve hürriyetler bölümüdür.[20] KKTC Anayasası da temel hak ve hürriyetlere geniş şekilde yer vermektedir. Burada önemli olan söz konusu hak ve özgürlüklerin, kurumsal alandan çıkarılıp gerçek anlamda etkinliğe kavuşturulmasıdır. Örneğin, KKTC Anayasası'nın 15. maddesi uyarınca, herkesin yaşama ve vücut bütünlüğü hakkı vardır. Bu bağlamda, kural olarak, bir kimsenin özel hukuktan kaynaklanan borç ilişkisinden dolayı işkenceye tabi tutulması,

17 Pekcanıtez/Atalay/Sungurtekin Özkan/Özekes, s. 56.
18 Özekes, s. 29.
19 Özekes, s. 32; Pekcanıtez/Atalay/Sungurtekin Özkan/Özekes, s. 44; Pınar Çiftçi, "Menfaat Dengesi Çerçevesinde Genel İcra Hukuku ile Kamu İcra Hukukunun Karşılaştırılması", *DEÜHFD*, C.12, Özel Sayı, (2012), 313-379, s. 314.
20 Kemal Gözler, Anayasa Hukukunun Genel Esasları, Bursa 2012, s. 413.

ölüm cezasına çarptırılması veya hapsedilmesi mümkün değildir.[21] Bu düzenleme borçlunun vücut dokunulmazlığı ve yaşama hakkını güvence altına alırken, çalışmanın ileriki bölümünde daha detaylı açıklanacak olan Anayasa'nın 17. maddesi, hakkını arayan alacaklıya, hak arama özgürlüğünü sağlamaktadır. Böylece bir yandan alacaklının, alacağını elde etmesi için birtakım yasal yollar öngörülmüş, diğer yandan ise borçlunun da temel hakları korunmaya çalışılmıştır.

Öte yandan insan hakları alanındaki gelişmeler, günümüzde artık sadece bir iç hukuk sorunu olarak görülmemekte ve uluslararası hukuk kurallarıyla da güvence altına alınmaktadır.[22] Bu bağlamda, İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi (İHEB) ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS) son derece önemlidir. Uluslararası mevzuat bakımından KKTC Anayasası'na göre, usulüne uygun olarak yürürlüğe konulmuş uluslararası antlaşmalar yasa hükmündedir (KKTC AY m. 90/5). AİHS iç hukukun bir parçasıdır.[23] 1960 yılında kurulan Kıbrıs Cumhuriyeti, 1962 yılında 39/1962 sayılı Yasa ile AİHS'ni iç hukukun bir parçası haline getirmiştir. Söz konusu onay yasası, Aralık 1963 olaylarından önce Kıbrıs Cumhuriyeti'nin parlamentosu olan, Kıbrıslı Rumlar ile Kıbrıslı Türklerin katıldığı, Temsilciler Meclisi tarafından kabul edilmiştir. 1975-1983 yılında Kıbrıslı Türkler tarafından kurulan Kıbrıs Türk Federe Devleti Anayasası'nın geçici birinci maddesinde de bu durum korunmuş ve 1983 yılında kurulan Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti'nin halen yürürlükte olan 1985 tarihli Anayasası'nın geçici 4/1 maddesinde; "*Bu Anayasanın yürürlüğe girdiği tarihte yürürlükte*

---

21 TC Anayasası'nın 38. maddesindeki "Hiç kimse, yalnızca sözleşmeden doğan bir yükümlülüğü yerine getirememesinden dolayı özgürlüğünden alıkonulamaz" hükmü bu düzenlemenin Türk hukukundaki karşılığı olarak nitelendirilebilir. Kuzey Kıbrıs mevzuatı uyarınca verilen bir mahkeme emrine riayetsizlik nedeniyle emre uymayan kişinin on iki ayı geçmeyen süre için hapsedilmesi mümkündür. Burada söz konusu uygulama bir kişinin sırf borcunu ödeyemediğinden dolayı hapsedilmesi değildir. Buradaki kriter, hapislik emri istendiğinde emre uygun ödeme yapmadığı ileri sürülen kişinin emirde belirtilen meblağda taksitleri ödeyebilecek olanağı olmasına rağmen ödememiş olmasıdır. Kişinin bu olanağı yoksa hapsedilemez. Bkz. KKTC Yargıtay Aile, 12. 10. 1988, D. 4/1988, Dava No: 6/1986.

22 Tezcan/Erdem/Sancakdar/Önok, s. 33 vd.; Gözübüyük/Gölcüklü, s. 4 vd.

23 Bkz. KKTC Yargıtay Ceza, 23. 02. 2001, D. 1-2-3/2001, Dava No:2/2001, KKTC Yargıtay Ceza, 19. 6. 2013, D. 44/2012, Dava No: 4/2013; KKTC AYM, 26. 6. 2003, D. 24/2002, Dava No: 4/2003; KKTC AYM, 5. 8, 2016, D. 4/2016, Dava No: 11/2016.

olan mevzuat, bu Anayasa kurallarına aykırı olmadığı ölçüde yürürlükte kalır" denilmek suretiyle mevcut durum muhafaza edilmiştir. Böylelikle, AİHS'in insan hak ve özgürlüklerine ilişkin kuralları, Güney Kıbrıs'ta olduğu gibi, Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti'nin de iç hukukunun bir parçasıdır.[24] Nitekim KKTC Yargıtay ve Anayasa Mahkemesi de önüne gelen pek çok davada bu durumu açıkça vurgulamıştır.[25]

Ne var ki KKTC, bağımsız bir devlet olarak tanınmadığı için Avrupa Konseyi'ne üye olamadığı gibi, AİHS'e de taraf değildir. Avrupa Konseyi organları Konsey'e üye ve Sözleşmeye taraf olarak Güney Kıbrıs Rum Yönetimi'ni (GKRY) tanımlamaktadır. Bu nedenle, KKTC'de yaşamakta olan bireyler, iç hukuk yollarını tükettikten sonra, Sözleşme'nin ihlalinden dolayı yapabilecekleri başvuruları, KKTC aleyhine değil; şikayet konularına ve muhatabına göre, Türkiye veya GKRY aleyhine dosyalamak durumundadır.[26]

D. Menfaat Dengesi Bağlamında

İcra hukuku, alacaklının hak arama özgürlüğü, mülkiyet hakkı gibi temel haklarıyla, borçlunun insan onuru, kişilik ve malvarlığı değerlerinin çatıştığı bir alandır.[27] İcra hukukunda alacaklının menfaatine öncelik verilip korunduğu doğrudur. Hakkı ihlal edilen alacaklı, devletin icra organları vasıtasıyla hakkını yeniden tesis etmeye çalışır. Ancak bunu sağlanmaya çalışırken, borçlunun menfaatleri de tamamen göz ardı edilemez.[28] Alacaklının menfaatleri devlet gücüyle korunurken, borçlunun insan onuru ve temel hakları tamamen unutulmamalıdır.

Bir yandan alacaklıya, hakkını elde etmesi için gerekli imkân ve hukuki yollar açık tutulup icra hukukunun özellikleri ve zorlayıcı imkânları kullanılırken; diğer yandan temel haklara aykırı davranılmamalı, borçlu tamamen korunmasız bırakılıp, alacaklının insafına terk edilmemelidir, ancak kötü niyetli borçluya da zemin hazırlanma-

---

24 Zaim Necatigil, Kıbrıs Uyuşmazlığı ve AİHM Kıskacında Türkiye, Lefkoşa 2006, s. 1-23.

25 KKTC Yargıtay Ceza, 23. 02. 2001, D. 1-2-3/2001, Dava No:2/2001; KKTC Yargıtay Ceza, 19. 6. 2013, D. 44/2012, Dava No: 4/2013; KKTC AYM, 5. 8. 2016, D. 4/2016, Dava No: 11/2016.

26 Necatigil, Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti'nde Anayasa ve Yönetim, s. 42.

27 Özekes, s. 36; Çiftçi, s. 316.

28 Pekcanıtez/Atalay/Sungurtekin Özkan/Özekes, s. 52.

malıdır.[29] Aynı zamanda icra organları, borçlunun temel hak ve özgürlüklerinin kısıtlanacağı durumlarda kullanacakları aracın, meşru bir amacı gerçekleştirebilmek için gerekli, elverişli ve aynı zamanda da amaç ile araç arasında makul bir dengenin bulunmasına özen göstermelidir.[30] Bir başka ifadeyle, her zaman "ölçülülük ilkesi"ne bağlı kalınmalıdır. Çünkü, ancak bu şekilde borçlunun temel haklarına karşı yapılan zorunlu bir müdahale, meşru olacaktır.[31] Bu dengeyi sağlamak kolay değildir. Ancak bir hukuk düzeninin başarısı da bu dengeyi kurmakta gizlidir.

İcra hukukunda, alacaklının hakkının bir an önce yerine getirilmesi konusundaki beklentisi ve menfaatiyle; borçlunun kendisine ve haklarına saygılı, dikkatli ve özenli davranılmasına ilişkin menfaatleri arasındaki çatışma bir temel hak çatışmasıdır. Menfaat dengesi çerçevesinde, alacaklının alacaklarının geciktirilmeden tahsiline, borçlunun ise temel haklarına aykırı şekilde icradan zarar görmemesine özen gösterilmelidir.[32] İcra takibi, borçlunun ve ailesinin mutlak bir yoksulluğa sürüklenip insan onurunu zedeleyecek şekilde topluma muhtaç hale gelmesi sonucunu doğurmamalıdır.[33] Bu nedenle kanun koyucu, borçlunun yaşamını onurlu bir şekilde sürdürebilmesi için, asgari düzeyde bazı eşyaların elinden alınmaması gerektiğini düşünmüş ve buna uygun olarak düzenleme yoluna girmiştir.[34] Kuzey Kıbrıs'ta da borçlu ve ailesinin, yaşamlarını asgari düzeyde insanca sürdürebilmeleri için bazı eşyalar, icradan muaf tutulmuştur (HMUT Emir 44, Nizam 8).[35]

---

29 Özekes, s. 36.

30 Metin Yüksel, Ölçülülük İlkesi, Ankara 2002, s. 26.

31 KKTC Anayasasında temel hak ve özgürlüklerin belirli hallerde sınırlandırılabileceği vurgulanmaktadır ancak bu sınırlamalar her daim yasa ile öngörülen şekilde ve ölçülülük ilkesi ile uyumlu bir biçimde olmalıdır. KKTC Anayasa Mahkemesi de güncel bir kararında güncel bir kararında, "ölçülülük ilkesi, Anayasa'da açıkça yazmasa da, temel hak ve özgürlüklere ilişkin sınırlamalar bakımından temel alınması gereken bir ölçüttür" notunu düşerek, bu ilkeye vurgu yapmıştır (KKTC AYM, 2. 2. 2017, D. 1/2017, Dava No: 30/2014).

32 Özekes, s. 37; Pekcanıtez/Atalay/Sungurtekin Özkan/Özekes, s. 57.

33 Pekcanıtez/Atalay/Sungurtekin Özkan/Özekes, s. 62.

34 Ramazan Arslan/Ejder Yılmaz/Sema Taşpınar Ayvaz, İcra ve iflas Hukuku, Yetkin, Ankara 2016, s. 261 vd.; Pekcanıtez/Atalay/Sungurtekin Özkan/Özekes, s. 200 vd.; Kuru, s. 186 vd.

35 Hukuk Muhakemeleri Usulü Tüzüğü klasik yasalar gibi maddelere, fıkralara, bent ve alt bentlere ayrılmamaktadır. Maddeler yerine Emirler (E) tercih edilmiştir. Her emirin bir de başlığı vardır. Dahası her emir ardışık rakamlarla Nizamlara (N) bölünmüştür;

Söz konusu eşyalar, 86/2007 sayılı yasa ile tadil edilmiş olan Fasıl 6 HMUY'un 16. maddesinde gösterilmektedir.[36] Bu düzenleme çağdaş bir düzenlemedir. Bu şekilde borçlunun, tamamen yoksulluğa sürüklenip topluma muhtaç hale gelmesinin engellenmesi amaçlanmış aynı zamanda da alacaklı, tatmin edilip hakkı yerine getirildiğinde, borçlunun içine düştüğü durumdan dolayı toplumdaki adalet duygusunun zedelenmesi ve toplumsal barış ve düzenin bozulmasına sebep olacak bir duruma yol açılması engellenmeye çalışılmıştır.[37] Kanun koyucu, bu yönde hassas bir denge gözetmiştir. Bir hukuk sisteminin ve o sistem içindeki hukukçuların başarısı bu dengeyi kurmakta kendini gösterecektir.

Burada işaret etmek istediğimiz bir diğer nokta ise, temel hak ve özgürlükleri korumak için hüküm koymanın yeterli olmadığıdır. Mahkemelere olan güvenin sağlanması ve hükümlerin icra edilebilmesi için en önemli görev icra ve tebliğ memurlarına düşmektedir.[38] Uygulamada ve yorumlamada bu haklar özenle dikkate alınmadığı sürece kanun koyucunun amacına ulaşması mümkün olmayacaktır. Çünkü uygulamada hak ihlallerinin sıradan hale gelmesinin önlenmesinde icra organlarının yasaları iyi bilmesi, iyi eğitilmiş olması önemlidir. Mevzuatımıza göre, bir mahkeme işleminin icrası ile görevlendirilen kamu görevlisinin, ihmal, göz yumma veya görevini yerine getirmeme gibi nedenler dolayısı ile icra fırsatının kaçırılması halinde zarar gören kişinin mahkemeye şikayet hakkı doğar (Mahkemeler Yasası m. 70/1). Temel hak ve özgürlüklere saygı duyan uygulayıcılar olmadan Anayasa'da ve yasalarda temel hakların güvence altına alınması ne kadar iyi düzenlenirse düzenlensin gerçek değerine kavuşması mümkün

---

36 Düzenlemeye göre; (a) Borçlunun ve ailesinin şahsı ve mesleği için gerekli giyim eşyasıyla borçlu ve ailesin gerekli olan yatak, yatak takımları ve bir dolap; (b) Borçlunun ve ailesinin yemek pişirmede kullandığı gerekli takımları, bir adet yemek masası ve sandalyeleri, tabak, kaşık, bıçak ve buzdolabı; (c) Borçlunun mesleği, sanatı ve zanaatı, sınai veya ticari işletmesi tarımsal veya hayvansal faaliyeti veya meşguliyeti için mutlak surette gerekli olan (bir asgari ücreti aşmayan değerde) makine, alet-edevat ve kap kacak; (d) Borçlu geçimini hayvancılıkla sağlıyorsa, kendisinin ve ailesinin yaşamını idame ettirebilmesi için gerekli olan hayvanları; (e) İcradan bağışık tutulan hayvanlarının yararlanması için gerekli olan eşya; (f) İcradan bağışık hayvanlarının beslenmesi için gerekli olan üç aylık yem icradan muaf tutulmuştur.

37 Pekcanıtez/Atalay/Sungurtekin Özkan/Özekes, s. 200; Özekes, s. 39.

38 Aysun Beydola, Kuzey Kıbrıs Hukukunda Tebligat Yapılamaması ve Hukuki Sonuçları, Yakın Doğu Üniversitesi Yayınları, Lefkosa 2016, s. 107.

olmayacaktır. Çünkü iyi yasaların bile kötü uygulayıcıların elinde başarı sağlaması mümkün değildir. Bu karışık denge içinde, icra hukukunun kendi temel ilkeleri ile anayasal ilkelerin uyumunun her zaman gözetilmesi gerekliliği de belirtilmelidir.

III. HUKUK DEVLETİ İLKESİ VE HAK ARAMA ÖZGÜRLÜĞÜ

A- Hukuk Devleti İlkesi

Hukuk devleti ilkesi, temel haklar ile ilgili tüm ilkelerin kaynağı niteliğindedir. Hukuk devleti ilkesine göre, "*yasama, yürütme ve yargı gücünü yani egemenlik adı verilen muazzam gücü Millet adına kullanan Anayasal organlar bu gücü yalnızca hukukun genel ilkeleri, Anayasa ve kanunlar çerçevesinde insan haysiyetini korumak, insan hakları ile temel hak ve hürriyetleri gerçekleştirmek, adalet, ve hukuk güvenliğini sağlamak amacıyla kullanabilirler*".[39] Hukuk devleti, anayasal düzene uygunluk yanında, hukukun bilinen ve tüm çağdaş ülkelerin benimseyip uyduğu ilkelere de uygun olmayı gerektirir. Böyle bir devlet, kamusal düzeni, güven ve huzuru bozan eylemleri etkili biçimde karşılayacak önlemleri seçer. Hukuk devleti ve hukukun üstünlüğü ilkesinin unsurları arasında yasaların kamu yararına dayanması ilkesi vardır.

Hukuk devleti kavramı "*polis devleti*" anlayışının karşıtı olarak doğmuştur. Hukuk devleti, en kısa tanımıyla kişilere hukuk güvenliği sağlayan devlettir. Hukuk devletinin şekli anlamı uyarınca kanuni düzenlemeler, belirli ve hukuki güvenilirliği sağlayacak şekilde öngörülebilir olmalıdır. Maddi anlamda hukuk devleti ise; insan haklarına, temel haklara ve ilkelere saygılı devleti, bu alandaki düzenlemelerin asgari ölçüde sağlanmasını ve sürdürülmesini ifade eder.[40] Ancak bu şekilde keyfiliğe izin verilmemektedir.

KKTC Anayasası'nın başlangıç kısmında "*insan hak ve özgürlüklerini, hukukun üstünlüğünü, kişilerin ve toplumun huzur ve refahını korumayı içeren çok partili, demokratik, laik ve sosyal hukuk devletini...*" denilmek suretiyle hukuk devletine vurgu yapılmış olması önemlidir. KKTC'nin

---

39 Bahri Öztürk/Durmuş Tezcan/Mustafa Ruhan Erdem/Özge Sırma/Yasemin F. Kırıt Saygılar/Özaydın, Özdem/Esra A. Akcan/Efser Erden, Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, Ankara 2016, s. 108.

40 Özekes, s. 121.

niteliklerine, "*Devletin Şekli ve Nitelikleri*" başlığı altında Anayasa'nın 1. maddesinde yer verilmiştir. Bu maddeye göre: "*Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti, demokrasi, sosyal adalet ve hukukun üstünlüğü ilkelerine dayanan laik bir Cumhuriyettir*". KKTC Anayasası'nda geçen "*hukukun üstünlüğü*" ilkesi, Türkiye'de anayasal bir ilke olan "*hukuk devleti*" ilkesinin karşılığıdır.[41] Nitekim, Anayasa Mahkemesi de bir kararında bu duruma dikkat çekmiştir.[42] Bu maddede değişmezlik ilkesi yönünden herhangi bir istisnaya yer verilmemiştir. Dolayısıyla, Cumhuriyet, maddede sayılan nitelikleriyle birlikte değiştirilemez ve değiştirilmesi teklif edilemez.[43] Cumhuriyetin niteliklerinin, TC Anayasası'ndan farklı bir üslupla kaleme alındığı görülmektedir. TC Anayasası perspektifi ile ifade etmek gerekirse, KKTC, laik bir Cumhuriyettir. Bir başka ifadeyle Cumhuriyet'e doğrudan eklenmiş olan laik olma niteliğidir. Ama laik Cumhuriyet, "*demokrasi, sosyal adalet ve hukukun üstünlüğü*" ilkelerine dayanır. Bu üç ilke Türkiye'deki "*demokratik devlet*" ve

---

41 Kara Avrupası hukuk sistemlerinde ilke genellikle hukuk devleti şeklinde ifade edilmekteyken, Anglo-Sakson sistemine dayanan İngiltere ve Amerika Birleşik Devletleri gibi ülkelerde ise hukukun üstünlüğü ifadesi tercih edilmektedir.

42 "Hukukun üstünlüğünü öngören bir devlet, "hukuk devleti" olarak tanımlanır. Hukukun üstünlüğünü kabul eden hukuk devletinde hukukun hâkim olması ve yasa koyucunun Anayasa yanında temel hukuk ilkelerine de bağlı kalması gerekir. Ayrıca, hukukun üstünlüğü ilkesinin unsurları arasında, yasaların kamu yararına dayanması gerekliliği vardır. Bir yasanın kamu düzenin kurulması veya korunması için hazırlanmış olması ve bunun için gerekli olması halinde hukukun üstünlüğü ilkesine aykırılıktan söz edilemez. Özel çıkarlar veya yalnızca belirli kişilerin yararına olacak yasalar hukukun üstünlüğü ilkesine uygun kabul edilemez" (KKTC AYM, 9. 7. 1984, D. 7/1984, Dava No: 13/1983). AYM güncel bir kararında, 29/2013 sayılı Borç İlişkilerinden Kaynaklanıp Tahsili Geciken ve/veya Tahsil Edilemez Hale Gelen Borçların Yapılandırılması Yasası'nın bazı maddelerinin Anayasaya uygunluğunu denetlerken hukuk devleti ilkesi ile ilgili şu notu düşmüştür: "Hukuk devleti herkesi kanun önünde koruyan devlettir. Enflasyonun yüksek olduğu bir dönemde %100'ün üzerinde bir oranda faizle hüküm elde eden bir alacaklının alacağı ne kadar güvence altında ise, borçlunun da ekonomik koşulların değiştiği, enflasyonun düştüğü bir ortamda borcunu, kendinden kaynaklanmayan nedenlerin yarattığı imkânsızlıklardan etkilenmeden ödeme hakkı vardır. Bu nedenle böyle bir ortamın var olması veya doğmuş olması halinde, bir taraftan alacaklının hükümle elde ettiği haklarını, diğer taraftan kötü ekonomik koşullar ve yüksek faiz nedeniyle hürriyetleri dâhil, her şeyini kaybetmek tehlikesiyle karşı karşıya kalan borçluları korumak ve kötü ekonomik koşulların bir taraf aleyhine yarattığı olumsuzlukları ortadan kaldırmak, sosyal hukuk devletinin vatandaşlarına olan mükellefiyetidir. Yasada hiçbir şekilde kişinin hükümle elde ettiği alacak hakkını sonuçları ile birlikte ortadan kaldıran düzenleme bulunmamaktadır" (KKTC AYM, 23. 2. 2015, D. 2/2015, Dava No: 18/2013, s. 25-26).

43 Fazıl Sağlam, Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti Anayasa Hukuku Dersleri, Lefkoşa 2016, s. 14.

"*sosyal hukuk devleti*" ilkelerine karşılık gelmektedir.[44] Ayrıca bu ilkeye, Anayasa'nın bu temel hükümleri yanında milletvekillerinin yemin etmesinde (KKTC AY m. 82) ve devletin başı olan Cumhurbaşkanının yemin etmesinde (KKTC AY m. 100) de vurgu yapılmıştır. Bu durum hukuk devletine verilen önemin göstergesidir.

"*Hukuk devleti*" ya da "*hukukun üstünlüğü*" ilkelerinin Anayasa'da Cumhuriyetin temel nitelikleri arasında gösterilmesi, eksiksiz ve kusursuz bir düzenin kendiliğinden sağlanması için yeterli değildir.[45] Hukuk devletinin birtakım temel unsurları vardır ve hukuk devletinin tam anlamıyla sağlanabilmesi için bu unsurların bir arada bulunması gerekmektedir. Bu unsurları şu şekilde belirtmek mümkündür: Temel hak ve özgürlüklerin güvence altına alınması, yasaların Anayasaya uygunluğunun sağlanması, yönetimde hukuka bağlılığın sağlanması, yargı kuruluşlarının bağımsızlığını ve güvenilirliğini sağlayacak koşulların yerleştirilmesi ve devlet etkinliğinin belirliliği ilkesi.[46] Bu unsurlardan hareketle, hukuk devleti ilkesinin gerçekleştirilebilmesi için, hukuki güven ortamının sağlanması, devletin işlemlerinde hukuka bağlı kalınması ve bağımsız yargı organlarının denetimine tabi olunması, insan haklarına saygılı ve hukukun üstün değerlerine bağlı kalınması gereklidir.

B- Hak Arama Özgürlüğü

"*Hak*" sözcüğü hem hukuk dilinde hem de günlük hayatta sıkça kullanılan sözcüklerden biridir. Hakkın pek çok tanımı olmakla birlikte özel hukukta kabul gören tanımlardan bir tanesi de, "*hak, hukuk düzenince korunan bir menfaattir*" biçimindedir.[47] İcra hukuku da esasen bozulan menfaat dengesinin yeniden tesisini sağlamaya çalışır. Ne var ki hak, yasalarca kabul edilse dahi hayata geçirilmedikçe, soyut bir kavram olmaktan öteye geçemez.[48] Hakkın yasalarca güvence altına alınmış olması, onun gerçekleşebilmesi için tek başına yeterli değildir. Önemli olan, hakla ilgili yasaların uygulanıp hayata geçirilebilmesidir. Hak arama özgürlüğü, temel hak ve hürriyetlerin birinin ihlali halinde

44 Sağlam, Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti, s. 21.
45 Sağlam, Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti, s. 45.
46 Sağlam, Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti, s. 45 vd.
47 Pekcanıtez/Atalay/Sungurtekin Özkan/Özekes, s. 53.
48 Şanlı Aslangül, "Hak Arama Özgürlüğü ve Savunma", *TBBD,* 1988(1), 20-28, s. 20.

yetkili makamlara başvurulabilmesini güvence altına almaktadır. Kişilere haklarını elde etme ve haklarını ihlallere karşı etkin bir biçimde koruma hürriyeti tanınmadığı müddetçe, bir hakkın gerçek anlamda varlığından söz edilemez.

Hukuk devleti ilkesinin en önemli unsurlarından biri; etkin, gerçek ve adil bir yargı denetiminin açık olmasıdır. Hak arama özgürlüğü, hukuk devleti ilkesinin bir gereğidir. Kişiye yalın şekilde yargı organlarına başvurma olanağının sunulmuş olması, bir devlete hukuk devleti niteliği kazandırmaz. Günümüzde, özellikle hukuk devleti ilkesiyle bağlantılı olarak şeklen bir hukuki korumanın sağlanmış olması yeterli görülmemekte, etkili hukuki korumanın gerekliliğine vurgu yapılmaktadır.[49]

İnsan hakları ve temel özgürlüklerin korunmasında ilk ve asli görev egemen devletindir.[50] Ardından ise, uluslararası kuruluş ve sözleşmelerin bu alandaki yetkileri gelmektedir. Hak arama hürriyeti, hukuk devleti ilkesinin, adalete erişim düşüncesinin bir yansımasıdır.[51] Kişiye etkin, gerçek ve adil bir yargı denetimi sunmak hukuk devletinin en önemli unsurlarındandır. Çünkü, hukuk devletinin bir sonucu olarak, bireylerin aralarındaki uyuşmazlıkları çözmek ve hak aramak için kendiliğinden kuvvet kullanmaları yasaklanmıştır.[52] Buna bağlı olarak, bireylerin devlete karşı hakkın dağıtılmasını talep etme ve yargı hakları bulunmaktadır. Meşru vasıta ve yollar dışında hak arama, çoğu zaman suçtur.[53] Devlet kendisine yöneltilen bu talebi yerine getirmekten, hakkın dağıtımından kaçınamaz. Bireylerin hak arama özgürlüğü ve bu çerçevede gerektiğinde yasal haklarını talep etme hakları bulunmaktadır. Bu talep mümkün olan en kısa yoldan ve en etkin bir biçimde karşılanmalıdır. Kişiye yalın şekilde yargı organlarına başvuru imkânı tanınmış olması, bir devletin hukuk devleti niteliğini kazanması için yeterli değildir; önemli olan, tam ve gerçek anlamda yargı organlarına başvurunun ve hak arama özgürlüğünün sağlanması, bunun devamı

---

49 Özekes, s. 123; Pekcanıtez/Atalay/Sungurtekin Özkan/Özekes, s. 57.

50 Gözübüyük/Gölcüklü, s. 412.

51 Ayvaz Cebre, "Hak Arama Yolları ve Adil Yargılanma Hakkı", *TAAD*., C.1, Y. 2, S. 5, 2011, 373-396, s. 374; Sibel İnceoğlu, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa, İstanbul 2013, s. 439.

52 Pekcanıtez/Atalay/Sungurtekin/Özekes, s. 57.

53 Mesut Aydın, "Anayasa Mahkemesi Kararlarında Hak Arama Özgürlüğü", *AÜSBFD*, S. 61(3), 2006, 1-37, s. 4.

olarak da adil yargılanmanın gerçekleşmesidir.[54] Hak arama özgürlüğü, pek çok demokratik devletin anayasasında korunduğu gibi Kuzey Kıbrıs'ta da anayasal bir hak olarak güvence altına alınmıştır. Bu hak, Anayasa'nın ikinci kısmında düzenlenen temel haklar arasındadır. Anayasaya göre, "*Hukuk devletinde kimse Anayasa ile veya Anayasa gereğince kendisine gösterilen mahkemeye başvurmak hakkından mahrum bırakılamaz. Herkes, yurttaş hak ve yükümlülüklerinin veya kendisine karşı yapılan suçlamanın karara bağlanmasında, yasa ile kurulan bağımsız, tarafsız ve yetkili bir mahkeme tarafından, makul bir süre içinde adil ve açık bir surette davanın dinlenmesi hakkına sahiptir*" (KKTC AY m. 17). Maddenin 3. fıkrası "*Ulusal güvenlik, anayasal düzen, kamu düzeni, kamu güvenliği veya genel ahlak yararına olduğu veya küçüklerin çıkarları veya tarafların özel hayatlarının korunması için gerekli olduğu ve yayının, adaletin sağlanması için mahkemece zararlı görüldüğü özel durumlarda, mahkeme duruşmanın kısmen veya tamamen kapalı yapılmasına karar verebilir*" şeklinde olup açık duruşmaya getirilebilecek sınırlamalara yer vermektedir.

KKTC Anayasası'nın *Temel Hak ve Özgürlüklerin Özü ve Sınırlanması* başlıklı genel sınırlama nedenlerini düzenleyen 11. maddesine göre, temel hak ve özgürlükler ancak özüne dokunmadan, kamu yararı, kamu düzeni, genel ahlak, sosyal adalet, ulusal güvenlik, genel sağlık ve kişilerin can ve mal güvenliğini sağlamak gibi nedenlerle, ancak yasa tarafından sınırlandırılabilir. Görüldüğü üzere, kişilerin hak arama özgürlüğü sadece Anayasa'nın 11. maddesinde gösterilen nedenlerden biri ve yasa tarafından gösterilmesi suretiyle kısıtlanabilir. Bu açıklamaların tümü hiç tereddütsüz icra alanında da geçerlidir.

Hak arama özgürlüğünün kısıtlanması, haklı bir nedene dayanmalıdır. Mağdur olduğu görüş ve iddiasında bulunan herhangi bir kimsenin, mağduriyetini gidermek için yetkili mahkemeye başvurması, onun anayasal hakkıdır. Kişinin mahkemeye başvurma hakkının elinden alınması veya bu hakkın kullanılmasının son derece zorlaştırılması, Anayasa'nın 17/1. maddesine aykırılık teşkil edecektir. Ancak, Anayasa'nın 11. maddesinde ifadesini bulan nedenlerden herhangi birisi söz konusu olursa, kişinin mahkemeye başvurabilme hakkı, o hakkın özüne dokunmamak koşulu ile kısıtlanabilir.[55] Yukarda Ana-

54 Özekes, s. 122.
55 KKTC AYM, 10. 5. 2001, D. 2/2001, Dava No: 3/2001.

yasanın üstünlüğü ve bağlayıcılığı ilkeleri için yaptığımız açıklamalar doğrultusunda icra hukukunda da kişilerin hak arama özgürlüğü, yalnızca bu nedenlerden ötürü sınırlandırılabilecektir. 11. maddede öngörülen nedenlerden en az birinin olmaması ve yasal dayanağı olmaksızın kişinin hak arama özgürlüğüne sınırlama getirmek, Anayasaya ve dolayısıyla hukuka aykırı olacaktır.

Hak arama özgürlüğü, insan haklarına ilişkin uluslararası belgelerde güvence altına alınmıştır. Örneğin, İHEB'in 10. maddesinde "*Herkes Anayasa veya kanunların kendisine tanıdığı temel haklarını ihlal eden füllere karşı yetkili ulusal yargı yerleri önünde hak aramak için etkili bir hukuki yola başvurma hakkına sahiptir*" denilmiştir. AİHS'in 13. maddesinde ise "*Bu Sözleşmede tanınan hak ve özgürlükleri ihlal edilen herkes, ihlal füili resmi* görev *yapan kimseler tarafından bu sıfatlarına dayanılarak yapılmış da olsa, ulusal bir makama etkili bir başvuru yapabilme hakkına sahiptir*" denilmek suretiyle hak arama özgürlüğünü, güvence altına almaktadır. Maddenin amacı: Sözleşme ile garanti altına alınan hak ve özgürlüklerden birinin ihlali durumda, Sözleşme organlarından önce iç hukukta başvurulabilecek bir yetkili makamın oluşturulmasının güvence altına alınmasıdır.[56] Sözleşme, Kuzey Kıbrıs iç hukukunun bir parçası olduğundan hakkının ihlal edildiğini düşünen kişi, iç hukuk yollarını tükettikten sonra davasını, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne taşıyabilir. Bu durum AİHS'i, insan haklarının korunup geliştirilmesini amaçlayan diğer belgelerden ayıran en önemli özelliktir. Sözleşme bu yönüyle, bireye devleti şikâyet edebilme, bir başka ifadeyle, bireye devleti uluslararası bir yargı organı önünde dava edebilme yetkisi tanımaktadır.[57] Ayrıca madde lafzından anlaşılacağı üzere başvuru hakkının tanınması yeterli görülmemiş "*etkili başvuru*" (*effective remedy*) olması; yani düzenlenecek başvuru yollarının sonuç alınabilecek, başvuranın hakkını elde etmesine imkân sağlayacak şekilde belirlenmesi istenmiştir.[58] Çünkü hak arama özgürlüğünün en temel fonksiyonu herhangi bir temel hakkının ihlal edildiğini öne süren bireye, hukuki koruma

---

56 Bkz. Tezcan/Erdem/Sancakdar/Önok, s. 544 vd; Gözübüyük/Gölcüklü, s. 412 vd.

57 Faruk Bilir, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Yargılama Yetkisi, Adalet, Ankara 2012, s. 13.

58 Yasemin Özdek, "Avrupa İnsan Hakları Hukuku ve Türkiye", Türkiye Orta Doğu Amme İdaresi Enstitüsü İnsan Hakları Araştırma ve Değerlendirme Merkezi, Ocak 2004, s. 282.

sağlamaktır. Bu sebeple de hak arama özgürlüğü, etkili bir insan hakları mekanizması için olmazsa olmazdır. AİHM'in içtihatlarına göre de başvuru olanağı fiilen, gerçekten ve elverişli cinsten olmalıdır.[59]

Hukuk devletinin en önemli unsurlarından olan bağımsız ve adil yargılama yapan bir yargının bulunması ve hak arama yolunun açık olması gerektiğine yukarıda değinmiştik. Hukukun diğer alanlarında olduğu gibi, icra hukuku alanında da hakkını kendiliğinden alması yasaklanan alacaklının, bu hakkını en etkin şekilde elde etmesi sağlanmalıdır. Hak arama özgülüğü, icra hukukunda kendisini daha çok alacaklı açısından gösterir. Hakkını arayan alacaklının, alacağını elde edebilmesi için, hukuka uygun ve etkili yöntemler belirlenmeli, düzenlemeler yapılmalı, icra organları bu konuda pasif değil aktif bir tavır takınmalı ve kendilerine tanınan yetkileri hukuka uygun ve eksiksiz biçimde kullanmaktan kaçınmamalıdır. Ancak alacaklının hakkını alması sağlanırken, aynı zamanda borçlu da haksız müdahalelere karşı korunmalıdır.[60]

Hak arama özgürlüğünü etkili kılabilmek için hakları ihlal edilen kişilerin, bağımsız mahkemeler önünde, dava açabilme ve açtıkları davaları takip edebilme haklarının bulunması şarttır.[61] Burada işaret etmek gerekir ki alacaklının davasını mahkemeye taşıma hakkı, sınırsız bir hak değildir[62] ve icra hukukunda da sınırlamalara tabii tutulmaktadır. Getirilen sınırlamalar meşru amaçlara sahip olduğu ve kullanılan araçlar ile orantılı olduğu sürece, hak arama özgürlüğünün özü, zedelenmemiş olur. Birçok yasada ve HMUT'un değişik emirlerinde kimi kısa kimi daha uzun sürelerle hak arama özgürlüğü, kamu yararı gereği ile sınırlandırılmıştır. Burada yanıt bulması gereken esas soru getirilen bu sınırlamaların, kişinin temel hakkı olan "*davasını mahkemeye sunmak ve bunu hazırlamak* için gerekli zamana sahip olma" hakkının özüne dokunup dokunmadığıdır.[63] Her şeyden önce hak arama özgür-

59 Gözübüyük/Gölcüklü, s. 413.
60 Pekcanıtez/Atalay/Sungurtekin Özkan/Özekes, s. 57; Özekes, s. 128.
61 Aydın, s. 11.
62 AİHK'in İngiltere'ye karşı 2.2.1979 tarihli Golder kararı, BN. 4451/70.
63 KKTC Anayasa Mahkemesi yakın tarihli bir kararında, evlilik dışı doğan bir çocuğun annesinin, çocuğun bakım ve eğitimine katkıda bulunması amacıyla babası olduğu iddia ettiği kişiden talepte bulunma hakkının en fazla 5 yıl ile kısıtlayan Fasıl 278 Evlilik Dışı Çocuklar Yasası'nın 8. maddesinin, Anayasa'nın 1, 8, 17 ve 35. maddelerine aykırı olup olmadığını değerlendirmiştir. Mahkeme hakkın özü kavramını kullanmadan, 5 yıllık hak düşürücü sürenin, Anayasa'nın 1. maddesi-

lüğüne getirilen sınırlamanın süresi makul olmalıdır. Sürenin makul olup olmadığını saptamak için kullanılacak ölçü ise objektif ölçüdür.[64] Her sınırlayıcı düzenlemenin süresinin makul olup olmadığı düzenlenen alanın özelliği içinde değerlendirilmelidir.[65]

İcra hukukunda uygulamada hak arama özgürlüğünü etkili kılabilmek için gerekli olan bir diğer unsur ise yargılama faaliyetlerini yürüten mahkeme ve yargıçların bağımsız olmasıdır.[66] Bu, hukuk devletinin belki de en önemli unsurudur. Hak arama özgürlüğünden bahsedebilmek için bağımsız bir yargı organının varlığı şarttır. Bu koşulu sağlayacak kuralların en önemlisi KKTC Anayasası'nın 136. maddesinde yer almaktadır: "*Yargıçlar görevlerinde bağımsızdırlar, Anayasaya, yasaya ve hukuka uygun olarak vicdani kanaatlerine* göre hüküm verirler." Ayrıca yargıçlık mesleği ile ilgili 138'inci maddenin 1'inci fıkrası uyarınca: "*Yargıçların nitelikleri, atanmaları, hakları ve ödevleri, aylık ve ödenekleri, meslekte ilerlemeleri, görevlerinin veya görev yerlerinin geçici veya sürekli olarak değiştirilmesi, haklarında disiplin kovuşturması açılması ve disiplin cezası verilmesi, görevleri ile ilgili suçlardan dolayı soruşturma yapılmasına ve yargılanmasına karar verilmesi, meslekten çıkarılmayı gerektiren suçluluk veya yetersizlik halleri ve diğer özlük işleri, mahkemelerin bağımsızlığı ilkesine göre, yasa ile düzenlenir*". Bu hükümler ancak yargı bağımsızlığını içselleştirmiş bir toplumda etkili olabilir yoksa kâğıt üstünde

---

ne aykırı olduğunu tespit etmiş ve dava açılmasını 5 yıllık zamanaşımına bağlayan kuralı iptal etmiştir. AYM bu karara varırken ilgili yasanın yürürlüğe girdiği 1955 yılı ile bugünün koşullarındaki farklılıkları göz önünde bulundurarak, "bir çocuğun doğumu ile ilgili koşulları kendisinin belirleyemeyeceği gerçeği ışığında, çocuğun kendi kusurundan kaynaklanmayan, annesinin ve babasının seçimi ile gelişen olaylar zinciri neticesinde bulunduğu konum dolayısıyla haklarının süre ile kısıtlanması veya bu haklarının vasisi tarafından kullanılmaması halinde tamamen elinden alınması, insan haklarına saygılı, hukukun üstünlüğünü benimsemiş bir hukuk devletinde olmaması gereken" bir durum olarak nitelendirmiştir (KKTC AYM, 31. 3. 2017, D. 2/2017, Dava No. 5/2015, s. 17).

64 KKTC AYM, 2. 3. 1996, D. 2/1996, Dava No: 15/1995, s.6.

65 KKTC Anayasa Mahkemesi, bir kararında şöyle ifade etmiştir: "Konulan sürenin, hakkın özüne dokunmaması için, makul olması gerekir. Bu hususta saptanacak bir sürenin makul olup olmadığını en iyi bilecek durumda kuşkusuz yasama organıdır. Bu böyle olmakla beraber yasama organınca tespit edilen bir sürenin hiçbir ahvalde gayri makul olmayacağı söylenemez. Bir hak ve özgürlüğün amacına aykırı biçimde kullanılmasını son derece zorlaştıran veya onu kullanılamaz duruma düşüren sınırlamalar o hak ve özgürlüğün özüne dokunmuş olur. Her konunun kendine özgü hal ve koşullar içinde değerlendirilmesi gerekir" (KKTC AYM, 22. 11. 1983, 10/1983, Dava No: 1/1984).

66 Özekes, s. 127.

kalmaya mahkumdur.[67] İcra hukuku gibi devletin zor kullanma yetkisinin bulunduğu, kişilerin mal varlığı ve kişilik haklarını doğrudan ilgilendiren hassas bir alanda mahkeme ve yargıçların tarafsızlığı ve bağımsızlığına dair doğabilecek en ufak bir şüphe, tüm sistemi olumsuz şekilde etkilemeye yetecektir.

Toplumun yargı organlarına olan güveninin korunabilmesi, hakkın gerçek sahibine bir an evvel tesliminin sağlanması ve uyuşmazlığın taraflarının makul bir süre içinde tatmin edilebilmesi son derece önemlidir.[68] Kanun koyucu, her zaman adil yargılamayı ve uyuşmazlığı makul süre içerisinde sonuçlandırmayı garanti altına alacak şekilde düzenleme yoluna gitmelidir.[69] Makul sürede yargılanma hakkı hukuk devleti ilkesi ile yakından ilgilidir çünkü hukukun en hızlı ve en az hatayla tecelli etmesi, hukuk devleti olmanın da en önemli göstergelerindendir.[70] Yargılanmanın makul sayılabilmesi için makul sürede tamamlanmış olması gerekmektedir. Yargı sürecini uzatmak, adaleti geciktirmekle eşdeğerdir. Buna göre, yukarıda da belirttiğimiz gibi bireylere, mahkemeye erişim hakkı tanımak yeterli değildir, hükmün makul sayılabilecek bir süre içinde verilmesi ve icra edilmesi de gerekmektedir.[71]

Hakkının bir an önce kendisine teslim edilmesini isteyen alacaklı için yargılamanın makul sürede tamamlanması önemlidir. Alacaklının bu talebinin uzunca bir süre sonra yerine gelmesi, her ne kadar hakkını almanın sevincini yaşatsa da, onu çeşitli açılardan zor duruma sokabilir ve ayrıca duyacağı manevi kaygı nedeniyle yargılama sonucunda tatmin olmama riskini ortaya çıkarır. Bunun yanında toplumda hakkın ancak uzunca süren çabalar sonucu elde edilebildiği kaygısı ortaya çıkarsa, toplum yasal yollarla hak aramanın etkili bir yol olmadığını düşünebilir ve haklarını başka şekillerde arama yoluna başvurabilir. Bu durum demokratik hukuk devletinin vazgeçilmez değerlerinin sarsılmasına sebep olur.

---

67 Sağlam, Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti, s. 82 vd.

68 Serhat Kaşıkara, "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6. maddesi Çerçevesinde Makul Süre İçerisinde Yargılanma Hakkı", *TBBD.* 2009(84), s. 243.

69 Hakan Pekcanıtez, "Medeni Yargıda Adil Yargılanma", *İzmir Barosu Dergisi* 1997, S.2, 35-55, s. 43.

70 Cebre, s. 388.

71 Sezin Aktepe Artık, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Işığında Medeni Usul Hukukunda Adil Yargılanma Hakkı, İstanbul 2014 s. 249.

Bugün Kuzey Kıbrıs İcra Hukuku'nda uygulamada en temel problemlerden biri, adaletin çoğu zaman geç tecelli etmesidir. Bu durumun temel olarak dört nedeni vardır: Bunlardan ilki, tebligatta yaşanan problemler, ikincisi, icranın ön koşulu olan kararların gecikmesi, üçüncüsü ise yargılama sonucunda verilen kararların icra edilememesi ve borçların çok düşük miktarlarda takside bağlanmasıdır.[72]

Tebligat, bir davaya ilişkin kişilere, kanunda belirtilen usule uygun bir biçimde davanın bildirilmesi ve bu durumun resmi bir şekilde belgelendirilmesi demektir.[73] İcra hukukunda tebligat son derece önemlidir. Pek çok icra işleminin tamamlanıp hüküm ifade edebilmesi için tebligatın mümkün olduğunca çabuk ve doğru yapılması şarttır.[74]

Kuzey Kıbrıs'ta bir tebligat kanunu, tüzüğü veya yönetmeliği bulunmamaktadır. Tebligata ilişkin birtakım özel hükümler münferit kanunlarca düzenlenmiştir. Günümüz koşullarında teknolojinin gelişmesi sonucunda tebligata ilişkin mevcut düzenlemelerin yetersiz kaldığı görülmektedir. Bu nedenle, bir an evvel eksiklikleri giderecek bir tebligat kanununa ihtiyaç vardır.[75] Kuzey Kıbrıs'ta tebligat ile ilgili olarak dile getirilebilecek daha pek çok sorun olsa da bunların tümüne bu çalışma içinde yer vermemiz mümkün değildir. Özetle; Kuzey Kıbrıs'ta tebligata ilişkin problemin en önemlisi, tebligatın zamanında yapılamamasıdır. Kişinin hak arama hürriyetinin bir an evvel etkili kılınabilmesi için, tebligatın usulüne uygun bir biçimde ve mümkün olan en kısa zamanda yapılması şarttır.[76]

Bugün Kuzey Kıbrıs'ta icra ve tebliğ çok yavaşlamış ve adeta günün ihtiyaçlarını karşılayamaz duruma gelmiştir. Hak arama özgürlüğünün tek muhatabı yargı organları değil, aynı zamanda icra organlarıdır. Çünkü, bir hakkın yerine getirilebilmesi için, kurulan sistem içinde icra organları da önemli bir yere sahiptir. İcra organları iyi işlemeyen bir ülkede, hak arama özgürlüğünün, hukukun bu dalında uygulama alanı bulması da zorlaşır. Dolayısıyla, hak arama özgürlüğünün kâğıt üstünde kalmayıp, hukuki korumanın etkili bir şekilde sağlanabilmesi için, icra organlarının devreye girmesi gerekir.[77]

---

72 Sözmener, s. 1004.
73 Cenk Ali, "11.1.2011 gün ve 6099 sayılı Kanun ile 7201 sayılı Tebligat Kanununda Yapılan Değişiklikler", *TBBD*, 2012(101), 247-266, s. 249.
74 Kuru, s. 65; Pekcanıtez/Atalay/Sungurtekin Özkan/Özekes, s. 116.
75 Beydola, s. 98.
76 Pekcanıtez/Atalay/Sungurtekin Özkan/ Özekes, s. 116; Beydola, s. 17.
77 Özekes, s. 126.

Tebligatın zamanında yapılamamasının en önemli nedenlerinden biri, icra memurlarının kamu görevlisi olmasından ötürü sadece mesai saatleri içerisinde tebligat yapmalarıdır. Esasen HMUT'a göre, tebligat davalı veya aile ferdine veya davalının hizmetkâr olduğu ve tebligatın onun yerine patronuna yapılacağı durumlarda, tebligatın güne ve saatine ilişkin bir sınırlama getirilmemiştir (HMUT Emir 5, Nizam 3). Buna göre özellikle gece iş yapan yerlerde tebligatın gece yapılması da mümkündür.[78] Ancak mesai saatleri içerisinde tebligat yapmak için eve giden icra memurları genellikle evde kimseyi bulamadıklarından tebligatı gerçekleştirememektedir. Bu sorun, günümüzde tebligat yapılmasını adeta tıkanma noktasına getirmiştir. Hukuk devleti anlayışının sürekli gelişmesi, temel haklar noktasında canlı tutulabilmesi için, mevzuat ve uygulamanın sürekli gözden geçirilmesi şarttır. Gerektiğinde ciddi ve kökten değişikliklerden kaçınılmamalıdır. Bu perspektif, özellikle konumuz açısından önemlidir. İcra hukukunda yerleşik anlayış ve uygulama, birtakım bahanelerin arkasına sığınarak, hukuk devletini ihlal etmektedir.[79] Bu sorunu çözmek için iki alternatif vardır: Tebliğ ve icra memurlarının vardiya usulü veya ek mesai yaparak tebligatı gerçekleştirmeleri yolunda yasal düzenlemeye gidilmesi veya tebliğlerin özelleştirilmesidir.[80] Kanımızca, bu çözüm önerilerinden biri hayata geçirilmedikçe tebliğ problemini çözmek mümkün olmayacak ve alacaklılar uzunca süreler mağdur olmaya devam edecektir.

Kuzey Kıbrıs icra hukukundaki bir diğer önemli problem de icranın ön koşulu olarak verilmekte olan kararların gecikmesidir. Ülkemizdeki tek icra usulünün ilamlı icra olduğuna yukarıda değinmiştik. Öğretide bir görüşe göre, mahkeme kararlarının gecikmesine uygulamanın rahatlaması için getirilebilecek en iyi çözüm; bazı borç ilişkilerinde derhal ilamsız icraya geçilmesidir.[81] Bir başka görüşe göre ise, bu yönde yapılacak bir değişiklik davalıların müdafaa haklarının ellerinden alınmasına neden olacaktır.[82] Esas olarak bu görüşe katılmak mümkün değildir. Çünkü, ilamsız icrada da davalıların müdafaa hakkı vardır. Ancak bu, ülkemizde bazı durumlarda ilamsız icraya geçil-

78 Beydola, s. 63.
79 Özekes, s. 124.
80 Sözmener, s. 1120.
81 Sözmener, s. 953.
82 Sözmener, s. 953.

mesi yönündeki görüşe katıldığımız anlamına gelmemektedir. Görüşümüze göre, icra sistemimizde bu denli köklü bir değişiklik yapmak yerine, uygulamadaki problemleri çözmek için pratik çözüm önerileri sunmak daha yerinde olacaktır.

Mahkemelerin davaları hızlı ve etkili bir şekilde bitirmesine yönelik bir başka önlem olarak HMUT'da yer bulan "*case management*" (dava yönetimi) ile ilgili düzenlemeye kısaca değinmek yerinde olacaktır. 2008 yılında yapılan değişiklikle HMUT'a eklenen "*dava yönetimi*" prensibinin özü İngiliz hukuk sisteminden alınmıştır (HMUT E. 1/B). Buna göre, dava yönetimi, HMUT'un açıkça muaf tuttuğu yasalar haricinde yürütülen davaları hızlı ve etkin bir şekilde neticelendirmeyi hedeflemektedir. Burada temel amaç, mahkemeye davayı yönetirken tarafları eşit konumda tutmayı, masrafları azaltmayı, dava konusu para miktarını ve tarafların mali durumlarını dikkate alarak, davanın gecikmeksizin ve hakkaniyete uygun olarak çözümlenmesini amaçlamaktadır. Temennimiz odur ki, dava yönetimi prensibi, icra alanındaki eksiklikleri giderme konusunda zaman içinde fayda sağlayacaktır.

Mahkeme kararlarının uzaması, basit bir davanın bile yıllarca sürmesi yanında sistemimizin bir diğer önemli problemi de verilen kararların icra edilememesidir. İcra aslında adaletin gerçekleşmesindeki en önemli aşamadır. KKTC'de modern bir icra sistemi olmadığından alacaklılar da sıklıkla mağdur olmaktadır.[83] Ne yazık ki mahkemeler, vermekte oldukları hükümlerin veya emirlerin icrası ile yeteri kadar ilgilenmemektedirler. Oysa, davalar hüküm vermekle neticelenmemektedir. Aksine davada hüküm verilmiş olması, lehine hüküm verilen alacaklı açısından, davayı neticelendirmemekte, gerçekte davayı yeni başlatmaktadır. Hakkını arayan alacaklının talebi mahkeme hükmü değil esasen icradır. Burada bir kez daha altını çizmek istediğimiz nokta; hak arama hürriyetinin tek muhatabının mahkemeler olmadığıdır. Bu konuda icra organlarına da önemli görevler düşmektedir. Çünkü icra organları olmadan hak arama hürriyetinin uygulama alanı bulması mümkün değildir.[84] Ne yazık ki icra organları, verilen mahkeme kararlarının icrasında da gereken hassasiyeti göstermemektedir.

---

83 Taner Erginel, "İcra Sorunu" http://www.tanererginel.com/index.asp?page=3340332564&hid=65 (ET 20.12.2016).

84 Özekes, s. 125.

İcra sistemindeki bir diğer önemli problem ise, çoğu davanın oldukça düşük miktarda takside bağlama yöntemiyle sonuçlandırılmasıdır. Bu durumu bir örnekle açıklayacak olursak, yirmibin TL'lik bir alacak davasında, mahkemenin davacıyı haklı bulması durumunda, doğal olarak davacı lehine hüküm verir. Uygulamada, mahkemeler böyle bir karar verdiklerinde genellikle, davacıya bin TL civarında dava masrafını da yüklemektedir. Mahkemenin bu kararı, davalının söz konusu miktarı ödemesi veya mallarının zapt edilerek satılması şeklinde icra edilebilir. Hükmün bu şekilde icra edilemediği durumda ise, davalı aleyhine takside bağlama yoluna gidilecektir. Böyle bir durumda, davalının aylık ikiyüz TL taksitlere bağlanması öngörülebilir. Bu taksit miktarının oldukça düşük bir miktar olduğu düşünülse de günümüzde mahkemeler bu miktara dahi hüküm vermekte zorlanmaktadır. Netice olarak, davalılar genellikle taksitlerini zamanında ödeyememektedirler. Bu durum, uzun uğraşlar sonucu hakkını almayı başaran alacaklı için tatmin edici bir sonuç değildir; çünkü hükmedilen borç çok düşük miktarda taksitlere bağlanmakta ve bu taksitlerin çoğu da zamanında ödenmemektedir.[85]

İcra sisteminin bu yöndeki eksiklikleri alacaklıları mağdur etmektedir. Görüşümüze göre, bu aksaklıkları gidermek için icra organları yeniden yapılandırılmalıdır. İcra memurları tarafından tebligatın ivedilikle yapılması hızlandırılmalı, mahkemeler davaları daha kısa sürede sonuçlandırmalı ve verilen kararların icrası derhal yerine getirilmelidir. Aksi takdirde bu alanda hak arama özgürlüğünün etkili bir biçimde kullanıldığını söylememiz mümkün olmayacaktır. Nitekim yukarda değinilen tüm bu hususlar, esasen alacaklının hak arama hürriyetini özünden zedeler niteliktedir.

Alacaklının hakkını makul bir sürede elde edebilmesi için gerekli birtakım düzenlemeler yapılması kaçınılmaz hale gelmiştir. Her yıl, mahkemelerin yayınladığı faaliyet raporuna göre; mahkemelerin bir adli yıl içerisinde kaç davayı neticelendirdiği belirtilmektedir. Oysa bu raporlar oldukça yanıltıcıdır. Çünkü davanın neticelendirilmesi demek, mahkemenin hüküm vermesi demek değil verilen hükmün yerine getirilmesi demektir. Mahkemelerden çare talep edenlerin esas istekleri icradır. İcra gerçekleşmedikçe kişi hakkını elde etmiş sayılmayacaktır.

85 Sözmener, s. 1004.

Günümüzde hak arama özgürlüğü ile birlikte adalete erişim hakkından da söz edilmektedir. Adalete erişim hakkı, adil yargılanma hakkının unsuru sayılan güvenceler arasında yer almaktadır.[86] Adalete erişim, somut talebin ortaya çıkmasından itibaren, bu talebin tam ve etkili olarak karşılanmasını sağlayan mekanizmanın oluşturulmasını ifade eder. Burada yanıt bulması gereken esas soru adalete erişim hakkının etkililiğidir. Etkili erişim hakkında, haklarını mahkeme önünde ileri süren bireyler, aşılması güç engellerle karşılaşmamalıdırlar. Bu hakkın gerçekleşebilmesi için gerekli koşullar oluşturulmalı ve aynı zamanda bireylerin önlerinde ekonomik ya da fiili engeller ortadan kaldırılmalıdır.[87] Bu, devletin sorumluluğundadır. Devlet, ekonomik engelleri kaldırmak için yüksek yargılama giderlerinden kaçınmalı ve hukuki korunma talebinde bulunmaya ekonomik gücü yetmeyen bireylere, adli yardımda bulunmaktan kaçınmamalıdır. Kuzey Kıbrıs icra hukukunda adli yardıma ilişkin yasal bir düzenleme henüz bulunmamaktır. Oysa, icra hukukunda nasıl ki borçlunun temel haklarına gereğinden fazla müdahale etmek olumsuz sonuçlar doğuracaksa, alacaklının da hak arama yolunda engellerinin kaldırılmaması yine olumsuz sonuçlara sebep olabilecektir. Hakkını ve davasını mahkeme önüne götüremeyen alacaklının hak arama özgürlüğünden faydalanması mümkün değildir.[88] Zor durumda olan borçlu gibi, pek tabii alacaklı da sırf yargılama giderlerini karşılayamadığı için, haklarını kaybetme tehlikesi ile karşı karşıya kalabilir ve sırf bu sebepten haklı olduğu bir davayı kaybetmesi çok ağır sonuçlar doğurabilir. Bu sonuçlardan en önemlisi, toplumda adalet sistemine olan güvenin sarsılmasıdır.

SONUÇ

Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti bir hukuk devletidir. Hukuk devleti ilkesinin önemli unsurlarından biri, vatandaşlara hak arama özgürlüğünün tanınmasıdır. Bu hak, KKTC Anayasası tarafından güvence altına alınmıştır. Ancak önemli olan bu hakkın gerçek anlamda etkililiğe kavuşturulmasıdır. İcra sistemimizde bu konuda ciddi problemler bulunmaktadır.

---

86 Aktepe Artık, s. 74.
87 Aktepe Artık, s. 81.
88 İskender Özturnalı, "Hak Arama ve Savunma Özgürlüğü", *TBBD*, 1988(1), 125-130, s. 127.

Uygulamada görülen problemleri dört kategoriye ayırmak mümkündür: Birinci problem, tebligatta yaşanan hantallıklar. İkinci problem, icranın önkoşulu olarak verilen mahkeme kararlarının gecikmesidir. Üçüncü problem, verilen mahkeme kararlarının gereken hızda ve etkililikte icra edilememesidir. Son olarak ise, borçların genellikle çok düşük miktarda aylık taksitlere bağlanması neticesinde alacaklının tatmin edilememesidir. Uygulamada yaşanan tüm bu sorunlar hem hakkını elde etmek için mücadele eden alacaklıları hem de borçluları mağdur etmektedir.

İcra hukuku, her zaman insan haklarına ve hukukun genel ve üstün değerlerine saygılı olmalıdır. Ne yazık ki, KKTC hukuk sisteminde icra en sorunlu alanlardan biridir. Hatta ülkemizde icranın sınıfta kaldığı hemen hemen tüm hukukçuların üzerinde birleştikleri bir husustur. Uygulamada yaşanan bu sıkıntılara daha fazla geciktirilmeden müdahale edilmeli, tebliğlerin daha etkin yapılabilmesi için mevzuatta düzenlemeye gidilmeli ya da tebligat özelleşmelidir. Mahkemelerin kararlarını daha erken verebilmesi için gerekli düzenlemeler yapılmalıdır. Mahkeme kararlarının icrasının, gecikme olmaksızın uygulanması için mahkemeler, hükümlerin icrasını denetlemelidir. Ne yazık ki bahsedilen tüm bu problemlerin kısa bir sürede çözülmesi mümkün gözükmemektedir.

Kaynakça

Aktepe Artık Sezin, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Işığında Medeni Usul Hukukunda Adil Yargılanma Hakkı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2014.

Arslan, Ramazan/Yılmaz, Ejder/Taşpınar Ayvaz, Sema, İcra ve iflas Hukuku, Yetkin Yayınları, Ankara 2016.

Aslangül Şanlı, "Hak Arama Özgürlüğü ve Savunma", *TBBD* 1988 (1).

Beydola Aysun, Kuzey Kıbrıs Hukukunda Tebligat Yapılamaması ve Hukuki Sonuçları, Yakın Doğu Üniversitesi Yayınları, Lefkoşa 2016.

Bilir Faruk, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Yargılama Yetkisi, Adalet Yayınevi, Ankara 2012.

Can Azer, "KKTC İdari Yargısında İstinafa Genel Bir Bakış", *TBBD* 2017(128), 169-186.

Cebre Ayvaz, "Hak Arama Yolları ve Adil Yargılanma Hakkı", *TAAD,* Cilt 1, Y 2, S.5, (2011), s. 373-396.

Çiftçi Pınar "Menfaat Dengesi Çerçevesinde Genel İcra Hukuku ile Kamu İcra Hukukunun Karşılaştırılması", *DEÜHFD*, C.12, Özel Sayı, (2012), 313-379.

Erginel Taner, 'İcra Sorunu' http://www.tanererginel.com/index.asp?page=3340332564&hid=65 (ET: 22.2.2017).

Gözler Kemal, Türk Anayasa Hukuku Dersleri, Ekin Kitabevi Yayınları, Bursa 2011.

Gözübüyük Şeref A.,/Gölcüklü, Feyyaz, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması, Turhan Kitabevi, Ankara 2016.

Kaşıkara Serhat, "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6. Maddesi Çerçevesinde Makul Süre İçerisinde Yargılanma Hakkı", *TBBD*. 2009(84), 231- 259.

Kuru Baki, İcra ve İflas Hukuku, Legal Yayıncılık, İstanbul 2016

Metin Yüksel, Ölçülülük İlkesi, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2002.

Necatigil Zaim M, KKTC Cumhuriyeti'nde Anayasa ve Yönetim Hukuku, Işık Kitabevi, Lefkoşa 2015.

Necatigil Zaim, Kıbrıs Uyuşmazlığı ve AİHM Kıskacında Türkiye, Turhan Kitabevi, Işık Kitabevi, Lefkoşa 2006.

Özdek Yasemin, "Avrupa İnsan Hakları Hukuku ve Türkiye", Türkiye Orta Doğu Amme İdaresi Enstitüsü İnsan Hakları Araştırma ve Değerlendirme Merkezi, Ocak 2004.

Özekes Muhammet, İcra Hukukunda Temel Haklar ve İlkeler, Adalet Yayınevi, Ankara 2007.

Özen Muharrem, "Yargı Bağımsızlığını Zedeleyen Düzenleme, Uygulamalar ve Bağımsızlığı Sağlamaya Yönelik Çözüm Önerileri", *Ankara Barosu Dergisi*, Y. 68 2010(1).

Öztürk, Bahri/Tezcan, Durmuş/Erdem, Ruhan/Sırma, Özge/Kırıt Saygılar, Yasemin F./Özaydın, Özdem/Akcan, Esra A./Erden, Efser, Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2016.

Pekcanıtez Hakan, "Medeni Yargıda Adil Yargılanma" *İzmir Barosu Dergisi*, 1997, S.2, 35-55.

Pekcanıtez, Hakan/ Atalay, Oğuz/ Özkan, Meral/Özekes, Muhammet, İcra ve İflas Hukuku Pratik Bilgiler, Yetkin Yayınları, Ankara 2014.

Sağlam Fazıl, Anayasa Hukuku Ders Notları, Yakın Doğu Üniversitesi Yayınları, Lefkoşa 2013.

Sağlam Fazıl, Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti Anayasa Hukuku Dersleri, Yakın Doğu Üniversitesi Yayınları, Lefkoşa 2016.

Sözmener Hasan, Medeni Usul 1 (Hukuk Usulü Tüzüğü Dava Celpnameleri ve İcra), C. 3, Tipografart Yayınları, Lefkoşa 2011.

Tezcan, Durmuş/Erdem, Mustafa Ruhan/Sancakdar, Oğuz/Önok, Rifat Murat, İnsan Hakları El Kitabı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2016.

YASAL BELİRSİZLİK: EMBRİYONİK KÖK HÜCRE ÇALIŞMALARI*

LEGAL UNCERTAINTY: EMBRYONIC STEM CELL STUDIES

İpek Sevda SÖĞÜT**

Özet: Kök hücre tipleri arasında yer alan embriyonik kök hücreler, her çeşit hücre ve dokuya dönüşebilme kapasitesi nedeniyle doku mühendisliği ve rejeneratif tıp alanında önemle üstünde durulan kök hücre grubudur. Özellikle insan embriyonik kök hücreleri; yeni ilaç tasarımı deneylerinde, ilaç toksisitelerinin araştırılmasında ve erken embriyonik gelişim çalışmalarında model olabilecek hücrelerdir. Bununla birlikte, insan embriyonik kök hücre çalışmaları canlı embriyoların kullanımını gerektirdiğinden, etik ve hukuki problemleri beraberinde getirmektedir. Embriyon araştırmaları, yaşamın başlangıcı ve insan onurunun kapsama alanını ilgilendirdiğinden, çok tartışmalı bir konudur. Bu çalışma ile genel olarak kök hücre kavramı, hukuki niteliği, embriyonik kök hücre kavramı, embriyonun; insan hakları hukuku, anayasa hukuku, ceza hukuku ve medeni hukuk bağlamında statüsü, ana rahmindeki embriyo, tüpteki embriyo bakımından embriyonik kök hücre çalışmalarındaki mevcut hukuki durum ile araştırma amaçlı embriyo yaratmanın hukukiliği ve embriyonik kök hücre çalışmalarında Sağlık Bakanlığı Genelgesi sonrasındaki hukuki durum açıklanmaya çalışılacaktır.

Anahtar Kelimeler: Embriyo, Kök Hücre, In Vitro, İnsan Onuru, Yaşamın Başlangıcı, Rejeneratif Tıp, Totipotent, Embriyonik, Kök Hücre Araştırmaları, Biyotıp Sözleşmesi, Biyohukuk

Abstract: Among the stem cell types, embryonic stem cells are in the stem cell group, emphasized in the field of tissue engineering and regenerative medicine due to its ability to convert into all kinds of cells and tissues. Especially human embryonic stem cells set an example for new drug design experiments, research of drug toxicity and in studies of early embryonic development. However, since human embryonic stem cell studies require the use of live embryos, they also bring about ethical and legal problems. Embryonic research is a very controversial issue, as it concerns the area of the beginning of life and the scope of human dignity. With this study; the concept of stem cell, its' legal character, concept of embryonic stem cell, legal status of embryo in terms of human rights law, cons-

* Aynı başlıklı bildiri, Marmara Üniversitesi Tıp Fakültesi Çocuk Sağlığı ve Hastalıkları Anabilim Dalı, Marmara Üniversitesi Spor Bilimleri Fakültesi ve Kök Hücre ve Hücresel Tedavi Derneği tarafından; 5-6 Mayıs 2017 tarihinde düzenlenen 6. Kök Hücre Sempozyumu'nda sunulmuştur.

** Yrd. Doç. Dr., Kadir Has Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Roma Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi, ORCID: 0000-0002-3501-6593

titutional law, criminal law and civil law, current legal position for embryonic stem cell studies in point of embryo in uterus, embryo in vitro, legality of creating embryo for research, after the Circular of Ministry of Health current legal status of embriyonic stem cell studies are tried to be explained.

Keywords: Embryo, Stem Cell, In Vitro, Human Dignity, Beginning of Life, Regenerative Medicine, Totipotent, Embryonic, Stem Cell Research, Convention on Biomedicine, Biolaw

I. Kök Hücre Kavramı

Kök hücre, vücudumuzdaki organ ve dokuları oluşturan, henüz farklılaşmamış, sınırsız olarak bölünebilme ve kendisini yenileme yetisine sahip hücrelerdir.[1] Kök hücre; henüz işlevsel olarak farklılaşmamış, ancak çok sayıda farklılaşmış hücre üretme potansiyeline sahip olan, çoğalma yeteneği bulunan, kendini yenileyebilen, hasar görmüş dokuları tamir edebilen ve hatta yeni bir canlı yaratma potansiyeline sahip hücreler olarak tanımlanmaktadır.[2]

Kök hücre, giderek azalan farklı doku tiplerine dönüşme yeteneklerine göre "totipotent", "pluripotent", "multipotent" ve "unipotent" olmak üzere sınıflandırılmaktadır. Bu sınıflandırmaya göre totipotent, döllenmiş yumurta ve bunun ilk segmentasyonlarıdır. Zira söz konusu hürce, döllenmeden itibaren 4 gün içinde, bir insan vücudunun gelişebilmesi için gerekli olan bütün hücre tiplerine kaynaklık edebilecek güçtedir. Embriyon hücreleri[3] totipotent'ten pluripotent'e geçerler.

---

1 Burcu Kalkan Oğuztürk, Türk Medeni Hukuku'nda Biyoetik Sorunlar, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2011, s.169.

2 Meral Beksaç, "Kök Hücre, Ne? Nasıl? Niçin? Ne Zamandan Beri? Nereye Kadar?", *Bilim ve Teknik Dergisi*, S. 511, Haziran 2010, s. 36; Mukadder Gün, "Embriyonik Kök Hücre Araştırmaları/Tedavileri ve Olası Etik Sorunlar", Türkiye Klinikleri, J Med Oncol-Special Topics, S. 2015, C.8/2, s. 142; Türkiye Bilimler Akademisi Raporları, S.7, Ankara, 2005, s. 9; Şefik Görkey/Nüket Kutlay/Tamay Başağaç Gül/Tolga Güven/Gürkan Sert/Mukadder Gün/Can Erzik, Kök Hücre Araştırmalarının Etik ve Hukuki Boyutu, Ankara, Nisan 2009, s.13; Lale Karakoç Sökmensüer, "Embriyonik kök hücreler ve tedavi amaçlı kullanımları", *Hacettepe Tıp Dergisi*, C.38, S. 1, 2007, s. 15; Kök Hücre Tedavileri Hasta El Kitabı, ISSCR (Uluslararası Kök Hücre Araştırmaları Derneği), Ankara, 2008, s. 4; Banu Özel/Enver Ozan/Özlem Dabak, "Embriyonik Kök Hücreler", Türkiye Klinikleri, J Med Sci, S. 28, s. 333; Tahir Karaşahin, "Embriyonik Kök Hücreler", *Erciyes Üniv. Vet. Fak. Derg.*, C.1, S. 9, 2012, s. 65.

3 Embriyo, yumurta ve spermin birleşmesi sonucunda meydana gelen ve ceninin gelişiminin ilk aşaması olan hücre grubudur. İlk kez 1988 yılında elde edilen emb-

Çünkü bunlar, artık bütün bir insan vücudunu oluşturma yeteneğini kaybetmişlerdir; bununla beraber hem çoğalma hem de insan vücudunu oluşturan tüm hücre tiplerine dönüşebilme özelliklerini korurlar. Embriyon, takip eden gelişim sürecinde pluripotent özellikten multipotent özelliğe geçer. Zira hala farklı hücre tiplerine dönüşebilme ve pek çok dokuyu oluşturabilme yeteneği bulunmasına rağmen, artık tüm hücre tiplerine dönüşme yeteneği yoktur. Unipotent kök hücre ise, erişkin bir insan vücudunda da bulunan, organizmayı oluşturan hücrelerin ikamesini ve entegrasyonunu sağlayan, tek hücre ve doku tipini oluşturma yeteneği bulunan kök hücrelerdir.[4]

Örneğin, kemik iliği nakli sonrasında, vericinin kemik iliğinde bulunan kök hücrelerin, alıcının kemik iliği dışındaki dokularına da yerleşerek, alıcının akciğer, karaciğer ve beyin hücrelerine dönüşebilme yeteneğine sahip olduğu keşfedilmiştir. Kök hücreler; işlevlerini kaybetmiş dokuların tamiri ve yenilenmesi konusunda büyük bir rol üstlenerek, organ ve doku nakilleri, ilaç tedavileri ve hasta bakımları harcamalarından tasarruf edilmesini sağlayacağı gibi, hasta ve engelli kişilerin sağlıklarına kavuşmalarını da sağlayabilmektedir.[5]

II. Kök Hücrenin Hukuki Niteliği

İlk olarak, kök hücrenin insan kökenli biyolojik madde olarak değerlendirilip değerlendirilemeyeceği bağlamında; "insan kökenli biyolojik madde" kavramının hukuk literatüründe nasıl yer aldığına baktığımızda; kavramın Türk Medeni Kanunu'nun (TMK) md.23/3.f.'da[6] yer aldığı görülmektedir:

"Madde 23- Kimse, hak ve fiil ehliyetlerinden kısmen de olsa vazgeçemez.

Kimse özgürlüklerinden vazgeçemez veya onları hukuka ya da ahlâka aykırı olarak sınırlayamaz.

---

riyonik kök hücreler, embriyonun blastosist aşamasında elde edilen, pek çok hücre ve dokuya farklılaşma özelliğine sahip pluripotent hücrelerdir. 4-6 günlük bir blastosistin iç hücre kitlesinde bulunan bu bu hücreler, "embriyonik kök hücresi" olarak adlandırılırlar. Kalkan Oğuztürk, s. 173.

4 Patrizia Borsellino, Bioetica tra morali e diritto, Milano: Raffaello Cortina Editore, 2009, s. 222-223.

5 Arif Barış Özbilen, İnsan Kökenli Biyolojik Maddelere İlişkin Hukuki İşlemler, Vedat Yayınevi, İstanbul, 2011, s. 11.

6 14.11.1990 tarih ve 3678 sayılı Kanun'la eklenmiştir.

Yazılı rıza üzerine insan kökenli biyolojik maddelerin alınması, aşılanması ve nakli mümkündür. Ancak, biyolojik madde verme borcu altına girmiş olandan edimini yerine getirmesi istenemez; maddî ve manevî tazminat isteminde bulunulamaz."

İnsan kökenli biyolojik madde kavramı, insan vücudu içerisinde bulunan organ, doku ve hücre gibi maddeler ile insan vücudundan, cerrahi müdahale ya da dış bir etkene bağlı olmaksızın kendiliğinden ayrılan biyolojik maddeleri açıklamak amacı ile kullanılan bir terimdir. Hayvan ya da bitkilerden elde edilen biyolojik maddeler ile bağımsız olarak yaşam yeteneğine sahip olan mikroorganizmalar, bu kavramın dışında kalmaktadır.[7] İnsan kökenli biyolojik maddelere ilişkin iç hukukumuzdaki yasal düzenlemeler; 29.05.1979 tarih ve 2238 sayılı Organ ve Doku Alınması, Saklanması ve Nakli Hakkında Kanun (ODNK) ve 27.10.2010 tarih ve 27742 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren, İnsan Doku ve Hücreleri ile Bunlarla İlgili Merkezlerin Kalite ve Güvenliği Hakkında Yönetmelik olarak yer almaktadır.

İnsan kökenli biyolojik madde kavramı içinde ele alınan varlıklar, organ, doku ve hücrelerdir.[8] Bu bağlamda kök hücreler de, insan kökenli biyolojik madde kapsamında yer almaktadır.[9]

İnsan kökenli biyolojik madde olarak kök hücrenin; mevzuattaki tanımlamalar dikkate alınarak, organ veya doku, ilaç, kan veya kan ürünü, endüstriyel olmayan ileri tıbbi ürün olarak kabul edilip edilemeyeceğinin tespiti gerekmektedir. Böylelikle, kök hücre araştırmalarının tabi olacağı hukuki zemin tespit edilmiş olacaktır.

Kök hücrenin bir organ veya doku olarak değerlendirilip değerlendirilemeyeceğine baktığımızda, ODNK md.2'de sözü edilen organ ve doku deyiminden, insan organizmasını oluşturan her türlü organ ve doku ile bunların parçaları anlaşılır. Sözlük anlamına bakıldığında ise, organ (*organ, organe, Organe*); canlı organizmaların, dolaşım, solunum, sindirim ve üreme gibi farklı sistemleri içinde yer alan ve vücutta belli bir işlev görmek üzere farklılaşmış olan kısım, anatomik yapı ya da oluşum olarak tanımlanmaktadır.

---

7 Özbilen, s.7.

8 Özbilen, s. 8.

9 Embriyonik kök hücre için, insan kökenli biyolojik madde nitelendirmesinin yapılması, embriyonun hukuki statüsünün belirlenmesine bağlı olacaktır. Bu konunun değerlendirilmesi ve tartışmalar için bkz. IV. Embriyonun Hukuki Statüsü.

Bir kimsenin kendi kök hücresinin kendisine aktarılması bakımından ODNK uygulama alanı bulmayacaktır. Çünkü doku ve organ nakli, yabancı bir organ veya doku nakli olup, bir başka kimseden veya mümkün olduğu takdirde, bir ölüden aktarılan kök hücreler söz konusu olduğunda, bu kanun hükümleri, kök hücre naklinin de hukuki dayanağını teşkil etmektedir.

Kök hücrenin ilaç niteliği olup olmadığı ise, ilaca ilişkin mevzuata bakılarak saptanabilmektedir. 1928 tarih ve 1262 sayılı İspençiyari ve Tıbbi Müstahzarlar Kanunu md.1'e göre, "*tıpta kullanılabilecek her türlü basit veya bileşik şifa amaçlı maddeler*" ilaç olarak tanımlanmıştır. Beşeri ve Tıbbi ürünlerin Sınırlandırılmasına Dair Yönetmelik ve Beşeri Tıbbi Ürünlerin Güvenliğinin İzlenmesi ve Değerlendirilmesi Hakkında Yönetmelik md. 4/b'ye göre; "*hastalığı tedavi etmek ve/veya önlemek, bir teşhis yapmak veya bir fizyolojik fonksiyonu düzeltmek, düzenlemek veya değiştirmek amacıyla, insana uygulanan doğal ve/veya sentetik kaynaklı etkin madde ve maddeler kombinasyonu*" beşeri tıbbi ürün olarak yer almaktadır. Konuya ilişkin bir diğer hukuki düzenleme olan, Beşeri Tıbbi ürünler Ruhsatlandırma Yönetmeliği'nin md.2/f'ye göre, insan kaynaklı tam kan, plazma veya kan fraksiyonları, ilgili Yönetmeliğin kapsamı dışında tutulmaktadır. Ayrıca, aynı Yönetmelik md.4/e'ye göre, kaynağı insan (insan kanı ve insan kanında elde edilen ürünler) olan maddeler, beşeri tıbbi ürün olarak değerlendirilmemektedir.

İlaç ve Biyolojik Ürünlerin Klinik Araştırmaları Hakkında Yönetmelik[10]te (md.4/1-p bendinde) ise, ilaç veya beşeri tıbbi ürün, "*hastalığı önlemek, teşhis etmek veya tedavi etmek, fizyolojik bir fonksiyonu düzeltmek, düzenlemek veya değiştirmek amacıyla insana uygulanan doğal, sentetik veya biyoteknoloji kaynaklı etkin maddeyi veya maddeler kombinasyonu*" olarak tanımlanmıştır. "Klinik Araştırmalar Hakkında Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik" ile yapılan değişiklik öncesinde, ilaç dışı klinik araştırma olarak (md. 4/1-r bendinde), kök hücre nakli araştırması da sayılmaktaydı. Ancak değişiklik sonrasında, "İlaç ve Biyolojik Ürünlerin Klinik Araştırmaları Hakkında Yönetmelik"te, ilaç dışı

[10] Bu yönetmeliğin adı "Klinik Araştırmalar Hakkında Yönetmelik" iken 25/6/2014 tarihli ve 29041 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan "Klinik Araştırmalar Hakkında Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik" ile anılan şekilde değiştirilmiştir. İlgili Yönetmelikte son olarak, 13/9/2015 tarih ve 29474 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan değişiklikler yapılmıştır.

klinik araştırmalara dair hüküm ilga edilmiştir.[11] Sonuç olarak, ilacın tanımına ilişkin hukuki düzenlemelere bakıldığında, kök hücrenin ilaç niteliğinde olmadığını söyleyebiliriz.

Kök hücrenin kan veya kan ürünü olması konusundaki belirsizlik ise, 5624 sayılı ve 11.04.2007 tarihli Kan ve Kan Ürünleri Kanunu ile giderilerek, ilgili Kanunun md.1/f.3'de, kan kök hücre uygulamalarının kapsam dışında olduğunun ifade edilmesi ile son bulmuştur.

Kök hücreler, vücudumuzda bütün doku ve organları oluşturacak şekilde farklılaşabilme ve sınırsız bölünebilme potansiyeline sahip[12], kendi kendini yenileyebilen ana hücrelerdir ve otolog[13] yapılardır. Daha önce de ifade edildiği gibi, ODNK ancak başka bir kimseden elde edilen kök hücrenin nakli durumunda uygulama alanı bulmaktadır.[14]

---

11 2015 Mart ayı itibariyle kök hücreler ile yapılacak klinik araştırma başvurularının Klinik Araştırmalar Yerel Etik Kurul'larında görüşülüp olumlu sonuç aldıktan sonra, Sağlık Bakanlığı, Sağlık Hizmetleri Genel Müdürlüğü'ne bağlı, Kök Hücre Nakilleri Bilimsel Danışma Kurulu'nun onayı ve desteği için başvurması gerekmektedir. Eğer sonuç olumlu olursa, klinik araştırmanın başlaması için yasal izin süreci tamamlanmış olacaktır. Dolayısıyla kök hücreyi konu alan bir klinik araştırma, daha başlamadan önce üç farklı kişi grubunu bir araya getirmektedir: i) araştırmacılar, ii) etik kurul üyeleri, iii) danışma kurulu üyeleri. Tüm dünyada olduğu gibi, ülkemizde de, insan üzerinde yapılan kök hücre araştırmaları oldukça yeni çalışmalardır. Bu çalışmalar, bugüne kadar alışılagelen ilaç, tıbbi cihaz veya biyoeşdeğerlilik araştırmalarına birçok yönüyle benzememektedir. Desteklenmek üzere sunulması planlanan, hali hazırda sunulmuş olup, onay bekleyen ve onay alıp yürütülmekte olan kök hücre çalışmalarının değerlendirilmesinde, farklı bir bakış açısına gerek bulunmaktadır. Kök hücre araştırmalarında uygulanan ve bugüne dek sayıları 5000'i aşmış olan klinik araştırmada (Bkz. www.clinicaltrials.gov) kullanılan "faz" kavramının kapsamı hakkında bkz. Alp Can, "Kök Hücre ile Yapılan Klinik Araştırmalarda Faz Kavramı Üzerine", *Kök Hücre E-Bülteni*, S.6, (Mart-Nisan 2015), s. 3-4.

12 Teorik olarak sonsuz bölünme yeteneğine sahip olan, henüz spesifik bir işlev üstlenmek üzere farklılaşmasını tamamlamadığı için her şeyi yapabilir düzeyde bir farklılaşma yeteneğine sahip hücrelerdir. Onur Sezen, "İnsan Üzerinde Biyoteknolojik Uygulamaların Uluslararası Hukuk Boyutu", *AndHD*, 2015, C.1, S.1, s.86.

13 Otolog: Organizmanın belli bir dokusunda ya da özel yapısında doğal olarak bulunan ya da üretilen, bir organizmanın kendisinden kaynaklanan. İsmail Dökmeci/Handan Dökmeci, Tıp Terimleri Cep Sözlüğü, İstanbul Medikal Yayıncılık, İstanbul 2011, s. 488. İnsan Doku ve Hücreleri ile Bunlarla İlgili Merkezlerin Kalite ve Güvenliği Hakkında Yönetmeliğin, kapsamını düzenleyen ilgili maddesinde (2/2-a bendinde): "Aynı cerrahi uygulama içerisinde hiçbir işlem ve depolamaya tabi tutulmadan otolog olarak kullanılan doku ve hücreler" yönetmelik kapsamı dışında bırakılmıştır. Diğer bir ifade ile Yönetmelik, otolog kullanım amacı ile doku ve hücrelerin depolanmasına ilişkin koşulları ve bu işlemleri yürütecek merkezlerin faaliyetlerini düzenlemektedir.

14 Hakan Hakeri, Tıp Hukuku, (Tıp), Seçkin Yayıncılık, Ankara 2015, s. 434.

Sonuç olarak konuya ilişkin tüm mevzuat dikkate alındığında, otolog bir yapı olarak kök hücrenin, yasal düzenlemelerde herhangi bir hukuki nitelendirilmesinin yapılmadığı ve ayrı bir hukuksal değerlendirmeye muhtaç olduğu görülmektedir.[15]

III. Embriyonik Kök Hücre Kavramı

Kök hücreler, işlevlerini kaybetmiş olan dokuların tamiri ve yenilenmesi konusunda oldukça önemli bir işleve sahip olup, bu sayede organ ve doku nakilleri, ilaç tedavileri ve hasta bakımları için harcanan masraflardan tasarruf edilmesi sağlanarak, hasta ve engelli kişilerin sağlıklarına kavuşması mümkün olacaktır. Onarımsal tıbbın kaynağı olarak kabul edilen kök hücreler, inme, omurilik felci, diyabet, Alzheimer, Parkinson gibi hastalıkların tedavisi ve önlenmesi amacıyla gerçekleştirilen bilimsel çalışmalarda, kalp damar ve akciğer hastalıkları, sinir, kas iskelet sistemi ve endokrin sistemi hastalıklarında önemli yer tutmaktadır.[16]

Kök hücre türleri, türleri ve elde edildikleri kaynaklar yönünden incelendiğinde, söz konusu özelliklerde değişkenlikler olduğu görülmüştür. Bu bağlamda kök hücre türleri, elde edildikleri dokular ve farklılaşabilme yetenekleri (plastisite[17]) yönünden; embriyonik kök hücre, fetal kök hücre ve erişkin kök hücre olarak gruplandırılmaktadır. Embriyonik kök hücre, embriyodan *in vitro* döllenme ile geliştirilen,[18]

---

15 Hakan Hakeri, "Kök Hücre Çalışmaları ve Hukuki Boyutu", (Kök Hücre), Türkiye Klinikleri J Surg Med Sci, 2006, 2(43), s.79.

16 Beksaç, s.37-40.

17 Plastisite: Bozulduktan ya da yaralandıktan sonra dokuların yeniden oluşması ya da oluşturulması. Dökmeci/Dökmeci, s.545.

18 In vitro yetiştirilen pluripotent hücrelere, değişikliği engelleyen kültür şartları sağlanırsa, bu şekilde hücreler normal bir sitoplazmaya gelişmez, nidasyon olgunluğuna ulaşmazlar, aksine sadece sözde embriyoid zerreleri oluştururlar. Bir pluripotent hücre, indüklenmiş pluripotent (IPS) hücre gibi, bir blastosist ile bağlantısı olmadan nidasyon olgunluğuna gelişebilecek potansiyele sahip değildir. Sadece hücre başka bir organizmaya nakledilirse, kendini nidasyon yeterliliğine dek farklılaştırabilir. Başka bir organizmaya nakletme, pek de bunun için gerekli diğer şartların sağlanması olarak görülmeyebilir. Nakil sırasında pluripotent hücre; organizma olarak bağımsızlığını kaybeder ve başkasının bir parçası, kimera organizması olur. IPS hücresi dölleme yoluyla elde edilmemektedir. Bu yine de, embriyo olarak niteleme için mecburi değildir. IPS hücre bir yumurta hücresinden meydana gelmez. Bu da embriyo özelliğini ortadan kaldırmaz. IPS hücre bir birey olarak gelişme potansiyelinden yoksundur, burada ifade edilen şey, nidasyon evresine bile ulaşamamasıdır. Bir tetraploid blastosist ile bağlanma yoluyla böyle

ancak ihtiyaç fazlası olan embriyolardan veya istem üzerine sonlandırılan gebeliklerden elde edilmektedir.[19] Fetal kök hücre ise, plesanta, göbek kordonu ve amniyon sıvısında bulunan kök hücrelerdir.[20] Kan üreten kök ve bebek kordon kanı ile çevre kanında bulunan bu kök hücreler, uzun yıllardan beri lösemi ve diğer kan hastalıkları olan hastalara verilerek, tedavide başarı ile kullanılmaktadırlar.[21]

Son olarak, erişkin kök hücreler ise; erişkin dokulardan, kemik iliğinden, vücutta dolaşan kandan, kan damarlarından, iskelet ve kalp kasından ve karaciğer gibi bazı organlardan elde edilebilmektedirler. Embriyo, yaklaşık sekizinci haftada fetüs halini aldıktan sonra, erişkin kök hücreleri gelişmeye başlar. Araştırmalar, bu hücrelerin birçok erişkin dokuda var olduğunu ortaya koymuştur. Erişkin kök hücreleri farklılaşmamış halde bulunur; ancak plastisiteleri embriyonik kök hücrelere göre daha düşüktür. Başlıca görevleri, bulundukları dokunun onarımını ve devamlılığını sağlamaktır. Embriyonik kök hücrelerinin aksine, erişkin kök hücrelerinin kaynağını tanımlamak güçtür.[22] Erişkin kök hücreleri, uzun yıllardır transplantasyon amacıyla kullanılabilmektedir. Son yıllarda yapılan bazı çalışmalarda, multipotent nitelikteki erişkin kök hücrelerinin, tamamen farklı bir dokunun hücrelerine de köken olabileceği gösterilmiştir. Bu plastisiteye örnek olarak, kan hücresine farklılaşmaya yönlendirilmiş olan kök hücrelerden sinir hücrelerinin, insülin üreten karaciğer hücrelerinin ve kalp kas hücresine dönüşen hematopoietik kök hücrelerinin elde edilmiş olması gösterilebilir. Bu nedenle, erişkin kök hücrelerinin hücre tedavisi için kullanılması,

---

bir gelişimi harekete geçirilebilme durumu, sonucu değiştirmez. Çünkü Alman Embriyonun Korunması Kanunu, md. 8/1 2. Seçenek anlamında tetraploid embriyo-bütünleme, gerekli şart olarak anlaşılamaz. İndüklenmiş pluripotent hücre, bu şekilde bir embriyoya yaklaşır; ama yeteri kadar da yakınına değil. IPS hücre, Alman Embriyonun Korunması Kanunu anlamında bir embriyo değildir. Henning Rosenau, "İndüklenmiş Pluripotent Kök Hücreler (IPS-Hücreler) Tüm Hukuki Sorunların Çözümü mü?", (IPS-Hücreler), (çev. Melike Şentürk Tur), *TıpHD*, Sayı:8/Yıl:2015, s. 280-281.

19 En fazla farklılaşabilme, her türlü doku ve organ hücresine dönüşebilme yeteneğine sahip kök hücre döllenmiş yumurtadır ve bu özelliği ile totipotent olarak nitelendirilir. Nurhan Şener, "Kök Hücre Araştırmaları, Etik ve Yasal Tartışmalar", *Hukuk Gündemi*, 2012/1, s.54.

20 Nur Çakar, "Embriyodan Erişkine Kök Hücreler", *Bilim ve Teknik*, S.511, Haziran 2010, s.43.

21 Emin Kansu, "Kök Hücreleri ve Klonlama", Avrasya Dosyası: Moleküler Biyoloji ve Gen Teknolojileri Özel, Sonbahar 2002, C.8, S.3, s.42.

22 Görkey/Kutlay/Gül/Güven/Sert/Gün/Erzik, s.18.

kök hücre alanındaki önemli araştırma konularından biri durumundadır. Erişkin kök hücreleri sanıldığından daha esnek olup, özel kültürler içerisinde tutulan farelerdeki nöral kök hücrelerin kas, kalp gibi diğer organların hücrelerine dönüşebileceği gözlemlenmiştir.[23]

Embriyonik kök hücrelerle yapılacak bir tedavinin yetişkin kök hücrelere nazaran daha başarılı olacağı düşünüldüğünden, kök hücre çalışmaları esas olarak embriyonik kök hücreler üzerinde yoğunlaşmaktadır.[24] Embriyonik kök hücrelerin elde edilmesi, insan embriyolarının parçalanması yolu ile gerçekleştiğinden, bu alanda yapılan çalışmalar etik ve hukuki tartışmalara neden olmaktadır. Bu çalışmaların önünde duran en önemli sorun, insan embriyolarının kullanılması ve kullanılan embriyoların bütünlüğünü yitirmesidir.[25] Yaşamın hangi gelişimsel evrede, diğer bir ifade ile embriyonik gelişimin kaçıncı gününde başladığına dair, geniş tabanlı bir görüş birliği yoktur. Buna

---

23 Mehmet Ali Zengin, Biyoloji Uygulamaları ve Tıbbi Müdahaleler Karşısında İnsan Haklarının Korunması, Adalet Yayınevi, Ankara 2012, s. 9-10.

24 Hakeri, Kök Hücre, s.79.

25 Etik çekinceler dikkate alınarak geliştirilen çözüm yolları olarak; normalde preimplantasyon genetik tanı işleminde kullanılan, tek blastomer biyopsi tekniği ile embriyonun bütünlüğünü bozulmadan alınan tek bir blastomerin, kültür ortamında blastokist aşamasına kadar kültüre edilerek insan embriyonik kök hücre dizisi elde etme yoluna gidilmesi, insan somatik hücresinin, çekirdeği çıkartılmış insan embriyonik kök hücresiyle füzyonu sonucu (sitoplazma transferi) tekrar programlanarak insan embriyonik hücre karakteri kazandırılması ve genetik olarak uterusa tutunamayan ama hücre kütlesi normal olan embriyo klonlanması hakkında bkz. Semra Kahraman/Zafer Nihat Candan, "İnsan Embriyonik Kök Hücreleri", Türkiye Klinikleri J Surg Med Sci, 2006, 2(43), s.24. Değiştirilmiş nükleer transfer ile genetik olarak embriyo gelişim kapasitesi hasarlanmış somatik hücre çekirdeği, çekirdeği çıkartılmış bir yumurtaya aktarılır. Bu yolla oluşturulan embriyonun yaşama kapasitesi olmayacağından, kök hücre elde edildikten sonra embriyonun yaşamının sona erdirilmesi sorunu da olmayacaktır. Bir başka yöntem olarak, spermle dölleme yapmaksızın, farklı yöntemler kullanarak, yumurtadan doğrudan embriyo geliştirmek yoluyla partenogenesiz denilen teknoloji kullanılmasıdır. Bu yöntemde, bilerek gelişimi etkileyecek bir hasar meydana getirmemekle birlikte, tek bir gamet hücresi kullanılmaktadır. Üçüncü yöntem olarak, organizma olarak ölmüş embriyoların kullanılmasıdır. Bu durum, kadavradan organ nakli ile aynı değerlendirmeye tabi tutulmaktadır. Bir diğer yöntem de, kromozomal olarak anomali gösteren embriyoların kök hücre elde etmek için seçilmesi olanağıdır. Preimplantasyon genetik teşhis yöntemlerinden olan tek blastomer biyopsisi, embriyoya zarar vermeyen bir yöntemdir. Bu amaçla, bu yöntemle kök hücre elde edilmesi yoluna gidilmektedir. İnsan embriyonik kök hücre elde edilmesinde ulaşılabilecek en son nokta, somatik hücre dediferansiasyon yöntemidir. Buradaki amaç, diferansiye olmuş herhangi bir olgun hücreden, pluripotent nitelikte bir hücreye geri dönüşümün sağlanmasıdır. Görkey/Kutlay/Başağaç Gül/Güven/Sert/Gün/Erzik, s.15-17.

bağlı olarak, uluslararası açıdan da, ülkelerin kendi dini ve ahlaki görüşleri ekseninde konu ele alınmış ve ilgili politikaları belirlenmiştir.[26]

IV. Embriyonun Hukuki Statüsü

Embriyonik kök hücre çalışmalarına ilişkin hukuksal durumu tespit edebilmek bakımından, "embriyo" ve "cenin[27] (fetüs)" kavramlarının hukuki niteliği üzerinde durulması gerekmektedir.[28] Embriyo (*embryo/embryon*), döllenme anından başlayarak, gebeliğin yaklaşık ikinci ayına kadar gelişmekte olan yeni canlıyı tanımlamak üzere kullanılmaktadır.[29] Gebeliğin sekizinci ile onuncu haftası sonunda, neredeyse tüm organların oluşumu tamamlandığından, embriyo dönemi

---

26 Kahraman/Candan, s.24. Embriyonik kök hücre elde edilirken, kök hücrenin içinden alındığı embriyonun zarar gördüğü, hâttâ bir daha kullanılamaz hâle geldiği iddia edilmektedir. İnsan embriyosunun, araştırma amacıyla kullanımının, hukuka aykırı olacağı, bunun ötesinde, bir kişinin tedavi edilmesi pahasına, meydana gelmiş olan bir embriyonun yok edilmesinin, embriyoyu eşya hâline getireceği tartışmaları, hem Türk hem de yabancı hukuk sistemlerinde yapılmaktadır. Hiçbir amaç pahasına, embriyonun yaşamının kurban edilemeyeceğini savunanlar olduğu gibi, insan embriyosunun tedavi amaçlı kullanımının yasaklanmaması gerektiği ve embriyonun, tedavi amacıyla kullanılması hâlinde, insan onurunun zedelenmeyeceği görüşünde olanlar da mevcuttur. Özbilen, s. 149-150, dn.492. Embriyonun insan onuruna dair menfaatlerinin korunmasının, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi md.2 gereği yaşam hakkının korunmasını gerektirdiği ve bu hükmün, Sözleşmenin özel ve aile hayatına saygıya ilişkin md.8'deki korunması gereken menfaat ile karşı karşıya geldiğine ilişkin görüş için bkz. Charles Foster, Human Dignity in Bioethics and Law, Hart Publishing, Oxford, Portland, Oregon, 2011, s.158-159.

27 Ayrıntılı bilgi için bkz. Olcay Çankaya Işık, "İnsan Hakları Boyutu ve Tıp Hukuku Açısından: Cenine (Foetous-Nasciturus) İlişkin Bir Manifesto", *TıpHD*, Sayı:1/Yıl:2012, s. 161-205.

28 Doğum öncesi döneme ait olan embriyo ve fetüs/cenin kavramlarının tanımlarının tıp bilimi tarafından yapılması gerekmektedir. Buna göre, ana rahminde bulunan gebelik ürünü, gelişim evrelerine göre farklı isimler aldığından terminoloji de farklılaşmaktadır. Yumurta ve spermin döllenmesinden itibaren gebeliğin sekiz haftası içinde embriyo; gebeliğin dokuzuncu haftasından doğuma kadar olan dönemde ise, fetüs/cenin kavramları kullanılmaktadır. Dünya Sağlık Örgütü ve Yardımcı Üreme Teknolojilerini Denetleme Uluslararası Komitesi tarafından 2009 yılında revize edilen üremeye yardımcı teknolojilere ilişkin terimler sözlüğünde embriyo, döllenmeden itibaren embriyonik evre olarak adlandırılan sekizinci haftanın sonuna kadar olan dönemdeki gebelik ürünü olarak tanımlanmaktadır. Fetüs/cenin ise, embriyonik gelişmenin tamamlandığı, döllenmeden itibaren başlayan sekiz haftalık sürenin bitiminden doğuma kadar geçen dönemdeki döllenme ürünü olarak tanımlanmaktadır. Tülay Aydın Ünver, Ceninin Hukuki Durumu, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2011, s. 9.

29 Medicana Genel Sağlık Ansiklopedisi, Tıp Sözlüğü, İstanbul 1993, C.12, s. 121.

sona ererek, fetüs/cenin olarak ifade edilen dönemin başladığı kabul edilmektedir.[30] Her ikisi de ayrı ayrı birer insan kökenli biyolojik madde olan sperm ve yumurtanın bir araya gelerek döllenmesi neticesinde, yeni bir canlı vücuda gelmekte ve gebelik sürecinin doğum ile son bulması şartına bağlı olarak, insan yaşamına dair ilk safha (biyolojik olarak), embriyo dönemi ile birlikte başlamış olmaktadır. Embriyo ve cenin, insan kökenli biyolojik madde olarak tanımlanamayacağından, bu konuda, insan kökenli biyolojik maddelere ilişkin yasal düzenlemeler çerçevesinde hukuki değerlendirme yapmanın mümkün olamayacağını belirtmek gerekir.[31]

Embriyonik kök hücre çalışmalarına ilişkin olarak; etik ve tıbbi açıdan yaşamın başlangıcı üzerinden hareket edilmekte ve ileride insan olabilecek bir canlı olarak, diğer bir ifade ile doğum öncesi canlının bir insan olduğu ön kabulü ile hukuki değerlendirme yapılmaktadır. İnsan embriyosunun ahlaki[32] ve hukuki durumunu temelden etkileye-

30 Büyük Larousse Sözlük ve Ansiklopedisi, İstanbul 1986, C. 6, s. 3665.

31 Bilen, s. 5. Aksi görüşte olarak; sperm, yumurta ve embriyonun doku ve insan kökenli biyolojik madde olarak adlandırılmasının yanlış olmayacağı, heterolog döllenme amacı ile üreme hücreleri sperm, yumurta ve embriyo bağışının da ODNK kapsamında olduğu yönünde bkz. Zafer Zeytin, "Üreme Tıbbı, Soybağı ve Hukuki Sonuçları", *TıpHD*, Issue: 8 /Year: 2015, s. 217.

32 Genel olarak, gerek uterus içindeki fetüsün gerekse Petri kabındaki ya da dondurucudaki embriyonun ahlaki statüsü konusunda şu üç duruştan biri sergilenmektedir: (1) yalnızca bir parça doku (ahlaki statüsü yok), (2) potansiyel insan (bir ölçüde, belki orta düzeyde bir ahlaki statü sahibi), (3) tam anlamıyla insan (tam bir ahlaki statüye sahip). Bunlardan ilkinin, görünüşe göre özellikle bilim insanlarından olmak üzere birçok savunucusu vardır; üçüncü duruş işe, daha çok birtakım dini geleneklerde sergilenmektedir. Örneğin Roma Katolik Kilisesi'nin bu konudaki resmi duruşu, insan yaşamının gebe kalınan anda başladığı yönündedir. Ayrıca Katolik Kilisesi, henüz gerçekleşecek olan bir potansiyeli, gerçekleşmiş bulunan bir potansiyele denk görmektedir. İkinci duruş ise, Protestan ve Musevi geleneklerde ve seküler düşüncede egemen olan bakış açısı gibi görünmektedir. Bu türden bir görüşe göre, erken dönemdeki embriyolar "orta düzey bir ahlaki statüye" sahiptir ve dolayısıyla "özel bir saygıyı" hak etmektedirler; ne var ki bu özel saygı, bir biyomedikal araştırmanın insanların yaşamını kurtaracağı yönünde makul bir beklenti varsa embriyoların bu araştırmada kullanımına engel değildir. Tom L. Beauchamp/James F. Childress, Biyomedikal Etik Prensipleri, Yedinci Edisyon, (çev. M. Kemal Temel), Betim, İstanbul 2017, s. 122. Özelleşmiş yetişkin hücrelerden embriyonik kök hücrenin özelliklerini taşıyan kök hücre elde edilememesi durumunda ve başka tedavi imkânının bulunmaması halinde, ticari ve her türlü kötü amaçlı kullanımı engelleyici tedbirleri almak kaydıyla tüp bebekten arta kalan blastocistler, tedavi amaçlı olarak kullanılabilir. T.C. Başbakanlık Diyanet İşleri Başkanlığı, "Günümüz Tıp Dünyasında Tartışılan Tüp Bebek ve Kök Hücre Gibi Yeni Uygulamaların İslam Dini Açısından Değerlendirilmesi"

cek noktalardan biri teknolojik gelişmelerin yol açtığı yeni durumlardır. Yeni gelişmeler insanın hastalıklar karşısında tedavi edilmesi beklentisini alabildiğine yükseltmiştir. Bu açıdan bakıldığında, insanın sağlığına kavuşturulmasına dönük müdahalelerin ahlaki bir engelle karşılaşmaması beklenir.[33]

Konu, tıbbi, biyolojik, etik, dini, felsefi perspektiflerden ele alınmaya uygun ve pek çok tartışmayı barındıran niteliktedir. Ancak embriyonik kök hücre araştırmalarını, hukuki açıdan ele almak bakımından, açıklığa kavuşturulması gereken esas sorun, insanın biyolojik olarak başlangıcının belirlenmesinden ziyade, embriyoya ne zaman hukuken korunması gereken bir kişilik özelliği atfedileceğidir.

1. İnsan Hakları Hukuku Bakımından Embriyonun Statüsü

Biyoloji ve tıp bilimindeki gelişmelerin tehdit ettiği insan hakları ve onurunun korunmasına ilişkin ilk uluslararası hukuk belgesi olan "Biyoloji ve Tıbbın Uygulanması Bakımından İnsan Hakları ve İnsan Haysiyetinin Korunması Sözleşmesi[34]" (İnsan Hakları ve Biyo-tıp Sözleşmesi); insanın üstünlüğü ana ilkesinden yola çıkan sözleşme, tıbbi müdahaleler, insan üzerinde gerçekleştirilen bilimsel araştırmalar, organ nakilleri ve insan genomu ile ilgili önemli düzenlemeler getirmiştir.[35]

Türk hukuk düzeninin parçası olan sözleşme, biyoloji ve tıbbın uygulanmasına ilişkin temel konulardaki biyoetik ilkeleri ya da bu ilkeleri konu alan ahlak felsefesi tartışmaları hukuk dünyasına aktarmıştır. Sözleşme ile aralarında tüpteki embriyonlar üzerinde kök hücre çalışmalarının da bulunduğu kimi temel tartışmalar, sadece biyoetiğin ya da münferit bazı ulusal hukuk düzenlerinin sorunu olmaktan çıkıp genel bir hukuksal düzenleme konusu olmuştur.[36]

Din İşleri Yüksek Kurulu Mütalaaları, http://www2.diyanet.gov.tr/dinisleriyuksekkurulu/Sayfalar /Tupbebek1023-5894.aspx.(erişim tarihi: 19.08.2017)

33 İlyas Doğan, "İnsan Hayatını Koruma Yükümlülüğü ve İnsan Embriyonunun Ahlaki Statüsü", *KHukA*, Kasım 2005, s. 107.

34 4 Nisan 1997 tarihinde Avrupa Konseyi tarafından imzaya açılmış, 1 Aralık 1999 tarihinde yürürlüğe girmiştir. TBMM, 3 Aralık 2003 tarih ve 5013 sayılı kanun ile Sözleşme'nin onaylanmasını uygun bulmuştur. Bu kanun uyarınca Sözleşme 16 Mart 2004 tarihinde onaylanmıştır.

35 Zeynep Kıvılcım-Forsman, "Avrupa Konseyi İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi", İnsan Hakları Yıllığı, C. 21-22, 1999-2000, s. 95.

36 Tuğrul Katoğlu, "Türk Hukukunun Bir Parçası Olarak Avrupa Konseyi İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi", (Biyotıp), *AÜHFD*, C. 55, S.1, 2006, s.158.

Avrupa Konseyi organları, insan embriyonunun hukuki statüsüne tespit etmeye ilişkin çekingen bir tavır sergilediği ifade edilmektedir. Ötenazi, kürtaj, öjenik, vücut parçaları üzerinde patent hakkı veya insan kopyalanması gibi konularda, önerilecek her çözümün öncelikle "insan" ve "kişi" kavramlarına verilecek tanıma bağlı olmasına rağmen, İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi'nin bu tanımlara yer vermediği gibi, embriyonun hukuki statüsünü de belirlemediği görülmektedir.[37]

Bir diğer uluslararası hukuk metni olarak, 2005 yılında Unesco Genel Konferansı'nda kabul edilen "Biyoetik ve İnsan Hakları Evrensel Bildirisi"nde de; gelecek nesillerin genetik yapılarının korunmasının istenmesi ve bilimsel çalışmaların gelecek nesiller üzerindeki etkilerinin iyi planlanmasının gerekliliğinden; insan haysiyeti ve insan haklarının gözetileceğinden bahsedilmekle birlikte, "insan" ve "kişi" kavramlarından ne anlaşılması gerektiği ve embriyonun hukuki statüsüne dair herhangi bir hüküm bulunmamaktadır.[38]

Yaşamın başlangıcı, embriyo ve ceninin niteliği ve statüsü konusunda, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ise, Avrupa'da bilimsel ve hukuksal olarak görüş birliği bulunmadığını ifade etmektedir. Mahkeme bu konuda devletlere geniş bir takdir hakkı tanırken, "*En azından embriyo ve ceninin insan ırkına ait olduğunun devletlerarasında yaygın olarak kabul edildiği söylenebilir. Embriyo veya ceninin kişi haline gelme potansiyeli ve kapasitesi, onu Sözleşmenin 2. maddesi bakımından, yaşama hakkına sahip bir kişi saymaksızın, insanlık onuru*[39] *adına korumayı gerektirir*." sap-

37 Kıvılcım-Forsman, s. 97.

38 Sezen, s.90.

39 İnsan onuru sorunsalının genetik biliminin insan/embriyo üzerinde araştırma yapabilme sınırları bakımından tarihsel süreçte tanımlama çabasına ilişkin farklı görüşler için, bkz. Soner Tauscher, "Genetik Teknolojisinin Siyasi ve Etik Sınırları: Genetiği Yönetmek", *International Journal of Political Studies*, 2015, Issue:1, Vol:1, s. 1-12. Embriyonun insan onurundan yararlanmasını reddeden görüşlere göre; embriyo değişime uğramamış hücrelerden oluşmaktadır. Biyolojik olarak şahsiyet kazanana kadar, bu hücreler vücudun bir dokusu içerisinde özel bir hücre haline gelmedikleri için seçilebilir değildir ve bu nedenle ahlaki olarak insanlık öncesi bir imtiyaz ya da korumaya sahip değillerdir. Blastosist her ne kadar insan gelişimi ile ilgili genetik bilgileri taşıyor olsa da, bunun bizatihi kişilikle ilgisi olmayıp, vücutta bulunan diğer hücre kümeleri ile aynı seviyede bir ahlaki statüye sahiptir. İnsan onuru özellikle müdahalelere karşı mutlak derecede korunmalıdır. Embriyonun değerine ise, tam olarak insanların seviyesinde bir koruma sağlanamaz. Zira o bir özdür. Embriyonun insan onurundan yararlanmasını savunanlara göre ise; blastosist aşamasında embriyo kişilik statüsüne kavuşmaktadır ve tüm amaç ve araçlar bakımından tam bir insan gibidir. Çünkü bu dönemde embriyo kendisine kişilik kazandıran yaşamın kutsallığına sahip olmaktadır. Bu görüş,

tamasında bulunmuştur. Böylelikle mahkeme, doğmamış çocuğun, bir kişi olup olmadığı sorusunu[40] soyut olarak cevaplandırmanın, mümkün ve istenilebilir bir şey olmadığına kanaat getirmiştir.[41]

2. Anayasa Hukuku Bakımından Embriyonun Statüsü

En temelde yaşama hakkı olmak üzere, anayasal güvencelere sahip olmanın başlangıcına dair diğer pek çok Anayasa'da olduğu gibi, Anayasamızda herhangi bir düzenleme mevcut değildir.[42] Uluslararası metinlerin pek çoğu da, daha çok yaşayan varlıkların korunmasını öngörerek, doğacak olanlar ihmal edilmiştir. Anayasal güvencelere sahip olanları ifade etmek üzere kullanılan ve Anayasamızda geçen "herkes" kavramından, embriyo ya da ceninin hukuki durumuna dair bir sonuç çıkarmak mümkün olmamaktadır.[43]

Anayasa md.12'deki, "*Herkes, kişiliğine bağlı, dokunulmaz, devredilmez, vazgeçilmez temel hak ve hürriyetlere sahiptir*", md. 56'daki, "*…Devlet, herkesin hayatını, beden ve ruh sağlığı içinde sürdürmesini sağlamak; insan ve madde gücünde tasarruf ve verimi artırarak, işbirliğini gerçekleştirmek*

---

embriyonun doğal gelişim sürecine dokunulmamış olsaydı, tam insana dönüşeceği varsayımına dayanmaktadır. Ancak bu varsayım, in vitro fertilizasyon ve henüz rahime yerleştirilmeyen embriyolar bakımından geçerliliğini yitirmektedir. Zengin, s. 141-143.

40 Doğum öncesi canlının kişi olup olmadığına dair kuramlardan potansiyel kuramı, kişi olma özelliği taşıyan ve yok edilmesi ile bu potansiyelin gerçekleşmesinin kesin olarak engelleneceği kişilerin de, kişi olma özellikleri tam olarak gelişmiş kişilerle aynı ahlaki statüde olması gerektiğini savunmaktadır. Potansiyelin varlığı embriyonun sınırlı özerkliğini yaşama geçirebilmesi için uygun koşulların yaratılmasını da gerektirmektedir. Bu gereklilik, en temel insan hakkı olan yaşam hakkını da içererek, embriyonun özerk oluş konumunun hukuksal düzlemde karşılığı olarak yorumlanmaktadır. Bu konuda geliştirilen bir diğer kuram olarak, tür üyeliği kuramı ise, normal erişkini kişi olan bir türün tüm üyelerinin kişi olarak kabul edilmesi gerektiğini ileri sürmektedir. Şükrü Keleş, "Genetik, İnsanın Özgür ve Özerk Oluş Konumunu Tehdit Eder mi?", Türkiye Klinikleri J Med Ethics, 2013, 21(1), s.13. Kişiliğin elde edilme anına yönelik ölçütler olarak sayılan, türcülük, katı potansiyellik, düzeltilmiş ya da tedrici potansiyellik ve aktüelleşmiş sahiplik kriterleri için bkz. Sevtap Metin, Biyo-Tıp Etiği ve Hukuk, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2010, s. 142-144.

41 Hamide Tacir, "Yaşama Hakkı Kapsamında Yaşamın Başlangıcı", *MÜHF-HAD*, Özel Sayı: Prof. Dr. Nur Centel'e Armağan, C.19, S.2, Y.2013, s. 1306-1307.

42 Tüpteki embriyonun hukuksal durumuna ilişkin sorular anayasa hukuku bakımından henüz bir açıklığa kavuşturulmamıştır. Alman Federal Anayasa Mahkemesi de, ana rahmi dışındaki embriyonun temel hak statüsü konusunu açık bırakmıştır. Henning Rosenau, "Avrupa Konseyi Biyotıp Sözleşmesine Göre Embriyon Araştırmaları ve Tedavi Amaçlı Kopyalama", (Embriyon Araştırmaları), (Çev. Hakan Hakeri), *KHukA*, Kasım 2005, s.139.

43 Zengin, s. 140-141.

amacıyla sağlık kuruluşlarını tek elden planlayıp hizmet vermesini düzenler…" ve "Ailenin korunması ve çocuk hakları" başlıklı, md.41'deki, "*Aile, Türk toplumunun temelidir ve eşler arasında eşitliğe dayanır. Devlet, ailenin huzur ve refahı ile özellikle ananın ve çocukların korunması ve aile planlamasının öğretimi ile uygulanmasını sağlamak için gerekli tedbirleri alır, teşkilatı kurar..*" hükümleri bir arada ele alındıklarında; çocuğu olmayan ailelerin yardımcı üreme tekniklerinden ve preimplantasyon (embriyonun rahime düşmeden önceki dönemi) genetiği uygulamalarından faydalanmak istemeleri hukuken uygundur. Ana rahmine düşmemiş embriyonun potansiyel olarak kişi ve hak sahibi olmadığı,[44] ancak toplumun etik değerlerinin, preimplantasyon dönemi uygulamaları ile ilgili, tıbbi, sosyal ve hukuki tedbirler alınmasını gerekli kıldığı ifade edilmektedir.[45]

3. Ceza Hukuku Bakımından Embriyonun Statüsü

Ceza hukuku bakımından embriyonun hukuki niteliğinin belirlenmesi, embriyonun konu teşkil edeceği tıbbi müdahaleler bakımından özel öneme sahiptir. Ancak öncelikle ceza hukukunun ana karnındaki canlının her bir aşamasına cenin adını verdiğini, cenin deyiminin, gebeliğin başlangıcından doğuma kadar geçen aşamanın tümü bakımından kullanıldığını ifade etmek gerekecektir. Çocuk düşürtme ve düşürme suçlarını düzenleyen maddelerde geçen çocuk ifadesi, cenin yerine kullanılmıştır. Ceza hukuku bakımından cenin hali doğumla son bulmaktadır ve Türk Ceza Kanunu'nun (TCK) pek çok hükmünde kastedilen, bağımsız varlık anlamında doğmuş ve yaşamakta olan çocuktur.[46]

Türk Ceza Hukukunda embriyoların korunmasına yönelik doğrudan bir düzenleme olduğundan bahsetmek mümkün değildir. Ancak insan öldürme suçunun mağdurunun belirlenmesi noktasında, insan sıfatının ne zaman kazanılacağı sorusu önem kazanmakta ve bu konuda çeşitli görüşler benimsenmektedir. Bir görüşe göre; doğum başlamış olmak koşuluyla, embriyonun ana rahminden tam olarak ayrılma-

---

44 Yukarıda bahsedildiği üzere, ana rahmine düşmüş embriyonun potansiyel olarak kişi olarak görülüp hukuki korumadan faydalanıp faydalanmayacağına ilişkin tartışmalar devam etmektedir. Anayasa Hukuku bağlamında, bahsi geçen hükümlerle dahi, bu konuyu açıklığa kavuşturacak bir veriye ulaşılamamaktadır.

45 M.Sinan Beksaç/Mehmet Çakar/Şebnem Akipek Öcal/Tuğrul Katoğlu, "Embriyo ve Fetus; Etik ve Yasal Boyut", M.Sinan Beksaç (ed.), Doğum Hekimliği; Maternal-Fetal Tıp'ta Etik ve Yasal Boyut, Medical Network, Ankara 2004, s.126.

46 Tuğrul Katoğlu, "Ceza Hukuku ve Etik", (Etik), *Toplum ve Hekim*, Temmuz-Ağustos 2004, C.19, S.4, s. 302-303.

mış olsa dahi, suçun mağduru olabileceği ve insan sıfatının doğumun başladığı andan itibaren kazanıldığı kabul edilirken; diğer görüşe göre ise embriyolar ana rahminden ayrılıp bağımsız varlık kazanıncaya kadar insan öldürme suçunun mağduru olamayacaklardır.[47]

Embriyonik kök hücre çalışmaları, henüz insan olmayan varlıklara yönelik olduğundan, Anayasa'daki ve Ceza Kanunumuzdaki yaşam korumasından yararlanamamaktadırlar. Bu nitelikteki embriyolar, ancak ceninler için sağlanan korumadan yararlanabilirler ve sadece TCK md. 99 ve md. 100'de yer alan çocuk düşürtme ve düşürme suçlarının konusunu oluşturabilmektedirler. Bunun için de embriyonun ana rahmine yerleştirilmiş olması gerekmektedir.[48]

Öte yandan TCK, gebe kadının rızası dâhilinde gerçekleştirilen sonlandırma müdahalelerinin, gebeliğin ilk 10 haftası içinde yapılması durumunda, kadının iradesini esas alarak, konuyu suç kapsamından çıkarmıştır. Aynı şekilde 2827 sayılı Nüfus Planlaması Hakkında Kanun (NPHK), md.5'de, gebeliğin sonlandırılmasında ilk 10 haftayı esas aldığından; kanun koyucunun da gebeliğin on haftasının dolması ile birlikte cenini, canlı bir varlık olarak kabul etmektedir. Dolayısıyla, hukuki anlamda yaşamın 10. haftadan itibaren başlamış kabul edilebileceği varsayımına gidilebileceği ve Ceza Hukuku bağlamında, embriyonun "kişi" olarak sayılmadığı, ancak yaşama ümidi taşıyan bir varlık olarak nitelendirilebileceği söylenebilir.[49]

---

47 Tacir, s. 1305.

48 Hakeri, Tıp, s. 436.

49 Ülkemizde 10. haftaya kadar olan gebeliklerin isteğe bağlı olarak sonlandırılabileceği yasal olarak kabul edilmektedir. Bu haftanın üzerindeki gebeliğin sonlandırılması ise, fetusta genetik bir anomali saptanması durumunda annenin sağlığını ve doğacak çocuğun esenliğini gözeterek mümkün olmaktadır. Bu durumda 10. haftanın, "yaşabilirlik sınırı" olduğu düşünülebilir. Bu haftadan itibaren fetusun sınırlı özerkliğinin kabul edildiğini, henüz yeterliliği olmasa da, kendi üzerinde müdahale edilme edilme ve yaşam hakkının gözetilmesini hukuktan talep eden bir kişi olarak var olduğu söylenebilir. Burada üzerinde durulması gereken, insan yumurtasının döllenme aşamasından ilk 10 haftaya kadar gelişim sürecinde, ana rahminde, nasıl bir ahlaki statüde olduğudur. Bu canlının insan olma yönünde bir potansiyel barındırdığı açıktır. Keleş, s. 13-14. Burada yaşamın kaynağının korunmasının, ana rahminde bulunan döllenmiş yumurtanın insan olma potansiyeline sahip bir canlı olması münasebeti ile yaşamın kaynağının korunmasının, cenine/embriyoya hukuken "kişi" sıfatı vermeyi sonuçlamayacağı yönünde bkz. Judith D. Fischer, "Misappropriation of Human Eggs and Embryos and the Tort of Conversion: A Relational View", *Loy. L.A. L. Rev.*, Vol. 32, (1999), s. 381-430.

4. Medeni Hukuk Bakımından Embriyonun Statüsü

Erken embriyoyu hücre kümesi diye tanımlayıp ona bir kişilik ve hukuki himaye tanımayan görüşlerin karşısında, bireyselleşme, kendi kendini yönetme sürecinin döllenmeden itibaren başladığını savunanların[50] görüşleri yer almaktadır. Ancak her iki görüş de, hukuksal kişilik statüsüne sahip bulunmayan bir şeyin de "üzerinde tasarruf edilemez" nitelikte olabileceğini göz ardı etmektedir. Henüz anne karnındaki embriyo bir "kişi" değildir. O ancak dil topluluğunun kamusallığında birey ve akıl sahibi kişi olur. Fakat anne karnında hareket eden cenin de müstakbel toplumsallaşma anlamında iletişimin bir öznesidir ve bu yüzden ona karşı ahlaki ve hukuki ödevlerimiz vardır.[51]

Medeni hukuk açısından kişiliğin kazanılması, TMK md.28'de; "*Kişilik, çocuğun sağ olarak tamamıyla doğduğu anda başlar ve ölümle sona erer. Çocuk hak ehliyetini, sağ doğmak koşuluyla, ana rahmine düştüğü andan başlayarak elde eder*" şeklinde ifadesini bulmaktadır. Bu hükme göre gerçek kişiliğin kazanılması açısından iki şart aranmaktadır: Tam doğum ve sağ doğum. Burada dünyaya gelen çocuğun herhangi bir sağlık probleminin bulunmaması veya ana rahmindeyken yaşama şans ve yeteneğine sahip olması gibi özellikler aranmamaktadır.[52]

Çocuğun hak ehliyetini kazanma ve medeni haklardan yararlanma anı, geçmişe etkili olarak, doğumdan önceki an olan "ana rahmine düşme anı"nda başlar. Ana rahmine düşme anı, genel kabul gören görüşe göre, cinsel birleşme anı (yumurta ve spermin birleşmesi- döllenme anı) değildir; ana rahmine düşme anı, embriyonun "rahim duvarına tutunma anı[53]" olarak değerlendirilmektedir.[54]

---

50 Amaç cenine hukuki koruma sağlamak ise, yapay döllenmedeki gelişmeler de göz önüne alınarak, hak ehliyeti bakımından döllenme anına üstünlük tanımak gerektiği savunulabilir. Bu durumda, dış ortamda döllenmiş embriyonun kişiliği olduğu kabul edilecek olursa, onun embriyo halindeyken üzerinde yapılabilecek her türlü tahribat ve haksız fiil sonucu sakat doğması halinde, bu durum nedeni ile uğradığı zararları talep edebilecektir. Nagehan Kırkbeşoğlu, Soybağı Alanında Biyo, İnsan Doğasının Geleceği, (çev etik ve Hukuk Sorunları, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2006, s.17.

51 Jürgen Habermas. Kaan H. Öktem), naklen, Everest Yayınları, İstanbul 2003, s. 58.

52 Beksaç/Çakar/Akipek Öcal/Katoğlu, s. 128.

53 Embriyo, kadın ve erkeğin üreme hücrelerinden oluştuğu için, her ikisinin ortak kişilik değeridir. Üreme hücrelerinin birleşmesi ile oluşan embriyo, doğana kadar kişi statüsünde olmasa da, anne ve babasından ayrı, onların malvarlığı haklarından öte bir canlı, nidasyon veya implantasyon anından itibaren yaşama hakkına sahip bir varlık ve döllenme anından itibaren de, insan onuruna yakışır şekilde korunması gereken bir insan adayı olduğu yönünde bkz. Öztürk Aydın, Üremeye Yardımcı Tedavi Yöntemlerinden Doğan Hukuki Sorumluluk, Legal Yayıncılık, İstanbul 2014, s. 25.

54 Kalkan Oğuztürk, s. 250; s. 246, dn.380;s. 253.

TMK md.28/f.2'da yer alan, ceninin ana rahmine düştüğü andan itibaren hak ehliyetini kazanacağına ilişkin, geçmişe etkililik varsayımının kökeni Roma Hukukuna dayanmaktadır. Döllenmiş ama henüz doğmamış çocuğun hakları bulunmadığı kural olarak kabul edilmekle beraber; belirli amaçlarla, bazı hallerde, çocuk sanki doğmuş varsayılabiliyordu. Yeter ki sonradan canlı olarak doğsun.[55]

Digesta 1.5.7[56] (*Paulus libro singulari de portionibus, quae liberis damnatorum conceduntur*) da; ana karnında olan ceninin kendi çıkarları ya da yararları söz konusu olduğu ölçüde sanki doğmuşçasına korunduğu ifade edilmiştir. Paulus'un bu ifadesi, "Kendi çıkarları söz konusu olduğu ölçüde nasciturus (cenin) doğmuş sayılır[57]" Pandekt Hukuku kuralına kaynaklık etmiştir.[58]

Üremeye yardımcı tedavi yöntemleri kullanılarak gerçekleştirilen döllenmede, "çocuğun medeni haklardan istifade etmeye başladığı an" konusunda, öğretide farklı görüşler ileri sürülmektedir. Bu konuda bir görüş, kişiliğin ve hak ehliyetinin başlangıcını tayin ederken, tam ve sağ doğmak şartıyla, tüpte döllenme anını esas alırken, diğer görüş ise, ana rahmine tutunma anını esas almaktadır.[59] Bu tespitler,

---

55 Herbert Hausmaninger/Walter Selb, Römisches Privatrecht, Böhlau Verlag Wien, Köln, Weimar, 1994, s. 125; Max Kaser, Römisches Privatrecht, München, 1992, s.73.

56 "…Qui in utero est, perinde ac si in rebus humanis esset custoditur, quotiens de commodis ipsius partus quaeritur:.."

57 "nasciturus prolam nato habetur, quotiens de commodis eius agitur"

58 Hausmaninger/Selb, s. 125.

59 Döllenmeyi esas alan görüş; tür, devamlılık, bireysellik ve potansiyel argümanlarını esas almaktadır: embriyo döllenme anından itibaren insan türüne aittir; bu andan itibaren potansiyel ve devamlı olarak bireysel bir insan olarak gelişebilir. Üreme tıbbında döllenme, kural olarak rahim dışında gerçekleştiğinden, tüpteki embriyo bunun bir sonucu olarak, mutlak koruma altında olacaktır. Ancak bu görüşün gözden kaçırdığı husus, embriyonun aktarma olmaksızın, yani kadının rahmine dahil edilmeksizin asla bir insan olarak gelişme imkanının olmadığıdır. Dolayısıyla devamlılık ve potansiyellik özellikleri, aktarma olmadığı müddetçe saf hayalden ibaret kalacaktır. Bunun sonucu olarak da, devamlılık ve potansiyel özellikleri geçersizdir, zira bunun için ana rahmine aktarma önemli bir aşama oluşturmaktadır. Bireysellik argümanına karşı da, ana rahmine aktarılmış yumurta hücresinin ben bilincine sahip olmadığı gibi, sinir sisteminin bulunmaması nedeniyle de his ve acı yeteneğinin de bulunmadığı ileri sürülebilir. Keza döllenme sonrasında da birden fazla gebelik (ikiz, üçüz vs.) oluşumu mümkündür. Son olarak "tür" argümanı da ikna edici değildir; zira bir insan embriyonu, gelişim aşamasından bağımsız olarak her zaman zaten insan türüne dahil olacaktır. Bu nedenlerle daha iyi argüman, insan yaşamının başlangıcını ana rahmine aktarmayla kabul etmektir. Böylece tüpteki embriyo mutlak dokunulmaz olmayacaktır. Ancak bu, embriyonun tamamen korumasız kalacağı anlamını da taşımamaktadır.

ana rahmine yerleştirilmemiş pre-embriyo veya extra-corporel embriyonun ve embriyonun vasıflandırılması sorununu ortaya çıkarmaktadır.[60] Bir görüşe göre, üremeye yardımcı tedavi yöntemleri kullanılarak gerçekleştirilen döllenme söz konusu olduğunda, çocuğun medeni haklardan istifade etmeye başladığı an konusunda TMK'da bir boşluk bulunmaktadır ve bu boşluk, TMK, md.1'e dayanarak, hâkim tarafından doldurulmalıdır. Bir diğer görüşe göre ise; esasen yapay dölleme aşamasında çok sayıda embriyo oluşturulduğundan ve bunların ana rahmine transfer edilip edilmeyeceği veya hangilerinin transfer edileceği belli olmadığından, bu aşamada hak ehliyetinin bulunmadığını kabul etmek daha isabetli olacaktır.[61]

Pre-embriyo veya extra-corporel embriyo ve embriyo, bir "kişi", bir "eşya" veya "üreme hücreleri sahiplerinin veya hukuki anne ve babanın, kişilik haklarına ait bir değer" ya da "üreme hücreleri sahiplerinin veya hukuken anneyle babanın vücuduna ait bir obje[62]" olarak mı nitelendirilecektir.[63]

21. yüzyılda artık pre-embriyo, embriyo veya ceninin, hem yumurtasını veren kadın hem de spermini veren erkeğe ait genetik özellikler taşıyan ve yaşama potansiyeline sahip olan bir varlık olduğu gerekçesiyle, embriyonun ne kişi ne de eşya olarak nitelendirilebileceği, özel bir hukuki statüye sahip olması gerektiği savunulmaya başlanmıştır.

Daha çok, ölüm sonrası onur korumasına benzer, aşamalı bir yaşam ve onur koruması söz konusu olacaktır. Carina Dorneck, "Yapay Döllenme Tıbbının Güncel Sorunları", (çev. Hakan Hakeri), *TıpHD* - Issue: 8 / Year: 2015, s. 95-96.

60 Ebru Şensöz Malkoç, "Milletlerarası Özel Hukukta Embriyo", Milletlerarası Özel Hukuk Perspektifi ile Biohukuk, 4. Milletlerarası Hukukçular Toplantısı, 6-8 Eylül 2012, Bektaş Köyü-Ayvacık/Çanakkale, Toplantı Sunumları ve Tartışmalar, Medipol Üniversitesi Yayını, Ağustos 2013, s. 131-132.

61 Hakan Hakeri, "Türk Hukukunda Yapay Döllenme", (Döllenme), *TıpHD* - Issue: 8 / Year: 2015, s. 112-113.

62 Yapay döllenme tekniklerinin uygulanması neticesinde tüpte döllenen embriyonun ise, kadının vücudundan ayrılmış olduğu, bağımsız olarak varlık sürdürdüğü ve başkasına devredilebildiği için eşya statüsünde olduğu, yabancı doktrinde, bazı yazarlarca savunulmaktadır. Özbilen, s. 36-37, dn.88. Embriyoyu eşya statüsünde gören, Gemalmaz'a göre, insan olma potansiyeline sahip bir varlık olması sebebiyle embriyonunun hukuki niteliği çok tartışmalıdır. Ancak, yazarın ileri sürdüğü görüşe göre, embriyoyu oluşturan üreme hücrelerinin elde edildiği çiftin evli olması halinde, embriyo, evlilik mal rejimine tabi olmalı; bu kişilerin evli olmamaları durumunda ise, embriyo üzerinde bu kişilerin müşterek olarak mülkiyet hakkına sahip oldukları düşünülmelidir. Burak Gemalmaz, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde Mülkiyet Hakkı, İstanbul 2009, s.275.

63 Şensöz Malkoç, s. 129.

Bu savununun temelinde, hukuki sorunların çözümünde, mevcut pozitif hukukun yeterli olmadığı düşüncesi ve embriyoyu günümüz hukuk sistemleri esas alındığında, eşya veya kişi olarak kabul etmenin yarattığı sakıncalar yatmaktadır.[64]

Hukuki perspektifte, ana rahminde bulunan embriyo, ceninden önceki bir aşamada bulunan, insan olma potansiyeline sahip bir varlık olarak, annenin vücut bütünlüğü içerisinde, doğum anına kadar onun bir parçası olarak kabul edilebilir.[65] Embriyoya, ahlaki, felsefi, dini ve etik tartışmalardan ari olarak, hukuki anlamda "kişilik" atfedilen herhangi bir düzenleme bulunmamaktadır.

Kürtaj işleminin konusunu oluşturan ana rahminden ayrılan embriyolar veya annede döllenmiş, lavaj denilen usulle alınan, gelişimini tüpte devam ettirecek, henüz erken dönem embriyolar ile üreme amacı ile yaratılmış, tüpteki (in vitro) embriyonun hukuki niteliği ele alındığında da, hukuken "kişi" olarak kabul edildikleri bir yasal düzenleme mevcut değildir.[66]

---

64 Levent Korkut, "Biohukuk bakış açısıyla AİHM Kararlarında Ceninin Hukuki Statüsü", *SD Sağlık Düşüncesi ve Tıp Kültürü Dergisi*, Aralık-Ocak-Şubat 2013, 25.sayı, Tesa Eğitim Sağlık ve Araştırma Vakfı, İstanbul, 2013, s. 86 vd; Yücel Sayman, "Mevcut hukuk sistemi Biyolojik gelişmeler karşısında aciz kalıyor", *SD Sağlık Düşüncesi ve Tıp Kültürü Dergisi*, Aralık-Ocak-Şubat 2013, 25.sayı, Tesa Eğitim Sağlık ve Araştırma Vakfı, İstanbul, 2013, http://www.sdplatform.com/Soylesiler/45/Mevcut-hukuk-sistemi-biyolojik-gelismeler-karsisinda-aciz-kaliyor.aspx, (erişim tarihi: 17.08.2017).

65 Eğer embriyo yalnızca dişi organizmanın bir parçası olarak kabul edilseydi, embriyonun dişi vücutla yaşam koşullu bağlılığı, kürtajı kişisel yaşamı biçimlendirmenin yasa koyucunun müdahalesi dışında kalan bir parçası haline dönüştürebileceği yönünde, bkz. Korkut Kanadoğlu, "Türk Anayasa Hukukunda Sağlık Alanında Temel Haklar", *TBB Dergisi*, 2015(119), s.27-28.

66 Yasa koyucu, tüpteki embriyoyu ana rahmindekinden tümüyle ayrı bir varlık olarak mı, belirli bir zaman dilimi aşıldığında mı hakka ehil insan saydığı; yoksa tüpte olsun, tüpte olsun ana rahminde olsun, embriyonun haklara gelişiminin en erken evresinde mi, yani döllenme ile birlikte mi sahip olduğu konusunda karar vermeli ve bu konudaki belirsizliğe son vermelidir. Aykut Çoban, "Türkiye'de Üreme Sürecinde Oluşturulan Tüpteki İnsan Embriyosunun Hukuki Statüsü", (Tüp), İnsan Hakları Yıllığı, C. 27, 2009, s. 93. Türkiye'de yalnızca tüptekinin değil, ana rahmindeki embriyonun hukuki statüsü de, çelişkilerle biçimlenmiş bir alana hapsolmuştur. Ana rahmindeki embriyo için çelişkili düzenlemeler veriyken, tüpteki embriyo için daha sağlam yasal güvencelerin getirilmiş olmasını bekleyemeyiz. Aykut Çoban, "Embriyo Hakları Bakımından Üreme Süreci", (Embriyo Hakları), Türkiye Biyoetik Derneği, Biyoetik Araştırmaları, İstanbul 2012, s. 313-314.

Sonuç olarak, embriyo ve cenin kavramı ve hukuki statüsü konusunda yerleşmiş bir kural ne mevcut hukuklarda, ne de uluslararası düzenlemelerde bulunmamaktadır. Kök hücre konusundaki tartışma, embriyonik yaşam ve embriyonun ahlaki statüsüne saygı gösterilmesi gerekliliği ile araştırma özgürlüğü kapsamında hastalıklara çare bulma ve yaşamın sürdürülebilmesi amacı ile tıbbın gelişimi gerekliliği ikilemi üzerinde düğümlenmektedir. Burada tıp ve hukuk, tartışmayı ortak bir uzlaşı ile hukuki zeminde çözüme kavuşturmalıdırlar. Bu uzlaşı, embriyonun hukuki statüsünü belirleyecek yeni kavramların ortaya konulması ve buna bağlı diğer hukuki sorunların çözümünde uygulanabilecek yeni kurallar geliştirilmesine bağlıdır.

V. Embriyonik Kök Hücre Çalışmalarında Mevcut Hukuki Durum

Bu kısımda, embriyonik kök hücre çalışmaları (EKHÇ) bakımından, ülkemizdeki mevcut hukuki durum, yürürlükteki normatif düzenlemeler ve taraf olunan uluslararası anlaşmalar çerçevesinde ortaya konulmaya çalışılacaktır.

1. Ana Rahmindeki Embriyo Bakımından EKHÇ'da Hukuki Durum

Avrupa Konseyi'nin İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi'ne Biyotıbbi Araştırmalar Hakkında Ek Protokol, insanlara müdahaleleri içeren, sağlık alanındaki tüm araştırma etkinliklerini kapsamaktadır. Protokol rahimdeki ve tüpteki embriyo ayırımını benimsemiş ve md.2'ye göre, ilgili protokolün ceninler ve ana rahmindeki embriyolar üzerindeki araştırmalarda uygulanıp, tüpteki embriyolar üzerindeki araştırmalara uygulanmayacağı esasını öngörmüştür.[67]

İlgili protokol, 10.03.2011 tarih ve 6212 sayılı, "Biyotıp Araştırmalarına İlişkin İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesine Ek Protokolün Onaylanmasının Uygun Bulunduğuna Dair" Kanun, 11.06.2011 tarih ve 27961 (mükerrer) sayılı Resmi Gazetede, 2011/1827 sayılı Bakanlar Kurulu kararı ile Türkiye bakımından yürürlük kazanmıştır. Bu protokolün önemi, "Hamilelik veya Emzirme Döneminde Araştırma"

[67] Aykut Çoban, "Türkiye'de İnsan Embriyosu Üzerinde Araştırma Yapmanın Hukuki Sorunları", (İnsan Embriyosu), *TBB Dergisi*, Sayı:86, 2009, s.215.

başlıklı md.18'de, anne rahminde bulunan embriyoya ilişkin araştırma konusunda 3 koşul öngörmüş olmasıdır:

"*Hamile bir kadın üzerinde araştırma, onun sağlığına veya embriyo, fetüs ya da doğumdan sonra çocuğuna doğrudan bir fayda sağlama potansiyeline sahip değilse, ancak aşağıdaki ek şartlar karşılandığında yapılabilir:*

- *araştırma diğer embriyo, fetüs veya çocuklara veya diğer kadınlara üreme sağlığı konusunda azami faydalı sonuçların elde edilmesine katkıda bulunma amacı taşmakta ise;*
- *karşılaştırılabilir etkinlikte araştırma, hamile olmayan kadınlar üzerinde yapılamıyor ise;*
- *araştırma en az düzeyde risk ve külfet taşımakta ise.*

Araştırma emziren bir kadın üzerinde yapılıyor ise, çocuğun sağlığı üzerine olabilecek her türlü yan etkinin önlenmesi hususunda özel ihtimam gösterilir".

Türkiye bakımından yürürlük kazanmış ek protokol hükmüne göre, belirtilen şartları sağlamak kaydıyla, ana rahmindeki embriyo üzerinde araştırma yapma yönünde hukuki bir engel bulunmamaktadır. Dolayısı ile iç hukukumuzda, konuya ilişkin yasal düzenlemeler yapılırken, yürürlük kazanmış ve bağlayıcı olan ilgili ek protokol hükmüne uygun düzenlemeler yapılmalıdır.

NPKN md.5, 10. haftaya kadar gebeliklerin sona erdirilmesine olanak tanımaktadır. Kaldı ki 9 aylık bir ceninin dahi, anne yaşamını tehlikeye sokması durumunda yaşamına son verilmesine olanak tanınırken, hastalıkların tedavisi için bundan çok daha önceki bir aşamada embriyodan faydalanılmasında, hukuki bir engel bulunmamaktadır. Hatta embriyonik yaşamın yok edilmesinin, embriyonik kök hücre araştırmalarının amacı ile orantısızlık içinde olmadığı da ileri sürülmektedir.[68] Embriyonik kök hücrelerin insana bilimsel deney ya da deneme yapmak sureti ile nakledilmesi TCK'nun 90. maddesi kapsamında değerlendirilecektir. Ancak, embriyo, hukuken, insan/çocuk olmaması itibari ile[69] bu suçun mağduru olamayacaktır.

---

68 Hakeri, Tıp, s.436.

69 Embriyonun hukuki statüsü üzerinde, yukarıda detaylı şekilde izah edilen tartışmalar, ilgili yasal düzenlemeden ne anlaşılması gerektiği konusunda da farklı de-

2. Tüpteki (in vitro) Embriyo Bakımından EKHÇ'da Hukuki Durum

Avrupa Konseyi'nin İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi'nde md.18/1'de; tüpte (in vitro) embriyo üzerinde araştırmaya ilişkin olarak, kanunun tüpteki embriyo üzerinde araştırmaya izin vermesi halinde, embriyo için yeterli koruma sağlanması gerektiği yönünde hüküm bulunmaktadır. Diğer bir ifade ile sözleşmeye taraf devletler, embriyonun insan onuruna saygılı, keyfi olmayan bilimsel araştırmalar çerçevesinde, uygun korumasını öngörmektedir.

Unesco'nun Uluslararası Biyoetik Komitesi, "Tedavi Amaçlı İnsan Embriyonik Kök Hücrelerinin Kullanımı" başlıklı raporunda, embriyonik kök hücre araştırmalarına izin verilen ülkelerde, etik prensiplere saygı gösterilmesini sağlayacak yasal düzenlemeler yapılması gerektiğini önererek, artık embriyolar üzerinde araştırmanın, etik komitelerinin onayından geçmesi ve donörlerin serbestçe verecekleri aydınlatılmış onamları ile mümkün olabileceği ifade edilmiştir.[70]

Tüpteki embriyolar, üremeyi gerçekleştirmeye yönelik olarak yapay döllenme ile oluşturulurlar. Üreme amacıyla embriyo oluşturulmasına ilişkin, iç hukukumuzdaki temel düzenleme, "Üremeye Yardımcı Tedavi Uygulamaları ve Üremeye Yardımcı Tedavi Merkezleri Hakkında Yönetmelik[71] (ÜYTE)" tir. İlgili Yönetmelik, Ek-17'de, adaylardan tüp bebek amacı ile alınan yumurta ve spermler ile elde edilen embriyoların başka bir amaçla kullanılması yasaklanmaktadır. Bu hükmün, kişinin kök hücre çalışmaları dolayısı ile embriyo elde edilmesine rıza göstermesi durumunda, doğrudan doğruya embriyo-

---

ğerlendirmeleri sonuçlamaktadır. Embriyoyu hukuken çocuk olarak kabul eden Çoban, TCK. md.90'ın embriyoyu kapsadığı ve böylelikle suçun mağduru olabileceği yönünde, ceza hukuku değerlendirmesi yaparak, md.90/3-b hükmü gereği, rızasını kendisi açıklama yeteneği olmayan çocuklar üzerinde bilimsel deney yasağı nedeni ile, Türkiye'de rahimdeki ve tüpteki embriyo üzerinde deney yapılamayacağı sonucuna varmaktadır. Bkz. Çoban, İnsan Embriyosu, s. 231. Katıldığımız karşı görüş olarak; 90. maddede insan ile kastedilenin doğmuş kişi olduğu, bu nedenle maddenin cenin üzerinde yapılacak deney ve denemeleri kapsamadığı; embriyonun hukuken insan olmaması sebebi ile suçun mağduru olamayacağı yönünde bkz. Yener Ünver, "İnsan Üzerinde Deney ve Deneme Suçları", (Deney ve Deneme), Sağlık Hukuku ve Yeni Türk Ceza Kanunu'ndaki Düzenlemeler, Sempozyum No:1, 17.11.2006, İstanbul 2007, s.152; Hakeri, Tıp, s.440.

70 Kalkan Oğuztürk, s. 323.

71 RG: T.30.09.2014, S. 29135.

nik kök hücre elde edilmesini yasaklamadığı ileri sürülmekle birlikte; Yönetmelikte belirlenen esaslar dışında, her ne maksatla olursa olsun kullanımın yasaklanması ve Yönetmeliğin esaslarının, ÜYTE uygulamalarına ilişkin olması münasebeti ile açıkça embriyo üzerindeki diğer kullanımları yasakladığı sonucuna varmak gerekecektir.[72]

Embriyonik kök hücre, genellikle in vitro fertilizasyon uygulaması ile elde edilen ve hatta bu uygulamada kullanılmayan artık embriyolar (surplus embryo) üzerinden yapıldığı için, bu şekilde üretilmiş embriyoların kök hücre uygulamasında kullanılması, ilgili Yönetmelik hükmü gereğince mümkün gözükmemekle birlikte, esas sorun, üreme amacı dışında embriyo üretilecek ve kök hücre elde edilecek olursa durumun ne olacağıdır.

İlgili Yönetmelikte her bir ÜYTE işlemi için en çok kaç embriyo oluşturulacağına dair bir sayı sınırlaması bulunmamaktadır.[73]Anne adayının rahmine yerleştirilecek sayıdan daha fazla embriyo oluşturulması durumunda, elde artık embriyolar kalabilir. Yönetmeliğin md.20/5 hükmünde, "*Adaylardan fazla embriyo elde edilmesi durumunda eşlerden her ikisinin rızası alınarak embriyolar dondurulmak suretiyle saklanır. Saklama süresinin bir yılı aşması halinde her yıl embriyonun saklanması için çiftler mutlaka başvuruda bulunarak taleplerinin devam ettiğini ifade eden imzalı dilekçe vermelidir. Eşlerin birlikte talebi, eşlerden birinin ölümü veya boşanmanın hükmen sabit olması halinde ya da belirlenen süre son bulduğunda saklanan embriyolar müdürlükte kurulacak komisyon tarafından tutanak altına alınarak imha edilir. Bakanlıkça elektronik kayıt sistemi oluşturulması halinde merkezde saklanan embriyolara ilişkin bilgiler bu sisteme kaydedilir*" denilmek suretiyle, fazla embriyo elde edilmesi halinde saklanması durumunda, bu embriyoların sonradan başka amaçlarla, kök hücre elde edilmesi gibi, kullanılması öngörülmemektedir. Ancak, transfer edilmesine gerek kalmayan artık embriyoların, eşlerin dondurulmasını da istemediği durumda ne yapılacağına ilişkin açık bir

---

72 Hakeri, Tıp, s.436. Aksi görüş olarak; tüp bebek, tüpte döllenen embriyonun rahime yerleştirilerek doğmasının sağlanması, amaçlı elde edilen embriyolar, Yönetmeliğe göre, üreme amacı dışında, başka amaçla kullanılamayacağı için, kök hücre elde etmek amacı ile kullanamayacağı ve bu Yönetmeliğin amacının üremeye yardımcı tedavi yöntemlerini düzenleme altına almak olduğu ve kök hücrelerle ilgili doğrudan bir düzenleme öngörmediği hakkında bkz. Kalkan Oğuztürk, s. 317.

73 ÜYTE Yönetmelik, Ek-17/7'ye göre, merkezlerde ÜYTE uygulamasında birden fazla embriyo transfer edilmemesi esastır. Ancak 35 yaşa kadar birinci ve ikinci uygulamada tek embriyo, üçüncü ve sonraki uygulamalarda en fazla iki embriyo transfer edilebilir.

hüküm bulunmamaktadır. Burada amaca göre yorum yaparak, derhal imha edileceği sonucuna varılmaktadır.[74]

ÜYTE Yönetmeliği'nin, adaylardan tüp bebek amacı ile alınan yumurta ve spermler ile elde edilen embriyoların başka bir amaçla kullanılmasını yasaklayan hükmü ile artık embriyoların saklanmasına ilişkin hükümlerine aykırı davranılması halinde, sadece idari yaptırım uygulanabileceği ve mevcut durumda, kurallara uymamanın cezai bir sorumluluğu gerektirmeyeceğinden, yeterli seviyede bir koruma sağlamadığı açıktır.

Artık embriyolardan kök hücre elde edilmesine yönelik destekleyici görüşler; bu embriyoların dünyaya gelmek adına şansları kalmaması sebebi ile kök hücre elde edilmesinde kullanılmasının uygun olacağını ileri sürmektedir. Ayrıca, Avrupa Konseyi'nin İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi, salt araştırma amaçlı embriyo oluşturulmasını yasaklarken, embriyo üzerindeki deneyleri yasaklamamaktadır. Bu durumda; süresi dolduğunda imha edilmek yerine, bu embriyoların araştırma amaçlı kullanılmasında hukuki bir engel bulunmadığı; biyolojik ya da genetik bozukluğu olsun olmasın, üreme amaçlı olarak meydana getirilen ve artmış olan fazla embriyolar üzerinde çalışma yapılabileceği sonucu kendiliğinden doğmaktadır.

3. Araştırma Amaçlı Embriyo Yaratmak Bakımından Hukuki Durum

Avrupa Konseyi'nin İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi md.18/2 araştırma amaçlı insan embriyosu üretimini yasaklamıştır. Nitekim ÜYTE Yönetmeliği hükümleri de, üreme amacı dışında elde edilen embriyoların kullanımını yasakladığından ve Biyotıp Sözleşmesinin usulüne göre yürürlüğe girmiş bir uluslararası sözleşme olarak iç hukukumuz açısından kanun hükmünde olmasından; araştırma amaçlı embriyo yaratılmasının,[75] ülkemizde hukuken mümkün olmadığı sonucuna varılmaktadır.[76]

---

74 Çoban, Tüp, s.80;Hakeri, Tıp, s. 436.

75 Burada dikkat edilmesi gereken hususun, insan embriyonlarının yaratılmasının, araştırma amaçlı yapılmasının yasak olduğu ve tedavi amaçlı insan embriyonu yaratılması yasal düzenlemeye kavuşturularak, mümkün ve caiz kılınması görüşü için bkz. Yener Ünver, "Avrupa Biyo-Hukuk Sözleşmesi'nin Türk Hukukuna Etkileri", (Biyo-Hukuk), *KHukA*, Kasım 2005, s.183-184.

76 Biyoloji ve Tıbbın Uygulanması Bakımından İnsan Hakları ve İnsan Haysiyetinin Korunması Sözleşmesi'ne Ek İnsan Kopyalanmasının Yasaklanmasına İlişkin

4. Sağlık Bakanlığı Genelgesi (2005) Sonrasında EKHÇ'da Hukuki Durum

Sağlık Bakanlığı, 2005/141 sayılı ve 19.09.2005 tarihli bir genelge ile (2005 tarihli Embriyonik Kök Hücre Çalışmalarını Yasaklayan Genelge), Bakanlıkta sürdürülen hukuki çalışmalar sonuçlanıncaya kadar, embriyonik kök hücre araştırmalarının kamu ve özel kurum/kuruluşlar ile üniversiteler bünyesinde yapılmaması gerektiğini duyurmuştur. Genelgede, somatik kök hücre nakli ile tedavisi konusundaki araştırmaların dünya genelinde kabul gördüğü, ancak embriyodan elde edilen kök hücrelerin kullanılmasının, hukuki ve etik açıdan birçok tartışmaya neden olduğu ifade edilmektedir.[77]

Ancak daha sonra, Sağlık Bakanlığı tarafından yayınlanan 2006/51 sayılı ve 01.05.2006 tarihli genelge ile klinik amaçlı embriyonik olmayan kök hücre çalışmalarına izin verilmiştir. Bu bağlamda çalışmanın yapılacağı kurum bünyesinde gerekli alt yapının oluşturulması ve çağdaş bilimin gereklerine uygun olarak uygulama yapılabilmesi amacıyla, Bakanlık bünyesinde Kök Hücre Nakilleri Bilimsel Danışma Kurulu oluşturulmuş ve "Klinik Amaçlı Embriyonik Olmayan Kök Hücre Çalışmaları Kılavuzu" genelgeye ek olarak yayınlanmış ve tüm kamu ve özel kurum-kuruluşlar ile üniversiteler bünyesindeki ilgili personele tebliğ etmiştir.[78]

2005 ve 2006 tarihli genelgelerin, embriyonik kök hücre çalışmaları bakımından nasıl anlaşılması gerektiği konusunda açıklık bulunmamaktadır. İlk görüşe göre, 2005 tarihli genelge yürürlüktedir ve embriyonik kök hücre çalışmalarını yasaklamıştır. 2006 tarihli genelge sadece embriyonik olmayan kök hücre çalışmalarını düzenlemiş ve bu çalışmaları bazı şartlara tabi kılmıştır. Diğer görüşe göre ise Sağlık Ba-

---

Protokol'ün, 03.07.2017 tarihinde 2017/10529 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı ile onaylandığına ilişkin karar, 24.08.2017 tarih ve 30164 sayılı 1. Mükerrer Resmi Gazete'de yayınlanmıştır.

77 Zengin, s.232.

78 Kanadoğlu, s.29. Kılavuz kök hücre çalışmalarının yapılabilmesi konusunda bazı şartlar öngörmektedir: a) Benzer çalışmanın öncelikle insan dışı deney ortamında veya yeterli sayıda hayvan üzerinde yapılmış olması, b) insan dışı deney ortamında veya hayvanlar üzerinde yapılan deneyler sonucunda ulaşılan bilimsel verilerin, varılmak istenen hedefe ulaşmak açısından bunların insanlar üzerinde de yapılmasını gerekli kılması, c) Çalışmanın insan sağlığı üzerinde öngörülebilir zararlı ve kalıcı bir etki bırakmaması, şeklinde ifade edilmektedir. Zengin, s. 233.

kanlığı, hukuki, kültürel ve etik çalışmalar sonuçlanıncaya kadar embriyonik kök hücre çalışmalarını yasaklamıştır. 2006 yılında bir diğer genelge yayınlanması, bu çalışmaların sonlandığı anlamına gelmektedir. Genelge her ne kadar embriyonik olmayan kök hücre çalışmalarına ilişkin olsa da embriyonik kök hücre çalışmalarına yönelik bir sınırlama da getirmemektedir.[79]

Sağlık Bakanlığı'nın ilgili kılavuzu, embriyonik olmayan klinik amaçlı kök hücre çalışmalarına ilişkin olmakla, temel araştırma kök hücre çalışmalarının kapsam dışı bırakıldığını göstermektedir.

Bu durum özellikle, TCK. md.90 anlamında, kök hücre deneylerinin yasaklandığı ancak kök hücre denemelerinin serbest kılındığı şeklinde yorumlanmaktadır.[80] TCK md. 90 uyarınca hasta üzerinde tedavi amaçlı deneme yapabilmek için, bilinen tüm tedavi yöntemlerinin hasta üzerinde denenmesi gerekli değildir. Ancak Sağlık Bakanlığı ta-

79 Zengin, s. 234. Aykut Çoban, "Türkiye'de İnsan Embriyosu Üzerinde Araştırma Yapmanın Hukuki Sorunları" başlıklı makalesinde; 03.03.2008 tarihinde, kendisinin talebi üzerine, Sağlık Bakanlığı tarafından "Embriyonik Kök Hücre Çalışmaları Taslak Kılavuzu" olarak bir çalışmanın, kendisine gönderildiğinden bahsetmektedir. Yazarın ifadesine göre, (Bahsi geçen taslak kılavuza, Sağlık Bakanlığı web sayfasından ulaşılamadığı gibi, varlığı ve akıbeti hakkında, ilgili idari birimlerle yapılan yazışmalar da sonuçsuz kalmıştır) ilgili taslak kılavuza göre; insan embriyosunun kök hücre çalışmalarında kullanılmasına olanak sağlanmaktadır. Taslak kılavuzda embriyonik kök hücre: "laboratuvar ortamında gerçekleştirilen döllenme sonrası oluşan, 5-7 günlük hücre kümesinden teşekkül eden blastokisten elde edilebilen kök hücre kümesi ve serileri" olarak tanımlanmaktadır. Ayrıca taslak çalışmada, embriyonun elde edilme biçimi ile ilgili geniş bir esneklik tanınarak, embriyonik kök hücre çalışması yapmak isteyenlerin embriyoyu nasıl elde ettiklerini, embriyonun kaynağı ile ilgili ayrıntıları, başvuru dosyasında belirteceklerdir. Kılavuzda açıkça yer verilen tek kural, insan kaynaklı embriyonik kök hücre uygulamalarının ancak kültür ortamlarında ya da hayvanlar üzerinde yapılabileceği ve bu kök hücrelerle insanlar üzerinde klinik deneylerin yapılmasına izin verilmediğidir. Türkiye'de tüpteki ve rahimdeki embriyo ayırımına, bu taslak kılavuzda yer verildiği, tüpteki embriyonun kök hücre araştırmalarında kullanılmasına olanak sağlandığı ve embriyonun statüsünün de, gün sayma hesabına dayandırıldığı ifade edilmektedir. İlgili taslak kılavuza göre, embriyo 7 günlük oluncaya kadar, kök hücre ile ilgili her türlü araştırmaya konu olabileceği belirtilmektedir. Çoban, İnsan Embriyosu, s. 207-209. Eğer yazar tarafından ifade edildiği şekli ile halen mevcut olan böyle bir taslak kılavuz çalışması var ise, bu kılavuzun tüpteki embriyo üzerindeki kök hücre araştırmalarına dair olduğu ancak tüp bebek sürecinde ortaya çıkan artık embriyoların kök hücre araştırmalarında kullanılıp kullanılmayacağına ve istem ile sonlandırılan gebeliklerden embriyonik kök hücre elde etmeye ilişkin bir düzenleme içermediği anlaşılmaktadır.

80 Zengin, s.234. Kılavuzun ayrıntılı hukuki yorumu ve TCK'ya göre insan üzerinde deney yapma suçunun kıyası için bkz. Hakeri, Kök Hücre, s.80-82.

rafından yayınlanan kılavuz sadece bilinen tüm tedavi yöntemlerinin uygulanıp, tüketilerek başarısız olması halinde uygulanan kök hücre çalışmalarına ilişkin usul ve esasları düzenlediğinden, yalnızca öngörüye dayanarak gerçekleştirilen kök hücre deney ve denemelerine bu kılavuz hükümleri uygulanamayacaktır. Ancak, bilinen tüm tedavi yöntemleri hasta üzerinde uygulanarak başarısız olmuşsa, sadece tedavici edici kök hücre denemeleri değil, hasta üzerinde gerçekleştirilen kök hücre deneyleri de Kılavuz hükümlerine tabi olacaktır.[81] Sağlık Bakanlığı'nın ilgili Kılavuzu, hasta üzerinde tedavi amaçlı kök hücre denemelerine ilişkin olarak, TCK'nun insan üzerinde deneme suçunu düzenleyen 90/4. maddesinin aksine, çalışmanın uygun kabul edilebilmesi için, aynı kanunun bilimsel deneylere ilişkin olarak varlığını aradığı hukuka uygunluk nedenlerinin mevcudiyetini aramaktadır. Oysa kılavuz ile, hasta insan üzerinde gerçekleştirilen tedavi amaçlı kök hücre denemelerine yönelik olarak, TCK'na aykırı ek şartlar getirilemez. O halde, TCK. md.90/4 haricinde, tedavi edici denemelere ilişkin sınırlayıcı bir hüküm bulunmamaktadır.[82]

Esasen Kılavuzda ifade edilen, klinik kök hücre çalışması kavramını, bilimsel kök hücre deneyi olarak yorumlamanın ve tedavi edici kök hücre denemelerini, TCK. md. 90/4 ifade olunan deneme suçu kapsamında değerlendirmenin yerinde olacağı ifade edilmektedir.[83] O halde, ana rahminde bulunan embriyo üzerinde bilimsel kök hücre deney ve denemesi yapmanın önünde hukuki bir engel olup olmadığına bakıldığında; sadece araştırma amaçlı yaratılmış embriyo üzerinde embriyonik kök hücre deneyi yapılamayacaktır.[84]

Ana rahminde bulunan embriyo üzerindeki kök hücre çalışması annenin ve/veya embriyonun tedavisine yönelik olmaması sebebi ile tedavi edici kök hücre denemesi olarak kabul edilemeyeceğinden; bilimsel kök hücre deneyi olarak değerlendirilmelidir. Bu tür deneylerin hukuka uygun kabul edilebilmesi için de, etik kurul onayı ve Sağlık Bakanlığı izninin gerekli olması ve bu noktada yayımlanan Genelgelerin gerekçe gösterilerek bu tür embriyonik kök hücre deneylerinin

81 Ezgi Eşitli Aygün, İnsan Üzerinde Deney ve Deneme Suçları, Yetkin Yayınları, Ankara 2012, s. 209.
82 Eşitli, s. 210.
83 Eşitli, s. 210.
84 Eşitli, s. 210.

engellenmesi söz konusu olabileceğinden; en kısa zaman içerisinde embiyonik kök hücre çalışmalarına ilişkin durumun, bir hukuki zemine oturtulması gerekmektedir.[85]Zira böylesine tartışmalara yol açan konularda, kılavuz, genelge ve yönetmelik çerçevesinde düzenleme yapmak, iç hukukumuz açısından bağlayıcı ve kanun gücünde olan Avrupa İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesinin, pek çok hükmünde sıklıkla tekrarladığı "kanun" ifadesi ile olması gereken normatif düzenleme türüne aykırılık teşkil eder.

Bu hususun dışında, ilgili düzenlemelere aykırı davranılması halinde, bu hususlara ilişkin düzenlemeler, kanun düzeyinde olmadığından, öngörülecek yaptırım idari nitelikte olacaktır. İlgili hukuka aykırılık, TCK'nun ilgili hükümlerine göre bir suç tipine uygunluk sağlamadığı sürece de, cezai bir yaptırım uygulanması söz konusu olmayacaktır.

Sonuç

Embriyonun hukuki statüsünün; embriyonik kök hücre araştırmaları ve diğer pek çok biyotıp uygulaması açısından açıklığa kavuşturulması gerekmektedir. Günümüz hukuk sistemlerine göre, embriyonun hukuken kişi ya da eşya olarak nitelendirilmesi ikileminde kalındığı görülmektedir. Embriyonun kişi olarak kabul edilmemesi, insan olma potansiyeline sahip bir canlı olarak, üstünde her türlü hukuki tasarrufta bulunulabilecek bir eşya olarak kabul edilmesine yönelik görüşleri de beraberinde getirmektedir. Bu yöndeki görüşler ise, embriyonun ahlaki statüsü konusundaki tartışmalar da dikkate alındığında, temel etik değerler ve insan onuru temelli insan hakları yaklaşımı ile karşı karşıya gelecektir. Diğer taraftan, embriyonun, doğmuş kişilerle hukuken eşit bir statüye kavuşturulması da embriyo üzerindeki tüm araştırmaların yasaklanmasına ve gerçekte özerkliği bulunmayan embriyonun, özerkliğinin kabulüne sebep olacaktır. Böyle bir ikilem içinde yapılması gereken, biyotıp alanındaki güncel gelişmelere uygun, embriyonik kök hücre çalışmaları gibi, hastalıkların tedavisinde umut kaynağı olabilecek uygulamalara cevaz verecek şekilde, yeni bir hukuki nitelendirme yapılmasıdır.

85 Ayrıntılı bilgi için bkz. Eşitli s. 210 vd.

Kök hücre elde edilmesi için embriyonun meydana gelmesi seçeneklerinin tamamı düşünülerek (normal yollarla, üreme hücrelerinin bir araya gelmesi ile oluşan embriyo; çekirdek transferi yöntemi ile seksüel yolla olmayan embriyo, eşeysiz üreme yoluyla klonlanmış embriyo) embriyonun hukuki statüsünün belirlenmesi, bu uygulamalardan izin verilenlerin şartlarının açık ve net şekilde ortaya konulması, izin verilmeyen uygulamalar bakımından yaptırımların belirlenmesi, bir zorunluluk olarak karşımıza çıkmaktadır.

Embriyonik kök hücre çalışmalarına ilişkin kuralların, mutlak surette "kanun" düzeyinde normatif bir çalışma ile belirlenmesi gerekmektedir. Bu durum, hem taraf olduğumuz ve iç hukukumuzun bir parçası haline gelen ve hukuken bağlayıcı olan Avrupa İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi'nin de öngördüğü bir gerekliliktir; hem de hukuka aykırı uygulamalar karşısında cezai yaptırım uygulayabilmenin yoludur.

"*Embriyonun Korunması ve Kök Hücre Çalışmaları Hakkında Kanun*" olarak ifade edilebilecek kanun, en kısa sürede; hukuken bağlı olduğumuz biyotıp alanındaki Uluslararası Anlaşma ve protokollerin hükümleri, karşılaştırmalı hukukta bu konuda yürürlükte olan kanunlar ve iç hukukumuzda yer alan diğer normatif düzenlemeler dikkate alınarak hazırlanmalıdır. Avrupa İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesinin gerekliliklerini iç hukuka yansıtacak normatif düzenlemelerde, bu hukuksal metinlerin uygulanması açısından, insan yaşamının başladığı anın ya genel hüküm veya ilgili müdahalenin türüne göre (örneğin embriyoya müdahale veya hamileliğin durdurulması veya genoma cinsiyet tayini amaçlı müdahale de olduğu gibi) ilgili hükümde özel olarak belirtilmesi gerekmektedir.

Hazırlanacak bu kanunun temel amacı, embriyonik kök hücrelerin alınması ve kullanılmasının anayasa hukukunun ilkelerini kabul etmek sureti ile bir yandan insanın yaşam hakkına ve onuruna saygı göstermek, bunları korumak; diğer yandan bilimsel araştırma özgürlüğünü güvence altına almak olmalıdır.

İlgili kanun; embriyonik kök hücre araştırmalarında resmi izin kararını verecek organ/kurul/komisyonu, bunların üyelerinin kimlerden oluşacağını, embriyo ticaretinin yasaklanmasına dair hükümleri içermelidir. Düzenleme, salt araştırma amaçlı insan embriyonu üretil-

mesinin yasak olduğu hükmünü içerirken; tedavi amaçlı embriyo üretiminin (yukarıda sayılan embriyo elde etmeye ilişkin tüm yöntemler dikkate alınarak) mümkün olup olmadığı sorununu da açıklığa kavuşturmalıdır.

Hazırlanacak kanunda; ÜYTE ile elde edilen artık embriyolar ile isteme bağlı gebelik sonlandırılmasından elde edilecek embriyonun hukuki statüsü, bu embriyoların kök hücre çalışmalarına kaynaklık edip edemeyeceği (kanaatimce artık embriyoların, hangi aşamada, hangi kurallar çerçevesinde artık embriyo olarak nitelendirilebileceği belirlenerek, kök hücre kaynağı olarak kullanılmasında hukuki ve etik bir engel bulunmamaktadır) açıkça ortaya konulmalıdır.

Embriyonik kök hücre çalışmalarının hangi kurallar çerçevesinde gerçekleştirilebileceği ve ilgili kurallara uyulmaması halinde öngörülecek cezai yaptırımlar da, ilgili kanunda net bir şekilde ifadesini bulmalıdır.

Kanun düzeyinde yapılacak bu normatif düzenlemede, çok açık, sınırları belirli ve gerek tıp gerek hukuk ve gerekse karma özellikteki bilim dallarında, aynı anlama gelen terimler kullanılmalı ve ayrıca korumanın niteliği, istisnaları ve zaman açısından getirilen sınırlamalar yoruma meydan vermeyecek kesinlikte olmalıdır. İlgili kanun tasarısı hazırlanırken; temel hak ve özgürlükler, hukukun üstünlüğü, uluslararası hukuk normları, karşılaştırmalı hukuk açısından konuya ilişkin yasal düzenlemeler, biyotıp etiği ilkeleri ile biyotıp alanındaki güncel gelişmeler esas alınmalıdır.

Kaynakça

Aydın Öztürk, Üremeye Yardımcı Tedavi Yöntemlerinden Doğan Hukuki Sorumluluk, Legal Yayıncılık, İstanbul 2014.

Aydın Ünver Tülay, Ceninin Hukuki Durumu, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2011.

Beauchamp Tom L./Childress James F., Biyomedikal Etik Prensipleri, Yedinci Edisyon, (çev. M. Kemal Temel), Betim, İstanbul 2017, s. 122.

Beksaç M.Sinan/Çakar Mehmet/Akipek Öcal Şebnem/Katoğlu Tuğrul, "Embriyo ve Fetus; Etik ve Yasal Boyut", M.Sinan Beksaç (ed.), Doğum Hekimliği; Maternal-Fetal Tıp'ta Etik ve Yasal Boyut, Medical Network, Ankara 2004, s.119-156.

Beksaç Meral, "Kök Hücre, Ne? Nasıl? Niçin? Ne Zamandan Beri? Nereye Kadar?", *Bilim ve Teknik Dergisi*, S. 511, Haziran 2010, s. 36-40.

Borsellino Patrizia, Bioetica tra morali e diritto, Milano: Raffaello Cortina Editore, 2009.

Büyük Larousse Sözlük ve Ansiklopedisi, İstanbul 1986, C. 6.

Can Alp, "Kök Hücre ile Yapılan Klinik Araştırmalarda Faz Kavramı Üzerine", *Kök Hücre E-Bülteni*, S.6 (Mart-Nisan 2015), s. 3-4.

Cin Onursal, "Yardımcı Üreme Metotları ve Embriyonun Korunması", *Hukuki Perspektifler Dergisi*, S.5, Aralık 2005, s.31-37.

Çakar Nur, "Embriyodan Erişkine Kök Hücreler", *Bilim ve Teknik*, S.511, Haziran 2010, s.42-45.

Çankaya Işık Olcay, "İnsan Hakları Boyutu ve Tıp Hukuku Açısından: Cenine (Foetous-Nasciturus) İlişkin Bir Manifesto", *TıpHD*, Sayı:1/Yıl:2012, s. 161-205.

Çoban Aykut, "Embriyo Hakları Bakımından Üreme Süreci", (Embriyo Hakları), Türkiye Biyoetik Derneği, Biyoetik Araştırmaları, İstanbul 2012, s. 313-330.

Çoban Aykut, "Türkiye'de İnsan Embriyosu Üzerinde Araştırma Yapmanın Hukuki Sorunları", (İnsan Embriyosu), *TBB Dergisi*, Sayı:86, 2009, s.204-248.

Çoban Aykut, "Türkiye'de Üreme Sürecinde Oluşturulan Tüpteki İnsan Embriyosunun Hukuki Statüsü", (Tüp), İnsan Hakları Yıllığı, C. 27, 2009, s. 75-96.

Doğan İlya, "İnsan Hayatını Koruma Yükümlülüğü ve İnsan Embriyonunun Ahlaki Statüsü", *KHukA*, Kasım 2005, s. 104-109.

Dorneck Carina, "Yapay Döllenme Tıbbının Güncel Sorunları", (çev. Hakan Hakeri), *TıpHD* - Issue: 8/Year: 2015, s. 93-103.

Dökmeci İsmail/Dökmeci Handan, Tıp Terimleri Cep Sözlüğü, İstanbul Medikal Yayıncılık, İstanbul 2011.

Eşitli Aygün Ezgi, İnsan Üzerinde Deney ve Deneme Suçları, Yetkin Yayınları, Ankara 2012.

Fischer Judith D., "Misappropriation of Human Eggs and Embryos and the Tort of Conversion: A Relational View", *Loy. L.A. L. Rev.*, Vol. 32, (1999), s. 381-430.

Foster Charles, Human Dignity in Bioethics and Law, Hart Publishing, Oxford, Portland, Oregon, 2011.

Gemalmaz Burak, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde Mülkiyet Hakkı, İstanbul 2009.

Görkey Şefik/Kutlay Nüket/Başağaç Gül Tamay/Güven Tolga/Sert Gürkan/Gün Mukadder/ Erzik Can, Kök Hücre Araştırmalarının Etik ve Hukuki Boyutu, Ankara, Nisan 2009.

Gün Mukadder, "Embriyonik Kök Hücre Araştırmaları/Tedavileri ve Olası Etik Sorunlar", Türkiye Klinikleri, J Med Oncol-Special Topics, S. 2015, C.8/2, s. 141-147.

Habermas Jürgen, İnsan Doğasının Geleceği, (çev. Kaan H. Öktem), Everest Yayınları, İstanbul 2003.

Hakeri Hakan, "Kök Hücre Çalışmaları ve Hukuki Boyutu", (Kök Hücre), Türkiye Klinikleri J Surg Med Sci, 2006, 2(43), s.78-82.

Hakeri Hakan, "Türk Hukukunda Yapay Döllenme", (Döllenme), *TıpHD* - Issue: 8/Year: 2015, s. 112-113.

Hakeri Hakan, Tıp Hukuku, (Tıp), Seçkin Yayıncılık, Ankara 2015.

Hausmaninger Herbert/Selb Walter, Römisches Privatrecht, Böhlau Verlag Wien, Köln, Weimar, 1994.

Kahraman Semra/Candan Zafer Nihat, "İnsan Embriyonik Kök Hücreleri", Türkiye Klinikleri J Surg Med Sci, 2006, 2(43), s.21-25.

Kalkan Oğuztürk Burcu, Türk Medeni Hukuku'nda Biyoetik Sorunlar, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2011.

Kanadoğlu Korkut, "Türk Anayasa Hukukunda Sağlık Alanında Temel Haklar", *TBB Dergisi*, 2015(119), s.11-34.

Kansu Emin, "Kök Hücreleri ve Klonlama", *Avrasya Dosyası: Moleküler Biyoloji ve Gen Teknolojileri Özel*, Sonbahar 2002, C.8, S.3, s.41-50.

Karakoç Sökmensüer Lale, "Embriyonik kök hücreler ve tedavi amaçlı kullanımları", *Hacettepe Tıp Dergisi*, C.38, S. 1, 2007, s. 15-19.

Karaşahin Tahir, "Embriyonik Kök Hücreler", *Erciyes Üniv. Vet. Fak. Derg.*, C.1, S. 9, 2012, s. 65-71.

Katoğlu Tuğrul, "Ceza Hukuku ve Etik", (Etik), *Toplum ve Hekim*, Temmuz-Ağustos 2004, C.19, S.4, s. 300-306.

Katoğlu Tuğrul, "Türk Hukukunun Bir Parçası Olarak Avrupa Konseyi İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi", (Biyotıp), *AÜHFD*, C. 55, S.1, 2006, s.157-193.

Keleş Şükrü, "Genetik, İnsanın Özgür ve Özerk Oluş Konumunu Tehdit Eder mi?", *Türkiye Klinikleri J Med Ethics*, 2013, 21(1), s.1-17.

Kırkbeşoğlu Nagehan, Soybağı Alanında Biyoetik ve Hukuk Sorunları, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2006.

Kıvılcım-Forsman Zeynep, "Avrupa Konseyi İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi", İnsan Hakları Yıllığı, C. 21-22, 1999-2000, s. 95-107.

Korkut Levent, "Biohukuk bakış açısıyla AİHM Kararlarında Ceninin Hukuki Statüsü", *SD Sağlık Düşüncesi ve Tıp Kültürü Dergisi*, Aralık-Ocak-Şubat 2013, 25.sayı, Tesa Eğitim Sağlık ve Araştırma Vakfı, İstanbul, 2013, s. 86-89.

Kök Hücre Tedavileri Hasta El Kitabı, ISSCR (Uluslararası Kök Hücre Araştırmaları Derneği), Ankara, 2008.

Max Kaser, Römisches Privatrecht, München, 1992.

Medicana Genel Sağlık Ansiklopedisi, Tıp Sözlüğü, İstanbul 1993, C.12.

Metin Sevtap, Biyo-Tıp Etiği ve Hukuk, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2010.

Özbilen Arif Barış, İnsan Kökenli Biyolojik Maddelere İlişkin Hukuki İşlemler, Vedat Yayınevi, İstanbul, 2011.

Özel Banu/Ozan Enver/Dabak Özlem, "Embriyonik Kök Hücreler", Türkiye Klinikleri, J Med Sci, S. 28, s. 333-341.

Rosenau Henning, "Avrupa Konseyi Biyotıp Sözleşmesine Göre Embriyon Araştırmaları ve Tedavi Amaçlı Kopyalama", (Embriyon Araştırmaları), (Çev.Hakan Hakeri), *KHukA*, Kasım 2005, s.137-144.

Rosenau Henning, "İndüklenmiş Pluripotent Kök Hücreler (IPS-Hücreler) Tüm Hukuki Sorunların Çözümü mü?", (IPS-Hücreler), (çev. Melike Şentürk Tur), *TıpHD*, Sayı:8/Yıl:2015, s. 263-291.

Sayman Yücel, "Mevcut hukuk sistemi Biyolojik gelişmeler karşısında aciz kalıyor", *SD Sağlık Düşüncesi ve Tıp Kültürü Dergisi*, Aralık-Ocak-Şubat 2013, 25.sayı, Tesa

Eğitim Sağlık ve Araştırma Vakfı, İstanbul, 2013, http://www.sdplatform.com/Soylesiler/45/Mevcut-hukuk-sistemi-biyolojik-gelismeler-karsisinda-aciz-kaliyor.aspx, (erişim tarihi: 17.08.2017).

Sezen Onur, "İnsan Üzerinde Biyoteknolojik Uygulamaların Uluslararası Hukuk Boyutu", *AndHD*, 2015, C.1, S.1, s.82-106.

Şener Nurhan, "Kök Hücre Araştırmaları, Etik ve Yasal Tartışmalar", *Hukuk Gündemi*, 2012/1, s.54-57.

Şensöz Malkoç Ebru, "Milletlerarası Özel Hukukta Embriyo", Milletlerarası Özel Hukuk Perspektifi ile Biohukuk, 4. Milletlerarası Hukukçular Toplantısı, 6-8 Eylül 2012, Bektaş Köyü-Ayvacık/Çanakkale, Toplantı Sunumları ve Tartışmalar, Medipol Üniversitesi Yayını, Ağustos 2013, s. 125-159.

T.C. Başbakanlık Diyanet İşleri Başkanlığı, "Günümüz Tıp Dünyasında Tartışılan Tüp Bebek ve Kök Hücre Gibi Yeni Uygulamaların İslam Dini Açısından Değerlendirilmesi" Din İşleri Yüksek Kurulu Mütalaaları, http://www2.diyanet.gov.tr/dinisleriyuksekkurulu/Sayfalar /Tupbebek1023-5894.aspx (erişim tarihi: 19.08.2017).

Tacir Hamide, "Yaşama Hakkı Kapsamında Yaşamın Başlangıcı", *MÜHF-HAD*, Özel Sayı: *Prof.Dr. Nur Centel'e Armağan*, C.19, S.2, Y.2013, s. 1306-1307.

Tauscher Soner, "Genetik Teknolojisinin Siyasi ve Etik Sınırları: Genetiği Yönetmek", *International Journal of Political Studies*, 2015, Issue:1, Vol:1, s. 1-12.

Türkiye Bilimler Akademisi Raporları, S.7, Ankara, 2005.

Ünver Yener, "Avrupa Biyo-Hukuk Sözleşmesi'nin Türk Hukukuna Etkileri", (Biyo-Hukuk), *KHukA*, Kasım 2005, s.183-184.

Ünver Yener, "İnsan Üzerinde Deney ve Deneme Suçları", Sağlık Hukuku ve Yeni Türk Ceza Kanunu'ndaki Düzenlemeler, (Deney ve Deneme),Sempozyum No:1, 17.11.2006, İstanbul 2007, s. 150-183.

Zengin Mehmet Ali, Biyoloji Uygulamaları ve Tıbbi Müdahaleler Karşısında İnsan Haklarının Korunması, Adalet Yayınevi, Ankara 2012.

Zeytin Zafer, "Üreme Tıbbı, Soybağı ve Hukuki Sonuçları", *TıpHD*, Issue: 8, Year: 2015, s. 211-233.

İMAR KİRLİLİĞİNE NEDEN OLMA SUÇU

THE CRIME OF CAUSING POLLUTION OF ZONING

Abdulbaki GİYİK*

Özet: Bireylerin yaşamlarını sağlıklı bir şekilde devam ettirebilmeleri için çevrenin korunması hayati öneme sahiptir. Bu nedenle, birçok ülkede çevrenin etkin bir şekilde korunmasına yönelik düzenlemeler yapılmaktadır. Bu kapsamda, bizim mevzuatımızda da başta Anayasa (m. 56) ve 2872 sayılı Çevre Kanunu olmak üzere çeşitli normlarla çevre sağlığının temin edilmesine yönelik düzenlemeler yapılmıştır. Yine, 5237 sayılı TCK m. 181-184 hükümleri arasında çevre sağlığına zarar veren bazı eylemler suç olarak kabul edilmiş ve bu fiiller karşılığında bazı yaptırımlar öngörülmüştür. Çalışmamızda, sözü edilen hükümlerden TCK m. 184'de düzenlenmiş bulunan "İmar Kirliliğine Neden Olma Suçu" inceleme konusu yapılacaktır.

Anahtar Kelimeler: Çevre, Çevrenin Korunması, İmar Kirliliği, İmar Düzeni

Abstract: Protection of the environment has a vital role for people in order to continue their lives in a healthy way. Therefore many countries have regulations in order to protect the environment effectively. In this context, Turkish Law System has a regulations for providing the environmental health especially Turkish Constitution (art. 56) and Environmental Law, numbered 2872. Also, in Turkish Penal Code, numbered 5237, some actions that damage the environment are considered as a crime and penalized. In our study, "crime of causing pollution of zoning" will be discussed which is regulated by article 184 of Turkish Penal Code.

Keywords: Environment, Protection of Environment, Zoning Pollution, Zoning System

* Arş. Gör., Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı

GİRİŞ

Bireylerin hayatlarını devam ettirebilmeleri, her şeyden önce sağlıklı bir çevrede[1] yaşamaları şartına bağlıdır. Çevre sağlığının bozulması durumunda, diğer varlıklar gibi, insanların da kaliteli yaşam standardının düşmesi ve hatta gerekli önlemler alınmadığı takdirde bu imkânın ortadan kalkması söz konusu olacaktır.

Çevreye verilen zararlar neticesinde; ekolojik denge bozulmakta, doğa ve insanlar arasındaki doğal bağlantı ortadan kalkmakta ve bireylerin sağlığı bu durumdan olumsuz bir şekilde etkilenmektedir.[2] Bu durumu göz önünde bulunduran ülkeler, çevreye verilen zararlarla daha etkin mücadele etmek adına; bazı eylemleri suç olarak kabul etmekte ve yaptırıma tabi tutmaktadır. Yine, bazı uluslararası metinlerle çevrenin korunmasını sağlayamaya yönelik kararlar alınmakta[3] ve ülkelere belli fiilleri suç olarak düzenleme yönünde yükümlülük getirilmektedir. Örneğin; Avrupa Birliği Konseyi tarafından kabul edilen 27.01.2003 tarih ve 2003/80/JHA sayılı "*Çevrenin Ceza Hukuku Yoluyla Korunması Hakkında Yönerge*" ile Avrupa Birliği'ne üye devletlere çeşitli eylemleri suç olarak kabul etme ve bunlara hürriyeti bağlayıcı cezalar verme yükümlülüğü yüklenmiştir.[4], [5]

Türk mevzuatında da, çeşitli düzenlemelerle çevrenin etkin bir şekilde korunması amaçlanmıştır.[6] Örneğin, Anayasa'nın 56. maddesinin 1. ve 2. fıkralarına göre, "*(1)Herkes, sağlıklı ve dengeli bir çevrede yaşama hakkına sahiptir. (2)Çevreyi geliştirmek, çevre sağlığını korumak ve çevre kirlenmesini önlemek Devletin ve vatandaşların ödevidir*". Yine TCK

---

1 Çevre kavramı, 2872 sayılı Çevre Kanunu m. 2 hükmünde, "Canlıların yaşamları boyunca ilişkilerini sürdürdükleri ve karşılıklı olarak etkileşim içinde bulundukları biyolojik, fiziksel, sosyal, ekonomik ve kültürel ortam" olarak tanımlanmıştır.

2 Handan Yokuş Şevük, Çevre Hukuku-Doğal Çevrenin Korunması, Adalet Yayınları, Ankara 2013, s. 7.

3 1972 yılında düzenlenen BM Stokholm Çevre ve Kalkınma Konferansı çevre sorunlarının uluslararası boyutta ele alındığı ilk uluslararası toplantı olarak nitelendirilmektedir: Salih Batal, "Avrupa Birliği Çevre Politikalarının Temel Özellikleri", http://www.mevzuatdergisi.com/, s. 1-2, e.t. 07.12.2016.

4 Barış Erman, "Çevre Suçları", *Hukuki Perspektifler Dergisi,* S. 1. , Y. 2004, s. 187.

5 Çevre hakkına yer verilen diğer uluslararası metinler için bkz. Yokuşsevük, s. 27 vd.

6 Bu konuda geniş bilgi için bkz: Serdar Talas, "Türk Ceza Hukuku'nda Çevrenin Kasten ve Taksirle Kirletilmesi Suçları, *İÜHFM*, , C. LXXI, S. 1, Y. 2013, s. 1147 vd.

m. 1 hükmünde, "*çevreyi korumak*" kanunun amaçları arasında açık bir şekilde belirtilmiştir.[7], [8]

Bütün bunlara ek olarak, 5237 sayılı TCK m. 181-184 hükümleri arasında "*Çevreye Karşı Suçlar"* düzenlenmiş ve bu hükümlere aykırı davranan kişilerin cezalandırılacağı belirtilmiştir. Çalışmamızda, "*Çevreye Karşı Suçlar"* arasında düzenlenen imar kirliliğine neden olma suçu (TCK m. 184) incelenmeye çalışılacaktır. Bu kapsamda, öncelikle suçla korunan hukuki yarar ile ilgili gerekli açıklamalar yapılacak; ardından suç tipinin unsurları tartışma konusu yapılacaktır.

I. KORUNAN HUKUKİ YARAR

Doktrinde, imar kirliliğine neden olma suçunun koruduğu hukuki değer ile ilgili ileri sürülmüş farklı fikirler söz konusudur. İlk görüşe göre, imar kirliliğine neden olma suçu, kişilerin sağlıklı ve dengeli bir çevrede yaşama hakkını korumaktadır.[9] Sözü edilen bu görüş; bizatihi çevreye değil; insanların sağlıklı bir çevrede yaşama hakkına vurgu yapmaktadır. İkinci görüş ise, TCK m. 184 ile *çevrenin* korunduğu ifade etmektedir.[10]

Yukarıda da ifade edildiği üzere, TCK m. 184 "*Çevreye Karşı Suçlar"* arasında düzenlenmiştir. Bu açıdan bakıldığında; suçla "çevrenin" korunduğundan şüphe bulunmamaktadır. Bununla birlikte, kanaatimizce; TCK m. 184 ile salt çevre korunmamaktadır. Zira TCK m. 184 ile aynı bölümde düzenlenen çevrenin kasten ve taksirle kirletilmesi suçları (TCK m. 182-183) ile çevrenin kirletilmesine engel olunacak tedbirler alınmaya çalışılmıştır. Söz konusu düzenlemelere ek olarak

---

7 Doktrinde, ceza kanununun amaç olarak koruduğu değerler arasında çevreye yer verilmesinin dünyada bu anlamda ilk örnek olduğu ifade edilmektedir: Firuz D. Yaşamış , "Çevre Hukuku'nda Son Gelişmeler: Yeni Türk Ceza Kanunu ve Kabahatler Kanunu", *TBB Dergisi,* S. 58, Y. 2005, s. 138.

8 2872 sayılı Çevre Kanunu'nun "Amaç" başlıklı 1. maddesinde de, çevrenin korunması amaç olarak belirlenmiştir. Söz konusu hükme göre, "Bu Kanunun amacı, bütün canlıların ortak varlığı olan çevrenin, sürdürülebilir çevre ve sürdürülebilir kalkınma ilkeleri doğrultusunda korunmasını sağlamaktır".

9 Özcan Özbey, "İmar Kirliliğine Neden Olma Suçunda İçtima Uygulaması", *TAAD,* Y. 2013, S. 13, s. 325; İbrahim Ceyhan, "İmar Kirliliğine Neden Olma Suçu", *CHD,* S. 10, Y. 2009, s. 89.

10 Mine Arısoy, "5237 Sayılı Türk Ceza Kanununda İmar Kirliliğine Neden Olma Suçu", *Terazi Aylık Hukuk Dergisi,* S. 13, Y. 2007, s.88.

TCK m. 184 hükmüne yer verilmesi; bu suçla çevre yanında imar düzeninin ve imar hukukundaki idari işleyişin de korunduğuna işaret etmektedir.[11] Özellikle, TCK m. 184/1-2 hükümleri, imar kirliliğine neden olma suçuyla, imar mevzuatındaki idari işleyişin de korunduğunun göstergesidir. Bu nedenle, TCK m. 184 hükmünün *karma hukuki konulu* bir suç olduğu ve suçla hem çevrenin hem de imar düzeninin korunduğu kabul edilmelidir. Hatta TCK m. 184 hükmüyle korunan hukuki yararlar arasında bir derecelendirme yapmak gerektiği takdirde, *imar düzeni ile imar mevzuatındaki idari işleyişin* kanaatimizce ilk sıralara konulması gerekir. Zira çevreye doğrudan zarar veren hareketleri cezalandıran normlar TCK m. 181-182 hükümleridir. Nitekim çevreye karşı suçları inceleyen bazı yazarlar TCK m. 184 hükmünü inceleme konusu yapmamaktadır.[12]

II. SUÇUN UNSURLARI

A. SUÇUN MADDİ UNSURLARI

Bilindiği üzere; suçun maddi unsurları; fail, mağdur, konu, eylem ve nedensellik bağından oluşmaktadır.[13] Aşağıda belirtilen bu unsurla ilgili gerekli açıklamalar yapılacaktır. Ancak, sözü edilen açıklamalardan önce, suçun düzenlendiği TC m. 184 hükmü ve gerekçesi ortaya konulmalıdır.

İmar kirliliğine neden olma suçu; 5237 sayılı TCK'nın 2. Kitabı'nın 3. Kısmının 2. Bölümü'nde yer alan TCK m. 184 hükmünde düzenlenmiştir. Söz konusu hükme göre:

(1) Yapı ruhsatiyesi alınmadan veya ruhsata aykırı olarak bina yapan veya yaptıran kişi, bir yıldan beş yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

---

11 İsmail Malkoç, Açıklamalı Türk Ceza Kanunu (Son Değişiklik ve İçtihatlarla), 3. Cilt, Yazarın Kendi Yayını, Ankara 2013, s. 2989; Lamih Çelik/Cüneyd Altıparmak, 84 Soruda İmar Kirliliğine Neden Olma Suçu, Seçkin Yayınları, Ankara 2013, s. 38. Bu konuda ayrıca bkz. Tuğrul Katoğlu, "Yeni Türk Ceza Kanunu ve Çevreye Karşı Suçlar", Çevre Hukuku Sempozyumu (Nisan 2006-Antalya)-Türkiye Adalet Akademisi Yayınları, Ankara 2006, s. 92 ve 94.

12 Örnek için bkz. Yokuş Sevük, s. 290 vd.

13 Mehmet Emin Artuk/Ahmet Gökcen/A. Caner Yenidünya, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Adalet Yayınevi, 7. B. , Ankara 2013, s. 211-212.

(2) Yapı ruhsatiyesi olmadan başlatılan inşaatlar dolayısıyla kurulan şantiyelere elektrik, su veya telefon bağlantısı yapılmasına müsaade eden kişi, yukarıdaki fıkra hükmüne göre cezalandırılır.

(3) Yapı kullanma izni alınmamış binalarda herhangi bir sınai faaliyetin icrasına müsaade eden kişi iki yıldan beş yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

(4) Üçüncü fıkra hariç, bu madde hükümleri ancak belediye sınırları içinde veya özel imar rejimine tabi yerlerde uygulanır.

(5) Kişinin, ruhsatsız ya da ruhsata aykırı olarak yaptığı veya yaptırdığı binayı imar planına ve ruhsatına uygun hale getirmesi halinde, bir ve ikinci fıkra hükümleri gereğince kamu davası açılmaz, açılmış olan kamu davası düşer, mahkûm olunan ceza bütün sonuçlarıyla ortadan kalkar.

(6) **(Ek: 29.6.2005 – 5377/21 md.)** *İkinci ve üçüncü fıkra hükümleri, 12 Ekim 2004 tarihinden önce yapılmış yapılarla ilgili olarak uygulanmaz.*

Hükmün gerekçesi ise şu şekildedir: *"Madde metninde imar mevzuatında belirlenen usul ve koşullara aykırı olarak inşa faaliyetinde bulunmak, suç olarak kabul edilmiştir. Birinci fıkradaki suç, yapı ruhsatiyesi alınmadan veya ruhsata aykırı olarak bina yapmak veya yaptırmakla oluşur. Böylece, sadece binayı inşa eden yüklenici, taşeron, usta veya kalfa değil; inşaatın sahibi de, bu suçtan dolayı fail olarak sorumlu tutulacaktır. Ayrıca, bu tür inşa faaliyetlerine kontrol ve denetim hizmeti veren teknik kişiler de bu suçtan dolayı fail sıfatıyla cezalandırılacaktır. İkinci fıkrada; yapı ruhsatiyesi olmadan başlatıla inşaatlar dolayısıyla kurulan şantiyelere elektrik, su veya telefon bağlantısı yapılması ya da bu hizmetlerden yararlanılmasına müsaade edilmesi, ayrı bir suç olarak tanımlanmıştır. Üçüncü fıkraya göre, yapı kullanma izni alınmamış binalarda herhangi bir sınai faaliyetin icrasına müsaade edilmesi, ayrı bir suç oluşturmaktadır. Dördüncü fıkrada bu madde hükümlerinin uygulanma alanı ile ilgili sınırlama getirilmiştir. Bu madde hükümleri ancak belediye sınırları içinde veya özel imar rejimine tabi yerlerde uygulanabilecektir. Örneğin organize sanayi bölgeleri, özel imar rejimine tabi bölge niteliği taşımaktadır. Ancak, sınai ürünlerin üretiminin yapıldığı tesisler açısından bu sınırlama kabul edilmemiştir. Bu bakımdan, köy sınırları içinde inşa edilen, sınai ürünlerin üretiminin yapıldığı tesisler açısından bu madde hükümleri uygulanabilecektir".*

1. Suçun Konusu ve Mağduru

TCK m. 184 hükmünün ilk üç fıkrasında, birbirinden farklı üç suç tipi düzenlenmiştir.[14] Bu nedenle, söz konusu suç tiplerinin konularının ayrı ayrı belirlenmesi gerekmektedir.

TCK m. 184/1'de düzenlenen suçun konusu, *belediye sınırları* veya *özel imar rejimine tabi yerlerde* bulunan binadır. Yani; belediye sınırları veya özel imar rejimine tabi yerler dışında bulunan binalar, TCK m. 184/1 hükmüne konu teşkil etmemektedir. Bununla birlikte doktrinde, bu yönde bir ayrım yapılmadan suçun konusunun *bina* olduğu da ifade edilmektedir.[15] Söz konusu binanın betondan yapılmış olması gerekmeyip; ahşap binalar da TCK m. 184/1 kapmasındadır.[16] Yine, binanın TCK m. 184/1'de düzenlenen suça vücut vermesi için ruhsata tabi olması yeterli olup; belirli bir genişlikte veya yükseklikte olması gerekmemektedir.

TCK m. 184/1 hükmünde binadan söz edilmiş; ancak binanın ne anlama geldiği ile ilgili bir açıklamaya yer verilmemiştir. Doktrin ve Yargıtay uygulamasında, bina kavramı İmar Kanunu m. 5 hükmünden yola çıkılarak belirlenmektedir. [17], [18] Söz konusu hükme göre bina,

---

14 Ali Kemal Yıldız, "İmar Kirliliğine Neden Olma Suçu (TCK m. 184)", *GÜHFD* – Prof. Dr. Erden Kuntalp'e Armağan (C.II), S. 2, Y. 2004, s. 293.

15 Ceyhan, s. 90.

16 Cafer Ergen, "5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 184. maddesinde Yer Alan İmar Kirliliği Suçu Açısından Belediye Görevlilerinin Durumu", *Mahalli İdareler Dergisi,* S. 147, Y. 2006, s. 19. Yazar çalışmasında, binayı suçun maddi unsuru olarak nitelendirmektedir. Ancak bilindiği üzere, suçun konusu, maddi unsurlardan yalnız birisini oluşturmaktadır. Bu nedenle, kanaatimizce bina kavramı açıklanırken suçun maddi *unsuru* yerine suçun maddi konusu kavramı kullanılmalıydı.

17 Yıldız, s. 295.

18 "…8.6.2010 tarihli yapı tatil zaptında 9,00x9.00 mt. ebadında ahşap dikmeler üzeri pergole ve iki yan cephede 10.00 mt uzunluğunda 1.80 mt. yüksekliğinde sürgülü doğrama cam malzeme ile kapatılarak kullanılır durumda yapılan ve bilirkişi raporunda kapalı alan oluşturduğundan bahsedilen temeli olmayan yapının, İmar Kanunu'nun 5. maddesindeki tanıma uyan "bina" vasfında olup olmadığı tartışılmadan, kanuni olmayan gerekçeyle yazılı şekilde hüküm kurulması…" (Yargıtay 4. CD'nin 11.09.2013 tarih ve E. 2012/22733 K. 2013/21987 sayılı kararı); "…Sanığın kasaba sınırları içinde kalan Hazineye ait taşınmaza ahır yaptığının belirtilmesi karşısında, refakate inşaat mühendisi bilirkişi de alınarak keşif yapılıp taşınmazların niteliği, bina vasfında olup olmadığı, yapımı için ruhsat gerekip gerekmediği, İmar mevzuatı içinde kalıp kalmadığı, tecavüze konu binanın belediye sınırları içinde veya özel imar rejimine tabi yerde olup olmadığı ve binanın yapım tarihi de araştırılarak sonucuna göre İmar Kirliliğine Neden Olma suçu ile Hakkı Olmayan Yere Tecavüz suçu açısından inceleme yapılması gerekir…" (Yargıtay 8.

"kendi başına kullanılabilen, üstü örtülü ve insanların içine girebilecekleri ve insanların oturma, çalışma, eğlenme veya dinlenmelerine veya ibadet etmelerine yarayan, hayvanların ve eşyaların korunmasına yarayan yapılardır".

TCK m. 184/1'de, ruhsatsız/ruhsata aykırı bina yapılması suç olarak kabul edilmiş; bina kavramına nazaran daha geniş anlam taşıyan *yapı*[19] ise kapsama alınmamıştır.[20] Bu nedenle, ruhsatsız ya da ruhsata aykırı olarak yapılan bahçe, istinat duvarı, yüzme havuzu, iskele, köprü, tünel, rıhtım, yol ve benzeri yapılar suç kapsamına dâhil değildir.[21] Bu durumun bir sonucu olarak, ruhsatsız ya da ruhsata aykırı olarak yapılan ve bina kavramı içerisinde değerlendirilemeyecek yapıları inşa eden kişiler cezalandırılamamakta[22]; bu durum ise eşitlik ilkesini zedelemektedir. Doktrinde bu durum haklı olarak eleştirilmekte ve *bina* yerine; bu kavramı da içine alan *yapı* kavramının kullanılmasının amaca daha iyi hizmet edeceği ileri sürülmektedir.[23] Zira her bina yapı vasfı taşımasına rağmen; her yapı bina değildir.[24]

Doktrinde, ruhsata uygun olarak yapılan binada sonradan ruhsatsız değişiklik yapılmasının TCK m. 184/1 kapsamında olmadığı ileri sürülmektedir.[25] Kanaatimizce, bu tür durumlarda suçun oluşup oluş-

---

CD'nin 02.10.2012 tarih ve E. 2011/10314 K. 2012/29285 sayılı kararı).

19 İmar Kanunu m. 5' e göre yapı, "karada ve suda, daimi veya muvakkat, resmi ve hususi yeraltı ve yer üstü inşaatı ile bunların ilave, değişiklik ve tamirleri içine alan sabit ve mütaharik tesisler" anlamına gelmektedir.

20 Ahmet Taşkın, "Çevrenin Hukuksal Yönden Korunması", *TAAD*, S. 1, Y. 2010, s. 282; Nezih Sütçü, "İmar Kirliliğine Neden Olma Suçunun Tahlili" (5237 sayılı TCK m. 184), *Legal Hukuk Dergisi*, S. 27, Y. 2005, s. 981. Yine bu konuda bkz.: Çelik/Altıparmak, s. 38.

21 Osman Yaşar/Hasan Tahsin Gökcan/Mustafa Artuç, Yorumlu Uygulamalı Türk Ceza Kanunu, C. IV, Adalet Yayınları, Ankara 2010, s. 5069.

22 Bununla birlikte, ruhsatsız ya da ruhsata aykırı olarak yapı inşa eden kişilere İmar Kanunu m. 42/2 hükmüne göre belli miktarda idari para cezası verilebilmekte ve yine aynı kanunda yer alan m. 32/5 hükmüne göre, hukuka aykırılık giderilmez ise inşa edilen yapı yıktırılabilmektedir. İmar Kanunu m. 42/2 ile TCK m. 184/1 hükmü birlikte dikkate alındığında, kaçak bina inşa etmenin hem suç hem kabahat; kaçak yapı yapmanın ise sadece kabahat olarak kabul edildiği sonucuna ulaşılabilir. Ancak, 5326 sayılı Kabahatler Kanunu m. 15/3 hükmüne göre, eylemin hem kabahat hem de suç oluşturması durumunda, faile sadece suçtan dolayı yaptırım uygulanabileceğinden, kaçak bina yapıldığı durumlarda faile sadece TCK m. 184 hükmüne göre işlem yapılmalıdır.

23 Lamih Çelik, "İmar Kirliliğine Neden Olma Suçunun İşyeri Açılış Ruhsatı Verme Açısından Tahlili", *Mahalli İdareler Dergisi*, S. 160, Y. 2007, s. 59.

24 Ergen, s. 19.

25 Ceyhan, s. 94. Yine bu konuda bkz. Arısoy, s. 90.

madığı, binada sonradan yapılan değişiklik göz önünde bulundurularak farklı ihtimaller çerçevesinde belirlenmelidir. Buna göre;

- İmar Kanunu m. 21/3 gereğince, *derz, iç ve dış sıva, boya, badana, oluk, dere, doğrama, döşeme ve tavan kaplamaları, elektrik ve sıhhi tesisat tamirleri ile çatı onarımı ve kiremit aktarılması ve yönetmeliğe uygun olarak mahallin hususiyetine göre belediyelerce hazırlanacak imar yönetmeliklerinde belirtilecek taşıyıcı unsuru etkilemeyen diğer tadilatlar ve tamiratlar* ruhsata tabi olmadığından, yapılan değişikliğin bu kapsamda kalması halinde suç oluşmayacaktır. Nitekim Yargıtay da kararlarında bu hususa özellikle işaret etmektedir.[26]

- Sonradan yapılan değişikliğin İmar Kanunu m. 21/3 hükmünde belirtilen sınırlamalar dışında kalması ihtimalinde ise, söz konusu değişikliklerin İmar Kanunu m. 5 karşısında *bina* olarak nitelendirilip nitelendirilemeyeceği göz önünde bulundurulmalıdır.[27] Eğer binada gerçekleştirilen değişiklikler, **İmar Kanunu m. 5 anlamında** bina değilse, İmar Kanunu m. 21/2 hükmüne aykırı davranılmış olunduğundan sadece İmar Kanunu m. 42 hükmünde belirtilen yaptırımın uygu-

---

26 "…Bina balkonunu alüminyum doğrama ve cam ile kapatan sanığın eyleminin, ruhsatsız veya ruhsata aykırı bina yapmak suretiyle imar kirliliğine neden olmak suçunu oluşturmayacağı gözetilerek beraatına karar verilmesi gerekir…" (Yargıtay 4. CD'nin 01.06.2011 tarih ve E. 2009/3046 K. 2011/7468 sayılı Kararı); "… Sanığın, ruhsatsız olan binasının çatısını, çelik konstrüksiyon malzeme kullanarak ve üstünü alüminyum örtü ile kapatarak inşa ettiğinin tutanak kapsamından anlaşılması karşısında, yapılan bu imalatların mevcut bir binanın tadilat ve tamiratı niteliğinde mi, yoksa bina yapma veya tamamlamaya yönelik esaslı bir yapım faaliyeti olup olmadığı ve bu işlerin yapılmasının ruhsata tabi olup olmadığı hususlarında bilirkişi raporu alınan tutanak düzenleyen görevliler de dinlenerek sonucuna göre sanığın hukuksal durumunun belirlenmesi gerekir… " (Yargıtay 4. CD'nin 13.12.2010 tarih ve E. 2008/19284 K. 2010/20575 sayılı kararı).

27 "…Yapı tatil tutanağında ikinci bodrum katta bulunan ortak alanların dükkâna çevrildiğinin açıklanması karşısında, bu değişikliklerin binanın taşıyıcı sistemini etkileyip etkilemediği, 3194 sayılı İmar Kanunu'nun 5. maddesindeki bina tanımına uygun bir alan artışı sağlayıp sağlamadığı, idari para cezasını gerektirir projeye aykırı bina içi tadilat niteliğinde olup olmadığı konularında bilirkişiden ek rapor alınarak, sonucuna göre sanığın hukuki durumunun belirlenmesi gerektiği gözetilmeksizin, eksik kovuşturma ve yetersiz gerekçeyle mahkumiyet kararı verilmesi…", (Yargıtay 4. CD,'nin 09.09.2014 tarih ve E. 2013/20778 K. 2014/24683 sayılı kararı); "…Sanığın, mevcut ruhsatlı yapının balkonunu 10 metre kare kapatarak odaya dahil etme ve ilave kapalı alan oluşturma biçiminde gerçekleştirdiği eyleminin, konuta ruhsatta belirtilenin dışında yeni bir alan kazandırmaması ve bina niteliğinde olmaması karşısında, imar kirliliğine neden olma suçunun öğelerinin oluşmadığı ve idari yaptırımın konusunu oluşturabileceği gözetilmelidir…" (Yargıtay 4. CD'nin 18.06.2013 tarih E 2012/24491. K. 2013/19279 sayılı kararı).

lanmasıyla yetinilmelidir.[28] Ancak, yapılan değişiklikler **İmar Kanunu m. 5** anlamında *bina* vasfını taşıyorsa, TCK m. 184/1'de *ruhsata aykırı* bina yapma eylemi de ayrıca cezalandırıldığından, fail imar kirliliğine neden olma suçundan sorumlu tutulmalıdır.

TCK m. 184/1 hükmünün uygulanabilmesi için, yapılan binanın insan yaşamı için özgülenmiş olması gerekmemektedir. Hayvanlar için yapılan bir barınak da, ruhsata tabi olmak koşulu ile TCK m. 184/1 kapsamındadır. Zira İmar Kanunu m. 5'de hayvanlar için yapılan yerlerin de bina kavramına dâhil olduğu açık bir şekilde belirtilmiştir. Yine binanın özel kişilere ait olması ile kamu tüzel kişiliklerine ait olması arasında, suçun oluşumu konusunda esaslı bir farklılık bulunmamaktadır.[29] Bununla birlikte, İmar Kanunu m. 26 hükmünde, kamu kurum ve kuruluşları tarafından yaptırılacak binalarla ilgili olarak *avan projeye* göre ***ruhsat verileceği*** düzenlenmiştir. Dikkat edilirse burada kamu binaları açısından yapı ruhsatiyesi alınmasına herhangi bir istisna getirilmemiştir. Yani kamu tüzel kişileri de gerçek kişiler gibi yapı ruhsatiyesi almak zorundadır. Ancak özel kişilerin yapı inşasına başlayabilmeleri ve dolayısıyla yapı ruhsatiyesi alabilmeleri için, İmar Kanunu m. 22/1[30] hükmünde belirtilen belgeleri ilgili idareye sunmalara gerekmektedir. Kamu tüzel kişilikleri tarafından yapılacak binalarda ise, avan projeye göre ruhsat verileceğinden, İmar Kanunu m. 22 hükmünde yer alan belgeler sunulmadan yapı ruhsatı alınabilecektir.[31]

Son olarak, TCK m. 116 hükmünde yer verilen *konut* ile TCK m. 184/1'deki *bina* kavramı arasındaki farklara da değinmek gerekmektedir. Konut, kişinin fiilen oturmakta olduğu yer anlamına gelmekte-

---

28 "…Sanığın, dört tarafı yarım boy duvarla çevrili ve zemini beton kaplama alanı kiraladıktan sonra duvar üst kısımları (çevresi) açık kalacak şekilde tavan kısmına profil ve metal malzemeyle çan, alt kısmına ise sökülebilir cam kabin yapma ve oto yıkama yeri olarak kullanma biçimindeki eylemin İmar Kanunu kapsamında idari yaptırım gerektirmektedir. Bina yapma niteliğinde bulunmadığından imar kirliliğine neden olma suçu oluşmamıştır…" (Yargıtay 4. CD'nin 28.03.2013 tarih ve E. 20404 K. 2013/9187 sayılı kararı).

29 İzzet Özgenç, Türk Ceza Kanunu Gazi Şerhi (Genel Hükümler), Adalet Bakanlığı Yayınları, 3. B., Ankara 2006, s. 916.

30 3194 sayılı İmar Kanunu m. 21/1: "Yapı ruhsatiyesi almak için belediye, valilik bürolarına yapı sahipleri veya kanuni vekillerince dilekçe ile müracaat edilir. Dilekçeye sadece tapu (istisnai hallerde tapu senedi yerine geçecek belge), mimari proje, statik proje, elektrik ve tesisat projeleri, resim ve hesapları, röperli veya yoksa ebatlı kroki eklenmesi zorunludur".

31 Karavelioğlu, s. 1102.

dir.[32], [33] Konuttan söz edilebilmesi için, oturulan yerin üzerinin örtülü olmasına gerek bulunmamaktadır.[34] Buna göre; kamara, tren kompartımanları, karavan gibi yerler de TCK m. 116 anlamında konut kavramına dâhildir.[35] Hâlbuki İmar Kanunu m. 5 hükmünde, binanın üzerinin örtülü olması gerektiği açık bir şekilde belirtilmiştir. Yine TCK m. 116 anlamında konutun varlığının kabul edilebilmesi için, bahse konu yerin fiilen kullanılıyor olması gerekmektedir.[36] Buna karşılık, bir yerin bina olarak kabulü, fiilen kullanılıyor olması şartına bağlı değildir. TCK m. 184/1 bakımından önemli olan suça konu yerin fiilen kullanılıyor olup olmaması değil; ruhsatsız/ruhsata aykırı olarak inşa edilip edilmemesidir. Bina ruhsatsız ya da ruhsata aykırı yapıldıktan sonra fiilen kullanılmasa bile, imar kirliliğine neden olma suçu oluşacaktır. Hâlbuki girilen yerin fiilen kullanılmıyor olması durumunda, konut dokunulmazlığının ihlali suçu oluşmayacaktır.

TCK m. 184/2 hükmünde yer verilen suçun konusu ise, şantiyedir.[37] Söz konusu şantiyenin suça konu teşkil edebilmesi için, belediye sınırları içinde veya özel imar rejimine tabi yerlerde bulunması gerekmektedir. Şantiye kavramı *Plansız İmar Yönetmeliği* m. 35 hükmünde tanımlanmıştır. Bu hükme göre şantiye, *"lüzum ve ihtiyaca göre inşaatın devamı süresinde kullanılıp yıkılmak üzere yapılacak bina"* anlamına gelmektedir. Danıştay'a göre şantiyenin bizatihi kendisi ruhsata tabi değildir.[38]

Üçüncü fıkrada düzenlenen suçun konusu, icra edilen sınai faaliyettir. İlk iki fıkradaki suçlardan farklı olarak; sınai faaliyetin belediye sınırları içerisinde ya da özel imar rejimine tabi yerlerde icra edilmesi

---

32 Veli Özer Özbek/Mehmet Nihat Kanbur/Koray Doğan/Pınar Bacaksız/İlker Tepe, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, Seçkin Yayınları, Ankara 2013, 5. B. , s. 400.

33 Konut ile MK m. 19'da düzenlenen ikametgâh kavramının aynı anlama gelmediği hususunda bkz. Mehmet Emin Artuk/Ahmet Gökcen/Ahmet Caner Yenidünya, Türk Ceza Kanunu Şerhi (Özel Hükümler), 3. Cilt, Turhan Yayınevi, Ankara 2009, s. 2955; Naci Şensoy, "Konut Dokunulmazlığını İhlal Cürmü", http://www.journals.istanbul.edu.tr/iuhfm/article/download/1023005436/1023004973, e.t. 11.04.2017, s. 88-89.

34 Durmuş Teczan/Mustafa Ruhan Erdem/R. Murat Önok, Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, Seçkin Yayınları, Ankara 2013, s. 451.

35 Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe, s. 401.

36 Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe, s. 401.

37 Ceyhan, s. 90.

38 Danıştay 6. Dairesi'nin 18.03.1997 tarih ve E. 1996/1411 K. 1997/1423 sayılı kararı.

gerekmemektedir. Ancak söz konusu sınai faaliyetin icra edilmesi izne tabi olmalıdır.

Sınai faaliyet; "*madenler, toprak ürünleri ve hayvansal ürünler gibi hammaddelerin, makine, işgücü ve diğer araçlardan yararlanılarak insan gereksinimlerini karşılayacak ürün durumuna getirmek amacıyla yapılan çalışmalardır*".[39], [40] TCK m. 184/3'de, salt *sınai* faaliyete yer verildiği için; ilgili görevli tarafından müsaade edilen faaliyetin *ticari* faaliyet olması durumunda, suç oluşmayacaktır.[41] Bu nedenle, TCK dışında yer alan her hangi bir düzenlemede, bir ticari faaliyet yürütülmesi için kullanma izni alınmış olunması bir şart olarak aranmış olunsa dahi; bu izin alınmadan söz konusu ticari faaliyetin yürütülmesine müsaade edilmesi TCK m. 184/3 kapsamında değerlendirilemeyecektir. Örneğin; İşyeri Açma ve Çalışma Ruhsatına İlişkin Yönetmelik m. 5/1-c hükmüne göre: "*Özel yapı şeklini gerektiren sinema, tiyatro, düğün salonu, otel, hamam, sauna; ekmek fırını ile akaryakıt, sıvılaştırılmış petrol gazı, sıvılaştırılmış doğal gaz ve sıkıştırılmış doğal gaz istasyonu için yapı kullanma izin belgesinin alınmış olması*" zorunludur. Söz konusu hüküm dikkate alındığında, sinema, tiyatro, düğün salonu ve hükümde belirtilen diğer ticari faaliyetlerin sürdürüleceği bir binaya işyeri açma ve çalışma ruhsatının verilebilmesi için, o yapıyla ilgili kullanma izninin alınmış olması gerekir. Ancak; TCK m.184/3'de sadece sınai faaliyetten söz edildiği için, bahsi geçen yönetmelik hükmüne rağmen, kullanma izni alınmamış bir yapıya iş yeri açma ve çalışma ruhsatının verilmesi halinde suç oluşmayacaktır.[42]

İmar kirliliğine neden olma suçunun mağduru belirli bir kişi olmayıp; sağlıklı ve estetik bir çevrede yaşama hakkına sahip olan bütün bireyler mağdurdur.[43] Özellikle ilk fıkradaki suç açısından, yapı ruh-

---

39 Mehmet Baydemir, Ansiplopedik Emlak Finans Hukuk Sözlüğü, Anıl Yeminli Mali Müşavirlik Yayınları, İstanbul 2003, s. 70.

40 Yine 6948 sayılı Sanayi Sicili Kanunu m. 1'e göre: "Bir maddenin vasıf, şekil, hassa veya terkibini makina, cihaz, tezgâh, alet veya diğer vasıta ve kuvvetlerin yardımı ile veya sadece el emeği ile kısmen veya tamamen değiştirmek veya bu maddeleri işlemek suretiyle devamlı ve seri halinde imal veya istihsal eden yerlerle madenlerin çıkarılıp işlendiği yerler (Sanayi İşletmesi) ve buralarda yapılan işler (Sanayi işleri) sayılır".

41 Zeki Hafızoğulları/Muharrem Özen, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler-Topluma Karşı Suçlar, Us-A Yayıncılık, Ankara 2012, s. 70; Ceyhan, s. 96.

42 Bkz. Yaşar/Gökcan/Artuç, C. IV, s. 5076 vd.

43 Sacit Yılmaz, Çevre Hukuku Bağlamında Türk Ceza Kanunundaki Çevre Suçları,

satiyesinin alınması gereken belediye veya valilik ise suçtan zarar gören olarak kabul edilmelidir.[44] Nitekim Yargıtay, imar kirliliğine neden olma suçunun yargılaması yapılırken, belediyenin katılma talebinde bulunup bulunmayacağının belirlenmesi için belediyeye bildirimde bulunulması gerektiğine karar vermiştir.[45] Kanaatimizce, ruhsata aykırı olarak binaya ek kat çıkılması gibi durumlarda, çıkılan ek kat sebebiyle manzarası kapanan veya güneş göremez hale gelen bina sahipleri de suçtan zarar olarak kabul edilmelidir.

2. Fail

TCK m. 184/1'e göre suçun faili, ruhsatsız/ruhsata aykırı bina *yapan* veya *yaptıran* kişidir. Ancak, gerekçede, inşa faaliyetlerine kontrol ve denetim hizmeti veren teknik kişilerin de bu suçtan fail olarak sorumlu tutulacağı belirtilmiştir. Doktrinde, gerekçedeki bu ifadelerin kanunilik ilkesini zedelediği ve dolayısıyla kontrol ve denetim hizmeti veren teknik kişilerin fail olarak kabul edilemeyeceği haklı olarak ifade edilmektedir.[46] Gerçekten, inşa faaliyetlerine kontrol ve denetim hizmeti veren kişilerin eylemleri, bina *yapma* veya *yaptırma* olarak nitelendirilemeyeceğinden, bu kişilerin *fail olarak* kabul edilmeleri mümkün değildir. Sözü edilen kişilerin eylemleri, 4708 sayılı Kanun m. 9 kapsamında değerlendirilmeli; söz konusu hükmün kapsamına girmeyen haller bakımından ise, eylemin TCK m. 184/1 hükmüne yardım etme olarak nitelendirilip nitelendirilemeyeceği tartışma konusu yapılmalıdır.[47], [48]

Adalet Yayınları, Ankara 2013, s. 176.

44 Yaşar/Gökcan/Artuç, C. IV, s. 5067-5068.

45 "Yakınan Buca Belediyesi Başkanlığı vekiline CYY. 237 ve 238 maddeleri uyarınca davaya katılmak isteyip istemediği sorulmadan hüküm kurulması…" (Yargıtay 4. CD'nin 25.11.2009 tarih ve 2008/7323 K. 2009/19665 sayılı kararı).

46 Yıldız, s. 294.

47 Necati Meran, "İmar Kirliliğine Neden Olma Suçu Üzerine Bir İnceleme", *Terazi Aylık Hukuk Dergisi,* S. 29, Y. 2009, s. 170-171.

48 "…Yapı denetim şirketi görevlisi olan sanıkların, 27.03.2008 tarihinde Z.'yle sözleşme yaptıkları, ancak buna rağmen ruhsatsız yapıyı idareye bildirmediklerinin anlaşılması karşısında, sanıkların eylemlerinin 4708 sayılı Kanun'un 2/c, g madde ve fıkrası yollamasıyla 9/1. maddesi kapsamında değerlendirilmesi gerekirken yerinde görülmeyen gerekçeyle düşme kararı verilmesi…" (Yargıtay 4. CD'nin 02.10.2014 tarih ve E. 2014/512 K. 2014/28156 sayılı kararı).

Kanunda bina *yaptırandan* ayrıca söz edildiğinden usta, kalfa, işçi, çırak gibi binanın yapımında fiilen çalışan bireyler yanında binanın sahibi, yüklenici, taşeron gibi kişiler de fail olarak kabul edilebilecektir.[49] Ancak sözü edilen usta, kalfa, çırak gibi kişilerin TCK m. 184/1 hükmünden fail olarak kabul edilebilmeleri için, binanın ruhsatsız/ruhsata aykırı olarak yapıldığını bilmeleri gerekmektedir. Aksi halde, bu kişilerin sorumluluğundan söz edilemeyecektir.[50]

İkinci fıkradaki suçun faili, yapı ruhsatiyesi alınmadan başlatılan inşaatlar dolayısıyla kurulan şantiyelere elektrik, su veya telefon bağlantısı yapılmasına müsaade eden kişilerdir.[51] Bilindiği üzere, elektrik, su veya telefon bağlantısı yapılabilmesi için bazı idari işlemlerin yapılması gerekmektedir. İşte bu işlemlerde imzası veya onayı bulunan kişiler TCK m. 184/2 hükmü açısından fail olarak kabul edilmelidir.[52] Bununla birlikte, bu kişilerin cezalandırılabilmesi için, bağlantı yapılacak şantiyenin ait olduğu inşaatın ruhsatsız olduğunu bilmeleri gerekmektedir.

Doktrinde, 2. fıkrada düzenlenen suçtaki failin özel bir yükümlülük altında bulunmasının gerekip gerekmediği hususunda farklı fikirler söz konusudur. Konu hakkındaki ilk fikre göre; telefon, elektrik, su dağıtım şirketinde çalışan görevliler gibi; bu imkânları şantiyeye sağlayan herhangi bir kişi, örneğin komşular da suçun faili olabilirler.[53] Diğer fikre göre ise, ikinci fıkradaki suç sadece özel yükümlülük altında bulunan kişiler tarafından işlenebilen *özgü suçlardandır*.[54] Ancak bu kişilerin mutlaka kamu görevlisi olması gerekmeyip; sözü edilen işlemlerde imza, onay veya kontrol yetkisine sahip olması yeterlidir.[55]

Gerekçede sözü edilen tartışma ile ilgili herhangi bir açıklamaya yer verilmemiştir. Yine kanun metninde de söz konusu hususla ilgili açıklık bulunmamaktadır. Bununla birlikte, İmar Kanunu m. 31 hük-

---

49 Yılmaz, s. 175.
50 Ceyhan, s. 91.
51 Yaşar/Gökcan/Artuç, C. IV, s. 5067.
52 Sütçü, s. 985.
53 Hakan Hakeri/Halid Özkan, Sorularla Ceza Hukuku, Adalet Yayınları, 2. B., Ankara 2014, s. 236; Yaşar/Gökcan/Artuç, C. IV, s. 5067.
54 Halil Kalabalık, İmar Hukuku Dersleri, Seçkin Yayınları, 4. B. , Ankara 2012, s. 629.
55 Ceyhan, s. 91.

münün bu konuda yol gösterici olabileceği söylenebilir. Söz konusu hükme göre, "*İnşaatın bitme günü, kullanma izninin verildiği tarihtir.* ***Kullanma izni verilmeyen ve alınmayan yapılarda izin alınıncaya kadar elektrik, su ve kanalizasyon hizmetlerinden ve tesislerinden faydalandırılmazlar.*** *Ancak, kullanma izni alan bağımsız bölümler bu hizmetlerden istifade ettirilir*". Belirtilen bu hükümde *kullanma izninden*; TCK m. 184/2'de *ise yapı ruhsatiyesinden* bahsedilmiştir. Yine İmar Kanunu m. 31'de bizzat *yapıdan* bahsedildiği halde, TCK m. 184'de *şantiyeden* söz edilmiştir. Bu açıdan bakıldığında, bahse konu iki normun birbirinden farklı hususları düzenlediği ve dolayısıyla İmar Kanunu m. 31 hükmünün, TCK m. 184/2'deki suçun failini belirlemede bir kıstas olarak kabul edilemeyeceği ileri sürülebilir.

Bununla birlikte, kanımızca TCK m. 184/2 ile İmar Kanunu m. 31 arasında yakın bir ilişki vardır. TCK m. 184/2, İmar Kanunu m. 31 ile getirilen sınırlamayı bir adım öne çekmiş ve yapı ruhsatı olmayan binaların şantiyelerine bile elektrik, su ve telefon bağlantısının yapılamayacağını düzenlemiştir. Yani TCK m. 184/2, bir anlamda İmar Kanunu m. 31 hükmüne aykırı davranılmasını suç olarak kabul edip yaptırıma tabi tutmuştur. Bu nedenle, TCK m. 184/2'de düzenlenen suçun faili ancak özel bir yükümlülük altında bulunan kişiler olabilir. Dolayısıyla, yapı ruhsatiyesi olmadan başlatılan inşaatlar dolayısıyla kurulan şantiyeye elektrik, su veya telefon bağlantısı yapılmasına müsaade eden veya bizzat bağlantı yapan komşular TCK m. 184/2'den değil; TCK m. 184/1 hükmündeki suça yardım etmekten (TCK m. 39/2-c) sorumlu tutulabilir. Sözü edilen tartışma ile ilgili bir diğer dayanak noktası kanun tasarısıdır. Tasarının ilk şeklinde, yapı ruhsatiyesi alınmadan başlatılan inşaatlar dolayısıyla kurulan şantiyelere elektrik, su veya telefon bağlantısı *yapan* kişinin de cezalandırılacağı açık bir biçimde belirtilmişken; bahsi geçen düzenleme değişiklik önergesi ile tasarıdan çıkarılmıştır.[56] Dolayısıyla, bağlantıyı bizzat yapan kişi TCK m. 184/2 hükmünden sorumlu tutulamayacaktır.

Üçüncü fıkradaki suçun faili ise, sınai faaliyetin icrasına müsaade eden kişidir.

---

56 Sütçü, s. 986.

3. Eylem

Yukarıda da ifade edildiği üzere; TCK m. 184 hükmünde üç ayrı suç tipi düzenleme altına alınmıştır. Çalışmamızda, kanunun suçu düzenleme sistemine sadık kalınarak, suçun fiil unsuru üç başlık halinde ele alınmaya çalışılacaktır.

3.1. TCK m. 184/1 Bakımından

TCK m. 184/1'de, yapı ruhsatiyesi almadan veya ruhsata aykırı olarak bina *yapmak* veya *yaptırmak* cezalandırılmıştır. Suçun konu başlığı altında *bina* ile ilgili gerekli açıklamalarda bulunulduğu için; burada aynı kavram tekrar inceleme konusu yapılmayacaktır. Ancak, TCK m. 184/1 hükmü ile cezalandırılan eylemin açıklığa kavuşturulabilmesi için, maddede yer verilen *yapı ruhsatiyesi* kavramının açıklığa kavuşturulması gerekmektedir. Hemen belirtmek gerekir ki, İmar Kanunu m. 21 hükmünde hangi yapıların yapı ruhsatiyesine tabi olduğu belirtilmiş; ancak söz konusu kavramın tanımına yer verilmemiştir.[57] Hükme göre: "*(1) Bu Kanunun kapsamına giren bütün yapılar için 26'ıncı maddede belirtilen istisna dışında belediye veya valiliklerden yapı ruhsatiyesi alınması mecburidir. (2) Ruhsat alınmış yapılarda herhangi bir değişiklik yapılması da yeniden ruhsat alınmasına bağlıdır. Bu durumda; bağımsız bölümlerin brüt alanı artmıyorsa ve nitelik değişmiyorsa ruhsat, vergi resim ve harca tabi olmaz. (3) Ancak; derz, iç ve dış sıva, boya, badana, oluk, dere, doğrama, döşeme ve tavan kaplamaları, elektrik ve sıhhi tesisat tamirleri ile çatı onarımı ve kiremit aktarılması ve yönetmeliğe uygun olarak mahallin hususiyetine göre belediyelerce hazırlanacak imar yönetmeliklerinde belirtilecek taşıyıcı unsuru etkilemeyen diğer tadilatlar ve tamiratlar ruhsata tabi değildir. (4) Belediyeler veya valilikler mahallin ve çevrenin özelliklerine göre yapılar arasında uyum sağlamak, güzel bir görünüm elde etmek amacıyla dış cephe boya ve kaplamaları ile çatının malzemesini ve rengini tayin etmeye yetkilidir. Bu Kanunun yürürlüğe girmesinden önce yapılmış olan yapılar da bu hükme tabidir*".

Bu durumda, yapı ruhsatiyesi kavramı, yapı inşa edilmesi veya inşa edilmiş yapıda esaslı değişiklik yapılması için ilgili kurumdan alınması zorunlu olan izin olarak tanımlanabilir.[58]

---

57 Yaşar/Gökcan/Artuç, C. IV, s. 5069.

58 Celâl Karavelioğlu, Açıklamalı-Uygulamalı-İçtihatlı İmar Kanunu, C. I,

Daha önce de ifade edildiği üzere; derz, iç ve dış sıva, badana, döşeme ve tavan kaplamaları, sıhhi tesisat tamirleri gibi faaliyetler ile taşıyıcı unsuru etkilemeyen tadilat ve tamiratlar ruhsata tabi değildir. Dolayısıyla, sözü edilen faaliyetler TCK m. 184/1 kapsamında değerlendirilemeyecektir. Yargıtay da kararlarında sözü edilen hükme özellikle riayet etmekte ve bu gibi durumlarda suçun oluşmayacağına hükmetmektedir.[59] Ancak burada asıl tartışılması gereken husus, İmar Kanunu m. 21/3'de yer verilen düzenlemenin TCK m. 184/1 hükmünü kanunilik ilkesine aykırı hale getirip getirmediğidir. Zira İmar Kanunu m. 21/3 hükmünde geçen "*yönetmeliğe uygun olarak mahallin hususiyetine göre* ***belediyelerce hazırlanacak imar yönetmeliklerinde*** *belirtilecek taşıyıcı unsuru etkilemeyen diğer tadilatlar ve tamiratlar*" ibaresi dikkate alındığında, suçun oluşup oluşmadığı hususunda belediye tarafından hazırlanacak olan yönetmeliklerin belirleyici kıstas olarak kabul edildiği sonucuna ulaşılacaktır. Kanunilik ilkesinin alt sonuçlarından olan *idarenin düzenleyici işlemleriyle suç ve ceza konulması yasağı* ise, yönet-

---

Karavelioğlu Hukuk Yayınevi, 2. B. , Ankara 2007, s. 965.

59 "…Bilirkişi raporuna göre ana bina 2005 yılından önce yapılmıştır. Ancak, çatı, sıva ve boya imalatlarının daha sonra yapıldığının belirtilmesi karşısında; çelik konstrüksiyondan çatı, sıva ve boya yapma eylemlerinin binayı tamamlamaya yönelik imalatlar niteliğinden olduğu gözetilmeden, kanuni olmayan gerekçeyle imar kirliliğine neden olma suçundan beraat kararı verilmesi…" (Yargıtay 4. CD'nin 13.11.2014 tarih ve E. 2013/42206 K 2014/32856 sayılı kararı); " 3194 sayılı İmar Kanunu'nun 21/3 maddesine göre "derz, iç ve dış sıva, boya, badana, oluk, dere, doğrama, döşeme ve tavan kaplamaları, elektrik ve sıhhi tesisat tamirleri ile çatı onarımı ve kiremit aktarılması ve yönetmeliğe uygun olarak mahallin hususiyetine göre belediyelerce hazırlanacak imar yönetmeliklerinde belirtilecek taşıyıcı unsuru etkilemeyen diğer tadilatlar ve tamiratlar ruhsata tabi değildir". Planlı Alanlar Tip İmar Yönetmeliği'nin 14 ve 3030 sayılı Kanun Kapsamı Dışında Kalan Belediyeler Tip İmar Yönetmeliği'nin 16. maddesine göre esaslı tadilat, "yapılarda taşıyıcı unsuru etkileyen ve/veya inşaat alanını ve ruhsat eki projelerini değiştiren işlemler" şeklinde tanımlanarak, esaslı tadilatın, ruhsata tabi olduğu ifade edilmiştir…. Sanığın suça konu yeri 2002 yılında tamamladığı ve bu tarihten sonra herhangi bir inşai faaliyette bulunmadığı savunması karşısında, binayı kimin, hangi tarihte yapılmış olduğunun tespiti açısından, binanın yapımıyla ilgili bilgisi olan veya çevre konutlarda oturan kişilerin tanık olarak dinlenilmesi, elektrik, su, telefon aboneliklerinin hangi tarihte kim adına tesis edildiğinin araştırılması, suça konu yere dair önceki yıllara ait hava fotoğrafları veya uydu görüntülerinin temin edilmesi, yapı tatil zaptında belirtilen eklentilerin, taşıyıcı unsuru etkileyen ve/veya inşaat alanını ve ruhsat eki projelerini değiştiren işlemler olup olmadığı ve yapım tarihi hususlarında keşif yapılıp bilirkişiden ek rapor alınması, sonucuna göre sanığın hukuki durumunun tayin ve takdiri gerektiği gözetilmeden, eksik incelemeyle beraat kararı verilmesi…" (Yargıtay 4. CD'nin 21.12.2016 tarih ve E. 2015/18482 K. 2016/19572 sayılı kararı).

melik hükümleriyle suç ve ceza ihdas edilmesine engel teşkil etmektedir.[60] Bu durumda, İmar Kanunu m. 21/3 hükmü ile TCK m. 184/1 arasındaki ilişkinin, idarenin düzenleyici işlemleriyle suç ve ceza konulması yasağı kapsamında olup olmadığı ortaya konulmalıdır.

Kanaatimizce, TCK m. 184/1 mevcut haliyle *idarenin düzenleyici işlemleriyle suç ve ceza konulamaması ilkesine* aykırılık teşkil etmemektedir. Zira ruhsata tabi olmayan işlemlerin belediye tarafından hazırlanacak olan yönetmelikle belirleneceği yönündeki düzenleme, TCK m. 184/1'de değil; İmar Kanunu m. 21/3'de belirtilmiştir. Eğer, suçun oluşup oluşmadığı konusunda ilgili belediye tarafından hazırlanan yönetmelik hükümlerinin dikkate alınacağı TCK m. 184/1 hükmünde belirtilmiş olsaydı, TCK m. 184/1'in idarenin düzenleyici işlemleriyle suç ve ceza konulması yasağına aykırı bir biçimde düzenlendiğinden söz edilebilirdi. Nitekim doktrinde *idarenin düzenleyici işlemleriyle suç ve ceza konulması yasağına* aykırı olduğu belirtilen hükümlerin bizzat metinlerinde, ilgili idarelerin suçun oluşup oluşmadığı noktasında söz sahibi olduğu belirtilmiştir.[61] Hâlbuki TCK m. 184/1 metninde bu yönde bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Dolayısıyla, TCK m. 184/1 hükmü idarenin düzenleyici işlemleriyle suç ve ceza konulamaz ilkesine aykırılık teşkil etmemektedir.

Doktrinde, TCK m. 184/1 hükmünde düzenlenen suçun hareketin sayısı-şekli[62] bakımından hangi suç kategorisinde olduğu ile ilgili

---

60 Artuk/Gökcen/Yenidünya,Genel Hükümler, s. 105.

61 Özgenç, 5411 sayılı Bankacılık Kanunu m. 152 hükmünün kanunilik ilkesine aykırı bir şekilde düzenlendiğini belirtmektedir: İzzet Özgenç, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Seçkin Yayınları, 8. B. , Ankara 2012, s. 112-113. Söz konusu hükme göre, "(1)Bu Kanun'un 68, 69 ve 70 inci maddelerine ve bu Kanunla yürürlükten kaldırılan 4389 sayılı Bankalar Kanununun 14 üncü maddesine göre, Kurul veya Kurumca alınması istenen önlemleri almayan bankaların bu önlemleri almakla yükümlü olan mensupları, iki yıldan dört yıla kadar hapis ve bin günden beşbin güne kadar adlî para cezasıyla cezalandırılırlar. (2) Birinci fıkrada belirtilen önlemleri almamak, bankanın nitelikli paya sahip ortaklarına veya bunların iştirak ve kuruluşlarına yarar sağlamak amacıyla yapıldığı takdirde dört yıldan altı yıla kadar hapis cezasına ve onbin güne kadar adlî para cezasına hükmedilir". Dikkat edileceği üzere, söz konusu hükümde, suçun ilgili kurum tarafından alınan karara aykırı davranılması sonucunda işlendiği açık bir şekilde belirtilmiştir. Hâlbuki TCK m. 184/1 metninde, bu yönde bir düzenlemeye yer verilmemiştir.

62 Hareketin sayısı ve şekli açısından suç ayırımı için bkz. Hakan Hakeri, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Adalet Yayınları, 16. B. , Ankara 2013, s. 148 vd. ; Timur Demirbaş, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Seçkin Yayınları, 9. B. , Ankara 2013, s. 226-227.

farklı görüşler ileri sürülmüştür. Bir görüşe göre, TCK m. 184/1 *bağlı haraketli* suç tipidir.[63] İkinci fikre göre ise, TCK m. 184/1 *seçimlik hareketli* suç tipidir[64] Kanaatimizce, TCK m. 184/1 hükmünde yer alan "ruhsatsız" ve "ruhsata aykırı olarak" ifadeleri, suçun konusu olan *binanın* bir vasfı olduğundan, söz konusu ibareler hareketin sayısı/şekli bakımından yapılacak değerlendirmede dikkate alınmamalı ve dolayısıyla TCK m. 184/1 hükmünün seçimlik hareketli suç biçiminde düzenlendiği sonucuna ulaşılmalıdır. TCK m. 184/1 seçimlik hareketli suç olduğu için; failin cezalandırılabilmesi için bina *yapma* ya da *yaptırma* hareketlerinden sadece birisini gerçekleştirmesi yeterlidir. Dolayısıyla, her iki eylemin yapılması durumunda birden fazla suç değil; tek suç oluşacaktır.

TCK m. 184/1'den söz edilebilmesi için; ***yapı ruhsatı*** alınmadan ya da yapı ruhsatına aykırı bina yapılması/yaptırılması gerekmektedir. Dolayısıyla, yapı ruhsatiyesi alınmış yapının; ***kullanma iznine*** aykırı kullanılması halinde TCK m. 184/1 oluşmayacaktır. Örneğin; A, ilgili kuruma başvurarak bir *ev* yaptırmak istediğini belirtmiş ve kendisi tarafından sunulan proje kabul edilmiş olsun. A, binayı ilgili kuruma sunduğu projeye tam anlamıyla uygun bir şekilde yapsa ve fakat o binayı ev olarak değil de, örneğin avukatlık bürosu olarak kullansa TCK m. 184/1 hükmünden söz edilemeyecektir. Zira burada yapı ruhsatiyesine her hangi bir aykırılık bulunmamaktadır.

İmar Kanunu m. 29/1'e göre, "*Yapıya başlama müddeti ruhsat tarihinden itibaren iki yıldır. Bu müddet zarfında yapıya başlanmadığı veya yapıya başlanıp da her ne sebeple olursa olsun, başlama müddetiyle birlikte beş yıl içinde bitirilmediği takdirde verilen* ***ruhsat hükümsüz sayılır****. Bu durumda yeniden ruhsat alınması mecburidir. Başlanmış inşaatlarda müktesep haklar saklıdır*". Bu durumda tartışılması gereken husus, ruhsat müddeti içinde başlanılmayan veya başlanmış olmakla birlikte bitirilemeyen yapıya, ruhsat müddeti dolduktan sonra devam edilmesinin suç oluşturup oluşturmadığıdır.

Hükümde, yapıya iki yıl içinde başlanmaması veya başlanmış olmakla birlikte yapının beş yıl içerisinde bitirilmemesi durumunda, ruhsatın hükümsüz hale geleceği açık bir şekilde belirtilmiştir. Bu

63 Hafızoğulları/Özen, s. 66.
64 Malkoç, s. 2989.

durumda, ruhsat hükümsüz hale geldikten sonra yapıya devam edilmesi, ruhsatsız bina yapma anlamına geldiğinden, eylem suç kapsamında değerlendirilmelidir. Ancak, bu ihtimalde ruhsat hükümsüz hale gelene kadar yapılan kısmın suç kapsamında olmadığı özellikle belirtilmelidir. Yine, ruhsat alan ve binayı İmar Kanunu m. 29 hükmünde belirtilen süreler içinde yapan kişinin eylemi, sonradan imar planı değişikliği yapılması durumunda da suç oluşturmayacaktır. Zira İmar Kanunu m. 29/1 hükmünün son cümlesinde, başlanmış inşaatlarda kazanılmış hakların saklı olduğu ve dolayısıyla ruhsatın hükümsüz hale gelmeyeceği açık bir şekilde belirtilmiştir. Örneğin A, 10.10.2011 tarihinde 5 katlı bir bina yapmak için yapı ruhsatı almış ve hemen yapı inşasına başlamış olsun. A, başladığı bu yapıyı 10.10.2013 tarihinde bitirmiş; ancak 10.09.2013 tarihinde yapılan imar planı değişikliği ile o yörede en fazla 4 katlı binaların yapılabileceği düzenlenmiş olsun. Her ne kadar yapı ruhsatiyeleri imar planına uygun olarak verilse de[65], bu durumda A yapıyı İmar Kanun m. 29 hükmünde belirtilen süreler içinde yaptığından eylemi suç olarak kabul edilmemelidir.[66]

3.2. TCK m. 184/2 Bakımından

TCK m. 184/2 hükmüne göre: "*Yapı ruhsatiyesi olmadan başlatılan inşaatlar dolayısıyla kurulan şantiyelere* ***elektrik, su veya telefon bağlantısı yapılmasına müsaade eden kişi****, yukarıdaki fıkra hükmüne göre cezalandırılır*". Söz konusu hükme göre suçun fiil unsuru, elektrik, su veya telefon bağlantısı yapılmasına müsaade etmedir.[67]

---

65 Sütçü, s. 991. Yapı ruhsatı işleminin, imar planının uygulama işlemlerinden olduğu konusunda bkz. Cafer Ergen/Veli Böke, Kaçak Yapı, Seçkin Yayınları, 2. B., Ankara 2006, s. 124.

66 Burada yer verilen ifadeler, A'nın yapı ruhsatiyesine uygun olarak yaptığı binaya ilgili idarenin kullanma izni vermek zorunda olduğu şeklinde yorumlanmamalıdır. Binanın yapı ruhsatına uygun olarak yapılmasından sonra, imar planı değişikliği olması ve yapılan binanın mevcut haliyle yeni imar planına aykırı olması durumunda, ilgili idarenin kullanma izni vermesinin gerekip gerekmediği idare hukuku kuralları çerçevesinde değerlendirilmelidir. Burada tartışılan husus, ilgili idarenin bu tür yapılara kullanma izni vermesinin zorunlu olup olmadığı değil; kullanma izni verilmese bile eylemin suç oluşturup oluşturmayacağıdır.

67 Doktrinde, TCK m. 184/2 açısından fiilin "Yapı ruhsatiyesi olmadan başlatılan inşaatlar dolayısıyla kurulan şantiyelere elektrik, su veya telefon bağlantısı yapılmasına müsaade etmek" olduğu da ifade edilmektedir: Yılmaz, s. 188-189.

TCK m. 184/2'de yer verilen suçun oluşması için, elektrik, su veya telefon bağlantısı yapılan yerin *şantiye* olması gerekmektedir.[68] Bu nedenle, şantiye niteliğinde olmayan binalara elektrik, su veya telefon bağlantısı yapılması TCK m. 184/2 kapsamında değildir.[69] Hükümde sadece elektrik, su ve telefondan söz edildiği için; bunlar dışında kalan doğalgaz, yol yapımı, alt yapı kurulması gibi çalışmalara müsaade etme eylemleri, TCK m. 184/2 kapsamında kabul edilemeyecektir.[70], [71]

Yukarıda da ifade edildiği üzere; TCK m. 184/2'de düzenlenen suçun faili, bağlantı yapılmasında kontrol, imza ve onay safhasında görevli olan kişilerdir.[72] Dolayısıyla fiilen *bağlantı yapan* kişilerin eylemleri TCK m. 184/2 kapsamında değildir.[73] Yine, TCK m. 184/2 hükmündeki suç bağlantıya müsaade edilmesiyle tamamlanacağından, bağlantıyı yapan kişilerin eylemi kural olarak TCK m. 184/2'ye iştirak olarak da değerlendirilemeyecektir.

TCK m. 184/2 hükmünde, m. 184/1'den farklı olarak sadece yapının ruhsatsız olmasından söz edilmiştir. Bu nedenle, yapı ruhsatiyesi alınmış binalarda, bina alınan ruhsata aykırı yapılsa bile, ruhsata aykırı yapılan binanın şantiyesine elektrik, su veya telefon bağlantısına müsaade etme eylemi suç oluşturmayacaktır.[74]

Doktrinde TCK m. 184/2 ile ilgili yapılan tartışmalardan bir diğerini suçun tamamlanma anı oluşturmaktadır. Bu kapsamda ileri sürülen fikirlerden ilkine göre, TCK m. 184/2 hükmünde yer verilen suç tipi, yapılan bağlantının faal hale gelmesiyle tamamlanmış sayılacaktır.[75] Diğer fikre göre ise, suç, ruhsatsız inşaatın şantiyesine elektrik, su veya

---

68 Hakeri/Özkan, s. 236.
69 Yıldız, s. 295-296.
70 Ergen, s. 20.
71 Bununla birlikte Hafızoğulları/Özen, her ne kadar madde metninde sadece elektrik, su ve telefondan bahsedilmiş olunsa da; özde altyapı hizmetlerinin bu tür yapılara ulaştırılmasının engellenmesi amaçlandığından, genişletici yorumla doğalgaz bağlantısı yapılmasının da TCK m. 184/2 kapsamında değerlendirilmesi gerektiğini ifade etmektedir: Hafızoğulları/Özen, s. 68. Kanaatimizce, mevcut kanuni düzenleme karşısında elektrik, su ve telefon dışındaki hizmetlere ait bağlantılara müsaade edilmesinin suç kapsamında kabul edilmesi, kıyas yasağına aykırıdır.
72 Sütçü, s. 985.
73 Yılmaz, s. 187.
74 Taşkın, s. 281; Ergen, s. 22.
75 Arısoy, s. 94; Çelik, s. 45

telefon hattının bağlanması ile tamamlanmakta; bağlanan bu hatlardan yararlanma ise suçun tamamlanması açısından önem taşımamaktadır.[76] Kanaatimizce, TCK m. 184/2 hükmündeki suçun tamamlanması için, bağlantının faal hale gelmesi ve hatta bağlantının yapılmış olması bile gerekmemektedir. Zira maddede bağlantı yapılması değil; bağlantı yapılmasına *müsaade edilmesi* suç olarak kabul edilmiştir. Bu durumda, bağlantı yapılmasına müsaade edildikten sonra, *bağlantı yapılmasa bile* suçun tamamlanmış olduğu kabul edilmelidir. Bağlantı yapılmasına müsaade edildikten sonra, müsaade edilen bağlantının fiilen yapılması durumunda ise, bağlantıyı yapan kişi, binanın ruhsatsız ya da ruhsata aykırı olduğunu biliyorsa TCK m. 184/1 hükmündeki suça iştirak etmekten (yardım etme) sorumlu tutulmalı; aksi halde, TCK m. 184/1-2 hükümlerinden sorumluluğu yoluna gidilmemelidir.

Bina yapan ya da yaptıran kişinin, bina yapımı esnasında izin almadan komşularına ait hatlardan şantiyeye elektrik, su veya telefon bağlantısı yapması halinde TCK m. 184/2 değil; karşılıksız yararlanma suçu (TCK m. 163/2-3) oluşacaktır.

3.3. TCK m. 184/3 Bakımından

TCK m. 184/3 hükmüne göre, "***Yapı kullanma izni*** *alınmamış binalarda herhangi bir* ***sınai faaliyetin*** *icrasına müsaade eden kişi iki yıldan beş yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır*".

TCK m. 184/3 hükmünde, ilk iki fıkraya nazaran dikkat çeken iki husus bulunmaktadır. İlk iki fıkrada *yapı ruhsatiyesine* yer verilmesine rağmen; TCK m. 184/3'de *yapı kullanma izni* kavramına atıf yapılmıştır. Yine ikinci fıkrada elektrik, su veya telefon bağlantısı yapılmasına müsaade edilmesi suç olarak kabul edilmişken; üçüncü fıkrada *sınai faaliyet* icrasına müsaade edilmesi cezalandırılmıştır. Bu noktada, *yapı kullanma izni* ile *sınai faaliyet* kavramlarının açıklığa kavuşturulması gerekmektedir.

"*Yapı Kullanma İzni*" başlığını taşıyan İmar Kanunu m. 30/1'e göre, *"Yapı tamamen bittiği takdirde tamamının, kısmen kullanılması mümkün kısımları tamamlandığı takdirde bu kısımlarının kullanılabilmesi için, inşaat ruhsatını veren belediye, valilik bürolarından; 27nci maddeye göre ruhsata*

[76] Meran, s. 178; Yılmaz, s. 189.

tabi olmayan yapıların tamamen veya kısmen kullanılabilmesi için ise ilgili belediye ve valilikten izin alınması mecburidir. Mal sahibinin müracaatı üzerine, yapının ruhsat ve eklerine uygun olduğu ve kullanılmasında fen bakımından mahzur görülmediğinin tespit edilmesi gerekir". Dikkat edileceği üzere, hükümde yapı kullanma izninin ne zaman verileceği düzenlenmiş; ancak kavramın tanımı yapılmamıştır. Kanunda yer verilen bu düzenleme nazara alındığında, yapı kullanma izni, "*yapıların, kanun, imar planı ve yönetmelik hükümleri ile ruhsat ve eklerine uygun olarak yapıldığını ve kullanılmasında fen ve sağlık bakımlarından bir sakınca olmadığını gösteren ve sahibine fülen kullanma ve iskân etme yetki ve imkânı veren resmi bir belge*" şeklinde tanımlanabilir.[77]

Kanunda yapı kullanma izninden söz edildiği için; **yapı ruhsatiyesi alınmış olunsa bile**, kullanma izni alınmayan yapılarda sınai faaliyet icrasına müsaade edilmesi suç teşkil edecektir.[78] Bu nedenle, sınai faaliyete izin verecek olan görevlinin, talepte bulunan kişinin söz konusu yapıyla ilgili kullanma izni alıp almadığını da kontrol etmesi gerekmektedir.[79]

Yukarıda da ifade edildiği üzere, TCK m. 184/3 gereğince, sınai faaliyet icrasına müsaade etme yetki ve görevine sahip olan görevlinin, öncelikle söz konusu yapı ile ilgili kullanma izninin bulunup bulunmadığını araştırması gerekmektedir. Bu noktada tartışılması gereken hususlardan birisi de, ilgili görevlinin kullanma izni ile yürütülecek olan sınai faaliyet arasında uygun bir illiyet bağı araştırması yapmasının gerekip gerekmediğidir. Örneğin, A, ilgili kurumdan ev olarak kullanmak üzere kullanma izni almış olsun. A, aldığı bu kullanma izni ile söz konusu evde her hangi bir sınai faaliyet yürütmek üzere başvuru yaptığında, başvuruyu alan görevli, kullanma izninin konut amacıyla verildiğini bilmesine rağmen; A'ya sınai faaliyet yürütmek üzere müsaade ettiğinde suç oluşacak mıdır?

TCK m. 184/3'de, kullanma izni ile müsaade edilecek sınai faaliyet arasında uygun bir bağın olması gerektiği yönünde bir açıklamaya yer verilmemiştir. Doktrinde de, yapı kullanma izni alınmış bir binada, kullanma amacına uygun olmayan bir sınai faaliyet yürütülmesinin

---

77 Karavelioğlu, C. 2, s. 1178.
78 Malkoç, C. 3, s. 2994.
79 Ergen, s. 23.

suç oluşturmayacağı ifade edilmektedir.[80] Kanaatimizce, bu durumda TCK m. 184/3 hükmünde belirtilen suç oluşmasa da; izin veren kişinin kamu görevlisi olması durumunda, diğer şartlar da mevcut ise, görevi kötüye kullanma suçundan söz edilebilecektir.

TCK m. 184/3'de düzenlenen suçun oluşabilmesi için; ilgili sınaî faaliyete izin verilmesi yeterli olup, faaliyetin fiilen icra edilmiş olması gerekmemektedir.[81] Bu niteliği sebebiyle, TCK m. 184/3 hükmü doktrinde *şekli suç*[82] olarak nitelendirilmektedir.[83]

B. SUÇUN MANEVİ UNSURU

TCK m. 184 hükmünde yer verilen suç tiplerinin her biri kasten işlenebilir. Bu nedenle, ilk fıkradaki suç açısından failin yaptığı yapının ruhsatsız/ruhsata aykırı olduğunu; ikinci fıkra açısından bağlantı yapılacak şantiyeye ait binanın ruhsatsız olduğunu ve son fıkradaki suç açısından, yapı kullanma izni alınmamış olduğunu bilmesi gerekmektedir. Aksi halde failin kasten hareket ettiğinden ve dolayısıyla suçun oluştuğundan söz edilemez.

İlk fıkradaki suç açısından, binayı yapan kişinin, yapının ruhsata aykırı olduğunu öngörmesine rağmen binayı yapmaya devam etmesi halinde suçun oluştuğu kabul edilmelidir. Yani ilk fıkrada yer verilen suç tipi olası kast ile de işlenebilmektedir. Yine ikinci ve üçüncü fıkralarda, müsaade edecek olan görevlinin yapı ruhsatiyesi veya kullanma izninin alınmamış olduğunu öngörmesi ve fakat neticeyi kabullenerek fiiline devam etmesi halinde, suçun olası kastla işlendiğini kabul etmek gerekecektir.[84]

Kanunda suçun taksirli haline yer verilmediği için, TCK m. 184 hükmünde yer verilen suç tiplerinin taksirle işlenmesi mümkün değildir.[85]

---

80 Sütçü, s. 986.
81 Arısoy, s. 93.
82 Doktrinde şekli suç deyimi ile aynı anlama gelmek üzere, neticesi harekete bitişik suç kavramı da kullanılmaktadır: Hakeri, s. 160; Veli Özer Özbek/Mehmet Nihat Kanbur/Koray Doğan/Pınar Bacaksız/ İlker Tepe, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Seçkin Yayınları, 5. B., Ankara 2014, s. 237. Bununla birlikte, öğretide Yeni TCK sistematiğinde neticesi harekete bitişik suç-neticesi hareketten ayrılabilen suç gibi bir ayrımın yapılamayacağı da ileri sürülen fikirler arasındadır: Özgenç, Genel Hükümler, s. 172.
83 Hafızoğulları/Özen, s. 71.
84 Yıldız, s. 296.
85 Kalabalık, s. 631.

C. SUÇUN HUKUKA AYKIRILIK UNSURU VE KUSURLULUĞU ETKİLEYEN HALLER

İmar kirliliğine neden olma, "Topluma Karşı Suçlar" arasında düzenlendiğinden, ilgilinin rızası bu suç bakımından hukuka uygunluk sebebi olarak kabul edilemez. Bu nedenle, arsasına ruhsatsız/ruhsata aykırı bina yapılmasına müsaade eden kişinin gösterdiği rıza, bina yapan kişinin eylemini hukuka uygun hale getirmeyecektir. Yine meşru müdafaa, hakkın kullanılması gibi hukuka uygunluk sebeplerinin imar kirliliğine neden olma suçu bakımından uygulanma kabiliyeti bulunmamaktadır.

TCK m. 184/2-3 fıkralarında yer alan suçların, ilgili amirin emri üzerine işlenmesi durumunda, amirin emri bir hukuka uygunluk sebebi olmadığından, hem emri veren amir hem de emri yerine getiren görevli sorumlu tutulacaktır.[86] Bununla birlikte, TCK m. 184 hükmünde yer verilen suç tipleri açısından hata hükümlerinin uygulanması mümkündür. Örneğin, ruhsat üzerinde hataya düşmek failin kastını kaldırır ve kanunda suçun taksirli hali de düzenlenmediğinden kişi cezalandırılamaz.[87]

Haksız tahrikten söz edilebilmesi için, işlenen suç ile haksız fiilin meydana getirdiği elem ve öfke arasında nedensellik bağı bulunması gerektiğinden[88], imar kirliliğine neden olma suçu bakımından TCK m. 29 hükmü uygulanamayacaktır.

---

86 Yılmaz, s. 190-197. Yazar burada amirin emrini hem hukuka uygunluk sebebi olarak nitelendirmekte hem de emri veren kişinin fiilinin suç oluşturacağını ve emri veren amir ile emri yerine getiren görevlilerin sorumlu olacağını belirtmektedir. Yazarın emri veren ve bu emri yerine getiren kişilerin sorumlu olacağı yönündeki görüşü doğru ise de; amirin emrini hukuka uygunluk sebebi olarak nitelendirmesi hatalıdır. Amirin emri hukuka uygunluk sebebi teşkil etmekte ise, ne emri veren ne de bu emri yerine getiren sorumlu olmayacaktır. Hukuka uygunluk sebebi olan husus, kanun hükmü ile verilen görevin ifasıdır. Konu hakkında daha fazla açıklama için bkz. Hakeri, s. 281 ve s. 369 vd; Özgenç, Genel Hükümler, s. 298 ve 396.

87 Hafızoğulları/Özen, s. 67-69.

88 Mahmut Koca/İlhan Üzülmez, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Seçkin Yayınları, Gözden Geçirilmiş ve Güncellenmiş 9. B., s. 350.

III. SUÇUN ÖZEL GÖRÜNÜŞ ŞEKİLLERİ

A. TEŞEBBÜS

TCK m. 184/1'deki suç açısından teşebbüs hükümlerinin uygulanıp uygulanmayacağı tartışmalıdır. Doktrinde savunulan baskın görüşe göre, TCK m. 184/1 hükmündeki suça teşebbüs mümkün değildir.[89] Azınlıkta kalan ikinci görüş ise, TCK m. 184/1 açısından teşebbüs kurallarının uygulanmasını engelleyen bir kuralın bulunmadığını ve dolayısıyla teşebbüs hükümlerinin bu suç açısından da tatbik edilebileceğini savunmaktadır.[90]

Kanaatimizce, TCK m. 184/1 hükmündeki suçun tamamlanmış sayılması için binanın yapılmış/yaptırılmış olması, yani inşa edilen yapının *İmar Kanunu m. 5 anlamında* bina vasfına kavuşmuş olması gerekir.

İmar Kanunu m. 5 hükmü dikkate alındığında ise, binadan ve dolayısıyla TCK m. 184/1 anlamında tamamlanmış suçtan söz edilebilmesi için; yapının, mevcut haliyle insanların içine girebileceği, oturma, çalışma, eğlenme, ibadet etme veya dinlenme gibi günlük ihtiyaçlarını karşılayabileceği ya da hayvanların ve eşyaların korunmasına yarayacak tarzda olması ve bütün bunlara ek olarak üzerinin örtülmesi gerektiği sonucuna ulaşılabilir. Dolayısıyla, üzeri örtülmedikçe ve yukarıda yer verilen fonksiyonları yerine getirebilecek niteliğe ulaşmadıkça, inşa edilen yapı bakımından TCK m. 184/1 hükmündeki suçun tamamlandığından söz edilemez. Söz konusu fonksiyonları yerine getirmeye yönelik bina inşasına yönelik çukur kazma, duvar örme gibi faaliyetler ise teşebbüs kapsamında değerlendirilmelidir. Bununla birlikte, failin amaçladığından daha azını gerçekleştirdiği durumlarda eylemin teşebbüs halinde kaldığı kabul edilemeyeceğinden[91], 4 katlı bir bina yapmak isteyen failin eylemine 2. katı bitirdikten sonra engel olunması gibi hallerde, suçun tamamlandığı kabul edilmelidir.

---

89 Çelik/Altıparmak, s. 97; Arısoy, s. 99; Ceyhan, s. 98; Kalabalık, s. 631.
90 Meran, s. 181.
91 Hakeri, s. 467.

Yargıtay ise, TCK m. 184/1 hükmünde düzenlenen suç bakımından, inşaata başlanmasıyla suçun tamamlanacağını kabul etmektedir.[92]

Yukarıda da ifade edildiği üzere, TCK m. 184/2 hükmündeki suçun tamamlanması için, bağlantının faal hale gelmesi ve hatta bağlantının yapılmış olması gerekmemektedir. Zira maddede, bağlantı yapılması değil; bağlantı yapılmasına *müsaade edilmesi* suç olarak kabul edilmiştir. Bu durumda, bağlantı yapılmasına müsaade edildikten sonra, *bağlantı yapılmasa bile* suçun tamamlanmış olduğu kabul edilmelidir. Dolayısıyla ikinci fıkradaki suç, kural olarak teşebbüse müsait değildir.[93] Benzer hususlar üçüncü fıkrada düzenlenen suç açısından da geçerlidir.[94]

B. İŞTİRAK

TCK m. 184/1 hükmü açısından binayı yapan kişi sayısının birden fazla olması durumunda, bu kişilerin iştirak halinde suçu işlediği kabul edilmelidir.[95] Ancak, kanunda binayı yapan ve yaptıranın eylemleri birbirinden bağımsız olarak düzenlendiği için, binayı yapan kişi ile yaptıran kişinin iştirak halinde hareket ettiği kabul edilemeyecektir.[96] Binanın yapımına ekonomik olarak destek veren kişiler ise yardım eden olarak sorumlu tutulabilecektir. Yine TCK m. 184/1 açısından bina yapanı/yaptıranı azmettiren kişi de suça iştirak etmiş sayılacaktır.

TCK m. 184/1 hükmüne iştirak açısından, ruhsatsız/ruhsata aykırı binada oturan aile bireylerinin de sorumluluğu tayin edilmelidir.

---

92 "…5237 sayılı TCK'nın 184. maddesinin birinci fıkrasında düzenlenen ruhsatsız ya da ruhsata aykırı bina yapılması suçunda, bina niteliğindeki inşaata fiilin başlanılmasıyla suçun oluşup tamamlanacağı, sanığın ruhsatsız olarak yapmaya başladığı tek katlı inşaatının duvarlarını örmüş haldeyken tutanak düzenlenmiş olması karşısında, suça konu inşai faaliyetin bina niteliğinde olduğu gözetilmeden, mahkemece, çatı kaplaması olmayan yani üstü örtülü olmayan bir yapının bina vasfında olmadığı biçimindeki kanuni ve yerinde olmayan gerekçe ile beraat kararı verilmesi, kanuna aykırıdır"(Yargıtay 4. CD'nin 02.07.2013 tarih ve E. 2012/23458, K. 2013/20803 sayılı kararı).

93 Yılmaz aynı sonuca, TCK m. 184/2 hükmünün şekli suç olmasından yola çıkarak ulaşmaktadır: Yılmaz, s. 192. Aksi görüş için bkz. Yaşar/Gökcan/Artuç, C. IV, s. 5085.

94 TCK m. 184/3 hükmünde yer verilen suçun, ani suç olması sebebiyle teşebbüse müsait olmadığı yönündeki görüş için bkz: Sezin Duygu Tuncer/Mithat Burak Başkale, "Çevre Ceza Hukukunda Zaman", *AÜHFD*, 65 (4) 2016, s. 3702.

95 Yılmaz, s. 183.

96 Yaşar/Gökcan/Artuç, C. IV, s. 5085-5086.

Buna göre, eğer ruhsatsız/ruhsata aykırı binada oturan aile bireylerinin hepsi binayı birlikte yapmışlarsa, bu kişilerin müşterek fail olarak sorumlu tutulması gerekir. Yine, bu kişilerin binanın yapımında çalışmamış olmakla birlikte, eyleme yardım eden veya azmettiren olarak katılmaları da mümkündür. Ancak aile bireyleri binanın yapımı esnasında eyleme katılmamışlarsa ve yardım etme-azmettirme yönünde bir fiilleri de bulunmuyorsa, TCK m. 184/1 hükmünden sorumlu tutulmaları mümkün değildir. Bu ihtimalde, aile bireylerinin ruhsatsız/ruhsata aykırı binada oturmaları, bu kişiler açısından TCK m. 184/1 hükmünün oluşması sonucunu doğurmaz.

TCK m. 184/1 hükmünde ruhsatsız veya ruhsata aykırı bina yapma/yaptırma cezalandırıldığından, bina yapıldıktan sonra ruhsatsız/ruhsata aykırı yapılan bu binada kiracı olarak oturan kişiler imar kirliliğine neden olma suçundan sorumlu tutulamayacaktır.[97] Bu durumda, ruhsatsız/ruhsata aykırı binada oturan bu kişilerin TCK m. 278 hükmünde düzenlenen suçu bildirmeme suçu karşısındaki sorumlulukları tayin edilmelidir.

Kanaatimizce, ruhsatsız/ruhsata aykırı binayı kiracı olarak veya herhangi bir sıfatla kullanan kişiler, söz konusu binanın hukuka aykırı olarak yapıldığını biliyor olsalar bile, kural olarak TCK m. 278'de düzenlenen suçu bildirmeme suçundan söz edilemeyecektir. Zira TCK m. 278/1'den hüküm kurulabilmesi için, ortada *işlenmekte olan* bir suçun bulunması gerekir. Kiracının ruhsatsız/ruhsata aykırı binayı kullanması durumunda, bina bitmiş olacağından, TCK m. 278/1 hükmü tatbik edilemeyecektir. Hükmün ikinci fıkrasının uygulanması için ise, kanunun deyimiyle *işlenmiş olmakla birlikte sebebiyet verdiği* ***neticelerin*** *sınırlandırılması halen mümkün bulunan* bir suç bulunması gerekir. Doktrinde, TCK m. 278/2 hükmünün uygulanması için, öncelikle bir ***netice suçunun*** bulunması gerektiği haklı olarak ifade edilmektedir[98]. TCK m. 184/1 hükmünde düzenlenen suçtan bahsedilebilmesi için

97 Yılmaz, s. 176.

98 Mustafa Ruhan Erdem, "Suçu Bildirmeme Suçu (TCK m. 278)", *TBB Dergisi,* S. 80, Y. 2009, s. 112. Ancak doktrinde, TCK m. 278/2'de yer verilen netice kavramından kanundaki neticenin mi yoksa suçun işlenmesinden sonra ortaya çıkan dolaylı neticelerin mi kastedildiğinin net olmadığı ifade edilmektedir: İsa Döner, "Suçu Bildirmeme Suçu", *AÜEHFD,* C. IX, S. 3-4, Y. 2005, s. 75; Yener Ünver, Adliyeye Karşı Suçlar (TCK m. 267-298), Seçkin Yayınları, 3. B. , Ankara 2012, s.293.

ise; herhangi bir neticenin meydana gelmesi gerekmediğinden, yani TCK m. 184/1 netice suçu olmadığından, kiracının TCK m. 278/2'den sorumlu tutulması da mümkün değildir. Ancak, kira sözleşmesi yapıldıktan ve kiracı kiralanan yeri kullanmaya başladıktan sonra, kullanılan yerde ruhsata aykırı bina yapılmaya başlanırsa, işlenmekte olan suç söz konusu olacağından, kiracının suçu bildirim yükümlülüğünden söz edilebilir ve bu yükümlülüğe aykırı davranan kiracı hakkında TCK m. 278/1 hükmü uygulanabilir.

TCK m. 184/1 ile bağlantılı olarak sorumluluğu tayin edilmesi gereken bir diğer kişi, kat karşılığı arsa satan kişidir. Arsa sahibi, arsasına ruhsatsız/ruhsata aykırı bina yapılacağını bildiği halde, kendisine verilecek daire/daireler karşılığında bu arsasını bina yapan kişiye tahsis ederse, bina yaptırmış olacağından, TCK m. 184/1 hükmünden sorumlu tutulmalıdır.[99]

TCK m. 184/2-3 fıkralarında düzenlenen suçlar *özgü suç* olduğundan; bu suçlarda ancak özel faillik niteliğini taşıyan kişiler fail olabilir. Diğer kişiler ise bu suçlardan sadece azmettiren veya yardım eden olarak sorumlu tutulabilir.[100]

C. İÇTİMA

Ruhsatsız/ruhsata aykırı yapılan binanın birden fazla katlı olması veya tek katlı olmakla birlikte birden fazla bölüme sahip olması, suçun da birden fazla olduğu anlamına gelmemektedir. Ancak, araya zaman ve mekân farklılığının girdiği durumlarda, diğer şartlar da mevcutsa zincirleme suç hükümleri uygulanabilir.[101] Örneğin, verdiği karar üze-

---

99 "…Arsa sahibiyle müteahhit arasında kat karşılığı inşaat yapım sözleşmesinin bulunması ve imar kirliliğine neden olmak suçunda yapı ruhsatiyesi alınmadan veya ruhsata aykırı olarak bina "yapan" veya "yaptıran" kişinin cezalandırılacağının belirtilmesi karşısında, delillerin değerlendirilmesinde yanılgıya düşülerek arsa sahibi sanık hakkında beraat kararı verilmesi hukuka aykırıdır…" (Yargıtay 4. CD'nin 19.09.2012 tarih ve E. 2012/1537 K. 2012/18064 sayılı kararı).

100 Ceyhan, s. 99.

101 "…İmar kirliliğine neden olma suçunda; ruhsata aykırı ilave inşaat nedeniyle, yapı tatil zabıtlarına dair olarak, iddianame ile kamu davası açıldığı ve sanığın yargılandığı; aynı binaya dair olarak yeniden tutanak düzenlendiği ve kamu davası açıldığının anlaşılması karşısında, önceki iddianameyle eylemin hukuki kesintiye uğramış olduğu gözetilerek, mahallinde keşif yapılması, önceki tarihli iddianame ile son tutanak tarihi arasında aynı suçun oluşup oluşmadığı tespit edilmelidir…" (Yargıtay 4. CD'nin 24.04.2014 tarih ve E. 2013/ 29404K. 2014/13452 sayılı

rine, her sene binanın bir katını çıkan kişinin TCK m. 184/1 hükmünü zincirleme şekilde ihlal ettiği söylenebilir.[102] Yine doktrinde, ruhsatsız bina yapıldığının ilgili görevlilerce fark edilmesi ve binanın mühürlenmesi üzerine, inşaata devam edilmesi durumunda zincirleme suç hükümlerinin uygulanacağı[103] ve fakat ilk tespit sonrasında fail hakkında dava açıldıktan sonra inşaata devam edilmesi ihtimalinde birden fazla suç oluşacağı, yani gerçek içtima hükümlerinin uygulanacağı ifade edilmektedir.[104]

Binanın mühürlenmesinden sonra inşaata devam edilmesi durumunda, failin eylemi TCK m. 203 kapsamındaki suçu da oluşturmaktadır. Bu durumda, TCK m. 184 ile m. 203 hükümleri arasındaki içtima ilişkisi de ayrıca ortaya konmalıdır. *Sütçü*, bu durumda TCK m. 184/1 ile TCK m. 203 arasında gerçek içtima kurallarının uygulanması gerektiğini belirtmektedir.[105] Kanaatimizce, binanın mühürlenmesinden sonra inşaata devam edilmesi durumunda, TCK m. 184/1 ile m. 203 arasındaki içtima ilişkisi açısından iki ayrı ihtimal göz önünde bulundurularak sonuca ulaşılmalıdır. Buna göre;

- Binanın mühürlenmesinden sonra, *mühür kaldırılmadan* inşaata devam edilmiş ise, yani TCK m. 203 hükmünde belirtildiği üzere *müh-*

---

kararı); "…Sanık hakkında 2006 tarihli iddianameyle dava açıldıktan sonra 2012 tarihli tutanakla zemin kat üzerine ruhsatsız olarak birinci kat işyeri yapıldığının belirtilmesi karşısında iddianamenin düzenlenmesinden sonra yapılan imara aykırı imalatlar ayrı suç oluşturur. Suça konu değişikliklerin dükkânını kiralayan kişiler tarafından yapıldığının kabulü karşısında, kiralayan kişiler hakkında suç duyurusunda bulunulup yapılacak soruşturma sonucunda kamu davası açılması durumunda, hukuki bağlantı nedeniyle davalar birleştirilerek sanıkların hukuki durumunun belirlenmesi gerekir…" (Yargıtay 4. CD'nin 12.05.2016 tarih ve E. 2015/27780 K. 2016/10400 sayılı kararı).

102 İmar kirliliğine neden olma suçunun topluma karşı değişik zamanlarda işlenmesi halinde zincirleme suç hükümlerinin uygulanabileceği konusunda bkz. Kalabalık, s. 632.

103 Nitekim Yargıtay da, mühürleme işleminden sonra inşaata devam edilmesini zincirleme suç kapsamında değerlendirmiştir: "…30.08.2008 tarihli mühürleme zaptından sonra kolluk tarafından düzenlenen 29.09.2010 tarihli görgü tespit tutanağında, beş kattan oluşan binadaki katların ikamet edilmeye hazır hale getirildiğinin belirtilmesi ve bu şekilde de mühürleme zaptından sonra iddianame tanziminden önce inşaata devam edilmesi karşısında, TCK'nın 43/1. maddesinin uygulanması gerektiğinin gözetilmemesi…" (Yargıtay 4. CD'nin 10.06.2013 tarih ve E. 2012/23062 K. 2013/18015 sayılı kararı).

104 Yaşar/Gökcan/Artuç, C. IV, s. 5087.

105 Sütçü, s. 990. Yine konu hakkında bkz. Meran, s. 182.

rün konuluş amacına aykırı hareket edilmiş[106] ise, gerçekleştirilen bu ikinci hareketle hem TCK m. 184/1 hem de m. 203 ihlal edilmiş olunacak ve dolayısıyla bu iki suç arasında fikri içtima kuralları uygulanacaktır. Fikri içtima kuralları uygulandığında, cezası daha fazla olduğu için TCK m. 184/1 uygulanma kabiliyetine sahip olacaktır. Bu ihtimalde, TCK m. 184 hükmünde düzenlenen suç birden fazla kez işlenmiş olacağından, diğer şartlar da mevcutsa, zincirleme suç sebebiyle, faile verilecek ceza TCK m. 43 marifetiyle artırılmalıdır. Zincirleme suçun koşullarının oluşmaması durumunda ise, TCK m. 184/1'deki suç bakımından gerçek içtima uygulanmalıdır.

- Binanın mühürlenmesinde sonra, önce mühür kaldırılmış ve daha sonra inşaata devam edilmiş ise, artık birden fazla hareket söz konusu olduğundan, fikri içtima uygulanamayacaktır. Bu ihtimalde, fail birden fazla kez TCK m. 184/1 hükmünü, bir kez ise TCK m. 203 hükmünü ihlal etmiş olacak ve dolayısıyla TCK m. 203 ile m. 184/1 arasında gerçek içtima uygulanacaktır. Yine bu ihtimalde, TCK m. 184/1 hükmü birden fazla kez ihlal edildiği için, bu suç tipi açısından şartları varsa zincirleme suç (m. 43) uygulanmalı, zincirleme suça ilişkin koşullar oluşmamış ise, faile TCK m. 184/1 hükmünden iki kez ceza verilmelidir.

Yargıtay ise, bu konuda herhangi bir ayrım yapmadan, binanın mühürlenmesinden sonra inşaata devam edilmesi halinde, failin mühür bozma suçundan dolayı da cezalandırılması gerektiğine karar vermiştir.[107]

Bununla birlikte, mühür bozma suçu ile ilgili olarak yukarıda yer verilen ifadeler binanın ruhsata uygun hale getirilmesi için yapılan iş-

---

106 Mühür bozma seçimlik hareketli suçlardan olup; suçun oluşması için mührün kaldırılması veya mühür kaldırılmaksızın mührün konuluş amacına aykırı hareket edilmesi gerekmektedir. Bu hareketlerden birinin yapılması suçun oluşması için yeterlidir. Konu hakkında daha fazla açıklama için bkz. Mehmet Emin Artuk/Ahmet Gökcen/Ahmet Caner Yenidünya, Türk Ceza Kanunu Şerhi (Özel Hükümler), 4. Cilt, Turhan Yayınevi, Ankara 2009, s. 4043.

107 "…Sanığın ruhsatsız yaptığı inşaatın, 30.03.2010 tarihli tutanakla, mühürlenerek durdurulmasından sonra, 11.05.2010 tarihinde yapılan kontrolde mühre rağmen inşaata devam edildiğinin belirlenmesi ve ayrıca 30.03.2010 tarihli tutanağın, İmar Kanunu'nun 32. maddesi uyarınca, sanığın yapı yerinde bulunmaması nedeniyle, yapı yerine asılıp bir suretinin muhtara bırakılması karşısında, kanuni olmayan ve yetersiz gerekçeyle mühür bozma suçundan beraat kararına hükmedilmesi…" (Yargıtay 4. CD'nin 13.11.2014 tarih ve E. 2013/42206 K. 2014/32856 sayılı kararı).

lemler bakımından geçerli değildir. Zira 3194 sayılı İmar Kanunu m. 42/9 hükmüne göre, "*Yapının bu Kanuna, ilgili diğer mevzuata, plana, ruhsata, ruhsat eki etüt ve projelere uygun hale getirilmesi için* ***idarenin yazılı izni*** *dâhilinde yapılan iş ve işlemler mühür bozma suçu teşkil etmez*".

Burada belirlenmesi gereken hususlardan bir diğeri, yapı ruhsatiyesi almadığı halde, ilgili kurumlara başvurarak TCK m. 184/2'de belirtilen hizmetlerden yararlanan kişilerin sorumluluğudur. Doktrinde *Yılmaz*, bu kişilerin eylemlerinin TCK m. 184/1 kapsamında değerlendirilmesi gerektiğini ileri sürmektedir.[108] Kanaatimizce bu durumda ikili ayrım yapılarak sorumluluk tayin edilmelidir. Buna göre; ilgili kuruma başvuran kişi, bina yapan veya yaptıran kişi ise, bina yaptığı/yaptırdığı için TCK m. 184/1 hükmünden; elektrik, su veya telefon bağlantısına müsaade eden kişiyi azmettirdiği için ise TCK m. 184/2'ye azmettirmeden *ayrı ayrı* cezalandırılmalıdır. Ancak bu sonucun geçerli olması için, söz konusu bağlantılara müsaade eden görevli ile ilgili görevliye başvuran kişi arasında iştirak iradesinin bulunması gerekir. Bu nedenle, ilgili kuruma başvuran kişi sahte belgelerle görevlileri yapı ruhsatı olduğuna inandırmış ise, artık TCK m. 184/2 açısından azmettiren değil; dolaylı fail olarak sorumlu tutulmalıdır. Burada failin birden fazla eylemi söz konusu olduğu için *fikri içtima* kuralların uygulanmasından söz edilemeyecektir. Yine bu ihtimalde; kuruma başvuran kişi, sahte resmi belge kullanmış ise, TCK m. 212 hükmü nedeniyle, resmi belgede sahtecilik suçundan da sorumlu tutulmalıdır. Buna karşılık, ilgili kurama başvuran kişi, bina yapan/yaptıran kişi değil ise; bu kişi TCK m. 184/1 açısından *yardım eden*; TCK m. 184/2 açısından ise azmettiren veya dolaylı fail olarak sorumlu tutulmalıdır

Ruhsatsız/ruhsata aykırı bina yapılan arsanın başkasına ait olması durumunda, hem imar kirliliğine neden olma (m. 184/1) hem de TCK m. 154/1'de düzenlenen "hakkı olmayan yere tecavüz" suçu oluşacak ve failin işlemiş olduğu bu suçlar arasında gerçek içtima uygulanacaktır.

3194 sayılı İmar Kanunu m. 42/2 hükmünde, ruhsatsız veya ruhsata aykırı yapı yapılması durumunda faile idari para cezası verileceği belirtilerek, ruhsatsız/ruhsata aykırı yapı yapma aynı zamanda

108 Yılmaz, s. 189.

kabahat olarak kabul edilmiştir. Ancak aynı maddenin 8. fıkrasında, işlediği kabahat dolayısıyla yaptırıma tabi tutulan kişiler hakkında, 5237 sayılı TCK m. 184 hükmünden de ceza verilmesi durumunda, ödenen idari para cezasının iade edileceği belirtilmiştir. Bahsi geçen İmar Kanunu m. 42/8 hükmü, 5326 sayılı Kabahatler Kanunu m. 15/3 hükmü ile paralellik arz etmektedir. Zira Kabahatler Kanunu m. 15/3 hükmüne göre, "*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*".

2960 sayılı Boğaziçi Kanunu m. 18/1 hükmünde, Boğaziçi alanında inşaat ruhsatı alınmadan veya ruhsata aykırı yapılan yapıların yıktırılacağı ve faillere bir aydan altı aya kadar hapis ve 200.000 liradan 500.000 liraya kadar ağır para cezası verileceği düzenlenmiştir. Yine aynı hükme göre, söz konusu fiillerin tekrarı halinde, faillere verilecek cezalar üçte birden az olmamak üzere üç kata kadar artırılacaktır. Doktrinde, yapı ruhsatiyesi alınmadan Boğaziçi alanında bina yapılması durumunda, failin eyleminin hem TCK m. 184/1 hem de Boğaziçi Kanunu m. 18/1 hükmünün ihlali anlamına geleceği ve bu durumda *fikri içtima* kuralları uygulanarak sadece TCK m. 184/1 hükmünden cezalandırma yapılması gerektiği ileri sürülmektedir.[109] Ancak, 2960 sayılı kanun, 5237 sayılı TCK'ya göre özel kanun olduğundan ve özel kanun-genel kanun ilişkisinin bulunduğu hallerde fikri içtima kuralları uygulanamayacağından kanaatimizce bu durumda fail hakkında özel norm olan 2960 sayılı Kanun m. 18/1 hükmü uygulanmalıdır.

IV. ETKİN PİŞMANLIK: TCK M. 184/5

5237 sayılı TCK m. 184/5 hükmüne göre. "*Kişinin, ruhsatsız ya da ruhsata aykırı olarak yaptığı veya yaptırdığı binayı imar plânına ve ruhsatına uygun hâle getirmesi halinde, bir ve ikinci fıkra hükümleri gereğince kamu davası açılmaz, açılmış olan kamu davası düşer, mahkûm oluna ceza bütün sonuçlarıyla ortadan kalkar*".

Doktrinde, TCK m. 184/5 hükmü, *etkin pişmanlık* hali olarak nite-

[109] Ceyhan, s. 99; Arısoy, s. 100.

lendirilmektedir.[110], [111], [112] Ancak TCK m. 184/5 hükmü ile TCK'da yer verilen diğer etkin pişmanlık halleri arasında önemli bir farklılık bulunmaktadır. Şöyle ki; TCK m. 184/5 hükmünde, binanın imar planına ve ruhsata uygun hâle getirilmesi durumunda, daha önceden bir cezaya hükmedilmiş ise bu cezanın *bütün sonuçlarıyla ortadan kalkacağı* düzenleme altına alınmıştır.[113] Hâlbuki etkin pişmanlığa yer verilen diğer hükümlerin çoğunda[114] etkin pişmanlık cezayı azaltan veya ortadan kaldıran bir sebep olarak ortaya çıkmakta; fail tarafından gösterilen etkin pişmanlığın hükmedilmiş bir cezanın sonuçlarını ortadan kaldırıcı etkisi kural olarak bulunmamaktadır.[115]

Etkin pişmanlık, cezayı kaldıran veya cezada indirim yapılmasını gerektiren *şahsi* bir sebep olduğundan[116], haksızlığın ve kusurluluğun dışında yer almaktadır.[117] Bu nedenle, failin etkin pişmanlık gösterdiği hallerde eylem ve netice varlığını korumaktadır.[118] Dolayısıyla, ruhsatsız ya da ruhsata aykırı bina yapıldıktan veya ruhsat alınmadığı halde şantiyeye TCK m. 184/2'de belirtilen bağlantılardan birinin yapılmasına müsaade edildikten sonra ruhsat alınması durumunda, failin eylemi suç olmaktan çıkmaz.[119] Eylem suç olmaktan çıkmadığı için de, etkin pişmanlık gösteren fail hakkında beraat değil; kamu davasının düşürülmesine karar verilmelidir.[120]

---

110 Özgenç, Gazi Şerhi, s. 915; Kalabalık, s. 633; Malkoç, s. 2995.

111 TCK m. 184/5 hükmünün af niteliğinde olduğu ve Anayasa m. 87 gereği TBMM'nin genel ve özel af ilanına karar verebilmesi için "üye tamsayısının beşte üç çoğunluğunun kararının" gerektiği; ancak TCK m. 184/5 hükmünün Anayasa'da belirtilen çoğunlukla kabul edilmediği iddiasıyla Anayasa Mahkemesi'ne iptal başvurusunda bulunulmuştur. Anayasa Mahkemesi iptal talebi üzerine yaptığı değerlendirmede, affın önceden ve belli zamana kadar işlenmiş suçları kapsamına alma yani geçmişe yönelik olma özelliği olduğunu, TCK m. 184/5 hükmünün ise böyle bir niteliği sahip olmadığını belirterek, TCK m. 184/5 hükmünün af niteliğinde olmadığına karar vermiştir. Bkz. Anayasa Mahkemesi'nin 12.06.2008 tarih ve E. 2004/92 K. 2008/119 sayılı kararı.

112 Doktrinde Taşkın, TCK m. 184/5 hükmünü hukuka uygunluk sebebi olarak nitelendirmektedir: Taşkın, s. 284.

113 Bu konuda bkz. Katoğlu, s. 96.

114 Örnek için bkz. TCK m. 93, m. 110, m. 168, m. 192, m. 201, m. 248, m. 269, m. 274.

115 5237 sayılı TCK'da etkin pişmanlığın cezayı bütün sonuçlarını kaldırdığı bir diğer düzenleme TCK m. 230/5 hükmüdür: Hakeri, s. 485.

116 Özgenç, Genel Hükümler, s. 466; Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe, Genel Hükümler, s. 502.

117 Koca/Üzülmez, s. 419.

118 Evrim Yıldırım, "Sermaye Piyasası Suçları Açısından Etkin Pişmanlık", *Ankara Barosu Dergisi*, S. 2, Y. 2014, s. 234-235.

119 Meran, s. 107.

120 Yaşar/Gökcan/Artuç, C. IV, s. 5083.

TCK m. 184/5 hükmünde, sadece 1. ve 2. fıkraya atıf yapıldığı için; şartlar sağlanmadığı halde sınai faaliyet icrasına müsaade eden kişi hakkında, sonradan yapı kullanma izni alınsa bile etkin pişmanlık hükmü uygulanamayacaktır.[121] Aynı sonuç, sınai faaliyete son verilmesi halinde de geçerlidir. Ancak, sınai faaliyete son verilmiş olması veya sonradan yapı kullanma izninin alınmış olması, yargılamayı yapan hâkim tarafından takdiri indirim nedeni olarak kabul edilebilir.

TCK m. 184/5 ile ilgili dikkat çeken en önemli husus, bina yapan/yaptıran kişinin gösterdiği etkin pişmanlığın, yapı ruhsatiyesi olmadığı halde şantiyeye elektrik, su veya telefon bağlantısı yapılmasına müsaade eden fail hakkında da sonuç doğurmasıdır. TCK m. 184/5'de binanın imar planına ve ruhsata uygun hale getirilmesi yeterli görüldüğünden, TCK m. 184/2 hükmünden sorumlu olan fail etkin pişmanlık göstermese; yani yapılan elektrik, su veya telefon bağlantısı kesilmese bile, TCK m. 184/5 hükmü bu kişi hakkında da uygulanacaktır. Bu düzenleme, mevcut haliyle etkin pişmanlığın cezaya azaltan/kaldıran *şahsi sebep* olma niteliğiyle bağdaşmamaktadır.

TCK m. 184/5'de, binanın imar planı ve ruhsata uygun hale *getirilmesinden* değil; binayı yapan/yaptıran *kişinin* binayı imar planı ve ruhsata uygun hale *getirmesinden* bahsedilmiştir. Bu nedenle, binayı yapan/yaptıran kişi dışındaki bir kişinin, örneğin failin kardeşinin binayı ruhsata uygun hale getirmesi durumunda TCK m. 184/5 hükmü uygulanmamalıdır. Yine bu durumun bir sonucu olarak, ruhsatsız binanın ilgili belediyece İmar Kanunu m. 32/5 hükmüne istinaden yıktırılması veya deprem gibi bir doğal afette yıkılması hallerinde de TCK m. 184/5 tatbik edilmemelidir. Aksi yöndeki kabul, etkin pişmanlığın hukuki niteliği ile bağdaşmayacaktır. Yargıtay ise, yıkım masraflarının sanık tarafından karşılanması durumunda, TCK m. 184/5 hükmünün uygulanabileceğine karar vermiştir.[122]

---

121 Ergen,s. 23.

122 "…Oltu Belediye Başkanlığı tarafından yıkılan binada, sanığın yıkım giderlerini ödeyip ödemediği sorularak giderlerin sanık tarafından karşılandığının belirlenmesi durumunda düşme kararı verileceği gözetilmeden eksik araştırma ile hükümlülük kararı verilmesi…" (4. CD'nin 23.02.2013 tarih ve E. 2009/1388, K. 2011/2394 sayılı kararı).

V. İMAR KİRLİLİĞİNE NEDEN OLMA SUÇU İLE İLGİLİ ÖZEL DÜZENLEMELER

A. SUÇUN YÜRÜRLÜĞE GİRİŞ TARİHİ İLE İLGİLİ ÖZEL DÜZENLEME

TCK m. 344/1-a uyarınca, imar kirliliğine neden olma suçu, TCK'daki diğer suçlardan farklı olarak 1 Haziran 2005 tarihinde değil; kanunun yayımlandığı 12.10.2004 tarihinde yürürlüğe girmiştir.[123] TCK m. 344 hükmünün gerekçesinde, TCK m. 184'in diğer hükümlerden önce yürürlüğe girmesinin sebebi, "*…ülkemizdeki plansız kentleşme ve kaçak yapılaşmanın ciddi sorun haline gelmesi dolayısıyla, Tasarının "İmar kirliliğine neden olma" başlıklı 184'üncü maddesi hükümlerinin Kanunun yayımı ile derhâl yürürlüğe girmesi uygun bulunmuştur*" şeklinde belirtilmiştir. Ancak 765 sayılı TCK'da imar kirliliğine neden olma suçuna yer verilmediği için[124], hükmün yürürlüğe girdiği 12.10.2004 tarihinden önce bitirilmiş[125] binalarla ilgili TCK m. 184 uygulama alanı bulamayacaktır.[126], [127] Bununla birlikte, 12.10.2004 tarihinden önce başlanmış olmakla birlikte, bu tarihten sonra da yapımına devam edilen binalar hakkında TCK m. 184 uygulanabilir.[128] Ancak, TCK m. 184/6 hükmündeki düzenleme nedeniyle, 12.10.2004 tarihinden önce yapılmış binalarda, TCK m. 184 hükmünün yürürlüğe giriş tarihinden sonra TCK m. 184/2'de belirtilen bağlantılara veya sınai faaliyete müsaade edilmesi durumunda TCK m. 184/2-3 hükümleri uygulanmayacaktır.

Yukarıda da ifade edildiği üzere, TCK m. 184/6 hükmünde, 12.10.2004 tarihinden önce yapılmış binalar hakkında 2. fıkra hükmünün de uygulanmayacağı belirtilmiştir. Ancak, şantiye *inşaatın deva-*

---

123 Yine TCK m. 344/1-b hükmü uyarınca, TCK m. 181/1 ile TCK m. 182/1 hükümleri, Kanun'un yayımından iki yıl sonra yürürlüğe girmiştir.

124 Yıldız, s. 293.

125 Binanın bitirildiği tarihin tespiti, İmar Kanunu m. 31 hükmüne göre yapılacaktır: Yılmaz, s. 199.

126 Ceyhan, s. 103.

127 "… Sanığın suça konu inşaatı 12.10.2004 tarihinden önce yapıp yapmadığına ilişkin olarak, tutanak tanıkları ile inşaata komşu binalarda oturanların dinlenmesi mahallinde keşif ve bilirkişi incelemesi yapılması ve sanığın sorgusunun da yapılarak sonucuna göre hukuksal durumunun belirlenmesi gerekirken eksik soruşturma ile hüküm kurulması…" (Yargıtay 4. CD'nin 19.01.2010 tarih ve E. 2008/3541 K. 2010/169 sayılı kararı).

128 Yaşar/Gökcan/Artuç, C. IV, s. 5071.

mı süresinde kullanılıp yıkılmak üzere yapılan bina[129] anlamına geldiğinden, 12.10.2004 tarihinden önce bitirilmiş bir binanın şantiyesine, bu tarihten sonra elektrik, su veya telefon bağlantısı yapılması fiilen mümkün gözükmemektedir. Zira inşaatın bittiği dönemde ortada bağlantı yapılacak bir şantiye bulunmamaktadır. Dolayısıyla, TCK m. 184/6 hükmünde 2. fıkraya ayrıca atıf yapılmasına kanaatimizce gerek bulunmamaktadır.

B. SUÇUN KONUSUNUN BULUNDUĞU YERE İLİŞKİN ÖZEL HÜKÜM

TCK m. 184/4'e göre, "*Üçüncü fıkra hariç, bu madde hükümleri ancak belediye sınırları içinde veya özel imar rejimine tabi yerlerde uygulanır*". Kanun koyucu bu hüküm ile Türkiye sınırları içerisinde gerçekleşen ve TCK m. 184/1-2'deki suç tanımlarına uyan eylemler arasında bir ayrım yapmış ve suçun ancak belli yerlerde işlenmesi durumunda yaptırım uygulanabileceğini belirtmiştir. Bu noktada suç tipinin uygulama alanının tespit edilebilmesi için *belediye sınırları* ile *özel imar rejimine tabi yerler* kavramlarının açıklanması gerekmektedir.

TCK m. 184/4'de yer verilen belediye sınırı kavramı, *belediye* ile *büyükşehir belediyesi* ayrımı göz önünde bulundurularak belirlenmelidir. 5393 sayılı Belediye Kanunu m. 5-6 hükümlerinde, *belediye sınırının* nasıl tespit edileceği ve kesinleşeceği belirtilmiştir. Buna göre, belediye sınırı; dere, tepe, yol gibi belirli ve sabit noktalardan geçirilmek ve eskiden beri söz konusu yerleşim yerine ait sayılan tarla, bağ, bahçe, çayır, mera, otlak, yaylak, zeytinlik gibi yerler sınıra dâhil edilmek şartıyla belirlenir ve belediye meclisinin kararı ve kaymakamın görüşü üzerine vali onayı ile kesinleşir.

6360 sayılı Kanun'la değişik 5216 sayılı Büyükşehir Belediyeleri Kanunu m. 5 hükmüne göre ise, "*(1)Büyükşehir belediyelerinin sınırları, **il mülki sınırlarıdır**. (2) İlçe belediyelerinin sınırları, bu ilçelerin mülki sınırlarıdır*".

TCK m. 184/4'de, sadece belediye ve özel imar rejimine tabi yerlerden söz edildiği için, TCK m. 184/1-2 hükümlerinde belirtilen suçların *belediye sınırları dışındaki* köylerde işlenmesi durumunda, faile ceza

[129] Söz konusu tanım için bkz.: Plânsız İmar Yönetmeliği m. 35 hükmü.

verilemeyecektir.[130] Ancak, köy belediye sınırları içerisinde kalmakta ise, söz konusu köyde işlenen eylemler bakımından da TCK m. 184/1-2 hükümleri uygulanabilecektir.[131] Zira hükümde suçun köylerde işlenemeyeceği değil; belediye sınırları ile özel imar rejimine tabi yerlerde işlenebileceği düzenleme altına alınmıştır.

6360 sayılı Kanun'un 6. maddesi ile 5216 sayılı Büyükşehir Belediyeleri Kanunu m. 5 hükmünde değişiklik yapılarak, büyükşehir belediyelerinin sınırları *il mülki sınırı* olarak değiştirilmiş[132] ve yine aynı Kanunun 1. maddesinin 3. fıkrasıyla, büyükşehir belediyesi sınırları içerisinde yer alan köylerin tüzel kişiliği kaldırılarak bu köyler mahalleye dönüştürülmüştür. Yani, 6360 sayılı Kanun'un yürürlüğe girdiği tarih itibariyle, büyükşehir sınırları içerisinde hukuki anlamda köy bulunmamaktadır. Bu noktada, 6360 sayılı Kanun'la yapılan değişikliklerin TCK m. 184/4 açısından ortaya koyduğu sonuçlar irdelenmelidir. Buna göre:

- 6360 sayılı Kanun m. 1/3 hükmü uyarınca, aynı hükmün 1. ve 2. fıkralarında sayılan illere[133] bağlı ilçelerin sınırları içerisinde yer alan köylerin tüzel kişiliği kaldırıldığına ve bunlar mahalleye dönüştürüldüğüne göre, eskiden köy olarak nitelendirilen bu yerlerde inşa edilecek yeni binalar bakımından da TCK m. 184/1-2 hükmü uygulama alanı bulacaktır. Ancak belirtilen bu sonuç, 6360 sayılı Kanun yürürlüğe girmeden önce, büyükşehir belediyesi sınırları *dışında* yer alan ve köy olarak nitelendirilen yerlerde tamamlanan yapılar için geçerli değildir. 6360 sayılı Kanun yürürlüğe girmeden önce yapımına başlanan ve tamamlanan yapılarla ilgili olarak *kanunilik* ilkesi gereği, TCK m. 184/1-2 hükümleri uygulama alanı bulamayacaktır.

---

130 Yaşar/Gökcan/Artuç, C. IV, s. 5079.

131 Ceyhan, s. 102.

132 6360 sayılı Kanun m. 6 hükmünden önce 5216 sayılı Büyükşehir Belediyesi Kanunu m. 5 hükmü şu şekildeydi: "(1)Büyükşehir belediyelerinin sınırları, adını aldıkları büyükşehirlerin belediye sınırlarıdır. (2)İlçe belediyelerinin sınırları, bu ilçelerin, büyükşehir belediyesi içinde kalan kısımlarının sınırlarıdır. (3)İlk kademe belediyelerinin, büyükşehir belediye sınırları dışında belediye sınırı olamaz".

133 6360 sayılı Kanun m. 1/1-2: "Aydın, Balıkesir, Denizli, Hatay, Malatya, Manisa, Kahramanmaraş, Mardin, Muğla, Ordu, Tekirdağ, Trabzon, Şanlıurfa ve Van illerinde, sınırları il mülki sınırları olmak üzere aynı adla büyükşehir belediyesi kurulmuş ve bu illerin il belediyeleri büyükşehir belediyesine dönüştürülmüştür. (2) Adana, Ankara, Antalya, Bursa, Diyarbakır, Eskişehir, Erzurum, Gaziantep, İzmir, Kayseri, Konya, Mersin, Sakarya ve Samsun büyükşehir belediyelerinin sınırları il mülki sınırlarıdır".

- 6360 sayılı Kanun ile yapılan değişiklikler neticesinde, büyükşehir belediyesi sınırları içerisinde yapılan her bina sahibi ile ilgili TCK m. 184/1-2 hükümleri uygulanacak ve fakat büyükşehir belediyesi sınırları içerisinde yer almayan köylerde yapılan binalar bakımından bu hükümler uygulanamayacaktır. Kanaatimizce, böyle bir kabul Anayasa m. 10 ve TCK m. 3/2 hükümlerinde yer verilen *eşitlik ilkesine* aykırılık teşkil edecektir.

TCK m. 184/4 kapsamında tartışılması gereken hususlardan birisi de, mücavir alan olarak nitelendirilen yerlerde, TCK m. 184/1-2 hükümlerinin uygulanıp uygulanamayacağıdır. Konu hakkında ileri sürülen ilk görüş; İmar Kanunu m. 5 hükmünden yola çıkarak, TCK m. 184/1-2 hükümlerinin mücavir alanda da uygulanabileceğini savunmaktadır.[134] İkinci görüşe göre ise; mücavir alanda gerçekleştirilen eylemlere TCK m. 184/1-2 hükümleri uygulanamayacaktır.[135] Zira İmar Kanunu'nun 2, 5 ve 19. maddelerinde, mücavir alan yanında belediye sınırı kavramı da kullanılarak; belediye sınırı ile mücavir alanın birbirinden farklı olduğu vurgulanmış ve 5237 sayılı TCK'da da bilinçli olarak belediye sınırı deyimi kullanılmıştır.[136] Kanaatimizce de, mücavir alan ile belediye sınırı birbirinden farklı olduğu ve İmar Kanunu m. 45/2 hükmü uyarınca, *mücavir alanın belediye sınırına bitişik olması bile gerekmediğinden*, mücavir alanda TCK m. 184/1-2 hükümlerinin tatbik edilmemesi gerekmektedir. Nitekim Yargıtay da son dönemde vermiş olduğu kararlarda, TCK m. 184/1-2 hükümlerinin mücavir alanda uygulanamayacağına işaret etmektedir.[137]

---

134 Ceyhan, s. 101.

135 Meran, s. 175; Sütçü, s. 984.

136 Yaşar/Gökcan/Artuç, C. IV, s. 5078.

137 "…TCK'nın 184/4.maddesinin; "... Üçüncü fıkra hariç, bu madde hükümleri ancak belediye sınırları içinde veya özel imar rejimine tabi yerlerde uygulanır." hükmü uyarınca, suça konu yer mücavir alanda ise suçun oluşmayacağı gözetilerek, 30.04.2009 tarihli bilirkişi raporunda davaya konu binanın yapıldığı yerin Selçuk ilçesi mücavir alanı içinde, imar planı dışında olduğunun bildirilmesi karşısında, anılan yerin özel imar rejimine tabi yerlerden olup olmadığı araştırılarak, sonucuna göre sanığın hukuki durumunun belirlenmesi gerekirken, eksik soruşturma ile mahkûmiyet kararı verilmesi…" (Yargıtay 4. CD'nin 05.11.2012 tarih ve E. 2011/23795 K. 2012/23021 sayılı kararı) ; "…İmar kirliliğine neden olma suçunda; mücavir alanda suçun oluşmayacağı gözetilerek, suça konu yerin belediye sınırları içinde veya özel imar rejimine tabi yerlerden olup olmadığı konusunda araştırma yapılarak, sonucuna göre sanığın hukuki durumunun belirlenmesi gerekir…" (Yargıtay 4. CD'nin 03.06.2013 tarih ve E. 2013/11301 K. 2013/16939 sayılı kararı) ; "…İnşaat bilirkişisinin düzenlediği raporda davaya konu binanın yapıldığı yerin

TCK m. 184/4 hükmünde yer verilen bir diğer husus, özel imar rejimine tabi yerler kavramıdır. Ancak, özel imar rejimine tabi yer kavramı kanunda tanımlanmamış; sadece gerekçede organize sanayi bölgesi bu kavrama örnek olarak gösterilmiştir.[138] Doktrinde ise, Serbest Bölgeler Kanunu, Endüstri Bölgeleri Kanunu, Kıyı Kanunu, Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kanunu ve Turizm Teşvik Kanunu gibi düzenlemeler kapsamında yer alan yerlerin, özel imar rejimine tabi yer olduğu ifade edilmektedir.[139] TCK m. 184/4 hükmünde, belediye sınırları ve özel imar rejimine tabi yerlerden ayrı ayrı bahsedildiği için, özel imar rejimine tabi yer belediye sınırı içerisinde yer almasa bile, TCK m. 184/1-2 hükümleri bu alanlarda uygulama alanı bulacaktır.[140]

Son olarak, TCK m. 184/4'de yer verilen sınırlamanın salt TCK m. 184/1-2 hükümlerinde yer verilen suçlar bakımından getirildiği; TCK m. 184/3'de yer verilen suçun belediye sınırları veya özel imar rejimine tabi yerler dışında işlenmesi durumunda da failin cezalandırılacağı belirtilmelidir.[141]

SONUÇ

İnsanların yaşamlarını sağlıklı bir şekilde devam ettirebilmesi için çevrenin korunması hayati önem taşımaktadır. Bu nedenle, gerek ulusal gerek uluslararası hukukta çevrenin etkin bir şekilde korunmasına yönelik düzenlemeler yapılmaktadır.

Ulusal hukukumuz açısından, çevreyi korumaya yönelik düzenlemelerin başında, Anayasa m. 56 ve 2872 sayılı Çevre Kanunu gelmektedir. Yine 5237 sayılı TCK m. 1 hükmünde, ceza kanununun amaçlarından birisinin çevreyi korumak olduğu açık bir şekilde belirtilmiş; aynı kanunun 181 vd. hükümlerinde *Çevreye Karşı Suçlar* düzenlenerek

mücavir alan içerisinde kaldığı belirtilmiştir. Suça konu yapının belediye sınırları içinde kalıp kalmadığı ve özel imar rejimine tabi yerlerden olup olmadığı hususları kuşkuya yer vermeyecek şekilde saptanarak, mücavir alanda kaldığı takdirde atılı suçun oluşmayacağı gözetilmelidir" (Yargıtay 4. CD'nin 18.11.2015 tarih ve E. 2015/14744 K. 2015/11330 sayılı kararı).

138 Yaşar/Gökcan/Artuç, C. IV, s. 5079.

139 Sütçü, s. 983.

140 Ceyhan, s. 102.

141 Bkz. madde gerekçesi. Ayrıca bu konuda bkz. Muhammet Murat Ülkü, "5237 sayılı TCK 181-184. Maddelerinde Yer Alan Çevreye Karşı Suçlar", http://www.ceza-bb.adalet.gov.tr/makale/149.pdf, e.t. 06.12.2017, s. 11.

çevrenin korunmasına yönelik tedbirler somutlaştırılmaya çalışılmıştır. Çalışmamız kapsamında çevreyi korumaya yönelik bu düzenlemelerden İmar Kirliliğine Neden Olma Suçu (TCK m. 184) incelenmiştir.

TCK m. 184 hükmüyle aynı bölümde düzenlenen çevrenin kasten ve taksirle kirletilmesi suçları (TCK m. 181-182) ile çevrenin kirletilmesine engel olacak asli tedbirler alınmaya çalışılmıştır. Söz konusu düzenlemelere ek olarak, TCK m. 184 hükmüne yer verilmesi, bu suçla çevreye ek olarak imar düzeninin de korunduğuna işaret etmektedir. Bu nedenle, TCK m. 184 hükmünün *karma hukuki konulu* bir suç olduğu ve suçla çevre yanında imar düzeninin de korunduğu sonucuna ulaşılmalıdır. Hatta TCK m. 184 ile korunan hukuki yararlar arasında bir derecelendirme yapmak gerektiği takdirde, imar düzeninin ilk sıraya konulması gerekmektedir. Zira çevreye doğrudan zarar veren hareketler TCK m. 181-182 hükümleriyle cezalandırılmaya çalışılmıştır.

TCK m. 184 hükmü, yürürlüğe girdiği tarih bakımından özellik arz etmektedir. Zira TCK m. 344/1-c gereği, TCK'nın neredeyse[142] bütün hükümleri 1 Haziran 2005 tarihinde yürürlüğe girmesine rağmen; TCK m. 184, TCK m. 344/1-a gereği kanunun yayımlandığı 12.10.2004 tarihinde yürürlüğe girmiştir.

TCK m. 184/1 hükmünde yer verilen suçun oluşması için, yapı ruhsatı alınmadan veya ruhsata aykırı olarak *bina* inşa edilmesi gerekmektedir. Hükümde geçen bina kavramı, İmar Kanunu m. 5'te "*kendi başına kullanılabilen, üstü örtülü ve insanların içine girebilecekleri ve insanların oturma, çalışma, eğlenme veya dinlenmelerine veya ibadet etmelerine yarayan, hayvanların ve eşyaların korunmasına yarayan yapılar*" şeklinde tanımlanmıştır. Doktrinde, bina kavramı yerine onu da içine alan yapı kavramının kullanılmasının amaca daha iyi hizmet edeceği; düzenlemenin bu şekliyle eşitlik ilkesine aykırı olduğu ileri sürülmektedir. Zira hükümde suçun konusu binayla sınırlandırıldığı için, ruhsatsız/ruhsata aykırı *yapı* yapan kişiler cezalandırılmadığı halde, bina yapan kişiler cezalandırılacaktır.

TCK m. 184/2 hükmünde, ruhsat alınmadan başlatılan inşaata ait *şantiyeye* elektrik, su veya telefon bağlantısı yapılması cezalandırılmış-

142 TCK m. 344/1-b gereği, TCK m. 181-182 hükümleri kanunun yayımlandığı tarihten iki yıl sonra yürürlüğe girmiştir.

tır. Hükümde iki açıdan sınırlama bulunmaktadır. Buna göre; TCK m. 184/2 hükmünden söz edilebilmesi için bağlantı yapılacak yerin *şantiye;* bağlanan şeyin ise *su, elektrik* veya *telefon* olması gerekmektedir.

TCK m. 184/3 hükmünden söz edilebilmesi için ise, kullanma izni alınmayan yapıda sınai faaliyet icrasına müsaade edilmesi gerekmektedir. Bu hükümde de, müsaade edilecek faaliyet bakımından sınırlama getirilmiş, sınai faaliyet dışındaki bir faaliyete izin verilmesi halinde suçun oluşmayacağı kabul edilmiştir.

TCK m. 184/1-2 hükümleri, sadece belediye sınırları ve özel imar rejimine tabi yerler bakımından uygulama alanına sahiptir. Bu nedenle, belediye sınırları dışında yer alan köyler ile mücavir alanlarda bu hükümlerin uygulanamayacağı kabul edilmektedir.

6360 sayılı Kanun'un 6. maddesi ile 5216 sayılı Büyükşehir Belediyeleri Kanunu m. 5 hükmünde değişiklik yapılarak, büyükşehir belediyelerinin sınırları *il mülki sınırı* olarak değiştirilmiş ve yine aynı Kanun'un 1. maddesinin 3. fıkrasıyla, büyükşehir belediyesi sınırları içerisinde yer alan köylerin tüzel kişiliği kaldırılarak bu köyler mahalleye dönüştürülmüştür. Yani, 6360 sayılı Kanun'un yürürlüğe girdiği tarih itibariyle, büyükşehir sınırları içerisinde hukuki anlamda köy bulunmamaktadır. Dolayısıyla, eskiden köy olarak nitelendirilen bu yerlerde inşa edilecek yeni binalar bakımından da TCK m. 184/1-2 hükmü uygulama alanı bulacaktır. Ancak belirtilen bu sonuç, 6360 sayılı Kanun yürürlüğe girmeden önce, belediye sınırları *dışında* yer alan ve köy olarak nitelendirilen yerlerde tamamlanan yapılar için geçerli değildir. Yine, 6360 sayılı Kanun yürürlüğe girmeden önce yapımına başlanan ve tamamlanan yapılarla ilgili olarak *kanunilik* ilkesi gereği TCK m. 184/1-2 hükümleri uygulama alanı bulamayacaktır.

TCK m. 184/5'e göre, " *Kişinin, ruhsatsız ya da ruhsata aykırı olarak yaptığı veya yaptırdığı binayı imar plânına ve ruhsatına uygun hâle getirmesi halinde, bir ve ikinci fıkra hükümleri gereğince kamu davası açılmaz, açılmış ola kamu davası düşer, mahkûm olunan ceza bütün sonuçlarıyla ortadan kalkar*". Söz konusu düzenleme doktrinde etkin pişmanlık olarak nitelendirilmektedir. Ancak, TCK m. 184/5 hükmü ile TCK'da yer verilen diğer etkin pişmanlık halleri arasında önemli bir farklılık bulunmaktadır. Şöyle ki; TCK m. 184/5 hükmünde, binanın imar planına ve ruhsata uygun hâle getirilmesi durumunda, daha önceden bir

cezaya hükmedilmiş ise bu cezanın *bütün sonuçlarıyla ortadan kalkacağı* düzenleme altına alınmıştır. Hâlbuki etkin pişmanlığa yer verilen diğer hükümlerin çoğunda, etkin pişmanlık cezayı azaltan veya ortadan kaldıran bir sebep olarak ortaya çıkmakta; fail tarafından gösterilen etkin pişmanlığın hükmedilmiş bir cezanın sonuçlarını ortadan kaldırıcı etkisi kural olarak bulunmamaktadır. Yine, TCK m. 184/5 ile ilgili dikkat çeken bir diğer husus, bina yapan/yaptıran kişinin gösterdiği etkin pişmanlığın, yapı ruhsatiyesi olmadığı halde şantiyeye elektrik, su veya telefon bağlantısı yapılmasına müsaade eden fail hakkında da sonuç doğurmasıdır. TCK m. 184/5'de binanın imar planına ve ruhsata uygun hale getirilmesi yeterli görüldüğünden, TCK m. 184/2 hükmünden sorumlu olan fail etkin pişmanlık göstermese; yani yapılan elektrik, su veya telefon bağlantısı kesilmese bile, TCK m. 184/5 hükmü bu kişi hakkında da uygulanacaktır. Bu düzenleme, mevcut haliyle etkin pişmanlığın cezaya azaltan/kaldıran *şahsi sebep* olma niteliğiyle bağdaşmamaktadır.

Kaynakça

Arısoy Mine, "5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda İmar Kirliliğine Neden Olma Suçu", *Terazi Aylık Hukuk Dergisi*, S. 13, Y. 2007.

Artuk Mehmet Emin/Gökcen Ahmet/Yenidünya A. Caner, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Adalet Yayınevi, 7. B. , Ankara 2013.

Artuk Mehmet Emin/Gökcen Ahmet/Yenidünya Ahmet Caner, Türk Ceza Kanunu Şerhi (Özel Hükümler), 3. Cilt, Turhan Yayınevi, Ankara 2009.

Artuk Mehmet Emin/Gökcen Ahmet/Yenidünya Ahmet Caner, Türk Ceza Kanunu Şerhi (Özel Hükümler), 4. Cilt, Turhan Yayınevi, Ankara 2009.

Batal Salih, "Avrupa Birliği Çevre Politikalarının Temel Özellikleri", http://www.mevzuatdergisi.com/.

Baydemir Mehmet, Ansiplopedik Emlak Finans Hukuk Sözlüğü, Anıl Yeminli Mali Müşavirlik Yayınları, İstanbul 2003.

Ceyhan İbrahim, "İmar Kirliliğine Neden Olma Suçu", *CHD*, S. 10, Y. 2009.

Çelik Lamih, "İmar Kirliliğine Neden Olma Suçunun İşyeri Açılış Ruhsatı Verme Açısından Tahlili", *Mahalli İdareler Dergisi*, S. 160, Y. 2007.

Çelik Lamih/Altıparmak Cüneyd, 84 Soruda İmar Kirliliğine Neden Olma Suçu, Seçkin Yayınları, Ankara 2013.

Demirbaş Timur, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Seçkin Yayınları, 9. B. , Ankara 2013.

Döner İsa, "Suçu Bildirmeme Suçu", *AÜEHFD*, C. IX, S. 3-4, Y. 2005.

Erdem Mustafa Ruhan, "Suçu Bildirmeme Suçu (TCK M. 278)", *TBB Dergisi*, S. 80, Y. 2009.

Ergen Cafer, "5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 184. maddesinde Yer Alan İmar Kirliliği Suçu Açısından Belediye Görevlilerinin Durumu", *Mahalli İdareler Dergisi*, S. 147, Y. 2006.

Ergen Cafer/Böke Veli, Kaçak Yapı, Seçkin Yayınları, 2. B., Ankara 2006.

Erman Barış, "Çevre Suçları", *Hukuki Perspektifler Dergisi*, S. 1. , Y. 2004.

Hafızoğulları Zeki/Özen Muharrem, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler-Topluma Karşı Suçlar, Us-A Yayıncılık, Ankara 2012.

Hakeri Hakan, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Adalet Yayınları, 16. B. , Ankara 2013.

Hakeri Hakan/Özkan Halid, Sorularla Ceza Hukuku, Adalet Yayınları, 2. B., Ankara 2014.

Kalabalık Halil, İmar Hukuku Dersleri, Seçkin Yayınları, 4. B. , Ankara 2012.

Karavelioğlu Celâl, Açıklamalı-Uygulamalı-İçtihatlı İmar Kanunu, C. I, Karavelioğlu Hukuk Yayınevi, 2. B. , Ankara 2007.

Katoğlu Tuğrul, "Yeni Türk Ceza Kanunu ve Çevreye Karşı Suçlar", Çevre Hukuku Sempozyumu (Nisan 2006-Antalya)-Türk Adalet Akademisi Yayınları, Ankara 2006.

Koca Mahmut/Üzülmez İlhan, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Seçkin Yayınları, Gözden Geçirilmiş ve Güncellenmiş 9. B.

Malkoç İsmail, Açıklamalı Türk Ceza Kanunu (Son Değişiklik ve İçtihatlarla), 3. Cilt, Yazarın Kendi Yayını, Ankara 2013.

Meran Necati, "İmar Kirliliğine Neden Olma Suçu Üzerine Bir İnceleme", *Terazi Aylık Hukuk Dergis*i, S. 29, Y. 2009.

Özbek Veli Özer/Kanbur Mehmet Nihat/Doğan Koray/Bacaksız Pınar/Tepe İlker, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, Seçkin Yayınları, Ankara 2013.

Özbek Veli Özer/Kanbur Mehmet Nihat/Doğan Koray/Bacaksız Pınar/Tepe İlker, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Seçkin Yayınları, 5. B., Ankara 2014.

Özbey Özcan, "İmar Kirliliğine Neden Olma Suçunda İçtima Uygulaması", *TAAD*, Y. 2013, S. 13.

Özgenç İzzet, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Seçkin Yayınları, 8. B. , Ankara 2012.

Özgenç İzzet, Türk Ceza Kanunu Gazi Şerhi (Genel Hükümler), Adalet Bakanlığı Yayınları, 3. B., Ankara 2006.

Sütçü Nezih, "İmar Kirliliğine Neden Olma Suçunun Tahlili" (5237 sayılı TCK m. 184), *Legal Hukuk Dergisi*, S. 27, Y. 2005.

Şensoy Naci, "Konut Dokunulmazlığını İhlal Cürmü", file:///C:/Users/user/Downloads/5436-15265-1-SM.pdf, e.t. 11.11.2014.

Talas Serdar, "Türk Ceza Hukuku'nda Çevrenin Kasten ve Taksirle Kirletilmesi Suçları, *İÜHFM*, C. LXXI, S. 1, Y. 2013.

Taşkın Ahmet, "Çevrenin Hukuksal Yönden Korunması", *TAAD*, S. 1, Y. 2010, s. 282.

Tezcan Durmuş/Erdem Mustafa Ruhan/Önok R. Murat, Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, Seçkin Yayınları, Ankara 2013.

Tuncer Sezin Duygu/Başkale Mithat Burak, "Çevre Ceza Hukukunda Zaman", *AÜHFD*, 65 (4) 2016.

Ünver Yener, Adliyeye Karşı Suçlar (TCK m. 267-298), Seçkin Yayınları, 3. B. , Ankara 2012.

Yaşamış Firuz D. , "Çevre Hukuku'nda Son Gelişmeler: Yeni Türk Ceza Kanunu ve Kabahatler Kanunu", *TBB Dergisi,* S. 58, Y. 2005.

Yaşar Osman/Gökcan Hasan Tahsin/Artuç Mustafa, Yorumlu Uygulamalı Türk Ceza Kanunu, C. IV, Adalet Yayınları, Ankara 2010.

Yıldırım Evrim, "Sermaye Piyasası Suçları Açısından Etkin Pişmanlık", *Ankara Barosu Dergisi,* S. 2, Y. 2014.

Yıldız Ali Kemal, "İmar Kirliliğine Neden Olma Suçu (TCK m. 184)", *GÜHFD* – Prof. Dr. Erden Kuntalp'e Armağan (C.II), S. 2, Y. 2004.

Yılmaz Sacit, Çevre Hukuku Bağlamında Türk Ceza Kanunundaki Çevre Suçları, Adalet Yayınları, Ankara 2013.

Yokuş Sevük Handan, Çevre Hukuku-Doğal Çevrenin Korunması, Adalet Yayınları, Ankara 2013.

KURGUDAN GERÇEKLİĞE UZANAN BİR TARTIŞMA ALANI: SUSMA HAKKININ İDARE HUKUKUNDA YERİ VAR MIDIR?

FROM FICTION TO REALITY EXTENDING DISCUSSION AREA: IS THERE A PLACE FOR THE RIGHT TO SILENCE IN ADMINISTRATIVE LAW?

Mutlu KAĞITCIOĞLU*

Özet: Âdil yargılanmanın temel bileşenlerinden olan susma hakkı, ceza yargılamasında gelişen en köklü usulî güvencelerin başında gelmektedir. Temel insan hakları ve özgürlüklerinin gelişimi ile günümüzde susma hakkı, âdil yargılanma ilkelerinin gözetildiği diğer hukuk dallarına da sirayet edecek şekilde ele alınmaktadır. İdare hukukunda gerek idarenin yürüttüğü faaliyetlerde gerek idarî yargılama sırasında, susma hakkının gündeme geleceği konular söz konusu olmaktadır. Özellikle 1982 Anayasası'nın beyan yanında fizikî delilleri de kişinin kendini suçlamama hakkının kapsamına alması ve İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi'nin (İHAM) susma hakkına yönelik oluşturduğu testleri, idarenin inceleme ve denetleme faaliyetleri bakımından ortaya çıkan uyuşmazlıklara da uygulaması, susma hakkının idare hukuku boyutunu geliştirmektedir. Diğer taraftan, idarenin görev ve yetkilerinin niteliği ile idarî yargılama usulünün temel ilkeleri birlikte düşünüldüğünde, susma hakkının idare hukuku açısından değerlendirilmesinin gereği ortadadır.

Anahtar Kelimeler: Susma Hakkı, Kendini Suçlamama Hakkı, İdarî Yargı, Âdil Yargılanma, İdarî Yargılama Usulü Kanunu, İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi

Abstract: The right to silence which is the main component of the fair trial right is one of the most fundamental procedural safeguards in criminal proceedings. With the development of the basic human rights and freedoms the right to silence is handled in a way that also spread to other branches of law that observance of fair trial principles. In administrative law, both the activities are carried out by the administration and during the administrative proceedings the

* Yrd. Doç. Dr., Altınbaş Üniversitesi Hukuk Fakültesi, İdare Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi, mutlukagitcioglu@gmail.com, ORCID: 0000-0001-8032-0976

future agenda of the right to silence issues are concerned. Especially taking physical evidence in addition to statements into the scope of the right not to incriminate oneself in the Constitution and the ECHR application of the tests on the right to silence to the conflicts arising in terms of the administration's inspection and surveillance activities, thereby improve the administrative law dimension of the right to silence. On the other hand, while considering the qualification of the duties and powers of administration together with the basic principles of the administrative jurisdiction procedure, it is clear that to evaluate the right to silence with a limited basis in terms of administrative law is needed.

Keywords: Right to Silence, Right not to Incriminate Oneself, Administrative Jurisdiction, Fair Trail, Procedure of Administrative Justice Act, the European Court of Human Rights

I. Susma Hakkının İçeriği ve Hukuksal Görünümüne İlişkin Genel Tespitler

Evrensel ve geleneksel ceza yargılaması kavramlarından biri olan ve kişinin kendisini suçlamaması hakkı olarak ifade edebileceğimiz susma hakkı, insan hakları mücadeleleriyle paralel bir gelişim göstermiştir.[1] *"Nemo tenetur se ipsum accusare"* yani kişinin kendi kendini suçlamaya zorlanamaması ilkesiyle[2] doğrudan bağlantılı olan susma hakkı, kişinin susmasının ikrar sayılamayacağını ve kendisi aleyhine delil olarak kullanılamayacağını ifade etmektedir. Böylece özellikle bir ceza davasında iddia makamının, kişinin iradesi dışında bir tehdit veya zorlama ile elde edilen delillere başvurmadan, sanığa karşı iddiasını kanıtlaması gerektiği kabul edilmektedir. İnsan onurunun korunması ile insanlık dışı ve aşağılayıcı muamele yasağıyla da bağlantılı olan susma hakkı, ceza hukuku bağlamında doğmuş, özellikle ceza huku-

1 Common law çıkışlı olan ve dayanağı Magna Carta Libertatum'a dayandırılan susma hakkı, 16. yüzyıldan itibaren İngiliz Hukukunda, 18. yüzyıldan itibaren Kıta Avrupası sistemlerinde yer bulmaya başlamıştır. Ayrıntılı bilgi için bkz. Rezzan İtişgen, Kişinin Kendini Suçlamaya Zorlanamaması İlkesi (Nemo Tenetur İlkesi) ve Susma Hakkı, On İki Levha, İstanbul 2013; Serhat Sinan Kocaoğlu, "Susma Hakkı", *Ankara Barosu Dergisi*, Y. 69, S. 2011/1, s.32 vd.

2 İtişgen, kişinin kendini suçlamaya zorlanamaması ilkesinin (Nemo Tenetur ilkesi), bir kişinin kendi suçsuzluğunu ispat yükü altında olmaması, suçun ispatı hususunda yargılama makamlarına yardım etmeye zorlanamaması ve yargılamadaki pasif tutumunun kendi aleyhine yorumlanamaması anlamına geldiğini belirtmektedir, İtişgen, a.g.e., s.3.

kunda hakkın niteliği, içeriği ve sınırları açısından, öğretide oldukça ayrıntılı bir şekilde ve farklı tartışmalarla ele alınmıştır.[3]

Hukukî metinlerde ayrıca bir düzenlemeye konu edilmese dahi, evrensel hak niteliğinden ötürü susma hakkının gereği gibi çalıştırılmaması, âdil yargılanma hakkının da ihlâlini beraberinde getirecektir. Susma hakkına yönelik genel olarak, uluslararası ve bölgesel ölçekteki belgelerde özel bir madde söz konusu olmamakla birlikte, âdil yargılanma hakkına yönelik düzenlemeler bağlamında bu hakkın değerlendirilmesi söz konusu olmaktadır.[4] Nitekim İHAM, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'nde (İHAS) açık bir şekilde ifade edilmemekle birlikte, susma hakkını, İHAS'ın 6. maddesinde yer bulan âdil yargılanma hakkı kapsamında ele almaktadır. Örneğin, İHAM, Murray/Birleşik Krallık davasında, diğer kararlarında yerdiği gibi; polis sorgusunda sessiz kalma hakkının (right to remain silent) ve kendi kendini itham etmeme ayrıcalığının (the privilege against self-incrimination), İHAS madde 6 altında düzenlenen âdil yargılanma kavramının kalbinde yatan genel kabul görmüş uluslararası standartlar olduğunu ifade etmiştir.[5] Diğer taraftan İHAM'dan farklı olarak Avrupa Toplulukları Adalet Divanı, Orkem davasında ise, kişinin kendi aleyhinde delil sunmama hakkının, İHAS'tan, İHAM içtihadından ve Birleşmiş Milletler Kişisel ve Siyasal Haklar Uluslararası Sözleşmesi'nin 14. maddesinden çıkarılamayacağını söylemiştir.[6]

Ülkemiz mevzuatına baktığımızda, Anayasa'nın "*Suç ve cezalara ilişkin esaslar*" başlıklı 38. maddesinin 5. fıkrasında susma hakkının kabul edildiğini görmekteyiz: "*Hiç kimse kendisini ve kanunda gösterilen yakınlarını suçlayan bir beyanda bulunmaya veya bu yolda delil göster-*

---

3 Bkz. Nurullah Kunter/Feridun Yenisey/Ayşe Nuhoğlu, Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, 18.Bs., Beta, İstanbul 2010, s.445 vd.; Nur Centel/Hamide Zafer, Ceza Muhakemesi Hukuku, Beta, 12.Bs., İstanbul 2015, s.158 vd.; Yener Ünver/Hakan Hakeri, Ceza Muhakemesi Hukuku, C.1, 11.Bs., Adalet, Ankara 2016, s.127 vd.; Yalçın Şahinkaya, Suçsuzluk Karinesi, Seçkin, Ankara 2008, s.100 vd.; İtişgen, a.g.e, s.3 vd.

4 Örneğin, Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi, m.10; Birleşmiş Milletler Kişisel ve Siyasal Haklar Uluslararası Sözleşmesi, m.14; Avrupa Birliği Temel Haklar Bildirgesi, m.48.

5 Murray/Birleşik Krallık, Başvuru No.18731/91, 08.02.1996, Benzer yönde, Funke/Fransa, 10828/84, 25.02.1993.

6 Orkem/Komisyon, C-374/87, 18.10.1989.

meye zorlanamaz.". 04.12.2004 tarihli ve 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nda (CMK) susma hakkı, *"açıklamada bulunmama"* şeklinde ifade edilmiş ve açıklamada bulunmamanın kanunî bir hak olduğu nitelendirilmiştir. CMK uyarınca susma hakkının kullanılması, yakalama anıyla birlikte başlamakta ve kovuşturma evresinde de söz konusu olmaktadır.[7]

Belirtmek gerekir ki, 1982 Anayasası'nın kaleme alınış biçimine göre, kişinin kendini suçlayıcı belgeler vermeye zorlanması da susma hakkının ihlâli olarak değerlendirilecektir. Anayasa açısından, belgeler veya belgelerde yer alabilecek açıklamalar delil kapsamında değerlendirileceğinden, kişinin kendi aleyhine delil veremeyeceği bağlamında susma hakkı kullanılabilecektir. Zira Anayasa'da susma hakkına ilişkin bir sınırlama hükmü getirilmemiştir. Diğer taraftan iç hukukumuza etkisi bakımından konuyla ilgili İHAM kararlarından doğan sonuçların da ele alınması gerekmektedir. Strazburg Mahkemesi'nin, somut olaya göre farklı değerlendirmelerde bulunduğu kararlarından öne çıkanlarını, kısaca şu şekilde belirtebiliriz: İHAM, Funke/Fransa kararında; belge ve ticari kayıtları vermeyi reddetme hakkını susma hakkı kapsamında değerlendirerek, gümrük görevlilerine belge vermeyi reddeden başvurucu için mahkeme tarafından, kanunda öngörülen para cezası verilmesini susma hakkının ihlâli olarak yorumlamış ve dava öncesi aşamayı da susma hakkının kullanımı bakımından ele almıştır.[8] Mahkeme burada, idarenin gerekli belgeleri başka bir yoldan toplamasına bir engel bulunmadığını; gümrük mevzuatının özelliklerinin, İHAS madde 6'nın özerk anlamı altında bir suç ile isnat edilen kimsenin hakkını ihlâl etmede haklı çıkarmayacağını belirterek, suç isnat edilen herkesin, sessiz kalmak ve kendini suçlamaya katkıda bulunmamak hakkı bulunduğundan âdil yargılanma hakkının ihlâl edildiğine kanaat getirmiştir. Funke/Fransa kararındaki yaklaşımından sonra İHAM, Saunders/Birleşik Krallık kararında, kendi aleyhine ifade vermeme hakkını da susma hakkı kapsamına dâhil ederek, susma hakkının ceza davasını kapsaya-

---

7 CMK'ya göre kolluk, yakalanan kişiye kanunî haklarını derhal bildirir (m.90/4). Kanun'un 147. maddesinin 1. fıkrasının (e) bendi uyarınca, "Şüpheli veya sanığa yüklenen suç hakkında açıklamada bulunmamasının kanunî hakkı olduğu söylenir." Ayrıca kovuşturma evresinde de, duruşma başlangıcında sanığa, yüklenen suç hakkında açıklamada bulunmamasının kanunî hakkı olduğu bildirilir (m.191/1-c).

8 Funke/Fransa, Başvuru No. 10828/84, 25.02.1993.

cağını ifade etmiştir.[9] Mahkeme davada, şirket dolandırıcılığı nedeniyle yürütülen davanın karmaşıklığının ve kamu yararının, zorlama altında alınan ifadelerin ceza davasında kullanılmasını haklı çıkardığı yönündeki hükümet iddialarını yerinde görmemiştir. O'Halloran ve Francis/Birleşik Krallık davasında, hız sınırının aşılmasının radar tarafından tespit edilmesi karşısında sürücünün, kimlik bilgilerini vermemesi halinde para cezası ve ceza puanı riskiyle karşılaşmasının, susma hakkının ihlâline neden olmadığına oy çokluğuyla karar vermiştir.[10] Mahkeme, bu kararında susma hakkına yönelik verdiği ilke kararlarının tamamına da yer vererek, düzenleyici rejimin özel doğasına ve ilgili kanundaki sınırlı incelemenin niteliğine dikkat çekerek, salt ceza tehdidi altında bir bilginin talep edilmesinin söz konusu olmadığını ifade etmiştir.

İdare hukuku öğretisinde susma hakkının kullanımı meselesi yoğun bir şekilde incelemeye konu olmamıştır. Konumuz açısından susma hakkına yönelik ayrıntılı açıklamalara girmemekle birlikte,[11] susma hakkının ceza yargılaması usulü dışında idarî yargılama usulünde de uygulanmasının mümkün olup olmadığı değerlendirilecektir. Çalışmamızda susma hakkının idarî yargılama öncesinde kullanılmasına ilişkin çeşitli tezler ve antitezler ele alınacak; 06.01.1982 tarihli ve 2577 sayılı İdarî Yargılama Usulü Kanunu (İYUK) ekseninde, susma hakkının idarî yargılama usulünde uygulanmasına ilişkin açıklamalar getirilecektir.

II. İdarenin Faaliyetlerinde Susma Hakkı

Bu bölümde susma hakkının, idarenin faaliyetlerinde uygulanıp uygulanmayacağı, özellikle İHAM kararları ile AYM kararları çerçevesinde, farklı yöndeki görüşlerle birlikte değerlendirmeye çalışılacaktır.

---

9 Saunders/Birleşik Krallık, Başvuru No. 19187/91, 17.12.1996. Olayda, Sanayi ve Ticaret Bakanlığı müfettişleri tarafından alınan ifadeler, daha sonra Saunders aleyhine açılan ceza davasında savcılık tarafından delil olarak kullanılmıştır. Saunders kararının, Funke kararını gölgelediği ve her iki kararla ilgili karşılaştırma için bkz. Alan Riley, "The ECHR Implications of The Investigation Provisions of the Draft Competition Regulation", *Nottingham Law Journal*, Vol.8(2), 1999, s.8 vd.

10 O'Halloran ve Francis/Birleşik Krallık Başvuru No. 15809/02 ve 25624/02, 29.06.2007.

11 Susma hakkıyla ilgili değerlendirmeler için bkz. Albert W. Alschuler, "A Peculiar Privilege in Historical Perspective: The Right to Remain Silent", *Michigan Law Review*, Vol.94, No.8, Ağustos 1996, s.2625 vd.

1. Tez: İdarî Yargılama Öncesinde Susma Hakkının Uygulanamazlığı

Bir savunma yöntemi olan susma hakkının, idarî yargılama aşaması öncesinde, idarenin denetim ile yaptırım uygulama yetkilerini kullanması durumunda gündeme gelebileceği belirtilebilir. İdare, kamu düzeninin çeşitli unsurlarının korunması ve sağlanması bakımından çeşitli denetim faaliyetlerini yürütmektedir. İdarî kolluk yetkilerinin *"a posteriori denetim"* şeklindeki görünümü açısından idare, ilgili mevzuat uyarınca her türlü bilgi ve belgeyi toplama, inceleme gibi yetkileri kullanabilme ayrıcalığına sahip kılınmıştır. İdarenin böylesi geniş bir bilgi ve belge isteme yetkisinin kaynağını, ilgili idarî düzeninin korunması ve kollanması konusunda devletin sahip olduğu yükümlülükler oluşturmaktadır. Nitekim idarî kolluk denetimi sonucunda, idarî düzenin ihlâl edildiği tespit edilirse, idare tarafından bu düzeni geri getirici birtakım idarî tedbirlerin ve idarî yaptırımların uygulanması söz konusu olmaktadır. Dolayısıyla, kendisi hakkında bir idarî yaptırım uygulanması ihtimali olduğunu düşünen gerçek veya tüzel kişinin, idarî kolluk denetimi aşamasında susma hakkını kullanıp kullanamayacağı sorusu doğmaktadır.

İdarenin kolluk denetimi öyle bir faaliyettir ki bu denetimin yapılmaması kamu düzeninin bozulmasına sebebiyet vereceği gibi, bu bozulmanın çok çeşitli sonuçları söz konusu olabilecektir. Örneğin idarenin ekonomik kolluk faaliyeti kapsamında bankalara yönelik çok ayrıntılı denetleme yetkilerini kullanması söz konusudur. 19.10.2005 tarihli ve 5411 sayılı Bankacılık Kanunu uyarınca finansal piyasalarda güven ve istikrarın sağlanması, kredi sisteminin etkin bir şekilde çalışması, tasarruf sahiplerinin hak ve menfaatlerinin korunması noktasında BDDK'ya, Kanun'da düzenleme ve denetlemeyle ilgili görev ve yetkiler verilmiştir. Bu görev ve yetkilerin bir bölümünü a posteriori denetim kapsamında, BDDK'nın yerinde denetim ve gözetim ile bilgi ve belge isteme faaliyetleri teşkil etmektedir (m.95,96). *"Bilgi ve Belge İsteme"* başlıklı 96. madde uyarınca Kanun'a tâbi kuruluşlar, Kanun'un uygulanması ile ilgili olarak her türlü bilgi ve belgeyi BDDK'nın talebi üzerine BDDK'ya tevdi etmekle yükümlüdür. Aynı maddeye göre kamu kurum ve kuruluşları ile gerçek ve tüzel kişiler, devletin güvenliği ve temel dış yararlarına karşı ağır sonuçlar doğuracak hâller ile mes-

lek sırrı, aile hayatının gizliliği ve savunma hakkına ilişkin hükümler saklı kalmak kaydıyla özel kanunlardaki yasaklayıcı ve sınırlayıcı hükümler dikkate alınmaksızın gizli dâhi olsa BDDK tarafından bu Kanun kapsamında verilen görevler ile sınırlı olmak üzere istenecek her türlü bilgi ve belgeyi uygun süre ve ortamda, sürekli veya münferit olarak vermeye, istenecek defter ve belgeleri ibraz etmeye ve incelemeye hazır bulundurmaya, tüm bilgi işlem sistemini denetim amaçlarına uygun olarak ilgili personele açmaya, verilerin güvenliğini sağlamaya ve muhafaza etmek zorunda oldukları her türlü defter, belge ve karneler ile vermek zorunda bulundukları bilgilere ilişkin mikrofiş, mikrofilm, manyetik teyp, disket ve benzeri ortamlardaki kayıtlarını ve bu kayıtlara erişim veya kayıtları okunabilir hale getirmek için gerekli tüm sistem ve şifreleri incelemek için ibraz etmeye ve işletmeye mecburdurlar. Hattâ maddenin son fıkrasında, bu madde kapsamında ilgili kişi, kurum ve kuruluşların BDDK'nın belirleyeceği süre içerisinde söz konusu talebe cevap vermek ve gereken kolaylığı göstermekle yükümlü oldukları hükme bağlanmıştır.[12]

Yukarıda verdiğimiz Bankacılık Kanunu'ndaki örnekte, ilgililerin idareye bilgi ve belge sunma zorunluluğu bir kanun tarafından öngörülmektedir. İdarenin böylesi bir denetim faaliyetinde kural olarak, ilgilisi için bir suç isnadı yöneltilmesi söz konusu değildir. Bankacılık Kanunu kapsamında verdiğimiz örnekte durumu değerlendirebiliriz; finansal piyasaların kalbi konumundaki para piyasasının temel lokomotifi olan bankacılık sektöründe meydana gelecek bir bozulma tüm finansal piyasayı ve ekonomik düzeni tehdit edici niteliktedir. Öyle

[12] Aynı Kanun'un "Yerinde Denetim ve Gözetim" başlıklı 95. maddesine göre, "Kurum, bankalardan, bunların bağlı ortaklıklarından, nitelikli paya sahip oldukları ortaklıklardan, birlikte kontrol ettikleri ortaklıklardan, şubeleri ile temsilciliklerinden, destek hizmeti kuruluşlarından ve diğer gerçek ve tüzel kişilerden bu Kanun hükümleri ile ilgili görecekleri bütün bilgileri gizli dâhi olsa istemeye, bunların vergiyle ilgili kayıtları dâhil olmak üzere tüm defter, kayıt ve belgelerini incelemeye yetkili olup, bilgi istenenler de istenilen bilgileri vermekle, defter, kayıt ve belgeleri incelemeye hazır bulundurmakla, tüm bilgi işlem sistemini denetim amaçlarına uygun olarak Kurumun yerinde denetim yapan meslek personeline açmakla, verilerin güvenliğini sağlamakla ve muhafaza etmek zorunda oldukları her türlü defter, belge ve karneler ile vermek zorunda bulundukları bilgilere ilişkin mikrofiş, mikrofilm, manyetik teyp, disket ve benzeri ortamlardaki kayıtlarını ve bu kayıtlara erişim veya kayıtları okunabilir hale getirmek için gerekli tüm sistem ve şifrelerini inceleme için ibraz etmek ve işletmekle yükümlüdür." (m.95/8).

ki bu bozulmanın, devletin varlığını dâhi tehdit edecek noktaya geldiği küresel ve yerel ölçekteki bankacılık krizlerinden görülmektedir. Dolayısıyla idarenin bankalara ve diğer finansal kurumlara yönelik ekonomik kolluk faaliyetinde böylesi ayrıntılı bilgi ve belge istemesi, ekonomik kamu düzeninin sağlanmasının önemli bir ayağını teşkil etmektedir. Nitekim BDDK'nın denetim faaliyetinde, ilgili bankanın Bankacılık Kanunu ve ilgili mevzuata aykırılıklar tespit ettiği takdirde Kanun'da öngörülen çok çeşitli ve ayrıntılı idarî yaptırımların uygulanması gerekecektir. Örneğin, incelenen finansal tablolar ve diğer finansal veriler çerçevesinde bir bankanın malî gücünün yetersizliğinin tespiti halinde o bankanın faaliyet izninin kaldırılması gibi bir idarî yaptırım uygulanması söz konusu olacaktır. Böylesi bir denetimin yapılmaması, Kanun'da öngörülen bilgi ve belgelerin idareye verilmemesi, sektörün işleyişini bozan bir yapıya gereğinde ve yeterli bir müdahalenin önüne geçecek ve sistemik risk özelliği nedeniyle bütün bir ekonomik düzeni tehdit edecek hale gelebilecektir. Dolayısıyla Kanun'da öngörülen, ekonomik düzeni koruyucu idarî yaptırımların ölçülü bir şekilde devreye sokulabilmesi de idarenin değerlendirebileceği bilgi ve belgelerin teminine bağlı olacaktır.

İdarenin kolluk faaliyetini yürütmesi durumunda, kişinin kendisi hakkında bir yaptırım uygulanabileceği düşüncesiyle talep edilen beyanlarda bulunmaması ve belge sunmaması, farklı yaptırımların uygulanmasını gerektirebilecektir. Örneğin, Bankacılık Kanunu uyarınca, Kanun'un 95 ve 96. maddeleri kapsamında BDDK tarafından talep edilen bilgilerin gönderilmemesi hâlinde idarî para cezası uygulanacaktır (m.146/1-p). Bankacılık Kanunu'nda bu yönde öngörülen para cezası riski ile karşı karşıya kalınması, ilk bakışta İHAM içtihadına uygun olmayan bir zorlama da değildir. Nitekim İHAM, Saunders kararında, idarece yapılacak araştırmanın, idarî ve adlî işlemlerin dayanağı olabileceğini söyleyerek; ticari ve malî faaliyetlerin, kamu yararına uygun olarak ve etkin biçimde düzenlenmesi karşısında, yargısal usule ilişkin birtakım güvencelerin uygulanmamasını kabul etmiştir. Diğer taraftan kararda, kamu yararının bulunmasının âdil yargılama usulünün temel ilkelerinden ayrılmayı da meşrulaştırmayacağına işaret etmiştir. Yine örneğin, 30.03.2005 tarihli ve 5326 sayılı Kabahatler Kanunu'nda; görevle bağlantılı olarak sorulması halinde kamu gö-

revlisine, kimliği veya adresiyle ilgili bilgi vermekten kaçınan veya gerçeğe aykırı beyanda bulunan kişiye, bu görevli tarafından 50-TL idarî para cezası[13] verileceği kabul edilmiştir (m.40). Şunu da eklemek gerekir ki kolluk denetimi sonucunda ulaşılan bilgi ve belgeler, kişinin veya kuruluşun kendisine bir suç isnadı yöneltilmesi potansiyelini bünyesinde zaten taşımaktadır. Ancak İHAM'ın Allen/Birleşik Krallık kararında da belirtildiği gibi, kendini suçlamama ayrıcalığı idarenin incelenmesinden kaçınma arzusu ile yapılan eylemlere muafiyet getirmemektedir.[14] Dolayısıyla idarî kolluk yetkilerinin kullanılması kapsamında bilgi ve belge toplanmasıyla ilgili susma hakkının kullanılması gündeme gelmeyecektir.

2. Anti Tez: İdarî Yargılama Öncesinde Susma Hakkının Uygulanabilirliği

İHAM kararlarında da ifade edildiği üzere susma hakkında problem alanını, idarenin bilgi ve belge toplama yetkisi değil, bu yetkinin kullanılması kapsamında bir zorlamanın ve bir ceza tehdidinin varlığı oluşturmaktadır. Zorlama, bilgi ve belge vermemenin, yani susma hakkının kullanılmasının bir para veya hapis cezası ile karşılanıp karşılanmadığıdır ki, zorlamaya ilişkin içerik her somut olaya göre değerlendirilmelidir. İHAM, "*otonom (özerk) kavramlar doktrini*" uyarınca iç hukuktaki nitelendirmelerle bağlı kalmadan "*suç isnadı*" kavramını geniş bir düzlemde ele almaktadır. İHAM, iç hukukta idarî yaptırım olarak kabul edilse de bir yaptırımı cezaî yaptırım olarak değerlendirebilmekte ve âdil yargılanma hakkı çerçevesinde ele alabilmektedir.[15] Bu doğrultuda İHAS'ta öngörülen âdil yargılanma ilkelerinin, uyuşmazlığa konu olan ve ilgilisi için ağır yükümlülükler içeren, örneğin bir para cezası şeklindeki idarî yaptırım için de aranması gerektiği kabul edilebilecektir. Öztürk kararında İHAM, Alman Kabahatler

13 Tutar, yeniden değerlendirme oranına göre her yıl güncellenmektedir.

14 Allen/Birleşik Krallık (Kabul edilebilirlik kararı), Başvuru No. 76574/01, 10.09.2002.

15 Engel/Hollanda, Başvuru No.5100/71; 5101/71; 5102/71; 5354/72; 5370/72, 08.07.1976, Engel davasında verdiği kararda mahkeme, bir isnadın cezaî karaktere sahip olup olmadığını şu ölçütlere göre belirleyeceğini açıklamıştır; fiilin davalı devletin iç hukukunda ceza hukuku alanında mı, disiplin hukuku alanında mı, yoksa her ikisinde de mi düzenlendiği; fiilin niteliği; ilgili kişinin alabileceği cezanın ağırlık derecesi.

Kanunu'na göre uygulanan idarî para cezasını, cezaî yaptırım olarak ele alarak İHAS madde 6 çerçevesinde ihlâl kararı vermiştir.[16]

Örnekle konuyu derinleştirmek gerekir ise Bankacılık Kanunu'nun 153. maddesine göre; Kanun'la yetkilendirilen mercilerin ve denetim görevlilerinin istedikleri bilgi ve belgeler ile bu Kanun kapsamındaki kuruluşların, konsolide finansal tabloların hazırlanmasını teminen istedikleri bilgi ve belgeleri vermeyen kişi, bir yıldan üç yıla kadar hapis ve beş yüz günden bin beş yüz güne kadar adlî para cezası ile cezalandırılacaktır. Burada idarî bir süreç söz konusu olduğundan ve doğrudan suç isnadıyla yürütülen bir faaliyet bulunmadığından susma hakkının uygulanamayacağı da ileri sürülebilir. Zira susma hakkının gündeme gelmesi için de İHAS madde 6 uyarınca kişinin hakkında bir suç isnat[17] edilmesi gerekmektedir. Örneğin, Saunders/Birleşik Krallık kararından, Funke/Fransa kararındaki yaklaşımına geri dönen İHAM, J.B./İsviçre davasında da vergi kaçakçılığı incelemesinde belge vermeyen başvurucu hakkında art arda para cezası uygulanmasını, incelemenin ceza soruşturması boyutu nedeniyle, susma hakkının ihlâli olarak ele almıştır.[18] Ancak, verilecek bilginin önceden var olan bir suçu ortaya çıkarma amacıyla yapılması noktasında durum karmaşık hale gelmektedir. Nitekim Bankacılık Kanunu'nun 95. maddesinin 13. fıkrasına göre; bankalarda yerinde denetim yapan kişilerin, bu Kanun'da belirtilen düzenlemeler dışında diğer kanunlara aykırılıkları tespit ettikleri takdirde bu tespitleri ilgili mercilere derhal bildirmek zorunda oldukları da kabul edilmiştir. Örneğin, burada kişi, kendisini ve hattâ kanunda gösterilen yakınlarını suçlamaya neden olacak bir belgeyi vermekten kaçınabilecektir ki Anayasa göz önüne alındığında kişinin bu hakkı kullanabilmesi mümkün görünmektedir. Kanun'da öngörülen hapis cezası ile adlî para cezasının bir zorlamayı içerdiği ise sabittir. Dolayısıyla kendisi aleyhine bir delil yaratmamak amacıyla

16 Öztürk/Almanya, Başvuru No.8544/79, 21.02.1984. Ayrıntılı inceleme için bkz. Wolfram Cremer, "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında İdarî Ceza Hukuku", İdarî Ceza Hukuku Sempozyumu, Çev. Serdar Nart, Seçkin, Ankara 2009, s.173-184.

17 İHAM içtihadında isnat kavramı ve konunun vergi hukuku açısından değerlendirilmesi için bkz. Billur Yaltı, Vergi Yükümlüsünün Hakları, Beta, İstanbul 2006, s.103 vd.

18 JB/İsviçre, Başvuru No. 31827/97, 03.05.2001.

idareye bilgi ver belge temin edilmemesine, Bankacılık Kanunu'nun 153. maddesine uyarınca bir ceza yaptırımı bağlanması, susma hakkını ihlâl edici niteliktedir.[19] Öğretide Reisoğlu da, kişinin bilgi ve belgeyi vermemesi Anayasa'nın 38. maddesinin 5. fıkrasına dayanıyorsa, Bankacılık Kanunu'nun 153. maddesine göre suç oluşturmayacağını söylemektedir.[20]

Yine mülga 28.07.1981 tarihli ve 2499 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu'nun 47. maddenin A) fıkrasının 3. bendinde *"(…) açıklamakla yükümlü oldukları bilgileri açıklamayan gerçek kişilerle, tüzel kişilerin yetkilileri ve bunlarla birlikte hareket edenler"* için hapis ve adlî para cezası öngörülmüştür. Öğretide, manipülasyon suçu olarak ifade edilen suçla ilgili olarak, kanun koyucunun, bireyi aktif bir yükümlülük –bilgi açıklama- altına soktuğu ve âdil yargılanma hakkının önemli ölçüde zedelendiği belirtilmiştir.[21] Mülga Kanun'la ilgili benzer yönde bir değerlendirmede; SPK'nın yapacağı olağan veya şüphelendiği durumlarda olağanüstü denetimlerle ve gözlemlerle, bu yönde elde etmek istediği bilgilere ve açıklamalara ulaşması her zaman imkân dâhilinde olduğundan, kişileri bunları açıklamaya zorlamanın ve açıklamaları halinde de bu eylemi suç sayarak, yaptırım altına almanın susma hakkının ihlâli anlamına geldiği ileri sürülmüştür.[22] Yürürlükteki 06.12.2012 tarihli ve 6362 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu'nda 111. maddesinin 1. fıkrasında da "*Kurul veya bu Kanuna göre görevlendirilenler tarafından istenen bilgi, belge ve elektronik ortamda tutulanlar dâhil kayıtları hiç veya istenen şekliyle vermeyen kişi bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası ile cezalan-*

---

19 Yine 13.01.2011 tarihli ve 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun 562. maddesi uyarınca; bu Kanun hükümlerine göre tutulmakla veya muhafaza edilmekle yükümlü olunan defter, kayıt ve belgeler ile bunlara ilişkin bilgileri, denetime tâbi tutulan gerçek veya tüzel kişiye ait olup olmadığına bakılmaksızın, denetime yetkili olanlarca istenmesine rağmen vermeyenlerin, idarî para cezası yanında, fiilleri daha ağır cezayı gerektiren başka bir suç oluşturmadığı takdirde, üç yüz günden az olmamak üzere adlî para cezasıyla cezalandırılacakları öngörülmüştür.

20 Seza Reisoğlu, Bankacılık Kanunu Şerhi, C.I-II, 2.Bs., Yaklaşım, Ankara 2015, Bankacılık Kanunu Şerhi, C.II, s.2273.

21 Sinan Bayındır, Türk Sermaye Piyasası Hukukunda Manipülasyon Suçu, Beta, İstanbul 2011, s.120

22 Ali Hakan Evik, Sermaye Piyasası Araçlarını Etkileyebilecek Aldatıcı Hareketler Yapma (Manipülasyon Suçu), Seçkin, Ankara 2004, s.242. Aksi yöndeki görüş için bkz. İbrahim Onur Baysal, Sermaye Piyasasında Manipülasyon Suçu, Yüksek Lisans Tezi (Yayımlanmamış), Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2011, s.134 vd.

dırılır." hükmü yer almaktadır. Söz konusu düzenlemenin de susma hakkını ihlâl edici nitelikte olduğu değerlendirilebilir.

Konu, idarî yaptırımların uygulanması yönüyle düzenleyici ve denetleyici kurumların yaptırım vermeye ilişkin süreçlerinde de gündeme gelebilir. Örneğin, 07.12.1994 tarihli ve 4054 sayılı Rekabet Kanunu'na göre, Rekabet Kurulu inceleme ve araştırmalarında çeşitli usuller kullanmakta, deliller toplamakta ve tarafları dinleyerek bir idarî karar tesis etmektedir.[23] İHAM, sermaye piyasasında manipülasyon suçu nedeniyle şirket ve üyelerine uygulanan idarî para cezasını da bir cezaî yaptırım olarak ele almış ve bağımsız idarî otoriteler tarafından idarî yaptırım uygulanmasına ilişkin süreçlerde de âdil yargılanma kriterlerinin uygulanması gerektiğine dikkat çekmiştir.[24] Bu doğrultuda İHAM, mahkeme kavramını, iç hukuklardan bağımsız olarak ve somut olaya göre geniş bir şekilde yorumlamakta,[25] uygulanan usul ile verilen yaptırımın ağırlığı bakımından İHAS madde 6 ilkelerine göre değerlendirme yapma yolunu açmaktadır. Bir ihtimale göre de düzenleyici ve denetleyici kurumun, susma hakkının kullanılmasına, İHAM içtihadı anlamında bir *"ceza"* uygulaması veya bir uyarı yapılmadan kuruma sunulan belgelerin daha sonra bir ceza davasında kullanılması susma hakkının ihlâli anlamına gelebilecektir. Gürsel, Fransa'da bağımsız idarî otoritelerin yaptırım içeren kararlarına karşı, yargı yoluna başvurulduğunda yargıç yaptırım uygulama sürecinin İHAS'ta öngörülen âdil yargılama ilkelerine uygun olup olmadığını denetlediğini belirtmektedir.[26] Örneğin İHAM'ın Funke kararındaki

---

23 Örneğin, 30.12.2012 tarihli ve 6362 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu'nun 105. maddesinde Sermaye Piyasası Kurumu tarafından idarî para cezası kararı tesis edilmeden önce ilgilisinin savunmasının alınması kabul edilmiştir.

24 Grande Stevens ve Diğerleri/İtalya, Başvuru No. 18640/10, 18647/10, 18663/10, 18668/10 ve 18698/10, 04.03.2014.

25 İHAM, bir uyuşmazlığı hukuk kuralları çerçevesinde çözümlemeyen ve öngörülen kuralları uygulayan bir yapıyı da maddî açıdan yargılama fonksiyonu yerine getirdiğine kanaat verdiğinde, iç hukuktaki yargı sisteminden farklılaşarak, mahkeme olarak nitelendirebilmektedir, Sramek/Avusturya, Başvuru No.8790/79, 22.10.1984; Rolf Gustafson/İsveç, Başvuru No.23196/94, 01.07.1997. Örneğin Mahkeme Sramek davasında, bölgesel taşınmaz kıymet takdir komisyonunu mahkeme statüsünde kabul etmiştir. İHAM içtihadında mahkeme kavramına ilişkin bilgi için bkz. A. Şeref Gözübüyük/Feyyaz Gölcüklü, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İnceleme ve Yargılama Yöntemi, 10.Bs., Turhan, Ankara 2013, s.279 vd.

26 Gürsel, Fransa'da olduğu gibi Türkiye'de de idarî yargı organının, SPK'nın yar-

yaklaşımının, rekabet konularında, özellikle rekabet otoritelerinin yerinde soruşturmadaki yetkileri bakımından da uygulanabileceği ifade edilmektedir.[27]

Yine konu sadece bilgi ve belge verme bakımından değil, kolluk denetiminde talep edilen diğer veriler yönünden, örneğin fiziksel örneklerin alınması için de söz konusu olabilir. Anayasa Mahkemesi (AYM), somut norm denetimi yoluyla önüne gelen bir iptal davasında, 13.10.1983 tarihli ve 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanunu'nun 48. maddesinin 9. fıkrasında yer alan, "*Uyuşturucu veya uyarıcı maddelerin kullanılıp kullanılmadığı ya da alkolün kandaki miktarını tespit amacıyla, kollukça teknik cihazlar kullanılmasını kabul etmeyen sürücülere 2000 Türk Lirası idarî para cezası verilir ve sürücü belgesi iki yıl süreyle geri alınır.*" hükmünün Anayasa'ya aykırı olmadığına oy çokluğuyla karar vermiştir.[28] İtiraz gerekçesinde söz konusu idarî yaptırımın ölçülülük ilkesine aykırılığı iddiası dile getirilmişse de, kararın karşı oy gerekçesinde susma hakkına yönelik de bir tartışma yapılmıştır. Belirtmek gerekir ki kişiden fiziksel delil alınması hususu ceza hukuku bakımından da oldukça tartışmalı bir alandır.[29] İHAM, Saunders davasında kişinin iradesinden bağımsız nitelik taşıyan kan, nefes, idrar örnekleri ve DNA testi için vücut dokusu elde edilmesinin kendini suçlamaya zorlanma yasağını kapsamadığını ifade etmiştir. Ancak bir uyuşturucu satıcısının yuttuğu hapların ortaya çıkarılması amacıyla, idarenin tıbbi müdahale ile kişiyi zorla kusturmasını İHAS madde 6'ya oy çokluğuyla aykırı bulmuştur.[30] Mahkeme davada başvurucu aleyhine işkence boyutuna ulaşan bir muamele ile elde edilen delilin, ispat niteliğine bakmadan savunma hakkını ihlâl ettiği yorumunu yapmış ve Saun-

---

gısal denetime konu kararlarını İHAS m.6 bağlamında denetleyebileceği kanaatindedir; Meltem Kutlu Gürsel, "Sermaye Piyasası Kurulu'nun Denetimi", *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi,* Prof. Dr. İrfan Baştuğ Armağanı, C.7, 2005, s.531.

27 Walter B.J. Van Overbeek, "The Right to Remain Silent in Competition Investigations: The Funke Decision of the Court of Human Rights Makes Revision of the ECJ's Case Law Necessary", *European Competition Law Review*, 1994, 15(3), s.127-133.

28 AYM, 02.10.2014, E.2014/65, K.2014/150, RG, 12.12.2014/29203. Yine AYM, "...sürücü belgesi iki yıl süreyle geri alınır." ibaresinin iptali talebini de oy çokluğuyla reddetmiştir, 24.11.2014, E.2014/178, K.2014/178, RG, 04.03.2015/29285.

29 Tartışmalar için bkz. İtişgen, a.g.e., s.43.

30 Jalloh/Almanya, Başvuru No. 54810/00, 11.07.2006.

ders kararına istisna getirmiştir.[31] İptale konu hükümde de idarî kolluğun denetimi esnasında teknik cihazı kullanmasının, Anayasa'nın ilgili düzenlemesi gereğince, kişinin kendini suçlamama hakkını ihlâl edebilecek nitelikte olduğunu söyleyebiliriz.[32] Karşı oy gerekçesindeki açıklamalardan biri şöyledir: *"Denetim sonucunda suç işlemiş olduğu ortaya çıkması muhtemel olan bir kişinin, kendisi aleyhine delil elde edilmesine iradi olarak katılma yükümlülüğü bulunmamaktadır. Kanun ile böyle bir yükümlülük konulması veya yükümlülüğe uymayan kişinin idarî veya adlî bir yaptırımla cezalandırılması da kendi aleyhine delil sunmaya zorlanmama hakkına aykırılık teşkil edecektir."*. Kanaatimizce Anayasa madde 38'in hiç kimsenin delil göstermeye zorlanamayacağı hükmü nedeniyle, söz konusu idarî yaptırımların Anayasa'daki susma hakkına uygun düşmediğini belirtmek gerekmektedir.

3. Sentez: Bireysel Yarar ile Kamu Yararı Arasındaki Denkleştirme ve İdarenin Yürüttüğü Faaliyetlerde Susma Hakkının Uygulanabilirliği

İdarenin kolluk faaliyetlerini yerine getirmesinin ve ilgili yetkilerini kullanmasının bir sonucu olan idarî yaptırım gibi idarî işlemleri uygulaması, bu kapsamdaki bilgi ve belgelere ulaşılmasını zorunlu kılmaktadır. Kaldı ki, idarenin kanunun kendisine verdiği görev ve yetkileri kullanmaması idarenin sorumluluğuna gidilmesini de gerektirmektedir. İHAM, Allen kararında, ceza soruşturmasında zorlama ile alınan bilgilerin kullanılmamasına ve ceza davasında susma hakkının kullanılmasına işaret ederek, kişinin malî durumu veya şirket faaliyetleriyle ilgili bilgi vermeye zorlayıcı yetkilerin kullanılmasının kendiliğinden yasaklanamayacağını belirtmiştir. Olayda da malvarlığı bildiriminde bulunmayan başvurucu hakkında para cezası verilmesi, başvurucu hakkında Funke kararında olduğu gibi verilmeyen belgeye dayanılarak bir ceza soruşturmasına uğrama ihtimali bulunmadığı için, İHAS madde 6'ya aykırı olarak değerlendirilmemiştir.[33] Şu anda

---

31 Kararın eleştirisi için bkz. Ashworth, a.g.m., s.765 vd.

32 Ancak somut norm denetimine başvuran mahkemelerin itiraz gerekçelerinde belirtildiği üzere, Karayolları Trafik Kanunu'nda düzenlenen diğer idarî yaptırımlar gözetildiğinde, iptali talep edilen hükmün ölçüsüz ve orantısız bir yaptırım olduğu görülmektedir.

33 Funke kararına yönelik eleştiriler de öğretide dile getirilmiştir. Örneğin, Guy Stes-

mevcut olmayan İnsan Hakları Avrupa Komisyonu Abas/Hollanda davasında, başvurucunun nerede ikamet ettiğine ilişkin idarenin mektubuna verdiği yazılı cevabın üzerine, ailesinin evi aranarak ve belgelere idarece el konularak, kaçakçılık ve vergi kaçırma iddiası nedeniyle bir adlî kovuşturmaya tâbi tutulmasında ve mahkemece hapis cezası ve para cezası ile cezalandırılmasında, İHAS madde 6'ya aykırılığa iki açıdan yaklaşmıştır.[34] Mahkeme, somut olayda malî amaçlarla idareye bilgi ve belge verilmemesinde hapis cezası ve para cezasının uygulanmasının kanunda öngörüldüğünü; olayda başvurucunun mektuba verdiği yanıt esnasında herhangi bir adlî soruşturma altında olmadığını; bu aşamada idarenin başvurucunun cezaî sorumluluğu aleyhine çalışmadığını, vergi denetimi kapsamında vergisel amaçlarla hareket ettiğini belirterek, bir cezalandırma sürecinin yokluğu nedeniyle kendini suçlamama ilkesinin ihlâl edilmediğine kanaat getirmiştir. Ancak Mahkeme, mektuba verdiği yanıttan sonra başvurucunun evinin aranması ile kendisinin durumunda ciddi bir etkilenme (substantially affected) oluştuğunu ve İHAS madde 6'nın sağladığı korumadan faydalanabileceği sonucuna ulaşmıştır. Başvurucu bu aşamaya ilişkin ihlâl iddiasında bulunmadığından, Komisyon başvuruyu kabul edilemez bulmuştur.

Belirtmek gerekir ki, idarenin kolluk yetkisi çerçevesinde yapacağı araştırmaların çıkış noktasını esasen bir ceza sorumluluğunun tespiti oluşturmamaktadır. İHAM kararlarında belirtildiği üzere bir ceza suçlaması amacıyla yürütülen bir idarî incelemede, yani idarî denetimin amacının bir suç isnadını bünyesinde taşıması halinde, susma hakkını kullanana zorlayıcı nitelikte herhangi bir idarî veya cezaî yaptırım uygulanması, bu hakkın ihlâl edildiği sonucuna götürecektir. İHAM, kendi içtihadında geliştirdiği susma hakkı kapsamında, genel olarak devletin, bireyin kendini suçlamaya zorlayamayacağını kabul ederken; cezaî olmayan amaçlar için devletin bilgi edinme hakkına da saygı duymaktadır.[35] Strazburg Mahkemesi, Jalloh/Almanya ile

---

sens, "The Obligation to Produce Documents Versus the Privilege Against Self-Incrimination: Human Rights Protection Extended Too Far?", *European Law Review,* 1997, 22 Supp (Human Rights Survey), s.45-62.

34 Abas/Hollanda, Başvuru No. 27943/95, 26.02.1997.

35 Mark Berger, "Self-Incrimination and the European Court of Human Rights: Procedural Issues in the Enforcement of The Right to Silence", *European Human Rights*

O'Halloran ve Francis davasında susma hakkı ile ilgili şu üç kriteri gözetmiştir: (i) *"zorlama"*nın tipi ve derecesi; (ii) mevcut usul güvencelerinin varlığı; (iii) zorlama dışında elde edilen kanıtların mahkemede sonraki kullanımı.[36] İdare ile yaptığı işbirliğinin sonuçları hakkında bilgilendirilmeyen ve idarece elde edilen bilgi ve belgelerin bir ceza suçlamasında kullanılacağı bilgisi sunulmayan kişiye, susma hakkını kullanması karşısında herhangi bir yaptırım uygulanması ihlâl durumu yaratacaktır. Özellikle idarî yargılama öncesinde susma hakkının kullanılmasına bir ceza yaptırımı bağlandığı hallerde, susma hakkının ihlâl edildiğini mutlak olarak söylemek gerekecektir, örneğin Bankacılık Kanunu madde 153'te olduğu gibi.[37] Burada sadece gerçek kişi değil, Avrupa Toplulukları Adalet Divanı'nın Orkem davasında olduğu gibi, tüzel kişilik açısından da susma hakkı değerlendirilebilmeli, âdil yargılanma ilkelerinin tüzel kişiler için uygulanması da mümkün olmalıdır.[38] Anayasa'da ilgili düzenlemede, *"hiç kimse"* şeklinde bir formül ile gerçek kişi ve tüzel kişi arasında bir tercihe gidilmemiştir.

1982 Anayasası ise susma hakkını İHAM içtihadının da ilerisine çekmektedir. Anayasa'nın 38. maddesinin 5. fıkrası uyarınca, suç isnadını bünyesinde taşımayan bir idarî denetim faaliyetinde dâhi kişi, kendisini ve kanunda gösterilen yakınlarını suçlamaya neden olacak bir delili vermekten kaçınabilme hakkına sahiptir. Bu noktada İHAM kararlarından da öngörüleceği üzere, kişinin kendisi veya yakını aleyhine bir delil sağlamamak için idareye bilgi ve belge vermemesinin,

---

Law Review, Issue 5, 2007, s.514-533.

36 Nicolas A.J. Croquet, "The Right of Silence and Not to Self-Incriminate Under the European Convention on Human Rights: To What Extent Are They Qualified?", *Cambridge Student Law Review*, Vol.4, No.2, 2008, s.214-234.

37 Öğretide ise İtişgen, ceza muhakemesi dışında, susma hakkının geçerli olmaması, kişinin susmayı tercih etmesine cezaî nitelik taşımayan yaptırımlara tâbi tutulabilmesi ya da susmasının onun aleyhine yorumlanması; fakat bu şekilde elde edilen beyanların o kişilerin aleyhine bir ceza davasında kullanılmaması gerektiği görüşündedir, İtişgen, a.g.e., s.148.

38 Konunun ceza yargılaması açısından değerlendirilmesi için bkz. İtişgen, a.g.e., s.100 vd. Farklı yönde bir görüş, kendini suçlama yasağına ilişkin İHAM kararlarının tamamının gerçek kişilere ilişkin olduğu; dolayısıyla bütün karşı iddialara rağmen İHAM içtihadının gerçek kişiler gibi tüzel kişilerin de kendini suçlamama yasağından yararlanabileceği yönünde bir işaret taşımadığını ve İHAM kararlarına dayanılarak yasağın uygulama alanını genişletmenin pek mümkün görünmediğini belirtmektedir, Harun Gündüz, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin Rekabet Hukuku Uygulamasına Etkileri, Rekabet Kurumu, Ankara 2010, s.67.

bir ceza yaptırımı sonucunu doğurması yani zorlama yoluna gidilmesi susma hakkının ihlâlini oluşturabilecektir. Defter ve belge ibrazı ceza hukuku açısından da susma hakkı yönüyle tartışmalı bir durumdur.[39] Ancak Anayasa'nın, aleyhe delil gösterme yasağını da koruma kapsamına aldığını göz ardı etmemek lazımdır.

Diğer yandan şu da bir gerçektir ki, idareye yapılan açıklamaların ve sunulan belgelerin incelenmesi, kamu düzeninin korunması bakımından gereklidir. Problem, ilgili fiillere ceza yaptırımı yerine idarî yaptırım öngörülmesi ile çözülebilecekse de İHAM'ın otonom kavramlar doktrini uyarınca iç hukuktaki yaptırım ve ceza kavramları ile bağlı olmadığı hususunun da dikkate alınması gerekecektir. Bir idarî yaptırımın karakteri ceza yaptırımından farklı olmakla birlikte, İHAM'ın otonom kavramlar doktrini uyarınca sahip olduğu yaklaşım nazara alınmalıdır. Nitekim değindiğimiz örneklerden görüleceği gibi İHAM da verdiği kararlarda, somut olayın özelliklerine göre farklı sonuçlara varabilmektedir.[40] Ayrıca aleyhte delil oluşturabilecek bilgi ve belgeyi idareye vermemenin bir idarî yaptırımla karşılanması da somut olaya göre zorlama olarak nitelendirilebilecektir. Örneğin, J.B. davasında, cezanın miktarının önemli olmadığı, maruz kalınan para cezasının maddî bir tazminat değil cezalandırıcı ve caydırıcı olduğu İHAM tarafından ifade edilmiştir. Dolayısıyla susma hakkının kullanılmasına kanunda bir idarî yaptırım bağlanması da her zaman doğru sonucu vermeyebilecektir.

Geri planında bir suç isnadı olsun ya da olmasın idarî aşamada, kendini suçlamama hakkı ve aleyhe delil göstermeme hakkı çerçevesinde susma hakkından yararlanılmasının mümkün olacağını düşünüyoruz. Bu sonuca ulaşmamızın nedeni açıkladığımız üzere, hiç kimsenin kendisini ve kanunda gösterilen yakınlarını suçlayan bir beyanda

---

39 İtişgen, a.g.e., s.109 vd.

40 Susma hakkının İHAM içtihadındaki görünümüyle ilgili bkz. Mark Berger, "Europeanizing Self-Incrimination: The Right to Remain Silent in the European Court of Human Rights", *Colombia Journal of European Law,* Vol.12, No.2, 2006, s.339 vd. İHAM'ın susma hakkına yönelik yaklaşımı da belirsizlik ve uyumsuzluk eleştirilerine konu olmaktadır, ayrıntılı bilgi için bkz. Andrew Ashworth, "Self-Incrimination in European Human Rights Law—A Pregnant Pragmatism?", *Cardozo Law Review,* Vol. 30, No. 3, Aralık 2008, s.751 vd., http://cardozolawreview.com/Joomla1.5/content/30-3/ASHWORTH.30-3.pdf (01.04.2016).

bulunmaya veya bu yolda delil göstermeye zorlanamayacağı yolundaki, Anayasa'nın 38. maddesinin 5. fıkrasının mutlak düzenlemesidir. Bu itibarla, idarî aşamada susma hakkından yararlanan açısından uygulanacak her türlü cezaî yaptırım veya zorlayıcı idarî bir yaptırım Anayasa duvarına çarpacaktır. Dolayısıyla çalışmamızda örnek gösterdiğimiz üzere, bu aşamada idareye bilgi ve belge sunulmamasının suç olarak kabulü, susma hakkını ihlâl etmekte ve Anayasa'ya aykırılık taşımaktadır. Kanaatimizce, idare karşısında susma hakkının kullanılması zorlayıcı olmayan idarî tedbirlerle veya idarî yaptırımlarla karşılanmalıdır. İfade etmek gerekir ki susma hakkının idarî yargılama aşaması öncesinde uygulanabilirliğinin kabulünde, idarenin yapmakla görevli ve yetkili kılındığı faaliyetlerini gereği gibi yapamayacağı endişeleri haklı olarak doğacaktır. Örneğin kişinin, kendisi aleyhine açılacak bir ceza davasında değerlendirilebileceği gerekçesiyle, idarenin rutin bir denetim faaliyetinde susma hakkına sahip olduğu ileri sürebilecektir ki bu yaklaşım idarî faaliyetin yolunu tıkayacaktır. Bu durumun hakkın kötüye kullanılması yolunu açması ve haksız bir hukukî korumanın oluşmasına neden olması muhtemeldir. Burada kamu yararı ile bireysel yarar arasında bir tercihin yapılması imkânı idare açısından kolay görünmemektedir. Nitekim konu İHAM açısından da karışıktır, Strazburg Mahkemesi Jalloh davasında kamu yararı kriterine de susma hakkı yorumunda yer verirken, O'Halloran ve Francis davasında bu kriteri nazara almamıştır.[41] Diğer taraftan bilgi ve belge ibraz etme talebine riayet edilmemesinin, bu talebin dayanağını oluşturan konuda idarenin işlem tesis etmesini engellemeyeceği de açıktır. Nitekim uygulamada susma hakkına konu olan olaylarda idarenin, ilgilisinden talep edeceği bilgi ve belgeleri, diğer yöntemlere başvurarak elde edebilmesi mümkündür. Çünkü bilgi ve belge sunulmasının önem taşıdığı idarenin birtakım denetim faaliyetlerinde, özellikle bilgi ve belgenin inceleme esasasının olduğu ekonomik düzene ilişkin kolluk denetimlerinde, teknolojinin gelişmesiyle tüm işlemlerin elektronik ortamda kayıt altına alındığı sabittir. Yine İHAM kararla-

41 Bu yaklaşımın eleştirisi için bkz. Croquet, a.g.m., s.y. Jalloh kararının değerlendirilmesi için bkz. Jan C. Schuhr, "Kusturucu Madde Kullanmak İnsanlık Dışı ve Aşağılayıcı Bir Muameledir", Çev. Alexandra Deniz Üner, Ceza Muhakemesi Hukukunda Delil ve İspat, Karşılaştırmalı Güncel Ceza Hukuku Serisi 15, Seçkin, Ankara 2014, s.161-169.

rında da belirtildiği gibi susma hakkı her durumda, hakkı kullanan için mutlak bir koruma kalkanı oluşturmamaktadır. Kanaatimizce Anayasa'nın 38. maddesinin 5. fıkrasında, susma hakkının kapsamına ilişkin bir değişiklik yapılmadıkça ve/veya bu hakkın kullanılmasına yönelik istisnalar getirilmedikçe,[42] idarî aşamada susma hakkının kullanılamaması için hukukî bir neden kalmamaktadır. Susma hakkının karşılığının zorlayıcı yaptırımlarla karşılandığı, bilhassa ilgili fiillerin suç olarak kabul edildiği kanun hükümlerinin Anayasa'ya aykırılığı yargısal başvurularda dile getirilmelidir.

4. Anayasa Mahkemesine Taşınan Bir Örnek: Vergi Usul Kanunu'nun 359. Maddesinin Susma Hakkı Açısından Değerlendirilmesi

213 sayılı Vergi Usul Kanunu'nun (VUK) 134. maddesi uyarınca, ödenmesi gereken vergilerin doğruluğunu araştırmak, tespit etmek ve sağlamak amacıyla yapılan vergi incelemelerinde susma hakkının uygulanabilirliği meselesi, uygulamada sıklıkla gündeme gelen bir konudur. Bu kapsamda VUK'un 359. maddesinin; defter, kayıt ve belgelerin istenmesi ve bunların ibraz edilmemesi nedeniyle hapis cezasını öngörmesine yönelik düzenlemeleri, somut norm denetimi yoluyla AYM önüne gelmiştir. Birçok değişikliğe uğrayan madde metninin mülga düzenlemesine ilişkin olarak, VUK'un 359. maddesinin (a) bendinin (2) sayılı alt bendinin[43] iptali talebinde, AYM kısaca; devlet ile vergi

---

42 Örneğin İspanya Anayasası, herkesin kendi aleyhine tanıklık etmeme, kendini suçlu ilan etmeme ve masum olduğuna inanma hakkı olduğunu belirlerken devamında kanunla, aile ilişkileri veya meslek sırrı nedenleriyle, iddia edilen suçlarla ilgili ifade verme zorunluluğu olmayan hallerin belirleneceğini düzenlemiştir (m.24/2).

43 Kanun'un ifadesiyle;
"Madde 359: a) Vergi Kanunlarına göre tutulan veya düzenlenen ve saklanma ve ibraz mecburiyeti bulunan; (...)
2) Defter, kayıt ve belgeleri tahrif edenler veya gizleyenler (Varlığı noter tasdik kayıtları veya sair suretlerle sabit olduğu halde, inceleme sırasında vergi incelemesine yetkili kimselere defter ve belgelerin ibraz edilmemesi gizleme demektir.) veya muhteviyatı itibariyle yanıltıcı belge düzenleyenler veya bu belgeleri kullananlar (Muhteviyatı itibariyle yanıltıcı belge, gerçek bir muamele veya duruma dayanmakla birlikte bu muamele veya durumu mahiyet veya miktar itibariyle gerçeğe aykırı şekilde yansıtan belgedir.)
Hakkında altı aydan üç yıla kadar hapis cezası hükmolunur.
Hükmolunan hapis cezasının para cezasına çevrilmesinde, hapis cezasının her bir günü için sanayi sektöründe çalışan on altı yaşından büyük işçiler için hüküm ta-

mükellefi arasındaki ilişkinin toplumsal sözleşme olarak kabul edilemeyeceğini; özgürlüğün kısıtlanmasının idarî bir uygulama sonucu değil, bağımsız yargı kararı ile hükme bağlandığını; verginin özelliği nedeniyle para cezaları yanında özgürlüğü bağlayıcı cezalar konulabileceğini ifade ederek, Kanun'un ilgili düzenlemesinin, "*Defter, kayıt ve belgeleri gizleyenler*" yönünden Anayasa'ya aykırı olmadığına oy birliğiyle karar vermiştir.[44] AYM yine, VUK'un 359. maddesinin (a) bendinin 2 numaralı alt bendinin,[45] "*defterler*" yönünden Anayasa'ya aykırı olmadığına oy çokluğuyla hükmetmiştir.[46] AYM karar gerekçesinde; susma hakkının, suçlanmayla başlayan bir hak olduğunu, kovuşturma ve soruşturmanın her aşaması için geçerli olduğunu; vergi ödevine dikkat çekerek iptali talep edilen bölümün kendisini suçlama ve bu yolda delil göstermeye zorlanma olarak nitelendirilemeyeceğini belirtmiştir.

Söz konusu kararların yankıları öğretide farklı görüşlere neden olmuştur. Yaltı ilk karar açısından, "*Vergi yükümlüsünün susma hakkı, hem ifade hem de defter ve belgeleri vermeyi reddetmeye ilişkin bir koruma alanı yaratır. Susan ve kendi aleyhine delil vermeyi reddeden vergi yükümlüsünün para veya hapis cezasına çarptırılması, susma hakkının ihlâli anlamına gelir.*"; "*Bu çerçevede Türk vergi usul hukukunda, bilgi toplama hükümlerine*

---

rihinde yürürlükte bulunan asgari ücretin bir aylık brüt tutarının yarısı esas alınır ve hükmolunan bu para cezası ertelenemez. (…)"

44 AYM, 11.03.2003, E.2002/55, K.2003/8, RG, 16.12.003/25318.

45 Değişikliğe uğrayan ve iptale konu edilen VUK'un 359. maddesinin (a) bendinin 2 numaralı alt bendi;
"a) Vergi Kanunlarına göre tutulan veya düzenlenen ve saklanma ve ibraz mecburiyeti bulunan; (…)
2) Defter, kayıt ve belgeleri tahrif edenler veya gizleyenler (Varlığı noter tasdik kayıtları veya sair suretlerle sabit olduğu halde, inceleme sırasında vergi incelemesine yetkili kimselere defter ve belgelerin ibraz edilmemesi gizleme demektir.) veya muhteviyatı itibariyle yanıltıcı belge düzenleyenler veya bu belgeleri kullananlar (Muhteviyatı itibariyle yanıltıcı belge, gerçek bir muamele veya duruma dayanmakla birlikte bu muamele veya durumu mahiyet veya miktar itibariyle gerçeğe aykırı şekilde yansıtan belgedir.)
Hakkında altı aydan üç yıla kadar hapis cezası hükmolunur.
Hükmolunan hapis cezasının para cezasına çevrilmesinde, hapis cezasının her bir günü için, sanayi sektöründe çalışan on altı yaşından büyük işçiler için (…) yürürlükte bulunan asgari ücretin bir aylık brüt tutarının yarısı esas alınır ve hükmolunan bu para cezası ertelenemez."
şeklinde idi.

46 AYM, 31.01.2007, E.2004/31, K.2007/11, RG, 18.05.2007/26526.

(VUK, 148, 256, mük. 257) bağlanan cezaî hükümler yeni bir değerlendirme ile okunmak zorundadır, bu hükümler olay özelinde susma hakkının ihlâli sonucu doğurabilecek mahiyettedir." diyerek AYM'nin kararında susma hakkını tartışmamasını eleştirmiştir.[47] Başaran Yavaşlar ise kendini suçlamama hakkının ceza hukukundaki içeriğiyle vergisel yaptırımlar bakımından uygulama alanı bulmasını kabul etmenin büyük sorunlara yol açacağını; kendini suçlamama hakkının, denetimin sık yapılamadığı ülkelerde, vergisel para cezaları alanında, kayıt dışılığı, vergi kaçağını, re'sen tarhiyatları ve aramaları artıran bir durum yaratabileceğini belirtmektedir.[48] Candan, farklı ihtimallere yer vererek, vergi idaresinin denetim yetkisi ile kişinin susma hakkı arasında dengenin kurulmasında zorunluluk olduğuna; dengenin, susma hakkının işlerliğinin, defter ve belgelerin ibrazının istenilmesinden önce vergi kaçırıldığı kuşkusunun bulunması ve bu nedenle soruşturmaya (incelemeye) başlanmış olunması hali ile sınırlı tutulmasıyla sağlanabileceğine dikkat çekmektedir.[49]

AYM, gerek birinci gerek ikinci kararında vergi ödemenin önemine, vergi ödevinin üstünlüğüne vurgu yapmaktadır. Birinci kararda susma hakkını tartışmayan Mahkeme, ikinci kararında değinmekle birlikte gerekçesini yine vergi ödevi üzerinden yürütmüştür. Bu nedenle, Mahkemenin oluşturduğu gerekçe konunun özünü karşılamamaktadır. Üstelik Mahkeme, Anayasa'da öngörülen kuralı daraltıcı bir yorum getirmiş, susma hakkını sadece kovuşturma ve soruşturma aşamalarına sıkıştırmıştır. İHAM kararlarından da görüleceği üzere, susma hakkına ilişkin böylesi bir sınırlandırma yerinde bir yaklaşım değildir. Nitekim kararın karşı oy gerekçesinde de İHAM kararına atıf yapılarak, "*38. maddedeki diğer hak ve güvenceler (lehe kanun uygulaması, masumluk karinesi, kanunsuz elde edilmiş delil, zamanaşımı gibi) ceza hukukundaki soruşturma ve kovuşturma işlemleri ile sınırlı olmayan, idarî cezalar, disiplin cezaları ve kabahatler için de geçerli olan evrensel kurallardır. Susma*

---

47 Yaltı, a.g.e., s.144-149; Billur Yaltı, "Vergi Hukukunda Susma Hakkı (VUK 359) (a) (2) nin Anayasaya Aykırılığı Sorunu", *Vergi Dünyası,* S. 285, Mayıs 2005, s.24.

48 Funda Başaran Yavaşlar, "İdarî Nitelikli Vergi Suç ve Cezaları", Danıştay ve İdarî Yargı Günü 138. Yıl Sempozyumu, Danıştay, Ankara 2006, s.150.

49 Turgut Candan, "Danıştay Kararlarında Vergisel Kabahatler ve Yaptırımlar Hukukuna İlişkin Temel İlkeler", İdarî Ceza Hukuku Sempozyumu, Seçkin, Ankara 2009, s.276-277.

ve kendisini veya yakınlarını suçlayıcı delil göstermeye mecbur edilememe hakkının farklı şekilde değerlendirilmesi mümkün değildir." yorumu getirilmiş ve susma hakkının idarî soruşturma aşamasında da geçerli olduğu ifade edilmiştir.

Dolayısıyla VUK'un AYM önüne gelen kuralındaki temel sorunu, aleyhe delil oluşturabilecek belge vermemenin bir hapis cezası ile karşılanması, yani vergi mükellefine bir zorlamanın yapılması hususu oluşturmaktadır. Bu itibarla Allen ve Abas kararları başta olmak üzere İHAM kararları ışığında, VUK kapsamında yapılan idarî incelemenin, bir suç delili sağlanması yani bir suç isnadı altında yürütülen bir soruşturma boyutunu taşıması durumunda, idareye belge vermemenin cezaî yaptırımla karşılanması susma hakkını ihlâl edecektir. Örneğin; sahte fatura düzenlediği sabit bulunan mükelleften fatura alıp kullandığı, bu mükellefin kayıtlarından tespit edilen, yani bir suç isnadı yöneltilen mükellefin, defter ve belgelerinin ibrazının istenilmesi halinde, susma hakkını kullanarak, ibraz isteğini yerine getirmemesi nedeniyle herhangi bir cezanın kesilememesi veya hükmedilememesi gerekir.[50] Strazburg Mahkemesi J.B. davasında, vergi mükellefinin ceza riski taşıyan vergi inceleme sürecinin başından itibaren âdil yargılanma hakkının içeriğini oluşturan güvencelere sahip olması gerektiğini belirtmiştir. Bu itibarla, idarenin salt vergisel amaçlarla, vergilerin doğruluğunun denetlenmesi kapsamında hareket ettiği bir incelemede, idareye belge ibraz edilmemesinin susma hakkı kapsamında korumaya sahip olmayacağı ileri sürülebilecektir.

Ancak bir suç isnadı ile yürütülmeyen, örneğin bir vergi suçu şüphesi ile yapılmayan olağan bir vergi incelemesinde dâhi mükellef, aleyhine suçlamaya konu olacak bir riski önlemek adına, idareye belge sunmamayı tercih edebilecektir. Bu halde de VUK madde 359'un bir ceza yaptırımı öngörmesi nedeniyle yine Anayasa'ya aykırılık söz konusu olacaktır. Zira Anayasa'da, hiç kimsenin kendisini ve kanunda gösterilen yakınlarını suçlayan bir beyanda bulunmaya veya bu yolda

50 Candan, a.g.e., s.277. Müellif, susma hakkının kapsamına girsin ya da girmesin, her halde, vergi idaresinin yapacağı matrah takdirlerinde, takdirin usulüne uygun olmaması hali dışında, matrah ve matrah farkının gerçeğe uymadığını kanıtlama yükü mükellefe düşen, geniş bir takdir yetkisinin bulunduğunun kabul edilir olduğuna işaret etmektedir.

delil göstermeye zorlanamayacağı hükmü emredicidir. Vergi mükellefinin kendi ve yakınları aleyhine bir beyanda bulunmaya zorlanamamasının ya da bir defter veya belge sunmamasının dayanağını Anayasa oluşturmaktadır. Nitekim ABD Anayasası'nın 5. değişikliğinde, hiç kimsenin, herhangi bir ceza davasında kendi aleyhinde tanıklık yapmaya zorlanmayacağı kabul edilmiştir. Yani ABD Anayasası'nda kendini suçlamama hakkı beyan delilleriyle sınırlandırılmıştır.[51] Ancak 1982 Anayasası'nda bu konuda bir muafiyet veya istisna yoktur, kendisi aleyhinde bilgi ve belge vermenin yani delil göstermenin, kendini suçlamama hakkını kapsadığı Anayasa'da zikredilmiştir. Önceki başlıkta belirttiğimiz gibi İHAM genel olarak, idarenin denetim süreçleriyle ilgili yetkisinin kullanılmasına ilişkin tartışmaya girmemekte ve kendini suçlamaya zorlama kapsamına belgeleri almamakta, ancak bu süreçte bilgi ve belge vermeyerek susma hakkını kullanan kişinin zorlama ve ceza tehdidi altında olup olmamasını değerlendirmektedir. Üstelik ikinci AYM kararına ilişkin karşı oy gerekçesinde belirtildiği üzere, mevzuata göre tutması gereken defterleri hiç tutmayan kişi için hapis cezası öngörülmezken iyi-kötü defter tutan, tasdik ettiren, fakat inceleme sırasında göstermeyen/gösteremeyen kişiye üst sınırı üç yıla varan ağırlıkta bir ceza öngörülmektedir. Dolayısıyla Anayasa'ya göre delil niteliğindeki belgeler susma hakkının korumasına dâhildir.[52] Bu itibarla da VUK madde 359'un iptale konu edilen düzenlemelerle benzer olan mevcut düzenlemesinin[53] Anayasa'ya aykırı olduğu ve susma

---

51 Ayrıntılı bilgi için bkz. İtişgen, a.g.e., s.19 vd.

52 Bir görüşe göre, her şeyi kayıt sistemine bağlı vergi hukukunun özelliği nedeniyle ibraz mecburiyeti olmalıdır. Ancak bu mecburiyetin ihlâli hapis cezası gerektiren suç fiili olma dışına çıkartılarak, kabahatler hukukunun konusu haline getirilmelidir, Doğan Şenyüz, "Susma Hakkı Karşısında Vergi Usul Kanunundaki Defter ve Belgeleri Gizleme (Kaçakçılık) Suçu", *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 15, S. 1, 2013, s.38. Bir diğer görüşe göre; "Mükellefin kendisinden istenen defter ve belgeleri ibraz etmemesi durumunda kanaatimce, sadece idarî yaptırıma muhatap olması, hapis cezasına muhatap tutulmaması gerekmektedir. Ancak AİHM'in ulaşmış olduğu, para cezasına bile çarptırılacak olması halinde kişinin susma hakkının bulunduğu görüşü de, isabetli değildir.", Ümit Süleyman Üstün, "Susma Hakkı Çerçevesinde Defter, Kayıt ve Belgeleri Gizleme Suçu", *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 15, S. 3, 2011, s.387.

53 2008 tarihli değişiklik ile bugün yürürlükte olan VUK'un 359. maddesinin (a) bendinin 2 numaralı alt bendine göre;
"a) Vergi kanunlarına göre tutulan veya düzenlenen ve saklanma ve ibraz mecburiyeti bulunan; (...)
(2) Defter, kayıt ve belgeleri tahrif edenler veya gizleyenler veya muhteviyatı iti-

hakkını ihlâl ettiği düşüncesindeyiz.[54] Ayrıca VUK'a ilişkin diğer idarî ve cezaî yaptırım düzenlemeleri dikkate alındığında, VUK madde 359'da defter ve belge ibraz etmemeye bağlanan yaptırımların, ölçülülük ilkesi bağlamında orantısız olduğu da ortadadır.

III. İdarî Yargılama Usulünde Susma Hakkı

İdarî yargılama aşamasında susma hakkının kullanılıp kullanamayacağı esasen konunun idarî yargılama aşaması öncesinde değerlendirilmesiyle benzerlikler taşımaktadır. İYUK'ta susma hakkına yönelik özel bir düzenleme, doğal olarak, bulunmamaktadır. Çıkış noktası ve uygulama alanı ele alındığında, susma hakkının idarî yargılama usulünde de kullanılabileceği sonucuna varmak çok kolay olmamaktadır. Dava konusunun kaynaklandığı esaslardaki aykırılıklardan dolayı,[55] taraflarca hazırlama ilkesi medenî yargılama usulünde uygulanırken gerek ceza gerek idarî yargılama usulünde re'sen araştırma ilkesi ve delil serbestisi ilkesi uygulanmaktadır. İYUK'un 20. maddesinin 1. bendinde, Danıştay ile idare ve vergi mahkemelerinin bakmakta oldukları davalara ait her çeşit incelemeleri kendiliklerinden yapacakları kabul edilmiştir.[56] Böylece idare yargıcının re'sen araştırma yetkisi çerçevesinde, davalı idare yanında davacıdan bilgi ve belge talep edebilmesi ve ispat yükünü dağıtabilmesi söz konusudur. İdarî yargılamada uyuşmazlığın özelliğine göre de, davacı veya davalı idare ispat yükü altında olabilmektedir.[57] Diğer taraftan susma hakkının doğduğu ceza

---

bariyle yanıltıcı belge düzenleyenler veya bu belgeleri kullananlar,
Hakkında on sekiz aydan üç yıla kadar hapis cezasına hükmolunur. Varlığı noter tasdik kayıtları veya sair suretlerle sabit olduğu halde, inceleme sırasında vergi incelemesine yetkili kimselere defter ve belgelerin ibraz edilmemesi, bu fıkra hükmünün uygulanmasında gizleme olarak kabul edilir. Gerçek bir muamele veya duruma dayanmakla birlikte bu muamele veya durumu mahiyet veya miktar itibariyle gerçeğe aykırı şekilde yansıtan belge ise, muhteviyatı itibariyle yanıltıcı belgedir. (…)"

54 Ancak VUK'a ilişkin ilân edilen tasarı metninde aynı yaklaşımın devam ettirildiği görülmektedir.

55 AYM, 28.02.1989, E.1988/32, K.1989/10, RG, 22.06.1989/20203.

56 En genel ifadelerle, dava malzemesinin hazırlanmasında taraflarla birlikte, hâkimin de görevli olması, re'sen araştırma ilkesi olarak adlandırılmaktadır, Yücel Oğurlu, "Danıştay Kararları Işığında İdarî Yargılama Usulünde Re'sen Araştırma İlkesi", *Atatürk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 75'inci yıl Armağanı, C. 2, S. 2, s.122.

57 Örneğin idarî eylemden kaynaklı bir tam yargı davasında ispat yükü davacıdadır,

yargılamasında, medenî yargılama usulündeki gibi bir ispat yükünün kesinliğinden söz edilemese de, kural olarak iddia makamına düşen bir ispat yükü söz konusudur. Ceza yargılamasında iddia makamı olan savcı, somut olaya ilişkin delilleri dava açılmadan toplamaktadır. Ayrıca ceza yargılamasında mahkeme, maddî gerçeği re'sen araştırma yükümlülüğü altında olduğundan, ispat yükü ceza yargıcı için de söz konusudur. Ceza yargılamasında sanık, iddia makamının delilleri karşısında susma hakkını kullanabilir; ancak idarî yargılamada susma hakkını kullanan taraf, davacı konumundaki işlemin muhatabıdır. Bu itibarla ceza yargılamasından farklı usullere tâbi olan idarî yargılamada susma hakkının nasıl değerlendirileceği meselesi önem taşımaktadır. Örneğin ceza hukuku mevzuatında, bazı durumlarda kanun ile fiilî veya hukukî bir sorumluluk karinesi öngörüldüğünde, yani sanığın beraatını sağlamak için fiilden sorumlu olmadığını kanıtlayan deliller getirmekle yükümlü kılındığı durumlarda, İHAM bu karinenin suçsuzluk karinesiyle bağdaşır bir şekilde uygulanıp uygulanmadığını da denetlemektedir.[58] Ayrıca taraflarca hazırlama ilkesinden farklı olarak, yargıcın aktif olduğu sistemlerde ispat yükünün söz konusu olmayacağı belirtilebilse de, bir yargılama faaliyetinin doğası gereği ispat yükü yine doğmaktadır.[59] Dolayısıyla susma hakkının idarî yar-

---

58 Melikşah Yasin, İdarî Yargılama Usulünde İspat, On İki Levha, İstanbul 2015, s.97. Gözübüyük/Gölcüklü, a.g.e., s.298.

59 Bir Yargıtay Hukuk Genel Kurulu kararında, taraflarca hazırlama ilkesi şu şekilde açıklanmış ve re'sen araştırma ilkesinden farkı ortaya konulmuştur;
"Tasarruf ilkesi, hâkimin kendiliğinden bir davaya bakamayacağını, ancak talep üzerine davaya bakabileceğini, tarafların dava konusu üzerinde tasarruf yetkisi bulunduğunu ve hâkimin tarafların talepleri ile bağlı olduğunu ifade eder. Kendiliğinden (re'sen) harekete geçme ilkesi gereğince kamu yararı düşüncesi ile hâkim bazı hallerde tarafların talebi olmadan da kendiliğinden harekete geçebilir ve gerekli inceleme ve araştırmalarda bulunabilir.
Taraflarca hazırlama ilkesi, davanın ve savunmanın dayanağı olan vakıaların ve bunların delillerinin taraflarca mahkemeye bildirilmesi demektir. Bu ilke tasarruf ilkesinin doğal bir tamamlayıcısıdır. Hâkim, incelemesini taraflarca kendisine bildirilmiş olan dava malzemesi üzerinde yapar. Hâkim, tarafların bildirmediği vakıaları kendiliğinden inceleyemez ve onları hatırlatabilecek hallerde dâhi bulunamaz. Hâkim, tarafların kendisine bildirdikleri vakıalara göre, dava konusu olayı tespit eder ve ona göre gerekli hukuk kuralını uygular. Hâkim, sadece kendisine usulüne uygun biçimde bildirilmiş olan vakıaları inceleme konusu yapabilir ve bu vakıalardan anlaşılan itiraz sebeplerini kendiliğinden gözetmekle yükümlüdür. Buna karşılık hâkim, kendisine usulüne uygun biçimde bildirilmemiş itiraz sebeplerini kendiliğinden gözetemez. Kendiliğinden (re'sen) araştırma ilkesi dava malzemesinin hazırlanmasında, tarafların yanında, hâkimin de görevli

gılama usulünün özellikleriyle bağdaşabilmesi noktasında konuyu değerlendirmekte yarar vardır. Nitekim Amerikan Yüksek Mahkemesinin, ABD Anayasası'ndaki kendini suçlamama ayrıcalığının, sadece ceza yargılamasıyla sınırlandırılamayacağını ifade ettiği ve hukuk yargılamalarında da uygulanabileceği yönünde kimi kararları olmuştur.[60]

Kanaatimizce idarî yargılama usulünde davacının, susma hakkından yararlanması mümkündür. Örneğin, kendisi hakkında bir ceza soruşturması sonucunu doğuracak bir belgenin mahkemeye sunulmasından davacı susma hakkı kapsamında imtina edebilecektir.[61] Ancak davacının bu hakkını yerinde kullanıp kullanmadığının mahkemece nasıl tespit edileceği bir sorundur. Öğretide Yasin, İYUK'un 20. maddesinin 3. fıkrasının bir çözüm olarak uygulanabileceğini belirtmektedir.[62] Söz konusu düzenlemeye göre, "*Ancak, istenen bilgi ve belgeler Devletin güvenliğine veya yüksek menfaatlerine veya Devletin güvenliği ve yüksek menfaatleriyle birlikte yabancı devletlere de ilişkin ise, Başbakan veya ilgili bakan, gerekçesini bildirmek suretiyle, söz konusu bilgi ve belgeleri vermeyebilir. Verilmeyen bilgi ve belgelere dayanılarak ileri sürülen savunmaya göre karar verilemez.*" Burada bilgi ve belgenin verilmemesinin gerekçesi mahkeme tarafından değil davalı idare tarafından takdir edilmektedir. Bu takdir doğrultusunda verilmeyen bilgi ve belgelere dayanılarak kullanılan savunmaya göre, idarî yargıcın bir karar veremeyeceği hüküm altına alınmıştır. Dolayısıyla davacının da kendi aleyhine herhangi bir idarî veya cezaî sonuç doğuracak bilgi ve belgeyi sunmaması, susma hakkı kapsamında korunmalı ve yine mahkemenin sunulmayan bilgi ve belgelere göre karar verememesi gerektiği kabul edilmelidir. İYUK'un 20. maddesinin 3. fıkrası kapsamında getirilen bu çözümde, bireysel yararın devletin yararlarıyla bir tutulması eleştirileri olabilecekse de bilgi ve belgenin sunulmama gerekçesinin mahkemece takdir edilmeyecek olması, idareye İYUK'ta tanınan imkân kapsamın-

---

olması hali olup, bu ilke kamu yararı gerekçesine dayanır ve taraflarca hazırlama ilkesinin istisnasıdır.", Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 26.03.2014, E.2013/13-637, K.2014/397.

60 Bilgi için bkz. İtişgen, a.g.e., s.145.

61 Yasin, ister idare, ister mahkeme tarafından talep edilsin, talep edilen bilgi ve belge, aynı zamanda kişinin işlediği bir suçun ortaya çıkması/ispatlanması anlamına geliyor ise bu durumda, kişinin ceza hukukundan doğan susma hakkının varlığından söz edilebileceğinin altını çizmektedir, Yasin, a.g.e., s.69.

62 Yasin, a.g.e., s.69.

da silâhların eşitliği ilkesi gereğidir. Davacı tarafından dosyaya sunulmayan bilgi ve belgenin, susma hakkı kapsamında olup olmadığının tayininin mahkemeye bırakılması, âdil yargılanma hakkının amacına hizmet etmeyecektir. Diğer taraftan mahkemenin susma hakkı nedeniyle davacı tarafından ibraz edilmeyen bilgi ve belgelere, re'sen araştırma yetkisini kullanarak ulaşması durumunda, bu bilgi ve belgelerin dava konusu olayda mahkemece değerlendirileceği de tabiîdir.

Bu nedenle, ceza yargılamasında olduğu gibi idarî yargılama sürecinde de davacının susması, yani dosyaya bilgi ve belge sunmaması, davacının aleyhine bir sonuç doğurmamalıdır. Ancak bu kabul de mutlak değildir. Bir hak, kullananı aleyhine negatif bir sonuç doğuramayacaksa da, ispat yükünün davacı üzerinde olduğu durumlarda, susma hakkının kullanılmasının davacı aleyhine bir karine teşkil edeceği ortadadır.[63] Nitekim İHAM Murray davasında, ceza yargılamasında da sanığın suskunluğunun aleyhe yorumlanmasının, toplanan delillerin sanığın açıklama yapmasını gerektirmesi halinde, âdil yargılanma hakkını ihlâl etmediği görüşündedir.[64] Susma hakkını kullanan davacı sonuç olarak, mahkemenin dosyadaki mevcut bilgi ve belgeler ışığında karar vermesini baştan kabullenmiş olacaktır.[65] Şunu da eklemek gerekir ki susma hakkıyla ilgili tespitlerin yerindeliği yine her davanın kendi koşullarına göre değişecektir. Zira her uyuşmazlığın kendine özgü yapısı, davacının susma hakkının kullanması yönüyle farklı değerlendirmeleri gerektirebilecektir. Örneğin, bir işletmenin kanuna aykırı olarak işlemlerini gerçeğe aykırı muhasebeleştirildiğinin, o işletmenin defter ve kayıtlarından bağımsız bir şekilde tespiti

63 "Örneğin, kaçak akaryakıt kullandığı iddiasıyla bir işletme hakkında yürütülen idarî soruşturmada, işletmenin belgeleri susma hakkı kapsamında vermemesi durumunda; ilgilinin aleyhindeki iddianın aksini ispatlayacak belgeleri vermekten imtina etmesi, iddianın doğruluğu bakımından 'karine' olarak kabul edilebilir.", Yasin, a.g.e., s.69-70.

64 İHAM bu kararda; sanığın aleyhine olan delillerin sanık tarafından bir açıklama getirilmesini gerekli kıldığı halde, sanık tarafından bir açıklama getirilmiyorsa, sağduyu sınırları içinde, bir açıklama getirilmemesi nedeniyle, sanığın suçlu olduğu şeklinde bir çıkarsamanın yapılabileceğini; savcılığın iddialarının delil değerinin düşük olması halinde ise bir açıklamada bulunmamanın suçluluğun tespitine ulaşmada gerekçe olamayacağını belirtmiştir.

65 Yasin ise, hukuka aykırı delili bile dışlamayan İHAM'ın, bir kişinin suçluluğunu ispatlayan belgeyi, susma hakkını esas alarak kabul etmemesinin de çok uyumlu bir yaklaşım olmadığı kanaatindedir, Yasin, a.g.e., s.70-71.

ile faaliyet belgesinin idarece iptali durumunda, bu işleme karşı dava açılmasına rağmen davacının birtakım kaygılarla (örneğin ceza soruşturması riski) bu defter ve kayıtları vermemesinde susma hakkı nasıl değerlendirilecektir? Mahkemenin diğer deliller kapsamında bir karar vereceği düşünülürse de, idarî yaptırımın hukuka uygun olup olmadığının tespiti her zaman mümkün olamayacaktır. Örneğin, bu idarî yaptırımın ölçülü olup olmadığı, idarece idarî yaptırımla ilgili kanunîlik ilkesine uygun davranılıp davranılmadığı gibi noktaların tespiti imkânsızlaşabilecektir. Bu durumda, mahkemece yapılacak bir araştırma olsa da, idarenin bu bilgi ve belgeler dışında dayandığı gerekçelerin yerinde olup olmadığının mahkeme tarafından değerlendirilmesi sorunlu olacaktır. Böylesi şartlar altında, mahkemenin dosyadaki mevcut verilerle bir karar oluşturmasında ise susma hakkını kullanan davacının, âdil yargılanma ihlâli iddiasında bulunması yerinde olmayacaktır. Sonuç olarak hukuka aykırılık iddiasıyla idarî işlemi mahkeme önüne getiren davacının kendisidir.

Diğer taraftan idarî denetim aşamasında susma hakkını kullanarak bilgi ve belge vermeyen davacının, bunları idarî yargılama aşamasında mahkemeye sunması halinde mahkemece nasıl bir değerlendirme yapılacaktır? Mahkemenin bu bilgi ve belgeler üzerinde kendisinin yapacağı inceleme veya bilirkişi marifetiyle yaptıracağı inceleme ile karar vermesi halinde, yerindelik denetimi sorunu gündeme gelecektir. Zira idarenin ulaşamadığı bilgi ve belgeyi kullanan mahkemenin, idarenin yerine geçip karar aldığı eleştirileri doğacaktır. Ancak bu bilgi ve belgelerin yargılama usulünde idareye gönderilmesi ve bunların taraflarca tartışılabilmesi de mümkündür. Konuya ilişkin Danıştay'ın örnek kararlarını şu şekilde ele alabiliriz: Danıştay bir kararında,

"2577 sayılı İdarî *Yargılama Usulü Kanunu'nun 20. maddesi hükmüne göre her ne kadar mahkemeler resen araştırma yetkisini haiz ise de defter ve belgelerin inceleme elemanına ibraz edilmemesinin haklı bir nedene dayanması gerektiği, olayda, davacının hiç bir haklı sebep ve mazeretinin bulunmadığı, bu durumda, davacının defter ve belgelerinin* vergi *mahkemesince incelenmesinin, mükelleflerin* vergi *incelemesi yapmaya yetkili olanlarca istendiğinde defter ve belge ibraz edilmesi sorumluluğunu müeyyidesiz bırakacağı gibi kanunen resen takdir konusu olan bir kazancın maddî delillere dayandırılması* sonucunu *doğuracağı,* İdarî *Yargılama Usulü Kanunundaki resen araştır-*

*ma yetkisinin amac*ının bu olmadığı, mahkemelerin *davacının defter ve belgelerini inceleyerek dönem matrahım yeniden belirleme yetkisinin bulunmadığı, böyle bir talebin kabul edilmesinin, mahkemelerin idarenin yerine geçmesi sonucunu doğuracağı, bu nedenle davacı isteminin* yerine *getirilmesinin mümkün olmadığı ve cezalı tarhiyatta yasaya aykırılık bulunmadığı"* gerekçesiyle davayı reddeden Vergi Mahkemesi kararını,

"Mahkemelerce, bakılan davalarla ilgili dosyada mevcut bilgi ve belgeler uyuşmazlığın çözümü için yeterli görülmezse her türlü incelemenin yapılması gerekmektedir. Mahkemece bu doğrultuda yapılacak inceleme idarenin yerine geçmek olarak düşünülemeyeceği gibi katma değer vergisinin indirim konusu yapılabilmesi ve bunun doğruluğunun saptanabilmesi için defter ve belgelerin incelenmesi zorunludur. Olayda, yasal defter ve belgelerini inceleme elemanına ibraz etmeyen yükümlünün dava dilekçesinde; defter ve belgelerin muntazam olduğunu belirterek vergi mahkemesince incelenmesini istediği dosyanın incelenmesinden anlaşılmıştır." gerekçesiyle oy çokluğuyla bozmuştur.[66]

Sonraki kararlarında yukarıdaki görüşünü değiştiren Danıştay;

"Davacının tutum ve davranışı ile idarenin inceleme ve araştırma yapmasını önlemesi sonucu tesis edilen işlemin iptal davasına konu edilmesi durumunda, idarî yargı yerinin idarece yapılamayan inceleme ve araştırmayı yapması idarenin yerine geçmesi sonucunu doğuracağından böyle bir inceleme ve araştırma yapılmasının re'sen araştırma yetkisinin kullanılması olarak kabulüne olanak bulunmamaktadır.

Vergi incelemesi yapmaya yetkili denetim elemanına ibraz edilmediği için, biçimsel varlığının gerçek mahiyetiyle uyumlu olup olmadığı tespit edilemeyen defter ve belgelerin, davacı lehine verilecek karara dayanak alınması, vergilemede esas olan gerçek mahiyetin biçimselliğe feda edilmesi anlamına gelir. Bu bakımdan, gerçek mahiyetiyle uyumlu olduklarının, idarî yargı yerince saptanmasına olanak bulunmayan; aksine, yetkili inceleme elemanına ibraz edilmedikleri için, kanıt olma değerini yitiren defter ve belgelere dayanılarak davacı lehine karar verilemez.

Diğer taraftan, idarî yargı yerinin görevi, idarî işlemin tesis edildiği tarihte yetki, şekil, sebep, konu ve maksat yönlerinden biri ile hukuka

66 DVDDGK, 14.06.1996, E.1995/18, K.1996/269, www.kazanci.com (17.04.2016).

aykırı olup olmadığını denetlemek olduğundan, *idarî* işlemin tesis tarihinden sonra yargı yerince yapılacak veya bilirkişiye yaptırılacak inceleme sonucuna göre karar verilmesi bu yönüyle de mümkün değildir." gerekçesiyle[67] oy çokluğuyla bozma kararı vermiştir.

Danıştay başka bir kararında,

"*Hiçbir mücbir sebep bulunmaksızın defter ve belgelerini incelemeye ibraz etmeyen davacının daha sonra dava aşamasında bunları mahkemeye ibraz edebileceği yönündeki istemi* vergi *incelemesinden amaçlanan sonuçların ortadan kaldırılmasına sebebiyet verebileceğinden ve Katma Değer* Vergisi *Kanunu ile getirilen esaslara uygun olmadığından, ara kararı ile defter ve belgelerin mahkemeye ibrazının istenmesi ve bu defter ve belgeler* üzerinde bilirkişi incelemesi yaptırılarak karar verilmesi hukuka uygun görülmemiştir." gerekçesiyle oy çokluğuyla bozma kararı tesis etmiştir.[68]

Yakın zamanda ise inceleme sırasında idareye verilmemekle birlikte, yargılama aşamasında mahkemeye ibraz edilen belgelerle ilgili olarak, re'sen araştırma yetkisi gerekçesiyle, bu durumdan vergi dairesinin haber edilerek bilirkişi incelemesi yaptırılması yönünde Danıştay'ın bir kararına rastlanmaktadır[69]. Ancak aksi yöndeki kararlar da söz konusudur[70]. Özetle Danıştay'ın konuya ilişkin kararlarının istikrarlı olduğunu söylemek imkânsızdır.

Danıştay'ın bazı kararlarında gördüğümüz üzere, mahkemeye sonradan sunulan defter ve belgelerin idareye tebliğ edilmemesi, silâhların eşitliği ilkesi bakımından yerinde değildir ve bu bakımdan yerel mahkemelerin kararları eleştirilebilir.[71] Ancak Danıştay bu ka-

---

67 D, 4.D, 22.06.2012, E.2009/9359, K.2012/3655 www.kazanci.com (17.04.2016).

68 DVDDK, 26.12.2012, E.2010/707, K.2012/618 www.kazanci.com (17.04.2016).

69 "Olayda, davacı tarafından hem dava dilekçesinde hem de temyiz dilekçesinde defter ve belgelerin incelenmek üzere hazır olduğunun belirtildiği görüldüğünden, yukarda sözü edilen re'sen araştırma ilkesi uyarınca Vergi Mahkemesince vergi dairesi de haberdar edilmek suretiyle, söz konusu belgelerin gerçekten alış yapılan emtialara dair alış faturaları olup olmadığının araştırılması ve gerçek alış faturaları gözönüne alınarak ödenecek verginin tespiti için bu defter ve faturalar üzerinde gerekirse bilirkişi incelemesi de yaptırılarak hâsıl olacak duruma göre bir karar verilmesi gerektiğinden, böyle bir inceleme yapılmaksızın verilen kararda hukuki isabet bulunmamaktadır.", D 9.D, 30.03.2017, E.2014/6558, K.2017/3429 www.kazanci.com (15.12.2017).

70 DVDDK, 25.11.2015, E.2015/549, K.2015/909 www.kazanci.com (15.12.2017).

71 Nitekim DVDDK'nın 2010/707 Esas sayılı kararındaki karşı oy gerekçesinde

rarlarda, vergi incelemesinde sunulmayan defter ve belgelerin verilmemesini; idarenin inceleme ve araştırma yapmasını önlemesi olarak değerlendirmiş, sonradan sunulan defter ve belgelerin kanıt değerini yitirdiğine işaret etmiş ve bunların sonradan mahkemeye ibrazı ile yargı yerince yapılacak veya bilirkişiye yaptırılacak inceleme ve araştırmayı, re'sen araştırma yetkisi kapsamında görmemiştir. Kanaatimizce Danıştay'ın bozma kararları bu gerekçeler yönüyle âdil yargılanma ilkeleriyle uyumsuzdur. Susma hakkından yargılama aşamasında (kanun yolları da dâhil) vazgeçen mükellefin dosyaya ibraz ettiği bilgi ve belgelerin mahkemece değerlendirilmesi gerekmektedir.[72] Bu değerlendirmede yerindelik tartışması söz konusu olabilecekse de, iptal davasının mahiyeti düşünüldüğünde, sunulan bilgi ve belgeler hakkında davanın diğer tarafı olan idarenin görüşü ve tespitleri de alınarak, gerekirse mahkemenin yapacağı inceleme veya yaptırılan bilirkişi incelemesi ile bir kararın verilmesi uygun olacaktır.[73]

---

de şu gerekçeler ifade edilmiştir; "Defter kayıtlarının sonradan tamamlanması, vergi idaresine ibraz süresi içinde de sağlanabileceği göz önüne alındığında, bu yöndeki bir kuşkunun davanın çözümüne etkili olmayacağı açıktır. Yaptığı vergilendirmeye karşı açılan davanın tarafı olan vergi idaresinin, ancak yargılama sırasında ulaşabildiği defter ve belgeler hakkında gerek biçimsel yönden, gerekse belgelerin temsil ettiği hukuki muamelelerin gerçekliği konusundaki saptamaları, kendisine Vergi Usul Kanununun tanıdığı yetki ve tekniklere göre yapacağında kuşku yoktur. Vergi mahkemesi tarafından, yukarıdaki saptamalardan sonra durum gerektirdiği takdirde diğer kanıtların, 2577 sayılı Yasanın 31'inci maddesinin 1'inci fıkrası uyarınca elde edilmesi olanaklıdır. Belirtilen hukuksal nedenlerle, davacının vergilendirme dönemine ilişkin yasal defterleri ve belgelerinin dosyaya sunulması üzerine bu kayıt ve belgeler hakkında davanın diğer tarafı olan vergi idaresinin görüşü ve saptamaları alınmaksızın Mahkemece yaptırılan bilirkişi incelemesi sonucu düzenlenen rapora göre karar verilmesinde yasaya uygunluk görülmemiştir."

72 Candan ise Danıştay'ın söz konusu yeni içtihadının, bir yargılama usulü kuralı olan, "silâhların eşitliği ilkesinin" de gereği olduğunu belirtmektedir. Müellife göre, "Uygulamada, vergi denetiminden kaçınmak isteyen kimi vergi mükelleflerinin, usulüne göre kendilerinden istenilmiş olmasına karşın, defter ve belgelerini inceleme elemanına değil de, dava açtıklarında, getirip, vergi incelemesi yapma yetkisi olmayan, vergi mahkemesine ibraz etmelerine; vergi mahkemesinin de, tayin ettiği bilirkişinin biçimsel incelemesine dayanarak, dava hakkında karar vermesine, sıkça, rastlanmaktadır. Bu tür uygulamanın, denetim ve yargılama sisteminin ters işlemesine; gerçek mahiyetin, bilirkişinin yapmış olduğu biçimsel incelemeye feda edilmesine yol açtığı, izahtan varestedir.", Turgut Candan, Vergi Yargısında İspat, http://turgutcandan.com/2012/11/08/vergi-yargisinda-ispat/ (26.03.2016).

73 Danıştay, inceleme elemanına ibraz edilmeyen; dava sırasında mahkemeye getirilip verilen defter ve belgelerin, davalı vergi idarenin incelenmesine olanak tanın-

İYUK madde 20 kapsamında idare yargıcı; uyuşmazlık konusu olayın hukukî nitelendirmesini yapmak, uygulanacak hukuk kuralını belirlemek ve hukukî çözüme ulaşmak bakımından tam bir yetkiye sahip olup, maddî durumun gerçeğe uygunluğunu ortaya çıkarmak durumundadır.[74] Nitekim VUK madde 3 gereği, vergiyi doğuran olay ve bu olaya ilişkin muamelelerin gerçek mahiyeti yemin hariç her türlü delille ispatlanabilecektir. Karar örneklerindeki yaklaşım ise, hukuka aykırı olma ihtimalini bünyesinde taşıyan bir işlemin yargısal denetimini sınırlayacak niteliktedir. Zira idarî yargılama usulü yazılı bir usul olup, İYUK madde 21 uyarınca dilekçeler ve savunmalarla birlikte verilmeyen belgeler, bunların vaktinde ibraz edilmelerine imkân bulunmadığına mahkemece kanaat getirilirse, kabul ve diğer tarafa tebliğ edilir. Unutulmamalıdır ki kamu yararına verilen öncelik maddî idare hukuku yönünden idare lehine kabul edilebilse de idarî yargılama usulünde davacı ve davalı aynı konumda olmak durumunda, yani bireysel yarar ile kamu yararı dengelenmek durumundadır. Bir AYM kararında da belirtildiği üzere, "İdarî *yargı yerlerinin re'sen inceleme yetkileri Anayasa'nın 2. maddesinde anlam bulan hukuk devleti ilkesinin bir sonucudur.* İdarî *yargı yerlerinin önüne gelen her türlü eylem ve işlemin çözümü için gerekli tüm bilgi ve belgelere ulaşımının yasa kuralları ile kısıtlanması hukuk devleti ilkesinden uzaklaşma anlamını taşır."*[75] Örnek verdiğimiz Danıştay kararları, sonuçları sadece davacıyı etkileyen iptal davaları hakkındadır. Danıştay'ın bu kararlardaki görüşü kabul edilse dâhi, kamuyu ilgilendiren davalar hakkında, mahkemenin her aşamada sonradan sunulan bilgi ve belgeleri dikkate almaması düşünülemez. Davanın taraflarında bulunan kanıtların bir araya getirilmesi olanağı mevcutken, aksine bir yorum getirilmesi, idarî yargı denetiminin varlık nedenlerini sorgulatacak bir yaklaşımı da doğurmaktadır.

---

maksızın karara esas alınmasını anayasal âdil yargılanma hakkının ihlâli niteliğinde olduğunu söylemiştir, D, 7.D, 30.12.2004, E.2003/1463, K.2004/3651.

74 Yasin, re'sen araştırma yetkisinin, yargının ne bireyin yerine geçerek onun adına davayı yürütmek ne de kamu yararının, kamu düzeninin bekçiliğini yapma amacıyla tanınmış bir yetki olmadığı; ilkenin asıl gayesinin yargılama sürecinde idare ile bireyler arasında mevcut eşitsizliği gidermek olarak düşünülmesi gerektiğini belirtmektedir, Yasin, a.g.e., s.16.

75 AYM, 18.10.2005, E.2003/7, K.2005/71, RG, 22.02.2006/26088.

Kanaatimizce sonuçları bireysel olan davalarda da, davacının sonradan dosyaya sunduğu belgeler üzerinde tarafların tartışabilmesi ve silâhların eşitliği ilkesinin bu yönüyle sağlanması İYUK kapsamında mümkün olmalıdır.[76]

Sonuç

1982 Anayasa'sının 38. maddesinin 5. fıkrasında kaynağını bulan susma hakkını, sadece ceza yargılaması değil diğer yargılama usullerinde uygulanabilecek şekilde ele almak gerekmektedir. Anayasa'nın *"hiç kimse"* hitabıyla cümleye başladığı 38. maddesinin 5. fıkrasını, sadece sanık veya şüpheli ile sınırlı okumak ve ceza yargılamasına özgülemek yerinde olmayacaktır. Nitekim Anayasa'nın *"Suç ve cezalara ilişkin esaslar"* başlıklı 38. maddesiyle bağlantılı kurallar zaten, disiplin yaptırımları ve diğer idarî yaptırımlar bakımından idare hukuku açısından uygulanmakta, AYM tarafından da bu şekilde ele alınmaktadır. Diğer taraftan âdil yargılanma hakkının düzenlendiği, haklar bloku niteliğindeki İHAS 6. maddede bireye sağlanan usulî güvencelerin, İHAM tarafından, idarenin faaliyetlerinden kaynaklı uyuşmazlıklarda ele alındığı görülmektedir. Bu kapsamda susma hakkının da açıkça yazılmasa dâhi İHAS ile bütünleştiği İHAM tarafından kabul edilmektedir.

İdareye yüklenen yetki ve görevlerin gereği gibi yürütülmesinin bir sonucu olarak, idarenin kişiden bilgi almaya yönelik birtakım yetkilerini kullanması kaçınılmazdır. Ancak aksi yöndeki bir iddia, yani idare hukukunda susma hakkının hiçbir şekilde uygulanamayacağı tezi de mutlak bir doğru olmayacaktır. Susma hakkı İHAM içtihadından da görüleceği üzere, sadece ceza soruşturması ve kovuşturması aşamasında geçerli olmayıp, idarî yargılama öncesinde ve idarî yargılama sırasında kendine özgü bir uygulama alanı bulmaktadır. Çalışmamızda yer verdiğimiz üzere İHAM da susma hakkının kullanımı bakımından oluşturduğu testleri, somut olaya uygulayarak bir karar oluşturma yoluna gitmektedir. Funke, J.B., Jalloh, Allen, O'Halloran

[76] Bu durumun, iptal davaları yanında, idarî işlemden veya idarî eylemden kaynaklı tam yargı davalarında da mümkün olacağını düşünüyoruz.

ve Francis gibi idarenin faaliyetleriyle ilgili susma hakkının ele alındığı kararlarında İHAM, her bir olayın kendi özelliklerinden hareketle, ihlâlin varlığı veya yokluğu hakkında bir sonuca ulaşmaktadır. Öğretide bu kararlar arasındaki çelişkilerin de dile getirildiği görülmekle birlikte, Strazburg Mahkemesi'nin uyuşmazlığın özelliğine yönelik olarak kavramları yeniden yorumlaması söz konusu olmaktadır. Zira susma hakkının gündeme geldiği hem idarî hem cezaî karakterdeki uyuşmazlıklarda gri alanlar yoğunluktadır.

Bu kapsamda, susma hakkının idare hukukuyla ilişkisinin bulunmadığı yönünde getirilecek kesin ve daraltıcı bir yorum, âdil yargılanma açısından yerinde olmayacaktır. Genel olarak İHAM içtihadına göre, idarenin bilgi ve belge toplama yetkisine saygı gösterilmekle birlikte, bu yetkinin bir suç isnadı amacıyla yürütülmesi bakımından; bir zorlama, yani otonom bir kavram olarak zorlayıcı herhangi bir idarî veya cezaî yaptırım tehdidinin bulunması, yeterli usulî güvencelerin sağlanmaması ve idarenin elde ettiği bilgi ve belgelerin başka bir ceza yargılamasında kullanılması, susma hakkının ihlâline neden olacaktır. Ayrıca 1982 Anayasası, açık bir hükümle beyan delili yanında fiziki delilleri de kişinin kendini veya yakınlarını suçlama yasağının kapsamına alarak, İHAS gibi uluslararası sözleşmelerin, ABD Anayasası gibi çeşitli ülke anayasalarının ilerisine geçen bir yaklaşım göstermektedir. İdare tarafından yapılan denetimlerde kişinin bilgi ve belge ibraz etmemesinin dayanağını bizatihi Anayasa oluşturmaktadır ve susma hakkı bu temel eksende idare hukukunda uygulanabilme olanağına kavuşmaktadır. Dolayısıyla geri planda bir suç isnadı olup olmadığına bakılmaksızın idarenin yapacağı denetimde, idarece yapılan isteklere uyulmamasının her durumda susma hakkının kapsamı dışında tutulması Anayasa'ya uygun düşmeyecektir.

Ancak Anayasa'nın bu konuda mutlak hükmü varken, örneklerden gördüğümüz üzere susma hakkının kullanılmasına kanun koyucu zorlayıcı yaptırımlar bağlamaktadır. Bu durumda idarenin, Anayasa ve kanun arasındaki çelişki noktasında ne doğrultuda hareket edeceği hususu önemlidir. Sanıktan delile gidilmeyen ceza hukukunda olduğu gibi idare hukukunda da kamusal yarar uğruna bireysel yararın feda edilememesi gerekmektedir. Ayrıca insan haklarına saygıyı

özüne yerleştirmiş bir devletin, kişinin susma isteğine saygı duyması evleviyetle gereklidir. Bu noktada susma hakkının idare hukukunda uygulanmasının kabulü halinde, bir *"yararlar yarışması"* ortaya çıkacaktır. Bireysel yarar ile kamusal yararın nasıl dengeleneceği meselesi, özellikle idarî yargılama öncesinde yürütülen idarî faaliyetlerle ilgili olarak gündeme gelecektir. İdarenin denetim ve yaptırım uygulama yetkilerini kullanırken ileri sürülebilecek susma hakkının ihlâli iddiası, bireysel yarar ile kamusal yararın denkleştirilmesi ve somut olayın özelliklerine göre idare tarafından nazara alınmalıdır. Zaten susma hakkının kullanılması halinde de idare kanuna dayanarak, takdir yetkisiyle ve/veya diğer yollarla ulaştığı veriler eşliğinde bir işlem tesis edecektir. Bu doğrultuda, susma hakkını kullanması nedeniyle kişiye, kendi iradesi dışında bir baskı veya zorlama yoluna başvurulmaması gerekmektedir. Ancak kanun koyucu, örneklerini verdiğimiz üzere Anayasa'ya aykırı olarak bilgi ve belge sunmama fiilini suç olarak kabul edebilmektedir. Birçok farklı tartışmayı barındıran bu konunun güçlükleri iki yolla aşılabilecektir. İlk yol, Anayasa'nın 38. maddesinin 5. fıkrasındaki susma hakkına yönelik içeriğin yeniden düzenlenmesi veya metinde hakkın kullanımına ilişkin istisnalar öngörülmesidir. İkinci yol ise Anayasa'da bir değişiklik yapılmayarak, mevcut düzenlemeye aykırı kanun hükümlerinin ve diğer düzenleyici işlemlerin Anayasa'ya uygun olarak yenilenmesidir.

İdarî yargılama öncesinde geçerli olan benzer durum, idarî yargılama aşaması için de söz konusudur. Re'sen araştırma ilkesi çerçevesinde, yargılamadaki aktif katılımı dışında idare yargıcının, ispat yükünü dağıtması durumunda, ispat yükü üzerinde olan davacının susma hakkını kullanmasında hukukî bir engel bulunmadığı düşüncesindeyiz. Diğer yandan açıkladığımız üzere susma hakkının davacının aleyhine yorumlanamayacağı kuralı olmakla birlikte, mahkemenin re'sen araştırma yetkisine rağmen yargılama süreci davacı tarafından verilmeyen bilgi ve belgelere dayanılarak ileri sürülen iddiaların ispatı noktasında tıkanırsa, bu sürecin davacı lehine gelişmeyeceği de belirtilmelidir. Zira idarî yargılamada susma hakkından faydalanan davacı, aynı zamanda hukuka aykırılık iddiasıyla uyuşmazlığı yargı yoluna taşıyan kişidir. Bununla birlikte idarî yargılamanın her aşamasında susma hakkından vazgeçen davacının, kendisinde olan bilgi ve

belgeyi mahkemeye sunmak istemesi halinde, yani susma hakkından vazgeçmesi durumunda, mahkemenin silâhların eşitliği ilkesini gözeterek, bu bilgi ve belgelerin taraflarca incelenmesini ve değerlendirmesini sağlayarak bir karara ulaşması da mümkün olmalıdır. Bu itibarla susma hakkının idarî yargılama aşamasında da mahkeme tarafından nazara alınması, Anayasa madde 36'da koruma altında alınan âdil yargılanma hakkının bir gereğidir. Anayasa ve İHAS ile İHAM içtihadının birlikte değerlendirilmesinin ve idarî yargının hukuka uygunluk bloku ile şekillenmesinin bir sonucu olarak, susma hakkının kullanılması konusunun idarî yargılama usulünde ele alınması ihtiyacı vardır. Susma hakkı ile kamu yararı arasındaki dengenin sağlanması ve susma hakkı ile idarî yargılama usulünün bağdaştırılması; Anayasa ve İHAS uyarınca idarî yargıcın omuzlarına yüklenmektedir. Ancak susma hakkının kullanılmasında ceza yargılaması açısından oluşan birçok problem idare hukuku bakımından da gündeme gelebilecekse de bu problemler, idarî yargılama usulümüze ait kuralların ve diğer âdil yargılanma ilkelerinin gözetilmesiyle aşılabilecektir.

Kaynakça

Alschuler Albert W., "A Peculiar Privilege in Historical Perspective: The Right to Remain Silent", *Michigan Law Review,* Vol. 94, No. 8, Ağustos 1996, s.2625-2672.

Ashworth Andrew, "Self-Incrimination in European Human Rights Law—A Pregnant Pragmatism?", *Cardozo Law Review*, Vol. 30, No. 3, Aralık 2008, s.751 vd.; http://cardozolawreview.com/Joomla1.5/content/30-3/ASHWORTH.30-3.pdf (01.04.2016).

Bayındır Sinan, Türk Sermaye Piyasası Hukukunda Manipülasyon Suçu, Beta, İstanbul 2011.

Baysal İbrahim Onur, Sermaye Piyasasında Manipülasyon Suçu, Yüksek Lisans Tezi (Yayımlanmamış), Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2011.

Berger Mark, "Self-Incrimination and the European Court of Human Rights: Procedural Issues in the Enforcement of The Right to Silence", *European Human Rights Law Review,* Issue 5, 2007, s.514-533.

Berger Mark, "Europeanizing Self-Incrimination: The Right to Remain Silent in the European Court of Human Rights", *Colombia Journal of European Law,* Vol.12, No.2, 2006, s.339-381.

Candan Turgut, "Danıştay Kararlarında Vergisel Kabahatler ve Yaptırımlar Hukukuna İlişkin Temel İlkeler", İdarî Ceza Hukuku Sempozyumu, Seçkin, Ankara 2009, s.245-284.

Candan Turgut, Vergi Yargısında İspat, http://turgutcandan.com/2012/11/08/vergi-yargisinda-ispat/ (26.03.2016).

Centel Nur/Zafer Hamide, Ceza Muhakemesi Hukuku, 12.Bs., Beta, İstanbul 2015.

Cremer Wolfram, "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında İdarî Ceza Hukuku", İdarî Ceza Hukuku Sempozyumu, Çev. Serdar Nart, Seçkin, Ankara 2009, s.173-184.

Croquet Nicolas A.J., "The Right of Silence and Not to Self-Incriminate Under the European Convention on Human Rights: To What Extent Are They Qualified?", *Cambridge Student Law Review,* Vol.4, No.2, 2008, s.214-234.

Evik Ali Hakan, Sermaye Piyasası Araçlarını Etkileyebilecek Aldatıcı Hareketler Yapma (Manipülasyon Suçu), Seçkin, Ankara 2004.

Gözübüyük A. Şeref/Gölcüklü Feyyaz, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İnceleme ve Yargılama Yöntemi, 10.Bs., Turhan, Ankara 2013.

Gündüz Harun, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin Rekabet Hukuku Uygulamasına Etkileri, Rekabet Kurumu, Ankara 2010.

Gürsel Meltem Kutlu, "Sermaye Piyasası Kurulu'nun Denetimi", *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi,* Prof. Dr. İrfan Baştuğ Armağanı, C.7, 2005.

İtişgen Rezzan, Kişinin Kendini Suçlamaya Zorlanamaması İlkesi (Nemo Tenetur İlkesi) ve Susma Hakkı, On İki Levha, İstanbul 2013.

Kazancı Hukuk Otomasyon, www.kazanci.com.

Kocaoğlu Serhat Sinan, "Susma Hakkı", *Ankara Barosu Dergisi,* Y. 69, S. 2011/1, s.29-58.

Kunter Nurullah/Yenisey Feridun/Nuhoğlu Ayşe, Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, 18.Bs., Beta, İstanbul 2010.

Oğurlu Yücel, "Danıştay Kararları Işığında İdarî Yargılama Usulünde Re'sen Araştırma İlkesi", *Atatürk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi,* 75'inci yıl Armağanı, C. 2, S. 2, s.120-133.

Reisoğlu Seza, Bankacılık Kanunu Şerhi, C. I-II, 2.Bs., Yaklaşım, Ankara 2015.

Riley Alan, "The ECHR Implications of The Investigation Provisions of the Draft Competition Regulation", *Nottingham Law Journal,* Vol. 8(2), 1999, s.1-27.

Schuhr Jan C., "Kusturucu Madde Kullanmak İnsanlık Dışı ve Aşağılayıcı Bir Muameledir", Çev. Alexandra Deniz Üner, Ceza Muhakemesi Hukukunda Delil ve İspat, Karşılaştırmalı Güncel Ceza Hukuku Serisi 15, Seçkin, Ankara 2014, s.161-169.

Stessens Guy, "The Obligation to Produce Documents Versus the Privilege Against Self-Incrimination: Human Rights Protection Extended Too Far?", *European Law Review,* 1997, 22 Supp (Human Rights Survey), s.45-62.

Şahinkaya Yalçın, Suçsuzluk Karinesi, Seçkin, Ankara 2008.

Şenyüz Doğan, "Susma Hakkı Karşısında Vergi Usul Kanunundaki Defter ve Belgeleri Gizleme (Kaçakçılık) Suçu", *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi,* C.15, S.1, 2013, s.29-40.

Ünver Yener/Hakeri Hakan, Ceza Muhakemesi Hukuku, C.1, 11.Bs., Adalet, Ankara 2016.

Üstün Ümit Süleyman, "Susma Hakkı Çerçevesinde Defter, Kayıt ve Belgeleri Gizleme Suçu", *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi,* C. 15, S. 3, 2011, s.363-390.

Van Overbeek Walter B.J., "The Right to Remain Silent in Competition Investigations: The Funke Decision of the Court of Human Rights Makes Revision of the ECJ's Case Law Necessary", *European Competition Law Review,* 1994, 15(3), s.127-133.

Yaltı Billur, Vergi Yükümlüsünün Hakları, Beta, İstanbul 2006.

Yaltı Billur, "Vergi Hukukunda Susma Hakkı (VUK 359) (a) (2) nin Anayasaya Aykırılığı Sorunu", *Vergi Dünyası,* S. 285, Mayıs 2005, s.24-33.

Yasin Melikşah, İdarî Yargılama Usulünde İspat, On İki Levha, İstanbul 2015.

Yavaşlar Funda Başaran, "İdarî Nitelikli Vergi Suç ve Cezaları", Danıştay ve İdarî Yargı Günü 138. Yıl Sempozyumu, Danıştay, Ankara 2006, s.131-178.

BELEDİYE ŞİRKETLERİNİN HUKUKİ STATÜSÜ

LEGAL STATUS OF MUNICIPAL COMPANIES

Fatma Didem SEVGİLİ GENÇAY*

Özet: Belediyeler günümüzde kendi sorumluluklarında olan görevleri yerine getirmek üzere sıklıkla şirket kurmakta, mahalli kamu hizmetlerini bu şirketler aracılığıyla yerine getirmektedir. Ancak bu şirketlerin hukuki statüsü yani bunların kamu tüzel kişisi mi yoksa özel hukuk tüzel kişisi mi oldukları konusu tartışmalıdır. Doktrinde bazı yazarlar bunların kamu tüzel kişileri olduklarını iddia etmektedir. Bazıları ise bunları kamu tüzel kişiliği ile özel hukuk tüzel kişiliği arasında bulunduğunu söylemektelerdir. Yargı kararları da bu konuda tutarlı ve tatmin edici olmaktan uzaktır. Bu makalede Türk Ticaret Kanunu'na göre kurulmuş olan bu tüzel kişilerin kamu tüzel kişisi değil, özel hukuk tüzel kişisi oldukları ancak kamusal görev üstlendikleri için farklı kurallara tâbi olabilecekleri ve bu nedenle herhangi bir ticari şirket de olmadıkları gösterilmeye çalışılmıştır.

Anahtar Kelimeler: Belediye Şirketleri, Hukuki Statü, Belediye İktisadi Teşekkülleri, Kamu Tüzel Kişiliği, Bağlı Teşekkül

Abstract: Nowadays, in order to achieve some duties that they are in charge of, municipalities establish many companies or they are partners with them. However, the legal status of these companies, the problem of determining whether they are public legal entities or private legal entities, are discussed. In the Doctrine, some authors claim that they are public legal entities. Some other authors claim that they are in between public law personality and private law personality. Judicial decisions are also far from being consistent and convincing concerning this subject. In this article, it has been tried to show that these legal entities established in accordance with the corporation law are not public legal entities but that they have to be considered as private law persons, nevertheless that they are not ordinary commercial companies neither because they have undertaken some public duties.

Keywords: Municipal Companies, Legal Status, Municipal Economic Enterprises, Public Legal Entities, Connected Organization

* Yrd. Doç. Dr., Uludağ Üniversitesi Hukuk Fakültesi

GİRİŞ

1982 Anayasası'nın 127'nci maddesine göre mahalli idareler, il, belediye veya köy halkının mahalli müşterek ihtiyaçlarını karşılamak üzere kuruluş esasları kanunla belirtilen ve karar organları gene kanunda gösterilen, seçmenler tarafından seçilerek oluşturulmuş kamu tüzel kişileridir. Mahalli idarelerin kuruluş ve görevleri ile yetkilerinin, yerinden yönetim ilkesine uygun olarak kanunla düzenleneceği de yine Anayasada belirtilmiştir. Makale konumuzu oluşturan Belediye şirketlerinin kuruluşu ile ilgili olarak ise Anayasada düzenlenme bulunmadığından, bu şirketlerin kurulmasının önünde Anayasal bir engel bulunmamaktadır.

5393 sayılı Belediye Kanunu'nda belediye, belde sakinlerinin mahalli müşterek nitelikteki ihtiyaçlarını karşılamak üzere kurulan ve karar organı seçmenler tarafından seçilerek oluşturulan, idari ve mali özerkliğe sahip kamu tüzel kişisi olarak tanımlanmıştır. Buradaki tanım cümlesinde de belediyelerin söz konusu "mahalli müşterek ihtiyaç"ları hangi usulle karşılayacağına dair bir belirleme yoktur.

Belediyelerin görev ve sorumluluklarının düzenlendiği 14'üncü maddede ise Belediyelere mahalli müşterek ihtiyaç olmak şartıyla bazı görevler verilmiş, bunlardan bazıları "yapar veya yaptırır" denilmek suretiyle zorunlu tutulmuşken, diğerleri "yapabilir" ifadesi ile Belediyenin mali durumu ve hizmetin ivediliğine göre yerine getirilip getirilmeyeceğine karar verilmesi serbest bırakılmıştır. Bu maddede bizim konumuzu ilgilendiren ifade "yapar veya yaptırır" ifadesidir. Görüldüğü üzere belediyenin mecburi işlerini dahi kendi eliyle yerine getirmesi gerekmemekte, bunları "yaptırması" da mümkün kılınmaktadır. Aynı şekilde belediyelerin yetki ve imtiyazlarını düzenleyen 15'inci maddesinde de öncelikle belediyelere "belde sakinlerinin mahalli müşterek ihtiyaçlarını karşılamak amacıyla her türlü faaliyet ve girişimde" bulunma yetkisi verilmiş ve daha sonra bazı yetkilerin, "yapmak veya yaptırmak; işletmek veya işlettirmek; kurmak veya kurdurmak" ifadeleri ile, yine seçimli olarak kendileri tarafından yerine getirilebileceği gibi başkasına devredilebileceği düzenlenmiştir.

Nihayet, aynı Kanun'un 70'inci maddesinde belediyelerin, kendi-

lerine verilen görev ve hizmet alanlarında, ilgili mevzuatta belirtilen usullere göre şirket kurabilecekleri düzenlenmiştir. Böylece belediyeler, kendi eliyle yerine getirmek zorunda olmadığı her türlü yetki ve görevi bu şirketler aracılığı ile yerine getirebilirler.

Benzer bir şekilde 5216 sayılı Büyükşehir Belediyesi Kanunu'nun 7'nci maddesinde büyükşehir ve ilçe belediyelerinin yetki ve sorumlulukları düzenlenirken "yapmak veya yaptırmak; işletmek veya işlettirmek" şeklinde ifadeler kullanılarak söz konusu sorumlulukların büyükşehir veya ilçe belediyeleri eliyle yerine getirilmesi gibi bir zorunluluğun bulunmadığı belirtilmiştir. Kanun'un 10'uncu maddesinde ise büyükşehir ve ilçe belediyelerinin, görevli oldukları konularda Belediye Kanunu ve diğer mevzuat hükümleri ile belediyelere tanınan yetki, imtiyaz ve muafiyetlere sahip olduğu; 26'ncı maddesinde ise büyükşehir belediyelerinin kendilerine verilen görev ve hizmet alanlarında ilgili mevzuatta belirtilen usullere göre sermaye şirketleri kurabilecekleri düzenlenmiştir.[1] Üstelik bu maddede, Belediye Kanunu'ndan farklı olarak, büyükşehir belediyelerinin, mülkiyeti veya tasarrufundaki hafriyat sahalarını, toplu ulaşım hizmetlerini, sosyal tesisler, büfe, otopark ve çay bahçelerini işletebileceği ya da bu yerlerin işletmesini 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu hükümlerine tabi olmaksızın belediye ve bağlı kuruluşlarının %50'sinden fazlasına ortak olduğu şirketlere (...) devredebileceği belirtilmiştir.

Bu maddeden hareketle belediye şirketlerini, "*kimi yerel hizmetlerin yürütülmesi amacıyla belediyeler tarafından kurulan ya da yönetiminin elde edilmesi koşuluyla belediyelerce ortak olunan, bağımsız bütçeli, özel hukuk kişileri*"[2] şeklinde tanımlayabiliriz. Ancak tam da bu noktada, diğer bir ifade ile bu şirketlerin özel hukuk tüzel kişileri mi yoksa kamu hukuku tüzel kişileri mi oldukları noktasında, tartışma vardır ve makalemizde asıl bu konu irdelenecektir.

---

1 Benzer hükümler İl Özel İdareleri için de söz konusudur: 5302 sayılı İl Özel İdaresi Kanunu'nun 52'nci maddesinde İl Özel İdaresinin kendisine verilen görev ve hizmet alanlarında, ilgili mevzuatta belirtilen usullere göre sermaye şirketi kurabileceği belirtilmektedir.

2 İpek Özkal Sayan, Murat Kışlalı, "Belediyelerde Şirketleşmenin Yararı var mı? Hurafeler ve Gerçekler", Çağdaş Yerel Yönetimler, Cilt 17, Sayı: 1, s.59-74.

I- BELEDİYE ŞİRKETLERİNİN TÜZEL KİŞİLİĞİ

Belediye şirketlerinin tüzel kişiliklerinin incelenmesinde izleyeceğimiz yol öncelikle kamu tüzel kişiliği ile ilgili bilgi vermek olmalıdır. Tüm idare hukuku kitaplarında işlenmekte olan bu konu herkes tarafından bilinir olsa da belediye şirketlerinin, ya da kamu tüzel kişiliği olduğu iddia edilen hertürlü oluşumun incelenmesinde, kamu tüzel kişiliğinin nasıl kazanıldığını göstermek bir gerekliliktir (**A.** Kamu Tüzel kişiliği). Daha sonra ise belediye şirketlerinin tüzel kişiliği ve bunların kamu tüzel kişisi olup olmadıkları incelenecektir (**B.** Belediye şirketlerinin kamu tüzel kişisi olup olmadıkları sorunu).

A. Kamu tüzel kişiliği

Kamu tüzel kişiliği konusunun günümüzde hala konuşuluyor, hatta tezlere[3] konu oluyor olmasının sebebi, kamu yönetimi alanında yeni usullerin sürekli ortaya çıkması, sadece Türkiye idari yapısında değil Fransa, Almanya gibi ülkelerin de idari yapılanmalarında değişikliklerin meydana gelmesi, pozitif hukukta meydana gelen gelişmelerin doktrin tarafından değerlendirilmesi ve teorik açıklamalarının yapılması ihtiyacıdır.

Tüzel kişilik kavramı çok eski tarihlidir ve ilkçağlardan beri, bugün tüzel kişi olarak adlandırdığımız, belirli bir teşkilatlanmaya sahip, belli bir amacı gerçekleştirmeye yönelik mal ya da insan toplulukları bulunmaktadır.[4]

Kamu tüzel kişiliği söz konusu olduğunda Devlet ve diğer kamu tüzel kişileri olarak ayrıma gitmek gerekir. Çünkü kuruluş ve ortaya çıkış bakımından Devlet ve diğer kamu tüzel kişileri farklılık gösterir. Devletin tüzel kişiliğinin kabulü ile ilgili olarak egemenlik kavramı merkezinde tarihsel bir süreç söz konusu iken diğer tüm kamu tüzel kişileri, tıpkı özel hukuk kişilerinde olduğu gibi, pozitif hukuk kurallarına uygun olarak kurulmuşlardır.[5] Gerçi yerel yönetimlerin de ta-

---

3 Örneğin: Florian Linditch, Recherche Sur La Personalité Morale En Droit Administratif, LGDJ, 1997; Sabine Boussard, Les Personnes Publiques Spéciale, L'Harmattan, 2016; Begüm İsbir, Kamu Tüzel Kişiliği, Turhan Kitabevi, 2017.

4 Bilge Öztan, Tüzel Kişiler (Ders Notları), Turhan Kitabevi, Ankara, 1994, s.2 ve 3.

5 Ayrıntılı bilgi için Bkz. Florian Linditch, a.g.e. s.80 vd.; Grédoire Bigot, "Personnalité Publique et Puissance Publique", in, La Personnalité Publique, Actes du Coll. AFDA, Litec, 2007, s. 17 vd.

rihsel bir süreç içinde ve hatta bugün anladığımız anlamda "Devlet" yokken ortaya çıktığı da doğrudur[6] ancak bu konu bu makalenin konusu içinde yer almamaktadır.

Konumuz açısından önemli olan, Devlet tüzel kişiliği dışında kamu tüzel kişiliğinin nasıl kazanıldığı (**a.** Kamu tüzel kişiliğinin kurulması) ve bunların özel hukuk tüzel kişilerinden ne farklarının olduğunun ortaya konulmasıdır (**b.** Kamu tüzel kişisinin Özel hukuk tüzel kişisinden farkı).

a. *Kamu tüzel kişiliğinin kurulması*

Öncelikle Anayasa'da kamu tüzel kişiliği tanınmış ya da kamu tüzel kişisi olarak kurulması emredilmiş tüzel kişiler mevcuttur. Nitekim mahalli idarelerin veya Türkiye Radyo ve Televizyon Kurumu'nun (TRT)[7] kamu tüzel kişilikleri Anayasa ile tanınmış, üniversitelerin ve meslek kuruluşlarının ise kanunla kamu tüzel kişisi olarak kurulmaları emredilmiştir.

Ancak kamu tüzel kişiliğinin kurulmasında asli yol Anayasal kurulma olmayıp, kanun ya da idari işlemle kurulmadır.[8]

1982 Anayasası'nın 123. maddesi son fıkrasında: "Kamu tüzel kişiliği ancak kanunla veya kanunun açıkça verdiği yetkiye dayanılarak

---

6 Şeref Gözübüyük, Türkiye'nin Yönetim Yapısı, Turhan Kitabevi, Ankara 2013, s. 97; René Chapus, Droit Administratif Général, T.1, 15e Ed., Montchrestien, Paris, 2001, s. 245, no 323. Kemal Vehbi Gül köylerin kuruluşu ile ilgili olarak şunları söylemektedir: "köy, tarihi ve içtimai bir realitedir. Tabii bir hadise olarak ortaya çıkmıştır. Köylerin kuruluş tarihi bu bakımdan insanlığın tarihi kadar eskidir. Köyleri kuran ve onlara müteharrik bir kadro olarak vücut veren köylüler zamanla birçok engellerle karşılaşmışlar, çeşitli ihtiyaçlar duymuşlardır. Köy halkının ekseriyetini ilgilendiren her konuda köyün ileri gelenleri bir araya gelerek bir mes'elelerine çareler aramışlardır. Demek oluyor ki; devletler köy realitesini hukuki bir olgu şeklinde kabul edip o yerlere çeşitli hizmetler götürmeyi düşünmeden çok önceleri köy halkı kendi ihtiyaçlarını giderecek toplu tedbirler almışlar, gerekli tesisler kurmuşlar, zorunlu kararlar almışlar ve hatta sosyal bir baskı olarak kanun hükmünde olan kaideler koymuşlardır." (Kemal Vehbi Gül, Köy ve Mahalle İdaresi, Kardeş Matbaası, 1968, s.37).

7 TRT'nin tarihine bakıldığında 1964 yılında kurulmuş olan kurumun 1982 Anayasası ile kamu tüzel kişiliği kazandığı görülür. http://www.trt.net.tr/Kurumsal/Tarihce.aspx (ulaşım tarihi 19.10.2017)

8 Yahya Kazım Zabunoğlu, İdare Hukuku, Cilt 1, Yetkin Yay., Ankara, 2012, s.135 : "Kamu tüzel kişiliğinin belirlenmesinde, yasa ile kamu tüzel kişiliğinin düzenlenmesi, olağan modeldir".

kurulur" denmektedir. Bu hükme göre kamu tüzel kişilerinin varlığı yasama organının iradesine bağlıdır[9] (tabii burada kamu tüzel kişiliği anayasa tarafından tanınmış olan yerel yönetimler, üniversiteler, meslek kuruluşları... ayrı tutulmalıdır[10]) ve kamu tüzel kişileri mutlaka bir kamu hukuku işlemiyle kurulmalıdır.[11]

"Kanunun açıkça verdiği yetkiye dayanılarak kurulma" üzerinde durmak gerekebilir. Aslında dernekler, vakıflar ve şirketler de kanunun verdiği yetkiye dayanılarak kurulur:[12] Dernekler Kanunu, Medeni Kanun ve Türk Ticaret Kanunu'nda bu konularda ayrıntılı hükümler bulunmaktadır. Anayasa'nın 123'üncü maddesinde düzenlenen "kanunun açıkça verdiği yetkiye dayanılarak kurulabilme" ise Oğuz Sancakdar'ın dediği gibi, "*herkes tarafından kurulabilme değil, yalnızca devlet tarafından ve kamu gücüne dayanılarak kurulma*"[13] olarak yani idari işlemle kurulma şeklinde anlaşılmalıdır.

E. Ethem Atay'ın "*...her halükârda bir kamu tüzel kişiliğinin oluşturulması için kamusal bir yetkinin kullanılması zorunludur. Kamusal yetki devletin Anayasa ile yetkilendirmiş olduğu organları tarafından kullanılan yetkilerdir. Bu nedenle özel hukuk hükümlerinden hareketle bir kamu tüzel kişiliğinin kurulması mümkün değildir*"[14] şeklindeki görüşü de Sancakdar'la paraleldir. Her ne kadar bir kamu tüzel kişisi tarafından kurulmuş olsa ve her ne kadar idarenin kurma ya da katılma yönünde bir idari işlemi bulunsa da bir şirket, Türk Ticaret Kanunu hükümlerine uygun olarak kurulmuş ise bu şirketin özel hukuk tüzel kişisi olduğunun kabulü gerekir. Nitekim "*söz konusu tüzel kişiliği oluşturan işlem, idari bir işlem değil(dir) ve bu işlemin tâbi olduğu usul ve esas kuralları (...) özel hukukun hükümleridir*".[15]

---

9 Lütfi Duran, İdare Hukuku Ders Notları, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1982, s.71.

10 Gerçi burada da örneğin meslek kuruluşlarının ya da üniversitelerin kuruluş kanunlarının bulunduğunu düşünürsek yine yasama organının iradesinin varlığı ortaya çıkar. Ancak bu birimler yasama organı tarafından kurulduklarında kamu tüzel kişiliği de doğrudan varlık kazanır. Bu kamu tüzel kişileri Anayasal güvence altındadır ve yasa koyucunun buna aykırı bir tasarrufta bulunması mümkün değildir (Bkz : Metin Günday, İdare Hukuku, İmaj Yay., Ankara, 2011, s.77).

11 Ramazan Yıldırım, Türk İdâri Rejimi Dersleri, cilt 1, Mimoza, 2014, s. 29.

12 Metin Günday, a.g.e., s. 78.

13 Oğuz Sancakdar, İdare Hukuku Teorik Çalışma Kitabı, Seçkin Yay., 2012, s. 107; aynı yönde Metin Günday, a.g.e., s.78.

14 Ender Ethem Atay, İdare Hukuku, Turhan yay., Ankara, 2006, s.142.

15 Ender Ethem Atay, a.g.e., s.142.

Kısaca, idarenin, ki konumuz özelinde bu belediye idaresidir, bir şirket kurma kararı idari işlem olabilir ama şirkete tüzel kişilik kazandıran, Türk Ticaret Kanunu hükümlerine göre tesis edilen sonraki işlemlerdir. Gerçekten de bu şirketler ticaret siciline kayıt ile tüzel kişilik kazanırlar.[16]

b. *Kamu tüzel kişisi - Özel hukuk tüzel kişisi ayrımı*

Kamu tüzel kişileri ile özel hukuk tüzel kişilerini birbirinden ayırt etmek pek kolay değildir. Lütfi Duran bu zorluğa, "*yasama ve yürütme organlarının, idari faaliyet ve hizmetlerle görevli, kamusal olduğu kadar özel nitelikte tüzel kişilere de, değişik statülerle ve çok sayıda vücut vermekte olması*"nın neden olduğunu söylemektedir.[17] Belediyeler tarafından kurulmakta olan ve makalemize konu yaptığımız şirketler de bu işi kolaylaştırmaktan çok uzaktır.

Bu ayrımı yapmak için öncelikle kuruluşları ile ilgili bir ölçüt öne sürülmüştür. Nitekim Tahsin Bekir Balta, kamu tüzel kişilerini : "*idareye mahsus bir kuruluş yapısına sahip olan ve bundan ötürü kuruluşları idare hukukunca düzenlenen tüzel kişiler*" olarak tanımlamıştır.[18] Ancak kuruluşları ile ilgili bir farklılığı ortaya koymak çok zordur. Çünkü devlet ya da bizim üstünde durduğumuz örnekte olduğu gibi yerel yönetimler özel hukuk kurallarına tâbi tüzel kişiler de kurabilmektedirler ki zaten bunların hukuki statüsünde tartışma ortaya çıkmaktadır. İdarenin daha önceden kurulmuş bir özel hukuk tüzel kişiliğine katılması ya da özel kişilerle birlikte bir özel hukuk tüzel kişisi kurması gibi durumlarda tüzel kişiliğin kurulmasına dair işlem bir özel hukuk işlemi, idarenin söz konusu özel hukuk tüzel kişilerine katılma yolunda almış olduğu karar ise bir idari işlemdir.[19] O halde bunlar özel hukuk tüzel kişileri de olsalar temellerinde birer idari işlem bulunduğunu söyleyebiliriz ve bu şekilde kuruluş ölçütünün yetersiz olduğu görüşüne[20] katılabiliriz. Ayrıca Devletin katıldığı bazı özel hukuk şirketlerinin Türk Ticaret Kanununun kimi hükümlerinden muaf tutulmaları amacıyla

16 Begüm İsbir, a.g.e., s.452.
17 Lütfi Duran, a.g.e., s.69.
18 Tahsin Bekir Balta, İdare Hukuku I, Genel Konular, AÜSBF Yayınları, Ankara, 1970, s.201.
19 Ramazan Yıldırım, a.g.e., s. 30.
20 Lütfi Duran, a.g.e., s.69.

kanunla kurulduğu görülmektedir.[21] Bu durum da kuruluş kriterinin tek başına yeterli olmadığını göstermektedir.

İkinci olarak kamu tüzel kişilerinin kamu yararını amaçladığı, özel hukuk tüzel kişilerinin ise kâr amacıyla hareket ettiği söylenmektedir.[22] Ancak bu belirleme gerçeklerle bağdaşmaz.[23] Çünkü ticari şirketler için bu söylenen doğru kabul edilse bile, özel hukuk tüzel kişileri oldukları konusunda tereddüt bulunmayan dernek ve vakıflar genellikle kâr elde etme amacında değillerdir.

Kamu gücü kullanma ölçütü de öne sürülmektedir[24] ancak bu ölçüt de kamu tüzel kişileri ile özel hukuk tüzel kişileri arasındaki farkı ortaya koymakta yetersiz kalmaktadır. Çünkü kamu gücü ayrıcalıkları bazen özel hukuk tüzel kişilerine de tanınabilmekte, ya da kamu gücü ayrıcalıkları kullanmayan bir kamu tüzel kişisi söz konusu olabilmektedir.[25] Metin Günday bu noktada ek olarak tüzel kişinin faaliyetinin kendisine kanuni bir tekel olarak tahsis edilmiş olup olmadığına bakılırsa daha kesin sonuçlara ulaşılabileceğini söylemektedir.[26]

Personelinin statüsü, yani tüzel kişinin görevlilerinin Türk Ceza Kanunu'nun uygulaması yönünden kamu görevlisi olarak sayılıp sayılmadığı da bir ölçüt olarak görülebilir.[27] Ancak bu hususta da, örneğin özel güvenlik görevlileri düşünülerek, itiraz edilebilir. Zira bu görevliler özel hukuk tüzel kişileri ile yapmış oldukları hizmet sözleşmeleri çerçevesinde çalışmakla[28] birlikte Türk Ceza Kanunu'nun uygulanması yönünden kamu görevlisi sayılmaktadırlar.[29]

---

21 Metin Günday, a.g.e., s.79; Ender Ethem Atay, a.g.e., s.142 .
22 Kemal Gözler, İdare Hukuku, C. 1, Bursa, 2009, s.162.
23 Lütfi Duran, a.g.e., s.69.
24 Kemal Gözler, a.g.e., C. 1, s.162.
25 Lütfi Duran, a.g.e., s.69.
26 Metin Günday, a.g.e., s. 79.
27 Metin Günday, a.g.e., s. 79.
28 Kemal Gözler, İdare Hukuku Dersleri, Ekin, Bursa, 2017, s.588.
29 Aynı yönde: Ramazan Çağlayan, "Hukukumuzda Kamu Tüzel kişiliği Kavramı ve Kıstasları", Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi, Sayı 7, ss. 373-398. Yazar bir davada bilirkişi olarak görevlendirilmiş kişinin bu görev kapsamında ceza hukukunda kamu görevlisi sayıldığını örnek olarak vermektedir. Aksi yönde : Halil Kalabalık, İdare Hukukunun Temel Kavram ve Kurumları, Sayram Yay., Konya, 2014, s.80 : "Tüzel kişinin personelinin, görevleriyle ilgili olarak kendilerine karşı işlenen suçlar veya görevleri sebebiyle işledikleri suçlar daha ağır cezaî müeyyidelere tâbi tutulmuş ise, bu tüzel kişinin bir kamu tüzel kişisi olduğuna hükmedilebilir".

Bir diğer fark olarak şu belirtilebilir: özel hukuk kişileri kendi faaliyet alanlarını kendi işlemleri ile belirlerken, kamu tüzel kişileri kendileri dışında bir irade ile kurulmaktadır ve bu irade onların faaliyet alanlarını, görev ve yetkilerini belirlemektedir. Kamu hukukunda verilmiş yetkiler söz konusu olup, devlet dışındaki tüm kamu tüzel kişileri için ihtisas ilkesi geçerli olduğundan, kamu tüzel kişileri kendi faaliyet alanlarında değişiklik yapamazlar. Ancak Belediye Kanunu örneğinde olduğu gibi kanun ihtiyari görevler vermiş ise bu görevlerden bazıları veya tamamı tüzel kişinin kendi işlemi ile üstlenilebilir. Elbette burada kanunla verilmiş bir takdir imkanı söz konusu olduğu için yine tamamen görev belirlemede özgür değildir.

Son olarak, kamu tüzel kişileri özel hukuk tüzel kişilerine nazaran daha sıkı bir denetime tâbi tutulmaktadır. Konumuz özelinde belediye şirketlerinin denetimine ilerde değinilecektir.

B. Belediye şirketlerinin kamu tüzel kişisi olup olmadığı sorunu

Belki de Lütfi Duran'ın dediği gibi :

"...tüzel kişilik kavramı idare teşkilatında önemli ve büyük bir yer tutmakla beraber, kamu tüzel kişisi kurumu, idarenin işleyişi (görevler, yetkiler ve usuller) ve özellikle idari dava ve uyuşmazlıkların belirlenmesi ve çözümlenmesi yönünden kapsamlı ve etkin bir öğe değildir".

Gerçekten de belediyeler kendilerine kanunla verilmiş görevleri yerine getirmek üzere şirketler kuruyorsa bu kelimelerin yerlerini değiştirirsek, kendisine verilmiş görevleri şirketler eliyle yerine getiriyor demektir. Bu bakımdan bu şirketlerin kamu tüzel kişisi mi yoksa özel hukuk tüzel kişisi mi oldukları o kadar da önemli değildir. Nihayetinde üstünde anlaşacağımız nokta herhalde bunların kamusal görevler yerine getirdikleridir.

Yine de şimdi öncelikle belediye şirketlerinin birer kamu tüzel kişisi olduğuna dair görüşü, sonrasında yeni nitelendirme çalışmalarını ve son olarak bizim değerlendirmemizi sunalım.

a. Kamu tüzel kişisi olduklarına dair görüş

Belediye şirketlerinin belediyelerden ayrı birer tüzel kişiliği olduğu şüphesizdir ve "özellikle kaynak kullanımı bakımından bu

şirketlerin kamunun parasını kullanması, belediyelerin hisselerinin %50'den fazla olduğu şirketlerin personelinin Emekli Sandığı Kanunu hükümlerine tabi sayılması bakımından bu şirketlerin kamu tüzel kişisi olarak" gözükebileceği belirtilmiştir.[30]

Gözler de bu şirketlerle ilgili olarak bunların kamu tüzel kişileri olduğunu iddia etmektedir:

"*Bu tür şirketler (...) kanunların verdiği özel bir yetkiye dayanarak kamu tüzel kişileri (il özel idareleri, belediyeler, büyükşehir belediyeleri) tarafından kurulduğuna ve kendilerini kuran kamu tüzel kişilerinden ayrı birer tüzel kişiliğe sahip olduğuna ve kendilerini kuran mahalli idarenin denetimi altında bulunduklarına ve bunlar bir takım kamu gücü ayrıcalık ve yükümlülükleriyle donatıldıklarına göre, bunlar birer kamu tüzel kişisidir ve dolayısıyla birer kamu kurumudur*".[31]

Yukarıda değindiğimiz Belediye Kanununun 70'inci maddesinde, Büyükşehir Belediyesi Kanunu'nun 26'ncı maddesinde ve İl Özel İdaresi Kanunu'nun 52'nci maddesinde bu yerel yönetimlerin "ilgili mevzuatta belirtilen usullere göre" sermaye şirketi kurabilecekleri belirtilmektedir. Bu şekilde, Gözler'in söylediği gibi, söz konusu şirketler, özel kanunlarla yetkilendirilmiş olan yerel yönetim birimleri tarafından kurulmaktadır.

İlgili kanunlarda yerel yönetim birimlerinin sermaye şirketi kurabilecekleri belirtilmektedir ve Türk Ticaret Kanunu'nun 124'üncü maddesine göre anonim, limited ve sermayesi paylara bölünmüş komandit şirket birer sermaye şirketidir. Bu şirketlerin tüzel kişiliği vardır ve Türk Medeni Kanunu'nun 48'inci maddesi[32] çerçevesinde bütün haklardan yararlanabilir ve borçları üstlenebilirler (m.125). Yani Gözler'in söylediği gibi özel kanunla verilmiş yetkiye dayanılarak kurulmuşlar ve ayrı tüzel kişiliğe sahiplerdir. Bu şirketleri kuran yerel idareler şirketlerin en az %50'sine sahip oldukları takdirde bunlar kamu tüzel

---

30 Muhterem Dilbirliği, "Belediye Şirketleri", *Çağdaş Yerel Yönetimler Dergisi,* Cilt 4, Sayı: 2, Mart 1995, ss.65-80.

31 Kemal Gözler, İdare Hukuku Dersleri, Ekin 2015, s. 251. Aynı yönde Yahya Kazım Zabunoğlu, age, s.285; Halil Kalabalık, age, s.288-289.

32 Medeni Kanunun Hak ehliyeti kenar başlıklı 48'inci maddesi tüzel kişilerin, cins, yaş, hısımlık gibi yaradılış gereği insana özgü niteliklere bağlı olanlar dışındaki bütün hak ve borçlara ehil olduğunu düzenlemektedir.

kişisi sayıldıklarına göre,[33] kamu tüzel kişisi kabul edilen şirketlerin üzerinde kurucu ya da pay sahibi yerel yönetimin %50 paydan kaynaklı bir "ağırlığı" olacağı da kesindir. Son olarak yazar, bu şirketlerin bir takım kamu gücü ayrıcalık ve yükümlülükleri ile donatıldıklarını ifade etmektedir, ancak hangi ayrıcalık ve yükümlülükler olduğu listelenmemiştir.

b. *Yeni arayışlar*

Bazı kurumlarla ilgili olarak kamu tüzel kişisi mi yoksa özel hukuk tüzel kişisi mi oldukları hususunda tereddüt yaşandığında, yargı organları ya da doktrin farklı nitelemelere gidebilmektedir. Gerçekten de örneğin Askeri Yüksek İdare Mahkemesi, Ordu Yardımlaşma Kurumu'nun (OYAK) "*karma nitelikli kamu tüzel kişisi*" olduğu sonucuna ulaşmıştır.[34] Ancak Zabunoğlu'nun söylediği gibi "*karma nitelikli kamu tüzel kişisi (ya da karma nitelikli özel hukuk kişisi) anlaşılabilir tüzel kişilik türleri değildir*".[35] Uyuşmazlık Mahkemesi ise Adalet Teşkilâtını Güçlendirme Vakfı için "*kamu tüzel kişiliğine yaklaşan yeni bir müessese*" nitelemesi yapmıştır[36] ki bu niteleme de anlaşılır değildir. Aslında yargı organlarının bu tarz arayışları, kendilerini ilerde bağlayıcı niteleme yapmamak için niteleme yaparmış gibi davranma eğilimi olarak görülebilir. Ancak aynı karmaşık nitelendirme çabalarını aşağıda açıklandığı üzere doktrinde de görebiliyoruz.

Ali Ulusoy kendisine: "*bir tüzel kişinin aynı zamanda hem kamu tüzel kişiliğine hem de özel hukuk tüzel kişiliğine sahip olması mümkün müdür?*" şeklinde bir soru sormakta ve cevap olarak da, "*normalde özel hukuk tüzel kişisi konum ve statüsünde olan bir tüzel kişinin aynı zamanda kamu tüzel*

---

33 Kemal Gözler, a.g.e. (Dersleri), s. 251: " (...) söz konusu şirketlerin kamu kurumu olabilmesi için bunların sermayesinin tamamının veya en az yüzde ellisinin bir kamu tüzel kişisine (yani bir il özel idaresine veya bir belediyeye) ait olması gerekir. Aksi takdirde ortada kamu tüzel kişisinin ortak olduğu bir şirketten başka bir şey yoktur".

34 Kemal Gözler, a.g.e., C. 1, s.176; Yahya Kazım Zabunoğlu, a.g.e., s.137. Begüm İsbir, OYAK'ın a tipik kamu tüzel kişisi olduğunu düşünmektedir (Begüm İsbir, a.g.e., s.570).

35 Yahya Kazım Zabunoğlu, age, s.137.

36 Kemal Gözler, a.g.e. C. 1, , s. 177. Uyuşmazlık mahkemesi, Gerkonsan'ı da "kamu kurumu niteliği ağır basan anonim şirket" olarak nitelendirmiştir (Kahraman Berk, "Türkiye Futbol Federasyonunun Türk İdare Teşkilatı İçindeki Yeri", *İÜHFM*, C.LXIV, S.2,2006, ss.3-24). Bu nitelendirme de aynı karmaşıklığı taşımaktadır.

kişisi olarak kabul edilmesine herhangi bir hukuki engel bulunmamaktadır" açıklamasıyla, başka örneklerle birlikte belediye şirketlerinin bu konumda olduklarını yani bunların hem kamu hukuku tüzel kişisi hem de özel hukuk tüzel kişisi olduklarını ifade etmektedir.[37] Ancak bir tüzel kişinin hem kamu tüzel kişisi hem özel hukuk tüzel kişisi olması, birbirine zıt iki kimliği bir arada taşıması anlamına gelir. Yazar bu hususta hukukumuzda herhangi bir engel bulunmadığını da ifade etmekte ise de engelin pozitif hukuktan değil genel mantık kurallarından kaynaklandığı söylenebilir. Ne var ki bu itirazda çok iddialı olmamak gerekir çünkü günümüzde kamu tüzel kişiliği çok karmaşık bir hal almıştır ve belediye şirketlerinin varlığı ve bunların niteliğine ilişkin sorunlar ülkemize özgü de değildir.[38] Örneğin "kısmi kamu tüzel kişiliği" gibi bir kavram da mantık kurallarına ters görünmektedir, ancak konuşulmaktadır.[39]

Ulusoy'un bu iddiası akla Tahsin Bekir Balta'nın "kamu tüzel kişilerinin özel hukuk süjeliği" başlığını getirebilir. Bu başlık altında yazar, Devlet ve diğer kamu tüzel kişilerinin esas olarak kamusal görev yerine getirdiklerini ve kamu hukukuna tâbi olduklarını, ama aynı zamanda tâli olarak örneğin özel hukuka tâbi mallara sahip olabildiklerini ve bunlarla ilgili özel hukuka tâbi işlemler gerçekleştirebileceklerini, bu anlamda "*kamu tüzel kişileri(nin) asli idare hukuku süjeliği yanında bir de ek özel hukuk süjeliğine sahip*" olduklarını belirtmektedir.[40] Ancak burada söz konusu edilen hem kamu tüzel kişiliğine, hem özel hukuk tüzel kişiliğine sahip olmak değil, hem idare hukukunun hem de özel hukukun "süjesi" olabilmektir ki bu durum tüm kamu tüzel kişileri ve dahi bazı özel hukuk tüzel kişileri için geçerlidir.

İlerleyen satırlarda Ulusoy da benzer sonuca ulaşarak bazı tüzel kişilerin "*aynı anda hem özel hukuk, hem de kamu hukuku rejimine tâbi olan*

---

37 Ali Ulusoy, Türk İdare Hukuku, Cilt I, Genel esaslar ve idari teşkilat, Yetkin Yay., Ankara, 2017, s. 141.

38 Bkz. Yüksel Demirkaya, "Avrupa Birliği'nin Yerel Kamu Şirketleri Stratejisi : Türkiye'de Hukuki Yapı ve İstanbul Büyükşehir Belediyesi Uygulamaları", *Mustafa Kemal Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi*, Yıl :2010, Vol.7, Sayı : 13, ss.420-444.

39 Bkz. Aude Rouyère, "La Personnalité Publique Partielle", in, La Personnalité Publique, Actes du Coll. AFDA, Litec, 2007, ss. 91-113.

40 Tahsin Bekir Balta, *a.g.e.*, s.202.

spesifik ("çift kişilikli!") bir tüzel kişilik"[41] haline gelebildiklerini belirtmektedir.

"Çift kişilik" konusunda tereddütlü olmakla birlikte, Ulusoy'un Balta'ya katıldığını düşünüyoruz. Ancak bu durumun, yani bazı durumlarda kamu hukukuna, bazı durumlarda özel hukuka tabi olmanın, onların aynı anda iki zıt şey olduklarını göstermeyeceği kanaatindeyiz. Nitekim kamu hizmeti yerine getirmekle görevlendirilmiş bazı özel hukuk tüzel kişileri de idari işlem tesis edebilmekte ve bu işlemlerle ilgili olarak idari yargıda iptal davası açılmakta, dolayısıyla bu özel hukuk tüzel kişileri idari yargı yerleri karşısında davalı konumunda bulunabilmektelerdir. Ancak bu durum onların özel hukuk kişisi olduğu gerçeğini değiştirmemekte, onları birer kamu tüzel kişisi haline getirmemektedir.

Anayasa Mahkemesi de İktisadi Devlet Teşekkülleri ile ilgili bir kararında : "*Kamu iktisadî teşebbüsleri, 233 sayılı KHK'nin 4. maddesinde de öngörüldüğü gibi, ticarî esaslara, yani özel hukuk hükümlerine göre faaliyette bulunan ve kamu yararı amacıyla çalışan kamu tüzel kişileridir. Kamu iktisadî teşebbüsleri, özel teşebbüsler gibi kârlılık ve verimlilik anlayışı içinde çalışmak durumunda olduklarından, dış ilişkilerinde ticarî ilke ve yöntemlere göre başka bir anlatımla özel hukuk kurallarına göre davranmak zorundadırlar. Kamu iktisadî teşebbüsünün özel hukuk kurallarına bağlı olarak faaliyette bulunması onun kamusal niteliğini değiştirmez.* Çünkü, *kamu idareleri ve idarî kamu kurumları da gerektiğinde özel hukuk kuralları* uyarınca işlem *yapabilmektedi(r)*" demiştir.[42] Benzer şekilde, ama bu sefer özel hukuk tüzel kişileriyle ilgili olarak, bunların kamusal yetkiler kullanarak hareket etmeleri onlara kamu tüzel kişiliği vasfını kazandırmaz, ancak idari işlem tesis edebilen özel hukuk kişileri arasında kabul edilmelerini gerektirir diyebiliriz.[43]

Demirkaya "Belediye Şirketleri" ifadesini, belediyeler dışındaki yerel yönetim birimleri de şirket kurabildikleri için doğru bulmamakta, "yerel kamu şirketleri" ifadesinin kullanılmasının daha uygun olacağını ifade etmektedir.[44] Bu itirazı iki aşamada incelemek

41 Ali Ulusoy, a.g.e. s. 141.
42 AYM, 22.12.1994 tarih, E.1994/70, K.1994/65-2 sayılı kararı.
43 Kahraman Berk, *a.g.m.*
44 Bkz. Yüksel Demirkaya, *a.g.m.*.

gerekir; yazar itirazının ilk bölümünde yani belediyeler dışındaki yerel yönetimler tarafından da şirket kurulabileceği konusunda haklıdır. Ancak makalemizin konusu çerçevesinde asıl dikkat çekici olan "yerel kamu şirketi" ifadesidir. "Kamu" ifadesi "kamuya ait olan", "kamusal hizmet veren" gibi bir anlama geliyorsa kabul edilebilir ancak tüzel kişilikle ilgili bir niteleme söz konusu ise, ki bu konuda makalede bir açıklama bulunmamaktadır, "yerel kamu şirketi" ifadesi de eleştiriye konu olur. Söz konusu makalede bahsi geçen ve CEEP olarak kısaltılan "The European Centre of Employers and Enterprises Providing Public Services" da "Avrupa Yerel Kamu Şirketleri Birliği" olarak çevirilmektedir. Ancak söz konusu merkezin isminde "enterprises providing service publics" denmektedir ki bu kamu hizmeti sağlayan/sunan şirket demektir. Benzer bir şekilde "yerel kamu şirketi" yerine "kamu hizmeti sunan yerel şirket/ kamu hizmeti sunan yerel yönetim şirketi" denmesinin daha uygun olduğu kanaatindeyiz.[45]

Yakın zamanda "kamu tüzel kişiliği" başlığıyla hazırlanmış bir tezde de "*a tipik kamu tüzel kişileri*" ve "*sui generis* tüzel kişiler" başlıkları dikkat çekmektedir. Yazar sui generis tüzel kişilikler (ki bunları da kendi içinde kamu hukuku ağırlıklı sui generis tüzel kişilikler ve özel hukuk agırlıklı sui generis tüzel kişilikler olarak ikiye ayırmış) ve atipik kamu tüzel kişileri şeklinde farklı ayrımlara gitmiş ve kendi kendisine sorduğu "*Sui generis* tüzel kişiliklerle a tipik tüzel kişileri nasıl ayırt edilecektir?" [46] sorusuna şu şekilde cevap vermiştir:

" *Sui generis* tüzel kişilerin kurulmasında, hem kamu hukuku hem de özel hukuk kuralları geçerlidir. Bu bağlamda bu tüzel kişilerin kurulmasında, hem kamusal usullerin yer alması hem de tüzel kişiyi kuran gerçek kişilerin irade açıklamasında bulunmaları önemlidir. Oysa a tipik kamu tüzel kişilerinin kurulması, kamu tüzel kişilerinin kurul-

45 Demirkaya da adı geçen makalenin ilerleyen sayfalarında "alternatif bir hizmet üretme aracı olan Belediye Şirketleri" ifadesini kullanmıştır. Aslında bizim "garip" karşıladığımız adlandırmalar kamu hizmetlerinin "alternatif" yürütülme araçlarıyla ilgili olarak başka yerlerde de karşımıza çıkmaktadır. "kamu hizmeti"nin bu konuda çok üretken olduğunu söyleyebiliriz. Örnek olarak da "kamu yararı şirketleri"ni (Public Interest Companies) vermek isteriz. Bkz. Koray Karasu, "Yeni Kamusal Örgütler : Kamu Yararı Şirketleri", *AÜSBF Dergisi*, yıl : 2009, C.64, S.3, ss. 117-147.

46 Begüm İsbir, a.g.e., s.473.

ması ile aynıdır. Bir diğer deyişle, a tipik kamu tüzel kişileri kanunla veya kanunun açıkça verdiği yetkiye dayanılarak kurulur".[47]

Yazar belediye şirketlerinin de atipik kamu tüzel kişilerinden olduğunu belirtmektedir.[48]

c. *Değerlendirmemiz*

Kamu tüzel kişiliğinin belirlenmesi için Gözler'in belirttiği gibi bazı kriterlerimiz bulunmaktadır.[49] Öncelikle söz konusu tüzel kişiliğin kamu tüzel kişiliği ya da özel hukuk tüzel kişiliği olduğuna dair anayasal veya yasal bir hüküm söz konusu olabilir. Bu durumda anayasa ya da kanun hükmü ne diyorsa onun kabulü gerekmektedir. Anayasa ya da kanunda bir belirlemenin bulunmadığı durumda ise söz konusu tüzel kişinin kamu tüzel kişisi olarak kabul edilebilmesi için ya yasama organı tarafından kanunla kurulmuş olması ya da özel bir kanunun açıkça verdiği bir yetkiye dayanılarak idare tarafından kurulmuş olması gerekmektedir ki olayımızda bu durum söz konusudur. İkinci şart olarak ise bu tüzel kişinin kamu gücü ayrıcalıklarıyla donatılmış olması aranır. Bilindiği üzere kamu gücü ayrıcalıkları çok değişik formlarda karşımıza çıkabilir ve bu ayrıcalıklardan hangilerinin bu şirketler için söz konusu olduğuna bakmak gerekir. Ancak bize göre zaten bu kriterlerin değerlendirilmesine gerek yoktur, çünkü bu şirketlerin özel hukuk tüzel kişisi olması kanun gereğidir.

Şöyle ki, belediye, büyükşehir belediyesi ve il özel idaresinin şirket kurabileceğini düzenleyen yukarıda gördüğümüz tüm kanunlarda ortak olarak "ilgili mevzuat"a atıf yapılmış olup, bahsi geçen "ilgili mevzuat" şüphesiz Türk Ticaret Kanunu'dur. Yukarıda belirttiğimiz üzere Tahsin Bekir Balta "kamu tüzel kişilerini "*idareye mahsus bir kuruluş yapısına sahip olan ve bundan ötürü kuruluşları idare hukukunca düzenlenen tüzel kişiler*" olarak tanımlamıştır. Balta'nın "kuruluşları idare hukukunca düzenlenen" ifadesinin altını çizerek, makale konumuzu oluşturan belediye şirketlerinin kuruluşlarının Türk Ticaret Kanunu'nca düzenlenmiş olması nedeniyle özel hukuk tüzel kişileri olduklarını düşünüyoruz. Nitekim, yukarıda da belirttiğimiz üzere,

47 a.g.e. s.474.
48 a.g.e. s.452.
49 Kemal Gözler, a.g.e., C. 1, s.169 vd.

bu şirketlere tüzel kişilik kazandıran, Türk Ticaret Kanunu hükümlerine göre tesis edilen işlemlerdir ve bu şirketler ticaret siciline kayıt ile tüzel kişilik kazanırlar.

Bu şirketlere, Türk Ticaret Kanunu'nun 126. maddesine göre, bu kanunda yer alan her şirket türüne özgü hükümler saklı kalmak şartıyla, Türk Medeni Kanunu'nun tüzel kişilere ilişkin genel hükümleri ile bu kısımda hüküm bulunmayan hususlarda Türk Borçlar Kanunu'nun adi şirkete dair hükümleri her şirket türünün niteliğine uygun olduğu oranda, ticaret şirketleri hakkında da uygulanır. O halde belediye şirketleri, ya da genel olarak yerel yönetimlerin kurdukları ya da ortak oldukları şirketler, Türk Ticaret Kanunu'na göre kurulmakta ve bu şirketler öncelikle bu kanun hükümleri ile Türk Medeni Kanunu ve gerektiği yerde Türk Borçlar Kanunu hükümlerine tâbi tutulmaktadırlar.

Ayrıca, Türk Ticaret Kanunu'nun 16'ncı maddesinde de "*Ticaret şirketleriyle, amacına varmak için ticari bir işletme işleten vakıflar, dernekler ve kendi kuruluş kanunları gereğince özel hukuk hükümlerine göre yönetilmek veya ticari şekilde işletilmek üzere Devlet, il özel idaresi, belediye ve köy ile diğer kamu tüzel kişileri tarafından kurulan kurum ve kuruluşlar da tacir sayılırlar*" denilmek suretiyle belediye şirketleri tacir kabul etmiş yani özel ticari şirketler gibi değerlendirilmiştir.

Herhangi başka bir kanunda da bu şirketlerin kamu tüzel kişisi olduklarına dair özel bir hüküm bulunmadığına göre, yerel yönetim birimlerinin şirketleri Türk Ticaret Kanunu'na göre kurulan ve özel hukuka tabi olan özel hukuk tüzel kişileridir.

Ancak bu şirketler özel hukuk tüzel kişisi olsalar da birazdan görüleceği üzere sıradan birer ticari şirket de değillerdir.

III- BELEDİYE ŞİRKETLERİNİN DİĞER TİCARİ ŞİRKETLER KARŞISINDA ÖZEL DURUMU

Yukarıda anlatıldığı şekilde hukukumuzda mahalli idarelerin kendilerine bağlı şirket kurmaları mümkün kılınmıştır. Mahalli idarelerin üstlendiği görevleri yerine getirmede kendilerine yardımcı olmak üzere il özel idaresi, belediye ve büyükşehir belediyesi gibi mahalli idareler tarafından kurulan şirketlerin "bağlı kuruluş" olabilmesi için

bunların sermayesinin tamamının veya çoğunun bir kamu tüzel kişisine ait olması gerekmektedir. Bu şirketler, bu kamu tüzel kişilerinin yakın denetim ve gözetimi altında idare edilmektedir. Bu şirketlerin çalışma konularının, büyükşehir belediyelerinin ve belediyelerin ilgili kanunlarla kendilerine yüklenen ve şirket aracılığı ile yürütülmeye uygun nitelikteki görev ve hizmetler alanında olacağı kuşkusuzdur.[50] Nitekim belediye şirketlerinin başlıca amaç ve çalışma konuları, 5393 sayılı Belediye Kanunu'nun 14'üncü maddesinde[51] belirlenen belediyelerin görev ve sorumlulukları arasında yer alır.

Bu şekilde mevcut sistemde belediyeler hizmet gören değil, hizmet gördüren olarak karşımıza çıkmaktadır[52] ve Yargıtay'ın bazı kararlarında belediye şirketlerinin belediyelerin bir uzantısı olduğu tespit edilmiştir.[53] Bu şirketler belediyelerin hizmetlerini yerine getirmeyi amaçlamaktalardır, yani bunların faaliyetleri birer kamu faaliyetidir.

---

50 AYM. 24.1.2007 tarih ve E.2005/95 sayılı kararı ve K.2007/5; AYM. 24.01.2008 tarih ve E.2007/76, K.2008/46 sayılı kararı.

51 Belediyenin Görev ve Sorumlulukları- madde 14.- "Belediye, mahalli müşterek nitelikte olmak şartıyla;
a) İmar, su ve kanalizasyon, ulaşım gibi kentsel alt yapı; coğrafi ve kent bilgi sistemleri; çevre ve çevre sağlığı, temizlik ve katı atık; zabıta, itfaiye, acil yardım, kurtarma ve ambulans; şehir içi trafik; defin ve mezarlıklar; ağaçlandırma, park ve yeşil alanlar; konut; kültür ve sanat, turizm ve tanıtım, gençlik ve spor; sosyal hizmet ve yardım, nikah, meslek ve beceri kazandırma; ekonomi ve ticaretin geliştirilmesi hizmetlerini yapar veya yaptırır. "Büyükşehir belediyeleri ile nüfusu 100.000'in üzerindeki belediyeler, kadınlar ve çocuklar için konukevleri açmak zorundadır. Diğer belediyeler de mali durumları ve hizmet önceliklerini değerlendirerek kadınlar ve çocuklar için konukevleri açabilirler."
b) (...) **(*)** Devlete ait her derecedeki okul binalarının inşaatı ile bakım ve onarımını yapabilir veya yaptırabilir, her türlü araç, gereç ve malzeme ihtiyaçlarını karşılayabilir; sağlıkla ilgili her türlü tesisi açabilir ve işletebilir; "mabetlerin yapımı, bakımı, onarımını yapabilir;" kültür ve tabiat varlıkları ile tarihi dokunun ve kent tarihi bakımından önem taşıyan mekanların ve işlevlerinin korunmasını sağlayabilir; bu amaçla bakım ve onarımını yapabilir, korunması mümkün olmayanları aslına uygun olarak yeniden inşa edebilir. Gerektiğinde, sporu teşvik etmek amacıyla gençlere spor malzemesi verir, amatör spor kulüplerine ayni ve nakdî yardım yapar ve gerekli desteği sağlar, her türlü amatör spor karşılaşmaları düzenler, yurt içi ve yurt dışı müsabakalarda üstün başarı gösteren veya derece alan öğrencilere, sporculara, teknik yöneticilere ve antrenörlere belediye meclisi kararıyla ödül verebilir".

52 Onur Karahanoğulları, "Belediye Personelinin Hukuki Yapısına İlişkin Gözlemler", *AÜHFD*, C.47, S.1-4, ss. 279-319.

53 Y. 9. HD. 9.4.1984 tarih, 2940 Esas ve 3520 Karar; Y. 9. HD 6.4.1995 tarih, 10831 Esas ve 12235 Karar numaralı kararları. Aktaran: İpek Özkal Sayan, Murat Kışlalı, a.g.m.

Bu şirketlerin kuruluş amaçları incelendiğinde belediyelerin görev ve sorumluluklarını yerine getirmek için ihtiyaç duydukları mali kaynağın sağlanmasının hedeflendiği görülmektedir. Şöyle ki; Anayasa'nın 127'nci maddesinin son fıkrasının son cümlesinde mahalli idarelere, görevleri ile orantılı gelir kaynağı sağlanacağı belirtilmektedir. Bu şekilde yerel yönetimler merkezi idarenin sağlayacağı kaynakla görev ve sorumluluklarını yerine getireceklerdir. Ancak merkezi idare tarafından sağlanacak kaynak, siyasi sebeplerle değişikliklere uğrayabilmekte, artırım ya da azaltıma gidilebilmektedir. İşte bu etkilerden uzaklaşmak için belediyelerin, kendi bünyelerinde kullanabilecekleri mali kaynak yaratma düşüncesiyle şirket kurma yoluna gittikleri ifade edilmektedir.[54] Belediye şirketlerini Kamu İktisadi Teşebbüslerinden (KİT) ayıran temel nokta da burada kendini gösterir; bu şirketler kâra geçmek amacıyla özel sektör kurallarına göre işletilirken, KİT'lerin kâra geçme amacı bulunmamaktadır.[55] Bu makalenin konusu olmamakla birlikte belediye şirketlerinin ulaşılmak istenen amaçlarını sağlayıp sağlamadıkları da şüpheli görünmektedir.[56] Ayrıca, kâr elde etme amacı, bu şirketlerin sunduğu hizmetlerin aşırı fiyatlandırılmasına da neden olabilir.[57]

Bu şirketlerin yönetim kurulu başkanı belediye başkanıdır ve şirketin çalışma düzeni ile ilgili olarak emir ve talimat verme yetkisinin belediyenin elinde olması da kanımızca bunların "herhangi" bir şirket olmadığını gösterir. Ayrıca, 6085 sayılı Sayıştay Kanunu'nda 2013 yılında yapılan değişiklikle, bu Kanun'un, Sayıştay'ın denetim alanını düzenleyen 4'üncü maddesinin (b) bendi ile kamu payı %50'den az ol-

54 Muhterem Dilbirliği, a.g.m.

55 İpek Özkal Sayan, Murat Kışlalı, *a.g.m.*

56 Selçuk Kendirli, Şakir Başaran, Hakan Turan, "Belediye İşletme ve Şirketlerinin Dış Denetimi", *GÜİİBFD*, 16/1 (2014), ss. 27-37; Gürbüz Özdemir, "Belediye İktisadi Teşebbüslerinin Kuruluş Amacı, Hukuki Dayanakları ve Güncel Durum", *SÜİİBF Sosyal ve Ekonomik Araştırmalar Dergisi*, sayı 21 (2011), ss. 473-497; İpek Özkal Sayan, Murat Kışlalı, *a.g.m.* (özellikle 70vd.) vd.

57 Ali Cenap Yoloğlu, "Belediye Hizmetlerinin Aşırı Fiyatlandırılması: Ankara Örneği", Çağdaş Yerel Yönetimler Dergisi, Cilt 23, Sayı: 2, ss. 79-101. Yazar, Ankara Büyükşehir Belediyesinin sunduğu hizmetler için aşırı fiyatlandırma yapmasının birkaç nedeni olabileceğini, bunlardan birincisinin belediyenin bu fiyatlandırmayı başka alanlardaki harcamalarını finanse etmek için kullanması, ikincisinin söz konusu hizmetleri sunan kurum veya kuruluşu karlı yapmak suretiyle özelleştirme için çekici gösterme isteği, üçüncüsünün ise kentsel yönetim maliyetlerinin artması olabileceğini söylemektedir.

mamak kaydıyla mahalli idarelere bağlı veya bu idarelerin kurdukları veya doğrudan doğruya ya da dolaylı olarak ortak oldukları her çeşit işletme ve şirketler Sayıştay denetimine tabi tutulmuştur. Bu durum da "normal" şirketlere göre farklılık olarak karşımıza çıkmaktadır.

217 sayılı Devlet Personel Başkanlığı Kuruluş ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname'nin "*Kapsam*" başlıklı 2'nci maddesinde "İl Özel İdareleri ve belediyeler, bunların birlikleri ve bunlara bağlı iktisadi müesseseler, işletmeler" bu Kanun Hükmünde Kararnamenin kapsamına giren kamu kurum ve kuruluşları arasında sayılmıştır. Bu şekilde, "*kamu hizmetlerinin düzenli, süratli, müessir ve ekonomik şekilde yürütülebilmesi için; Devlet Personel rejiminin temel ilke ve politikasının, Devletin ve diğer Kamu Kurum ve Kuruluşlarının teşkilat, görev ve yetkilerinin; kamu hizmetlerinin gerektirdiği asli ve sürekli görevlerde çalışacak memur ve diğer kamu görevlilerinin tabi olacakları personel rejimlerinin; memleketin kültür, sosyal ve ekonomik şartlarına ve hukuki esaslarına uygun olacak şekilde düzenlenmesi, personel rejimleri arasında uyum, denge ve koordinasyonun sağlanması, uygulamalarda görülecek aksaklıkların giderilmesi mevzuatın değişen şartlara göre geliştirilmesi, kamu personelinin hizmet öncesi ve hizmet içi eğitimlerini sağlamak ve bu konulardaki uygulamanın takip ve denetlenmesi; kullanılan idari usul ve metodların değerlendirilmesi ve geliştirilmesi için gerekli bütün mevzuat çalışmalarının ilmi ve tarafsızlık esaslarına göre yürütülmesinde görevli ve yetkili olmak*" üzere kurulan Devlet Personel Başkanlığının yetki çevresine belediyelere bağlı iktisadi müesseselerden olmak sıfatıyla belediye şirketleri de girmektedir. Nitekim, AŞTİ Genel Müdürlüğü ile Başkent Ulaşım ve Doğalgaz Hizmetleri Proje A.Ş.'nin (BUGSAŞ) 217 sayılı KHK kapsamına girip girmediğine ilişkin Devlet Personel Başkanlığının 07.01.2008 tarih ve 20799 sayılı mütalaasında da bu sonuca ulaşılmıştır.[58]

4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nun kapsam maddesine göre il özel idareleri ve belediyeler ile bunların doğrudan veya dolaylı olarak birlikte ya da ayrı ayrı sermayesinin yarısından fazlasına sahip oldukları her çeşit kuruluş, müessese, birlik, işletme ve şirketlerin kullanımında bulunan her türlü kaynaktan karşılanan mal veya hizmet alımları ile yapım işlerinin ihaleleri bu kanun hükümlerine göre yürütülecektir.

58 http://www.dpb.gov.tr/tr-tr/gorus/217-s-khk-nın-kapsamına-iliskin-gorusler (ulaşım tarihi 21.08.2017)

Yani belediye şirketleri, yine "normal" şirketlerden farklı olarak Kamu İhale Kanunu'na tâbidir.

Bu çerçevede bu şirketler örneğin 6772 sayılı Devlet ve Ona Bağlı Müesseselerde Çalışan İşçilere İlave Tediye Yapılması Hakkında Kanun'un kapsamına da kanaatimizce girmektelerdir. 6772 sayılı Kanun'un 1'inci maddesinde Kanun'un kapsamı şu şekilde belirlenmiştir: "*Umumi, mülhak ve hususi bütçeli dairelerle mütedavil sermayeli müesseseler, sermayesinin yarısından fazlası Devlete ait olan şirket ve kurumlarla belediyeler ve bunlara bağlı teşekküller, 3460 ve 3659 sayılı kanunkarın* şümulüne giren İktisadi Devlet Teşekkülleri ve diğer bilcümle kurum, banka, ortaklık ve müesseselerinde müstahdem olanlardan İş kanununun şümulüne giren veya girmeyen yerlerde çalışmakta olan ve iş kanununun muaddel birinci maddesindeki tarife göre işçi vasfında olan kimselere, ücret sistemleri ne olursa olsun, her yıl birer aylık istihkakları tutarında bir ilave tediye daha yapılır".

Bu maddeye göre ve birçok Yargıtay kararında[59] da belirtildiği üzere;

1- Genel, katma ve özel bütçeli daireler,

2- Sermayesi değişen kurumlar,

3- Sermayesinin yarısından fazlası devlete ait olan şirket ve kurumlar ve bunlara bağlı kuruluşlar,

4- Belediyeler ve belediyelere bağlı kuruluşlar,

5- 3460 ve 3659 sayılı Kanun kapsamına giren, sermayesinin tamamı devlete ait olan veya bu sermaye ile kurulan İktisadi Devlet Kuruluşları,

yukarıda belirtilenlerden olmayan diğer kurum, banka ve ortaklıklar 6772 sayılı Kanun kapsamındadır.

Kanun metninde "*belediyeler ve belediyelere bağlı kuruluşların*" kapsama alındığı ve ayrıca yukarıda sayıldığı gibi Yargıtay kararlarında da "*kamu tüzel kişileri ve bunlara bağlı kuruluşlar*"ın Kanun kapsamına dahil olduğu görülmektedir. Bu şirketlerin en az %51 payı belediyelere

[59] Y.9.HD. 25.5.2011 tarih ve E.2009/14308, K.2011/15448 sayılı kararı ve Y.9. HD. 24.6.2013 tarih ve K.2011/16606, K.2013/19303 sayılı kararı.

ait olmakla bu şirketlerin politika ve stratejileri belediye yönetimince biçimlendirilmekte ve böylece bu şirketler "bağlı kuruluş" kapsamına girmektelerdir.[60] Ayrıca 6772 sayılı Kanun'un 1'inci maddesi gereği ve Yargıtay içtihatları uyarınca Kanun kapsamına sadece kamu tüzel kişileri değil, özel hukuk tüzel kişileri de girmektedir. Hatırlatmak isteriz ki Kamu İktisadi Teşebbüsleri de şirket şeklinde kurulabilmekte ve özel hukuk hükümlerine tâbi olmakla birlikte, 6772 sayılı Kanun'un kapsamına da girmektedir. Yerel yönetimler tarafından kurulan ve sermayelerinin tamamı veya çoğunluğu belediyelere ait olan ve genel olarak "Belediye İktisadi Teşebbüsü (BİT)" denilen[61] bu şirketlerin de "şirket" olarak kurulmuş olmaları ve özel hukuk tüzel kişiliğine sahip olmaları söz konusu kanun kapsamına girmelerine engel teşkil etmez.

Görüldüğü üzere belediye şirketlerinin kamu tüzel kişisi olduklarını söylemek kadar, "herhangi" birer şirket olduklarını söylemek de zordur. Denilebilir ki bunlar, "*mahalli müşterek nitelikteki kamu yararına yönelik çalışmaların bir kurumsal yapı yoluyla gerçekleştirildiği özel kurumsal varlıklardır*".[62]

Söz konusu belediye şirketleri, yukarıda belirtildiği üzere, her ne kadar özel hukuk tüzel kişileri olsalar da, klasik birer ticari şirket değillerdir. Özel hukuk hükümlerine göre kurulmuş ve işletiliyor ve kamu kurumlarına sağlanan hiçbir ayrıcalıktan yararlanmıyor olmaları, re'sen icra yetkisine sahip bulunmamaları, cebri icra hükümlerinden muaf olmaları, zorunlu aidat alma yetkilerinin bulunmaması, zorunlu üyelik usulünden yararlanma durumlarının bulunmaması, kendilerine vergi muafiyeti tanınmaması, yöneticilerinin cezai sorumlulukları bakımından "memur" gibi yargılanma imkanının bulunmaması, Yönetim Kurulunda yer alan başkan ve üyelerinin görevlerinin kanun tarafından verilmemesi, SGK tarafından, ortaklıkları sebebiyle herhangi bir indirimden yararlandırılmamaları, diğer sermaye şirketleri ile eşit koşullarda ihalelere iştirak etmekte olmaları, 5018 sayılı Kamu Mali Yönetimi ve Kontrol Kanunu kapsamında ve bu kanun ekli cetvellerinde yer almamaları gibi hususlar bu şirketlerin özel hu-

60 Kemal Gözler, a.g.e., (Dersleri), s. 251.
61 Kemal Gözler, a.g.e., C. 1, s.593; Turgut Tan, Ekonomik Kamu Hukuku Dersleri, Ankara, 2010, s. 166.
62 Yüksel Demirkaya, a.g.m.

kuk tüzel kişisi olduğu yönünde delil teşkil etse de, bu şirketleri "herhangi" birer şirket haline de kanaatimizce getirmemektedir. Şöyle ki, belediye şirketleri, belediye hizmetlerini yerine getirmeyi amaçlamaktadır, bunların amaç ve çalışma konuları 5393 sayılı Belediye Kanununun 14. maddesinde düzenlenen belediyenin görev ve sorumlulukları arasında yer alır. Zaten il özel idaresi ve belediyeler ancak bu şartla şirket kurabilirler. Kendi yetki alanları dışında çalışacak bir şirket kurmaları mümkün değildir. Kısaca bu şirketlerin faaliyetleri kamu faaliyetidir ve bu yönden kesinlikle diğer özel hukuk tüzel kişilerinden farklılardır.

SONUÇ:

Belediyelerin maddi kaynaklarının yetersiz olması nedeniyle, özel hukukun bazı imkânlarından faydalanılması amaçlanarak, kamu hizmetlerinin yeni bir görülme usulü olarak ortaya çıkmış olan belediye şirketleri, oldukça yaygınlaşmış ve birçok yazarın ilgisini cezbetmiştir. Belediye şirketlerinin hukuki niteliği yani kamu tüzel kişisi mi yoksa özel hukuk tüzel kişisi mi oldukları probleminin çözümü görüldüğü üzere çok kolay değildir. Kanımızca Türk Ticaret Kanunu hükümlerine göre kurulmakla, bunların asli karakteri özel hukuk tüzel kişileri olmalarıdır.

Tabii olarak bu şirketlerin kamusal bir faaliyet yerine getiriyor olmaları ve bizim de değindiğimiz ve/veya kabul ettiğimiz gibi "herhangi" şirketlerden farklı/özellikli durumlarının bulunması bu şirketlerle ilgili değişik ve yaratıcı nitelendirmelere gidilmesine yol açmıştır. Belki de hataya düşmemek adına kesin bir yargıya varmayıp "kendine özgü tüzel kişilikler" olduğunu söylemek daha güvenli olacaktır.

Ancak biz "*sui generis'in dayanılmaz ama aldatıcı çekiciliği*"[63]ne kapılmayarak belediye şirketlerinin özel hukuk tüzel kişileri olduğunu ancak kamusal görevler üstlendikleri ve kurucu ya da pay sahiplerinin büyük çoğunluğunun konumu nedeniyle de "özel" ya da "özellikli" olduklarını ve herhangi bir şirketten farklı olduklarını bu nedenle de farklı kurallara tâbi tutulabileceklerini düşünüyoruz.

63 Burak Öztürk, "Elektronik Haberleşme Hizmetlerinde Yetkilendirmenin Hukuki Niteliği", *Ankara Barosu Dergisi*, Yıl: 67, Sayı: 1, 2009, ss. 26-42.

Kaynakça

Atay Ender Ethem, İdare Hukuku, Turhan Yay., Ankara, 2006.

Balta Tahsin Bekir, İdare Hukuku I, Genel Konular, AÜSBF Yayınları, Ankara, 1970.

Berk Kahraman, "Türkiye Futbol Federasyonunun Türk İdare Teşkilatı İçindeki Yeri", *İÜHFM*, C.LXIV, S.2,2006, ss.3-24

Bigot Grédoire, "Personnalité Publique et Puissance Publique", in, La Personnalité Publique, Actes du Coll. AFDA, Litec, 2007, s. 17 vd.

Boussard Sabine, Les Personnes Publiques Spéciale, L'Harmattan, 2016.

Chapus René, Droit Administratif Général, T.1, 15e Ed., Montchrestien, Paris, 2001.

Çağlayan Ramazan, "Hukukumuzda Kamu Tüzel kişiliği Kavramı ve Kıstasları", *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi*, Sayı 7, ss. 373-398.

Demirkaya Yüksel, "Avrupa Birliği'nin Yerel Kamu Şirketleri Stratejisi : Türkiye'de Hukuki Yapı ve İstanbul Büyükşehir Belediyesi Uygulamaları", *Mustafa Kemal Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi*, Yıl :2010, Vol.7, Sayı : 13, ss.420-444.

Dilbirliği Muhterem, "Belediye Şirketleri", Çağdaş Yerel Yönetimler Dergisi, Cilt 4, Sayı: 2, Mart 1995, ss.65-80.

Duran Lütfi, İdare Hukuku Ders Notları, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1982.

Gözler Kemal, İdare Hukuku Dersleri, Ekin Yayınevi, Bursa, 2017.

Gözler Kemal, İdare Hukuku, C. 1, Ekin Yayınevi, Bursa, 2009.

Gözübüyük Şeref, Türkiye'nin Yönetim Yapısı, Turhan Kitabevi, Ankara 2013.

Gül Kemal Vehbi, Köy ve Mahalle İdaresi, Kardeş Matbaası, 1968.

Günday Metin, İdare Hukuku, İmaj Yay., Ankara, 2011.

http://www.dpb.gov.tr/tr-tr/gorus/217-s-khk-nın-kapsamına-iliskin-gorusler (ulaşım tarihi 21.08.2017)

İsbir Begüm, Kamu Tüzel Kişiliği, Turhan Kitabevi, 2017.

Kalabalık Halil, İdare Hukukunun Temel Kavram ve Kurumları, Sayram Yay., Konya, 2014.

Karahanoğulları Onur, "Belediye Personelinin Hukuki Yapısına İlişkin Gözlemler", *AÜHFD*, C.47, S.1-4, ss. 279-319.

Karasu Koray, "Yeni Kamusal Örgütler: Kamu Yararı Şirketleri", *AÜSBF Dergisi*, Yıl: 2009, C.64, S.3, ss. 117-147.

Kendirli Selçuk, Şakir Başaran, Hakan Turan, "Belediye İşletme ve Şirketlerinin Dış Denetimi", *GÜİİBFD*, 16/1 (2014), ss. 27-37.

Linditch Florian, Recherche Sur La Personnalité Morale En Droit Administratif, LGDJ, 1997.

Özdemir Gürbüz, "Belediye İktisadi Teşebbüslerinin Kuruluş Amacı, Hukuki Dayanakları ve Güncel Durum", *SÜİİBF Sosyal ve Ekonomik Araştırmalar Dergisi*, Sayı 21 (2011), ss. 473-497.

Özkal Sayan İpek, Kışlalı Murat, "Belediyelerde Şirketleşmenin Yararı var mı? Hurafeler ve Gerçekler", Çağdaş Yerel Yönetimler, Cilt 17, Sayı: 1, s.59-74.

Öztan Bilge, Tüzel Kişiler (Ders Notları), Turhan Kitabevi, Ankara, 1994.

Öztürk Burak, "Elektronik Haberleşme Hizmetlerinde Yetkilendirmenin Hukuki Niteliği", *Ankara Barosu Dergisi*, yıl: 67, Sayı :1, 2009, ss. 26-42.

Rouyère Aude, "La Personnalité Publique Partielle", in, La Personnalité Publique, Actes du Coll. AFDA, Litec, 2007, ss. 91-113.

Sancakdar Oğuz, İdare Hukuku Teorik Çalışma Kitabı, Seçkin Yay., 2012.

Tan Turgut, Ekonomik Kamu Hukuku Dersleri, Ankara, 2010.

Ulusoy Ali, Türk İdare Hukuku, Cilt I, Genel Esaslar ve İdari Teşkilat, Yetkin Yay., Ankara, 2017.

Yıldırım Ramazan, Türk İdâri Rejimi Dersleri, cilt 1, Mimoza, 2014.

Yoloğlu Ali Cenap, "Belediye Hizmetlerinin Aşırı Fiyatlandırılması: Ankara Örneği", Çağdaş Yerel Yönetimler Dergisi, Cilt 23, Sayı: 2, ss. 79-101.

Zabunoğlu Yahya Kazım, İdare Hukuku, Cilt 1, Yetkin Yay., Ankara, 2012.

İDARİ YARGILAMA HUKUKUNDA DAVALI YANINDA MÜDAHİLİN TEK BAŞINA KANUN YOLLARINA BAŞVURUDA BULUNMA HAKKI

INTERVENOR'S RIGHT TO APPEAL INDEPENDENTLY OF THE DEFENDANT IN THE ADMINISTRATIVE JUDICIAL PROCEDURE LAW

Tacettin ŞİMŞEK*

Özet: 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 31'inci maddesi, 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun uygulanacağı halleri saymaktadır. Bu hallerden birisi "davanın ihbarı" diğeri de "üçüncü şahısların davaya katılması" dır. İdari işlem ve eylemlerden doğan uyuşmazlıklarda, işlem ve eylem ile davalı idare yanında davaya katılan arasında doğrudan bir bağ bulunmaktadır. Bu doğrudan bağ, yargılama hukuku bakımından katılana usule ilişkin hangi işlemleri yapma hakkını vermelidir? Mevzuattaki değişiklikler ve İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi'nin konuya ilişkin yaklaşımı buna ışık tutacaktır.

Anahtar Kelimeler: İdari Yargılama Usulü Kanunu, Hukuk Muhakemeleri Kanunu, Davanın İhbarı, Davalı Yanında Müdahale, Adil Yargılama Hakkı

Abstract: Article 13 of Procedure of Administrative Judicial Procedure Law no. 2577, refers Civil Procedures Act no. 6100, as to the matters which there is no rule in the Law. One of these matters is "notice of litigation to third party", and the other is "participation of the third party in proceedings". In disputes, stemming from administrative acts or administrative actions, there is a direct connection between the third party, participated near the defendant in the proceeding, and administrative act or action. Under this direct connection, which procedural rights are granted to the participated party? Changes in the national legislation and ECHR's legal evaluation on the matter shed light to the subject.

Keywords: Administrative Judicial Procedure Law, Civil Procedures Act, Notice of Litigation to Third Party, Participation of the Third Party in Proceedings, Right to Fair Trial

* Dr., Orman ve Su İşleri Bakanlığı Hukuk Müşaviri

Giriş

2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 31'inci maddesi, Kanun kapsamındaki uyuşmazlıkların çözümünde Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun (Hukuk Muhakemeleri Kanunu)[1] uygulanacağı halleri saymaktadır. Bu hallerden birisi de "davaya müdahale" dir.

İdari yargıda "davaya müdahale" ve bu sonucu doğuran "davanın ihbarı" müessesesine gerek var mıdır?

Candan'a göre, davaya katılma müessesesi, adli yargıcın, "hâkimin tarafların iddia ve savunmalarıyla bağlılığı" ilkesi gereği, davada re'sen kullanabileceği yetkilerin sınırlı ve yetersiz olması nedeniyle, davaya taraf olmayan üçüncü kişilerin haklarının davada yeterince korunamayacağı endişesinin sonucudur. Oysa re'sen araştırma yetkisine sahip idari yargıç," bu yetkisini kullanarak, davada hukuka uygunluğu tartışılan idari işlemin gerçekten hukuka uygun olup olmadığını, tarafların iddia ve delilleriyle bağlı kalmaksızın bizzat araştırabilecektir. Dolayısıyla bir idari davada, üçüncü kişilerin hukukunun yeterince korunamaması gibi bir endişe söz konusu olamaz. Bu yüzden, idari yargıda davaya katılma müessesesine ve davaya katılma sonucunu doğuran davanın ihbarı müessesine gerek bulunmamaktadır.[2]

"Re'sen araştırma" ilkesinin, bir idari davada, üçüncü kişilerin hukukunun yeterince korunamaması gibi bir endişeyi bertaraf edeceği varsayımı, uyuşmazlık konusu idari işlem veya idari eylemle arasında kuvvetli bağ bulunan müdahiller açısından yeterli bir hukuki teminat olarak kabul edilebilecek midir? Böyle bir varsayımın, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'nin 6'ncı maddesi kapsamında yeterli bir hukuki güvence olması mümkün değildir.

Davaya müdahale kurumu, dava açma hakkı yerine kullanılan seçimlik bir hak ya da dava süresi geçirilen hallerde üçüncü kişiye

---

1 04.02.2011 tarih ve 27836 sayılı Resmi Gazete 'de yayımlanan 12.01.2011 tarih ve 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu ile 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu yürürlükten kaldırılmıştır.

2 "M. İlhan Dinç/Turgut Candan, "İdari Yargılama Usulünde Davanın İhbarı", *Danıştay Dergisi,* S.84-85, sh.3-8", Turgut Candan, Açıklamalı İdari Yargılama Usulü Kanunu, Adalet Yayınevi, Dördüncü Baskı, Ankara 2011, sayfa 752, dipnot 1050'den naklen.

mahkeme önünde iddia ve savunmada bulunma fırsatı verilmesini öngören bir kurum niteliği taşımamaktadır. Bu itibarla, üçüncü kişinin görülmekte olan bir idari davaya taraflardan biri yanında katılabilmesi;

a) Tarafı olmadığı bir davanın, yanında katılmak istediği tarafın aleyhine sonuçlanmasına bağlı olarak hakkı veya borcunun etkilenmesi ve

b) Davaya katılmak isteyen üçüncü kişinin, uyuşmazlığın tarafı olmadığı için tek başına dava açma hakkından yoksun olması koşullarının varlığına bağlı bulunmaktadır.[3]

Davaya müdahale, davacı veya davalı yanında olabilir.

İdari yargı uygulamalarında davacı yanında davaya müdahale edilmesinin örneklerine rastlandığı gibi,[4] davacı yanında müdahale isteminde bulunanın esas itibarı ile ayrı dava açma hakkı bulunduğu gerekçesiyle istemin reddine karar verildiği[5] de görülmektedir.

---

3 Danıştay 15. Daire, 12.11.2014 tarih, E 2014/4555.

4 Danıştay 8. Daire, 03.03.2016 tarih; E: 2014/11510; 20.09.2016 tarih, E: 2015/6380; Antalya 1. İdare Mahkemesi, 15.05.2012 tarih, E: 2011/869, K: 2012/662; Erzurum İdare Mahkemesi, 19.11.2002 tarih, E:2002/58, K:2002/1481; İstanbul 1. İdare Mahkemesi, 29.03.2001 tarih, E: 2000/459, K: 2001/436; Gaziantep 2. İdare Mahkemesi, 09.01.2013 tarih, E: 2011/1814, K: 2013/11.
Davacı yanında müdahilin tek başına temyiz/karar düzeltme isteminde bulunamayacağı hususunda;
Danıştay 6. Daire, 14.11.2013 tarih E: 2013/7135, K: 2013/6908;
10. Daire, 26.06.2003 tarih, E: 2003/2767, K: 2003/3114; 06.05.2004 tarih, E: 2004/6806, K: 2004/4415; 19.03.2014 tarih, E: 2014/1098, K: 2014/1671;
14. Daire, 27.11.2012 tarih, E: 2012-6820, K: 2012-8664.

5 Danıştay İ.D.D.K. E. 2008/275, K.. 2010/590; Olayda davacı şirket, Rekabet Kurulu'nun, kendisine ve yöneticisine idari para cezası verilmesine ilişkin işlemine karşı dava açmıştır. Daire, dava konusu işlemin şirket ile ilgili kısmını iptal etmiş, yönetim kurulu üyesi ile ilgili kısmı hakkında ise ehliyet yönünden ret kararı vermiştir. Karar taraflarca temyiz edilmiştir. Temyiz aşamasında ilgili yönetici davaya davacı yanında müdahale isteminde bulunmuştur.
İ.D.D.K. istemi; "Davacı yanında davaya katılmak isteyen yöneticinin menfaat ihlalinin; katılmak istediği davadan değil, doğrudan iptali istenilen işlemden kaynaklandığı ve yöneticinin menfaatini ihlal eden bu işleme karşı ayrı dava açma hakkı bulunduğu… İlgilinin bu hakkı kullanmayarak davacı yanında davaya katılma isteminde bulunmasının Yasaya uygun bulunmadığı …" gerekçesiyle reddetmiştir.
Aynı doğrultuda;
Danıştay 8. Daire, 12.11.2015 ve 18.04.2016 tarih, E: 2014/5926; 29.01.2016 ve 07.09.2016 tarih, E: 2012/6447;
Danıştay 14. Daire, 04.02.2014 tarih; E: 2103/3862; 17.12.2014 tarih, E: 2014/10282;

Bu çalışmada davaya müdahale konusu "davalı yanında müdahale" açısından ele alınacaktır.

Bir iptal veya tam yargı davasında davalı yanında davaya müdahale istemi kabul edilen müdahil davalıdan bağımsız olarak usule ilişkin işlem yapabilecek midir? Bu mümkün ise hangi işlemleri yapma hakkına sahip olacaktır?

I - Davalı Yanında Müdahilin Uyuşmazlık Konusu İşlem veya Eylemdeki Konumu

2577 sayılı Kanunun 2'nci maddesinin ilk fıkrasının (a) ve (b) bentlerinde sayılan iptal ve tam yargı davalarında, dava konusu işlemlerden yararlanan ya da hukuka aykırı oldukları iddiasıyla tazminat istemlerine dayanak yapılan eylemleri gerçekleştiren üçüncü şahısların davaya davalı yanında müdahale etmeleri mümkündür. Bu işlem veya eylemlerle, işlemden yararlananlar veya eylemi gerçekleştirenler (davalı idareler yanında müdahiller) arasında sıkı bir bağlılık vardır.

Örneğin dava konusu işlem bir imar planı değişikliği olabilir. Bu işlemden fayda sağlayan kişilerin, bu plana karşı açılan iptal davasına davalı idare yanında müdahale ederek işlemin hukuka uygun olduğunu ileri sürmeleri mümkündür.[6]

Davalı idare yanında müdahil, idarenin sınır tespit kararından fayda sağlayan bir kamu tüzel kişisi,[7] idare tarafından yolcu taşımacılığı yapma izni verilen bir özel hukuk tüzel kişisi,[8] bir meslek kuruluşunun dava konusu idari tasarrufundan faydalanan gerçek kişi,[9] kamu kurumları tarafından yapılan ihale üzerinde kalan tüzel kişi[10] olabilir.

Keza, bir atama işleminden faydalanan,[11] akademik kadroya

28.12.2015 tarih, E: 2015/8234;
Danıştay 15. Daire, 11.04.2013 tarih, E: 2013/3454; 25.02.2014 tarih, E: 2013/13087; 03.06.2014 tarih, E: 2013/2009; 12.11.2014 tarih, E 2014/4555; 04.02.2015 tarih, E: 2015/87.

6 Danıştay 6. Daire, 23.09.2011 tarih, E. No: 2009/4622, K. No: 2011/3340; 03.12.2012 tarih, E:2010/3222, K: 2012/7225.

7 Danıştay 8. Daire, 02.10.1997 tarih, E: 1995/3012, K: 1997/2568.

8 Danıştay 8. Daire, 18.04.2002 tarih, E: 2002/1396, K: 2002/2405.

9 Danıştay 8. Daire, 14.07.2009 tarih, E: 2009/6033, K: 2009/4574.

10 Danıştay 10. Daire, 06.05.2003 tarih, E: 2003/1728, K: 2003/1550.

11 Danıştay 10. Daire, 25.04.2005 tarih, E: 2005/2737, K: 2005/2083.

atanan,[12] bir kamu hizmetinin gördürülmesi ihalesi üzerinde kalan,[13] taşınmazın mülkiyetinin devredilmesi için yapılan ihaleyi kazanan,[14] tarım toprağını tarım dışı amaçla kullanmasına izin verilen,[15] Çevresel Etki Değerlendirmesi Yönetmeliğine göre verilen olumlu kararlardan yararlanan[16] gerçek veya tüzel kişi davalı idare yanında katılma isteminde bulunabilir.

İptal davasında davalı yanında müdahil, hukuka aykırı olduğu ileri sürülen idari işlemden fayda sağlayan kişidir. İdari işlemin iptal edilmesi halinde müdahil de bu işlemden beklediği faydayı sağlayamayacaktır. Müdahil bu konumu ile davaya yanında katıldığı davalı gibi, bütün hukuk vasıtalarını kullanarak, işlemin usul ve hukuka uygun olarak tesis edildiğini, kamu yararına bulunduğunu ileri sürmektedir.

İdari eylemlerden doğan tam yargı davalarında da davalı idare yanında davaya katılmak mümkündür. Bu çerçevede, tıbbi müdahalelerden,[17] terör eylemlerine karşı yeterli önlem alınmamasından,[18] inşaat faaliyetlerinden[19] doğan zararların tazmini için açılan davaları sayabiliriz.

Yargı mercilerince iptal edilen idari işlemler nedeniyle doğan zararların ödenmesi istemiyle açılan tam yargı davalarına da müdahale etmek mümkündür.[20]

Tam yargı davasında davalı yanında müdahil, idari işlem veya eylemi gerçekleştiren kişidir. İdari işlem veya eylemin hukuka, bilimsel gerekliliklere aykırı olarak tesis edildiğinin veya gerçekleştirildiğinin tespit edilmesi halinde, davalı idarenin ödemekle yükümlü tutulacağı

12 Danıştay 8. Daire, 17.01.2002 tarih, E: 2001/2933, K: 2002/232.
13 Danıştay 13. Daire, 21.05.2007 tarih, E: 2007/5916, K: 2007/3245.
14 Danıştay 13. Daire, 19.11.2008 tarih, E: 2008/11274, K: 2008/7356.
15 Eskişehir 1. İdare Mahkemesi, 27.02.2014 tarih, E: 2013/70, K: 2014/200.
16 Danıştay 14. Daire; 11.09.2013 tarih, E: 2013/7252, K: 2013/5800; 30.01.2014 tarih, E: 2013/11035, K: 2014/1249.
17 Danıştay 10. Daire, 15.11.2000 tarih, E: 2000/1631, K: 2000/5737; 11.06.2010 tarih, E: 2007/4932, K: 2010/5301.
18 Danıştay 10. Daire, 18.01.2001 tarih, E: 1998/3545, K: 2001/118.
19 Danıştay 10. Daire, 13.03.2007 tarih, E: 2005/2547, K: 2007/1089; 24.01.2006 tarih, E: 2006/238, K: 2006/49.
20 Danıştay 10. Daire, 22.03.1996 tarih, E: 1995/213, K: 1996/1627; 12.02.2001 tarih, E: 1998/4049, K: 2001/452.

meblağ için kendisine rücu edilme olasılığı bulunan kişidir. Bu nedenle davalı yanında müdahil, bütün hukuk vasıtalarını kullanarak, idari işlem veya eylemin hukuka, bilimsel gerekliliklere uygun olarak tesis edildiğini, gerçekleştirildiğini ileri sürmektedir.

Yukarıda bir kısım örnekleri verilen uyuşmazlıklarda görüleceği üzere, davalı yanında müdahil kişilerle uyuşmazlık konusu işlem veya eylem arasında doğrudan, sıkı bir bağ bulunmaktadır. Bu nedenle, davalı yanında müdahil mahkeme kararından doğrudan etkilenecektir.

Bu bağ, "davalı yanında müdahilin", uyuşmazlığın çözümü sürecinde usule ilişkin hangi hakları kullanmasına olanak sağlamaktadır? Bu hakların sınırı nerede sona ermektedir? Davalı yanında müdahil, davalıdan bağımsız olarak bilirkişi incelemesi talep edebilecek midir? Kanun, müdahile, yanında davaya katıldığı davalı talep etmese bile yürütmenin durdurulmasını isteme, yürütmenin durdurulması kararına itiraz etme, kanun yollarına başvurma hakkı tanımakta mıdır?

Bu konuda öncelikle İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi'nin Menemen Minibüsçüler Odası – Türkiye (Başvuru No: 44088/04) davasında verdiği 09.12.2008 tarihli kararının, daha sonra da konu hakkındaki mevzuat ve Danıştay kararlarının incelenmesi gerekmektedir.

II - İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararı[21]

A- Olay

Menemen Minibüsçüler Odası, güzergâh izin belgesi almak için İzmir Valiliği'ne başvuruda bulunur. Başvuru 3 Temmuz 1997 tarihinde kabul edilerek, zorunlu koltuk ferdi sigortası (sigorta) yaptırmak şartıyla güzergâh izin belgesi verilir.

İzmir İl Trafik Komisyonu, 18 Ocak 2002 tarihinde Genelge yayınlayarak, bu konuda yeni bir yönetmelik hazırlanıncaya kadar geçerli olmak üzere bazı kategorilerdeki araçlara, yine sigortalı olmak şartıyla, "geçici güzergâh izin belgesi" verir. Söz konusu Genelge, Menemen ile İzmir arasında yolcu taşıyan Menemen Minibüsçüler Odası'nı da ilgilendirmektedir.

---

21 http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-124047 (erişim tarihi 23.10.2015) Bundan sonra "İHAM" olarak ifade edilecektir.

Menemen Yolcu Otobüsleri Motorlu Taşıtlar Kooperatifi, Menemen Minibüsçüler Odası'nın araçlarına verilen iznin yasal olmadığı gerekçesiyle, İzmir İdare Mahkemesi'nde iptal davası açar.

İdare Mahkemesi 29 Mayıs 2003 tarihinde aldığı kararda, verilen bu izni iptal eder.

Menemen Minibüsçüler Odası, dava dosyası Danıştay'da iken, davada Valiliğin yanında müdahil olma talebinde bulunur. Danıştay Dairesi, müdahil olma talebini kabul ettikten sonra aldığı 16 Mart 2004 tarihli kararla, ilk derece mahkemesinin kararını onar. Bu karar Menemen Minibüsçüler Odası'na 4 Haziran 2004 tarihinde tebliğ edilir.

8 Eylül 2004 tarihinde İdare Mahkemesi önünde ikinci bir dava açan Menemen Yolcu Otobüsleri Motorlu Taşıtlar Kooperatifi, Menemen Minibüsçüler Odası'nın araçlarına tekrar izin veren 7 Mayıs 2004 tarihli yeni Valilik genelgesinin iptal edilmesini ister.

Mahkeme, 11 Ocak 2005 tarihinde alınan ve 4 Mart'ta Valiliğe bildirilen kararında ikinci genelgeyi de iptal eder.

Valilik, 23 Mart 2005 tarihinde iptal kararını Menemen Minibüsçüler Odası'na tebliğ eder ve taşımacılık faaliyetine son vermesini ister.

Davalı İdarece temyiz yoluna gidilmediğinden 7 Nisan 2005 tarihinde karar kesinleşir.

B- İHAM' a Başvuru

Bu gelişmelerden sonra, Menemen Minibüsçüler Odası, ulusal mahkemelerin 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun hükümlerini hiçe sayarak, hak ve yükümlülüklerini doğrudan etkileyen bu davadan kendisini haberdar etmedikleri için mahkemeler önünde görüşlerini savunamadığını, bu nedenle İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesinin[22] 6'ncı maddesinin birinci fıkrasında yer alan adil yargılama hakkının ihlal edildiğini ileri sürerek İHAM' a başvuruda bulunur.

Yapılan savunmada, başvurucunun haklarının savunulduğu ve davadan kendisinin ayrıca bilgilendirilmesine gerek bulunmadığı ileri sürülür.

22 Bundan sonra "İHAS" veya "Sözleşme" olarak ifade edilecektir.

C- İHAM Kararı

İHAM, yerleşik içtihadına göre, yargıya erişim hakkı veya diğer bir deyimle hukuk davası açma hakkının, Sözleşmenin 6'ncı maddesinin "adil yargılama hakkı" ile ilgili birinci fıkrasının yalnızca bir yönünü oluşturduğunu belirtmektedir. Mahkemeye göre, erişim hakkının etkin olabilmesi için, haklarına müdahale edilen bir kimsenin açık ve kesin bir şekilde bu işleme itiraz edebilmesi gerekir. Ayrıca, bu kural yalnızca açılmış olan bir dava için değil, aynı zamanda "medeni haklarından birinin yasal olmayan yollarla çiğnendiğini düşünen ve 6'ncı maddenin birinci fıkrasındaki hükümlere uygun olarak bir mahkeme önünde itiraz etme imkânı bulamayan herkes için" geçerlidir.[23]

Mahkeme, 2577 sayılı Kanun'un 31'inci maddesindeki, davanın ihbarının re'sen yapılacağı hükmüne rağmen, başvuranın ulusal mahkemeler tarafından söz konusu dava hakkında bilgilendirilmediğini tespit etmektedir. Başvuran, ilk yargılamanın ancak temyiz safhasında müdahil olabilmiş, bu da esas hâkimi önünde kendisini savunmasına imkân vermemiştir. Danıştay önünde bir itiraz davasının kabul edilebilirlik şartlarının kurallara bağlı ve sınırlı sayıda (*numerus clausus*) olması dolayısıyla, başvuran, Danıştay önünde de esasa ilişkin görüşlerini dile getirememiştir.[24]

İkinci davada ise, 2577 sayılı Kanun'un 31'inci maddesinin uygulanmaması nedeniyle başvuran tamamen davanın dışında kalmıştır. Valilik esas taraf olarak temyize gitmediği için başvuran, Danıştay önünde kendisini sınırlı bir şekilde savunma imkânı bile bulamamıştır.

İHAM, 2577 sayılı Kanun'un 31'inci maddesindeki usul hükümlerinin yerine getirilmemesi nedeniyle, başvuranın hak ve yükümlülüklerini doğrudan etkileyen bir ihtilafta kendisini savunamadığı, bunun sonucu olarak mahkemeye erişim hakkından yoksun bırakıldığı ve dolayısıyla Sözleşmenin 6'ncı maddesinin birinci fıkrasının ihlâl edildiği sonucuna varmaktadır.

---

23 İHAM Kararı, paragraf 19.
24 İbid., paragraf 23

III - İHAM Kararındaki Yaklaşım Çerçevesinde Davanın İhbarı ve Davaya Müdahale

İHAM kararındaki, yargıya erişim hakkına ilişkin yaklaşım, "davanın ihbarı" ve "davaya davalı yanında müdahale" konularında mevzuatın bir bütün olarak ve "adil yargılama hakkı" gözetilerek değerlendirilmesini gerektirmektedir.

A- 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu ve Davanın İhbarı

2577 sayılı Kanun'un 31'inci maddesinin birinci fıkrasında Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu[25] ile Vergi Usul Kanunu'nun uygulanacağı haller düzenlenmektedir.

Söz konusu fıkraya göre, 2577 sayılı Kanun'da hüküm bulunmayan, maddede sayılan diğer hallerin yanı sıra, üçüncü şahısların davaya katılması, davanın ihbarı hususlarında; Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu hükümleri uygulanacaktır. Fıkranın son cümlesinde de davanın ihbarının Danıştay, mahkeme veya hâkim tarafından re'sen yapılacağı belirtilmektedir.

Davanın ihbarı konusu, 2577 sayılı Kanun'un 31'inci maddesine, 10.06.1994 tarih ve 4001 sayılı Kanun'la eklenmiştir.[26]

Kanun tasarısının gerekçesinde, "*... Bilindiği üzere idarî yargıda genellikle kişiler davacı, idare ise davalı durumundadır… Menfaatlerin çatışması nedeniyle çoğu kez taraflar üçüncü kişiye davayı ihbar etmediklerinden üçüncü kişiler hak kaybına uğramaktadırlar. Yapılan değişiklikle davanın ihbarı mahkemeye bırakıldığından hak kayıpları önlenmiş olacaktır."* denilmektedir.[27]

2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu davanın ihbarı konusunda, gerek mülga 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'ndan gerek 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'ndan ayrılmaktadır.

2577 sayılı Kanun'un 31'inci maddesinin birinci fıkrasının son

---

25 12.01.2011 tarih ve 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun (HMK) 447'nci maddesinin ikinci fıkrasına göre bu Kanun'un ilgili maddeleri. Resmi Gazete, 04.02.2011 tarih, 27836 sayı.

26 Resmi Gazete, 18.06.1994 tarih, 21964 sayı.

27 https://www.tbmm.gov.tr/tutanaklar/Tutanak/TBMM/d19/c062/tbmm19062115ss0409.pdf (erişim tarihi 29.10. 2015).

cümlesinde davanın ihbarının mahkemece re'sen yapılması öngörülmektedir.[28]

Oysa mülga 1086 sayılı Kanun'un 49'uncu ve 6100 sayılı Kanun'un 61'inci maddelerinde davanın ihbarı tarafların talebine bırakılmıştır.

Bu düzenleme farklılığı "adil yargılama hakkı" bakımından önem taşımaktadır.

İhbarın gerekçesi konusunda, 6100 sayılı Kanun mülga 1086 sayılı Kanun'dan farklı bir konumdadır.

Mülga 1086 sayılı Kanun'un 49'uncu maddesinde, sadece ihbar eden tarafın üçüncü kişiye rücu etmesi ihtimali dikkate alınmıştır. Maddenin birinci fıkrasına göre; "İki taraftan biri davayı kaybettiği takdirde üçüncü şahsa rücu hakkı olduğu mülahazasında bulunursa makamına kaim olarak davayı takip veya davada üçüncü şahıs sıfatıyla kendisine iltihak etmesi lüzumunu o şahsa ihbar edebilir."

6100 sayılı Kanun'un 61'inci maddesinin birinci fıkrasına göre ise; "taraflardan biri davayı kaybettiği takdirde, üçüncü kişiye veya üçüncü kişinin kendisine rücu edeceğini düşünüyorsa, tahkikat sonuçlanıncaya kadar davayı üçüncü kişiye ihbar edebilir."[29]

"Davanın ihbarı" konusunun düzenlendiği 6100 sayılı Kanun, özel

---

28 Danıştay 6. Daire 04.02.2016 tarih, E: 2015/3258, K: 2016/426 sayılı kararında, nazım imar planı ve uygulama imar planının iptali istemiyle açılan davada, idare mahkemesince, taşınmazın maliki olan ve davaya kararın düzeltilmesi aşamasında davalı yanında müdahil olan firma yönünden ihbar müessesinin işletilmemesini hukuka aykırı bulmuştur.

29 Bu hüküm Kanun Tasarısında 66'ncı madde olarak düzenlenmiş olup, gerekçesinde; "Birinci fıkrada, rücu için temel şart olarak, hem tarafın kendisine rücu edilmesi, hem de kendisinin rücu etmesi ihtimali dikkate alınarak düzenleme yapılmıştır. 1086 sayılı Kanunda, sadece tarafın üçüncü kişiye rücu ihtimali dikkate alınmıştır. Oysa davanın sonucuna göre tarafın kendisine de rücu ihtimali ortaya çıkabilecektir. İhbar yapılacak kişinin o yargılama bakımından üçüncü kişi sayılması gerekir. Şartları oluşmuşsa, her iki tarafın da bu yola başvurması mümkündür. İhbarın tahkikat sonuçlanıncaya kadar yapılabilmesi öngörülmüştür. Böylece genel bir ifade yerine, tahkikat sonuçlanıncaya kadar ihbarın mümkün olduğu kabul edilmiştir. Tahkikat aşamasından sonra ihbarın yapılması, istenen sonucu tam olarak gerçekleştirmeyeceği gibi, yargılamayı uzatıcı bir sonuç da doğuracağından kabul edilmemiştir. İkinci fıkrada, kendisine dava ihbar edilenin de başkasına bu davayı ihbar edebileceği açıkça belirtilmiştir. 1086 sayılı Kanunda ayrı bir maddede düzenlenen bu husus, sistematik bütünlük sağlamak amacıyla maddenin ikinci fıkrası hâline getirilmiştir." denilmektedir. https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem23/yil01/ss393.pdf (erişim tarihi 21.11.2016)

hukuk uyuşmazlıklarının çözümünde uygulanacak yargılama usullerini düzenlemektedir.

Bu kapsamdaki uyuşmazlıkların çözümünde taraflarca hazırlama ilkesi geçerlidir. Mahkeme, tarafların iradesiyle bağlıdır. Özel hukuk alanındaki uyuşmazlığı çözümleyecek olan yargıç, kamu düzeni ile sıkı sıkıya ilişkili ayrıksı durum ve konular dışında, taraflarca ileri sürülen sav ve savunmalarla ve getirilen kanıtlarla bağlı olup, bunların ötesinde önüne gelen uyuşmazlık ve davayı çözümlemek için kendiliğinden araştırma yetkisine sahip değildir. Çatışan haklardan hangisinin hukuk tarafından korunduğuna karar verir.[30]

Oysa 2577 sayılı Kanun'un uygulanacağı uyuşmazlıklarda re'sen araştırma ilkesi geçerlidir. Yargılama mercii önüne getirilen uyuşmazlıkta, dava konusu işlemi, idari eylem söz konusu ise bu eylemi, hukuka uygun olup olmadığı veya hizmet kusuru bulunup bulunmadığı yönlerinden inceler.

Bu uyuşmazlıkların bir tarafında idare, diğer tarafında ise, idarenin işlemi veya eylemi nedeniyle menfaati veya hakkı ihlal edilmiş olan davacı bulunmaktadır. Dolayısıyla, davada tespit edilecek olan husus, çatışan öznel haklardan hangisinin hukuk tarafından korunduğu değil, idarenin hukuka uygun hareket edip etmediği olacaktır. İdarenin hukuka uygun hareket ettiği tespit edilirse, davacının menfaat ya da hakkının ihlal edilmiş olması onun isteminin kabulüne yol açmaz. Buna karşılık, idarenin hukuka aykırı hareket ettiği saptanır ise bir yandan davacının istemi kabul edilir ve bireysel yararı gerçekleşir; ama onun da ötesinde idarenin hukuka uygun hareket etmesi sağlanmış ve böylece kamu yararı gerçekleşmiş olur.[31]

2577 sayılı Kanun kapsamındaki uyuşmazlıkların belirtilen nitelikleri nedeniyle, idari uyuşmazlığı çözümleyecek olan yargıç, sadece davacının istem sonucu ile bağlıdır. Bunun dışında, uyuşmazlıkla ilgili tüm araştırmayı re'sen yapar. Bu nedenle, idari uyuşmazlıkların çözümünde uygulanan yargılama usullerinin, bu uyuşmazlıkların niteliği-

30 Metin Günday, "Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu Hükümlerinin İdari Yargıda Uygulama Alanı", İdari Yargının Yeniden Yapılandırılması ve Karşılaştırmalı İdari Yargılama Usulü, Sempozyum, Ankara 11-12 Mayıs 2001, 13. Yıl, Danıştay Tasnif ve Yayın Bürosu Yayın No: 63, Ankara 2003, sayfa 79.

31 İbid, idem.

ne uygun olması gerekir. Bu bağlamda, 2577 sayılı Kanun'un 31'inci maddesinde davanın re'sen ihbarına yönelik hüküm, bu Kanun kapsamındaki uyuşmazlıkların niteliğine uygun düşmektedir.

"Davanın ihbarının re'sen yapılması" konusunun 2577 sayılı Kanun metnine eklenmesi, İHAS' ın 6'ncı maddesi çerçevesinde "adil yargılama" hakkı açısından önemli bir adımdır. İHAM, yukarıda anılan kararında, yargı merciinin bu hükmün gereğini yerine getirmemesini Sözleşmenin 6'ncı maddesinin birinci fıkrasının ihlali sebebi olarak kabul etmektedir.

Ancak "davanın re'sen ihbar edilmesi", "adil yargılama" hakkının sadece bir kısmını oluşturmaktadır. İptal ya da tam yargı davasının üçüncü kişiye ihbar edilmesi, davada üçüncü kişinin usule ilişkin hangi hakları kullanmasına imkân sağlayacaktır?

B- Davaya Davalı Yanında Müdahale Hakkı

2577 sayılı Kanun'un 31'inci maddesinin ilk fıkrasında, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun (Hukuk Muhakemeleri Kanunu) uygulanacağı belirtilen hallerden birisi de "davaya müdahale" dir.

"Hakkı veya borcu tam yargı davasının sonucuna bağlı olan veya iptal davasına konu olan kararın aynen kalmasında ya da iptalinde yararı olan üçüncü kişi, kazanmasında yararı olan taraf yanında davaya katılabilir."[32]

Gözübüyük ve Dinçer, "hakkı veya borcu" başkasının açtığı tam yargı davasının sonucuna bağlı olan, ya da iptal davasına konu olan kararın aynen kalmasında, ya da iptalinde menfaati bulunan kimsenin durumuna göre, ya davacı, ya da davalı yanında yer alacağına işaret etmektedirler. Yazarlar, idari yargıda davaya katılmanın daha çok iptal davası alanında ve davalının yanında yer alma biçiminde kendini gösterdiğini belirtmektedirler.[33]

---

[32] A. Şeref Gözübüyük, Turgut Tan, İdare Hukuku, Cilt: II, İdari Yargılama Hukuku, Turhan Kitabevi, Ankara 1999, sayfa 853; "Hakan Pekcanıtez, Medeni Usul Hukukunda Fer'i Müdahale, DEÜ Hukuk Fakültesi Yay., Ankara 1992, sayfa 206", Ahmet Kalafat, İdari Yargılama Usulü Kanununa Göre Üçüncü Şahısların Davaya Katılması (Fer'i Müdahale), *TBB Dergisi,* Sayı 73, 2007, sayfa 206, dipnot 31'den naklen.

[33] A. Şeref Gözübüyük, Güven Dinçer, İdari Yargılama Usulü, Kanun, Açıklama,

Bazı yazarlar, davaya katılma koşulu bakımından tam yargı davaları ile iptal davaları arasında bir ayrım yapmaktadırlar. Üçüncü kişinin tam yargı davasına katılabilmesi için "hak ve borcunun" görülmekte olan davanın sonucuna bağlı olması koşulu aranırken, iptal davaları bakımından üçüncü kişinin "kişisel menfaatinin" bulunması yeterli görülmektedir.[34]

Çağlayan, idari yargılama usulünde, davaya müdahale konusunda tam yargı ve iptal davalarının ayrı değerlendirilmesi görüşündedir. Yazara göre, tam yargı davalarına müdahale konusunda, hukuk yargılamasındaki "fer'i müdahale" kurallarının uygulanması kabul edilebilir.[35]

İptal davalarına fer'i müdahalenin pek öneminin bulunmadığını, davalı idare yanında davaya katılan kişinin yapacağı katkının, işlemin hukuka uygun olduğu hususunda davalı idareye yardım etmek olduğunu belirten yazar, yargı yerinin işlemin hukuka uygun olup olmadığını "re' sen araştırma" yetkisine vurgu yapmaktadır. Yazara göre, davacı yanında davaya müdahale ise önemli neticeler doğurabilir. Burada da yargı yeri işlemin hukuka aykırı olup olmadığını kendiliğinden araştıracaktır. Müdahil, davacının ve yargı yerinin dikkatinden kaçan bir hukuka aykırılığı gündeme getirebilir. Bazen bu husus, önemli neticelerin doğmasına yol açabilir.[36]

Müdahalenin davacı yanında yapıldığı davalarda, önemli bir ayrıntının davacının ve hâkimin dikkatinden kaçması mümkün görülebiliyorsa, bu durum, müdahalenin davalı yanında yapıldığı davalarda da mümkün görülebilmelidir. Öte yandan, bir idari davada hem davacı hem davalı yanında müdahaleler söz konusu ise ne olacaktır?

Davanın üçüncü şahsa ihbarı üzerine ya da üçüncü şahsın talebi üzerine ortaya çıkabilecek "davaya davalı yanında müdahale" konusu ile ilgili düzenlemelerin ve yargısal yaklaşımların, idari yargının görev alanına giren uyuşmazlıkların niteliği, Sözleşmenin 6'ncı maddesi ve İHAM kararı çerçevesinde değerlendirilmesi gerekmektedir.

İçtihat, 2. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara 2001, sayfa 748.

34 İbid, sayfa 749; A. Şeref Gözübüyük, Turgut Tan, a. g. e. , sayfa 854.

35 Ramazan Çağlayan, İdari Yargılama Hukuku, Beşinci Baskı, Seçkin Yayın, Ankara 2014, sayfa 305.

36 İbid, sayfa 305, 306.

C- Müdahale ile İlgili Mülga Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu ve Hukuk Muhakemeleri Kanunu Hükümleri ve İdari Yargı Mercilerince Uygulanması

1) Mülga 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu

Mülga 1086 sayılı Kanun'un 56'ncı maddesine göre, üçüncü şahıs, taraflarca davanın ihbarı (m. 49/1) veya kendisinin lüzum görmesi üzerine, davaya müdahale talebinin kabulü halinde ancak davayı bulunduğu noktadan itibaren takip edebilir.

Kanun'un 57'nci maddesine göre ise, müdahil iltihak ettiği tarafla birlikte hareket edecektir.

1086 sayılı Kanun'un yürürlükte bulunduğu dönemde Danıştay dava daireleri, davalı yanında müdahilin, davalıdan bağımsız olarak duruşma isteminde bulunamayacağına,[37] usul işlemlerini yapamayacağına, kanun yollarına başvuramayacağına,[38] yürütmenin durdurulmasını talep edemeyeceğine[39] karar vermiştir.

---

37 "Danıştay 12. Daire, 31.12.1970 tarih, E: 1970/1065, K: 1970/2936"; Baki Kuru, Hukuk Muhakemeleri Usulü, Altıncı Baskı, cilt 4, Demir - Demir Yayın No:5, İstanbul 2001, sayfa 3477, dipnot 115'ten naklen.

38 Örneğin; Danıştay 6. Daire, 11.04.2006 tarih, E: 2004/2133, K: 2006/1846;
Danıştay 8. Daire, 02.10.1997 tarih, E: 1995/3012, K: 1997/2568; 24.09.2002 tarih, E: 2002/3918, K: 2002/4292; 15.02.2006 tarih, E: 2006/453, K: 2006/607; 14.07.2009 tarih, E: 2009/6033, K: 2009/4574; 01.11.2010 tarih, E: 2010/8550, K: 2010/5687;
Danıştay 10. Daire, 06.05.2003 tarih, E:2003/1728, K: 2003/1550; 30.12. 2003 tarih, E: 2003/5645, K: 2003/5420; 25.04.2005 tarih, E: 2005/2737, K: 2005/2083; 13.03.2006 tarih, E: 2006/1285, K: 2006/1866; 10.12.2007 tarih, E: 2007/8218, K: 2007/5991; 22.06.2010 tarih, E: 2010/5445, K: 2010/5530; 21.09.2011 tarih, E: 2011/8467, K: 2011/3849;
Danıştay 13. Daire, 19.09.2005 tarih, E: 2005/8022, K: 2005/3998; 21.05.2007 tarih, E: 2007/5916, K: 2007/3245; 19.11.2008 tarih, E: 2008/11274, K: 2008/7356; 24.09.2009 tarih, E: 2009/5509, K: 2009/ 8605; 10.12.2010 tarih, E: 2010/4729, K: 2010/8410; 04.04.2011 tarih, E: 2011/978, K: 2011/1268;
Danıştay 14. Daire, 11.07.2011 tarih, E: 2011/11211, K: 2011/411.

39 Danıştay 6. Daire, 22.07.2011 tarih, E: 2011/6190;
Danıştay 10. Daire; 11.06.2004 tarih, E: 2004/8238; 13.07.2007 tarih, E: 2007/4374; 15.05.2008 tarih, E: 2008/3508;
Danıştay 13.Daire; 04.12.2009 tarih, E: 2009/4444; 23.03.2011 tarih, E: 2011/872; 20.07.2011 tarih; E: 2011/2483;
Danıştay 14. Daire; 04.07.2011 tarih, E: 2011/11517; 27.06.2011 tarih, E: 2011/13110; 17.04.2012 tarih, E: 2012/1911.

Davalı idarenin temyiz süresini geçirmesi, davalı yanında müdahilin temyiz isteminin incelenmesine engel görülmüştür.[40]

Bu kararlarda tek bir gerekçe belirtilmektedir; 1086 sayılı Kanun'un 57'nci maddesi uyarınca davalı yanında müdahilin, yanında iltihak ettiği tarafla (davalı idare ile) birlikte hareket etme zorunluluğudur.

Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu[41] da aynı gerekçelerle davalı yanında müdahillerin tek başlarına kanun yollarına başvuramayacakları yolunda kararlar vermiştir.[42]

Davalının kararı temyiz etmemesine veya temyiz etse bile yürütmenin durdurulması isteminde bulunmamasına rağmen, kararı temyiz eden davalı yanında müdahilin temyiz[43] ve yürütmenin durdurulması[44]

---

40 Danıştay 6. Daire, 02.10.2007 tarih, E: 2007/6437, K: 2007/5324; 23.09.2011 tarih, E: 2009/4622, K: 2011/3340.

41 Danıştay Kanunu'nda Değişiklik Yapılmasına Dair 02.06.2004 tarih ve 5183 sayılı Kanun'un 15 inci maddesi uyarınca, 2575 sayılı Kanun'da ve 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nda geçen "İdari Dava Daireleri Genel Kurulu" ibareleri "İdari Dava Daireleri Kurulu"; "Vergi Dava Daireleri Genel Kurulu" ibareleri "Vergi Dava Daireleri Kurulu" olarak değiştirilmiştir. Resmi Gazete, 09.06.2004 tarih ve 25487 sayı.,

42 Ahmet Aslan, Emin Sınmaz, Tuncay Dündar, İdari Yargılama Usulü İle İlgili Danıştay İdari Dava Daireleri Genel Kurulu Kararları, Turhan Kitabevi, Ankara 2005, sayfa655 – 664.

43 Celal Erkut, "İdari Yargının Yeniden Yapılandırılmasında Yargılama Hukuku Kurallarının Etkinleştirilmesi Sorunu", İdari Yargının Yeniden Yapılandırılması ve Karşılaştırmalı İdari Yargılama Usulü, Sempozyum, Ankara 11 - 12 Mayıs 2001, 133. Yıl, Danıştay Yayın No: 63, sayfa 98, dipnot 7;
Hakan Pekcanıtez, "İdari Yargıda Fer'i Müdahil Hükmü Tek Başına Temyiz Edebilir mi? (Karar Tahlili)" Prof. Dr. Turhan Tufan Yüce'ye Armağan, DEÜ Yayını, İzmir 2001, sayfa 600.
Danıştay 8. Daire, 25.11.1993 tarih, E: 1992/2953, K: 1993/3867. Uyuşmazlık, Valiliğin davacının aracına (M) grubu ticari plaka vermemesi işleminden doğmuştur. Yerel Mahkeme, müdahil Belediyece davacıya uzun yıllar hat verildiği, davacının kazanılmış hakkının bulunduğu gerekçesiyle dava konusu işlemin iptaline karar vermiştir. Karar, davaya davalı yanında katılan Belediye Başkanlığı tarafından temyiz edilmiştir. Karar, 8. Daire tarafından esas yönünden incelenerek oy çokluğuyla onanmıştır. Karara muhalif olan görüşe göre, "kararın davalı yanca temyiz edilmemesi nedeniyle, davalı yanında müdahil tarafından yapılan temyiz isteminin incelenmeksizin reddi gerekir."

44 Danıştay İDDK, 23.03.2001 tarih, E: 2001/171sayılı yürütmenin durdurulması istemi hakkında karar. Uyuşmazlıkta, bir soruşturma sonucunda, Dokuz Eylül Üniversitesi Tıp Fakültesinde doçent kadrosunda görev yapan davacı, Kocaeli Üniversitesi Tıp Fakültesine atanmasına ilişkin Yükseköğretim Kurulu işleminin iptali istemiyle dava açmıştır. Danıştay 8. Dairesince, dava konusu işlemin iptali doğrultusunda verilen 13.12.2000 günlü, E:1999/2420, K:2000/8218 sayılı kararı, davalı idare ya-

isteminin incelendiğine dair örnekler ise istikrar kazanmış bu yargısal yaklaşımdan vazgeçildiğini göstermeye yetmemektedir.

Davaya müdahale konusundaki Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu hükümleri özel hukuk alanındaki uyuşmazlıklarda hâkim olan ilkeler esas alınarak düzenlenmiştir. Bu hükümlerin 2577 sayılı Kanun kapsamındaki idari uyuşmazlıklarda da aynı şekilde uygulanmasının müdahilin usule ilişkin hakları üzerindeki etkisi yazarlarca tartışılmaktadır.

Bazı yazarlar, Danıştay kararlarına atıfla, müdahilin (çalışmamız bakımından davalı yanında müdahilin) lehine müdahale ettiği taraf kanun yollarına başvurmamış ise, tek başına kanun yollarına başvuramayacağı görüşündedir. [45]

Onar'a göre; müdahilin müstakil ve üçüncü taraf olmadığı doğru olmakla beraber katıldığı tarafın faydalanacağı hakları ve bu arada temyiz, karar düzeltme gibi kanun yollarına başvurabileceğinin kabulü gerekir. Kanun yollarına başvurmak, taraflardan birine tanınmış veya birlikte kullanılması gereken bir hak değildir; taraflardan birisi bu yollara başvurmamış olsa bile diğeri bundan faydalanabilir.[46]

Pekcanıtez'e göre, fer'i müdahil asıl tarafın yardımcısı olduğuna göre, sadece asıl tarafın yaptığı işlemlere katılmakla değil, asıl olarak onun ihmal ettiği, yapmadığı işlemleri yerine getirerek ona yardımcı

---

nında davaya katılan Dokuz Eylül Üniversitesi Rektörlüğü temyiz etmiştir. İdari Dava Daireleri Kurulu, oy çokluğuyla, yürütmenin durdurulmasına ilişkin isteğin, davacının cevap dilekçesi alındıktan sonra incelenmesine karar vermiştir. Kurul, 29.06.2001 tarih, E: 2001/171, K: 2001/613 sayılı kararda, dosyada müdahil sıfatıyla yer alan Üniversitenin davadaki konumu yönünden temyiz etme hakkının bulunduğu belirtilerek, temyiz başvurusu davada taraf olup olmaması yönünden incelenmiştir. Bu gerekçeyle, müdahil davalı konumuna alındıktan sonra işin esası hakkında bir karar verilmek üzere daire kararı bozulmuştur. Kararda karşı oy kullanan üyelere göre, yasa hükümleri uyarınca, karar lehine müdahale edilen taraf hakkında verileceğinden, bu kararı temyiz edebilme yetkisinin asıl tarafa aittir. Müdahilin katıldığı tarafla birlikte hareket etme yetkisi bulunduğundan davaya yanında katıldığı tarafın kararı temyiz etmesi durumunda, müdahilin de katıldığı tarafla birlikte kararı temyiz edebilir. Müdahilin yanında katıldığı tarafın kararı temyiz etmemesi durumunda, tek başına kararı temyiz etme yetkisinin bulunmamaktadır.

45 Baki Kuru, a. g. e. sayfa 3477, 3483; A. Şeref Gözübüyük, Turgut Tan, a. g. e. , 855; A. Şeref Gözübüyük, Güven Dinçer, a. g. e. , sayfa 750 Turgut Candan, a. g. e., sayfa 754.

46 Sıddık Sami Onar, İdare Hukukunun Umumi Esasları, Cilt III, 3. Bası, İsmail Akgün Matbaası – İstanbul, 1966, s. 1960.

olabilir. Fer'i müdahilin asıl tarafla birlikte hareket etmesi, sadece asıl tarafın yaptığı işlemleri yapabilmesi ve bu işlemlerde yardımcı olması şeklinde anlaşılamaz. Aksini kabul etmek, fer'i müdahilin davaya müdahalesini anlamsız hale getirir ve bu durum fer'i müdahalenin amacına aykırı düşer. Çünkü fer'i müdahalenin amacı, asıl tarafın korunmasıdır. Fer'i müdahil, asıl tarafın işlemleri ile çelişik olmadıkça, tüm usul işlemlerini tek başına yapabilir. Asıl tarafın bir işlemi yapmaması, ihmal etmesi, onun yerine bu işlemi fer'i müdahilin yapması, asıl tarafın işlemi ile çeliştiği şeklinde de yorumlanamaz.[47]

Pekcanıtez, idari yargıda üçüncü kişilerin iptal davası sonucunda verilen hükümden doğrudan etkilenmesinin söz konusu olduğuna, bu hükümlerin inşai etkisi nedeniyle davanın tarafları dışındaki üçüncü kişileri de etkilediğine işaret etmektedir. Yazara göre, özellikle çift etkili idari işlemlerin iptali halinde iptal hükmü üçüncü kişi hakkında da etkili olur. Bu nedenle üçüncü kişinin hukuki durumu medeni usul hukukundaki üçüncü kişiden daha fazla etkilenmektedir. Bunun sonucu olarak fer'i müdahilin hak ve yetkileri idari yargıda medeni usul hukukuna göre daha geniş olarak uygulanmalıdır. Yazar, bu gerekçenin haklılığını, idare hukukunda davanın ihbarı kurumunun medeni usul hukukundan farklı düzenlenmesine dayandırmaktadır.[48]

Erkut da, müdahil sıfatının HUMK bakış açısıyla ele alınıp, müdahilin ancak davaya yanında katılmış olduğu tarafın iradesi ile bağdaştığı ölçüde müdahale hakkı bulunduğu ve hatta itiraz ve temyiz hakkı gibi yargılama sürecinin hayati enstrümanlarından tek başına yararlanma hakkından yoksun bırakılması gibi bir anlayışın idari yargının genelliği ve özgünlüğü ile bağdaşmayacağı görüşündedir.[49]

Günday, idari yargıda amacın idarenin etkin bir şekilde denetlenmesi olduğundan, katılma istemi kabul edildikten sonra, katılanın katıldığı tarafın istem sonucunu değiştirmemek koşuluyla ondan bağımsız hareket etmesine, örneğin yürütmenin durdurulması ve duruşma isteminde bulunabilmesine ya da kanun yollarına başvurabilmesine olanak tanınmasının yerinde olacağını belirtmektedir.[50]

47 Hakan Pekcanıtez, a. g. e., sayfa 594.
48 Ibid, s. 595
49 Celal Erkut, a. g. e., s. 98.
50 Metin Günday, a. g. e., s. 84.

Yasin'e göre ise, pek çok Danıştay kararlarında da kabul edildiği üzere, müdahale talebinin kabul edilmemesi veya müdahilin hak ve yetkilerinin kullandırılmaması bir bozma nedeni olarak kabul edildiğine göre, müdahilin, salt bu gerekçe ile tek başına temyiz isteminde bulunması engellenmemelidir.[51]

2) 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu

2577 sayılı Kanun'un 31'inci maddesi, yukarıda belirtildiği gibi, "davaya müdahale" konusunda mülga 1086 sayılı Kanun'a atıf yaparken, "üçüncü şahısların davaya katılması" ibaresini kullanmıştır.

Ancak, 6100 sayılı Kanun, mülga 1086 sayılı Kanun'da düzenlenmemiş olan, içtihatlarla iç hukukumuza dâhil edilmiş olan "davaya asli müdahale" konusunu " Davanın İhbarı ve Davaya Müdahale" başlığı altında, fer'i müdahale konusundan önce kurallara bağlamıştır.

Bu düzenleme karşısında, 2577 sayılı Kanun'un 31'inci maddesi uyarınca, üçüncü şahısların, idari yargı mercilerinin bakmakta olduğu bir davaya asli müdahil olarak dâhil olmaları mümkün müdür?

a) İdari Davalarda Asli Müdahale Mümkün müdür?

Kuru, asli müdahaleyi şu şekilde tanımlamaktadır;

"İki kişi arasında belli bir şey veya hak üzerinde bir dava devam ederken, üçüncü bir kişi, bu dava konusu olan şey veya hak üzerinde (kısmen veya tamamen) hak sahibi olduğunu iddia ederek (aynı mahkemede) bir dava açarsa, buna asli müdahale denir."[52]

6100 sayılı Kanun'un 65'inci maddesine göre;

"Bir yargılamanın konusu olan hak veya şey üzerinde kısmen ya da tamamen hak iddia eden üçüncü kişi, hüküm verilinceye kadar bu durumu ileri sürerek, yargılamanın taraflarına karşı aynı mahkemede dava açabilir.

Asli müdahale davası ile asıl yargılama birlikte yürütülür."

Asli müdahale gerçekte üçüncü bir kişinin açılmış bir davaya mü-

---

51 Melikşah Yasin, "İdari Yargılama Usulünde Davaya Müdahale", *İÜHFM* C. LXIX, S. 1 – 2, 2011, s. 451.

52 Baki Kuru, a. g. e., sayfa 3491.

dahalesi olmayıp, ilk davanın taraflarına veya çekişmesiz yargı işinin ilgililerine karşı açılmış bağımsız bir davadır.[53]

Asli müdahalenin koşulları şu şekildedir;

- Görülmekte olan bir dava olmalı,

- Asli müdahil dava konusu olan hak veya şey üzerinde kısmen veya tamamen bir hak iddia etmeli ve

- Bu iddiasını, ilk davanın taraflarına karşı açacağı bir dava ile ileri sürmelidir.

6100 sayılı Kanun kapsamındaki adli uyuşmazlıklarda, görülmekte olan bir davanın konusunun üçüncü kişiyi de ilgilendirmesi halinde, üçüncü kişinin (taraf olarak) bu davaya katılmasına izin verilmesi ve bu üçüncü kişi hakkında hüküm kurulmasının sağlanması ihtiyacının bulunduğu, fer'i müdahalenin bu ihtiyacı karşılayamadığı ifade edilmektedir.[54]

Bir taşınır mülkiyetinin uyuşmazlık konusu olduğu davada, davanın tarafı olmayan üçüncü bir kişinin taşınırın kendisine ait olduğu,[55] bir taşınmaza müdahalenin men'i ve ecrimisil davasında, üçüncü bir kişinin taşınmazın kendisine ait olduğu[56] iddiasıyla ilk davanın açıldığı mahkemede açacağı dava bu nitelikte davalardandır. Bu durumda, mahkemece çözüme bağlanacak iki dava söz konusu olacaktır.

Yine, iki köy arasındaki mera veya yaylaya müdahalenin önlenmesi davasında, Orman İdaresi dava konusu yerin orman olduğunu bildirerek, bu iki köye karşı müdahalenin önlemesi davası (asli müdahale davası) açabilir.[57]

Asli müdahalenin yukarıda sayılan koşulları incelenerek, idari yargıda asli müdahalenin mümkün olup olmadığının irdelenmesi gerekmektedir.

---

53 Hakan Pekcanıtez, Oğuz Atalay, Muhammet Özekes, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Hükümlerine Göre Medeni Usul Hukuku, 12. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara 2011, sayfa 237.

54 Ramazan Aslan, Ejder Yılmaz, Sema Taşpınar Ayvaz, Medeni Usul Hukuku, 2. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2016, sayfa 484.

55 İbid, idem.

56 Hakan Pekcanıtez, Oğuz Atalay, Muhammet Özekes, a. g. e., sayfa 237

57 Baki Kuru, a. g. e.; sayfa 3501.

Kuru, İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 31'inci maddesi gereğince, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun davaya müdahaleye (katılmaya) ilişkin hükümlerinin (madde 65 – 69) idari yargıda da uygulanacağını belirtmektedir.[58]

Kaplan, asli müdahalenin idari yargıda uygulanma kabiliyetinin bulunmadığını, bu nedenle 2577 sayılı Kanun'un 31'inci maddesinin, davaya müdahale konusunda 6100 sayılı Kanun'a yaptığı atfın sadece fer'i müdahale hükümleri için geçerli olduğunun kabulü gerektiğini belirtmektedir.[59]

Candan, 6100 sayılı Kanun'un 65'inci maddesi hükmünde düzenlenen asli müdahale türünün idari yargıda nasıl uygulanacağı hususunun tartışma yaratabilecek nitelikte olduğu, bu konuda 2577 sayılı Kanun'da düzenleme yapılmasına ihtiyaç bulunduğu görüşündedir.[60]

Çağlayan'a göre, idari yargılama usulünde asli müdahale yönteminin uygulanması pek mümkün olmayıp, buna gerek de bulunmamaktadır.[61]

2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 2'nci maddesine göre idari dava türleri;

"İdarî işlemler hakkında yetki, şekil, sebep, konu ve maksat yönlerinden biri ile hukuka aykırı olduklarından dolayı iptalleri için menfaatleri ihlâl edilenler tarafından açılan iptal davaları,

İdari eylem ve işlemlerden dolayı kişisel hakları doğrudan muhtel olanlar tarafından açılan tam yargı davaları,

Tahkim yolu öngörülen imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıklar hariç, kamu hizmetlerinden birinin yürütülmesi için yapılan her türlü idari sözleşmelerden dolayı taraflar arasında çıkan uyuşmazlıklara ilişkin davalar."

Olarak belirtilmiştir.

---

58 Baki Kuru, İstinaf Sistemine Göre Yazılmış Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı, Yetkin Yayınları, Ankara 2017, sayfa 379.

59 Gürsel Kaplan, İdari Yargılama Hukuku, Ekin Basım Yayın Dağıtım, Bursa 2016, sayfa 392-393.

60 Turgut Candan, a. g. e., sayfa 753, dipnot 1054.

61 Ramazan Çağlayan, a. g. e.; sayfa 305.

İptal ya da tam yargı davalarında, davalı taraf idaredir. Davacı taraf ise bir başka idare olabileceği gibi, gerçek kişi ya da özel hukuk tüzelkişisi olabilir.

Davacı tarafın gerçek kişi veya özel hukuk tüzel kişisi olduğu bir idari uyuşmazlıkta, iptali istenen işlem nedeniyle hak iddiasında bulunan üçüncü kişinin asli müdahil olarak açacağı davada, ilk davanın davacısı olan gerçek kişi veya özel hukuk tüzel kişisi, işlemi tesis eden idare ile birlikte davalı konumunda olacaktır. Bu da 2577 sayılı Kanun'un 2'nci maddesinde yer alan dava türleri ile bağdaşmayan bir durum yaratacaktır.

Böyle bir asli müdahale davasının davalıları, idare ile gerçek kişi veya özel hukuk tüzel kişisidir. Üçüncü kişinin, asli müdahale davasında, idareye karşı iddiaları idari yargının, gerçek kişi veya özel hukuk tüzel kişisine karşı iddiaları ise adli yargının çözümlemekle görevli olduğu uyuşmazlıklar olacaktır.

İki ayrı yargı düzeninin görevli olduğu uyuşmazlıkların, idari yargı merciinde bir dava olarak çözümlenmesi mümkün değildir. Böyle bir örnek bulunmamaktadır.

Böyle bir dava açıldığında, idari yargı mercii dilekçeyi 2577 sayılı Kanun'un 14'üncü maddesi uyarınca inceleyecektir. Bu inceleme sonucu ya adli ve idari yargı mercilerinde ayrı ayrı davalar açılmak üzere dava dilekçesinin reddine; ya da işin esasına girilerek, yargılama sonucu idari yargının görev alanına giren uyuşmazlık hakkında esastan, adli yargının görev alanına giren uyuşmazlık hakkında ise görev yönünden karar verilecektir.

İlk davada davalının ve hak iddia eden üçüncü kişinin Devlet tüzel kişiliği içerisindeki bir idare olması durumunda, bu defa yukarıdaki soruna yeni bir sorun katılacaktır; Devlet tüzel kişiliği içerisindeki idarelerin birbirine karşı dava açıp açamayacağı.

Görüldüğü üzere, 6100 sayılı Kanun'da düzenlenen asli müdahale kurumunun idari yargıda uygulanma kabiliyeti bulunmamaktadır.

b) 6100 sayılı Kanunda Fer'i Müdahale

6100 sayılı Kanun'un 61'inci maddesinin birinci fıkrasına göre, taraflardan biri davayı kaybettiği takdirde, üçüncü kişiye veya üçüncü

kişinin kendisine rücu edeceğini düşünüyorsa, tahkikat sonuçlanıncaya kadar davayı üçüncü kişiye ihbar edebilir.

Kanun'un 63 ve 64'üncü maddeleri davanın ihbarının sonucunu düzenlemektedir. Dava kendisine ihbar olunan kişi, davayı kazanmasında hukuki yararı olan taraf yanında davaya katılabilecektir.

Kanun'un 66'ncı maddesine göre ise, üçüncü kişi, davayı kazanmasında hukuki yararı bulunan taraf yanında ve ona yardımcı olmak amacıyla, tahkikat sona erinceye kadar, fer'î müdahil olarak davada yer alabilir.

Kanun'un 68'inci maddesi, müdahale talebinin kabulü hâlinde fer'i müdahilin, davayı ancak bulunduğu noktadan itibaren takip edebileceğini amirdir. Bu sebeple müdahil, müdahale talebinin karara bağlanmasından önceki işlemlere itiraz edemez, onların yenilenmesini isteyemez.[62]

Fer'i müdahil, yanında katıldığı tarafın yararına olan iddia veya savunma vasıtalarını ileri sürebilecek; onun işlem ve açıklamalarına aykırı olmayan her türlü usul işlemlerini yapabilecektir. Maddenin ikinci fıkrası uyarınca, mahkeme, katıldığı noktadan itibaren, taraflara bildirilen işlemleri fer'i müdahile de tebliğ edecektir.

Bu maddeye ilişkin olarak Kanun Tasarısı'nın (Tasarıda 73'üncü madde) gerekçesine göre;

"Müdahilin, tarafın yardımcısı olması sebebiyle, onun işlem ve açıklamalarına aykırı işlem yapması müdahillik konumuyla bağdaşmayacaktır. Fer'i müdahil ancak, yanında katıldığı tarafın işlemlerine yardımcı olacak nitelikte işlemler yapabilir ve onun yararına olan iddia veya savunma vasıtalarını ileri sürebilir. Bu durum, fıkrada açıkça belirtilmek suretiyle, konuyla ilgili tartışmaları sona erdirecektir. İkinci fıkraya göre, fer'î müdahil, taraf olmamakla birlikte, hem katıldığı tarafın yararına hem de dolaylı olarak kendi yararına işlemler yapacaktır. Zira yanında katıldığı tarafın davayı kazanması hâlinde, fer'î müdahilin de hukukî durumu güçlenecektir. Bu çerçevede fer'î müdahilin taraf yardımcısı olarak üzerine düşeni tam olarak gerçekleştirebilmesi için, katıldığı andan itibaren yargılama işlemlerinden haberdar olması gerekir. Bu

62 Ramazan Aslan, Ejder Yılmaz, Sema Taşpınar Ayvaz, a. g. e., sayfa 489; Hakan Pekcanıtez, Oğuz Atalay, Muhammet Özekes, a. g .e., sayfa 229.

aynı zamanda hukukî dinlenilme hakkının da bir gereğidir. Zira yargılamanın süjeleri, yargılamadaki durumlarıyla bağlantılı şekilde hukukî dinlenilme hakkına sahiptirler. Şüphesiz fer'î müdahilin hukukî dinlenilme hakkı; özellikle açıklama ve ispat hakkı, taraflar kadar geniş değildir. Ancak, fer'î müdahilin yargılama faaliyetinden, taraf ve mahkeme işlemlerinden bilgi sahibi olması konusundaki hakkı taraflara yakındır."[63]

Madde gerekçesinde belirtilen, müdahilin "*… tarafın yardımcısı olması…"* ibaresi, idari yargının konusuna giren uyuşmazlıklarda davalı yanında müdahilin dava konusu işlem veya eylemle olan doğrudan bağını gereği gibi yansıtmaktan uzaktır.

Öncelikle belirtmek gerekir ki, mülga 1086 sayılı Kanun'un 57'nci maddesindeki "müdahilin iltihak ettiği tarafla birlikte hareket edeceği" ibaresi 6100 sayılı Kanun'da yer almamıştır.

6100 sayılı Kanun'un 68'inci maddesinin birinci fıkrasında yer alan, "fer'i müdahilin, yanında katıldığı tarafın yararına olan iddia veya savunma vasıtalarını ileri sürebileceği, onun işlem ve açıklamalarına aykırı olmayan her türlü usul işlemlerini yapabileceği" hükmü, 2577 sayılı Kanun kapsamındaki uyuşmazlıklarda nasıl değerlendirilmelidir?

Bu hak, davalı yanında müdahile sadece davalı ile birlikte usul işlemlerini yapma imkânı mı sağlar, yoksa müdahile, yanında katıldığı davalı başvurmasa bile usul işlemlerini yapma hakkını da verir mi?

İdari işlem veya eylem ile işlemden yararlanan veya eylemi gerçekleştiren kişi (davalı yanında müdahil) arasındaki sıkı sıkıya bağlılık karşısında, 6100 sayılı Kanun'un 68'inci maddesinin gerekçesinde belirtilen; "...yargılamanın süjeleri, yargılamadaki durumlarıyla bağlantılı şekilde hukukî dinlenilme hakkına sahiptirler. Şüphesiz fer'î müdahilin hukukî dinlenilme hakkı; özellikle açıklama ve ispat hakkı, taraflar kadar geniş değildir. Ancak, fer'î müdahilin yargılama faaliyetinden, taraf ve mahkeme işlemlerinden bilgi sahibi olması konusundaki hakkı taraflara yakındır." ifadesi 2577 sayılı Kanun hükümlerinin

[63] https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem23/yil01/ss393.pdf (erişim tarihi 07.11.2015); Ayrıca bu konuda bkz. Zekeriya Yılmaz, Açıklamalı İçtihatlı 6100 sayılı HMK (Hukuk Muhakemeleri Kanunu) ve Getirdiği Yeni Hükümler, Adalet Yayınevi, Ankara 2012, sayfa 215.

uygulanacağı uyuşmazlıklar söz konusu olduğunda nasıl yorumlanmalıdır?

Bu çerçevede, davalı yan talep etmese bile, davalı yanında müdahil tek başına duruşma isteyebilecek, bilirkişi ve keşif isteminde bulunabilecek midir? Keza, yürütmenin durdurulması kararına tek başına itiraz edebilecek midir? Tek başına istinaf ve temyiz yoluna veya yargılamanın yenilenmesi yoluna başvurabilecek midir? Kanun yollarına başvururken tek başına yürütmenin durdurulmasını talep edebilecek midir?

Kaplan, 6100 sayılı Kanun hükümlerine ve bazı Danıştay kararlarına atıfla, fer'i müdahilin, lehine katıldığı tarafın başvurmaması halinde tek başına yürütmenin durdurulmasını talep edemeyeceğine ve kanun yollarına başvuramayacağına işaret etmektedir.[64]

Çağlayan da fer'i müdahilin asıl taraftan ayrı hareket edemeyeceği görüşündedir.[65]

Bu konuda Danıştay dairelerinin yaklaşımı nasıldır?

ba) Davalı Yanında Müdahil Tek Başına Yürütmenin Durdurulmasını İsteyebilir mi?

Davalı yanında müdahilin karara karşı kanun yollarına başvururken, davaya yanında katıldığı davalının talep etmemesine rağmen yürütmenin durdurulmasını talep edip edemeyeceği konusundaki Danıştay kararları daha çok bu tür istemlerin incelenmeksizin reddi doğrultusundadır.

Danıştay 6. Dairesi kararlarında davalı yanında müdahilin temyiz aşamasında tek başına bulunduğu yürütmenin durdurulması istemlerinin reddedildiği görülmektedir.

Örneğin, imar planı değişikliğine ilişkin belediye meclisi kararından,[66] akaryakıt istasyonuna verilen yapı ruhsatından,[67] inşa-

64 Gürsel Kaplan, a. g. e., sayfa 392 – 396.
65 Ramazan Çağlayan, a. g. e. , sayfa 305.
66 Danıştay 6. Daire, 11.07.2012 tarih, E: 2012/3756; 28.11.2012 tarih, E:2012/3666; 31.01.2013 tarih, E: 2013/242; 31.03.2014 tarih, E: 2014/2025; 06.10.2015 tarih, E:2015/8444.
67 Danıştay 6. Daire, 06.02.2013 tarih, E: 2012/6836.

at ruhsatından[68] doğan uyuşmazlıklarda mahkemelerce verilen iptal kararlarını davalılar ile beraber temyiz eden davalı yanında müdahillerin tek başına bulunduğu yürütmenin durdurulması istemi incelenmeksizin reddedilmiştir.

Bu tür kararlara muhalif kalan üyeler, davalı idare yanında davaya katılan tarafından, davalı idarenin işlem ve açıklamalarına aykırı olmayan yürütmenin durdurulması istemleri hakkında bir karar verilmesi gerektiği görüşünü savunmuşlardır.[69]

Ancak Daire kararlarında, davalılar yanında müdahillerin, temyiz aşamasında tek başına yaptığı yürütmenin durdurulması istemlerinin incelendiği de görülmektedir.[70]

Danıştay 8. Daire, davalı yanında müdahilin kanun yolu aşamasında tek başına bulunduğu yürütmenin durdurulması istemini incelemektedir.

Örneğin, maden işletmesi için verilen 2. sınıf gayrı sıhhi müessese ruhsatının iptali kararını davalı idare ile birlikte temyiz eden ruhsat sahibinin tek başına yürütmenin durdurulması istemi incelenmeksizin reddedilirken,[71] bu istemler incelenmeye başlanmıştır.[72]

Keza, taşıma kooperatiflerine hat verilmesini sağlayan ukome kararlarının,[73] konut alanlarındaki yapıların zemin katında işyerlerinin faaliyetine izin verilmesi işlemlerinin,[74] akademik kadroya yapılan atamanın[75] iptali doğrultusundaki mahkeme kararlarını davalı idare ile birlikte temyiz eden davalı yanında müdahillerin tek başına yürütmenin durdurulması istemlerinin incelendiği görülmektedir.

Görüldüğü üzere, Danıştay 8. Daire, yerel mahkeme kararına karşı davalı idare ile birlikte kanun yoluna başvuran davalı yanında müda-

68 Danıştay 6. Daire, 10.08.2015 tarih, E: 2015/5545.
69 Danıştay 6. Daire, 06.11.2014 tarih, E: 2014/8532; 25.12.2014 tarih, E: 2014/10384; 30.12.2014 tarih, E: 2014/10248; 25.03.2015 tarih, E: 2015/1569; 15.04.2015 tarih, E: 2015/2598; 30.11.2015 tarih; E: 2015/8811; 30.11.2015 tarih; E: 2015/10443.
70 Danıştay 6. Daire, 14.08.2012 tarih, E: 2012/4636; 03.06.2015 tarih, E: 2015/4246; 12.10.2015 tarih E: 2015/8304.
71 Danıştay 8. Daire, 13.12.2012 tarih, E: 2012/10408.
72 Danıştay 8. Daire, 05.08.2014 tarih, E: 2014/6540; 12.08.2014 tarih, E: 2014/6645.
73 Danıştay 8. Daire, 04.06.2013 tarih, E: 2013/4815; 26.06.2013 tarih, E: 2013/4798.
74 Danıştay 8. Daire, 03.02.2014 tarih, E: 2014/532.
75 Danıştay 8. Daire, 12.08.2014 tarih, E: 2014/6645.

hilin tek başına yürütmenin durdurulmasını talep edebileceği görüşündedir.

Danıştay 10.,[76] 14.[77] ve 15.[78] Daireleri, davalı idareler yanında müdahillerin tek başlarına yaptıkları yürütmenin durdurulması başvurularını incelenmeksizin reddetmektedir.

Danıştay 13. Daire, davalı idare yanında müdahile verilen akaryakıt bayilik lisansının iptaline ilişkin mahkeme kararının temyiz incelemesi aşamasında müdahilin yürütmenin durdurulması istemini incelemiştir.[79]

Danıştay 17. Daire[80] ise, mahkeme kararını davalı idareler ile birlikte temyiz eden ancak tek başına yürütmenin durdurulması talebinde bulunan davalı yanında müdahillerin istemlerinin incelenebileceği[81] görüşündedir.

bb) Davalı Yanında Müdahil Tek Başına Kanun Yoluna Başvurabilir mi?

Davalı yanında müdahilin tek başına kanun yoluna başvurup baş-

---

76 Danıştay 10.Daire, 21.12.2011 tarih, E: 2011/11400; 12.09.2012 tarih, E: 2012/5345; 09.05.2013 tarih, E: 2013/1923; 07.11.2013 tarih, E: 2013/6923; 27.05.2014 tarih, E: 2014/2322.

77 Danıştay 14. Daire; 23.05.2013 tarih, E: 2013/4046 (Cami restorasyonu ve çevre düzeni projesi); 26.03.2014 tarih, E: 2014/1955; 07.04.2015 tarih, E: 2014/11397 (kum ve çakıl ocağı projesiyle ilgili verilen "ÇED (Çevresel Etki Değerlendirme) gerekli değildir" kararı); 21.04.2014 tarih, E: 2014/3324 (enerji santrali, limanı, kül depolama sahası ve derin deniz deşarjı projesi" hakkındaki "ÇED (Çevresel Etki Değerlendirilmesi) Olumlu kararı); 18.06.2014 tarih, E: 2014/4791 (ruhsatsız baz istasyonunun yıkımına ilişkin Belediye Encümeni kararı); 01.04.2015 tarih, E: 2015/1202 (baraj ve hidroelektrik santrali için verilen "ÇED (Çevresel Etki Değerlendirilmesi) Olumlu" kararı).

78 Danıştay 15. Daire; 26.12.2013 tarih E: 2013/9243; 08.05.2014 tarih, E: 2014/2321; 08.07.2014 tarih, E: 2014/4963.

79 Danıştay 13. Daire, 30.01.2013 tarih, E: 2012/3723.

80 Danıştay 17. Daire, 2575 sayılı Kanun'a, 6723 sayılı Kanun'un 12'nci maddesiyle eklenen geçici 27'nci maddenin 14'üncü fıkrası uyarınca, Danıştay Başkanlık Kurulu'nun 01.08.2016 tarih ve 2016/31 sayılı kararıyla kapatılmıştır. Resmi Gazete, 01.08.2016 tarih, 29788 II. Mükerrer sayı.

81 Danıştay 17. Daire; 19.02.2015 tarih, E: 5596 (içkili lokanta olarak işletilen işyerinin ruhsatının iptali isteminin reddi); 04.06.2015 tarih, E: 2015/10533 (üniversite ihtiyacı için mera parselinin tahsis amacının değiştirilmesi); 30.09.2015 tarih, E: 2015/12119 (akaryakıt istasyonuna verilen işyeri açma ve çalışma ruhsatı); 16.10.2015 tarih, E: 2015/12440 (ikinci sınıf içkili lokanta ruhsatının iptal edilmesi istemi); 10.09.2015 tarih, E: 2015/12279 (işyeri tahliyesi işlemi).

vuramayacağı konusunda da Danıştay kararlarında farklı yaklaşımlar görülmektedir.

Danıştay 6. Daire, davalının karara karşı kanun yollarına başvurmaması halinde davalı yanında müdahilin tek başına kanun yollarına başvuramayacağı görüşünde[82] iken son dönemde verdiği bir kararda bu görüşünü değiştirdiği görülmektedir.

Daire, davalı yanında müdahilin karara karşı tek başına başvuruda bulunma hakkının bulunduğunu aşağıdaki gerekçe ile açıklamaktadır;

"Adli yargılamada davanın tarafları davanın sonucundan doğrudan etkilenmekte ve davayı kazanan taraf davanın sonucundan birinci derecede yararlanmaktadır. Müdahil ise katıldığı tarafın davayı kazanmasından dolaylı olarak yararlanmakta olup bu nedenle davaya katıldığı tarafın yanında davaya yardımcı konumda bulunmaktadır. Müdahilin yargılamanın konusu olan hak üzerinde daha üstün bir hak iddiasında bulunması hali ise 6100 sayılı Yasada "Asli müdahil" başlığı altında düzenlenmiş ise de yargılamanın taraflarına aynı mahkemede ayrı dava açılmasını öngören asli müdahale kurumunun idari yargıda devam eden bir davada uygulanma imkânı bulunmamaktadır.

İdari Yargıda fer'i müdahilin… davadan etkilenme durumları ise çeşitlilik arz etmektedir… davayı kazanan tarafın davanın sonucundan birinci derecede etkileneceği bir davada fer'i müdahil için 6100 sayılı Yasada yer alan düzenlemeye uygun olarak fer'i müdahale hükümlerinin uygulanması gerekmekte ise de, örneğin bakılan davada olduğu gibi davanın konusunun davalı yanında davaya katılan müdahilin sahip olduğu hak ya da şey olduğu hallerde davanın sonucundan davalının doğrudan etkilendiğinden söz etmek mümkün değildir. 6100 sayılı Yasada yer alan "Fer'i müdahale" hükümleri ise bu hali öngörmemektedir. Bu itibarla, davanın konusunun müdahilin sahip olduğu hakkın oluşturduğu davalarda müdahile uygulanacak kurallar konusunda 6100 sayılı Yasada yer alan söz konusu eksik düzenlemenin yargısal içtihatlarla giderilmesi zorunludur…

---

82 Danıştay 6. Daire; 22.04.2015 tarih, E: 2011/4552, K: 2015/2559 (Uyuşmazlık, yapı ruhsatı ile dayanağı 1/1000 ölçekli planın onaylanmasına ilişkin belediye encümeni kararından doğmuştur); 02.07.2014 tarih, E: 2014/5380, K: 2014/5127 (Uyuşmazlık, komşu parseldeki taşınmazlar üzerinde akaryakıt, LPG oto bakım ve yıkama kullanım amaçlı 1/5000 ölçekli nazım imar planı ile 1/1000 ölçekli uygulama imar planından ve verilen yapı ruhsatlarından doğmuştur); 11.06.2015 tarih; E: 2015/4929, K: 2015/4130. (Uyuşmazlık, taşınmaz üzerinde eski malik lehine kanuni ipotek konulması işleminden doğmuştur.)

Davanın sonucundan doğrudan etkilenme durumunda olan ve davanın aleyhe sonuçlanması halinde… hakkını kaybedecek olan müdahilin, yanında davaya katıldığı davalıdan bağımsız olarak kanun yollarına başvuramaması ya da kanun yoluna başvurulmuş olmasına rağmen isteminin temyiz veya itiraz mercilerince incelenmemiş olması durumunda Anayasanın 36 ncı maddesi ile Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 6 ncı maddesinde yer alan adil yargılanma hakkının sağlandığından söz edilemez.

Taraflardan birinin temyiz ya da kararın düzeltilmesi safhasında sunduğu bir dilekçenin bir gerekçe olmaksızın reddedilmesi ya da incelenmemiş olması adil yargılanma hakkının bir alt başlığı olan mahkemeye erişim hakkına da aykırı düşmektedir.

Bu nedenle, davanın konusunun müdahilin sahip olduğu hak ya da şey olduğu hallerle sınırlı olarak; müdahilin tek başına kanun yoluna başvurması halinde, müdahilin talebinin yanında katıldığı tarafın iddia ve savunmalarına aykırı olmaması durumunda incelenmesi gerekmektedir."[83]

Davalı yanında müdahilin, kararın temyizi aşamasında, tek başına yürütmenin durdurulmasını talep edebileceği değerlendirmesini yapan 8. Daire, müdahilin tek başına kanun yoluna başvuramayacağı görüşündedir.

Danıştay 8. Daire'nin değerlendirmesine göre, 6100 sayılı Kanun'un 68'inci maddesinde, davaya katılanın, yanında katıldığı tarafın yararına olan iddia veya savunma vasıtalarını ileri sürebileceği, onun işlem ve açıklamalarına aykırı olmayan her türlü usul işlemlerini yapabileceği kuralı bulunmaktadır. Davalı idarelerin kanun yoluna başvurmaması durumunda, davalı idare yanında davaya katılanların, tek başına kararın temyizi[84] veya düzeltilmesi[85] isteminde bulunmasına yasal olanak bulunmamaktadır.

---

83 Danıştay 6. Daire, 04.02.2016 tarih, E: 2015/3258, K: 2016/426. (Dava, mülkiyeti özel şahıslara ait parsellerin de içerisinde yer aldığı alanın "özel proje alanı" ilan edilmesi üzerine onaylanan 26.12.2012 tasdik tarihli 1/5000 ölçekli nazım imar planı tadilatı ile 1/1000 ölçekli uygulama imar planı tadilatının iptali istemiyle açılmıştır. Müdahiller, uyuşmazlık konusu alanın maliki ve proje uygulayıcısı firmalardır.)

84 Danıştay 8. Daire, 08.11.2012 tarih, E: 2012/9522, K: 2012/8777; 27.11.2012 tarih, E: 2012/9930, K: 2012/9698;

85 Danıştay 8. Daire, 06.11.2012 tarih, E: 2012/9023, K: 2012/8526; 08.11.2012 tarih, E: 2012/9668, K: 2012/8783; 13.05.2013 tarih, E: 2013/3637, K: 2013/3856.

Kararlarda karşı oy kullanan üyelerin görüşüne göre;

" Asıl tarafın işlemleri ile çelişkili olmamak ve asıl tarafın çıkarlarına halel getirmemek kaydıyla, müdahilin her türlü usul işlemini yapabileceği hususunda bir tartışma bulunmadığına göre, asıl tarafın bir usulü işlemi yapmamış olması… söz konusu işlemin/talebin sadece müdahil tarafından yapıldığından yola çıkılarak, bunun asıl tarafın işlemlerine aykırı düşeceğini ya da çıkarlarına zarar vereceğini kabul etmek mümkün değildir. Aksine değerlendirmenin, müdahillik kurumunun amacına uygun olmayacağı gibi, müdahil sıfatını kazanana da herhangi bir yararı olduğundan söz edilmeyecektir. Burada dikkat edilmesi gereken hususun, müdahilin yapacağı işlemin asıl tarafın işlemleri ile çelişkili olmamasıdır.

… kamuoyunu ilgilendiren bazı davalarda, mahkemelerce yürütmenin durdurulması ya da işlemin iptali yolunda verilen herhangi bir karardan sonra, davacı tarafından davadan feragat edilmiş olması halinde dahi, bu talep dikkate alınmaksızın, davacının iradesinin hilafına davanın görülmeye devam edilmesinin, içtihatlarla getirilmiş bir yargı pratiği haline gelmiştir.

Olayda ise, davalı idarenin bir usul işlemi niteliğinde olan karar düzeltme yoluna başvurmamış (ve bu hakkından da vazgeçmemiş), davalı idare yanında davaya katılan karar düzeltme yoluna başvurmuştur. Müdahilin bu başvurusunun yanında katıldığı tarafın çıkarlarına aykırı olduğunu kabul etmek de mümkün değildir.

Sonuç olarak, … davacının davasından feragat etmiş olması halinde dahi, mahkemelerce dava görülmeye devam ettirilebildiğine göre, asıl tarafın bu hususta aksine bir irade açıklaması bulunmadığı da dikkate alındığında, müdahilin tek başına kanun yolu başvurusunun kabul edilmesi gerekir."[86]

Danıştay 10. ve 14. Daireleri, dava konusu işlemlerin iptali yolunda yerel Mahkemelerce verilen kararların davalı idareler tarafından temyiz edilmemiş olması nedeniyle davalılar yanında müdahillerin

[86] Danıştay 8. Daire, 30.10.2012 tarih, E: 2012/9083, K: 2012/8175; 26.05.2014 tarih, E: 2014/4295, K: 2014/4207.
Dairenin 26.05.2014 tarih, E: 2014/4295, K: 2014/4207 sayılı kararına konu olayda; davacı adına madencilik faaliyeti nedeniyle verilen işyeri açma ve çalışma ruhsatının iptal edilmesine ilişkin işlem dava konusu edilmiştir. Mahkeme kararını temyiz eden davalı İdare, kararın düzeltilmesi isteminde bulunmamış, faaliyetten zarar gördüğünü ileri süren davalı yanında müdahil karara karşı tek başına karar düzeltme isteminde bulunmuştur.

temyiz istemlerinin, yanında katıldığı tarafla birlikte hareket etme koşulunun gerçekleşmemiş olması nedeniyle incelenmesine hukuken olanak bulunmadığı görüşündedirler.[87]

Danıştay 15. Daire de, davalı idarenin kanun yoluna başvuruda bulunmaması halinde davalı yanında müdahilin tek başına kanun yoluna başvuramayacağı görüşündedir.[88]

Daire kararlarındaki muhalif görüşe göre;

"… Mülga 1086 sayılı Kanun'un 57. maddesinin ilk cümlesinde, müdahilin iltihak ettiği tarafla birlikte hareket edeceği belirtilmekteydi…

Oysa 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 66. maddesinde, "müdahilin, yanında davaya katıldığı tarafla birlikte hareket edeceği" hükmüne yer verilmemiştir. Maddede yer alan; "davayı kazanmasında hukuki yararı bulunan taraf yanında ve ona yardımcı olmak amacıyla" ifadesini ise, "birlikte hareket etme", sadece asıl tarafın yaptığı usule ilişkin işlemleri yapabilme hakkı olarak değerlendirmek mümkün değildir.

Çünkü dava konusu idari işlem ile davalı idare yanında davaya katılan arasındaki hukuki bağ kuvvetli bir bağdır. Müdahil, iptali istenen idari işlemin muhatabı, o işlemden faydalanan bir kişidir. 6100 sayılı Kanun'un 66. maddesinin ilk fıkrasındaki "davayı kazanmasında hukuki yararı bulunan taraf yanında" ibaresi, idari yargılamada, iptal istemine konu olan idari işlem ile bu işlemin muhatabı olan, diğer bir ifade ile bu işlemden menfaat sağlayan (davalı idare yanında) müdahilin davadaki durumunu yeteri kadar ortaya koyamamaktadır… Müdahil ile dava konusu işlem arasındaki bağ doğrudan bir

---

87 Danıştay 10. Daire; 13.12.2012 tarih; E: 2012/8570, K: 2012/6547 (Uyuşmazlık yolcu taşımacılığı izninden doğmuştur); 28.05. 2014 tarih, E: 2014/2730, K: 2014/3562; 11.12.2014 tarih, E: 2014/6350, K: 2014/7612;
14. Daire; 24.01.2012 tarih, E: 2012/259, K: 2012/195; 24.09.2013 tarih, E: 2011/15025, K: 2013/6283, (Uyuşmazlıklar, Regülatör ve HES Projeleri için verilen "Çevresel Etki Değerlendirmesi Gerekli Değildir" kararlarından doğmuştur); 20.03.2014 tarih, E: 2014/1919, K: 2014/3784 (Madencilik) 03.06.2015 tarih, E: 2015/4511, K: 2015/4856 (Uyuşmazlık, maden ocağı ve kırma eleme tesisi için alınan "Çevresel Etki Değerlendirmesi Gerekli Değildir" kararından doğmuştur).

88 Danıştay 15. Daire; 05.06.2013 tarih, E: 2013/8464, K: 2013/4081; 08.07.2014 tarih, E: 2014/4589, K: 2014/5854; 29.01.2015 tarih, E: 2015/587, K: 2015/388; 20.02.2015 tarih, E: 2014/4963, K: 2015/991 (yolcu taşımacılığı yapılabilmesi için çalışma izni verilmesi başvurusunun reddi işlemi); 26.02.2015 tarih, E: 2014/9189, K: 2015/1164 (yol yapımında hizmet kusuru nedeniyle tam yargı davası); 24.06.2015 tarih, E: 2015/5216, K: 2015/4377; 24.06.2015 tarih, E: 2015/4746, K: 2015/4378 (güzergâh izni); 05.11.2015 tarih, E: 2015/8384, K: 2015/7013 (güzergâh izni).

bağdır. İşlemin mahkeme kararı ile iptal edilmesi (davalı idare yanında) müdahilin işlemle bağını kopartacak, onu, işlemden sağlamayı umduğu faydadan mahrum edeceği gibi zarara da uğratabilecektir…

Davanın ihbarı ile ilgili olarak, İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi İkinci Dairesi, Menemen Minibüsçüler Odası – Türkiye uyuşmazlığında (B. No. 44088/04)… Ulusal mahkemelerin İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 31. maddesindeki usul hükümlerini yerine getirmemesi nedeniyle, başvuranın hak ve yükümlülüklerini doğrudan etkileyen bir ihtilaf konusunda kendisini savunamadığı sonucuna varmaktadır.

Görüldüğü gibi, İHAM, davanın ihbarı konusunda inceleme yaparken, müdahilin davaya katılmasından sonra uyuşmazlıktaki konumuna da işaret etmektedir.

Müdahilin kendisini, daha doğru bir ifade ile dava konusu işlemin hukuka uygun olduğunu savunabilmesi, ancak usul hükümlerinin öngördüğü hukuksal işlemleri, yanında katıldığı davalı idare o işlemi yapmamış bile olsa, tek başına da yapabilmesine bağlıdır. Aksi takdirde, etkin bir erişim hakkından söz edilemez.

Somut uyuşmazlıkta müdahaleye ilişkin hükümlerin İHAM kararındaki hukuksal yaklaşım doğrultusunda yorumlanması "adil yargılanma" ilkesinin gereği olmaktadır.

Bu çerçevede, katılma anından sonra, yanında katıldığı taraf başvurmasa bile, müdahilin her türlü usul işlemlerini yapabileceği, bilirkişi incelemesi talep edebileceği, yürütmenin durdurulması ile ilgili olarak talepte bulunabileceği, kanun yollarına başvurabileceği ..."[89]

Danıştay 17. Daire, davalı yanında müdahilin, davalı taraf başvurmasa bile, kanun yoluna başvurabileceği görüşündedir. Daireye göre;

"… İdari işlemlerin yargısal denetiminde işlemi tesis eden makam olarak kamu idareleri davalı konumunda yer almalarına rağmen, söz konusu idari işlem ile farklı bir statü sahibi olan üçüncü kişiler, idari işlemin hukukiliğini koruması ya da iptali sonucunu doğuracak yargı kararından, davalı konumundaki idarelerden daha fazla etkilenebilmektedirler… müdahilin sadece davalı idare ile birlikte hareket edebileceği ve tek başına kanun yoluna başvuramayacağının mutlak bir şekilde kabulü halinde, davalı idarelerin kanun

[89] Örneğin, Danıştay 15. Daire, 05.11.2015 tarih E: 2015/8384, K: 2015/ 7013.

yoluna başvurmamaları durumunda, davalı yanında müdahil konumunda bulunan üçüncü kişilerin, … hak arama özgürlüğünün temin edilememesi, bir başka ifadeyle mahkemeye erişim hakkının kısıtlanması söz konusu olabilecektir. Bu şekilde yapılacak bir yorum, yukarıda yer alan düzenlemelere ve Mahkeme kararlarına aykırılık teşkil edecek, mahkemeye erişim hakkının özünü zedeleyecektir."[90]

Daire, davalı idare yanında müdahilin tek başına kanun yoluna başvurabilmesi için uyuşmazlık konusu işlemin müdahili doğrudan ilgilendirmesi gerektiği görüşündedir. Daire kararına göre, sadece davacıya ait bir hakkı ilgilendiren işlemlerle ilgili uyuşmazlıklarda, davalı yanında müdahil tek başına kanun yoluna başvuramayacaktır.[91]

Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu da, 6100 sayılı Kanun uyarınca, davanın taraflarından olmayan, dava sonucunda hakkında hüküm kurulmayan ve ancak yanında katıldığı tarafa yardımcı olabilen müdahilin, yanında davaya katıldığı tarafın kanun yollarına başvurmaması durumunda, tek başına kanun yollarına başvurmasına hukuken olanak bulunmadığı görüşündedir.[92]

Değerlendirme

6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 68'inci maddesinin

---

90 Danıştay 17. Daire, 26.02.2015 tarih, E: 2015/9703, K: 2015/264 (Davacılar bahçelerinin önünde bulunan taş ocağı ve kırma-eleme tesisinden çıkan tozun çevreye ve insan sağlığına zararlı olduğu gerekçesiyle Madencilik Faaliyetleri İçin İşyeri Açma ve Çalışma Ruhsatlarının iptali istemiyle dava açmışlar, şirket davalı idare yanında davaya katılmıştır.); 08.05.2015 tarih, E: 2015/9316, K: 2015/1943 (Madencilik faaliyeti yürütülen alanda kalker cevheri tespit edilmesi üzerine, şirket tarafından mera vasfının değiştirilmesi istemiyle davalı idareye başvurulmuştur. Mera vasfının değiştirilmesi işleminin iptali istemiyle meradan yararlanan bir vatandaş ile mahalle muhtarlığı tarafından açılan davada şirket davalı idare yanında davaya katılmıştır.)

91 Danıştay 17. Daire; 08.05.2015 tarih, E: 2015/10105, K: 2015/1756 (Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 68. ve 69. maddeleri uyarınca dava konusu işlemin müdahil şirketi doğrudan ilgilendirmediği de göz önüne alınırsa müdahilin tek başına temyiz isteminde bulunmasına hukuken olanak bulunmamaktadır. Açıklanan nedenle, müdahilin temyiz isteminin incelenmeksizin reddine…); 14.05.2015 tarih, E: 2015/5939, K: 2015/2101 (…işlem tarihinde söz konusu yerin mülkiyetinin… Belediyesine ait olduğunun görüldüğü, taşınmaz üzerinde korunabilir herhangi bir hakkı bulunmayan müdahilin Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 68. ve 69. maddeleri uyarınca tek başına temyiz isteminde bulunmasına hukuken olanak bulunmadığı…)

92 Danıştay İDDK, 10.06.2015 tarih; E: 2015/2096, K: 2015/2568.

birinci fıkrasındaki "fer'i müdahilin, yanında katıldığı tarafın yararına olan iddia veya savunma vasıtalarını ileri sürebileceği, onun işlem ve açıklamalarına aykırı olmayan her türlü usul işlemlerini yapabileceği" hükmünün davalı yanında müdahile tanıdığı usule ilişkin haklar konusunda Danıştay daireleri kararlarında farklılıklar bulunmaktadır.

İdari yargı alanına giren ve yukarıda örnekleri verilen birçok davada, uyuşmazlık konusu idari işlem veya eylemle bu işlemlerden yararlananlar ya da idari eylemleri gerçekleştiren kişiler arasındaki bağ, 6100 sayılı Kanun'da belirtilen "fer'i" kavramının çerçevesine sığamayacak kadar kuvvetli, doğrudan bir bağdır.

Bu işlem veya eylemler nedeniyle açılan iptal ve/veya tam yargı davalarının idareler aleyhine sonuçlanması halinde, bu konudaki mahkeme kararının icabına göre işlem yapmak, Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın 138'inci maddesinin dördüncü fıkrası ile 2577 sayılı Kanun'un 28'inci maddesinin birinci fıkrasının emridir.

Mahkeme kararının icabına göre yapılacak işlem, doğrudan dava konusu işlemden yararlanan ya da idari eylemi gerçekleştiren kişiyi etkileyecektir.

Bu durum, idari yargının görev alanına giren uyuşmazlıklarda "davanın ihbarı" konusunda farklı bir yaklaşıma ihtiyaç göstermiştir. Çünkü 4001 sayılı Kanun gerekçesinde de belirtildiği üzere, çoğu kez tarafların davayı ihbar etmemeleri nedeniyle üçüncü kişilerin hak kaybına uğradıkları tespit edilmiştir. Bu suretle, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 31'inci maddesine, 10.06.1994 tarih ve 4001 sayılı Kanun'la "davanın ihbarının re'sen yapılması" hükmü eklenmiştir.

Gerek mülga 1086 sayılı Kanun gerek 6100 sayılı Kanun'da fer'i müdahalenin tahkikat sona erinceye kadar mümkün olduğu belirtilmekte ise de Danıştay uygulamalarında kanun yolu aşamasında da müdahale isteminin kabul edildiği görülmektedir.[93] Bu yargısal yaklaşımın nedeni, davalı yanında müdahil ile dava konusu işlem veya eylem arasındaki doğrudan bağdır.

Diğer taraftan, mülga 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri

[93] Danıştay; 15. Daire, 26.04.2013 tarih, E: 2013/4187; 17. Daire, 30.03.2015 tarih, E: 2015/8883; 06.10.2015 tarih, E: 2015/9740; 11.11.2015 tarih, E: 2015/10641

Kanunu'nun 57'nci maddesinde yer alan "müdahilin iltihak ettiği tarafla birlikte hareket edeceği" hükmü 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda yer almamıştır.

6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 66'ncı maddesine göre, üçüncü kişi, davayı kazanmasında hukuki yararı bulunan taraf yanında ve ona yardımcı olmak amacıyla, tahkikat sona erinceye kadar, fer'î müdahil olarak davada yer alabilir.

Kanun'un 68'inci maddesine göre ise, müdahil, yanında katıldığı tarafın yararına olan iddia veya savunma vasıtalarını ileri sürebilir; onun işlem ve açıklamalarına aykırı olmayan her türlü usul işlemlerini yapabilir. Maddenin gerekçesinde belirtilen; "...yargılamanın süjeleri, yargılamadaki durumlarıyla bağlantılı şekilde hukukî dinlenilme hakkına sahiptirler…" ifadesi, idari yargılama hukukunda davalı yanında müdahilin dava konusu idari işlem veya eylemle doğrudan bağına işaret etmektedir.

Bu nedenle, üçüncü kişinin, mahkemenin davayı talep üzerine veya re'sen ihbar etmesi üzerine ya da kendiliğinden davalı yanında davaya katılmasından sonra, uyuşmazlığın çözümü sürecinde kullanabileceği usule ilişkin hakları, müdahil ile dava konusu işlem veya eylem arasındaki doğrudan bağ göz önünde bulundurularak ele alınmalıdır.

Davalı yanında müdahilin, davalı idare yararına olan usul işlemlerini tek başına yapabilmesi için, "genel yetkili bir temsilci derecesinde" yetkili olarak kabul edilmesi görüşü[94] müdahilin idari işlem veya eylem ile doğrudan bağını gereği gibi ortaya koymamaktadır.

İHAM' a göre, yargıya erişim hakkı, Sözleşmenin 6'ncı maddesinin "yargılanma hakkı" ile ilgili birinci fıkrasının sadece bir yönünü oluşturmaktadır. Erişim hakkının etkin olabilmesi için, haklarına müdahale edilen kişinin açık ve kesin bir şekilde bu işleme itiraz edebilmesi gerekir. Ayrıca, bu kural yalnızca açılmış olan bir dava için değil, aynı zamanda "sivil haklarından birinin yasal olmayan yollarla çiğnendiğini düşünen ve 6'ncı maddenin 1'inci fıkrasındaki hükümlere uygun olarak bir mahkeme önünde itiraz etme imkânı bulamayan herkes için" geçerlidir.

---

94 Ender Türk, "6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu Işığında İdari Yargılama Hukukunda Üçüncü Kişilerin Davaya Müdahalesi", *Anadolu Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi*, 2013, Cilt 13, Eylül, sayfa 112.

Hukuksal gelişmeler, Danıştay içtihatları ve İHAM kararı bir arada değerlendirildiğinde, davalı yanın başvurmaması nedeniyle davalı yanında müdahilin kanun yollarına başvurusunun incelenmeksizin reddedilmesi Sözleşmenin 6'ncı maddesinin ihlali sonucunu doğuracaktır.

İdari yargılama usulünde taraflardan birisi idare olup, uyuşmazlık idari işlem veya eylemin hukuka uygun olup olmadığına ilişkindir. Bu nedenle, bu uyuşmazlıkların çözümünde önem taşıyan ve 2577 sayılı Kanun'un 31'inci maddesinde 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'na atıf yapılan hususların da, idari yargının özelliğine göre ayrıca düzenlenmesini gerektirmektedir.

Nitekim "davanın re'sen ihbarı" konusu bu özelliğin ortaya çıkardığı, "hak kayıplarını önleme" ihtiyacını karşılamak amacıyla 2577 sayılı Kanunun 31'inci maddesine eklenmiştir. Bu adım gerekli ancak tek başına eksiktir. Maddede 6100 sayılı Kanun'a atfı yapılan hususlarla birlikte "davaya müdahale" konusu, 6100 sayılı Kanun'a atıf yapmak yerine idari yargının özelliğine göre 2577 sayılı Kanunda ayrıca düzenlenmelidir. Bu çerçevede, müdahilin yanında katıldığı tarafın (çalışma bakımından davalının) yararına olan iddia ve savunma araçlarını ileri sürebileceği, onun işlem ve açıklamalarına aykırı olmayan her türlü usul işlemlerini yapabileceği, bu çerçevede yürütmenin durdurulması kararına itiraz edebileceği, keşif ve bilirkişi incelemesi talep edebileceği, kanun yollarına başvurabileceği düzenlemede yer almalıdır.

Ancak bu hususstaki Kanun değişikliği, içtihatların, davalı yanında müdahilin tek başına usule ilişkin işlemleri yapma, kanun yollarına başvurabilme hakkının bulunduğu doğrultusunda gelişmesine bağlıdır.

Kaynakça

Kitap, Makale ve Tebliğler

Aslan Ahmet, Sınmaz Emin, Dündar Tuncay, İdari Yargılama Usulü İle İlgili Danıştay İdari Dava Daireleri Genel Kurulu Kararları, Turhan Kitabevi, Ankara 2005

Aslan Ramazan, Yılmaz Ejder, Taşpınar Ayvaz Sema, Medeni Usul Hukuku, İkinci Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2016

Candan Turgut, Açıklamalı İdari Yargılama Usulü Kanunu, Dördüncü Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2011

Çağlayan Ramazan, İdari Yargılama Hukuku, Beşinci Baskı, Seçkin Yayın, Ankara 2014

Erkut Celal, "İdari Yargının Yeniden Yapılandırılmasında Yargılama Hukuku Kurallarının Etkinleştirilmesi Sorunu", İdari Yargının Yeniden Yapılandırılması ve Karşılaştırmalı İdari Yargılama Usulü, Sempozyum, Ankara 11 - 12 Mayıs 2001, 133. Yıl, Danıştay Yayın No: 63

Gözübüyük A. Şeref, Dinçer Güven, İdari Yargılama Usulü, Kanun, Açıklama, İçtihat, 2. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara 2001

A. Şeref Gözübüyük, Turgut Tan, İdare Hukuku, Cilt: II, İdari Yargılama Hukuku, Turhan Kitabevi, Ankara 1999

Günday Metin, "Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu Hükümlerinin İdari Yargıda Uygulama Alanı", İdari Yargının Yeniden Yapılandırılması ve Karşılaştırmalı İdari Yargılama Usulü, Sempozyum, Ankara 11-12 Mayıs 2001, 13. Yıl, Danıştay Tasnif ve Yayın Bürosu Yayın No: 63, Ankara 2003

Kalafat Ahmet, İdari Yargılama Usulü Kanunu'na Göre Üçüncü Şahısların Davaya Katılması (Fer'i Müdahale), TBB Dergisi, Sayı 73, 2007

Kaplan Gürsel, İdari Yargılama Hukuku, Ekin Basım Yayın Dağıtım, Bursa 2016

Kuru Baki, Hukuk Muhakemeleri Usulü, Altıncı Baskı, cilt 4, Demir - Demir Yayın No:5, İstanbul 2001

Baki Kuru, İstinaf Sistemine Göre Yazılmış Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı, Yetkin Yayınları, Ankara 2017

Onar Sıddık Sami, İdare Hukukunun Umumi Esasları, Cilt III, 3. Bası, İsmail Akgün Matbaası, İstanbul 1966

Pekcanıtez Hakan, "İdari Yargıda Fer'i Müdahil Hükmü Tek Başına Temyiz Edebilir mi? (Karar Tahlili)" Prof. Dr. Turhan Tufan Yüce'ye Armağan, DEÜ Yay., İzmir 2001

Pekcanıtez Hakan, Atalay Oğuz, Özekes Muhammet, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Hükümlerine Göre Medeni Usul Hukuku, 12. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara 2011

Türk Ender, "6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu Işığında İdari Yargılama Hukukunda Üçüncü Kişilerin Davaya Müdahalesi", *Anadolu Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi*, 2013, Cilt 13, Eylül,

Yasin Melikşah, "İdari Yargılama Usulünde Davaya Müdahale", *İÜHFM* C. LXIX, S. 1 – 2, 2011

Yılmaz Zekeriya, Açıklamalı İçtihatlı 6100 sayılı HMK (Hukuk Muhakemeleri Kanunu) ve Getirdiği Yeni Hükümler, Adalet Yayınevi, Ankara 2012

Resmi Gazete

18.06.1994 tarih, 21964 sayı

09.06.2004 tarih, 25487 sayı

04.02.2011 tarih, 27836 sayı

Diğer Resmi Belgeler

http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-124047

https://www.tbmm.gov.tr/tutanaklar/Tutanak/TBMM/d19/c062/tbmm19062115ss0409.pdf

https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem23/yil01/ss393.pdf

Yargı Kararları

Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu

23.03.2001 tarih, E: 2001/171
29.06.2001 tarih, E: 2001/171, K: 2001/613
08.04.2010 tarih, E: 2008/275, K: 2010/590
10.06.2015 tarih; E: 2015/2096, K: 2015/2568

Danıştay 6. Daire

11.04.2006 tarih, E: 2004/2133, K: 2006/1846
02.10.2007 tarih, E: 2007/6437, K: 2007/5324
22.07.2011 tarih, E: 2011/6190
23.09.2011 tarih, E. No: 2009/4622, K. No: 2011/3340
11.07.2012 tarih, E: 2012/3756
14.08.2012 tarih, E: 2012/4636
28.11.2012 tarih, E:2012/3666
03.12.2012 tarih, E:2010/3222, K: 2012/7225
31.01.2013 tarih, E: 2013/242
06.02.2013 tarih, E: 2012/6836
14.11.2013 tarih, E: 2013/7135, K: 2013/6908
31.03.2014 tarih, E: 2014/2025
02.07.2014 tarih, E: 2014/5380, K: 2014/5127
06.11.2014 tarih, E: 2014/8352
25.12.2014 tarih, E: 2014/10384
30.12.2014 tarih, E: 2014/10248
25.03.2015 tarih, E: 2015/1569
15.04.2015 tarih, E: 2015/2598
22.04.2015 tarih; E:2011/4552, K: 2015/2559
03.06.2015 tarih, E: 2015/4246
11.06.2015 tarih; E: 2015/4929, K: 2015/4130
10.08.2015 tarih, E: 2015/5545
06.10.2015 tarih, E: 2015/8444
12.10.2015 tarih, E: 2015/8304
30.11.2015 tarih, E: 2015/8811
30.11.2015 tarih, E: 2015/10443
04.02.2016 tarih, E: 2015/3258, K: 2016/426

Danıştay 8. Daire

25.11.1993 tarih, E: 1992/2953, K: 1993/3867
02.10.1997 tarih, E: 1995/3012, K: 1997/2568
17.01.2002 tarih, E: 2001/2933, K: 2002/232
18.04.2002 tarih, E: 2002/1396, K: 2002/2405
24.09.2002 tarih, E: 2002/3918, K: 2002/4292

14.07.2009 tarih, E: 2009/6033, K: 2009/4574
01.11.2010 tarih, E: 2010/8550, K: 2010/5687
30.10.2012 tarih, E: 2012/9083, K: 2012/8175
06.11.2012 tarih, E: 2012/9023, K: 2012/8526
08.11.2012 tarih, E: 2012/9522, K: 2012/8777
08.11.2012 tarih, E: 2012/9668, K: 2012/8783
27.11.2012 tarih, E: 2012/9930, K: 2012/9698
13.12.2012 tarih, E: 2012/10408
13.05.2013 tarih, E: 2013/3637, K: 2013/3856
04.06.2013 tarih, E: 2013/4815
26.06.2013 tarih, E: 2013/4798
03.02.2014 tarih, E: 2014/532
26.05.2014 tarih, E: 2014/4295, K: 2014/4207
05.08.2014 tarih, E: 2014/6540
12.08.2014 tarih, E: 2014/6645
12.11.2015 tarih, E: 2014/5926
18.04.2016 tarih, E: 2014/5926
29.01.2016 tarih, E: 2012/6447
15.02.2006 tarih, E: 2006/453, K: 2006/607
07.09.2016 tarih, E: 2012/6447
03.03.2016 tarih; E: 2014/11510
20.09.2016 tarih, E: 2015/6380

Danıştay 10. Daire

22.03.1996 tarih, E: 1995/213, K: 1996/1627
15.11.2000 tarih, E: 2000/1631, K: 2000/5737
18.01.2001 tarih, E: 1998/3545, K: 2001/118
12.02.2001 tarih, E: 1998/4049, K: 2001/452
06.05.2003 tarih, E: 2003/1728, K: 2003/1550
26.06.2003 tarih, E: 2003/2767, K: 2003/3114
30.12.2003 tarih, E: 2003/5645, K: 2003/5420
06.05.2004 tarih, E: 2004/6806, K: 2004/4415
11.06.2004 tarih, E: 2004/8238
25.04.2005 tarih, E: 2005/2737, K: 2005/2083
24.01.2006 tarih, E: 2006/238, K: 2006/49
13.03.2006 tarih, E: 2006/1285, K: 2006/1866
13.03.2007 tarih, E: 2005/2547, K: 2007/1089
13.07.2007 tarih, E: 2007/4374
10.12.2007 tarih, E: 2007/8218, K: 2007/5991
15.05.2008 tarih, E: 2008/3508
11.06.2010 tarih, E: 2007/4932, K: 2010/5301
22.06.2010 tarih, E: 2010/5445, K: 2010/5530

21.09.2011 tarih, E: 2011/8467, K: 2011/3849
21.12.2011 tarih, E: 2011/11400
12.09.2012 tarih, E: 2012/5345
13.12.2012 tarih; E: 2012/8570, K: 2012/6547
09.05.2013 tarih, E: 2013/1923
07.11.2013 tarih, E: 2013/6923
19.03.2014 tarih, E: 2014/1098, K: 2014/1671
27.05.2014 tarih, E: 2014/2322
28.05. 2014 tarih, E: 2014/2730, K: 2014/3562
11.12.2014 tarih, E: 2014/6350, K: 2014/7612

Danıştay 12. Daire
31.12.1970 tarih, E: 1970/1065, K: 1970/2936

Danıştay 13. Daire
19.09.2005 tarih, E: 2005/8022, K: 2005/3998
21.05.2007 tarih, E: 2007/5916, K: 2007/3245
19.11.2008 tarih, E: 2008/11274, K: 2008/7356
24.09.2009 tarih, E: 2009/5509, K: 2009/ 8605
04.12.2009 tarih, E: 2009/4444
10.12.2010 tarih, E: 2010/4729, K: 2010/8410
23.03.2011 tarih, E: 2011/872
04.04.2011 tarih, E: 2011/978, K: 2011/1268
20.07.2011 tarih, E: 2011/2483
30.01.2013 tarih, E: 2012/3723.

Danıştay 14. Daire
27.06.2011 tarih, E: 2011/13110
04.07.2011 tarih, E: 2011/11517
11.07.2011 tarih, E: 2011/11211, K: 2011/411
24.01.2012 tarih, E: 2012/259, K: 2012/195
17.04.2012 tarih, E: 2012/1911
27.11.2012 tarih, E: 2012-6820, K: 2012-8664
23.05.2013 tarih, E: 2013/4046
11.09.2013 tarih, E: 2013/7252, K: 2013/5800
24.09.2013 tarih, E: 2011/15025, K: 2013/6283
30.01.2014 tarih, E: 2013/11035, K: 2014/1249
04.02.2014 tarih; E: 2103/3862
20.03.2014 tarih, E: 2014/1919, K: 2014/3784
26.03.2014 tarih, E: 2014/1955
21.04.2014 tarih, E: 2014/3324
18.06.2014 tarih, E: 2014/4791
17.12.2014 tarih, E: 2014/10282

01.04.2015 tarih, E: 2015/1202
07.04.2015 tarih, E: 2014/11397
03.06.2015 tarih, E: 2015/4511, K: 2015/4856
28.12.2015 tarih, E: 2015/8234

Danıştay 15. Daire

11.04.2013 tarih, E: 2013/3454
05.06.2013 tarih, E: 2013/8464, K: 2013/408
26.12.2013 tarih, E: 2013/9243
25.02.2014 tarih, E: 2013/13087
08.05.2014 tarih, E: 2014/2321
03.06.2014 tarih, E: 2013/2009
08.07.2014 tarih, E: 2014/4589, K: 2014/5854
08.07.2014 tarih, E: 2014/4963
12.11.2014 tarih, E 2014/4555
29.01.2015 tarih, E: 2015/587, K: 2015/388
04.02.2015 tarih, E: 2015/87
20.02.2015 tarih, E: 2014/4963, K: 2015/991
26.02.2015 tarih, E: 2014/9189, K: 2015/1164
24.06.2015 tarih, E: 2015/5216, K: 2015/4377
24.06.2015 tarih, E: 2015/4746, K: 2015/4378
05.11.2015 tarih, E: 2015/8384, K: 2015/7013

Danıştay 17. Daire

19.02.2015 tarih, E: 5596
26.02.2015 tarih, E: 2015/9703, K: 2015/264
08.05.2015 tarih, E: 2015/9316, K: 2015/1943
08.05.2015 tarih, E: 2015/10105, K: 2015/1756
14.05.2015 tarih, E: 2015/5939, K: 2015/2101
04.06.2015 tarih, E: 2015/10533
10.09.2015 tarih, E: 2015/12279
30.09.2015 tarih, E: 2015/12119
16.10.2015 tarih, E: 2015/12440

İdare Mahkemeleri

Antalya 1. İdare Mahkemesi, 15.05.2012 tarih, E: 2011/869, K: 2012/662
Antalya 2. İdare Mahkemesi, 30.04.2009 tarih, E: 2008/311, K: 2009/646
Erzurum İdare Mahkemesi, 19.11.2002 tarih, E:2002/58, K:2002/1481
Eskişehir 1. İdare Mahkemesi, 27.02.2014 tarih, E: 2013/70, K: 2014/200
Gaziantep 2. İdare Mahkemesi, 09.01.2013 tarih, E: 2011/1814, K: 2013/11
İstanbul 1. İdare Mahkemesi, 29.03.2001 tarih, E: 2000/459, K: 2001/436

VERGİ AFFINDAN YARARLANAN MÜKELLEF İÇİN MÜTALAA GERİ ALINABİLİR Mİ?

CAN A LEGAL OPINION BE WITHDRAWN FOR THE SAKE OF TAXPAYER WHO TAKE ADVANTAGE OF TAX AMNESTY?

Ercan SARICAOĞLU*

Özet: Bazı alacakların yeniden yapılandırılması, matrah artırımı, vergi barışı gibi ifadelerle çıkartılan ve vergi affı niteliğine sahip kanuni düzenlemeler sayesinde mükellefler, vergi borçları, idari para cezası mahiyetini haiz vergi cezaları, gecikme zamları, gecikme faizleri vb. kamu alacaklarını yapılandırabilmektedirler. Ancak yapılan düzenlemelerde, kamu alacaklarının doğum sebebi olabilen vergi kaçakçılık suç ve cezaları af kapsamına dâhil edilmemektedir. Zira karşılığında bir ceza mahkûmiyeti öngörülen suçlar, Anayasa, m.87'de ifade edilen genel-özel af biçiminde affedilebilmektedir. Böylece vergiye uyum sorununu çözme eğiliminde bulunan ve belli şartları kabullenerek borcunu yapılandıran mükellef, aynı fiilin cezai sonuçları nedeniyle ceza yargılamasında şüpheli-sanık olabilmekte ve hakkında ceza hükmü verilebilmektedir. Çalışmamızda vergi affı düzenlemeleriyle borcunu yapılandıran mükellef için bir muhakeme koşulu olan mütalaanın hüküm kesinleşinceye kadar, vergi idaresi tarafından geri alınabilmesinin mümkün olup olmadığı değerlendirilmektedir.

Anahtar Kelimeler: Vergi Affı, Mütalaa, Geri Alma, Vergi Kaçakçılığı, Vergi İdaresi

Abstract: Tax debts, tax penalties, late payments, delinquent tax-due, delay interest etc. can be made through tax amnesty laws, which are put into effect by restructuring of some receivables, tax base increase, tax reconciliation. However, tax evasion crimes and punishments, which may be the reason for the birth of public receivables, are not included in the amnesty. Because the offenses for which criminal convictions are imposed can be forgiven in the form of general-specific amnesty expressed in Article 87 of the Constitution. Thus, the taxpayer who tends to solve the problem of compliance with the tax and constructs the borrower by accepting certain conditions, may be suspected and accused in the criminal proceedings due to the criminal consequences of the same act and can be given criminal judgment. In our work, it is evaluated whether it is possible for the taxpayer to withdraw the "legal opinion" by the tax administration until the judgment becomes final.

Keywords: General Release, Point of View, Tax Evasion, Tax Administration

* Yrd. Doç. Dr., Karadeniz Teknik Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Mali Hukuk ABD., esaricaoglu@ktu.edu.tr. ORCID: 0000-0002-7065-3977

GİRİŞ

Siyasi, sosyal, idari veya teknik ihtiyaçları karşılama nedenlerine istinaden ülkemizde sıklıkla başvurulan bir kurum olan af, vergi hukukunda devletin bir kısım alacağından vazgeçerek gelir kaybını telafi etmesine odaklanmaktadır. Devlet, vergi kanunları aracılığıyla bireyler ile arasında kamusal bir borç ilişkisi kurarken, bu ilişkinin alacaklısı olmanın ötesinde, kuralı koyan ve uygulayan otorite sıfatını haizdir. Dolayısıyla alacaklı devlet, özel bir borç ilişkisinin alacaklısı olmanın sağladığı tasarruf yetkisinden daha fazla hak ve yetkilere sahip olabilmektedir. Vergi affı, hukuki bir araç olarak böyle bir anlayışla anlam kazanır. Devletin kendi koyduğu kurallara uyulmamasına rağmen bir telafi imkânı tanıması, cezalandırma yetkisinden kanunla vazgeçilerek, belli şartlar altında vergi alacağı veya cezasının kısmen veya tamamen hukuki sonuçlarıyla ortadan kaldırılması vergi aflarına hukuki çerçeve çizer.

Diğer taraftan kavram olarak vergi affı tabirini kullanıyor olsak da kanun koyucu bu terimi tercih etmemekte ve bu mahiyetteki kanunları genelde "bazı alacakların yeniden yapılandırılması" vb. ifadelerle çıkartmaktadır.[1] Böyle bir yaklaşımın af kavramının dürüst mükelleflerde oluşturacağı eşitlik ilkesine dair zafiyet endişelerini ortadan kaldırma nedenine bağlı olarak algısal bir yönlendirme olduğunu ifade etmek yanlış olmayacaktır.

Vergi affı niteliğini haiz vergi borcu ve/veya cezaların yeniden yapılandırılması kurumu, kapsam ve mahiyet itibariyle vergilendirme alanında birçok uyuşmazlığın çözümüme imkân tanımakla beraber önemli bir sorunu tartışma ihtiyacına vesile olmaktadır. Zira vergi borcu ve/veya cezaların yeniden yapılandırılması adı altındaki vergi afları genelde, vergi borcu/cezası doğumunun sebebi olma ihtimali bulunan vergi suçlarını ve bu suçlar dolayısıyla yapılacak ceza yargılamalarını doğrudan kapsamamaktadır. Bu halde vergi hukuku açısından sorununu çözen ve bu konuda vergi idaresi ile bir çözüm yolu arayan mükellef, ceza yargılamasında sanık sıfatıyla yargılanıyor olabilmektedir. Vergi kanunlarına itaatsizlik halinde doğacak hukuki

---

1 Nihal Saban, "Vergi Suçlarında Affı Anayasa İle Sorunsallaştırmak", *Anayasa Dergisi*, Ankara 2001, C.18, s.455.

sonuçların bir taraftan vergisel, diğer taraftan ceza hukuku anlamında cezai yaptırımlara maruz kalması, vergi aflarının hukuki sonuçlarının ise vergisel/mali sonuçlara odaklanması uygulama açısından böyle bir tartışmalı sorunu gündeme getirebilmektedir.

Çalışmamızda, mükellefin vergi aslı ve/veya idari para cezası mahiyetindeki vergi cezalarını yapılandırma yoluyla ortadan kaldırmasına rağmen, aynı fiilin neden olduğu vergi kaçakçılığı suçu dolayısıyla ceza yargılamasında sanık sıfatıyla yargılanmasının (veya soruşturma aşamasında şüpheli) vergi aflarına olan uyumu irdelenerek, mükellef lehine çözüm alanı açabilecek hukuki bir tartışmayı ele almaktayız. Bu doğrultuda vergi kaçakçılığı suçunun yargılanmasında bir "muhakeme/yargılama koşulu" olan "mütalaa" kurumunun, vergi affından yararlanarak borcunu yapılandıran mükellef için verildikten sonra vergi idaresi tarafından, soruşturma veya kovuşturma aşamalarında hüküm kesinleşinceye kadar geri alınabilmesi ve bu yolla ceza yargılamasının sonlanabilmesi hususunu hukuki açıdan sorgulamaktayız.

Mükellef ile devlet arasındaki kamusal bir borç ilişkisinin, vergilendirme düzenindeki doğal akışın dışına çıkılarak son bulması, vergi borç ve cezaların olması gerekenden farklı bir sebebe dayanılarak ortadan kaldırılması, vergi aflarına dair meşruiyet zeminini tartışılır kılsa da çalışmamızda hâlihazırda sıklıkla başvurulan bir kurum olan vergi affının, farklı bir düzlemde ceza yargılaması boyutundaki sonuçlarını irdelemekteyiz.

1. TÜRK VERGİ HUKUKU'NDA VERGİ AFLARI

1.1. Hukuk Sistemimizde Genel Olarak Af

Sözlük anlamı itibariyle "bir suçun, bir kusurun veya bir hatanın bağışlanması" anlamına gelen af,[2] hukuki bir terim olarak bir yargı tasarrufu olmaksızın ceza ve infaz ilişkisinin ortadan kaldırılmasıdır.[3]

---

2 http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_gts&arama=gts&guid=TDK.GTS.599ac4fd4bc4e4.43429212 (08.08.2017).

3 Adem Sözüer, "Türk Hukukunda Af, 4454 ve 4616 sayılı Kanunlarda Öngörülen Şartla Salıverilme ve Ertelemeye İlişkin Hükümlerin Hukuksal Niteliği ve Bu Hükümlerin Anayasaya Uygunluğu Sorunu", *Anayasa Yargısı Dergisi*, Ankara 2001, C.18, s.223.

"Suç işleyen bir kimsenin takip edilerek ya da cezalandırılarak toplumsal gücün kullanılmasından, adalet ya da genel yarar düşüncesi ile tamamen veya kısmen vazgeçilmesi" af kavramının içeriğini belirleyen ifadedir.[4]

Af, anayasa ve ceza hukuku alanlarında teorisini bulan ve pozitif düzenlemeler itibariyle kaynak ve kapsamını bu hukuk alanlarındaki mevzuatlarda belirginleştiren bir kurumdur. Bu doğrultuda af kaynağını anayasalardan alırken, affın teknik yönleri ceza kanunlarında şekillenmektedir. Böylece af, bazen kamu davasını düşüren, kesinleşmiş bir ceza mahkûmiyetini bütün kanuni sonuçlarıyla birlikte ortadan kaldıran bazen de kesinleşmiş bir cezanın kısmen veya tamamen infazını önleyen veya başka bir cezaya dönüştüren yasama veya yürütme organına ait bir kamu hukuku işlemi olarak bilinmektedir.[5]

Türk Hukuk Tarihi incelendiğinde kul hakkına ilişkin suçlarda af yetkisinin mağdura, Allah hakkına ilişkin suçlarda af yetkisinin, kadı veya padişaha ait olduğu Osmanlı döneminde, afla ilgili ilk yazılı düzenlemenin 1858 Ceza Kanunname-i Hümayunu'nda yapıldığı ve bu düzenlemeyle af yetkisinin padişaha verildiği görülebilmektedir. 1876 Anayasası'nın ilk şeklinde bu yapı korunmuş, 1909 tarihinde yapılan değişiklikle özel af yetkisi padişahın elinde bırakılarak, genel af yetkisi meclisin onay şartına bağlanmıştır.[6]

1921 Anayasası'nda affa ilişkin herhangi bir hüküm yer almamış, 1924 Anayasası'nda ise genel af, özel af, takibat ve cezanın tecili olmak üzere üç ayrı kurum düzenlenmiştir. Bu üç yetki meclise verilerek, Cumhurbaşkanı'na hastalık, yaşlılık gibi sebeplerle özel af çıkartma yetkisi tanınmıştır. 1961 Anayasası'nda genel-özel af şeklindeki ayrımla, af yetkisi meclise verilmiş Cumhurbaşkanı'na ise sınırlı bir şekilde özel af çıkartma yetkisi bırakılmıştır.[7]

---

4 Nihat Edizdoğan ve Erhan Gümüş, "Vergi Afları ve Türkiye'de Vergi Aflarının Değerlendirilmesi", *Maliye Dergisi*, Ankara 2013, S.164, s.100.

5 Ayhan Döner, "Cezai ve İdari Yaptırımların Farklılığı Bağlamında TBMM'nin Af Yetkisi," *Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi,* Erzincan 2008, C.XII, S.3-4, 2008, s.34.

6 Doğan Soyaslan, "Af", *Anayasa Yargısı Dergisi*, Ankara 2001, C.18, s.6.

7 Sibel Can, "Türk Hukukunda Af Kurumu", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Ankara 2016, C.65, S.4, s. 2016, 1294.

Bugün itibariyle Türk Hukuk Sistemi'nde af kavramına dair hukuki dayanak, 1982 Anayasası m.87 ve m.104'de TBMM ve Cumhurbaşkanı'na ait olan af yetkileriyle şekillenmektedir. Anayasa m.87'de "… TBMM üye tam sayısının beşte üç çoğunluğunun kararıyla genel ve özel af ilanına … karar vermeye yetkilidir" ifadeleri ve m.104'de "… sürekli hastalık, sakatlık ve kocama sebebi ile belirli kişilerin cezalarını hafifletmek veya kaldırmak…" ifadeleri ile af konusu, iki farklı noktadan düzenleme altına alınmıştır. Bu halde genel ve özel olarak nitelenen af çıkartma yetkisinin TBMM'ye ait olduğu ve bu yetkinin kanun biçiminde, nitelikli oy (3/5) çokluğunu (2001 yılında ilave edilmiştir) sağlamak suretiyle kullanılabileceği belirginleşmektedir.

Genel ve özel af konusunda Anayasa, TBMM'yi iki konuda sınırlandırmaktadır. Öncelikle Anayasa m.189'a göre münhasıran orman suçları için genel ve özel af çıkarılamayacak ve ormanları yakmak, yok etmek veya daraltmak amacıyla işlenen suçlar, genel ve özel af kapsamına alınamayacaktır. Ayrıca Anayasa m.14'de ifade edilen fiillerden hüküm giyenler için de af çıkartılamamaktadır.[8] Diğer taraftan Anayasa'da belirlenen sebeplere bağlı olarak, sınırlı bir şekilde Cumhurbaşkanı tarafından cezaların hafifletilmesi veya kaldırılması mümkün olabilmektedir.

Hukuki dayanağını 1982 Anayasası'ndan alan affın, teori ve teknik boyutlu yapısına Türk Ceza Kanunu'nda işaret edilmektedir. 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun "Dava ve Cezanın Düşürülmesi" başlıklı dördüncü bölümünde af, davayı ve cezayı düşüren sebepler arasında sayılmakta ve hukuki sonuçları üzerinden genel-özel af ayrımı netleştirilmektedir.

"Af" kenar başlıklı TCK m.65'de şu ifadeler yer almaktadır:

"(1) Genel af halinde, kamu davası düşer, hükmolunan cezalar bütün neticeleri ile birlikte ortadan kalkar.

(2) Özel af ile hapis cezasının infaz kurumunda çektirilmesine son verilebilir veya infaz kurumunda çektirilecek süresi kısaltılabilir ya da adlî para cezasına çevrilebilir.

8 Kemal Gözler, "Karşılaştırmalı Anayasa Hukukunda Af Yetkisi", *Anayasa Yargısı Dergisi*, Ankara 2001, C.18, s.327.

(3) Cezaya bağlı olan veya hükümde belirtilen hak yoksunlukları, özel affa rağmen etkisini devam ettirir."

Buna göre genel af, hem cezayı hem suçu ortadan kaldırır. Özel af ise suçu değil, sadece cezayı ortadan kaldırmaktadır. Diğer bir ifadeyle genel af halinde ceza mahkûmiyetinin bütün cezai sonuçlarıyla birlikte fiilin suç olma niteliği de yok olur. Özel af ise fiilin suçluluk niteliğini değil, hükmedilen cezayı ortadan kaldırır, azaltır veya başka cezaya çevirir. Ayrıca hem genel hem de özel af "toplu" veya "bireysel" olarak iki ayrı türde çıkartılabilmektedir.[9]

Hukuk sistemlerinde affın kabul edilmesinin başlıca sebebi, yapılmış muhtemel haksızlıkların ortadan kaldırılmak istenmesi olarak gösterilir. Ancak bu noktada af yetkisinin sık sık kullanılmasının, cezaların suç işlenmesini önleme amacını gölgede bırakacağı da eleştirel olarak ifade edilmektedir.[10]

Diğer taraftan affın gerekli olup olmadığına dair yapılan tartışmalar bir yana, hangi anayasal organın af çıkartma konusunda yetkili olduğu, af yetkisinin kapsam ve usulü, kuvvetler ayrılığı ilkesi ve buna paralel olarak mahkemelerin bağımsızlığı ve kararların bağlayıcılığıyla doğan çelişki, affedilecekler açısından affın bir hak oluşturup oluşturmadığı, affın bir türünü oluşturan genel afla, şüpheli ve sanığın suçsuzluğunu ispatlama imkânının elinden alınıp alınamayacağı konuları zamanla affa dair hukuken ele alınması gereken sorunlar olarak belirginleşmiştir.[11]

Ancak olgusal bir gerçeklik vardır ki sosyal veya hukuki endişelere rağmen, her devlette az ya da çok "affetme yetkisi" kullanılarak "suçlular" affedilmektedir. Diğer taraftan affedilmenin nesnesi olarak suçlular ele alınsa da, affın farklı hukuki hedeflerinin de bulunduğunu ifade etmek gerekir.

---

9 Gözler, s.299. Bu konuda toplu ve bireysel çıkartılan genel affa dair örnekler için bkz. Duygu Çağlar Doğan, Ceza Hukukunda Af, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2012, s.88. Özel affa dair örnekler için bkz. Doğan, s.177.

10 Ayrıntı için bkz. Sözüer, s.222. Ayrıca bu yöndeki ifadeleri için Mualla Öncel-Ahmet Kumrulu-Nami Çağan, Vergi Hukuku, Ankara 2007, s.220; Nami Çağan, "Türk Hukukunda Vergi Cezalarının Affı", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Ankara 1972, C. 29, S.1, s.122.

11 Döner, s.35-39.

Hatta temelinde siyasi tartışmaların hâkim olduğu ve ceza hukuku odaklı kavramsallaşan af, suçluların affedilmesi üzerine yoğunlaşsa da vergi hukukunda, ceza hukukundan daha sıklıkta görülmektedir.[12] Bu doğrultuda 1982 Anayasası'nda yer almayan, 213 sayılı Vergi Usul Kanunu veya diğer temel vergi kanunlarında düzenlenmemiş "vergi affı" daha girift bir yapı arz etmektedir.

1.2. Vergi Aflarının Hukuki Niteliği

Vergi aflarının hukuki nitelendirmesi, affın konu ve kapsamına bağlı olarak değişkenlik gösterir. Vergi affı kast edildiğinde "vergi hukukunda af" anlaşılır.[13] Bir diğer kavram olarak kullanılan "mali af", vergi ilişkisi dışında kalan ve bütçe uygulamalarından başlayıp, devletin özel hukuk ilişkilerini de kapsayan genişliktedir.[14] Mali affın bir bileşenini ihtiva eden vergi affı, vergi kanunlarına göre tahakkuk ettirilen vergi, resim, harçların tahsil edilememesi durumunda, ortaya çıkan vergi aslı ve ferilerinden şartlı veya şartsız olarak vazgeçilmesidir. Bu itibarla vergi aslı, vergi cezaları, gecikme zammı, gecikme faizi gibi doğumunda temel olarak vergilendirme yetkisinin bir gereği olan mükellefiyetlerin affedilmesi, vergi hukukunda af kavramını karşılar haldedir.

Devletin, kamu harcamalarını finanse etmek amacıyla bireylerden hukuki zor altında aldığı bir kamu geliri olan vergi, vergilendirme yetkisi ile elde edilir. Vergilendirme yetkisinin kullanılması, yani devletin ülkesi üzerinde hukuki ve fiili bir güç kullanarak vergi alması,[15] modern devletlerde "kanun" vasıtasıyla olur. 1982 Anayasası m.73'de yer aldığı şekliyle de ülkemizde vergi, resim, harç ve benzeri mali yükümlülükler kanunla konulur, değiştirilir veya kaldırılır. Vergilerin kanuniliği anayasal ilkesi doğrultusunda, devlet adına vergilere dair tasarruf yetkisi TBMM tarafından kanun biçiminde kullanılabilmektedir.

Bu çerçevede bir kanunla konulan vergi veya ceza, vergi veya cezayı doğuran fiil meydana geldikten sonra yürürlüğe giren bir başka

---

12 Recai Dönmez, Teori ve Uygulamada Vergi Afları, Anadolu Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Doktora Tezi, Eskişehir 1990, s.1.

13 Dönmez, s.11.

14 Yasemin Taşkın, "Vergi Aflarının Hukuki Niteliği ve Gerekçeleri", *Sosyal Bilimler Dergisi*, İstanbul 2010, S.2, s.124.

15 Nami Çağan, Vergilendirme Yetkisi, İstanbul 1982, s.3.

kanunla kaldırılabilir.[16] Bu halde vergi hukukunda af hukuki yapı itibariyle "kanun" formatında oluşmalıdır.

Kanun koyucunun, yeni bir kanuni düzenleme ile düzenlemeden yararlanacaklar açısından vergi ve/veya ceza ödeme ödevini zamanında eksiksiz yerine getirenlere göre avantajlı bir durum oluşturması halinde, adına bakılmaksızın "vergi affı" olarak nitelenen bir düzenlemeden bahsedilmesi gerekir.[17] Bu doğrultuda adı; vergi barışı, tahsilatın hızlandırılması, kaynakların ekonomiye kazandırılması, varlık barışı, kamu alacaklarının yeniden yapılandırması olsa da vergi ödevlerini yerine getirmeyenlerin tabi olacağı hukuki sonuçları hafifleten tüm düzenlemeler vergi affı niteliğindedir.[18]

Vergi affı genel anlamda devletin tek taraflı olarak alacağından vazgeçmesiyle gerçekleşen, vergi cezalarını tamamen veya kısmen sona erdiren bir neden olarak ele alınır.[19] Vergilendirme yetkisinin somutlaşmasıyla birey ile arasında kamusal bir borç ilişkisi yürüten devletin, vergi kanunlarına riayet etmeyen bu nedenle ceza ilişkisi tesis etme imkânı bulunduğu bireye bir fırsat vererek ona yaptırım uygulamaktan vazgeçmesi ve böylece "vergiye uyum" sorunu yaşayan mükellefe, alacaklı devlet tarafından bir imkân önerilmesi bu kapsamda değerlendirilir.

Diğer taraftan esasen vergi cezalarına odaklanan vergi affı, vergi cezalarının yanında vergi aslını da içerebilmektedir. Vergi affını düzenleyen yasalarda, tarh edilmiş vergilerin belli bir süre içinde ödenmesi şartıyla, bunlara ilişkin gecikme zammı ya da gecikme faizlerinin affedileceği de öngörülebilmektedir.[20]

Kanun koyucu, vergi veya cezanın mahiyetine, tarhiyat türüne, vergiyi doğuran olayın tarihine, açılan veya açılacak davadan vazgeçmeye, vergi ve cezanın kesinleşmiş olup olmamasına, cezaların asıl ve ferilerine göre belirleyeceği kapsam ve şartlara bağlı olarak vergi aslı/

16 S. Ateş Oktar, Vergi Hukuku, İstanbul 2011, s.161.
17 Doğan Şenyüz, Vergi Ceza Hukuku, Bursa 2016, s.305.
18 Dönmez, s.10; Şenyüz, s.306. Örneğin 2016 yılında çıkartılan vergi affı niteliğini haiz, 6736 sayılı Bazı Alacakların Yeniden Yapılandırılmasına İlişkin Kanun.
19 Öncel-Kumrulu-Çağan, s.153.
20 Yusuf Karakoç, Vergi Ceza Hukuku, Ankara 2016, s.333.

vergi cezası/gecikme zammı/gecikme faizi veya diğer kamu alacaklarını affetmek suretiyle ortadan kaldırabilmektedir.

Diğer taraftan vergi hukuku içerisinde yer almasına rağmen ilke ve esaslar bakımından ceza hukukuna bağlı olan "vergi suç ve cezaları" vergi hukukunda af niteliğinde değildir. Her ne kadar vergi hukukuyla ilişkisi ve bağı olsa da bu suç ve cezalar için, ceza hukukunda var olan af kurumunun nitelik ve özellikleri esas alınmalıdır. Zira Vergi Usul Kanunu'nda (VUK) yer alan ve karşılığında ceza hukuku anlamında ceza uygulanan hukuka aykırılıklar vergi suçu, karşılığında idari yaptırım (idari para cezası) uygulanan hukuka aykırılıklar vergi kabahati olarak nitelenmektedir.[21] Vergi suçu-vergi kabahati ayrımının en belirgin sonucu, hürriyeti bağlayıcı cezaya muhatap olacak olan vergi kaçakçılığı (VUK, m.359), vergi mahremiyetini ihlal (VUK, m.362), mükelleflerin özel işlerini yapma (VUK, m.363) suçlarının ceza yargılaması usullerine tabi olmasıdır. Vergi ziyaı (VUK, m.341) ve usulsüzlük kabahatleri (VUK, m.351-355) ise vergi idaresi tarafından, idari para cezası ile tecziye edilmektedir. Vergi cezası tabiri kullanıldığında bu idari para cezaları anlaşılmaktadır.

Bu halde karşılığı idari para cezası olan hukuka aykırılıklar, idari para cezalarının esasında bir kamu alacağı olması nedeniyle,[22] vergi hukukunda af içerisinde nitelenebiliyorken, ceza hukuku anlamında ceza yaptırımına maruz kalacak hukuka aykırılıklar ceza hukukunda af içerisinde olmalıdır. Bu halde ikili bir ayrım yapılarak VUK'da yer alan hukuka aykırılıklar ve bunların karşılığının affedilmesi tartışılmalıdır.

Vergi suç ve cezaları, genel ve özel af içerisinde ele alınmalıdır. Zira Anayasa m.87'de, gerek genel af gerekse özel af ilanına konu edilen bir ceza mahkûmiyeti veya bu yöndeki bir tehdittir.[23] Vergi kabahatleri ve karşılığında uygulanan idari yaptırımların ise genel ve özel affından değil sadece affından bahsedilebilir. Bu doğrultuda konu, kapsam, bireysel, toplu af değerlendirmesi vergi aflarına paralel ele alınmalıdır.

21 Şenyüz, s.48; Karakoç, s.79.
22 Dönmez, s.19.
23 Döner, s.49.

Böyle bir ayrımın en belirgin sonucu ise vergi suç ve cezalarının Anayasada öngörülen nitelikli çoğunlukla (3/5) ve İçtüzükte yer alan özel usul ve esaslar çerçevesinde affedilebiliyor oluşudur.

Türkiye Büyük Millet Meclisi İçtüzüğü 'nün beşinci kısmında "özel hükümler" bölümünde, 92. maddede genel ve özel af yetkisinin kullanımına ilişkin şöyle bir düzenleme bulunmaktadır:

"Genel veya özel af ilanını içeren tasarı veya tekliflerin Genel Kurulda kabulü Türkiye Büyük Millet Meclisi üye tamsayısının beşte üç çoğunluğunun kararı ile mümkündür. Gerekli çoğunluk, söz konusu tasarı veya tekliflerin afla ilgili maddelerinde ve tümünün oylamasında ayrı ayrı aranır. Tasarı veya teklif hakkında verilen genel veya özel af ilanını içeren değişiklik önergesinin kabulü halinde, kabul için gerekli beşte üç çoğunluğun tespiti için bu önergenin oylanması açık oylama suretiyle tekrarlanır."

Vergi hukukunda af ise Anayasa m.87'de ifade edilen nitelikte bir af olmadığından bu çerçevede değerlendirilmeyecektir. Vergi hukukunda affın konusunu teşkil edebilen vergi aslı, idari para cezası olan vergi cezası, gecikme zammı, gecikme faizi veya diğer kamu alacakları "yasama yetkisinin genelliği" ilkesinin bir gereği olarak affedilebilmektedir.[24] Bu yetkinin kullanılmasında, nitelikli çoğunluk aranmadığı gibi İçtüzükte yer alan özel usul ve esaslara tabi olunmasına da gerek yoktur. Böyle bir vergi affı kanunu, TBMM'de çıkartılan diğer kanunlarla aynı hükümlere tabi olmaktadır.

Vergi hukukundaki af ile ceza hukukundaki af birbirine benziyor olmakla beraber ilke ve amaç yönünden de farklılıkları bulunmaktadır.[25] Ceza hukukundaki affın amacı, toplumsal sükûnetin tesisi veya yatıştırma olarak gösterilmektedir. Vergi affıyla amaçlanan ise ekonomik gerekçeler ve özellikle gelir ihtiyacının karşılanmasıdır. Vergi aflarına çoğunlukla mali ve ekonomik bunalım dönemlerinden sonra başvurulurken ceza hukukundaki aflara sosyal ve siyasal bunalım dönemlerinden sonra başvurulmaktadır.[26] Bu doğrultuda vergi aflarının ekonomik olguya dayalı ihtiyacın ürünü olarak var olması onu

24 Döner, s.54.
25 Edizdoğan-Gümüş, s.101.
26 Dönmez, s.13.

ceza hukukundaki aflara nazaran görülme sıklığını artırmaktadır. Zira ekonomik dalgalanmalara ve devletin gelir ihtiyacına karşılık bir ara çözüm muhtevası taşıyan vergi afları, devlet için pratik ve kolay bir sorun gidericidir.

Vergi aflarının şu özellikleri taşıdığı ifade edilebilmektedir:[27]

- Vergi affı kanunla düzenlenir.
- Vergi affına ilişkin kanunlar için nitelikli çoğunluk aranmaz
- Vergi affı sonunda devlet alacağından vazgeçmektedir.
- Vergi affı geçmişe yürür ve etkilerini geçmiş olaylar üzerinde meydana getirir.
- Devlet, vergi affıyla cezalandırma yetkisinden vazgeçmektedir
- Vergi aflarında gönüllük esas alınmaktadır
- Vergi afları kısa süre yürürlükte kalmaktadır

Af, vergi borcu ve cezalarını sona erdiren Vergi Usul Kanunu'ndaki terkin, cezalarda indirim, pişmanlık ve ıslah ve uzlaşma gibi uygulamalara benzetilse de bunlardan farklıdır. Öncelikle af, bir sürekliliğe sahip değildir. Ayrıca aflar yasama organı tarafından çıkartılırken, diğer uygulamalar yükümlünün talebi halinde uygulanabilen hak niteliğindedir.[28] Diğer taraftan vergi af kanunlarıyla, affın kapsamı, yararlanma koşulları, yararlanacak olanlar devlet tarafından tek taraflı olarak belirlendiğinden, vergi aflarından yararlanacak olanların bu konuda herhangi bir etkileyici özelliği yoktur. Bu nedenle vergi affı, ibra kurumundan da ayrılmaktadır.[29]

1.3. Türkiye'de Vergi Aflarının Kapsam ve Uygulaması

Ülkemizde çok sayıda vergi affı niteliğini haiz kanun çıkartılmıştır. 1960 yılı öncesinde af kavramı yerine "terkin" ve "tasfiye" kavramları kullanılmaktaydı.[30] Vergi aflarının yapısal olarak 1960 yılı sonrasında

---

27 Bkz. Edizdoğan-Gümüş, s.102; Sibel Yılmaz, "Anayasal Vergilendirme İlkeleri Çerçevesinde Vergi Affı", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Ankara 2017, C.66, S.1, s.267.

28 Dönmez, s.26; Şenyüz, s.307; Edizdoğan-Gümüş, s.111.

29 Taşkın, s.124.

30 Dönmez, s.10.

şekillendiği, 1980'lı yıllar sonrasında ise daha önceki yıllara nazaran farklı esas ve ilkeler edindiği ifade edilmektedir.[31]

Son yıllarda çıkartılan kanunlarda vergi affı kavramı yerine terminolojik olarak "Bazı Kamu Alacaklarının Yeniden Yapılandırılması" ifadesi kanun koyucu tarafından tercih edilmektedir. Bunun yanında "matrah artırımı", "vergi barışı", "varlık barışı" gibi kavramların kullanıldığı da bilinmektedir.[32] Vergi affı olan bu kanunlarda bazı şartlar altında, kapsama göre vergi aslı, vergi cezası, gecikme faizi, gecikme zammını kısmen veya tamamen ortadan kaldıran ve/veya bunlara ödeme kolaylığı sağlayan ya da daha hafif mali yükümlülükler içeren düzenlemelerde bulunulmuştur. Diğer taraftan vergi borcu ve cezaları dışında, sosyal güvenlik destek primi, trafik cezası, öğrenim kredisi gibi kamu alacakları odaklı olarak af kapsamında çeşitlendirmelerin yapıldığı da görülebilmektedir.

Vergi aflarının kronolojisi değerlendirildiğinde, özellikle kriz dönemlerinde olmak üzere, kamu harcamaları finansmanının hızlı bir şekilde sağlanması, tahsil edilemeyen vergi alacaklarının bir kısmının tahsil edilmesi, ekonominin canlandırılması, kayıt dışı bazı unsurların kayda alınması gibi mali amaçlar taşındığı görülebilmektedir. Ayrıca siyasi amaçlarla ya da vergi idaresini rahatlatacak teknik ve idari nedenlerle af kurumuna başvurulduğu ifade edilebilmektedir.[33] Diğer taraftan teori olarak vergi aflarına daha geniş yelpazeli gerekçeler de üretilebilmektedir.[34] Af kanunlarında bu gerekçelere işaret edilmektedir. Bu doğrultuda ülkemizde uygulanan her bir vergi affında, o tarihte duyulan ihtiyaca göre vergi affının gerekçesi şekillenmiştir. Özellikle son yıllarda çıkartılan kanunlarda, ekonomik saiklere ilave olarak ihtilafların sulh yoluyla çözümlenmesi, uyuşmazlıkların hızlı bir şekilde çözümü, mükelleflerin işlerini toparlaması gibi sebeplerin vergi af kanunlarının genel gerekçelerinde yer alışı dikkat çekicidir.[35]

---

31 Edizdoğan-Gümüş, s.113.

32 Örneğin 2003 tarihli 4811 sayılı Vergi Barışı Kanunu, 2008 tarihli 5811 sayılı Bazı Varlıkların Milli Ekonomiye Kazandırılması Hakkında Kanun gibi.

33 Edizdoğan-Gümüş, s.102.

34 Bkz. Taşkın, s.125-127.

35 Örneğin 6736 sayılı Kanun'un genel gerekçesi için bkz. http://www2.tbmm.gov.tr/d26/2/2-1310.pdf. (18.12.2017).

Vergi hukukunu ilgilendiren af müessesi iki açıdan ele alınmalıdır. Öncelikle, ceza hukuku boyutuyla çıkartılan genel ve özel nitelikteki afların, "vergi suç ve cezalarını" etkileyen yönü değerlendirilmelidir. İkinci ve esas olarak vergi hukukunda af içerisinde değerlendirilmesi gereken burada doğan ihtiyacın karşılanmasına özgülenmiş afların kapsam ve uygulaması olmalıdır.

Vergi suç ve cezalarını etkileyen aflar teori olarak genel ve özel af şeklinde oluşmalıdır. Türkiye' de genel olarak genel af biçiminde çıkartılan kanunlarda, vergi suç ve cezaları yer almıştır.[36] 1960 tarihindeki 113 sayılı Af Kanunu, 1963 tarihindeki 213 sayılı Bazı Suç ve Cezaların Affı Hakkında Kanun, 1966 tarihindeki 780 sayılı Bazı Suç ve Cezaların Affı Hakkındaki Kanun, 1974 tarihindeki 1803 sayılı Cumhuriyetin 50. Yılı Nedeniyle Bazı Suç ve Cezaların Affı Hakkında Kanun, ceza kanunlarında yer alan suç ve cezaları affetme amacıyla ortaya çıkan kanunlardır. Diğer taraftan çıkartılan bu kanunların kapsamına vergi suç ve cezaları da dâhil edilmiştir. Ayrıca 113 sayılı Af Kanunu dışındaki diğer af kanunlarında "vergi cezası" olarak ifade edilen idari nitelikteki cezalar da af kapsamındadır. Bu af kanunları, nitelik itibariyle Anayasa m.87'de yer alan genel af özelliklerini ihtiva etmektedir.

Diğer taraftan Anayasa m.87 anlamında çıkartılan bazı af kanunlarında, vergi suç ve cezaları kapsam dışında tutulmuştur. Örneğin kamuoyunda "Rahşan Affı" olarak bilinen 1999 tarihli 4616 sayılı Kanun'da vergi suç ve cezaları affedilmemiştir.[37]

Vergi affı olarak nitelenen ve temelinde mali amaç taşıyan "vergi hukukunda af" düzenlemeleri bu kanunlardan farklıdır. 2017 yılına kadar 34 adet vergi affı içeren kanun çıkartılmıştır. Bu af kanunları vergi aslı, vergi cezası, gecikme faizi, gecikme zammı veya diğer kamu alacaklarını konu edinen, bu konularda kolaylık ve avantajlar içeren düzenlemelerdir. Ayrıca bunların arasında "varlık barışı" muhtevası taşıyan düzenlemelerde bulunmaktadır.

Ancak bu hükümlere ilave olarak 1983 tarihindeki 2801 sayılı Bazı Kamu Alacaklarının Özel Uzlaşma Yoluyla Tahsili Hakkında Kanun

36 Onur Özcan, Vergi Suçları, Ankara 2015, s.409.
37 Bkz. Özcan, s.408.

ve 2003 tarihindeki 4811 sayılı Vergi Barışı Kanunu ayrıca ceza hukuku anlamında vergi suç ve cezalarını da kapsam dahiline almıştır.

Örneğin 4811 sayılı Vergi Barışı Kanunu m.14'de yer alan düzenlemede, 31.08.2002 tarihi esas alınarak bu tarihten önce işlenen vergi kaçakçılığı suçları için; cumhuriyet savcılığına suç duyurunda bulunulamayacağı, soruşturma aşamasındakilere takibat yapılamayacağı, kamu davalarının ortadan kaldırılacağı ve kesinleşen mahkûmiyet kararlarının infaz edilemeyeceği yer almaktaydı. Ancak bu hükümlerden yararlanabilmek için salınan vergi ve kesilen cezalar ile gecikme faizi ve zamların, kanunun yürürlüğünden önce ya da kanun hükümlerinden yararlanarak öngörülen süre ve şekilde tamamen ödenmesi, dava açılmaması veya açılmış davalardan vazgeçilmesi şart olarak aranmaktaydı. Diğer taraftan ilgili kanunda bütün vergi kaçakçılığı suçları af kapsamına alınmamış, VUK, m.359/b-1 ve 2'de yer alan filler af kapsamı dışında tutulmuştur.

4811 sayılı Vergi Barışı Kanunu bir vergi affı kanunudur. Bu doğrultuda vergi aflarının siyasi, sosyal ve hukuki gerekçeleriyle kendine amaç inşa eder. Ancak 4811 sayılı Kanun'da vergi kaçakçılığı suç ve cezaları da af kapsamına alınmıştır. Fakat şurası bir gerçektir ki ceza hukuku anlamında suç ve ceza niteliğini haiz vergi kaçakçılığı suç ve cezalarını işleyenlerin affedilmesi bir vergi affı değildir. 4811 sayılı Vergi Barışı Kanunu, Anayasa m.87 gerekleriyle yürürlüğe girmemiştir. Vergi aflarının hukuki dayanağı Anayasa m.87 olmadığından, vergi aflarının bu gerekleri taşımasına gerek yoktur. Ancak suç ve ceza içeren hükümlerin af edilmesi doğrudan bu hükümlere tabi olmalıdır.

Bu konuda düzenlemenin ilk hali 4792 sayılı "Vergi Barışı Kanunu" Türkiye Büyük Millet Meclisi Genel Kurulu'nda 16.01.2003 tarihinde kabul edilmiş, Cumhurbaşkanlığı'nın onayına sunulmuş ancak Cumhurbaşkanı ilgili kanunun yayımlanmasını uygun bulmamıştır.[38] "Vergi Barışı Kanunu" Türkiye Büyük Millet Meclisince bir kez daha görüşülmek üzere Türkiye Büyük Millet Meclisi Başkanlığı'na geri gönderilmiştir. Türkiye Büyük Millet Meclisi 4792 sayılı Vergi

38 Gerekçesi için bkz. https://www.tccb.gov.tr/basin-aciklamalari-ahmet-necdet-sezer/1720/5526/4792-sayili-vergi-barisi-kanunu.html (10.08.2017).

Varışı Kanunu'nu, 4811 sayılı Kanun olarak hiç değiştirmeden tekrar Cumhurbaşkanlığı'na geri göndermiş ve ilgili kanun 27 Şubat 2003 tarihinde onaylanarak, 25033 sayılı Resmi Gazete'de yayınlanıp yürürlüğe girmiştir.

Altını çizerek vurgulamak gerekir ki idari nitelikli cezaların affı Anayasa m.87 kapsamında olmayıp, yasama yetkisinin genelliği ilkesinin bir gereğidir. Vergi kabahatlerinden kaynaklanan idari para cezalarının affı için genel veya özel af kanunu çıkartılmasına gerek yoktur. Bu doğrultuda bu vergi cezaları, vergi aslı, gecikme zammı, gecikme faizi veya diğer kamu alacaklarına dair çıkartılan af kanunlarının kapsamında bulunabilir. Ancak karşılığında hürriyeti bağlayıcı ceza uygulanan, vergi kaçakçılığı, vergi mahremiyetin ihlali, mükelleflerin özel işlerini yapma vergi suç ve cezaları için genel veya özel af kanunu çıkartılmalıdır.

Vergi aflarının içerikleri birbirinden farklı olabilmektedir. Bazıları sadece vergi asıllarını, bazıları vergi aslına ek olarak, gecikme faiz ve gecikme zammını kapsayabilmektedir. Kanunda ifade edilen şartlar altında bu yükümlülükler kısmen veya tamamen ortadan kaldırılabilmekte, bunlara ödeme kolaylığı sağlanabilmekte veya daha hafif içerikte yeni mali yükümlülükler getirilebilmektedir. Ayrıca af kanunlarında farklı esas ve şartlarda gözetilebilmektedir. Örneğin 2011 yılında uygulanan 6111 sayılı Kanun'dan farklı olarak, 6552 sayılı Kanun'da sadece kesinleşmiş kamu alacakları af kapsamına alındığı görülebilmektedir.[39] Sonuç olarak Türkiye uygulamasında vergi af kanunlarına bakıldığında, tek düze bir şablonun bulunmadığı ve afların o anki ihtiyaçlar çerçevesinde şekillendiği ileri sürülebilir.

1.4. Vergi Aflarının Ceza Yargılamasına Etkisi

2011, 2013, 2016 ve 2017 yıllarında çıkartılan vergi affı niteliğini haiz kanunlarda, VUK, m.359 de yer alan vergi kaçakçılığı suç ve cezaları için af anlamı taşıyan bir düzenlemede bulunulmamıştır. Son yıllarda çıkartılan vergi af kanunları içerisinde içerik, kapsam ve süre

[39] İmdat Türkay, "Bazı Kamu Alacaklarının Yeniden Yapılandırılmasına İlişkin 6552 sayılı Kanun Uygulaması", *Terazi Hukuk Dergisi*, Ankara 2014, S.99, s.76.

itibariyle en geniş uygulama alanı bulan 2016 tarihli "6736 sayılı Bazı Alacakların Yeniden Yapılandırılmasına İlişkin Kanun" da vergi suçu işlemiş olanlar için af anlamı taşıyacak bir düzenleme yoktur. Ayrıca bu kanunun uygulama zafiyetini kaldırma niyetiyle, kapsamını uzatan 2017 tarihli "7020 sayılı Bazı Alacakların Yeniden Yapılandırılması ile Bazı Kanunlarda ve Bir Kanun Hükmünde Kararnamede Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun" da bu şekilde uygulanmıştır.

Bu düzenlemelerde vergi borçlusuna veya idari nitelikte para cezası ödemek durumunda olanlara çeşitli af ve kolaylıklar sağlanmıştır. Ayrıca örneğin 2016 yılındaki afta olduğu gibi "matrah artırımı" yoluyla mükellefe, geçmiş dönemlerine ilişkin "koruma kalkanı" oluşturabilme imkânı da temin edilmiştir.[40] Bu halde vergi kaçakçılığı teşkil eden bazı fiillerin inceleme dışı tutularak yargılamanın önüne geçilebilmesi mümkün olabilmektedir.

Ancak bu düzenlemeler çerçevesinde vergi affından istifade etmenin, kanuni ifadesiyle vergi borcunun yapılandırılmış olmasının, vergi kaçakçılık suçuna dair kesinleşmiş hükümlere, devam eden soruşturma ve kovuşturmalara etkisi bulunmamaktadır. Diğer taraftan vergi aflarıyla borcunu yapılandıran mükellef kamunun uğramış olduğu zararı gidermiş olduğunda, "Hapis cezasının ertelenmesi" (TCK, m.51) veya "Hükmün açıklanmasının geri bırakılması" (CMK, m.231) kurumlarının uygulanması açısından önemli bir şartı yerine getirmiş olmaktadır. Bu noktada dolaylı bir etkiye sahip olduğu ileri sürülebilir.

Burada esasen doğru bir yaklaşımda bulunulmakta, vergi suçlarını işleyenlerin affedilmesinde genel veya özel af kurumun işletilmesi gerekmektedir. Ancak çıkartılan bu vergi affı kanunlarında vergi kaçakçılığı suçunun mali sonuçlarını vergi affından yararlanarak çözen mükellef için, aynı fiilin cezai sonuçları nedeniyle şüpheli ve sanık sıfatıyla yargılanmak ve bu doğrultuda vergi af kanunu kapsamında olmayan ceza mahkûmiyetine maruz kalmak, zor anlamlandırılan bir hal almaktadır.

---

40 Bumin Doğrusöz,"Vergi Affının Vergi Suçlarına Etkisi", http://www.bumindogrusoz.com/article/verg-affinin-verg-suclarina-etks, (10.08.2017).

2. MÜTALAA

2.1. Genel Olarak

VUK, m.359'da yer alan vergi kaçakçılığı suçu[41] teşkil eden fiiller dolayısıyla yapılacak yargılama, ceza yargılamasına tabidir. Zira TCK, m.5 atfı ve bu fillere uygulanacak yaptırımların niteliği böyle bir uygulamayı zaruri kılar. Vergilendirme alanında ihlal anlamı taşıyan fillerin tespiti ve bu doğrultuda yargılama yürütülmesi özel ve hassas bir süreçtir. Bu nedenle ceza yargılamasının temel iki ayağını oluşturan soruşturma ve kovuşturma aşamaları, vergi kaçakçılığı suçunda farklı hükümler ve usuller içerisinde değerlendirilmek durumunda kalabilmektedir.

Suç haberinin alınmasından hükmün kesinleşmesine kadar geçen aşamalar Ceza Muhakemesi Kanunu'nu hükümlerine tabidir. Ceza

41 "a) Vergi kanunlarına göre tutulan veya düzenlenen ve saklanma ve ibraz mecburiyeti bulunan;
1) Defter ve kayıtlarda hesap ve muhasebe hileleri yapanlar, gerçek olmayan veya kayda konu işlemlerle ilgisi bulunmayan kişiler adına hesap açanlar veya defterlere kaydı gereken hesap ve işlemleri vergi matrahının azalması sonucunu doğuracak şekilde tamamen veya kısmen başka defter, belge veya diğer kayıt ortamlarına kaydedenler,
2) Defter, kayıt ve belgeleri tahrif edenler veya gizleyenler veya muhteviyatı itibariyle yanıltıcı belge düzenleyenler veya bu belgeleri kullananlar,
Hakkında on sekiz aydan üç yıla kadar hapis cezasına hükmolunur. Varlığı noter tasdik kayıtları veya sair suretlerle sabit olduğu halde, inceleme sırasında vergi incelemesine yetkili kimselere defter ve belgelerin ibraz edilmemesi, bu fıkra hükmünün uygulanmasında gizleme olarak kabul edilir. Gerçek bir muamele veya duruma dayanmakla birlikte bu muamele veya durumu mahiyet veya miktar itibariyle gerçeğe aykırı şekilde yansıtan belge ise, muhteviyatı itibariyle yanıltıcı belgedir.
b) Vergi kanunları uyarınca tutulan veya düzenlenen ve saklama ve ibraz mecburiyeti bulunan defter, kayıt ve belgeleri yok edenler veya defter sahifelerini yok ederek yerine başka yapraklar koyanlar veya hiç yaprak koymayanlar veya belgelerin asıl veya suretlerini tamamen veya kısmen sahte olarak düzenleyenler veya bu belgeleri kullananlar, üç yıldan beş yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Gerçek bir muamele veya durum olmadığı halde bunlar varmış gibi düzenlenen belge, sahte belgedir.
c) Bu Kanun hükümlerine göre ancak Maliye Bakanlığı ile anlaşması bulunan kişilerin basabileceği belgeleri, Bakanlık ile anlaşması olmadığı halde basanlar veya bilerek kullananlar iki yıldan beş yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.
371 inci maddedeki pişmanlık şartlarına uygun olarak durumu ilgili makamlara bildirenler hakkında bu madde hükmü uygulanmaz.
Kaçakçılık suçlarını işleyenler hakkında bu maddede yazılı cezaların uygulanması 344 üncü maddede yazılı vergi ziyaı cezasının ayrıca uygulanmasına engel teşkil etmez."

Muhakemesi Kanunu m.2'ye göre, yetkili mercilerce suç şüphesinin öğrenilmesinden iddianamenin kabulüne kadar geçen evre soruşturma, iddianamenin kabulüyle başlayıp hükmün kesinleşmesine kadar geçen evre kovuşturma aşaması olarak tanımlanmaktadır. Soruşturma aşaması çeşitli suretlerle elde edilebilecek suç haberiyle, Cumhuriyet savcısı tarafından yürütülür. Araştırma yapılması, gerekli bilgi, belge ve delillerin toplanılması, savcı tarafından bu aşamada gerçekleştirilir. Bu aşamada savcı keşif yapabilir, bilirkişi incelemesi de yaptırabilir. Suçun oluştuğu konusunda toplanan deliller ile "yeterli şüphe" kanaatine ulaşılamadıysa, savcı tarafından kovuşturmaya yer olmadığına dair karar verilir (CMK, m.172). Aksi durumda "iddianame" düzenlenerek kamu davası açılması istenmelidir (CMK, m.170). Kovuşturma aşaması ise iddianamede unsurları gösterilen suça ilişkin, fiil ve fail ile sınırlı olmak üzere (CMK, m.225/1) deliller ile olayın tam olarak ortaya konulduğu ve maddi gerçeğin tespit edileceği aşamadır. Kovuşturma aşamasını yetkili ve görevli ceza mahkemesi yürütmektedir. Soruşturma aşamasında suç şüphesi altında bulunan kişi şüpheli, kovuşturma aşamasında ise sanık olarak adlandırılmaktadır (CMK, m.2).

Ceza yargılamasına ilişkin bu teknik süreçte, vergi kaçakçılığı suçu diğer suç tiplerinden ayrılmaktadır. Bu konuda VUK, m.367'de özel bir hüküm bulunur. Buna göre;

"Yaptıkları inceleme sırasında 359 uncu maddede yazılı suçların işlendiğini tespit eden Vergi Müfettişleri ve Vergi Müfettiş Yardımcıları tarafından ilgili rapor değerlendirme komisyonunun mütalaasıyla doğrudan doğruya ve vergi incelemesine yetkili olan diğer memurlar tarafından ilgili rapor değerlendirme komisyonunun mütalaasıyla vergi dairesi başkanlığı veya defterdarlık tarafından keyfiyetin Cumhuriyet başsavcılığına bildirilmesi mecburidir.

359 uncu maddede yazılı suçların işlendiğine sair suretlerle ıttıla hasıl eden Cumhuriyet başsavcılığı hemen ilgili vergi dairesini haberdar ederek inceleme yapılmasını talep eder.

Kamu davasının açılması, inceleme neticesinin Cumhuriyet başsavcılığına bildirilmesine talik olunur.

359 uncu maddede yazılı suçlardan dolayı cezaya hükmedilmesi, vergi ziyaı cezası veya usulsüzlük cezalarının ayrıca uygulanmasına engel teşkil etmez.

Ceza mahkemesi kararları, bu Kanunun dördüncü kitabının ikinci kısmında yazılı vergi cezalarını uygulayacak makam ve mercilerin işlem ve kararlarına etkili olmadığı gibi, bu makam ve mercilerce verilecek kararlar da ceza hâkimini bağlamaz."

Bu madde hükmü değerlendirildiğinde Cumhuriyet savcısının suç haberi almasının iki yolu olduğu görülebilmektedir. Bunlar; vergi incelemesi ve sair suretlerdir.

Vergi müfettişi ve vergi müfettiş yardımcıları tarafından vergi kaçakçılığı suçlarının işlendiğinin tespit olunması halinde, rapor değerlendirme komisyonu mütalaasıyla doğrudan doğruya Cumhuriyet başsavcılığına bildirimde bulunulmalıdır. Vergi incelemesi yapmaya yetkili diğer memurlar tarafından böyle bir tespitte bulunulması halinde ise rapor değerlendirme komisyonu mütalaasıyla vergi dairesi başkanlığı veya defterdarlık tarafından Cumhuriyet başsavcılığına bildirim yapılır. Cumhuriyet savcısının vergi kaçakçılığı suçu haberi almasının diğer yolu sair suretlerdir. Bu durumda Cumhuriyet başsavcılığı hemen ilgili vergi dairesini haberdar ederek inceleme yapılmasını talep eder.

Burada vergi incelemesi sırasında vergi idaresi elemanlarınca tespit edilen vergi kaçakçılık suç fillerine ilişkin, vergi idaresi ile savcılık ve mahkeme arasındaki ilişki düzenlenmekte ve bu konuda ceza yargılamasına bir sınırlandırma getirtilmektedir.[42] Başka bir bakış açısıyla da, bu tür vergi suçlarında suçun saptanması ve yaptırım uygulanması ceza mahkemelerinin görevi içerisinde olup, "suç duyurusunda bulunma" veya "mütalaa verme" dışında vergi idaresinin inisiyatifi bulunmamaktadır.[43]

VUK, m.134'e göre, vergi incelemesinden maksat, ödenmesi gereken vergilerin doğruluğunu araştırmak, tespit etmek ve sağlamaktır. Vergi müfettişleri, vergi müfettiş yardımcıları, ilin en büyük mal memuru veya vergi dairesi müdürleri tarafından vergi incelemesi yapılır.

---

42 Özcan, s.502.

43 Mustafa Akkaya, "Vergi Mahkemesi İle Ceza Mahkemesi Kararlarının Etkileşimi Üzerine Bir İnceleme", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Ankara 2000, C.49, S.1, s.87; Mustafa Akkaya, "İdari ve Adli Vergi Ceza Sistemlerine Eleştirel Bir Bakış", *Vergi Sorunları Dergisi*, Şubat 2008, S.233, http://www.vergisorunlari.com.tr/makale/idari-ve-adli-vergi-ceza-sistemine-elestirel-bir-bakis/2135. (18.12.2017).

Ayrıca Gelir İdaresi Başkanlığının merkez ve taşra teşkilatında müdür kadrolarında görev yapanlar da her hal ve takdirde vergi inceleme yetkisine sahiptir. (VUK, m. 135). Vergi incelemesi yapanların, inceleme sırasında uymaları gereken esaslar, 213 sayılı Vergi Usul Kanunu m.140'da yer almaktadır.

Vergi inceleme süreci sonunda mükellef için hukuki sonuç doğuran idari işlemlere dayanak teşkil edecek nitelikte "vergi inceleme raporu" düzenlenmektedir. Diğer taraftan Vergi Denetim Kurulu Yönetmeliği m.57/3'e göre "vergi tekniği raporu" da hazırlanabilir. Bu incelemeyi yürüten vergi idaresi yetkilisi, vergi kaçakçılığı suçunun oluştuğunu düşünüyorsa, bu raporlara ilave olarak "vergi suçu raporu" da hazırlamaktadır. Burada dikkat çekici husus vergi suçu raporuyla vergi idaresinin, vergi kaçakçılığı suçunun işlendiğine dair irade ortaya koyması ve bir idari organ olmasına rağmen suçun oluştuğu doğrultusunda ilk değerlendirmeyi yapmasıdır.

Vergi incelemesini yürüten kişi tarafından oluşturulan vergi suçu raporunda; suçu oluşturan olaylar, hareketler ve sonuçları, suçun işlenme yeri ve zamanı, suçun işleniş şekli, suçu işlediği düşünülen kişilerin kimlik bilgileri ve suç oluşturan olay ile ilgileri, suç delilleri ve suç oluşturan olay ile ilgili kanunun sayısı ve madde numarası bulunur.[44]

Konumuzun esasına teşkil eden "mütalaa" ise bu belgelerden sonrasına ilişkindir. Vergi suçu raporu oluşturulduktan sonra "Rapor Değerlendirme Komisyonları" tarafından "mütalaa" ile Cumhuriyet başsavcılığına bildirim yapılmaktadır.

Diğer taraftan vergi kaçakçılığı suçunun savcılık tarafında ihbar, şikâyet, basın veya diğer yollarla öğrenilmesi durumunda Vergi Usul Kanunu m.367/2 hükümleri işletilecektir. Buna göre suçun işlendiği hakkında bir şekilde bilgi sahibi olan savcı derhal soruşturma açar ancak dava açmayarak, hemen ilgili vergi dairesini haberdar ederek inceleme yapılmasını talep etmelidir. Bu inceleme sonunda ilgili vergi dairesinden "görüş" gelmesi halinde dava açılabilir. İnceleme sonucunda oluşan görüş için ayrıca mütalaa alınmaz. Cumhuriyet başsavcılığının

44 Bekir Baykara, Teori ve Pratik Yönleriyle Vergi ve Vergi Ceza Hukuku, İstanbul 2009, s.401.

başvurusu üzerine ilgili vergi dairesince yapılan incelemeler neticesinde ortaya konan özellikle teknik nitelikteki görüşleri içeren raporları adı mütalâa olmasa da birer mütalâa olarak değerlendirmek gerekir.[45] Zira usule ilişkin farklılıklara sahip olsalar da mütalaanın hukuki sonuçları, bu görüşler için de geçerli olmaktadır.

2.2. Mütalaanın Amacı

Vergi kaçaklığı suçu teşkil eden fillerden dolayı yargılama yapılabilmesi için Vergi Usul Kanunu m.367'e göre, suç konusu eylemlerin vergi idaresi tarafından savcılığa mütalâa yoluyla bildirilmesi, doğrudan savcılık tarafından haber alınması halinde ise mütalaa yerine idareden görüş alınması, yargılama makamlarının soruşturma yapmasına değil, kovuşturma yapmasına engel oluşturmaktadır.[46]

Bu çerçevede mütalaanın, vergi kaçakçılığı suçunda kovuşturmaya engel oluşturabilmesi önemli bir anlam ihtiva eder. Zira vergi idaresinin katılımı olmaksızın vergi kaçakçılığı suçu dolayısıyla hüküm verilemeyecektir. Burada mütalaa yoluyla vergi idaresinin ceza yargılamasına katılımının sağlanması, vergi kaçakçılığına dair tespitin sıhhatinin artırılmasına yöneliktir. Yargılama ve idari makamlar arasındaki bu etkileşim, uyuşmazlığı çözen yargı organı için aydınlatıcı bir yol olmakta ve kovuşturma makamının maddi gerçeğe ulaşma amacına hizmet etmektedir.

Böyle bir katılımın mütalaa olarak vücut bulması "vatandaşın mali emniyetinin sağlanması" düşüncesine dayanmaktadır. Zira vergi kaçakçılığı suçu dolayısıyla yapılacak yargılamalarda daha dikkatli davranılması ve vergi incelemesinde, vergi inceleme elamanının sübjektif değerlendirmesine maruz kalabilecek mükellefin korunma arzusu burada ön plana çıkmaktadır.

Bu husus 1951 tarihli 5815 sayılı Kanun'un gerekçesinde şu ifadelerle ele alınmıştır: "Hileli vergi suçları kamu davasına tahrik salahiyeti vatandaşın mali emniyeti mülahazası ile bazı kayıtlara bağlanmıştır."[47]

---

45 Doğan Şenyüz, "Vergi Kaçakçılığı Suçunda Dava Şartı Olarak Mütalaa/Görüş", *İzmir Barosu Dergisi*, İzmir 2016, C.81,S.2, s.29; Özcan, s.503.

46 Şenyüz, Mütalaa, s.14.

47 Bkz. Özcan, s.503.

Ancak madde gerekçesindeki "vatandaşın mali emniyeti mülahazası" deyiminin açık olmadığı ve burada iki farklı yorum bulunduğu ifade edilmektedir: Kanun koyucunun bu hükümle memurların yargılamasında olduğu gibi mükellefe bir teminat mı sağlamak istediği yoksa yargılamaya uzman kişilerin mütalaası ile ışık tutulması mı amaçlandığı tartışılır haldedir.[48]

Fakat şurası bir gerçek ki, kanun koyucu, teknik ve özel bir suç türü olan vergi kaçakçılığı için gerekli bilgi ve belgelerin daha etkin bir şekilde toplanması ve bu konuda öncelikli değerlendirmenin teknik bilgi sahibi inceleme elemanları ve vergi idaresi tarafından yapılmasını sağlamak istemektedir.[49] Bu nedenle TCK'da yer alan diğer suçlardan farklı olarak bu suç tipinde özel bir koruma şartı oluşturmuştur.

Diğer taraftan vergi kaçakçılığı suçunun teknik boyutunun ağır basması ve özel bir suç tipi olmasının bir sonucu olarak vergi incelemesi yapan elemanın tespitlerine dair vergi idaresi nezdinde tekrar gözden geçirilme zarureti vardır. Nitekim vergi kaçakçılığı teşkil eden fiillerin tespitinde, olayın ve delillerin uzman bir kurulca değerlendirilmesi ve kontrol edilerek onaylanması hem mükellefi koruyucu, hem de vergi idaresinin işleyişinde düzen, personelin gelişiminde eğitici bir öneme sahip olmaktadır. Burada dikkat çekici husus vergi kaçakçılığı suçuna dair analizin vergi suçu raporlarında yapılıyor olmasıdır. Mütalaa ise vergi idaresi nezdinde daha uzman bir komisyonun, bir taraftan vergi idaresinin iç işleyişinde kontrol mekanizması vazifesi ifa edilmesi, diğer taraftan ceza yargılaması makamlarına ilgili raporların denetlendiği ve onaylandığını göstererek güven verilmesidir. Bu doğrultuda mükellefin ceza yargılamasına tabi olması gerektiğine dair vergi idaresinin mütalaa yoluyla bildirimi sağlanmaktadır.

Bu noktada mütalaada, sanığın lehine olacak biçimde,[50] mükellefi hem vergi idaresinin hem de ceza yargılamasının muhtemel zafiyetlerine karşı koruma hedefi bulunmaktadır. Sonuç olarak mütalaa ile ceza yargılaması yürüten makamlara teknik açıdan destek olmak, vergi idaresine ise kendi iç işleyişinde düzen sağlayarak, yargılama

48 Hüsamettin Uğur, "Vergi Suçlarında Kovuşturma Şartı Olarak Mütalaa (VUK m. 367)", *Terazi Hukuk Dergisi*, Ankara 2013, S.88, s.38.
49 Baykara, s.397.
50 Özcan, s.504.

makamlarına güven vermek ve böylece mükellefin vergi kaçakçılığı suçu için yargılanma gerekliliğine dair hukuk güvenliği temin etmek amaçlanmaktadır.

2.3. Mütalaanın Hukuki Niteliği

"Bir suç işlendiği izlenimi veren hal" (CMK, m.160/1), diğer bir ifadeyle suça dair başlangıç şüphesi Cumhuriyet savcısının suç fiilini araştırmasını zaruri kılar. Suçun öğrenilmesiyle başlayan soruşturma aşamasının yürütülmesi araştırma mecburiyeti ilkesinin bir gereğidir.[51] Diğer taraftan "soruşturma evresi sonunda toplanan deliller, suçun işlendiği hususunda yeterli şüphe oluşturuyorsa; Cumhuriyet savcısı, bir iddianame düzenler" (CMK, 170/2) hükmü gereğince, yeterli şüphe bulunması durumunda dava açılması gerekir. (Kamu davasını açma mecburiyeti). Ayrıca açılan dava muhakeme sonuçlanıncaya kadar yürütülmek zorundadır (Kamu davasını yürütme mecburiyeti)."Kamu davasının mecburiliği" veya diğer bir ifadeyle "kovuşturma mecburiyeti ilkesi"; araştırma mecburiyeti, kamu davasını açma mecburiyeti, kamu davasının yürütme mecburiyeti ilkelerinin tamamını ifade etmek için kullanılmaktadır.[52]

Ancak suç haberi ciddi ve fail belli olmasına rağmen bazen ceza davası açılamaz. Davanın açılması için başka şartların gerçekleşmesinin arandığı bu durumlara "dava şartları" denilmektedir. Ayrıca dava şartları gerçekleşmiş, ceza davası açılmış olmakla beraber, mahkemenin yargılama yapabilmesi için bazı şartların gerçekleşmesi de aranıyorsa, bu da "yargılama şartları" olarak ifade edilir. Her iki hal ortak bir ifadeyle "ceza muhakemesi şartları" olarak bilinmektedir.[53]

Bu doğrultuda ceza muhakemesi hukukunda, soruşturma ve kovuşturma yapılabilmesi veya açılmış bulunan dava nedeniyle yargılama yapılabilmesi bazı şartların varlığına bağlanabilmektedir. Bu muhakeme şartları gerçekleşmeleri bakımından birer şart, gerçekleşmemeleri halinde ise birer engeldir.[54] Bu engeller kalkmadıkça ceza

---

51 Feridun Yenisey-Ayşe Nuhoğlu, Ceza Muhakemesi Hukuku, Ankara 2015, s.655.
52 Yener Ünver ve Hakan Hakeri, Ceza Muhakemesi Hukuku, Ankara 2014, s.27.
53 Bahri Öztürk ve diğerleri, Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, Ankara 2013, s.52.
54 Yenisey-Nuhoğlu, s.578.

uyuşmazlığının çözülmesi mümkün değildir.[55] Başka bir ifadeyle muhakeme şartları gerçekleşmezse, iddiası, müdafaası ve yargılaması ile birlikte muhakeme faaliyeti yapılamaz ve sanık cezalandırılmaz. Bu çerçevede muhakeme şartları, bu şartlar gerçekleşmeden işlenmiş suç hakkında ceza muhakemesi yapılmasına ve sanığın cezalandırılmasına engel oluşturmaktadır. Ancak şunu da ifade etmek gerekir ki muhakeme yapılmadan sanık lehine bir karar verilebilmesi mümkün olmaktadır.[56]

Ceza muhakemesi hukuku içerisinde, ceza muhakemesi şartı olarak değerlendirilen epeyce kurum vardır. Şikâyet, izin, talep, karar gibi kurumlar bu çerçevede ele alınmaktadır.

Soruşturma yapmakla yükümlü olan makamların bir suç işlendiğini öğrenmeleri durumunda hemen ceza muhakemesi sürecini başlatmalarına istisna oluşturan, kovuşturmanın yapılmasını belli şartların gerçekleşmesine bağlı tutan muhakeme şartları örneklerinden birisi de vergi kaçakçılığı suçuna dair muhakeme sürecinde bulunmaktadır. Vergi Usul Kanunu m.367'de düzenlenen mütalaa bir muhakeme şartıdır.[57] Diğer bir ifadeyle gerçekleşmemesi halinde vergi kaçakçılığı suçu dolayısıyla yapılacak yargılamalara engel olmaktadır. Dikkat çekmek gerekir ki mütalaa, vergi kaçakçılığı suçunun bir unsuru olmayıp, ceza yargılamasının yürütülmesi ve sonuçlandırılmasıyla ilgilidir.

Diğer taraftan bir ceza muhakemesi şartı olan mütalaa, ceza yargılaması yapılmasına imkân veren vergi idaresi bildirimi muhtevasında, kendine özgü bir işlem hüviyetindedir. Bu noktada "idari makamların yargısal işlemleri"[58] tasnifi içerisinde değerlendirilebilir. Ancak şurası bir gerçek ki hukukilik denetim imkânı tanıyan yetki, şekil, sebep, konu ve amaç unsurlarını ihtiva etmeyen mütalaa, muhakeme şartını yerine getirmiş olmayacaktır.[59] Bu unsurlar yönünden eksik olan mütalaaları ceza mahkemeleri iptal etmemekte, mütalaanın ceza muha-

55 Ünver-Hakeri, s.87.
56 Yenisey-Nuhoğlu, s.577.
57 Yenisey-Nuhoğlu, s.590; Ünver-Hakeri, s.101; Şenyüz, Mütalaa, s.16; Özcan, s.504; Hüsamettin Uğur, -Açıklamalı-İçtihatlı Vergi Suçları, Ankara 2015, s.109.
58 Bkz. Kemal Gözler, İdare Hukuku Cilt I, Ekin 2009, s.641.
59 Tahir Erdem, "Kaçakçılık Suçlarının Bildiriminde ve Cezalandırılmasında Usul", *Vergi Sorunları Dergisi*, 2011, S.273, s.83.

kemesine ilişkin sonuç doğurmasına engel olunmaktadır.[60] Özellikle yetki unsuru konusundaki değerlendirmelere Yargıtay kararlarında rastlanılabilmektedir.

Örneğin Yargıtay, bir kararında şu ifadelere yer vermiştir:

"Defterdarlığın veya Vergi Dairesi Başkanlığı 'nın ya da Defterdar veya Vergi Dairesi Başkanı adına imza atmaya yetkili olanlardan mütalaa alınmadan açılan kamu davasına devam edilerek hüküm kurulamaz."[61]

Cumhuriyet savcısı veya yargılama makamı, kendisine verilen mütalâadaki vasıflandırma (hukukî nitelendirme) ile bağlı değildir. Mahkeme iddianamede konu edilen fiili nitelendirmede serbesttir. Burada önemli olan rapor, mütalaa, iddianame ve hükme konu olan "olayın" aynı olmasıdır.[62] Mütalâanın yeterli açıklıkta olmaması veya eksiklik içermesi halinde savcılık veya yerine göre mahkeme durumu vergi idaresine bildirerek, yeniden inceleme yapılmasını isteyebilmektedir.

Bu halde mütalaa, içerik itibariyle bağlayıcılık arz etmeyen ancak yargılamanın başlaması, devam etmesi veya sonuçlandırılmasında aranan bir şart veya bulunmaması halinde ceza hükmü verilmesine engel nitelik arz eden bir belge olmaktadır.

Anayasa Mahkemesi verdiği bir kararda mütalaaya ilişkin şu değerlendirmelerde bulunmuştur:

"… Vergi kaçakçılığı suçu gibi ayrı uzmanlık bilgisi gerektiren bir konuda uzman ve yetkili olan kişilerin mütalaa vermesi, bu konuda uzmanlığı bulunmayan soruşturma makamlarının kanuna ve hukuka uygun olarak karar vermelerine yardımcı olacak bir müessesedir. Vergi kaçakçılığı suçu kapsamına giren eylemlerin bulunup bulunmadığına ilişkin özel ve teknik bilginin yer aldığı bu mütalaalar, kovuşturma

60 Mustafa Akkaya-İbrahim Nihat Bayar, "Vergi Ziyaına Neden Olmayan Kaçakçılık Suçlarında Tarhiyat Öncesi Uzlaşmanın Cezaya ve Ceza Yargılamasına Etkisi", *Yaklaşım*, 2011, S.220, http://uye.yaklasim.com/MagazineContent.aspx?ID=12465. (7.12.2017).

61 Yargıtay 11. Ceza Dairesi E.2007/2298, K.2008/470, T.31.01.2008.

62 Şenyüz, Mütalaa, s.42; Uğur, Vergi Suçları, s.111.

aşamasında değerlendirilebilecek takdiri delil niteliğinde olduğundan hâkimlere emir ve talimat verme, telkin ve tavsiyede bulunma olarak değerlendirilemez…"[63]

Ayrıca mütalaanın nitelik ve içeriğine ilişkin belirlemelerin yer aldığı Yargıtay Ceza Genel Kurulu kararında şu ifadeler dikkat çekicidir.

"Ceza hukukunda "mütalaa" kimi suçlardan dolayı kovuşturma yapılabilmesi için o suçtan dolayı hak ve menfaatleri ihlal edilen kurumun suç hakkında verdiği yazılı görüştür. Bu anlamda vergi ceza hukukunda vergi idaresinin mütalaası, Yargıtay'ın da kararlarında istikrarlı bir biçimde benimsediği üzere, "kovuşturma/yargılama şartı" olarak kabul edilmektedir. Muhakeme şartları, ceza yargılaması yapılabilmesi için kimi hallerde aranan şartlardır. Bunların bulunmaması muhakemenin sürdürülmesini engellemekte, ancak şartların bulunması muhakemenin yapılmasını zorunlu kılmaktadır.

… Anayasa Mahkemesi'nin 10.2.2011 gün ve 136-181 sayılı kararında belirttiği gibi vergi kaçakçılığı suçu gibi ayrı uzmanlık bilgisi gerektiren bir konuda uzman ve yetkili olan kişilerin mütalaa vermesi bu konuda yeterince uzmanlığı bulunmayan soruşturma makamlarının yasaya ve hukuka uygun olarak karar vermelerine yardımcı olacak bir müessesedir. Vergi kaçakçılığı suçu kapsamına giren fiillerin bulunup bulunmadığına dair özel ve teknik bilginin yer aldığı bu mütalaalar, kovuşturma aşamasında değerlendirilecek takdiri delil niteliğinde olduğundan hâkimlere emir ve talimat verme, telkin ve tavsiyede bulunma olarak değerlendirilemeyecektir."[64]

Sonuç olarak ifade edilebilir ki mütalâa, savcılık veya mahkeme dışında, vergi idaresi tarafından düzenlenen ve vergi idaresinin ceza yargılamasına katılımını sağlayan bir belgedir. Bu katılım yargılamanın işleyişine dair taraf rolü ihtiva etmez. Sadece vergi idaresinin, ceza yargılamasının yürütülmesine yönelik iradesi gösteren bir muhakeme şartı olmaktadır.

Vergi idaresinin bu iradesi "bildirim" sorumluluğundan ibarettir. Bu noktada mütalaa suç tespiti yapan veya bu konuda ayrıntılı değer-

63 Anayasa Mahkemesi E.2009/89, K.2011/40, T.10.02.2011.
64 Yargıtay Ceza Genel Kurulu E. 2012/11-1512 ve K.2014/3666, T.11.07.2014.

lendirmelerin yer aldığı bir belge değildir. Vergi inceleme raporlarına istinaden vergi kaçakçılığına ilişkin suç unsurlarına dair analiz, vergi suçu raporlarında yapılmaktadır. Mütalaa ilgili raporların daha uzman bir komisyon tarafından incelenmesi ve mükellef için yargılama yapılabileceğine onay verilmesidir. Böyle bir süreçte ise vergi idaresi işleyiş ve teamülleri göz önünde tutularak, kamu yararı ölçütünün dikkate alınması mümkün olabilmelidir. Mütalaa da bulunacak vergi idaresi, keyfiyet arz etmeyen kamu yararı gereklerini gözetmelidir. Bu halde vergi suçu raporu ile mütalaanın birbirinden farklı belgeler olduğu dikkate alınmalıdır.

Diğer taraftan herhangi bir gerekçeye dayanmayan keyfi tutumla, vergi idaresi tarafından mütalaanın verilmemesi, ilgili kamu görevlileri için cezai ve disiplin sorumluluğuna yol açacağı da bir hakikattir.[65]

Mütalaa, yazılı şekilde verilmelidir. Mütalaada bulunacak yetkililerin, duruşmada bu iradesini bildirmesi mümkün değildir. Ayrıca VUK, m.359'da yer alan hangi suç, hangi yıl veya yıllara ilişkin, kimin için mütalaa verildiği açıkça belirtilmelidir.[66] Mütalaanın usulüne uygun surette, yetkili kimseler tarafından oluşturulması gerekir. VUK, m.367'e göre bu yetki, rapor değerlendirme komisyonlarına aittir.

Rapor Değerlendirme Komisyonlarının Oluşturulması ile Çalışma Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik hükümlerine göre; vergi müfettişlerince düzenlenecek raporlar için rapor değerlendirme komisyonları, Vergi Denetim Kurulu Başkanlığınca ilgili Grup Başkanlığına dâhil olan meslekte on yılını tamamlamış vergi müfettişleri arasından görevlendirilecek en az üç asil ve yeterli sayıda yedek üyeden oluşmaktadır. Ayrıca dikkat çekicidir ki vergi inceleme raporunu düzenleyen vergi müfettişleri, kendi düzenlemiş oldukları raporların değerlendirildiği komisyon toplantılarına üye olarak katılamazlar. Diğer taraftan vergi müfettişlerince düzenlenen raporların değerlendirilmesinde uygulama birliğinin sağlanması için rapor değerlendirme komisyonları da oluşturulabilmektedir. Vergi incelemesi yapmaya yetkili kılınan diğer memurlarca düzenlenecek raporlar için rapor değerlendirme komisyonu ayrıca belirlenmektedir.

---

65 Şenyüz, Mütalaa, s.47.

66 Uğur, Vergi Suçları, s.110.

Ayrıca yönetmelik hükümlerine göre rapor değerlendirme komisyonları, vergi incelemesi yapmaya yetkili olanlarca düzenlenecek vergi suçu raporları için, raporların komisyonlara iletildiği tarihten itibaren en geç altmış gün içerisinde mütalaa vermelidir. Verilecek mütalaalarda suçun unsurlarıyla, fiil ile fail arasındaki ilişki değerlendirilmelidir.

2.4. Mütalaanın Ceza Yargılamasına Etkisi

Mütalaa, rapor değerlendirme komisyonları tarafından ceza makamlarına sunulan bir muhakeme şartı olduğundan, usulen bu şartın yerine getirilmemesi kamu davasının açılmasına veya açılan davalarda yargılamanın devam etmesine engel oluşturur. Diğer taraftan vergi kaçakçılığı suçu dolaysıyla yargılama yapılması gerektiğine dair idari bildirim anlamı ihtiva eden mütalaaya rağmen savcı, suçun işlendiği doğrultusunda yeterli şüphe kanaatine varmayarak iddianame düzenlemeyebilir. Bu halde savcılığın verdiği kovuşturmaya yer olmadığına dair karar için, vergi idaresi CMK, m.173 hükümleri çerçevesinde itiraz edebilecektir. Yine bu doğrultuda mütalaaya rağmen yargılamayı yürüten mahkeme suçun işlenmediği kanaatiyle beraat kararı verebilecektir. Bu konuda mütalaanın içerik itibariyle soruşturma ve kovuşturma aşamalarında herhangi bir bağlayıcılığının olmadığının altını çizmek gerekir.

Bir muhakeme şartı olmanın gerektirdiği usul etkisi çerçevesinde, soruşturma aşamasında mütalaanın mevcut bulunmaması halinde savcı iddianame düzenlemeyecektir. Bu doğrultuda savcı, mütalaanın savcılığa sunulmasını beklemelidir. Ancak savcılık "durma kararı" veremez.[67] Vergi idaresinin uygun bir süre içerisinde mütalaayı savcılığa sunması gerekmektedir. Mütalaanın savcılığa keyfi bir nedenle sunulmaması durumunda ilgili kamu görevlileri hakkında cezai ve disiplin sorumluluğuna gidilebilecektir. Cumhuriyet savcısı, mütalaanın varlığını sorgulamalı ve mütalaa verilmeyeceğinin anlaşılması halinde ise kovuşturmaya yer olmadığına dair karar vermelidir.

Herhangi bir surette mütalaada bulunulmaksızın iddianame düzenlenerek görevli mahkemeye sunulmuşsa bu durumda mahkeme, CMK, m.170 ve m.174 çerçevesinde iddianameyi iade etmelidir. Ancak

67 Özcan, s.533.

bu konuda bir tartışma bulunmaktadır. Bir görüşe göre mütalaa şartının yerine getirilmemiş olması iddianamenin iadesi sebebi değildir. Zira CMK, m.170 ve m.174'de iade sebepleri sınırlı sayıda belirlenmiştir. Bu konuda mahkemenin yapabileceği CMK, m.223 çerçevesinde durma kararı vermektir. Diğer bir görüşe göre ise her ne kadar muhakeme şartlarını yerine getirilmemesi bir iddianamenin iadesi sebebi olarak kanunda sayılmasa da bu kurumun amacı düşünüldüğünde mütalaa alınmaması iddianamenin iadesi sebebi olarak ele alınmalıdır.[68]

Mütalaa alınmadan iddianame düzenlenip, kovuşturma aşamasına geçilmişse, mahkeme mütalaa şartının gerçekleşme ihtimali bulunuyorsa "davanın durması" kararı vererek, şartın gerçekleşmesini beklemelidir. Şartın gerçekleşme olasılığı yoksa veya mütalaa verilmeyeceği vergi idaresi tarafından bildirildiyse, bu durumda "davanın düşmesi" kararı verilmelidir. Diğer taraftan sanık hakkında derhal beraat kararı verilebilecek hallerde beraat kararının verilmesi ceza muhakemesi amacına daha uygun olduğundan, CMK, m.223/9'a göre bu halde "beraat" kararı verilmelidir.

Ceza Muhakemesi Kanunu m.223/8'de ifade edilen: "Türk Ceza Kanunu'nda öngörülen düşme sebeplerinin varlığı ya da soruşturma veya kovuşturma şartının gerçekleşmeyeceğinin anlaşılması hallerinde, davanın düşmesine karar verilir. Ancak, soruşturmanın veya kovuşturmanın yapılması şarta bağlı tutulmuş olup da şartın henüz gerçekleşmediği anlaşılırsa; gerçekleşmesini beklemek üzere, durma kararı verilir. Bu karara itiraz edilebilir" hükmü gereğince açıklanan bu husus, Yargıtay kararlarında da bu yaklaşımla şekillenmektedir. Örneğin bir kararında Yargıtay;

"Sanık hakkında sahte fatura düzenlemek suçundan verilmiş bir mütalaa bulunmadığı görülmekle, öncelikle durma kararı verilip, dava şartı olan mütalaanın verilip verilmeyeceği Vergi Dairesi Başkanlığından sorularak, sonucuna göre sanığın hukuki durumunun takdir ve tayini gerekir. Mütalaanın bulunmadığını anlaşılması halinde kamu davasının düşürülmesine karar verilmelidir." ifadelerine yer vermiştir.[69]

---

68 Bkz. Özcan, s.534.

69 Yargıtay 11. Ceza Dairesi E.2014/5061, K.2015/917, T.22.1.2015.

Yargılamaya konu edilen fiil ve olay mütalaada gösterilenden ibarettir. Mahkeme her ne kadar hukuki nitelendirme konusundan serbest olsa da mütalaada bulunulmayan suç için muhakeme şartı yerine getirilmemiş olduğundan ceza yargılaması yapılamayacaktır. Bu halde örneğin "sahte fatura düzenleme" suçu için verilen mütalaa ile "sahte fatura kullanma" suçu dolayısıyla yargılama yürütülemeyecektir. Böyle bir durumda mahkeme, durma kararı vermeli, yargılama konusu suç için mütalaa verilip verilmeyeceğini sorgulamalıdır. Mütalaa verilmeyeceği anlaşılıyorsa davanın düşmesi kararı vermelidir.[70]

3. VERGİ AFFI vs. MÜTALAANIN GERİ ALINABİLİRLİĞİ

VUK, m.359'da yer alan vergi kaçakçılığı teşkil eden fiiller ile vergi ziyaına sebebiyet verildiğinde, VUK, m.344 gereğince mükellef hakkında kayba uğratılan verginin 3 katı tutarında vergi ziyaı cezası kesilmektedir. Diğer taraftan vergi kaçakçılığı, ceza hukuku anlamında bir suç olduğundan mükellef, aynı fiiller için ceza muhakemesi sürecine tabi olup soruşturma ve kovuşturma aşamalarında şüpheli veya sanık olmaktadır. Bu halde vergi kaçakçılığı suçunun cezalandırılması ile aynı fiilin vergisel sonuçları veya idari para cezası ile cezalandırılması birbirinden farklı usul, esas ve yargılamalara tabi olmaktadır.

Bir vergi kabahati olan vergi ziyaı karşılığında idari para cezası ödemek durumunda olan mükellef, vergi affı çıkartıldığında idari para cezasının bir kamu alacağı olması nedeniyle bu alacak için vergi affından yararlanabilmektedir. Aynı fiilin vergisel sonuçlarını vergi affı kapsamında vergi idaresi ile uyum içerisinde yürütülen bir yöntem-

---

70 Bu doğrultuda Yargıtay 11. Ceza Dairesi E.2013/23357 ve K.2013/15895, T.4.11.2013 kararında şu ifadeler yer almaktadır: "Hükmün konusu, duruşmanın neticesine göre iddianamede gösterilen fiilden ibaret olup, 'sahte fatura kullanmak' ve 'sahte fatura düzenlemek' suçlarının birbirinden ayrı ve bağımsız suçlar olduğu, birinin diğerine dönüşemeyeceği her ne kadar vergi mütalaası 'sahte fatura düzenlemek' suçundan verilmişse de, sanık hakkında 'sahte fatura kullanmak' suçundan kamu davası açıldığı, iddianamede anlatılan eylemin dışına çıkılarak başka bir suçtan yargılama yapılması ve hüküm kurulması, mümkün olmadığına göre; yargılamanın durdurularak Vergi Dairesi Başkanlığından, 'sahte fatura kullanmak' suçundan mütalaa verilip verilmeyeceği sorulup, bu suçtan vergi mütalaası verildiği takdirde yargılamaya devamla hüküm kurmak, vergi mütalaası verilmemesi durumunda ise, yargılama şartı gerçekleşmeyeceğinden davanın düşmesine karar vermek gerekir."

le çözebilen mükellef, bu fiilin ceza hukuku anlamındaki sonuçlarına katlanmak durumunda kalmaktadır. Zira vergi affı, vergi kaçakçılığı suçunun hürriyeti bağlayıcı ceza müeyyidesini ortadan kaldırmamaktadır. Örneğin 2016 yılında çıkartılan af kanunu ele aldığımızda, belirli şartlar altında vergi borçlarını yapılandıran mükelleflerin, yapılandırmış olduğu vergi borçlarının doğumuna neden olan vergi kaçakçılığı suçları için ceza yargılamasında, yargılanmalarına devam edilmiştir.

Çıkartılan vergi affı kanunları vergi suçlarını kapsamamakta, ayrıca bunlar ceza yargılamasını da etkilememektedir. Vergi kaçakçılığı suçu ile doğan vergi aslı, fer'i borçlar ve idari nitelikteki vergi cezasını affettiren, bu kapsamda kamu alacağını yapılandıran mükellefin, aynı zamanda şüpheli veya sanık olarak ceza yargılamasının devam ediliyor oluşu uygulamada mükellefler için müstereddit durumlar oluşturabilmektedir. Bu noktada mükellef lehine çözüm alanı açabilecek bir soruyu ele alma gereksinimi duyulmaktadır.

Vergi affından yararlanarak kamu alacağını yapılandıran mükellef için, bir muhakeme şartı olan mütalaa verildikten sonra, geri alınması yoluyla aynı fiilin neden olduğu ceza yargılaması sonlandırılabilir mi?

Diğer taraftan her ne kadar çalışmamızda verilen mütalaanın geri alınmasına odaklanmış olsak da, benzer çıkış noktasına sahip olacak şekilde vergi affından yararlanan ve henüz hakkında mütalaa verilmeyen mükellef için, mütalaa vermekten imtina edilmesi konusu da bu çerçevede değerlendirilebilmelidir.

Konu, idarenin keyfi uygulama anlamı ihtiva edebilecek takdir yetkisi kullanımının ötesinde bir ceza muhakemesi koşulu olan mütalaaya odaklanılarak ele alınmaktadır. Bu noktada vergi affından beklenen faydanın gerçekleşmesi ve mükellefin vergiye uyum sorunun çözümü, vergi affı ile mütalaanın geri alınabilirliği arasındaki bağın sorgulanmasını gerektirmektedir.

Vergi kaçakçılığı suçuna dair yargılamalara vergi idaresinin katılımını sağlayan ve böylece yargılama makamlarına ışık tutarak, mükelleflerin mali güvenliğine, daha geniş bir bakış açısıyla hukuk güvenliğine yönelen mütalaa, bulunması haline muhakeme şartı, bulunmadığında ise muhakeme engeli olma niteliğiyle ceza yargılama-

sında önemli bir belge olmaktadır. Vergi idaresinin mütalaa vermesi veya vermemesi esasa değil usule ilişkin bir şart olarak ceza yargılamasını etkilemektedir. Bu noktada mütalaa olmaksızın sanık hakkında mahkumiyet hükmü verilememektedir. Ortada işlenmiş bir suçun varlığına rağmen, yokluğunda ceza yargılamasının yürütülmesine engel olan bir muhakeme şartı olan mütalaa, vergi idaresi tarafından verilmezse veya verilen mütalaa geri alınabilirse ceza yargılaması son bulabilecektir. Bu halde vergi kaçakçılığı suçu dolayısıyla vergi idaresi tarafından soruşturma aşamasında mütalaa verilmemiş olması iddianame düzenlenmesine engel olmaktadır. Ayrıca ceza muhakemesine göre, kovuşturma aşamasında mütalaa bulunmadığı durumlarda mahkeme "durma" kararı vermeli, mütalaa verilmeyeceğinin anlaşılması halinde de "düşme" kararı verilmelidir.

Bu doğrultuda herhangi bir aşamada vergi idaresi tarafından verilen mütalaalar, soruşturma veya kovuşturma aşamasında hüküm kesinleşinceye kadar geri alınabilirse ceza davasında "düşme kararı" verilmelidir. Böylece mütalaanın yokluğu sanık sıfatıyla yargılanan mükellef için hakkında ceza hükmü verilmesine engel olabilmektedir.

Öncelikle mevcut sorun itibariyle, çıkartılan vergi affı kanunları kapsamına vergi suçlarının alınmaması anayasal bir gerekliliktir. Zira bu suçların affı, genel-özel af ile mümkündür. Bir tehlike suçu olan vergi kaçakçılığında, vergi ziyaı suçun bir unsuru değildir. Diğer bir ifadeyle suçun işlenmiş olabilmesi için ortada somut bir vergi kaybının bulunmasına gerek yoktur.[71] Tüm unsurları ile sübuta erdiğinde suç, işlenmiş olacaktır. Bu halde vergi kaçakçılığı suçunun işlenmiş olması, mali sonuçlardan bağımsız olmaktadır. Zira vergi kabahatleri ile vergi suçlarında korunan hukuki değer birbirinden farklı olabilmektedir.

Bu noktada mütalaanın geri alınması yoluyla ceza yargılamasının sonlandırılması, vergi af kapsamına alınamayan vergi kaçakçılık suç ve cezalarının dolaylı olarak af kapsamına alınması izlenimini verebilir. Ancak mütalaanın geri alınması, af kapsamında olmayan vergi suç ve cezalarının affa uğratılmasını sağlamak için değildir.

Altını çizerek ifade etmek gerekir ki suç ve ceza teorisi açısından, suçun işlenmiş olması, o suç için ceza verilebilmesi için yeterli değildir.

---

71 Karakoç, s.27.

Ceza yargılamasında muhakeme koşulunun yokluğu cezalandırmaya engel olmaktadır. Bu halde ceza yargılamasında var olan şikâyet, yazılı başvuru, talep, izin gibi şart ve engellerin bulunmaması halinde, işlenmiş olduğu iddia edilen bir suça rağmen ceza muhakemesi yapılamamakta veya yargılama sonunda sanığa ceza verilememektedir.[72]

VUK, m.367'de yer alan mütalaa da bir muhakeme koşuludur. Burada vergi affından yararlanmaya bağlı olarak belli şartlar altında vergi idaresinin aktif bir irade göstermesi ve bu yolla ceza yargılamasındaki muhakeme koşulunun ortadan kaldırılması tartışılmaktadır. Şüphesiz idare tarafından böyle bir iradenin kullanılabilmesi için kanuni bir düzenlemeye ihtiyaç bulunduğu ileri sürülebilir. Ancak dikkat çekmek gerekir ki buna engel olabilecek herhangi bir kanuni düzenleme de bulunmamaktadır. Bu halde muhakeme şartı olan mütalaanın yapısı itibariyle böyle bir uygulamaya elverişli olup olmadığı ele alınmalıdır.

Ünver ve Hakeri, mütalaa kurumunu bir başka muhakeme şartı olan yazılı başvuru şartına benzeterek, şikâyet kurumuyla kıyas yapmak suretiyle kamu yararı olmadığı hallerde bu gerekçeyle hüküm kesinleşinceye kadar geri alınabileceğine işaret etmektedir.[73] Diğer taraftan Özcan ve Bayar mütalaanın geri alınamayacağını ifade eder.[74]

Mütalaa, diğer muhakeme koşullarına benzetilebilir. Bu yolla kıyas yaparak benzer sonuçlara odaklanılabilir. Bu konuda özellikle "yazılı başvuru" kurumun geçirdiği evrim dikkat çekicidir.

Sermaye Piyasası Kanunu (m. 115) ile Bankacılık Kanunu (m. 162), hukuki niteliği ceza muhakemesi şartı olan bir yazılı başvuru şartı öngörmüştür. Bu ceza muhakemesi şartına göre, Sermaye Piyasası Kanunu m.115'de yazılı suçlardan dolayı soruşturma yapılması, Sermaye Piyasası Kurulunun yazılı başvurusuna, Bankacılık Kanunu m.162 uyarınca da, Bankacılık Kanunu'nda belirtilen suçlara ilişkin soruşturma ve kovuşturma yapılması, Kurum veya Fon'un Cumhuriyet Başsavcılığı'na yazılı başvuruda bulunmasına bağlıdır. Böyle bir düzenlemeyle muhakeme yapılabilmesinin, başvuru koşuluna bağlı

72 Yenisey-Nuhoğlu, s.577.
73 Ünver-Hakeri, s.101.
74 Özcan, s.505; İbrahim Nihat Bayar, Vergi Kaçakçılığı (Suç Teorisi-Ceza Teorisi ve Muhakeme Hukuku Açısından Bir İnceleme), Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara 2010, s.220.

tutulmasının amacı piyasaya olan güvenin sağlanması olarak gösterilmektedir. Manipülasyon suçu açısından da, soruşturma yapılarak, milli ekonomiye ikinci ve daha ağır bir zarar verilmesi engellenmek istenilmesi arzulanmıştır.[75]

Buradaki muhakeme koşulunun doktrin ve yargı kararlarında, talep niteliği taşıdığı ifade edilmekle beraber, Türk Ceza Kanunu'nda müracaat koşulunun kaldırılması ile müracaata bağlı suçların şikâyete bağlı hale gelmesi sonrasında, yazılı başvurunun şikayet özellikleri taşıdığı ileri sürülmüştür.[76] Bankacılık Kanunu'na 24.05.2013 tarih ve 6487 sayılı Kanun m.31 ile ilave edilen değişikliğin etkisiyle de, yazılı başvuru şartına bağlı suçlarda soruşturmanın başlaması için bir ön koşul olan, uzman makamlardan bu suçun soruşturulmasın daha büyük zarara neden olup olmayacağı konusundaki değerlendirme yapılması, değerlendirme ile bağlı olmamak şartıyla, bu değerlendirmeyi inceleyen savcının yeterli şüphe halinde iddianame düzenleyebileceği ancak kamunun uğrayacağı zararın daha büyük olacağının kovuşturma aşamasında anlaşılması halinde yetkili makam tarafından kamu yararı kalmadığında yazılı başvurunun geri alınabilmesi fikri yerleşmiştir.

Böyle bir yaklaşımla bir muhakeme koşulu olarak yazılı başvurunun geri alınabilmesi, benzer ihtiyaç ve endişelerin olduğu mütalaanın da geri alınabilmesine kıyas edilebilir haldedir. Vergi hukukunda kıyasın yasak olduğu genel olarak kabul edilse de, yükümlülük getirmeyen usule ilişkin kurum olan mütalaa için kıyasa başvurulabileceği düşünülmektedir.[77]

Diğer taraftan mütalaanın geri alınabilmesinde diğer muhakeme koşullarıyla benzer ilişkiler kurulabilirse de mütalaa kendisine has özel bir yapıya sahiptir. Bu çerçevede bizatihi kendi yapısı vergi aflarından yararlanan mükellefler için ceza yargılamasında geri alınabilmesine hukuken imkân verebilir haldedir.

---

75 Yenisey-Nuhoğlu, s.586.

76 Yenisey-Nuhoğlu, s.587.

77 "Kıyas yasağının sadece ve yalnızca maddi vergi hukukunda söz konusu olduğu; buna karşılık vergi yargılaması hukukunda kural olarak böyle bir yasağın bulunmadığının da bilinmesi gerekir. Çünkü yasağın amacı, kişilere mali yükümlülük getirilmemesidir. Usule ilişkin konularda kıyas yapılmasına bir engel bulunmamaktadır. Ceza hukukunda var olan kıyas yasağının ceza muhakemesi hukukunda olmaması da bunun bir göstergesidir." Bkz. Yusuf Karakoç, Genel Vergi Hukuku Ders Kitabı, Ankara 2017, s.142.

Vergi idaresi tarafından ceza yargılamasına sunulan mütalaa, yargılama yapılmasının önünü açan bir işlemdir. Bu çerçevede mütalaa, vergi kaçakçılığı suçuna dair bir taraftan idari diğer taraftan yargı yetkisi kullanılması anlamında, dereceli bir yargılama yapılması demek değildir. Vergi idaresinin denetimleri neticesinde hazırladığı, vergi inceleme raporları, vergi suçu raporları veya vergi tekniği raporları mükellefin yargılamaya tabi olabilecek fiillerini ortaya kayar. Mütalaa tüm bu belgelerin vergi suçuna dair tespitlerinin yargılama sonucu olmamaktadır. Vergi idaresinin herhangi bir birimi, kendisini mahkeme yerine koyarak suçun oluşup oluşmadığına ilişkin karar verebilecek yetkide değildir. Bu halde Kanun koyucunun tüm bu belgelere ilave olarak VUK, m.367'de ayrıca mütalaa şartına yer vermesi ve bu şartın ceza muhakemesi anlamında bir muhakeme şartı olarak nitelenme yoluyla belirginleşmesi, mütalaanın vergi kaçakçılığı suçuna dair tespit içeren bir sentez olmadığını göstermektedir. Buradan mütalaanın, vergi denetim elemanlarının önceden hazırladıkları belgelere vergi idaresinde uzman bir komisyonun onay vererek, ceza yargılaması yapılmasını gerekli bulan vergi idaresi görüşünün, ceza yargılama makamlarına bildirilmesi işlemi olduğu anlaşılabilmektedir.

Böyle bir bakış açısı ceza yargılamalarının keyfi, sübjektif, siyasi ve idari baskılara maruz bırakabilecek bir keyfiyet alanına itilmesi anlamı ihtiva etmez. Bilakis bir muhakeme koşulu olan ve aynı zamanda idari işlem unsurları taşıması gereken mütalaanın, "idarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolu açıktır (Anayasa, m.125)" anayasal güvencesi içerisine dâhil edilebilmesi noktasında önem taşır. Böylece mütalaalar, hukuka uygunluk açısından daha denetlenebilir bir alanda bulunur. Diğer taraftan ceza yargılamasında var olan diğer muhakeme koşullarında olduğu gibi mütalaa, idarenin ceza mahkemesi yerine geçmesine değil muhakemenin aydınlatılmasına hizmet eder. Bu doğruluda kuvvetler ayrılığı ilkesine tezat oluşturabilecek, fonksiyon gaspı anlamı taşıyan bir görünüm arz etmeyip, diğer muhakeme koşulları ile aynı düzlemde değerlendirilmelidir. Bu çerçevede siyasi veya idari endişeler, mütalaanın varlık sebebini gölgelememelidir.

Bu noktada ifade edilebilir ki fiile değil ama faile ilişkin özel bir durum oluşturan vergi affından yararlanma hali, vergi idaresinin verdiği mütalaayı kamu yararı göz önünde tutarak geri alabilmesini olanaklı kılmalıdır. Suçun oluşup oluşmadığına ilişkin değil, ceza yar-

gılamasının gerekli olup olmadığına ilişkin bir değerlendirme anlamı taşıyan mütalaa, geri alınması yoluyla vergi idaresi tarafından mükellefin cezalandırılmasının istenmemesi biçiminde oluşabilmelidir.

Ancak dikkat çekmek gerekir ki vergi affının doğal sonucu olarak mütalaanın geri alınmasıyla, toptancı bir yaklaşım sergilenmesi gereği ifade edilmemektedir. Vergi idaresinin mütalaasını geri alma iradesinin oluşumu bu konuda mükellefin yapılandırma koşullarını yerine getirmiş olmasına bağlıdır. Burada belli şartlar altında ve keyfiyet arz etmeyen somutlaştırılmış hukuki bir süreçten bahsolunmaktadır.

Muhtevasında kamu yararı unsuru barındıran mütalaa ile vergi idaresi böyle bir irade eğilimi gösterebilmelidir. Aynı fiilin vergisel sonuçlarını vergi affı kapsamında yapılandıran ve yükümlülüklerini yerine getiren mükellef için hakkında yürütülen ceza yargılamasına son verebilme imkânı tanıyan mütalaanın geri alınması halinin, mükellefin vergiye uyumu açısından kamu yararı taşıdığı düşünülmektedir.

Burada kamu yararı kavramının belirsizliği üzerinden bir tartışma yürütülebilir. Bu çerçevede her şeyin kamu yararı gerekçesine sığınamayacağı ve bu hukuki kavramın bir kılıf olarak kullanılmaması gerektiğinin altı çizilerek, vergi affından yararlanarak kamu alacağını yapılandıran mükellef için vergi kaçakçılığı suçu dolayısıyla hakkında yürütülecek ceza yargılamasına son verilmesinin kamu yararı ile gerekçelenebileceği ifade edilebilmelidir.

Zira mükellefin ekonomik faaliyetlerinin devamlılığını sağlanması, vergiye uyum sorunun çözülmesi, uyuşmazlıkların çözümü ile yargı yükünün hafifletilmesi gibi vergi affıyla beklenen sonuçlar ancak vergi idaresi ile mükellef uyumu ile mümkün olmaktadır. Mükellef, af kapsamında belli şartlara uyarak vergi borcunu yapılandırmıştır. Bu borcun doğum kaynağı olan vergi kaçakçılığı suçuna dair ceza yargılamasının sonlandırılması bu uyumu gerçekleştirmede kamu yararı gerekçesine sahip olmaktadır.

Bu çerçevede suçun soruşturulması veya kovuşturulmasının doğurabileceği daha büyük bir kamusal zararın önlemesi adına mükellefin ceza davasının düşürülmesi vergi affı amaçlarıyla uyumludur. Aksi bir tutumla vergi affından yararlanan ve bu kapsamda kanunda ifade edilen koşulları yerine getiren mükellefin, yapılandırdığı kamu

alacağının cezai müeyyidesine maruz kalması, onun yeniden tesis etme iradesi ortaya koyduğu vergiye uyum arzunun kırılmasına neden olabilecek, vergi idaresi-mükellef ilişkisinin uyum ve devamlılığına zarar verebilecektir.

Bu halde hâlihazırda ülkemizde yargı fonksiyonun gereksiz ve ağır iş yükü altında etkinliğinin azaldığının ifade edildiği, VUK, m.371'de "pişmanlık ve ıslah", CMK, m.253 "uzlaştırma" gibi suçlunun cezalandırılması dışında alternatif çözüm arayışlarına dair mevzuat düzenlemelerinin yer aldığı sistemimizde, belli şartları kabullenerek vergi borcunu yapılandıran mükellefin, vergi cezası dâhil mali sonuçlarını ortadan kaldırmış olduğu fiilin ceza yargılamasına tabi olmaya devam ediliyor oluşu anlamsız olmakta ve vergilendirme düzeni için sakıncalar barındırmaktadır. Bu noktada vergi idaresinin vergi aflarından yararlanan ve bu çerçevede yükümlülüklerini yerine getiren mükellefler için ceza makamlarına verdiği mütalaaları hüküm kesinleşinceye kadar geri alabileceği düşünülmektedir.

SONUÇ

Ceza muhakemesi anlamında bir muhakeme koşulu olan mütalaa, vergi kaçakçılığı suçu dolayısıyla yapılan ceza yargılamalarını etkilemektedir. Bu koşul gerçekleştiğinde ceza muhakemesi faaliyeti yürütülebilir halde olup, koşulun gerçekleşmemesi sanık hakkında ceza hükmü verilmesine engel olmaktadır. Suçun işlenmiş olması ile sanığa ceza verilmesi arasındaki bağı kuran ceza yargılaması gerekliliklerin sağlanması zarureti, muhakeme koşullarını ifade eder. Bu halde vergi kaçakçılığı suçu dolayısıyla ceza yargılaması yapılması veya yapılan yargılama sonunda sanık hakkında cezaya hükmedilmesi mütalaanın varlığına bağlı olmaktadır.

Vergi idaresinin ceza makamlarına sunduğu mütalaayı geri alıp, alamayacağı başlı başına kapsamlı bir konudur. Hata gibi gerekçeler ile vergi idaresinin mütalaayı geri alıp alamayacağı maddi ve şekli açıdan tartışılabilir haldedir.[78] Ancak çalışmamızın konu kapsamıyla

[78] Yoklukla malul, açık hata sonucu oluşan, ilgilinin hilesi nedeniyle tesis edilen işlemlerin, ilgililer bakımından kişisel sonuç doğurmadığından her zaman geri alınabileceğine ilişkin bkz. Ramazan Çağlayan, "İdari İşlemin Geri Alınması Üzerine", *Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi*, Erzincan 2000, C.IV,

sınırlı olarak şekli değerlendirme odak alınarak, vergi affı ile mütalaanın geri alınabilirliği arasında bağ kurulması arzulanmıştır. Zira vergi afları doğrudan ceza yargılamalarına etki etmemektedir. Aynı fiilin vergisel sonuçlarını vergi affı kapsamında yapılandıran ve yükümlülüklerini yerine getiren mükellef için hakkında ceza yargılamasına devam ediliyor oluşu, bir taraftan vergi affından beklenen faydanın sağlanması, diğer taraftan mükellefin vergiye uyumu konusunda sorunlu bir alan açmaktadır. Bu noktada esasa dair yöneltilecek eleştirilere rağmen, uygulamanın ortaya çıkardığı ihtiyaç, soruna çözüm alanı açabilecek hukuki bir araca duyulan gereksinim, toptancı bir yaklaşım olmaksızın, vergi aflarıyla mütalaanın geri alınması arasında sonuçlar itibariyle bağ kurabilmeyi gerektirmektedir.

Vergi affından yararlanan mükellefin, mali sonuçlarını af kapsamında yapılandırdığı fiilinin ceza sonuçları dolayısıyla ceza mahkemesinde yargılanıyor olmasının mükellefin vergiye uyumu açısından zafiyet taşıdığı değerlendirilmektedir. Bu çerçevede vergi hukukunda af amaçlarının karşılanabilmesi adına, ceza yargılamasında sanık olan mükellef hakkında ceza hükmü verilmesine engel olabilen mütalaanın geri alınmasının, kamu yararı amacı taşıdığından belli şartlar altında hukuken mümkün olduğu düşünülmektedir.

Kaynakça

Akkaya Mustafa, "Vergi Mahkemesi İle Ceza Mahkemesi Kararlarının Etkileşimi Üzerine Bir İnceleme", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Ankara 2000, C.49, S.1, 85-96.

Akkaya Mustafa, "İdari ve Adli Vergi Ceza Sistemlerine Eleştirel Bir Bakış", *Vergi Sorunları Dergisi*, Şubat 2008, S.233, http://www.vergisorunlari.com.tr/makale/idari-ve-adli-vergi-ceza-sistemine-elestirel-bir-bakis/2135. (18.12.2017).

Akkaya Mustafa-Bayar, İbrahim Nihat, "Vergi Ziyaına Neden Olmayan Kaçakçılık Suçlarında Tarhiyat Öncesi Uzlaşmanın Cezaya ve Ceza Yargılamasına Etkisi", *Yaklaşım*, 2011, S.220, http://uye.yaklasim.com/MagazineContent.aspx?ID=12465. (7.12.2017).

Bayar İbrahim Nihat, Vergi Kaçakçılığı (Suç Teorisi-Ceza Teorisi ve Muhakeme Hukuku Açısından Bir İnceleme), Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Doktora Tezi, Ankara 2010.

Baykara Bekir, Teori ve Pratik Yönleriyle Vergi ve Vergi Ceza Hukuku, İstanbul 2009.

S.1-2, s.57.

Can Sibel, "Türk Hukukunda Af Kurumu", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Ankara 2016, C.65, S.4, 1291-1312.

Çağan Nami, "Türk Hukukunda Vergi Cezalarının Affı", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Ankara 1972, C. 29, S.1, 111-122.

Çağan Nami, Vergilendirme Yetkisi, İstanbul 1982.

Çağlayan Ramazan, "İdari İşlemin Geri Alınması Üzerine", *Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi*, Erzincan 2010, C. IV, S.1-2, 43-58.

Doğan Duygu Çağlar, Ceza Hukukunda Af, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2012.

Doğrusöz Bumin, "Vergi Affının Vergi Suçlarına Etkisi", http://www.bumindogrusoz.com/article/verg-affinin-verg-suclarina-etks. (10.08.2017).

Döner Ayhan, "Cezai ve İdari Yaptırımların Farklılığı Bağlamında TBMM'nin Af Yetkisi," *Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Erzincan 2008, C.XII, S.3-4, 2008, 33-54.

Dönmez Recai, Teori ve Uygulamada Vergi Afları, Anadolu Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Doktora Tezi, Eskişehir 1990.

Edizdoğan Nihat- Gümüş, Erhan, "Vergi Afları ve Türkiye'de Vergi Aflarının Değerlendirilmesi", *Maliye Dergisi*, Ankara 2013, S.164, 99-119.

Erdem Tahir, "Kaçakçılık Suçlarının Bildiriminde ve Cezalandırılmasında Usul", *Vergi Sorunları Dergisi*, 2011, S.273, 65-100.

Gözler Kemal, "Karşılaştırmalı Anayasa Hukukunda Af Yetkisi", *Anayasa Yargısı Dergisi*, Ankara 2001, C.18, 2001, 298-329.

Gözler Kemal, İdare Hukuku Cilt I, Ekin 2009.

Karakoç Yusuf, Genel Vergi Hukuku Ders Kitabı, Ankara 2017.

Karakoç Yusuf, Vergi Ceza Hukuku, Ankara 2016.

Oktar S. Ateş, Vergi Hukuku, İstanbul 2011.

Öncel Mualla-Kumrulu Ahmet-Çağan Nami, Vergi Hukuku, Ankara 2007.

Özcan Onur, Vergi Suçları, Ankara 2015.

Öztürk Bahri-Tezcan Durmu- Erdem Mustafa Ruhan - Sırma Özge- Kırıt Yasemin F. Saygılar - Özaydın, Özdem- Akcan,Esra Alan- Erdem Efser, Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, Ankara 2013.

Saban Nihal, "Vergi Suçlarında Affı Anayasa ile Sorunsallaştırmak", *Anayasa Yargısı Dergisi*, Ankara 2001, C.18, 451-475.

Soyaslan Doğan, "Af", *Anayasa Yargısı Dergisi*, Ankara 2001, C.18, 2001, 412-436.

Sözüer Adem, "Türk Hukukunda Af, 4454 ve 4616 sayılı Kanunlarda Öngörülen Şartla Salıverilme ve Ertelemeye İlişkin Hükümlerin Hukuksal Niteliği ve Bu Hükümlerin Anayasaya Uygunluğu Sorunu", *Anayasa Yargısı Dergisi*, Ankara 2001, C.18, 219-253.

Şenyüz Doğan, "Vergi Kaçakçılığı Suçunda Dava Şartı Olarak Mütalaa/Görüş", *İzmir Barosu Dergisi*, İzmir 2016, C.81, S. 2, 13-50.

Şenyüz Doğan, Vergi Ceza Hukuku, Bursa 2016.

Taşkın Yasemin, "Vergi Aflarının Hukuki Niteliği ve Gerekçeleri", *Sosyal Bilimler Dergisi*, İstanbul 2010, S.2, 122-128.

Türkay İmdat, "Bazı Kamu Alacaklarının Yeniden Yapılandırılmasına İlişkin 6552 sayılı Kanun Uygulaması", *Terazi Hukuk Dergisi*, Ankara 2014, S.99, s.66-76.

Uğur Hüsamettin, "Vergi Suçlarında Kovuşturma Şartı Olarak Mütalaa (VUK m. 367)", *Terazi Hukuk Dergisi*, Ankara 2013, S.88, 34-43.

Uğur Hüsamettin, -Açıklamalı-İçtihatlı Vergi Suçları, Ankara 2015.

Ünver Yener-Hakeri, Hakan, Ceza Muhakemesi Hukuku, Ankara 2014.

Yenisey Feridun-Nuhoğlu, Ayşe, Ceza Muhakemesi Hukuku, Ankara 2015.

Yılmaz Sibel, "Anayasal Vergilendirme İlkeleri Çerçevesinde Vergi Affı", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Ankara 2017, C.66, S.1, 263-300.

İSTİNAF KANUN YOLUNDA KAMU DÜZENİ KAVRAMI

THE CONCEPT OF PUBLIC ORDER IN APPEAL

Sezin AKTEPE ARTIK*

Özet: Hukuk Muhakemeleri Kanunu' (HMK) nun 342/son ve 355. madde düzenlemeleri ile kamu düzeni kavramı, istinaf incelemesi bakımından önem kazanmıştır. İstinafta kamu düzeni kavramı başlıklı bu çalışma ile esas olarak, kamu düzeni kavramının kapsamı belirlenmeye çalışılacak, böylelikle istinaf incelemesi yapan bölge adliye mahkemesinin resen inceleme yetkisinin sınırları tespit edilecektir. Acaba temelinde kamu yararı düşüncesi yatan tüm maddi hukuk kurallarına aykırılık halinde istinaf mahkemesi bu hukuka aykırılık halini dikkate almalı mıdır? Yoksa maddi hukuktaki kamu düzeni ve kamu yararı meselesine hiç girmeden usûlî kamu düzeni kavramı üzerinde mi durulmalıdır?

Anahtar Kelimeler: Hukuk Muhakemeleri Kanunu, İstinaf Kanun Yolu, Kamu düzeni, İstinaf İncelemesi

Abstract: With the 342 and 355th article of the Code of Civil Procedure (HMK) the concept of public order have gained importance in terms of appeal examination. This work, titled as the concept of public order, will mainly attempt to determine the scope of the concept of public order, so that the boundaries of the authority of the appeal courts to conduct the appeal examination will be determined. Should the appeal court contravene this law in case of violation of all substantive laws which are based on public interest? Or should we focus on the concept of procedural public order without ever entering the public order and the public interest in the substantive law?

Keywords: The Code of Civil Procedure, Appeal Process, Public Order, Public İnterest

* Yrd. Doç. Dr., Altınbaş (İstanbul Kemerburgaz) Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Medeni Usul Hukuku ve İcra-İflas Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

GİRİŞ

Kamu düzeni kavramı, Türk hukukunda sıklıkla kullanılan bu sebeple de herkesin aşina olduğu bir kavramdır. Bununla birlikte, istinaf incelemesi bakımından ayrıca üzerinde durulması gerekmektedir. Öncelikle ifade edilmelidir ki istinaf sebepleri Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda sayılmamıştır. İstinaf sebepleri kanun koyucu tarafından sınırlandırılmadığı için ilk derece yargılamasında maddi hukukun uygulanmasındaki hatalar, maddi vakıaların tespitindeki eksiklikler ya da usul kurallarına aykırılıklar istinaf sebebi olarak ileri sürülebilecektir. Kanunda sayılmamakla birlikte, istinaf sebeplerinin istinaf başvurusu sırasında taraflarca belirtilmesi, istinaf başvurusunun başarıyla sonuçlanabilmesi için bir zorunluluktur. HMK m.342/2-e uyarınca istinaf yoluna başvuran, istinaf sebeplerini ve gerekçesini açıkça belirtmelidir. Bu, istinaf dilekçesinin temyiz dilekçesinden en önemli farkıdır. İstinaf sebepleri, dilekçede açıkça belirtilmemişse, Bölge Adliye Mahkemesi (BAM) ön incelemede istinaf başvurusunu kural olarak reddedecektir (HMK m. 352).

Hukuk Muhakemeleri Kanunu m.355, istinaf incelemesinin istinaf dilekçesinde belirtilen sebeplerle sınırlı olarak yapılacağını öngörmektedir. Bu çerçevede sebebe bağlılık ilkesinin kabul edildiği ifade edilebilir. Temyiz incelemesinden farklı olarak, bölge adliye mahkemesinde yapılacak incelemede tarafların ileri sürdüğü sebeplerle bağlı kalınmasının nedeni, bölge adliye mahkemesinin ilk derece mahkemesinin kararının kanuna aykırılığını tespit etmesi hâlinde, çoğu zaman yeniden yargılama yaparak yeni bir karar verebilmesidir. Tercih edilen istinaf sisteminde, ilk derecedeki yargılama tümüyle tekrarlanmamaktadır. Bu sebeple istinaf incelemesi sadece tarafların dilekçelerinde belirtmiş oldukları istinaf sebepleri ile sınırlı tutulmuştur.

Bununla birlikte, istinaf sebepleri ile bağlı olma kuralına bir istisna getirilmiş ve istinaf incelemesini yapan bölge adliye mahkemesinin kamu düzenine aykırılık gördüğü takdirde bunu resen gözeteceği kurala bağlanmıştır. İstinaf dilekçesini düzenleyen 342. maddenin son fıkrasına göre, istinaf dilekçesi, başvuranın kimliği ve imzası ile başvurulan kararı yeteri kadar belli edecek kayıtları taşıması durumunda diğer hususlar bulunmasa bile reddolunmayıp 355. madde çerçevesinde gerekli inceleme yapılır. Kendisine yollama yapılan HMK m.355

ise, istinaf incelemesinin, kural olarak istinaf dilekçesinde belirtilen sebeplerle sınırlı olarak yapılacağını ancak bölge adliye mahkemesinin kamu düzenine aykırılık gördüğü takdirde bunu resen gözeteceği kuralını ihtiva etmektedir.

Belirtilen kanuni düzenlemeler birlikte değerlendirildiğinde denilebilir ki, istinaf başvurusunda istinaf sebepleri bildirilmelidir. Buna rağmen taraf, herhangi bir istinaf sebebine dayanmamışsa ve fakat istinaf dilekçesi asgari şartları içeriyorsa, hemen reddedilmez, kamu düzeni bakımından incelemeye tabi tutulur. HMK m.352 hükmünde, başvuru sebeplerinin veya gerekçesinin hiç gösterilmediği tespit edilen dosyalar hakkında "gerekli kararın verileceği" ifade edilmiştir. Bu kapsamda gerekli kararın verilmesinden kasıt, başvuru nedenlerinin veya gerekçesinin başvuru dilekçesinde hiç gösterilmemiş olması halinde, bölge adliye mahkemesinin kamu düzenine aykırılık bulunup bulunmadığı yönünden bir inceleme yaparak bu incelemenin sonucuna göre karar vermesidir.[1]

---

[1] Baki Kuru, İstinaf Sistemine Göre Yazılmış Medeni Usul Hukuku, İstanbul 2016, s.675; Bilge Umar, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, Ankara 2011, s.949; Hakan Pekcanıtez/ Oğuz Atalay/ Muhammet Özekes, Medeni Usul Hukuku, Ders Kitabı, 4.Bası, Ankara 2016, s.527; Haluk Konuralp, "İstinafta Kamu Düzeni Kavramı", Medeni Usul ve İcra-İflas Hukukçuları Toplantısı VI, Türkiye Barolar Birliği Yayını, Ankara 2008, s.136; Adem Albayrak, 6100 sayılı HMK'ya Göre Hazırlanmış Hukukta İstinaf Uygulaması, 2.Baskı, Ankara 2016, s.176; Hukuk Muhakemesinde İstinaf El Kitabı, T.C. Adalet Bakanlığı, Ankara 2007, s.47-48; Nevhis Deren- Yıldırım, "İstinafın Gerekçelendirilmesi ve İstinaf Sebepleri", Özer Seliçi'ye Armağan, Ankara 2006, s.697; Cenk Akil, İstinaf Kavramı, Ankara 2010, s.351; Murat Özgür Çiftçi, Medeni Yargılama Hukukunda İstinaf, 3.Baskı, Ankara 2016, s.211 vd. HMK m.342/3 hükmüne eleştirel bir bakış açısı için bkz. Çiftçi s.213,214; Muhammet Özekes, 100 Soruda Medeni Usul Hukukunda Yeni Kanun Yolu Sistemi İstinaf ve Temyiz, 3.Bası, Ankara 2016, s.69-70; Deniz Meraklı Yayla, Medeni Usul Hukukunda İstinaf Kanun Yolunda Yeniden Tahkikat Yapılması, Ankara 2014, s.61; M. Kamil Yıldırım, "İstinaf Sebepleri ve İlk Derece Mahkemesinde Hatalı Vakıa Tespitleri", Medeni Usul Hukukunda Kanun Yolları ve Arabuluculuk Kanun Tasarısı, Medeni Usul ve İcra-İflas Hukukçuları Toplantısı VI, İzmir/Çeşme, 19-20 Ekim 2007, TBB Yayını, s.92. Pekcanıtez'e göre, bu düzenleme istinafın niteliğine uygun düşmemektedir. "Tarafın bir sebep ileri sürmediği, gerekçe belirtmediği bir istinaf talebini dikkate alıp değerlendirmek hem yargılama ilkeleri hem de istinafın niteliği ile uyumlu değildir… Burada uygun olan istinaf sebepleri hiç bildirilmemiş ve gerekçe gösterilmemişse istinaf başvurusunun ön incelemede kabul edilmemesi; ancak sebep bildirilmiş ve gerekçe gösterilmişse istinaf incelemesinde kamu düzeninin de dikkate alınmasıdır." Hakan Pekcanıtez, Pekcanıtez Usûl Medeni Usûl Hukuku, 15.Bası, İstanbul 2017, s.2237-2238; Ali Cem Budak/Varol Karaaslan, Medeni Usul Hukuku, Ankara 2017, s.337-338.

Kamu düzenini ilgilendiren hususlarda bölge adliye mahkemesi istemle bağlı olmaksızın re'sen inceleme yapar. Kamu düzenine aykırılık kavramının kapsamı nasıl belirlenecektir? Bu husus Gerekçe'de şu şekilde açıklanmaktadır: *"Örneğin, kamu düzenini ilgilendiren görev kuralına aykırılık bölge adliye mahkemesince re'sen incelenir. Yine dava şartlarının var olup olmadığı bölge adliye mahkemesince re'sen araştırılır. Bunun gibi, re'sen araştırma ilkesinin geçerli olduğu davalarda bölge adliye mahkemesi tarafların istemiyle bağlı olmaksızın ilk derece mahkemesinin kararını inceler."*

Anılan düzenlemelerdeki temel ölçüt kamu düzeni gibi soyut ve belirsiz bir kavram olunca, öncelikle bu kavramın ne anlama geldiğinin açıklanması ve tartışılması gerekmektedir. Bu noktada kamu düzeni kavramının kapsamını belirlemek, aynı zamanda bölge adliye mahkemesinin resen inceleme yapma yetkisinin sınırlarını belirlemek anlamına geldiği için irdelenmeye değerdir. Bölge adliye mahkemesinin resen inceleme yetkisinin sınırları, kamu düzeni kavramına verilecek anlama göre dar veya geniş olabilecektir. Kamu düzeni kavramının dar veya geniş yorumlanması ise kanun koyucunun istinaf hükümlerini düzenlerken güttüğü istinafta sınırlı yargılama yapılması amacının gerçekleşmesi veya bu amacın aşılması sonuçlarından birini doğurabilir mi? Tartışılmalıdır.

I. BÖLGE ADLİYE MAHKEMESİNİN İSTİNAF SEBEPLERİ İLE BAĞLILIĞI VE BU KURALIN İSTİSNASI OLARAK KAMU DÜZENİ KAVRAMI

1. Kamu Düzeni Kavramına Genel Bakış

Türk hukuk sözlüğünde kamu düzeni genel olarak, bir ülkedeki kurum ve kuralların, devletin güvenliğini, kamu hizmetlerinin iyi işlemesini, bireyler arasındaki ilişkilerde huzuru ve toplumsal barışı, hukuk ve ahlak kurallarına uygunluk ile sağlayan düzen şeklinde tanımlanmaktadır.[2] Kamu düzeni kavramının genel bir tanımını yapmak mümkün olsa da sınırlarını ve kapsamını tespit etmek oldukça güçtür. Bunun bir sebebi, her hukuk dalının kendi konusu ve amacı-

[2] Bkz. TC Adalet Bakanlığı Hukuk Sözlüğü (http://www.sozluk.adalet.gov.tr; www.tdk.gov.tr).

na göre kamu düzeni kavramını yorumlaması ve sınırlarını o hukuk dalının ihtiyaçlarına göre belirlemesidir. Gerek kamu hukuku gerekse özel hukukun kamu düzeni kavramını yorumlayışı farklı olduğu gibi özel hukukun kendi alt dalları arasında kamu düzeni anlayışına ilişkin farklılıklar olabilir.[3]

Anayasa Mahkemesi eski bir kararında, kamu düzeni kavramı için net bir tanım yapmak yerine kavramın genel özelliklerini belirtmekle yetinmiştir:

"… Yerli ve yabancı birçok hukuk eserlerinde, çeşitli alanlardaki kişi haklarını sınırlayan bu terim sık sık görülmekte fakat tarifine pek az rastlanmaktadır… Bu suretle yapılmış olan tariflerin incelenmesi sonucunda kamu düzeni deyiminin *toplumun huzur ve sükûnunun sağlanmasını, devletin ve devlet teşkilatının muhafazasını hedef tutan her şeyi ifade ettiği, bir başka deyimle cemiyetin her sahadaki düzeninin temelini teşkil eden bütün kuralları kapsadığı* sonucuna varılmaktadır."[4]

Özel hukukta kamu düzeni kavramına ilişkin tanımlarda genellikle toplumsal menfaat ölçütünün ön plana çıkarıldığı görülmektedir. Genel olarak kamu düzeni, toplumun menfaatini koruyan hükümlerle ortaya çıkan hukuki düzeni[5] ya da toplumun önemli ve doğrudan doğruya menfaatlerini koruyan hukuk kuralları[6] şeklinde tanımlanmaktadır. Uyulmasında ve korunmasında toplum ve devletin genel menfaati bulunan hukuk kurallarına kamu düzeni adı verilir.[7] Bu kurallar, örgütlenmiş toplumun temel yapısını ve temel çıkarlarını koruyan kurallardır.[8]

Kamu hukuku perspektifi ile kamu düzeninin, kamu güvenliği, kamu huzuru ve kamu sağlığı kavramlarından oluşan klasik üçlü ile

---

3 Bu konuda ayrıntılı bir değerlendirme için bkz. Arda Atakan, Kamu Düzeni Kavramı, *MÜHF- HAD*, C.13, S.1-2, s.59 vd.

4 28.01.1964, E.1963/128, K.1964/8 (RG. 17.04.1964, S.11685).

5 M. Kemal Oğuzman/Turgut Öz, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Üçüncü Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul 2000, s.74.

6 Selahattin Sulhi Tekinay/Sermet Akman/Haluk Burcuoğlu/Atilla Altop, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 6.Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul 1988, s.540.

7 Fikret Eren, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 9.Bası, Beta Yayınları, İstanbul 2006, s.288.

8 Hüseyin Hatemi, Hukuka ve Ahlaka Aykırılık Kavramı, İstanbul Üniversitesi Yayınları, İstanbul 1976, s.42-43.

tanımlandığı görülmektedir.[9] Kamu güvenliği, şahsa ve eşyaya zarar verecek kazaların ve tehlikelerin yokluğudur. Kamu huzuru (kamu selameti) cemiyette intizamsızlığın, karışıklığın yokluğu, hayatın normal seyrinde devam etmesidir. Kamu sağlığı ise, bireylerin bulaşıcı hastalıklardan korunması, sosyal hayatın sağlık koşulları içinde sürmesi anlamına gelmektedir. Modern anlayış, klasik kamu düzenini oluşturan üç unsura ek olarak yeni unsurlara da yer verir. Bu unsurlar, genel ahlak, kamusal estetik ve bireylerin kendilerine karşı korunması olarak adlandırılan unsurlardır.[10]

Kamu düzeni kavramı, medeni usul hukuku açısından ele alındığında, davanın yürütülmesi ve yargı örgütü ile ilgili kuralların genel olarak kamu düzeni kapsamında sayıldığını söylemek mümkündür.[11] Yargılama yetkisi ile yargılama usulünün tarafların tercihine bırakılması mümkün değildir. Bu sebeple medeni usul hukuku genellikle emredici kurallardan oluşan şekli bir hukuk dalıdır. Keyfiliğe karşı bir koruma ve geniş anlamda hak arama özgürlüğünün garantisi sayılan şekilcilik medeni usul hukukunun en belirgin özelliklerinden birisidir[12]. Bu açıdan öğretide, usul işlemlerinde şekle uyulması konusundaki zorunluluğun kamu düzeni ile ilişkisi bakımından şöyle bir ölçüt koyulmuştur: eğer şekil kuralı ile amaçlanan şahsı düşünmeye sevk etmek ya da mahkemenin otoritesini güvence altına almak ise bu takdirde ilgili şekil kuralının kamu düzenine ilişkin olduğu kabul edilebilir.[13] Medeni usul hukuku kurallarından hangilerinin kamu düzeni kapsamında değerlendirildiği aşağıda ayrıca incelenecektir.[14]

2. Bölge Adliye Mahkemesinin İstinaf Sebepleri ile Bağlı Olma Kuralı

Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda istinaf dilekçesinde bulunması gereken unsurları düzenleyen 343.maddenin 2.fıkrasının e bendin-

---

9 Atakan, s.98 vd.; Konuralp, Tebliğ, s. 138 vd.; Kemal Gözler, İdare Hukuku, Bursa 2003, s.418 vd.

10 Gözler, s.421-222.

11 Konuralp, Tebliğ, s.144 vd.

12 İbrahim Ermenek, Medeni Usul Hukukunda Şekilcilik, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 4, S.1-2, s.142 vd.

13 İlhan E. Postacıoğlu, Medeni Usul Hukuku Dersleri, Bası 6, İstanbul 1975, s.337 vd.

14 Bkz. Bölüm II,1.

de "başvuru sebepleri ve gerekçesi" yer almaktadır. Bir başka deyişle, istinaf yoluna başvuran taraf dilekçesinde hangi istinaf sebebine dayandığını açıkça göstermek durumundadır. İstinaf sebeplerinin gösterilmemesi, başvurunun kural olarak reddine sebep olacaktır. Bunun sebebi, HMK m.355'te, istinaf incelemesinin istinaf dilekçesinde belirtilen sebeplerle sınırlı olarak yapılacağını öngörülmesidir. Bölge adliye mahkemesi belirtilen istinaf sebepleri ile bağlıdır. Bu sebeple, dilekçede hiçbir sebep bildirilmemesi istinaf mahkemesinin kural olarak inceleme yapamaması sonucunu doğuracaktır.

İstinaf dilekçesinde sebep bildirme zorunluluğu ve istinaf mahkemesinin bu sebeplerle bağlılığı, istinafı temyizden ayıran en önemli farklardan birisidir. Bilindiği gibi, temyiz kanun yolunda Yargıtay, tarafların ileri sürdükleri temyiz sebepleri ile bağlı olmayıp kanunun açık hükmüne aykırı gördüğü diğer hususları da inceleyebilir (m.369/I). İstinafta ise, kamu düzenine aykırılık hali dışında, istinaf mahkemesi tarafların ileri sürmediği kanuna aykırılık hallerini re'sen inceleme konusu yapamayacaktır.[15] Buradan hareketle, istinaf başvurusunda dayanılan sebeplerin ve gerekçenin bildirilmesinin, istinaf başvurusunda başarıya ulaşabilmek için son derece önemli olduğunun bir kez daha altını çizmek gerekmektedir.

Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda istinaf mahkemesinde yapılacak tahkikat sınırlı tutulmuştur. İlk derecedeki yargılamanın tekrarı niteliğinde olacak, onun yerine geçen bir yargılama düşünülmediğinden sınırlı istinaf modeli tercih edilmiştir. Klasik anlamda istinafta ilk derece mahkemesinin incelediği ve değerlendirdiği vakıalar ondan bağımsız olarak, herhangi bir sınırlamaya tabi olmaksızın istinaf mahkemesinde tekrarlanır. Dar anlamda (sınırlı) istinafta ise, ilk muhakeme baştan sona tekrarlanmaz, yalnızca gereken hususlarda ve Kanundaki

15 Selçuk Öztek, Adalet Bakanlığı Üst Mahkemeler Hukuk Komisyonu Tarafından Hazırlanmış Olan Üst Mahkemeler Tasarısı" Yargı Reformu 2000 Sempozyumu, İzmir 2000, s.111. Yargıtay, temyiz başvurusunu incelerken bozma istemini yasa önünde haklı kılacak nedenlerin varlığını kendiliğinden göz önüne alıp bozma kararı verebiliyor iken istinafta aksine çözümün kabulü Umar tarafından çelişkili ve mantıksız olarak değerlendirilmektedir. Bkz. s.988. Tanrıver de, istinaf yargılamasının belirtilen sebeplerle sınırlı olarak yapılması sebebiyle, dayanılabilecek istinaf sebeplerinin yabancı hukuk düzenlerinde olduğu gibi objektif bir biçimde somutlaştırılması gereği üzerinde durmaktadır. Süha Tanrıver, 6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun Revizyonu Üzerine Bazı Düşünceler, *TBBD* Mart-Nisan 2012, S.99, s.32.

sınırlamalar kapsamında inceleme yapılır. Sınırlı kanun yolu modelinde, müracaat sahibinin belirli sebeplere dayanması şart koşulmaktadır. Tam (klasik) kanun yolunda ise belirli bir kanun yolu sebebine veya vakıa ikamesine dayanılmaksızın kararın denetimi yapılabilmektedir.[16] Kanun yolu sebebinin gösterilmesindeki amaç kanun yoluna müracaat eden tarafın dayandığı noktalar üzerinde yargılamayı teksif etmektir.[17]

Kanunda istinaf sebepleri ayrıca düzenlenmemiş ve nelerin istinaf sebebi sayılacağı belirtilmemiştir.[18] Sadece duruşma yapılmadan karar verilecek halleri düzenleyen 353. maddenin ilk fıkrasında istinaf sebebi olabilecek önemli usul hataları belirtilmiştir. İstinaf sebepleri sınırlandırılmadığı için ilk derece mahkemesi kararının yanlış veya eksik olmasına sebep olabilecek her hatanın istinaf sebebi sayılabileceği sonucuna varılabilir.[19] Temyiz sebepleri bakımından kabul edilen sınıflandırma, istinafın niteliğine uygun düştüğü ölçüde istinaf sebepleri bakımından da kabul edilebilir. Buna göre, gerek maddi hukuk kurallarına aykırılık gerek usul kurallarına aykırılık gerekse maddi vakıanın tespitinde hata halleri istinaf sebebi sayılabilecektir.

Usul kurallarına aykırılık, temyizde olduğu gibi mutlak istinaf sebepleri ve nispi istinaf sebepleri olarak nitelendirilebilir.[20] Mutlak isti-

---

16 Ejder Yılmaz, İstinaf, Genişletilmiş 2.Baskı, Ankara 2005, s.22; Ejder Yılmaz, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, 2.Baskı, Ankara 2013, s.1479; Pekcanıtez/Atalay/Özekes, s.529; M. Kamil Yıldırım, Hukuk Devletinin Gereği: İstinaf, İstanbul 2000, s.45-46; Nevhis Deren- Yıldırım, Teksif İlkesi Açısından İstinaf, İstinaf Mahkemeleri Uluslararası Toplantı, Ankara 7-8 Mart 2003, s.268-269; H. Yavuz Alangoya/M. Kamil Yıldırım/ Nevhis Deren- Yıldırım, Medeni Usul Hukuku Esasları, 8.Tıpkı Baskı, İstanbul 2011, s.508-509; Akil, s.262-263; Ramazan Arslan/ Ejder Yılmaz/ Sema Taşpınar Ayvaz, Medeni Usul Hukuku, 2.Baskı, Ankara 2016, s.583.

17 Yıldırım, s. 110.

18 İsviçre Federal Usul Kanunu'nda da paralel bir yaklaşım sergilenmiş ve istinaf sebepleri kanun koyucu tarafından sınırlandırılmamıştır. Bununla birlikte, Türk Hukukunun aksine istinaf mahkemesinin kural olarak tarafların belirttiği sebeplerle bağlı olmadığı kabul edilmektedir. Fabienne Hohl, Procédure Civile, Tome II, Compétence, délais, Procédure et voies de recours, 2eme édition, Berne 2010, s.435.

19 Pekcanıtez/ Atalay/Özekes, s.521;Tolga Akkaya, Medeni Usul Hukukunda İstinaf, Ankara 2009, s.189. Alman Hukukunda kabul edilen görüşe göre, maddi ya da şekli hukuk ihlalleri, uygulanacak hukukun yanlış seçilmesi, usuli hatalar veya hatalı vakıa tespitleri istinaf sebebi olabilmektedir. Peter Gilles, "2002 Medeni Usul Hukuku Reformu Sonrası Hipertrofik Bir Medeni Yargının Problem Sahası Olarak Alman Kanun Yolu Sistemi" (Çev. Evrim Erişir), Medeni Usul Hukukunda Kanun Yolları ve Arabuluculuk Kanun Tasarısı, Medeni Usul ve İcra-İflas Hukukçuları Toplantısı VI, İzmir/Çeşme, 19-20 Ekim 2007, TBB Yayını, s.39.

20 Akil, s.356 vd.; Akkaya, s.190.

naf sebebi sayılan ağır yargılama hataları, hükmü etkileyip etkilemediğine bakılmaksızın mahkemece resen dikkate alınmalıdır. Mutlak istinaf sebeplerinin özellikle kamu düzenine aykırılık halleri ile maddi anlamda kesin hükmün etkisini ortadan kaldıracak ağır usuli hatalardan oluştuğu kabul edilmektedir.[21] Önemli ve klasik usul eksiklikleri olarak nitelendirilen[22] bu tür usul hatalarının varlığı halinde ilk derece mahkemesi kararının doğru olamayacağı varsayımı sebebiyle hukuki korumanın kamusal işlevi ön plana çıkmaktadır.[23] Dava şartları gibi mutlak istinaf sebepleri arasında sayılabilecek usul eksiklikleri, kamu düzeni ile ilişkileri sebebiyle konumuz açısından önem taşımaktadır. Zira bu tür eksiklikler, bölge adliye mahkemesi tarafından resen dikkate alınacak, tarafların bu eksikliği ileri sürmüş olup olmamasına bakılmayacaktır. Bu hususa aşağıda ayrıca değinilecektir.

Mutlak istinaf sebeplerinin dışında kalan usule aykırılıklar nispi istinaf sebebidir. Bu durumda usul hatasının istinaf sebebi sayılması için hüküm bu hatadan etkilenmiş olmalıdır. Ayrıca yapılan usul hatası ile yanlış verilen mahkeme kararı arasındaki illiyet bağı da ortaya konmalıdır. İstinaf mahkemesi, usul hatasının hükmü etkileyip etkilemediğini her somut olayda ayrıca değerlendirmelidir. İstinaf mahkemesi nispi istinaf sebebi sayılan hususları resen inceleme konusu yapamayacak, istinaf başvurusunda bulunan tarafın bu hataları istinaf dilekçesinde ileri sürmesi beklenecektir. Hemen ifade etmek gerekir ki, nispi istinaf sebeplerinin taraflarca ileri sürülmesi halinde mahkeme tarafından dikkate alınabilecek olması, temyizdeki nispi istinaf sebeplerinden farklıdır. Bilindiği gibi Yargıtay, taraflar ileri sürmese dahi var olan nispi bozma sebebini tıpkı mutlak bozma sebebi gibi resen dikkate almaktadır. Usule aykırılığın nispi bozma sebebi niteliğinde olması, Yargıtay'ın bu eksikliği tek başına bir bozma sebebi kabul edip etmeyeceği ile ilgilidir. İstinaf yargılamasında ise, kural olarak taraflarca ileri sürülmeyen nispi istinaf sebepleri istinaf mahkemesi tarafından dikkate alınamayacaktır. [24]

---

21 Akil, s.356; Deren- Yıldırım, s.702.

22 Öztek, s.110.

23 Mutlak istinaf sebeplerinin varlığı halinde hukuki korunmanın kamusal işlevi ile özel hukuki korunma ihtiyacının iç içe geçmiş olduğu görüşü için bkz. Akkaya, s.191.

24 Kuru, s.675; Akkaya, s.203-204.

3. Sebeple Bağlılık İlkesinin İstinası Olarak Bölge Adliye Mahkemesinin Re'sen İnceleme Yapma Yetkisinin Kapsamı

Türk hukukunda istinaf mahkemesi kural olarak istinaf talebinde bulunanın gösterdiği istinaf sebepleri ile bağlıdır. Bununla birlikte, istinaf incelemesini yapan mahkeme kamu düzenine aykırılık gördüğü takdirde bunu resen gözetecektir. Kamu düzenine aykırılık hallerinin bölge adliye mahkemesince resen dikkate alınacak olması sebebiyle, kamu düzenine aykırılık halinden ne anlaşılması gerektiği hususunun tespiti önem taşımaktadır. Kavramın içinin doldurulmasında ve nelerin kamu düzeni sayıldığı konusunda doktrindeki görüşlerin yanında yargısal içtihatlar da yol gösterici olacaktır. Bununla birlikte, bir hukuka aykırılığın kamu düzeni kapsamında sayılıp sayılmayacağının tespitinden daha öncelikli olan husus, istinafta resen dikkate alınacak kamu düzeni kavramının sınırlarını belirlemektir. Bu kapsamda birinci tercih, usûlî kamu düzeni kavramı ile yetinmek iken ikinci tercih, temelinde kamu yararı düşüncesi yatan tüm maddi hukuka aykırılık hallerini de kavram kapsamına almak olabilir.

Birinci görüşe göre istinafta, maddi hukuktaki kamu düzeni kavramından farklı bir usulî kamu düzeni kavramı üzerinde durmak gerekir. Kavramın maddi hukuktaki kadar geniş anlaşılması farklı sıkıntıların doğmasına sebep olacaktır. Maddi hukuktaki kamu düzeni ölçütü tarafların üzerinde tasarruf edebileceği ve edemeyeceği konular ayrımı ile yakından ilgilidir. Tarafların üzerinde tasarruf edemediği tüm aykırılık halleri istinafta resen incelenecek olursa kamu düzeni kavramına çok geniş bir içerik yüklenecek, böylelikle istinafın sınırlı yargılama yapma amacı da aşılmış olacaktır. Ayrıca bölge adliye mahkemelerinin iş yükü artacak, temyiz ile istinafın ayrımı zaman zaman güçleşebilecektir. Bahsedilen gerekçelerle, burada kamu düzenini usul hukukunun emredici temel normlarına aykırılık hali olarak algılamak gerekir. Devletin egemenlik yetkisini kullanım biçimi olan yargı erkinin işleyişini sağlamaya yönelik ve emredici biçimde kaleme alınmış olan normlara aykırılık halleri istinafta re'sen incelenmelidir.[25]

---

[25] Konuralp, s.147-148; Süha Tanrıver, Haluk Konuralp'in Tebliği Değerlendirmesi, Medeni Usul ve İcra-İflas Hukukçuları Toplantısı VI, Türkiye Barolar Birliği Yayını, Ankara 2008, s.149. Yıldırım, da bölge adliye mahkemesinin resen inceleme yapabileceği hallerin sınırlı tutulması gerektiği görüşündedir. İstinaf yargılamasında da, usul hukukunun genel kuralı olan hâkimin taraf dilekçesi (talebi) ile

İkinci görüşe göre, kamu düzeni kavramının sınırlarını belirlerken usul hukuku maddi hukuk ayrımı yapılmamalı, kamu düzenine aykırılık kavramı kamu düzeni düşüncesiyle konulmuş tüm hükümlere aykırılık olarak anlaşılmalıdır. Böylelikle, temelinde kamu yararı düşüncesi yatan bütün maddi hukuk kurallarına aykırılık hallerinde, bölge adliye mahkemesi bu hukuka aykırılık halini resen dikkate alacak ve gerekli kararı verecektir.[26] Örneğin, kişiler ve aile hukukuna ilişkin hükümler, iflas hukuku, sermaye şirketleri ve kooperatiflerin borçlarının yeniden yapılandırılmasına ilişkin hükümler ile konkordato hükümleri büyük ölçüde kamu düzeni düşüncesiyle konulmuştur. Bunun gibi iş kanunu ve tüketicinin korunması hakkında kanunda da aynı düşüncenin yansımalarını görmek mümkündür. Kamu yararı/kamu düzeni düşüncesi ile ortaya çıkan tüm benzer hükümlere aykırılık hali de istinaf mahkemesince resen dikkate alınmalıdır. Bölge adliye mahkemesinde istinaf sebepleri ile bağlılığın kural olarak benimsenmesinin yanı sıra kamu düzeninin de sınırlandırılarak sadece usûlî kamu düzeni kapsamında değerlendirme yapılması istinaf kanun yollarında yapılacak tahkikatı oldukça sınırlandıracaktır. Kamu düzeni kavramının sınırlarının daha geniş tutulması bu anlamda bir denge oluşturacaktır.[27]

Yukarıda ifade edilen görüşler doğrultusunda bir tercih yapmadan önce istinaf kanun yolunun amacını göz önünde tutmanın faydalı olacağı düşüncesindeyiz. İstinaf kanun yolunun amacı, ilk derece mahkemesi kararını gerekirse yeniden bir yargılama yaparak denetlemek, gözden geçirmektir. BAM bu denetimi hem maddi hem hukuki yönden yapar. Böylelikle ilk derece mahkemesinin hem maddi vakıalar ve deliller hakkındaki değerlendirmesi hem de hukuki değerlendirmesi denetlenmektedir.[28] BAM bu denetimde, ilk derece mahkemesi kararını yerinde bulmazsa, kanunda belirtilen sınırlarla bağlı olarak ilk derece mahkemesi yerine yeniden yargılama yapar ve yeniden karar verir. Bu yönüyle, istinaf incelemesi temyiz incelemesinden farklıdır. Temyizde ilk derece mahkemesinin kararı yalnızca hukuki açıdan denetlenir, maddi vakıalara ve delil değerlendirilmesine girilmez. İstinafta ise vakıa denetimi ile hukuki denetim birlikte yapılır.

---

bağlılığı ön planda tutulmalıdır. Bkz. Yıldırım, s.135.

26 Umar, s.989; Konuralp, s.147-148.

27 Konuralp, s.147-148. Meraklı Yayla, s.73.

28 Yılmaz, s.21-22; Özekes, s.37.

İstinaf yolunda, ilk derece mahkemesinin olaylara, delillere, hukuki sebeplere ilişkin değerlendirmesi konusundaki eksiklik ve yanlışlıklar istinaf sebebi olarak ileri sürülebilir. Vakıaların tespit ve değerlendirilmesindeki hususlar ile hukukun yanlış uygulamasından kaynaklanan hatalar istinaf incelemesinin kapsamında ele alınacaktır. Bu doğrultuda, ilk derece mahkemesinin gerek medeni usul hukuku kuralları ve gerekse maddi hukuka ilişkin düzenlemeler bakımından yaptığı hatalar istinaf sebebi olarak ele alınabilir.[29] İstinaf sebepleri bakımından maddi hukuk usul hukuku ayrımı yapılmadığına göre kamu düzeni kavramının kapsamının maddi hukukta kamu yararı düşüncesi ile konulmuş kuralları içine alacak şekilde anlaşılması daha kabul edilebilir olmaktadır. Yukarıdaki gerekçelerle kamu düzeni kavramı, yalnızca usûlî kamu düzeni şeklinde anlaşılacak olursa, kavramın sınırlarının fazlaca daraltılacağı kanaatindeyiz. Bu yönde bir tercih yapılması istinafın amacının da sınırlı şekilde gerçekleşmesine yol açabilecektir. Bölge adliye mahkemelerinin istinaf incelemesinde, usul hukukuna ilişkin emredici hükümler yanında maddi hukuktaki kamu düzenine aykırılık hallerini de re'sen dikkate alması istinaf yargılamasından beklenen faydayı arttıracaktır.

Kamu düzeni kavramının sınırlarının geniş tutulması görüşünün kabulü ile istinaf aşamasının uzayacağı, bu sonucun ise usul ekonomisi ilkesi ve makul sürede yargılanma hakkı ile çelişeceği eleştirisi ile karşılaşmak olasıdır. Hatta bu eleştirinin bir ölçüde haklı olduğunu da kabul etmek gerekir. İstisnai olarak öngörülen bir hüküm (m.355/cümle 2), uygulamada geniş yer bulmaktadır. Bu sebeple, gerekçesi belirtilmemiş istinaf başvurularının ön inceleme aşamasında reddedilmesi kuralının uygulanması güçleşmektedir.[30] Çünkü kararda ve kararın verildiği ilk derece yargılamasında kamu düzenine aykırı bir husus bulunup bulunmadığını tespit edebilmek için dava dosyasının bütünüyle incelenmesi bir başka deyişle esas incelemeye geçilmesi ge-

---

29 Nicolas Jeandin, "Les Voies de droit et l'éxecution des jugements" Le Projet de Code de Procédure Civile Fédérale (Edité par Lukic Suzana), Lausanne, Cedidac, 2008, s.343; François Bohnet/Jacques Haldy/Nicolas Jeandin/ Denis Tappy, Code de Procédure Civile Commenté, Bâle, Helbing Linchtahn, 2011, s.1249; Hohl, s.434-435; Dennis Tappy, "Les Voies de droit de nouveau code de Procédure Civile", *Journal des Tribunaux,* JdT 2010 III, s.134.

30 Budak/Karaaslan, s.347.

rekmektedir.[31] Bu da istinaf incelemesinin süresini uzatmaktadır. Kanun koyucunun taraflar lehine getirdiği her ek koruma mekanizması davanın uzaması sonucunu da doğurmaktadır.[32]

Yine de ifade edilmelidir ki, kamu düzeni kavramının sınırlarının daraltılmaması sayesinde istinaf uygulamasından sağlanacak fayda çok daha büyük olacaktır. Zira yargılamanın amacı, maddi gerçeğin tespiti ve böylelikle hukuki korunmanın sağlanmasıdır. Bu amaç doğrultusunda istinaf kanun yolunda "yanlış kararın", "kötü yargılamanın" düzeltilmesi hedeflenmektedir.[33] Bu yönüyle, *kanun yolu sisteminin asli enstrümanı*[34] olan istinaf, hukuk devleti ve adil yargılanma hakkının gerçekleşmesine hizmet etmektedir. Kamu düzenine aykırılık teşkil eden maddi hukuk hükümlerine aykırı uygulamalar resen dikkate alındığında, ilk derece yargılamasındaki önemli hatalar telafi edilmiş olacaktır.

Hemen ifade etmek gerekir ki, kamu düzeni kavramının sınırlarını genişletmek ile kast edilen HMK'da kabul edilen sınırlı istinaf modelinin genişletilmesi değildir. Kanun koyucunun istinafta sınırlı tahkikat yapılması açısından getirmiş olduğu sınırlamalara uyulması gerektiği hususu her türlü şüpheden uzaktır. Bu noktada uygulamadaki bir eğilimden bahsetmek zorunluluğu doğmuştur. Bölge adliye mahkemelerinin, aslında kamu düzeninden olmayan ve fakat mahkemece re'sen nazara alınabilecek halleri, m.355'teki istisna kapsamında değerlendirdiği kararlara rastlanmaktadır. Örneğin, bir kararda hak düşürücü süreye uyulup uyulmadığı meselesi ve muvazaa iddiası istinaf dilekçesinde belirtilmemişse dahi kamu düzeni ile ilgili olmaları gerekçesiyle bölge adliye mahkemesinin re'sen inceleme yetkisi kapsamında sayılmıştır.[35] Hâlbuki tüm emredici yasa kuralları aynı zamanda kamu düzenine ilişkin olma özelliği taşımazlar. Emredici yasa kurallarının sadece bir bölümü aynı zamanda kamu düzenine ilişkin olma özelliği taşırlar.[36]

Kanundaki sınırlamalar, adil yargılama ile usul ekonomisi ilkesi bakımından bir denge gözetilerek oluşturulmaya çalıştırılmıştır. Ka-

31 Budak/Karaaslan, s.347.
32 Yıldırım, İstinaf, s.2.
33 Konuralp, s.134.
34 Yıldırım, s.4.
35 Samsun BAM, 7.HD 482/645, T.07.04.2017 (Budak/Karaaslan, s.347, dn.25).
36 Hatemi, s.39; Atakan, s.89.

nundaki bu sınırlamalara uyulması gerektiği konusunda tereddüt olmamakla birlikte, istinafın amacını anlamsız kılacak şekilde Kanunda yer almayan sınırlamalardan kaçınılmalıdır.[37]

II. BÖLGE ADLİYE MAHKEMESİNCE RESEN DİKKATE ALINACAK KAMU DÜZENİNE AYKIRILIK HALLERİ

1. Medeni usul hukukunda kamu düzenine ilişkin haller

Belirtilmelidir ki, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda düzenlenmiş olan kurallara aykırılıkların pek çoğu istinaf mahkemesince resen dikkate alınacaktır. Bunun sebebi, usul kurallarının kamu düzeni ile yakından ilgili olduğunun kabul edilmesidir. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, usul kurallarının zaman itibariyle uygulanması sorunu ile ilgili yakın tarihli bir kararında, yargılamaya dair hükümlerin derhal yürürlüğe girmesi kuralının arkasında usul kanunu hükümlerinin kamu düzeni ile ilgisinin yer aldığını belirtmiştir.[38]

Öncelikle mahkemenin uyuşmazlığı esastan inceleyip karara varabilmesi için varlığı veya yokluğu aranan dava şartları kamu düzeni ile ilgilidir[39] ve yargılamanın her aşamasında resen dikkate alınır. Bu kapsamda öncelikle HMK m.114'te belirtilen **genel dava şartları** sayılabilir:

a. Türk mahkemelerinin yargı hakkının bulunması

b. Yargı yolunun caiz olması hususu kamu düzenine ilişkin olduğundan mahkemece resen dikkate alınmaktadır.[40]

---

37 Özekes, s.94.

38 Yargıtay HGK E. 2014/19-1087, K. 2016/606, T. 11.5.2016 (Kazancı İçtihat Bankası).

39 "Dava şartları, mahkemenin davanın esası hakkında yargılamanın devamı için gerekli olan şartlardır. Diğer bir anlatımla; dava şartları, dava açılabilmesi için değil mahkemenin davanın esasına girebilmesi için aranan kamu düzeni ile ilgili zorunlu koşullardır." Yargıtay 10.HD. E. 2015/13924, K. 2016/7682, T. 9.5.2016 (Kazancı İçtihat Bankası).

40 "…Yukarıdaki açıklamalar ışığı altında yapılan değerlendirmeye göre; idari para cezası tahakkuku işleminin iptaline dair davada adli yargı ve giderek iş mahkemelerinin görevli olmadığı belirgin bulunmakla, idari yargı alanına giren davanın dava koşulu eksikliğine dayalı olarak usulden reddine karar verilmesi gerekirken, mahkemece eksik inceleme ve yanılgılı değerlendirme sonucu, işin esasına girilerek, idari para cezasının ödendiğinden bahisle, davanın konusu kalmadığından karar verilmesine yer olmadığına karar verilmesi isabetsizdir." Yargıtay 10.HD. E. 2016/8636, K. 2016/9765, T. 13.6.2016 (Kazancı İçtihat Bankası).

c. HMK m.1'e göre, mahkemelerin görevi ancak kanunla belirlenir ve göreve ilişkin olarak düzenlenen kurallar kamu düzenindendir. Bu sebeple mahkemelerce resen dikkate alınmaktadır.[41]

d. Yetkinin kesin olduğu hallerde mahkemenin yetkili bulunması

- HMK m.12'ye göre taşınmaz üzerindeki ayni hakka ilişkin veya ayni hak sahipliğinde değişikliğe yol açabilecek davalar ile taşınmazın zilyetliğine yahut alıkoyma hakkına ilişkin davalarda taşınmazın bulunduğu yer mahkemesi kesin yetkilidir.[42]

- HMK m.7/1'e göre, Kanun'da dava sebebine göre, davalıların tamamı hakkında ortak yetkiyi taşıyan bir mahkeme belli edilmiş ise davaya ortak yetkili mahkemede bakılır. Ortak yetkili mahkeme varsa, bu mahkemenin yetkisi kesin yetkidir.[43]

---

41 "Dava; murisin iş kazası sonucu ölümünden doğan maddi ve manevi tazminat istemine ilişkindir. Somut olayda; davacı tanıklarının beyanlarından murisin m2 ücreti üzerinden götürü usulü iş yaptığı, kazanın meydana geldiği inşaatta yapacağı iş için metrekaresi 8,00 TL üzerinden anlaşıldığı, aynı inşaatta murisin 4 adet işçisinin çalıştığı, murisin çalıştıracağı işçileri kendisinin bulduğu anlaşılmaktadır. Hal böyle olunca, bina sahibi ile muris arasındaki ilişkinin hizmet akdi değil istisna akdi olduğu, taraflar arasında işçi, işveren, işveren vekili ilişkisi (hizmet ilişkisi) bulunmadığından tazminat istemli bu davaya genel mahkemelerce bakılması gerektiği gözden kaçırılarak, iş mahkemesi sıfatıyla bakılıp karar verilmesi isabetsiz olmuştur…. Görev konusu, kamu düzeni ile ilgili olup, mahkemelerce, yargılamanın her aşamasında resen ele alınması gereken bir husustur." Yargıtay 21.HD. E. 2015/10717, K. 2016/9603, T. 9.6.2016; 20.HD. E. 2015/6880, K. 2016/6601, T. 9.6.2016; 10.HD. E. 2015/13549, K. 2016/8389, T. 24.5.2016 (Kazancı İçtihat Bankası).

42 "Mahkemenin yargı yetkisi HMK'nın 12. maddesine göre idari sınır esas alınarak belirlenir; davaya taşınmazın idari sınırları içerisinde bulunduğu ilçe veya il adli yargı yerinde bakılması gerekir. Bu kural, kamu düzeni ile ilgili olup mahkemece re'sen gözetilir. Ayni hakka dair taşınmaz mal davalarına bakılmakta iken, taşınmaz malın bulunduğu yerde, mahkeme teşkilatı kurulur veya o yer bir kaza çevresine alınırsa kamu düzeniyle ilgili bu durum karşısında mahkeme doğrudan doğruya (re'sen) tarafların yetki itirazında bulunmalarını beklemeden yetkisizliğine karar vererek dava dosyasını taşınmaz malın bulunduğu yer mahkemesine gönderir (HGK 24.11.1965 tarih 1965/6-1030-437 Sayılı karar)." Yargıtay 20.HD. E. 2016/2812, K. 2016/7277, T. 20.6.2016; E. 2016/3950, K. 2016/6465, T. 8.6.2016 (Kazancı İçtihat Bankası).

43 22. HD,16.11.2015, 29785/31001 (Lexpera Hukuk Bilgi sistemi). Bazı Yargıtay kararlarında ortak yetkinin sadece zorunlu dava arkadaşlığı durumunda (17.HD. 10.02.2014, 541/1462, Lexpera Hukuk Bilgi sistemi) veya birden fazla kişinin haksız fiili birlikte işlemesi durumunda (17.HD. 24.09.2013, 11040/12756, Kazancı İçtihat Bankası) uygulanması gerektiği kabul edilmektedir. Bu kararlara katılmamaktayız. Ortak yetkinin kesin yetki olarak kabul edilmesi gerekliliği Hukuk Muhakemeleri Kanunu gerekçesinden de açıkça anlaşılmaktadır. Bkz. HMK Hükümet Gerekçesi m.12.

- HMK m.14 uyarınca, şirket, dernek ve vakıf gibi özel hukuk tüzel kişilerinin ortaklık veya üyelik ilişkileriyle sınırlı olmak kaydıyla bir ortağına veya üyesine karşı veya bir ortağın ya da üyenin bu sıfatla diğerlerine karşı açacakları davalar için, ilgili tüzel kişinin merkezinin bulunduğu yer mahkemesinin yetkisi kesindir.[44]
- HMK m.11'e göre, terekenin paylaşılmasına, yapılan paylaşma sözleşmesinin geçersizliğine, ölüme bağlı tasarrufların iptali ve tenkisine, miras sebebiyle istihkaka ilişkin davalar ile mirasçılar arasında terekenin yönetiminden kaynaklanan davalar ölenin son yerleşim yerinde açılmalıdır. Ayrıca terekenin kesin paylaşımına kadar mirasçılara karşı açılacak tüm davalar ölen kimsenin son yerleşim yerinde açılır. Son yerleşim yeri mahkemesinin yetkisi kesindir.
- HMK m.15/2 uyarınca, can sigortalarında sigorta ettirenin sigortalının veya lehtarın leh veya aleyhine açılacak davalarda onların yerleşim yeri mahkemesi kesin yetkilidir.
- Yargılamanın yenilenmesi için hükmü veren mahkemeye başvurulur, bu mahkemenin yetkisi kesindir (HMK m.378/I).
- İflas davaları mutlaka borçlunun muamele merkezinin bulunduğu yer asliye ticaret mahkemesinde açılır, mahkemenin yetkisi kesindir.[45]

---

44 23.HD., 03.07.2012, 3094/4555 (Legalbank Elektronik Hukuk Bankası); 23.HD., 17.01.2012, 4052/68 (Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi); 23.HD., 04.07.2012, 2674/4600 (Legalbank Elektronik Hukuk Bankası). Bir ortağın veya üyenin özel hukuk tüzel kişisine karşı açacağı davada kesin yetki kuralının uygulanıp uygulanmayacağı hakkında farklı görüşler bulunmaktadır. Bir görüşe göre, bir ortağın veya üyenin derneğe ya da kooperatife karşı açacağı davada da kesin yetki kuralı uygulanmalıdır. Zira Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun madde gerekçesinde "özel hukuk tüzel kişilerinin kendi iç ilişkilerine yönelik olmak üzere, örneğin bir üyenin veya ortağın diğer bir üyeye veya ortağa yahut üyenin veya ortağın merkeze karşı açacağı davalar, merkezin bulunduğu yerde açılacaktır" açıklamasına yer verilmiştir. Mine Akkan, Pekcanıtez Usul, s.298. Aynı yönde Yargıtay kararları için bkz. 7.HD. 08.12.2011, 6690/7790; 23.HD. 02.07.2012, 2914/4537 (Legalbank Elektronik Hukuk Bankası) Aksi görüş ise, Kanun'da bu yönde bir ifade bulunmadığını belirtmektedir. Hükmün lafzında "ortağın veya üyenin tüzel kişiliğe karşı açacağı dava" tabiri bulunmadığından ve hüküm istisnai olarak kesin yesin yetki hallerini düzenlediğinden bu tür davalarda merkezin bulunduğu yerin kesin yetkili sayılması mümkün değildir. Umar, Şerh, s. 59; Yılmaz, Şerh s.170.

45 HGK 04.05.2011, 19-151/275 (Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi). Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Nur Bolayır, Medeni Usul Hukukunda Yetki Sözleşmeleri, Ankara 2009, s.104-112.

- Çekişmesiz yargı işlerinde yetki kuralları kural olarak kamu düzenine ilişkindir. Kanun'da aksine hüküm bulunmadıkça, çekişmesiz yargı işleri için talepte bulunan kişinin veya ilgililerden birinin oturduğu yer mahkemesi yetkilidir (HMK m.384).
- Kat Mülkiyeti Kanunu'nun 33.maddesine göre, kat malikleri kurulunca verilen kararlar aleyhine açılan davalarda, ana taşınmazın bulunduğu yer mahkemesinin yetkisi kamu düzenine ilişkindir.[46]
- İş Mahkemeleri Kanunu m.6'ya göre, iş mahkemelerinde açılacak davalarda yetkili mahkeme, davalı gerçek veya tüzel kişinin davanın açıldığı tarihteki yerleşim yeri ile işin veya işlemin yapıldığı yer mahkemesidir. Davalı birden fazla ise, bunlardan birinin yerleşim yeri mahkemesi de yetkilidir. İş kazasından doğan tazminat davalarında iş kazasının veya zararın meydana geldiği yer ile zarar gören işçinin yerleşim yeri mahkemesi de yetkili olabilir. Anılan madde hükmüne aykırı yetki sözleşmeleri geçersizdir.[47]
- Yukarıda belirtilenler dışında, Kanunlarda kesin yetki halleri düzenlenmiş olabilir. Bu hallerde başka yerde dava açılamaz. Yetkinin kesin olduğu haller bazen açıkça bazen de maddenin kaleme alınış biçiminden anlaşılabilir.

e. Tarafların, taraf ehliyetine[48] ve dava ehliyetine sahip bulunması

Kanuni temsilin söz konusu olduğu hallerde temsilcinin gerekli niteliğe sahip bulunması aranır.

---

46 "Dava, kat mülkiyetinden kaynaklanan ortak gider alacağına ilişkin itirazın iptali ile % 20 den az olmamak üzere inkâr tazminatı istemine ilişkindir. Mahkemece davanın kısmen kabulüne karar verilmiştir. Kat Mülkiyeti Yasasının 33 ncü maddesinde bu kanundan doğan uyuşmazlıklarda ana taşınmazın bulunduğu yer mahkemesinin yetkili olduğu belirtilmiştir. Bu maddede yazılı davalar; taşınmazın aynına ilişkin olmamakla beraber açıklanan özel hüküm nedeniyle kamu düzeni ile ilgili ve buyurucu niteliktedir." Bkz. Yargıtay 18.HD. E.2015/14191, K. 2016/10776, T. 28.9.2016 (Kazancı İçtihat Bankası).

47 Mülga İş Mahkemeleri Kanunu m.5'te, İş mahkemelerinde açılacak her davanın, açıldığı tarihte dava olunanın Türk Medeni Kanunu gereğince ikametgâhı sayılan yer mahkemesinde ya da, işçinin işini yaptığı işyeri için yetkili mahkemede bakılabileceği şeklinde bir düzenleme yer almaktaydı ve bu yetki yine kamu düzeninden sayılıyordu.

48 "Medeni haklardan istifade (hak) ehliyeti bulunan her tüzel kişi taraf ehliyetine de sahiptir. Tüzel kişiliğin son bulması ile artık eski tüzel kişinin taraf ehliyeti de son bulur. Taraf ehliyeti kamu düzeni ile ilgili olup hâkimin bu hususu resen göz önünde bulundurması zorunludur." 21.HD. E. 2015/14930, K. 2016/7255, T. 25.4.2016 (Kazancı İçtihat Bankası).

f. Dava takip yetkisine sahip olunması

g. Vekil aracılığıyla takip edilen davalarda, vekilin davaya vekâlet ehliyetine sahip olması ve usulüne uygun düzenlenmiş bir vekâletnamesinin bulunması

h. Gider avansının yatırılmış olması

i. Teminat gösterilmesine ilişkin kararın gereğinin yerine getirilmesi

j. Davacının dava açmakta hukuki yararının bulunması

k. Derdestlik

l. Kesin hüküm bulunmaması bir diğer dava şartı olup kamu düzenine ilişkindir.[49] Kesin hüküm itirazı, davanın her aşamasında ileri sürülebileceği gibi mahkeme de davanın her aşamasında kesin hükmün varlığını kendiliğinden gözetip, davayı dava şartı yokluğundan reddedecektir.

Yukarıda sayılan genel dava şartları yanında, bazı özel dava türleri bakımından aranan özel dava şartlarının eksikliği de bölge adliye mahkemesi tarafından resen dikkate alınacaktır. Zira genel dava şartları gibi özel dava şartları da davanın esası hakkında inceleme yapılabilmesi için varlığı aranan şartlardır. Örneğin, icra- iflas hukukunda

[49] "Hukukumuzda kamu düzeninden sayılan ve Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 237. (6100 sayılı HMK m.303) maddesinde düzenlenen kesin hüküm tarafların anlaşmaları ile ortadan kaldırılamadığı gibi, mahkemece kendiliğinden (resen) göz önünde tutulur. Düzenlediği hak ve çıkar ilişkileri yönünden yasal gerçeklik (hakikat) sayıldığından taraflarını bağlar. Kesin hüküm itirazı, davanın her aşamasında ileri sürülebilir ve mahkemede; (Yargıtay'da) davanın her aşamasında kesin hükmün varlığını kendiliğinden gözetip, davayı kesin hükümden (dava şartı yokluğundan) reddetmesi gerekir. Yine kesin hüküm itirazı mahkemede ileri sürülmemiş olsa dahi, ilk defa Yargıtay'da (temyiz veya karar düzeltme aşamasında) da, dahası bozmadan sonrada ileri sürülebilir. Bu bakımdan usulü kazanılmış hakkın istisnasıdır ve tarafların iradesine de bağlı olmayan mutlak bir etkiye sahiptir. O sebeple kesin hükmün varlığı, yargılamanın bir kesiminde nazara alınmamış olması diğer bir kesiminde ele alınmasını engellemez. Kesin hüküm bir dava şartı olup kamu düzenine ilişkindir. Buna göre bir dava karara bağlanıp verilen hüküm kesinleştikten sonra aynı taraflar arasında, aynı konuda aynı hukuki sebebe dayanılarak yeni bir dava açılamaz. Açılması halinde ikinci dava kesin hüküm sebebiyle esasa girilmeden dava şartı yokluğu sebebiyle reddedilir. Kesin hükümden söz edebilmek için biri kesinleşmiş tarafları, konusu ve sebebi aynı olan iki davanın varlığı gerekir. Bir başka deyişle bir davanın konusunu oluşturan uyuşmazlığın kesin bir hükümle çözülmüş olması halinde mahkemece yeniden inceleme konusu yapılmaz." Yargıtay 6.HD. E. 2015/9175, K. 2016/3662, T. 5.5.2016 (Kazancı İçtihat Bankası).

tasarrufun iptali davasında davacı alacaklının elinde aciz belgesi bulunması özel bir dava şartı olarak kabul edilmektedir. Alacaklı dava açarken aciz belgesini ibraz etmemiş veya daha sonra bu belgeyi mahkemeye sunmamışsa, istinaf mahkemesi dava şartı yokluğundan davanın reddine karar vermelidir.[50] Borçtan kurtulma davasının dinlenebilmesi için ilk duruşma gününe kadar, dava konusu alacağın yüzde on beşi oranında teminat gösterilmesi de özel bir dava şartı niteliğindedir. Davacı ilk duruşma gününe kadar ya da en geç ilk duruşmada yüzde on beş teminat göstermezse borçtan kurtulma davası sadece bu sebeple reddolunur (İİK m.69/II).[51]

Dava şartlarından başka, ilk derece yargılamasında adil yargılanma hakkı bakımından yapılan ihlaller, bölge adliye mahkemeleri tarafından resen incelenecektir. Adil yargılanma hakkı gerek uluslararası metinlerde gerekse iç hukukta güvence altına alınan temel bir insan hakkı ve yargılama hukuku güvencesidir. Adil yargılanma hakkı yargılamanın tüm aşamalarında gözetilmeli ve uygulanmalıdır. Türkiye'nin de tarafı olduğu Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6.maddesinin birinci fıkrasına göre, herkes davasının, medeni hak ve yükümlülükleriyle ilgili uyuşmazlıkların esası konusunda karar verecek olan, yasayla kurulmuş, bağımsız ve tarafsız bir mahkeme tarafından, hakkaniyete uygun ve kamuya açık olarak, makul bir süre içinde görülmesini isteme hakkına sahiptir.

Adil yargılanma hakkının sağladığı güvenceler bakımından kapsamı oldukça geniştir. Altıncı maddenin birinci paragrafında açıkça sayılan güvencelerden ilki, kanunla kurulmuş, bağımsız ve tarafsız bir mahkeme tarafından yargılanmaktır. Bu özelliklere sahip mahkeme tarafından yapılan yargılamanın makul süre içinde bitirilmesi gereği ikinci güvencedir. Üçüncü unsur, yargılamanın aleni yapılması ve hükmün açık oturumda verilmesidir. Duruşmaların aleni olması kuralı yine maddede belirtilen istisnai hallerde sınırlandırılabilir. Maddede

50 Baki Kuru, İstinaf Sistemine Göre Yazılmış İcra ve İflas Hukuku, İstanbul 2016, s.672; Hakan Pekcanıtez/Oğuz Atalay/Meral Sungurtekin Özkan/Muhammet Özekes, İcra ve İflas Hukuku Ders Kitabı, 3.Bası, Ankara 2016, s.607; Mehmet Kamil Yıldırım/Nevhis Deren Yıldırım, İcra ve İflas Hukuku,7.Baskı, İstanbul 2016, s.567.

51 Kuru, s.176; Pekcanıtez/Atalay/Sungurtekin Özkan/Özekes, s.173; Yıldırım/Deren-Yıldırım, s.98.

belirtilen son güvence ise, davanın hakkaniyete uygun şekilde görülmesidir ki bu ilke hem hukuki dinlenilme hakkını hem de silahların eşitliği ilkesini bünyesinde barındırmaktadır.[52] Öte yandan adil yargılanma hakkı güvenceleri, yalnızca 6.madde metninde sayılanlarla sınırlı değildir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi istikrarlı içtihatları ile Sözleşmeyi yorumlama yetkisini kullanarak mahkemeye erişim hakkını da adil yargılanma hakkı kapsamına dâhil etmiştir. Mahkemeye erişim hakkı haklarını mahkeme önünde ileri sürerek hukuki korunma talebinde bulunmak isteyen her kişinin, aşılması güç bir engelle karşılaşmaksızın bu olanaktan yararlanabilmesi anlamına gelen ve adil yargılanma hakkının etkili şekilde kullanılabilmesini sağlayan önemli bir güvencedir.[53]

Adil yargılanma hakkının unsurları bakımından değerlendirme yapıldığında istinaf incelemesinde resen dikkate alınması gereken yargılama eksikliklerine şu örnekler verilebilir:

- Mahkemeye erişim hakkı bakımından, örneğin, adli yardım taleplerinin makul olmayan gerekçelerle reddedilmesi kişinin ekonomik yetersizlik sebebiyle mahkemeye ulaşmasını engelleyecektir. Başvuru sürelerinin sürelerin yanlış hesaplanması, kanun yolunun yanlış gösterilmesi gibi uygulamalarla da mahkemeye erişim hakkı engellenebilir. Tebligat hukukuna ilişkin hatalar da –örneğin, adres değişikliğinin usulüne uygun şekilde bildirilmiş olmasına rağmen eski adrese tebligat yapılması ve benzeri uygulama yanlışlıkları- mahkemeye erişim hakkının ihlaline yol açabilir.
- Kanunla kurulmuş, bağımsız ve tarafsız bir mahkeme önünde yargılanma hakkı bakımından örneğin, taraflarca reddedilen hâkimin bu talebi dikkate almaması ya da haksız yere reddetmesi, yasaklılık hallerinin varlığına rağmen hâkimin davaya bakmaya devam etmiş ve hüküm vermiş olması gibi ihtimaller sayılabilir.
- Aleniyet ilkesi bakımından örneğin, kısa karar ile gerekçeli kararın birbirine uygun olması kamu düzenine ilişkin olarak kabul edilmelidir. Yargıtay kararlarında bu husus aleniyet ilkesi olarak

52 Sezin Aktepe Artık, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Medeni Usul Hukukunda Adil Yargılanma Hakkı, Ankara 2014, s.338 vd.

53 Aktepe Artık, s.74 vd.

tanımlanmamakta, "yargıda açıklık ve netlik prensibi"nin gereği olarak gerekçeli kararın kısa karara uygun olmaması kamu düzenine aykırılık olarak değerlendirilmektedir.[54]

- Hukuki dinlenilme hakkı bakımından; usulsüz tebligat, taraf teşkili sağlanmadan davanın esası hakkında karar verilmesi, taraflara duruşma gününün bildirilmemesi veya bildirilen tarihten önce duruşma yapılması, gerekmediği halde ilanen tebligat yapılması, hukuki dinlenilme hakkının ilk unsuru olan bilgilenme hakkını ihlal etmektedir. Kesin süre verilmesine ilişkin uygulamalar, usulüne uygun şekilde kesin süre verilmemesine rağmen kesin sürenin yaptırımının uygulanması, tarafın karara etki etme imkânı ortadan kalktığı için açıklama ve ispat hakkına aykırıdır. Mahkeme kararlarının hükmün denetimine imkân vermeyecek şekilde gerekçesiz olması, tarafların hükme etki edecek nitelikteki iddialarının mahkeme tarafından hiç değerlendirilmemiş olması gibi uygulamalar ise hukuki dinlenilme hakkının son unsuru olan dikkate alınma hakkını ihlal edecektir.

Hukuki dinlenilme hakkı ve adil yargılanma hakkının bir gereği olarak, taraflar mutlaka aleyhlerindeki dava ve iddialardan haberdar edilmelidir. Bu konuda mahkeme tarafından hem bilgilendirilmeli hem de bu iddialara karşı açıklama haklarını kullanmaları sağlanmalıdır. Anılan husus kamu düzenine ilişkin olduğu için uygulamada taraf teşkili sağlanmadan davanın esası hakkında karar verilmesi Yargıtay tarafından mutlak bozma sebebi olarak görülmektedir.[55] Tarafların

---

54 "…Aynı kural 6100 sayılı Kanun'un 294. maddesinde de tekrarlanmış; Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 297. maddesinde ise "kararın tefhimi hüküm sonucunun duruşma tutanağına geçilerek okunması suretiyle olur." 6100 sayılı Kanun'un 298/2. maddesinde de "gerekçeli karar, tefhim edilen hüküm sonucuna aykırı olamaz." hükmüne yer verilmiştir. Bu biçim yargıda açıklık ve netlik prensibinin gereğidir. Aksi hal, yeni tereddüt ve ihtilaflar meydana getirir. Hatta giderek denebilir ki, dava içinden davalar doğar ve hükmün hedefine ulaşması engellenir. Kamu düzeni ve barışı oluşturulamaz." Yargıtay 22.HD. E. 2015/12519, K. 2016/17549, T. 13.6.2016; 22.HD. E. 2016/10236, K. 2016/16041, T. 2.6.2016; HGK E. 2014/2-771, K. 2016/504, T. 13.4.2016 (Kazancı İçtihat Bankası).

55 "Taraf teşkili kamu düzeni ile ilgili olup, mahkemece kendiliğinden göz önünde tutulur. Taraf teşkili sağlanmadan davanın esası hakkında karar verilmesine imkân yoktur. Bu durumda; taraf teşkili tamamlanmadan yargılamanın sonuçlandırılması usul ve yasaya aykırı olup bozmayı gerektirmiştir." 9.HD. E. 2014/35093, K. 2016/11732, T. 10.5.2016; 22.HD E. 2015/5285, K. 2016/12743, T. 28.4.2016 (Kazancı İçtihat Bankası).

gerek yargı organlarınca gerekse karşı tarafça yapılan işlemler konusunda bilgilendirilmeleri zorunludur. Yargılamanın hukuka uygun ve sağlıklı bir biçimde sürdürülebilmesi, iddia ve savunmanın özgürce ileri sürülebilmesi ve delillerin eksiksiz olarak toplanıp tartışılabilmesi, öncelikle tarafların yargılamadan haberdar edilmeleri ile olanaklıdır. Davanın tarafları ile vekillerinin davaya dair işlemleri öğrenebilmesi için, tebligatın davanın taraflarına usulüne uygun olarak yapılması, duruşma gün ve saatinin kendilerine bildirilmesi gerekmektedir.

Hukuki dinlenilme hakkı kapsamında kamu düzenine ilişkin olarak değerlendirilebilecek bir diğer ihtimal, tarafların davanın esası ile ilgili göstermiş oldukları delillerin hiçbiri toplanmadan veya gösterilen deliller hiç değerlendirilmeden karar verilmiş olmasıdır. Bölge adliye mahkemesi, taraflarca ileri sürülmemiş olsa dahi bu durumu resen dikkate almalı ve dosyayı delillerin toplanması ve değerlendirilmesi için ilk derece mahkemesine göndermelidir.

Deliller yetersiz bir biçimde toplanmış ve değerlendirilmiş ise, dosya yine ilk derece mahkemesine gönderilmeli midir? Yoksa bölge adliye mahkemesi eksik kalan delilleri kendisi mi toplamalıdır? Bir görüşe göre, deliller yetersiz biçimde olsa dahi toplanmış ve değerlendirilmiş ise artık dosya ilk derece mahkemesine geri gönderilmemeli, istinaf mahkemesi eksiklikleri tamamlayarak dosyanın esası hakkında kendisi karar vermelidir. Dosyanın ilk derece mahkemesine geri gönderilmesi istinafın niteliği ile bağdaşmayacak, aynı zamanda davanın uzamasına ve yargılama masraflarının artmasına neden olacaktır.[56] Bölge adliye mahkemelerinin uygulamadaki eğilimi ise, ilk derece yargılamasında delillerin toplanması aşamasında bir delil dahi eksik bırakılmışsa dosyanın ilk derece mahkemesine geri gönderilmesi yönündedir. Bu tercihin sebeplerinden birisi, iş yükü kaygısı iken ikincisi, ilk derece mahkemelerinin delillerin toplanması aşamasında zaman içinde daha özensiz hareket edeceği varsayımıdır. Bölge adliye mahkemeleri verdikleri kararlarda, "delillerin hiç toplanmamış veya hiç incelenmemiş olması" sebebini geniş yorumlamakta, delillerin sadece bazılarının toplanmaması veya değerlendirilmemesi halinde dahi ilk derece mahkemesi kararını kaldırarak dosyayı iade etmektedirler.[57]

---

56 Akkaya, s.202, 203; Haluk Konuralp, Medeni Usul Hukuku, Eskişehir 2006, s.185.

57 İstanbul BAM, 14.HD, 6/6, T.08.11.2016 (MİHDER C.13, S.36, 2017/1, s.190). Bun-

Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun m.353/1/a-6 hükmüne göre, tarafların davanın esası ile ilgili olarak gösterdikleri delillerin hiçbiri toplanmamışsa ya da gösterilen deliller hiç değerlendirilmemişse dosyanın ilk derece mahkemesine gönderilmesi gerekmektedir. Madde hükmündeki "hiçbiri" ve "hiç değerlendirme yapılmamışsa" ifadelerinin, kanun koyucunun eksik delillerin bölge adliye mahkemelerince toplanması yönündeki iradesini yansıttığı söylenebilir. Bununla birlikte hükmün amacı dikkate alındığında, ilk derece mahkemesinde uyuşmazlığın çözümü bakımından çok yetersiz bir tahkikat yapılması halinde de hükmün uygulama alanı bulabilmesi gerekir.[58] Öyle ki yetersiz bir tahkikat ile tahkikatın hiç yapılmamış olması arasında sonuç bakımından bir fark yoktur.[59] Her iki halde de taraflar ilk derece mahkemesindeki yargılamada hukuki dinlenilme hakkından mahrum bırakılmışlardır. Dolayısıyla, önemli olan kaç delilin toplanıp kaç tanesinin eksik bırakıldığından çok, uyuşmazlığın halli için önem arz eden delillerin toplanıp toplanmamasıdır. Bu görüşün kabulü halinde, ilk derece mahkemelerinin zaman içinde delillerin toplanması aşamasında gerekli özeni göstermeme yönünde bir alışkanlık edinecekleri endişesi de ortadan kalkmış olacaktır.

Kanun'un aradığı anlamda oluşturulacak kısa ve gerekçeli kararların hüküm fıkralarının açık, anlaşılır, çelişkisiz, uygulanabilir olması-

---

dan başka örneğin bilirkişi incelemesi talep edilmesine rağmen bilirkişiye başvurmayan ilk derece mahkemesi kararının kaldırılarak dosyanın ilk derece mahkemesine gönderilmesine ilişkin bir karar için bkz. Ankara BAM 21.HD, 69/69, T.08.03.2017 (Budak/Karaaslan, s.357, dn.31). Davalının cevap dilekçesinde tanık deliline dayanmasına, tanık listesi vermesine ve gider avansını yatırmasına rağmen davalının tanıklarının dinlenmeden verilen kararın kaldırılmasına ve dosyanın ilk derece mahkemesine gönderilmesine ilişkin bir karar için bkz. Samsun BAM, 7.HD, 110/105, T.14.12.2016 (Budak/Karaaslan, s.357, dn.32). Tüketici mahkemesinde görülen bir davada alınan bilirkişi raporunun Yargıtay emsal kararındaki hususlar yönünden incelenmediği gerekçesiyle kararın kaldırılarak dosyanın ilk derece mahkemesine gönderilmesine ilişkin bir karar için bkz. Gaziantep BAM, 13.HD, 392/515, 20.04.2017 (Budak/Karaaslan, s.357, dn.33). İş sözleşmesinin haksız feshine ve fesihten sonra hak kazanılan aylık ücret alacağına ilişkin davada, emsal aylık ücretin belirlenmesi bakımından eksiklikler bulunması gerekçesiyle kararın kaldırılarak ilk derece mahkemesine gönderilmesine ilişkin bkz. İzmir BAM, 7.HD, 505/535, T.12.04.2017 (Budak/Karaaslan, s.357, dn.34).

58 Budak'a göre örneğin, taraflar arasında uyuşmazlık bulunan bir boşanma davasında sadece nüfus kaydının getirilmesiyle yetinilmesi halinde de bu hüküm uygulanacaktır. Budak/Karaaslan, s.356-357.

59 Budak/Karaaslan, s.356-357.

nın gerekliliği kadar; kararın gerekçesinin de, sonucu ile tam bir uyum içinde, o davaya konu maddi olguların mahkemece nasıl nitelendirildiğini, kurulan hükmün hangi nedenlere ve hukuksal düzenlemelere dayandırıldığını ortaya koyacak; kısaca, maddi olgular ile hüküm arasındaki mantıksal bağlantıyı gösterecek nitelikte olması gerekir. Bu ise ancak gerekçe ile mümkündür. Zira tarafların o dava yönünden, hukuk düzenince hangi sebeple haklı veya haksız görüldüklerini anlayıp değerlendirebilmeleri ve Yargıtay'ın hukuka uygunluk denetimini yapabilmesi için, ortada, usulüne uygun şekilde oluşturulmuş; hükmün hangi sebeple o içerik ve kapsamda verildiğini ayrıntılarıyla gösteren, ifadeleri özenle seçilmiş ve kuşkuya yer vermeyecek açıklıktaki bir gerekçe bölümünün ve buna uyumlu hüküm fıkralarının bulunması zorunludur.[60]

Bütün mahkemelerin her türlü kararlarının gerekçeli olarak yazılması gerektiğini öngören Anayasa'nın 141/3. maddesi ve ona paralel bir düzenleme içeren 6100 sayılı HMK'nın 297. maddesi, işte bu amacı gerçekleştirmeye yöneliktir. AİHS m.6 ile güvence altına alınan adil yargılanma hakkının ve onun bir unsuru niteliğindeki hukuki dinlenilme hakkının sağlanması açısından da mahkeme kararlarının "gerçek" gerekçeler ile yazılması bir zorunluluktur. Bu kapsamda ifade etmek gerekir ki, ilk derece mahkemesi kararının gerekçesiz ya da eksik gerekçeli olması, istinaf mahkemesi tarafından resen dikkate alınmalıdır.

- Silahların eşitliği ilkesi bakımından, örneğin bir tarafın hukuka aykırı yollarla elde edilen delilleri kullanması ya da dosyadaki bilgi ve belgelere ulaşmada taraflara eşit imkânlar tanınmamış olması, mahkeme tarafından resen dikkate alınması gereken yargılama hatalarıdır. Bilirkişi raporunun ticari sırların açığa çıkacağı gerekçesiyle diğer tarafla paylaşılmamış olması, ya da bilirkişinin incelemesini gerçekleştirirken taraflardan biri ile görüşmesi ve diğer tarafı haberdar etmemesi (HMK m.278/3) gibi uygulamalar yine silahların eşitliği ilkesine aykırı olacaktır.

Dava şartları ve adil yargılanma hakkının unsurları dışında, kamu düzeni ile ilişkilendirilen diğer usul hukuku kurallarına aşağıdaki örnekleri vermek mümkündür:

60 Yargıtay HGK, E. 2015/2-2345, K. 2016/604, T. 11.5.2016; HGK E. 2014/958, K. 2016/333, T. 16.3.2016 (Kazancı İçtihat Bankası).

- Medeni yargılama hukukuna hâkim ilkelere aykırılık halleri, temel yargısal hata olacağından istinaf incelemesinde mahkeme tarafından kendiliğinden göz önünde bulundurulmalıdır. Örneğin, tasarruf ilkesi ve bununla bağlantılı olarak taleple bağlılık ilkesi, taraflarca getirilme ilkesi, dava malzemesinin belli bir yargılama kesitine kadar sunulması anlamına gelen teksif ilkesi medeni yargılamaya temel niteliğini veren ilkelerdir. Yargılama kuralları bu ilkelere dikkat edilerek şekillendirilmekte olduğundan gerek taraflar gerekse mahkeme bu ilkeleri her bir yargılama kesitinde gözetmek yükümlülüğü altındadır. Bu ilkelere aykırı olan bir yargılamadan sağlıklı sonuç beklemek de mümkün olmayacaktır.[61] Eğer ilk derece mahkemesi davacının talep ettiğinden fazlasına karar verdiyse istinaf aşamasında ilk derece mahkemesinin kararı kaldırılacak, taleple sınırlı olacak şekilde yeniden esas hakkında karar verilecektir. Söz konusu durum, temyiz incelemesi bakımından da esasa etkili bir usul hatası teşkil edecek ve bozma sebebi sayılacaktır.[62] Bunun sebebi, taleple bağlılık ilkesinin kamu düzenine ilişkin olmasıdır.[63] Bunun gibi, ilk derece mahkemesinde yargılama hukukuna hakim ilkelerin ihlal edilmiş olması halinde, taraflar istinaf dilekçelerinde bu aykırılıktan bahsetmemiş olsalar dahi BAM bu ihlali kendiliğinden inceleme konusu yapmalıdır.
- Bozma nedenlerinin kamu düzenine ilişkin olmadığı durumlarda, tarafların ikisi de bozmaya uyma kararı verilmesini talep etmişler ise direnme kararı verilememesi gerekliliği kamu düzenine ilişkin sayılarak Yargıtay'ca resen incelenmektedir.
- İlk derece mahkemesinin Yargıtay'ca verilen bozma kararına uyması ile bozma kararı lehine olan taraf yararına doğan oluşan usuli müktesep hak kamu düzenine ilişkindir.[64] Bununla birlikte belir-

61 Erdönmez, Pekcanıtez Usul, s.782.
62 Budak/Karaaslan, s.83.
63 Süha Tanrıver, Medeni Usul Hukuku, C.I, Temel Kavramlar ve İlk Derece Yargılaması, Ankara 2016, s.406. Ayrıca bkz. Akkaya, İstinaf; İbrahim Ermenek, Medeni Usul Hukukunda Davaların Birleştirilmesi ve Ayrılması, Ankara 2014.
64 "Belirtilmelidir ki; bir mahkemenin Yargıtay Dairesince verilen bozma kararına uyması sonunda, kendisi için o kararda gösterilen şekilde inceleme ve araştırma yaparak, yine o kararda belirtilen hukuki esaslar gereğince hüküm verme yükümlülüğü doğar. "Usuli kazanılmış hak" olarak tanımlanan bu olgu mahkemeye, hükmüne uyduğu Yargıtay bozma kararında belirtilen çerçevede işlem yapma ve hüküm kurma zorunluluğu getirmektedir (9.5.1960 gün ve 21/9 sayılı Y.İ.B.K.).

tilmelidir ki usuli müktesep hakkın yine kamu düzeni düşüncesi ile kabul edilen istisnaları vardır ve bunlar da mahkemece resen gözetilecektir.[65]

- HMK'da temyiz için kabul edilen kesinlik sınırı kamu düzeni ile ilişkilendirilmektedir.[66] Buradan hareketle istinaf kanun yolundaki kesinlik sınırı için de aynı niteliği kabul etmek ve mahkemece resen inceleme yapılmasını beklemek tutarlı olacaktır.
- Hükmün kapsamı başlıklı 297. maddenin ikinci fıkrasına göre, hükmün sonuç kısmında, gerekçeye ait herhangi bir söz tekrar edilmeksizin, taleplerden her biri hakkında verilen hükümle, taraflara yüklenen borç ve tanınan hakların, sıra numarası altında; açık, şüphe ve tereddüt uyandırmayacak şekilde gösterilmesi gereklidir. Anılan kural kamu düzenine ilişkin kabul edildiği için bozulan karara atıf yapılarak yeni hüküm oluşturulması halinde yeni hüküm bu sebeple bozulmaktadır.[67] Zira bozma ile birlikte önceki

---

Bu ilke kamu düzeni ile ilgili olup, Yargıtay'ca kendiliğinden dikkate alınması gerekir. Hâkimin değişmesi dahi açıklanan bu hukuki ilkeye etki yapamaz." Yargıtay 3.HD. E. 2015/17351, K. 2016/10160, T. 27.6.2016; 21.HD. E. 2016/11030, K. 2016/10367, T.21.6.2016; 10.HD. E. 2016/9241, K. 2016/10035, T. 16.6.2016; E. 2016/1575, K. 2016/9253, T. 8.6.2016 (Kazancı İçtihat Bankası).

65 "Yargıtay içtihatları ile kabul edilen "usuli kazanılmış hak" olgusunun, birçok hukuk kuralında olduğu gibi yine Yargıtay içtihatları ile geliştirilmiş istisnaları bulunmaktadır. Buna göre mahkemenin bozmaya uymasından sonra yeni bir içtihadı birleştirme kararı verilmesi (9.5.1960 gün ve 21/9 Sayılı YİBK) ya da geçmişe etkili yeni bir kanun çıkması durumunda, Yargıtay bozma ilamına uyulmuş olmakla oluşan usuli kazanılmış hak hukukça değer taşımayacaktır. Yine, uygulanması gereken bir kanun hükmünün, hüküm kesinleşmeden önce Anayasa Mahkemesince iptaline karar verilirse, usuli kazanılmış hakka göre değil, Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararından sonra oluşan yeni duruma göre karar verilebilecektir. Bunların yanı sıra ayrıca; görev konusu, hak düşürücü süre, kesin hüküm itirazı, harç ve maddi hataya dayanan bozma kararlarına uyulmasında olduğu gibi kamu düzeni ile ilgili konularda usuli kazanılmış haktan söz edilemez (Baki Kuru, Hukuk Muhakemeleri Usulü-6. Baskı, cilt 5, s. 4771 vd., 2001)." Yargıtay HGK E. 2014/16-1064, K. 2016/507, T. 13.4.2016 (Kazancı İçtihat Bankası).

66 "Miktar ve değeri temyiz kesinlik sınırını aşmayan taşınır mal ve alacak davalarına dair nihai kararlar HUMK'un 426/A maddesi uyarınca temyiz edilemez. Kesinlik sınırı kamu düzeni ile ilgilidir. Temyiz kesinlik sınırı belirlenirken yalnız davaya konu edilen taşınır malın veya alacağın değeri dikkate alınır. Faiz, icra (inkâr) tazminatı, vekâlet ücreti ve yargılama giderleri hesaba katılmaz." Yargıtay 9.HD. E. 2016/15886, K. 2016/12592, T. 30.5.2016; E. 2016/6047, K. 2016/11487, T. 9.5.2016 (Kazancı İçtihat Bankası).

67 "6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 297. maddesi uyarınca, mahkeme kararlarının; ….hükmün sonuç kısmında, gerekçeye ait herhangi bir söz tekrar edilmeksizin, taleplerden her biri hakkında verilen hükümle, taraflara yüklenen

hüküm ortadan kalkarak hukukî geçerliliğini yitirir. Mahkemece bozulan karara atıf yapılarak yeni hüküm oluşturulmamalıdır.

- Harçlarla ilgili düzenlemeler kamu düzenine ilişkin olduğundan ilgililer ileri sürmese dahi mahkemece resen nazara alınması gerekir.[68]
- Görevsizlik ve yetkisizlik kararları üzerine yapılacak işlemleri düzenleyen 20. maddedeki iki haftalık süreye uyulmamasının sonucunda davanın açılmamış sayılmasına ilişkin kural Yargıtay'ca kamu düzeni kapsamında değerlendirilmekte ve sürenin geçirilmesinden sonra başvuru yapılması halinde ilk derece mahkemesince davanın açılmamış sayılmasına karar vermek yerine inceleme yapılması bozma sebebi kabul edilmektedir.[69]
- Vekil vasıtasıyla takip edilen işlerde tebligatın vekile yapılması zorunluluğu kamu düzenine ilişkindir.

---

borç ve tanınan hakların, sıra numarası altında; açık, şüphe ve tereddüt uyandırmayacak şekilde gösterilmesi zorunludur. Bu biçim yargıda açıklık ve netlik prensibinin gereğidir. Aksi hal, hükmün infazında zorluklara ve tereddütlere, yargılamanın ve davaların gereksiz yere uzamasına, davanın tarafı bulunan kişi ve kurumların mağduriyetlerine sebebiyet verecek ve kamu düzenini ve barışını olumsuz yönde etkileyecektir. Somut olayda, bozma sonrası mahkemece "Yargılama giderleri, Mahkeme harcı ve vekâlet ücreti hususlarında bozma ilamından önce Mahkememizin kararı ile bu hususlarda karar verildiğinden ayrıca karar verilmesine yer olmadığına," gerekçesi ile yargılama giderleri hakkında hüküm kurulmamıştır. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun ilamında ve Dairemizin emsal kararlarında belirtildiği gibi, Yargıtay'ca bozulan karar, sonraki kararın eki niteliğinde değildir. Bozma ile birlikte önceki hüküm ortadan kalkarak hukukî geçerliliğini yitirir. Mahkemece bozulan karara atıf yapılarak yeni hüküm oluşturulamaz." Yargıtay 22.HD. E. 2016/14875, K. 2016/17973, T. 16.6.2016; 9.HD. E. 2016/9705, K. 2016/11859, T. 11.5.2016; HGK, E. 2015/2-2345, K. 2016/604, T. 11.5.2016 (Kazancı İçtihat Bankası).

68 "Davalı ... kredi kartı hamili olup aleyhine açılacak davalar bakımından harçtan muaf olmadığından ve harç kamu düzenine dair olduğundan re'sen gözetilmesi gerekir. Bu durumda mahkemece, davalının karar ve ilam harcı ile sorumlu tutulması gerekirken davalının tüketici olduğundan bahisle harç alınmasına yer olmadığına ve davacı tarafından yatırılan peşin harcın iadesi şeklinde karar verilmesi doğru görülmemiş, hükmün bozulması gerektirmiştir." Yargıtay 19.HD. E. 2015/11625, K. 2016/4543, T. 15.3.2016 (Kazancı İçtihat Bankası).

69 "O halde, borçlu vekili, HMK'nın 20/1. maddesinde öngörülen iki haftalık yasal süreden sonra dosyanın yetkili icra mahkemesine gönderilmesi isteminde bulunduğundan, mahkemece, kamu düzeni ile ilgili olan HMK'nın 20/1. maddesi uyarınca re'sen davanın açılmamış sayılmasına karar verilmesi gerekirken, işin esasının incelenerek yazılı şekilde hüküm tesisi isabetsizdir." 12.HD. E. 2016/10170, K. 2016/13841, T. 11.5.2016 (Kazancı İçtihat Bankası).

2. Maddi Hukukta Kamu Düzenine İlişkin Haller

Maddi hukuka dayanan kamu düzenine aykırılık hallerini ikili bir ayrıma tabi tutmak uygun olacaktır. Resen araştırma ilkesinin geçerli olduğu davalarda, davanın kendisi kamu düzenini ilgilendirdiği için dava malzemesinin tamamı bölge adliye mahkemesi tarafından resen incelenecek ve araştırılacaktır. Taraflarca getirilme ilkesinin geçerli olduğu davalarda ise yalnızca kamu düzenini ilgilendiren birtakım özel meseleler bölge adliye mahkemesi tarafından resen dikkate alınacaktır.

a. Davanın/ Uyuşmazlığın Kendisinin Kamu Düzenini İlgilendirdiği Haller

Kamu düzenini ilgilendiren davalar, medeni usul hukukunda taraflarca getirilme ilkesinin istisnaları olarak kabul edilir. Bu davalarda kendiliğinden araştırma ilkesi uygulanır. Mahkeme, kural olarak tarafların ileri sürdüğü vakıa ve delillerle bağlı olmayıp kendisi de vakıaları araştırabilir, delilleri inceleyebilir. Mahkeme de taraflar yanında olayların ve delillerin mahkemeye getirilmesi konusunda görevli ve yetkili kılınmıştır.[70] Kanun yolunda tarafların ileri sürdükleri hukuka aykırılık iddiaları ile bağlı kalınmaz, mahkeme ilk derece yargılamasının hukuka uygunluk denetimini kendiliğinden yapar.

- Aile hukukuna ilişkin davalar (boşanma, evliliğin feshi, evlat edinme, velayet[71] vb.)
- Cinsiyet değiştirme davaları,
- Nüfus kaydının düzeltilmesi davaları,
- Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kanunu'nun uygulamasına ilişkin davalar,
- Sendikaların kapatılmaları ya da faaliyetlerine son verilmesi için Cumhuriyet Savcılığınca açılan davalar,
- Vakfın kuruluşu ve tescilinin uygunluğuna ilişkin davalar,

---

70 Pekcanıtez/Atalay/Özekes, s.224.

71 "Velayet kamu düzeni ile ilgili olup, çocuğun üstün yararı zorunlu kılmadığı müddetçe tarafların bu konuda anlaşmaları ya da davalının davayı kabulü tek başına hukuki sonuç doğurmaz." 2.HD. E. 2016/4037, K. 2016/7656, T. 14.4.2016 (Kazancı İçtihat Bankası).

- Tapu kaydının düzeltilmesine ilişkin davalar[72] (sahtecilik ve yolsuz tescil iddiaları.[73])
- İş ve sosyal güvenlik hukuku ile ilgili davalar (çalışma sürelerinin tespitine ilişkin davalar,[74] işçi sağlığı ve iş güvencesi mevzuat hükümlerine dayanan davalar,[75] sosyal güvenlik hukuku ile ilgili

72 "Kesin hüküm bulunduğu gerekçesiyle davanın reddine dair verilen karar, 14. Hukuk Dairesi'nce: Davanın, Türk Medeni Kanunu'nun 1027. maddesine göre tapu kaydında yazılı ismin nüfus kaydına uygun olarak düzeltilmesi istemine dair olduğu, bu tür davaların tapu sicilinin düzenli tutulmasını amaçladığından kamu düzeni ile ilgili bulunduğu, tapu kayıtlarının nüfus siciline uygun hale getirilmesi için her zaman yeni bir dava açılabileceğinden davanın kesin hüküm sebebiyle reddinin doğru olmadığı, gerekçesiyle bozulmuş; mahkemece bozmaya uyularak yapılan yargılama sonucunda, iddianın ispatlandığı gerekçesi ile davanın kabulüne karar verilmiştir." Yargıtay 1.HD E. 2014/18139, K. 2016/6897, T. 6.6.2016 (Kazancı İçtihat Bankası).

73 "Hukuki sebeplerden bir tanesinin öteki hukuki nedenin incelenmesine olanak verir nitelikte bulunduğu sürece önem ve lüzum derecesine göre birden fazla hukuki sebep aynı davada inceleme ve araştırma konusu yapılabilir. Nitekim yargısal uygulama bu yönde gelişmiş ve kararlılık kazanmıştır. Öyle ise, dava dilekçesinde ileri sürülen ve kamu düzeni ile ilgili bulunan sahtecilik ve yolsuz tescil iddiasının öncelikle araştırılması gereklidir. Sahteciliğin veya yolsuz tescilin saptanması hâlinde öteki nedenlerin incelenme gereğinin ortadan kalkacağı hususları dikkate alındığında öncelikle bu nedenler üzerinde durulması gerektiği kuşkusuzdur." 1.HD. E. 2016/5779, K. 2016/5160, T. 27.4.2016 (Kazancı İçtihat Bankası).

74 Davalı işverenlere ait işyerinde 2008 yılı Haziran ayından 2010 yılı Haziran ayına kadar hizmet akdine tabi olarak geçen ve davalı Kuruma bildirilmeyen çalışma sürelerinin tespitine dair davanın yasal dayanağı 506 sayılı Kanun'un 79/10 ve 5510 sayılı Kanun'un 86/9 maddesi olup anayasal haklar arasında yer alan sosyal güvenliğin yaşama geçirilmesindeki etkisi gözetildiğinde, sigortalı konumunda geçen çalışma sürelerinin saptanmasına dair bu tür davalar kamu düzeni ile ilgili olduğundan özel bir duyarlılıkla ve özenle yürütülmeleri zorunludur." Yargıtay 10.HD. E.2016/10148, K.2016/10895, T.30.6.2016; 10.HD. E. 2016/7604, K. 2016/10347, T. 21.6.2016; 10.HD. E. 2016/3594, K. 2016/10343, T. 21.6.2016; 10.HD. E. 2015/25275, K. 2016/10155, T. 20.6.2016; HGK E. 2014/21-926, K. 2016/582, T. 4.5.2016 (Kazancı İçtihat Bankası).

75 "Anayasanın "Kişinin dokunulmazlığı, maddi ve manevi varlığı" başlıklı 17. maddesinin birinci fıkrasında; herkesin, yaşama, maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahip olduğu belirtildikten sonra "yaşama hakkı" güvence altına alınmış, bu yasal güvencenin yaşama geçirilmesinde, iş ve sosyal güvenlik mevzuatında da işçilerin korunması, işin düzenlenmesi, iş güvenliği, sosyal düzen ve adaletin sağlanması düşüncesi ile koruyucu bir takım hükümler getirilmiştir. Kamu düzeni düşüncesi ile oluşturulan işçi sağlığı ve iş güvenliği mevzuat hükümleri; işyerleri ve eklerinde bulunması gereken sağlık koşullarını, kullanılacak alet, makineler ve hammaddeler yüzünden çıkabilecek hastalıklara engel olarak alınacak önlemleri, aynı şekilde işyerinde iş kazalarını önlemek üzere bulundurulması gerekli araçların ve alınacak güvenlik tedbirlerinin neler olduğunu belirtmektedir. Burada amaçlanan, yapılmakta olan iş sebebiyle işçinin vücut

davalar,[76] kıdem tazminatı ile ilgili davalar,[77] sigorta giriş bildirgesinin iptali, sigorta başlangıcının tespiti davaları,[78] 6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu m.43 uyarınca açılan yetki tespitine itiraz davaları[79] vb.).

- İflas ve iflasın ertelenmesi davaları bölge adliye mahkemesinin resen araştırma ve inceleme yapacağı davalara örnek olarak sayılabilir.[80]

---

tamlığı ve yaşama hakkının önündeki tüm engellerin giderilmesidir. Uygulamada önemli olan, işverenin iş kazasına neden olmuş hareketinin işçilerin sağlığını koruma ve iş güvenliği ile ilgili mevzuat hükümlerine aykırı bulunup bulunmadığının belirlenmesi işidir. Bu konuda yapılacak ilk yargı işlemi, mevcut hükümlere göre alınacak önlemlerin neler olduğunun saptanmasıdır. Mevzuat hükümlerince öngörülmemesine karşın, alınması gerekli başka bir tedbir varsa, bunların da tespiti zorunluluğu açıktır. Anılan önlemlerin işverence tam olarak alınıp alınmadığı (=işverenin koruma tedbiri alma ödevi), alınmamışsa zararın bundan doğup doğmadığı, duruma işçinin önlemlere uymamasının etkili bulunup bulunmadığı (=işçinin tedbirlere uyma yükümlülüğü) ve bu doğrultuda tarafların kusur oranı belirlenecektir. Sorumluluğun saptanmasında kural, sorumluluğu gerektiren ve kanunda belirlenmiş bulunan durumun kendi özelliğini göz önünde bulundurmak ve araştırmayı bu özelliğe göre yürütmektir." 10.HD. E. 2016/455, K. 2016/6630, T. 25.4.2016; E. 2015/4147, K. 2016/6637, T. 25.4.2016 (Kazancı İçtihat Bankası).

76 "Somut olayda; dava davalının maluliyet oranının yeniden tespiti istemli olup maluliyet oranının tespitine dair kurulacak hükmün sosyal güvenlik hukukunun kamu düzeni ile ilgili olması sebebiyle Mahkemece Yüksek Sağlık Kurulu ve .... Kurumu'ndan mevcut sağlık raporları ve diğer tıbbî belgeler doğrultusunda re'sen rapor alınması…" 21.HD. E. 2016/1792, K. 2016/3130, T. 29.2.2016 (Kazancı İçtihat Bankası).

77 "Öte yandan kıdem tazminatı kamu düzeni ile ilgili olup dairemizin yerleşmiş içtihatlarına göre Türk Lirası olarak hüküm altına alınması gerekmektedir." 22.HD. E. 2014/35767, K. 2016/8605, T. 17.3.2016 (Kazancı İçtihat Bankası).

78 "Bu tür sigortalı hizmetlerin saptanmasına dair davalar kamu düzeni ile ilgili olup, ispatı için özel bir usul öngörülmemiştir. Resmi belge veya yazılı delil esas ise de; somut bilgilere dayanması ve inandırıcı olmaları koşuluyla tanık beyanları ile de ispatı mümkündür." Yargıtay 10. HD. E. 2016/4106, K. 2016/5424, T. 12.4.2016 (Kazancı İçtihat Bankası).

79 "6356 sayılı Kanun'un 43. maddesi gereği açılan yetki tespitine itiraz davaları kamu düzeni ile ilgili olduğundan mahkemece delillerin yargılamanın tüm safhalarında kendiliğinden toplanması ve değerlendirilmesi gerekir. Mahkemece tespite konu işyeri veya işletmede çalışan işçi ve üye sayısı, başvuru tarihi itibarıyla kesin olarak tespit edilmelidir." Yargıtay 9.HD. E. 2016/14034, K. 2016/12874, T. 31.5.2016 (Kazancı İçtihat Bankası).

80 "Davacı şirketin talebi borca batık olan şirketin iflasın ertelenmesine yöneliktir. Davacı şirketin İİK'nın 179 ve TTK'nın 376. maddeleri uyarınca iflasına karar verilebilmesi için borca batıklığın tespiti şarttır. İflas kamu düzenine dair olup, mahkemece bu tespitin yapılması için davacı tarafça bilirkişilerin ücretinin karşılanması için avans yatırılmaması halinde HMK'nın 325. maddesi uyarınca bu giderin ileride ilgili taraftan tahsil edilmek üzere hazineden (suçüstü ödeneğinden)

b. Taraflarca Getirilme İlkesinin Geçerli Olduğu Davalarda Kamu Düzeni

Taraflarca getirilme ilkesinin geçerli olduğu davalarda, kamu düzenini ilgilendiren bir takım özel hususlar söz konusu ise yalnızca bunlar BAM tarafından re'sen dikkate alınacaktır.

Hak ehliyeti ve fiil ehliyetine ilişkin eksiklikler[81] kamu düzenine ilişkin sayıldığından mahkemece resen inceleme konusu yapılmalıdır. Bilindiği üzere; davranışlarının, eylem ve işlemlerinin sebep ve sonuçlarını anlayabilme, değerlendirebilme ve ayırt edebilme kudreti (gücü) bulunmayan bir kimsenin, kendi iradesi ile hak kurabilme, borç (yükümlülük) altına girebilme ehliyetinden söz edilemez. Bu husus mahkeme tarafından resen gözetilmeli ve araştırılmalıdır.

Taşkın yapı sahibinin iyi niyetli olduğu iddiasının doğruluğu resen araştırılmalıdır. Bu hususun kamu düzeni ile ilgili olduğu kabul edilmektedir.[82]

2918 sayılı Karayolları Trafik Kanunu'nun 20/d maddesi gereğin-

---

karşılanması gerekir." Yargıtay 23.HD. E. 2015/691, K. 2016/1482, T. 10.3.2016 (Kazancı İçtihat Bankası).

81 "Hâl böyle olunca, hukuki ehliyetsizliğin kamu düzeni ile ilgili olduğu gözetilerek önemine binaen öncelikle incelenmesi, yukarda değinilen ilkeler çerçevesinde gerekli araştırma ve incelemenin yapılması, temlik tarihinde mirasbırakanın ehliyetli olup olmadığı yönünde Adli Tıp Kurumu'ndan rapor alınması, ehliyetsiz olduğunun saptanması halinde davanın kabulüne karar verilmesi; ehliyetli olduğunun anlaşılması halinde muris muvazaası hukuksal nedeni üzerinde durularak varılacak sonuç çerçevesinde bir karar verilmesi gerekirken, noksan soruşturma ile yetinilerek yazılı olduğu üzere hüküm kurulmuş olması doğru değildir." 1.HD. E. 2014/16649, K. 2016/4754, T. 19.4.2016; HGK E. 2014/8-726, K. 2016/500, T. 13.4.2016 (Kazancı İçtihat Bankası).

82 TMK'nın **725**. maddesinin uygulanabilmesini haklı gösterecek en önemli koşul yapı malikinin iyiniyetli olmasıdır. Bu maddede iyi niyetin tanımı yapılmamışsa da aynı Kanun'un 3. maddesinde hükme bağlanan sübjektif iyi niyet olduğunda kuşku yoktur. Yapı malikinin kendinden beklenen tüm dikkat ve özeni göstermesine karşın, sınırı aştığını bilmesi veya bilecek durumda olmaması yahut sınırı aşmasında yasaca korunabilecek bir nedenin bulunması onun iyi niyetini gösterir. Yapı yapan kişinin iyi niyetli olmaması aşırı zarar bulunup bulunmadığına bakılmaksızın taşan kısmın yıkılması sonucunu doğuracağından iyi niyet üzerinde önemle durulmalı, olaylar, karineler, tüm taraf delilleri bir arada özenle değerlendirilmelidir. Kural olarak iyi niyetin ispatı 14.2.1951 tarih 17/1 Sayılı İçtihadı Birleştirme Kararı uyarınca taşkın yapı malikine ait ise de iyi niyet sav ve savunması def'i olmayıp itiraz niteliği taşıdığından ve kamu düzeni ile ilgili bulunduğundan mahkemece kendiliğinden (re'sen) göz önünde tutulmalıdır. Yargıtay 1.HD, E. 2016/7103, K. 2016/6917, T. 6.6.2016 (Kazancı İçtihat Bankası).

ce, noterlerce yapılmayan her çeşit araç satış ve devirleri geçersizdir. Bu kural kamu düzeninden sayılmaktadır.[83]

İcra iflas hukukunda Yargıtay içtihatları ile kamu düzeni kapsamına alınan hususlara aşağıdaki örnekler verilebilir:

- İİK m.148 ve 149/b maddeleri uyarınca asıl borçlu hakkında takip yapılmadan sadece ipotek veren hakkında rehnin paraya çevrilmesi yoluyla takip yapılması mahkemece resen dikkate alınması gereken bir eksikliktir. Zira asıl borçlu ile birlikte rehin veren aleyhine takip yapılmasına dair düzenleme kamu düzenine ilişkindir.[84]
- Takip talebinde ve ödeme emrinde yabancı paranın Türk Lirası olarak karşılığının gösterilmesi gerekliliği kamu düzenine ilişkindir.[85]
- İİK m.45'e göre rehinle temin edilmiş bir alacağın borçlusu iflasa tâbi şahıslardan olsa bile alacaklı yalnız rehnin paraya çevrilmesi yolu ile takip yapabilir. Ancak rehnin tutarı borcu ödemeğe yetmezse alacaklı kalan alacağını iflas veya haciz yolu ile takip edebilir. Buradaki önce rehnin paraya çevrilmesi zorunluluğu kamu düzenine ilişkin kabul edilmektedir.[86]

---

83 Yargıtay 17.HD. E. 2015/17398, K. 2016/3831, T. 28.3.2016 (Kazancı İçtihat Bankası).

84 "Anılan yasal düzenlemeye göre, aralarında zorunlu takip arkadaşlığı olan borçlu ile rehin veren 3. şahıslar hakkında birlikte takip yapılmalıdır. Somut olayda asıl borçlu... hakkında takip yapılmadığı tespit edilmiştir. Bu eksiklik sonradan tamamlatılamayacağı gibi kamu düzeni ile ilgili bulunduğundan takibin her aşamasında ve süresiz olarak ileri sürülebilecek nitelikte olup mahkemece kendiliğinden de göz önüne alınması gereken hususlardandır." Yargıtay 12.HD. E. 2016/3730, K. 2016/7050, T. 10.3.2016 (Kazancı İçtihat Bankası).

85 "İİK'nın **58**/3. maddesine göre alacağın Türk parası ile tutarının takip talepnamesinde gösterilmesi zorunludur. Aynı zorunluluk, İİK'nın **60**/1. maddesi gereğince ödeme emri için de geçerlidir. Somut olayda ödeme emrinde yabancı para alacağının Türk Parası karşılığı gösterilmiş olmakla birlikte takip talepnamesinde söz konusu yasa hükmünün yerine getirilmediği görülmüştür. Bu noksanlık kamu düzeni ve devletin hükümranlık hakları ile ilgili olup, süresiz şikâyet nedeni olduğu gibi, takibin her safhasında doğrudan doğruya göz önünde tutulmalıdır. (HGK 12.05.1999 Tarih, 1999/12-271 Esas, 1999/301 Karar sayılı kararı)" 12.HD. E. 2015/31737, K. 2016/8647, T. 23.3.2016 (Kazancı İçtihat Bankası).

86 "İİK'nın **45**. maddesinde; "Rehinle temin edilmiş bir alacağın borçlusu iflasa tâbi şahıslardan olsa bile alacaklı yalnız rehnin paraya çevrilmesi yoluyle takip yapabilir. Ancak rehnin tutarı borcu ödemeğe yetmezse alacaklı kalan alacağını iflas veya haciz yoluyle takip edebilir" hükmü yer almaktadır. Bu düzenleme kamu

- İİK'da takip ve talik hallerini düzenleyen hükümlerin kamu düzeni ile ilişkilendirildiği Yargıtay kararlarına da rastlanmaktadır. Örneğin terekenin borçlarıyla ilgili 53.maddeye aykırılıkların kamu düzeni ile ilgili olduğundan bahisle süresiz şikâyet konusu olacağı belirtilmektedir.[87]
- Kanunlarda haczi mümkün olmayan mallara ilişkin düzenlemeler kamu düzeni ile ilgili görüldüğünden bu kurallara aykırılık halinde başvurulacak şikâyetin süresiz olacağı belirtilmektedir.[88]

SONUÇ

İstinaf dilekçesinde, hiç sebep ve gerekçe gösterilmemesi halinde istinaf mahkemesi, kamu düzenine aykırı durumların varlığını tespit ettiği takdirde, istinaf dilekçesini hemen reddetmeyecektir. Bu durumda incelemesini kamu düzenine aykırılık teşkil eden husus veya hususlar üzerinde gerçekleştirecek ve inceleme sonunda kamu düzenine aykırılığın niteliğine göre gerekli kararı verecektir. Bununla beraber, hiç sebep ve gerekçe gösterilmeyen istinaf talebi hakkında gerekli inceleme yapıldığında kamu düzenine aykırı bir durum tespit edilememişse istinaf mahkemesi istinaf dilekçesinin reddine karar verecektir. İstinaf incelemesinin kural olarak sebebe bağlılık ilkesi çerçevesinde

düzenine dair olup, İİK'nın 16/2. maddesi uyarınca süresiz şikâyete tabidir." Yargıtay 12.HD. E. 2015/32415, K. 2016/9597, T. 31.3.2016 (Kazancı İçtihat Bankası).

87 "İİK'nın 53..maddesine göre; borçlunun ölüm günü ile beraber üç gün içinde takip geri bırakılır. Mirasçı mirası kabul veya reddetmemişse mirası ret süresince mirasçılar hakkında takip yapılamaz. Bu maddenin uygulanabilmesi için icra takibinin mirasın reddi süresinde yapılması ya da murisin takibe başlandıktan sonra ölmüş olması gerekir. İİK'nın 53. maddesine aykırı olarak takip yapılması ya da takip işlemlerine devam edilmesi nedenlerine dayalı olarak ilgililer İİK'nın **16**.maddesi uyarınca icra mahkemesine şikâyette bulunabilirler. İİK'nın **53**.maddesine aykırılık iddiası ise kamu düzeni ile ilgili olduğundan İİK'nın 16/2.maddesi uyarınca şikâyet süresiz olacaktır." Yargıtay 12. HD. E. 2016/8991, K. 2016/12835, T. 2.5.2016 (Kazancı İçtihat Bankası).

88 "442 sayılı Köy Kanunu'nun 8. maddesinde, köyün orta mallarının, devlet malı gibi korunacağı hüküm altına alınmış olduğundan, köy orta malları haczedilemez. Köy orta malı, köy tüzel kişiliğinin taşınır ve taşınmaz tüm mallarını kapsayan bir kavramdır…. Somut olayda, şikâyete konu taşınmazların, borçlu köy tüzel kişiliği adına çayır vasfı ile kayıtlı olduğu görülmektedir. Bu durumda, yukarda açıklandığı üzere, köy orta malı kavramı, köy tüzel kişiliğinin fark gözetilmeksizin bütün taşınmaz mallarını içine aldığından mahcuz taşınmazlar da, köyün orta malı olup; haczi mümkün değildir. Bu kapsamda yapılan şikâyet ise kamu düzeni ile ilgili olduğundan İİK'nın 16/2. maddesi uyarınca süresiz olacaktır." Yargıtay 12.HD. E. 2015/33089, K. 2016/9111, T. 29.3.2016 (Kazancı İçtihat Bankası).

gerçekleştirilmesi öngörülmüştür. Bununla birlikte kamu düzenine aykırılık halinde taraflarca belirtilen istinaf sebepleriyle bağlı olmaksızın resen inceleme yapılabilecektir. HMK m.355 hükmü ile kamu düzeni, sebebe bağlılık ilkesinin bir istisnası olarak düzenlenmiştir.

Bölge adliye mahkemesinin resen inceleme yetkisinin sınırlarını belirlemek bakımından istinafta kamu düzeni kavramının içeriği netleştirilmelidir. Kanaatimizce, gerek medeni usul hukuku gerekse maddi hukukta kamu yararı/kamu düzeni düşüncesi ile öngörülmüş olan kurallara aykırılık halleri bölge adliye mahkemesi tarafından kendiliğinden inceleme konusu yapılmalıdır. HMK m.355'te ifade edilen kamu düzeni kavramı yalnızca usul hukukundaki kurallara aykırılık olarak anlaşılmamalıdır.

Hangi kuralların kamu düzeni düşüncesi ile öngörüldüğünü belirlemek her zaman kolay olmayabilir. Bu konuda, doktrindeki görüşlerden ve Yargıtay kararlarından faydalanılacaktır. Ayrıca ilgili hukuk kuralının yer aldığı madde gerekçeleri de yol gösterici olabilir. Sözü edilen kaynaklardan faydalanılarak, bu çalışma kapsamında kamu düzenine aykırılık olarak nitelendirilebilecek hallere örnekler verilmiştir. Medeni usul hukuku hükümleri Yargıtay tarafından esas itibariyle emredici karaktere haiz hükümler olarak algılanmakta olduğundan bu hükümler bakımından sebeple bağlılık ilkesinin uygulama alanı oldukça daralmaktadır. Maddi hukuk hükümleri bakımından ise bir ayırım yapmak ve uyuşmazlığının kendisinin kamu düzenini ilgilendirdiği davalarda resen araştırma ilkesi uygulandığından, bu davaların sebeple bağlılık ilkesinin istisnasını oluşturduğunu kabul etmek gerekmektedir. Taraflarca getirilme ilkesinin geçerli olduğu davalarda ise belirli bazı hususlar kamu düzeni ile ilişkilendirildiğinde bölge adliye mahkemesi tarafından resen dikkate alınacaktır.

Kaynakça

Akil Cenk, İstinaf Kavramı, Ankara 2010.

Akkaya Tolga, Medeni Usul Hukukunda İstinaf, Ankara 2009.

Aktepe Artık Sezin, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Medeni Usul Hukukunda Adil Yargılanma Hakkı, Ankara 2014.

Alangoya H. Yavuz/Yıldırım M. Kamil/Deren- Yıldırım Nevhis, Medeni Usul Hukuku Esasları, 8.Tıpkı Baskı, İstanbul 2011.

Albayrak Adem, 6100 sayılı HMK'ya Göre Hazırlanmış Hukukta İstinaf Uygulaması, 2.Baskı, Ankara 2016.

Arslan Ramazan/Yılmaz Ejder/Taşpınar Ayvaz Sema, Medeni Usul Hukuku, 2.Baskı, Ankara 2016.

Atakan Arda, Kamu Düzeni Kavramı, *MÜHF-HAD*, C.13, S.1-2, s.59 vd.

Bohnet François/Haldy Jacques/Jeandin Nicolas/Tappy Denis, Code de Procédure Civile Commenté, Bâle, Helbing Linchtahn, 2011.

Bolayır Nur, Medeni Usul Hukukunda Yetki Sözleşmeleri, Ankara 2009.

Budak Ali Cem /Karaaslan Varol, Medeni Usul Hukuku, Ankara 2017.

Çiftçi Murat Özgür, Medeni Yargılama Hukukunda İstinaf, 3.Baskı, Ankara 2016.

Deren- Yıldırım Nevhis, Teksif İlkesi Açısından İstinaf, İstinaf Mahkemeleri Uluslararası Toplantı, Ankara 7-8 Mart 2003.

Deren- Yıldırım Nevhis, "İstinafın Gerekçelendirilmesi ve İstinaf Sebepleri", Özer Seliçi'ye Armağan, Ankara 2006.

Eren Fikret, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 9.Bası, Beta Yayınları, İstanbul 2006.

Ermenek, İbrahim, Medeni Usul Hukukunda Şekilcilik, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi,* Cilt 4, S.1-2, s.142 vd.

Gilles Peter, "2002 Medeni Usul Hukuku Reformu Sonrası Hipertrofik Bir Medeni Yargının Problem Sahası Olarak Alman Kanun Yolu Sistemi" (Çev. Evrim Erişir), Medeni Usul Hukukunda Kanun Yolları ve Arabuluculuk Kanun Tasarısı, Medeni Usul ve İcra-İflas Hukukçuları Toplantısı VI, İzmir/Çeşme, 19-20 Ekim 2007, TBB Yayını, s.19 vd.

Hatemi Hüseyin, Hukuka ve Ahlaka Aykırılık Kavramı, İstanbul Üniversitesi Yayınları, İstanbul 1976.

Hohl Fabienne, Procédure Civile, Tome II, Compétence, délais, Procédure et voies de recours, 2eme édition, Berne 2010.

Jeandin Nicolas, "Les Voies de droit et l'éxecution des jugements" Le Projet de Code de Procédure Civile Fédérale (Edité par Lukic Suzana), Lausanne, Cedidac, 2008, s.333 vd.

Konuralp Haluk, "İstinafta Kamu Düzeni Kavramı", Medeni Usul ve İcra-İflas Hukukçuları Toplantısı VI, Türkiye Barolar Birliği Yayını, Ankara 2008.

Konuralp Haluk, Medeni Usul Hukuku, Eskişehir 2006.

Kuru Baki, İstinaf Sistemine Göre Yazılmış Medeni Usul Hukuku, İstanbul 2016.

Kuru Baki, İstinaf Sistemine Göre Yazılmış İcra ve İflas Hukuku, İstanbul 2016.

Meraklı Yayla Deniz, Medeni Usul Hukukunda İstinaf Kanun Yolunda Yeniden Tahkikat Yapılması, Ankara 2014.

Oğuzman M. Kemal/ Öz Turgut, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Üçüncü Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul 2000.

Özekes Muhammet, 100 Soruda Medeni Usul Hukukunda Yeni Kanun Yolu Sistemi İstinaf ve Temyiz, 3.Bası, Ankara 2016.

Öztek Selçuk, Adalet Bakanlığı Üst Mahkemeler Hukuk Komisyonu Tarafından Hazırlanmış Olan Üst Mahkemeler Tasarısı" Yargı Reformu 2000 Sempozyumu, İzmir 2000.

Pekcanıtez Hakan/Atalay Oğuz/Özekes Muhammet, Medeni Usul Hukuku, Ders Kitabı, 4.Bası, Ankara 2016.

Pekcanıtez Hakan/Atalay Oğuz/Sungurtekin Özkan Meral/Özekes Muhammet, İcra ve İflas Hukuku Ders Kitabı, 3.Bası, Ankara 2016.

Pekcanıtez Hakan, Pekcanıtez Usûl Medeni Usûl Hukuku, 15.Bası, İstanbul 2017.

Postacıoğlu İlhan E., Medeni Usul Hukuku Dersleri, Bası 6, İstanbul 1975.

Tanrıver Süha, Medeni Usul Hukuku, C.I, Temel Kavramlar ve İlk Derece Yargılaması, Ankara 2016, s.406.

Tanrıver Süha, Haluk Konuralp'in Tebliği Değerlendirmesi, Medeni Usul ve İcra-İflas Hukukçuları Toplantısı VI, Türkiye Barolar Birliği Yayını, Ankara 2008.

Tanrıver Süha, 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun Revizyonu Üzerine Bazı Düşünceler, TBBD Mart-Nisan 2012, S.99.

Tekinay Selahattin Sulhi/Akman Sermet/Burcuoğlu Haluk/Altop Atilla, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 6.Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul 1988.

Dennis Tappy, "Les Voies de droit de nouveau code de Procédure Civile", Journal des Tribunaux, JdT 2010 III, s.115 vd.

Umar Bilge, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, Ankara 2011.

Yıldırım M. Kamil, Hukuk Devletinin Gereği: İstinaf, İstanbul 2000.

Yıldırım M. Kamil, "İstinaf Sebepleri ve İlk Derece Mahkemesinde Hatalı Vakıa Tespitleri", Medeni Usul Hukukunda Kanun Yolları ve Arabuluculuk Kanun Tasarısı, Medeni Usul ve İcra-İflas Hukukçuları Toplantısı VI, İzmir/Çeşme, 19-20 Ekim 2007, TBB Yayını, s.88 vd.

Yıldırım Mehmet Kamil/Deren Yıldırım Nevhis, İcra ve İflas Hukuku,7.Baskı, İstanbul 2016.

Yılmaz Ejder, İstinaf, Genişletilmiş 2.Baskı, Ankara 2005.

Yılmaz Ejder, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, Değiştirilmiş 2.Baskı, Ankara 2013.

Hukuk Muhakemesinde İstinaf El Kitabı, T.C. Adalet Bakanlığı, Ankara 2007.

İSTİNAFTA YENİ VAKIA VE DELİL İNCELEMESİ

INSPECTION OF A NEW FACT AND EVIDENCE AT THE APPEAL STAGE

Nur BOLAYIR*

Özet: Türk Hukuku'nda sınırlı istinaf sistemi benimsenmiş olup kural olarak yeni vakıaların ve yeni delillerin yargılamaya getirilmesi yasaklanmıştır. Yeni vakıaların istinaf aşamasında yargılamaya getirilebilmesine ilişkin hiçbir istisna kabul edilmemiş; buna karşılık ilk derece yargılaması sırasında incelenmeden reddedilen veya mücbir sebeple gösterilememiş olan delillerin istinaf yargılamasına getirilebilmesine imkân tanınmıştır. Kural olarak, istinaf yargılaması sırasında yeni delil gösterilememekle birlikte, ilk derece mahkemesi nezdinde delillerin toplanmasına ilişkin bir eksiklik bulunması halinde, deliller bölge adliye mahkemesi tarafından yeniden toplanarak incelenmektedir.

Anahtar Kelimeler: Bölge Adliye Mahkemesi, Sınırlı İstinaf Sistemi, Yeni Vakıaların Getirilmesi, Yeni Delillerin Getirilmesi, Delillerin İncelenmesi

Abstract: The limited appeal system is adopted in Turkish Law; assertions and defenses not alleged by the court of first instance can not be heard and can not be attributed to new evidences. No exception is accepted in law to overcome in terms of facts the prohibition to bring new facts during the appeal review; but an exception is brought for the subject prohibition in terms of evidences. Evidences refused without reviewing by the court of the first instance although they've been submitted duly or which couldn't be shown because of force majeure reasons may be reviewed by the regional court of justice. As a rule, bringing of new evidences is prohibited at the appeal stage; if there's a fault about the administration of evidences at the court of first instance, the evidences will be collected and inspected by the regional court of justice.

Keywords: Regional Court of Justice, Limited Appeal System, Bringing of New Facts, Bringing of New Evidences, Inspection of Evidences

* Yrd. Doç. Dr., Galatasaray Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Medenî Usûl ve İcra-İflâs Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

GİRİŞ

İlk derece mahkemesinin kararına karşı istinaf yoluna başvurulması halinde, ilk derece mahkemesinin kararının kesinleşmesi engellenmekte; istinaf aşamasında yeniden yargılama yapılarak yeni bir kararın verilmesi ihtimali doğmakta; böylece başvurunun "erteleyici etki"si ortaya çıkmaktadır. Uyuşmazlığın ilk derece mahkemesine göre bir üst mahkeme olan bölge adliye mahkemesi nezdinde, HMK.m.355 uyarınca istinaf sebepleri ve kamu düzeni[1] çerçevesinde maddî ve hukukî bakımdan yeniden incelenmesi sebebiyle, istinaf başvurusu "aktarıcı etki" doğurmakta;[2] böylece istinaf aşamasında yeniden tahkikat yapılmaya başlanmaktadır. Bu çerçevede, çalışmamızın birinci bölümünde yeni vakıa ve yeni delil getirme yasağına, ikinci bölümünde ise delillerin incelenmesine değineceğiz.

I- İstinaf Aşamasında Yeni Vakıa ve Yeni Delil Getirme Yasağı

HMK. m.357/f.I uyarınca, bölge adliye mahkemesince re'sen göz önünde tutulacaklar dışında, ilk derece mahkemesinde ileri sürülmeyen iddia ve savunmalar dinlenememekte; yeni delillere dayanılamamaktadır. Anlaşıldığı üzere, kanun koyucu istinaf aşamasında yeni dava malzemesinin yargılamaya getirilmesini yasaklayarak sınırlı istinaf sistemini (dar anlamda istinaf sistemini) benimsemiştir.[3]

---

1 İstinaf incelemesinde kamu düzenine aykırılık kavramı hakkında geniş bilgi için bkz. Halûk Konuralp, İstinafta Kamu Düzeni Kavramı, Medenî Usûl ve İcra-İflâs Hukukçuları Toplantısı-VI, Medenî Usûl Hukukunda Kanun Yolları ve Arabuluculuk Kanun Tasarısı, İzmir/Çeşme 19-20 Ekim 2007, s. 137 vd.; Tolga Akkaya, Medenî Usûl Hukukunda İstinaf, Ankara 2009, s. 263 vd.

2 Halûk Konuralp, Bölge Adliye Mahkemelerinde Uygulanacak Usul, İstinaf Mahkemeleri Uluslararası Toplantı, Ankara 7-8 Mart 2003, s.253-255; Muhammet Özekes, "Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nda Yapılan Değişiklikler Çerçevesinde Kanun Yolu İncelemesi-Özellikle İstinaf", *Legal Hukuk Dergisi*, İstanbul 2004, S.13, s.3109; Hukuk Muhakemesinde İstinaf El Kitabı, Ankara 2007,s.9; Akkaya, s.62-63; Meral Sungurtekin Özkan, Türk Medeni Yargılama Hukuku, İzmir 2013, s.357; Muhammet Özekes, 100 Soruda Sorularla Medenî Usûl Hukukunda Yeni Kanun Yolu Sistemi, İstinaf ve Temyiz, 3.Bası, Ankara 2016, s.34; Hakan Pekcanıtez/Muhammet Özekes, Pekcanıtez Usûl Medenî Usûl Hukuku, C.III, 15.Bası, İstanbul 2017, s. 2234. İstinaf bakımından erteleyici ve aktarıcı etkiye ilişkin farklı hukuk sistemlerindeki düzenlemeler ve doktrinde ileri sürülen görüşler hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. M. Kâmil Yıldırım, Hukuk Devletinin Gereği: İstinaf, İstanbul 2000, s. 35 vd.

3 Sınırlı (dar anlamda) istinaf sisteminde, istinaf mahkemesi ilk derece mahkemesince yapılmış tespitlerle bağlı olmakta; ilk derece mahkemesi nezdinde toplan-

Yargılamanın makûl süre içerisinde usûl ekonomisine uygun bir şekilde gerçekleştirilmesini amaç edinen kanun koyucu söz konusu düzenlemeye yer vererek, dava malzemesinin ilk derece yargılaması sırasında ve mümkün olan en kısa süre içinde toplanmasını sağlamak istemiş; bu sayede ilk derece yargılaması sırasında mahkemelerin ve tarafların gerekli özeni göstermeleri hedeflenmiştir.[4] Sınırlı istinaf yargılaması sırasında ilk derece mahkemesince verilmiş olan kararlar maddî ve hukukî bakımdan denetlenmekle birlikte, ilk derece yargılamasının tamamen yeni baştan tekrarlanması söz konusu olmamaktadır; çünkü ikinci derecede denetim mevkiinde bulunan bir mercin yeni bir vakıayı veya delili incelemesi, muhakeme etmesi sınırlı istinafın yapısıyla bağdaşmamakta; yargılamanın sağlıklı bir şekilde yapılması, delillerin toplanması ve bunların değerlendirilmesi neticesinde hukukî bir sonuca ulaşılması ilk derece mahkemesinin görevi dâhilinde bulunmaktadır.[5]

---

mış olan dava malzemesine dayanarak kararını vermekte; istinaf yargılaması sırasında dava malzemesi temin edilmemektedir. İlk yargılama baştan sona tekrarlanmamakta; maddî vakıaların sadece gereken hususlarda yeniden incelenmesi suretiyle bir karara varılmaktadır. Tam (geniş anlamda) istinaf sisteminde ise, ikinci derece yargılama tamamen yeni bir usûl kesiti olarak karşımıza çıkmakta; istinaf mahkemesi hâkimi tarafından ilk derece mahkemesinden bağımsız olarak, yargılamaya yeniden yön verilmekte; ilk derece mahkemesinin incelediği ve değerlendirdiği vakıalar istinaf yargılaması sırasında tekrar ele alınmaktadır. Taraflara ilk derece mahkemesi önünde toplanan dava malzemesini tamamlama ve yenileme imkânı tanınmakta; yeni dava malzemesiyle yeni bir sonuca varmak amaçlanmaktadır (Nevhis Deren-Yıldırım, Teksif İlkesi Açısından İstinaf, İstinaf Mahkemeleri Uluslararası Toplantı, Ankara 7-8 Mart 2003, s.268-269; Ejder Yılmaz, İstinaf, 2.Baskı, Ankara 2005, s.21-22; H.Yavuz Alangoya/M.Kâmil Yıldırım/Nevhis Deren-Yıldırım, Medenî Usul Hukuku Esasları, 8. Tıpkı Baskı, İstanbul 2011, s.508-509; Cenk Akil, İstinaf Kavramı, Ankara 2010, s.262-263; Arslan Temel, İstinaf Mahkemeleri, Hukuk Muhakemeleri Kanunu ve Borçlar Kanunu Sempozyumu, Ankara 24-25 Mart 2011, s.19; Baki Kuru/Ramazan Arslan/Ejder Yılmaz, Medenî Usul Hukuku Ders Kitabı, 25.Baskı, Ankara 2014, s.58; Ramazan Arslan/Ejder Yılmaz/Sema Taşpınar Ayvaz, Medenî Usul Hukuku, 2.Baskı, Ankara 2016, s.583; Adem Albayrak, Hukukta İstinaf Uygulaması, 2.Baskı, Ankara 2016, s.7-8; Pekcanıtez/Özekes, Pekcanıtez Usûl, s.2244-2245). Tam ve sınırlı istinaf sistemlerine ilişkin farklı hukuklardaki düzenlemeler ve doktrinde ileri sürülen görüşler hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Yıldırım, s.46 vd.; Akkaya, s.96 vd.

4 Özekes, Yeni Kanun Yolu Sistemi, s. 94.

5 Mehmet Akif Tutumlu, "İstinaf Yargılamasında Yeni Vakıa-Delil Getirme Yasağı ve İstisnaları", *THD*, Ankara 2007, S.7, s.60; Mehmet Akif Tutumlu, Medeni Usul Hukuku Sorunları, C.I, 3. Baskı, Ankara 2010, s.34.

A- İstinaf Aşamasında Yeni Vakıa Getirme Yasağı

HMK. m.357/f.I'de, bölge adliye mahkemesince re'sen göz önünde tutulacaklar dışında, ilk derece mahkemesinde ileri sürülmeyen iddia ve savunmaların dinlenemeyeceği belirtilmek suretiyle, istinaf aşamasında yeni vakıalara dayanılması yasaklanmıştır.[6] Bu bağlamda, hangi vakıaların yasak kapsamında değerlendirileceği; hangi vakıaların yargılamaya serbestçe dâhil edilebileceği hususlarında doktrinde çeşitli görüşler ileri sürülmüştür.

Doktrinde savunulan bir görüşe göre, ilk derece mahkemesinde davanın görülmesi sırasında iddianın ve savunmanın genişletilmesi veya değiştirilmesi yasağı başlamış olsa bile, yargılama sırasında doğan vakıaların istinaf aşamasında ileri sürülmesi mümkündür. İlk derece yargılamasının tamamlanıp hükmün verilmesinden sonra doğan vakıaların, istinaf yargılaması sırasında ortaya çıkan vakıaların ve ilk derece yargılaması sırasında mevcut olmakla birlikte, tarafların ihmali nedeniyle ileri sürülememiş olan vakıaların istinaf yargılamasına getirilmesi ise, yasaklanmıştır.[7] Anlaşıldığı üzere, ilk derece yargılaması sırasında iddianın ve savunmanın genişletilmesi veya değiştirilmesi yasağı ile bu yasağın istisnaları dâhilinde ileri sürülmüş olan vakıaların yanı sıra, anılan kapsamda ileri sürülmemiş olmakla birlikte ilk derece yargılaması sırasında mevcut bulunan vakıalar herhangi bir kısıtlamaya tâbi olmaksızın istinaf yargılamasına konu olabilecektir.

Doktrinde diğer bir görüş tarafından, gerek ilk derece yargılaması sırasında mevcut olan vakıaların, gerekse ilk derece yargılamasının sona erip hükmün verilmesinden sonra, hatta istinaf aşamasında ortaya çıkan vakıaların istinaf yargılaması sırasında dikkate alınmaları gerektiği savunulmaktadır. İlk derece mahkemesi nezdinde fiilî imkânsızlık sebebiyle ileri sürülememiş olan, uyuşmazlığın ve hükmün akıbetini

---

6 İstinaf yargılaması sırasında yeniden yapılan tahkikatın kısa sürede tamamlanabilmesi, tarafların davayı uzatma girişimlerinin önlenmesi, tüm iddiaların ve savunmaların ilk derece mahkemesi önünde ileri sürülmesi amaçlandığından, istinaf aşamasında yeni vakıa getirilmesi yasaklanmıştır; aksi takdirde taraflar yeni vakıalar göstererek yargılamanın gecikmesine sebep olabileceklerdir (İstinaf El Kitabı, s.55).

7 Akil, s.311; Bilge Umar, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, 2.Bası, Ankara 2014, s.1036; Abdürrahim Karslı, Medeni Muhakeme Hukuku Ders Kitabı, 4. Baskı, İstanbul 2014, s.724.

etkileyebilecek olan bu vakıaların istinaf yargılamasına getirilmemesi halinde, somut olayda doğru bir karar verilemeyecektir.[8] Görüldüğü üzere, bu görüş bir önceki görüşe göre istinaf incelemesi sırasında dikkate alınacak olan vakıaların kapsamını genişletmekte; ilk görüş tarafından kabul edilmiş olan iddianın ve savunmanın genişletilmesi veya değiştirilmesi yasağı ile söz konusu yasağın istisnaları dâhilinde ileri sürülmüş olan vakıalar ile bu kapsamda ileri sürülmemiş olmakla birlikte ilk derece yargılaması sırasında mevcut bulunan vakıalara ek olarak, ilk derece yargılamasının son bulmasından sonra ortaya çıkan vakıaların ve istinaf yargılaması sırasında varlık kazan vakıaların istinaf aşamasında incelenebileceğini kabul etmektedir.

Doktrinde savunulan başka bir görüşe göre ise, iddianın ve savunmanın genişletilmesi veya değiştirilmesi yasağının başlamasından, yani dilekçelerin değişimi aşamasının sona ermesinden veya karşı tarafın mazeretsiz olarak katılmadığı ön inceleme duruşmasından sonra doğan vakıalar, davadan sonra doğan yeni vakıa (*nova producta*) olarak kabul edilmelidir. İlk derece mahkemesindeki dilekçelerin değişimi aşaması sona erdikten sonra doğmuş olan vakıalar, karşı tarafın rızasıyla veya ıslah yoluyla ileri sürüldükleri takdirde, bu vakıalar davadan önce doğmuş vakıalar gibi işlem görecektir. Ancak, HMK.m.357/f.I uyarınca bölge adliye mahkemesinde ilk derece mahkemesinde ileri sürülmeyen iddia ve savunmalar dinlenmeyeceğinden, ilk derece mahkemesinde dava açılmadan veya dilekçelerin değişimi aşaması sona ermeden önce doğmuş olmakla birlikte, ilk derece mahkemesinde ileri sürülmemiş vakıaların bölge adliye mahkemesine getirilmesi mümkün değildir. İlk derece yargılaması sırasında dilekçelerin değişimi sırasında veya ıslah ya da karşı tarafın açık rızasıyla ileri sürülmüş olan vakıalar, HMK.m.355 uyarınca istinafa başvuru dilekçesinde gösterilmek kaydıyla[9] istinaf yargılamasında incelenebilecektir.[10]

---

8 Akkaya, 289-290; Deniz Meraklı Yayla, Medenî Usûl Hukuku'nda İstinaf Kanun Yolunda Yeniden Tahkikat Yapılması, Ankara 2014, s.115; Özekes, Yeni Kanun Yolu Sistemi, s.95.

9 Davadan önce doğmuş vakıaların istinaf yargılamasına getirilebilmesi bakımından kamu düzeni ve re'sen dikkate alınacak konular dışında herhangi bir istisna da öngörülmemiştir

10 Murat Özgür Çiftçi, Medeni Yargılama Hukukunda İstinaf, 3.Baskı, Ankara 2016, s. 535-536; Tülin Kurtoğlu, Özel Hukukta İstinaf Denetimi ve Yargılaması, Ankara 2017, s. 170-171.

Kanaatimizce, HMK.m.357/f.I'de "*bölge adliye mahkemesince re'sen* göz önünde tutulacaklar dışında, ilk derece mahkemesinde ileri sürülmeyen iddia ve savunmalar dinlenemez" şeklinde bir düzenlemeye yer verildiğinden, istinaf incelemesi sırasında dikkate alınabilecek vakıalar, HMK.m.355 uyarınca istinafa başvuru dilekçesinde istinaf sebebi olarak gösterilmiş olmak kaydıyla, ilk derece yargılaması sırasında gerek iddianın ve savunmanın genişletilmesi veya değiştirilmesi yasağının kapsamında, gerekse bu yasağın istisnaları dâhilinde ileri sürülmüş olan vakıalarla sınırlı tutulmalıdır. Dava malzemesinin ilk derece yargılaması sırasında ve mümkün olan en kısa süre içinde toplanmasını sağlamak amacıyla "sınırlı istinaf" sistemini benimsemiş olan kanun koyucu istinaf incelemesi sırasında yeni dava malzemesinin getirilmesini yasakladığına göre, HMK.m.357/f.I'deki hükmün kanun koyucunun iradesine aykırı şekilde yorum yoluyla genişletilmesi isabetli olmayacaktır. İlk derece yargılamasının sona ermesinden sonra ya da istinaf incelemesi sırasında ortaya çıkmış olan vakıaların istinaf yargılamasında bildirilmesine izin verildiği takdirde, kanun koyucunun amaçladığının aksine, istinaf aşamasında adeta ilk derece yargılaması tekrarlanacak ve yargılama çok uzun sürecektir. Olması gereken hukuk bakımından somut olay adaletinin gerçekleştirilmesi için gerek ilk derece yargılaması sona erdikten sonra, gerekse istinaf yargılaması sırasında ortaya çıkmış olan vakıaların da yargılamaya getirilmesine imkân tanınması gerekmekle birlikte, şu an için mevcut kanunî düzenleme karşısında böyle bir yoruma varılması mümkün değildir.

İlk derece yargılaması sırasında mücbir sebeple ileri sürülemeyen vakıaların istinaf yargılamasında ileri sürülüp sürülemeyeceği hususunda ise, doktrinde bir görüş tarafından söz konusu vakıaların istinaf aşamasında gösterilmesinin mümkün olduğu savunulurken;[11] başka bir görüş tarafından ise, HMK.m.357/f.III'te yalnızca mücbir sebepten dolayı bildirilememiş deliller bakımından bir istisna öngörülmesi sebebiyle, bu vakıaların istinaf aşamasında ileri sürülmesinin mümkün olmadığı savunulmaktadır.[12]

---

11 Meraklı Yayla, s.102 ve 112; Kurtoğlu, s.171; Pekcanıtez/Özekes, Pekcanıtez Usûl, s.2252. İlk derece yargılaması sırasında mevcut olmasına rağmen bilinmeyen bir vakıanın istinaf aşamasında öğrenilmesi ve taraflarca ileri sürülmesi halinde bölge adliye mahkemesi tarafından dikkate alınması gerektiği hususunda bkz. Akkaya, s.288 vd.

12 Deren-Yıldırım, İstinaf, s.280; Nevhis Deren-Yıldırım, İstinafın Gerekçelendirilmesi ve İstinaf Sebepleri, Prof. Dr. Özer Seliçi'ye Armağan, İstanbul 2006, s.708-

Kanaatimizce, HMK.m.357/f.III'te yalnızca mücbir sebeple gösterilmeleri mümkün olmayan deliller bakımından bir istisna getirildiğinden, tarafların kusurları olmaksızın ileri süremedikleri vakıalar bakımından aynı istisna geçerli olmayacaktır. Somut olay adaletinin sağlanması için aynı istisnanın vakıalara da tanınması gerekmekle birlikte, şu anki mevcut kanunî düzenleme karşısında ilgili hükmü vakıalara da teşmil etmek mümkün olmayacaktır.

Madde gerekçesinde, ilk derece mahkemesinde ileri sürülmeyen iddia ve savunmaların karşı tarafın rızasıyla bile bölge adliye mahkemesi nezdinde ileri sürülemeyeceği; mahkemenin iddianın ve savunmanın genişletilmesi veya değiştirilmesi yasağına aykırılığı kendiliğinden gözetebileceği belirtilmiştir.[13] HMK.m.357/f.I'de bölge adliye mahkemesinde ıslah talebinde bulunulamayacağı ifade edildiğinden, bu yasak ıslah yoluyla dahi aşılamayacaktır. Doktrinde, istinaf aşamasında yeni vakıa getirmenin kesin olarak yasaklanması sebebiyle, bölge adliye mahkemelerinin vakıa mahkemesi olarak örgütlenip davayı yeniden görüp karara bağlama yetkisine sahip olamayacağından bahisle güvenceli adaletin temin edilemeyeceği; söz konusu kaygıların giderilebilmesi için yeni vakıaların sınırlı da olsa yargılamaya dâhil edilmesine izin verilmesi ve buna bağlı olarak belirli ölçüde ıslah kurumuna işlerlik kazandırılması gerektiği savunulmuştur.[14] Bu görüş doğrultusunda doktrinde isabetli olarak savunulduğu üzere, vakıa getirme yasağına ilişkin olarak hukukumuzda öngörülmüş olan katı düzenlemenin ıslah yoluyla bir nebze de olsa yumuşatılmasına imkân tanınmalıdır. HMK.m.360'ın ilk derece yargılamasına yaptığı atıf üzerine uygulanabilecek olan HMK.m.176/f.II uyarınca yargılamada yalnızca bir kez ıslah yoluna başvurulabileceğinden, ilk derece mahkemesinde ıslaha başvurmamış olan taraflara istinaf aşamasında ıslah yoluyla yeni vakıa getirme imkânı tanınması[15] ve HMK. m.357/f.I'de bu yönde bir değişiklik yapılması isabetli olacaktır.

709; Çiftçi, s. 536.

13 Hakan Pekcanıtez/Hülya Taş Korkmaz/Nedim Meriç, Gerekçeli Hukuk Muhakemeleri Kanunu, Ankara 2016, 8.Bası, Ankara 2016, s. 349.

14 Süha Tanrıver, "Adliye Mahkemeleri İle Üst Mahkemelerin Kuruluş ve Görevleri Hakkında Kanun Tasarısı İle İlgili Bazı Düşünceler", *BATİDER,* Ankara 1995, C.XVIII, S.1-2, s.153; Süha Tanrıver, "6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun Revizyonu Üzerine Bazı Düşünceler", *TBBD*, Ankara 2012, S.99, s.32.

15 Pekcanıtez/Özekes, Pekcanıtez Usûl, s.2248-2250.

Talep sonucunun daraltılması, dava konusunun tarafların iradesi dışında ortadan kalkması, asıl vakıaya zımnen dâhil olan vakıaların ileri sürülmesi gibi hallerde iddianın ve savunmanın genişletilmesi veya değiştirilmesi yasağı söz konusu olmadığından, taraflar herhangi bir kısıtlamaya tâbi olmaksızın ilgili vakıaları yargılamaya dâhil edebileceklerdir.[16] Ayrıca, iddianın ve savunmanın genişletilmesi veya değiştirilmesi yasağı yalnızca taraflarca getirilme ilkesinin uygulandığı davalar bakımından geçerli olduğundan, re'sen araştırma ilkesinin uygulandığı davalarda ve işlerde de yeni vakıalar ileri sürülebilecektir.[17]

HMK.m.357/f.I'de "*bölge adliye mahkemesince re'sen* göz önünde tutulacaklar dışında, ilk derece mahkemesinde ileri sürülmeyen iddia ve savunmalar dinlenemez" şeklinde bir düzenlemeye yer verildiğinden, re'sen dikkate alınması gereken vakıalar yeni vakıa getirme yasağına tâbi olmaksızın serbestçe istinaf yargılamasına konu edilebilecektir. Bu çerçevede, örneğin re'sen nazara alınabilecek olan dava şartlarının yokluğuna ilişkin vakıalar[18] ile dava dosyasından anlaşılan itiraz teşkil eden vakıalar,[19] istinaf sebebi olarak gösterilmemiş bile olsa, istinaf yargılaması sırasında hâkim tarafından kendiliğinden dikkate alınabilecektir. Dava dosyasından anlaşılabilen itiraz teşkil eden vakıalar, ilk derece mahkemesinde iddianın ve savunmanın genişletilmesi veya değiştirilmesi yasağı veya bu yasağın istisnaları dâhilinde ileri sürülmemiş bile olsa istinaf yargılamasına serbestçe getirilebilecektir. Dava dosyasından anlaşılamayan itiraz ve def'i niteliğinde vakıalar ise, ilk derece yargılamasında iddianın ve savunmanın genişletilmesi veya değiştirilmesi yasağı ya da bu yasağın istisnaları dâhilinde ileri sürülmüş ve istinaf sebebi olarak istinafa başvuru dilekçesinde gösterilmiş olmak kaydıyla, istinaf yargılamasına konu olabilecektir.[20]

---

16 Akil, s.309-310.

17 İstinaf El Kitabı, s.55.

18 HMK.m.355,c.2'ye göre bölge adliye mahkemesi kamu düzenine aykırılık gördüğü takdirde bu hususu re'sen gözeteceğinden, kamu düzeni kökenli olan dava şartlarının eksikliğine ilişkin vakıaların HMK.m.355,c.1 uyarınca istinaf sebebi olarak ileri sürülmesi gerekmemektedir.

19 Örneğin, bir "itiraz" olan borcun ödendiği vakıası, dava dosyasından anlaşıldığı sürece re'sen nazara alınabileceğinden, taraflarca herhangi kısıtlamaya tâbi olmaksızın borcun ödendiği ileri sürülebilecektir (Pekcanıtez/Özekes, Pekcanıtez Usûl, s.2251).

20 Çiftçi, s. 551-552.

B-İstinaf Aşamasında Yeni Delil Getirme Yasağı

HMK.m.357/f.I'de düzenlenmiş olan istinaf incelemesi sırasında yeni vakıa ve yeni delil getirme yasağının vakıalar bakımından aşılabilmesi için Kanun'da hiçbir istisna kabul edilmemiş; buna karşılık deliller bakımından HMK.m.357/f.III'de bu yasağa istisna getirilmiş;[21] ilk derece mahkemesinde usûlüne uygun olarak gösterildiği halde incelenmeden reddedilen veya mücbir sebeple gösterilmesine olanak bulunmayan delillerin bölge adliye mahkemesi tarafından incelenebilmesine imkân tanınmıştır. Belirttiğimiz iki halden birinin varlığı durumunda, bölge adliye mahkemesi hâkimi taraflara delillerini göstermeleri ve akabinde ibraz edebilmeleri, başka yerden getirtilecek olan belgeler için gerekli giderleri ödemeleri için uygun bir süre verecektir.[22]

Doktrinde ileri sürülen,[23] kanaatimizce de isabetli olan görüşe göre ilk derece mahkemesi önünde usûlüne uygun olarak gösterilmesine rağmen incelenmeden reddedilmiş olan deliller[24] gerçek anlamda yeni bir dava malzemesi olarak kabul edilmemelidir; çünkü söz konusu deliller daha önceden taraflarca mahkemeye bildirildiğinden mahkeme ilgili delillerin varlığından haberdardır. Bu çerçevede hâkim, dava dosyasına girmiş olan delilleri taraflarca getirilme ilkesinin uygulandığı davalarda da re'sen inceleyebileceğinden, anılan özel düzenleme olmasaydı bile, istinaf yargılaması sırasında o deliller mahkeme tarafından zaten inceleme konusu yapılabilecekti. Ayrıca, usûlüne uygun olarak gösterilmiş bir delilin haksız olarak hiçbir gerekçe gösterilmek-

---

21 HMK. m.357/f.III'teki düzenleme saklı kalmak kaydıyla, yargılamanın geciktirmesini önlemek ve tarafların kötü niyetle davayı uzatma çabalarını engellemek amacıyla istinaf aşamasında yeni delil getirilmesi yasaklanmıştır (İstinaf El Kitabı, s.55).

22 Mehmet Akif Tutumlu, Delillerin Gösterilmesi ve Toplanmasında Kesin Süre, Ankara 2008, s. 59.

23 İstinaf El Kitabı, s.55; Akkaya, s.291; Meraklı Yayla, s.126-127; Pekcanıtez/Özekes, Pekcanıtez Usûl, s.2250.

24 Hâkim, gösterilen bir delilin hukuka uygun şekilde elde edilip edilmediğini, ilişkilendirildiği çekişmeli vakıa ile gerçekten alakalı olup olmadığını, ispat şekli bakımından kabul edilip edilemeyeceğini yerine getirmesi gereken temel ödevleri dâhilinde değerlendirmelidir. Bu sebeple, hâkim söz konusu ödeve aykırı davranarak gösterilen delilleri incelemeden reddettiği takdirde, kanun koyucu istinaf aşamasında o delillerin sonradan gösterilmesine imkân tanımıştır (Tutumlu, İstinaf Yargılaması, s.61; Tutumlu, Usul Hukuku Sorunları, s.33).

sizin incelenmeden reddedilmesi,[25] hukukî dinlenilme hakkının ihlâli anlamına gelmekte ve adil yargılanma hakkının en önemli unsuru olan hukukî dinlenilme hakkına aykırılığı da mahkemenin re'sen nazara alması gerekmektedir.

İlk derece mahkemesindeki yargılama sırasında mücbir sebeple[26] gösterilmesine olanak bulunmayan deliller, mücbir sebebi doğuran vakıaların varlığı ispat edilmek kaydıyla,[27] istinaf incelemesi sırasında gösterilip bölge adliye mahkemesi tarafından incelenebilecektir.[28] İlk derece mahkemesi nezdinde mücbir sebeple gösterilemeyen delil, mücbir sebep sona erdiği halde istinaf dilekçesinde bildirilmediği takdirde, bölge adliye mahkemesindeki yargılamaya sonradan dâhil edilemeyecektir. Mücbir sebebin sona erme anının istinaf dilekçesinin ve-

---

25 İlk derece mahkemesi, usûlüne uygun olarak gösterilmiş olan delilleri gerekçe göstererek, örneğin hak düşürücü süre veya yargılamanın sürüncemede kalması tehlikesi sebebiyle reddettiği takdirde, istinafa başvuran taraf istinaf dilekçesinde bu hususu istinaf sebepleri içinde göstermeli ve mahkemenin işlemine karşı koymalıdır. Bölge adliye mahkemesi delillerin reddedilmesine ilişkin kararı hukuka aykırı bulduğu takdirde, gerekçe gösterilerek reddedilmiş olan delilleri inceleyebilecektir (Akkaya, s. 291; Albayrak, s.202).

26 Mücbir sebebin anlamı ve kapsamı Kanun hükmünden açıkça anlaşılamamakla birlikte, HUMK. m.445,b.1'deki düzenleme ışığında yorumlanmalıdır (İstinaf El Kitabı, s.58). HUMK. m.445, b.1'e göre, hükümden sonra bulunan ve hükmü etkileyebilecek durumda olan senedin veya belgenin yargılama sırasında ele geçirilememesi mücbir sebebe ya da lehine hüküm verilen tarafın bir eylemine bağlı olduğu takdirde, o hükme karşı yargılamanın iadesi yoluna başvurulabilecektir. Aynı düzenleme HMK. m.375/ç'de yer almakla birlikte, HUMK. m. 445,b.1'den farklı olarak, kararın verilmesinden sonra ele geçirilmiş bir belgeye dayanarak yargılamanın iadesini talep edebilmek için o belgenin, aleyhine hüküm verilen tarafın "elinde olmayan nedenlerle" yargılama sırasında elde edilememiş olması yeterli görülmüştür. Madde gerekçesinde de belirtildiği üzere, HMK.m.375/ç'de HUMK. m.445, b.1'de öngörülmüş olan "mücbir sebep" veya "lehine karar verilen tarafın fiili" kriterleri yerine daha genel bir ifadeye yer verilerek, belgenin tarafın elinde olmayan nedenlerle elde edilememesi şartı getirilmiştir. Kanaatimizce, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda yargılamanın iadesi bakımından farklı bir düzenleme bulunmakla birlikte, "tarafın elinde olmayan nedenlerle bir belgenin elde edilememesi" ifadesi, mücbir sebebi de kapsamına aldığından, "mücbir sebep" kavramının anlaşılabilmesi için HUMK. m.445, b.1 hükmü göz önünde tutulabilecektir. (Madde gerekçesi için bkz. Pekcanıtez/Taş Korkmaz/Meriç, s. 370).

27 Mücbir sebebin varlığını ortaya koyan vakıaların ispatı için delil getirilmesi hususunda ise, herhangi bir sınırlama bulunmamakta; bu durumda istinaf aşamasında yeni delil gösterme yasağının uygulanması söz konusu olmamaktadır (Çiftçi, s.556;Kurtoğlu, s.175).

28 Mücbir sebeple kabul edilmeyen deliller bakımından tarafın bir ihmali veya kasıtlı davranışı bulunmadığından, mücbir sebeple gösterilemeyen bir durumdan tarafın aleyhine sonuç çıkartılmasının hukuken kabul edilemeyeceği ve bu sebeple ortada gerçek bir istisnanın bulunmadığı hususunda bkz. Pekcanıtez/Özekes, Pekcanıtez Usûl, s.2250-2251.

rilmesinden sonraki bir tarihe rastlaması ihtimalinde ise, bölge adliye mahkemesince karar verilmediği sürece bu delil istinaf yargılaması sırasında gösterilebilecektir.[29] Söz konusu düzenleme, istinaf aşamasında yeni delil gösterme yasağının tam anlamıyla istisnasını teşkil etmekte ve gerek ilk derece yargılamasından önce veya ilk derece yargılaması sırasında mevcut olan, gerekse ilk derece yargılamasının sona ermesinden sonra varlık kazanmış olan delilleri kapsamına almaktadır.

Madde metninde, yeni delil gösterilebilmesi için söz konusu delilin ilk derece mahkemesindeki yargılama sırasında gösterilememesinin mücbir sebepten ileri gelmesi şartı aranmaktadır. Mücbir sebep kavramı, borçlar hukuku bakımından objektif teori ışığında açıklanmakta; bu bağlamda deprem, su baskını ve savaş gibi ilgiliyle ilişkisi olmayan ve önüne geçilemeyen bir kuvvet sonucunda, dışarıdan gerçekleşen olaylar sebebiyle delile ulaşılamaması objektif imkânsızlık çerçevesinde mücbir sebep teşkil etmektedir. Medenî usûl hukuku bakımından ise, mücbir sebep kavramı sübjektif teori ışığında yorumlanmakta; hakkaniyet gereğince bir kimseden beklenen çaba ve özene rağmen bir delilin tarafın kusuru olmaksızın elde edilememesi, sübjektif imkânsızlık dâhilinde mücbir sebep olarak kabul edilmektedir.[30] Meseleyi örneklerle açıklayacak olursak, ilk derece yargılaması devam ederken bir belgenin depremde kaybolup istinaf yargılaması sırasında bulunması halinde, objektif teori uyarınca mücbir sebepten söz edilecektir. Buna karşılık, ilk derece mahkemesinde lehine hüküm verilen taraf aleyhine olan delili çalarak veya saklayarak o delile ulaşılmasını engellemiş ve delil istinaf yargılaması sırasında ele geçirilmişse, sübjektif teori uyarınca mücbir sebep karşımıza çıkacaktır.[31] Mücbir sebep kavramı borçlar hukukunda kullanıldığı anlamıyla anlaşılacak olursa, HMK.m.357/f.III'te öngörülen istisnaî hükme dayanılarak istinaf aşamasında yeni delil gösterilmesi büyük ölçüde imkânsızlaşacaktır.[32] Bu nedenle, medenî usûl hukuku bağlamında mücbir sebebin borçlar hukukundakinin aksine, objektif bir imkânsızlıktan ziyade sübjektif bir imkânsızlığı ifade ettiği kabul edilmelidir.[33]

---

29 Çiftçi, s.558.

30 Saim Üstündağ, Medeni Yargılama Hukuku, C.I-II, 7.Baskı, İstanbul 2000, s.914.

31 Akkaya, s.292.

32 Akil, s.315.

33 Ramazan Arslan, Medeni Usul Hukukunda Yargılamanın Yenilenmesi, Ankara 1977, s.85. Yargıtay da mücbir sebebi isabetli olarak sübjektif teori ışığında değerlendirmektedir. "…Tapu sicilleri alenî ise de, davalı karı koca arasında 1947

HMK.m.357/f.III uyarınca, yalnızca mücbir sebeple gösterilmesine olanak bulunmayan deliller istisna kapsamına alınmış olmakla birlikte, madde gerekçesinde[34] tarafın geç göstermesinde herhangi bir kusurunun bulunmadığı delillerin de istinaf incelemesi sırasında incelenebileceği belirtilmiştir. Anlaşıldığı üzere, kanun koyucu genişletici yorum yaparak tarafın kusuru olmaksızın gösteremediği deliller bakımından da bir istisna tanımıştır. Bu bağlamda, doktrinde madde gerekçesinde öngörülmüş olan "kusursuzluk" kavramı dikkate alınarak, madde metnindeki "mücbir sebep" ifadesinin yerine ispat yükü ilgili tarafın üzerinde olmak kaydıyla, "kusursuzluk" kriterinin getirilmesinin daha isabetli olacağı savunulmuştur.[35] Kanaatimizce de madde metninde mücbir sebep kriterini ortaya koyup, madde gerekçesinde mücbir sebebin yanı sıra kusursuzluk kavramına da değinilmesi yerinde olmamıştır. Mücbir sebebe nazaran daha geniş bir kavram olan kusursuzluk kavramı, mücbir sebep hallerini de içinde barındırdığından, madde metninde ilk derece yargılaması sırasında tarafların kusurları olmaksızın gösterememiş oldukları delilleri istinaf incelemesi sırasında gösterebileceklerine ilişkin bir düzenlemeye yer verilmesi yeterli olacaktı; böylece medenî usûl hukukunda mücbir sebep kavramının ne anlama geldiği, kapsamının ne olduğuna ilişkin tartışmaların yapılmasına da gerek kalmayacaktı.

Re'sen araştırma ilkesine tâbi davalarda ve işlerde ise, maddî gerçeğin aydınlatılmasının ön planda olması sebebiyle, hâkim dava malzemesini kendiliğinden araştırıp yargılamaya dâhil etmekle yükümlü olduğundan, yeni delil getirme yasağı söz konusu olmamaktadır.[36] Taraflarca getirilme ilkesine tâbi olan davalarda da kamu düzeniyle ilgili

---

yılında tanzim edilmiş bulunan böyle bir belgenin mahallî noter ve tapu sicil dairelerinde mevcut olduğunu davacının bilmesine aklen ve mantıken de imkân yoktur. Esasen doğrudan doğruya davacıyı alakadar etmeyen bu vekâletnamenin adı geçen dairelerden daha önce elde edilmesine kanun hükümleri de cevaz vermez. Binaenaleyh… olayda mücbir sebebin mevcudiyeti açık ve kesin şekilde ortaya çıkmış bulunmaktadır." HGK, 26.06.1971, 1/695-416 (İKİD 1972/135, s.948-951). Benzer kararlar için bkz. 1.HD, 22.12.1960 (ABD, 1961/1,s.19-21); 7.HD, 23.09.1967,4969/787 (Üstündağ, s.914). Mücbir sebebin kapsamının dar olarak yorumlanması gerektiği hususunda bkz. Albayrak, s. 203.

34 Pekcanıtez/Taş Korkmaz/Meriç, s. 349.

35 Şükrü Özdemir, İstinaf Mahkemeleri Uluslararası Toplantı, Tartışmalar, Ankara 7-8 Mart 2003, s.133; Akil, s. 316-dn:432; Meraklı Yayla, s.129.

36 Tutumlu, İstinaf Yargılaması, s.62; Tutumlu, Usul Hukuku Sorunları, s.33-34; Çiftçi, 561; Kurtoğlu,s.175.

meseleler hakkında tarafların bölge adliye mahkemesi nezdinde delil gösterebilmeleri mümkün olduğu gibi, mahkeme tarafından da bu konularda re'sen delil toplanabilecektir.[37]

İstinaf incelemesi sırasında yeni delil gösterilmesi, HMK.m.357/f. III hükmü saklı kalmak üzere, kanun koyucu tarafından yasaklanmıştır. HMK.m.357/f.I'de bölge adliye mahkemesince re'sen göz önünde tutulacaklar dışında ilk derece mahkemesinde ileri sürülmeyen iddiaların ve savunmaların dinlenmeyeceği belirtildikten sonra yeni delillere dayanılamayacağı ifade edilmiştir. Madde metninde yer alan "*re'sen* göz önünde tutulacaklar dışında" ifadesinin yalnızca iddialar ve savunmalar bakımından mı geçerli olduğu, yoksa delilleri de mi kapsadığı tam olarak anlaşılamamaktadır. Doktrinde ağırlıklı olarak savunulan, kanaatimizce de isabetli olan görüşe göre, anılan ifade delilleri de kapsamına almaktadır.[38] O halde, hâkim tarafından re'sen başvurulamayıp mutlaka taraflarca gösterilmesi gereken deliller yeni delil getirme yasağının kapsamına girmekte; buna karşılık hâkim tarafından re'sen başvurulabilecek olan deliller ise, anılan yasağa tâbi olmaksızın taraflarca rahatlıkla yargılamaya dâhil edilebilmektedir.

Meseleyi delil türleri ışığında açıklayacak olursak, HMK.m.266 ve HMK.m.288/f.II uyarınca, bilirkişi ve keşif delillerine hâkim re'sen başvurabileceği gibi,[39] taraflar da bilirkişi incelemesi ve keşif yaptırılmasını talep edebileceklerdir. Böylece, istinaf incelemesi sırasında taraflar yeni delil gösterme yasağına tâbi olmaksızın, bölge adliye mahkemesinden bilirkişi incelemesi ve keşif yaptırılmasına ilişkin olarak talepte bulunabileceklerdir. Buna karşılık, HMK.m.240'a göre tanık

---

37 Dava şartlarının eksikliği bu kapsamda değerlendirilebilecek; örneğin dava ehliyetinin eksikliğini ortaya koymak için tarafın temyiz kudretini haiz olmadığına dair adlî tıp raporu taraflarca herhangi bir kısıtlamaya tâbi olmaksızın ibraz edilebilecek; bölge adliye mahkemesi de tarafın dava ehliyetine sahip olup olmadığı hususunda şüpheye düştüğü takdirde, Adlî Tıp Kurumu'ndan bu yönde bir rapor talep edebilecektir.

38 Tutumlu, İstinaf Yargılaması, s.62; Akkaya, s.292; Tutumlu, Usul Hukuku Sorunları, s.33-34; Kurtoğlu, s.175-176; Barış Toraman, Medenî Usûl Hukukunda Bilirkişi İncelemesi, Ankara 2017, s. 257.

39 Bölge adliye mahkemesinin re'sen bilirkişi incelemesi veya keşif yaptırabilmesi için taraflarca bu delillerin ilişkili olduğu vakıa tespitlerinin doğru olmadığı veya eksik olduğu hususunda istinaf sebepleri ileri sürülmeli ve söz konusu sebepler bölge adliye mahkemesince haklı bulunmalıdır. İlk derece mahkemesinin vakıa tespitlerine karşı konulmaması halinde, mahkemenin anılan delillere re'sen başvurabilmesi mümkün olmayacaktır (Akkaya, s. 293).

delili yalnızca taraflarca gösterildiğinden, istinaf incelemesi sırasında tanık dinletme talebi yeni delil gösterme yasağına tâbi olacak ve söz konusu yasak yalnızca, HMK.m.357/f.III'teki şartların varlığı halinde aşılabilecektir. Ancak, ilk derece yargılaması sırasında tanık gösterilmişse, aynı vakıa hakkında istinaf aşamasında yeni bir tanık gösterilmesi ise, HMK.m.360'ın ilk derece mahkemesinde uygulanan yargılama usûlüne yaptığı atıf uyarınca, ikinci tanık listesi verme yasağına ilişkin düzenleme getiren HMK. m.240/f.II,c.2 çerçevesinde mümkün olmayacaktır.

İstinaf aşamasında, ilk derece mahkemesindeki yargılamaya ilişkin eksikliklerin yeniden tahkikat yapılarak giderilmesi amaçlandığından, uyuşmazlığı çözüme kavuşturmakla görevli olan hâkim, dava dosyasındaki eksikliklerin tamamlanması, vakıaların açıklığa kavuşturulabilmesi için re'sen başvurabileceği ispat araçlarından yararlanmalıdır.[40] Ayrıca, HMK.m.360 uyarınca, istinafa ilişkin hüküm bulunmayan hallerde ilk derece mahkemesinde uygulanan yargılama usûlü bölge adliye mahkemesinde de tatbik edilecektir. HMK.m.360'daki düzenlemeyi, HMK.m.357/f.I hükmüyle birlikte değerlendirecek olursak, ilk derece yargılaması sırasında re'sen bilirkişi incelemesi ve keşif yaptırılmasına karar verebilen hâkimin, istinaf incelemesi sırasında da söz konusu delillere re'sen başvurabileceği anlaşılmaktadır. Gerek istinaf yargılamasının amacını, gerekse HMK.m.360 hükmünü göz önünde bulundurduğumuzda, HMK.m.357/f.I'de sözü geçen "*re'sen* göz önünde tutulacaklar" ifadesinin delilleri de kapsamına aldığı sonucuna ulaşmamız mümkündür.

HMK.m.360'ın ilk derece yargılamasına yaptığı atıf üzerine, hâkimin davayı aydınlatma ödevini düzenleyen HMK.m.31 hükmü, bölge adliye mahkemesi nezdindeki yargılama sırasında da geçerli olacaktır.[41] Bu bağlamda, hâkim hem taraflarca ilk derece yargılaması sırasında tanık deliline dayanılıp dava dosyasına ibraz edilmiş olan

---

40 Bölge adliye mahkemesi, bilirkişi ve keşif delilleri bakımından re'sen delil toplama yetkisini, ilk derece mahkemesi bu yetkisini hiç kullanmadığı veya kullanmış olmakla delillerin toplanmasına ilişkin kurallara uymadığı ya da o delillerden elde edilen sonuçtan tatmin olmadığı takdirde kullanabilecektir (Çiftçi, s.561-562).

41 Aziz Serkan Arslan, 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu Çerçevesinde Medeni Usul Hukukunda Delillerin Toplanması ve Doğrudanlık İlkesi, Ankara 2012, s.247.

tanık listesinde yer alan kişileri, hem de taraflarca tanık olarak gösterilmemekle birlikte, dava dosyasından olayla ilgili oldukları anlaşılan kişileri çağırıp tanık olarak dinleyebilecek; uyuşmazlığın çözümünde etkili olabilecek dava dosyasında yer alan belgelerin ibrazını, taraflarca delil olarak gösterilmemiş bile olsa, taraflardan ve üçüncü kişilerden isteyebilecektir.

II- İstinaf Aşamasında Delillerin İncelenmesi

İstinaf aşamasında, ilk derece yargılaması sırasındaki eksikliklerin giderilmesi amaçlanmakla birlikte, bölge adliye mahkemesi yargılamayı tümüyle yeniden tekrarlamak zorunda olmayıp, ilk derece mahkemesinde doğru yapıldığını düşündüğü işlemleri kendi kararında dikkate alabilecek; söz konusu işlemler ve sonuçları bakımından dava esnasında tutulan duruşma tutanaklarından yararlanabilecektir. Bununla birlikte, delillerin toplanmasına, incelenmesine ve değerlendirilmesine ilişkin bir eksiklik söz konusu olduğu takdirde, ilk derece mahkemesindeki duruşma tutanaklarıyla yetinilmemeli; deliller bizzat bölge adliye mahkemesi nezdinde yeniden toplanmalı, incelenmeli ve değerlendirilmelidir.[42]

Bölge adliye mahkemesi nezdinde, ilk derece mahkemesince verilmiş olan karar maddî bakımdan denetlenmekte; bu çerçevede delillerin usûlüne uygun şekilde toplanıp toplanmadığı, ilk derece mahkemesindeki hâkimin ispat yükünün ve delil gösterme yükünün tayininde, delillerin değerlendirmesinde bir hataya düşüp düşmediği incelenmektedir.[43] HMK.m.360'da aksine hüküm bulunmadığı takdirde ilk derece mahkemesinde uygulanan yargılama usûlünün bölge adliye mahkemesinde de tatbik edileceği belirtilerek, daha önceden gösterilmiş olan delillerin yeniden değerlendirilebileceği ortaya konulmuş ve bölge adliye mahkemesinde gerçekleştirilecek olan yeniden inceleme kapsamında ilk derece mahkemesinde gösterilmiş olan delillerin ye-

---

42 İlk derece mahkemesinde dinlenilmiş olan tanıkların ölmüş veya keşfe konu olan şeyin yok olmuş olması gibi hallerde ise, söz konusu deliller istinaf aşamasında doğrudan ve bizzat incelenemeyeceğinden, bölge adliye mahkemesi bu deliller hakkındaki değerlendirmesini ilk derece mahkemesinin tutanaklarına göre yapacaktır. (Akkaya, s. 270-271).

43 Tutumlu, Usul Hukuku Sorunları, s. 32.

niden toplanmasına, mahkemenin onları tekrar inceleyerek yeni bir değerlendirmede bulunmasına imkân tanınmıştır.[44]

İlk derece mahkemesinin tutanaklarındaki tanık beyanlarının çelişkili, muğlâk ve belirsiz bulunması halinde o tanıkların yeniden dinlenilmeleri gerektiği gibi, ilk derece mahkemesince uyuşmazlığın aydınlatılmasına katkıda bulunmayacakları düşüncesiyle dinlenilmemiş olmakla birlikte, istinaf incelemesi neticesinde hüküm verilebilmesi için önem taşıdıkları düşünülen tanıklar da duruşmaya çağrılarak dinlenilmelidirler.[45] Ayrıca, bölge adliye mahkemesi daha önceden duruşmada dinlenilmiş olan bir tanığın keşif sırasında dinlenilmesinin uyuşmazlığın çözümü bakımından etkili olacağı kanaatindeyse, o tanığı çağırıp keşif anında yeniden dinleyebilecektir.[46]

İlk derece yargılaması sırasında tarafa yemin teklif edeceği hatırlatılmadan karar verilmişse, istinaf incelemesi sırasında bölge adliye mahkemesince tarafa yemin teklif etme hakkı bulunduğu hatırlatılmalı; yemin teklif edip etmeyeceği sorulmalı; tarafın vereceği cevaba göre işlem yapılmalıdır. İlk derece mahkemesi nezdinde tarafın yeminini usûlüne uygun şekilde eda etmediği hallerde de istinaf aşamasında yemin merasiminin usûlüne uygun olarak tekrarlanması gerekecektir.[47]

Yerel mahkeme tarafından özel veya teknik bilgi gerektiren bir konu hakkında bilirkişi incelemesi yaptırılıp rapor alınmışsa, bölge adliye mahkemesi yeniden bilirkişiye başvurulmasına gerek görmediği takdirde, mevcut bilirkişi raporunu dikkate alarak bir karara varabilecektir. Ancak, bilirkişiye başvurulması gereken özel veya teknik bir konuda ilk derece mahkemesince bilirkişi raporu alınmaksızın karar verilmişse, bölge adliye mahkemesi tarafından bilirkişi incelemesi yaptırılması gerekmektedir. Bölge adliye mahkemesi yerel mahke-

---

44 Halûk Konuralp, İstinaf Mahkemeleri Uluslararası Toplantı, Tartışmalar, Ankara 7-8 Mart 2003, s. 126; Baki Kuru, İstinaf Sistemine Göre Yazılmış Medenî Usul Hukuku, İstanbul 2016, s.675. Buna karşılık, HMK. m. 353/f.I,b,1 uyarınca bölge adliye mahkemesinin ilk derece mahkemesinin yapmış olduğu delil değerlendirmesini doğru bulması halinde, o delili yeniden incelemeye gerek kalmayacak; bölge adliye mahkemesi ilk derece mahkemesinin kararına katılarak başvurunun esastan reddine karar verebilecektir.

45 Akkaya, s.270-271; Kurtoğlu, s.173.

46 Çiftçi, s.497.

47 Akkaya, s.271; Çiftçi, s.497.

mece alınmış olan bilirkişi raporunun eksik, hatalı olduğu kanaatindeyse, yeniden bilirkişi incelemesi yaptırılmasına veya raporu veren bilirkişiden ek rapor alınmasına dair karar alabilecek;[48] buna karşılık mahkeme bilirkişi raporundan tatmin olmuşsa kararını verirken ilk derece mahkemesi nezdinde sunulmuş olan raporu göz önünde tutabilecektir.[49]

İlk derece mahkemesince uyuşmazlığın çözüme kavuşturulması için keşif yaptırılması gerekmekle birlikte, keşif yaptırılmamışsa veya keşif yaptırılmakla birlikte usûlüne uygun bir şekilde gerçekleştirilmemişse, bölge adliye mahkemesi nezdinde keşfe başvurulacaktır.[50]

SONUÇ

HMK. m.357/f.I'de bölge adliye mahkemesince re'sen göz önünde tutulacaklar dışında, ilk derece mahkemesinde ileri sürülmeyen iddia ve savunmaların dinlenemeyeceği; yeni delillere dayanılamayacağı belirtilerek, Türk Hukuku'nda sınırlı istinaf sisteminin benimsendiği ortaya konulmuştur. Madde metninde, ilk derece mahkemesinde ileri sürülmeyen iddia ve savunmaların dinlenemeyeceği ifade edilmek suretiyle, istinaf aşamasında yeni vakıaların getirilmesi açıkça yasaklanmıştır. Kanaatimizce, istinafa başvuru dilekçesinde istinaf sebebi olarak gösterilmek kaydıyla, ilk derece yargılaması sırasında gerek iddianın ve savunmanın genişletilmesi veya değiştirilmesi yasağının kapsamında, gerekse bu yasağın istisnaları dâhilinde ileri sürülmüş olan vakıalar yeni vakıa olarak kabul edilmeyecek; söz konusu vakıalar yeni vakıa getirme yasağına tâbi olmaksızın serbestçe istinaf yargılamasına dâhil edilebilecektir.

İddianın ve savunmanın genişletilmesi veya değiştirilmesi yasağı bölge adliye mahkemesindeki yargılama sırasında da geçerli olacak; karşı tarafın açık rızasıyla veya HMK.m.357/f.I'de açıkça belirtildiği üzere, ıslah yoluyla yeni vakıalara dayanılamayacaktır. Ancak, vakıa getirme yasağına ilişkin olarak hukukumuzda öngörülmüş olan katı düzenlemenin ıslah yoluyla biraz olsun hafifletilmesine imkân tanınarak, ilk derece mahkemesinde ıslaha başvurmamış olan tarafların isti-

48 Akkaya, s. 271; Arslan S., s.250; Çiftçi, s.496; Kurtoğlu,s.173.
49 Toraman, s.256.
50 Çiftçi, s.497.

naf aşamasında ıslah yoluyla yeni vakıalar gösterebilmeleri mümkün kılınmalıdır.

HMK.m.357/f.I uyarınca re'sen dikkate alınması gereken vakıalar yeni vakıa getirme yasağının kapsamına girmediğinden, istinaf sebebi olarak gösterilmemiş bile olsa, istinaf yargılamasına serbestçe dâhil edilebilecektir.

Kural olarak, istinaf yargılaması sırasında yeni delil getirilmesi de yasak olmakla birlikte, HMK. m.357/f.III'te bu yasağın istisnaları öngörülmüş ve ilk derece mahkemesinde usûlüne uygun olarak gösterildikleri halde incelenmeden reddedilen veya mücbir sebeple gösterilmelerine olanak bulunmayan delillerin bölge adliye mahkemesi tarafından incelenebileceği belirtilmiştir. HMK.m.357/f.I'de sözü geçen "*re'sen* göz önünde tutulacaklar dışında" ifadesi yalnızca iddialar ve savunmalar bakımından değil; deliller bakımından da geçerlidir. Bu nedenle, hâkim tarafından re'sen başvurulamayıp mutlaka taraflarca gösterilmesi gereken deliller, HMK.m.357/f.III hükmü saklı kalmak kaydıyla, yeni delil getirme yasağına tâbi olacak; hâkim tarafından re'sen başvurulabilecek olan delillere ise, herhangi bir kısıtlama olmaksızın taraflarca rahatlıkla dayanılabilecektir.

İstinaf yargılaması sırasında tahkikat yapılmasının gereği olarak, bölge adliye mahkemesi tarafından ilk derece mahkemesince verilmiş olan karar maddî bakımdan denetlenmekte; bu kapsamda ilk derece mahkemesinde gösterilmiş olan deliller yeniden toplanmakta; mahkeme onları tekrar inceleyerek yeni bir değerlendirmede bulunmakta; böylece yeni bir karara varmaktadır.

Kaynakça

Akil Cenk, İstinaf Kavramı, Ankara 2010.

Akkaya Tolga, Medenî Usûl Hukukunda İstinaf, Ankara 2009.

Alangoya H.Yavuz/Yıldırım M.Kâmil/Deren-Yıldırım Nevhis, Medenî Usul Hukuku Esasları, 8. Tıpkı Baskı, İstanbul 2011.

Albayrak Adem, Hukukta İstinaf Uygulaması, 2.Baskı, Ankara 2016.

Arslan Ramazan, Medeni Usul Hukukunda Yargılamanın Yenilenmesi, Ankara 1977.

Arslan Aziz Serkan, 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu Çerçevesinde Medeni Usul Hukukunda Delillerin Toplanması ve Doğrudanlık İlkesi, Ankara 2012. (Kısaltma: Arslan S.)

Arslan Ramazan/Yılmaz Ejder/Taşpınar Ayvaz Sema, Medenî Usul Hukuku, 2.Baskı, Ankara 2016.

Çiftçi Murat Özgür, Medeni Yargılama Hukukunda İstinaf, 3.Baskı, Ankara 2016.

Deren-Yıldırım Nevhis, Teksif İlkesi Açısından İstinaf, İstinaf Mahkemeleri Uluslararası Toplantı, Ankara 7-8 Mart 2003, s.267-283. (Kısaltma: Deren-Yıldırım, İstinaf)

Deren-Yıldırım Nevhis, İstinafın Gerekçelendirilmesi ve İstinaf Sebepleri, Prof.Dr. Özer Seliçi'ye Armağan, İstanbul 2006, s.693-712.

Karslı Abdurrahim, Medeni Muhakeme Hukuku Ders Kitabı, 4.Baskı, İstanbul 2014.

Konuralp Halûk, Bölge Adliye Mahkemelerinde Uygulanacak Usul, İstinaf Mahkemeleri Uluslararası Toplantı, Ankara 7-8 Mart 2003, s.247-265.

Konuralp Halûk, İstinaf Mahkemeleri Uluslararası Toplantı, Tartışmalar, Ankara 7-8 Mart 2003, s. 126-127.

Konuralp Halûk, İstinafta Kamu Düzeni Kavramı, Medenî Usûl ve İcra-İflâs Hukukçuları Toplantısı-VI, Medenî Usûl Hukukunda Kanun Yolları ve Arabuluculuk Kanun Tasarısı, İzmir/Çeşme 19-20 Ekim 2007,s. 133-148.

Kurtoğlu Tülin, Özel Hukukta İstinaf Denetimi ve Yargılaması, Ankara 2017.

Kuru Baki, İstinaf Sistemine Göre Yazılmış Medenî Usul Hukuku, İstanbul 2016.

Kuru Baki/Arslan Ramazan/Yılmaz Ejder, Medenî Usul Hukuku Ders Kitabı, 25. Baskı, Ankara 2014.

Meraklı Yayla Deniz, Medenî Usûl Hukuku'nda İstinaf Kanun Yolunda Yeniden Tahkikat Yapılması, Ankara 2014.

Özdemir Şükrü, İstinaf Mahkemeleri Uluslararası Toplantı, Tartışmalar, Ankara 7-8 Mart 2003, s.132-134.

Özekes Muhammet, "Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nda Yapılan Değişiklikler Çerçevesinde Kanun Yolu İncelemesi-Özellikle İstinaf", *Legal Hukuk Dergisi*, İstanbul 2004, S.13, s.3103-3116.

Özekes Muhammet, 100 Soruda Sorularla Medenî Usûl Hukukunda Yeni Kanun Yolu Sistemi, İstinaf ve Temyiz, 3.Bası, Ankara 2016.

Pekcanıtez Hakan/Taş Korkmaz Hülya/Meriç Nedim, Gerekçeli Hukuk Muhakemeleri Kanunu, 8. Bası, Ankara 2016.

Pekcanıtez Hakan/Özekes Muhammet, Pekcanıtez Usûl Medenî Usûl Hukuku, C.III, 15.Bası, İstanbul 2017.

Sungurtekin Özkan Meral, Türk Medeni Yargılama Hukuku, İzmir 2013.

Tanrıver Süha, "Adliye Mahkemeleri İle Üst Mahkemelerin Kuruluş ve Görevleri Hakkında Kanun Tasarısı İle İlgili Bazı Düşünceler", *BATİDER,* Ankara 1995, C.XVIII, S.1-2, s.151-156.

Tanrıver Süha, "6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun Revizyonu Üzerine Bazı Düşünceler", *TBBD*, Ankara 2012, S.99, s.15-34.

Temel Arslan, İstinaf Mahkemeleri, Hukuk Muhakemeleri Kanunu ve Borçlar Kanunu Sempozyumu, Ankara 24-25 Mart 2011, s.17-24.

Toraman Barış, Medenî Usûl Hukukunda Bilirkişi İncelemesi, Ankara 2017.

Tutumlu Mehmet Akif, "İstinaf Yargılamasında Yeni Vakıa-Delil Getirme Yasağı ve İstisnaları", *THD,* Ankara 2007, S.7, s.57-62. (Kısaltma: Tutumlu, İstinaf Yargılaması)

Tutumlu Mehmet Akif, Delillerin Gösterilmesi ve Toplanmasında Kesin Süre, Ankara 2008.

Tutumlu Mehmet Akif, Medeni Usul Hukuku Sorunları, C.I, 3. Baskı, Ankara 2010. (Kısaltma: Tutumlu, Usul Hukuku Sorunları)

Umar Bilge, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, 2.Bası, Ankara 2014.

Üstündağ Saim, Medeni Yargılama Hukuku, C.I-II, 7. Baskı, İstanbul 2000.

Yıldırım M. Kâmil, Hukuk Devletinin Gereği: İstinaf, İstanbul 2000.

Yılmaz Ejder, İstinaf, 2.Baskı, Ankara 2005.

Hukuk Muhakemesinde İstinaf El Kitabı, Ankara 2007. (Kısaltma: İstinaf El Kitabı*)*

İSTİNAF İNCELEMESİ SONUCUNDA VERİLEBİLECEK KARARLAR

VERDICTS TO BE GIVEN AS A RESULT OF APPELLATE PROCESS

Melis TAŞPOLAT TUĞSAVUL*

Özet: Türk hukukunda 20.07.2016 tarihinden itibaren istinaf kanun yolu fiilen uygulanmaya başlamıştır. Buna göre artık bu tarihten itibaren ilk derece mahkemeleri tarafından verilen kesin olmayan nihaî kararlara karşı önce istinaf kanun yoluna başvurulacaktır. İstinaf mahkemeleri[1] hem hüküm mahkemesi hem de denetim mahkemesi olarak faaliyet gösterecektir. Bu çalışmada istinaf mahkemeleri tarafından gerek ön inceleme gerek asıl inceleme sonucunda verilebilecek kararlar tespit edilmeye çalışılmıştır.

Anahtar Kelimeler: İstinaf mahkemeleri, Ön inceleme, Asıl inceleme, Kararın Kaldırılması, Maddi Vakıa Denetimi

Abstract: As of 20.07.2016 (the legal remedy) appeal has been implemented into the Turkish Law. Accordingly, from that date onwards, firstly an appeal will be lodged on the interlocutory decisions of the first instance courts. The appellate courts will both be able to give a ruling and inspect cases. In this study, the decisions of appellate court as a result of preliminary or actual examination have been tried to be determined.

Keywords: Appellate Court, Preliminary Examination, Actual Examination, Rescission of Decision, Inspection of Material Facts

* Yrd. Doç. Dr., Bahçeşehir Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Medeni Usûl ve İcra İflâs Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

1 Her ne kadar istinaf kanun yolunun düzenlendiği 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu (HMK)'nda adli yargı ve ilk derece mahkemelerince verilen ve kesin olmayan nihaî kararlara karşı yapılan istinaf başvurularını inceleyip karara bağlayacak olan mahkeme olarak "bölge adliye mahkemeleri" terimi kullanılmışsa da anlaşılabilirlik açısından "istinaf mahkemeleri" terimini kullanmayı tercih ettik. (Bu hususta bkz. Baki Kuru, İstinaf Sistemine Göre Yazılmış Medenî Usûl Hukuku, İstanbul, Ağustos 2016, s. 60, dipn.8; Ejder Yılmaz, İstinaf, Ankara 2005, s. 34-36)

GİRİŞ

İstinaf Arapça bir kelime olup, ön veya uç anlamına gelen "enf" kökünden üretilmiştir ve bir işe yeniden başlamak, yeniden ele almak anlamına gelmektedir.[2] 20.07.2016 tarihinde istinaf incelemesi Türk hukuk uygulamasında yerini almış ve böylece ilk derece mahkemeleri ile Yargıtay arasına istinaf kanun yolu getirilmiştir.[3] 20.07.2016 tari-

---

2 Necip Bilge,"Üst Mahkemeler", Sabri Şakir Ansay'a Armağan, Ankara 1964, s. 62; Hakan Pekcanıtez, "İstinaf Mahkemeleri", Prof. Dr. Hakan Pekcanıtez Makaleler, Cilt:II, İstanbul 2016, s. 224; Muhammet Özekes, Pekcanıtez Usûl Medenî Usûl Hukuku, 15.Bası, İstanbul 2017, s. 2203.

3 İstinaf mahkemelerinin kurulması 26.09.2004 tarih ve 5235 sayılı Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri ile Bölge Adliye Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yetkileri Hakkında Kanun ile öngörülmüştür. Anılan Kanun'un geçici 2. maddesinde Kanun'un yürürlük tarihinden itibaren en geç iki yıl içinde istinaf mahkemelerinin kurulacağı, yargı çevreleri ve tüm yurtta göreve başlayacakları tarihin Resmî Gazetede ilân edileceği düzenlenmiştir. Buna göre Adalet Bakanlığı tarafından 18.05.2007 tarihli Bakanlık Olur'u ile anılan ve 05.06.2007 tarihli ve 26643 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan "Bölge Adliye Mahkemelerinin Kurulmasına İlişkin Karar" ile İstanbul, Bursa, İzmir, Ankara, Konya, Samsun, Adana, Erzurum ve Diyarbakır olmak üzere dokuz istinaf mahkemesi kurulmuştur. HMK'nın parlamentoda kabul edildiği Ocak ayından 14.04.2011 tarihine kadar istinaf mahkemelerinin çalışmaya başlaması için somut adımlar atılmış, Ocak 2011 tarihinde istinaf mahkemelerinin kurulduğu dokuz yer için mahkeme başkanları ve başsavcıları atanmış, istinaf mahkemelerine yapılacak atamalarda uyulacak ilkeler belirlenmiştir. Ancak Haziran 2011 tarihinde atamaların yapılarak Temmuz 2011 tarihinde tebliğ edileceği ve 05.09.2011 tarihinde istinaf mahkemelerinin fiilen çalışmaya başlayacağının ilân edilmesine rağmen HSYK 1. Dairesi tarafından "...Bölge Adliye Mahkemelerinin kuruluşuna ilişkin çalışmaların tamamlanamamasından ötürü 2011 Yaz Kararnamesi ile bölge adliye mahkemelerinin faaliyete geçmesinin mümkün olmadığı..." şeklinde bir duyuru yapılmıştır. Bununla birlikte 14 Nisan 2011 tarihinde istinaf mahkemelerinin en geç 2012 Yaz Kararnamesi ile hayata geçileceği ifade edilmiştir. Daha sonra 13.06.2011 tarihli Adalet Bakanı oluru ile mevcut dokuz istinaf mahkemesine Antalya, Gaziantep, Kayseri, Sakarya, Trabzon ve Van ilave edilerek istinaf mahkemelerinin sayısı toplam on beşe çıkarılmıştır. Ancak Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu Genel Kurulu'nun 29.02.2016 tarihli 53 sayılı kararı ile on beş mahalde kurulu bulunan istinaf mahkemelerinden ilk etapta yedi mahalin faaliyete geçirilerek, her bir bölge için daire sayısının artırılması suretiyle Yargıtay'daki uzmanlaşmaya benzer bir şekilde ihtisas daireleri oluşturularak uygulama birliği temin edilip, bu şekilde oluşabilecek içtihat farklılıkları azaltılarak ihtisaslaşmada etkinlik ve verimliliğin sağlanabileceği gerekçesiyle yedi mahaldeki istinaf mahkemelerinin daire sayıları artırılmıştır. Böylece istinaf mahkemesi sayısı on beşten yediye indirilerek Ankara, İstanbul, İzmir, Samsun, Erzurum, Gaziantep, Antalya'da göreve başlamıştır. O hâlde istinaf mahkemelerinin 5235 sayılı Kanun'un yürürlük tarihi olan 01.03.2005 tarihinden itibaren en geç iki yıl içerisinde kurulacağının düzenlendiği düşünüldüğünde bu kanun yolunun fiilen uygulanmaya başlamasının uzun zaman aldığı görülmektedir. Bkz. Pekcanıtez, s. 217; Hakan Pekcanıtez/Evrim Erişir, "Medenî Yargıda İstinaf İle İlgili Hükümlerin Zaman İtibarıyla Uygulanması", *Ankara Üniversitesi Hu-*

hinden sonra verilen ilk derece mahkemelerinin kesin olmayan nihaî kararlarına karşı ilk önce istinaf yoluna başvurulabilecek, doğrudan doğruya temyiz yoluna başvurulamayacaktır.[4]

Buna göre istinaf mahkemeleri hem denetim hem de hüküm mahkemeleri olarak faaliyet gösterecektir. İstinaf incelemesi sonunda gerektiğinde ilk derece mahkemesinin kararını kaldıran istinaf mahkemesi temyiz incelemesini yapan Yargıtay'dan farklı olarak kararı bozmak yerine yeniden tahkikat yaparak ve hukuka aykırı gördüğü hususları gidererek yeni bir karar verebilecektir. İstinaf kanun yolunu

---

kuk Fakültesi Dergisi, 65(4) 2016, s. 3617 vd. Mine Akkan, Pekcanıtez Usûl Medenî Usûl Hukuku, 15. Bası, İstanbul 2017, s. 215-216; Nevhis Deren-Yıldırım, "İstinafın Olası Sorunları", *Hukuk ve Adalet Eleştirel Hukuk Dergisi*, C:8, S:20, Yıl:2016, s. 443-444. Bununla birlikte 05.08.2017 tarih ve 30145 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan 03.08. 2017 tarih ve 703 no'lu Hâkimler ve Savcılar Genel Kurulu Kararı ile yedi mahalde faaliyet gösteren istinaf mahkemelerine yıllık gelen iş miktarı ve bu mahkemelerin derdest dosya sayıları dikkate alınarak Adana ve Bursa istinaf mahkemelerinin faaliyete geçirilmesi için yargı çevrelerinin değiştirilerek yeniden belirlenmesi gerektiğine karar verilmiştir. O hâlde söz konusu karar ile istinaf mahkemelerinin sayısının yediden dokuza çıkarıldığı anlaşılmaktadır.

4 Yargıtay'ın bozma kararından sonra ilk derece mahkemesi kararına karşı doğrudan doğruya temyiz yoluna başvurulabileceğine ilişkin iki istisna HMK md. 373/4 ilâ HMK md. 373/5 düzenlemeleridir. Buna göre istinaf mahkemesi tarafından verilen istinaf başvurusunun esastan reddi kararı Yargıtay tarafından bozulursa bu bozma üzerine dosya ilk derece mahkemesine gönderilecektir. İlk derece mahkemesi bozma kararı üzerine yapacağı ilk duruşmada bozmaya uyma kararı vererek yeni bir inceleme yapıp bir karar verirse taraflar ilk derece mahkemesinin bu yeni kararına karşı temyiz süresi içerisinde doğrudan doğruya temyiz yoluna başvurabileceklerdir (HMK md.373/4). Yine ilk derece mahkemesi Yargıtay'ın bozma kararı üzerine yapacağı duruşmada direnme kararı verirse, ilk derece mahkemesinin bu direnme kararı da doğrudan doğruya temyiz edilebilecektir (HMK md.373/V). Bkz. Kuru, s. 668,731-732. O hâlde Türk Hukukunda kural olarak "sıçrama yolu ile temyiz" (Sprungrevision) usûlünün kabul edilmediğini belirtmek gerekir. Buna karşılık Alman Hukukunda sıçrama yolu ile temyiz usûlü istinaf yolu caiz olmayan ve dava konusunun değerinin 600 Euro'yu geçen uyuşmazlıklarda karşı tarafın yazılı onayı ve aynı zamanda Temyiz Mahkemesinin onayı hâlinde kabul edilmiştir (Alman Usûl Kanunu md. 566). Ancak sıçrama yolu ile temyiz usûl hukukuna ilişkin yargılama hatalarında mümkün olmamakla birlikte temyiz yolunun geçerlilik şartlarına tâbi tutulmuş, temyize ilişkin sebeplerin dilekçede yer alması zorunluluğu öngörülmüştür. Gerekçeli ilk derece mahkeme kararının tebliğinden itibaren bir aylık başvuru süresi mevcuttur. Sıçrama yolu ile temyize ilişkin başvuru ilk derece mahkeme kararının kesinleşmesini önler. Başvuru dilekçesi ve aynı zamanda karşı tarafın bu başvuruya onay beyanı istinaf yoluna başvurmaktan feragat olarak değerlendirilir. Bkz. Leo Rosenberg/Karl Heinz Schwab/Peter Gottwald, Zivilprozessrecht, München 2010, s. 824-825; Hans Joachim Musielak, Grundkurs ZPO, München 2012, s. 356-357; Adolf Baumbach/Wolfgang Lauterbach/Jan Albers/Peter Hartmann, Zivilprozessordnung, München 2010, s. 1701-1702.

temyiz denetiminden ayıran en önemli özellik, sadece hukukî incelemenin değil, aynı zamanda maddi incelemenin de yapılmasıdır.[5] Bir diğer deyişle, istinaf kanun yolu ilk derece mahkemesinin nihaî kararlarına karşı başvurulan, maddi ve hukukî denetimin yapıldığı bir kanun yoludur.[6]

Öte yandan istinafın kelime anlamı "*yeniden başlama*" olsa da yapılacak olan inceleme ve tahkikat ilk derece mahkemesine kıyasen birçok yönü ile yeni ve bağımsız bir yargılama olmayacaktır. Zira is-

---

5 Ülkemizde istinaf mahkemelerinin fiilen uygulamaya başlamasından önce mevcut olan iki dereceli yargılama sistemi içerisinde ilk derece mahkemesi kararlarının hem hukuka uygunluğunu hem de olaylara uygunluğunu Yargıtay denetlemekte idi. Oysa ilk derece mahkemesinin verdiği kararlar istinaf mahkemeleri tarafından ispat ve hukuka uygunluk yönlerinden ve Yargıtay tarafından ise sadece hukuka uygunluk yönünden incelenmelidir. Yargıtay, bir içtihat mahkemesi olarak görevini sürdürebilmelidir. Nitekim Yargıtay ilk derece mahkemeleri ile kendi arasında süzgeç görevini yapacak bir ara mahkemesi bulunmadığından her iki görevi, yani hem içtihat yaratmak hem de istinafı yürütmek durumunda kalmıştır (Özekes, Pekcanıtez Usûl, s. 2202-2203). Ayrıca bkz. Muhammet Özekes, "Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu'nda Yapılan Değişiklikler Çerçevesinde Kanun Yolu İncelemesi-Özellikle İstinaf", *Legal Hukuk Dergisi*, Yıl:2, S:23, 2004, s. 3109; Türkiye Cumhuriyeti'nde İstinaf Mahkemelerinin Kuruluşunun Desteklenmesi Projesi, Hukuk Muhakemesinde İstinaf El Kitabı, Ankara 2007, s. 5-6. Ayrıca istinaf ile birlikte Yargıtay içtihat oluşturma ve hukukî denetim yapma görevini tam olarak yerine getirebilecektir. Bugün Yargıtay'ın kabul edilebilir olanın üstünde bir iş yükü ile karşı karşıya olması istenen sonucu sağlamamaktadır (Muhammet Özekes, 100 soruda Medenî Usûl Hukukunda Yeni Kanun Yolu Sistemi İstinaf ve Temyiz, 3. Bası, Ankara 2016, s. 50). Konuya ilişkin olarak doktrinde Bilge, "Yargıtay'ın işlerinin azaltmanın başka yolları da bulunduğu muhakkaktır. Fakat derhal belirtelim ki; Üst mahkemeler (istinaf mahkemeleri) kurulmasının sebebi, sırf Yargıtay'ın işlerini azaltmak değildir. Böyle bir azalma sonuç olarak kendiliğinden meydana gelmektedir ve bu sonuç adaletin tecellisi için küçümsenmeyecek bir fayda sağladığı için, istinafın kurulmasından doğacak diğer faydalar arasında bu cihete de, öneminden ötürü işaret olunmaktadır" şeklinde bir ifade kullanmıştır (Bilge, s. 78). Doktrinde Pekcanıtez de, yargı hızlandırmak isteniyorsa, bunun için istinaf mahkemelerinin kurulması değil, öncelikle yargının gecikmesine neden olan diğer sebeplerin kaldırılması gerektiğini, bunun yanında eğer istinaf mahkemeleri kurulmazsa gelecekte yargının daha da hızlı işlemeyeceğini belirtmiştir (Pekcanıtez, s. 222).

6 Tolga Akkaya, Medenî Usûl Hukukunda İstinaf, Ankara 2009; s. 62; Ejder Yılmaz, Hukuk Muhakemeleri Şerhi, Ankara 2013, s. 1478; Deniz Meraklı-Yayla, Medenî Usûl Hukuku'nda İstinaf Kanun Yolunda Yeniden Tahkikat Yapılması, Ankara 2014, s. 19; Özgür Memişoğlu, "Hukuk Yargılamasında İstinafa Başvuru Usûlü ve İstinafta Yeni Vakıa ve Delillere Dayanılması", *Legal Hukuk Dergisi*, C:10, S:113, Yıl:2012, s.78; Mert Namlı, "İş Uyuşmazlıkları ve İstinaf", *Sicil*, Sayı:36, Yıl:2016, s. 121; Murat Özgür Çiftçi, Medeni Yargılama Hukukunda İstinaf, Ankara 2016, s. 10 vd.

tinaf mahkemelerinde yeni dava malzemesinin getirilmesi de belirli istisnalar dışında katı bir şekilde yasaklanmıştır. Buna paralel olarak yargılamanın bu aşamasında karşı dava, ıslah, davaya müdahale, davaların birleştirilmesi gibi usûl hukuku kurumlarına başvurulması engellenmiştir (HMK md. 357). Sonuç olarak, istinafta sınırlı bir tahkikat yapılmaktadır.[7] Bununla birlikte istinaf dar anlamda kanun yoluna ilişkin iki temel özelliği de taşımaktadır. Öncelikle karara karşı istinaf yolu açıksa, bu yola başvurulmakla nihaî kararın kesinleşmesinin önüne geçilmektedir ("*erteleyici etki*"). Bunun yanında, verilen karar, aynı derecede değil, bir üst yargı organı olan ilgili istinaf mahkemesi tarafından incelenmektedir ("*aktarıcı etki*").[8]

---

7 Türk Hukuk sisteminde sınırlı istinaf sistemi kabul edilmiştir. Burada istinafın işlevi; ilk derece mahkemesince verilen kararın ondan daha nitelikli bir mahkeme tarafından kontrolüdür. İstinaf mahkemesi tespitlerini ilk derece mahkemesinin tespitleri ile bağlı tutmakta ve kararını ilk derece mahkemesince toplanan dava malzemesine dayandırmaktadır. Dolayısıyla dava malzemesinin temini istinaf yargılamasında tekrarlanmamaktadır. Yeni vakıaların getirilmesi yasağı söz konusudur. Tam istinaf sisteminde ise, istinaf mahkemesi hâkimi ilk derece mahkemesinden bağımsız olarak yargılamaya yön vermektedir. Bunun sonucunda taraflara ilk derece mahkemesi önünde toplanan dava malzemesini tamamlama ve yenileme imkânı verilmiştir. Burada amaçlanan; ilk derece mahkemesinin kararını hukukî ve usûlî açıdan denetlemekle yetinilmeyerek, esas bakımından da incelemektir. Yeni dava malzemesi ile yeni bir sonuca varılır. İstinaf mahkemesi tarafların yeni vakıa getirebildikleri bir olay mahkemesi gibi çalışır. Bkz. H. Yavuz Alangoya/Kâmil Yıldırım/Nevhis Deren-Yıldırım, Medenî Usûl Hukuku Esasları, İstanbul 2011, s. 508-509;Yılmaz, İstinaf, s. 21-22; Meraklı-Yayla, s. 19; Kâmil Yıldırım, "İstinaf Sebepleri ve İlk Derece Mahkemesindeki Hatalı Vakıa Tespitleri", Medenî Usûl Hukukunda Kanun Yolları ve Arabuluculuk Kanun Tasarısı, İzmir/Çeşme 19-20 Ekim 2007, Medenî Usûl ve İcra- İflâs Hukukçuları Toplantısı-VI, s. 90; Namlı, s. 212-122; Memişoğlu, s. 73. Doktrinde, istinaf mahkemesinin derece mahkemesi olduğu halde bu mahkemenin yargılama faaliyetinin gerek dava malzemesinin toplanması gerek tahkikat gerekse muhakeme (sözlü yargılama) bakımından ilk derece mahkemesine oranla önemli ölçüde sınırlandırılmış bir yargılama faaliyeti olduğu, öyle ki; kanun koyucunun istinaf mahkemesinin yargılama faaliyeti bakımından tahkikat ve muhakeme terimlerini kullanmadığını, bütün yargılama aşamalarını kapsamak üzere "inceleme" teriminin kullandığı ifade edilmiştir (Ali Cem Budak/Varol Karaaslan, Medenî Usul Hukuku, Ankara 2017, s. 345).

8 Özekes, s. 36-37. Alman Hukukunda kanun yollarının özellkleri belirtilirken erteleyici etki (Suspensiveffekt) ve aktarıcı etki (Devolutiveffekt) yanında üçüncü bir özellik olarak ilk derecemahkeme tarafından verilen kararın kendi yetkisi dâhilinde etraflıca denetimini gerçekleştirme ve esas hakkında yeniden karar verme olarak ifade edilen esas hakkında yeniden hüküm verme imkânı (die Möglichkeit der Sachentscheidung) da belirtilmektedir. Bkz.Rosenberg/Gottwald/Schwab, s.767-768; Musielak, s.326; Baumbach/Lauterbach /Albers/Hartmann, s. 1586.

Çalışmamızda istinaf mahkemesinin yapacağı inceleme sonucunda hangi kararları verebileceği konusu öncelikle istinaf incelemesi sonucunda verilecek kararların temel özellikleri değerlendirilip, daha sonra ön inceleme ve asıl inceleme aşamaları dikkate alınarak ve ayrıca yargılamaya son veren taraf işlemleri çerçevesinde ortaya konulmaya çalışılacaktır.

I. İstinaf İncelemesi Sonucunda Verilecek Kararların Temel Özellikleri

Kanun'da istinaf incelemesi sonucunda verilebilecek kararların niteliği, bunların ne şekilde verileceği ve türleri tam olarak belirtilmemiştir. Bu konuda farklı hükümlerden hareketle bir sonuca varmak mümkündür.

Bu noktada yani farklı hükümlerden hareket ederek verilecek kararların temel özelliklerinin belirlenmesinde dikkat edilmesi gereken nokta şudur: İlk derecedeki tahkikatın amacı; uyuşmazlığı çözüp karar vermek, buna karşılık temyizdeki incelemenin amacı denetimdir. İstinafta ise, bir yandan ilk derece mahkemesinde yapılan tahkikat denetlenir, diğer yandan gerekirse yeniden inceleme yapılarak karar verilir. Çünkü istinafta sadece hukukî denetim değil, maddi vakıa denetimi de yapılmaktadır. Bu açıdan istinaf incelemesi, ne ilk derece yargılamasının ne de temyizin özelliklerini tam olarak taşır. Dolayısıyla hüküm mahkemesi olarak ilk dereceye, denetim mahkemesi olarak da Yargıtay'a benzemez. Doktrinde haklı olarak ifade edildiği üzere istinaf mahkemeleri kendini ne ilk derece mahkemesinin ne de Yargıtay'ın yerine koymalı; onun fonksiyonunu üstlenmelidir. Nitekim istinaf, temyizin bir türü ve istinaf mahkemeleri birer küçük Yargıtay değildir.[9] Bu sebeple verilecek kararlar da gerek şekil, gerekse içerik bakımından temyizden farklı olacaktır.

Temyiz kural olarak hukukî denetimle sınırlıdır. Temyizde istinaf mahkemesinin yerine geçilerek yeniden yargılama yapılması söz konusu değildir. Nitekim temyizde alt derece mahkemesi kararı doğru bulunursa sadece onama kararı verilir; alt derece mahkemesi kararı doğru bulunmazsa bozma ile yetinilir ve bozmadan sonra (alt derece mahkemesi bu karara uyarsa) bu bozmaya göre kararı verecek olan

9 Özekes, s. 93. Aynı yönde bkz. El Kitabı, s. 59.

yine alt derece mahkemesidir. Yani istinaftaki kararlar (içerik olarak bazı yönlerden bazen benzerlik gösterse de) onama veya bozma şeklinde nitelendirilemez. Zira istinaf incelemesinde yeniden yargılama yapılması, alt derece mahkemesi yerine geçilerek karar verilmesi, hukukî denetim dışında maddi vakıa denetimi yapılması söz konusudur. Buna göre salt "*onama*" ya da "*bozma*" şeklindeki kararlar verilmesi istinafa uygun değildir. Nitekim istinaf mahkemelerinde ilk derece mahkemesi kararı doğru bulunursa; *"onama"* değil, *"istinaf başvurusunun reddine"* karar verilmekte; ilk derece mahkemesi kararı yanlış bulunursa, "*bozma*" değil, "*ilk derece mahkemesi kararının kaldırılarak*[10]" yeni bir karar verilmesi sağlanmaktadır. İlk derece mahkemesi kararı yanlış olmakla birlikte, bu yanlışlık yeniden yargılama yapılmasını gerektirmiyorsa, o zaman da "*ilk derece mahkemesinin kararı kaldırılarak, düzeltilerek yeniden esas hakkında*" karar verilmesi söz konusu olacaktır.[11]

İstinaf mahkemesindeki yargılama ilk derecede gerçekleştirilen yargılamanın da aynısı, tekrarı ve onun yerine geçen bir yargılama değildir; istinaf mahkemesi sadece hüküm mahkemesi olmayıp aynı zamanda denetim mahkemesi olduğundan verilen kararlar ilk derece mahkemesi kararlarından da farklılık göstermektedir.[12] Zira ilk derece mahkemesinde dava usûl ya da esastan haklı bulunmazsa,- usûlî bazı kararlar[13]dışında- kural olarak dava reddedilir. Oysa istinaf baş-

---

10 Doktrinde Konuralp, kaldırma ile ifade edilenin kararın iptal edilmesi ve hükümsüz kılınması olabileceğini belirtmiştir. (Halûk Konuralp, "Halûk Kanuralp'in Tebliği", Medenî Usûl ve İcra İflâs Hukukçuları Toplantısı II-III, İstinaf Derecesi, Yargıtay Kararlarının Değerlendirilmesi, Bilirkişilik, İflâsın Ertelenmesi, Eskişehir 3-5 Ekim 2003, 1-2 Ekim 2004, Medenî Usûl ve İcra- İflâs Hukukçuları Toplantısı-II-III, s.36).

11 Özekes, s. 99-100.İstinaf mahkemelerinin kararlarında kullanılacak ifadelerle Yargıtay kararları için kullanılan ifadelerin birbirinden ayrılması zorunludur. Buna özellikle dikkat edilmeli ve özen gösterilmelidir. Bu konuda gösterilmeyecek bir özen, bir süre sonra tüm kanun yollarının birbirine karıştığı, istinafın kabulünün faydadan çok zarar getirdiği, yargılama sistemimizin karmaşıklaştığı tehlikeli bir sonuca yol açabilir (İstinaf El Kitabı, s. 59-60). Ayrıca bkz. Budak/Karaaslan, s. 346.

12 Özekes, s. 93-94, 97. Ayrıca bkz. Çiftçi, s. 626-627.

13 Davanın açılmamış sayılmasına ilişkin kararlar (HMK md.20/1; HMK md. 119/2; HMK md. 150/5; Harçlar Kanunu md.16/3) ile davacının davalının muvafakati ile davayı geri alması nedeniyle davanın son bulduğunu belirten kararlar (HMK md.123); davaya son veren taraf işlemleri ile davanın sona ermesi (HMK md.307 ilâ HMK md.315 arası düzenlemeler) ve davanın konusuz kalması hâlinde verilen kararlar belirtilebilir.

vurusu haklı bulunmazsa, *"...istinaf başvurusunun reddine..."* karar verilir (HMK md. 353/1-b). Bu ilk derece mahkemesi kararının haklı bulunduğu anlamına gelir. İstinaf başvurusu kısmen ya da tamamen haklı bulunursa, kural olarak *"ilk derece mahkemesi kararı-kısmen ya da tamamen kaldırılarak..."*denildikten sonra dava hakkında gerekli karar verilir. Örneğin, *"... ilk derece mahkemesi kararı kaldırılarak, davanın kabulüne...."* veya *"...davanın reddine..."* denebilir. Bazı durumlarda ise ilk derece mahkemesi kararı yanlıştır, ancak kararı istinaf mahkemesi değil, başka bir mahkeme verecektir. Örneğin, ilk derece mahkemesinin görevsiz veya yetkisiz olması durumunda ilk derece mahkemesinin kararı kaldırılır, ancak asıl karar başka bir mahkemeye bırakılarak dosyanın oraya gönderilmesine karar verilir.

İstinaf mahkemesi sonunda verilecek kararın özelliklerini belirlemeye çalışırken Alman doktrininde ifade edilen kanun yollarına başvuru sonucunda üst mahkemenin yeni bir hüküm mü tesis edeceği veya var olan hükmü sadece iptal etmekle mi yetineceği hususunda yapılan ayrıma da değinmek gerekir. Bu ayrıma göre şayet ilk derece mahkemesi kararı kaldırılarak yeni bir hüküm veriliyorsa *"reformasyon etkili karar"*, (*reformatorische Entscheidung, judicium rescissorium*), var olan hüküm yeni bir hüküm verilmeksizin sadece iptal etmekle (bozmakla) yetiniliyor ve kararı veren hüküm mahkemesi tarafından hukuka uygun bir karar verilmesi sağlanıyorsa *"kassasyon etkili karar"* (*kassatorische Entscheidung, judicium rescindens,*) mevcuttur.[14] Hukukumuzda temyiz incelemesi sonunda Yargıtay'ın yeniden hüküm vermesi söz konusu olmadığından ve istinaf mahkemesi tarafından verilen karar bozularak istinaf mahkemesine veya duruma göre ilk derece mahkemesine iade edildiğinden sadece kassasyon etkili kararlar mevcuttur. Buna göre Yargıtay'ın verdiği bozma kararı ile istinaf mahke-

[14] Rosenberg/Gottwald/Schwab, s. 767; Hans Prütting/Markus Gehrlein, ZPO Kommentar, 2010, s. 1329. Doktrinde Konuralp, istinaf yolunun "yanlış kararı" , "kötü yargılamayı" düzeltme amacına yönelik, düzeltme ve iyileştirme amaçlı bir kanun yolu olmasının yanı sıra geçerliliğini tehlikeye düşürecek nitelikte kusurlu bir mahkeme kararının iptali yolu olduğunu, bu kanun yolunda ilk derece mahkemesi tarafından verilmiş olan bir kararın üst mahkeme tarafından yeniden gözden geçirilmesine ve duruma göre tahkikat işlemlerinin yeniden yapılmasına olanak tanındığından bu yolun ilk derece mahkemesi hâkiminin üzerinde yarattığı denetim etkisi nedeniyle önleyici ve koruyucu bir yol olduğunu belirtmiştir (Halûk Konuralp, "İstinafta Kamu Düzeni Kavramı", Medenî Usûl Hukukunda Kanun Yolları ve Arabuluculuk Kanun Tasarısı, İzmir/Çeşme 19-20 Ekim 2007, Medenî Usûl ve İcra-İflâs Hukukçuları Toplantısı-VI, s. 134).

mesi veya ilk derece mahkemesi tarafından verilen karar kaldırılmış olmaz. Zira Yargıtay tarafından verilen bozma kararı, bu karar üzerine istinaf mahkemesi veya ilk derece mahkemesinin bozmaya uyma kararı verdiği ana kadar ayakta kalır ve hatta dosya kendisine gönderilen ilk derece mahkemesi veya istinaf mahkemesi bozma kararına direndiği takdirde Yargıtay tarafından bozulan karar ayakta kalmaya devam eder. Yani kassasyon sisteminde ancak bozma üzerine alt mahkeme bu karara uyarsa karar iptal edilebilecek olup, tek başına Yargıtay'ın bu yönde bir yetkisi yoktur. Oysaki istinafta kural olarak uyuşmazlığa ilişkin tüm istinaf sebepleri tahkikat yapılarak incelendiğinden ilk derece mahkemesi tarafından verilen karar kaldırılıp, yeniden hüküm kurularak reformasyon etkili karar verilmektedir.[15] İstinaf mahkemesi yeniden hüküm vermenin yanı sıra HMK md. 353/1a düzenlemesindeki durumlarda esası incelemeden sadece ilk derece mahkemesi kararını kaldırarak dosyanın kararı veren veya kendi yargı çevresinde uygun görülen bir ilk derece mahkemesine ya da görevli ve yetkili ilk derece mahkemesine gönderilmesine duruşma yapmadan karar verecektir.

Bununla birlikte ilk derece mahkemesi hükmünün ileri sürülen istinaf sebeplerine göre hukuka aykırı bulunması bu hükmün her zaman tamamen kaldırılmasını gerektirmez. Dolayısıyla istinaf dilekçesinde kararın ne şekilde ve ne dereceye kadar kaldırılması talep edilmişse, istinaf mahkemesinin bu hükmü kaldırma ölçüsü de buna göre belirlenir. Zira istinaf mahkemesi istinaf dilekçesi çerçevesinde inceleme yapacağından (HMK md. 342/2, e; HMK md.355/1, c.1) vereceği kararın sınırları da istinaf dilekçesindeki talepler çerçevesinde belirlenmektedir. Buna göre istinaf incelemesinde taleple bağlılık ilkesi (HMK md. 26) asıl olup inceleme sonucunda verilecek olan kararlar bakımından da bu ilke esas alınmalıdır. Ancak kamu düzenine ilişkin istinaf sebeplerinin varlığı bu kurala istisna teşkil etmektedir (HMK md.355/1,c.2). Örneğin; istinafa başvuran taraf hükmü kısmen istinaf etmişse, bu başvuru haklı bulunduğu taktirde, ilk derece mahkemesi kararı istinaf edilen kısım oranında kaldırılacak ve değiştirilecektir. Bu nedenle istinaf mahkemesinin özellikle esasa ilişkin konularda taraf taleplerini aşarak kısmen istinaf edilmiş bir kararı tamamen kaldırma

15 Bkz. Rosenberg/Gottwald/Schwab, s. 767, 770-771; Musielak, s. 330; Çiftçi, s. 646-647.

yetkisi kural olarak yoktur.[16] Aynı zamanda vurgulamak gerekir ki; ilk derece mahkemesi kararının değiştirilmeyen yani muhafaza edilen bölümleri varsa bunlar kural olarak istinaf mahkemesi kararının hüküm fıkrasında belirtilmelidir. Bundan sonra değiştirilmesi gereken kısma ilişkin hüküm verilir.

II. İstinaf İncelemesi

İstinaf incelemesi neticesinde verilebilecek kararların tespiti için öncelikle, bu incelemenin nasıl yapılacağına değinmek gerekmektedir. İstinaf başvurusu yapılıp, karşılıklı dilekçelerin verilmesinden sonra (HMK md. 342-348) istinaf mahkemesinde yapılacak inceleme, ön inceleme[17] ve asıl inceleme olarak ikiye ayrılır.

A. Ön İnceleme ve Sonucunda Verilebilecek Kararlar

İstinaf mahkemelerinde asıl incelemeden önce bir ön inceleme aşaması vardır. Bu aşamada başvurunun esasına girmeye engel teşkil eden şeklî hususlar incelenir.[18] Ön inceleme aşamasında kolaylıkla

---

16 Yani burada ilk derece kararını kaldırdıktan sonra gerektiğinde tahkikatın eksik yönlerini tamamlayarak esasa ilişkin yeni bir karar verecek olan istinaf mahkemesini sınırlandıran unsur; tarafların talepleriyle bağlılık kuralıdır. Aynı zamanda istinaf mahkemesi taraflardan sadece birinin istinafa başvurduğu durumlarda aleyhe karar verme yasağı dolayısıyla onun aleyhine karar veremeyecektir (Akkaya,s.236; Rosenberg/Schwab/Gottwald, s. 810).

17 Burada isim benzerliği olmasına rağmen istinaf incelemesindeki ön inceleme ile ilk derece yargılamasındaki ön incelemenin (HMK md. 137) amaç ve fonksiyon bakımından birbirinden farklı olduğunu vurgulamak gerekir. Zira ilk derece mahkemesinde ön inceleme yapılmadan tahkikat aşamasına geçilmemekte, bu aşamada dava şartları ve ilk itirazlar incelenmekte, hâkim tarafları arabuluculuğa veya sulhe teşvik etmekte, tahkikat aşamasına hazırlık yapılmaktadır. Diğer yandan esas hakkında tahkikat yapılmadan incelenebilecek dava şartları ve ilk itirazlar da bu aşamada dosya üzerinde karara bağlanmaktadır. İstinaf aşamasında yapılan ön incelemede ise, incelemenin başka bir dairece veya bölge adliye mahkemesince yapılmasının gerekli olup olmadığı, aleyhine istinaf yoluna başvurulan kararın kesin mahiyette olup olmadığı, başvurunun süresi içerisinde yapılıp yapılmadığı, başvuru şartlarının yerine getirilip getirilmediği, başvuru sebeplerinin veya gerekçesinin gösterilip gösterilmediği hususları incelenir (Bkz. 20.07.2017 tarihli, 7035 sayılı Kanun ile değişik md. 352, RG. T. 05.08.2017, RG Sayı: 30145 Mükerrer). Yani istinaf talebinin esası hakkında inceleme yapılabilmesi için gerekli olan şartların gerçekleşip gerçekleşmediğinin incelendiği bir aşamadır. Aynı şekilde ilk derece mahkemesinde yapılan esastan incelemeyi ifade eden tahkikat ile istinaftaki esastan inceleme de tam anlamıyla aynı değildir. Bkz. Özekes, s. 82; Konuralp, Kamu Düzeni, s. 136; Akkaya, s. 240; Memişoğlu, s. 91.

18 Özekes, Pekcanıtez Usûl, s. 2234.

tespit edilebilen bazı temel eksiklikler nedeniyle istinaf mahkemesine hemen karar verme imkânı tanınarak gereksiz inceleme yapılması ve yargılamanın uzaması önlenmek istenmiştir.[19]Geçerlilik şartlarını taşımayan istinaf başvurusu ön inceleme aşamasında re'sen reddedilmelidir.[20] Ancak eksiklik bulunmadığı anlaşılan dosya incelemeye alınacaktır (HMK md. 352/3). Buna göre; dosyanın incelemesinin başka bir dairenin veya istinaf mahkemesinin[21] görev alanına girip girmediği, ilk derece mahkemesi kararının kesin olup olmadığı, başvurunun süresi içinde yapılıp yapılmadığı, başvuru şartlarının yerine getirilip getirilmediği (dilekçenin gerekli asgari unsurları taşıması veya harç ve giderlerin yatırılması vb.),[22] başvuru sebeplerinin veya gerekçesinin gösterilip gösterilmediği ön inceleme aşamasında incelenir (HMK md. 352/1).[23] Ön inceleme heyetçe veya görevlendirilecek bir üye tarafından yapılacak ve ön inceleme sonunda heyetçe karar verilecektir (HMK md. 352/2). Bu ön inceleme ertesinde eksiklik bulunmadığı anlaşılan dosya incelemeye alınacaktır (HMK md. 352/3). O hâlde dosyanın başka bir dairenin veya istinaf mahkemesinin görevine girip girmediği hususu dışında kalanlar, ilk derece mahkemesi tarafından verilen kararın istinaf mahkemesi tarafından incelenebilir bir karar olup olmadığı ile ilgili olup, bu hususların yokluğu hâlinde gerekli karar verilecek; varlığı durumunda ise esas incelemeye geçilecektir.[24]

Ön incelemede sadece belirli usûlî koşulların mevcut olup olmadığı araştırılacağından incelemenin dosya üzerinden yapılması yeterli görülmüştür.[25] Ancak bu ön inceleme yapıldıktan sonra nasıl bir karar

19 Bkz. HMK md.352 Gerekçe.

20 Musielak, s. 968; Rosenberg/Gottwald/Schwab, s. 798.

21 İstinaf mahkemesinin görevli hukuk dairesi, ilk önce yetkili olup olmadığını re'sen inceler, çünkü istinaf mahkemesinin yetkisi kesin yetkidir. Bu nedenle hukuk dairesi istinaf mahkemesinin yetkisiz olduğu kanısına varırsa, re'sen yetkisizlik kararı vererek, istinaf (dava) dosyasının yetkili istinaf mahkemesine gönderilmesine karar verir. Bkz. Kuru, s. 688.

22 Doktrinde ön inceleme için sayılan diğer hususlar dışında kalan ancak istinaf incelemesine geçilebilmesi için gerekli olan tüm şartların istinafa başvuru şartı olarak değerlendirilmesi gerektiği ve dikkate alınabileceği belirtilmektedir (Özekes, Pekcanıtez Usûl, s. 2237).

23 Ön inceleme konusu olan; süre, kesin bir kararın olması, gerekli harç ve giderlerin yatırılmasına ilişkin denetim esasında HMK md. 344 ve md. 346 düzenlemeleri gereğince istinaf başvurusunun yapıldığı ilk derece mahkemesi tarafından da yapılacaktır. Ancak ilk derece mahkemesinde bu durum gözden kaçırılmışsa, istinaf mahkemesinde gözetilecektir (HMK md. 352 Gerekçe) .

24 Bkz. Özekes, Pekcanıtez Usûl, s. 2236; Akkaya, s. 342 vd.

25 Doktrinde ön incelemenin dosya üzerinden yapılmasının mutlak bir kural olmadı-

verileceği kanunda çok açık bir şekilde belirtilmemiş olup, ön inceleme sonunda "*...gerekli karar verilir.*" şeklinde genel bir ifade kullanılmıştır. Bu sebeple her durum için ayrı değerlendirme yapılmalıdır.[26] Aynı zamanda ön inceleme konularının hangi sıra ile yapılması gerektiği de kanunda açık bir şekilde düzenlenmemiştir. Bu durumda kanunda yazılan sıra (HMK md. 352/1) mantığa ve hukuk kurallarına uygun olduğundan bu çerçevede inceleme yapılmasının doğru olacağını belirtmek mümkündür.[27]

Ön inceleme aşamasında araştırılacak olan hususlardan, dosyanın incelenmesinin başka bir dairenin görev alanına girip girmediğine ilişkin olarak dosya önüne gelen istinaf dairesi öncelikle uyuşmazlığın kendi iş sahası içerisinde olup olmadığını inceler. Buna göre belirlenen iş bölümüne göre ilgili daire uyuşmazlığı inceleme yetkisine sahip değilse başvuru reddedilmeyip doğru daireye gönderilmelidir.[28]

Kesin bir karara karşı veya istinaf süresi geçirildikten sonra istinaf yoluna başvurulmuşsa esasında bu hususlar ilk derece mahkemesinde talebin reddini gerektiren durumlardır (HMK md.346) . Ancak ilk de-

---

ğı istinaf mahkemesinin gerektiğinde incelemeyi duruşmalı da yapabileceği ifade edilmiştir (Akkaya, s. 241-242). Bununla birlikte istinaf mahkemesinin duruşma yapmadan karar verebileceği hâllerin ön inceleme ile sınırlı olmadığını, zira bazı durumlarda ön incelemeden sonra esastan incelemede de duruşma yapılmadan karar verileceğini (HMK md. 353), ancak bu iki durumun birbiriyle karıştırılmaması gerektiğini, ön inceleme ile esastan incelemenin dosya üzerinden yapılması arasında değerlendirme farkı bulunduğunu vurgulamak gerekir (Özekes, Pekcanıtez Usûl, s. 2238).

26 Özekes, Pekcanıtez Usûl, s. 2239; Özekes, Kanun Yolu, s. 3109.

27 Özekes, Pekcanıtez Usûl, s. 2239; İstinaf El Kitabı, s. 46; Meraklı-Yayla, s.57.

28 Yani İstinaf mahkemeleri hukuk dairesi kendisine gelen istinaf dosyalarını 5235 sayılı Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri ile Bölge Adliye Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yetkileri Hakkında Kanun md. 35/I gereğince Başkanlar Kurulu tarafından kararlaştırılan işbölümü uyarınca kendilerinin görevine girmeyen dava dosyalarını görevli İstinaf Mahkemesi Hukuk Dairesine gönderme kararı verir. Bu "aidiyet" niteliğinde bir karardır (Zafer Ergün, İstinaf Bölge Adliye Mahkemeleri Hukuk Dairelerinde Yargılama Usûlü, İstanbul 2005, s. 17). Ayrıca bkz. Akkaya, s. 246; Meraklı-Yayla, s. 57. İzmir Bölge Adliye Mahkemesi 4.HD. 2017/529 E., 2017/497 K., 26.05.2015 tarihli kararında, "...Dava konusu uyuşmazlık kiracının kira sözleşmesine konu taşınmaza verdiği zarar nedeniyle tazminat isteğine ilişkindir. Davanın belirtilen bu niteliği itibarıyla istinaf incelemesini yapma görevi İzmir Bölge Adliye Mahkemesi Başkanlar Kurulunun 15.05.2017 tarihli iş bölümü kararı uyarınca İzmir Bölge Adliye Mahkemesi 6. Hukuk Dairesine ait bulunduğundan, Dairemizin görevsizliği ile dosyanın yetkili ve görevli İzmir Bölge Adliye Mahkemesi 6. Hukuk Dairesine gönderilmesine karar verilmesi gerektiği kanaatine varılarak..." şeklinde hüküm vermiştir.(Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, 21.12.2017).

rece mahkemesi bu hususları gözden kaçırmışsa bu durum şüphesiz ön inceleme aşamasında değerlendirilecektir. Bu değerlendirme sonucunda istinafa başvurusu mümkün olmayan bir karar[29] veya istinafa başvuru süresi geçmişse istinaf dilekçesinin reddine karar verilmelidir. Bu ret kararı istinafın esastan incelenmesine tamamen engel olup, usûle ilişkin nihaî karar niteliğindedir.[30]

Bununla birlikte başvuru şartlarının yerine getirilip getirilmediğine ilişkin olarak istinafa başvuru için yatırılması gereken harç ve giderlerin[31] yatırılmaması hususunda[32] istinaf mahkemesinin ne yönde karar verebileceğine ilişkin doktrinde farklı görüşler mevcuttur. Birinci görüşe görüşe göre,[33] istinaf mahkemesi harcın eksik yatırıldığını veya hiç yatırılmadığını tespit ederse öncelikle harç ve giderlerin tamamlanması için bir haftalık kesin süre tanımalı, taraf bu süre sonunda harç ve giderleri yatırmamışsa istinaf başvurusunun yapılmamış sayılmasına karar vermelidir. Bu görüşün gerekçesi ilk derece mahkemesi ile istinaf mahkemesi kararlarının birbirinden farklı olmaması, buna göre ilk derece mahkemesinde harç ve giderlerin yatırılmaması sonucunda başvurunun yapılmamış sayılması kararı verilip, istinaf mahkemesinde aynı hususa istinaf talebinin usûlden reddi sonucu şeklinde karar

29 Doktrinde ara kararlara karşı istinafa başvurulması veya istinafa başvuru hakkından feragat edilmiş olmasına rağmen istinaf isteminde bulunulması durumunda başvurunun reddedilmesi gerektiği kanaatimizce de yerinde olarak ifade edilmiştir (Akkaya, s. 318). Ayrıca bkz. Musielak, s. 331.

30 Bkz. Akkaya, s.247.

31 İstinaf mahkemelerine yapılan istinaf başvurusu, maktu başvurma harcına tâbidir. Ayrıca istinaf mahkemesi kararları duruma göre nisbi veya maktu karar ve ilâm harcına tâbidir (Harçlar Kanunu 1Sayılı Tarife). Ayrıca bkz. Yılmaz, İstinaf, s. 66; Özekes, s. 76.

32 Harç ve giderlerin tam olarak yatırılıp yatırılmadığı hususunda ilk derece mahkemesinin denetleme yetkisi mevcuttur (HMK md. 344). Buna göre harç ve giderler eksik yatırılmışsa, mahkeme tarafından başvuruda bulunana bir haftalık kesin süre verilir ve eksiklik tamamlanmadığında başvurudan vazgeçilmiş sayılacağı hususu yazılı olarak bildirilir. Bu süre içerisinde eksiklik tamamlanmazsa mahkeme başvurunun yapılmamış sayılmasına karar verir. Yine ilgili maddede istinaf süresi geçirilmiş veya kesin bir karara karşı istinafa başvurulmuşsa mahkemece istinaf dilekçesinin reddine karar verileceği düzenlenmiştir. Ayrıca gerek harç eksikliğinden dolayı başvurunun yapılmamış sayılması gerekse iki hâlde dilekçenin reddi kararlarına karşı bu kararların tebliğ tarihinden itibaren (veya harç için verilen sürenin sonundan itibaren) bir hafta içerisinde istinaf yoluna başvurulabileceği öngörülmüştür.

33 Budak/Karaaslan, s. 344; Akkaya, s. 249; Çiftçi, s. 201. Aynı yönde bkz. Meraklı-Yayla, s. 59.

verilmemesi olarak ifade edilmiştir. Bir başka görüş,[34] eksik yatırılan harç kararı veren mahkemece fark edilmez veya başvuran taraf kendisine tebliğden itibaren bir haftalık süre içerisinde eksik olan harç ve gideri tamamlamaz ve bu konuda kararın kendisine tebliğinden itibaren bir haftalık süre içerisinde istinaf talebini yinelerse bu durumda istinaf mahkemesinin istinaf talebini ön inceleme aşamasında başvuru şartlarının yerine getirilmemiş olması nedeniyle reddetmesi gerektiği yönündedir. Bir diğer görüş,[35] dosyanın HUMK md. 426 d, (şimdi HMK md.344) maddesine göre işlem yapılmak üzere, yani harcın tamamlanması için kesin süre verilmesi için kararı veren ilk derece mahkemesine geri gönderilmesine karar verilmesi gerektiği yönündedir.

Bizim de katıldığımız bir diğer görüş[36] ise harç ve giderlerin eksik yatırılması durumunda önüne gelen dosyada istinaf mahkemesinin ilk derece mahkemesinin nasıl karar verdiğine ilişkin olarak ikili bir ayrıma giderek buna göre karar vermesi gerektiği yönündedir. Buna göre harç ve giderler eksik yatırılmış ve bu husus ilk derece mahkemesinin denetiminde gözden kaçırılmış ise, yani ilk derece mahkemesi tarafından HMK md. 344'te öngörülen bir haftalık kesin süre içerisinde tamamlanması hususunda hiç veya usûlüne uygun bir bildirim yapılmadan dosyanın hataen istinaf mahkemesine gönderilmesi hâlinde, istinaf mahkemesi bir haftalık kesin süre içerisinde eksikliğin tamamlanması gerektiği ve bu eksiklik tamamlanmadığında başvurudan vazgeçilmiş sayılacağı hususunu ihtar ederek tarafa süre vermelidir. Şayet verilen süre içerisinde harç ve giderler tamamlanmaz ise istinaf mahkemesi tarafından istinaf başvurusunun yapılmamış sayılmasına karar verilmelidir. Buna karşılık ilk derece mahkemesi tarafından gerekli bildirim yapılmış ancak eksik giderler ve harç başvuran tarafından tamamlanmamış ve buna rağmen dosya ilk derece mahkemesi tarafından istinaf mahkemesine gönderilmiş ise bu durumda istinaf

---

34 Hukuk Muhakemelerinde İstinaf El Kitabı, s.47.

35 Ergün, s. 18. İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi 20.HD'nin E. 2017/165; K. 2017/268; 01.03.2017 tarihli kararı bu yönde olup, ilgili kararda istinaf başvurusunda bulunan davacı tarafça posta ve tebligat giderleri başvuru sırasında yatırılmamış olduğundan, HMK md. 344/1 gereğince başvuran tarafa kesin süre verilerek sonucunun beklenmesi, HMK md. 344/1'de gösterilen prosedürün izlenmesi, sonrasında gerekirse dosyanın istinaf incelemesi yapılmak üzere gönderilmesinin sağlanması için HMK md.352 gereğince ilk derece mahkemesine geri çevrilmesi yönünde karar vermiştir (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, 20.12.2017).

36 Özekes, Pekcanıtez Usûl, s. 2239-2240. Ayrıca bkz. Meraklı-Yayla, s.59.

mahkemesi ön inceleme aşamasında başvuru şartlarının yerine getirilmemiş olması sebebiyle istinaf başvurusunun yapılmamış sayılması yönünde karar vermelidir. Yani her iki durumda da istinaf mahkemesinin HMK md. 344 düzenlemesi ile paralel olarak istinaf başvurusunun yapılmamış sayılmasına karar vermesi[37]gerektiği kanaatindeyiz.

Ön inceleme aşamasında değerlendirilecek olan başvuru şartlarına ilişkin asgâri şartlar yerine getirilmediğinde kural olarak başvurunun reddi yönünde karar verilmelidir. Ancak dilekçe kanunda belirtilen şekilde asgâri unsurları yani başvuranın kimliği, imzasıyla başvurulan kayıtları yeteri kadar belli edecek ilgili bilgileri taşıyor; fakat başvuru sebepleri ve gerekçeleri gösterilmemişse, bu durumda sadece kamu düzenine aykırılık bulunup bulunmadığı yönünden dosya incelenmeli; kamu düzenine aykırılık bulunmuyorsa bunun dışında kalan hususlar hiçbir şekilde değerlendirilmeyip başvurunun reddine karar verilmelidir.[38] Zira HMK md.342/2,e'ye göre istinaf dilekçesinde bulunması zorunlu unsurlardan biri de başvuru sebepleri ve gerekçesidir.[39] Bir

---

37 İstinaf dilekçesinin reddine karar verilen hâllerde ortada usûle aykırı da olsa harç ve giderler yatırıldığı için yapılmış bir istinaf başvurusu vardır. İstinaf dilekçesinin reddi durumunda istinaf mahkemesi veya ilk derece mahkemesi tarafından HMK md. 346/1 gereğince yapılan inceleme sonucunda istinaf başvurusunun kabule şayanlığı ile ilgili bir hukuka aykırılık tespit edilmiş ve istinaf dilekçesi reddedilmiştir. Oysa, istinaf harç ve giderlerinin yatırılmamış ve verilen kesin süre içerisinde de tamamlanmamış olması hâlinde kanun istinafa başvururuyu yapılmamış kabul etmektedir. Bu durumda ilk derece mahkemesi kararı istinaf edilmeksizin kesinleşmiş olacaktır. Bkz. Çiftçi, s. 800-801.

38 Özekes, Pekcanıtez, Usûl, s. 2239; Özekes, s. 69.

39 HMK'da istinaf sebeplerini ayrıca düzenleyen bir hüküm bulunmamaktadır. Ancak HMK md.353 düzenlemesinden yola çıkarak ilk derece mahkemesi kararlarının usûl (hatalı yargılama), maddi mesele (hatalı vakıa tespiti) ve maddi hukuk (hukukî meselenin hatalı çözümlenmesi) yönlerinden hukuka aykırılık teşkil etmesinin temel istinaf sebepleri olduğu belirtilir (Deren-Yıldırım, s. 90-91). Ayrıca bkz. Nevhis Deren-Yıldırım, "İstinafın Gerekçelendirilmesi ve İstinaf Sebepleri", Prof. Dr. Özer Seliçi'ye Armağan, İstanbul 2006, s. 697 vd.). Bu çerçevede ilk derece mahkemesinin usûl hukukuna veya maddi hukuka ilişkin hatalarının tümü istinaf sebebi olarak ileri sürülebilir (Özekes, s 98). HMK'da istinaf sebeplerinin belirtilmemesi, bu yönde bir sınırlama yapılmadığı anlamına gelmektedir. Nitekim bu yönde bir sınırlamanın istinafın niteliğine de uygun düşmediğini belirtmek gerekir (Özekes, Pekcanıtez, Usûl, s. 2206). Alman Hukuku'nda "İstinafın Gerekçelendirilmesi" başlıklı Alman Usûl Kanunu md. 520/1 düzenlemesinde istinaf dilekçesinde istinaf sebeplerinin ve gerekçelerinin belirtilmesi zorunluluğu öngörülmüştür. Bu zorunluluk usûl ekonomisi ilkesi ile açıklanmaktadır. Buna göre istinafa başvuran taraf sebep ve gerekçeleri istinaf dilekçesi ile veya daha sonradan sadece sebep ve gerekçeleri içeren ayrı bir dilekçe ile de ileri sürebilir. Şayet istinaf dilekçesinde sebep ve gerekçeler mevcut değilse bu eksiklik dilekçenin usûlden reddedilmesi sonucunu doğuracaktır. Ancak istinaf dilekçesi avu-

başka ifade ile istinaf incelemesinde ön inceleme aşamasında istinaf sebeplerinin veya gerekçesinin gösterilmediği tespit edilse dahi, istinaf mahkemesi istinaf talebinin reddine karar vermeyecek, her hâlükârda kamu düzeni yönünden gerekli incelemeyi yapma zorunluluğunda olacaktır. Buna göre HMK md.355/1,c.2 yönünden bakıldığında esasında sebep ve gerekçenin gösterilip gösterilmemesinin önemi ortadan kalkmış olmaktadır (HMK md.343/3). Zira başvuru dilekçesi asgarî unsurları taşıyorsa reddedilmeyecek kamu düzeni bakımından incelenmesi için esasa girilmesi gerekecektir.[40] Nitekim Yargıtay 3.HD. 03.04.2017 tarihli kararı[41] ile istinaf mahkemesine sunulan süre tutum dilekçesinde istinaf kanun yoluna başvuru sebepleri ile gerekçelerinin gösterilmemesi nedeniyle HMK md.352'ye göre istinaf başvuru dilekçesi verilmediği ve ilk derece mahkemesi kararında kamu düzenine aykırılık da bulunmadığına dayanarak davalının istinaf başvurusunun usûlden reddine ilişkin verdiği kararı bozmuştur. İlgili kararda istinaf mahkemesinin maddi vakıa denetimi bakımından istinaf sebepleri ile bağlı olduğu ancak istinaf mahkemesinin aynı zamanda hukukî denetim de yapmak durumunda olduğu, hukukîlik denetimi bakımından ise istinaf sebepleri ile bağlı olmadığı her ne kadar ilk derece mahkemesinin gerekçeli kararına karşı sekiz gün içinde gerekçeli istinaf dilekçesi verilmemiş ise de süresinde süre tutum dilekçesi verilmekle artık hukukîlik denetimi yapılmasının gerektiği, nitekim temyize konu istinaf mahkemesi kararında kamu düzenine aykırılık olup olmadığı hususunun incelendiği ve bu yöndeki bir incelemenin de hukukî de-

katın imzası ile başvurulan kararı belli edecek kayıtları taşıyorsa daha sonradan verilecek sebeplere ve dilekçeye yönelik bir dilekçe ile bu sonuç bertaraf edilebilir. Sebep ve gerekçeleri içeren dilekçe istinaf mahkemesine iki aylık süre içerisinde verilmelidir. Bu iki aylık süre gerekçeli kararın tebliğinden itibaren başlar ancak kararın tefhimi tarihinden itibaren beş ayı geçemez. Karşı tarafın muvafakati ile bu süre hâkim tarafından uzatılabilir. Ancak karşı taraf muvafakat etmezse bu süre tarafın yargılamayı geciktirme amacı taşımaması veya sebep ve gerekçeleri içeren dilekçenin mücbir sebepten kaynaklanan bir nedenle mahkemeye sunulamaması durumunda bir aya kadar uzatılabilir (Alman Usûl Kanunu md.520/II). Bkz. Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann, s. 1617-1618; Rosenberg/Schwab/Gottwald, s. 788. Ayrıca bkz. Budak/Karaaslan, s. 346.

40 Özekes, Pekcanıtez Usûl, s. 2237; Özekes, Kanun Yolu, s. 3110; Kuru s. 688; Budak/Karaaslan, s. 344; Meraklı-Yayla, s. 59; İstinaf El Kitabı, s. 48; Çiftçi, s. 790; Namlı, s. 135. Şüphesiz bunun için başvuranın en azından kimliği ve imzasıyla başvurulan kararı belli edecek kayıtların bulunması aranmaktadır. Bunlar da eksik ise ön inceleme sonucunda başvuru dilekçesinin reddine karar verilecek ve kamu düzenine ilişkin hususlarda dahi inceleme yapılamayacaktır. Bkz. İstinaf El Kitabı, s. 48.

41 Bkz. Yarg. 22.HD., E. 2017/30909, K. 2017/7476, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, 21.12.2017.

netiminin yapıldığını gösterdiği dolayısıyla başvurunun esastan reddi gerekirken usûlden reddinin hatalı olduğu sonucuna varılmıştır.

Doktrinde konuya ilişkin bir görüş,[42] istinaf dilekçesinde "*istinaf sebeplerinin ve gerekçesinin hiç gösterilmemiş olması*"nın istinaf başvurusunun ön inceleme aşamasında reddedilmesi için gerekli ve yeterli bir neden olduğu, her ne kadar ilgili kanun maddesinde başvuranın kimliğini, imzasını ve başvurulan kararı yeteri kadar belli edecek kayıtları içeren istinaf dilekçesinin reddedilemeyeceği ve kamu düzeni çerçevesinde inceleme yapılacağı belirtilmişse de bu durumun caiz bir istinaf talebi için geçerli olduğu, istinaf sebepleri hiç gösterilmemişse caiz ve kabul edilmeye değer bir istinaf başvurusundan bahsedilemeyeceği, aksi yöndeki kabulün istinaf mahkemelerinin iş yükünün artmasına, yargılamaların uzamasına ve yargıya olan güvenin azalmasına sebebiyet vereceği[43] kaldı ki; istinaf sebeplerinin hiç gösterilmemiş olmasının kanun yoluna başvuran tarafın ilk derece kararına aslında pek de karşı koyamadığını, istinafa yeterince hazırlanmadığını ve istinaf başvurusunun başarı şansının oldukça az olduğunu gösterdiği gerekçeleriyle savunmaktadır. Kanaatimizce her ne kadar anılan görüş temel olarak yargılamanın uzamaması ve iş yükü gerekçesine dayansa ve niteliği belirsiz ve tartışmalı olan kamu düzeni kavramı[44] bazı durumlarda dosyanın tümünün incelenmesini gerektirse de kanunun lafzı açık olup mevcut düzenleme uyarınca sadece sebep ve gerekçenin gösterilmemiş olması ön inceleme aşamasında istinaf başvurusunun reddi kararı verilmesi için yeterli görülmemelidir.[45]

---

42 Akkaya, s. 251.

43 Bu konuda Namlı, istinaf dilekçesinde istinaf sebeplerinin hiç gösterilmemesine rağmen kamu düzeni bakımından inceleme yapılmasının istinaf mahkemesinin iş yükünün artmasına ve yargılamanın uzamasına sebep olacağına katılmakla birlike usûle ilişkin hükümlerin yorumlanması ve uygulanmasında salt usûl ekonomisi veya iş yükünün gözetilmemesi bunlar ile yargılamanın temel amacı olan "bireylerin sübjektif haklarının gerçeklik temelinde sağlanması" arasında dengenin gözetilmesi gereğini, istinaf dilekçesinde istinaf sebebinin gösterilmediği için kararın kamu düzeni bakımından incelemeye tâbi tutulmamasının yargıya duyulan güvenin azalmasına neden olabileceğini ifade etmiştir (Namlı, s. 135).

44 Bu konuda bkz. Konuralp, Kamu Düzeni, s. 137 vd.

45 Konuya ilişkin olarak doktrinde Özekes, HMK md. 342/3 düzenlemesinin hem istinafın hem de yargılamanın niteliği ile uyumlu olmadığını belirtmiştir. Buna göre söz konusu düzenleme hukuka uygun değildir; olması gereken hukuk açısından uygun olan; istinaf sebepleri hiç bildirilmemiş ve sebep gösterilmemiş ise istinaf başvurusunun ön incelemede kabul edilmemesi; ancak sebep bildirilmiş ve gerekçe gösterilmiş ise istinaf incelemesinde kamu düzeninin de dikkate alınmasıdır (Özekes, Pekcanıtz Usûl, s. 2238).

Ön inceleme sonunda başvurunun reddi kararına karşı kanun yoluna başvurulup başvurulmayacağına ilişkin kanunda açık bir düzenleme mevcut değildir. Doktrinde ön inceleme sonunda verilen usûle ilişkin ret kararına[46] karşı temyiz yolunun açık olması gerektiği aksi hâlde başvuruda bulunan tarafın temyiz hakkından tamamen mahrum kalacağı ve ön inceleme dosya üzerinden yapıldığından tarafın bu aşamada sahip olmadığı hukukî dinlenilme hakkını temyize başvurarak kullanması gerektiği gerekçesi ile savunmaktadır.[47] Kanaatimizce de esas hakkındaki karara ilişkin olarak temyiz yolunun açık olup olmadığına bakılmaksızın bu kararlara ilişkin temyiz yoluna başvurulması kabul edilmelidir.[48]

Ön incelemede uyuşmazlığın esasına ilişkin bir karar verilmeyip, sadece uyuşmazlığın esası hakkında tahkikat yapılmasını ve karar verilmesini engelleyen usûlî bir eksiklik olup olmadığı incelenir. Böylece istinaf incelemesinin daha sonraki aşamalarında tespit edilmesi gereken muhtemel eksiklikler önceden tespit edilerek mahkemelerin gereksiz emek ve zaman harcamasının önüne geçilmek istenmiştir. Ayrıca ifade etmek gerekir ki; istinaf mahkemesi ön incelemede gözden kaçırdığı usûlî eksiklikler hakkında istinafın sonraki aşamalarında dahi karar verebilecektir. Örneğin; ilk derece mahkemesi kararının kesinleşmiş olduğu ön incelemede gözden kaçırılmışsa, tahkikat aşamasında istinaf talebinin reddine karar verilebilir. Bu durum istinaf başvurusunun geçerli olup olmaması ile ilgili bir sorun olup, istinaf mahkemesi tarafından re'sen inceleme aşamasında da dikkate alınmalıdır. Zira ön incelemeye tâbi konular taraf menfaatlerinden ziyade kamu düzeniyle ilgili olduğundan taraflarca talep edilmese dahi istinaf mahkemesi tarafından re'sen incelenecektir.[49]

B. Asıl İnceleme ve Sonucunda Verilebilecek Kararlar

1. Asıl İnceleme ve Özellikleri

Ön inceleme sonucunda koşulların mevcut olduğu tespit edilirse, istinaf başvurusunun esastan incelenmesine geçilir. Esastan incele-

46 Bkz. İstinaf El Kitabı, s. 65.
47 Akkaya, s. 245; s. 253. Alman Hukuku'nda da aynı yönde bkz. Rosenberg/Gottwald/Schwab, s. 798; Musielak, s. 336.
48 Benzer yönde bkz. Çiftçi, s. 802.
49 Bkz. Rosenberg/Schwab/Gottwald, s. 809; Musielak, s. 336; Akkaya, s. 241.

me aslında istinafta yapılan tahkikattır. Burada istinaf başvurusunun haklı olup olmadığı ve yeniden karar verilmesi gerekip gerekmediği incelenir. HMK md. 355 gereğince inceleme kural olarak tarafların ileri sürdükleri istinaf sebepleri ile sınırlı olarak gerçekleştirilecektir. Davanın özelliğine göre heyet olarak veya görevlendirilecek naip üye tarafından inceleme yapılır (HMK md. 354/1). İncelemenin ne şekilde yapılacağını ilgili hukuk dairesi belirleyecektir.[50] Ancak kararlar heyet tarafından alınır.

İstinaf incelemesinde aksine hüküm bulunmayan hâllerde ilk derece mahkemesinde uygulanan yargılama usûlü uygulanır (HMK md. 360). Ancak o konuda istinafa ilişkin özel bir düzenleme varsa, öncelikle o düzenleme dikkate alınmalıdır.[51] Örneğin; ilk derece mahkemesinde yazılı yargılama usûlünde dilekçelerin verilmesi (dava dilekçesi, cevap dilekçesi, cevaba cevap dilekçesi, ikinci cevap dilekçesi) ön inceleme, tahkikat, sözlü yargılama ve hüküm olmak üzere beş aşama mevcuttur. Oysa istinaf yargılamasında dilekçelerin verilmesi aşaması ilk derecedeki gibi olmayıp sadece istinafa başvuru ve cevap dilekçesi verilmektedir. Yine ön inceleme ve tahkikat aşaması da ilk derecedeki yargılamadan farklıdır. Nitekim istinaf yargılamasında bazı sınırlamalar mevcuttur (HMK md. 357). Bununla birlikte kanunda açıklık olmamakla birlikte duruşmasız karar verilebilen hâllerde sözlü yargılamaya ihtiyaç olmadığı ve dosya üzerinden karar verilmesi gerektiği doktrinde ifade edilmektedir.[52] Yine doktrinde isabetli olarak istinaf aşamasında duruşma yapılması gereken durumlarda sınırlı da olsa ilk dereceye benzer şekilde yargılama yapılacağından sözlü yargılama aşamasına uygun davranılması gerektiği belirtilmektedir.[53] İstinaf

50 HMK da ve 5235 sayılı Kanun'da kararın kim tarafından verileceğine ilişkin açık bir düzenleme yoktur. Ancak daire başkanlarının görevlerini düzenleyen 5235 sayılı Kanun md. 38/I'deki ifadeden bu yönde bir sonuç çıkmaktadır (Özekes, s. 84). Kanun koyucu bu konuda incelemeyi yapacak daireye yetki vermiş ve durumun uygulamanın ihtiyaçlarına göre değerlendirilmesini istemiştir. Bu düzenlemenin istinaf incelemesinin basit, kolay ve ucuz olması açısından önemi vardır. Özellikle keşif gibi mahkeme binası dışında yapılacak işler bakımından heyet olarak inceleme yapmak yerine yerine üyelerden birisinin görevlendirilmesi daha ucuz ve basittir (İstinaf El Kitabı, s. 48).

51 Aynı yönde bkz. Rosenberg/Schwab/Gottwald, s. 810.

52 Özekes, Pekcanıtez Usûl, s. 2241; Özekes, s. 86.

53 Özekes, Pekcanıtez Usûl s. 2241; Akkaya, s. 239 vd. Örneğin sözlü yargılama sonunda tahkikatın genişletilmesine de karar verilmesi mümkündür (HMK md. 185-186). Şayet sözlü yargılama yapılmaz ise bu imkân da ortadan kalkmış olacaktır. Oysa istinafın bir amacı da ilk derecedeki eksiklikleri gidermek, gerekir-

incelemesi sonucunda verilecek kararlar da ilk derecedeki kararlardan farklı olacaktır. Her ne kadar istinaf mahkemesinin dava konusu uyuşmazlığın esası hakkındaki kararları, ilk derece mahkemesinin davanın esası hakkındaki kararları gibi olsa da öncelikle istinaf mahkemesinin kararlarının amaç ve şekil bakımından ilk derece kararlarından ayrıldığını belirtmek gerekir. Zira ilk derece mahkemesinin kararı doğrudan uyuşmazlığı çözme amacına yönelik olmasına rağmen, istinaf mahkemesinin davanın esasına ilişkin kararı daha çok ilk derece mahkemesinin hükmünü değiştirme ve düzeltme amacına yöneliktir. İstinaf mahkemesi aynı anda ilk derece kararını kaldırır ve hatalı olan hüküm kısımlarını değiştirir ve yeniden karar verir.[54] İnceleme istinaf dilekçesinde belirtilen sebepler ile sınırlı olarak yapılır (HMK md. 355). Ancak kamu düzenine aykırılıklar re'sen nazara alınır. Bu sebeple istinaf başvurusunda istinaf sebeplerinin maddi ve hukukî yönden doğru ve tam olarak gösterilmesi önem taşımaktadır.

İstinaf yargılamasında esastan incelemede asıl olan duruşma yapılmasıdır. Kanunda tek tek sayılan istisnalar dışında duruşma yapılması zorunludur (HMK md. 356/1). Bu istisnaların genişletilmesi ve duruşma yapılmaması başlı başına bir temyiz sebebi oluşturacaktır. Zira duruşma yapılması yargılamada sözlülük ve doğrudanlık ilkelerinin uygulandığı alanlardır. İstisnalar dışında duruşma yapılmaması aynı zamanda hukukî dinlenilme hakkı ihlali, dolayısıyla âdil yargılanma hakkı ihlâli de sayılacaktır. Duruşma yapılmadan karar verilebilecek hâllerin bir kısmı esasa, bir kısmı da usûle ilişkindir. Ancak esasa ilişkin olup da duruşmasız karar verilecek hâller de şekli nitelikte hususlardır. Bununla birlikte esasa ilişkin duruşma yapılmayacak

---

se sınırlı da olsa yeniden yargılama yapmaktır . Bkz. Özekes, Pekcanıtez Usûl, s. 2241.

54 İstinaf mahkemelerini temel işlevi ilk derece mahkemesinin kararlarını kontrol edip hatalı kısımlarını değiştirerek yeniden hüküm vermektir. Bu sebeple ilk derece mahkemesindeki vakıa tespitleri ile bağlılık mevcuttur (Musielak, s. 330). İstinaf mahkemesi aleyhine kanun yoluna başvurulan bir kararla ilgili olarak istinaf talebini kabul etmiş ve yaptığı incelemede ilk derece mahkemesiyle benzer ya da aynı yönde karar vermiş olsa da yani ortaya çıkan sonuç ilk derece kararı ile aynı olsa da mutlaka yeni karar vermek zorundadır (Özekes, Pekcanıtez, Usûl, s. 2268). İzmir Bölge Adliye Mahkemesi 2.HD, 2017/2180 E., 2017/1428 K., 17.07.2017 tarihli kararında, iştirak nafakası miktarına yönelik davacının istinaf başvurusunun kısmen kabulü, kişisel ilişki düzenlemesi yönünden ise davalının istinaf başvurusunun kısmen kabulü ile, ilk derece mahkemesi kararının düzeltilmesine ve yeniden esas hakkında karar verilmesine şeklinde hüküm kurup yeniden karar yazmıştır. (Kazanci İçtihat Bankası, 21.12.2017).

hâllerden bazılarının sınırlarını sınırını belirlemek oldukça zordur.[55] Bu konuda titiz davranılmalı, tereddüt hâlinde duruşmalı inceleme yapılması tercih edilmelidir. Nitekim duruşma yapılmadan karar verilebilecek hâller esasında ilk derece mahkemesinin yeniden duruşma yapmasına ihtiyaç duyulmayacak kadar açık hatalı karar verilmesi hâlleridir. Böylece ilk derece mahkemelerinin daha titiz davranmaları sağlanmaya ve kendilerinin yapacakları inceleme ve verecekleri kararları âdeta istinaf mahkemelerinin üzerine yıkmalarının önüne geçilmeye çalışılmaktadır.[56]

a. İstinaf Mahkemesinin Duruşma Yapmadan İnceleyebileceği Usûle İlişkin Hâllerde Vereceği Kararlar

Duruşma yapılmadan incelenebilecek usûle ilişkin hâller[57] (HMK md. 353/1a);[58] davaya bakması yasak olan hâkimin karar vermiş olması, ileri sürülen haklı ret istemine rağmen reddedilen hâkimin davaya bakmış olması, mahkemenin görevli ve yetkili olmasına rağmen görevsizlik veya yetkisizlik kararı vermiş olması veya mahkemenin görevli veya yetkili olmamasına rağmen davaya bakmış bulunması,

---

55 HMK md. 353 düzenlemesinde esasa ilişkin duruşmasız karar verilecek hâllerde, "anlaşıldığı takdirde" (md. 353/1-b-1), "ihtiyaç duyulmadığı takdirde" (md.353/1-b-2) ve "tamamlanacak nitelikte ise" (md.353/1-b-3) gibi mahkemenin değerlendirmesi ve takdirine açık ifadeler yer almaktadır. Buna göre esasa ilişkin duruşmasız karar verilebilecek hâllerde, duruşma yapılıp yapılamayacağı konusunda istinaf mahkemesinin takdir yetkisinin oldukça geniş olduğu görülmektedir. Bkz. Özekes, Pekcanıtez Usûl, s. 2261.

56 Özekes, Pekcanıtez Usûl, s. 2255; Özekes, s. 88-89; Kuru, s. 689, dipn.133. Alman Hukukunda da kural duruşma yapılması olup, Alman Usûl Kanunu md.522/II ile duruşma yapılmadan bir karar ile sonlandırılabilecek hâller belirtilmiştir. Bkz. Musielak, s. 342; Rosenberg/Schwab/Gottwald, s. 800.

57 HMK md. 353/Ia-3'de yer alan "veyahut mahkemenin bölge adliye mahkemesinin yargı çevresi dışında kalması"yönündeki ibare ile bendin (5) numaralı alt bendinde yer alan "merci tayinine" ibaresi 20.07.2017 tarihli, 7035 sayılı Kanun md. 29 uyarınca metinden çıkartılmıştır.

58 Duruşma yapmadan karar verebilecek hâller ön inceleme aşaması sona erdikten sonra ele alınır. Zira bu usûlî hatalar ve eksiklikler ilk derece yargılaması sırasında gerçekleşen ve yargılamayı önemli derecede etkileyen ağır yargılama hatalarıdır. Ön incelemede ele alınan konulardan farklı olarak bunlar istinaf incelemesinin yapılabilmesi için aranan koşullar değildir, usûle ilişkin istinaf incelemesinin konusunu oluşturan yargılama hatalarıdır. Ön inceleme aşamasında ele alınan konular en erken istinaf başvurusu ile tespit edilebilen ve istinafın geçerliliğine, bir anlamda istinafın iç işleyişine ilişkin sorunlar olmasına rağmen HMK md.353/Ia düzenlemesindeki hususlar ilk derece mahkemesinde davanın açıldığı andan itibaren ortaya çıkabilecek usûl hatalarıdır (Akkaya, s. 244).

diğer dava şartlarına aykırılık bulunması, mahkemece usûle aykırı olarak davanın veya karşı davanın açılmamış sayılmasına, davaların birleştirilmesine veya ayrılmasına karar verilmiş olması, mahkemece, tarafların davanın esasıyla ilgili olarak gösterdikleri delillerin hiçbiri toplanmadan veya gösterilen deliller hiç değerlendirilmeden karar verilmiş olmasıdır. Bu durumlarda istinaf mahkemesinin dosya üzerinden karar verilebilmesi mümkün hâle getirilmiş ve duruşma yapılması nedeniyle ortaya çıkabilecek muhtemel gecikmeler önlenmek istenmiştir.[59]

Söz konusu hâllerde istinaf mahkemesince ilk derece mahkemesi kararı kaldırılır ve davanın yeniden görüşülmesi için dosyanın kararı veren mahkemeye veya kendi yargı çevresinde uygun göreceği başka bir yer mahkemesine ya da görevli ve yetkili mahkemeye gönderilmesine kesin olarak karar verilir. Başka bir ifade ile dosya duruma göre istinaf mahkemesi tarafından kararı veren ilk derece mahkemesine, kendi yargı çevresinde uygun göreceği başka bir yer mahkemesine veya görevli ve yetkili mahkemeye gönderilecek olup dosya kendisine gönderilen mahkemede davanın yeniden görülmesi gerekecektir.

İstinaf mahkemesinin kendi yargı çevresinde uygun göreceği başka bir yer mahkemesine dosyayı göndermesi hâli davaya bakması yasak olan hâkim tarafından karar verilmesi durumunda gündeme gelebilecektir. Bu durumda ilk derece mahkemesi kararı istinaf mahkemesi tarafından kaldırılacaktır, ama o yerde aynı yetkiye sahip başka bir hâkim yoksa istinaf mahkemesi dosyayı kendi yargı çevresindeki başka bir ilk derece mahkemesine gönderecektir.[60]

Bundan başka görevsiz veya yetkisiz mahkeme tarafından karar verilmişse istinaf mahkemesinin ilk derece mahkemesi kararını kaldırarak doğru görevli veya yetkili mahkemeyi kararında belirtip dosyayı

---

59 Bu hâller ilk derece mahkemesinin usûle ilişkin hataları ve usûlî bazı kararları olup, aynı zamanda mutlak istinaf sebebi olarak nitelendirilebilir. Ancak usûle ilişkin istinaf sebepleri bunlarla sınırlı olmayıp her türlü usûl kuralına aykırılık istinaf sebebi olarak ileri sürülebilecektir (Akkaya, s. 305; Namlı, s. 133). Doktrinde HMK md. 353'de belirtilmeyen usûle aykırılıklar hakkında istinaf mahkemesinin nasıl bir karar vermesi gerektiğinin kanunda açık olmadığı, örneğin; uygulamada ilk derece mahkemesince verilen kısa karar ile gerekçeli karar arasında çelişki bulunması hâlinde de yeni bir dosya numarası verilip taraflar dinlendikten sonra ön inceleme aşamasında dosyanın ilk derece mahkemesine geri gönderilmesine karar verildiğinin görüldüğü belirtilmiştir. Bkz. Budak/Karaaslan, s. 345.

60 Akkaya, s. 329; Budak/Karaaslan, s. 350-351.

ilk derece mahkemesinden başka bir yer mahkemesine yani görevli veya yetkili mahkemeye göndermesi gereksiz gider ve zaman kaybı olmaması sebepleriyle düşünülebilir.[61]Ancak doktrinde [62] görevsiz veya yetkisiz bir mahkeme tarafından karar verildiği durumlarda dosyanın kararı veren ilk derece mahkemesinden başka bir yer mahkemesine gönderilmesi düşünülebilirse de her hâlükârda kanun yolundan sonra dosyanın karar veren mahkemeye gönderilmek, oradan ancak tarafın başvurusu ile doğru mahkemeye intikal ettirilmesi söz konusu olduğundan, HMK md.20 düzenlemesi karşısında bu hükmün uygulanmasının mümkün olmadığı ifade edilmiştir. Konuya ilişkin bir diğer görüş[63] istinaf mahkemesinin ilk derece kararını kaldırarak doğru görevli veya yetkili mahkemeyi kararında belirtip, HMK md.20 düzenlemesi uyarınca kararın kesinleşmesinden itibaren iki haftalık süre içerisinde başvurulması hâlinde dosyanın görevli ve yetkili mahkemeye gönderme kararı vermesi yönündedir. Bu hususta istinaf mahkemelerinin farklı uygulamalarının mevcut olduğu görülmektedir. Kanaatimizce HMK md.353/1a'da istinaf mahkemesinin dosyayı görevli ve yetkili mahkemeye göndermesine ilişkin açık düzenleme yer aldığından ve aynı zamanda usûl ekonomisi ilkesi uyarınca dosyanın istinaf mah-

61 Nitekim İzmir Bölge Adliye Mahkemesi 17.HD, E.2016/54, K. 2016/69 sayılı, 30.12.2016 tarihli karar ile HMK md. 353/1-a düzenlemesinde esasa girilmeden yapılan değerlendirmede verilecek karar ile ilgili özel usûl kurulları ve verilecek kararın ne şekilde olacağının öngörülmüş olduğu, açıkça bu şekildeki kararlarda mahkemeye gönderme kararı verilmesi gerektiği, md. 353/1a gereğince kaldırılan kararlardan sonra istinaf mahkemeleri tarafından ayrıca teknik anlamda görevsizlik kararı verileceği ve yine HMK md. 20 gereğince işlemler yapılacağı düzenlemesine yer verilmediği, adaletin çabukluğu, usûl ekonomisi ve ayrıca görevsizlik kararı verilen mahkemenin görevinin Yargıtay kararı ile kesinleşmiş olduğu gerekçeleri ile dosyanın görevli mahkemeye gönderilmesine karar vermiştir (Kazanci İçtihat Bilgi Bankası, 23.12.2017). Aynı yönde İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi 7. HD., E.2017/163; K. 2017/142 sayılı; 08.03.2017 tarihli kararında, dosyanın görevli ve yetkili Edirne Tüketici mahkemesine gönderilmesine ya da o yerde tüketici mahkemesi bulunmuyorsa davaya bu sıfatla bakılmaya devam edilmesine karar verilmek üzere dosyanın ilk derece mahkemesine geri gönderilmesine ilişkin kesin olarak karar verilmesi gerektiği yönünde karar vermiştir (Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası, 23.12.2017). Ayrıca bu yönde bkz. Akkaya, s.330.

62 Özekes, Pekcanıtez, Usûl, s. 2272. Aynı yönde Budak/Karaaslan, s. 352-353.

63 Ankara Bölge Adliye Mahkemesi 6. HD, E. 2017/1804; K.2017/2088 sayılı 17.10.2017 tarihli kararında, Bakırköy İş Mahkemesinin yetkili olduğunun tespitine, HMK md. 20/1 uyarınca kararın kesinleşmesinden itibaren 2 haftalık kanuni süre içerisinde başvurulması halinde dosyanın görevli ve yetkili Bakırköy İş Mahkemesine gönderilmesine karar verilmiştir (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, 23.12.2017).

kemesi tarafından görevli ve yetkili mahkemeye gönderilmesi daha uygun gözükmektedir.

İstinaf mahkemesinin duruşma yapmadan usûle ilişkin karar verebileceği hâller içerisinde yer alan tarafların davanın esasıyla ilgili olarak gösterdikleri delillerin hiçbiri toplanmadan veya gösterilen deliller hiç değerlendirilmeden karar verilmiş olması (HMK md.353/1-a-6) durumunu açıklığa kavuşturmak gerekir. Özellikle ilk derece mahkemesinin delilleri incelememesi ve değerlendirmemesi hâlinde kural olarak istinaf mahkemesi duruşma yaparak ilk derece mahkemesinin kararını değerlendirmelidir. Ancak burada vurgulanan husus, ilk derece mahkemesinin "*hiçbir*" delil toplamaması ya da delilleri toplamasına rağmen "*hiç*" değerlendirmemesidir. Şayet ilk derece mahkemesi yetersiz de olsa delil toplamış ya da topladığı delilleri yüzeysel veya yetersiz de olsa gerekçesinde değerlendirmiş ise yine istinaf mahkemesi gönderme kararı vermemelidir, tahkikatı tamamlamalıdır. Çünkü kanun koyucu "*hiç*" ifadesi ile ilk derece mahkemesinin yapmadığı işi istinaf mahkemesine yüklemek ve ilk derece mahkemesinin ihmalini göz ardı etmek istememiştir. Burada ilk derece mahkemesi görevini "*hiç*" yapmamış olacağından aslında istinaf incelemesine esas olacak bir yargılamadan da söz edilmesi mümkün olmayacaktır.[64] Eğer deliller toplanmamışsa dosya içeriğinden, deliller toplanmakla birlikte dikkate alınıp değerlendirilmemişse gerekçeden anlaşılacaktır. Bu durumda istinaf mahkemesi yanlışlığın ne olduğunu belirterek ilk derece mahkemesi kararını kaldırıp ya delilleri toplaması ya da toplanan delilleri değerlendirmesi için dosyayı karar veren ilk derece mahkemesine geri gönderecektir.[65] Buna göre ilk derece mahkemesi kararında delil değerlendirmesine ilişkin "*hiç*" gerekçenin yer almaması halinde de ortada gerçek bir ilk derece yargılaması bulunmadığından ya da başka bir deyişle; denetime elverişli bir ilk derece mahkemesi kararından söz edilemeyeceğinden dosyanın ilk derece mahkemesine gönderilmesi gerekecektir.[66] Ancak uygulamada istinaf mahkemelerinin delillerin

---

64 Özekes, Pekcanıtez Usûl, s. 2259; Özekes, s. 90.

65 Dolayısıyla istinafla birlikte artık "dosya münderecatına, mevcut delillerin durumuna göre" şeklinde uygulamada yerleşmiş klişe formül gerekçelerle karar verilmesi hâlinde istinaf mahkemesi dosyayı esasına girmeden ilk derece mahkemesine geri gönderecektir (İstinaf El Kitabı, s. 67).

66 Bu hususta doktrinde, söz konusu hükmün amacı dikkate alındığında ilk derece mahkemesindeki tahkikatın çok yetersiz şekilde yapılmış olması durumunda da (örneğin; taraflar arasında uyuşmazlık bulunan bir boşanma davasında sadece

yeterince toplanmamış olması gerekçesi ile ilk derece mahkemesine gönderme kararı verdiği, kanunda yer alan "*hiç*", "*hiçbir*" ifadelerini yorum yoluyla genişlettiği görülmektedir.[67]Oysaki kanaatimizce de-

nüfus kaydının getirilmesiyle yetinilmiş olması hali) bu hükmün uygulama alanı bulması gerektiği, zira "delillerin hiçbirinin toplanmaması" ve "gösterilen delillerin hiç değerlendirilmemesi" konusunda bir örneğe uygulamada tesadüf edilmesinin çok zor olduğu, çok yetersiz bir tahkikat ile tahkikatın hiç yapılmamış olması arasında sonuçları bakımından bir fark olmadığı, her iki hâlde de gerçek anlamıyla tahkikatın ilk olarak istinaf incelemesinde yapılacağı, tarafların hak arama hürriyetini iki dereceli yargılamadan yararlanarak kullanmak imkânından yoksun kalacakları ifade edilmiştir (Budak/Karaaslan, s. 356-357).

67 Gaziantep Bölge Adliye Mahkemesi 4. HD'nin E. 2016/6; K.2016/6 sayılı, 07.12.2016 tarihli kararında, dosya içerisinde bulunan tüm bilgi ve belgeler, doktor raporları, hastane evrakları, keşif, bilirkişi raporları, Şanlıurfa Cumhuriyet Başsavcılığı'nın soruşturma dosyası birlikte değerlendirildiğinde mahkemece bir kısım delillerin hiç toplanmadığı, gerekçelendirilmediği gibi raporlar arasındaki çelişkilerin de giderilmediği ve taraf teşkilinin sağlanmadığı, buna mukabil eksik inceleme ile hüküm kurulduğu anlaşıldığından, mahkeme esasa etkili delilleri toplamadan ve topladığı delilerden hangisine üstünlük tanıdığını gerekçeli kararında tartışmadan, tarafların her bir talebi yönünden ayrı ayrı hüküm kurmadan, re'sen araştırma ilkesinin uygulandığı kamu düzenini ilgilendiren davada taraf teşkili sağlanmadan karar vermiş olduğundan HMK md.353/1a-6 düzenlemesinin burada uygulanacağı gerekçesi ile gönderme kararı vermiştir. (Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası, 24.12.2017). İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi 34. HD. E.2017/281; K.2017/319 sayılı 29.03.2017 tarihli kararında, davanın niteliğine göre kamu düzenine ilişkin bu davada dinlenen komşu işyeri tanıklarının (aynı duraktaki başka kişilere ait araç şoförleri) tanıklık yaptıkları dönemde gerçekten komşu (aynı durakta aynı tarihlerde çalışan araç şoförü) olup olmadıkları, trafik sicil kayıtları, araç ruhsatları, Kocaeli Büyük Şehir Belediyesi -Ulaşım Hizmetleri Daire Başkanlığı, Kocaeli İl Emniyet Müdürlüğü, Kocaeli 13 nolu Münübüsçüler Kooperatifi ile Şoförler Odası kayıtlarına da bakılarak değerlendirilmek üzere mahkemece re'sen toplanması gereken deliller toplanmadan ve değerlendirilmeden re'sen toplanması gereken ve davanın esasına etkili deliller toplanılmaksızın hüküm kurulması nedeniyle davacı vekilinin istinaf isteminin kabulü ile HMK 353/1-a-4 ve HMK 353/1-a-6 maddesine aykırı bulunmakla, ilk derece mahkemesinin kararının kaldırılarak yeniden yargılama yapılıp esasla ilgili hüküm kurulması için dosyanın ilk derece mahkemesine geri gönderilmesine karar verilmesi gerektiği sonucuna varılmıştır (Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası, 24.12.2017). İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi 30. HD.; E.2017/203; K. 2017/370 sayılı 16.03.2017 tarihli kararında, davalının esasa etkili olan ve celbini istediği delillerinin toplanmadığı, davalı tarafından müvekkili nezdinde çalışmadığı iddia edilen dönemin denetiminin yapılması için davacının hizmet cetveli ve hizmet cetvelinde yer alan işyeri dosya örneklerinin celbi ile gerektiğinde celp edilen hizmet cetveli de değerlendirilmek suretiyle bilirkişiden ek rapor aldırılması bakımından HMK md.353/1a-6 gereğince karar kaldırılarak dosyanın geri çevrilmesine karar verilmiştir (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, 24.12.2017). Buna karşılık İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi 24. HD.; E.2017/785; K.2017/615 sayılı 13.04.2017 tarihli kararında, mahkemece ön inceleme aşamasında, davalı tarafın delilleri toplanmadan ve bildirmiş olduğu ayrıca dinlenilmesini talep ettiği tanıkları dinlenilmeden HMK md.27 düzenlemesine muhalefet edilerek karar verildiği, davalı tarafın hukukî dinlenilme hak-

lillerin yeterince toplanmaması durumunda tahkikat aşamasında bu eksikliği tamamlamak yönünde faaliyette bulunmak[68] yalnızca denetim değil aynı zamanda hüküm mahkemeleri olarak faaliyet gösteren istinaf mahkemelerinin görevidir.

İlk derece mahkemesi kararı istinaf mahkemesi tarafından kaldırıldığında dosya kendisine gelen ilk derece mahkemesi, istinaf mahkemesinin verdiği bu karar ile bağlıdır. Anılan usûli ihlallerin varlığı hâlinde istinaf mahkemesi esas hakkında incelemeye geçememektedir. O hâlde istinaf mahkemesi HMK md. 353/1a hükmünde mevcut olan bir ihlâli tespit etmiş ve bu tespitten sonra kararı kaldırmış ise dosyayı uygun gördüğü ilk derece mahkemesine göndermekle yetinir, başka bir müdahalede bulunamaz. Artık bu durumda istinaf mahkemesi bir inceleme yapmakta, ancak esasa girmemekte ve kendisi işin esası hakkında bir karar vermemektedir.[69] Söz konusu gönderme kararı usûle ilişkin nihaî bir karardır. Bu karar ilk derece mahkemesini kararını bağlar, dolayısıyla ilk derece mahkemesi bu gönderme kararı çerçevesinde işlem yapmak zorundadır ve bu gönderme kararı tek başına temyiz edilmez.[70]

---

kının ihlal edildiği, tarafların tanık deliline dayanmış olduğuna göre, mahkemece tanıklarının isimlerini bildirmeleri için taraflara usûlüne uygun süre verilmesi, uyulmaması halinde ise kesin süre verilerek sonucuna göre bir karar verilmesi gerektiği ve tarafların davanın esasıyla ilgili olarak gösterdikleri delillerin hiçbiri toplanmadan karar verilmiş olması nedeniyle HMK md.353/1a-6 düzenlemesine dayanarak kanaatimizce yerinde olarak gönderme kararı vermiştir (Kazanci İçtihat ve Bilgi Bankası, 24.12.2017).

68 Örneğin; bilirkişi raporu yetersiz ve çelişkili ise bu eksiklik istinaf mahkemesinde tamamlattırılmalıdır ya da ilk derece mahkemesinde dilekçede tanık deliline dayanılıp, isimleri belirtildiği hâlde tanıkların hepsi dinlenmeden karar verilmişse istinaf mahkemesi eksik kalan tanıkların dinlenmesine karar vermelidir. Aksi durum yargılamanın gereksiz yere uzamasına sebebiyet verecektir.

69 Çiftçi, s. 656.

70 Özekes, Pekcanıtez Usûl, s. 2273; Kuru, s. 691; Akkaya, s. 331. Burada yazar kanaatimizce de yerinde olarak bir ayırım yapmış ve istinaf mahkemesinin esas bakımından temyize tâbi olmayan kararları söz konusu ise HUMK md.423/M1 (şimdi HMK md. 353/1a) kapsamında verilen gönderme kararlarının davanın esası anlamında değil ve fakat söz konusu usûlî eksiklikler bakımından dar ve teknik anlamda kesin hüküm teşkil edeceğini, buna karşılık esas hüküm bakımından temyiz yolu açık bir dava veya iş hakkında karar verilmişse burada "*kesinlik*" kavramının kararın teknik ve şekli olarak kesinleşmesi şeklinde değil, gönderme kararının ilk derece kararını bağlaması, ilk derece mahkemesinin bu gönderme kararı çerçevesinde işlem yapmak zorunda olması gereği ve bu gönderme kararının tek başına temyiz edilemeyecek olması şeklinde anlaşılması gerektiğini belirtmiştir (Akkaya, s. 331).

Görülmektedir ki; kanun koyucu yargılamaya ilişkin temel usûl hataları ile hükmü etkileyen önemli usûl hatalarının varlığı durumunda ilk derecede yapılması gereken işlemlerin çoğunun istinaf mahkemelerinde yapılması zorunda kalınabileceği gerekçesi ile gönderme kararı verilmesi yönünde tercihte bulunmuştur. Bu tercihin temelinde yatan esas, istinafın uygulandığı bazı ülkelerde görülen ilk derece hâkimlerinin "*nasıl olsa istinafta bu konuda çözülecek, istinafta bu konuda karar verilecek*" şeklinde bir düşünceye kapılarak daha rahat, daha az sorumlu kararlar vermelerinin önlenerek ilk derece mahkemelerinin güçlendirmek arzusudur.[71]

Kanaatimizce istinaf mahkemeleri yalnızca söz konusu sebeplerle sınırlı olarak ve bu sebepleri de dar bir şekilde yorumlayarak gönderme kararı vermelidirler.[72] Nitekim Alman Hukuku'nda da istisnaî durumlarla sınırlı olmak üzere istinaf mahkemesinin dosyanın ilk derece mahkemesine gönderme yönünde karar vereceği düzenlenmiştir (Alman Usûl Kanunu, md.538). Burada önemli nokta, yargılamayı etkileyen ancak işin esasına ilişkin olmayan usûl hatalarının varlığı durumudur. Alman doktrininde gönderme kararı verilmesini gerektiren hâllerin özellikle esasa ilişkin karar verilmesini engelleyecek derecede usûl hukukuna ilişkin ağır yargılama hatalarının varlığı olması gerektiğine dikkat çekilerek örneğin; ilk derece mahkemesinin ispat yükünü yanlış değerlendirmiş olması durumunda gönderme kararı verilmemesi gerektiği vurgulanmıştır. Yine doktrinde gönderme kararı verilmesi istinaf mahkemesinin takdirine bırakıldığından (Alman Usûl Kanunu md.538/1) gönderme kararı verilirken gerekçelendirmenin dikkatli ve titiz yapılması gerektiği, zira Temyiz Mahkemesi tarafından bu kararın hukuka uygunluğunun denetleneceği belirtilmiştir.[73]

HMK md. 353/1a ile düzenlenen gönderme kararının verilmesini gerektiren durumlar çok temel usûl hataları olarak karşımıza çıkmaktadır. İlgili maddede altı bent olarak sayılan bu hususların tümünün ortak özelliği bu hatalar sonucunda gerçek bir ilk derece yargılamasının yapılmaması olarak belirtilebilir. İstinaf mahkemesi gönderme kararı verirken sadece denetim görevini yerine getirmektedir. Bu hâllerde ilk derece yargılamasında gerçek bir yargılama mevcut değildir. Zira bir

71 Pekcanıtez, s. 224.
72 Bkz. Yılmaz, s. 80; Namlı, s. 142.
73 Rosenberg/Schwab/Gottwald, s. 813, 815.

davanın esasına girilmesi ve incelenmesi için ilk derece yargılamasını hükümsüz kılan ve tarafların temel yargısal haklarını ihlâl eden usûl hataları mevcuttur ya da usûlden bakılması gereken bir davaya bakılmamış veya ilk derece mahkemesinde davanın esası hakkında doğru bir kararın oluşmasına yetecek derecede inceleme yapılmasını engelleyen asgarî bir inceleme yapılmamıştır.[74]

Gönderme kararı dosya kendisine gönderilen ilk derece mahkemesini bağlayacağından ilk derece mahkemesi bu çerçevede işlem yapmak durumundadır. Örneğin; istinaf mahkemesi davaların birleştirilmesi kararını usûle aykırı bulduğu için kaldırır ve gönderme kararı verirse ilk derece mahkemesi davaların ayrılmasına karar vermelidir. Taraf, dava ehliyeti ya da dava takip yetkisi bulunmadığı için ilk derece mahkemesinin kararının kaldırılmasına ve dosyanın ilk derece mahkemesine gönderilmesine karar verilirse ilk derece mahkemesi dava şartı yokluğundan davayı reddetmelidir. Yine istinaf mahkemesi tarafından delillerin hiç toplanmamış veya değerlendirilmemiş olması sebebiyle gönderme kararı verilirse ilk derece mahkemesi istinaf mahkemesinin gönderme kararında işaret edildiği şekilde delilleri toplamalı ve değerlendirmelidir. Bununla birlikte istinaf mahkemesinin kararı ilk derece hâkimini delilleri nasıl değerlendirmesi gerektiği konusunda bağlamayacaktır.[75] İstinaf mahkemesi gönderme kararı verdiğinde dosya kendisine gönderilen mahkeme istinaf mahkemesinin belirttiği şekilde eksikliği tamamlayıp yeni bir karar verecektir. İlk derece mahkemesinin gönderme kararı çerçevesinde verdiği bu karar da istinafa ve şartları varsa temyize tâbi olacaktır.[76]

b. İstinaf Mahkemesinin Duruşma Yapmadan İnceleyebileceği Esasa İlişkin Hâllerde Vereceği Kararlar

Duruşma yapılmadan davanın esası ile ilgili olarak karar verilebilecek hâller (HMK md. 353/I b), incelenen mahkeme kararının usûl veya esas yönünden hukuka uygun olduğu anlaşıldığı takdirde istinaf başvurunun esastan reddi kararı, yargılamada eksiklik bulunmamakla beraber kanunun olaya uygulanmasında hata edilip de yeniden yargılama yapılmasına ihtiyaç duyulmadığı taktirde veya kararın gerekçe-

74 Pekcanıtez, Usûl, s. 2271-2272.
75 Akkaya, s. 333-334.
76 Özekes, Pekcanıtez Usûl, s. 2273.

sinde hata edilmiş ise düzeltilerek yeniden esas hakkında karar verilmesi ve yargılamada eksiklik bulunmamakla beraber kanunun olaya uygulanmasında hata edilip de yeniden yargılama yapılmasına ihtiyaç duyulmadığı taktirde veya kararın gerekçesinde hata edilmiş ise düzeltilerek yeniden esas hakkında karar verilmesidir.

O hâlde ilk olarak istinaf mahkemesi incelenen mahkeme kararının usûl veya esas yönünden hukuka uygun olduğunu dosya üzerinden tespit edebilirse duruşma yapmadan istinaf başvurusunun esastan reddine karar verebilecektir. Buna göre ilk derece mahkemesi kararında hiçbir eksiklik ve yanlışlık olmadığı duruşma yapmaya ihtiyaç duymadan anlaşılabilecek niteliktedir. Bu kararın verilmesi duruşma yapılmadan talebin reddi istinaf talebinde ileri sürülen sebeplerin haklı görülmemesi ve kamu düzenine aykırılık oluşturan istinaf sebeplerinin bulunmaması hâlinde söz konusu olur.[77] Kanunda açıklık olmamakla beraber istinaf mahkemesi kararın hukuka uygun olduğu sonucuna varmak için duruşma yapma ve tahkikatı tamamlama ihtiyacı duyarsa duruşma yapmaktan kaçınmamalıdır.[78]

Yargılamada eksiklik bulunmamakla beraber kanunun olaya uygulanmasında hata edilip de yeniden yargılama yapılmasına ihtiyaç duyulmadığı veya kararın gerekçesinde hata edildiği hâllerde istinaf mahkemesi duruşma yapmadan düzelterek yeniden esas hakkında karar verebilecektir. Anılan hâllerde ilk derece mahkemesinde yargılama tam olarak yapılmış, maddi vakıalar tam olarak değerlendirilmiştir, ancak hukukî değerlendirmede hata söz konusu olup bu hata da yeni bir araştırma ve inceleme gerektirmeden mevcut dosya durumuna göre değerlendirilerek düzeltilebilecek niteliktedir. Buradaki *"kanunun olaya uygulanmasındaki hata*"yı; "*hukukun olaya uygulanmasında hata*" şeklinde geniş yorumlamak gerekir. Örneğin, ilk derece mahkemesi tüm delilleri toplamış, iddia ve savunmaları değerlendirmiş, ancak hukukî nitelendirmede hata yapmış olabilir. Hukukî nitelendirmenin doğru yapılması hâlinde de yeni bir yargılama yapılmadan mevcut dosya üzerinden karar verilebiliyorsa, duruşma açılmadan bu hata giderilebilir ve istinaf incelemesinde işin esası hakkında yeni bir karar verilebilir. Bu gibi durumlarda istinaf mahkemesinin verdiği karar ilk derece mahkemesinin kararına göre tamamen yeni bir karar değildir;

77 Özekes, Pekcanıtez Usûl, s. 2260; İstinaf El Kitabı, s. 52; Özekes, s. 92.
78 Kuru, s. 692; Akkaya, s. 306; İstinaf El Kitabı, s. 52.

ilk derece mahkemesi kararının düzeltilmiş hâlidir.[79] Örneğin; harca tâbi davada harç alınmadan karar verilmesi, faiz oranının yanlış uygulanması, vekâlet ücretinin eksik hükmedilmesi, yargılama giderinin yanlış hükmedilmesi durumları böyledir. Ayrıca yargılama usûlüne uygun yürütülmüş ve isabetli bir karar verilmiş olmakla birlikte gösterilmiş olan gerekçe hatalı ise aynı şekilde sadece dosya üzerinden gerekçe düzeltilecektir. Böyle bir durumda ilk derece mahkemesi kararı muhafaza edilecek, ancak gerekçedeki eksiklik veya yanlışlık istinaf mahkemesince duruşmasız giderilecektir.

Son olarak yargılamada bulunan eksiklikler duruşma yapılmaksızın tamamlanabilecek nitelikte ise bunların tamamlanmasından sonra istinaf mahkemesi duruşma yapmadan yeniden esas hakkında karar verebilecektir. Bu durumlarda ilk derece mahkemesinin yaptığı yargılamada eksiklikler mevcuttur. Ancak bu eksiklikler duruşma yapılmasını gerektirecek ölçüde ağır değildir. Dosyada bulunan bir belgenin gözden kaçırılmış ya da resmi bir daireden istenecek belgenin istenmemiş olması örnek olarak verilebilir. Eksiklik sadece bu belgenin getirilmesi ve tamamlanmasıyla giderilebilecek nitelikte ise duruşma açmaya gerek olmadan karar verilebilir. Örneğin; ilk derece mahkemesi dava konusu olaya karışan aracın trafik kaydını celp etmeden karar vermişse istinaf mahkemesi aracın trafik kaydını ilgili trafik tescil müdürlüğünden talep ederek esas hakkında karar verebilir. Ancak eksik belgenin yargılamaya etkisini tespit bakımından dikkatli olunmalıdır. Zira bu belgenin gelmesinden sonra duruşma yapma ihtiyacı ortaya çıkarsa duruşma yapılarak karar verilmelidir. Yine tarafların dinlenmesi, görüşlerinin alınması zorunluysa duruşma yapılmalıdır. Böyle bir durum söz konusu olduğunda yapılan inceleme sonunda ilk derece mahkemesi kararı yanlış bulunursa istinaf mahkemesi ilk derece mahkemesi kararını kaldırarak esas hakkında yeniden karar verecektir.[80]

Duruşmasız inceleme yapılabilecek hâller dışında ön inceleme aşamasında eksiklik bulunmadığı anlaşılırsa kural olarak istinaf mahkemesi duruşmalı olarak esas incelemeye geçer. İstinaf yargılamasında ilk derece yargılamasından farklı olarak duruşmaya gelinmezse

79 Özekes, Pekcanıtez Usûl, s. 2260; Özekes, s. 92; Kuru, s. 692. Karş. Akkaya, s. 306.
80 Özekes, s. 92-93; İstinaf El Kitabı, s. 53; Akkaya, s. 307.

dosyanın işlemden kaldırılması hükümleri işletilmez. Duruma göre ya doğrudan dosya üzerinden mevcut duruma göre karar verilir ya da başvuru reddedilir. Duruşma yapılması gereken durumlarda duruşma günü taraflara tebliğ edilmelidir (HMK md. 356/1, c.2). Taraflara çıkartılacak davetiyede duruşmada bulunmadıkları takdirde tahkikatın yokluklarında yapılarak karar verileceği ayrıca istinafa başvuran tarafa, tahkikatla ilgili istinaf mahkemesi tarafından belirlenecek gideri duruşma gününe kadar avans olarak yatırması açıkça bildirilir (HMK md. 358/1). İstinafa başvuranın kabul edilebilir bir mazeret sunması hâlinde, yeni bir duruşma günü belirlenerek taraflara bildirilir (HMK md. 358/2). Başvuranın mazeretsiz olarak duruşmalara katılmaması ya da belirlenen gideri avans olarak yatırmaması hâlinde, duruşma yapılmaksızın dosyanın mevcut durumuna göre karar verilir. Şayet duruşma ve belirlenen tahkikat işlemleri yapılmadan, dosya üzerinden karar verilemiyorsa, başvuru reddedilir (HMK md.358/3).

Bu hâlde verilecek olan başvurunun reddi kararı ne ön inceleme aşamasındaki istinafa ilişkin geçerlilik şartlarının bulunmaması nedeniyle istinaf başvurusunun reddi kararı ne usûle ilişkin aykırılıklar nedeniyle verilen gönderme kararına ne de ne de ilk derece mahkemesi kararının incelenmesi sonucunda ilk derece mahkemesi kararının usûl ve esas yönünden hukuka uygun olduğunun tespiti üzerine verilen ret kararına benzemektedir. İlgili madde uyarınca verilen ret kararı esas hakkındaki istinaf incelemesinin yürütülebilmesi ile ilgilidir. Yani istinaf mahkemesinin tahkikatı yürütememesi sebebi ile verdiği karardır. Örneğin, istinaf mahkemesi ilk derece mahkemesi kararı ile ilgili yapmış olduğu incelemede ilk derecede yapılan bilirkişi incelemesini yetersiz bulmuş veya karar bilirkişi incelemesi yapılmaksızın verilmiş olabilir. Bu durumda istinaf mahkemesi bilirkişi incelemesi yaptırmak isteyebilir. İstinafa başvuran taraf kendisine gönderilen davetiyeye rağmen duruşmalara katılmaz veya gereken avansı yatırmaz ve istinaf mahkemesi de bilirkişi incelemesi yapılmaksızın bir karar verebilmesinin mümkün olmadığı kanaatine varırsa tahkikatını yürütmesi mümkün olamayacağından istinaf başvurusunu reddeder. Ancak bu durumda dahi öncelikle dosyanın mevcut durumuna göre karar verebilme imkânlarının araştırılması gerekir.[81]

81 Bkz. Çiftçi, s. 838-839.

2. Asıl İnceleme Sonucunda Verilebilecek Kararlar

İstinaf mahkemesinde yargılama yürütülürken ara kararlar ile esasa veya usûle ilişkin nihaî karar[82] verilebilir.[83] İstinaf mahkemesi kararları bazı yönlerden ilk derece mahkemesi kararlarına benzemekle birlikte istinaf mahkemesi tarafından verilen nihaî kararlarda özellikle yapılan incelemenin kanun yolu niteliği taşıdığına dikkat edilmelidir. Nitekim ilk derece mahkemesi kararı görünüm itibarıyla tek bir parçadan oluşur. Buna karşılık istinaf mahkemesi kararı iki parçalı olabilmekte, aynı anda hem ilk derece kararını kaldırabilir hem de hatalı olan hüküm kısımlarını değiştirebilmektedir.[84]

İstinaf mahkemesinin vereceği kararın niteliği ve şekli çok açık şekilde kanunda yer almamıştır. Ancak HMK md.359'da kararın hangi hususları içereceği öngörülmüş olup,[85] HMK md.360'ın genel atfı sebebiyle "*Hüküm, hükmün verilmesi ve tefhimi"* başlığı ile düzenlenen HMK md. 294 hükmü bu hususta kıyasen uygulama alanı bulacaktır. Buna göre istinaf mahkemesi iddia ve savunmaları dinledikten sonra yargılamanın bittiğini bildirerek kararını tefhim edecektir. Karar tefhimi en az hüküm sonucunun tutanağa geçirilerek okunması suretiyle olur. Sadece hüküm sonucunun tefhimi hâlinde gerekçeli karar bir ay içinde yazılmalıdır (HMK md. 294/4).[86]

Hüküm fıkrasının tefhimi ile yetinilen durumlarda ilk derece mahkemelerinde ortaya çıkan bir sorun olan hüküm sonucu ile gerekçeli kararın farklı olmaması hususuna burada da dikkat edilmelidir. Bu ne-

---

82 Nitekim HMK md. 361/1'de: "Bölge Adliye Mahkemesi hukuk dairelerinden verilen temyizi kabil nihaî kararlar" ifadesi kullanılmıştır.

83 İstinaf El Kitabı, s. 602. Örneğin, İstinaf mahkemesinin mahkeme kararını usûl ve esas yönünden hukuka uygun bularak istinaf başvurusunu reddetmesi nihaî karar niteliğindedir. İstinaf mahkemesi bu kararı ile incelemeye devam etmeyip yargılamadan elini çeker. Buna karşılık istinaf mahkemesinin ön inceleme sonunda başvuru koşullarında eksiklik bulunmayan dosyayı incelemeye alması ise bir ara karardır. İstinaf mahkemesi bu karardan sonra yargılamaya devam eder ve tahkikat aşamasına geçer (Akkaya, s. 315).

84 Akkaya, s. 314-315.

85 HMK md.359/3'de temyizi kâbil olmayan kararların ilk derece mahkemesi tarafından; temyizi kâbil olan kararların ise istinaf mahkemeleri tarafından tebliğe çıkarılacağı düzenlenmiştir.

86 İstinaf mahkemesi toplu mahkeme olduğundan kararlar gizli olarak müzakere edilir ve alenî olarak açıklanır (HMK md. 295/1). Karar heyet olarak (HMK md.295/2, md.296), oy birliği veya oy çokluğu ile verilir (HMK md.296/2).İşlemlerin yapılması ve dosyanın incelenmesi için naip üyeye bırakılsa dahi kararın birlikte müzakere edilip birlikte verilmesi gerekir (HMK md.295/2, md. 296).

denle gerekçeli karar daha sonra yazılırken kısa karara uygun olarak yazılmalıdır. Bunun yanı sıra gerekçelerde formül, matbu veya görünüşte gerekçeler yazılmamalı; açık, somut, tam gerekçelere yer verilerek ilk derece mahkemesi kararı değerlendirilmeli ve kararın hukukî dayanakları gösterilmelidir. Böylelikle içtihat oluşumuna katkı sağlanmalı, üst mahkeme niteliğine uygun davranılmalıdır. Gerekçenin hem yargılamanın taraflarına hem de kararı veren önceki yargı organına cevap verecek nitelikte olması, kanun yoluna başvuran tarafları haklı ya da haksız oldukları konusunda tatmin etmesi gerekir.[87]

İstinaf mahkemesi kararlarına karşı temyiz yoluna başvuru süresi tebliğ tarihinden itibaren başladığından (HMK md. 361) kararın tebliği gereklidir. Tebligat için taraflar bu konudaki giderleri yatırmalıdır.

İstinaf incelemesi sonunda verilecek kararların içeriği ve dikkat edilmesi gereken noktalara ilişkin bu genel değerlendirmemizden sonra istinaf incelemesi sonucunda verilebilecek karar türlerini; istinaf başvurusunun haksız olması ve başvurunun reddi, istinaf başvurusunun haklı olması ve başvurunun kabulü şeklinde belirtmek mümkündür.[88]

a. İstinaf Başvurusunun Haksız Olması ve Başvurunun Reddi

Buna göre istinaf başvurusunun haksız olması ve reddi; ön inceleme aşamasından sonra yapılan asıl incelemede ilk derece mahkemesi kararının usûl ve esas yönünden doğru bulunması, yani vakıa tespitleri ve hukuka uygunluk açısından ilk derece mahkemesi kararının teyit edilmesi, hukuka uygun bulunmasıdır.[89] Ancak vurgulamak gerekir ki; burada istinaf mahkemesi tarafından verilecek karara onama kararı denilmesi teknik olarak doğru değildir. Bununla birlikte burada kanundaki ifade ile (HMK md. 353/1,b) "*başvurunun esastan reddine*" karar verilir.[90] Söz konusu "*esastan red"* ifadesi ile anlaşılması gereken

87 Bkz. Özekes, Pekcanıtez Usûl, s. 2265; Özekes, s. 102; İstinaf El Kitabı, s. 62-63.

88 Bkz. Konuralp, s. 39; Özekes, Pekcanıtez, Usûl, s.2269 vd.; s. 891 vd.; Kuru, s. 697-698; Özekes, s. 103 vd; Özekes , Kanun Yolu, s. 3114.

89 Aynı yönde bkz. Rosenberg/Schwab/Gottwald, s. 810.

90 Ankara Bölge Adliye Mahkemesi 1.HD, E.2017/905; K.2017/909 sayılı 15.09.2017 tarihinde verdiği karar ile, Ankara 6. Aile Mahkemesi'nin 20/02/2017 tarih 2015/171 E. 2017/186 K. sayılı kararı usûl ve esas yönünden hukuka uygun bulduğundan davalı vekilinin istinaf başvurusunun HMK md.353/1-b-1 bendi gereğince esastan reddine karar vermiştir (Kazanci İçtihat Bilgi Bankası, 25.12.2017). Ankara Bölge Adliye Mahkemesi 4. HD, E. 2017/1233; K.2017/993

istinaf başvurusuna ilişkin şekli hususlarda bir eksiklik bulunmadığından işin esasına girilip istinaf sebepleri incelenip ilk derece mahkemesi kararında usûl veya esas yönünden hukuka aykırılık bulunmaması olmalıdır.[91] Ayrıca istinaf başvurusu başvuru kötü niyetle yapılmışsa, HMK md. 329 düzenlemesindeki para cezasına ve yargılama giderlerine, özellikle arttırılmış vekâlet ücretine ilişkin karar verilir (HMK md.351).

İstinaf başvurusunun reddi hâlinde ilk derece mahkemesi kararı doğru bulunmakla birlikte karar henüz kesinleşmiş olmamaktadır. Nitekim temyiz yolu açık ise temyiz süresinin geçmesini veya Yargıtay'ın bu konuda onama kararı vermesini beklemek gerekir.

b. İstinaf Başvurusunun Haklı Olması ve Başvurunun Kabulü

İstinaf başvurusunun haklı olması ve kabulü hâlinde ise ilk derece mahkemesi kararında usûl veya esas yönünden hukuka aykırılık tespit edilmiş demektir. Bu durumda istinaf mahkemesi tarafından verilecek kararlar farklı olabilecek ve bu kararların tümünde ilk derece mahkemesinin kararının kaldırılmasına karar verilecektir. İlk derece mahkemesi kararı kaldırıldıktan sonra istinaf mahkemesi yaptığı inceleme sonucunda eksik ya da yanlış bulduğu hususlarda yeni bir karar verecektir.[92] Zira istinaf ile amaçlanan yargılama hatalarının dü-

sayılı 07.07.2017 tarihli kararında, ilk derece mahkemesince de belirtildiği üzere; avukatlık sözleşmesinde avukatın görevinin yargının kurucu unsuru olan ve bağımsız savunmayı temsil eden yargısal bir faaliyet olduğu, avukatın, mal ve hizmet piyasalarında faaliyet gösteren ve hizmet sunan "satıcı", "sağlayıcı", "girişimci" sıfatında bulunmadığı, yine sözleşmenin diğer tarafı olan "müvekkil" in, Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un 3/1-k maddesindeki "tüketici" tanımına uymadığı, sözleşmenin bir "tüketici işlemi" olarak kabulünün mümkün olmadığı, Avukatlık Kanunu'nda düzenlenmiş olan avukatlık sözleşmesinin, Türk Borçlar Kanunu'nda düzenlenmiş olan vekâlet sözleşmesinden farklı ve ayrı bir sözleşme türü olması ve bu sözleşmenin niteliği gereğince 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun kapsamında bulunduğu kabul edilemeyeceğinden, mahkemece verilen görevsizlik kararında usûl ve esas yönünden yasaya aykırılık bulunmadığından, davalıların istinaf başvurusunun esastan reddine karar verilmiştir (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, 25.12.2017).

91 Özekes, Pekcanıtez Usûl, s. 2270.

92 İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi 2. HD. E.2017/363, K.2017/391 sayılı 12.04.2017 tarihli kararı şekildedir: "Davacının istinaf talebinin esastan kabulü ile; Mudanya 1. Asliye Hukuk Mahkemesi'nin 27/12/2016 tarih., 203/92 Esas ve 2016/384 Karar sayılı kararının HMK'nın 353/1.b.2. maddesi gereği kaldırılmasına, aşağıdaki şekilde yeniden esas hakkında hüküm kurulmasına; 1-Davanın kabulü ile, Bursa İli, Mudanya İlçesi, Ömerbey Mahallesi, 1453 ada, 1 parselde davalı Sevim G.

zeltilmesi ve hükmün değiştirilmesidir. İstinaf mahkemesinin hukuka aykırı bulduğu ilk derece mahkemesi kararını kaldırması denetim işlevinin, kaldırılan karardan sonra işin esası bakımından karar vermesi ise yargılama işlevinin sonucu olarak ortaya çıkmaktadır.[93]

Bu durumda temelde ilk derece mahkemesi kararının kaldırılarak gönderme kararı verilmesi, ilk derece mahkemesi kararının kaldırılarak davanın kısmen ya da tamamen kabulü kararı verilmesi, ilk derece mahkemesi kararının kaldırılarak davanın reddine karar verilmesi ihtimalleri söz konusu olur:

1) İlk Derece Mahkemesi Kararının Kaldırılarak Gönderme Kararı Verilmesi

İlk derece mahkemesi kararının kaldırılarak gönderme kararı verilmesi duruşma yapılmasına gerek olmayan usûlî hataların söz konusu olduğu md. 353/1-a'daki hâllerde söz konusu olmakta, istinaf mahkemesi esas hakkında inceleme ve duruşma yapmadan ilk derece mahkemesi kararının kaldırılmasına ve davanın yeniden görülmesi için dosyanın kararı veren mahkemeye veya kendi yargı çevresinde uygun göreceği başka bir yer mahkemesine ya da görevli ve yetkili mahkemeye gönderilmesine kesin olarak karar vermektedir.[94]

2) İlk Derece Mahkemesi Kararının Kaldırılarak Davanın Kısmen ya da Tamamen Kabulü Kararı Verilmesi

ilk derece mahkemesi kararının kaldırılarak davanın kısmen ya da tamamen kabulü kararı verilmesi için istinaf mahkemesinin işin esasına girmiş olması gerekir. Özellikle ilk derece mahkemesince davanın reddine karar verilen durumlarda, başvuranın istinaf sebeplerinin yerinde görülmesi veya kamu düzeni çerçevesinde incelenen hususlarda

---

adına kayıtlı 3 nolu bağımsız bölü nün tapu kaydının iptali ile, davacı Esen Sevil G. adına tapuya kayıt ve tesciline, İİK. 28. maddesi gereğince taşınmaz kaydına şerh konulmak üzere Tapu Müdürlüğü'ne yazı yazılmasına, 2-Harçlar Kanunu gereğince alınması gerekli 8.880,30 TL harçtan peşin alınan 1.110,05 TL ile dava sırasında tamamlanan 673,00 TL olmak üzere toplam 1.783,05 TL harcın mahsubu ile bakiye 7.097,25 TL harcın davalıdan tahsili ile hazineye irat kaydına..... dair, HMK'nın 362/1.a. maddesi uyarınca kararın tebliğ tarihinden itibaren bir ay içerisinde Yargıtay nezdinde temyiz kanun yolu açık olmak üzere, 12.04.2017 tarihinde oy birliğiyle karar verildi."(Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, 25.12.2017).

93 Özekes, Pekcanıtez Usûl, s. 2271; Akkaya, s.323.

94 Bkz. yuk. B.1.a. Ayrıca bkz. Özekes, Pekcanıtez Usûl, s. 2272.

ilk derece mahkemesi kararının hukuka uygun bulunmaması üzerine ilk derece mahkemesi kararı kaldırılarak yeniden esas hakkında karar verilir. Bu durumda istinaf mahkemesi yeniden yargılama yapmakta ve ilk derece mahkemesinin yerine geçerek bir karar vermektedir. Bu karar kısmen ya da tamamen kabul kararı olabilecektir.

Söz konusu durumda istinaf mahkemesinin taleple bağlılık ilkesine uygun olarak kararını vermesini gerektiğini vurgulamak gerekir. Zira istinaf başvurusunda bulunan taraf ilk derece mahkemesinin hükmünün tamamı için değil, bir kısmı için başvuruda bulunmuşsa ve kamu düzenine aykırı bir durum mevcut değilse istinaf başvurusu haklı bulunursa sadece başvurulan kısım için karar kaldırılarak yeni bir karar verilmelidir. Buna karşılık taraf hükmün tamamı için istinaf başvurusunda bulunsa dahi, istinaf incelemesi sonucunda kararın tamamı değil de kısmen doğru olduğu tespit edilirse sadece o kısım için karar kaldırılıp yeni bir karar verilmelidir.[95].

3) İlk Derece Mahkemesi Kararının Kaldırılarak Davanın Reddine Karar Verilmesi

İlk derece mahkemesi kararının kaldırılarak davanın reddine karar verilmesi ihtimalinde istinaf mahkemesi yine işin esasına girecektir. Ancak ilk derece mahkemesinin davanın kabulü (kısmen veya tamamen) yönünde karar vermiş olması gerekir. İstinaf mahkemesi de yeniden yargılama yapacak ve ilk derece mahkemesi tarafından verilen davanın kabul kararını haksız bularak ilk derece mahkemesi kararını kaldırıp onun yerine geçerek davanın esastan reddine karar verecektir[96]

İstinaf başvurusunun haklı olması ve kabulü durumunda ortaya çıkabilecek anılan temel kararlar dışında ilk derece mahkemesi kararının kaldırılıp düzeltilerek yeniden karar verilmesi ihtimalini de belirtmek gerekir. Bu durumda yapılan istinaf başvurusu haklı olabilir. Ancak ilk derece mahkemesi kararının tamamen kaldırılmasına ve başlı başına yeni bir karar verilmesine gerek yoktur. İstinaf başvurusu

---

95 Bkz. Özekes, Pekcanıtez Usûl, s. 2274.

96 İstinaf mahkemesinin kısmi ret ve kabul yönünde verdiği kararlarda hangi hüküm kısımlarının kaldırıldığı ve değiştirildiği hususlarının hüküm sonucunda açıkça ve şüpheye yer verilmeyecek şekilde gösterilmesi hükmün kesinleşmesi ve icrası bakımından tereddüt yaşanmaması bakımından önemlidir (Akkaya, s. 355).

kabul edilerek ilk derece mahkemesi kararı kaldırılır ve düzeltilerek esas hakkında yeniden karar verilir. Bu duruma örnek olarak; ilk derece mahkemesinin kararının gerekçesinde hata, kanunun olaya uygulanmasında hata, yazı ve hesap hataları verilebilir.[97]

O hâlde istinaf incelemesinde doğrudan dava hakkında değil, önce ilk derece mahkemesi kararı hakkında bir sonuca varılıp sonra o karara bağlı olarak ilk derece mahkemesine veya başka bir mahkemeye mi gönderileceği, yoksa istinaf mahkemesinde inceleme yapılarak yeniden mi karar verileceği hususlarına göre gerekli kararlar verilmelidir. Zira ilk derece mahkemesi kararı kaldırılmadan yeni bir karar verilemez. Bu durum istinafın önce denetim, ardından hüküm mahkemesi olmasının sonucudur.[98]

C. Davaya Son Veren Taraf İşlemleri Sebebiyle Davanın Sona Ermesi Hâlinde Verilecek Kararlar

Davaya son veren taraf işlemleri[99] davadan feragat, davayı kabul ve sulh olup, bu işlemler çekişmeli yargıda kural olarak geçerli olan tasarruf ilkesinin (HMK md.24) bir sonucudur. Buna göre taraflar dava konusu üzerinde serbestçe tasarrufta bulunarak davayı kabul ederek, davadan feragat ederek veya sulh olarak yargılamanın her aşamasında ve kanun yolu aşamasında herhangi bir hükme gerek kalmaksızın davayı sona erdirebilirler. Bu işlemler içerikleri itibari ile maddi hukuk işlemi, yapılış şekli olarak birer usûl işlemi olup, bir taraftan maddi hukuk alanında uygulama imkânı bulan iradeyi bozan hallere dayanılarak iptal edilebilirken (HMK md.311,c.2; HMK 315/2) diğer taraftan kesin hüküm gibi sonuç doğurmaktadırlar (HMK md.311/1, HMK md.3125/1).[100]

---

97 Bkz. Özekes, s. 105.

98 Örneğin, ilk derece mahkemesi kararının kaldırılarak davanın kısmen ya da tamamen kabulü kararı verilmesi durumunda istinaf mahkemesi önce denetim mahkemesi olarak ilk derece mahkemesi kararının kaldırılmasına, ondan sonra da hüküm mahkemesi olarak asıl alacağın davalıdan alınıp davacıya verilmesine karar verecektir. Böylelikle istinaf kanun yolunda ilk derece mahkemesine yönelik kaldırma kararı ile ilk derece mahkemelerine özgü eda kararı aynı hükümde ortaya çıkacaktır (Konuralp, s. 39-40).

99 Bkz. HMK md.307 ilâ 315 arasındaki düzenlemeler.

100 Bkz. Murat Atalı, Pekcanıtez Usûl Medenî Usûl Hukuku, 15.Bası, İstanbul 2017, s. 2009 . Kuru, s. 524 vd.

İstinaf incelemesi devam ederken gerçekleşen feragat, kabul, sulh gibi taraf usûl işlemlerinde istinaf mahkemesinin nasıl karar vereceği düzenlenmemiş olup, bu hâllerde ilk derece mahkemesine benzer kararlar verilebileceği belirtilebilir. Bu kararlar bakımından istinaf mahkemesi - Yargıtay'ın aksine bozma kararı vererek dosyayı ilk derece mahkemesine göndermeden-öncelikle geçerliliğini yitirmiş olan ilk derece mahkemesi kararını kaldırmalı ve kendisi ilk derece mahkemesi kararının haklı ya da haksız olması üzerinde durmadan veya bu yönde bir ifade kullanmadan durumun niteliğine göre gerekli kararı vermelidir.[101]

Buna göre istinaf aşamasında davadan feragat edilmesi hâlinde, uyuşmazlığın feragat nedeniyle son bulduğunu tespit eden istinaf mahkemesi, *"ilk derece mahkemesi kararı kaldırılmakla birlikte feragat nedeniyle davanın reddine"* karar vermelidir. Davacı talep sonucundan kısmen feragat ederse feragat edilen kısım için ilk derece kararının kaldırılmasına ve davanın reddine karar verilmeli, feragat edilmeyen kısım hakkında istinaf incelemesine devam edilmelidir.

İstinaf aşamasında davanın davalı tarafından kabul edilmesi hâlinde dava konusu uyuşmazlığın son bulduğunu tespit eden istinaf mahkemesi, *"ilk derece mahkemesi kararı kaldırılmakla birlikte davalının kabul beyanı sebebiyle davanın kabulüne"* karar vermelidir. Talep sonucunun bölünebilir olduğu davalarda davalı davacının talep sonucunu kısmen kabul ederse istinaf mahkemesi tarafından kabul edilen kısım için ilk derece kararının kaldırılmasına ve davanın kabulüne karar verilmeli; kabul edilmeyen kısım bakımından istinaf incelemesine devam edilmelidir.

Sulh söz konusu olduğunda ise sulhun davayı nasıl sona erdireceği tarafların iradesine göre belirlenir. Bu sebeple istinaf mahkemesi tarafların iradesini dikkate alarak karar vermelidir. Taraflar sulh sözleşmesine göre bir karar verilmesini isterlerse (HMK md.315/1, c.2), bu halde istinaf mahkemesi sulh sözleşmesinin içeriğine göre bir hüküm kurmalıdır. Bu ihtimal bakımından dava mahkemenin esasa ilişkin bir nihaî kararı ile sona ermiş olmaktadır.[102] Tarafların sulh sözleşmesine

---

101 Özekes, Pekcanıtez Usul, s. 2269; Varol/Karaaslan, s. 349; Akkaya , s. 336-337.

102 Bkz. Atalı, Pekcanıtez Usûl, s. 2036. Mahkeme huzurunda sulh şarta bağlı olarak da yapılabilir (HMK md. 313/4). Sulh sözleşmesinin şarta bağlı olarak yapılmış olması hâlinde mahkemenin böyle bir sulh sözleşmesine dayanarak esas hakkın-

göre karar verilmesi yönünde bir talebi yoksa, taraflar sadece sulhün tespit edilmesini isterlerse, istinaf mahkemesi sulhü tutanağa geçirir ve "*davanın esası hakkında karar verilmesine yer olmadığı"* şeklinde bir karar vermelidir (HMK md. 315/1, c.2).[103]

Anılan davaya son veren taraf işlemleri dışında yargılamayı sona erdiren bir diğer hâl olan davanın konusuz kalması durumu istinaf mahkemesinin kararlarına konu olabilir. Bu kararlar bakımından istinaf mahkemesi yine öncelikle ilk derece mahkemesi kararını kaldırmalı ve davanın sona erdiğini belirtmelidir. Örneğin, davanın konusu ortadan kalkarsa -istinaf yargılaması sırasında dava konusu borç ödenirse veya bir taşınmazın tahliyesi davasında taşınmaz tahliye edilirse- ilk derece mahkemesinin kararının haklı ya da haksız olması üzerinde durulmadan, "*ilk derece mahkemesi kararı kaldırılmakla birlikte dava konusuz kald*ığından karar *vermeye gerek bulunmad*ığına" şeklinde karar verilmesi gerekir. Şüphesiz dava kısmen konusuz kalmışsa o kısım için konusuz kalma, diğer kısım için ise yargılamaya devam etme şeklinde bir yol izlenmelidir.[104]

Davaya son veren taraf işlemleri ile davanın konusuz kalması sebebiyle istinaf yargılamasının sona ermesi durumunda istinaf mahkemesi yargılama giderleri konusunda ilk derece yargılamasındaki geçerli olan kuralları dikkate alarak karar vermelidir.[105]

Ayrıca somut olayın şartlarına göre göre istinaf aşamasında da ihtiyati tedbir ve ihtiyati haciz gibi geçici hukukî koruma kararları verilebilir.[106]

---

da hüküm vermesi kural olarak şarta bağlı hüküm verilemeyeceğinden mümkün değildir. Bu durumda istinaf mahkemesi davanın mahkeme içi sulh ile sona erdiğini tespit ve tevsik eden bir tutanak düzenledikten sonra "davanın esası hakkında karar verilmesine yer olmadığı" na karar vermesi gerekir. Bkz. Kuru, s. 557; Atalı, Pekcanıtez, Usûl, s. 2037.

103 Ayrıca bkz. Akkaya, s. 335 vd.

104 Bkz. Akkaya, s. 335 vd.; Özekes, s. 106-107; Çiftçi, s. 320 vd.

105 Bkz. Akkaya, s. 342.

106 Bu konuda kanunda açık bir hüküm yoktur. Ancak aksine hüküm bulunmayan hâllerde ilk derece yargılamasında uygulanan usûlün istinafta da geçerli olacağını belirten HMK md. 360 düzenlemesinden hareketle bu sonuca ulaşılabilecektir. Aynı zamanda HMK md. 357'de öngörülen yapılamayacak işlemler içinde geçici hukukî koruma kararı talep edilemeyeceği belirtilmemiştir. Bu sebeple daha önce ilk derece mahkemesinde talep edilmemiş ya da talep edilip kabul edilmemiş olsa bile istinaf aşamasında ihtiyati tedbir ya da ihtiyati haciz gibi geçici hukukî korumaların talep edilmesi mümkündür (Özekes, Pekcanıtez, Usûl, s. 2261-2262; Özekes, s. 107-108).

SONUÇ

Türk Hukuku'nda 20.07.2016 tarihinden itibaren fiilen çalışmaya başlayan istinaf mahkemeleri hem denetim hem de hüküm mahkemeleri olarak faaliyet göstermektedir. Buna göre istinaf mahkemeleri yapacağı inceleme sonucunda gerektiğinde ilk derece mahkemesi kararını kaldıracak ve yeniden tahkikat yaparak hukuka aykırı gördüğü hususları gidererek yeni bir karar verebilecektir. Yani istinaf incelemesinde sadece hukukî denetim değil, maddi denetim de yapılmaktadır. Bu temyiz incelemesi ile istinaf incelemesi arasındaki en önemli farktır. Nitekim temyiz incelemesi yalnızca hukukî denetim ile sınırlı olup bu sebeple Yargıtay istinaf mahkemesi kararını hukuka uygun bulursa sadece onama kararı, doğru bulmazsa da bozma kararı vermekle yetinmelidir. Oysaki istinaf mahkemelerinde ilk derece mahkemesi kararı hukuka uygun bulunursa onama değil, istinaf başvurusunun reddine, ilk derece mahkemesi kararı hukuka aykırı bulunursa, bozma değil ilk derece mahkemesi kararı kaldırılarak yeni bir karar verilecektir. Yine ilk derece mahkemesi kararı hukuka uygun olmamakla birlikte bu durum yeniden yargılama yapılmasını gerektirmiyorsa ilk derece mahkemesi kararı kaldırılıp, düzeltilerek yeniden esas hakkında karar verilmesi söz konusu olacaktır.

O hâlde görülmektedir ki, istinaf yargılamasından istenen faydaların sağlanabilmesi için öncelikle bu mahkemelerin niteliği doğru tespit edilmeli, temyiz denetimi ile arasındaki farklar ortaya çıkartılmalıdır. İstinaf incelemesi sonunda verilebilecek kararlar temyiz incelemesi sonrasında Yargıtay tarafından verilen kararlardan farklı olduğu gibi ilk derece mahkemesi tarafından verilen kararlardan da farklılık gösterir. Nitekim istinaf incelemesinde doğrudan dava hakkında değil, önce ilk derece mahkemesi kararı hakkında bir sonuca varılır. Daha sonra ise varılan sonuca bağlı olarak ilk derece mahkemesine veya başka bir mahkemeye gönderme kararı verilebilecek (HMK md.353/1a) veya işin esasına girilerek istinaf mahkemesinde inceleme yapılarak yeniden karar verilebilecektir.

Diğer yandan istinaf incelemesinin sonunda verilecek kararlar bakımından istinafa başvuran tarafın dilekçesinde belirttiği sebepler ve talep sonucu önemlidir. Zira istinaf incelemesi temyiz incelemesinin aksine istinaf dilekçesinde belirtilen sebepler ve talepler ile sınırlı olarak yapılacağından istinaf mahkemesinin vereceği kararda talep sonucu belirleyici olacaktır. İstinaf mahkemesi yalnızca kamu düzenine

aykırı durumları re'sen dikkate alacaktır. Bu sebeple istinaf dilekçelerinin çok titiz bir şekilde hazırlanması ve bu dilekçelerde terimlerin doğru kullanılması gerekmektedir.

İstinaf mahkemeleri de yapacakları ön incelemeden sonra -istinaf başvurusunun esasına girmeye engel bir durum söz konusu değilse- başlayan asıl incelemeyi duruşmalı olarak yapmalıdır. Sadece usûle ilişkin duruşma yapılmadan karar verilen hâller (HMK md. 353/Ia) ve esasa ilişkin duruşma yapılmadan karar verilen hâllerle (HMK md.353/Ib) sınırlı olmak kaydıyla duruşma yapmadan karar verilmesi gerekir. Aynı zamanda söz konusu maddelerdeki durumlar dar yorumlanmalı ve tereddüt hâlinde duruşma yapılmasına karar verilmelidir. Yani istinaf incelemesinde asıl olan, tahkikatın duruşmalı yapılmasıdır.

Bununla birlikte istinaf mahkemeleri tarafından ilk derece mahkemesi kararının kaldırılarak gönderme kararı verilmesini gerektiren ve ilk derece mahkemesinde ortaya çıkabilecek yargılamaya ilişkin temel usûl hataları ile hükmü etkileyen önemli usûl hatalarının varlığı durumlarına ilişkin olarak düzenlenen HMK md. 353/1a'da altı bent olarak sayılan hâllerde gönderme kararı verilmelidir. İstinaf mahkemelerinin özellikle HMK md. 353/1a-6 hükmünü geniş yorumlamadan somut olayın şartlarına göre ilk derece mahkemesindeki eksiklikleri tamamlama ve hataları düzeltme yönünde uygulama geliştirmesinin daha uygun olacağı kanaatindeyiz. Böylece istinaf mahkemelerinin hem denetim hem de hüküm işlevi yerine getirilerek, usûl ekonomisi ilkesi de gözetilmek suretiyle bu mahkemelerden arzu edilen faydanın sağlanacağı düşünülmektedir.

Kaynakça

Akkan Mine, Pekcanıtez Usûl Medenî Usûl Hukuku, 15.Bası, İstanbul 2017.

Akkaya Tolga, Medenî Usûl Hukukunda İstinaf, Ankara 2009.

Alangoya H. Yavuz/Yıldırım Kâmil/Deren-Yıldırım Nevhis, Medenî Usûl Hukuku Esasları, İstanbul 2011.

Bilge Necip, "Üst Mahkemeler", Sabri Şakir Ansay'a Armağan, Ankara 1964, s.61-89.

Budak Ali Cem/Karaaslan Varol, Medenî Usul Hukuku, Ankara 2017.

Çiftçi Murat Özgür, Medeni Yargılama Hukukunda İstinaf, Ankara 2016.

Deren-Yıldırım Nevhis, "İstinafın Gerekçelendirilmesi ve İstinaf Sebepleri", Prof. Dr. Özer Seliçi'ye Armağan, s. 693-712, İstanbul 2006.

Deren-Yıldırım Nevhis, "İstinafın Olası Sorunları", *Hukuk ve Adalet Eleştirel Hukuk*

Dergisi, C:8, S:20, Yıl:2016, s. 443-457.

Ergün Zafer, İstinaf Bölge Adliye Mahkemeleri Hukuk Dairelerinde Yargılama Usulü, İstanbul 2005.

İstinaf El Kitabı, Türkiye Cumhuriyeti'nde İstinaf Mahkemelerinin Kuruluşunun Desteklenmesi Projesi, Hukuk Muhakemesinde Ankara 2007.

Konuralp Halûk, "Halûk Kanuralp'in Tebliği", İstinaf Derecesi, Yargıtay Kararlarının Değerlendirilmesi, Bilirkişilik, İflâsın Ertelenmesi, Eskişehir 3-5 Ekim 2003, 1-2 Ekim 2004, Medenî Usûl ve İcra- İflâs Hukukçuları Toplantısı-II-III, s. 18-40.

Konuralp Halûk, "İstinafta Kamu Düzeni Kavramı", Medenî Usûl Hukukunda Kanun Yolları ve Arabuluculuk Kanun Tasarısı, İzmir/Çeşme 19-20 Ekim 2007, Medenî Usûl ve İcra- İflâs Hukukçuları Toplantısı-VI, s. 133-150.

Kuru Baki, İstinaf Sistemine Göre Yazılmış Medenî Usûl Hukuku, İstanbul, Ağustos 2016.

Memişoğlu Özgür, "Hukuk Yargılamasında İstinafa Başvuru Usûlü ve İstinafta Yeni Vakıa ve Delillere Dayanılması", *Legal Hukuk Dergisi*, C:10, s:113, Yıl:2012, s. 73-121.

Meraklı-Yayla Deniz, Medenî Usûl Hukuku'nda İstinaf Kanun Yolunda Yeniden Tahkikat Yapılması, Ankara 2014.

Musielak Hans Joachim, Grundkurs ZPO, München 2012.

Namlı Mert, "İş Uyuşmazlıkları ve İstinaf", Sicil Sayı:36, Yıl:2016, s. 120-147.

Özekes Muhammet, 100 soruda Medenî Usûl Hukukunda Yeni Kanun Yolu Sistemi İstinaf ve Temyiz, 3. Bası, Ankara 2016.

Özekes Muhammet, Pekcanıtez Usûl Medenî Usûl Hukuku, 15.Bası, İstanbul 2017.

Özekes Muhammet,"Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu'nda Yapılan Değişiklikler Çerçevesinde Kanun Yolu İncelemesi-Özellikle İstinaf ", *Legal Hukuk Dergisi*, Yıl:2, S:23, 2004, s. 3103-3116. (Kısaltma: Özekes, Kanun Yolu)

Pekcanıtez Hakan, "İstinaf Mahkemeleri", Prof. Dr. Hakan Pekcanıtez Makaleler, Cilt:II, İstanbul 2016, s. 217-232.

Pekcanıtez Hakan/Erişir Evrim,"Medenî Yargıda İstinaf İle İlgili Hükümlerin Zaman İtibarıyla Uygulanması", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 65(4) 2016, s. 3617-3654.

Prütting Hans/Gehrlein Markus, ZPO Kommentar 2010.

Rosenberg Leo/Schwab Karl Heinz/Gottwald Peter, Zivilprozessrecht, München 2010.

Yıldırım Kâmil, "İstinaf Sebepleri ve İlk Derece Mahkemesindeki Hatalı Vakıa Tespitleri", Medenî Usûl Hukukunda Kanun Yolları ve Arabuluculuk Kanun Tasarısı, İzmir/Çeşme 19-20 Ekim 2007, Medenî Usûl ve İcra- İflâs Hukukçuları Toplantısı VI, 89-131.

Yılmaz Ejder, Hukuk Muhakemeleri Şerhi Ankara 2013.

Yılmaz Ejder, İstinaf, Ankara 2005.

TÜRK MİRAS HUKUKUNDA DENKLEŞTİRME

EQUALIZATION IN THE TURKISH INHERITANCE LAW

Bedia GÜLEŞ*

Özet: Türk Miras Hukukunda terekenin paylaşımı konusunda genel kural, eşin mirasçılık durumu hariç, zümre mirasçılarının pay açısından eşitliğidir. Bu açıdan, aksine kanuni bir düzenleme veya miras bırakanın aksine bir tasarrufu yoksa mirasçılar terekede eşit paylara sahip olurlar. Ancak miras bırakanın sağlar arası veya ölüme bağlı tasarruflarıyla bu eşitlik bozulabilir. Kanun koyucu da sağlar arası tasarruflar açısından kazandırmadan zarar gören mirasçılara bu eşitliğin sağlanmasına yönelik bir imkân tanımıştır. Bu imkân Türk Medeni Kanunu m.669 ve devamında mirasta denkleştirme başlığı adı altında düzenlenmiştir.

Miras Hukuku esas olarak kişinin ölümünden sonra malvarlığından aldığı hal ve bu malvarlığı üzerinde hak sahibi olanların durumu ile ilgilenir. Bu yüzden mirasta denkleştirme sağlar arası tasarruflara da müdahale edebilen istisnai hükümlerdendir. Çalışmada bu hükümler konu edinilmiştir.

Anahtar Kelimeler: Miras Bırakan, Denkleştirme, Sağlar Arası Tasarruf, Miras Payı, Tereke

Abstract: In the Turkish Inheritance Law, general principle of heritage's sharing, except the statue of wife's heiress, is class heirs' and heiress' equality in terms of heritage part. In this respect, inheritors have equal parts of heritage if there isn't any arrengement in law or transaction of legator contrary to this rule. But this equality may deteriorate with legator's transaction or her/his testament. Legislator had given an opportunity to heirs and heiresses who suffer from this transaction in order to provide this equality. This facility is regulated in the Turkish Civil Code art. 669 ff under the title "equalization in heritage".

In fact, inheritance law is interested in person's property status after his/her death or people's status who have rights on this heritage. So equalization in heritage is an exceptional rule which can interfere to the transactions made between alive people. In this study these provisions are examined.

Keywords: Legator, Equalization, Transaction Which Made Between Right People, İnheritance Part, İnheritance

* KTO Karatay Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Medeni Hukuk Anabilim Dalı Araştırma Görevlisi

GİRİŞ

Kişilerin hukuk düzenince korunan hakları maddi değer taşıyıp taşımamalarına göre kural olarak iki ana başlık altında incelenir: Şahıs varlığı hakları ve malvarlığı hakları.[1] Bu iki gruba doktrinde her iki gruptaki hakların özelliklerini taşıyan bir üçüncü grup olarak karma haklar (örneğin fikri haklar) da dâhil edilmektedir.[2] Malvarlığı bir kişiye ait ekonomik değer taşıyan hakların ve borçların oluşturduğu bütündür.[3] Kişi malvarlığında yer alan bu haklar üzerinde, hukuk düzeninin çizdiği sınırlar çerçevesinde istediği gibi tasarruf edebilir. Dolayısıyla onları kendi yararına kullanabilir ya da bir başkasının bu hakları kullanması için hakkın nesnesi olan değeri o kimseye ivazlı ya da ivazsız devredebilir. Kimi zaman da yine hukuk kurallarının elverdiği ölçüde bu hakların yalnız kullanımını devredebilir. Kişi malvarlığı üzerinde sahip olduğu bu tasarruf yetkisini hayatta olduğu müddetçe bazı istisnai durumlar saklı kalmak üzere istediği şekilde kullanabilir. Sahip olunan bu tasarruf yetkisi ile yapılan işlemler, ölümden sonra sonuç doğuracak mahiyette de olabilir. Ancak yapılacak bu mahiyetteki işlemler, kişinin ölümünden sonra tereke üzerinde söz sahibi olabilecek saklı pay sahibi mirasçıların bu paylarına zarar verici nitelikte ol-

---

1 Mustafa Dural-Suat Sarı, Türk Özel Hukuku Temel Kavramlar ve Medeni Kanunun Başlangıç Hükümleri, Cilt I, Filiz Kitabevi, 9. Baskı, İstanbul, 2014, s. 169; Rona Serozan, Medeni Hukuk (Genel Bölüm/Kişiler Hukuku), Vedat Kitapçılık, 6. Bası, İstanbul, 2015, s. 229; Hüseyin Hatemi, Miras Hukuku, Vedat Kitapçılık, 5. Bası, İstanbul, 2014, s. 6; Enver Bozkurt, Hukukun Temel Kavramları, Yetkin Yayınları, 8. Baskı, Ankara, 2010, s. 214; İsmail Kayar-İlhan Üzülmez, Hukukun Temel Kavramları, Detay Yayıncılık, 5. Bası, Ankara, 2008, s. 239, 240; Hüseyin Altaş, Medeni Hukuk Başlangıç Hükümleri, Yetkin Yayınları, Ankara, 2014, 72 vd. ; Ergun Özsunay, Medeni Hukuka Giriş, İstanbul Üniversitesi Yayınları No: 2792, İktisat Fakültesi No: 473, Güryay Matbaası, 4. Baskı, İstanbul, 1981, s. 267, 268; M. Kemal Oğuzman-Nami Barlas, Medeni Hukuk (Giriş, Kaynaklar, Temel Kavramlar), Vedat Kitapçılık, 16. Bası, İstanbul, 2010, s. 133 vd.; Turgut Akıntürk-Derya Ateş Karaman, Medeni Hukuk, Beta Yayınları, 28. Baskı, İstanbul, 2014, s. 37.

2 Fikri hakların hem mali ve hem de manevi ve kişisel yönden anlam ifade ettiğine dair bkz. Dural-Sarı, s. 161; Serozan, s. 214.

3 Gamze Turan Başara, Miras Hukukunda Denkleştirme, Turhan Kitabevi, 1. baskı, Ankara, 2013, s. 103; Kayar-Üzülmez, s. 239; Hasan Erman, Medeni Hukuk Dersleri (Başlangıç Bölümü),Der Yayınları, 3. Basım, İstanbul, 2010, s. 88; Akıntürk-Ateş Karaman, Medeni Hukuk, s. 37; Şeref A. Gözübüyük, Hukuka Giriş ve Hukukun Temel Kavramları, Turhan Kitabevi, 32. Bası, Ankara, 2010, s. 148; Necip Bilge, Hukuk Başlangıcı, Hukukun Temel Kavram ve Kurumları, Turhan Kitabevi, 29. Bası, Ankara, 2011, s. 227.

mamalıdır.[4] Nitekim ölüm anından sonra, her ne kadar miras bırakan ölmeden önce kendi malvarlığı üzerinde tasarruf edebilir idiyse de, saklı paylı mirasçılar da en azından payları kadar tereke üzerinde hak ve söz sahibidirler. Dolayısıyla çizdiği şu tablo haliyle miras hukuku, hem halen hayatta olan bir kimsenin, ölümünden sonra hüküm ifade etmek üzere yapacağı işlemlerdeki özgürlüğünü hem de bu kimsenin mirasçılarına tereke için verilen bazı hakları tanıyarak, miras bırakanın tasarruf yetkisi ile mirasçılar arasında bir denge kurmaya çalışmaktadır. İşte kanun koyucunun tıpkı tenkis hükümlerini düzenlemesi gibi mirasta denkleştirme hükümlerini vaz etmesi de onun bu dengeyi bir adım ileri taşıma çabasının bir sonucudur. Nitekim tenkis hükümlerine göre miras bırakan yaptığı ölüme bağlı tasarruflarla saklı paylı mirasçıların bu paylarına zarar veremezken, denkleştirme hükümlerine göre miras bırakan yaptığı sağlar arası tasarruflarla kanuni mirasçılarının payları arasında eşitsizliğe mahal vermemelidir.[5] Aslında tenkis hükümleri direkt olarak ölüme bağlı tasarrufla ilgili olma bakımından daha fazla miras hukuku özelliği taşımasına rağmen, denkleştirme hükümlerinin borçlar hukukuna temas ettiği noktalar da bulunmaktadır. Çünkü burada bir sağlar arası geçerli bir tasarruf söz konusudur ve bu işlem kanuni mirasçılar o kişinin ölümünden sonra denkleştirme hükümlerini öne sürene kadar geçerli olarak kalmaya devam eder.[6] Sonrasındaki denkleştirmede de paylar kanunun öngördüğü şeklini almış olur. Diğer bir deyişle miras bırakanın sağlar arası tasarruflarla ortaya çıkardığı eşitsizlik telafi edilmiş olur. Dolayısıyla tenkis, hem ölüme

4 Türk Medeni Kanunu m. 560.

5 Mustafa Dural-Turgut Öz, Türk Özel Hukuku, Cilt IV, Miras Hukuku, Filiz Kitabevi, 8. Bası, İstanbul, 2015, s. 320; Samim Gönensay-Kemaleddin Birsen, Miras Hukuku, İstanbul Üniversitesi Yayınları No: 1046, Hukuk Fakültesi No: 223, Ahmed Said Matbaası, 2. Bası, İstanbul, 1963, s. 344; Zahit İmre, Türk Miras Hukuku, İstanbul Üniversitesi Yayınları No: 1350, İstanbul Hukuk Fakültesi Yayınları No: 294, Yenilik Basımevi, 2. Bası, İstanbul, 1968, s. 724; Nuşin Ayiter, Miras Hukuku, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları No: 426, Sevinç Matbaası, 4. Bası, Ankara, 1978, s. 230; Erhan Günay, Mirasta Denkleştirme (İade) Davası ile Miras Sebebiyle İstihkak Davası, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2015 s. 64.

6 Denkleştirme konusu sağlar arası kazandırmaların borçlar hukukunu mu yoksa miras hukukunu mu ilgilendirdiği konusundaki tartışmalar için bkz. François Guisan, "Medeni Kanun'un 527. ve 626. (TMK 507 ve 603) maddelerinde Miras Bırakanın Miras Hissesine Mahsuben Sağlığında Yaptığı Teberrular Mefhumu", *Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi*, Cilt VIII, S.1, 1953, s.202 vd. (Çeviren: Kemal Fikret Arık). http://dergiler.ankara.edu.tr/dergiler/42/354/3701.pdf (erişim tarihi 27.1.2016 saat 14.14).

bağlı hem de sağlar arası tasarruflar bazında oluşturulan eşitsizliğin[7] sadece belli oranda tekrar sağlanması için bir yol iken, denkleştirme miras bırakanın ölmeden önce sahip olduğu tasarruf yetkisine, kanuni mirasçıların paylarının tamamı oranında ve bu paylara kanuni çerçevede zarar verdiği ölçüde sınır koyulmasıdır. Denkleştirme hükümlerine ihtiyaç genel itibariyle, ebeveynin, çocuklarından birine mirasta ayrıcalık vermesinden dolayı ortaya çıktığından, aslında burada kanun koyucu potansiyel miras bırakana "Duygularını miras paylarına karıştırma" mesajı vermektedir.

Türk Medeni Kanunu[8] m.669'da denkleştirme şu şekilde yer almıştır: "*Yasal mirasçılar, miras bırakandan miras paylarına mahsuben elde ettikleri sağlar arası karşılıksız kazandırmaları, denkleştirmeyi sağlamak için terekeye geri vermekle birbirlerine karşı yükümlüdürler.*

Miras bırakanın çeyiz veya kuruluş sermayesi vermek ya da bir malvarlığını devretmek veya borçtan kurtarmak ve benzerleri gibi karşılık almaksızın altsoyuna yapmış olduğu kazandırmalar, aksi miras bırakan tarafından açıkça belirtilmiş olmadıkça, denkleştirmeye tâbidir". Buna göre denkleştirme, mirasçıların miras paylarının dışında ve fazlası olarak miras bırakandan onun sağlığında karşılıksız bir kazanım elde etmelerini ve böylece paylar arası eşitliğin bozulmasını engellemeye yönelik bir düzenlemedir. 669. maddenin devamında düzenlenmiş hükümler de, söz konusu maddede genel çerçevesi çizilmiş denkleştirmenin, hangi sınırlar ve ölçülerde uygulanacağının belirlenmesi açısından yol göstericidir. Şu haliyle denkleştirme, oldukça geniş bir konu halini almaktadır.

BİRİNCİ BÖLÜM

MADDİ ANLAMDA MİRASTA DENKLEŞTİRME

I – DENKLEŞTİRME KAVRAMI

Kanuni mirasçılar arasında pay eşitliğini sağlama amacıyla düzenlenmiş olan bu kurum, bugün kanunda yer aldığı ismiyle, yani

---

7 Necip Kocayusufpaşaoğlu, Miras Hukuku, Filiz Kitabevi, 3. Bası, İstanbul, 1987, s. 438; Ali Naim İnan-Şeref Ertaş/Hakan Albaş, Türk Medeni Hukuku Miras Hukuku, Bilge Yayınevi, 9. Baskı, Ankara, 2015, s. 563; Gönensay-Birsen, s. 344; İmre, s. 730; "Denkleştirme Müessesesine Hâkim Olan Amaç: Mirasçılar Arasında Eşitliği Sağlama Düşüncesi" başlığı için bkz. Turan Başara, s. 19.

8 Bundan sonra TMK olarak kısaltılacaktır.

denkleştirme olarak anılmaktadır ve bu terim yerleşmiş görünmektedir. Ancak Eski Türk Medeni Kanunu m.603'ün bir esintisi olarak doktrinde, denkleştirme ile eş anlamlı olmak üzere "iade" kavramının kullanıldığına da rastlanmaktadır.[9] Burada asıl olarak, hangi kelimenin "mirasçılar arası pay eşitsizliğini giderme" kavramını daha iyi ifade ettiğine bakmak lazımdır. Kavramı Alman Hukukunda genel itibariyle karşılayan kelime olan "*Ausgleich*[10]", "*eşitleme, ödünleme, dengeleme, denkleştirme, takas, tesviye, tevazün, uyuşma, uzlaşma*" anlamına gelmektedir.[11] [12] Türkçede "iade" kavramı ise çok geniş bir kullanıma sahiptir ve "*alınmış bir* şeyin geri verilmesi"[13] anlamını taşır. Hukuki boyutuyla ise farklı nedenlerden, örneğin sözleşmeden veya sebepsiz zenginleşmeden dolayı bir iade borcu doğmuş olabilir.[14] Bu açıdan bakıldığında iade kavramı, bahsedilen "mirasçılar arası eşitsizliği giderme adına yapılan iade" kavramı için yüzeysel ve belirsiz kalmak-

---

9 Kocayusufpaşaoğlu, Miras Hukuku, s. 436 vd.; İmre, s. 726; Hatemi, s. 47 vd.; Gökhan Antalya-İpek Sağlam, Miras Hukuku, Legal Yayıncılık, 3. baskı, İstanbul, 2015, s. 451 vd.; Necip Kocayusufpaşaoğlu, "Mirasta İade(=Denkleştirme) ile İlgili Meseleler", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Medeni Kanunun 50. Yılı, 1976, s. 117 vd. http://auhf.ankara.edu.tr/auhf-yayinlari-arsivi/armaganlar/medeni-kanunun-50-yili/kocayusufpasaoglu.pdf (erişim tarihi 27.01.2016 saat11.47); Guisan, s. 200 vd.; Gönensay-Birsen, s. 343 vd.; A. H. Berki, Miras ve Tatbikat, Üçler Basımevi, İstanbul, 1947, s. 294 vd.; Şakir Berki, Miras Hukuku, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları No: 365, Sevinç Matbaası, Ankara, 1975, s. 220 vd.; Senai Olgaç, İçtihatlarla Türk Medeni Kanunu Şerhi, Olgaç Matbaacılık, 4. Bası, Ankara, 1975, s. 382 vd.; Fikret Eren, "Mirasta İade", Adalet Dergisi, 1963, Sayı: 3 – 4 (340 – 358), Sayı: 5 – 6 (720 – 741), (birinci bölüm), s. 340 vd. ; Esat Şener, İlmi Açıklama ve Kazai İçtihatlarla Mirasta, Tenkis, İade, İstihkak, Seçkin Yayınevi, Ankara, 1995, s. 110; K. Gültekin Tüfek, Miras Hukukunda Tenkis ve İade Davaları, Olgaç Matbaası, Ankara, 1977, s. 229 vd.; Ayiter, s. 230 vd.; Esat Şener, Miras Hukuku, Olgaç Matbaası, Ankara, 1977, s. 625 vd.; Talih Uyar, "Uygulamada Tereddüt ve İhtilaf Konusu Olan Üç Müessese: Mirasta Tenkis – İptal ve İade", *Ankara Barosu Dergisi*, 1971/3, s. 408, http://www.ankarabarosu.org.tr/siteler/ankarabarosu/tekmakale/1971-3/3.pdf (erişim tarihi 01.02.2016 saat 14.43).

10 Kelimenin temini için bkz. İnan-Ertaş-Albaş, s. 563.

11 M. Sait Çakar, Türkçe – Almanca, Almanca – Türkçe Hukuk Sözlüğü, Seçkin Yayınları, 2. Baskı, Ankara, 2007, s. 310.

12 Mirasta denkleştirme kavramını tam olarak karşılamak üzere de "Ausgleichung"un kullanımı için bkz. Kocayusufpaşaoğlu, Miras Hukuku, s.438; Bülent Köprülü, Miras Hukuku Dersleri, Fakülteler Matbaası, 2. Bası, İstanbul, 1985, s. 410; İmre, s. 726.

13 http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_gts&arama=gts&guid=TDK.GTS.56af2248664bd0.33866956 (erişim tarihi 01.02.2016 saat 11.08).

14 Kocayusufpaşaoğlu, Miras Hukuku, s. 438; Kocayusufpaşaoğlu, "Mirasta İade(=Denkleştirme) ile İlgili Meseleler", s. 119; Tüfek, s. 231; İmre, s. 726.

tadır. Diyebiliriz ki denkleştirme iade kavramının alt kümesidir; ama denkleştirme değildir. Diğer bir açıdan da iade etmek denkleştirme işlemini gerçekleştirmek için yapılan bir fiilden ibarettir. Dolayısıyla sırf bu kelime kurumu ifade etmede yetersiz kalmaktadır. Bu sebeple doktrinde miras paylarının eşitlenmesi işlemini ifade etmek üzere denkleştirme kavramının kullanılmasını uygun bulan görüşe[15] biz de katılmaktayız.[16]

Denkleştirmenin TMK'daki yerine baktığımız zaman, m. 669/1'de denkleştirme için bir çerçeve çizildiğini; maddenin ikinci fıkrasında ise kanuni mirasçılardan altsoy olan mirasçıların durumuna ilişkin bir düzenleme yapıldığını görmekteyiz. Diğer yandan aldıkları hangi kazandırmaların denkleştirmeye tabi olduğu da emredici olmayan[17] bir tarzda düzenlenmiştir. Yine m. 670'te denkleştirme yükümlülüğünün miras payı artışı oranında denkleştirme yükümlüsünün yerini alan mirasçılara geçmesi, devamındaki maddelerde denkleştirmenin aynen iade veya mahsup şeklideki iki yoldan olabileceği, miras payını aşan kazandırmaların özel durumu, denkleştirme işleminin hangi andaki değeri ile yapılacağı ve eğitim – öğretim giderleri ile hediye – evlenme giderlerine münhasır durumlar kaleme alınmıştır. Şu haliyle denkleştirme, kanundaki düzenlemesine bakıldığında oldukça açık ve sığ bir konu gibi görünmektedir. Ancak uygulama açısından özellikle miras bırakanın payın aşan kısmı için iradesinin veya hangi kazandırmaların geleneğe uygun evlenme gideri olduğunun tespiti konusunda durum göründüğü kadar kolay değildir. Dolayısıyla denkleştirme konusu eserlerde incelenirken daha çok "Denkleştirme… dir" şeklinde bir tanımdan ziyade, denkleştirmenin amacı baz alınarak ve tenkis gibi miras payına yönelik diğer düzenlemelerle ilişkisi doğrultusunda bir anlam belirlemesi yoluna gidilmektedir.[18] Başka bir deyişle miras

---

15 Kocayusufpaşaoğlu, Miras Hukuku, s. 438; Kocayusufpaşaoğlu, "Mirasta İade(=Denkleştirme) ile İlgili Meseleler", s. 119; İnan-Ertaş-Albaş, s. 563; Dural-Öz, s. 319.

16 "İade" teriminin yerinde bir kullanım olduğuna dair, Berki Ş., s. 223; Tüfek, s. 232.

17 Tüfek, s. 232; İmre, s. 730; Şener, Miras Hukuku, s. 626; Şener, İlmi Açıklama ve Kazai İçtihatlarla Mirasta, Tenkis, İade, İstihkak, 110; Kocayusufpaşaoğlu, "Mirasta İade(=Denkleştirme) ile İlgili Meseleler", s. 131; Günay, Mirasta Denkleştirme (İade) Davası ile Miras Sebebiyle İstihkak Davası, s. 66.

18 Dural-Öz, s. 319 vd.; Kocayusufpaşaoğlu, Miras Hukuku, s. 436 vd.; Kocayusufpaşaoğlu, "Mirasta İade(=Denkleştirme) ile İlgili Meseleler", s.119 vd. ; Bilge

payını ilgilendiren kurumlarla denkleştirme yan yan koyularak, "nedir, ne değildir" değerlendirmesiyle denkleştirme açıklığa kavuşturulmaktadır. Gerçekten de denkleştirmenin amacı kanuni mirasçılar arasında, düzenlemeler doğrultusunda pay eşitliğini sağlamak, adalet ve hakkaniyeti gerçekleştirmektir.[19] Ancak amaç olarak denkleştirme ile hemen hemen örtüşen tenkis de göz önünde bulundurulduğu zaman görülmektedir ki bu iki kurumu birbirinden ayıran şey, denkleştirmenin miras payı açısından tam bir koruma sağlarken, bu korumada tenkisin belli ölçüde sınırlı kalmasıdır.[20] Yine de kurumu öz olarak anlatan bir tanım vermek gerekirse genel olarak denkleştirme, miras bırakanın sağlar arası bir tasarrufla miras payına mahsuben yaptığı karşılıksız kazandırmanın, ölümden sonra mirasçıların paylarını eşitlenmesi amacıyla terekeye aynen veya nakden iadesini ve bundan sonra yapılan eşitleme işlemini ifade eder.[21]

Doktrinde denkleştirme bazı yazarlarca ayrıma tabi tutulmaktadır. Bunlardan biri olan "kanuni denkleştirme-iradi denkleştirme" ayrımına göre, m.669/II'de düzenlenmiş olan alt soyun denkleştirme yükümlülüğü kural olduğundan kanuni denkleştirme iken;[22] diğer mi-

---

Öztan, Miras Hukuku, Turhan Kitabevi, 6. Bası, Ankara, 2014, s.506 vd. ; İnan-Ertaş-Albaş, s. 563, 564; Antalya-Sağlam, s. 451, 452; Tülay Aydın-Ünver, "Miras Bırakanın Yasa Gereği Denkleştirmeye Tabi Olan Kazandırmaları", Prof. Dr. Şener Akyol'a Armağan, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2011, s. 111 vd. ; İmre, s. 727 vd.

19 Kocayusufpaşaoğlu, Miras Hukuku, s. 438; Kocayusufpaşaoğlu, "Mirasta İade(=Denkleştirme) ile İlgili Meseleler", s. 120; Eren, "Mirasta İade" (birinci bölüm), s. 340; İnan-Ertaş-Albaş, s. 564; Öztan, Miras Hukuku, s. 508; Antalya-Sağlam, s. 451; Dural-Öz, s. 320; Gönensay-Birsen, s. 343; Rona Serozan-Baki İlkay Engin, Miras Hukuku, Seçkin Yayıncılık, 4. Baskı, Ankara, 2014, s. 642; Berki Ş. s. 220; İmre, s. 724; Şener, Miras Hukuku, s. 634; Ali İhsan Özuğur, Tenkis, Mirasta Denkleştirme ve Muvazaa Davaları, Adalet Yayınevi, 5. Baskı, Ankara, 2015, s. 397; "Mirasta denkleştirme kavramının amacı, yasal mirasçıların mirasçılık haklarını miras bırakanın sağlar arası işlemlerle ihlal edilmesine karşı korunmasıdır", Nuri K. Turanboy, Miras Bırakanın Denkleştirme ve Tenkise Bağlı Sağlar Arası Hukuki İşlemleri, Yetkin Yayınları, Ankara, 2010, s. 29; "…Amaç, teberruları terekeye iade etmek suretiyle, mirasçılardan her birinin terekedeki miras payını, bu teberrular yapılmamış gibi tespit etmektir…", Uyar, s. 407.

20 Aydın-Ünver, s. 111; Tüfek, s. 296; İmre, s. 727, 728; Ayiter, s. 231; Şener, Miras Hukuku, s. 628.

21 Turan Başara, s. 6; Zahit İmre-Hasan Erman, Miras Hukuku, Der Yayınları, 11. Baskı, İstanbul, 2015, s. 513; Özuğur, s. 397; Uyar, s. 408; Miras Hukuku, s. 506; Gönensay-Birsen, s. 343; Berki A. H., s. 294; Tüfek, s. 230, 231; Ayiter, s. 230; Hasan Özkan, Açıklamalı – İçtihatlı Asliye Hukuk Davaları ve Tatbikatlı Miras Hukuku (TMY Md. 495 – 682) , Legal Yayıncılık, 1. Baskı, İstanbul, Mayıs 2015, s. 468.

22 Kocayusufpaşaoğlu, "Mirasta İade(=Denkleştirme) ile İlgili Meseleler", s. 121;

rasçıları denkleştirme ile yükümlü tutmak miras bırakanın iradesine bırakıldığından, bu tür bir denkleştirme iradi denkleştirmedir.[23] Aslında m. 669'a lafız itibariyle bakıldığında her iki fıkrada da denkleştirme yükümlülüğünün kural olarak var olduğu gibi bir sonuç çıkmaktadır.[24] Ancak birinci fıkrada yer alan *"…paylarına mahsuben…"* ifadesi ile ikinci fıkrada yer alan *"…aksi miras bırakan tarafından belirtilmiş olmadıkça…"* ifadeleri anlamı değiştirmektedir. Buna göre, alt soy dışındaki mirasçılar için miras bırakan yaptığı tasarrufta, bu tasarrufu miras payına mahsuben yaptığını belirtmişse, bu tasarruf denkleştirmeye tabi olacaktır.[25] Dolayısıyla miras bırakanın tasarrufu yaparken susması, denkleştirme yükümlülüğünün doğmadığına delil sayılabilir. İkinci fıkrada ise fıkrada sayılan yahut ona benzeyen karşılıksız kazandırmaların yapılması durumunda, miras bırakan denkleştirmeden muaf tut-

---

"… Fürular arasındaki iadenin kanun icabı olmasının sebebi, 'murisin fürularını aynı derecede sevdiği' düşüncesinden ileri gelmektedir. Bu kaideye itibar olunmaması, ancak, yapacağı sarih bir irade beyanıyla mümkündür. Zira muris bu suretle, füruundan birini diğerine üstün tuttuğunu açık olarak bildirmekte, karineyi ortadan kaldırmaktadır. Füruundan gayri mirasçıların iade borcunda ise durum tamamen aksinedir…", Uyar, s. 407, 408.

23 Kocayusufpaşaoğlu, Miras Hukuku, s. 444; Kocayusufpaşaoğlu, "Mirasta İade(=Denkleştirme) ile İlgili Meseleler", s. 121; Eren,"Mirasta İade" (birinci bölüm), s. 340, 341; Serozan-Engin, s. 231; İnan-Ertaş-Albaş, s. 567; İmre-Erman, s. 513; Özuğur, s.397, 398; Uyar, s. 407; s. 31; Tüfek, s. 233; İmre, s. 732, 736; altsoy hakkında denkleştirme için yasal karine mevcut olduğu konusunda bkz. Erhan Günay, "Mirasta Denkleştirme (İade) Davası", *Terazi Hukuk Dergisi,* Cilt:9, Sayı:100, Aralık 2014, s. 207; altsoy olan yasal mirasçılar için denkleştirme yükümlülüğü karinesi mevcut olduğu, diğer mirasçılar için ise böyle bir karinenin olmadığı yönünde bkz. Aydın-Ünver, s.113.

24 Kanunda her iki zümre için aynı kuraldan bahsedilmemekle birlikte, eğer denkleştirme gibi bir kurum ihdas edildiyse, hem alt soy hem de diğer mirasçılar için kanuni denkleştirme yükümlülüğünün öngörülmesi kanaatimizce uygun olurdu. Zira "…Bütün füruunu aynı derecede sevdiği farz olunan miras bırakanın, neden dolayı füru dışındaki hısımlarını (mesela kardeşlerini) aynı derecede sevdiği kabul edilmiyor ve onlara yapılan kazandırmalar bakımından kanuni denkleştirmeye yer verilmiyor?" (Kocayusufpaşaoğlu, "Mirasta İade(=Denkleştirme) ile İlgili Meseleler", s. 127) fikrine katılmamak elde değildir.

25 Öztan, Miras Hukuku, s. 511;Antalya-Sağlam,s. 453; Kocayusufpaşaoğlu, Miras Hukuku, s. 446; Dural-Öz, s. 323; Eren,"Mirasta İade" (birinci bölüm), s. 345; İmre-Erman, s. 513; Turanboy, s. 41; Gönensay-Birsen, s. 346; Berki A. H.,s. 296; Köprülü, s. 412, 413; Berki Ş., s. 222; İmre, s. 736; Ayiter, s. 231; Şener, İlmi Açıklama ve Kazai İçtihatlarla Mirasta, Tenkis, İade, İstihkak, s. 119; Şener, Miras Hukuku, s. 635; alt soy dışındaki mirasçılar için denkleştirmenin istenmediğinin ölüme bağlı tasarrufta bildirilmesi gerektiğine dair bkz. İnan-Ertaş-Albaş, s. 571; Özuğur, s. 401.

mamışsa tasarrufun denkleştirmeye tabi olacağı düzenlenmiştir.[26] İşte bu sebeplerle alt soy dışındaki mirasçılar için denkleştirme yükümlülüğü, miras bırakanın bu yöndeki iradesi ile aktif; alt soy için ise yine miras bırakanın bu yöndeki iradesi ile pasif hale gelmektedir.

Denkleştirme konusundaki diğer bir ayrım da "gerçek-gerçek olmayan denkleştirme" ayrımıdır.[27] Buna göre, denkleştirme yükümlüsü kimseler sadece miras bırakanın ölümü anında yasal mirasçı sıfatı kazanmış kimselerdir.[28] Gerçekten de denkleştirme yükümlülüğü yasal mirasçılık sıfatına öylesine bağlıdır ki yasal mirasçı vasfına sahip olan kimse miras payında meydana gelen artış oranında yine denkleştirme ile yükümlüdür.[29] Zira denkleştirme yükümlülüğü paya bağlı bir borçtur; külli halefiyet esası gereği payla birlikte intikal eder.[30] Atanmış mirasçılar ise kural olarak denkleştirme yükümlüsü değildirler.[31] Ancak miras bırakan ölüme bağlı tasarruf şekillerinden biriyle atanmış mirasçısının miras payını düzenleyip hayatta olduğu dönemde ona yaptığı tasarrufun da denkleştirme için iadesini isteyebilir. İşte böyle bir durumda gerçek olmayan denkleştirme söz konusudur.[32] O halde denkleştirme esasında kanuni mirasçılara özgü bir yükümlülüktür. Bununla beraber kanuni mirasçının aynı zamanda atanmış mirasçı olması

---

26 Gönensay-Birsen, s. 346, 347; Berki A. H., s. 296; Köprülü, s. 412; Berki Ş., s. 222, 223; İmre, s. 732; Ayiter, s. 231; Eren,"Mirasta İade" (birinci bölüm), s. 344; Şener, İlmi Açıklama ve Kazai İçtihatlarla Mirasta, Tenkis, İade, İstihkak, s. 118; Şener, Miras Hukuku, s. 634; "…O halde kendisine yapılan kazandırmanın denkleştirmeden muaf olduğunu iddia eden alt soy mirasçısının, yalnızca miras bırakanın iradesinin bu yönde olduğuna işaret eden vakıaları ispat etmesi yeterli olmayıp, doğrudan doğruya söz konusu kazandırmayı denkleştirmeden muaf tutmaya yönelik bir irade beyanının mevcudiyetini de ispat etmesi gerekir…", Turan Başara,s.178.

27 Bkz. Kocayusufpaşaoğlu, Miras Hukuku, s. 443 (dipnot 9).

28 Kocayusufpaşaoğlu, Miras Hukuku, s. 443, 444; İnan-Ertaş-Albaş, s. 564; Antalya-Sağlam, s. 452; Özuğur, s. 400; İmre-Erman, s. 517; Dural-Öz, s. 321; Berki A. H., s. 295; Köprülü, s. 414; Berki Ş., s. 220; İmre, s. 725.

29 Kocayusufpaşaoğlu, Miras Hukuku, s. 447 vd.; Dural-Öz, s. 326; Antalya-Sağlam, s. 452; Öztan, s. Miras Hukuku, 509; Gönensay-Birsen, s. 348, 349; Berki A. H., s. 297.

30 Kocayusufpaşaoğlu, Miras Hukuku, s. 447; Dural-Öz, s. 325; Turan Başara, s. 185.

31 Kocayusufpaşaoğlu, Miras Hukuku, s. 442; Ahmet M. Kılıçoğlu, Miras Hukuku, Turhan Kitabevi, 5. Bası, Ankara, 2013, s. 455; İmre-Erman, s. 522; Öztan, s. 509; Gönensay-Birsen, s. 347; Eren,"Mirasta İade" (birinci bölüm), s. 349; Berki A. H., s. 295; İmre, s. 738. Bununla beraber atanmış mirasçıların da denkleştirme yükümlüsü olabileceği yönünde, Berki Ş., s. 220, 221.

32 Kocayusufpaşaoğlu, Miras Hukuku, s. 443 (dipnot 9); Turan Başara, s. 13, 14; Öztan, Miras Hukuku, s. 509; İmre, s. 738, 739.

durumu doktrinde tartışma konusu olmuştur.[33] Konunun da esasen alt soy mirasçılar için önem arz ettiği; zira alt soy dışındaki mirasçılar için karinenin, TMK m.669/1 gereği, denkleştirme borcunun olmaması yönünde olduğu belirtilmiştir.[34] Alt soy mirasçılar için bir görüş böyle bir durumda denkleştirme yükümlülüğü olması gerektiğini savunmaktadır.[35] Çünkü miras bırakan bu tasarrufu ile mirasçılar arasında eşitsizliğe neden olmuştur.[36] Diğer bir görüşe göre ise böyle bir halde yapılan kazandırma mirasçının kendi miras payına yapıldığından denkleştirme yükümlülüğü söz konusu olmaz.[37] Denkleştirme yükümlülüğünün olmaması gerektiğini savunan bu görüşün sunduğu diğer bir gerekçe de bu tasarrufun bir pay tespiti olduğu yönündedir.[38] Bu konudaki son görüşe göre ise mirasçının tekrar mirasçı olarak atanması durumunda kanuni miras paylarından ayrı bir belirlemenin olup olmadığına bakılmalıdır.[39] Şayet böyle miras bırakan tarafından böyle ayrık bir düzenleme varsa, zaten miras bırakan iradesini bu yönde beyan edip, denkleştirme olmamasını istemiştir.[40] Dolayısıyla denkleştirme olmamalıdır.[41] Ancak söz konusu tasarruf mirasçıların *"kanuni miras payları i*çin veya paylar arasındaki nispeti *bozmadan"*[42] yapılmışsa böyle bir durumda da mevcut denkleştirme hükümlerinin teyit edilmek istendiği varsayılmalı, mirasçı denkleştirme ile yükümlü tutulmalıdır.[43] Esasen burada miras bırakanın söz konusu tasarrufu ile kastettiği amacına bakmak, iade yükümlülüğünde daha isabetli bir çözüme ulaştırır.[44]

II – DENKLEŞTİRMENİN DİĞER BENZER KURUMLARLA KARŞILAŞTIRILMASI

Hukukumuzda denkleştirme ile gerek isim olarak gerekse denkleştirme borcunu ifa etmenin adı olan "iade" fiili yönünden benzeşen

33 Tartışmalar için bkz. Turan Başara, s. 181 vd.; İmre, s. 739;
34 Kocayusufpaşaoğlu, Miras Hukuku, s. 442; İmre, s. 739; s. 382.
35 Bkz. İnan-Ertaş-Albaş, s. 565.
36 Bu yöndeki görüş için bkz. İnan-Ertaş-Albaş, s. 565.
37 Antalya-Sağlam, s. 452, 453; İmre, s. 739.
38 İmre-Erman, s. 522; Özuğur, s. 402; İmre, s. 739.
39 Kocayusufpaşaoğlu, Miras Hukuku, s. 442 vd.
40 İmre-Erman, s.522, 523; Kocayusufpaşaoğlu, Miras Hukuku, s.442.
41 Kocayusufpaşaoğlu, Miras Hukuku, s.442; İmre-Erman, s.522, 523.
42 Kocayusufpaşaoğlu, Miras Hukuku, s. 442.
43 Kocayusufpaşaoğlu, Miras Hukuku, s. 442.
44 Kocayusufpaşaoğlu, Miras Hukuku, s. 442; bu görüşte bkz. Turan Başara, s. 184.

farklı kurumlar söz konusudur. Bunların denkleştirmeden ayrıldıkları noktalar şu şekildedir:

A) DENKLEŞTİRME İLE TMK'NIN 370 VE 371. MADDELERİNDEKİ KURUMUN KARŞILAŞTIRILMASI

TMK m.370'e göre *"Ana ve baba veya büyük ana ve baba ile birlikte yaşayan ve emeklerini ya da gelirlerini aileye özgüleyen ergin altsoylar, buna karşılık uygun bir bedel isteyebilirler"*. Bu bedel doktrinde TMK m.370'in taşıdığı başlık üzere "*alt soyun denkleştirme alacağı*" olarak anılmaktadır.[45] Buna göre bir müddet ana – babasıyla ya da büyük ana – babasıyla birlikte yaşaması şartıyla, emek ya da gelirini bir karşılık almaksızın[46] onlara özgüleyen ergin altsoylar bedel isteme hakkını haiz olurlar.

Ergin olmayan altsoyların malları üzerinde ana – babanın velayet hakkından doğan bir tasarruf yetkileri vardır ve bu sebeple o malvarlığından yararlanmaları altsoya bir alacak hakkı kazandırmaz (TMK m. 355). Oysa ergin altsoyun malvarlığı üzerinde ana – baba artık böylesi bir yetkiye sahip değildirler.[47] Dolayısıyla ana – babası veya büyük ana – babası ile birlikte yaşayıp bir karşılık almaksızın emeğini ya da çalışmasını ailesine özgüleyen, ancak genelde geleneksel saygıdan dolayı bir anlaşma yapamayan ya da bir talepte bulunmayan altsoy[48] için, kanun koyucu böyle bir hükme yer vermiştir.

TMK m. 370'te altsoya tanınan bu imkânın hukuki niteliği tartış-

---

45 Mustafa Dural-Tufan Öğüz-Mustafa Alper Gümüş, Türk Özel Hukuku, Cilt III (Aile Hukuku), Filiz Kitabevi, 10. Bası, İstanbul, 2015, s. 383; Turgut Akıntürk-Derya Ateş Karaman, Türk Medeni Hukuku, II. Cilt, Aile Hukuku, Beta Yayınları, 18. bası, İstanbul, 2016, s. 457; Serkan Ayan, "Emeğini veya Gelirini Aileye Özgüleyen Altsoyun Denkleştirme Alacağı", *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt:12, Sayı:1, İzmir 2010, (s.25-83), s. 25 vd.

46 Kocayusufpaşaoğlu, Miras Hukuku, s. 496, 497; İmre, s. 769; Dural-Öz, s. 352; Özuğur, s. 408; Şener, Miras Hukuku, s. 647.

47 Dural-Öz, s. 350; ergin altsoyun ana babası ile birlikte yaşaması halinde durumun farklılaştığına dair bkz. Kocayusufpaşaoğlu, Miras Hukuku, s. 494, 495; Akıntürk-Ateş Karaman, s. 457; Gönensay-Birsen, s. 357; Bilge Öztan, Aile Hukuku, Turhan Kitabevi, 6. Bası, Ankara, 2015, s.1234.

48 Dural-Öz, s. 350; Şener, Miras Hukuku, s. 647; Şener, İlmi Açıklama ve Kazai İçtihatlarla Mirasta, Tenkis, İade, İstihkak, s. 130.

malıdır.[49] Doktrindeki bir görüş[50] bunun miras hukukuna ilişkin bir talep olup hakkın mirasçılık sıfatından kaynaklandığını belirtmektedir. Diğer bir görüş[51] ise talebin borçlar hukukuna dayandığını kabul etmektedir.[52] Söz konusu fikre göre bu talebi miras hukuku kaynaklı saymak, mirasçılık sıfatının kaybedilmesinden sonra talebin ileri sürülememesine neden olur[53]. Bir başka görüş[54] ise bahsedilen alacağın birden fazla hukuki sebepten kaynaklandığını ve burada taleplerin yarışması durumu olduğunu ileri sürmektedir.

Ailesi ile birlikte yaşayan ve emeğini ya da gelirini sırf aralarında manevi bir ilişki ve saygı olduğu için onlara özgüleyen altsoy için ölümle birlikte bu manevi durum ortadan kalkmaktadır. Dolayısıyla TMK m. 370 vasıtasıyla aslında, başka yerde çalışsaydı karşılığını çoktan almış olacağı yatırımına kavuşmaktadır. Bu noktada ölüm, hakkını almasına sebep olan hukukî temel değildir. Bilâkis ölüm alacağı talep edebilmenin önündeki manevi engeli kaldırmaktadır. Bununla beraber konuyu öz itibariyle tamamen miras hukukundan bağımsız tutmak da doğru değildir. Zira bedel sadece ölüm anından itibaren talep edilebilmekte ve terekeden ödenmektedir. Dolayısıyla söz konusu alacağın sebebinin borçlar hukukuna daha yakın olduğu sonucu ortaya çıkmaktadır. Talebin "causa"[55] sına bakıldığı zaman görülmektedir ki aslında ana – baba ya da büyük ana – babanın yerinde 3. bir kişi olsaydı, alt soyun bu emeği özgüleme olmayacak ve o verdiklerini geri isteyebilecekti. Bunları isterken de yerine göre şayet emek sarfı varsa iş sözleşmesine ya da gelirini 3. kişiye vermiş olması durumu varsa tüke-

---

49 Kocayusufpaşaoğlu, Miras Hukuku, s. 503; İmre, s. 771; Ayan, s. 49; Dural-Öz, s. 355; Seyfullah Edis, "Birlikte Yaşadığı Ailesine Emeğini veya Gelirini Tahsis Eden Çocuğun Muhik Tazminat Alacağı", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* Yıl:1964, Cilt:21, Sayı:1-4, s.371 vd. , http://auhf.ankara.edu.tr/dergiler/auhfd-arsiv/AUHF-1964-21-01-04/AUHF-1964-21-01-04-Edis.pdf (erişim tarihi:18.02.2016, saat:14.21) .

50 İmre, s. 771, 772; Dural-Öz, s. 355; Gönensay-Birsen, s. 358.

51 Edis, s. 375.

52 Görüşler için bkz. Kocayusufpaşaoğlu, Miras Hukuku, s. 503 vd.; İmre, s. 771 vd.; Dural-Öz, s. 355; Edis, s. 371 vd.

53 Talebin miras hukuku kaynaklı durumunda sebep olacağı bazı sonuçlar ve bu yöndeki görüşler için bkz. Kocayusufpaşaoğlu, Miras Hukuku, s. 504, 505; Edis, s. 375.

54 Kocayusufpaşaoğlu, Miras Hukuku, s. 509 vd.

55 Talebin borçlar hukukundan kaynaklandığından bahseden görüşün, kurumun hukuki niteliğini belirleyebilmek için hakkın doğum sebebi (causa)ne bakılması gerektiği yönündeki beyanı için bkz. Kocayusufpaşaoğlu, Miras Hukuku, s. 505.

tim ödüncü sözleşmesi söz konusu olacaktı. Ancak bu kişinin yerinde maddede sayılan aile üyelerinin olması ve onlara duyulan geleneksel saygı durumu değiştirmektedir.

TMK m. 370'te düzenlenen durum, aslında Türk Borçlar Kanunu m. 153/3'teki evlilik birliği devam ettiği sürece, eşlerin birbirlerinden olan alacakları için zamanaşımı işlemeyeceği hükmüne, zamanaşımının işlememesi açısından benzemektedir. Gerçi TMK m. 371/3 de "*Bu alacak zamanaşımına uğramaz*" diyerek alacağın hiç zamanaşımına uğramaması gibi daha mutlak bir ifade kullanmaktadır. Ancak zamanaşımının işlemeyeceği süre, evlilik devamı gibi belli bir süreç de olsa mutlak da olsa düzenlemelerin ortak noktaları şudur: Her ikisinde de alacaklılar, aradaki manevi bağdan dolayı alacağını talep edememektedir.

TMK m. 370 ve 371 için ölüm hâli borcun talep edilebilir hâle gelmesi için gerekli bir fiili şarttır.[56] Sırf ölüm olayının gerçekleşmesine ihtiyaç duyulması, onu miras hukuku kaynaklı bir hak yapmaz. Talebin terekeden karşılanmasının, miras bırakanın diğer borçları ile aynı yönteme tâbi olması (TMK m.641) da alt soyun bu talebinin miras hukukundan kaynaklı bir talep olmadığını destekler. Altsoy ile maddedeki aile üyeleri arasında sözleşme ilişkisi olduğundan da bahsetmek mümkün değildir. Bu noktada BK m. 314/II'ye dayalı örtülü bir iş sözleşmesi olduğunu belirten görüşe[57] uygun görünmemektedir.[58] Zira bir sözleşmenin kurulması için taraf iradelerinin aynı amaca yönelip uyuşması gerekir.[59] Oysa taraflar burada bir iş sözleşmesi yapma amacını taşımamaktadırlar. Talebin haksız fiile dayanması da söz konusu değildir. TBK m. 78/1'in "*Borçlanmadığı edimi kendi isteğiyle yerine getiren kimse, bunu ancak, kendisini borçlu sanarak yerine getirdiğini ispat edersе geri isteyebilir*" diyen hükmü gereği, altsoyun talebini sebepsiz zen-

---

56 TMK m. 371/1: "Altsoy, bu bedeli borçlunun ölümü halinde isteyebilir". Eşlerin birbirinden olan alacakları için ise durum farklıdır. Nitekim TMK m. 217'e göre "Mal rejimi, eşler arasındaki borçların muaccel olmasını önlemez". Yani borçlu eş diğer eşe durum ve koşullara göre borcunu ödeyebilir. Ancak ödemezse de zamanaşımı işlemez.

57 Görüş için bkz. Kocayusufpaşaoğlu, Miras Hukuku, s. 508 vd.; Dural-Öz, s. 353, 354.

58 Aynı yönde bkz. Öztan, Aile Hukuku, s. 1237.

59 Türk Borçlar Kanunu m.1

ginleşmeye dayandırılamaz. Çünkü sebepsiz zenginleşmeye dayanak oluşturan sebeplerden biri olan "edim" sebep olarak değerlendirilse bile, altsoy kendisini borçlu sayarak bir edimde bulunmadığından sebepsiz zenginleşmeden bahsedilemez. Son olarak adam çalıştıran sorumluluğu vs. gibi sırf kanundan kaynaklı durumların da m. 370'teki borca kaynak olmadığı belirtilmelidir.

Hukukumuzda öyle durumlar vardır ki zarar, zarar verene kusur açısından isnat edilememektedir. Ancak bu durumlarda zarar göreni bu maddî yükle baş başa bırakmak adalet duygusu ile örtüşmemektedir. Bu sebeple zarar görene yine de bir miktar ödeme yapılması uygun görülmektedir. Bahsi geçen hâllerden birini doktrinde hakkaniyet sorumluluğu olarak adlandırılan[60] TBK m. 59'uncu madde oluşturmaktadır. Maddede ayırt etme gücünden yoksun bulunan kimsenin bu esnada verdiği zararlardan dolayı sorumluluğu düzenlenmiştir. Esasında ayırt etme gücünden yoksun kimsenin haksız fiilinden bahsedilemez. Zira hukuken zarar verme iradesi yoktur. Ancak maddi kayba uğrayan kimsenin de bir zararı söz konusudur. İşte TMK m. 370'te düzenlenen müessese de zararın emek sarf edene yüklenememesi açısından hakkaniyet sorumluluğuna benzemektedir. Zira burada da esasında emekten yararlananların zarar verme kastı yoktur. Ancak emek veya gelir sarf edenin de sırf geleneklere uygun davranması nedeniyle zarara katlanması beklenemez. Ölümden sonra diğer altsoylarla aynı kefeye konması da adalet duygusuna sığmaz. Zaten bu ödeme doktrinde *"hak ve nısfet duygularını tatmin edici"*[61] olarak nitelenmiştir. Dolayısıyla

60 Fikret Eren, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Yetkin Yayınları, 18. Baskı, Ankara, 2015, s. 614; Ali Naim İnan-Özge Yücel, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Seçkin Yayıncılık, 4. Baskı, Ankara, 2014, s. 413; Mustafa Reşit Karahasan, Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 1. Cilt, Beta Yayınları, İstanbul, 1992, s. 501 vd.; Ahmet M. Kılıçoğlu; Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Turhan Kitabevi, 17. Baskı, Ankara, 2013, s. 318; Safa Reisoğlu, Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Beta Yayınları, 24. Bası, İstanbul, 2013, s. 179; Mustafa Dural, Türk Medeni Hukukunda Gerçek Kişiler, Filiz Kitabevi, 3. Bası, İstanbul, 1987, s. 85 vd. ; Aydın Zevkliler, Kişiler Hukuku Gerçek Kişiler, Olgaç Matbaası, Ankara, 1981, s. 178 vd. Kemal M. Oğuzman-Turgut Öz, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, II. Cilt, Vedat Kitapçılık, 11. Bası, İstanbul, 2014, s. 184; Henri Deschenaux-Pierre Tercier, Sorumluluk Hukuku, Ankara, 1983, s. 108 (Çeviren: Salim Özdemir); Cevdet Yavuz, "Türk Borçlar Kanunu Tasarısı'na Göre "Kusursuz Sorumluluk" Halleri ve İlkeleri", *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, Cilt:14, Sayı:4, Yıl: 2008, s. 47, http://hukuk.marmara.edu.tr/en/yayinlar/fakulte-dergisi/cilt-14-sayi-4-yil-2008/ (erişim tarihi: 01.04.2016 saat:13.43) .

61 Ahmet M. Kılıçoğlu, Medeni Kanun'umuzun Aile – Miras – Eşya Hukukuna Ge-

alacak, doğması ödemenin yapıldığı veya emeğin sarf edildiği ana dayanan, hüküm ifade etmesi ise altsoyun miras tamamen paylaşılana kadar bunu talep etmesi şartına bağlı olan bir hakkaniyet alacağı olarak nitelendirilebilir.[62]

TMK m. 370'te anlatılan durum aslında günümüz için önemini oldukça yitirmiştir. Nitekim gelişip değişen yaşam şartlarıyla birlikte toplumumuzda, geniş aile modelinden çekirdek aile modeline hızlı bir geçiş söz konusudur. Ancak bu değişime rağmen yine de ana – baba ya da büyük ana - baba ile birlikte yaşamanın hiç olmadığından bahsedilemez. Dolayısıyla yıllarca ailesi ile birlikte yaşayıp, kazanç elde ederken onlarla birlikte çalışan, bununla beraber hiç maddi karşılık almayan bir kimsenin, yıllar sonra ana – babası öldüğü zaman elinde hiçbir şey kalmaması hâlinde, alt soy bu hükümlere başvurarak uygun bir bedel isteyebilecektir. Bahsedildiği üzere bu talep kural olarak ana – baba ya da büyük ana – baba öldüğü zaman ileri sürülebilir (TMK m. 371/1). Ancak m. 371/2'ye göre bunun *"birlikte yaşamanın sona ermesi veya işletmenin el değiştirmesi, borçluya karşı icra takibi yapılması veya onun iflası hallerinde"* de talep edilmesi mümkündür.

743 sayılı Medeni Kanun döneminde bu müessese m. 610'da düzenlenmiş; ancak sadece ana – baba ile birlikte yaşama için ve sadece ölüm hâlini kapsayacak şekilde yer almıştı; TKM m. 321 ise icra takibi ve iflas halinde uygun bir bedel isteme haline münhasır olarak düzenlenmişti.[63] Diğer yandan bugünkü düzenlemenin aksine, her iki madde de, ancak "*ivazından sarahaten feragat etmeksizin*" şeklindeki şart üzere bedel istenebiliyordu (TKM m. 321, 610). Bugün ise bu iki hüküm m. 370'te birleştirilmiş ve ayrıca "açıkça feragat etmemek" şartı kaldırılmış bulunmaktadır. Böylece, aslında feragatin doğal sonucu olan artık talep edememe hâli, belki de gerek görülmediğinden zikredilmemiştir.[64]

---

tirdiği Yenilikler, Turhan Kitabevi, 3. Bası, Ankara, 2014, s. 128.

62 TMK m. 370'ten doğan talebin kanundan doğan bir alacak olduğu görüşü için, Ayan, s. 48.

63 İki maddenin karşılaştırılması ve metinleri için bkz. Kocayusufpaşaoğlu, Miras Hukuku, s. 495; iki maddenin karşılaştırılması için bkz. İmre, s. 770; Dural-Öz, s. 350, 351.

64 Aynı yönde bkz. Dural-Öz, s. 352.

TMK m. 370'te düzenlenen bu alacağın tereke borçlarından olduğu ifade edilmiştir (TMK m. 641/2).

Altsoy bu talebini yalnızca borçlunun ölümü halinde ileri sürebilir (TMK m. 371). Bu sebeple ana – baba ya da büyük ana – baba hayatta ise m. 370'in, ölmüşlerse m. 641'in uygulanacağını belirten görüşe[65] uygun görünmemektedir.

Tüm bu özellikleri dikkate alındığında m. 370'te düzenlenmiş bulunan altsoyun denkleştirme alacağının, çalışmanın konusu olan denkleştirme ile ancak "denkleştirme" kelimesi ile her ikisinin de paylaştırmanın bitimine kadar talep edilebilirliği noktasında ortak olduklarını görülmektedir. Ancak en başta, denkleştirme talep edecek kimseler hususunda birbirlerinden ayrılmaktadırlar. TMK m. 669'da ve devamında diğer mirasçıların kazandırma almış mirasçıya karşı bir talepleri söz konusudur. TMK m. 370'te ise denkleştirmenin aksi bir durum vardır[66]; burada altsoy terekeye karşı bir talepte bulunmaktadır. Yine m. 370 bir tereke borcu olup miras payından ayrı bir taleptir.[67] Denkleştirmeye tabi sağlar arası karşılıksız kazandırmalar terekeye eklenecek kalemler arasındadır.[68] Dolayısıyla TMK m. 370'teki altsoyun denkleştirme alacağı ile m. 669 ve devamında düzenlenmiş olan denkleştirme farklı kurumları ifade etmektedir.

B) DENKLEŞTİRME İLE TENKİS KURUMUNUN KARŞILAŞTIRILMASI

Denkleştirme ile karıştırılması en müsait kurum olduğu söylenebilecek tenkis, esasen tıpkı denkleştirme gibi Türk Miras Hukukunun miras paylarının belirlenmesi hükümlerini ihtiva eder. Miras Hukuku kaynaklarında denkleştirme genel itibariyle, Türk Medeni Kanunundaki düzenleniş sırasına da uygun olarak "mirasın paylaşımı" konula-

---

65 Ahmet M. Kılıçoğlu, Aile Hukuku, Turhan Kitabevi, 2015, Ankara, s. 677.

66 İmre, s. 776.

67 Bu noktada altsoyun söz konusu alacağının, şayet varsa denkleştirme alacağından indirilerek icra edilmesi görüşüne (Berki Ş., s. 230) katılmamaktayız. Zira bu durumda gelirini ailesine özgülemiş altsoy bu sebeple cezalandırılıyor duruma düşmektedir.

68 Kocayusufpaşaoğlu, Miras Hukuku, s. 379; İmre, s. 344; İmre-Erman, s. 242; Dural-Öz, s. 255; Öztan, Miras Hukuku, s.97; İnan-Ertaş-Albaş, s.340; Suat Sarı, Uygulamalı Miras Hukuku, Filiz Kitabevi, 2. Baskı, İstanbul, 2015, s. 80; Serozan-Engin, s. 227.

rı arasında işlenmektedir.[69] Ancak tenkis, miras bırakanın tasarrufları ve akabindeki tasarruf nisabı konuları ile birlikte incelenmektedir.[70] Bunun başlıca sebebinin kanun koyucunun takip ettiği sıraya uyum sağlamak olduğu söylenebilir. Diğer yandan tenkis hem ölüme bağlı tasarruf hem de sağlararası kazandırma ekseninde, miras bırakanın bu tasarruflarda durması gereken sınırı anlatır. Oysa denkleştirme sadece sağlararası kazandırmalarla ilgilenir. Ayrıca denkleştirme hususu, buna sebep oluşturan durumlar vuku bulsa dahi, mirasın paylaşılması safhasına kadar uykudadır. Denkleştirmenin, mirasın geçmesi konuları arasında yer almasına en önemli sebep teşkil eden konu da bu olsa gerektir.

"Pay tespitini ilgilendirme" konusunda ortak noktada buluşan denkleştirme ve tenkis, diğer bazı noktalarda da ayrılmaktadırlar:

- Mirasta denkleştirme davası, mirasçıların miras paylarını elde etme taleplerini içerirken; tenkis davasında bu talep sadece mirasçıların saklı payları elde etmelerine yöneliktir.[71]
- Mirasta denkleştirme hükümleri tamamlayıcı nitelikte olup, tasarrufta öncelikli tutulan mirasbırakanın iradesidir; buna mukabil tenkis hükümleri emredicidir.[72]
- Denkleştirme yalnızca sağlararası tasarrufların bozulmasına sebep olduğu eşitsizliği gidermeye yönelik olmasına rağmen; tenkiste

---

69 Aynı yöndeki belirleme için bkz. İmre, s. 726.; İmre-Erman, s.514. Söz konusu şekilde incelemeler için bkz. İmre-Erman, s. 512 vd.; İmre, s. 724 vd.; Antalya-Sağlam, s. 451 vd.; Gönensay-Birsen,s. 343 vd.; Öztan, Miras Hukuku, s.506 vd.; Berki A. H., s. 294 vd.; İnan-Ertaş-Albaş, s. 563 vd.; Köprülü, s. 410 vd. Bununla beraber tenkis hükümlerinin hemen ardından incelenmesini uygun bulan görüşler için bkz. Kocayusufpaşaoğlu, Miras Hukuku, s. 436; Dural-Öz, s. 319.

70 Kocayusufpaşaoğlu, Miras Hukuku, s. 355 vd.; İmre-Erman, s. 261 vd.; Dural-Öz, s. 275 vd.; Serozan-Engin, s. 211 vd.; Öztan, Miras Hukuku, s. 121 vd.; İmre, s. 369 vd. İki kurumun kanundaki inceleniş yerinin farklı olduğu belirlemesi konusunda bkz. Turanboy, s. 31.

71 İmre-Erman, s. 515; Kocayusufpaşaoğlu, Miras Hukuku, s. 491; Turan Başara, s. 32, 33; Turanboy, s. 32; Uyar, s. 408; Dural-Öz, s. 320; Antalya-Sağlam s. 461; Gönensay-Birsen, s. 344; Öztan, Miras Hukuku, s. 517; Özuğur, s. 398; Günay, Mirasta Denkleştirme (İade) Davası ile Miras Sebebiyle İstihkak Davası, s.143; Tüfek, s. 296.

72 Kocayusufpaşaoğlu, Miras Hukuku, s. 491; Kocayusufpaşaoğlu, "Mirasta İade(=Denkleştirme) ile İlgili Meseleler", s. 131; İmre-Erman, s. 516; Turanboy, s. 32, 33; Antalya-Sağlam, s. 461; Özuğur, s. 399; Günay, Mirasta Denkleştirme (İade) Davası ile Miras Sebebiyle İstihkak Davası, s.143.

saklı pay eşitliğini sağlamada sağlararası tasarruflara ek olarak ölüme bağlı tasarruflar da hesaba katılabilir.[73]

- Denkleştirme hükümlerinden bütün kanunî mirasçılar yararlanabilirken; tenkis hükümlerinden yararlanabilmek için saklı paylı mirasçı olmak gerekir.[74] Saklı paylı mirasçıların alacaklıları ile iflas masası da şartların gerçekleşmesi halinde tenkis davası açabilirler (TMK m. 562).
- Denkleştirme borçlusu kimseler yine kanunî mirasçılardır; buna karşılık tenkis talebinin ileri sürüleceği kimsenin kanunî mirasçı olması gerekmez, kazandırma yapılan üçüncü bir kişi de tenkisle yükümlü olabilir.[75] Şunu da belirtmek gerekir ki *"Kazandırmayı alan kanuni mirasçı mirası reddederek iadeden kurtulabildiği halde tenkisten kurtulamaz"*.[76]
- Tenkis davası yenilik doğuran bir davadır.[77] Denkleştirme davasının niteliği ise doktrinde talep içeriğine göre belirlenmiştir; buna göre sadece denkleştirme alacağının varlığının tespitine yönelik bir dava varsa tespit davası, buna karşılık denkleştirme konusunu paylaştırma prosedürü içinde elde etmeye yönelik bir dava varsa ifa davası söz konusudur.[78]

---

73 Kocayusufpaşaoğlu, Miras Hukuku, s. 491; İmre-Erman, s. 517; Turan Başara, s. 37; Turanboy, s. 33; Uyar, s. 408; Antalya-Sağlam, s. 461; Dural-Öz, s. 320; Özuğur, s. 399; Günay, Mirasta Denkleştirme (İade) Davası ile Miras Sebebiyle İstihkak Davası, s. 143; Tüfek, s. 297.

74 Kocayusufpaşaoğlu, Miras Hukuku, s. 492; İmre-Erman, s. 516, 517; Turanboy, s. 33; Uyar, s. 408; Dural-Öz, s. 320, 321; Antalya-Sağlam, s. 461; Özuğur, s. 399; Günay, Mirasta Denkleştirme (İade) Davası ile Miras Sebebiyle İstihkak Davası, s. 142; Tüfek, s. 297.

75 Kocayusufpaşaoğlu, Miras Hukuku, s. 492; İmre-Erman, s. 516, 517; Turanboy, s. 33; Uyar, s. 408; Dural-Öz, s. 320, 321; Antalya-Sağlam, s. 461; Özuğur, s. 399; Günay, Mirasta Denkleştirme (İade) Davası ile Miras Sebebiyle İstihkak Davası, s. 142; Tüfek, s. 297.

76 Kocayusufpaşaoğlu, s. 492.

77 İmre-Erman, s. 261; Dural-Öz, s. 276; Öztan, Miras Hukuku, s. 121; Serozan-Engin, s. 258; Özuğur, s. 43; Turanboy, s. 49; Tüfek, s. 103.

78 Doktrindeki bu tespitler için bkz. Kocayusufpaşaoğlu, Miras Hukuku, s. 484, 485; Kocayusufpaşaoğlu, "Mirasta İade (=Denkleştirme) ile İlgili Meseleler", s. 136, 137. Paylaşma öncesinde açılan davanın tespit, paylaşımda sonra açılan davanın ise eda davası olduğu yönünde bkz. Antalya-Sağlam, s. 459.

- Denkleştirme talebi yalnızca mirasın paylaşılması aşamasında ileri sürülebilir.[79] Tenkis talebi ise bir yıllık nispi ve on yıllık mutlak hak düşürücü süreye tabidir (TMK m. 571).

Denkleştirme – tenkis karşılaştırmasında son olarak şu konuya değinmek gerekir ki doktrinde bu iki talebin aynı anda ileri sürülemeyeceği kabul edilmektedir.[80] Ancak denkleştirme sonunda saklı payın elde edilemediği istisnaî hâllerde denkleştirmenin yanında tenkisin de istenebileceği; fakat bunların yine de bağımsız talepler olduğu ileri sürülmüştür.[81]

C) DENKLEŞTİRME İLE MİRAS PAYLAŞMA KURALI KARŞILAŞTIRILMASI

TMK m. 647'ye göre mirasbırakan bir ölüme bağlı tasarrufla mirasın paylaşılması ve payların oluşturulması konusunda kural koymuş olabilir. Aynı maddenin ikinci fıkrasına göre bu kurallar miras bırakan tarafından kastedilmemiş bir eşitsizlik hâli saklı kalmak üzere mirasçılar için bağlayıcıdır. Fıkrada böyle bir hâlin saklı tutulmasının sebebi, artık o durumda paylaşma kuralından değil bir vasiyetten söz edilmesidir.[82] Zira paylaşma kuralı ile mirasçıların payları azaltılmamalı ve mükellefiyetle sınırlandırılmamalıdır.[83] İşte miras bırakanın koyduğu

---

79 Kocayusufpaşaoğlu, Miras Hukuku, s. 492; Kocayusufpaşaoğlu, "Mirasta İade (=Denkleştirme) ile İlgili Meseleler", s. 137; Turan Başara, s. 38; İmre, s. 751; Öztan, Miras Hukuku, s. 516, 517; Dural-Öz, s. 343; İmre-Erman, s. 537. Buna karşılık her ne kadar kanunda bir zamanaşımı süresi düzenlenmemiş olsa da davanın genel zamanaşımı süresi olan 10 yıllık süreye tabi olacağına dair bkz. Berki Ş., s. 236; Özuğur, s. 416; Günay, Mirasta Denkleştirme (İade) Davası ile Miras Sebebiyle İstihkak Davası, s. 116; Tüfek, s. 299.

80 Kocayusufpaşaoğlu, Miras Hukuku, s. 389; Turanboy, s. 32; Öztan, Miras Hukuku, s. 517.

81 Özuğur, s. 398; İmre, s. 727. "…Denkleştirme ile tenkis yan yana kol kola gezemezler; ancak art arda kademeye girebilirler…", Serozan-Engin, s. 151; aynı yönde Günay, Mirasta Denkleştirme (İade) Davası ile Miras Sebebiyle İstihkak Davası, s. 113. Yargıtay ise terditli olarak iki talebin ileri sürülmüş olduğu bir davada öncelikle denkleştirmenin, bunun mümkün olmaması hâlinde tenkise başvurulması gerektiğine karar vermiştir, bkz. 1.HD, T. 28.3.2016, E. 2014/15467, K. 2016/3677 http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/dsp.php?fn=1hd-2014-15467.htm&kw=mirasta+denkle%C5%9Ftirme#fm (erişim tarihi: 29.11.2017). Dolayısıyla Yargıtay da bu kararıyla aynı görüşü benimsemiş durumdadır.

82 Bundesgerichtsentscheidungen (Federal Mahkeme Kararları), 101 II 6 ff, s. 383 vd., http://www.ankarabarosu.org.tr/siteler/2012yayin/dergi/ankara-barosu-dergisi/ankara-barosu-dergisi1977.html (erişim tarihi: 13.2.2016).

83 İmre-Erman, s. 481; Turan Başara, s. 28; İmre, s. 664.

paylaşma kuralı ile denkleştirme kurumu tam da bu noktada birbirinden ayrılmaktadır.

Denkleştirme kurumu ile paylaştırma kuralı arasındaki fark bir örnekle ifade edilebilir. Bir kimsenin elinde, kendisi ölünce terekesi olacak bir miktar kitabı olsun. Bunların içinden bir kitabı, gerçekten istifade etmesi gerektiğini düşünerek küçük çocuğuna versin. Ancak bu kitabın verilmesi, değer itibariyle başka bir kitabın verilmesi açısından fark oluşturmasın. Ayrıca paylaşımda da bu durum göz önünde bulundurulsun. Böyle bir durumda miras paylaşım kuralı söz konusudur. Ancak söz konusu kitap antika bir kitap olup, değerinin yanında diğer kalan kitaplar cüzi bir değer ifade etseydi, o zaman bu kitabın verilmesi artık paylaşım kuralı olarak nitelenmezdi. Bu durum yerine göre, şayet ölümden sonra küçük çocuğun olması kararı alındıysa bir vasiyet veya o anda teslim edildiyse bir bağışlama olabilirdi. Bağışlama olması durumunda da artık denkleştirme söz konusu olabilirdi.[84]

Verilen örneğin de ortaya koyduğu üzere, paylaşım kuralı ölümden sonra hüküm ifade etmek üzere miras bırakanın alelade bir *"bu senin olsun, bu da senin olsun"* demesi iken; denkleştirmeye sebep durumda miras bırakan sağlığında *"bundan sonra hep senin olsun"* amacı taşımaksızın bir kazandırmada bulunmaktadır. Zira böyle bir amaç taşısa ve bunu da bir şekilde belirtse idi denkleştirme olmaması yönündeki iradesini ortaya koymuş olurdu. Ancak bir iradenin miras paylaşım kuralı olup olmadığının sınırını çizmek her zaman bu şekilde kolay olmayabilir. Tereddüt hâlinde ise TMK m. 647/3'e göre irade paylaşma kuralı sayılmalıdır.

Paylaşım kuralı ile denkleştirmenin ayrıldığı diğer bir nokta olarak da mahiyetleri zikredilebilir. Nitekim miras bırakanın miras paylaşımına ilişkin irade ettiği kural, aynî bir etkiye sahip değildir.[85] Diğer bir deyişle miras bırakanın bu tahsisi o eşyanın mülkiyetinin mirasçıya

---

84 Gerçi bu halde de miras bırakan kasten eşitsizliğe sebep olmakla aynı zamanda kazandırmanın alt soy için denkleştirmeye tabi olmayacağını da beyan etmiş olmaktadır. O hâlde kazandırma denkleştirmeden kurtulmuş olacaktır. Ancak burada dikkate sunulan nokta konunun denkleştirmeyi ilgilendiren bir mahiyet kazanmış olmasıdır.

85 İmre-Erman, s. 482; Kocayusufpaşaoğlu, Miras Hukuku, s. 703; İmre, s. 666; Serozan-Engin, s. 646, 647; Öztan, Miras Hukuku, s. 491.

geçmesi için yeterli değildir.[86] Oysa denkleştirmeye konu teşkil eden kazandırmada, miras bırakan henüz hayattayken eşyayı müstakbel mirasçısına verdiği zaman, o eşyanın mülkiyeti mirasçıya geçmiş olur.

D) DENKLEŞTİRME İLE TÜKETİM ÖDÜNCÜ SÖZLEŞMESİ VE KULLANIM ÖDÜNCÜ SÖZLEŞMESİNİN KARŞILAŞTIRILMASI

Tüketim ödüncü sözleşmesi ile denkleştirme, bir müddet bulundurup kullanarak daha sonra misliyle iade etme özellikleri yönünden birbiri ile benzerlik gösterebilir. Ancak esasında birbirlerinden kesin çizgilerle ayrılırlar. Birincisi, "*Tüketim ödüncü sözleşmesi, ödünç verenin, bir miktar parayı ya da tüketilebilen bir şeyi ödünç alana devretmeyi, ödünç alanın da aynı nitelik ve miktarda şeyi geri vermeyi üstlendiği sözleşmedir*" (TBK m. 386). Oysa denkleştirme konusu eşya verilirken bunun iadesi için mirasçı ile miras bırakan arasında bir sözleşme yapılmaz.[87] Denkleştirme borcu da miras bırakana değil, o öldükten sonra diğer kanunî mirasçılara karşı söz konusudur.[88]. Diğer yandan denkleştirmede iade borcu sadece misliyle iade şeklinde değil aynen iade şeklinde de ortaya çıkabilir (TMK m. 671). Tüketim ödüncünde ise misliyle iade borcu vardır.

Denkleştirmenin aynen iade yoluyla yapılabilmesi açısından da kullanım ödüncü ile benzerliğinin olduğundan bahsedilebilir. Ancak denkleştirmede her şeyden önce tüketim ödüncünde olduğu malın iade edilmesi yönünde bir sözleşme yoktur. Miras bırakan ölmeden önce o eşyayı, ileride mirasçısı olabilecek bir kimseye, iş yeri açması ya da çeyiz yapması gibi çeşitli düşüncelerle; ama mülkiyeti onun olmak üzere vermektedir. Yoksa kullanıp o öldükten sonra terekeye iade etmesi için değil.

---

86 İmre-Erman, s. 482; Kocayusufpaşaoğlu, Miras Hukuku, s. 703; İmre, s. 666; Öztan, Miras Hukuku, s. 491.

87 Turan Başara, s. 30.

88 Eren, "Mirasta İade" (birinci bölüm), s. 350; İmre, s. 750; Kocayusufpaşaoğlu, Miras Hukuku, s. 450; İmre-Erman, s. 528; Gönensay-Birsen, s. 347; Antalya-Sağlam, s. 454; Dural-Öz, s. 327; Turanboy, s. 38; İnan-Ertaş-Albaş, s. 565; Turan Başara, s. 30; Özuğur, s. 399, 400; Günay, Mirasta Denkleştirme (İade) Davası ile Miras Sebebiyle İstihkak Davası, s. 97; Tüfek, s. 254.

Tüketim ödüncünde de ifade edildiği üzere kullanım ödüncündeki iade muhatabı ile denkleştirme yükümlüsü ve alacaklısı olan taraflar birbirinin aynı değildir. Zira söz konusu eşya üzerinde miras bırakan ölmeden önce farklı bir hukukî işlem, öldükten sonra muhtemel farklı bir hukukî işlem ve buna bağlı olarak farklı taraflar ortaya çıkmaktadır. Böylece denkleştirme ve kullanım ödüncü, yapılan hukukî işlemin niteliği, iadeyi talep edecek tarafın sonradan değişip değişmemesi, iade konusunun değişip değişmemesi yönleriyle birbirinden ayrılmaktadır.

III –DENKLEŞTİRMENİN HUKUKÎ MÂHİYETİ HAKKINDAKİ GÖRÜŞLER

Karşılaştırılan kurumlarla birlikte değerlendirildiği üzere, denkleştirme kendine has özellikleriyle diğer borç kaynaklarından farklılık göstermektedir. Bazen ismen bazen de kimi özellikleriyle denkleştirme farklı müesseselerle benzerlik gösterse de tam olarak örtüştüğü bir hukukî durumdan bahsetmek zordur. Bu nedenle mirasta denkleştirmenin hukukî mahiyeti doktrinde tartışmalıdır.

Denkleştirmenin hukukî niteliği ile ilgili doktrinde beyan edilen görüşler şu şekilde özetlenebilir:[89]

İlk görüşe[90] göre mirasta denkleştirme bir ön vasiyettir. Ön vasiyet miras bırakanın kanunî ya da atanmış mirasçılarından biri lehine yaptığı vasiyettir.[91] Ancak mirasta denkleştirmenin bir ön vasiyet olarak değerlendirilmesi mümkün değildir. Her şeyden önce denkleştirmede ön vasiyette alacak bir ölüme bağlı tasarruftan doğmaktadır. Denkleştirme borcu ise kanunda düzenlenmiştir. Diğer yandan ön vasiyette tereke borçlu durumda iken, denkleştirmede tam aksi bir durum söz konusudur.

---

89 Görüşler ve görüşler hakkında beyan edilmiş fikirler için bkz. Eren, "Mirasta İade" (birinci bölüm), s. 341 vd.; Turan Başara, s. 15 vd.; Kocayusufpaşaoğlu, Miras Hukuku, s. 439 vd.; Guısan, s. 202 vd.

90 Bu yöndeki görüşler için bkz. Eren, "Mirasta İade" (birinci bölüm), s. 341.

91 Kocayusufpaşaoğlu, Miras Hukuku, s. 262; Eren, "Mirasta İade" (birinci bölüm), s. 341; İmre, s. 184, 185; Serozan-Engin, s. 393, 394; Dural-Öz, s. 147.

Görüşlerden ikincisi[92] denkleştirmenin mahiyetini bir mükellefiyet olarak değerlendirmektedir. Mükellefiyet, miras bırakanın yaptığı ölüme bağlı bir tasarrufla ölüme bağlı tasarrufta bulunduğu şahsa, bu yolla yaptığı kazandırmaya bağlı olarak bir edim yükü getirmesidir.[93] Ancak bu görüş de denkleştirme kavramı ile örtüşmemektedir. Çünkü denkleştirme talep edilebilir bir borç iken, mükellefiyet bir borç olmayıp, sadece yerine getirilmesinde yararı olanlara bunu talep yetkisi verir. Ayrıca mükellefiyet bir amaç için konulurken, denkleştirme talebinde böylesi bir amaç yoktur.

Aynî görüşe[94] göre ise denkleştirmeyi talep yetkisi aynî bir etkiye sahiptir. Böylece denkleştirme borçlusu ve alacaklısı olan kanunî mirasçıların hisseleri kendiliğinden değişir. Bu görüş de tutarlı bulunmamaktadır; nitekim denkleştirme hisseleri değiştirme değil, zaten belli olan hisseler arası eşitliği sağlama işlemidir.

Hâkim görüşe[95] göre ise denkleştirme şahsî bir borçtur. Bazı görüşler bu borcu doğrudan kanuna dayandırırken, bazılarına göre de borç hem kanundan hem miras bırakanın iradesinden kaynaklanmaktadır[96].

IV– DENKLEŞTİRMENİN ŞARTLARI

Miras bırakanın mirasçılarına herhangi bir zamanda, herhangi bir niyetle yaptığı kazandırmanın denkleştirme işlemine tabi tutulması mümkün değildir. Denkleştirme talebine şayan bir kazandırma, bu kazandırmanın zamanı ve niteliği bazı özellikleri taşımalıdır. Buna göre denkleştirme işlemi için aşağıda sayılan şartlar bir arada bulunmalıdır:

---

92 Kocayusufpaşaoğlu, Miras Hukuku, s. 440. Ayrıca bkz. Eren, "Mirasta İade" (birinci bölüm), s. 342.

93 Köprülü, s. 180; Hatemi, s. 110; Kocayusufpaşaoğlu, Miras Hukuku, s. 281; Berki Ş., s. 64; Gönensay-Birsen, s. 144; İmre, s. 200; İnan-Ertaş-Albaş, s. 211; Serozan-Engin, s. 398; Öztan, Miras Hukuku, s. 295; Kılıçoğlu, Miras Hukuku, s. 140; Dural-Öz, s. 162 vd.; İmre-Erman, s. 141. Mükellefiyet kavramının geniş incelemesi için, Abdülkerim Yıldırım, Türk Hukukunda Ölüme Bağlı Tasarruflarda Şart ve Mükellefiyet, Türk Hukukunda Ölüme Bağlı Tasarruflarda Şart ve Mükellefiyet, Turhan Kitabevi, Ankara, 2014, s. 40 vd.

94 Guisan, s. 203 vd. Ayrıca bkz. Eren, "Mirasta İade" (birinci bölüm), s. 342.

95 Eren, "Mirasta İade" (birinci bölüm), s. 343; İmre, s. 725; Tüfek, s. 233; Şener, Miras Hukuku, s. 626; Özuğur, s. 411.

96 Bkz. Kocayusufpaşaoğlu, Miras Hukuku, s. 440.

A) KARŞILIKSIZ BİR KAZANDIRMANIN VARLIĞI

Denkleştirmenin konusu olarak nitelendirilen[97] bu şarta göre, her şeyden önce mirasbırakanın mirasçısına karşılıksız bir kazandırmada[98] bulunması gerekir.[99] Kazandırma bir kimsenin malvarlığına ekonomik değere sahip bir menfaatin sağlanması işlemidir.[100] Bu menfaat kazandırma yapılan kişinin aktifinin artması ya da pasifinin azalması şeklinde tezahür edebilir.[101] Ancak yapılan bu kazandırma karşılıksız (ivazsız) olmalıdır.[102]

Karşılıksız kazandırma denilince akla gelen ilk örnek bağışlamadır. Ancak doktrinde denkleştirmeye tâbi kazandırmanın mutlaka bağışlama niteliği taşımalarının gerekip gerekmediği tartışma konusu olmuştur.[103] Bununla beraber en azından TMK m. 669/II'nin "çeyiz"

---

97 İmre-Erman, s. 524; Eren, "Mirasta İade" (birinci bölüm), s. 353; Şener, Miras Hukuku, s. 628; Şener, İlmi Açıklama ve Kazai İçtihatlarla Mirasta, Tenkis, İade, İstihkak, s. 112; İmre, s. 744; Turan Başara, s. 43; Tüfek, s. 255; İnan-Ertaş-Albaş, s. 565; Günay, Mirasta Denkleştirme (İade) Davası ile Miras Sebebiyle İstihkak Davası, s. 71.

98 Kazandırma kelimesinin, ivazlı ya da ivazsız olarak yapılan ekonomik bir değer sağlanmasını ifade ettiği; buna karşılık teberruun ivazsız bir yarar sağlanmasını anlatmak üzere kullanıldığı, bu yüzden TKM'de kullanılmış olan teberru kelimesinin yerinde bir kullanım olduğu yönünde bkz. Eren, "Mirasta İade" (birinci bölüm), s. 354.

99 İmre-Erman, s. 524; İmre, s. 744; Turanboy, s. 34, 35; Dural-Öz, s. 331; Hatemi, s. 50; Öztan, Miras Hukuku, s. 511; Eren, "Mirasta İade" (birinci bölüm), s. 354; Antalya-Sağlam, s. 455; Kılıçoğlu, Miras Hukuku, s. 455; İnan-Ertaş-Albaş, s. 566; Turan Başara, s. 46; Günay, Mirasta Denkleştirme (İade) Davası ile Miras Sebebiyle İstihkak Davası, s. 71; Özuğur, s. 402; Tüfek, s. 255; Cem Baygın, Türk Miras Hukukunda Alacaklıların Korunması, Seçkin Yayınları, Ankara, 2005, s. 105.

100 İmre-Erman, s. 524; İmre, s. 744; Eren, "Mirasta İade" (birinci bölüm), s. 354; Günay, Mirasta Denkleştirme (İade) Davası ile Miras Sebebiyle İstihkak Davası, s. 78; Eren, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, s. 181; "Kazandırıcı muamele bir mamelekin eksilmesi sonucu, başka birinin malvarlığının çoğalmasıdır", Şener, Miras Hukuku, s. 630; Şener, İlmi Açıklama ve Kazai İçtihatlarla Mirasta, Tenkis, İade, İstihkak, s. 114; Necip Kocayusufpaşaoğlu-Hüseyin Hatemi-Rona Serozan-Abdülkadir Arpacı, Borçlar Hukukuna Giriş, Hukuki İşlem, Sözleşme, (Birinci Cilt), Filiz Kitabevi, 6. Baskı, İstanbul, 2014, s. 114, 115; Gözübüyük, s. 148.

101 İmre, s. 748, 749; Turan Başara, s. 47; İmre, s. 744; Eren, Mirasta İade (birinci bölüm), s. 354; Kocayusufpaşaoğlu-Hatemi-Serozan-Arpacı, s. 115; Gözübüyük, s. 148.

102 Kocayusufpaşaoğlu, Miras Hukuku, s. 464, 465; Turan Başara, s. 48; Turanboy, s. 34; Günay, Mirasta Denkleştirme (İade) Davası ile Miras Sebebiyle İstihkak Davası, s. 77; Öztan, Miras Hukuku, s. 511; Dural-Öz, s. 331; Antalya-Sağlam, s. 455; Eren, "Mirasta İade" (birinci bölüm), s. 354; Özuğur, s. 402; İnan-Ertaş-Albaş, s. 566; Tüfek, s. 255.

103 Tartışmalar için bkz. Kocayusufpaşaoğlu, Miras Hukuku, s.465, 466; Turan Başa-

deyiminden, kazandırmanın mutlaka bağışlama olması gerekmediği anlaşılmaktadır.[104] Dolayısıyla kazandırmadan kasıt sadece bağışlama olmayıp, bağışlamanın yanı sıra karma bağışlar, ahlaki ödevin ifası nedeniyle verilenler denkleştirmenin konusunu oluşturabilir.[105] Karma bağışın da denkleştirmeye konu kazandırma olabilmesinden çıkan sonuç ise, kazandırmanın tamamen veya kısmen karşılıksız olabilmesidir.[106]

Doktrinde mükâfatlandırıcı bağışlama olarak adlandırılan ve minnet duygusu dolayısıyla yapılan bağışlamalar ise bir görüşe göre tıpkı karma bağış gibi denkleştirmeye tâbi olmalıdır.[107] Diğer bir görüşe göre ise bu tür bağışlamalar ne denkleştirmeye ne de tenkise tabidir.[108] Minnet duygusuyla yapılan bir bağışta miras bırakan, kendisine karşı gerçekleştirilen bir davranıştan dolayı memnuniyetini bir nebze olsun ifade etmek üzere kazandırmada bulunduğu için, aslında o davranışın tam karşılığı kazandırmada yoktur. Fakat kişinin kazandırmadaki iradesi bunun daha sonra denkleştirilmesine yönelik de değildir. Bilâkis ona beğendiği davranışından dolayı bir ayrıcalık tanınması söz konusudur. Bu sebeplerle böyle bir kazandırma, karma bağış olarak nitelendirilebilirse de miras bırakanın iradesi bunun miras payına mahsup edilmesi yönünde olmadığından denkleştirmeye tâbi olmamalıdır. Ancak yapılan hizmete karşılık verilen bedelin açıkça fazla

---

ra, s. 50 vd.; Eren, "Mirasta İade" (birinci bölüm), s. 355; Dural-Öz, s. 332, 333.

104 Çeyizin ahlaki bir ödevin ifası olduğu tespiti ve örneği için bkz. Turan Başara, s.51.

105 Kocayusufpaşaoğlu, Miras Hukuku, s. 466; Turanboy, s. 34, 35; Dural/Öz, s. 332; Antalya-Sağlam, s. 455, 456; Baygın, s. 105. Ancak Yargıtay uygulamalarına göre ahlaki ödevin ifası ne denkleştirmeye ne de tenkise tabidir, Özuğur, s. 402. Bununla beraber denkleştirme konusu kazandırmaların yalnızca bağışlama olması görüşünden hareket eden yazarlar da vardır, bkz. İmre-Erman, s. 524; Turanboy, s. 34; ücretsiz iş görmelerin de denkleştirmeye konu olamayacağına dair, Baygın, s. 106.

106 İmre, s. 745; İmre-Erman, s. 524; Turanboy, s. 34; Eren, "Mirasta İade" (birinci bölüm), s. 354. Ayrıca karma bağışlarında denkleştirmenin konusu olabileceğini söyleyerek aynı yönde görüş beyanları için bkz. Dural-Öz, s. 332; Özuğur, s. 402; İnan-Ertaş-Albaş, s. 566.

107 Mükâfatlandırıcı bağışlama ve bunun denkleştirmeye tabi olması gerektiği yönündeki görüşler için bkz. Turan Başara, s. 54, 55.

108 Turanboy, s. 35; Günay, Mirasta Denkleştirme (İade) Davası ile Miras Sebebiyle İstihkak Davası, s. 76. Yargıtay'ın da bu görüşte olduğu ifade edilmiştir, bkz. Özuğur, s. 402. Konuyla ilgili kararı için 2. HD, 24.11.1983, E. 1983/7795, K. 1983/9208, http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.htm (erişim tarihi: 26.02.2016, saat 11.01).

olması hâlinde, aksi belirtilmedikçe alınanın iade edilmesi gerektiğini savunan bir görüş de mevcuttur.[109]

Bir kazandırmanın denkleştirmeye tabi olup olmayacağını saptamada temel sorun esasen mirasbırakanın o kazandırmayı yaparken içinde bulunduğu saiktir. Çünkü miras bırakanın niyeti eğer "ben bu kazandırmayı yapıyorum, ancak bu daha sonra miras payından indirilecek" ise kazandırma denkleştirmeye tâbi olmaktadır. Şayet mirasbırakan hiçbir şekilde irade beyanında bulunmamışsa da kanun denkleştirme iradesini var ya da yok saymaktadır.

B) KAZANDIRMANIN SAĞLARARASI BİR KAZANDIRMA OLMASI

Miras bırakanın mirasçısı lehine yaptığı kazandırma sağlar arası bir nitelik taşımalıdır.[110] Sağlararası hukukî işlemle, işlemi yapanın sağlığında ve onun malvarlığında hüküm ifade etmek üzere yapılan işlem kastedilmektedir.[111] Dolayısıyla denkleştirme için de kazandırmanın ifası ölüme bağlanmamış olmalı, miras bırakanın sağlığında ifa yapılmış olmalıdır.[112] TBK m. 290/2'ye göre "*Yerine getirilmesi bağışlayanın ölümüne bağlı bağışlamada, vasiyete ilişkin hükümler uygulanır*". O hâlde böylesi tasarruflar için denkleştirme uygulanmayacaktır. Zira ölüme bağlı tasarruflar için denkleştirme söz konusu değildir.[113]

---

109 "… Miras bırakanın… füruun kendisine görülen hizmete karşılık yaptığı teberruun, görülen hizmetle uygun düşmeyecek derecede fazla olması gibi hallerde de, iadeden açıkça istisna edilmedikçe, iade yükümü vardır", Gönensay-Birsen, s. 347.

110 Kocayusufpaşaoğlu, Miras Hukuku, s. 467; İmre, s. 744, 747; İmre-Erman, s. 525; Turanboy, s. 34; Turan Başara, s. 55; Günay, Mirasta Denkleştirme (İade) Davası ile Miras Sebebiyle İstihkak Davası, s. 80; Hatemi, s. 50; Eren, "Mirasta İade" (birinci bölüm), s. 357; Antalya-Sağlam, s. 456; Kılıçoğlu, Miras Hukuku, s. 455; Özuğur, s. 403; Öztan, Miras Hukuku, s. 511; Tüfek, s. 256; İnan-Ertaş-Albaş, s. 566; Berki A. H., s. 296; Köprülü, s. 410; Şener, Miras Hukuku, s. 631.

111 Eren, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, s. 170; Erman, s. 77; Kocayusufpaşaoğlu-Hatemi-Serozan-Arpacı, s. 114 vd.; Kılıçoğlu, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, s. 51.

112 İmre, s. 747; İmre-Erman, s. 525; Günay, Mirasta Denkleştirme (İade) Davası ile Miras Sebebiyle İstihkak Davası, s. 80; Özuğur, s. 403; Tüfek, s. 261.

113 Kocayusufpaşaoğlu, Miras Hukuku, s. 467; İmre, s. 747; İmre-Erman, s. 526; Turanboy, s. 34; Günay, Mirasta Denkleştirme (İade) Davası ile Miras Sebebiyle İstihkak Davası, s. 80; Dural-Öz, s. 332; Antalya-Sağlam, s. 456; Özuğur, s. 403; Tüfek, s. 261; Berki, A. H., s. 296; İnan-Ertaş-Albaş, s. 566. Yargıtay İBK, T. 12.10.1988, E. 2 – 326, K. 785, Özkan, s. 478.

C) KAZANDIRMANIN MİRASBIRAKANIN MALVARLIĞINDAN YAPILMIŞ OLMASI

Miras bırakan kazandırmayı kendi malvarlığından yapmış olmalıdır.[114] Dolayısıyla mirasbırakanın mirasçısına başkasının malvarlığından yaptığı kazandırma denkleştirme konusu olamaz.[115] Gerçekten de denkleştirme ile amaçlanan, mirasbırakanın malvarlığını hiç kazandırma yapmamış haline döndürmek ve bunun üzerinden taksimi yapmaktır. Oysa başkasının malvarlığından yapılan kazandırmanın da denkleştirilmesini istemek, bu şekilde denkleştirme isteyen mirasçıya, kazandırma alan mirasçının hakkını gasp etme yetkisi vermek demektir.

Kazandırmanın, bizzat mirasbırakanın malvarlığından yapılmış olması şartının bir diğer yönü de, denkleştirmenin, sadece bu kazandırmayı yapan kimsenin mirasının paylaşımında talep edilebilmesidir.[116] Bu yüzden denkleştirme alacaklısı miras bırakanı öldüğünde şayet bu alacağını talep etmemişse, denkleştirme borçlusuyla birlikte yine birlikte mirasçı olduğu başka bir miras paylaşımında bunu ileri süremez.

D) KAZANDIRMA MİRASBIRAKANIN YASAL MİRASÇISINA YAPILMIŞ OLMALIDIR

TMK m. 669/1'in "Yasal mirasçılar…" şeklinde başlayan ve denkleştirme kuralını anlatan hükmü gereği, denkleştirme konusu kazandırma yasal mirasçıya yapılmış olmalıdır. TMK m. 495 ve devamında yasal mirasçılar altsoy, ana – baba, büyük ana ve büyük baba, evlilik dışı hısımlar, sağ kalan eş, evlatlık ve devlet olarak sayılmıştır. Dolayısıyla mirasbırakana hangi kişi mirasçı olmuşsa kazandırma da o kimseye yapılmış olmalıdır. Esasında "mirasçıya kazandırma yapılmış olma" şartını şu şekilde anlamak gerekir: TMK m. 495 ve devamında sayılan kimseler aslında mirasçı olma ihtimali olan kimselerdir. Nite-

114 Kocayusufpaşaoğlu, Miras Hukuku, s. 467; İmre, s. 747; İmre-Erman, s. 525; Antalya-Sağlam, s. 456; Tüfek, s. 261; İnan-Ertaş-Albaş, s. 566; Baygın, s. 105.

115 Turan Başara, s. 57. Ayrıca bu yönde bkz. Yargıtay 14. HD, T. 30.3.2017, E. 2017/93, K. 2017/2527, http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/dsp.php?fn=14hd-2017-93.htm&kw=mirasta+denkle%C5%9Ftirme#fm (erişim tarihi: 29.11.2017).

116 Turan Başara, s. 57.

kim miras hukukumuzda zümre esası geçerlidir;[117] örneğin altsoy ve devamında mirası alacak kimse kalmadıkça ana – baba zümresi mirasçı olamaz. O hâlde kural ile anlatılmak istenen, kazandırmayı alanın mirasbırakana mirasçı olması şartıdır. Yoksa sağlığında oğlundan sağlararası bir kazandırma almış olan bir anneden, torunları paylaşım sırasında denkleştirme talep edemez. Zira anne altsoy varken mirasçı olamaz.

Mirasçılık sıfatını mirası ret, mirasçılıktan çıkarma gibi herhangi bir sebeple kazanamamış olan kimse kazandırmayı almış olsa bile denkleştirme ile yükümlü değildir.[118] Böyle bir durumda mirasçılık sıfatını kaybetmiş mirasçının yerine geçen mirasçılar, paylarında meydana gelen artış oranında denkleştirme ile yükümlü olmaktadırlar (TMK m. 670).

Atanmış mirasçılara kazandırma yapılmış olsa da onlar denkleştirme ile yükümlü değildir.[119]

E) KAZANDIRMA MİRASÇININ MİRAS PAYINA MAHSUBEN YAPILMIŞ OLMALIDIR

Mirasbırakan tarafından mirasçılara yapılan sağlararası kazandırmalar TMK m. 669/1 gereği ancak mirasçının miras payına mahsuben yapıldıkları ölçüde denkleştirmeye tâbi olurlar. Diğer bir deyişle

---

117 İmre, s. 23; Kocayusufpaşaoğlu, Miras Hukuku, s. 58; Dural-Öz, s. 18; Serozan-Engin, s. 161 vd.; Gönensay-Birsen, s. 11; Hatemi, s. 14 vd.; Öztan, Miras Hukuku, s. 39; İmre-Erman, s. 16, 17; Berki A. H., s. 175; Köprülü, s. 41 vd.; İnan-Ertaş-Albaş, s. 81; Kılıçoğlu, Miras Hukuku, s. 26; Kılıçoğlu, Medeni Kanunumuzun Aile – Eşya – Miras Hukukuna Getirdiği Yenilikler, s. 316; Sarı, s. 29.

118 Kocayusufpaşaoğlu, Miras Hukuku, s. 441, 447; İmre-Erman, s. 523; İmre, s. 740; Turan Başara, s. 185 vd.; Antalya-Sağlam, s. 452; Dural-Öz, s. 325, 326; Özuğur, s. 402; Gönensay-Birsen, s. 344, 345, 348; Günay, Mirasta Denkleştirme (İade) Davası ile Miras Sebebiyle İstihkak Davası, s. 89; Turanboy, s. 37; Berki A. H., s. 295, 297; Yargıtay 1. HD, T. 8.7.2011, E. 3353, K. 8055 (Özkan, s. 480) , "Lehine kazandırmada bulunulan ve saklı payından fazlasını alan mirasçı mirası ret etmişse, diğer mirasçıların saklı paylarına tecavüz olmadığı takdirde, bu kazandırmayı muhafaza eder", Öztan, Miras Hukuku, s. 518.

119 İmre, s. 738; İmre-Erman, s. 522, 523; Turanboy, s. 35; Günay, Mirasta Denkleştirme (İade) Davası ile Miras Sebebiyle İstihkak Davası, s. 90; Eren, "Mirasta İade" (birinci bölüm), s. 349; Gönensay-Birsen, s. 344, 347; Antalya-Sağlam, s. 452; Berki A. H., s. 295. Aksi yönde Berki Ş., s. 221; atanmış mirasçının kural olarak denkleştirme yükümlüsü olmadığı ancak miras bırakanın onu denkleştirme ile yükümlü kılabileceğine dair bkz. Serozan-Engin, s. 642; Özuğur, s. 402; Öztan, Miras Hukuku, s. 509.

mirasbırakan bu kazandırmayı mirasçısına, daha sonra miras payının içinde hesap edilmek, ondan indirilmek üzere yapmış olmalıdır.

Mirasbırakanın söz konusu kazandırmasının denkleştirmeye tâbi olup olmadığını tespit ederken, ilk olarak göz önünde bulundurulacak husus mirasbırakanın iradesidir.[120] Şayet mirasbırakanın denkleştirme konusunda bir iradesi tespit edilememişse m. 669/2 devreye girecektir.[121] Nitekim m. 669/2'ye göre altsoyun çeyiz, bir malvarlığı veya kuruluş sermayesi alması ya da borçtan kurtarılması gibi aldığı kazandırmalar denkleştirmeye tabidir. Madde sadece altsoy olarak belirleme yaptığı için de diğer mirasçılar bu karinenin dışında kalmakta ve denkleştirmeye tâbi olmama karinesine dâhil olmaktadırlar. O hâlde tasarrufun akıbetinin belirlenmesine sebep olan mirasbırakanın iradesi, içeriği kadar iradenin tespiti bakımından da önem arz etmektedir.

Miras bırakanın denkleştirmeden muaf tutma iradesi için ilk olarak söylenmesi gereken, bu iradenin açık olmasıdır.[122] İradenin açık olmasından kasıt, başkaca bir unsur gerekmeksizin içeriğinin anlaşılabilmesidir.[123] Denkleştirmeden muaf tutma iradesi, söz, yazı ya da işaretle belirtilebilir veya cümlenin mefhumu muhalifinden bu irade anlaşılabilir.[124] Ancak zımnî irade beyanları muafiyet sonucunu doğur-

120 Kocayusufpaşaoğlu, Miras Hukuku, s. 468; İmre, s. 747; İmre-Erman, s. 526; Günay, Mirasta Denkleştirme (İade) Davası ile Miras Sebebiyle İstihkak Davası, s. 74; Eren, "Mirasta İade" (ikinci bölüm), s. 720; Köprülü, s. 411, 412; İnan-Ertaş-Albaş, s. 567; Dural-Öz, s. 321; Özuğur, s. 403; Tüfek, s. 260; Serozan-Engin, s. 642; Baygın, s. 106; Aydın-Ünver, s. 114.

121 İmre, s. 747; İmre-Erman, s. 526; Kocayusufpaşaoğlu, Miras Hukuku, s. 468; Köprülü, s. 411, 412; İnan-Ertaş-Albaş, s. 567; Eren, "Mirasta İade" (ikinci bölüm), s. 720; Dural-Öz, s. 333; Aydın-Ünver, s. 114; Öztan, s. 502; Özuğur, s. 403; Tüfek, s. 260; Günay, Mirasta Denkleştirme (İade) Davası ile Miras Sebebiyle İstihkak Davası, s. 74; Baygın, s. 106. "Kanun koyucu;… mirasbırakanın altsoyunun arasında eşitsizliği bozmak istemediğini, şu halde altsoydan birisine kazandırma yapınca, bunu "caba"dan değil, miras hissesine mahsuben yaptığını kabul etmiştir", Hatemi, s. 50.

122 Kocayusufpaşaoğlu, Miras Hukuku, s. 456 vd.; İmre, s. 733; İmre-Erman, s. 519; Eren, "Mirasta İade" (ikinci bölüm), s. 723; Gönensay-Birsen, s. 347; Hatemi, s. 50; Turan Başara, s. 61; Antalya-Sağlam, s. 459; Dural-Öz, s. 330; Özuğur, s. 403; Öztan, Miras Hukuku, s. 511; Köprülü, s. 412; Tüfek, s. 271; Berki, A. H., s. 296. Miras bırakanın oğluna taşınmazını kayıtsız ve koşulsuz olarak bağışladığından iade davasının dinlenmeyeceğine dair, Yargıtay 2. HD. T. 15.9.2014, E. 2014/17095, K. 2014/17454 (Özuğur, s. 425).

123 Yargıtay HGK 17.1.1962 tarihli, Esas:2/61, Karar: 6 (Karar için bkz. Kocayusufpaşaoğlu, Miras Hukuku, s. 457; Tüfek, s. 271).

124 Yargıtay HGK 17.1.1962 tarihli, Esas:2/61, Karar: 6 (Karar için bkz. Kocayusufpa-

maz.[125] Yine denkleştirmeden muaf tutma adına yapılmış olan irade beyanı, kazandırmanın tümü ya da bir kısmı için yapılmış olabilir.[126] İrade beyanı bir şekil şartına tâbi değildir.[127] Dolayısıyla bir ölüme bağlı tasarruf şekline bağlı olarak yapılması gerekmez.[128] Doktrinde denkleştirmeden muafiyet beyanının kazandırmadan önce veya sonra yapılabileceği ifade edilmiştir.[129] Ancak esasında bu konuyu denkleştirmeye tabi tutma veya denkleştirmeden muaf tutma beyanının hukukî niteliği ile birlikte değerlendirmek gerekir.

Doktrinde söz konusu beyanın iki taraflı mı tek taraflı mı işlem olduğu ve işlemin sağlararası işlem mi yahut ölüme bağlı tasarruf mu olduğu konusunda tartışma mevcuttur.[130] Bir görüşe[131] göre bu beyan bir ölüme bağlı tasarruf olup tıpkı diğer ölüme bağlı tasarruflar gibi mirasbırakan tarafından serbestçe geri alınabilir. İkinci görüşe[132] göre ise durum sağlararası ve iki taraflı bir hukuki işlemdir ve bu tür işlemlerin özelliklerini taşır. Karma nitelikteki son görüşe[133] göre ise bu irade beyanı hem sağlararası işlem hem de ölüme bağlı tasarruf karakterine sahiptir. Nihayet, denkleştirme yükümlülüğünü emreden veya kaldıran beyanın iki taraflı veya tek taraflı olmasına göre geri alınmasının da değiştiğini beyan eden bir görüş de mevcuttur.[134]

İlk olarak belirtilmelidir ki denkleştirmeyi emreden veya denkleştirme yükümlülüğünü kaldıran beyan maddî anlamda bir ölüme

---

şaoğlu, Miras Hukuku, s. 456, 457; Tüfek, s. 271).

125 Eren, "Mirasta İade" (ikinci bölüm), s.723; aynı yönde Dural-Öz, s. 330; İmre-Erman, s. 519; İmre, s. 733.

126 Eren, "Mirasta İade" (ikinci bölüm), s. 723.

127 İmre-Erman, s. 519; Dural-Öz, s. 329; Serozan-Engin, s. 642; Özuğur, s. 403; Eren, "Mirasta İade" (ikinci bölüm), s. 722; Emrehan İnal, "Denkleştirme ve Tenkis Davalarında Parası Mirasbırakan Tarafından Ödenerek Mirasçılardan Biri Adına Alınan Taşınmazın Durumu", İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Cilt: 65, Sayı:2, (s. 275 – 298), s. 278 http://dergipark.ulakbim.gov.tr/iuhfm/issue/archive (erişim tarihi: 27.3.2016, saat: 22.01); Berki Ş., s. 224.

128 İmre, s.734; Eren, "Mirasta İade" (ikinci bölüm), s. 722; Berki Ş., s. 224.

129 İmre-Erman, s. 519; İmre, s.734; Özuğur, s. 403; Berki Ş., s. 224; Antalya-Sağlam, s. 458; Dural-Öz, s. 330; Öztan, s. 511; Eren, "Mirasta İade" (ikinci bölüm), s. 721.

130 Tartışmalar için bkz. Kocayusufpaşaoğlu, Miras Hukuku, s. 458 vd.; Eren, "Mirasta İade" (ikinci bölüm), s. 721 vd.; Dural-Öz, s. 330.

131 Görüş taraftarları için bkz. Eren, "Mirasta İade" (ikinci bölüm), s. 722.

132 Bkz. Eren, "Mirasta İade" (ikinci bölüm), s. 721, 722.

133 Bkz. Dural-Öz, s. 330.

134 Kocayusufpaşaoğlu, Miras Hukuku, s. 462; Dural-Öz, s. 331.

bağlı tasarruftur.[135] Zira burada tereke üzerinde etkili olan ve ölümden sonra hüküm ifade eden bir tasarruf söz konusudur. Şu hâlde söz konusu ölüme bağlı tasarruf, kazandırmanın bir sağlararası işlem veya miras payının ön ödemesi olması bakımından kilit bir rol üstlenmektedir. Dolayısıyla maddî olarak ölüme bağlı tasarruf niteliği taşımasının yanında, kazandırma konusu nesnenin bir bağışlama veya miras payına mahsuben verilen bir nesne olmasına yol açan bir özellik de taşımaktadır.

Denkleştirmeyi emreden veya kaldıran beyan, kazandırma konusunun bir unsurudur da denilebilir. Şöyle ki miras bırakanın altsoyuna henüz hayattayken bir malvarlığı devrettiğini düşünelim. Bu kazandırma kanunen denkleştirmeye tâbidir. Mirasbırakan zikretmese de kanunu bilmemek mazeret sayılmadığından, altsoy bunun payına mahsup edilmek üzere verilen bir kazandırma olduğunu bilmekte ve nesneyi o özelliği ile kabul etmektedir. Ancak mirasbırakan bu malvarlığını sonradan denkleştirmeye tâbi olmayacağını beyan ederek verse idi, o zaman altsoy onu bağışlama olarak kabul edecekti. Görüldüğü üzere söz konusu beyan, bizzat tasarruf konusu malvarlığı ve iradelerin bu konu üzerinde uyuşması ile ilgilidir. Dolayısıyla denkleştirme yükümlülüğü yükleyen veya bu yükümlülüğü ortada kaldıran beyan, maddî anlamda ölüme bağlı bir tasarruftur. Ancak şeklî anlamda da tarafların arasında var olan ilişkinin bir unsurudur.

İkinci olarak denkleştirme borcu yükleyen veya denkleştirme yükümlülüğünü kaldıran beyan, yerine göre tek taraflı veya iki taraflı hukukî işlem niteliğinde olabilir. Şöyle ki; altsoy dışındaki mirasçıların aldıkları sağlararası kazandırmalar için kural olarak denkleştirme yükümlülükleri yoktur. Ancak mirasbırakan bunların denkleştirmeye tâbi olmalarını beyan edebilir. Bu beyan şayet kazandırmanın yapıldığı anda mirasbırakan tarafından zikredilmiş ve mirasçı da böylece kabul etmişse, irade beyanı tek taraflı bir hukukî işlem özelliği taşır. Ancak verilmesi anında denkleştirmeye tâbi olduğu söylenmemiş bir kazandırma için aynı durum söz konusu değildir. Zira kazandırma bir bağışlama ise bağışlananın konuyu kabulünden sonra bağışlamadan

135 Kocayusufpaşaoğlu, Miras Hukuku, s. 454. Bu yöndeki görüşler için bkz. Dural-Öz, s. 329; Eren, "Mirasta İade" (birinci bölüm), s. 720.

dönülemez (TBK m. 293). Bağışlanan şeyin kabulünden sonra bağışlayan tek taraflı olarak bağışlama sözleşmesini dönerek ortadan kaldıramaz. O hâlde bu durumda iki taraflı bir hukukî işlem meydana gelmektedir.

Altsoy mirasçılar içinse kural denkleştirmenin yükümlülüğünün olduğu yönündedir. Yine altsoy kazandırmayı alırken farklı yönde bir irade mevcut değilse, bunu bilerek aldığı var sayılır. Mirasbırakan altsoyuna böyle bir kazandırmada bulunduktan sonra, artık denkleştirmeye olmayacağını beyan etse bile, denkleştirme yükümlülüğünün doğmaması için yine iki taraflı bir hukukî işleme ihtiyaç vardır. Çünkü altsoy kazandırma konusunu bu şekilde kabul etmezse bağışlama sözleşmesi kurulmuş olmaz.

Sonuç olarak denkleştirme yükümlülüğü yükleyen veya bu yükümlülükten kurtaran irade beyanının tek veya iki taraflı olması, ekseriyetle işlemin bağışlama olup olmaması noktasında kilitlenmektedir.

Kanun koyucu tüm miras hukukunda temel prensip olarak göz önünde bulundurduğu "miras bırakanın iradesinin önceliği" kuralını, denkleştirme maddelerinde de devam ettirmektedir. Nitekim TMK m. 669/1'in "…miras paylarına mahsuben elde ettikleri…" lafzından, miras bırakanın bu iradesinin açık bir şekilde ortaya konmasının gerektiği anlaşılmaktadır. Bununla beraber bir müspet veya menfi bir irade ortaya konulmamış da olabilir. Böyle bir durumda da m. 669 devreye girmektedir. İşte denkleştirmenin konusunu da asıl olarak bu iki durum şekillendirmektedir: Mirasbırakanın irade beyanı ve m. 669. Şöyle ki, denkleştirilecek değeri tespit ederken bakılması gereken ilk kıstas, mirasbırakanın "bu değer payına mahsubendir" demesidir. Ancak mirasbırakan hiçbir şey dememişse, ikinci adımda kanun koyucunun onun yerine bu ifadeyi kullanıp kullanmadığına bakılmaktadır. Kademeli olarak yapılan bu değerlendirme ile de verilen maddi değerin denkleştirmeye konu olup olmadığı saptanmaktadır. Söz konusu saptama miras bırakanın iradesinin olduğu durumlarda özellik arz etmez; irade yönünde hareket edilir. Ancak karineden yola çıkılırsa, mirasçının tâbi olduğu zümreye göre değerlendirme yapmak gerekir. Dolayısıyla mirasçının bulunduğu zümreye göre denkleştirmenin konusunu şu şekilde tasnif edilebilir:

1) Altsoy Mirasçılar Dışındaki Mirasçılar İçin Denkleştirmenin Konusu

TMK m. 669/2, örnekseyici[136] bir sayım yaparak belirtilen karşılıksız kazandırmalar gibi altsoya verilmiş olan maddi değerlerin, aksi açıkça anlaşılmadıkça denkleştirmeye tâbi olacaklarını ifade etmektedir. Hüküm sadece altsoydan bahsettiği için de anlaşılmaktadır ki altsoy dışındaki diğer mirasçılar için kural olarak böyle bir yükümlülük söz konusu değildir. Dolayısıyla bu mirasçılara verilen değerlerin denkleştirmeye tâbi tutulması için mirasbırakanın denkleştirme yönündeki iradesi aranmak durumundadır.[137] Böylece altsoy dışındaki mirasçılar için denkleştirmenin konusu, ilk kalem olarak, mirasbırakanın denkleştirmeye tâbi olacağı yönünde iradesini beyan ettiği kazandırmalardır.

Altsoy dışındaki mirasçıların denkleştirecekleri değerler yönünden göz önünde tutulması gereken diğer bir madde TMK m. 672'dir. Nitekim hüküm, "mirasçı" şeklinde ifade edilmesinden hareketle, sadece altsoy mirasçılara değil diğer mirasçılara da şâmildir.[138] Maddeye göre "*Yapılan kazandırma miras payını aştığı takdirde mirasçı, miras bırakanın bunu kendisine bırakmak istediğini ispat ederse, bu fazlalık denkleştirmeye tabi olmaz. Diğer mirasçıların tenkise ilişkin hakları saklıdır*". Bu maddenin vaz ediliş sebebi, m. 669'daki denkleştirme kuralının, sade-

136 Berki A. H., s. 296; Eren, "Mirasta İade" (ikinci bölüm), s. 726; Gönensay-Birsen, s. 347; İmre, s. 750; Günay, Mirasta Denkleştirme (İade) Davası ile Miras Sebebiyle İstihkak Davası, s. 84; İmre-Erman, s. 528; Turan Başara, s. 64; Tüfek, s. 257; İnan-Ertaş-Albaş, s. 569; Aydın-Ünver, s. 125. Konunun doktrinde tartışmalı olduğu da ifade edilmiştir, bkz. Eren, "Mirasta İade" (ikinci bölüm), s. 725; İmre, s. 749, 750.

137 Kocayusufpaşaoğlu, Miras Hukuku, s. 444, 446; İmre, s. 736; Gönensay-Birsen, s. 346; Dural-Öz, s. 323; Eren, "Mirasta İade" (birinci bölüm), s. 345; Antalya-Sağlam, s. 453; Özuğur, s. 401; Serozan-Engin, s. 453; İmre-Erman, s. 520; İnal, s. 278; Öztan, Miras Hukuku, s. 512; Tüfek, s. 243; İnan-Ertaş-Albaş, s. 571. "…Fürudan gayri mirasçılar için müteveffanın iradesine müstenit iade borcunun, sarahaten emredilmiş olması gerekmez. Hal ve şartlardan bunun zımnen dahi anlaşılabilmesi iadenin doğumu için kanaatimizce kâfidir…", Eren, "Mirasta İade" (birinci bölüm), s. 345.

138 Kocayusufpaşaoğlu, Miras Hukuku, s. 479; Tüfek, s. 282, 283. Konu incelenirken "mirasçı" şeklinde denkleştirme borçlusunu belirten bu yöndeki görüşler için bkz. Gönensay-Birsen, s. 351; Dural-Öz, s. 341, 342; Antalya-Sağlam, s. 458; Özuğur, s. 413, 414; Öztan, Miras Hukuku, s. 513. Aksi yönde İmre, s. 753; İmre-Erman, s. 530. Buna karşılık sadece miras bırakanın emretmesi halinde altsoy dışındaki mirasçının miras payını aşan kısmı denkleştirme ile mükellef olacağına dair bkz. Eren, "Mirasta İade" (ikinci bölüm), s. 731.

ce miras payından mahsup edilebilecek, diğer bir deyişle miras payı değerinden az veya miras payına eşit olan kazandırmalara hasredilmesi olsa gerektir. Zira miras payını aşan kazandırmaların akıbeti m. 669'da düzenlenmemiştir.

TMK m. 669 ve m. 672 birlikte değerlendirildiğinde ortaya çıkan sonuç şudur: Öncelikle mirasbırakanın miras payının tamamına kadarki bölümü için denkleştirme olacağı yönünde açık bir iradesi varsa buna göre hareket edilir. Yoksa m. 669/2'deki karine devreye girer ve bu karine gereğince kazandırma denkleştirmeye tâbi olmaz. Miras payından fazla olan kısım, kanunun deyimiyle aşan kısım için ise, miras bırakanın bu kısmı mirasçısına bırakmak istediğine dair iradesini ispat etmesi gerekmektedir (TMK m. 672).

Altsoy dışındaki bir mirasçının bu ispat konusunda m. 669'dan anlaşılan denkleştirmeme yönündeki karineye dayanıp dayanamayacağı tartışmalıdır. Bir görüşe[139] göre altsoy dışındaki mirasçının denkleştirme borçlusu olabilmesi için miras bırakanın bunu emretmesi gerektiğinden, miras payını aşan kısmın denkleştirilmesi için de aynı şekilde emri gerekir. Bu görüşten çıkan sonuca göre, altsoy dışındaki mirasçının, fazla kısmın kendisinde bırakılmak istendiği yöndeki ispatı gerekmeyip, denkleştirme talebinde bulunan mirasçının denkleştirme olması gerektiği yönündeki iradeyi ispat etmesi gerekmektedir. Dolayısıyla altsoy dışındaki mirasçı için miras payının tamamına kadar olan kısımda var olan denkleştirmeme yönündeki karine, payı aşan kısma da sirayet eder. İkinci görüşe[140] göre ise, altsoy dışındaki mirasçı kazandırmanın miras payını aşan kısmının kendisinde kalmasını istiyorsa bunu ispat etmelidir. Zira denkleştirme alacaklısından mirasbırakanın denkleştirme emrinin yanında bunun miktarını da ispat etmesini istemek aşırı bir çözümdür.[141]

TMK m. 672'nin düzenlenmesine bakıldığında altsoy – altsoy dışı mirasçı ayrımı yapmadığı açıkça görülür. Dolayısıyla madde olduğu şekliyle tüm mirasçılara uygulanır. Ancak bu uygulama kanun koyucunun denkleştirme müessesini düzenlerken güttüğü amaca uygun

139 Eren, "Mirasta İade" (ikinci bölüm), s. 731. Aynı yönde görüş için bkz. İmre, s. 753; İmre-Erman, s. 530.
140 Kocayusufpaşaoğlu, Miras Hukuku, s. 479; Tüfek, s. 283.
141 Kocayusufpaşaoğlu, Miras Hukuku, s. 479.

olmalıdır. Kanun koyucu denkleştirme hükümlerini düzenlerken, mirasbırakanın altsoy için eşit davranma isteği içinde olacağını düşünmüş, ancak diğer mirasçıları faraziyeden ayrı tutmuştur. İşte m. 672 de bu doğrultuda uygulanmalıdır. Buna göre altsoya verilen kazandırma hakkında mirasbırakan açıkça bunun miras payına denkleştirileceği iradesinde bulunmuşsa (ya da böyle bir iradede bulunmasa bile karine olarak), bu irade mirasbırakanın altsoy mirasçısının miras payını ölümünden önce vermek istediği olarak yorumlanır. Buna karşılık verilen kazandırma payı aşmışsa, mirasbırakan bunu önemsemeyip altsoy mirasçıda kalmasını istemiş olabilir. Ancak pay için denkleştirme iradesi varsa veya varsayılıyorsa, büyük bir ihtimalle aşan kısmın da denkleştirilmesini de ister. İşte bu yüzden kanun koyucu m. 672'de mirasçıdan ispat istemiştir.

Altsoy dışındaki mirasçının durumu altsoy mirasçılarda olduğu gibi değildir. Onlar, payına mahsuben verilenleri dahi ancak emredilmesi hâlinde denkleştirilmesi için terekeye verirler. Kazandırmanın payı aşması durumunda altsoy dışındaki mirasçıdan sert bir ispat istemek ise miras bırakanın karine olarak "miras payına kadarını istemiyorum, ama aşan kısmı iade et" demesi şeklinde olağan hayat için mümkün ama çok uç bir yoruma yol açar. Bu sebeple m. 672 altsoy mirasçılara da aynı şekilde uygulanmalı ve lafzı gereği altsoy dışındaki mirasçıdan da ispat istenmelidir. Bu uygulama doğrudan kanunun lâfzı gereğidir. Ancak ispat konusunda hâkim altsoy dışındaki mirasçının miras payına kadarki kısım için var olan ya da varsayılan iradeleri de göz önünde bulundurmalıdır.

TMK m. 669'un aksine m. 672'de, kazandırmanın denkleştirmeye tâbi olması yönündeki iradenin açık olmasının gerekmediği ifade edilmektedir.[142]

Nihayet altsoy dışındaki mirasçılara verilen olağan hediyeler ve yapılan evlenme giderleri TMK m. 675 gereği denkleştirmeye tâbi değildir. Olağan hediye ile kastedilen büyük bir ayrıcalık sunma durumu olmayıp, doğum, evlenme, başarı elde edilmesi gibi durumlarda verilen değerlerdir.[143] Hediyenin olağan olup olmadığını belirlemede

142 Gönensay-Birsen, s. 351; Eren, "Mirasta İade" (ikinci bölüm), s. 730; Dural-Öz, s. 342; İmre-Erman, s. 530; İmre, s. 753; Tüfek, s. 282.

143 Eren, "Mirasta İade" (ikinci bölüm), s.735; Kocayusufpaşaoğlu, Miras Hukuku, s.

göz önünde bulundurulan husus, tarafların ekonomik durumu ya da o çevrede yaşayanların olağan hediye anlayışları olabilir.[144] Hediyenin olağan hediye değerini aşması durumunda da aşan kısmın mı yoksa hediyenin tümüyle mi denkleştirmeye tabi olduğu konusunda görüş birliği yoktur. Bir görüşe[145] göre kazandırma tümüyle denkleştirmeye tâbi olması gerekirken; diğer bir görüşe[146] göre sadece aşan kısmın denkleştirilmesi gerekir. Esasında hediye olağan dışı olduğu zaman da olağan olduğu zaman da miras bırakan bu hediyeyi çeşitli saiklerle; ancak denkleştirmeye tâbi tutma amacında olmadan vermektedir. Mirasbırakanın burada içinde bulunduğu düşünce, verdiği şeye mirasçısının bundan sonra hep mâlik olmasıdır. Dolayısıyla hem olağan hem olağan dışı hediyelerin denkleştirmeye tâbi olmaması gerekir.

Evlenme giderleri konusu ise doktrinde genel olarak altsoya yapılan evlenme giderleri olarak incelenmektedir.[147] Oysa TMK m. 672/1'de "altsoy" gibi özel bir belirleme yapılmamıştır. Buna karşılık m. 672/2'de sadece altsoy için yapılan çeyiz giderlerinden bahsedilmiştir. Dolayısıyla bundan çıkan sonuç, her ne kadar hayatın olağan akışına göre yapılacak evlenme gideri altsoya yapılacak olsa da fıkranın lâfzı gereği mümkün hallerde altsoy dışındaki mirasçılar için de geleneğe uygun evlenme gideri denkleştirmenin dışında tutulmalıdır.

2) Altsoy Mirasçılar İçin Denkleştirmenin Konusu

a) Miras Payına Mahsuben Aldığı Kazandırmalar

Altsoy mirasçıların denkleştirme için geri verecekleri kazandırmaları tespit ederken bakılacak ilk kıstas, mirasbırakanın bu yöndeki iradesidir.[148] Söz konusu kural miras hukukunda mirasbırakanın iradesi-

---

477; Berki Ş., s. 226, 227; Gönensay-Birsen, s. 356; İmre-Erman, s. 518; Özuğur, s. 405; Turanboy, s. 40; Berki A. H., s. 301; Tüfek, s. 267.

144 Eren, "Mirasta İade" (ikinci bölüm), s. 736. Aynı yönde Berki ş., s. 226; Gönensay-Birsen, s. 356; Dural-Öz, s. 340, 341; Özuğur, s. 405; Berki A. H., s. 301.

145 Bu yönde görüş için bkz. Eren, "Mirasta İade" (ikinci bölüm), s. 736.

146 Bu yönde görüşler için bkz. Kocayusufpaşaoğlu, Miras Hukuku, s. 478; Yargıtay 2. HD. T. 25.4.2011, E. 4629, K. 6951 (Özkan, s. 479). Buna karşılık bir görüşe göre de kazandırma bölünebilir nitelikte ise sadece aşan kısım, bölünemeyen nitelikte ise tümü itibariyle denkleştirmeye tabi olmalıdır, Dural-Öz, s. 341.

147 Dural-Öz, s. 335; Berki Ş., s. 227; Özuğur, s. 406; Eren, "Mirasta İade" (ikinci bölüm), s. 731, 732; Turanboy, s. 40.

148 Kocayusufpaşaoğlu, Miras Hukuku, s. 468; İmre, s. 747; İnan-Ertaş-Albaş, s. 567;

ne tanınan öncelik kuralının yanında, m. 669/1'deki "… miras payına mahsuben…" ifadesinden de çıkmaktadır. Dolayısıyla şayet mirasbırakan kazandırmayı yaptığı esnada açıkça, bunun ilerideki miras payına mahsuben verdiğini ifade etmişse, kazandırma denkleştirmeye tâbi olur. Doktrinde açıklık ile kastedilenin, altsoy mirasçıyı denkleştirme borcundan kurtarmaya yönelik söz, yazı ve işaret olduğu belirtilmiştir.[149] Açıkça yapılması gereken bu irade beyanının bir şekle tâbi olmadığına, bununla beraber hakkında yapılagelmiş tek taraflı mı yoksa iki taraflı işlem mi olduğu tartışmalarına yukarıda temas edilmişti.[150] Böylece altsoy mirasçının denkleştirme için terekeye vermesini gerekli kılan ilk kazandırma grubu, miras payına mahsuben aldığı kazandırmalardır.

b) Miras Payına Mahsuben Almış Sayıldığı Kazandırmalar

Altsoyun denkleştirmeye tabi olarak aldığı ikinci kazandırma grubu, kanunen denkleştirmeye tâbi kazandırmalar olarak da adlandırılan,[151] mirasçının miras payına mahsuben *almış sayıldığı* karşılıksız kazandırmalardır. Nitekim m. 669/2'ye göre "*Miras bırakanın çeyiz veya kuruluş sermayesi vermek ya da bir malvarlığını devretmek veya borçtan kurtarmak ve benzerleri gibi karşılık almaksızın altsoyuna yapmış olduğu kazandırmalar, aksi miras bırakan tarafından açıkça belirtilmiş olmadıkça, denkleştirmeye tabidir*". Buna göre mirasbırakanın bentte bahsedilen ve onun benzerleri kazandırmalar için denkleştirmeye tâbi olmayacağı yönündeki irade beyanı hiç yapılmamışsa yahut bu beyan açıkça anlaşılamıyorsa, kazandırmalar denkleştirmeye tâbi olacaktır.

Bentte denkleştirmeye konu olabilecek birtakım kazandırmalar

İmre-Erman, s. 526; Serozan-Engin, s. 642; Eren, "Mirasta İade" (ikinci bölüm), s. 720; Özuğur, s. 403; Günay, Mirasta Denkleştirme (İade) Davası ile Miras Sebebiyle İstihkak Davası, s.74; Köprülü, s. 411, 412; Dural-Öz, s. 321; Tüfek, s. 260. Aynı yönde bkz. Yargıtay 1. HD, T. 6.4.2016, E. 2014/11778, K. 2016/4212, http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/dsp.php?fn=1hd-2014-11778.htm&kw=mirasta+denkle%C5%9Ftirme#fm (erişim tarihi: 29.11.2017).

149 Bkz. IV, E).

150 Bkz. IV, E).

151 Kocayusufpaşaoğlu, Miras Hukuku, s. 468; Turan Başara, s. 63; Günay, Mirasta Denkleştirme (İade) Davası ile Miras Sebebiyle İstihkak Davası, s. 82; Antalya-Sağlam, s. 456; Özuğur, s. 404; İnan-Ertaş-Albaş, s. 569; Şener, Miras Hukuku, s. 640; Şener, İlmi Açıklama ve Kazai İçtihatlarla Mirasta, Tenkis, İade, İstihkak, s. 123.

sayılmıştır ki bunların sınırlı olarak mı yoksa örnek kabilinde mi sayıldığı hususu tartışmalıdır.[152] Aslında bu konuda oluşan tereddüdün kaynağı, bentte ismen sayılmış kazandırmalar ile "ve benzeri kazandırmalar" lâfzı ile kastedilen kazandırmaların, mutlaka bakım ve yardım kastı ile yapılmasının gerekip gerekmediğidir.[153] Ancak doktrinde hâkim görüş olarak saymanın örnekseyici olduğu belirtilmiştir.[154]

TMK m. 669/2'de aksi yönde açık irade beyanı olmadıkça denkleştirmeye tâbi olduğu belirtilen kazandırmalar şu şekildedir:

aa) Çeyiz

Çeyiz, evlenecek veya evlenmiş bulunan altsoya ev kurmasında kullanması üzere verilmiş bulunan eşya veya paradır.[155] Esasen çeyiz ile cihaz kavramlarının birbirinden farklı olduğu, çeyizin evin döşenmesi için verilmiş taşınabilir nitelikteki eşyaları anlattığı, buna mukabil cihazın ev kurmak için verilen taşınmazları ifade ettiği doktrinde bazı görüşlerce belirtilmiştir.[156] Gerçekten de çeyiz kültürümüzde kız çocuğun evlenme aşamasında evine getirdiği daha çok kumaş işi ve evin döşenmesine yarayan birtakım eşyaları ifade eder.[157] Oysa cihaz belirtilen anlamına göre, çeyizi de içine alacak şekilde daha geniş bir anlama sahiptir.[158] Diğer yandan çeyiz kavramı kültürümüzde her ne

---

152 Eren, "Mirasta İade" (ikinci bölüm), s. 725, 726; Turan Başara, s. 65 vd.; Dural-Öz, s. 338, 339; Kocayusufpaşaoğlu, Miras Hukuku, s. 472 vd.; Kocayusufpaşaoğlu, "Mirasta İade(=Denkleştirme) ile İlgili Meseleler", s. 122 vd.
Tartışmalar için bkz. Eren,"Mirasta İade" (ikinci bölüm), s.725, 726; İmre, s. 749, 750; Kocayusufpaşaoğlu, Miras Hukuku, s. 472 vd.; Turan Başara, s. 63 vd.; Dural-Öz, s. 338, 339.

153 Eren, "Mirasta İade" (ikinci bölüm), s. 725, 726; Turan Başara, s. 65 vd.; Dural-Öz, s. 338, 339; Kocayusufpaşaoğlu, Miras Hukuku, s. 472 vd.; Kocayusufpaşaoğlu, "Mirasta İade(=Denkleştirme) ile İlgili Meseleler", s. 122 vd.

154 İmre-Erman, s. 528; Berki A. H., s. 296; Eren, "Mirasta İade" (ikinci bölüm), s. 726; Gönensay-Birsen, s. 347; İmre, s. 750; İnan-Ertaş-Albaş, s. 569; Tüfek, s. 257; Günay, Mirasta Denkleştirme (İade) Davası ile Miras Sebebiyle İstihkak Davası, s. 84; Turan Başara, s. 64.

155 İmre, s. 748; Antalya-Sağlam, s. 456; Eren, "Mirasta İade" (ikinci bölüm), s. 726; Baygın, s. 106; Turanboy, s. 72; Aydın-Ünver, s. 116; İmre-Erman, s. 527; Gönensay-Birsen, s. 347; İnan-Ertaş-Albaş, s. 569; Günay, Mirasta Denkleştirme (İade) Davası ile Miras Sebebiyle İstihkak Davası, s. 83.

156 Antalya-Sağlam, s. 456; Kocayusufpaşaoğlu, Miras Hukuku, s. 470, 471; Dural-Öz, s. 335.

157 Dural-Öz, s. 335.

158 Kocayusufpaşaoğlu, Miras Hukuku, s. 470.

kadar kız evlada verilen eşyalar ile bütünleşse de, m. 669'un kullandığı "altsoy" ibaresi gereği erkek çocuk evlenirken ona verilen eşyalar da çeyiz kavramı içinde incelenmektedir.[159]

Çeyiz kavramına evin döşenmesine yarayan her türlü taşınır eşya dâhil olduğu gibi taşınmaz mal ve bu eşyaların alınması için verilmiş para da çeyiz olarak değerlendirilir.[160] Kız evladın sadece şahsen kullanımına yarayan birtakım eşyaların da çeyiz olduğu ifade edilmiştir.[161] Altsoya verilen değerin çeyiz olarak nitelendirilmesinde bakılan ölçüt, eşyanın ev kurulmasında kullanılıyor olmasıdır.[162] Dolayısıyla verilen eşyanın altsoyun yeni bir ev kurmasında kullanması amacıyla verilmesi yeterli olup, altsoyun daha sonra evlenmemesi, eşyanın evlenmeden sonra verilmiş olması veya evlenilecek kişi belirlenmeden verilmesi, o eşyanın çeyiz olarak nitelenmesini engellemez.[163] Bekâr altsoya kullanması için verilenler çeyiz sayılmaz.[164]

Ev kurma amacı dışında yapılan harcamalar ile altsoya geleneğe uygun olarak takılan takılar, düğün masrafları çeyiz sayılmaz.[165] Bu durum bir yandan bu tür kalemlerin ev kurma amacına tahsis edilmemesinden kaynaklanırken, diğer yandan da açık olarak TMK m. 675'in olağan hediyelerle evlenme giderlerini denkleştirme dışında tutmuş olmasına dayanmaktadır. Yine TMK m. 675/2'ye göre "*Altsoy hısımlarının evlenmelerinde, alışılmış ölçüler içinde yapılan çeyiz giderleri hakkında denkleştirmeye tabi tutmama arzusunun bulunduğu asıldır*". TMK m. 669/2 ile m. 675/2 bir arada değerlendirildiğinde, m.

159 Turanboy, s. 72; Dural-Öz, s. 335; Antalya-Sağlam, s. 456; Özuğur, s. 405; Günay, Mirasta Denkleştirme (İade) Davası ile Miras Sebebiyle İstihkak Davası, s. 83; Tüfek, s. 258; İnan-Ertaş-Albaş, s. 569; Aydın-Ünver, s.116. Bununla birlikte doktrinde, sadece kız evlada ev kurması amacıyla verilenlerin çeyiz olarak adlandırılacağına dair görüş de mevcuttur, İmre, s. 748; İmre-Erman, s. 527.

160 Kocayusufpaşaoğlu, Miras Hukuku, s. 471; Turanboy, s. 72; Dural-Öz, s. 335; Antalya-Sağlam, s. 456; Baygın, s. 106; Özuğur, s. 405; İmre, s. 748; İmre-Erman, s. 527; Günay, Mirasta Denkleştirme (İade) Davası ile Miras Sebebiyle İstihkak Davası, s. 83. Alacak hakkı devrinin de çeyiz kavramı içinde değerlendirilebileceğine dair, Kocayusufpaşaoğlu, Miras Hukuku, s. 471.

161 Kocayusufpaşaoğlu, Miras Hukuku, s. 470, 471.

162 Dural-Öz, s. 335; Baygın, s. 106; Aydın-Ünver, s. 117.

163 Dural-Öz, s. 335.

164 Dural-Öz, s. 335.

165 Turanboy, s. 73; Dural-Öz, s. 335; Eren, "Mirasta İade" (ikinci bölüm), s. 727; Günay, Mirasta Denkleştirme (İade) Davası ile Miras Sebebiyle İstihkak Davası, s. 83; Tüfek, s. 258; İmre, s. 748; İmre-Erman, s. 527.

675/2'nin m.669'un uygulanmasında yardımcı bir fıkra olduğu söylenebilir. Buna göre bir kazandırmanın çeyiz olarak nitelenip denkleştirmeye tâbi olup olmadığını saptama noktasında, şöyle bir sıralama takip edildiği söylenebilir:

- Mirasçının altsoyuna yaptığı kazandırma ev kurması amacıyla mı verilmiştir?
- Ev kurma amacıyla verilen bu eşya alışılmış ölçüler kapsamında mıdır?
- Alışılmış ölçüler kapsamındaysa miras bırakanın, yapılan kazandırmanın denkleştirmeye tâbi olacağı yönünde bir iradesi[166] ispat edilmiş midir? Edilmiş ise denkleştirmeye tâbi olacaktır. Edilmemiş ise denkleştirmeden kurtulur.
- Alışılmış ölçüler dışında ise m. 669/2'nin getirdiği karine gereği denkleştirmeye tâbidir. Kazandırmayı alan altsoy denkleştirmeden kurtulmak için, mirasbırakanın, kazandırmanın denkleştirmeye tâbi olmayacağı yönündeki açık iradesini ispat etmiş midir?

Bu noktada miras bırakanın yaptığı çeyiz masrafının alışılmış ölçüler içinde olup olmadığı önem arz etmektedir. Alışılmış ölçülerden ne kastedildiği kanunun düzenlemesinden anlaşılamamaktadır. Ancak böyle bir ibare kullanılmış olması örtülü olarak hâkime takdir hakkı vermek dolayısıyla olsa gerektir. Zira çeyiz her yörede aynı değildir, aynı geleneği paylaşan aileler için bile maddî durumları farklıysa aynı çeyiz harcamalarını ifade etmez. Dolayısıyla mirasbırakanın yaptığı çeyiz harcamalarının alışılmış ölçüler içinde kalıp kalmadığı belirlenirken, ailenin mensubu olduğu toplumun objektif çeyiz kriterlerinin yanı sıra, daha büyük bir oranla sübjektif kriterler (ailenin maddî durumu gibi) göz önünde bulundurulmalıdır.[167]

---

166 TMK m. 669/2'nin aksine m. 675/2'de açık bir irade beyanı aranmamıştır, Eren, "Mirasta İade" (ikinci bölüm), s. 731.

167 Dural-Öz, s. 336, 337. Aynı yönde görüş için bkz. Eren, "Mirasta İade" (ikinci bölüm), s.732; Özuğur, s. 405, 406; Kocayusufpaşaoğlu, Miras Hukuku, s. 471. "Çeyiz giderlerinin alışılmış ölçüler içinde yapılıp yapılmadığı her somut olayda ayrı ayrı incelenmek gerekir", İmre-Erman, s.527. Buna mukabil sadece miras bırakanın o anki durumuna bakılması gerektiği yönünde Baygın, s. 106.

bb) Kuruluş Sermayesi[168]

Mirasbırakanın altsoy mirasçısına kendi ekonomik bağımsızlığını sağlaması maksadıyla verdiği kazandırmalar kuruluş sermayesi olarak adlandırılır.[169] Kurulmuş ekonomik bağımsızlığın devamı için verilenlerin de bu kapsamda değerlendirildiği ifade edilmektedir.[170]

Bir kazandırmanın çeyiz başlığı altında değerlendirilebilmesi için belli bir amaçla yapılması gerektiği gibi, bir kazandırmanın kuruluş sermayesi olarak değerlendirilebilmesi için de bağımsız ekonomik hayat kurma veya devam ettirme amacına yönelik olması gerekir.[171] Bununla birlikte yapılan bu kazandırma ile gerçekten bu bağımsızlığın sağlanmış olması, amacın gerçekleşmesi aranmaz.[172]

Kuruluş sermayesinin erkek veya kız altsoya verilmiş olması açısından herhangi bir fark yoktur.[173]

Doktrinde altsoya yapılan eğitim masraflarının kuruluş sermayesi olarak incelenmesinin tartışılabilir olduğu ifade edilmiştir.[174] Bu görüşe[175] göre kanuna çok şeklî yaklaşılması durumunda bu harcamalar kuruluş sermayesi olarak değerlendirilemez ve çok büyük meblağdaki eğitim masrafları gelecek vaat eden bir mesleğe yatırım olsa dahi kuruluş sermayesi olarak denkleştirmeye tâbi olmaz. Bu sebeple büyük eğitim yatırımlarının da kuruluş sermayesi kabul edilip denkleştirme-

---

168 İrat tarzında da bu amaca matuf bir kazandırma olabileceği, bu sebeple de "sermaye" teriminin yerinde olmadığına dair görüşler için bkz. Kocayusufpaşaoğlu, Miras Hukuku, s. 469. "Tarafların bu maksatla kullanılmak üzere verildiği hususunda anlaşmış olmaları kaydıyla, altsoya doğrudan verilen paralar ve sair mallar da kuruluş sermayesidir", Dural-Öz, s. 334.

169 Kocayusufpaşaoğlu, Miras Hukuku, s. 469; Baygın, s. 106; İmre, s. 748; İmre-Erman, s. 527; Tüfek, s. 258; İnan-Ertaş-Albaş, s. 569; Şener, Miras Hukuku, s. 641.

170 Kocayusufpaşaoğlu, Miras Hukuku, s. 469; Baygın, s. 106, 107; İmre, s. 748; İmre-Erman, s. 527; Tüfek, s. 258; İnan-Ertaş-Albaş, s. 569.

171 Kocayusufpaşaoğlu, Miras Hukuku, s. 469; Baygın, s. 107; İnan-Ertaş-Albaş, s. 569. Geliştirme amacına yönelik de olabileceğine dair, Kocayusufpaşaoğlu, Miras Hukuku, s. 469; Baygın, s. 107.

172 Kocayusufpaşaoğlu, Miras Hukuku, s. 469, 470; Dural-Öz, s. 334; Antalya-Sağlam, s. 457.

173 Kocayusufpaşaoğlu, Miras Hukuku, s. 469; Turanboy, s. 73; Dural-Öz, s. 333, 334; Özuğur, s. 405; İnan-Ertaş-Albaş, s. 569. Açıkça belirtilmemekle birlikte aynı yönde İmre, s.748; İmre-Erman, s. 527; Günay, Mirasta Denkleştirme (İade) Davası ile Miras Sebebiyle İstihkak Davası, s. 83; Tüfek, s. 258.

174 Dural-Öz, s. 334; Aydın-Ünver, s. 120.

175 Dural-Öz, s. 334.

ye tâbi tutulması gerekir.[176] Ancak aksi yöndeki görüşe[177] göre bu harcamalar eğitim masrafıdır ve m. 674 kapsamında değerlendirilmelidir.

cc) Malvarlığının Devri

TMK m. 669'a göre çeyiz ve kuruluş sermayesinden başka bir malvarlığının devri de karine olarak denkleştirmeye tâbi tutulmuştur. Malvarlığı kişinin sahip olduğu haklarının ve borçlarının bütününü ifade eder.[178] Bununla beraber maddede kullanılan bu terimin denkleştirme kurumu için sadece kül halinde bir malvarlığı devrini ifade etmeyip, bu bütünün önemli bir bölümü ya da içinde bulunan önemli bir malın devrini de anlattığı doktrinde belirtilmiştir.[179] Ancak konuya sadece malvarlığının ilk terim anlamında yaklaşan bir görüş de mevcuttur.[180] Esasında buradaki "malvarlığı" deyiminden ilk bakışta her ne kadar hem münferit bir mal, eşya hem de gerçek anlamda malvarlığı anlaşılsa da hukuk dili açısından "mal, malvarlığı veya malvarlığının bir bölümünün devri" şeklinde bir ibare kullanılması yerinde olabilirdi. Diğer yandan denkleştirmeye tâbi olması beklenen mal veya malvarlığının bir bölümü, kanun koyucunun denkleştirme hakkında hissettirdiği genel anlayışın da gereği olarak, miktar itibariyle küçük kazandırmalar değil, önemli[181] miktarda olan kazandırmalardır. Gerçekten de kanun koyucunun m. 669'da saydığı örnek kazandırmalara bakıldığı zaman görülmektedir ki bunlar mirasbırakanın terekesini etkileyecek önemli miktarlardır. Dolayısıyla malvarlığı devrinin de denkleştirilmesi istenirken böyle bir özellik taşıması gerektiği gözetilebilir. Zaten karine olarak bu kazandırmaların denkleştirmeye tâbi olacağını güçlendiren etken de söz konusu kazandırmaların önemli meblağlar teşkil etmesi olsa gerektir.

176 Dural-Öz, s. 334.
177 Görüşler için bkz. Turan Başara, s. 101.
178 Malvarlığının tanımı için bkz. "Giriş".
179 Bu yöndeki görüşler için bkz. Kocayusufpaşaoğlu, Miras Hukuku, s. 471; Turan Başara, s. 103; Eren, "Mirasta İade" (ikinci bölüm), s. 728; İmre, s. 748; Antalya-Sağlam, s. 457; Baygın, s. 107; Şener, İlmi Açıklama ve Kazai İçtihatlarla Mirasta, Tenkis, İade, İstihkak, s. 125; Şener, Miras Hukuku, s. 642.
180 Dural-Öz, s. 338. TKM döneminde kanunda yer alan "mal terki" ifadesinden yola çıkarak, konuyu sadece muayyen bir mal açısından değerlendiren görüş için, Tüfek, s. 259.
181 Bkz. Turan Başara, s. 103.

TMK m. 669'da "çeyiz", "kuruluş sermayesi", "malvarlığının devri", "borçtan kurtarma" ve "benzeri kazandırmalar" olarak sayılan kalemler arasında çeyiz, kuruluş sermayesi ve borçtan kurtarmada yapılan kazandırmaların aslında bir saike dayandığından bahsedilebilir. Dolayısıyla malvarlığının devri, yapılan kazandırmada özel olarak böyle bir saik aranmaması ile bu üç gruptan ayrılır.[182]

Yapılan malvarlığı devri denkleştirme gereği iade edilirken, miktar olarak, pasifleri çıkarıldıktan sonra geriye kalan değeriyle dikkate alınır.[183]

dd) Borçtan Kurtarma

Denkleştirme konusu olabilecek kazandırmalar arasında sayılan borçtan kurtarma 743 sayılı Türk Kanunu Medenisinde "borçtan ibra" olarak yer almaktaydı. Oysaki borçtan ibra borçtan kurtarmaya göre daha dar bir anlamı ifade etmektedir.[184] Nitekim borçtan ibra, bir borç ilişkisinde alacaklı tarafın ifasız ve karşılıksız olarak ve borçluyla anlaşarak borcu sona erdirmesidir.[185] Borçtan kurtarma ise alacaklının borçluyu ibra etmesi şeklinde olabildiği gibi bir üçüncü kişiye ifada bulunularak borcun sona erdirilmesi şeklinde de tezahür edebilir.[186] Hangi şekilde olursa olsun, mirasbırakanın bu kurtarmayı karşılık almaksızın ve miras payına mahsuben yaptığı veya yapmış sayıldığı durumlarda, denkleştirmeye tâbi bir kazandırma ortaya çıkmış olur.

TMK m. 669'da sayılmış olan örnek niteliğindeki kazandırmalardan olan borçtan ibra diğer örneklerden, yapılması gerekli bir harcamanın yapılmayarak bir menfaat elde edilmesi yönüyle diğerlerinden ayrılmaktadır.

---

182 Malvarlığı devrinin farklı amaçlarla yapılabileceğine dair düşünceler için bkz. Turan Başara, s. 103.

183 Dural-Öz, s. 338; Baygın, s. 107.

184 Turan Başara, s. 104, 105; Dural-Öz, s. 337; Turanboy, s. 74.

185 Eren, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, s. 1270; Oğuzman-Öz, I. Cilt, s. 554; Reisoğlu, Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler, s. 179; Kılıçoğlu, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, s. 839.

186 Turan Başara, s. 105; Dural-Öz, s. 337; Günay, Mirasta Denkleştirme (İade) Davası ile Miras Sebebiyle İstihkak Davası, s. 84; Şener, Miras Hukuku, s. 642; Şener, İlmi Açıklama ve Kazai İçtihatlarla Mirasta, Tenkis, İade, İstihkak, s. 125; Tüfek, s. 259. Buna erdirmesi şeklinde yorumlayan görüşler için, Antalya-Sağlam, s. 457; İnan-Ertaş-Albaş, s. 570.

Mirasbırakanın sağlığında altsoyunun üçüncü kişiye olan borcunu ödeyip onun haklarına halef olması durumunda olduğu gibi ibrada bir ivaz söz konusu ise, denkleştirmeden bahsedilemez.[187] Zira her şeyden önce böyle bir hâlde zaten miras hukukuna yönelik bir tasarruf değil alelâde bir sağlararası işlem vardır. Diğer yandan borçtan kurtarma nedeniyle mirasta denkleştirmede, esasında mirasçı şu anki borcunu, ileride eline geçmesini beklediği miras payından ödemiş sayılmaktadır.

Borçtan kurtarma sadece para borcuna yönelik değildir; yapma veya verme borçlarını mirasbırakanın ifa etmesi hâlinde de borçtan kurtarma söz konusu olabilir[188]. İsviçre Federal Mahkemesi miras bırakanın oğlundan olan alacağını talep etmeyerek zamanaşımına uğratmasını da borçtan ibra olarak görmüştür.[189] Altsoyun üçüncü kişiye olan kumar - bahis borcunu mirasbırakanın ödemesinin ise denkleştirmeye tâbi olmayacağı, zira burada altsoyun pasifinde bir azalma olmadığı doktrinde ifade edilmiştir.[190]

ee) Benzeri Kazandırmalar

TMK m. 669/2 örnek olarak yukarıda incelenmiş bulunan kazandırmaları zikrettikten sonra, "benzeri kazandırmalar" ın da aksi yönde mirasbırakanın açık iradesi olmadıkça denkleştirmeye tâbi olduğunu ifade etmiştir. "Benzeri kazandırmalar" ibaresinin içine ne tür kazan-

187 Dural-Öz, s. 337; Turan Başara, s. 105. Böyle bir durumda miras hukukuna özgü bir halefiyet ilişkisinden bahsedilebilir. Şöyle ki miras bırakan, sağlığında altsoyunun üçüncü kişiye olan borcunu sona erdirmiş ve bunun denkleştirmeden muaf olacağına dair bir irade beyanında bulunmamıştır. Borçlu altsoy ise üçüncü kişiden olan alacağını üstsoyunun ölümünden sonra halen almamıştır. Diğer yandan terekeye karşı olan denkleştirme borcunu da ifa etmemektedir. Böyle bir durumda denkleştirme isteyen mirasçılar, denkleştirme borçlusu mirasçının üçüncü kişideki alacağına kanaatimizce TBK m. 127/2'ye benzer bir şekilde, örneğin miras bırakan tarafından, bu ödemenin miras payına mahsuben yapılmış bir ödeme olduğu bildirildiği takdirde halef olabilir. Böylece denkleştirme alacağını alamayan altsoy, kolaylıkla alacağını üçüncü kişiden elde etmiş olacaktır.

188 Dural-Öz, s. 338; Turan Başara, s. 106.

189 Karar için bkz. İmre, s. 749; İmre-Erman, s. 528; Tüfek, s.259

190 Eren, "Mirasta İade" (ikinci bölüm), s. 729 (Ancak yazar eksik borç açısından durumu ayrı tutmuş, mirasçının isteği ile zamanaşımına uğramış borcun ödenmesi durumunda denkleştirme borcunun doğacağını söylemiştir s. 730, aynı yönde Şener, İlmi Açıklama ve Kazai İçtihatlarla Mirasta, Tenkis, İade, İstihkak, s. 126; Şener, Miras Hukuku, s. 643).

dırmaların girdiği doktrinde tartışmalıdır. Bir görüşe[191] göre bu ibare bir sınırlama olmaksızın her türlü kazandırmayı kapsar. Buna karşılık diğer görüşe[192] göre, denkleştirmeye tâbi olması beklenen kazandırmalar, tıpkı çeyiz ve kuruluş sermayesinde olduğu gibi bakım ve yardım amacıyla verilmiş olanlarla sınırlı olup, denkleştirmeye tâbi olması için, verilen kazandırmanın, altsoyun ekonomik bağımsızlığını sağlamaya, sürdürmeye veya geliştirmeye yönelik olması gerekir. Yine bu görüş m. 669/2'de sayılan kazandırmaları iki gruba ayırmakta olup, çeyiz ve kuruluş sermayesi gibi yardım ve bakım amacıyla yapılanların karine olarak denkleştirmeye tâbi olduğunu ifade ederken, bu amaca matuf olmayan diğer kazandırmaların ancak mirasbırakanın açık iradesi doğrultusunda denkleştirildiğini söylemektedir.[193]

Yapılan tasarrufun bakım ve yardım amacına yönelik olmasının gerekip gerekmediği noktasında madde metni dikkate alınabilir. Denkleştirme kurumunun temelini oluşturan m. 669'a bakıldığında görülmektedir ki birinci fıkra kuraldır. İkinci fıkra ise altsoylar ve bunun mefhumu muhalifinden de diğer mirasçılar için getirilmiş bir karinedir. Karine ve kanun koyucunun benimsediği fikir, mirasbırakanın altsoylar arası bir eşitsizliği istemeyeceği yönündedir. Asıl amaç altsoylar arası eşitsizliği önlemek ise yapılan kazandırma denkleştirmeye tâbi olacak nitelikte olduğu sürece bakım ve yardım amacı taşıması gibi bir kritere tabi tutmamak gerekir. Fıkrada bazı kazandırmaların isim olarak sayılması ise eski hukukumuzda denkleştirme müessesesinin olmamasından dolayı uygulamadaki tereddütleri gidermek amacından kaynaklanabilir. İkincisi, maddede sayılmış örneklerin ortak yönü, meblağ açısından terekede önemli yer işgal etmeleridir. Kanun koyucunun devam eden maddelerde olağan hediyeler gibi, olağan eğitim masrafı gibi pek büyük miktar teşkil etmeyecek kalemleri denkleştirmenin dışında tutmuş olması da bu fikri destekler. Doktrinde bakım ve yardım amacı taşımayan kazandırmaya örnek olarak gösterilen,

191 Görüşler için bkz. Kocayusufpaşaoğlu, Miras Hukuku, s. 472; İnal, s. 282; Turanboy, s. 75, 76, 77; Dural-Öz, s. 338; Turan Başara, s. 80 vd.; Eren, "Mirasta İade" (ikinci bölüm), s. 729; Hatemi, s. 51; Aydın-Ünver, s. 126, 127.

192 Görüşler için bkz. Turan Başara, s. 65 vd.; Turanboy, s. 75; Hatemi, s. 51 Dural-Öz, s. 338, 339; İnal, s. 282 vd.; Kocayusufpaşaoğlu, Miras Hukuku, s. 472, 473, 474; Baygın, s. 107; Aydın-Ünver, s. 125, 126.

193 Kocayusufpaşaoğlu, Miras Hukuku, s. 472; Baygın, s. 107, 108; Dural-Öz, s. 339.

miras bırakanın oğluna gezmesi için verdiği otomobil de[194] mirasbırakanın iradesi sonucu denkleştirmeye tâbi olur. Dolayısıyla diğer maddelerin kapsamına girmediği sürece her türlü karşılıksız kazandırma m. 669/2'ye göre denkleştirmeye tâbi olmalıdır.

Benzeri kazandırmalar kavramına örnek olarak, doktrinde tartışmalı olmakla birlikte bağışlama, ahlaki bir yükümlülüğün yerine getirilmesi amacı ile ya da kanunî bir yükümlülüğü yerine getirmek üzere yapılan kazandırmalar, iş gücünün karşılıksız verilmesi, bir hakkın veya eşyanın kullanma ve/veya yararlanma hakkının karşılıksız devri, irat şeklinde yapılan bakım ve yardım masrafları, hayat sigortasında sigorta alım bedelinin altsoya ödenmesi hâlleri verilmektedir.[195] Sayılan bu kazandırmalardan bağışlama denkleştirmeye tâbi olmamalıdır[196]. Zira bağışlamada bağışlayanın gayesi, bundan böyle söz konusu eşyanın bağışladığı kimsenin olmasıdır. Kabulünden sonra da bağışlama bir sözleşme olduğundan tek taraflı olarak ortadan kaldırılamaz. Baştan miras payına mahsuben verildiği belirtilen bir kazandırma ise zaten bağışlama değildir. Yine ahlaki bir yükümlülüğün yerine getirilmesi, kanunî bir yükümlülüğü yerine getirmek üzere yapılan kazandırmalar ve iş gücünün karşılıksız verilmesi de toplumumuzun genel manevî yapısı gereği karşılığında bir şey alınacağı beklenmeden yapılan kazandırmalardır. Dolayısıyla kural olarak bunlar da denkleştirmeye tâbi tutulmamalıdır.

İstisnaî bazı durumlarda ahlaki ya da kanunî yükümlülüğün yerine getirilmesi sebebiyle verilenler de denkleştirmeye tâbi olabilir. Örneğin mirasbırakan sağlığında sahip olduğu taşınmazları altsoyları arasında paylaştırmış, her ne kadar belirtmesi gerekmese de bu taşınmazları miras paylarına mahsuben verdiğini söylemiş olsun. Ancak bir çocuğuna verdiği taşınmaz miktar olarak daha az olsun. Payların eşitliğini sağlamak için de miras bırakan, daha az verdiği bu çocuğuna, taşınmazın üzerine yaptığı evde usta olarak çalışacağını söylesin. Bu durumda pay eşitliğini sağlamak açıkça belli olduğundan, verilen emek denkleştirmeye tâbi olmalıdır. Bir hakkın veya eşyanın kullanma

194 Kocayusufpaşaoğlu, Miras Hukuku, s. 472.

195 Söz konusu kazandırmalar ve bunların denkleştirmeye tabi kazandırma olup olamayacakları yönündeki fikirler için bkz. Turan Başara, s. 108 vd., sadece bağışlama hakkındaki görüşler için bkz. Turanboy, s. 77, 78.

196 Bkz. III, A).

ve/veya yararlanma hakkının karşılıksız devri ile hayat sigortasında sigorta alım bedeli de durum ve koşullar değerlendirilerek denkleştirmeye tâbi veya denkleştirmeden muaf tutulmalıdır.

c) Miras Payını Aşan Kazandırmalar

Yukarıda altsoy dışındaki mirasçıların denkleştirme yükümlülüklerinden bahsedilirken, miras paylarını aşan kısım için yapılan açıklamalar ve miras payları için geçerli olan karinelerin payı aşan kısım için de geçerli olup olmayacağı yönündeki tartışmalar altsoy mirasçılar açısından da göz önünde bulundurulabilir. Bu doğrultuda miras payını aşan kısmın altsoy mirasçıda kalabilmesi için, mirasbırakanın bu yöndeki iradesini ispat etmesi aranır. Hâkim kazandırmanın denkleştirmeye tâbi olup olmadığını belirlerken, bir kural olarak göz önünde tutmasa da m. 669'daki karinelerden yaralanabilir. Şayet mirasçı aşan kısmın kendisinde kalmasına sebep olan iradeyi ispat edemezse veya hâkim aşan kısmın denkleştirmeye tâbi olması gerektiğine karar verirse, miras payını aşan kısım da altsoyun denkleştirmeye tâbi olarak aldığı kazandırmalar arasına girer.

d) Alışılmış Ölçüleri Aşan Eğitim ve Öğrenim Giderleri

TMK m. 674'e göre "*Çocukların eğitim ve öğrenimi için yapılan giderler sebebiyle geri verme yükümlülüğü, miras bırakanın aksini arzu ettiği ispat edilmedikçe, ancak alışılmış ölçüleri aşan kısım için mevcuttur*". Dolayısıyla altsoy eğitim ve öğrenim giderleri açısından olağan, kanunun deyimiyle alışılmış ölçüde kalan giderler için denkleştirme ile yükümlü değildir. Ancak doktrinde bir görüş[197] miras bırakanın aksine iradesi mevcut ise bu alışılmış masrafların da denkleştirmeye tâbi olacağı ifade etmiştir. Buna karşılık aksi yöndeki görüşe[198] göre mirasbırakanın çocuklarına karşı eğitim ve öğrenim masraflarını karşılamak zaten ka-

197 İmre, s. 763, 765; İmre-Erman, s. 534, 535; Berki Ş., s. 224 (ancak yazar miras bırakanın bunu sadece reşit çocukları için irade edebileceğini, zira reşit olmayan çocukların tahsil masraflarının, miras bırakanın kanuni görevi olduğunu ifade etmektedir, s. 225); Gönensay-Birsen, s. 355; Özuğur, s. 406; Tüfek, s. 263; Köprülü, s. 413

198 Eren, "Mirasta İade" (ikinci bölüm), s. 734; Şener,İlmi Açıklama ve Kazai İçtihatlarla Mirasta, Tenkis, İade, İstihkak, s. 127; Şener, Miras Hukuku, s. 644; Günay, Mirasta Denkleştirme (İade) Davası ile Miras Sebebiyle İstihkak Davası, s. 92; Berki, A. H. , s. 301.

nuni görevi olduğundan, miras bırakan bunun denkleştirilmesini emredemez. Zira maddenin hükümleri emredicidir.[199]

Eğitim ve öğrenim masrafları çocuğun fikrî, bedenî veya ahlaki gelişimi için yapılan masraflardır.[200] Kayıt, pansiyon paraları, kitap, defter vs. araç – gereç masrafları,[201] beslenme ve özel ders giderleri[202] olağan eğitim ve öğretim masrafları içinde değerlendirilir. Doktora masraflarının da denkleştirmeye tâbi masraflar arasında olduğu ifade edilmektedir.[203] Bununla beraber çocuk bu şekilde ihtisas yaparken aynı zamanda çalışıyor ve maaş alıyorsa bu ihtisas masraflarının denkleştirmeye tâbi olması gerektiği belirtilmektedir.[204] Yapılan masraflar genel olarak bu isimler altında yapılmakla birlikte, masrafların olağan kalemler içinde olup olmadığının saptanması önemli bir konudur. Bunun tespitinde o yerde ve halk arasında geçerli yerel âdete bakılır[205] ve yine miras bırakanın sosyal ve mâli durumu göz önüne alınır.[206] Masrafın olağan olup olmadığının değerlendirilmesinde bakılacak diğer bir husus da çocuğun kendi özel durumunun göz önünde bulundurulmasıdır.[207] Nitekim eğitimini isteksiz, zorla sürdüren bir çocuğun eğitim masrafları olağan masraf olarak görülmemişken, eğitimini normal

199 Bu yöndeki görüş için bkz. Eren, "Mirasta İade" (ikinci bölüm), s. 735.

200 Eren, "Mirasta İade" (ikinci bölüm), s. 732; Gönensay-Birsen, s. 355.

201 Eren, "Mirasta İade" (ikinci bölüm), s. 733; Dural-Öz, s. 339; Kocayusufpaşaoğlu, Miras Hukuku, s. 475.

202 Baygın, s. 109; Dural-Öz, s. 339; Kocayusufpaşaoğlu, Miras Hukuku, s. 475. Buna karşılık bir görüşe göre beslenme masrafı olağan eğitim ve öğretim gideri içinde değerlendirilmez; ancak hiçbir şekilde iade de edilmez, Gönensay-Birsen, s. 355; Berki A. H., s. 301.

203 Eren, "Mirasta İade" (ikinci bölüm), s. 733; Özuğur, s. 407; Şener, İlmi Açıklama ve Kazai İçtihatlarla Mirasta, Tenkis, İade, İstihkak, s. 127; Şener, Miras Hukuku, s. 645. Yine doktrinde bu yöndeki diğer görüşler için bkz. Kocayusufpaşaoğlu, Miras Hukuku, s. 475.

204 Eren, Mirasta İade (ikinci bölüm), s. 733.

205 İmre, s. 764; Eren, "Mirasta İade" (ikinci bölüm), s. 734; Özuğur, s. 407; İmre-Erman, s. 535; Kocayusufpaşaoğlu, Miras Hukuku, s. 475; Berki A. H., s. 301; Tüfek, s. 265.

206 İmre, s. 764; Şener, İlmi Açıklama ve Kazai İçtihatlarla Mirasta, Tenkis, İade, İstihkak, s. 127; Şener, Miras Hukuku, s. 644; Eren, "Mirasta İade" (ikinci bölüm), s. 734; Kocayusufpaşaoğlu, Miras Hukuku, s. 475; Tüfek, s. 265; Berki A. H., s. 301; Gönensay-Birsen, s.355; Turan Başara, s. 135; Özuğur, s. 407; İmre-Erman, s. 535. Doktrinde bu yönde beyan edilmiş diğer görüşler için bkz. Dural-Öz, s. 339. Miras bırakanın ekonomik sosyal ve mali durumunun kazandırma yapıldığı andaki haliyle göz önünde bulundurulması gerektiği konusunda, Kocayusufpaşaoğlu, Miras Hukuku, s. 475; Turan Başara, s. 137.

207 İmre, s. 764, 765; Turan Başara, s. 135.

olarak sürdüren bir çocuğun ihtisas eğitimi olağan eğitim masrafı sayılmıştır.[208] Bununla birlikte eşit durumdaki iki çocuktan biri için daha lüks eğitim masrafları yapılması durumunda bu masrafların denkleştirmeye tâbi olduğu ifade edilmiştir.[209]

Alışılmış ölçüleri aşan eğitim ve öğretim masraflarının kural olarak denkleştirmeye tâbi olduğuna dair düzenlemenin sadece mirasbırakanın çocukları açısından mı yoksa diğer fürular için de mi geçerli olduğu konusunun tartışmalı olduğu ifade edilmiştir.[210] Hâkim görüşe göre m. 674'ün açık lafzı gereği hüküm sadece çocuklar hakkında caridir.[211]

Mirasbırakanın yaptığı eğitim ve öğretim masraflarının alışılmış ölçüde olup olmadığının tayininde, eğitim ve öğretim masraflarını karşılamada rüşt yaşının bir sınır teşkil edip etmediği de doktrinde incelenen durumlar arasındadır. Bu konuda rüşt yaşının bir sınır olmadığı, çocuğun bir meslek edinene kadar bu tür masrafları ana – babanın karşılamakla yükümlü olduğu ifade edilmektedir.[212] Esasen m. 674'ün uygulanmasında rüşt yaşından ziyade, çocuklar için yapılan eğitim ve öğretim masraflarının diğer kardeşler aleyhine ve önemli derecede eşitliği bozup bozmadığına dikkat etmek gerekir. Nitekim TMK m. 327/1'e göre " *Çocuğun bakımı, eğitimi ve korunması için gerekli giderler ana ve baba tarafından karşılanır*". Yine TMK m. 328/2'ye göre, "*Çocuk ergin olduğu halde eğitimi devam ediyorsa, ana ve baba durum ve*

---

208 Şener, İlmi Açıklama ve Kazai İçtihatlarla Mirasta, Tenkis, İade, İstihkak, s. 128; Şener, Miras Hukuku, s. 645; İmre, s. 764; Özuğur, s. 407.

209 Şener, İlmi Açıklama ve Kazai İçtihatlarla Mirasta, Tenkis, İade, İstihkak, s. 128; Ayiter, s. 237; Şener, Miras Hukuku, s. 645; Gönensay-Birsen, s. 355, 356; Turan Başara, s. 136; Berki A. H., s. 301.

210 Eren, "Mirasta İade" (ikinci bölüm), s. 733, 734; Şener, İlmi Açıklama ve Kazai İçtihatlarla Mirasta, Tenkis, İade, İstihkak, s. 127; Şener, Miras Hukuku, s. 644.

211 İmre, s. 764; Eren, "Mirasta İade" (ikinci bölüm), s. 733, 734; Şener, Miras Hukuku, s. 644; Şener, İlmi Açıklama ve Kazai İçtihatlarla Mirasta, Tenkis, İade, İstihkak, s. 127; Dural-Öz, s. 340; Özuğur, s. 407; Günay, Mirasta Denkleştirme (İade) Davası ile Miras Sebebiyle İstihkak Davası, s. 91; Turan Başara, s. 137; İmre-Erman, s. 535; Kocayusufpaşaoğlu, Miras Hukuku, s. 476; Tüfek, s. 265; Öztan, s. 513. Aynı yönde Yargıtay 14. HD T. 17.5.2016, E. 2016/612, K. 2016/5950, http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/dsp.php?fn=14hd-2016-612.htm&kw=mirasta+denkle%C5%9Ftirme#fm (erişim tarihi: 29.11.2017).

212 Şener, İlmi Açıklama ve Kazai İçtihatlarla Mirasta, Tenkis, İade, İstihkak, s. 127; Şener, Miras Hukuku, s. 644, 645; Özuğur, s. 407. Bu konunun tartışmalı olduğu ve rüşt yaşının sınır olması ya da olmaması konusundaki görüşler için bkz. Eren, "Mirasta İade" (ikinci bölüm), s. 733.

koşullara göre kendilerinden beklenebilecek ölçüde olmak üzere, eğitimi sona erinceye kadar çocuğa bakmakla yükümlüdür". Bu hükümlere göre kanun koyucu ana – babayı zaten çocuğun bakımı ve bu arada eğitim – öğretim masraflarının karşılanması ile yükümlü kılmıştır. Ancak bu yükümlülüğün yerine getirilmesi esnasında bir çocuk için diğeri aleyhine daha fazla masraf yapılmış olabilir. Örneğin bir çocuk devlet okulunda okutulurken, diğerinin eğitim ve öğretimi ilk eğitiminden başlayarak özel okullarda, daha lüks ve geniş imkânlarla yapılmış olabilir. İşte asıl bu durumda eşitsizlik doğmuş olacaktır. Dolayısıyla böylesi büyük farklılıkların, mirasbırakanın sosyal ve ekonomik durumu, yerel âdetler, çocuğun gördüğü eğitime yatkınlığı ve bu yüzden eğitimin zorlama olup olmadığı gibi durumlar da değerlendirilerek, masrafın denkleştirmeye tâbi olup olmadığı belirlenmelidir. Yoksa iki çocuğu olan bir kimsenin, onların eğitimi adına yaptığı olağan masraflar tabî ki denkleştirmeye tâbi olmamalıdır.

Mirasbırakan olağan eğitim ve öğretim masraflarını aşan kısmın denkleştirmeden muaf tutulması öngörebilir ve bir görüşe[213] göre bunun TMK m. 669/2'nin aksine açık bir irade beyanı olmasına gerek yoktur. Diğer görüş[214] ise m. 669/2'de aranan açıklık şartının burada da olması gerektiğini beyan etmektedir. Bu yöndeki irade beyanının açık olması aranmamalıdır. Zira her şeyden önce m. 674'te m. 669/2'deki gibi bir açıklık şartı bulunmamaktadır. Diğer yandan amaç kardeşler arası eşitliği sağlamak ise sırf bu yöndeki irade beyanı açık değil diye kanun böyle bir şart aramamışken eşitlik bozulmamalıdır. Ancak denkleştirmeye tâbi miktar eğitim ve öğretim masrafının tümü değil, sadece olağan miktarı aşan kısım olur.[215]

Son olarak değinilmesi gerekir ki kanun koyucu ölüm anında henüz eğitim ve öğretimini tamamlamamış çocuklar ile engelliliği bulunan çocuklar için de bir düzenleme yapmış bulunmaktadır. Buna göre

---

213 Eren, "Mirasta İade" (ikinci bölüm), s. 734; Şener, İlmi Açıklama ve Kazai İçtihatlarla Mirasta, Tenkis, İade, İstihkak, s. 128; Şener, Miras Hukuku, s. 645. Bu yöndeki görüşler için bkz. Kocayusufpaşaoğlu, Miras Hukuku, s. 477.

214 İmre, s. 765 (Bununla beraber İmre-Erman alışılmış ölçüde kalan öğretim masraflarının miras bırakan tarafından denkleştirmeye tabi tutulabileceğini ve buna dair beyanın da açık olmasının gerekmediğini belirtmektedir, s. 535; aynı yönde Tüfek, s. 264); Günay, Mirasta Denkleştirme (İade) Davası ile Miras Sebebiyle İstihkak Davası, s. 91; Berki Ş., s. 224; Özuğur, s. 406.

215 Dural-Öz, s. 340; Özuğur, s. 406.

"Eğitim ve öğretimini tamamlamamış olan veya engelliliği bulunan çocuklara, paylaşmada hakkaniyete uygun bir ödeme yapılır" (TMK m. 674/2).

e) Olağan Hediyeler ve Evlenme Giderleri

TMK m. 675 gereğince *"Olağan hediyeler ve evlenme sırasında yapılan geleneğe uygun giderler denkleştirmeye tabi değildir"*. Olağan hediyeler bahsine yukarıda altsoy dışındaki mirasçıların denkleştirme yükümlülüklerinin konusu adı altında değinilmiş idi. Altsoy mirasçılar açısından da bu konuda bir değişiklik söz konusu değildir.

TMK m. 675'te denkleştirmeye tâbi olmadığı ifade edilen diğer harcama ise evlenme gideridir. Evlenme gideri ile çeyiz anlam olarak aynı şeyi anlatır gibi görünse de farklı kalemleri ifade eder. Nitekim çeyiz altsoyun yeni bir ev kurmasında, döşemesinde veya düzenlemesinde yapılan masraflara işaret ederken, evlenme gideri bu evin kurulmasında kullanılmayan ve fakat evlenme dolaysıyla yapılan düğün, balayı gibi durumlar için ortaya çıkan masrafları anlatır.[216] İki harcama arasındaki diğer fark da kendileri hakkında geçerli olan karineler noktasında ortaya çıkmaktadır. Nitekim m. 669/2'de çeyizin karine olarak denkleştirmeye tâbi olduğu, m. 675/2'de bahsedilen alışılmış ölçülerdeki çeyizin ise karine olarak denkleştirme dışında kaldığı belirtilmiştir.[217] Oysa evlenme giderleri olağan hediyelerle birlikte m. 675/1'in emredici lafzı gereği kesin olarak denkleştirme dışında tutulmuştur. Dolayısıyla bu giderler mirasbırakan tarafından aksini kararlaştırma imkânı olmaksızın denkleştirmeden muaftır.[218]

Evlenme giderinin denkleştirmeden muaf olması için geleneğe uygun olma şartını karşılaması gerekir (TMK m. 675/1). Geleneğe uygun olup olmadığının tayininde ise mirasbırakanın malvarlığı durumunun da göz önünde tutulması gerekir.[219] Giderin karşı tarafı zenginleştirme amacı gütmemesi ve mirasbırakanı da ekonomik açıdan zorlamaması

---

216 Dural-Öz, s. 335; Günay, Mirasta Denkleştirme (İade) Davası ile Miras Sebebiyle İstihkak Davası, s. 83; İmre-Erman, s. 527; İmre, s. 748; Eren, "Mirasta İade" (ikinci bölüm), s. 732. Bu yöndeki görüşler için bkz. Kocayusufpaşaoğlu, Miras Hukuku, s. 470; Turan Başara, s. 149.

217 Dolayısıyla çeyiz de sadece alışılmış ölçüleri aşan kısmı itibariyle denkleştirmeye tabidir.

218 Günay, Mirasta Denkleştirme (İade) Davası ile Miras Sebebiyle İstihkak Davası, s. 93.

219 Turan Başara, s. 150.

gerektiği de ifade edilmiştir.[220] Ancak mirasbırakanı ekonomik açıdan zorlamaması konusunda şu noktaya dikkat edilmesi gerektiği söylenebilir: Malvarlığı itibariyle büyük bir ekonomik güce sahip olmayan kişi altsoyunu evlendirirken ekonomik sıkıntıya giriyor olabilir. Hatta bu, halk arasında olağan bir durumdur. Günlük hayatta düğün sahibinin merasim ardından bir dönem düğün borcu ödediği gözlenmekte, ekonomik açıdan sıkıntıya girdiği anlaşılmaktadır. Ancak yukarıda "evlenme giderinin mirasbırakanı ekonomik açıdan zorlamaması gerektiği" fikri bu şekilde gerçekleşen yaygın bir zorda kalma olarak anlaşılmamalıdır. Şöyle ki bir çocuğuna normal bir düğün ve masraf yapmış olan mirasbırakan, diğer çocuğu için daha lüks bir düğün, daha büyük masraflar yapmış ve bu durum onu oldukça zora sokmuşsa, mirasbırakanın evlenme giderleri dolayısıyla ekonomik açıdan zorlandığı ve sonuç itibariyle kardeşler arasında eşitsizlik meydana geldiği anlaşılmalıdır. Dolayısıyla hem böyle bir şartı ve durumu taşıyan hem de geleneğe uygun olmayan evlenme gideri denkleştirmeye tâbi olur.

V – DENKLEŞTİRMENİN TARAFLARI

A) DENKLEŞTİRME BORÇLUSU

Bir mirasçının denkleştirme yükümlüsü olabilmesi için hem denkleştirme yükümlüsü olan her mirasçıda aranan şartları taşıması hem de kendisi için kanunda öngörülmüş bazı özelliklere sahip olması gerekir. Bu özelliklerin varlığı tespit edildikten sonra bakılması gereken bir diğer husus da mirasbırakanın denkleştirme veya denkleştirmeme yönünde bir iradesinin olup olmadığıdır.[221] Şayet böyle bir iradenin varlığı ya da yokluğu tespit edilemiyorsa bu durumda da kanunî karineler devreye girer.[222]

---

220 Günay, Mirasta Denkleştirme (İade) Davası ile Miras Sebebiyle İstihkak Davası, s. 93.

221 İmre, s. 731, 747; Tüfek, s. 260; İmre-Erman, s. 526; Günay, Mirasta Denkleştirme (İade) Davası ile Miras Sebebiyle İstihkak Davası, s.74; Eren, "Mirasta İade" (ikinci bölüm), s. 720; Kocayusufpaşaoğlu, Miras Hukuku, s. 468; Köprülü, s. 411, 412; Dural-Öz, s. 321; Özuğur, s. 403; Serozan-Engin, s. 642; İnan-Ertaş-Albaş, s. 567; Şener, İlmi Açıklama ve Kazai İçtihatlarla Mirasta, Tenkis, İade, İstihkak, s. 117, 118; Şener, Miras Hukuku, s. 634.

222 İmre, s.731, 747; İmre-Erman, s.526; Kocayusufpaşaoğlu, Miras Hukuku, s. 468; Köprülü, s. 411, 412; Dural-Öz, s. 333; Hatemi, s. 50; İnan-Ertaş-Albaş, s. 567; Öztan, s. 502; Eren, "Mirasta İade" (ikinci bölüm), s. 720; Özuğur, s. 403; Tüfek, s.

1) Denkleştirme Borçlusu Olmanın Şartları

Denkleştirme yükümlüsü olan her mirasçı şu iki vasfa sahip olmalıdır: Kanunî mirasçı olmak ve denkleştirmeye tâbi bir kazandırma almış olmak.[223]

a) Kanunî Mirasçı Olmak

Kural olarak mirasbırakanın sadece yasal mirasçılarının denkleştirme yükümlüsü olduğu kabul edilmektedir.[224] Kanunî mirasçıların tayininde Türk Medeni Kanununun kanunî mirasçılık hakkında düzenlediği hükümlerden yararlanılır (TMK m. 495 vd.). Ancak kanunî mirasçı olma şartından, söz konusu hükümlere göre mirasçı olma ihtimali olanları değil, mirasbırakan öldüğünde zümre esasına göre mirasçı olan kimseleri anlamak gerekir.

Kanunî mirasçılık sıfatına hangi anda sahip olunması gerektiği konusu doktrinde tartışmalı bir konudur. Bir görüş[225] kazandırmanın yapıldığı anda kanuni mirasçı sıfatına sahip olunması gerektiğini söylerken, diğer görüşe göre mirasın açıldığı anda mirasçı sıfatına sahip olmak gerekir. Ancak doktrindeki hâkim görüş[226] kanunî mirasçılık sıfatının mirasın açıldığı anda taşınması gerektiği yönündedir.

Kanunî mirasçı olarak kanunda belirtilen kimseleri bazı noktalarda incelemek gerekmektedir.

aa) Mirasbırakanın Altsoyu

TMK m. 669'da tüm kanunî mirasçıların ve bu arada altsoyun da

---

260; Günay, Mirasta Denkleştirme (İade) Davası ile Miras Sebebiyle İstihkak Davası, s.74.

223 Kocayusufpaşaoğlu, Miras Hukuku, s. 443, 444; Turan Başara, s. 170 vd.; Dural-Öz, s. 321 vd.; Ayiter, s. 232; Gönensay-Birsen, s. 347; Antalya-Sağlam, s. 452; Turanboy, s. 36; İmre-Erman, s. 517; Köprülü, s. 414.

224 Eren, "Mirasta İade" (birinci bölüm), s. 343; Ayiter, s. 232; Antalya-Sağlam, s. 452; Özuğur, s. 399; İmre-Erman, s. 517; Köprülü, s. 414; Tüfek, s. 236; İnan-Ertaş-Albaş, s. 564; Berki A. H., s. 295; Olgaç, s.382; Dural-Öz, s. 321; Kocayusufpaşaoğlu, Miras Hukuku, s. 443, 444; Gönensay-Birsen, s. 344, 347; İmre, s. 731; Turanboy, s. 36; Serozan-Engin, s. 642; Öztan, Miras Hukuku, s. 507; Yargıtay 2. HD, T. 03.04.2013, E.2012/16545, K.2013/9307 (Özuğur, s. 432, 433).

225 Görüşler için bkz. Kocayusufpaşaoğlu, Miras Hukuku, s. 444, 445, 446; Turanboy, s. 36, 37; Dural-Öz, s. 321, 322; Antalya-Sağlam, s. 452; Turan Başara, s. 171, 172; Öztan, Miras Hukuku, s. 507.

226 Kocayusufpaşaoğlu, Miras Hukuku, s. 445; Turanboy, s. 37; Turan Başara, s. 172; Berki A. H., s. 295.

denkleştirme yükümlüsü olduğu beyan edilmiştir. Altsoyun bu denkleştirme yükümlülüğü elbette ki onun kanunî mirasçı sıfatı kazanmasına[227] bağlıdır.[228]

Altsoydan kasıt yalnızca mirasbırakanın çocukları değil, torunları ve varsa torun çocukları ve saire devam eden mirasçı altsoy zinciridir.[229] Yine evlatlık ile evlilik içinde doğmasa da mirasbırakan ile soybağı kurulmuş kimseler de altsoy gibi denkleştirme ile yükümlüdürler.[230]

TMK m. 669/2'ye göre altsoy mirasçılar, mirasbırakanın aksi yönde açık iradesi olmadığı takdirde, fıkrada sayılanlar türünden kazandırmaları denkleştirme yapılması için terekeye iade ile yükümlüdürler. Dolayısıyla mirasbırakanın açık iradesinin olmadığı durumlarda altsoy mirasçılar karine olarak denkleştirme borçlusu olurlar.[231] Ancak mirasbırakan açık irade beyanı ile onları denkleştirme yükümlüsü olmaktan muaf tutabilir.

TMK m. 669 dışındaki diğer denkleştirme maddeleri de (örneğin olağan hediyeler, alışılmış ölçülerdeki çeyiz giderleri) altsoyun denkleştirme borçlusu olup olmadığı konusunda göz önünde bulundurulur. Buna göre miras payını aşan kısmın mirasçıda kalacağına (TMK m. 672), eğitim ve öğretim masraflarının alışılmış ölçüleri aşan kısmının mirasçıdan geri alınmamak üzere yapıldığına (TMK m. 674) ve çeyiz giderlerinin alışılmış ölçülerde kaldığına hükmedilmesi hâlinde, bu kalemler açısından altsoy denkleştirme yükümlüsü olmaz.

---

227 "Mirasçı… miras bırakanın terekesinde hak sahibi haline gelen kişidir", Sarı, s. 27.

228 Kocayusufpaşaoğlu, Miras Hukuku, s. 444; Turanboy, s. 36.

229 İmre, s. 732; Turan Başara, s. 176; Dural-Öz, s. 325; Özuğur, s. 415.

230 Eren, "Mirasta İade" (birinci bölüm), s. 349; Turan Başara, s. 176; Kocayusufpaşaoğlu, Miras Hukuku, s. 444; Dural-Öz, s. 325; Antalya-Sağlam, s. 453; Özuğur, s. 415; Berki A.H., s. 296; Tüfek, s. 237. Bununla birlikte Yeni Türk Medeni Kanunu döneminde "nesebi sahih – sahih olmayan" ayrımı kaldırıldığından, eski kanun döneminde yapılmış nesebi sahih olmayan altsoyun mirasçılık hakkı elde edemeyeceğinden bahisle denkleştirmede taraf olmayacağı açıklamaları bir tarafa bırakılmalı, yeni kanun dönemi için, bir şekilde babalığına hükmedilmiş veya miras bırakanın üstsoy olduğu varsayılan altsoyun denkleştirmede taraf olacağı düşünülmelidir.

231 Dural-Öz, s. 324; Gönensay-Birsen, s. 345; Hatemi, s. 50; Serozan-Engin, s. 643, 644; Eren, "Mirasta İade" (birinci bölüm), s. 344; İmre, s. 732; Günay, Mirasta Denkleştirme (İade) Davası ile Miras Sebebiyle İstihkak Davası, s. 86; Şener, Miras Hukuku, s. 634; İnan-Ertaş-Albaş, s. 569; Köprülü, s. 412; Şener, İlmi Açıklama ve Kazai İçtihatlarla Mirasta, Tenkis, İade, İstihkak, s. 118; Antalya-Sağlam, s. 453; Özuğur, s. 400; İmre-Erman, s. 518; Tüfek, s. 238.

bb) Altsoy Dışındaki Mirasçılar

Altsoy dışındaki mirasçılar kavramına, miras bırakanın altsoyu dışındaki ana – baba zümresi, onlar mirasçı olamıyorlarsa büyük ana – baba zümresi ve bunlar ile altsoyla birlikte mirasçı olabilen eş dâhil olmaktadır.[232] Bu mirasçılar hakkındaki karine, aldıkları karşılıksız kazandırmaları denkleştirme için terekeye iade etmeyecekleri yönünde olup, iade etmeleri mirasbırakanın bu yöndeki iradesine bağlıdır.[233] İradenin açık olmasına gerek olmadığını savunan bir görüş[234] olduğu gibi, açık olması gerektiğini beyan eden görüş[235] de mevcuttur. Ancak irade beyanı bir şekle tâbi değildir.[236]

Devlet ve eş de altsoy dışındaki kanunî mirasçılar arasında yer almasına rağmen onları farklı bir başlık altında belirtmektedir.

aaa) Eş

Eşin denkleştirmede alacaklı veya borçlu olup olmadığı konusu doktrinde tartışmalıdır. Tartışma daha çok sağ kalan eşin altsoy karşısında denkleştirme alacaklısı olup olmadığı noktasında kilitlenmektedir.[237] Bu doğrultuda eşin altsoy dışındaki mirasçılarla birlikte mirasçı olması durumunda, konunun zorluk arz etmediği, zira bu mirasçıların zaten karine olarak denkleştirme yükümlüsü olmadıkları beyan edil-

232 Dural-Öz, s. 323; Turan Başara, s. 181; Günay, Mirasta Denkleştirme (İade) Davası ile Miras Sebebiyle İstihkak Davası, s. 86; Kocayusufpaşaoğlu, Miras Hukuku, s. 446; Turanboy, s. 41; Antalya-Sağlam, s. 453; Özuğur, s. 401; İmre-Erman, s. 520; Köprülü, s. 412, 413; İmre-Erman, s. 521.

233 Dural-Öz, s. 323; Günay, Mirasta Denkleştirme (İade) Davası ile Miras Sebebiyle İstihkak Davası, s. 88; Eren, "Mirasta İade" (birinci bölüm), s. 345; İmre, s. 736; Kocayusufpaşaoğlu, Miras Hukuku, s. 444, 446; Şener, Miras Hukuku, s. 635; İmre-Erman, s. 520; Şener, İlmi Açıklama ve Kazai İçtihatlarla Mirasta, Tenkis, İade, İstihkak, s. 119; Turanboy, s. 41; Berki A. H., s. 296; Özuğur, s. 401; Antalya-Sağlam, s. 453; Tüfek, s. 243; İnan-Ertaş-Albaş, s. 571; Köprülü, s. 413.

234 İmre, s. 736; Eren, "Mirasta İade" (birinci bölüm), s. 345; Turanboy, s. 42; Gönensay-Birsen, s. 346; Berki A. H., s. 296; Tüfek, s. 244.

235 Günay, Mirasta Denkleştirme (İade) Davası ile Miras Sebebiyle İstihkak Davası, s. 88. Bununla beraber miras bırakanın denkleştirmeyi emreden veya yasaklayan beyanının hepsini bir tutup, hangi mirasçı olursa olsun, beyanın açık olması gerektiğini söyleyen bir görüş de mevcuttur, Dural-Öz, s. 330, 331.

236 Kocayusufpaşaoğlu, Miras Hukuku, s. 455; Özuğur, s. 401; Dural-Öz, s. 329; Eren, "Mirasta İade" (birinci bölüm), s. 345; İmre, s. 736; İmre-Erman, s. 520; Turanboy, s. 42; Antalya-Sağlam, s. 453. Bu yöndeki görüşler için bkz. Dural-Öz, s. 324.

237 Dural-Öz, s. 328.

mektedir.[238] Bir görüşe[239] göre sağ kalan eş denkleştirme borçlusu değildir, ancak denkleştirme alacaklısı olabilir. Bir diğer görüşe[240] göre ise eş altsoy karşısında hem denkleştirme alacaklısı hem denkleştirme borçlusudur. Bu görüş eşi altsoy gibi görmektedir. Hâkim görüş olan son fikre[241] göre de sağ kalan eş altsoy karşısında ne denkleştirme alacaklısı ne de denkleştirme borçlusudur.

Sağ kalan eş kanun koyucunun bu yönde bir düzenlemesi olmadığından denkleştirme hükümlerinin uygulanmasında devre dışı bırakılamaz. Kanunun mevcut hâliyle sağ kalan eş altsoy dışındaki diğer mirasçılar arasında görünmektedir. Ancak mademki denkleştirme müessesesinin amacı mirasçılar arası eşitliği sağlamaktır ve mademki eş her zümre ile birlikte mirasçı olmaktadır, o hâlde yine kanunun herkese eşit uygulanması ve denkleştirme açısından da mirasçılar arası eşitliğin sağlanması adına, sağ kalan eş hangi zümre ile mirasçı olmuşsa onun hakkında câri olan denkleştirme hükümlerine tâbi olmalıdır. Aksi hâlde, örneğin altsoy mirasçılar ile birlikte mirasçı olduğunda altsoy dışındaki mirasçı kabul edilecek, aldığı kazandırmayı karine gereği geri vermeyecek, ancak altsoy kural olarak geri verecektir. Bu ise eşit muameleyi bozar. Beyan edilen görüşün kabulü, kanun koyucunun kanunî mirasçıları düzenlerken, eşin farklı zümre mirasçıları ile birlikte mirasçı olduğunda farklı durumlara tâbi olması düzenlemesine de uygundur.

---

238 Eren, "Mirasta İade" (birinci bölüm), s. 346; İmre, s. 737; Dural-Öz, s. 328; Antalya-Sağlam, s. 455; İmre-Erman, s. 521; Tüfek, s. 242.

239 Görüşler için bkz. Kocayusufpaşaoğlu, Miras Hukuku, s. 453; Eren, "Mirasta İade" (birinci bölüm), s. 346; Şener, Miras Hukuku, s. 635, 636; Şener, İlmi Açıklama ve Kazai İçtihatlarla Mirasta, Tenkis, İade, İstihkak, s. 119; İmre, s. 737; Günay, Mirasta Denkleştirme (İade) Davası ile Miras Sebebiyle İstihkak Davası, s. 86; Ayiter, s. 235; Antalya-Sağlam, s. 455; Öztan, Miras Hukuku, s. 510, 511; İmre-Erman, s. 521.

240 Görüşler için bkz. Günay, Mirasta Denkleştirme (İade) Davası ile Miras Sebebiyle İstihkak Davası, s. 86; Şener, Miras Hukuku, s. 636; Şener, İlmi Açıklama ve Kazai İçtihatlarla Mirasta, Tenkis, İade, İstihkak, s. 119; Eren, "Mirasta İade" (birinci bölüm), s. 346, 347; İmre, s. 738; Dural-Öz, s. 328; Ayiter, s. 235, 236; Öztan, Miras Hukuku, s. 510, 511; İmre-Erman, s. 521, 522.

241 Görüşler için bkz. Dural-Öz, s. 328; Günay, Mirasta Denkleştirme (İade) Davası ile Miras Sebebiyle İstihkak Davası, s. 86, 87; Eren, "Mirasta İade" (birinci bölüm), s. 347, 348; Şener, Miras Hukuku, s. 636; Şener, İlmi Açıklama ve Kazai İçtihatlarla Mirasta, Tenkis, İade, İstihkak, s. 119; İmre, s. 738; Kocayusufpaşaoğlu, Miras Hukuku, s. 451, 452; Serozan-Engin, s. 643; Antalya-Sağlam, s. 455; Öztan, Miras Hukuku, s. 510, 511; İmre-Erman, s. 522. Yargıtay'ın da bu görüşü paylaştığına dair, Özuğur, s. 401.

bbb) Devlet

Devlet TMK m. 501'e göre kanunî mirasçılar arasında yer almaktadır. Mirasbırakanın hiç mirasçısının olmadığı hâlde devlet kanunî mirasçıdır. Tek mirasçının olduğu hâlde de denkleştirme alacaklılığından ya da borçluluğundan bahsedilemeyeceğinden devlet denkleştirme borçlusu olmaz.[242]

ccc) Atanmış Mirasçılar

Atanmış mirasçılar, m. 669'un kanunî mirasçılardan bahseden lâfzı gereği denkleştirme yükümlüsü değildirler.[243]

ddd) Muayyen Mal Vasiyeti Lehtarı

Muayyen mal vasiyeti alan kimseler kanunî mirasçı olmadıklarından denkleştirme ile yükümlü değildirler.[244]

eee) Mirasçılık Sıfatını Kaybeden Kimseler ve Onların Yerine Geçenlerin Durumu

TMK m. 670'e göre *"Mirasın açılmasından önce veya sonra mirasçılık sıfatını kaybeden mirasçıya ait geri verme yükümlülüğü, onun yerini alan mirasçılara, miras paylarında meydana gelen artış oranında geçer"*. Buna göre mirası ret (m. 605), mirastan yoksunluk (m. 578), mirastan feragat ya

242 Eren, "Mirasta İade" (birinci bölüm), s. 343; Kocayusufpaşaoğlu, Miras Hukuku, s. 446; Turan Başara, s. 181; Günay, Mirasta Denkleştirme (İade) Davası ile Miras Sebebiyle İstihkak Davası, s. 65; Antalya-Sağlam, s. 453. Buna karşılık denkleştirme alacaklısı veya borçlusu olabileceğine dair, Berki Ş., s. 233, 234.

243 Eren, "Mirasta İade" (birinci bölüm), s. 349; Ayiter, s. 232; Günay, Mirasta Denkleştirme (İade) Davası ile Miras Sebebiyle İstihkak Davası, s. 90; İmre, s. 738; Gönensay-Birsen, s. 344; Turanboy, s. 39; Antalya-Sağlam, s. 452; Öztan, Miras Hukuku, s. 509; Özuğur, s. 402; Berki A.H., s. 295; Olgaç, s. 382. Bu yöndeki görüşler için bkz. Kocayusufpaşaoğlu, Miras Hukuku, s. 442; Dural-Öz, s. 322; Turan Başara, s. 181; İnan-Ertaş-Albaş, s. 564. Kanuni mirasçının atanmış mirasçı olarak tayin edildiği halde de denkleştirme ile yükümlü olmaması gerektiği, zira miras bırakanın eşitliği burada bizzat bozduğu konusunda, İmre-Erman, s. 522. Buna karşılık atanmış mirasçıların miras bırakan tarafından açık veya örtülü olarak aksi belirtilmedikçe denkleştirme alacaklısı ya da borçlusu olabileceklerine dair, Berki Ş., s. 220, 221.

244 Şener, İlmi Açıklama ve Kazai İçtihatlarla Mirasta, Tenkis, İade, İstihkak, s. 116; Şener, Miras Hukuku, s. 632; Olgaç, s. 382; Eren, "Mirasta İade" (birinci bölüm), s. 349; Kocayusufpaşaoğlu, Miras Hukuku, s. 443; Gönensay-Birsen, s. 344, 347. Bu yöndeki görüşler için bkz. İnan-Ertaş-Albaş, s. 564. Buna karşılık muayyen mal vasiyeti lehtarının davacı olup davalı olamayacağı yönünde, Berki Ş., s. 235, dipnot: 406.

da mirastan çıkarma (m. 510) gibi hâllerde mirasçı olamayan, ancak mirasbırakandan onun sağlığında denkleştirmeye tâbi bir kazandırma almış bulunan kişinin yerine, onun yerine geçen kimseler miras paylarında meydana gelen artış oranında denkleştirme ile yükümlü olurlar.[245] Mirasçılık sıfatının kaybına sebep olan bu durumlara, denkleştirmeye tâbi kazandırmayı almış olan mirasçının mirasbırakandan önce ölmüş olması durumunu da eklemek gerekir.[246] Denkleştirmeyi alan ve mirasçılık sıfatını kaybeden mirasçının yerine geçen kimselerin, paylarındaki artış oranında denkleştirme yükümlülükleri devam eder. Bu durum her ne kadar hakkaniyete aykırı gibi görünse de aslında mirasçının borçlarının küllî halefiyet esasına göre mirasçılarına geçmesinden başka bir şey değildir.[247] Diğer yandan alınan sağlararası kazandırma mirasçının malvarlığına karışmakta ve o da mirasçının yerini alan mirasçılara zaten geçmiş olmaktadır. Ancak tabî ki kazandırmayı alan mirasçı öldüğünde bu kazandırma onun malvarlığından çıkmış da olabilir. Böyle bir durumda da kanun koyucu küllî halefiyet esasından yola çıkarak kazandırma almamış diğer mirasçıların pay açısından eşit olma haklarını, ölen mirasçının yerine geçen kimselere karşı tercihe şayan bulmaktadır.

fff) Miras Bırakanın veya Mirasçıların Alacaklıları

Mirasbırakanın ya da mirasçıların alacaklıları kanunî mirasçı sıfatına sahip olmadıklarından denkleştirme borçlusu değildirler.[248]

ggg) Kanunî İntifa Hakkı Sahipleri

Söz konusu kimseler denkleştirme borçlusu olamazlar.[249]

---

245 Günay, Mirasta Denkleştirme (İade) Davası ile Miras Sebebiyle İstihkak Davası, s. 89; Dural-Öz, s. 325 vd.; Kocayusufpaşaoğlu, Miras Hukuku, s. 441, 447 vd.; Turan Başara, s. 185 vd.; Turanboy, s. 37; Serozan-Engin, s. 642; Öztan, Miras Hukuku, s. 515, 516; Özuğur, s. 402; İmre-Erman, s. 523.

246 Ayiter, s. 232; Dural-Öz, s. 325, 326; İmre, s. 741; Turan Başara, s. 185; Kocayusufpaşaoğlu, Miras Hukuku, s. 447; Gönensay-Birsen, s. 348; Öztan, Miras Hukuku, s. 515; Tüfek, s. 246.

247 Dural-Öz, s. 325.

248 Eren, Mirasta İade (birinci bölüm), s. 349; Şener, İlmi Açıklama ve Kazai İçtihatlarla Mirasta, Tenkis, İade, İstihkak, s. 116; Şener, Miras Hukuku, s. 632; Günay, Mirasta Denkleştirme (İade) Davası ile Miras Sebebiyle İstihkak Davası, s. 90; Gönensay-Birsen, s. 247.

249 Dural-Öz, s. 322; Eren, "Mirasta İade" (birinci bölüm), s. 344; Berki Ş., s. 222. Aynı

ğğğ) Mirasın Tutulan Deftere Göre Kabulü veya Resmen Tasfiyesi

Böylesi durumlarda mirasçıların mirasçılık sıfatı devam ettiğinden denkleştirme yükümlülüğünden de bahsedilir.[250]

b) Denkleştirmeye Tabi Bir Kazandırma Almış Olmak

Denkleştirme borçlusu olacak kimsenin taşıması gereken ikinci genel şart, onun denkleştirmeye tâbi bir kazandırma almış olmasıdır[251].

B) DENKLEŞTİRME ALACAKLISI

TMK m. 669'un kanunî mirasçıları birbirlerine karşı denkleştirme ile yükümlü tutmasının bir gereği olarak, kanunî mirasçılar denkleştirme alacaklısı konumundadır. Dolayısıyla yukarıda denkleştirme borçlusu olabileceği zikredilen kişiler denkleştirme alacaklısı da olabilir. Ancak amaç pay eşitliğini sağlamak olduğundan denkleştirme borçlusu kişi ve bu arada denkleştirme alacaklısı da mirasbırakanın ölümüyle mirasçı sıfatını kazanmalıdır.[252] Nitekim altsoy mirasçı olduğunda ana – baba zümresinden olan biri denkleştirme talep edemez. Çünkü altsoy varken ana – baba zümresi kanunî mirasçı olmaz. Mirasçılık sıfatının aranmasından çıkan bir diğer sonuç da mirasbırakanın ölümü anında ret, feragat, çıkarma gibi sebeplerle mirasçı sıfatını kazanamamış kimselerin denkleştirme alacaklısı da olamadığıdır.[253]

Denkleştirmede alacaklılık konusunda eşin durumu, yukarıdaki tartışmalar[254] çerçevesinde açıklandığı gibidir.

Atanmış mirasçılar denkleştirme borçlusu olmadıkları gibi denkleştirme alacaklısı da değildirler.[255] Mirasbırakanın atanmış mirasçısı

---

yönde görüşler için bkz. Kocayusufpaşaoğlu, Miras Hukuku, s. 442; İnan-Ertaş-Albaş, s. 564; Antalya-Sağlam, s. 453.

250 Dural-Öz, s. 322, 323; Kocayusufpaşaoğlu, Miras Hukuku, s. 441, 442; Olgaç, s. 383; Berki A.H., s. 295; Gönensay-Birsen, s. 345.

251 Bkz. III, A).

252 Kocayusufpaşaoğlu, Miras Hukuku, s. 450; Eren, "Mirasta İade" (birinci bölüm), s. 350; Dural-Öz, s. 327; İmre, s. 750; Antalya-Sağlam, s. 452; 454; Turanboy, s. 38; İmre-Erman, s. 516.

253 Kocayusufpaşaoğlu, Miras Hukuku, s. 441; Gönensay-Birsen, s. 347, 348 Antalya-Sağlam, s. 452.

254 Bkz. V, A), 1), a), bb), aaa).

255 Eren, "Mirasta İade" (birinci bölüm), s. 350; Dural-Öz, s. 328, 329; İmre, s. 750;

lehine bir denkleştirme yükümü öngörmesi de gerçek anlamda bir alacaklılık sayılmamakta, pay belirlemesi olarak kabul edilmektedir.[256] Atanmış mirasçılar ile kanunî mirasçıların bir arada bulunduğu bir hâlde, öncelikle denkleştirmeye tâbi kazandırma hesaba katılmaksızın atanmış mirasçıların payının belirlenmesi, bu miktar çıkarıldıktan sonra da denkleştirmeye tâbi kazandırmanın kalan terekeye eklenerek payların belirlenmesi gerektiği ifade edilmektedir.[257]

Mirasbırakanın sadece belli mirasçıları denkleştirme alacaklısı olarak tayin etmesi mümkündür.[258] Bu durumda elbette ki saklı payı zarar gören diğer mirasçılar tenkis hükümlerine başvurabilir.

Mirasbırakanın veya mirasçıların alacaklıları ve intifa hakkı sahipleri de kanunî mirasçılık sıfatı taşımadıklarından denkleştirme alacaklısı olamazlar. Tutulan deftere göre mirası kabul veya resmî tasfiye durumlarında mirasçılık sıfatı devam ettiğinden, mirasçılar denkleştirme alacaklısı olabilir.

Birden fazla denkleştirme alacaklısının bulunduğu bir tereke paylaşımında, bu hakka sahip olanlardan bir kısmı denkleştirme ister diğer kısmı istemezse, denkleştirme konusu şey tümüyle terekeye iade olacağından, talep etmemiş mirasçıların da denkleştirmeden yararlandıkları ifade edilmektedir.[259]

İKİNCİ BÖLÜM

MİRASTA DENKLEŞTİRMEDE UYGULANACAK USULÎ HÜKÜMLER

I – MİRASTA DENKLEŞTİRMENİN İSTENMESİ

A) TALEP HAKKI

Mirasta denkleştirmeyi talep durumu iki hakkı içerir: İlki denk-

---

Kocayusufpaşaoğlu, Miras Hukuku, s. 442; Gönensay-Birsen, s. 347; Turanboy, s. 39; Berki A.H., s. 295. Doktrinde bu yönde beyan edilmiş diğer görüşler için bkz. Turan Başara, s. 202; İnan-Ertaş-Albaş, s. 565. Karşı yönde, Köprülü, s. 221.

256 Kocayusufpaşaoğlu, Miras Hukuku, s. 442; Dural-Öz, s. 328, 329; İmre, s. 750, 751.

257 Kocayusufpaşaoğlu, Miras Hukuku, s. 454.

258 Dural-Öz, s. 327; Turan Başara, s. 195. Doktrinde bu yönde beyan edilmiş diğer görüşler için bkz. Kocayusufpaşaoğlu, Miras Hukuku, s. 450.

259 Dural-Öz, s. 328; Berki Ş., s. 221, dipnot: 387.

leştirmeyi talep etmek ve diğeri kazandırmaya iştirak etmek.[260] Dolayısıyla mirasçı payı aleyhine eşitsizliğe neden olan kazandırmanın terekeye iadesini ve bu iadeden sonra da payların eşitlenmesine sebep olacak miktarın payına eklenmesini isteyebilir.

Mirasbırakanın sağlığında mirasçılarına yaptığı tasarruflar hususunda, mirasçıların TMK m. 646/2 çerçevesinde birbirine bilgi verme yükümünde olduğu doktrinde ifade edilmektedir.[261]

Edinilmiş mallara katılma rejiminde denkleştirme talebi söz konusu olduğu zaman, mal rejimi hükümleri miras hukuku hükümlerinden öncelikli olarak uygulama alanı bulur.[262] Bu doğrultuda öncelikle sağ eşin malvarlığındaki kendi payının ve dolayısıyla ölen eşin malvarlığı tespit edilip, sonrasında bu miktar tereke kabul edilerek denkleştirme talep edilebileceği doktrinde ifade edilmektedir.[263]

B) DENKLEŞTİRME DAVASI

Denkleştirme mirasçıların payları arasında eşitliği sağlama müessesesi olarak Türk Medeni Kanunu m. 669 vd.'nda düzenlenmişken, bu hükümler arasında kuruma has bir dava türüne rastlanmamaktadır. Ancak mirasçılar eşitliği sağlamak adına, denkleştirme durumunun mevcut olduğunun tespitini ya da bununla birlikte payının eksik kalan bu kısmının kazandırmadan tamamlanmasını isteyebilir. Bu imkânlardan yola çıkılarak doktrinde, mirasçının denkleştirme konusunu ve çerçevesini belirlemeye yönelik açtığı davanın hukukî niteliği açısından bir tespit davası olduğu ve bu yüzden ölüm anından itibaren paylaşımın sonuna kadar bu davanın açılabileceği; buna mukabil şayet denkleştirme konusunun verilmesine yönelik bir talep varsa bunun eda davası niteliğinde olup, bu davanın da paylaşım aşamasında açılabileceği ifade edilmektedir.[264] Bununla bağlantılı olarak doktrinde

---

260 İmre, s. 751; İmre-Erman, s. 528.

261 Kocayusufpaşaoğlu, Miras Hukuku, s. 708, 709; İmre-Erman, s. 513; Özuğur, s. 398; İmre, s. 726. Doktrinde bu yönde beyan edilmiş görüşler için bkz. Turan Başara, s. 213.

262 Doktrinde bu yönde beyan edilmiş görüşler için bkz. Turan Başara, s. 214; "Edinilmiş mallara katılma rejiminin ölüm ile sona ermesi halinde, tasfiye yapılıp hangi eşin katılma alacaklısı olduğu belirlenmeden, miras ortaklığı paylaşma ile sona erdirilemez", Dural-Öğüz-Gümüş, s. 235.

263 Doktrinde bu yönde beyan edilmiş görüşler için bkz. Turan Başara, s. 214.

264 Antalya-Sağlam, s. 459; Doktrinde bu yönde beyan edilmiş görüşler için bkz.

en son tereke paylaşımının tamamlanmasına kadar bu davanın açılabileceği belirtilmektedir.[265] Ancak Yargıtay davanın, özellikle bir süre belirlenmemiş olduğundan 10 yıllık zamanaşımı süresine tâbi olduğunu söylemektedir.[266] Doktrinde bazı görüşler de bu fikri paylaşmaktadır[267].

Denkleştirme istemi aynî değil, kişisel bir haktır; kişiye alacak hakkı verir.[268]

Denkleştirme davasında davacı ve davalı olabilecek kimseler, mirasçılık sıfatını haiz olmak kaydıyla, yukarıda denkleştirme borçlusu veya alacaklısı olarak açıklanan kişilerdir[269]. Bu doğrultuda altsoy, altsoy dışındaki mirasçılar ve bu arada eş, soy bağı kurulmuş evlilik dışı

Dural-Öz, s. 343; Kocayusufpaşaoğlu, Miras Hukuku, s. 483 vd.; Turan Başara, s. 217 vd. Kocayusufpaşaoğlu, "Mirasta İade(=Denkleştirme) ile İlgili Meseleler", s. 136 vd. Buna karşılık denkleştirme davasının bir eda davası olup bu nedenle paylaşma davası içinde ileri sürülmesi gerektiğine dair, Öztan, Miras Hukuku, s. 516; sadece paylaşım aşamasında ileri sürülebileceğine dair, İmre-Erman, s. 528, 529.

265 Kocayusufpaşaoğlu, Miras Hukuku, s. 440; Kılıçoğlu, Miras Hukuku, 458; Turan Başara, s. 219; Eren, "Mirasta İade" (ikinci bölüm), s. 736; Ayiter, s. 231; "Mirasçıların denkleştirme istemleri herhangi bir zamanaşımı süresine bağlı değildir. Ama bu istemi uzun süre ortaya atmamak, yerine göre, istemi zımnen gözden çıkarmak anlamında yorumlanabilir", Serozan-Engin, s. 643. Doktrinde bu yönde beyan edilmiş görüşler için bkz. Dural-Öz, s. 343.

266 Yargıtay 2. HD, T. 9.4.1987, E. 1987/2384, K. 1987/3175; Yargıtay HGK, T. 14.4.1973, E. 1971/2-67, K. 1973/310. http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.htm (erişim tarihi: 22.3.2016, saat 11.14). "Mirasta denkleştirme davası, paylaşmadan önce, paylaşma sırasında veya paylaşmadan sonra açılabilir. Mirasın taksimi halinde ise taksimin yapılmasından itibaren on yıllık zamanaşımı süresi içinde açılmalıdır", Yargıtay 2. HD. T. 16.01.2014, E. 2013/25017, K. 2014/573, (Özuğur, s. 428, 429). Aynı yönde, Yargıtay 14. HD, T. 26.4.2017, E. 2016/9560, K. 2017/3458, http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/dsp.php?fn=14hd-2016-9560.htm&kw=mirasta+denkle%C5%9Ftirme#fm (erişim tarihi: 29.11.2017).

267 Berki Ş., s. 236; Antalya-Sağlam, s. 460; Özuğur, s. 416, yazara göre "… Mirasta denkleştirme davasındaki zamanaşımı, taksimin kesinleşmesinden itibaren başlar. Miras taksimi sözleşme ile yapılmışsa, on yıllık zamanaşımı süresi bu sözleşmenin yapıldığı tarihten başlar. Sözleşme geçersiz olup sonradan iptal edilirse, ortada paylaşım kalmadığından süre sonradan yapılan paylaşım tarihinden itibaren başlar", s. 416; İmre-Erman, s. 529; Tüfek, s. 291; Doktrinde bu yönde beyan edilmiş görüşler için bkz. İnan-Ertaş-Albaş, s. 572; Şener, Miras Hukuku, s.629; Şener, İlmi Açıklama ve Kazai İçtihatlarla Mirasta, Tenkis, İade, İstihkak, s. 113.

268 Günay, Mirasta Denkleştirme (İade) Davası ile Miras Sebebiyle İstihkak Davası, s. 112; Turanboy, s. 31; Serozan-Engin, s. 149; Ayiter, s. 231; Eren, "Mirasta İade" (birinci bölüm), s. 343; Şener, Miras Hukuku, s. 626; Şener, İlmi Açıklama ve Kazai İçtihatlarla Mirasta, Tenkis, İade, İstihkak, s. 110; Özuğur, s. 411; İmre-Erman, s. 513; İmre, s.725.

269 Bkz. V.

altsoy, evlatlık denkleştirme davasında davacı ya da davalı olabilir.[270] İntifa hakkı sahipleri, hâkim görüşe göre atanmış mirasçılar, belirli mal vasiyeti alacaklısı, mirasbırakanın veya mirasçıların alacaklıları, mirası reddeden, mirasçılıktan çıkarılan, mirastan yoksun olan ya da miras bırakandan önce ölen kimseler ise kanunî mirasçı sıfatına sahip olmadıkları için denkleştirme davasında taraf da olamazlar.[271]

Denkleştirme davasında ispat yükü şu şekilde maddelendirilebilir:

- TMK m. 669/2'de altsoyun mirasbırakandan onun sağlığında almış olduğu karşılıksız kazandırmaların karine olarak denkleştirmeye tâbi olduğu öngörüldüğünden, bunların denkleştirmeye tâbi olmadığını ispat yükü altsoy üzerindedir.[272]
- Altsoy dışındaki mirasçılar için karine denkleştirmeme yönünde olduğundan, denkleştirme yönündeki iradeyi davacı mirasçı ispat eder.[273]

---

270 Gönensay-Birsen, s. 344 vd.; Kocayusufpaşaoğlu, Miras Hukuku, s. 443 vd.; Antalya-Sağlam, s. 454, 455; Dural-Öz, s. 321 vd.; Özuğur, s. 415; Şener, İlmi Açıklama ve Kazai İçtihatlarla Mirasta, Tenkis, İade, İstihkak, s. 115 vd.; Şener, Miras Hukuku, s. 631 vd.; Günay, Mirasta Denkleştirme (İade) Davası ile Miras Sebebiyle İstihkak Davası, s. 97 vd.; Turanboy, s. 36 vd.; Eren, "Mirasta İade" (birinci bölüm), s. 343 vd.; Berki A.H., s. 295 vd.; İnan-Ertaş-Albaş, s. 564 vd.

271 Şener, İlmi Açıklama ve Kazai İçtihatlarla Mirasta, Tenkis, İade, İstihkak, s. 115 vd.; Şener, Miras Hukuku, s. 631 vd.; Turanboy, s. 36 vd.; Gönensay-Birsen, s. 344 vd.; İnan-Ertaş-Albaş, s. 564 vd.; Kocayusufpaşaoğlu, Miras Hukuku, s. 443 vd.; Eren, "Mirasta İade" (birinci bölüm), s. 343 vd.; Günay, Mirasta Denkleştirme (İade) Davası ile Miras Sebebiyle İstihkak Davası, s. 97 vd.; Berki A.H., s. 295 vd.; Antalya-Sağlam, s. 454, 455; Dural-Öz, s. 321 vd.; Özuğur, s. 415.

272 Şener, Miras Hukuku, s. 634; Şener, İlmi Açıklama ve Kazai İçtihatlarla Mirasta, Tenkis, İade, İstihkak, s. 118; Eren, "Mirasta İade" (birinci bölüm), s. 344; Gönensay-Birsen, s. 345; Özuğur, s. 417; İmre-Erman, s. 518; Berki A.H., s. 297; İnan-Ertaş-Albaş, s. 567; Köprülü, s. 412. Doktrinde bu yönde beyan edilmiş görüşler için bkz. İmre, s. 732. Ayrıca Yargıtay 2. Hukuk Dairesinin bu yönde verdiği kararlar için bkz. Günay, Mirasta Denkleştirme (İade) Davası ile Miras Sebebiyle İstihkak Davası, s. 108; Dural-Öz, s. 330. Buna karşılık Yargıtay Genel Kurulu vermiş bulunduğu bir içtihadı birleştirme kararında (T. 21.9.2005, E. 2/457, K. 512, karar için Özkan, s. 474) bir taşınmaz bağışının TKM m. 603/2'de sayılan kazandırmalardan biri olmadığı, kanun koyucunun "gibi" kelimesini kullanmaktaki amacının da fıkrada sayılan kazandırma türleri ile aynı kazandırmaları belirtmek olup bütün kazandırmaları bu kapsama almak istemediği, dolayısıyla ispat yükünün, lehine kazandırma yapılan altsoy üzerinde değil genel kural TMK m. 6 gereği davacı üzerinde olduğu yönünde görüş beyan etmiştir.

273 Günay, Mirasta Denkleştirme (İade) Davası ile Miras Sebebiyle İstihkak Davası, s. 108; İmre, s. 136; Gönensay-Birsen, s. 345; Dural-Öz, s. 330; Özuğur, s. 417; İm-

- Eşe yapılan kazandırmaların denkleştirmeye tabi olup olmadığını ispat yükü, öncelikle onun denkleştirme borçlusu olarak kabul edilmesine, sonra da hangi mirasçı zümresine dâhil olduğuna bağlıdır.
- Miras payını aşan kazandırmanın varlığı durumunda bu aşan kısmın kendisinde kalmasını isteyen mirasçı, TMK m. 672'nin açık düzenlemesi gereği, mirasbırakanın bu aşan kısmı kendisine bırakmak istediğini ispat etmek durumundadır.
- Yine miras bırakanın çocuklarına yaptığı alışılmış ölçüleri aşan eğitim ve öğrenim giderlerinin denkleştirmeye tâbi olmaması yönündeki mirasbırakanın iradesini, lehine tasarrufta bulunulan çocuk (davalı) ispat eder.[274] Giderlerin alışılmış ölçüler içinde kalıp kalmadığını zaten hâkim tayin etmektedir.
- Alışılmış ölçüler içinde yapılan çeyiz giderlerinin denkleştirmeye tâbi olmadığı asıl olduğundan (TMK m. 675/2), denkleştirmeye tâbi olduğunu iddia eden davacı ispat ile yükümlüdür.

Denkleştirme davasında görevli mahkeme Hukuk Muhakemeleri Kanunu m. 2 uyarınca asliye hukuk mahkemeleridir.[275] Yetkili mahkeme ise Hukuk Muhakemeleri Kanunu m. 11/1 – b gereğince ölenin son yerleşim yeri mahkemesidir.[276]

II – DENKLEŞTİRME YÖNTEMİ VE DEĞERİN BELİRLENMESİ

A) DENKLEŞTİRMENİN ŞEKLİ

Kanunda belirtilen özellikleri doğrultusunda bir kazandırmanın denkleştirmeye tâbi olduğu belirlenirse, mirasçı bu kazandırmayı paylar arası denkleştirme sağlanmak üzere terekeye iade etmek zorundadır. TMK m. 671 bu iadenin hangi surette olacağını düzenlemiştir. Buna göre lehine sağlararası kazandırma yapılan mirasçı denkleştirme konusunu terekeye iade ederken ya aldığını aynen iade eder ya

---

re-Erman, s. 520; Berki A.H., s. 297; İnan-Ertaş-Albaş, s. 568. Doktrinde bu yönde beyan edilmiş görüşler için bkz. Eren, "Mirasta İade" (birinci bölüm), s. 345.

274 Eren, "Mirasta İade" (ikinci bölüm), s. 734.

275 Günay, Mirasta Denkleştirme (İade) Davası ile Miras Sebebiyle İstihkak Davası, s. 96; Özuğur, s. 416; Turan Başara, s. 220; Özkan, s. 468.

276 Günay, Mirasta Denkleştirme (İade) Davası ile Miras Sebebiyle İstihkak Davası, s. 96; Özuğur, s. 415; Turan Başara, s. 220, 221; Öztan, Miras Hukuku, s. 517; Özkan, s. 468.

da kazandırma konusunun değeri, lehine tasarruf yapılan mirasçının pay değerinden fazla olsa bile payına mahsup edilir. Ancak maddenin ikinci fıkrasına göre mirasbırakan aksi yönde tasarrufta bulunabilir. Yine aynı fıkra gereğince mirasçıların tenkise ilişkin hakları saklıdır.

Kazandırmayı iade ile yükümlünün kazandırmayı iade borcunun TBK m. 87 anlamında bir seçimlik borç olduğu ifade edilmektedir.[277] Seçim hakkı borçlu mirasçıya aittir.[278] Eğer o seçim hakkını kullanmazsa hak, alacaklı mirasçıya geçer.[279]

Seçim hakkı varması gerekli, tek taraflı irade beyanı ile kullanılır ve kullanıldıktan sonra dönmek mümkün değildir.[280] Söz konusu seçimlik hak, bir kısmı aynen iade bir kısmı da mahsuben iade şeklinde kullanılamaz, bu haklardan biri mutlak olarak seçilmek zorundadır.[281]

Seçimlik haklardan ilki olan aynen iade (Realkollation)[282] kazandırmanın kendisinin terekeye verilmesidir.[283] Bu durumda kazandırma taşınmaz ise tescili, taşınır ise zilyetliğinin devri, alacak ise de temliki gereklidir.[284] Aynen iade ile mirasçı kazandırmayı hiç almamış

277 Özuğur, s. 411; Günay, Mirasta Denkleştirme (İade) Davası ile Miras Sebebiyle İstihkak Davası, s. 118. BK m. 71'in bir örneği olduğuna dair Eren, "Mirasta İade" (ikinci bölüm), s. 741. Yargıtay seçim hakkının davalıya hatırlatılmaması konusunda mahkemeyi hatalı saymaktadır, bkz. 14. HD, T. 17.5.2016, E. 2016/612, K. 2016/5950, http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/dsp.php?fn=14hd-2016-612.htm&kw=mirasta+denkle%C5%9Ftirme#fm (erişim tarihi: 29.11.2017).

278 Gönensay-Birsen, s. 350; Özuğur, s. 411; Günay, Mirasta Denkleştirme (İade) Davası ile Miras Sebebiyle İstihkak Davası, s. 118; Öztan, Miras Hukuku, s. 517; Tüfek, s. 275, 276; İmre, s. 756; Şener, Miras Hukuku, s. 651; Ayiter, s. 238; Eren, "Mirasta İade" (ikinci bölüm), s. 739.

279 Özuğur, s. 411; Günay, Mirasta Denkleştirme (İade) Davası ile Miras Sebebiyle İstihkak Davası, s. 118; Tüfek, s. 276; Şener, İlmi Açıklama ve Kazai İçtihatlarla Mirasta, Tenkis, İade, İstihkak, s. 133; Şener, Miras Hukuku, s. 651.

280 Günay, Mirasta Denkleştirme (İade) Davası ile Miras Sebebiyle İstihkak Davası, s. 118; Özuğur, s. 411; Turan Başara, s. 224; Tüfek, s. 277; Şener, İlmi Açıklama ve Kazai İçtihatlarla Mirasta, Tenkis, İade, İstihkak, s. 133; Şener, Miras Hukuku, s. 651; Eren, "Mirasta İade" (ikinci bölüm), s. 741.

281 Kocayusufpaşaoğlu, Miras Hukuku, s. 483; İmre-Erman, s. 531; Özuğur, s. 411, (yazar tüm mirasçıların rıza veya onay vermeleri halini saklı tutmuştur); Şener, İlmi Açıklama ve Kazai İçtihatlarla Mirasta, Tenkis, İade, İstihkak, s. 133; Şener, Miras Hukuku, s. 651.

282 Eren, "Mirasta İade" (ikinci bölüm), s. 740; İmre, s. 757; İnan-Ertaş-Albaş, s. 572.

283 Eren, "Mirasta İade" (ikinci bölüm), s. 740; Dural-Öz, s. 344; Turan Başara, s. 228; İmre-Erman, s. 531; Berki A.H., s. 299; İmre, s. 757; Köprülü, s. 415; İnan-Ertaş-Albaş, s. 572; Kocayusufpaşaoğlu, Miras Hukuku, s. 482.

284 Eren, "Mirasta İade" (ikinci bölüm), s. 740; Kocayusufpaşaoğlu, Miras Hukuku, s. 482.

hâle döndüğünden, bundan böyle tıpkı diğer mirasçılar gibi paylaşıma katılır.[285] Ancak yine de kazandırma konusu şeyin paylaşımdan sonra bu mirasçıya verilmesinde bir mahzur yoktur.[286]

Kazandırma konusu şey harcanırsa, tüketilirse veya mirasçının kusuru ile yok olursa, aynen iadeden değil zorunlu olarak mahsuben iadeden bahsedilir.[287]

Seçimlik haklardan diğeri de mahsuben denkleştirme olup, bu durumda kazandırma konusu eşya denkleştirme anındaki değeri ile terekeye iade edilir.[288] Mahsuben (değer itibariyle) denkleştirmede kazandırma konusu eşya aynen verilmeyip, değer itibariyle terekeye girmektedir. Kanun koyucu denkleştirme borçlusuna, kazandırma miktarı miras payından fazla olsa bile, mahsuben denkleştirmeyi seçme imkânı tanımıştır. Şayet mirasçı böyle bir haldeyken mahsuben denkleştirmeyi seçerse, miras payını alamayacağı gibi, paydan fazla kısmı da terekeye ödemek zorunda kalır.[289]

Mahsuben iadenin, biri denkleştirme konusu şeyin değerinin terekeye eklenerek miras payından değerin indirilmesi ve diğeri, denkleş-

---

285 Kocayusufpaşaoğlu, Miras Hukuku, s. 482; Özuğur, s. 412; Turan Başara, s. 228; İmre-Erman, s. 532; Günay, Mirasta Denkleştirme (İade) Davası ile Miras Sebebiyle İstihkak Davası, s. 121; Tüfek, s. 277; İmre, s. 757; Köprülü, s. 415; Şener, İlmi Açıklama ve Kazai İçtihatlarla Mirasta, Tenkis, İade, İstihkak, s. 136; Şener, Miras Hukuku, s. 654.

286 Kocayusufpaşaoğlu, Miras Hukuku, s. 482; Eren, "Mirasta İade" (ikinci bölüm), s. 740; Turan Başara, s. 228.

287 Gönensay-Birsen, s. 350; Eren, "Mirasta İade" (ikinci bölüm), s. 740; Günay, Mirasta Denkleştirme (İade) Davası ile Miras Sebebiyle İstihkak Davası, s. 121; Tüfek, s. 277; Ayiter, s. 238. Kazandırma konusu şeyin temliki halinde de mahsuben denkleştirmeye gidileceği konusunda, İmre-Erman, s. 532; İmre, s. 757. "Yargıtay'a göre aleyhine dava açıldıktan sonra gayrimenkulü başkasına devreden iade borçlusu, bu davranışı ile MK m. 605 anlamındaki seçim hakkını değer itibari ile iade şıkkı lehine kullandığını fiilen belirtmiş olur ve davacının aynen iade talebine yer kalmaz", 2. HD, T. 3.7.1962, E. 4196/K. 3995. Karar için bkz. Kocayusufpaşaoğlu, Miras Hukuku, s. 482, dipnot 1.

288 Dural-Öz, s. 344; Özuğur, s. 413; İmre, s. 532; Günay, Mirasta Denkleştirme (İade) Davası ile Miras Sebebiyle İstihkak Davası, s. 122; İnan-Ertaş-Albaş, s. 573; Eren, "Mirasta İade" (ikinci bölüm), s. 740, ancak yazar eserini Eski MK zamanında vermiş olduğundan, mirasın açıldığı andaki değer üzerinden iade olacağını beyan etmektedir. Mirasın açıldığı andaki değeri ile iade edileceğine dair, Öztan, Miras Hukuku, s. 517; Özkan, s. 468; ayrıca Yargıtay 2. HD. T. 17.12.2009, E. 14753, K. 21912, (Özkan, s. 481, 482).

289 Dural-Öz, s. 344; Günay, Mirasta Denkleştirme (İade) Davası ile Miras Sebebiyle İstihkak Davası, s. 122; Tüfek, s. 279.

tirme konusu değerin önce alacaklı mirasçılar arasında paylaştırılması, sonra borçlu mirasçı da dâhil yine aynı değerin mirasçılar arasında paylaştırılması ve sonunda miras paylarının buna göre hesaplanması olmak üzere iki yöntemde gerçekleşebileceği doktrinde ifade edilmektedir.[290]

TMK m. 672/2'ye göre miras bırakan denkleştirme yöntemi konusunda bir belirleme yapmış olabilir ki bu durumda mirasçılar buna hareket etmek durumundadır. İfade etmek gerekir ki mirasbırakanın, kazandırma konusunun terekeye aynen iade edileceği konusundaki beyanı, ancak denkleştirme yükümlüsünün denkleştirme konusunu henüz elinden çıkarmamış olduğu durumlarda hüküm ifade eder.[291]

B) DENKLEŞTİRME DEĞERİNİN HESAPLANMASI

Mirasbırakanın mirasçılarından birine sağlığında yaptığı kazandırmanın denkleştirmeye tâbi olduğunun tespiti ve bunun iade edilmesinden sonraki konu, mirasçıların bu net terekeden paylarına düşen değerin hesabıdır. Ancak denkleştirme konusunun hangi andaki değerinin esas alınacağı önemli bir meseledir. Nitekim yıllar önce mirasçılardan birine çok önemli bir meblağ olarak yapılmış kazandırma yapıldığı andaki kıymetiyle terekeye eklendiğinde, denkleştirmenin mirasçılar arası eşitliği sağlama amacından uzak kaldığı aşikârdır. Dolayısıyla kanun bu konuya da açıklık getirmiş, TMK m. 673/1'de denkleştirmenin, kazandırmanın denkleştirme anındaki değerine göre yapılacağını düzenlemiştir. TKM m. 607'nin mirasın açıldığı (miras bırakanın öldüğü) tarihi esas alan hükmüne[292] nazaran, mevcut düzenleme daha âdil görünmektedir. Nitekim mirasın açıldığı gün ile denkleştirmenin yapıldığı an arasında da önemli bir müddet söz konusu olabilir.

---

290 Yöntemler için bkz. Kocayusufpaşaoğlu, Miras Hukuku, s. 482, 483; Turan Başara, s. 231, 232; İmre-Erman, s. 532 vd. Ayrıca Yargıtay'ın bir kararında denkleştirme konusunda nasıl bir usul izlenmesi gerektiği belirlemesi için, Günay, Mirasta Denkleştirme (İade) Davası ile Miras Sebebiyle İstihkak Davası, s. 122, 123.

291 Dural-Öz, s. 344.

292 Dural-Öz, s. 344; Kocayusufpaşaoğlu, Miras Hukuku, s. 486; Günay, Mirasta Denkleştirme (İade) Davası ile Miras Sebebiyle İstihkak Davası, s. 125; Berki A. H., s. 299; Tüfek, s. 287; Gönensay-Birsen, s. 352; Köprülü, s. 415; Berki Ş., s. 229; İmre, s. 759; Şener, İlmi Açıklama ve Kazai İçtihatlarla Mirasta, Tenkis, İade, İstihkak, s. 134; Şener, Miras Hukuku, s. 654; Ayiter, s. 238.

TMK m. 673 doğrultusunda denkleştirme konusu eşya, denkleştirme anındaki değeriyle tereke hesabına alınır.[293] Ancak kazandırmanın yapıldığı andan terekenin bu kazandırma ile birlikte hesaplanmasına kadar, kazandırma konusu eşyanın değerinde veya kendisinde değişmeler meydana gelmiş olabilir.[294] Kanun koyucu bu yönde de düzenlemelerde bulunmuştur ki söz konusu maddenin ikinci fıkrasına göre denkleştirme konusu eşyada meydana gelen yarar-zarar ile gelir-gider değişikliklerinde mirasçılar arasında sebepsiz zenginleşme hükümleri uygulanır.

Denkleştirmeye tâbi eşyanın miras açılmadan önce değeri azalmış veya telef olmuşsa ve bu konuda da kazandırma lehtarının kusuru yoksa o bu zararlardan sorumlu değildir.[295] Buna karşılık denkleştirme konusu malın değeri artmışsa, bu artmış olan değerin de iadesi gerekir.[296]

Mirasın açılmasından sonra denkleştirme konusunda meydana gelen değişiklikler hakkında ise sebepsiz zenginleşme hükümleri uygulanacak; ancak bu uygulama kanunun belirlediği ölçü çerçevesinde olur. Bu doğrultuda ve TBK m. 80 de dikkate alındığında denkleştirme yükümlüsü mirasçı iyiniyetli ise denkleştirme anında elinden çıkmış olduğunu ispat ettiği dışında kalan kısmı iade ile yükümlüdür. Ancak iyiniyetli olmadan ya da terekeye iade edeceğini bilmesine rağmen elden çıkarmışsa, denkleştirme konusunun tamamını geri vermek durumundadır. İyiniyet-kötü niyet belirlemesinde mirasçının, kendisinin denkleştirme yükümlüsü olduğunu bilmesi veya bilmesi gerekliliği dikkate alınır.[297]

---

293 Bkz. Yargıtay 20. HD, T. 6.2.2017, E. 2016/14462, K. 2017/809, http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/dsp.php?fn=20hd-2016-14462.htm&kw=mirasta+denkle%C5%9Ftirme#fm (erişim tarihi: 29.11.2017). Bununla beraber denkleştirme konusu şey bir miktar para ise bunun yine aynı değerde, bir başka deyişle kazandırmanın yapıldığı andaki değeriyle terekeye ekleneceğine dair fikir için bkz. Kocayusufpaşaoğlu, Miras Hukuku, s. 486; Turan Başara, s. 232, 233.

294 Kılıçoğlu, Medeni Kanun'umuzun Aile – Miras – Eşya Hukukuna Getirdiği Yenilikler, s. 361.

295 Dural-Öz, s. 345; Kocayusufpaşaoğlu, Miras Hukuku, s. 486, 487; Gönensay-Birsen, s. 353. Buna karşılık yine denkleştirme anındaki değerinin esas alınması gerektiği konusunda, Turan Başara, s. 235.

296 Dural-Öz, s. 345; Kocayusufpaşaoğlu, Miras Hukuku, s. 487; Gönensay-Birsen, s. 353.

297 Dural-Öz, s. 345; Gönensay-Birsen, s. 354.

Gelir-giderlerin istenmesi konusunda da TBK m. 80'e göre hareket edilir. Dolayısıyla denkleştirme yükümlüsü iyiniyetli ise denkleştirme talebinde bulunan mirasçılardan denkleştirme konusu için yaptığı zorunlu ve faydalı giderleri isteyebilir. Kötü niyetli olması durumunda ise zorunlu ve faydalı giderleri o an denkleştirme konusunda meydana getirdikleri artış oranında talep edebilir. Lüks gider açısından da iyiniyetli ve kötü niyetli denkleştirme yükümlüsü arasında fark olmayıp her ikisi de bu ödemeyi talep edemez. Ancak bedeli kendisine teklif edilmediği ve zararsızca sökülüp alınması mümkün olduğu müddetçe söküp alma hakkına sahiptir.

Yarar-zarar ile gelir-gider kavramının içinde denkleştirmede iade edilmesi gerekli şeyin yok olması, satılması, telef olması gibi elden çıkma durumlarını da değerlendirmek gerekir. Bu noktada hem sebepsiz zenginleşme hükümlerini hem iade tarzlarından hangisinin seçildiğini hem de borçlu mirasçının iyiniyetli veya kötü niyetli olmasını birlikte değerlendirmek gerekir.

İlk olarak şunu belirtmek gerekir ki sebepsiz zenginleşme kurallarının uygulanması için, sebepsiz zenginleşme konusu şeyin mülkiyetinin zenginleşene geçmiş olması gerekir; mülkiyet geçmemişse sebepsiz zenginleşme hükümleri uygulanamaz.[298] Ancak denkleştirme hükümlerini bu noktada hem yapılan kazandırmanın hukukî mahiyeti konusunda doktrinde bir birlik olmamasından hem de kendine özgü kurallar koymasından dolayı ayrı değerlendirmek gerekir. Zira mirasbırakan kazandırmanın denkleştirileceğini öngörmüş olsa dahi, bu miras payına mahsuben yapılmış bir kazandırmadır ve bu çerçevede kullanılması gerekir. Dolayısıyla denkleştirmede sebepsiz zenginleşme hükümlerini tümüyle değil, kanunda belirtildiği ölçüde uygulamak gerekir.

Belirtilen doğrultuda kazandırma lehtarı aldığı kazandırmayı denkleştirme için terekeye iade edeceğini bilmesi durumunda onu

298 Kılıçoğlu, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, s. 511; Eren, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, s. 845 vd.; Oğuzman-Öz, II. Cilt, s. 306 vd.; Senai Olgaç, Hukuk Davalarında Sebepsiz İktisap, Olgaç Matbaası, 1977, s. 1; Reisoğlu, s. 274 vd.; İnan-Yücel, s. 488 vd.; Haluk N. Nomer, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Beta Yayınları, 8. Bası, İstanbul, 2010, s. 134.

dürüstlük kuralı çerçevesinde, zarara uğratmaktan kaçınarak kullanmalıdır. Denkleştirmenin talep edileceği ana kadar o, kazandırmayı bu şekilde kullanma hakkına sahiptir. Sebepsiz zenginleşme anını da kazandırmanın yapıldığı an olarak değil, denkleştirmenin talep edildiği an olarak belirlemek gerekir. Çünkü mirasbırakan ölmeden önce henüz kimin kime mirasçı olacağı dahi belli değildir. Denkleştirmeyi talep etme hakkı da mirasçılara ait olduğundan talep anına kadar kazandırma lehtarı açısından da böyle bir yükümlülük doğup doğmayacağı kesin olarak belli değildir. Zira mirasbırakan kazandırmanın denkleştirmeye tâbi olacağını belirtmiş olabilir, ancak henüz o anda mirasçılar talep edebilir durumda değildir. Dolayısıyla kazandırma lehtarı mirasçı, borçlu olacağı ana kadar kazandırmayı iade etme ihtimalinin olduğunu bilip bilmemesine göre iyi ya da kötü niyetli sayılarak, bulunduğu o duruma göre şeye gelen zarar ve kayıplardan sorumlu tutulmalı ya da tutulmamalıdır. Talep anından sonra ise artık denkleştirme borçlusu, gelir-gider ile yarar-zarar açısından da sebepsiz zenginleşen hâline geldiğinden ilgili hükümlere göre hareket edilmelidir.

Acaba denkleştirme konusunun yarar-zarar ile gelir-gider durumlarında, Türk Borçlar Hukukunun sebepsiz zenginleşme için düzenlediği zamanaşımı hükümlerine riayet edilmeli midir? Kanunda denkleştirme konusunda dahi bir zamanaşımı belirlemesi olmadığından, bu talepleri de zamanaşımı ile sınırlamamalı, paylaşma bitene kadar talep edilmesi gözetilmelidir.

SONUÇ

Miras hukukunun genel amacı bir kimse öldükten sonra onun geride bıraktığı malvarlığının ahvalini belirlemektir. Dolayısıyla ilgi alanı, kişinin ölümünden sonraki değişkenliğini kaybetmiş malvarlığı ve yanı sıra kişinin ölümünden sonra hüküm ifade etmek üzere yaptığı tasarruflardır. Bu yüzden sağlararası işlem miras hukukunun incelemesi dışındadır. Ancak denkleştirme bu kuralın bir istisnasını oluşturmaktadır. Zira denkleştirme hususunda kanun koyucu bazı saiklerle miras bırakanın sağlararası işlemlerine de müdahalede bulunmaktadır.

Denkleştirme, mirasbırakanın sağlığında kanunî mirasçılarından birisine sağlararası nitelikteki bir tasarrufuyla yaptığı kazandırmanın, onun ölümünden sonra, kanunî mirasçı sıfatı kazanmış diğer kimselerle kazandırma yapılan mirasçı arasında eşitliği sağlamak için terekeye iade edilmesini ifade eder. Bu itibarla denkleştirme net terekenin yeniden belirlenip payların eşitlenmesi işlemidir.

Denkleştirme hem sağlararası işlemlerle teması hem de ölümden sonra talep edilebilmesi ve işleme konulabilmesi açısından kendine has özellikleriyle bir şekilde benzediği pek çok kurumdan ayrılmaktadır. Ancak yine de bu karma özelliğinden dolayı hukukî niteliği konusunda doktrinde tartışma mevcuttur. Hâkim görüş denkleştirme borcunun kanundan ve/veya mirasbırakanın iradesinden kaynaklanan şahsî bir borç olduğu yönündedir.

Denkleştirme TMK m. 669 ve devamı maddelerde düzenlenmiş bulunmaktadır. TMK m. 669'da denkleştirmenin genel kaidesi ve tarafları düzenlenmiştir. Maddeden hareketle denkleştirmeye konu olabilecek kazandırmalar yalnızca sağlararası kazandırmalar olup, ölüme bağlı tasarruflarla denkleştirme ilgilenmez. Diğer yandan kazandırma miras bırakan öldüğünde kanunî mirasçı sıfatı kazanmış bir kimseye ve onun miras payına mahsuben yapılmış olmalıdır. Ayrıca sağlararası kazandırma mirasbırakanın malvarlığından yapılmış olmalıdır ki diğer mirasçılar aleyhine eşitsizliğe sebep olup, kazandırma denkleştirme kapsamında değerlendirilebilsin.

Kazandırmanın, miras payına mahsuben yapılmış olması, denkleştirme işlemine girişilebilmesi için olmazsa olmaz unsurdur. Bir kazandırmanın miras payına mahsuben yapılıp yapılmadığını belirlemede ilk kıstas, mirasbırakanın bu yöndeki iradesidir. Miras payını aşmayan kazandırmalar ve altsoy mirasçılar için bu iradenin açık olması gerektiği ifade edilmektedir. Altsoy dışındaki mirasçıları denkleştirme yükümlüsü kılmak için ise hâkim görüş olarak böyle bir şart aranmadığı ifade edilmektedir. Miras payını aşan kazandırmalarda da lehine tasarrufta bulunulan kanunî mirasçı, aşan kısmın kendisinde kalması gerektiği yönündeki mirasbırakanın iradesini ispat ederse, aşan kısım da mirasçıda kalacaktır.

Kazandırmanın denkleştirmeye tâbi olup olmayacağı konusunda mirasbırakanın bir iradesi tespit edilememişse, bu takdirde m. 669'da düzenlenmiş olan karineler devreye girer. Buna göre altsoy mirasçılar çeyiz, kuruluş sermayesi, bir malvarlığının devri, borçtan kurtarma yahut benzeri tarzda bir kazandırma almışsa bunlar karine olarak denkleştirmeye tâbidir. Bu tür kazandırmaların denkleştirmeden kurtulması için mirasbırakanın bu yöndeki açık irade beyanı gereklidir ve hâkim görüşe göre irade beyanı şekle tâbi değildir. Benzeri kazandırmaların mahiyeti konusunda da doktrinde her türlü kazandırmanın denkleştirmeye tâbi olması-yalnız bakım ve yardım mahiyetindeki kazandırmaların denkleştirmeye tâbi olması şeklinde ayrılan tartışmalar mevcuttur. TMK m. 669/2'de sayılmış kazandırmalardan olan çeyiz, olağan ölçüler içinde kalmışsa denkleştirmeye tâbi olmaz. Yine olağan eğitim masrafları da denkleştirmenin kapsamı dışındadır.

TMK m. 669/2'deki karine gereği altsoy mirasçılar aksi ispat edilmedikçe denkleştirme borçlusu iken, altsoy dışındaki mirasçılar kural olarak denkleştirme yükümlüsü değildir. Eşin durumu ise tartışmalıdır.

Mirasçılardan biri mirasbırakandan önce ölüm, ıskat, mirası ret gibi sebeplerle mirasçılık sıfatını kaybederse, aldığı kazandırmadan dolayı denkleştirme borcu, paylarında meydan gelen artış oranında onun mirasçılarına geçer.

Denkleştirme, denkleştirme konusunun terekeye aynen veya değer itibariyle iadesi şeklinde gerçekleşebilir. Aynen iade edilirse, mirasçı tıpkı diğer mirasçılar gibi paylaşıma katılır. Değer itibariyle iadede ise, ya para olarak denkleştirme konusu terekeye verilir ya da mirasçının payından değer mahsup edilip, terekenin alacaklı olup olmadığı saptanır. Son halde mirasçı hiçbir şey alamamasının yanı sıra terekeye borçlanmış durumda da olabilir.

Değerin hesaplanması konusunda denkleştirmenin yapıldığı tarih esas alınır. TMK m. 673'ün açık düzenlemesi karşısında yarar-zarar ile gelir-gider hesabında zilyetlik hükümleri değil, sebepsiz zenginleşme hükümleri uygulanır.

Kaynakça

Akıntürk Turgut-Ateş Karaman Derya, Türk Medeni Hukuku, II. Cilt, Aile Hukuku, Beta Yayınları, 18. Bası, İstanbul, 2016.

Akıntürk Turgut-Ateş Karaman Derya, Medeni Hukuk, Beta Yayınları, 28. Baskı, İstanbul, 2014.

Antalya Gökhan-Sağlam İpek, Miras Hukuku, Legal Yayıncılık, 3. Baskı, İstanbul, 2015.

Ayan Serkan, "Emeğini veya Gelirini Aileye Özgüleyen Altsoyun Denkleştirme Alacağı", *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi,* Cilt:12, Sayı:1, İzmir 2010, (s. 25-83).

Aydın-Ünver Tülay, "Miras Bırakanın Yasa Gereği Denkleştirmeye Tabi Olan Kazandırmaları", *Prof. Dr. Şener Akyol'a Armağan,* Filiz Kitabevi, İstanbul, 2011.

Ayiter Nuşin, Miras Hukuku, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları No: 426, Sevinç Matbaası, 4. Bası, Ankara, 1978.

Baygın Cem, Türk Miras Hukukunda Alacaklıların Korunması, Seçkin Yayınları, Ankara, 2005.

Berki Ali Himmet, Miras ve Tatbikat, Üçler Basımevi, İstanbul, 1947.

Berki Şakir, Miras Hukuku, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları No: 365, Sevinç Matbaası, Ankara, 1975

Bilge Necip, Hukuk Başlangıcı, Hukukun Temel Kavram ve Kurumları, Turhan Kitabevi, 29. Bası, Ankara, 2011.

Bundesgerichtsentscheidungen (Federal Mahkeme Kararları), 101 II 6 ff. http://www.ankarabarosu.org.tr/siteler/2012yayin/dergi/ankara-barosu-dergisi/ankara-barosu-dergisi1977.html (erişim tarihi: 13.2.2016).

Bozkurt Enver, Hukukun Temel Kavramları, Yetkin Yayınları, 8. Baskı, Ankara, 2010.

Çakar M. Sait, Türkçe – Almanca, Almanca – Türkçe Hukuk Sözlüğü, Seçkin Yayınları, 2. Baskı, Ankara, 2007.

Deschenaux Henri-Tercier Pierre, Sorumluluk Hukuku, Ankara, 1983 (Çeviren: Salim Özdemir).

Dural Mustafa, Türk Medeni Hukukunda Gerçek Kişiler, Filiz Kitabevi, 3. Bası, İstanbul, 1987.

Dural Mustafa-Öğüz Tufan-Gümüş Mustafa Alper, Türk Özel Hukuku, Cilt III (Aile Hukuku), Filiz Kitabevi, 10. Bası, İstanbul, 2015.

Dural Mustafa-Öz Turgut, Türk Özel Hukuku, Cilt IV, Miras Hukuku, Filiz Kitabevi, 8. Bası, İstanbul, 2015.

Dural Mustafa-Sarı Suat, Türk Özel Hukuku Temel Kavramlar ve Medeni Kanunun Başlangıç Hükümleri, Cilt I, Filiz Kitabevi, 9. Baskı, İstanbul, 2014.

Edis Seyfullah, "Birlikte Yaşadığı Ailesine Emeğini veya Gelirini Tahsis Eden Ço-

cuğun Muhik Tazminat Alacağı", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Yıl:1964, Cilt:21, Sayı:1-4. http://auhf.ankara.edu.tr/dergiler/auhfd-arsiv/AUHF-1964-21-01-04/AUHF-1964-21-01-04-Edis.pdf (erişim tarihi:18.02.2016)

Eren Fikret, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Yetkin Yayınları, 18. Baskı, Ankara, 2015.

Eren Fikret, "Mirasta İade", *Adalet Dergisi,* 1963, Sayı: 3 – 4 (340 – 358) (birinci bölüm), Sayı: 5 – 6 (720 – 741) (ikinci bölüm).

Gönensay Samim-Birsen Kemaleddin, Miras Hukuku, İstanbul Üniversitesi Yayınları No: 1046, Hukuk Fakültesi No: 223, Ahmed Said Matbaası, 2. Bası, İstanbul, 1963.

Gözübüyük Şeref A., Hukuka Giriş ve Hukukun Temel Kavramları, Turhan Kitabevi, 32. Bası, Ankara, 2010.

Günay Erhan, "Mirasta Denkleştirme (İade) Davası", *Terazi Hukuk Dergisi,* Cilt:9, Sayı:100, Aralık 2014.

Günay Erhan, Mirasta Denkleştirme (İade) Davası ile Miras Sebebiyle İstihkak Davası, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2015.

Hatemi Hüseyin, Miras Hukuku, Vedat Kitapçılık, 5. Bası, İstanbul, 2014.

http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.htm (erişim tarihi: 26.02.2016).

http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_gts&arama=gts&guid=TDK.GTS.56af2248664bd0.33866956 (erişim tarihi: 01.02.2016).

İmre Zahit/Erman Hasan, Miras Hukuku, Der Yayınları, 11. Baskı, İstanbul, 2015.

İmre Zahit, Türk Miras Hukuku, İstanbul Üniversitesi Yayınları No: 1350, İstanbul Hukuk Fakültesi Yayınları No: 294, Yenilik Basımevi, 2. Bası, İstanbul, 1968.

İnal Emrehan, "Denkleştirme ve Tenkis Davalarında Parası Mirasbırakan Tarafından Ödenerek Mirasçılardan Biri Adına Alınan Taşınmazın Durumu", *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası,* Cilt: 65, Sayı:2, (s. 275 – 298). http://dergipark.ulakbim.gov.tr/iuhfm/issue/archive (erişim tarihi: 27.3.2016).

İnan Ali Naim-Ertaş Şeref-Albaş Hakan, Türk Medeni Hukuku Miras Hukuku, Bilge Yayınevi, 9. Baskı, Ankara, 2015.

Kayar İsmail-Üzülmez İlhan, Hukukun Temel Kavramları, Detay Yayıncılık, 5. Bası, Ankara, 2008.

Kılıçoğlu Ahmet M., Aile Hukuku, Turhan Kitabevi, 2015, Ankara.

Kılıçoğlu Ahmet M.; Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Turhan Kitabevi, 17. Baskı, Ankara, 2013.

Kılıçoğlu Ahmet M., Medeni Kanun'umuzun Aile – Miras – Eşya Hukukuna Getirdiği Yenilikler, Turhan Kitabevi, 3. Bası, Ankara, 2014.

Kocayusufpaşaoğlu Necip-Hatemi Hüseyin-Serozan Rona-Arpacı Abdülkadir, Borç-

lar Hukukuna Giriş, Hukuki İşlem, Sözleşme, (Birinci Cilt), Filiz Kitabevi, 6. Baskı, İstanbul, 2014.

Kocayusufpaşaoğlu Necip, Miras Hukuku, Filiz Kitabevi, 3. Bası, İstanbul, 1987.

Kocayusufpaşaoğlu Necip, "Mirasta İade(=Denkleştirme) ile İlgili Meseleler", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi,* Medeni Kanun'un 50. Yılı, 1976. http://auhf.ankara.edu.tr/auhf-yayinlari-arsivi/armaganlar/medeni-kanunun-50-yili/kocayusufpasaoglu.pdf (erişim tarihi: 27.01.2016).

Köprülü Bülent, Miras Hukuku Dersleri, Fakülteler Matbaası, 2. Bası, İstanbul, 1985.

Oğuzman M. Kemal-Barlas Nami, Medeni Hukuk (Giriş, Kaynaklar, Temel Kavramlar), Vedat Kitapçılık, 16. Bası, İstanbul, 2010.

Oğuzman Kemal M.-Öz Turgut, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, I. – II. Cilt, Vedat Kitapçılık, 11. Bası, İstanbul, 2014.

Olgaç Senai, İçtihatlarla Türk Medeni Kanunu Şerhi, Olgaç Matbaacılık, 4. Bası, Ankara, 1975.

Olgaç Senai, Hukuk Davalarında Sebepsiz İktisap, Olgaç Matbaası, 1977.

Özkan Hasan, Açıklamalı – İçtihatlı Asliye Hukuk Davaları ve Tatbikatlı Miras Hukuku (TMY Md. 495 – 682) , Legal Yayıncılık, 1. Baskı, İstanbul, Mayıs 2015.

Özsunay Ergun, Medeni Hukuka Giriş, İstanbul Üniversitesi Yayınları No: 2792, İktisat Fakültesi No: 473, Güryay Matbaası, 4. Baskı, İstanbul, 1981.

Öztan Bilge, Aile Hukuku, Turhan Kitabevi, 6. Bası, Ankara, 2015.

Öztan Bilge, Miras Hukuku, Turhan Kitabevi, 6. Bası, Ankara, 2014.

Özuğur Ali İhsan, Tenkis, Mirasta Denkleştirme ve Muvazaa Davaları, Adalet Yayınevi, 5. Baskı, Ankara, 2015.

Reisoğlu Safa, Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Beta Yayınları, 24. Bası, İstanbul, 2013.

Serozan Rona-Engin Baki İlkay, Miras Hukuku, Seçkin Yayıncılık, 4. Baskı, Ankara, 2014.

Serozan Rona, Medeni Hukuk (Genel Bölüm/Kişiler Hukuku), Vedat Kitapçılık, 6. Bası, İstanbul, 2015.

Sarı Suat, Uygulamalı Miras Hukuku, Filiz Kitabevi, 2. Baskı, İstanbul, 2015.

Şener Esat, İlmi Açıklama ve Kazai İçtihatlarla Mirasta, Tenkis, İade, İstihkak, Seçkin Yayınevi, Ankara, 1995.

Şener Esat, Miras Hukuku, Olgaç Matbaası, Ankara, 1977.

Turan Başara, Gamze, Miras Hukukunda Denkleştirme, Turhan Kitabevi, 1. Baskı, Ankara, 2013

Turanboy, Nuri K., Miras Bırakanın Denkleştirme ve Tenkise Bağlı Sağlar Arası Hukuki İşlemleri, Yetkin Yayınları, Ankara, 2010.

Tüfek K. Gültekin, Miras Hukukunda Tenkis ve İade Davaları, Olgaç Matbaası, Ankara, 1977.

Uyar Talih, "Uygulamada Tereddüt ve İhtilaf Konusu Olan Üç Müessese: Mirasta Tenkis – İptal ve İade", *Ankara Barosu Dergisi,* 1971/3 http://www.ankarabarosu.org.tr/siteler/ankarabarosu/tekmakale/1971-3/3.pdf (erişim tarihi: 01.02.2016).

Yavuz Cevdet, "Türk Borçlar Kanunu Tasarısı'na Göre "Kusursuz Sorumluluk" Halleri ve İlkeleri", *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi,* Cilt:14, Sayı:4, Yıl: 2008. http://hukuk.marmara.edu.tr/en/yayinlar/fakulte-dergisi/cilt-14-sayi-4-yil-2008/ (erişim tarihi: 01.04.2016).

Yıldırım Abdülkerim, Türk Hukukunda Ölüme Bağlı Tasarruflarda Şart ve Mükellefiyet, Türk Hukukunda Ölüme Bağlı Tasarruflarda Şart ve Mükellefiyet, Turhan Kitabevi, Ankara, 2014.

Zevkliler Aydın, Kişiler Hukuku Gerçek Kişiler, Olgaç Matbaası, Ankara, 1981.

TÜRK MEDENİ KANUNU'NDA EVLİLİK BİRLİĞİ İÇERİSİNDE KADININ EKONOMİK ve SOSYAL HAKLARI*

ECONOMIC AND SOCIAL RIGHTS OF WOMEN IN THE MARITAL UNION WITHIN TURKISH CIVIL CODE

Vehbi Umut ERKAN**

Özet: Evlilik birliği toplumun temelini oluşturduğu için, bu birlikteliğin korunması ve birliktelik süresince eşlerin haklarının belirlenmesi büyük öneme sahiptir. Bu anlamda aile düzeni içerisinde kadın ve koca eşit haklara sahiptir. Nitekim Türk Medeni Kanunu md. 186'da, eşlerin evlilik birliğini beraber yönetecekleri hüküm altına alınmıştır. Bu hükümden hareketle evli kadın, eşiyle birlikte eşit oy hakkına sahip olup, evlilik birliğinin yönetimi; çocukla ilgili kararların verilmesi, velayet hakkının kullanılması ve aile konutuyla ilgili işlemlerde koca ile eşit konumdadır. Bunların dışında, evli kadının soyadının korunması (TMK md. 187); meslek seçimi (TMK md. 192); kocanın evlilik birliğinden doğan yükümlülüklerini yerine getirmemesi (TMK md. 195) veya ailenin ekonomik varlığını tehlikeye düşürecek işlemlerde bulunması (TMK md. 199) gibi konularda kanun koyucu, kadının haklarını koruyucu birçok düzenleme getirmiştir.

Anahtar Kelimeler: Evlilik Birliğinin Yönetimi, Kadının Soyadı, Evlilik Birliğinin Temsili, Kadının Meslek Seçimi, Aile Konutu, Evlilik Birliğinin Korunması, Kefalet Sözleşmesi

Abstract: Since the marital union is the foundation of the society, the protection of this union is guaranteed under the law. In this sense, it is important for women to have equal rights with their husbands and provide protection to them against their husbands within the family order. As a matter of fact, in TCC Art. 186, it is regulated that the spouses should conduct the marital union together. In accordance with this provision, a married woman has the equal right to vote with her husband and is in an equal position with the husband in the management of the marital union, in making decisions concerning the child and family home and in exercising of the right of custody. Apart from this regulation, the legislator has int-

---

* Bu makale 10.03.2017 tarihinde "Uluslararası Kadın ve Hukuk Sempozyumu"nda sunulan aynı başlıklı tebliğin genişletilerek hazırlanmış halidir.

** Yrd. Doç. Dr., Ankara Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Medeni Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi, erkan@law.ankara.edu.tr

roduced a number of regulations (e.g. the protection of the married woman's surname (TCC Art. 187); choosing of profession (TCC Art. 192); protection of marital union (TCC Art. 195) and fulfilment of husband's financial obligation arising from the marital union) that protect the rights of married woman.

Keywords: Maintenance of Marital Union; Surname of Married Woman; Representation of Marital Union; Choosing of Profession; Family Home; Protection of Marital Union; Contract of Surety

I. GİRİŞ

Evlilik birliği toplumun temelini oluşturduğundan, bu birlikteliğin korunması hukuk düzenince teminat altına alınmıştır. Bu anlamda, aile düzeni içerisinde kadının eşiyle eşit haklara sahip olması; hatta eşine karşı korunması büyük öneme sahiptir. Nitekim Türk Medeni Kanunu md. 186'da, eşlerin evlilik birliğini beraber yönetecekleri düzenlenmektedir. Bu hükümden hareketle evli kadın, eşiyle eşit oy hakkına sahip olup, evlilik birliğinin yönetimi, temsili ve yapacağı hukuki işlemlerde koca ile eşit konumdadır. Bunların dışında, evli kadının soyadının korunması (TMK md. 187); meslek ve iş seçimi (TMK md. 192); aile konutu (TMK md. 194); kocanın evlilik birliğinden doğan yükümlülüklerini yerine getirmemesi (TMK md. 195) veya kocanın ailenin ekonomik varlığını tehlikeye düşürecek işlemlerde bulunması (TMK md. 199) gibi konularda kanun koyucu, kadının haklarını koruyabilecek birçok düzenleme getirmiştir.

Evli kadının sosyal ve ekonomik haklarını koruyucu hükümler sadece Türk Medeni Kanunu'yla sınırlı değildir. 6284 sayılı Ailenin Korunması ve Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesine Dair Kanun (özellikle bu Kanun'un 4. ve 5. maddeleri), 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu ve 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu da (özellikle uygulamada büyük sorunlar doğuran eşlerin kefaleti ve aile konutuyla ilgili kira sözleşmesi konularında) evli kadının sosyal ve ekonomik haklarının korunması bakımından önemli düzenlemeler içermektedir.

Diğer taraftan özellikle ekonomik hakları bakımından, kadının aileye emeğiyle verdiği katkının mal paylaşımında-boşanmanın mali sonuçlarında dikkate alınması ayrı bir öneme sahiptir. Buna göre, Türk Medeni Kanunu'nda yasal mal rejimi olan edinilmiş mallara katılma rejimi kapsamında, çalışmayan kadının ev içi emeğinin değerlendirilmesi tasfiye sırasında hesaplamaya dahil edilmektedir.

Çalışmamızda, genel olarak evlilik birliği içerisinde kadının ekonomik ve sosyal hakları incelenmiştir. Söz konusu inceleme yapılırken yerli ve yabancı doktrinden faydalanılmış; konuyla ilgili Yüksek Mahkeme Kararlarından da örnekler sunulmuştur.

II. KONUT SEÇİMİ, EVLİLİK BİRLİĞİNİN YÖNETİMİ ve TEMSİLİ

Türk Medeni Kanunu'nun 186. maddesinde, eşlerin oturacakları konutu birlikte seçecekleri, evlilik birliğini beraber yönetecekleri ve birliğin giderlerine güçleri oranında emek ve malvarlıklarıyla katılacakları düzenlenmektedir.[1] Söz konusu düzenleme, evlilik birliğinin yönetimi ve temsili konularında, evli çiftlerin hak ve yükümlülüklerini belirleyen, temel bir norm niteliğindedir.[2]

Düzenlemenin ilk fıkrasında (TMK md. 186/I), eşlerin oturacakları konutun seçimini birlikte yapacakları ifade edilmektedir. Maddede yer alan konuttan kasıt, evlilik konutudur. Evlilik konutu, ailenin birlikte yaşadığı her türlü konut olup, aile konutundan (TMK md. 194) daha geniş bir kavramdır. Ancak çoğu halde evlilik konutu, aile konutu niteliğine sahiptir[3] ve yine çoğu zaman eşlerin yerleşim yeridir.[4] Düzenlemeye göre, evlilik konutunun seçiminde evli kadın kocasıyla eşit hakka sahip olup, kocanın söz konusu seçimi yaparken herhangi bir üstünlüğü bulunmamaktadır. Bu bağlamda kocanın kadını, kendi ailesiyle oturmaya zorlama hakkı bulunmamaktadır. Evlilik konutunun seçimi konusunda anlaşılamaması durumunda, kadın tek başına veya kocayla birlikte TMK md. 195/I uyarınca hâkime başvurarak,

---

1 Benzer bir hüküm kaynak İsviçre Medeni Kanunu'nda (ZGB Art. 162 ve 163) yer almaktadır. ZGB Art. 162 ve 163 uyarınca, evlilik birliği içerisinde çiftler, aile konutunun seçiminde eşit haklara sahiptir ve evlilik birliğinin giderlerine kendi imkanlarına göre katkıda bulunurlar; aile konutu, çocukların bakımı ve parasal desteğin belirlenmesi konularında yapacakları katkı üzerinde anlaşma yaparlar.

2 Mustafa Dural/Tufan Öğüz/Mustafa Alper Gümüş, Türk Özel Hukuku Cilt III, 11. Bası İstanbul 2016, s. 155 vd.

3 Dural/Öğüz/Gümüş, s. 159; Bilge Öztan, Aile Hukuku, 6. Bası, Ankara 2015, s. 220 ve 221.

4 Dural/Öğüz/Gümüş, s. 159. Eşlerin TMK md. 19 ve TMK md. 20 uyarınca, ayrı yerleşim yeri edinmeleri mümkündür. Bu nedenle eşlerin yerleşim yeri, evlilik konutunun bulunduğu yere göre belirlenmez. Ancak tek bir evlilik konutunun olduğu durumlarda söz konusu yer, eşlerin yerleşim yeri olduğu konusunda karine teşkil eder (Öztan, s. 223).

müdahale talep edebilir.[5]

Düzenlemenin ikinci fıkrasında (TMK md. 186/II) ise, eşlerin evlilik birliğinin yönetimi konusunda eşit hakka sahip olduğu hüküm altına alınmaktadır. Hükme göre, eşler arasında herhangi bir ayrım yapılmaksızın, eşlerin evlilik birliğine dahil konularda birlikte hareket etmeleri gerekmektedir. Düzenlemeyle eski Medeni Kanun döneminde yer alan (eMK md. 152/I), "evlilik birliğinin reisi kocadır" kuralı terk edilerek, kadın ve koca eşit statüye kavuşturulmuştur. Bu itibarla TMK md. 186/II uyarınca, evlilik birliğinin yönetimi konusunda, evli kadın kocanın karşısında eşittir ve onunla aynı haklara sahiptir. TMK md. 186/II düzenlemesi "*birliği eşler beraberce yönetir*" diyerek, evli kadını evlilik birliğinin yönetiminde kocayla aynı seviyeye getirerek ona hem bir hak tanımakta hem de evlilik birliğinin yönetimi konusunda yükümlülük getirmektedir. Bu nedenle, evlilik birliğinin yönetimine kadın veya kocanın katılmaması yahut katılımlarının engellenmesi durumlarında, TMK md. 195 vd. uyarınca mahkemeye başvurularak, evlilik birliğini koruyucu tedbirlerin alınması mümkündür.[6]

Türk Medeni Kanunu 186/II hükmü, evlilik birliğinin yönetiminin yanı sıra temsili konusunda da temel bir norm niteliğindedir. Evlilik birliğinin temsili ve eşler tarafından bu temsil yetkisinin kullanılma biçimi, TMK md. 188 vd. (ZGB Art. 166) hükümlerinde düzenlenmektedir. Türk Medeni Kanunu md. 188/I hükmü, TMK md. 186/II hükmüne benzer şekilde, eşlerden her birinin ortak yaşamın devamı süresince birliğin ihtiyaçları konusunda evlilik birliğini temsil edebileceğini belirtmektedir. Buna göre, evlilik birliğinin temsili konusunda da eşler arasında herhangi bir eşitsizlik bulunmamaktadır ve evli kadın da temsil yetkisine sahiptir. Maddede yer alan temsil yetkisi, aile hukukuna özgü bir temsil yetkisi olup; mutlak biçimde kişiye sıkı sıkıya bağlı, devredilemez ve feragat edilemez niteliktedir.[7]

---

5 Öztan, s. 223; Turgut Akıntürk/Derya Ateş Karaman, Aile Hukuku İkinci Cilt, 19. Baskı, İstanbul 2016, s. 110; Ahmet M. Kılıçoğlu, Medeni Kanunumuzun Aile-Miras- Eşya Hukukuna Getirdiği Yenilikler, 2. Bası, Ankara 2004, s. 25; Ahmet M. Kılıçoğlu, Aile Hukuku, 3. Bası, Ankara 2017, s. 167. Doktrinde kadın ve kocanın ortak iradeleriyle aile konutunu belirleyemedikleri durumlarda, TMK. md. 164'e dayanılarak, terk sebebiyle boşanma davasının açılamayacağı savunulmaktadır (Dural/ Öğüz/ Gümüş, s. 159; Aksi yönde bkz.: Öztan, s. 224).

6 Kılıçoğlu, Yenilikler, s. 25; Dural/Öğüz/Gümüş, s. 156.

7 Akıntürk/Karaman, s. 127 vd.; Dural/Öğüz/Gümüş, s. 172; Kılıçoğlu, Yenilikler,

Evlilik birliğinin temsili konusunda evli kadının tek başına kullanabileceği temsil yetkisi, ailenin sürekli ihtiyaçları bakımından geçerlidir. Ailenin sürekli ihtiyaçları[8] dışındaki diğer ihtiyaçları[9] için eşlerden her birinin temsil yetkisi bulunmayıp, bunlar bakımından temsil yetkisinin birlikte kullanılması gerekmektedir (TMK md. 188/II). Ancak bu kuralın istisnasını TMK md. 188/II/1-2 oluşturmaktadır. Buna göre eşlerden biri, diğer eş veya haklı sebeplerin varlığı halinde hâkim tarafından yetkili kılınmışsa (TMK md. 188/II/1); evlilik birliğinin yararı bakımından gecikmede sakınca bulunur ve diğer eşin hastalığı, başka bir yerde olması veya benzer sebeplerle rızası alınamazsa (TMK md. 188/II/2), ailenin diğer ihtiyaçları bakımından temsil yetkisini tek başına kullanabilir.[10]

Nihayet, TMK md. 190'da birliği temsil yetkisine ilişkin, koruyucu bir takım tedbirler düzenlenmiştir. Buna göre, TMK md. 190/I uyarınca, eşlerden biri birliği temsil yetkisini aşar veya bu yetkiyi kullanmada yetersiz kalırsa hâkim, diğer eşin istemi üzerine temsil yetkisini kaldırabilir veya sınırlayabilir.[11] Maddede yer alan koruyucu tedbirlerin alınmasını talep etme yetkisi hem kocaya hem de kadına tanınmaktadır. Bu itibarla evlilik birliğini temsil yetkisi koca tarafından kullanıldığında, eğer koca temsil yetkisini aşar veya bu yetkiyi kullan-

---

s. 32 vd.; Kılıçoğlu, Aile Hukuku, s. 174 vd.; Öztan, s. 257; Heinz Hausheer/ Ruth Reusser/ Thomas Geiser, Schweizerisches Zivilgesetzbuch Das Familienrecht, Band II, 1. Abteilung Das Eherecht, 2. Teil Band Die Wirkungen der Ehe im allgemeinen Artikel 159- 180 ZGB, Bern 1999, ZGB Art. 166 N. 13 ve 21; Ayşe Havutçu, Evlilik Birliğinin Temsili, Ankara 2006, s. 27 vd. ve 48 vd.; Mehmet Altunkaya, "Evlilik Birliğinin Temsilinden Kaynaklanan Sorumluluk", Kadir Has Üniversitesi Medeni Kanun'un ve Borçlar Kanunu'nun 90. Yılı Uluslararası Sempozyumu 1926'dan Günümüze Türk- İsviçre Medeni Hukuku Cilt I, Ankara 2017, s. 645.

8 Örneğin, beslenme, ısınma, giyim ile ilgili yapılan işlemler.

9 Örneğin, aile konutu olarak kullanılmak istenen bir yerin kiralanması, yazlık satın alınması, lüks ev aletlerinin temini.

10 Türk Medeni Kanunu md. 189 uyarınca, evlilik birliğini temsil yetkisinin kullanıldığı hallerde, eşler üçüncü kişilere karşı müteselsilen sorumludur.

11 Maddede yer alan temsil yetkisinin kaldırılması veya sınırlandırılması, ailenin hem sürekli hem de diğer ihtiyaçlarının karşılanması amacıyla kullanılan temsil yetkisine yöneliktir. (Hausheer/Reusser/Geiser, ZGB Art. 174 N. 6a; Verena Bräm/Franz Hasenböhler, Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch, Das Familienrecht, Teilband II 1c, Die Wirkungen der Ehe im allgemeinen Art. 159- 180, Zürich 1998, ZGB Art. 174 N. 9 vd.; Franz Hasenböhler/Andrea Opel, Basler Kommentar Zivilgesetzbuch I Art. 1- 456 ZGB, 3. Auflage, Basel- Genf-München 2006, ZGB Art. 174 N. 6 vd.; Dural/Öğüz/Gümüş, s. 188 vd. Aksi yönde bkz.: Öztan, s. 283).

mada yetersiz kalırsa, kadın, TMK md. 190 uyarınca hâkime başvurma hakkına sahiptir. Böylelikle kadın, hakime başvurarak, kocanın temsil yetkisinin sınırlandırılmasını veya kaldırılmasını talep edebilir. Talep üzerine hakimin vereceği temsil yetkisinin sınırlandırılması veya kaldırılması kararının iyiniyetli üçüncü kişilere karşı sonuç doğurması için, bu durumun hakim kararıyla ilan edilmesi gerekmektedir (TMK md. 190/II).

II. KADININ EVLİLİK BİRLİĞİNİN GİDERLERİNE EMEĞİYLE KATILMASI

Türk Medeni Kanunu md. 186/III, eşlerin birliğin giderlerine[12] güçleri oranında emek ve malvarlıklarıyla katılacaklarını düzenlemektedir. Maddede malvarlığı değerlerinin yanı sıra, eşlerden her birinin emeğini kullanarak da birliğin giderlerine katkıda bulunabileceği ifade edilmektedir. Bu itibarla evlilik birliği içerisinde özellikle çalışmayan kadının birliğin giderlerine emeğiyle yaptığı katkı önemli hale gelmektedir. Çalışmayan kadının evlilik birliğinin giderlerine emeğiyle yaptığı katkı, ev işlerinin görülmesi, çocukların bakımı veya yürüttüğü meslek ve sanatın icrasında kocaya yardım edilmesi şeklinde olabilir.[13] Nitekim TMK md. 196/II (ZGB Art. 173) uyarınca, evlilik birliğine yapılacak katkının belirlenmesinde, eşin ev işlerini görmesinin, çocuklara bakmasının ve diğer eşin işinde karşılıksız çalışmasının dikkate alınacağı belirtilmektedir.

Diğer taraftan, TMK md. 186/III uyarınca kocanın evlilik birliğinin giderlerine katılma yükümlülüğü olduğu için, eğer koca bu yükümlülüğünü yerine getirmezse, kadının mahkemeye başvurup, kocanın evlilik birliğine yapacağı katkının belirlenmesini talep etme hakkı vardır (TMK md. 196/I). Bu imkan, özellikle evlilik birliği içerisinde kocası tarafından kadının emeğinin kötüye kullanıldığı/ "sömürüldüğü" durumlarda önemlidir. Evlilik birliğinin giderlerine yapılacak katkının belirlenmesi talebi, kişiye sıkı sıkıya bağlı bir hak olup, devre-

12 Maddede yer alan birlik giderlerinden kasıt, ailenin bütün ihtiyaçlarının karşılanması bakımından yapılan giderlerdir (Öztan, s. 227 vd.; Dural/Öğüz/Gümüş, s. 160-161).

13 Hausheer/Reusser/Geiser, ZGB Art. 173 N. 20; Hasenböhler/Opel, ZGB Art. 173 N. 10; Öztan, s. 242; Kılıçoğlu, Yenilikler, s. 26 vd.; Kılıçoğlu, Aile Hukuku, s. 170 vd.; Dural/Öğüz/Gümüş, s. 161.

dilemez, vazgeçilemez ve evlilik birliği devam ederken zamanaşımına uğramaz.[14] Kadının talebi üzerine hakim, ailenin geçimi için kocanın yapacağı parasal katkıyı belirler ve söz konusu katkı, kadın için bir alacak hakkı oluşturur. Bu şekilde belirlenen katkı alacağı, bütün olarak devredilemez ve haczedilemez.[15]

Nihayet, kadının evlilik birliğine emeğiyle yaptığı katkı, yasal mal rejimi olan edinilmiş mallara katılma rejimi[16] çerçevesinde malların tasfiyesi aşamasında da öneme sahiptir. Çünkü edinilmiş mallara katılma rejiminin temelini, evlilik devam ettiği sürece, emek karşılığı edinilen mallar oluşturmaktadır. Nitekim TMK md. 219/I'de edinilmiş malın her eşin bu mal rejiminin devamı süresinde karşılığını vererek elde ettiği malvarlığı değerlerinden oluştuğu ifade edilmekte; TMK md. 219/I-1'de ise çalışmanın karşılığı olan edinimlerin, edinilmiş mal olarak kabul edileceği düzenlenmektedir. Bunun yanı sıra TMK md. 219'da hangi malların edinilmiş mal olarak kabul edileceği belirtildikten sonra, TMK md. 227'de eşlerden birinin diğerine ait bir malın edinilmesine, iyileştirilmesine veya korunmasına karşılık almaksızın katkıda bulunduğu takdirde katkısı oranında alacak hakkına sahip olacağı ve TMK md. 236'da mal rejiminin tasfiyesinde borçlar çıkarıldıktan sonra kalan değerin paylaşımının yarı yarıya yapılacağı hüküm altına alınmaktadır[17]. Bu itibarla kadın evlilik birliği içerisinde kocanın mal edinmesine, o malın iyileştirilmesine veya emeğiyle bir katkıda bulunmuşsa mal rejiminin tasfiyesinde bu katkısı dikkate alınacaktır. Bu durum özellikle kadının evlilik birliğine emeğiyle yaptığı katkının değerlendirilmesi bakımından önemlidir.[18] Böylelikle, evlilik birliği

---

14 Hasenböhler/Opel, ZGB Art. 163 N. 40; Alexandra Zeiter, Hand Kommentar zum Schweizer Privatrecht, Zürich- Basel- Genf 2007, ZGB Art. 163 N. 12; Öztan, s. 240.

15 Hausheer/Reusser/Geiser, ZGB Art. 163 N. 65; Hasenböhler/Opel, ZGB Art. 163 N.41; Bräm/Hasenböhler, ZGB Art. 163 N. 146; Zeiter, ZGB Art. 163 N. 12; Dural/Öğüz/Gümüş, s. 161; Kılıçoğlu, Yenilikler, s. 29 vd.

16 Türk Hukuku'nda TMK md. 202/I uyarınca yasal mal rejimi, edinilmiş mallara katılma rejimidir. İsviçre Hukuku'nda da İsviçre Medeni Kanunu'nda yapılan 05.10.1984 tarihli değişiklikle, yasal mal rejimi olarak edinilmiş mallara katılma rejimi kabul edilmiştir.

17 Türk Medeni Kanunu md. 237 uyarınca eşler, eşit paylaşım yerine farklı bir oranda paylaşım esasını seçme hakkına sahiptir.

18 Kılıçoğlu, Yenilikler, s. 196 vd.; Ahmet M. Kılıçoğlu, "Katkı Katılma Alacağı", Kadir Has Üniversitesi Medeni Kanun'un ve Borçlar Kanunu'nun 90. Yılı Uluslararası Sempozyumu 1926'dan Günümüze Türk- İsviçre Medeni Hukuku Cilt I, Ankara 2017, s. 116 ve 129. Nitekim TMK md. 202'nin madde gerekçesinde bu

içerisinde kadının gösterdiği emek, boşanma sonucunda karşılıksız kalmayacaktır.

III. KADININ SOYADI

Evlilik birliğinde kadının soyadı konusu TMK md. 187'de (ZGB Art. 160) düzenlenmektedir. Kadının soyadı ile ilgili söz konusu düzenleme, kadının kişiliğinin korunmasıyla ilgili, emredici bir düzenlemedir. Türk Medeni Kanunu md. 187'ye göre kadın evlenmekle kocanın soyadını alır. Ancak evlenme sırasında veya evlendikten sonra isterse yapacağı yazılı başvuru ile kocasının soyadı önünde önceki soyadını[19] da kullanabilir.

Buna karşılık evli kadının, kocasının soyadını kullanmadan, sadece evlenmeden önceki soyadını kullanıp kullanamayacağı uygulamada sorunlar çıkartmaktaydı. Zira 30 Eylül 2015 tarihinden önce mahkemelerce yapılan bu yöndeki talepler reddedilmekte; kadın Anayasa Mahkemesi'ne başvurarak, yalnızca kendi soyadını kullanabilmekteydi. Ancak Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 30 Eylül 2015 tarihinde vermiş olduğu kararla, evli kadın Anayasa Mahkemesi'ne başvurmaya gerek kalmadan, aile mahkemesinde açacağı dava ile evlenmeyle aldığı soyadını iptal ettirerek, sadece evlenmeden önceki soyadını kullanma imkanına sahip olmuştur. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, vermiş olduğu kararda özetle, "*Dava, evlilik soyadının iptali ile evlilik birliği içinde kızlık soyadının kullanılması istemine ilişkindir. Her ne kadar Anayasa Mahkemesi Medeni Kanun'un 187. maddesini Anayasa'ya aykırı bulmamışsa da usulüne uygun olarak yürürlüğe konulan temel hak ve özgürlüklere ilişkin uluslararası antlaşmalarda yer alan düzenlemeler kanun hükmünde olup hukukumuzda kanunlar ile temel hak ve özgürlüklere ilişkin uluslararası ant-*

---

durum "Evlilik birliği sona erdiğinde, mal ayrılığı rejiminin eşler arasında büyük haksızlıklara yol açtığı, özellikle meslek sahibi kocanın lehine işlediği, ev işlerini yapan ve hatta kocasına mesleğinin icrasında yardımcı olan kadının durumunu hiç nazara almadığı, meslek çevrelerinde ve kamuoyunda ağır eleştirilere uğramıştır. Bu nedenle edinilmiş mallara katılma başlığı altında yeni bir mal rejimi düzenlenmiştir" şeklinde ifade edilmektedir (Bkz. T.C. Adalet Bakanlığı Türk Medeni Kanunu Tasarısı ve Türk Medeni Kanunu'nun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun Tasarısı, s. 335).

19 Kadının önceki soyadı, ailesinden gelen soyadı veya önceki kocası ölmüşse onun soyadı olabilir (Öztan, s. 209; Dural/Öğüz/Gümüş, s. 158; Kılıçoğlu, Aile Hukuku, s. 173).

laşmalar arasında bir çeşit hiyerarşi ihdas edilmiş ve aralarında uyuşmazlık bulunması halinde antlaşmalara öncelik tanınacağı hüküm altına alınmıştır. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin içtihatlarına göre, kişinin soyadı özel hayat kapsamında değerlendirilmiş ve evli kadının kocasının soyadını kullanma zorunluluğu özel hayata bir müdahale olarak kabul edilerek Medeni Kanun'un konuya ilişkin düzenlemesi Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 8. ve 14. maddelerine aykırı bulunmuştur. Buna göre, AİHS ve diğer uluslararası insan hakları antlaşmaları ile çatışan 4721 sayılı Kanun'un 187. maddesi karara esas alınmayarak, kızlık soyadının kullanılması talebi AİHS'nin 8. ve Anayasa'nın 17. maddesi kapsamında bir insan hakkı olarak kabul edilip cinsiyete dayalı olarak bir ayrıma tabi tutulmaksızın erkek ve kadın arasında eşit şekilde uygulanması gerektiğinden kızlık soyadını kullanmak istemek için haklı bir gerekçenin bulunmasına ihtiyaç bulunmadığının kabulü ile davacının isteminin kabulüne ilişkin yerel mahkeme kararının onanması" gerektiğini ifade etmiştir[20]. Ancak söz konusu karara rağmen kanun koyucu henüz TMK md. 187 hükmünde bir değişikliğe gitmemiştir. Kanaatimizce, kadının soyadının korunması bakımından kanunda bir an önce bu yönde bir değişikliğe gidilmelidir.

III. KADININ MESLEK ve İŞ SEÇİMİ

Evlilik birliği içerisinde, eşlerin meslek ve iş seçimi ile ilgili düzenleme TMK md. 192'de (ZGB Art. 167) yer almaktadır. Düzenlemeye göre, eşlerden her biri, meslek veya iş seçiminde diğer eşin iznini almak zorunda değildir. Söz konusu düzenleme, evli kadının ekonomik özgürlüğünü elde etmesi anlamında, kadını koruyucu niteliktedir. Bu itibarla evli kadın ekonomik özgürlüğünü sağlamak için istediği meslek veya işi, kocasının izni veya icazetine gerek olmaksızın, serbestçe seçebilme hakkına sahiptir. Bir başka anlatımla, kadının serbestçe meslek veya iş seçimi hakkının koca tarafından genel ve sürekli bir biçimde sınırlandırılması söz konusu değildir.[21] Ancak bu serbestinin sınırını TMK md. 192/2. cümle çizmektedir. Buna göre, kadının seçmek istediği meslek veya işin, evlilik birliğinin huzur ve yararını bozmaması gerekmektedir. Aksi durumda koca TMK md. 195 uyarınca hâkimin

---

20 Yargıtay HGK T. 30.09.2015 E. 2-889/2014 ve K. 2011/2015 (www.kazanci.com.tr. Erişim tarihi: 13.04.2017).

21 Hausheer/Reusser/Geiser, ZGB Art. 167 N. 6.

müdahalesini isteyebileceği gibi, söz konusu sebebe dayanarak TMK md. 197/I'e göre ayrı yaşayabilir veya boşanma davası da açabilir.[22]

Diğer taraftan, TMK md. 192'de eşlerin meslek ve iş seçiminde serbest olduğu düzenlenmekte, ancak eşlerin meslek ve iş seçiminde anlaşmazlığa düşmeleri durumunda ne olacağından bahsedilmemektedir. Bu durumda doktrinde, kanaatimizce haklı olarak, eşlerin TMK md. 195 uyarınca hâkimin müdahalesini isteyebilecekleri kabul edilmektedir.[23] Bu durumda hakim, TMK md. 195/II uyarınca, eşleri uyarabilir, uzlaştırabilir veya eşlerin ortak rızası ile uzman kişilerin yardımına başvurabilir.

IV. KADININ AİLE KONUTU İLE İLGİLİ HUKUKİ İŞLEMLERİ

Türk Medeni Kanunu md. 193'te (ZGB Art. 168), kanunda aksine bir hüküm bulunmadıkça, eşlerden her birinin birbiriyle veya üçüncü kişilerle her türlü hukuki işlemi yapabilecekleri düzenlenmektedir. Bu hüküm uyarınca kadın, kocasıyla veya üçüncü kişilerle, kocasının izni veya onayını almadan her türlü hukuki işlemde bulunabilecektir. Böylelikle kadın, hukuki işlem ehliyeti bakımından kocasıyla eşit konumdadır. Nitekim madde gerekçesinde bu durum, "*Eşler arasında kabul edilen eşitlik prensibi uyarınca, kadının bazı hukuki işlemler için hakimden izin almasına gerek görülmediği gibi eşler arasında cebri icra yasağı ve istisnaları muhafaza etmeye de gerek görülmemiştir.*" şeklinde ifade edilmektedir.[24] Bu itibarla kadının hukuki işlemlerinde kural, hukuki işlem serbestisi; istisna, eşin (kocanın) rızasına bağlı hukuki işlemlerdir. Buna göre, kanunda aksine bir hüküm bulunduğu durumlarda (Örneğin TMK md. 194, TMK md. 199, TMK md. 223/II veya TBK md. 349) kadınının (veya kocanın) hukuki işlem yapabilme serbestisi sınır-

---

22 "Dava, boşanma istemine ilişkindir. Davalı-davacı kadının evlilik yaşamı ile bağdaşmayan şekilde eşinin karşı çıkmasına rağmen gazinolarda konsomatris olarak çalıştığı ve bu sebeple evlilik birliğinin huzur ve yararının bozulduğunun davacı koca tarafından kanıtlandığı anlaşılmaktadır…", (Yargıtay 2. HD. T. 28.03.2013 E. 4708/ K. 8647, www.kazanci.com.tr adresinden erişilmiştir. Erişim tarihi: 14.04.2017); Hausheer/Reusser/Geiser, ZGB Art. 163 N. 7; Hasenböhler/Opel, ZGB Art. 167 N. 9; Dural/Öğüz/Gümüş, s. 163; Kılıçoğlu, Aile Hukuku, s. 183.

23 Hasenböhler/Opel, ZGB Art. 167 N. 15; Bräm/Hasenböhler, ZGB Art. 167 N. 27 vd.; Öztan, s. 288; Dural/Öğüz/Gümüş, s. 162-163.

24 Bkz. T.C. Adalet Bakanlığı Türk Medeni Kanunu Tasarısı ve Türk Medeni Kanunu'nun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun Tasarısı, s. 331.

landırılmaktadır. Hukuki işlem yapabilme serbestisinin kanunda yer alan sınırlandırmalarından bir tanesini, aile konutuyla ilgili hukuki işlemler oluşturmaktadır.[25]

Aile konutundan kasıt, evlilik birliği içerisinde eşlerin ortak hayatlarını geçirdiği, oturma ihtiyaçlarını karşılamak amacıyla sürekli olarak kullandıkları konuttur.[26] Aile konutu eşlerin evlilik birliğini yürüttüğü, acı ve tatlı günlerini birlikte geçirdiği ve aile hayatının sağlanması açısından öneme sahip bir alandır. Bu sebeple, eşlerden birinin aile konutuyla ilgili tek başına hukuki işlemler yapması, diğer eşin menfaatlerini zedeleyebilir. Bu itibarla kanun koyucu TMK

25 Aile konutuna ilişkin işlemlere getirilen sınırlandırmanın hukuki niteliği doktrinde tartışmalı olup, kanaatimizce tasarruf yetkisi kısıtlamasıdır (Doktrinde bu konuda yapılan tartışmalar için bkz.: Ivo Schwander, Basler Kommentar Zivilgesetzbuch I Art. 1- 456 ZGB, 3. Auflage, Basel- Genf- München 2006, ZGB Art. 169 N 15; Hausheer/ Reusser/ Geiser, ZGB Art. 169 N. 37 vd.; Zeiter, ZGB Art. 169 N. 11; Bräm/Hasenböhler, ZGB Art. 169 N. 14 vd.; Öztan, s. 315 vd.; Kılıçoğlu, Yenilikler, s. 40 vd.; Kılıçoğlu, Aile Hukuku, s. 187; Dural/Öğüz/Gümüş, s. 167-168; Faruk Acar, Aile Konutu- Mal Rejimleri- Eşin Yasal Miras Payı, 5. Baskı, Ankara 2016, s. 52; Şükran Şıpka, Yeni Medeni Kanun'da Aile Konutu İle İlgili İşlemlerde Diğer Eşin Rızası (TMK m. 194), İstanbul 2002, s. 47 vd.; Mustafa Alper Gümüş: Türk Medeni Kanunu'nun Getirdiği Yeni Şerhler, 2. Bası Ankara 2007, s. 47 vd.). Yargıtay, önceki tarihli kararlarında söz konusu sınırlandırmanın hukuki niteliğini "tasarruf yetkisi sınırlandırması" olarak kabul ederken (Yargıtay HGK. T. 26.10.2005 E. 12-676/ K. 600; Yargıtay HGK. T. 19.10.2005 E. 12-652/ K. 583), son tarihli kararlarında sınırlandırmanın, "fiil ehliyeti sınırlandırması" niteliğinde olduğunu belirtmiştir (Bkz.: "…Bu madde hükmü ile aile konutu şerhi konulmuş olmasa da eşlerin birlikte yaşadıkları aile konutu üzerindeki fiil ehliyetleri sınırlandırılmıştır." Yargıtay HGK. T. 24.05.2017 E. 2-1604/ K. 967; Aynı yönde bkz: Yargıtay HGK. T. 24.05.2017 E. 2-1609/ K. 965; Yargıtay 21. HD. T. 23.02.2017 E. 2016-9337/ K. 2017-1328; Yargıtay 2. HD. T. 20.12.2016 E. 2016-16259/ K. 2016-16213; Kararlara www.kazanci.com.tr adresinden erişilmiştir. Erişim tarihi: 02.01.2018).

26 Doktrinde yer alan benzer tanımlar için bkz.: Hausheer/Reusser/Geiser, ZGB Art. 169 N. 14; Schwander, ZGB Art. 169 N. 6; Bräm/Hasenböhler, ZGB Art. 169 N. 16; Acar, s. 17; Akıntürk/ Karaman, s. 121; Öztan, s. 298; Dural/Öğüz/Gümüş, s. 165; Şıpka, Aile Konutu, s. 76; Şükran Şıpka, "Türk- İsviçre Hukukunda Eşin Rızasına Bağlı Hukuki İşlemler", Kadir Has Üniversitesi Medeni Kanun'un ve Borçlar Kanunu'nun 90. Yılı Uluslararası Sempozyumu 1926'dan Günümüze Türk- İsviçre Medeni Hukuku Cilt I, Ankara 2017, s. 625; Mustafa Alper Gümüş, Borçlar Hukuku Özel Hükümler Cilt I, 3. Bası Ankara 2013, s. 241; Cevdet Yavuz, Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 10. Bası, İstanbul 2014, s. 646. Madde gerekçesinde ise aile konutu, "eşlerin bütün yaşam faaliyetlerini gerçekleştirdiği, yaşantısına buna göre yön verdiği, acı ve tatlı günleri içinde yaşadığı, anlarla dolu bir alandır" şeklinde tanımlanmıştır (Bkz. T.C. Adalet Bakanlığı Türk Medeni Kanunu Tasarısı ve Türk Medeni Kanunu'nun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun Tasarısı, s. 332).

md. 194/I'de, eşlerden birinin diğer eşin açık rızası bulunmadıkça, aile konutuyla ilgili kira sözleşmesini feshedemeyeceği, aile konutunu devredemeyeceği veya aile konutu üzerindeki hakları sınırlandıramayacağı hüküm altına alınmaktadır. Aile konutuna ilişkin benzer bir hüküm TBK md. 349'da yer almaktadır. Türk Borçlar Kanunu md. 349/I uyarınca, sözleşmenin konusunu aile konutunun oluşturduğu kira sözleşmelerinde kiracının, eşinin açık izni olmadan kira sözleşmesini feshetme[27] imkanı bulunmamaktadır.[28] Söz konusu hükümler dikkate alındığında, kadının aile konutuyla ilgili hukuki işlemlerinde kocasının rızasını[29] almak zorunda olduğu sonucuna varılmaktadır.

---

27 Her ne kadar TMK md. 194/I ve TBK md. 349/I'de kira sözleşmesinin feshinden bahsedilse de, doktrinde ve uygulamada haklı olarak, kiracı eşin diğer eşin rızasını almadan aile konutuna ilişkin tahliye taahhüdü de veremeyeceği savunulmaktadır (Yavuz, s. 647; Gümüş, Borçlar Özel Cilt I, s. 242; Şıpka, s. 129; Dural/Öğüz/Gümüş, s. 167; Ahmet M. Kılıçoğlu, Türk Medeni Kanunu'nda Diğer Eşin Rızasına Bağlı Hukuksal İşlemler ve Yasal Alım Hakkı, Ankara 2002, s. 11 vd.; "Medeni Kanun'un 194. madde hükmüne göre eşlerden biri diğer eşin açık rızası bulunmadıkça aile konutuna ilişkin kira sözleşmesini fesh edemez, aile konutunu devredemez, aile konutu haklarını sınırlayamaz. İcra Mahkemesince borçlu kocanın tahliye taahhüdü vermesi nedeniyle yapılan tahliyeye ilişkin takipte müşteki karının yukarıda açıklanan madde hükmü gereğince 3. kişi sayılmayacağından anılan madde koşulların da şikayetin değerlendirilmesi gerekirken eksik inceleme ile icra müdürü işleminin iptaline yönelik şikayetin reddi isabetsizdir…yazılı nedenlerle mahkeme kararının bozulmasına" (Yargıtay 12. HD. T. 24.05.2004 E. 8225/K. 13095; Aynı yönde bkz.: Yargıtay 12. HD. T. 13.05.2013E. 2013-11579/ K. 2013-18318, www.kazanci.com.tr adresinden erişilmiştir. Erişim tarihi: 15.04.2017).

28 Yavuz, s. 647; Kılıçoğlu, Aile Hukuku, s. 192 vd.; Fahrettin Aral/Hasan Ayrancı, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, 11. Baskı, Ankara 2015, s. 327; Fikret Eren, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 3. Baskı, Ankara 2016, s. 412; Gümüş, Borçlar Özel Cilt I, s. 240 vd.

29 Kanun koyucu rızasının şekli konusunda bir düzenlemeye gitmemiştir. Bu nedenle rızanın yazılı veya sözlü verilmesi arasında bir fark bulunmamaktadır. Ancak her durumda rızanın TBK md. 194/I ve TBK md. 349/I uyarınca açık olması gerekmektedir (Hausheer/Reusser/Geiser, ZGB Art. 169 N. 49; Schwander, ZGB Art. 169 N. 19; Bräm/Hasenböhler, ZGB Art. 169 N. 63; Öztan, s. 318; Gümüş, Borçlar Özel Cilt I, s. 242; Kılıçoğlu, Eşin Rızası, s. 6; Dural/Öğüz/Gümüş, s. 168; "…Eş söyleyişle aile konutunun maliki olan eş aile konutundaki yaşantıyı güçlüğe sokacak biçimde tek başına aile konutunu bir ayni hakla sınırlandıramaz. Bu sınırlandırma ancak diğer eşin açık rızası alınarak yapılabilir. TMK'nın 194. maddesi yetkili eşin izni için bir geçerlilik şekli öngörmemiştir. Bu sebeple söz konusu izin bir şekle tabi olmadan, sözlü olarak dahi verilebilir. Ancak maddenin ifadesinden de anlaşılacağı üzere, iznin "açık" olması gerekir" Yargıtay HGK T. 24.05.2017 E. 2-1604/K. 2017-967, www.kazanci.com.tr adresinden erişilmiştir. Erişim tarihi: 02.01.2018). Ayrıca rızanın tüm hukuki işlemler için önceden verilmiş genel ve soyut nitelikte bir rıza olmaması gerekmektedir (Hausheer/Reusser/Geiser, ZGB Art. 169 N. 47; Schwander, ZGB Art. 169 N. 17; Bräm/Hasenböhler, ZGB Art. 169 N. 60).

Ancak TMK md. 194/II ve TBK md. 349/II uyarınca, kocanın rızasının alınmasının mümkün olmadığı (alınamadığı) veya kocanın haklı bir nedene dayanmaksızın rıza vermekten kaçındığı durumlarda kadın, hakimin bu konuda müdahalesini isteyebilir.

Diğer taraftan aile konutuyla ilgili olarak getirilen söz konusu kısıtlama sadece kadının değil, aynı zamanda kocanın yapacağı hukuki işlemlere de ilişkindir. Bu itibarla TMK md. 194 ve TBK md. 349 hükümleri, kocanın aile konutuyla ilgili yapacağı hukuki işlemler bakımından kadını koruyucu niteliktedir. Buna göre aile konutunun maliki olan kocanın, kadının rızasını almadan aile konutu üzerinde yaptığı tasarruf işlemleri, rıza alınmadıkça geçersiz olur ve tapu sicilinde yapılan tescil yolsuz hale gelir.[30] Benzer şekilde, aile konutu koca tarafından kira sözleşmesi akdedilerek sağlanmışsa, sözleşmenin tarafı olmayan kadın, TMK md. 194/IV ve TBK md. 349/III uyarınca, kiralayana yapacağı bildirimle sözleşmenin tarafı haline gelir. Bu durumda kadın ve koca kira sözleşmesinden doğacak borçlardan müteselsilen sorumlu olur (TMK md. 194/IV).

V. EVLİLİK BİRLİĞİNİN KORUNMASI

Evlilik birliği içerisinde eşlerden biri evlilik birliğinden doğan yükümlülüklerini yerine getirmediği takdirde, diğer eşin sahip olduğu hukuki imkânlar, TMK md. 195 vd. hükümlerinde düzenlenmektedir. Bu itibarla eşlerden her biri, evlilik birliğinin korunması amacıyla hâkimin müdahalesini talep edebilir. Talep üzerine hakim, evlilik birliğini koruyucu bir takım önlemlere karar verir. Evlilik birliğini koruyucu önlemler, TMK md. 195 ve devamı ile Türk Medeni Kanunu'nun aile hukuku kitabının diğer maddelerinde düzenlenmektedir. Haki-

30 Şıpka, Sempozyum, s. 628; Lale Sirmen, Eşya Hukuku, 4. Baskı, Ankara 2016, s. 214. Bu durumda iyiniyetli üçüncü kişilerin tapu siciline güvenerek ayni hak kazanımlarının engellenmesi amacıyla TMK md. 194/III'te şerh imkânı getirilmiştir. Türk Medeni Kanunu md. 194/III uyarınca, aile konutu olarak özgülenen taşınmaz malın maliki olmayan eş, tapu kütüğüne aile konutu şerhinin verilmesini tapu müdürlüğünden isteyebilir. Bu durumda verilecek olan şerh tasarruf kısıtlaması şerhi olup, açıklayıcı niteliğe sahiptir (Sirmen, s. 215; Gümüş, s. 64; Dural/ Öğüz/ Gümüş, s. 170; Kemal Oğuzman/Özer Seliçi/Saibe Oktay-Özdemir, Eşya Hukuku, 20. Bası, İstanbul 2017, s. 255 N. 1057; Aksi yönde Kılıçoğlu, Yenilikler, s. 57 vd.).

min alacağı önlemler aile hukukuna özgü ve sınırlı sayıdadır.[31] Bu önlemleri almaya yetkili mahkeme, eşlerden herhangi birinin yerleşim yeri mahkemesidir (TMK md. 201). Görevli mahkeme ise aile mahkemeleridir. Evlilik birliğini koruyucu önlemlerin alınmasını hem kadın hem de koca talep edebilir. Bu imkânın kadına da tanınmış olması, evlilik birliği içerisinde kadının sosyal ve ekonomik haklarının korunmasını teminat altına alır niteliktedir.

Bu kapsamda kadının (veya kocanın) talep edebileceği evlilik birliğini koruyucu önlemlere ilişkin temel ve genel düzenleme hükmü TMK md. 195'te (ZGB Art. 172) yer almaktadır. Türk Medeni Kanunu md. 195/I uyarınca, eğer koca evlilik birliğinden doğan yükümlülüklerini yerine getirmiyorsa veya taraflar önemli konularda uyuşmazlığa düşmüşlerse, hâkimden evlilik birliğine müdahalede bulunmasını talep edebilir. Bu madde kapsamında hakimin müdahalesi sonucunda alacağı evlilik birliğini koruyucu önlemler, kocayı yükümlülükleri konusunda uyarma, kadın ve kocayı uzlaştırma veya uzman kişilerin yardımını istemedir. Yine hakim gerektiği takdirde, TMK md. 195/III uyarınca, kadının talebi üzerine kanunda öngörülen önlemleri alabilir.

Diğer taraftan hâkimin alacağı söz konusu önlemlerden ikincisini TMK md. 196 (ZGB Art. 173) hükmü oluşturmaktadır. Bu hükme göre hâkim, kadının istemi üzerine ailenin geçimi için kocanın yapacağı parasal katkıyı belirleyebilir. Bu katkının belirlenmesinde hakim, kadının emeğini de dikkate alır. Zira TMK md. 196/II, ev işlerinin görülmesi, çocuklara bakılması veya kocanın işinde karşılıksız çalışılması durumlarının katkının belirlenmesinde dikkate alınacağını ifade etmektedir.

Evlilik birliğinin korunması bakımından bahsedilebilecek diğer bir önlem, birlikte yaşamaya ara verilmesidir. Birlikte yaşamaya ara verilmesi, TMK md. 197'de (ZGB Art. 175 ve 176) düzenlenmektedir. Türk Medeni Kanunu md. 197/I'e göre kadın, ortak hayat sebebiyle kişiliği, ekonomik güvenliği veya ailenin huzuru ciddi biçimde tehlikeye düştüğü süre zarfında ayrı yaşama hakkına sahiptir.[32] Kadının ayrı yaşa-

---

31 Kılıçoğlu, Aile Hukuku, s. 211; Dural/Öğüz/Gümüş, s. 175; Öztan, s. 327-328; Akıntürk/Karaman, s. 132 ve 135 vd.

32 Örneğin, kocanın kadını dövmesi; ailenin mahrem sırlarının üçüncü kişilerle paylaşılması, kocanın kadınla rıza dışı cinsel ilişkiye girmesi. Maddede sayılan sebeplerin varlığını ispat yükü kadına aittir. Nitekim Yargıtay da "Buna göre davacının ayrı yaşamada, haklı olup olmadığının araştırılması ve "ayrı yaşamada haklılık"

ma hakkını kullanabilmesi için hakimden izin almasına gerek yoktur. Ancak ayrı yaşama konusunda haklı sebebin olduğunun hâkim tarafından tespit edilmesi kadının menfaatinedir. Zira bu durumda koca, terk sebebiyle boşanma davası açamayacaktır.[33] Bunun yanı sıra TMK md. 197/II ve IV uyarınca birlikte yaşamaya ara verildiği sürede kadının talebi üzerine hâkim, kocanın yapacağı parasal katkıyı belirleyebileceği gibi, konut ve ev eşyasından yararlanmaya, malların yönetimine veya ergin olmayan çocuklara ilişkin tedbirler alabilir.

Evlilik birliğinin korunmasına dair başka bir önlem ise, borçlulara ilişkindir (TMK md. 198- ZGB Art. 177). Buna göre koca, evlilik birliğinin giderlerine katılma yükümlülüğünü yerine getirmezse, hâkim, kocanın borçlularına ödemelerini tamamen veya kısmen kadına yapmalarını emredebilir. Söz konusu hüküm hukuki niteliği itibariyle aile hukukuna özgü, özel bir icra tedbiridir.[34] Burada borcun kaynağı önemli olmayıp; borç, sözleşmeden, haksız fiilden veya sebepsiz zenginleşmeden doğabilir.[35] Hâkimin vereceği karar, kocanın alacak hakkını sona erdirmemekte ve fakat alacak hakkı üzerindeki tasarruf yetkisini ortadan kaldırmaktadır.[36]

Nihayet TMK md. 195 vd. kapsamında alınabilecek önlemlerden biri de kocanın tasarruf yetkisinin sınırlandırılmasıdır. Türk Medeni Kanunu 199 (ZGB Art. 178) uyarınca, kadının talebi üzerine hâkim, ailenin ekonomik varlığının korunması ve mali yükümlülüklerin yerine getirilmesi amacıyla, belirlenecek malvarlığı değerleriyle ilgili kocanın yapacağı tasarrufları sınırlandırarak, bu tasarrufların kadının rızasıyla gerçekleştirilebileceğine karar verebilir. Bu kapsamda örneğin hakim, kocanın bankadaki mevduat hesabına kadının rızası olmadan tasarrufta bulunamayacağına ilişkin bloke kararı verebilir veya kocanın

---

olgusunun kanıtlanması gerekir", bu durumu ifade etmektedir (Yargıtay 3. HD. 28.09.2017 E. 2017-12391/ K. 2017-7570, www.kazanci.com.tr adresinden erişilmiştir. Erişim tarihi: 02.01.2018).

33 Hausheer/Reusser/Geiser, ZGB Art. 175 N. 6; Schwander, ZGB Art. 175 N. 1; Akıntürk/Karaman, s. 138; Öztan, s. 355 vd.; Dural/Öğüz/Gümüş, s. 181 vd.

34 Verena Bräm, Hand Kommentar zum Schweizer Privatrecht, Zürich- Basel- Genf 2007, ZGB Art.177 N. 2 vd.;
Hausheer/Reusser/Geiser, ZGB Art. 177 N. 9e; Schwander, ZGB Art. 177 N. 16 vd.; Dural/Öğüz/Gümüş, s. 183.

35 Akıntürk/Karaman, s. 141.

36 Kılıçoğlu, Aile Hukuku, s. 214.

sahip olduğu araç için trafik siciline kayıt düşebilir.[37] Eğer sınırlandırmaya konu malvarlığı değerini bir taşınmaz oluşturuyorsa, bu kısıtlamanın tapu siciline şerh[38] verilmesine hâkim re'sen karar verir (TMK md. 199/III).

VI. KEFALET SÖZLEŞMESİNDE KADININ RIZASI

Kefalet sözleşmesi, TBK md. 581 ve devamı maddelerinde düzenlenmektedir. Türk Borçlar Kanunu md. 581'de kefalet sözleşmesi, "kefilin alacaklıya karşı, borçlunun borcunu ifa etmemesinin sonuçlarından kişisel olarak sorumlu olmayı üstlendiği sözleşmedir" şeklinde tanımlanmaktadır.

Kefalet sözleşmesinde kefil olmak isteyen kişinin evli olduğu sırada yapmış olduğu kefalet sözleşmesinin geçerli bir biçimde kurulabilmesi için eşinin yazılı rızası gerekmektedir. Nitekim TBK md. 584/I'de, eşlerden birinin mahkemece verilmiş bir ayrılık kararı olmadıkça veya yasal olarak ayrı yaşama hakkı doğmadıkça, ancak diğerinin rızasıyla kefil olabileceği düzenlenmektedir. Yine TBK md. 584/I uyarınca geçerlilik şartı olan rızanın yazılı olması ve kefalet sözleşmesinin kurulmasından önce veya en geç kurulması anında verilmiş olması şarttır[39]. Kefalet sözleşmesi kurulduktan sonra diğer eşin onay (icazet) vermesi, kefalet sözleşmesini geçerli hale getirmemektedir. Eşin rızası geçerlilik şartı olduğundan, eşin rızası olmadan yapılan kefalet sözleşmesi kesin hükümsüzdür[40]. Böylelikle TMK md. 193'te yer alan eşlerin hukuki işlem özgürlüğüne, kefalet sözleşmesi bakımından bir sınırlandırma getirilmiştir.[41]

---

37 Schwander, ZGB Art. 179 N. 15; Şıpka, Sempozyum, s. 631; Kılıçoğlu, Aile Hukuku, s. 219-220; Öztan, s. 389.

38 Bu durumda verilecek olan şerhin hukuki niteliği hakkında bkz.: Sirmen, s. 215 vd.; Oğuzman/Seliçi/Oktay/ Özdemir, s. 255 N. 1057 vd.; Gümüş, s. 86 vd.; Şıpka, Sempozyum, s. 631.

39 Kefalet sözleşmesine rıza verilmesi kişiye sıkı sıkıya bağlı bir hak olmadığı için, rızanın iradi veya yasal temsilci sıfatıyla verilmesi mümkündür (Mustafa Alper Gümüş, Borçlar Hukuku Özel Hükümler Cilt II, 3. Bası Ankara 2014, s. 347; Burak Özen, Kefalet Sözleşmesi, İstanbul 2014, s. 175).

40 Aral/ Ayrancı, s. 478; Eren, s. 771 vd.; Gümüş, Borçlar Özel Cilt II, s. 348; Şıpka, Sempozyum, s. 636.

41 Şıpka, Sempozyum, s. 636; Ece Baş, "6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'nda Kefalet Sözleşmesinin Geçerlilik Şartlarına İlişkin Bazı Yenilikler", *İÜHFM*, İstanbul 2012, C. LLX S. 2, s. 117.

Kanun koyucu kefalet sözleşmesinde eşin rızası bakımından eşler arasında bir ayrım yapmamıştır. Buna göre, kefalet sözleşmesinin geçerli bir biçimde kurulabilmesi için diğerinin rızasının alması zorunluluğu, hem kadın eş hem de koca için geçerlidir[42]. Bu itibarla kocanın, kadının rızasını almadan akdedeceği kefalet sözleşmesi kesin hükümsüzüdür. Kefalet sözleşmesinde eş, rıza verip vermeme konusunda mutlak yetkili kılındığı için, rıza vermeyen kadına karşı koca, hâkime başvurarak, rıza yerine geçecek bir karar verilmesini talep edemez.[43]

Kefalet sözleşmesinde eşin rızası, kefalet sözleşmesinde sonradan yapılan ve kefilin sorumluluğunu artıran değişiklikler (örneğin, sorumluluk miktarının artması veya adi kefaletin müteselsil kefalete dönüştürülmesi gibi) bakımından da aranmaktadır (TBK md. 584/II). Buna karşılık kefalet sözleşmesinde sonradan yapılan ve kefilin sorumlu olduğu miktarın artmasına veya adi kefaletin müteselsil kefalete dönüşmesine ya da kefil yararına olan güvencelerin önemli ölçüde azalmasına sebep olmayan değişiklikler için eşin rızasının aranmasına gerek yoktur.[44]

Diğer taraftan TBK md. 584/III uyarınca, ticaret siciline kayıtlı ticari işletmenin sahibi veya ticaret şirketinin ortak ya da yöneticisi tarafından işletme veya şirketle ilgili olarak verilecek kefaletler, mesleki faaliyetleri ile ilgili olarak esnaf ve sanatkârlar siciline kayıtlı esnaf veya sanatkârlar tarafından verilecek kefaletler, 27.12.2006 tarihli ve 5570 sayılı Kamu Sermayeli Bankalar Tarafından Yürütülen Faiz Destekli Kredi Kullandırılmasına Dair Kanun[45] kapsamında kullanılacak kredilerde verilecek kefaletler ile tarım kredi, tarım satış ve esnaf ve sanatkârlar kredi ve kefalet kooperatifleri ile kamu kurum ve kuruluşlarınca kooperatif ortaklarına kullandırılacak kredilerde verilecek kefaletler için eşin rızası aranmamaktadır. Söz konusu hüküm TBK md. 584'e 28.03.2013 tarih ve 6455 sayılı Gümrük Kanunu ile Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un[46] 77. maddesiyle eklenmiştir. Hükmün getiriliş amacı mad-

42 Aral/ Ayrancı, s. 636; Yavuz, s. 1413 vd.
43 Gümüş, Borçlar Özel Cilt II, s. 347; Özen, s. 181.
44 Aral/ Ayrancı, s. 479; Gümüş, Borçlar Özel Cilt II, s. 344 vd.; Yavuz, s. 1414.
45 R.G.: T. 30.12.2006 S. 26392.
46 R.G.: T. 11.04.2013 S. 28615.

de gerekçesinde[47], "ticaret hayatının olağan akışının kolaylaştırılması" şeklinde belirtilmiştir. Ancak söz konusu hüküm, özellikle ticari hayatta erkek egemen toplumda, kefalet sözleşmeleri bakımından evli kadının haklarını zayıflattığı gerekçesiyle doktrinde eleştirilmektedir.[48]

Nihayet kefalet sözleşmesinde eşin rızasına ilişkin kural, sadece kefalet sözleşmesi bakımından değil, gerçek kişilerce, kişisel güvence verilmesine ilişkin diğer sözleşmelere de uygulanır. Nitekim TBK md. 603'te, kefaletin şekline, kefil olma ehliyetine ve eşin rızasına ilişkin hükümlerin gerçek kişilerce, kişisel güvence verilmesine ilişkin olarak başka ad altında yapılan diğer sözleşmelere de uygulanacağı ifade edilmektedir.

VII. SONUÇ

Evlilik birliğinde kadının ve kocanın eşit sosyal ve ekonomik haklara sahip olması önemlidir. Bu itibarla Türk Medeni Kanunu aile hukukunu düzenleyen hükümlerinde, eşler arası eşitlik prensibini esas almıştır. Zira kanun koyucu söz konusu hükümlerde sadece kadın veya kocadan hareket etmemiş, "eşler" ifadesi kullanarak, her iki eşi hakkın süjesi yapmış veya her iki eşe bir takım yükümlülükler yüklemiştir. Böylelikle evlilik birliği içerisinde kocayla eşit statüde bulunan kadının, sosyal ve ekonomik haklarının korunması olanaklı hale gelmiştir. Nitekim Türk Medeni Kanunu md. 186'da, eşlerin evlilik birliğini beraber yönetecekleri hüküm altına alınmıştır. Bu hükümle kadın, evlilik birliğinin yönetiminde kocayla birlikte eşit oy hakkına sahiptir. Ayrıca kadının soyadı (TMK md. 187); meslek seçimi (TMK md. 192); aile konutu (TMK md. 194); kocanın evlilik birliğinden doğan yükümlülüklerini yerine getirmemesi (TMK md. 195) veya kocanın ailenin ekonomik varlığını tehlikeye düşürecek işlemlerde bulunmasına (TMK md. 199) ilişkin hükümler de kadının sosyal ve ekonomik haklarını koruyucu niteliktedir. Ancak kadının sosyal ve ekonomik haklarını koruyucu hükümler sadece Türk Medeni Kanunu'yla sınırlı değildir. 6284 sayılı Ailenin Korunması ve Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesine Dair Ka-

47 TBMM Yasama Dönemi: 24, Yasama Yılı: 3, S sayısı: 437, s. 19 (https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem24/yil01/ss437.pdf adresinden erişilmiştir. Erişim tarihi: 18.04.2017).

48 Bkz.: Şıpka, Sempozyum, s. 635.

nun, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu ve 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu da kadının sosyal ve ekonomik haklarının korunması bakımından önemli düzenlemeler içermektedir.

Kaynakça

Acar Faruk, Aile Konutu- Mal Rejimleri- Eşin Yasal Miras Payı, 5. Baskı, Ankara 2016.

Akıntürk Turgut/Ateş Karaman Derya, Aile Hukuku, 19. Baskı, İstanbul 2016.

Altunkaya Mehmet, "Evlilik Birliğinin Temsilinden Kaynaklanan Sorumluluk", Kadir Has Üniversitesi Medeni Kanun'un ve Borçlar Kanunu'nun 90. Yılı Uluslararası Sempozyumu 1926'dan Günümüze Türk- İsviçre Medeni Hukuku Cilt I, Ankara 2017 s. 641 vd.

Aral Fahrettin/Ayrancı Hasan, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, 11. Baskı, Ankara 2015.

Bräm Verena/Hasenböhler Franz, Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch, Das Familienrecht, Teilband II 1c, Die Wirkungen der Ehe im allgemeinen Art. 159- 180, Zürich 1998.

Dural Mustafa/Öğüz Tufan/Gümüş Mustafa Alper, Türk Özel Hukuku Cilt III, 11. Bası İstanbul 2016.

Ece Baş, "6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nda Kefalet Sözleşmesinin Geçerlilik Şartlarına İlişkin Bazı Yenilikler", *İÜHFM*, İstanbul 2012, C. LLX, S. 2, s. 115 vd.

Eren Fikret, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 3. Baskı, Ankara 2016.

Gümüş Mustafa Alper, Borçlar Hukuku Özel Hükümler Cilt I, Ankara 2013 (Borçlar Özel Cilt I).

Gümüş Mustafa Alper, Borçlar Hukuku Özel Hükümler Cilt II, Ankara 2014 (Borçlar Özel Cilt II).

Gümüş Mustafa Alper, Türk Medeni Kanunu'nun Getirdiği Yeni Şerhler, 2. Bası Ankara 2007.

Hasenböhler Franz/Opel Andrea, Basler Kommentar Zivilgesetzbuch I Art. 1- 456 ZGB, 3. Auflage, Basel- Genf- München 2006.

Hausheer Heinz/Reusser Ruth/Geiser Thomas, Schweizerisches Zivilgesetzbuch Das Familienrecht, Band II, 1. Abteilung Das Eherecht, 2. Teil Band Die Wirkungen der Ehe im allgemeinen Artikel 159- 180 ZGB, Bern 1999.

Havutçu Ayşe, Evlilik Birliğinin Temsili, Ankara 2006.

Kılıçoğlu Ahmet M., "Katkı Katılma Alacağı", Kadir Has Üniversitesi Medeni Kanun'un ve Borçlar Kanunu'nun 90. Yılı Uluslararası Sempozyumu 1926'dan Günümüze Türk- İsviçre Medeni Hukuku Cilt I, Ankara 2017, s. 107 vd.

Kılıçoğlu Ahmet M., Aile Hukuku, 3. Bası, Ankara 2017 (Aile Hukuku).

Kılıçoğlu Ahmet M., Medeni Kanunumuzun Aile- Miras- Eşya Hukukuna Getirdiği Yenilikler, 2. Bası, Ankara 2004 (Yenilikler).

Kılıçoğlu Ahmet M., Türk Medeni Kanunu'nda Diğer Eşin Rızasına Bağlı Hukuksal İşlemler ve Yasal Alım Hakkı, Ankara 2002 (Eşin Rızası).

Oğuzman Kemal/Seliçi Özer/Oktay-Özdemir Saibe, Eşya Hukuku, 20. Bası, İstanbul 2017.

Özen Burak, Kefalet Sözleşmesi, İstanbul 2014.

Öztan Bilge, Aile Hukuku, 6. Bası, Ankara 2015.

Schwander Ivo, Basler Kommentar Zivilgesetzbuch I Art. 1- 456 ZGB, 3. Auflage, Basel- Genf- München 2006.

Sirmen Lale, Eşya Hukuku, 4. Baskı, Ankara 2016.

Şıpka Şükran, "Türk- İsviçre Hukukunda Eşin Rızasına Bağlı Hukuki İşlemler", Kadir Has Üniversitesi Medeni Kanun'un ve Borçlar Kanunu'nun 90. Yılı Uluslararası Sempozyumu 1926'dan Günümüze Türk- İsviçre Medeni Hukuku Cilt I, Ankara 2017, s. 623 vd. (Sempozyum).

Şıpka Şükran, Yeni Medeni Kanun'da Aile Konutu İle İlgili İşlemlerde Diğer Eşin Rızası (TMK m. 194), İstanbul 2002 (Aile Konutu).

Yavuz Cevdet, Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 10. Bası, İstanbul 2014.

Zeiter Alexandra, Hand Kommentar zum Schweizer Privatrecht, Zürich- Basel- Genf 2007.

www.kazanci.com.tr

İSVİÇRE BORÇLAR KANUNU'NUN SATIŞ VE ESER SÖZLEŞMELERİNDE AYIP SORUMLULUĞUNA YÖNELİK ZAMANAŞIMI HÜKÜMLERİNİ (ART. 210 VE 371 OR) REVİZE EDEN 16 MART 2012 TARİHLİ İSVİÇRE FEDERAL KANUNU'NUN DEĞERLENDİRİLMESİ

EVALUATION OF THE SWISS FEDERAL LAW DATED 16 MARCH 2010 WHICH AMENDS PROVISIONS OF THE SWISS CODE OF OBLIGATIONS RELATING TO THE PERIOD OF LIMITATIONS FOR DEFECTS LIABILITY IN CONTRACTS OF SALE AND CONTRACTS OF WORK

Murat AYDOĞDU*
Serdar NART**

Özet: İsviçre'de 1 Haziran 2013 tarihinde yürürlüğe giren 16 Mart 2012 tarihli Kanun ile OR 210 ve 371 hükümleri değiştirilmiş, ayıp sorumluluğunda zamanaşımı süresi eşyanın tesliminden itibaren bir yıldan iki yıla çıkartılmış (Art.210/I OR); kültür varlıkları bakımından, 20 Temmuz 2003 tarihli "Kültür Varlıklarının Transferi Hakkındaki Kanun"un (Kulturgütertransfergesetz) 2/I hükmüne tabi eşyada sürenin, ayıbın ortaya çıkmasından itibaren bir yıl, her durumda kültür varlığına yönelik eşyanın satışına ilişkin sözleşmenin kurulmasından itibaren otuz yıl olduğu kabul edilmiştir. Keza taşınmaz bir eserle bütünleştirilen taşınırın, taşınmaz eseri ayıplı hale getirmesi halinde zamanaşımı süresinin beş yıl olduğu; kullanılmış eşyada bir yıldan az olmamak kaydıyla sürenin azaltılabileceği, ancak satıcı ticari veya mesleki faaliyeti çerçevesinde hareket etmiş olması ve alıcının kişisel ya da ailevi ihtiyaçları için hareket etmiş olması halinde (yani tüketici işlemlerinde) sürelerin kısaltılamayacağı (Art.210/IV OR) öngörülmüştür. Satım sözleşme ile uyum sağlamak amacıyla benzer şekilde, eser sözleşmesinden kaynaklanan ayıp sorumluluğu ile ilgili hükümde, eserin tesliminden itibaren zamanaşımı süresi bir yıldan iki yıla çıkartılmış, ancak eşyanın taşınmaz esere bütünleştirilmesi ile taşınmaz eserin ayıplı olmasına neden olmuşsa beş yıllık bir zamanaşımı süresi kabul edilmiştir (Art.371/I OR). Çalışmamızda bu değişikliklere değinilecektir.

* Prof. Dr., Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

** Yrd. Doç. Dr., Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

Anahtar Kelimeler: Borçlar Hukuku, İsviçre Satış ve Eser Sözleşmesinde Ayıp Sorumluluğu, Zamanaşımı Süresi Değişikliği, Kültürel Varlık

Abstract: Article 210 and 371 of OR is amended as well by law dated 16 March 2012 which is entered into force on the date of 1 January 2013 in Switzerland and period of limitation for defects liability is increased from one year to two years that begins to run since the delivery of goods (Art.210/I OR). With regard to cultural properties, it is admitted that period of limitation for properties subject to Article 2/I of Law on Transfer of Cultural Properties (Kulturgütertransfergesetz) dated 20 July 2003, is one year that begins to run since the occurrence of defect and is thirty years in all cases that begins to run since the execution of contracts concerning sale of cultural properties, Likewise, it is admitted that, period of limitation is five years for defective goods correlated with an immovable construction and arising from an immovable work, it is reducible for jumble sales provided that no fewer than one year but it is irreducible if the seller is acted in the framework of commercial or occupational activity or for personal or familial needs (for consumer transactions) (Art.210/IV OR). Similarly, it is extended from one year to two years since the delivery of work in the provision relating to the contracts of work and five year limitation period is admitted for defective goods correlated with an immovable construction and arising from an immovable work, (Art.371/I OR). In our study, these amendments will be mentioned.

Keywords: Law of Obligations, Amendment of Period of Limitation for Defect Liability in Swiss Contracts of Sale and Contracts of Work, Cultural Property

I. GENEL DEĞERLENDİRME

İsviçre'de 1 Ocak 2013 tarihinde yürürlüğe giren 16 Mart 2012 tarihli Federal Kanun[1] (Verjährungsfristen der Gewährleistungsansprüche

[1] Änderungen vom 16 März 2012 zum Obligationenrecht (Verjährungsfristen der Gewährleistungsansprüche im Kauf- und Werkvertrag, Verlängerung und Koordination -Satım ve Eser Sözleşmelerinde Sorumluluk Taleplerine İlişkin Zamanaşımı Süreleri, Sürelerin Uzatılması ve Koordinasyonuna İlişkin 16 Mart 2012 Tarihli Borçlar Hukuku Değişiklikleri). Almanca metin için bkz. AS 2012 5415; BBl 2011 2889, 3903 (https://www.admin.ch/ch/d/as/2012/5415.pdf), e.t.16.01.2017; Hüküm değişikliği esas olarak ilkin 20 Aralık 2006 tarihinde parlamentoya sunulan ve özellikle tüketicilerin korunması amaçlı olarak zamanaşımı süresinin iki yıla uzatılması önerisine dayanmaktadır. Daha sonra 20 Aralık 2007 tarihinde getirilen öneri kapsamında OR 210 hükmünün, satın alınan taşınırın bir taşınmaz eserle bütünleştirilmesi halinde OR 371/II'de düzenlenen 5 yıllık zamanaşımı süresine tabi olması istenmiştir. Her iki öneri birleştirilerek iki öntasarı haline getirilmiş ve 2010 yılında görüşmelere başlanmıştır. Hukuk komisyonu yapılan görüşmeler neticesinde 21 Ocak 2011 tarihinde "Borçlar Kanunu'nun değiştirilmesine ilişkin

im Kauf- und Werkvertrag, Verlängerung und Koordination: Satım ve eser sözleşmelerinde ayıptan sorumluluğa ilişkin davalarda zamanaşımı sürelerinin uzatılması ve koordinasyonu) ile satış ve eser sözleşmelerindeki ayıp zamanaşımı sürelerini düzenleyen OR 210 ve 371 hükümleri değiştirilmiştir. Düzenlemelerde kısmen Alman hukukunun etkisi, kısmen de OR 2020 Taslağının etkisi görülmektedir. Yasa için seçimlik referandum süreci söz konusu olduğundan Federal Meclis, yetkisini kullanarak, Yasa için referandum sürecine gerek olmadığını 5 Temmuz 2012 tarihinde kararlaştırmış[2] ve Yasa, 1 Ocak 2013 tarihinde yürürlüğe girmiştir.[3]

Anılan hükümlerle, uygulamada yaşanan ve müteahhidin rücu veya zamanaşımı sürelerini kaçırmasına neden olan duruma bir çözüm bulunmak istenmiştir. Eski hükümde, bir eser sözleşmesi (asıl müteahhit ve asıl sözleşme) kapsamında taşınmaz inşa eden müteahhit, iş sahibine karşı eski OR 371/2 gereğince 5 yıllık bir süre için sorumlu tutulmaktaydı, buna karşın müteahhide mal sağlayan kişiler (sağlayıcı) satış veya eser sözleşmesi (sağlama sözleşmesi) kapsamında eski OR 210/I ve 371/I gereğince sadece bir yıllık zamanaşımı süresi için sorumlu tutulmaktaydı. Bu durum müteahhidin (eserinde kullandığı eşyayı çok daha önce teslim almış olduğundan ve kendisi de ancak eseri tamamladıktan ve teslim ettikten sonra işsahibine karşı sorumlu

---

tasarıyı (Satım ve Eser Sözleşmelerinde Sorumluluk Taleplerine İlişkin Zamanaşımı Süreleri, Sürelerin Uzatılması ve Koordinasyonu) kabul edilmiştir. Federal Konsey, 20 Nisan 2011 tarihinde tasarıyı kabul ederek görüşmeye sunmuş ve bazı içerik ve şekli düzeltmeler yaparak 16 Mart 2012'de nihai halini almıştır. bkz. Frédéric Krauskopf, "Verjährung bei Kauf- und Werkverträgen – neue Regeln mit Mängeln, Schweizerische Baurechtstagung", Schweizerische Baurechtstagung 2013 …für alle, die bauen, Institut für Schweizerisches und Internationales Baurecht, 2013, s.87-88; Heinrich Honsell / Wolfgang Wiegand / Nedim Peter Vogt, Basler Kommentar, Obligationenrecht I, Art.1-529, 5.Auflage, Basel 2015, s.1221; özellikle Art.210/I hükmünün tacirler bakımından da uygulama bulduğu dikkate alındığında, kanunun tüketiciyi koruma amacının ötesine de geçilmiştir. bkz. Peter Reetz/Tabea Lorenz: "Die Revidierten Verjährungsbestimmungen Im Gewährleistungsrecht", Anwaltsrevue, 2013, s.17.

2 BBl 2012 3447.

3 Meclis 20 Eylül 2012 tarihinde basit sürecin yürütülmesine karar vermiştir. Yasanın yürürlüğe girme süreci hakkında bkz. Peter Gauch, "Die revidierten Art. 210 und 371 OR", Zeitschrift für juristische Weiterbildung und Praxis, 2012, s.124; Peter Gauch, "Der Revisionsentwurf zur Verjährung der kauf- und werkvertraglichen Mängelrechte: Analyse und Kritik der E-Art. 210, 371 und 199 OR", Zeitschrift für juristische Weiterbildung und Praxis, 2011, s.145, Nr.I.; Claire Huguenin, Obligationenrecht- Allgemeiner und Besonderer Teil, 2. Aufl., Zürich-Basel-Genf 2014 (AT und BT), Rn.2631a.

olacağı için), rücu hakkını kaçırma olasılığını kuvvetlendirmekteydi. İşte yapılan yeni düzenlemelerle ile müteahhidin kendisine mal sağlayan kişilere karşı durumu iyileştirilmeye çalışılmıştır.[4]

Yasa, kültür varlıkları bakımından, 20 Temmuz 2003 tarihli "Kültür Varlıklarının Transferi Hakkındaki Kanun"a (Kulturgütertransfergesetz)[5] tabi kültür ve sanat eserleri hakkındaki zamanaşımı süresini düzenleme altına almıştır. İsviçre'de "Kültür Varlıklarının Transferi Hakkındaki Kanun"a (Kulturgütertransfergesetz) göre (Art.2/I), kültür varlıkları[6], "*dini veya dünyevi sebeplerle yapılan arkeolojik, tarihi, edebi, sanatsal ve bilimsel anlamı olan, 1970 tarihli Kültür Varlıkların Korunmasına İlişkin UNESCO Konvansiyonunun 1. maddesine uygun eserlerdir.*"

Türkiye de "Kültür Varlıklarının Kanunsuz İthal, İhraç ve Mülkiyet Transferinin Önlenmesi ve Yasaklanması İçin Alınacak Tedbirlerle İlgili 1970 tarihli UNESCO Konvansiyonu'na (Convention on the Means

---

4 Zira, eserde kullanılan malzemenin ayıplı olduğu ancak eserin tesliminden sonra ve bazen de yıllar sonra ortaya çıktığı hususu dikkate alındığında, müteahhidin iş sahibine karşı ayıptan 5 yıl boyunca sorumlu tutulması, ancak kendisine ayıplı mal sağlayan kişilere (satıcı, alt müteahhit vs.) bir yıllık gibi kısa zamanaşımı süresine tabi tutulması, müteahhidin rücu olasılığı da ortadan kaldırmaktaydı; Krauskopf, s.92; Gauch, Revisionsentwurf, s.146; Alfred Koller, "Verjährung der werkvertraglichen Mängelrechte", *Aktuelle Juristische Praxis*, 2014, s.307 vd.; Reetz/Lorenz, s.18; Angelo Schwizer/Marc Wolfer: "Die revidierten Verjährungsbestimmungen im Sachgewährleistungsrecht (Art. 210 und 371 OR)", *Aktuelle Juristische Praxis*, 2012, s. s.1759; Marcus Vischer, "Die fünfjährige Gewährleistungsfrist für bewegliche Sachen im Kaufrecht", Jusletter 11.März, 2013, Rz.5; Simon Roth: "Integration einer Sache/eines Werks in ein unbewegliches Werk", *Aktuelle Juristische Praxis*, 2014, s.774.

5 Bundesgesetz über den internationalen Kulturgütertransfer (Kulturgütertransfergesetz, KGTG) vom 20. Juni 2003; AS 2005 1869; BBl 2022 535; SR 444.1. Bu yasanın Almanca metni için bkz. https://www.admin.ch/opc/de/classified-compilation/20001408/index.html, e.t.16.01.2017.

6 Örneğin, 100 yıldan fazla yaştaki tablo ve eski eserler böyledir. bkz. Heinrich Honsell: Kurzkommentar Obligationenrecht, Basel 2014, Art.196a, Nr.1 ve Art.210, Nr.3; Örneğin, 100 yıldan fazla yaştaki tablo ve eski eserler böyledir. Bkz. Heinrich Honsell: Schweizerisches Obligationenrecht, Besonderer Teil, Basel 2010, s.71; Herbert Schönle/Peter Higi: Kauf und Schenkung, Zweite Lieferung, Art. 192-204 OR, Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Obligationenrecht, Kommentar zur 1. und 2. Abteilung (Art. 1-529 OR), ZK - Zürcher Kommentar Band/Nr. V/2a, Dritte, völlig neu bearbeitete Auflage (unter Mitarbeit von Beat Gut), Zürich 2005, Art.196a, Nr.2 vd.; Jolanta Kren-Kostkiewicz / Peter Nobel / Ivo Schwander / Stephan Wolf, OR Handkommentar Schweizerisches Obligationenrecht, 2. überarbeitete und erweiterte Auflage, Zürich 2009, Art.196a, Nr.1-2 ve Art.210, Nr.7.

of Prohibiting and Preventing the Illicit Import, Export and Transfer of Ownership of Cultural Property–1970) 1981 yılından beri taraftır.[7] Keza bu Konvansiyona uygun 2862 sayılı Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kanunu[8] çıkartılmıştır. Ne var ki Ülkemizde, İsviçre'ye benzer şekilde, kültür varlıkları hakkında zamanaşımı sürelerinin 30 yıl gibi yüksek bir süreye çıkartılmadığı görülmektedir. İsviçre'de ise 1970 tarihli UNESCO Konvansiyonuna bağlı kültür varlıkları hakkında zamanaşımı üst süresi, İsviçre Borçlar Kanunu'nda yapılan çeşitli değişikliklerle (örneğin, Art.196a, 210, 371) 30 yıla çıkartılmıştır.[9] Ancak belirtmek gerekir ki 30 yıllık süreler, satış sözleşmesi ile ilgili süreler olup, 1995 tarihli Unidroit Sözleşmesine göre satış sözleşmesine tabi olmayan, çalınmış kültür varlıklarının iadesi 50 yıllık zamanaşımı süresine bağlıdır.[10] Anayasamız gereği 50 yıllık süre, iç hukukumuzda da uygulanacaktır.[11] Ne var ki satış sözleşmesine bağlı olarak 50 yıllık

---

7 Anlaşmanın Türkçe metni için bkz. RG. 26.1.981, S:17232. Anlaşma hakkında bkz. Neslihan Kürüm, Uluslararası İlişkilerde Kültür Varlıklarının Yeri, Yayımlanmamış YL Tezi, Edirne Trakya Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Aralık 2005, s.3 vd. Kültür varlıklarının cezai boyutta korunması hakkında bkz. Durmuş Tezcan: "Arkeolojik Kültür Varlıklarının Korunması ve Milletlerarası Ceza Hukuku", *Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi*, Cilt: 51 Sayı: 1 Yayın Tarihi: 1996, s.425 vd.

8 RG.23.07.1983, S:18113.

9 Bu konularda bkz. Koller, OR BT, §4, Nr.268; KUKO OR-Honsell, Art.196a, Nr.1 ve Art.210, Nr.3, Art.371; Honsell, BT, s.71; Schönle/Higi, Art.196a, Nr.2 vd.; OFK-Kren Kostkiewicz, Art.196a, Nr.1-2 ve Art.210, Nr.7; Gauch, Revisionsentwurf, s.145 vd.; Gauch, Die revidierten Art. 210, s.124 vd.; Reetz/Lorenz, s.17 vd.; Krauskopf, s.85 vd.

10 Bu sözleşmeye göre eser sahibi, eserlerin yerini ve zilyedin kimliğini öğrendiği andan itibaren üç yıl içinde ve her halükârda hırsızlıktan itibaren 50 yıl içinde iade talebinde bulunmalıdır (Çalınmış veya Yasa Dışı Yollardan İhraç Edilmiş Kültür Varlıklarının Uluslararası İadesine İlişkin 24 Haziran 1995 tarihli Unidroit Sözleşmesi m.3). İade talebi, âkit devletin kamu koleksiyonuna ait bir eser veya belirlenmiş bir anıt ya da arkeolojik bir sit alanının bütünleyici parçasını oluşturan bir kültür varlığı için yapılmakta ise, zamanaşımı süresi, davacının kültür varlığının yerini ve zilyedin kimliğini öğrendiği tarihten itibaren işlemeye başlayan üç yıllık zamanaşımı süresinden başka bir süreye tabi tutulmamıştır. Bununla birlikte her akit devlet kendi kanunlarında tesis edilmiş olmak kaydıyla, 1995 tarihli Unidroit Sözleşmesi 3/IV hükmüne tabi bir talebin 75 yıl veya daha uzun bir süreye tabi olduğunu beyan edebilir. Bu beyanı yapan bir akit devletteki bir anıttan, arkeolojik sit alanından ya da kamu koleksiyonundan alınan bir kültür varlığının iade talebi de aynı süreye tabi tutulur. Bu konuda bkz. Kürüm, s.81; Tezcan, s.433-434.

11 1982 Anayasamızın 90. Maddesinin son fıkrasında "usulüne uygun olarak yürürlüğe konulmuş uluslararası sözleşmelerin kanun hükmünde olduğu ve bunlar hakkında Anayasa'ya aykırılık iddiası ile Anayasa Mahkemesi'ne başvurulamayacağı" hükme bağlanmıştır. Bu konuda bkz. Kürüm, s.5.

süre uygulanamayacağından, özel bir zamanaşımı süresi hâlâ eksikliğini hissettirmektedir. Bu durumda kültür ve sanat eserleri bakımından özel bir süre olmadığından, ayıp ile ilgili satış sözleşmesindeki genel iki yıllık zamanaşımı süresi (TBK 231/I) uygulanacaktır.[12]

II. SATIŞ SÖZLEŞMESİNDE AYIP SORUMLULUĞUNA İLİŞKİN ZAMANAŞIMI SÜRESİ HAKKINDAKİ REVİZYONA YÖNELİK DEĞERLENDİRMELERİMİZ (Art.210 OR)

A. Genel Olarak

İsviçre, satış sözleşmesi bakımından ayıp sorumluluğunda zamanaşımı süresini revize eden 16 Mart 2012 Tarihli İsviçre Federal Kanun, Art.210 OR hükmünde değişiklik yaparak, şu şekilde bir kural öngörmüştür:

"9.Zamanaşımı

Ayıplı bir eşyadan kaynaklanan sorumluluk davaları, satıcı daha uzun bir sorumluluk süresi üstlenmedikçe eşyanın alıcıya teslim edilmesinden itibaren 2 yıl içinde zamanaşımına uğrar. Bu durum, alıcının ayıbı, bu süreden sonra öğrenmiş olması halinde dahi değişmez.

2 Süre, taşınmaz bir yapıyla bütünleştirilen ve taşınmaz eserden kaynaklanan ayıplı eşya bakımından beş yıldır.

Eşyadaki ayıp, taşınmaz esere anlaşmaya uygun bir şekilde bütünleştirilmesi ile eseri de ayıplı hale getirmişse, bu süre 5 yıldır.

3 Kültür varlıkları ilişkin dava süresi, 20 Haziran 2003 tarihli "Kültür Varlıklarının Transferi Hakkındaki Kanun"un (Kulturgütertrans-

[12] 1 Temmuz 2012 tarihi itibariyle TBK 231 hükmüyle öngörülen genel ayıp zamanaşımı süresi, eskiden bir yıl idi (818 sayılı mülga BK.m.207/I). Satış sözleşmesinde ayıplı mallar bakımından iki (eski bir) yıllık genel zamanaşımı süresi hakkında bkz. Murat Aydoğdu/ Nalan Kahveci, Milli Şerh, 6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Şerhi, National Commentary, Commentary on the Consumer Protection Law No. 6502, İstanbul, 2016, m.12 Şerhi, s.330 vd.; Murat Aydoğdu/ Nalan Kahveci, Türk Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, 3. Baskı, Ankara 2017, s.217 vd; Alper Gümüş, Borçlar Hukuku Özel Hükümler Cilt:1, İstanbul 2013, s.11-115; Haluk Tandoğan, Borçlar Hukuku - Özel Borç İlişkileri Cilt : I/1, 5.Basımdan 6. Tıpkıbasım, İstanbul 2008, s.188 vd.; Cevdet Yavuz/Faruk Acar/Burak Özen, Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler, s.170-171; Aydoğdu/ Kahveci, m.12 Şerhi, s.330 vd.; Murat Aydoğdu, Tüketici Hukuku Dersleri, Ankara 2015, s.330.

fergesetz) 2/I hükmüne tabi eşyada, ayıbın alıcı tarafından öğrenilmesinden itibaren bir yıl, her halde sözleşmenin kurulmasından itibaren 30 yıl içinde zamanaşımına uğrar.

4.Zamanaşımının kısaltılmasına ilişkin anlaşmalar, aşağıdaki kapsamda olmak kaydıyla geçersizdir:

a. Zamanaşımı süresi iki yıldan daha az, kullanılmış eşyalarda ise bir yıldan daha az kısaltılırsa;

b. eşya alıcının kişisel veya ailevi kullanımı için öngörülmüşse, ve

c. satıcı ticari veya mesleki faaliyeti çerçevesinde hareket etmişse.

5. Alıcının ayıptan kaynaklı savunmalarını (defilerin) kullanabilmesi için, zamanaşımı süresi içinde satıcıya öngörülen ihbarda bulunulmuş olması yeterlidir.

6. Alıcı tarafından kendisine hile yapıldığını ispatlanması durumunda, satıcı, zamanaşımı iddiasında bulunamaz. Bu durum üçüncü fıkrada düzenlenen 30 yıllık zamanaşımı süresi için geçerli değildir."

Görüldüğü gibi yeni düzenleme taşınır bir eşyanın satışından dolayı zamanaşımı süresini, eşyanın tesliminden itibaren bir yıldan[13] iki yıla çıkartmış (Art.210/I OR), eşyanın bir taşınmaz eserle bütünleştirilmiş olması halinde ise zamanaşımı süresini 5 yıla çıkarmıştır; kültür varlıkları bakımından, 20 Temmuz 2003 tarihli "Kültür Varlıklarının Transferi Hakkındaki Kanun"un (Kulturgütertransfergesetz) 2/I hükmüne tabi eşyada[14] sürenin, ayıbın ortaya çıkmasından itibaren bir yıl, her durumda kültür varlığı eşyasının satışına ilişkin sözleşmenin kurulmasından itibaren otuz yıl olduğu kabul edilmiştir. Diğer yandan 4. fıkra ile zamanaşımı sürelerinin sözleşme ile değiştirilmesine ilişkin sınırlamalar da getirilmiştir.[15]

---

13 Bir yıllık eski süre hakkında bkz. Koller, OR BT, §4, Nr.218 vd.; KUKO OR-Honsell, Art.210, Nr.3 vd.; Schönle/Higi, Art.210, Nr.2 vd.; OFK-Kren Kostkiewicz, Art.210, Nr.1 vd.; Honsell, BT, s.90 vd.

14 Örneğin 100 yıldan fazla yaştaki tablo ve eski eserler böyledir. bkz. KUKO OR-Honsell, Art.196a, Nr.1 ve Art.210, Nr.3; Honsell, BT, s.71; Schönle/Higi, Art.196a, Nr.2 vd.; OFK-Kren Kostkiewicz, Art.196a, Nr.1-2 ve Art.210, Nr.7.

15 Aslında kültür varlıkları hakkında getirilen bir ve otuz yıllık süreler, 2003 yılında, "Kültür Varlıklarının Transferi Hakkındaki Kanun"un (Kulturgütertransfergesetz) 32. Maddesinin 2. Bendiyle Art.210 OR hükmüne 1. fıkradan sonra gelmek üzere getirilen "1bis" hükmüyle yapılmıştır. Bu konuda bkz. Koller, OR BT, §4, Nr.68; KUKO OR-Honsell, Art.210, Nr.3; Schönle/Higi, Art.210, Nr.2 vd.; OFK-Kren Kostkiewicz, Art.210, Nr.7; Krauskopf, s.89.

Gauch, genel olarak ayıp zamanaşımı süresinin iki yıla çıkartılmasını olumlu bulmakla birlikte yetersiz olduğunu, özellikle ayıptan dolayı tazminat hakkının daha uzun bir süreye tabi tutulması gerektiğini ileri sürmektedir.[16]

Art.210 OR, taşınır eşyadaki ayıp zamanaşımı ile ilgili olan bir düzenlemedir.[17] Gerçekten de Art.201, taşınır eşyaya ilişkin hükümleri içeren 2. Bölümün 2. Kısmı (Art.187-215) arasında yer alır ve bu bölümün başlığı "taşınır eşya satışı" (Der Fahrniskauf) şeklindedir.

B. Satım Sözleşmesinde Taşınır Eşyadan Kaynaklı Ayıptan Sorumluluğa İlişkin Zamanaşımı Sürelerine İlişkin Değerlendirmeler (Art.210/I OR)

Art.210/I OR değişikliğinde ilk göze çarpan husus, zamanaşımı süresinin bir yıldan iki yıla çıkarılmasıdır. Bunun dışında, "alıcının ayıptan doğan hakları" kelimeleri yerine, "ayıplı bir eşyadan kaynaklanan sorumluluk davaları", (Die Klagen auf Gewährleistung wegen Mängel der Sache) kelimelerinin kullanılması (Art.210/I OR) da önemli bir değişiklik olarak belirtilebilir. Buna sebep olarak, zamanaşımı ile birlikte alıcının ayıptan doğan yenilik doğurucu haklarının sona ermediği, talep haklarını yine de ileri sürebileceği, satıcının ise buna karşılık zamanında zamanaşımı savunmasında bulunması gerekliliği gösterilmektedir.[18]

---

16 Özellikle ayıptan kaynaklı ek zararlar (devam eden veya refakat eden zararlar), ancak ayıbın ortaya çıkmasından sonra meydana geldiğinden iki yıllık süre yeterli değildir ve bu talepler genellikle zamanaşımına uğrayacaklardır. Gauch, Revisionsentwurf, s.145-146, Nr.II.2; Honsell (s.1221), özellikle kısa süreli tüketim malları gibi cep telefonu gibi teknik ürünlerin çok çabuk eskidiğini ve iki yıllık sürenin fazla olduğunu; kullanılmış eşya satışında da uzun bir süreye ihtiyaç olmadığını ileri sürmektedir. Honsell ayrıca, nispi-mutlak süre ayrımının ancak haksız fiil hukukuna uygun olduğunu, burada uygulamasının olmadığını belirtmektedir.

17 Yeni düzenlemelerin gerekçesinde, tüketicilerin daha fazla korunması amacıyla bu düzenlemelerin yapılmasından söz edilmiş, ancak "tüketici satışlarına" yönelik ayrı bir başlık açılmamış, onun yerine taşınır satışındaki düzenlemelerin içinde değişiklik yapılmıştır. bkz. Gauch, Revisionsentwurf, s.146, Nr.II.2. (yeni düzenleme, tüketici satışı olarak nitelendirilemeyen taşınır satışlarını da kapsamaktadır. Bu hali bu süreler, tüketici işlemlerinde uygulanmayacaktır. Halbuki kanun komisyonu tarafından düzenlenen raporda, bu sürelerin tüketicilerin daha etkin korunmasına yönelik olduğu belirtilmişti. (komisyon raporu için ayr. bkz. https://www.admin.ch/opc/de/federal-gazette/2011/2889.pdf, erişim tarihi 05.03.2017.

18 Gauch, Revisionsentwurf, s.145, Nr.II.2; Gauch, Die revidierten Art. 210, s.124, dn.5 ve s.126; BBl 2011 2892 (Komisyon Raporu).

Art.210/I hükmünde, zamanaşımı süresi için yasal süreden daha fazla bir sürenin sözleşmeyle kararlaştırılabileceği, yani sürenin uzatılabileceği ("daha uzun bir süre kararlaştırılmamışsa" şeklinde) açıkça kabul edilmiştir.[19] Görüldüğü gibi süre, alıcı lehine nisbi emredici biçimde düzenlenmiştir.[20] Ancak Federal Mahkeme, uzatılan sürenin 10 yılı geçemeyeceği görüşündedir.[21] Öğretideki baskın görüş de bu yoldadır.[22] Gauch, kültür varlıkları için geçerli olan 30 yıllık üst sürenin diğer durumlarda geçerli olan 10 yıllık üst süre gibi uzatılamayacağı görüşündedir.[23] Nitekim OR 2020 Taslağında (Art.159/II-III) 10 yıllık sürenin daha fazla arttırılamayacağı, 30 yıllık sürenin de azaltılıp arttırılamayacağı açıkça yer almaktadır.[24]

C. Taşınmazla Bütünleştirilen Eşyanın Ayıplı Olması Halinde Düzenlenen Zamanaşımı Süreleri Hakkındaki Değerlendirmeler (Art. 2010/II OR)

1. Genel Olarak

Tamamen yeni olan Art.210/II OR hükmüne göre, taşınmaz bir yapıyla bütünleştirilen[25] ve taşınmaz eserden kaynaklanan ayıplı eşyada zamanaşımı süresi beş yıl olarak kabul edilmiştir. "Taşınmaz bir yapıyla bütünleştirme ve ayıbın taşınmaz eserden kaynaklanması" kıstası, Alman hukukundan (§ 438/I, Ziff.2 BGB) alınmıştır.[26]

---

19 Bu nedenle yasal zamanaşımı sürelerinin değiştirilemeyeceğini öngören genel kural (Art.129) satış ve eser sözleşmeleri bakımından uygulama olanağı bulamaz. bkz. Gauch, Die revidierten Art. 210, s.130, Nr.5, dn.24.

20 Gauch, Revisionsentwurf, s.145 vd.; Gauch, Die revidierten Art. 210, s.124-125; Reetz/Lorenz, s.16 vd.; Krauskopf, s.99; BBl 2011 2892 (Komisyon Raporu).

21 BGE 132 III 240 ff; 99 II 189.

22 BASK OR I-Honsell, Art.210, Nr.3; Koller, OR BT, 4, Nr.234; Gauch, Revisionsentwurf, s.145 vd.; Gauch, Die revidierten Art. 210, s.129-130, Nr.4-5; Krauskopf, s.99; Huguenin, Rn.2636

23 Gauch, Federal Mahkemenin ayıpta zamanaşımı süresinin 10 yılla sınırlamaya çalışan kararının kültür varlıkları bakımından 30 yıllık üst süre öngören yasal hükümle aşıldığını da haklı olarak belirtmektedir. bkz. Gauch, Die revidierten Art. 210, s.130, Nr.5.

24 Bu madde metni için bkz. Ayan, s.274.

25 Gauch, Revisionsentwurf, s.147-148; Gauch, Die revidierten Art. 210, s.126-127; Reetz/Lorenz, s.17-18, Krauskopf, s.92, özellikle dn.26.

26 Gauch, Revisionsentwurf, s.146, Nr.3. Alman hukukundaki düzenleme için bkz. Dietrich Reinicke / Klaus Tiedtke, Kaufrecht, 8. Aufl., München 2009, Nr.669 ff.; HK-BGB/Saenger, §438, Nr.6; Roth, s.774

Anılan hükümle taşınmaz bir eser için geçerli olan 5 yıllık süre ile taşınmazla bütünleşen eşyaya yönelik satış sözleşmesi arasında bir bağlantı sağlanmaya çalışılmıştır. Böylece taşınmaz satışı ve taşınmazla bütünleştirilen veya bağlantılı eşya ya da eser bakımından 5 yıllık süre geçerli olmaktadır.[27] Bu şekilde yasanın tarafları koruyucu amacı da vardır. Özellikle taşınmaz eseri inşa eden taraf (eser yüklenicisi-girişimcisi, Werkunternehmer) 5 yıllık süre ile alıcıya karşı sorumlu olmaktadır (Art.210 ve 371 OR); eğer taşınmazla bütünleştirilen eşya bakımından iki yıllık süre kabul edilseydi, taşınmaz eserden dolayı asıl yüklenici 5 yıllık süre ile sorumlu olacak, ancak kendisine taşınır eşyayı satan kişi iki yıllık süre ile sorumlu olacağından, taşınır eşya satıcısına karşı iki yıldan sonra ayıptan dolayı bir dava açamayacaktır. Yasa, bunun önüne geçmeyi amaçlamaktadır.[28] Ayrıca Komisyon raporlarında vurgulandığı üzere, taşınmazla bütünleştirilmeyen eşya bakımından, satıcıların 5 yıllık zamanaşımı yerine 2 yıldan sorumlu olması, onların rizikoyu üstlenmelerinin de önüne geçilmek istenmiştir.[29] Yasanın bu düzenlemesi karşısında, asıl taşınmaz eser yüklenicisi yanında alt yüklenici (taşeron, Subunternehmer) de 5 yıllık süre ile alıcıya karşı sorumlu olduğundan alıcı da korunmaktadır. Örneğin elektrik kablosu satışında ayıp zamanaşımı süresi iki yıldır; ancak elektrik kablosu taşınmaza döşenmişse (bu tesisat, taşınmazla bütünleşmiş olduğundan Art.210/II'deki bütünleşme koşulu gerçekleşmektedir) ve bu elektrik kablosunu satan satıcının aynı zamanda elektrik tesisatını döşeyen alt yüklenici olduğu düşünülürse, alıcının da 5 yıllık süre nedeniyle korunduğu görülmektedir[30]. Asıl yüklenicinin taşınmaz eseri kendisinin veya anlaştığı alt yüklenicinin yapması veya ifa yardımcısının yapması arasında fark yoktur.[31]

---

27 Gauch, Revisionsentwurf, s.146, Nr.3.1, s.147-148, Nr.3.a-3.b; Gauch, Die revidierten Art. 210, s.126-127; Peter Gauch, Der Werkvertag, 5.Aufl., Zürich 2011, Nr.2214 vd.; Reetz/Lorenz, s.17-18; Krauskopf, s.92.

28 Gauch, Revisionsentwurf, s.146, Nr.3.1-3.2, s.147, Nr.3.4, s.147-148, Nr.3.5.a-b; Gauch, Die revidierten Art. 210, s.126; Reetz/Lorenz, s.17-18; Krauskopf, s.92.

29 Gauch, Revisionsentwurf, s.148, Nr.3.5.b.

30 Gauch, Revisionsentwurf, s.147-148, Nr.3.5.a; Gauch, Die revidierten Art. 210, s.126-127; Reetz/Lorenz, s.17-18; Krauskopf, s.93, dn.35. Roth, s.776

31 Gauch, Revisionsentwurf, s.148, Nr.3.5.b; Gauch, Die revidierten Art. 210, s.127; Reetz/Lorenz, s.17-18; Krauskopf, s.93.

2. Art.210 OR Hükmünün Uygulanma Şartları

a. Taşınır Eşyanın Satın Alınmış Olması Gerekir

Hükmün uygulanabilmesi için, ilk şart, satış sözleşmesi kapsamında taşınır bir eşyanın müteahhit tarafından satın alınmasıdır. Bu itibarla taşınmaz eserin, satış sözleşmesi veya eser sözleşmesine konu olması da önemli değildir; önemli olan taşınır eşyanın satışa konu olmasıdır.[32] Bu taşınır eşya[33] taşınmazın inşaatında kullanılan çimento, tuğla, demir vb. malzeme olabileceği gibi, taşınmaz yapının bitmesinden sonra taşınmazdan faydalanmaya yönelik asansör, kalorifer tesisatı, pencere ve cam gibi eşyaya ilişkin de olabilir.[34] Ancak taşınmazın inşa aşamasında kullanılan iskele, çekiç, testere vb. malzeme bu madde kapsamında değildir.[35]

Montaj kaydıyla satışlarda[36] durumun ayrıca değerlendirilmesi gerekir. Eğer, montaj kaydıyla satış sözleşmesi yapan kişi bizzat alıcının kendisi ise bu durumda yapılan iş satış sözleşmesi ve onunu yan edimi[37] olan montaj kapsamında olduğu için taşınmazla bütünleşme olsa bile 5 yıllık değil iki yıllık süre uygulanır. Örneğin alıcının ken-

---

32 Gauch, Revisionsentwurf, s.146, Nr.3-3.1; Gauch, Die revidierten Art. 210, s.128; Reetz/Lorenz, s.18; Krauskopf, s.92.

33 Burada eşya kavramı, eşya hukukundaki tanımı ile özdeştir. Yani, kişilerin hâkimiyet kurabildiği ve sınırlandırılması mümkün olan maddi varlığa sahip maddelerdir. Bu hali ile gayri maddi mallar örneğin elektrik ve yazılım gibi malların tesliminde 5 yıllık zamanaşımı hükmüne tabi bir eşya olarak düzenlenmemiştir. "Taşınır eser" kavramı bu hali ile revize ile birlikte getirilmiş yeni bir kavram olup, bir eser sözleşmesi kapsamında imal edilen taşınır eserleri ifade etmektedir. Yine eserde yapılan basit biçimsel değişikliklerle birlikte, yeniden düzenlenmesi, yenileme veya tamir edilmesi durumlarında bir taşınırın kullanılmış olması da yeterlidir. Roth, s.774-775; Gauch, Revizionsentwurf, s.144; Koller, s.307; Krauskopf, s.95.

34 Ancak taşınır eşya kavramı bunlarla sınırlı değildir. Bunun gibi, geniş anlamda inşaat malzemesi olarak ocaklar, fırınlar, buzdolapları, lambalar gibi binanın içine monte edilmiş klimanın vidalı kompresörleri, yer döşemeleri için kullanılan parkeler, halılar, fayans veya kalebodur gibi eşyalar da bu kavrama dahildir. Roth, s.775; Huguenin, Rn.2631b; Gauch, Werkvertrag, Nr.2223.

35 Gauch, Revisionsentwurf, s.147, Nr.3.5.a; Gauch, Die revidierten Art. 210, s.126-127; Gauch, Werkvertag, Nr.2236 vd.; Reetz/Lorenz, s.17-18, özellikle dn.6; Krauskopf, s.92, özellikle dn.26; Roth, s.775; Huguenin, Rn.2631b.

36 Bu tür satışlar için bkz. Gauch, Werkvertag, Nr.130 vd.; BASK OR I-Zindel, Gaudenz/Pulver¸Urs, Art. 363, Nr.22.

37 Aslında montaj edimi, burada yan edim değil de eser sözleşmesi ile satış sözleşmesin karmasından oluşan bir edim olarak nitelendirilse bile sonuç değişmez. bkz. Gauch, Die revidierten Art. 210, s.127, dn.19.

disinin satın aldığı bir şofben bakımından montaj da üstlenilmişse, şofben hakkında iki yıllık ayıp zamanaşımı süresi uygulanır.[38] Keza gömme olmayan, banyoya basitçe sabitlenen dolaptaki ayıp hakkında da iki yıllık süre uygulanır.[39] Ancak montaj kaydıyla satış yapan satıcı, aynı zamanda eseri inşa eden asıl yüklenici veya onunla anlaşmalı alt yüklenici ise bu durumda montaj kaydıyla satış için 5 yıllık süre geçerli olacaktır.[40]

b. Taşınırın Anlaşmaya Uygun Bir Şekilde Taşınmaz Esere Bütünleştirilmiş Olması Gereklidir

Hükmün uygulanabilmesi için gerekli olan bir diğer şart, taşınır eşyanın anlaşmaya uygun (bestimmungsgemäß) olarak taşınmaz eserle (unbewegliches Bauwerk) bütünleştirilmiş olmasıdır. Dolayısıyla aşağıda "taşınmaz eser", "bütünleştirme" ile "anlaşmaya uygun bütünleştirme" kavramlarının açıklanması gerekir.[41]

aa. Taşınmaz Eser Kavramı

eOR371/II'den farklı olarak ve OR 210/II'ye paralel olarak OR 371'de "taşınmaz yapı eseri" (unbewegliches Bauwerk) kavramı yerine "taşınmaz eseri" (unbewegliches Werk) kavramı kullanılmıştır. Ancak, bu kavramın ne anlama geldiği konusunda bir tanım yapılmamıştır.[42]

eOR371/II döneminde taşınmaz yapı eseri, işgücü ile maddeler kullanılarak arz ile bağlantı sağlanarak imal edilen eşya olarak ifa-

---

38 Gauch, Die revidierten Art. 210, s.127; Gauch, Werkvertag, Nr.133; Reetz/Lorenz, s.17-18; Krauskopf, s.92, özellikle dn.25.

39 Gauch, Revisionsentwurf, s.148, Nr.5.b.

40 Gauch, Revisionsentwurf, s.148, Nr.5.b; Gauch, Die revidierten Art. 210, s.127; Gauch, Werkvertag, Nr.133; Reetz/Lorenz, s.17-18; Krauskopf, s.92.

41 Kanun metninde kullanılan "integriert" kavramının Türkçe karşılığı olarak "entegre" kelimesinin kullanılması mümkün olmakla birlikte, bu kavramın da Fransızcadan dilimize girdiği, ancak TDK sözlüğünde kelimenin "bütünleştirme" olarak tanımlandığı görülmektedir. (http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_gts&arama=gts&guid=TDK.GTS.58f93278744ec3.48546843) erişim tarihi: 21.04.2017.

42 Bu noktada, mehaz olarak alınan alman hukukundan (BGB § 438) da farklı bir düzenleme getirilmiştir. Schwizer/Wolfer, s.1759; Isabelle Frey/ Thomas Siegenthaler, "Was heißt «unbewegliches Werk» in Art. 371 Abs. 2 OR?", Baurecht, 2014, s.177.

de edilmekteydi.[43] İsviçre Federal Mahkemesi de bir "taşınmaz yapı eseri"nin oluşması için, değişik kriterlerden hareket etmiş ve öncelikle eserin devamlı olarak arza bağlanmış olmasını şart koşmuştur.[44] Bunun dışında kanunun amacı doğrultusunda eserdeki ayıbın veya eserin yer ve hava koşullarına karşı dayanıklılığının ancak yıllar sonra ortaya çıkacak şekilde yapılmış olan eşya, taşınmaz eser olarak kabul edilmiştir.[45] Ayrıca, bir edim ancak niteliği gereği bir inşa eseri olarak adlandırılabilmesi gerekir.[46] Buna ek olarak doktrinde oluşturan ek bir kriter olarak taşınmaz yapı eseri'nin işgücü ile birlikte malzemenin kullanılması şart koşulmuştu. Bu şekilde, demonte edilebilen ve herhangi bir malzeme sarf etmeden tek başına bir çukurun kazılması, bahçelere şekil verilmesini taşınmaz yapı eseri olarak nitelendirmek mümkün değildi.[47]

Yeni hüküm ile birlikte, artık bir yapı kavramı aranmadığından, İsviçre hukukuna göre, taşınmaz ile dolaylı veya doğrudan bağlantısı olan her türlü eser bu kavrama dahil edilebilecektir. Bu durum, hükmün uygulama alanını da oldukça genişletmiştir.[48] Gauch bu durumu eleştirmektedir. Hükümde yapılan değişiklik ile birlikte, artık bir ağacın kesilmesi, bahçenin ekilmesi, çimlerin biçilmesi, dairenin halı ile döşenmesi, sulama nedeniyle zeminde yer alan kireçlerin temizlenmesi, bir çukurun doldurulması veya başka bir yerde düzenlenen bir eserin taşınmazda kurulması durumlarında müteahhit her zaman bir taşınmaz eserin teslimini üstlendiğini, ancak bunların hiçbirinin aslında bir inşa eseri sayılmayacağını belirtmektedir. Hatta taşınır yapıların dahi, taşınmazla bütünleştirilmesi ile "taşınmaz eser" kavramı içinde kalacağını ifade etmektedir. Gauch, bu şekildeki revizyonun, komisyonda aslında hiç tartışılmadığını da belirterek, yapılan bu değişikliğin akla uygun olmadığını ileri sürmektedir.[49]

---

43 Frey/Siegenthaler, s.176, ayr.bkz.dn.1.

44 BGE 96 II 181; BGE 92 II 227

45 BGE 117 II 425, BGE 93 II 242

46 BGE 113 II 264

47 Alman hukukunda inşa eseri kavramı, sadece yeni yapım binalarını veya binanın dizaynında veya varlığının korunması yahut kullanılabilirliğinin arttırılması için esaslı (temel) nitelikteki sayılacak yenileme veya değişiklik çalışmalarını kapsamaktadır. Roth, s.775; Frey/Siegenthaler, s.177; Huguenin, Rn.3180b; Roth, s.775

48 (Kommissionsbericht, BBl 2011 2897); Gauch, s.132; Roth, s.775;

49 Gauch, Die revidierten Art. 210, s.133; Ayr.bkz.Krauskopf, s.96; Frey/Siegenthaler, s.175

Koller ise, taşınmaz eser kavramının taşınır eser kavramından yola çıkara bir çözüme kavuşturulması fikrindedir. Taşınır bir eşya olarak görülebilen veya edim sonucu olarak bir taşınırın öngörüldüğü eser, taşınabilir niteliktedir. Örneğin bir kimse, bir otomobil üzerinde bir tamir yaparak edimini ifa ediyorsa, ortada bir taşınır bir eser vardır. Buna karşılık bir taşınmaz üzerinde bulunan inşaata katkıda bulunan herkes, taşınmaz eser üzerinde edimini gerçekleştirmektedir. Dolayısıyla, taşınır bir eşya üzerinde gerçekleştirilen eserler taşınır niteliğindedir. Taşınır bir eşyanın olup olmadığı da eşya hukuku açısından değerlendirilecektir. En önemli ayrım, yapımı gerçekleştirilen eserin taşınmazın bütünleyici parçası olup olmadığıdır.[50] Frey/Siegenthaler ise, bu düşünceyi eleştirmektedir. Yazarlara göre, taşınmaz eser kavramının taşınır olmayan eserler şeklinde basitçe tanımlamak mümkün değildir. Kanunun sistematiğine bakıldığında, OR 371/I ile "taşınır eser" kavramından bahsedilmediği, dolayısıyla 2 yıllık zamanaşımı süresinin bütün (taşınır ve taşınmaz) eserler hakkında uygulama bulduğu, ikinci fıkranın ise istisnai bir hüküm olduğu, 5 yıllık zamanaşımı süresinin ancak taşınırın, taşınmaza esere entegre edilmesi ile birlikte uygulama bulacağını düzenlemiştir. Yazarlar, taşınmaz eser kavramının belirlenmesi bakımından Federal Mahkemenin[51] belirtmiş olduğu kriterlerin dikkate alınmasının daha doğru olduğu, zira kanunun 5 yıllık süreyi düzenleme amacında herhangi bir değişiklik bulunmadığını, kanunkoyucunun daha uzun bir süreyi, yapılardaki ayıbın daha geç ortaya çıkma riskini dikkate alarak belirlediğini, dolayısıyla eserin, taşınmaz eser olarak nitelendirilebilmesi için tipik olarak "jeolojik açıdan ve hava koşullarına dayanaklılığın, dolayısıyla ayıbın ortaya çıkmasının ancak uzun süreler sonra tespit edilebildiğini, belirterek bu nitelikte olmayan eserlerin taşınmaz olarak nitelendirilemeyeceğini ileri sürmüştür. Bu şekilde, bir taşınmaz yer ve zemin temizliğinin ayıplı olup olmadığı hemen hemen anlaşılabilecek nitelikte olduğundan taşınmaz eser olarak nitelendirilemeyecektir.[52]

Kanımızca taşınmaz kavramı için Gauch'un görüşü daha makul gelmektedir. Ancak, Türk hukuku açısından yapılacak olan benzer bir yasa değişikliğinde bu hususun dikkate alınarak en azından alman hu-

50 Koller, s.307-308 (Verjährung).
51 BGE 107 II 425.
52 Frey/Siegenthaler, s.178-179.

kukundaki "taşınmaz yapı eseri" kavramının kullanılması sorumluluğun sınırlanması açısından daha isabetlidir.

bb. Bütünleştirme Kavramı Ve Zamanı

Bir taşınır eşyanın, taşınmaz eserin yapımında inşa malzemesi olarak kullanılarak, taşınmaz eserin tamamlanmasından sonra da fiziksel olarak eserde kalmasına bütünleştirme denir.[53] Taşınmaz eserin yapımında kullanılıp da eserde kalmayan maddeler ise bu anlamda bütünleştirilmiş sayılmazlar. Bu nedenle çimento, tuğla, briket gibi malzemeler bütünleştirilebilirken inşaatın yapımında kullanılan elektrik, iskele vb. maddeler bu kavrama girmez.[54]

Taşınır eşyanın taşınmaza bütünleştirilmesi için, kalıcı olması yeterli olup, taşınırın taşınmaz eşyaya bütünleyici parça olması kadar eklenti niteliğinde de olması fark etmeyecektir.[55]

Zamanaşımı süresi eşyanın tesliminden itibaren başlayacağı konusunda tereddüt bulunmazken, 5 yıllık zamanaşımına tabi olmak için bütünleştirmenin ne zaman yapılacağı konusunda bir düzenleme bulunmamaktadır. Bu sorun özellikle taşınır eşyanın teslim alınmasından iki yıl sonra taşınmazla bütünleştirilmiş olması halinde önem taşımaktadır. Gauch'un da belirttiği gibi bu konuda ikili bir görüşe varılabilir. Buna göre, 2 yıllık zamanaşımı süresi geçtikten sonra, taşınırın taşınmaza bütünleştirilmiş olması halinde, zamanaşımı süresi tekrar canlanmayacaktır, yani 5 yıllık süre uygulanmayacaktır. Buna karşılık diğer görüş kapsamında, 5 yıllık zamanaşımı süresi içinde kalmak kaydıyla iki yıl sonra dahi, taşınırın bir taşınmaz ile bütünleştirilmesi ile 5 yıllık süre uygulanacaktır.[56] Bu şekilde, örneğin dördüncü yılda taşınır taşınmaza eserle bütünleştirilmiş ise, kalan bir yıllık süreden yararlanılması mümkündür.[57]

Gauch bu ikinci görüşün daha isabetli olduğu, zira birinci görüşün OR 210/II hükmünün, özellikle stoklanan eşyalar bakımından, uygula-

53 Gauch, Die Revidierten, s.127; Schwizer/Wolfer, s.1761.
54 bkz.yuk.2.a
55 bkz.Roth, s.773.
56 Bu durumda alman hukukundaki gibi, sürelerin kötüye kullanılması akla gelebilir, ancak
57 Gauch, Die revidierten Art.210, s.129; Roth, s.777-778.

ma alanını oldukça sınırlayacağını; ayrıca, meslekten bir satıcı açısından 5 yıllık zamanaşımı süresinin de mutlaka göz önünde bulundurulması gerektiğini belirtmektedir.[58] Kanımızca da bu görüş daha isabetlidir.

cc. Anlaşmaya Uygun Bütünleştirme

Eşyanın, taşınmaz esere, sözleşmede kararlaştırılan şekilde, yani tarafların anlaşmasına uygun (bestimmungsgemäß) bir şekilde bütünleştirilmesi gereklidir.[59] Kavram, İsviçre hukuku bakımından yenidir ve tanımı da kanunda yapılmamıştır. Gauch'a göre satın alınan eşyanın, tarafların anlaşmasına uygun bir şekilde bütünleştirilmesi gerekir. Taraflar bu yönde bir anlaşma yapmamışlarsa, eşyanın olağan kullanım şekline bakmak gerekecektir.[60]

Bu doğrultuda öncelikle tarafların sözleşme ile kararlaştırmış oldukları kullanım (bütünleştirme) şekline bakmak gerekecektir. Taraflar, eşyanın olağan kullanım şeklinde veya bu olağan kullanımı dışında bir bütünleştirme öngörmüşlerse, 5 yıllık süre uygulama bulacaktır. Ancak, bu yönde herhangi bir belirleme yapmamışlarsa, satın alınan taşınırın olağan kullanım şekline bakılması gerekir. Örneğin, mal satın alınırken, astar boyasının ne şekilde bütünleştirileceği konusunda taraflarca anlaşma yapılmamışsa, astar boyanın olağan kullanım alanları belirlenecektir. Boyanın olağan kullanımı içinde esere bütünleştirilmiş olması halinde 5 yıllık zamanaşımı süresi uygulama bulacaktır.

Eşya, alıcı tarafından anlaşmaya veya olağan kullanım şekli dışında taşınmaz eserle bütünleştirilmiş ise ancak 2 yıllık zamanaşımı süresi uygulama bulacaktır.[61] Örneğin, satın alınan boya, dış cephe için alınmış olmakla birlikte iç cephede kullanılmışsa; satın alınan yapıştırıcı madde plastik maddeler için alınmış, ancak bununla ahşap malzemeler de yapıştırılmışsa, 5 yıllık zamanaşımı uygulanmayacaktır.[62] Ancak, ta-

---

58 Gauch, Die revidierten Art.210, s.129; aynı görüşte, Frédéric Krauskopf/ Emanuel Bittel: "Die Baustofflieferung - Haftung und Verjährung", Schweizerische Baurechtstagung 2015 ...für alle die bauen, Hrg.Hubert Stöckli, Institut für Schweizerisches und Internationales Baurecht, s.115.

59 Bütünleştirmenin fiilen yapılmış olması gerekir, bütünleştirme olasılığının varlığı yeterli değildir. Krauskopf/Bittel s.114.

60 Krauskopf, s.92-93; Gauch, Revisionsentwurf, s.147-148, Nr.3.5.a-b ve dn.2; Gauch, Die revidierten Art. 210, s.127; Reetz/Lorenz, s.17-18; Huguenin, Rn.2631b; Koller, s.308

61 Krauskopf, s. 93.

62 Gauch, s.127; Huguenin, Rn.2631b

şınırın tarafların sözleşmedeki anlaşma dışında, ancak yine de olağan kullanım alanı içinde bütünleştirilmiş ise 5 yıllık sürenin uygulanabilmesi gerekir.[63] Örneğin, anlaşmaya göre dış cephe için alınmış yapıştırıcı madde, iç cephede de kullanmaya uygun ise durum böyledir.

d. Bütünleştirilen Taşınır, Taşınmaz Eseri Ayıplı Hale Getirmiş Olmalıdır

Bir diğer unsur, ayıbın bütünleştirilen taşınır eşyadan kaynaklanmış olması ve bunun da taşınmaz eseri ayıplı hale getirmiş olmasıdır.[64] Bu ayıbın, eserin ayıplı hale gelmesinde tek başına etki etmiş olmasına da gerek yoktur, yani, eserde başka sebeplerden dolayı birden fazla ayıbın (ortak ayıbın) bulunması da mümkündür.[65] Ayıbın tek başına satın alınan ve taşınmaz esere bütünleştirilen eşyadan kaynaklanabileceği gibi, bu ayıp nedeniyle eserde başka ayıplar da oluşabilir. Örneğin, su geçiren pencereler tek başına ayıp için yeterli olmakla birlikte, bu pençeler nedeniyle nem tutan duvarın yıkılması halinde de aynı sonuç geçerlidir.[66]

Taşınır eşyanın müteahhit tarafından hatalı bir şekilde taşınmaz esere bütünleştirilmesi halinde bu hüküm elbette uygulanmayacaktır.

Kişinin bir taşınır alıp kendi taşınmazı ile bütünleştirmesi halinde de 5 yılık zamanaşımı süresi uygulanmayacaktır. Alman hukukunda ise, bir eşyayı alıp da kendi taşınmazı ile bütünleştiren kişinin, en az müteahhit kadar korunmaya değer olduğunu ve taşınırdaki ayıbın da daha uzun bir sürede ortaya çıkacağından 5 yıllık sürenin uygulanması gerektiği görüşü hakimdir.[67]

3. Zamanaşımı Süresinin Başlangıcı

OR Art.210/II hükmü kapsamında taşınmaz eserle bütünleştirilen taşınır eşyadaki ayıbın taşınmaz eseri ayıplı kılması halinde zamanaşımı süresi 5 yıl olacaktır. 5 yıllık sürenin başlangıcı ise, kanundaki açık düzenleme kapsamında taşınır eşyanın taşınmaz eserle bütünleştiril-

63 Krauskopf/Bittel, s.114.
64 Gauch, Revisionsentwurf, s.147-148, Nr.3.5.b; Gauch, Die revidierten Art. 210, s.127; Gauch, Werkvertag, Nr.2250.; Reetz/Lorenz, s.17-18; Krauskopf, s.95.
65 Gauch, Die revidierten Art. 210, s.128; Schwizer/ Wolfer, s.1761
66 Gauch, Die revidierten Art. 210, s.128; Huguenin, Rn.2631b
67 Roth, s.779;

mesinden (örneğin montajından) değil, tesliminden itibaren olacaktır.[68] Bu nedenle Gauch'un da haklı olarak belirttiği gibi, taşınmaz eser inşa eden eser yüklenicisinin, eserde kullanacağı ve daha önce satın ve teslim almış olduğu eşyadan dolayı zamanaşımı süresinin erken (teslimden) başladığını bilmek durumundadır. Başka bir ifadeyle mal stoklayarak iş yapan müteahhitlerin zamanaşımı sürelerini kaçırması olasıdır. Zira eşya henüz taşınmaz esere monte edilmediği için çalışması ve ayıbın ortaya çıkması da güç olacaktır.[69]

Daha önce de açıklandığı üzere, taşınırın taşınmaza iki yıl sonra ancak teslimden itibaren 5 yıllık süre içinde bütünleştirilmesi halinde, uzun süreli zamanaşımı süresi uygulanacaktır.

Zamanaşımı, alt sağlayıcılar veya satıcılar bakımından da ayrı ayrı, yani her birinin kendi sözleşmelerindeki teslim tarihinde işleyecektir. Dolasıyla, satıcılar arasındaki zincirde hiçbir zaman zamanaşımı süreleri aynı anda işlemeyecektir.[70] Yalnız taşınır nihai alıcı tarafından taşınmaz ile bütünleştirildiğinde, her biri için 5 yıllık zamanaşımı süresi işleyecektir.

D. Kültür Varlığı Olan Eşyanın Satışında Ayıptan Kaynaklanan Zamanaşımı Sürelerine İlişkin Değerlendirmeler (Art. 2010/III OR)

Art.210/III hükmüne göre, kültür varlıkları ilişkin dava, 20 Haziran 2003 tarihli "Kültür Varlıklarının Transferi Hakkındaki Kanun"un (Kulturgütertransfergesetz) 2/I hükmüne tabi eşyada, ayıbın öğrenilmesinden itibaren bir yıl, her durumda kültür varlığı olan eşyanın satışına ilişkin sözleşmenin kurulmasından itibaren otuz yılda zamanaşımına uğrar.[71]

---

68 Gauch, Die revidierten Art. 210, s.128; Gauch, Revisionsentwurf, s.146, Nr.3-3.1, s.148, Nr.3.5.b.; Krauskopf, s.93; Huguenin, Rn.2632; Honsell, s.1222

69 Ülkemizde de rastladığımız üzere yükleniciler, mala zam gelmesin diye erkenden birçok ürünü almakta, ancak çeşitli sorunlar çıktığı için taşınmaz eser bitirilememekte veya geç bitirilmekte, bu durumda taşınır eşyanın taşınmaza monte edilmesi de uzamaktadır. Ülkemizde gelecekte bu yönde bir düzenleme yapılacaksa, bu ihtimal düşünülerek bir düzenleme yapılması uygun olacaktır. Örneğin, taşınmaz eserle bütünleşecek taşınır eşya ayıbı için 5 yıllık zamanaşımı süresi konmalı, ancak en az montaj ve çalıştırmadan itibaren 2 yıllık ayıp zamanaşımı süresi de öngörülmelidir.

70 Roth,s .781

71 Honsell (s.1222), 30 yıllık zamanaşımı süresi sanat eserleri bakımından çok uzun bir süre olmadığını, ancak sistematik olarak öğrenme tarihinden itibaren bir nispi

Kanunun 2/I hükmü gereğince, kültür varlığı, 1970 tarihli UNESCO konvansiyonun 1. Maddesinde düzenlenen kategoriler içinde yer alan, dinsel veya dünyevi açıdan arkeoloji, tarih öncesi ve tarihsel devirlerde, sanat veya bilimsel açıdan önem taşıyan eserlerdir.[72]

Alman hukukunda da 30 yıllık süre kabul edilmiştir (§438/I, Nr.1a-b BGB); ancak bu süre, eşyanın üstün hak sahibi olan 3. kişi tarafından zapt tehlikesine karşı kabul edilmiş tüm satılan eşya bakımından geçerli olan bir süredir. Buna göre, taşınır eşyanın satışından ve tesliminden ya da taşınmazın satışı ve tescilden itibaren 30 yıl içinde herhangi bir kişi hak iddia edip satılanı zapt ederse, alıcının satıcıya rücu hakkı doğar. Alman hukukunda bu şekilde 30 yılı konmasının sebebi, §197/I BGB gereği, 3. kişinin mülkiyet veya sınırlı ayni hakkının zaten en geç 30 yıl içinde zamanaşımına uğramasıdır.[73]

Bunun dışında, anılan hüküm sahte eser satışları bakımından uygulama bulmayacaktır. Zira, gerçek diye satılan sanat eserleri, kültür varlıkları içinde değerlendirilemeyeceğinden 30 yıllık zamanaşımına tabi tutulmayacaktır.[74]

E. Satım Sözleşmesinde Zamanaşımı Sürelerinin Kısaltılmasına İlişkin Değerlendirmelerimiz (Art.210/IV OR)

Art.210/IV hükmüne göre, "zamanaşımının yasal sürelerinden daha aşağıda olacak şekildeki kısaltılması" geçersizdir. Bu düzenleme, aslında Art.199 hükmünde de değişiklik öngören 16 Mart 2012 tarihli Kanun Taslağındaki düzenlemenin Art.199 hükmü değişikliği kısmın-

---

sürenin belirlenmesinin eleştirmek gerektiği, zira diğer bütün eşyalarda öğrenme tarihinin hiçbir önemin olmadığını, dolayısıyla bu şekilde bir düzenlemenin kanunun bütünlüğüne aykırı olduğunu ileri sürmektedir. Honsell, bunun yerine değişik eşyalar bakımından farklı sürelerin belirlenmiş olmasını önermektedir.

72 21.7.1983 tarihli ve 2863 sayılı Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kanunu'nun 3. maddesinin birinci bendinde Kültür varlıkları"; tarih öncesi ve tarihi devirlere ait bilim, kültür, din ve güzel sanatlarla ilgili bulunan veya tarih öncesi ya da tarihi devirlerde sosyal yaşama konu olmuş bilimsel ve kültürel açıdan özgün değer taşıyan yer üstünde, yer altında veya su altındaki bütün taşınır ve taşınmaz varlıklardır." Şeklinde tanımlanmıştır.

73 Reinicke/Tiedtke, Nr.665-666; HK-BGB/Saenger, §438, Nr.3; HK-BGB/Dörner, §197, Nr.1-2.

74 Beat Schönenberger, "Picasso Revisited? - Unechte Kunstwerke und das Kulturgütertransfergesetz", Festschrift für Ingeborg Schwenzer zum 60.Geburtstag (Band I und II), 2011, s.1546.

dan (Art.199/litt.b)[75] yer değiştirme suretiyle Art.201/IV hükmüne aktarma şeklinde yapılmış, sorumsuzluk anlaşmaları ile ilgili Art.199 OR hükmünde değişiklik yapılmasından vazgeçilmiştir.[76]

Art.201/IV hükmüne göre: "Zamanaşımının kısaltılmasına ilişkin anlaşmalar, aşağıdaki kapsamda olmak kaydıyla geçersizdir:

a. Zamanaşımı süresi iki yıldan daha az, kullanılmış eşyada bir yıldan az kısaltılırsa;

b. alıcı kişisel ya da ailevi ihtiyaçları için hareket etmiş ve

c. satıcı ticari veya mesleki faaliyeti çerçevesinde hareket etmişse."

Kısaltılması yasak olan süreler, Art.210/I-II-III hükmünde öngörülen sürelerdir. Bu durumda kısaltılması yasak süreler yeni eşya bakımından iki yıl, kullanılmış eşya bakımından bir yıl ve taşınmaz eserle bütünleştirilen eşya bakımından 5 yıldır. Keza kültür varlıklarında 1 ve 30 yıllık süreler de kısaltılamayacaktır.[77] Açık düzenleme gereği, bu sürelerden daha aşağı bir süre öngörülemeyecektir. Taraflar bu şekilde

---

75 16 Mart 2012 tarihli Federal Kanun değişikliği taslağında Art.199 OR hükmündeki değişiklik önerisi şu şekildeydi:
"Eine Vereinbarung *über* Aufhebung oder Beschränkung der Gewährspflicht ist ungültig,
a. wenn der Verkäufer dem Käufer die Gewährmängel arglistig verschiegen hat; oder
b. wenn:
1. sie die Verjährungsfrist auf weniger als zwei Jahre, bei gebrauchten Sachen auf weniger als ein Jahr verkürzt;
2. die Sache für den persönlichen oder familiären Gebrauch des Käufers bestimmt ist; und
3. der Verkäufer im Rahmen seiner beruflichen oder gewerblichen Tätigkeit handelt.
Art.199/litt.a hükmü, mevcut düzenlemede de var olan bir hüküm olup, yerinde bırakılmış, sadece Art.199/litt.b hükmü, Art.210/IV hükmü olacak biçimde, Art.210 hükmüne aktarılmıştır. Ancak Art.199 ilk cümlesinde geçen "Eine Vereinbarung *über* Aufhebung oder Beschränkung der Gewährspflicht ist ungültig" ifadesi yerine Art.2010/IV hükmüne "Eine Vereinbarung *über* die Verkürzung der Verjährungsfrist ist ungültig" ifadesi alınmıştır. Böylece Art.201/IV hükmünde, sadece zamanaşımı süresinin kısaltılmasından söz edilmiş, sorumsuzluk anlaşmasının (sorumluluğun kaldırılması veya sınırlandırılması olgusunun) akibeti Art.199 OR hükmüne bırakılmıştır. bkz. Gauch, Die revidierten Art. 210, s.129, Nr.4.

76 Gauch, Revisionsentwurf, s.153, Nr.1; Gauch, Die revidierten Art. 210, s.129, Nr.4.; Reetz/Lorenz, s.18; Krauskopf, s.99; Schwizer/ Wolfer, s.1763

77 Gauch, Die revidierten Art. 210, s.129, Nr.4; bu sürenin kanun amacı dikkate alındığında kısaltılması mümkün olmaz. Krauskopf, s.99; Huguenin, Rn.2635a

zamanaşımının başlangıcını daha erkene de alamayacaktır. Örneğin, zamanaşımının teslimden değil de sözleşmenin yapılmasından itibaren başlatılması da teslim daha sonra olacaksa geçerli olmayıp, yasal olan teslimden itibaren süre işlemeye başlayacaktır.[78] Ayrıca kullanılmış eşya bakımından, aslında taraflar aksini kararlaştırmamışsa, zamanaşımı süresi iki yıldır. Yani taraflar açıkça kararlaştırmışlarsa, iki yıllık süre bir yıla indirilebilir, ancak süre hiçbir şekilde bir yılın altına indirilemez.[79] Bu nedenle Gauch'a göre, aslında yeni eşyada iki yıllık süre hiçbir zaman değiştirilemeyecek olduğuna göre iki yıllık sürenin kısaltılmasından söz etmeye gerek olmamalıydı. Zaten Art.210/I hükmünde, "daha uzun bir süre kararlaştırılmamışsa" şeklinde bir ifade kullanıldığına göre, Art.210/IV hükmünde iki yıllık sürenin kısaltılamayacağının bir defa daha tekrarına gerek yoktu; bu düzenlemenin sadece bir anlamı olabilir ki o da tarafların başlangıçta iki yıldan daha fazla bir süre öngörmeleri ve daha sonra bu süreyi iki yıla çekmeleridir.[80] Ancak Gauch, taşınmaz eserlerle bütünleşen taşınır eşya bakımından 5 yıllık sürenin kısaltılıp kısaltılamayacağı sorununa değinmemiştir. Kanımızca sürenin iki yıldan az bir şekilde kısaltılamayacağını öngören Art.210/IV, a bendi, taşınmaz eser ile bütünleştirilen taşınır eşya bakımından 5 yıllık sürenin iki yıla kadar düşürülebileceğini öngördüğü için böyle bir düzenleme yapmış olabilir. Üstelik Art.210/II OR hükmü, "daha uzun bir süre için kararlaştırılmadıkça" ifadesine yer vermediği için sürenin (iki yıla kadar) kısaltılabileceği yorumunu yapmak daha elverişlidir. Ayrıca tüketici işlemleri bakımından 1, 2 ve 5 yıllık sürelerin Yasanın tüketiciyi koruma amacı nedeniyle hiçbir şekilde değiştirilemeyeceği kabul edilmelidir.

Zamanaşımı süresi, kullanılmış eşya bakımından bir yıla kadar düşürülebilir; ancak bir yıldan aşağı kararlaştırılamaz (Art.210/IV, lit.a OR). Ayrıca, alıcı kişisel ya da ailevi ihtiyaçları için hareket etmiş ve satıcı, ticari veya mesleki faaliyeti çerçevesinde hareket etmişse (Art.210/IV, lit.a-b OR), yani ortada tüketici satışı varsa, zamanaşımı süresi kullanılmış eşya bakımından da iki yıldan aşağı düşürülemez. Böylece tüketici sözleşmelerinde tüketicilerin daha fazla korunması

78 Gauch, Die revidierten Art. 210, s.129-130, Nr.4.2.
79 Gauch, Die revidierten Art. 210, s.129-130, Nr.4.2
80 Gauch, Die revidierten Art. 210, s.129, Nr.4; Krauskopf, s.99.

amaçlanmıştır.[81] Keza satıcının hilesi halinde zamanaşımı süresini kullanılmış eşyada bir yıla düşüren kısaltma anlaşması yine geçersizdir.[82]

210/IV hükmüne aykırı olacak şekilde zamanaşımının kısaltılmasına ilişkin yapılan sözleşme hükmü geçersiz olacaktır. Bu geçersizlik ancak yasal hadlere kadar olan bir yaptırımı öngörmektedir. Bu şekilde 2 yıl olarak öngörülen bir zamanaşımı süresi bir yıllığa kadar geçerli sayılabilecektir.[83]

F. İhbar Yükümlülüğüne İlişkin Hükümlerin Değerlendirilmesi (Art. 2010/V-VI OR)

Art.210/V hükmüne göre "alıcının, zamanaşımı süresi içinde satıcıya "öngörüldüğü gibi ihbar" (vorgeschriebene Anzeige)[84] etmiş olmak kaydıyla ayıptan doğan hakları saklıdır." Eskiden de var olan (aArt.210/III) bu hüküm, daha doğru biçimde kaleme alınmış ve Art.210/I-II ve III hükümlerinde söz konusu olan zamanaşımı süresi içinde bildirimde bulunmak kaydıyla alıcının ayıptan doğan haklarını zamanaşımı süresi geçtikten sonra da kullanabileceği vurgulanmıştır.[85] Sürekli defi hakkı olarak nitelendirilen bu hak, hukukumuzda da mevcuttur (TBK 231/I, c.2; BK.207/II).

Art.210/VI OR düzenlemesine göre: "Satıcı, alıcıya karşı hile yapmışsa, zamanaşımı savunmasında bulunamaz. Ancak üçüncü fıkradaki 30 yıllık süre için bu durum geçerli değildir." Buna göre, OR Art.210 fıkra 1 ve 2 hükümlerinde söz konusu olan bir iki ve beş yıllık zamanaşımı süreleri, satıcının hilesi halinde uygulanmaz. Bunun yerine 10 yıllık sürenin uygulanması söz konusu olmaktadır. Federal Mahke-

---

81 Gauch, Revisionsentwurf, s.145, Nr.I; Gauch, Die revidierten Art. 210, s.124; Reetz/Lorenz, s.17; Kanunkoyucu burada, özellikle profesyonel satıcıların genel işlem koşullarına zamanaşımını kısaltan hükümleri koymasını engellemek ve bu şekilde tüketicileri korumak bu istisnaları getirmiştir. Krauskopf, s.99; BBl 2011 2892 (Komisyon Raporu).

82 Gauch, Die revidierten Art. 210, s.129-130, Nr.4.1-4.2.

83 Krauskopf, s.99.

84 Burada kastedilen öngörülme (vorgeschrieben), bildirimle ilgili olan genel hükümdeki (Art.201 OR) gibi bildirimde bulunmak anlamına gelir. Önceki düzenlemede de var olan hükmün "yazılı bildirim" anlamına gelmediği, burada yazılı şekil kuralı öngörülmediği, bunun genel bildirim anlamına geldiği hakkında bkz. BASK OR I-Honsell, Art.210, Nr.5.

85 Gauch, Die revidierten Art. 210, s.130, Nr.6; Krauskopf, s.98; Huguenin, Rn.2633; Koller, s.308.

menin[86] ve öğretideki görüşün[87] kabulü bu yoldadır. Ayrıca açık düzenlemeden (Art.210/VI, c.2 OR) anlaşıldığı üzere, hile halinde kültür varlıkları geçerli olan 30 yıllık üst süre yine uygulanır. 30 yıllık süre, 10 yılın zaten çok üzerinde olduğu için 30 yıllık süre bakımından hile durumunda değişen bir şeyin olmadığı kabul edilmiştir.[88]

Taşınmaz satışı bakımından OR Art.210/IV-V-VI fıkraları, taşınmaz satışı bakımından da uygulanır. Çünkü OR Art.221 hükmüne göre, taşınmaz satışı hakkında özel bir kural olmadığı takdirde (diğer durumlarda), taşınır satışına ilişkin hükümler kıyasen uygulanır. OR Art. 219/III hükmünde, taşınmazlar bakımından mülkiyetin elde edildiği tarihten itibaren 5 yıllık (özel) süre öngörüldüğünden, özel hüküm varlığı nedeniyle OR Art.210/I-II-III hükümleri uygulama alanı bulmaz.[89]

III. ESER SÖZLEŞMESİNDE AYIP SORUMLULUĞUNA İLİŞKİN ZAMANAŞIMI SÜRESİ HAKKINDAKİ REVİZYONA YÖNELİK DEĞERLENDİRMELERİMİZ

A. Genel Olarak

Satış sözleşmesindeki değişikliğe benzer şekilde, 16 Mart 2012 Tarihli İsviçre Federal Kanun, eser sözleşmesinde ayıptan doğan haklara yönelik zamanaşımını düzenleyen Art.371 OR hükmünde de değişiklik yapmıştır. Bu değişikliğe göre,

"İşsahibi ayıplı eserden doğan hakları eserin teslim alınmasından itibaren iki yılda zamanaşımına uğrar. Ancak, taşınmaz eserden kaynaklanan ve bu taşınmaz eserle bütünleştirilen taşınır eserdeki ayıp bakımından, zamanaşımı süresi beş yıldır.

İşsahibi ayıplı eserden doğan hakları eserin teslim alınmasından itibaren iki yılda zamanaşımına uğrar. Ancak ayıplı bir taşınır eser, esere sözleşmedeki anlaşmaya uygun bir şekilde bütünleştirilmiş olması ile taşınmaz eser ayıplı duruma gelirse, bu süre 5 yıldır.

---

86 BGE 107 II 232; 100 II 33 ff.; BGr 4A_301/201 vom 7.9.201, E.3.2

87 BASK OR I-Honsell, Art.210, Nr.3; Koller, OR BT, 4, Nr.29; Gauch, Revisionsentwurf, s.149, Nr.4; Gauch, Die revidierten Art. 210, s.125-126; Krauskopf, s.98.

88 Gauch, Revisionsentwurf, s.149, Nr.4; Gauch, Die revidierten Art. 210, s.125-126; Krauskopf, s.99-100.

89 Gauch, Die revidierten Art. 210, s.130, Nr.6; Krauskopf, s.99.

İşsahibi, yükleniciye, mimara ve mühendise karşı tüm ayıplı taşınmaz eserden ve ayıplı işgörme edimlerinden doğan hakları, eserin teslim alınmasından veya beş yılda zamanaşımına uğrar.

İşsahibinin taşınmaz eserin ayıplı olması nedeniyle doğan hakları, eserin meydana getirilmesi amacına yönelik olarak hizmetler sunmuş müteahhide veya mimar veya mühendise karşı, taşınmaz eserin tesliminden itibaren 5 yıl içinde zamanaşımına uğrar.

Burada hüküm olmayan hallerde, alıcının ayıptan doğan haklarına ilişkin zamanaşımı süresi hükümleri kıyasen uygulanır."

B. Eser Sözleşmesinde 2 ve 5 Yıllık Zamanaşımına İlişkin Değerlendirmeler (Art. 371/I OR)

Art.371/I OR hükmündeki yeni düzenlemeyle, eser sözleşmesinde kural olarak taşınır eserin teslim alınmasından (seit der Abnahme[90]) itibaren başlayan bir yıllık ayıp zamanaşımı süresi[91] iki yıla çıkartılmış (Art.371/I, c.1 OR). Bu düzenleme OR Art.210/I yer alan hükümle uyum sağlamayı amaçlamaktadır.

Atım sözleşmesinde olduğu gibi taşınmaz eserden kaynaklanan ve bu taşınmaz eserle bütünleştirilen taşınır eser üzerindeki ayıp bakımından, beş yıllık zamanaşımı süresi kabul edilmiştir (Art.371/I, c.2 OR). Bu noktada daha önce de satım sözleşmesine (OR Art.210) paralel olarak, hükümde "taşınmaz yapı eseri" kavramı yerine "taşınmaz eseri" kavramının kullanıldığı görülmektedir. Taşınmaz eser kavramı burada da tanımlanmamış olup, bu yönde satım sözleşmesinde yapılan yorumlar geçerli olacaktır.

---

90 Eser sözleşmesinde bazen teslim alma (Abnahme) bazen teslim etmeden (Ablieferung) söz edilmektedir. Bu durum sözleşmenin tarafına göre değişir. Yüklenici, eseri teslim ederken (Art.367/I, 370/I, 372/I OR) İş sahibi, eseri teslim alır (Art.370/I, 371/II OR). Art.371/II OR hükmünde, iş sahibi tarafın hakları söz konusu olduğundan, haklı olarak teslim almadan söz edilmektedir. Bu ayrıma birçok yerde dikkat edilmiş olup, değişiklikler açısından da aynı dikkat göze çarpmaktadır. bkz. Gauch, Die revidierten Art. 210, s.131, Nr.3.1, dn.28.

91 Eski düzenleme (aArt.371/I OR), eser sözleşmesinde taşınır eserler bakımından alıcının haklarına gönderme yaptığı ve satışla ilgili eski düzenlemede genel ayıp zamanaşımı süresi bir yıl olduğu için (aArt.210/I OR) taşınır eserlerdeki ayıp bakımından da bir yıllık zamanaşımı süresi geçerliydi. Bu konuda bkz. KUKO OR-Honsell, Art.210, Nr.3 ve Art.371, Nr.6; BASK OR I-Honsell, Art.210, Nr.3; BASK OR I-Zindel/Pulver, Art.371, Nr.11-12; Koller, OR BT, 4, Nr.29; Gauch, Revisionsentwurf, s.150, Nr.2-2.1; Gauch, Die revidierten Art. 210, s.131, Nr.2; Reetz/Lorenz, s.16; Krauskopf, s.93.

Taşınmaz eserle bütünleştirilen taşınır eser ise, taşınmaz eserde kullanılan metal çerçeveler, kapılar, pencereler olabileceği gibi, taşınmaz yapının bitmesinden sonra taşınmazdan faydalanmaya yönelik asansör, kalorifer tesisatı, pencere ve cam gibi eşyaya ilişkin de olabilir[92]. Buna karşılık, taşınmazın inşa aşamasında kullanılan iskele, çekiç, testere vb. malzeme bu madde kapsamında değildir.[93]

Taşınır eserde bulunan ayıbın, taşınmaz eseri de ayıplı hale getirmesiyle zamanaşımı süresi 5 yıl olacaktır. Bu şekilde satış sözleşmesinde düzenlenen beş yıllık süre ile bir uyum (koordinasyon) sağlanmak istenmiştir.[94] Bu sürenin getirilmesindeki koruyucu amaç ise, taşınmaz eser yüklenicisinin hem iş sahibinin hem de alt yüklenicilere karşı korunmasıdır. Gerçekten de taşınmaz imal eden asıl yüklenici tarafından ısmarlanan taşınır eser, taşınmaz ile bağlantılı eşya haline getirildiğinde, böylesine beş yıllık süre olmasaydı iki yıllık korumadan yararlanacak, oysa Art.371/II gereği taşınmaz eserden dolayı iş sahibine karşı 5 yıl boyunca sorumlu olacağından arada uyumsuzluk olacaktır. Bu nedenle taşınmaz eserle bağlantılı kılınan taşınır eşya için de 5 yıllık zamanaşımı süresi getirilmiştir.[95] Alt yükleniciye karşı korunma ise, alt yüklenici tarafından imal edilen ve taşınmazla bütünleştirilen her taşınır eser bakımından, asıl yüklenicinin alt yükleniciye karşı 5 yıllık zamanaşımından yararlanması söz konusu olmaktadır.[96]

Zincirleme satışlarda ve buna bağlı eser sözleşmelerinde, ısmarlayan tarafından bir taşınır eşya satılmış ve bu eşyayı alan kişi veya onu tekrar alan diğer alıcılar, bir taşınmaz eserle bağlantılı taşınır eser haline getirmişse, yine 5 yıllık süre uygulanır.[97] Taşınır veya taşınmaz eser, baştan inşa edilebileceği gibi sonradan bir tamirat, tadilat veya yenileme ya da ilave inşaat kapsamındaki bir faaliyete ilişkin olarak da

---

92 Gauch, Revisionsentwurf, s.150, Nr.2.1.b; Gauch, Die revidierten Art. 210, s.131, Nr.3-3.1; Gauch, Werkvertag, Nr.2230; Reetz/Lorenz, s.17-18; kum, çimento, tuğla veya çelik gibi temel inşa malzemesi kadar, değişik inşa malzemeleri birleştirilerek üretilmiş maddeler örneğin, üçüncü kişiler tarafından daha önce üretilmiş pencere, makine veya kalorifer gibi inşa eserleri de bu kavrama dahildir. Krauskopf, s.92, dn.26.

93 Gauch, Revisionsentwurf, s.150, Nr.2.1.b; Gauch, Die revidierten Art. 210, s.131, Nr.3.1; Reetz/Lorenz, s.17-18; Krauskopf, s.92.

94 Gauch, Revisionsentwurf, s.150, Nr.2.1.b; Gauch, Die revidierten Art. 210, s.131, Nr.3.2; Krauskopf, s.93.

95 Gauch, Die revidierten Art. 210, s.132, Nr.3.2; Krauskopf, s.96.

96 Gauch, Die revidierten Art. 210, s.132, Nr.3.2.

97 Gauch, Die revidierten Art. 210, s.132, Nr.3.3.

sözleşmeye konu olabilir. Yeter ki taşınır eser, taşınmaz eserle bütünleştirilmiş olsun; aynı sonuç yani 5 yıllık süre geçerli olur.[98] Örneğin özel olarak üretilen parke veya laminant malzeme taşınır eser olup, taşınmaz inşaatı sırasında bağımsız bölümlerin her birine döşenmesi halinde taşınmazla bağlantılı eser söz konusu olduğundan taşınır eser için 5 yıllık süre geçerli olur; taşınmaz eser, bina, bağımsız bölüm, kat ilavesi, taşınmaz inşaatı veya taşınmaz yapı olarak anlaşılır.[99]

Taşınmaz eseri inşa eden ve taşınır eşyayı taşınmazla bütünleştiren kişi, asıl yüklenici, alt yüklenici veya alt yüklenicinin alt yüklenicisi (Subsubunternehmer) vd. olabilir; her durumda 5 yıllık süre uygulanır.[100]

Taşınır eserin taşınmaz eserle bütünleştirilmesi işlemi sağlam bir şekilde gerçekleşmelidir. Kolayca sökülmeye elverişli bağlantı, 5 yıllık sürenin uygulanması için yeterli değildir. Bu anlamda taşınmaz eserle tam olarak bütünleşmeyen, sağlam bir biçimde taşınmaza bağlı olmayan taşınır yapı için 5 yıllık süre değil 2 yıllık süre uygulanır. Taşınır yapı, Art.677 ZGB hükmüne göre belirlenir. Bu hükme göre taşınır yapı[101], geçici amaçlarla yapılan ve yere sağlam bir biçimde bağlı olmayan yapıdır.

Satışta olduğu gibi, eser sözleşmesinde de "iş sahibinin (ısmarlayan) ayıba ilişkin hakları"ndan değil, "ısmarlayanın (Besteller)[102] eserin ayıbına ilişkin ***talep hakları***"ndan söz edilmiştir. Buna sebep olarak, zamanaşımı ile birlikte ısmarlayanın ayıptan doğan yenilik doğurucu haklarının (dönme, bedelden indirim, onarım hakları) sona ermediği, talep haklarını yine de ileri sürebileceği, eser imal edenin (yüklenicinin) ise buna karşılık zamanaşımı savunmasında bulunması gerekliliği gösterilmektedir.[103]

---

98 Gauch, Revisionsentwurf, s.150, Nr.2.1.c; Gauch, Die revidierten Art. 210, s.132, Nr.3.3; Gauch, Werkvertag, Nr.2234; Reetz/Lorenz, s.17-18; Krauskopf, s.92.

99 Gauch, Die revidierten Art. 210, s.132-133, Nr.4.1.

100 Gauch, Die revidierten Art. 210, s.133, Nr.4.1.a.; Krauskopf, s.96.

101 Taşınır yapı kavramı için bkz. Gauch, Die revidierten Art. 210, s.133, Nr.4.1.b; Gauch, Werkvertag, Nr.2243, dn.13; Heinz Rey, Die Grundlagen des Sachenrechts und das Eigentum, 3. Aufl., Bern 2007, Nr.541 ff.

102 İsviçre hukukunda yasada "Besteller, yani eseri ısmarlayan terimi kullanılmışken (Art.363 ff. OR) bizde bu kavramın karşılığı olarak "iş sahibi" terimi kullanılmıştır (TBK 470 vd.). Biz, çalışmamızda iş sahibi kavramını tercih etmiş bulunmaktayız.

103 Gauch, Die revidierten Art. 210, s.131, dn.27; Reetz/Lorenz, s.16 vd; Krauskopf, s.99; BBl 2011 2892 (Komisyon Raporu).

Eser sözleşmesi uyarınca asıl yüklenicinin alt yüklenicilerle sözleşme yaparak, farklı farklı yerleri imal etmesi ve daha sonradan iş sahibine teslimi sonucu değiştirmez. Asıl yüklenici, iş sahibine karşı doğrudan sorumludur; o, eseri alt yüklenicinin imal ettiğini ileri sürerek sorumluluktan kurtulamaz.[104]

C. Taşınmaz Eserin Yapımında İş görme Ediminde Bulunmuş Müteahhit, Mimar Veya Mühendise Karşı Olan Beş Yıllık Zamanaşımına İlişkin Değerlendirmeler (Art. 371/II-III OR)

Art.371/II OR hükmüne göre, iş sahibinin taşınmaz eserin ayıplı olması nedeniyle doğan hakları, eserin meydana getirilmesi amacına yönelik olarak iş görme edimi sunmuş müteahhide veya mimar veya mühendise karşı, taşınmaz eserin tesliminden itibaren 5 yıl içinde zamanaşımına uğrar. Anılan hüküm ile Düzenleme, eski düzenleme (aArt.371/II OR) ile hemen hemen aynıdır; ancak eski düzenlemede yer alan "bir taşınmaz yapı eseri" (eines unbeweglichen Bauwerkes) terimi yerine "bir taşınmaz eseri" (eines unbeweglichen Werkes) terimini kullanarak, hükmün uygulama alanı genişletilmiştir.[105]

Bu doğrultuda mühendisin, yüklenicinin veya mimarın sorumlu tutulabilmesi için taşınmaz eserin meydana getirilmesinde hizmetler sunmuş olması gerekir. Bu kimselerin somut olaydaki sözleşmenin niteliği de önem arz etmez. Mimar veya mühendis tarafından sunulan hizmetlerin iş görme niteliğinde (auftragsrechtlicher Natur) olması da gerekmez. Bu şekilde mimarın veya mühendisin eser sözleşmesinin ifasına yönelik olarak bir planın veya bir raporun hazırlanması şeklinde katkıda bulunmuş olabilir. Bu durumda mimar veya mühendis müteahhit sıfatıyla, eseri kullanan asıl müteahhit de işveren sıfatıyla yer almaktadır. Asıl müteahhit de bu plan ve raporları eserinde kullanarak asıl iş sahibine teslim etmiş olması halinde zamanaşımı süresi teslimden itibaren 5 yıl olacaktır.[106] Görüleceği üzere burada artık mü-

---

104 Gauch, Die revidierten Art. 210, s.131, Nr.3.1, özellikle dn.30; Gauch, Werkvertag, Nr.140, dn.13; Reetz/Lorenz, s.17-18; Krauskopf, s.96.

105 Gauch, Die revidierten Art. 210, s.134, Nr.4.2.a.; bkz.yuk.

106 Esasen bir eser sözleşmesi kapsamında, mühendisin veya mimarın bir plandan veya rapordan dolayı ayıptan sorumluluğu eserin tesliminden itibaren 2 yıl olmaktadır. Zira bu plan veya rapor bir taşınır olarak nitelendirilemeyeceği için taşınmaza entegre (bütünleştirilmemiş) sayılmaz. Ancak bu plandaki veya raporda-ki ayıp, asıl müteahhit tarafından taşınmaz eserin yapımında kullanılış olması ve

hendis veya mimar kendi eserlerini çok önce teslim etmiş olmalarına rağmen, asıl işverene karşı asıl müteahhidin eserin tesliminden itibaren 5 yıl süreyle daha sorumlu olacaktır.

Ayıbın nereden, mühendisin veya yüklenicinin ya da mimarın[107] ediminden kaynaklanıp kaynaklanmadığı önemli değildir. Her durumda bu kişiler, taşınmaz eserden dolayı sorumludur.[108] Mimar veya mühendisin iş görme edimi sadece bir raporun yazılmasına veya projenin çizilmesine yönelik de olabilir. Ancak bu plan veya çizimlerin konusu taşınmaz esere yönelik olmalıdır ki 5 yıllık süre uygulanabilsin. Eğer plan veya çizimlerin konusu taşınır esere yönelikse ve bu taşınır eser taşınmazla bütünleşmemişse, onların sorumluluğu iki yıldan ibarettir.[109] Mimar, mühendis ve yüklenicinin sorumluluğu müteselsildir.[110]

Art.371/II OR hükmüne göre, burada (1 ve 2. fıkrada) hüküm olmayan hallerde, alıcının ayıptan doğan haklarına ilişkin zamanaşımı süresi hükümleri kıyasen uygulanır. Yeni düzenleme, eski düzenlemenin (aArt.371/I) tekrarından ibarettir. Buna göre, kıyasen uygulama nedeniyle;

- Eser sözleşmesinde ayıp zamanaşımı süreleri 10 yılı geçmemek kaydıyla uzatılabilir (Art.210/I OR hükmüne kıyasen).[111]
- Yüklenici, kural olarak sorumsuzluk anlaşması yapabilir; ancak hilesi halinde sorumsuzluk anlaşması geçersizdir (Art.199 ve 210/VI OR hükümlerine kıyasen); ayrıca hile halinde zamanaşımı süresi 10 yıl olarak uygulanır.[112]
- Satışta olduğu gibi, eser sözleşmesinde yeni taşınır eserler[113] bakı-

---

bu şekilde taşınmaz eserin ayıplı olmasına neden olmuşsa artık zamanaşımı süresi 5 yıl olacaktır. (Gauch, Die revidierten Art. 210, s.134, Nr.4.2.b.

107 Mühendis veya mimar kavramları için bkz. Gauch, Werkvertag, Nr.2296 ff., dn.13 ve özellikle Nr.2299.

108 Gauch, Die revidierten Art. 210, s.134, Nr.4.2.b

109 Gauch, Revisionsentwurf, s.152, Nr.3.2; Gauch, Die revidierten Art. 210, s.134, Nr.4.2.b.

110 BGE 133 III 6 ff.; Gauch, Revisionsentwurf, s.152, Nr.3.2.

111 Gauch, Die revidierten Art. 210, s.134, Nr.5-5.a, 5.a.1 ve s.135, Nr.6; Gauch, Werkvertag, Nr.2490, dn.13, 2492.

112 Gauch, Revisionsentwurf, s.152, Nr.4 ve dn.22, s.149, dn6; Gauch, Die revidierten Art. 210, s.134, Nr.5.a.2; BGE 107 II 232; 100 II 33 ff.

113 Kanımızca taşınır eser, taşınmaz eserle bütünleştirilmişse, 5 yıllık yasal süre iki yıla kadar düşürülebilir, hatta kullanılmış taşınır eserlerde süre bir yıla kadar dü-

mından ikiden, kullanılmış eserde bir yıldan az olmamak kaydıyla bir süre kararlaştırılabileceği, ancak yüklenici ticari veya mesleki faaliyeti çerçevesinde hareket etmiş ve ısmarlayan kişisel ya da ailevi ihtiyaçları için hareket etmişse (tüketici işlemlerinde) sürenin iki yıldan az olamayacağı kabul edilmelidir (Art.210/IV OR hükmüne kıyasen).[114]

- İşsahibi yasal veya sözleşmesel süreleri içinde ayıbı bildirmişse, ayıp zamanaşımı süreleri geçmiş olsa bile yüklenicinin süresinde (eserin tesliminden iki yıl sonra, ancak on yıl içinde) açtığı alacak davasında, ayıp savunmasında bulunabilir (sürekli defi hakkı, Art.210/V OR hükmüne kıyasen) [115].
- Yüklenici, hilesinin varlığı halinde zamanaşımı savunmasında bulunamaz ve zamanaşımı süresi 10 yıla çıkar. Hile halinde zamanaşımını kısaltan anlaşmalar da geçersizdir. Kültür varlıkları yüklenici sadece 1 yıllık sürenin dolduğunu ileri süremez, ancak 30 yıllık süre yine üst süre olarak uygulanır (Art.199 ve 210/VI OR hükmüne kıyasen).[116] Yüklenici için geçerli olan bu kıyas kuralları mimar ve mühendis için de geçerli olacaktır; yeter ki mimar veya mühendisin projesi veya raporu taşınmaz eserle bağlantılı olsun.[117]

Gauch, satış ve eser sözleşmesinde ayıp zamanaşımı ile ilgili Art.210 ve 371 hükümlerinde yapılmış olan değişikliklerin yerinde olduğunu, özellikle bir yıllık ayıp zamanaşımı sürenin iki yıla çıkartılmasının olumlu olduğunu, ancak bir taşınır eşyanın ya da eserin taşınmaz eserle veya taşınmazla ilişkilendirilmesi halinde sürenin 5 yıla çıkartılması açısından ispat güçlüklerinin olabileceğini, ayıbın hangi eser veya eşyadan kaynakladığının ispatı yanında taşınmazla birleştirme veya bütünleşme kavramlarının ispatının güç olduğunu, Mecliste "Tüketicilerin Daha Fazla Korunması İnsiyatifinin" zaferi olan[118] bu

şürülebilir. Tüketici işlemlerinde ise süre (1, 2 ve 5 yıllık süreler) hiçbir şekilde değiştirilememelidir.

114 Gauch, Die revidierten Art. 210, s.134-135, Nr.5.a.3.

115 Gauch, Die revidierten Art. 210, s.135, Nr.5.a.4.

116 Gauch, Die revidierten Art. 210, s.135, Nr.5.a.5.

117 Gauch, Die revidierten Art. 210, s.135, Nr.5.b.

118 Hatta bu insiyatif grubunda yer alan bir parlamenterin "son yılların en büyük tüketici politikası adımı" olduğunu söylemesi, çok doğru değildir. Çünkü yeni düzenlemeler sadece tüketicileri değil, tüm alıcıları veya işsahibini korumaya yönelik düzenlemelerdir. bkz. Gauch, Die revidierten Art. 210, s.135, Nr.IV.1 ve dn.50.

değişikliklerin aslında çok fazla tüketiciler açısından spesifik düzenlemeler içermediğini, sadece Art.210/IV hükmünün (kullanılmış eşyada ve tüketici satışlarında sürenin iki yıldan az olamayacağı düzenlemesinin) spesifik bir düzenleme olduğunu, düzenlemelerin sadece tüketicilere yönelik olmadığını belirterek, aslında yeni düzenlemelerin, OR 2020 Taslağında[119] öngörülen ancak Meclis tarafından kabul edilmeyen geniş zamanaşımı revizyonu ile birlikte ele alınması halinde daha iyi olacağını, ancak "eldeki serçe, çatıdaki güvercinden iyidir" (Besser ein Spatz in der Hand als eine Taube auf dem Dach" özdeyişinin anımsattığı üzere, bu değişikliklerin en azından şimdilik işe yarayacağını vurgulamaktadır.[120]

SONUÇ

İsviçre Medeni Kanun 210 ve 331. maddelerinde yapılan değişiklikle, satın alınan eşyanın veya sipariş edilen taşınır eserin, taşınmaza bütünleştirilmesi ile satıcıya veya iş sahibine karşı başvurma imkânı tanımak ve eser sözleşmesi ile satım sözleşmesindeki ayıp zamanaşımı sürelerinin koordinasyonu sağlanmak istenmiştir. Bununla birlikte elde edilen sonuç, birçok belirsizlik beraberinde getirmiştir. Özellikle kanundaki "taşınmaz yapı eseri" kavramının yerine "taşınmaz eser" kavramının kullanılması doktrinde haklı olarak eleştirilmiştir. Zira bu şekilde hükmün uygulama alanını oldukça genişletmiştir. Yapılan değişiklik, taşınmaz üzerinde bir çukur kazılması, bir ağacın budanması gibi işleri dahi taşınmaz eser kavramına dâhil edebilecektir.

Eşyanın bütünleştirme zamanının, hangi anda gerçekleşeceği bu kapsamda, 5 yıllık zamanaşımı süresinin eşyanın veya taşınır eserin taşınmaz esere 2 yıl sonra bütünleştirilmesi halinde 5 yıllık zamanaşımı süresinin işleyip işlemeyeceği belirsizdir. Kanımızca da taşınır eşya 2 yıl sonra da olsa ancak teslimden itibaren 5 yıllık süre içinde taşınmaza dâhil edilmesi halinde, ayıba ilişkin hükümlere başvurma imkânı verilmelidir.

---

119 İsviçre Borçlar Hukuku Genel Hükümlerini baştan sona yenileyen ve oldukça tartılmalara yol açan 2020 OR Taslağı Meclis tarafından 31 Ağustos 2011 yılında reddedilmiştir. Bu konuda bkz. Gauch, Die revidierten Art. 210, s.135, Nr.IV.2 ve dn.51; Gauch, Revisionsentwurf, s.154 vd.; OR 2020 metninin TBK ve OR mevcut metni ile karşılaştırmalı Almanca metinleri için bkz. Ayan, s.1 vd., özellikle zamanaşımı ile ilgili hükümler için bkz. Ayan, s.269 vd.

120 Gauch, Die revidierten Art. 210, s.135, Nr.IV.1-2 ve dn.52.

Zamanaşımı süresinin taşınır eşyanın (satın alınan taşınır veya ısmarlanan taşınır eserin) teslim alınması ile işleyecek olması, mal stoklayarak iş yapan müteahhitleri korumasız bırakacağı haklı olarak eleştirilmektedir. Kanımızca zamanaşımı süresinin taşınmaza bütünleştirme anı ile başlaması daha uygun olur.

Zamanaşımı sürelerinin kısaltılması ile kültür varlığı sayılan eşyaların satışı ile ilgili hükümler de dikkate alındığında, revizyonun genel olarak istenilen amaca ulaşmadığı, ancak doktrindeki eleştirilerin dikkate alınarak yapılacak bazı değişikliklerle belirsizliklerin giderilmesi mümkün olacağı ve ülkemiz açısından da dikkate alınabileceği söylenebilir.

EK 1: İsviçre Borçlar Kanunu'nun Satış Ve Eser Sözleşmelerinde Ayıp Sorumluluğuna Yönelik Zamanaşımı Hükümlerini Değiştiren 16 Mart 2012 Tarihli İsviçre Federal Kanun'un Almanca metni şu şekildedir:

Änderung vom 16. März 2012 zum Obligationenrecht (Verjährungsfristen der Gewährleistungsansprüche im Kauf- und Werkvertrag. Verlängerung und Koordination)

Die Bundesversammlung der Schweizerischen Eidgenossenschaft,

nach Einsicht in den Bericht der Kommission für Rechtsfragen des Nationalrates vom 21. Januar 2011[121] und in die Stellungnahme des Bundesrates vom 20. April 2011[122],

beschliesst:

I

Das Obligationenrecht[123] wird wie folgt geändert:

Art. 210[124]

121 BBl 2011 2889.
122 BBl 2011 3903.
123 SR 220.
124 Eski düzenleme şu şekildeydi : "aArt. 210/9. Verjährung
1 Die Klagen auf Gewährleistung wegen Mängel der Sache verjähren mit Ablauf eines Jahres nach deren Ablieferung an den Käufer, selbst wenn dieser die Mängel erst später entdeckt, es sei denn, dass der Verkäufer eine Haftung auf längere Zeit übernommen hat.
1bis Für Kulturgüter im Sinne von Artikel 2 Absatz 1 des Kulturgütertransfergesetzes vom 20. Juni 200341 verjährt die Klage ein Jahr, nachdem der Käufer den Mangel entdeckt hat, in jedem Fall jedoch 30 Jahre nach dem Vertragsabschluss.

9. Verjährung

1 Die Klagen auf Gewährleistung wegen Mängel der Sache verjähren mit Ablauf von zwei Jahren nach deren Ablieferung an den Käufer, selbst wenn dieser die Mängel erst später entdeckt, es sei denn, dass der Verkäufer eine Haftung auf längere Zeit übernommen hat.

2 Die Frist beträgt fünf Jahre, soweit Mängel einer Sache, die bestimmungsgemäss in ein unbewegliches Werk integriert worden ist, die Mangelhaftigkeit des Werkes verursacht haben.

3 Für Kulturgüter im Sinne von Artikel 2 Absatz 1 des Kulturgütertransfergesetzes vom 20. Juni 2003[125] verjährt die Klage ein Jahr, nachdem der Käufer den Mangel entdeckt hat, in jedem Fall jedoch 30 Jahre nach dem Vertragsabschluss.

4 Eine Vereinbarung über die Verkürzung der Verjährungsfrist ist ungültig, wenn:

a. sie die Verjährungsfrist auf weniger als zwei Jahre, bei gebrauchten Sachen auf weniger als ein Jahr verkürzt;

b. die Sache für den persönlichen oder familiären Gebrauch des Käufers bestimmt ist; und

c. der Verkäufer im Rahmen seiner beruflichen oder gewerblichen Tätigkeit handelt.

5 Die Einreden des Käufers wegen vorhandener Mängel bleiben bestehen, wenn innerhalb der Verjährungsfrist die vorgeschriebene Anzeige an den Verkäufer gemacht worden ist.

6 Der Verkäufer kann die Verjährung nicht geltend machen, wenn ihm eine absichtliche Täuschung des Käufers nachgewiesen wird. Dies gilt nicht für die 30-jährige Frist gemäss Absatz 3.

Art. 371[126]

---

2 Die Einreden des Käufers wegen vorhandener Mängel bleiben bestehen, wenn innerhalb eines Jahres nach Ablieferung die vorgeschriebene Anzeige an den Verkäufer gemacht worden ist.

3 Die mit Ablauf eines Jahres eintretende Verjährung kann der Verkäufer nicht geltend machen, wenn ihm eine absichtliche Täuschung des Käufers nachgewiesen wird.

125 SR 444.1

126 Eski düzenleme şu şekildeydi : "aArt. 371/e. Verjährung
1 Die Ansprüche des Bestellers wegen Mängel des Werkes verjähren gleich den entsprechenden Ansprüchen des Käufers.
2 Der Anspruch des Bestellers eines unbeweglichen Bauwerkes wegen allfälliger

e. Verjährung

1 Die Ansprüche des Bestellers wegen Mängel des Werkes verjähren mit Ablauf von zwei Jahren nach der Abnahme des Werkes. Soweit jedoch Mängel eines beweglichen Werkes, das bestimmungsgemäss in ein unbewegliches Werk integriert worden ist, die Mangelhaftigkeit des Werkes verursacht haben, beträgt dieVerjährungsfrist fünf Jahre.

2 Die Ansprüche des Bestellers eines unbeweglichen Werkes wegen allfälliger Mängel des Werkes verjähren gegen den Unternehmer sowie gegen den Architekten oder den Ingenieur, die zum Zwecke der Erstellung Dienste geleistet haben, mit Ablauf von fünf Jahren seit der Abnahme des Werkes.

3 Im Übrigen kommen die Regeln für die Verjährung der entsprechenden Ansprüche des Käufers sinngemäss zur Anwendung.

II

1 Dieses Gesetz untersteht dem fakultativen Referendum.

2 Der Bundesrat bestimmt das Inkrafttreten.

Ablauf der Referendumsfrist und Inkraftsetzung

1 Die Referendumsfrist für dieses Gesetz ist am 5. Juli 2012 unbenützt abgelaufen[127].

2 Es wird auf den 1. Januar 2013 in Kraft gesetzt[128].

EK 2: Satış ve eser sözleşmelerinde ayıp sorumluluğuna yönelik taleplerin zamanaşımı sürelerinin uzatılması ve uyumu hakkında 16 Mart 2012 Tarihli İsviçre Federal Kanun Değişikliği Türkçe metni şu şekildedir:

İsviçre Federal Meclisi, 21 Ocak 2011 tarihli Ulusal Meclis Hukuki Danışma Komisyonu Raporu görüşünü ve 20 Nisan 2011 tarihli Federal Meclis Taslağını dikkate alarak, aşağıdaki gibi karar vermiştir.

Mängel des Werkes verjährt jedoch gegen den Unternehmer sowie gegen den Architekten oder Ingenieur, die zum Zwecke der Erstellung Dienste geleistet haben, mit Ablauf von fünf Jahren seit der Abnahme."

127 BBl 2012 3447.

128 Der Beschluss über das Inkrafttreten wurde am 20. Sept. 2012 im vereinfachten Verfahren gefällt.

Borçlar Kanunu, aşağıdaki gibi değiştirilmiştir.

Madde 210

9.Zamanaşımı

1 Ayıplı bir eşyadan kaynaklı sorumluluk davaları eşyanın alıcıya teslim edilmesinden itibaren, alıcının ayıbı sonradan öğrenmiş olması halinde, 2 yıl içinde zamanaşımına uğrar. Satıcının daha uzun bir sorumluluk süresi üstlenmiş olması halinde bu süre uygulanır.

2 Ayıp, bir taşınmaza kullanım amacına uygun olarak (entegre edilmiş) bütünleştirilen bir eşyadan kaynaklanarak oluşturulan eserin ayıplı olmasına neden olmuşsa bu süre 5 yıldır.

3 Kültür varlıkları ilişkin dava, 20 Haziran 2003 tarihli "Kültür Varlıklarının Transferi Hakkındaki Kanun"un (Kulturgütertransfergesetz) 2/I hükmüne tabi eşyada bu süre, ayıbın alıcı tarafından öğrenilmesinden itibaren bir yıl, her halde sözleşmenin kurulmasından itibaren 30 yıl içinde zamanaşımına uğrar.

4.Zamanaşımının kısaltılmasına ilişkin anlaşmalar, aşağıdaki kapsamda olmak kaydıyla geçersizdir :

a. Zamanaşımı süresini iki yıldan daha az, kullanılmış eşyalar ise bir yıldan daha az kısaltılırsa;

b. eşya alıcının kişisel veya ailevi kullanımı için öngörülmüşse, ve

c.satıcı ticari veya mesleki faaliyeti çerçevesinde hareket etmişse.

5.Alıcının ayıptan kaynaklı savunmalarını (defilerin) kullanabilmesi için, zamanaşımı süresi içinde satıcıya öngörülen ihbarda bulunulmuş olması yeterlidir.

6. Alıcı tarafından kendisine hile yapıldığını ispatlanması durumunda, satıcı, zamanaşımı iddiasında bulunamaz. Bu durum üçüncü fıkrada düzenlenen 30 yıllık zamanaşımı süresi için geçerli değildir.

Madde 371

e.Zamanaşımı

İşsahibinin eserdeki ayıp sebebiyle oluşan hakları eserin tesliminden itibaren iki yıl içinde zamanaşımına uğrar. Ancak, ayıp taşınır bir eserin anlaşmaya uygun bir şekilde taşınmaz bir eserle bütünleştirilmiş olması ile eseri ayıplı hale getirmişse, zamanaşımı süresi 5 yıldır.

İşsahibinin taşınmaz eserin ayıplı olması nedeniyle doğan hakları, eserin meydana getirilmesi amacına yönelik olarak hizmetler sunmuş

müteahhide veya mimar veya mühendise karşı, taşınmaz eserin tesliminden itibaren 5 yıl içinde zamanaşımına uğrar

Burada hüküm olmayan hallerde, alıcının ayıptan doğan haklarına ilişkin zamanaşımı süresi hükümleri kıyasen uygulanır.

II

1 Bu Yasa seçimlik referandum hükümlerine tabidir.

2 Federal Meclis tarafından yürürlüğe konur.

Referandum Süresi ve Yürürlük Süreci

1 Bu Yasa için referandum süresi 5 Temmuz 2012 tarihinde gerekli görülmemiştir[129].

2 Bu yasa 1 Ocak 2013 tarihinde yürürlüğe girmiştir[130].

Kaynakça

Ayan Serkan, Türk Medeni Hukuk Mevzuatı, Cilt I, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu, İsviçre Borçlar Kanunu, Madde Gerekçeleri, İstanbul 2015.

Aydoğdu, Murat, Tüketici Hukuku Dersleri, Ankara 2015.

Aydoğdu Murat/Kahveci Nalan, Milli Şerh, 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Şerhi, National Commentary, Commentary on the Consumer Protection Law No. 6502, İstanbul, 2016, (m.12 Şerhi).

Aydoğdu Murat/Kahveci Nalan: Türk Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, 3. Baskı, Ankara 2017.

Frey Isabelle/ Siegenthaler Thomas: "Was heisst «unbewegliches Werk» in Art. 371 Abs. 2 OR?", Baurecht, 2014, s.176-179.

Gauch Peter, "Der Revisionsentwurf zur Verjährung der kauf- und werkvertraglichen Mängelrechte: Analyse und Kritik der E-Art. 210, 371 und 199 OR", *Zeitschrift für juristische Weiterbildung und Praxis,* 2011, (Revisionsentwurf) s.145-155.

Gauch Peter, Der Werkvertrag, 5. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2011 (Der Werkvertrag).

Gauch Peter, "Die revidierten Art. 210 und 371 OR", *Zeitschrift für juristische Weiterbildung und Praxis*, 2012, s.124-136 (Die revidierten Art. 210).

Gauch Peter, Der Werkvertag, 5.Aufl., Zürich 2011.

Gümüş Alper, Borçlar Hukuku Özel Hükümler Cilt:1, İstanbul 2013

Handkommentar zum BGB: Nomos Kommentar, (Schulze, Reiner : Schriftleitung), Bürgerliches Gesetzbuch, Handkommentar, 6. Auflage, Nomos 2009 (HK-BGB/ Bearbeiter, Saenger, Dörner)

Honsel Heinrich, Kurzkommentar Obligationenrecht, Basel 2014 (KUKO Honsell).

129 BBl 2012 3447.

130 Meclis 20 Eylül 2012 tarihinde basit sürecin yürütülmesine karar vermiştir.

Honsell Heinrich/Wiegand Wolfgang/Vogt Nedim Peter, Basler Kommentar, Obligationenrecht I, Art.1-529, 5.Auflage, Basel 2015 (BASK-bölüm -Yazar).

Honsell Heinrich, Schweizerisches Obligationenrecht, Besonderer Teil, Basel 2010.

Huguenin Claire, Obligationenrecht - Allgemeiner und Besonderer Teil, 2. Aufl., Zürich-Basel-Genf 2014 (AT und BT).

Koller Alfred, Schweizerisches Obligationenrecht, Besonderer Teil, Band I Die einzelnen Vertragsverhältnisse Art. 184-318 OR, Bern 2012 (BT).

Koller Alfred, "Verjährung der werkvertraglichen Mängelrechte", *Aktuelle Juristische Praxis*, 2014 (Verjährung) s.303-308.

Kostkiewicz-Kren Jolanta/Nobel Peter/Schwander Ivo/Wolf Stephan, OR Handkommentar Schweizerisches Obligationenrecht, 2. überarbeitete und erweiterte Auflage, Zürich 2009 (OFK-Yazar)

Krauskopf Frédéric/Bittel Emanuel, "Die Baustofflieferung - Haftung und Verjährung", Schweizerische Baurechtstagung 2015 ...für alle die bauen, Hrg. Hubert Stöckli, Institut für Schweizerisches und Internationales Baurecht, s.107-120.

Krauskopf Frédéric, "Verjährung bei Kauf- und Werkverträgen – neue Regeln mit Mängeln", Schweizerische Baurechtstagung 2013 …für alle, die bauen, Institut für Schweizerisches und Internationales Baurecht, 2012, s. 85-102.

Kürüm Neslihan, Uluslararası İlişkilerde Kültür Varlıklarının Yeri, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Edirne Trakya Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Aralık 2005 (http://dspace.trakya.edu.tr/jspui/bitstream/1/612/1/0042549.pdf), e.t.01.02.2017.

Reetz Peter/Lorenz Tabea: "Die Revidierten Verjährungsbestimmungen Im Gewährleistungsrecht", Anwaltsrevue, 2013, s.16-20.

Reinicke Dietrich /Tiedtke Klaus, Kaufrecht, 8. Aufl., München 2009.

Rey Heinz, Die Grundlagen des Sachenrechts und das Eigentum, 3. Aufl., Bern 2007.

Roth Simon, "Integration einer Sache/eines Werks in ein unbewegliches Werk", *Aktuelle Juristische Praxis*, 2014, s.773-781.

Schönenberger Beat, "Picasso Revisited? - Unechte Kunstwerke und das Kulturgütertransfergesetz", Festschrift für Ingeborg Schwenzer zum 60.Geburtstag (Band I und II), 2011, s.1541-1554.

Schönle Herbert/Higi Peter, Kauf und Schenkung, Zweite Lieferung, Art. 192-204 OR, Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Obligationenrecht, Kommentar zur 1. und 2. Abteilung (Art. 1-529 OR), ZK - Zürcher Kommentar Band/Nr. V/2a, Dritte, völlig neu bearbeitete Auflage (unter Mitarbeit von Beat Gut), Zürich 2005.

Schwizer Angelo /Wolfer Marc, "Die revidierten Verjährungsbestimmungen im Sachgewährleistungsrecht (Art. 210 und 371 OR)", *Aktuelle Juristische Praxis*, 2012, s.1759-1765.

Tandoğan, Haluk, Borçlar Hukuku-Özel Borç İlişkileri Cilt: I/1, 5.Basımdan 6. Tıpkıbasım, İstanbul 2008.

Tezcan, Durmuş, "Arkeolojik Kültür Varlıklarının Korunması ve Milletlerarası Ceza Hukuku", *Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi*, Cilt: 51 Sayı: 1 Yayın Tarihi: 1996, s.425 vd. (http://dergiler.ankara.edu.tr/dergiler/42/476/5540.pdf), e.t.01.02.2017.

Yavuz Cevdet/Acar Faruk/ Özen Burak, Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler, İstanbul 2014.

UCP 600 AÇISINDAN BANKALARIN BELGELERLE BAĞLI OLMASI KURALI

DOCTRINE OF DOCUMENTS IN TERMS OF UCP 600

Nuşen Pelin DALGIÇ ATABAŞ*

Özet: Uluslararası ticarette sıkça başvurulan bir finansman yöntemi olarak karşımıza çıkan akreditif mekanizmasına hâkim ilkelerden birisi "bankaların belgelerle bağlı olması kuralı"dır. Akreditifler genellikle, ICC'nin değişik zamanlarda revize ettiği UCP olarak ifade edilen düzenlemelerine tâbi kılınmaktadırlar. Bu bağlamda söz konusu olan son revizyon UCP 600'dür. Bu çalışmada, "bankaların belgelerle bağlı olması kuralı", akreditifin bağımsızlığı/soyutluğu ilkesi ile bağlantısı belirlenerek, incelenecek ve UCP 600 açısından değerlendirilmesi yapılacaktır.

Anahtar Kelimeler: Akreditif, UCP 600, Akreditifin Bağımsızlığı/Soyutluğu, Bankaların Belgelerle Bağlı Olması, Belgelere Sıkı Bağlılık İlkesi, Esas İtibariyle Uygunluk İlkesi

Abstract: One of the fundamental principles of documentary credit, which is a frequently used financial method in international trade, is the doctrine of documents. Documentary credits usually applies the regulations referred to as UCP, which ICC revised at different times. In this regard, the final revision is UCP 600. In this article, doctrine of documents is to be examined while its connection with the principle of autonomy is determined and to be evaluated in terms of UCP 600.

Keywords: Documentary Credit, UCP 600, Principle of Autonomy/Independence, Doctrine of Documents, Doctrine of Strict Compliance, Doctrine of Substantial Complianc

I. GİRİŞ

Sınır ötesi ticaretin söz konusu olduğu hallerde çoğu zaman farklı ülkelerde bulunan alıcı ile satıcı birbirini tanımamaktadır. Söz konusu durum alıcı için, sözleşmeye konu malı öngörülen sürede ve kalitede elde edememe; satıcı için, mal ya da hizmet karşılığı olan bedeli alamama risklerini beraberinde getirmekte; sözleşmeye taraf kişiler

* Arş. Gör., Ankara Üniversitesi, Siyasal Bilgiler Fakültesi, Siyaset Bilimi ve Kamu Yönetimi Bölümü, Hukuk Bilimleri Anabilim Dalı

arasında çıkar çatışmaları gündeme gelmektedir. Şöyle ki, sözleşmeye konu malı belirtilen sürede ve kalitede elde etmek, bedelini de malın mülkiyeti kendisine geçtiğinde ödemek isteyecek olan alıcının karşısında, sattığı malın bedelinin kendisine ödeneceğinden emin olmak, hatta malın mülkiyeti kendisinde iken bu karşılığı elde etmiş olmak isteyecek bir satıcı bulunacaktır.

Uluslararası ticaretin gelişmesi sonucu sıkça gündeme gelen söz konusu ilişkiler, küreselleşme olgusu ile birlikte son derece önem kazanmış; neticede bu yapı içerisinde yer alan kişiler kendilerini ve dolayısıyla uluslararası ticareti güvence altına alacak mekanizmalara yönelmişlerdir. İşte, uluslararası ticarî satımlarda -ve buna benzer sözleşme ilişkilerinde- alıcı ve satıcı açısından mevcut bu riskler ve çıkar çatışmaları, bankaların aracılığı ve garantisinin söz konusu olduğu, akreditif[1] sistemi ile bertaraf edilmeye çalışılmış ve finansman açısından güvenli bir yol oluşturulmak istenmiştir.[2]

Uluslararası ticaretin[3] finansmanında güven ortamına ihtiyaç du-

---

1 Akreditif çeşitli açılardan tasniflere tabi tutulmaktadır. Bunlardan birisi de "basit (adî; belgesiz; nakit) akreditif-belgeli (vesikalı) akreditif" ayrımıdır. Basit akreditif, akreditifin tarihî gelişimi içinde ilk olarak ortaya çıkmış olan, lehtarın bankadan ödeme talep edebilmesi için bankaya herhangi bir belge ibrazına gerek olmayan akreditif türünü ifade etmektedir. Belgeli akreditifte ise, bankadan ödeme talebinde bulunabilmek için malları temsil eden belgelerin ibrazı gerekmektedir. Bununla beraber, günümüzde akreditif denildiğinde akla belgeli akreditif gelmektedir. Bu doğrultuda bkz. Vahit Doğan, Uluslararası Ticarette Ödeme Aracı Olarak Akreditif, 2. Baskı, Ankara 2005, s. 48.
Buna paralel şekilde, örneğin İngilizce ve Almanca'da, "letter of credit" ve "akkreditiv" kavramları yanı sıra "documentary credit" ve "dokumenten akkreditiv" ifadeleri de "akreditif"in karşılığı olarak kullanılmaktadır.
Bu çalışmada da, uygulamadaki durum dikkate alınarak, "belgeli akreditif" yerine yalnızca "akreditif" ifadesi kullanılacaktır.

2 Richard King, Gutteridge and Megrah's Law of Bankers' Commercial Credits, 8th ed., Europa Publications, 2001, s. 1; Akın Ekici, "Akreditifte Lehtarın Dürüstlük Kurallarına Aykırı Olarak (Fraud) Bedeli Talep Etmesi ve Bu Durumda Akreditif Bedelini İştira (İskonto) Eden Bankanın Hukuki Durumu", Prof. Dr. Hayri Domaniç'e 80. Yaş Günü Armağanı, C. I, İstanbul 2001, 157-177, s.159.

3 Belirtmek gerekir ki, akreditif mekanizması hemen her zaman uluslararası nitelik arz ediyor olsa da, aynı ülkedeki alıcı ve satıcı arasında kullanılmasında herhangi bir engel bulunmamaktadır. Bu yönde bkz. Seza Reisoğlu, Türk Hukukunda ve Bankacılık Uygulamasında Akreditif, Ankara 2009, s. 21; Seza Reisoğlu, Akreditif ile İlgili 600 Sayılı Kuralların Uygulanması ve Sorunlar – Konferans (26 Eylül 2014), Ankara 2015, s. 10; Arslan Kaya, Belgeli Akreditifte Lehdarın Hukukî Durumu, İstanbul 1995, s. 9; Doğan, s. 27.

yulması nedeni ile uygulamada ortaya çıkmış olan[4] akreditif mekanizmasının[5] işleyişi şu şekilde özetlenebilir:[6] Öncelikle alıcı (ithalatçı) ve satıcı (ihracatçı) arasında, ödemenin akreditif yolu ile yapılacağının kararlaştırıldığı bir satım sözleşmesi yapılır. Alıcı (akreditif âmiri; *the applicant*), bankasına (âmir banka, akreditif bankası; *the issuing bank*, *the opening bank*, *the applicant bank*) akreditif açtırma talebi ile başvurur.[7] Banka, akreditif metnini (küşat mektubunu) hazırlar, satıcının bankasına (muhabir banka, ihbar bankası; *advising bank*) gönderir ve bu banka tarafından söz konusu metin satıcıya (lehtar; *the beneficiary*) iletilir.[8] Satıcı, malları yükleyip akreditif metninde alıcı tarafından belirtilmiş olan evrakı kendi bankasına verdiğinde, söz konusu belgeler amir bankaya gönderilir ve amir banka durumu alıcıya bildirir. Alıcının belgeler ile malı elde edebilmesi için ya satım bedelinin hesabından bloke edilmiş olması ya da belgeleri almadan önce bedeli bankaya ödemiş olması gerekir. Alıcı, elindeki belgeler ile malları elde ederken, amir banka söz konusu bedeli muhabir banka aracılığı ile satıcıya iletir.

---

4 Akreditifin tarihî gelişimi için bkz. Doğan, s. 28-29.

5 Akreditif mekanizmasının temeli, "havale" hukukuna ilişkin dogmatik yapıda bulunmaktadır. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Arif B. Kocaman, Türk Borçlar Hukukunda Havale, Ankara 2001, s. 3 vd.

6 Akreditif mekanizmasının işleyişi ile ilgili daha fazla bilgi için bkz. Roberto Bergami, "UCP 600 rules – changing letter of credit business for international traders?", Int. J. Economics and Business Research, Vol. 1, No. 2, 2009, 191-203, s. 193-195; Garth Christopher Wooler, Legal and Practice Perspectives on Documentary Credits under the UCP 600, (çevrimiçi) https://www.academia.edu/9111965/Legal_and_Practice_Perspectives_on_Documentary_Credits_Under_UCP_600 (26.10.2017), s. 35-44; Tareq Al-Tawil, "Letters of Credit and Contract of Sale: Autonomy and Fraud", 16 Int'l Trade&Bus. L. Rev. 159 2013, s. 162-167; Cemal Şanlı/Nuray Ekşi, Uluslararası Ticaret Hukuku, 4. Bası, İstanbul 2005, s. 85-86; Hamed Alavi, "Documentary Letters of Credit, Principle of Strict Compliance and Risk of Documentary Discrepancy", 19 Kor. U. L. Rev. 3 2016, s. 4-5.

7 Alıcının bankaya yapmış olduğu bu başvuruya "akreditif teklifi", "akreditif emri" ya da "akreditif talimatı" denilmektedir.

8 Amir banka ve muhabir banka dışında, teyit bankası (the confirming bank), görevli banka (the nominated bank) vb. olarak adlandırılan bankalar da akreditif ilişkisine dâhil olabilmektedirler. Akreditifin tarafları hakkında daha fazla bilgi için bkz. Ekici, s. 162-164; Doğan, s. 43-46; Abdurrahman Özalp, Dış Ticarette Yeni Kurallar UCP 600'ın Kullanılması ve Akreditif, 2. Baskı, İstanbul 2007, s. 24-28; Ünal Tekinalp, Ünal Tekinalp'in Banka Hukukunun Esasları, İstanbul 2009, s. 556-562; Sibel Özel, "Akreditif İlişkisinde UTO Kurallarının (UCP 600) Bankalar Arası İlişkiye Etkisi", (çevrimiçi) http://dosya.marmara.edu.tr/huk/Sempozyumyay%C4%B1nlar%C4%B1/ipekyolucanlan%C4%B1yor/Prof.Dr.sibel_ZEL.pdf (26.10.2017), s. 348-351; Wooler, s. 36-44.

Bu şekilde işleyen akreditif mekanizması sayesinde, satıcı, akreditifte belirtilmiş olan belgeleri alıcının görevlendirmiş olduğu bankaya ibrazı karşılığında malların bedelini almayı garantilemekte; alıcı da ödemenin sadece belirtmiş olduğu belgeler karşılığında –ki bu belgeler söz konusu malların istenilen nitelik ve kalitede olduğunu, ayrıca mülkiyetlerinin de alıcıya geçtiğini belgeleyecektir- yapılacağı güvencesine sahip olmaktadır.[9]

Uluslararası ticarette sıkça başvurulan bir finansman yöntemi olmasına karşın, akreditif, millî hukuk sistemlerinde ayrıntılı bir düzenlemeye konu olmamıştır.[10] Bununla beraber, uygulamada ortaya çıkması muhtemel farklılıkları bertaraf etmek için Milletlerarası Ticaret Odası (*International Chamber of Commerce -ICC-*) akreditiflere ilişkin yeknesak kurallar oluşturma yoluna gitmiştir. Günümüzde, İngiliz yargıçların "uluslararası ticaretin can damarı" olarak tanımladığı[11] akreditif mekanizması, sıklıkla ICC'nin değişik zamanlarda revize ettiği ve "Akreditiflere İlişkin Birörnek Usuller ve Uygulama" ("*The Uniform Customs and Practice for Documentary Credits*" *-UCP-*) olarak adlandırılan düzenlemelerine tâbi kılınmaktadır.

Söz konusu düzenlemeler ile uluslararası yeknesaklık anlamında belli açılardan başarı sağlanmış olsa da, akreditife yönelik tüm hususlar bu metinlerde ele alınamamış, bazı konularda kesin çözümler getirilememiştir. İşte, "bankaların belgelerle bağlı olması kuralı" da bu duruma örnek teşkil eden konulardandır ve bu yönü ile, UCP 2007 Revizyonu'nun (UCP 600) gündeme gelmesindeki sebeplerden birini oluşturmuştur.

Bu çalışmada, akreditife ilişkin temel ilkeler arasında yer alan "bankaların belgelerle bağlı olması kuralı" incelenmeye, uluslararası alandaki en son düzenleme olan UCP 600 ile söz konusu ilkede yapıl-

---

9 Cengiz Kostakoğlu, Bankalar Kanunu Şerhi - Banka Kredi Sözleşmelerinden Doğan Uyuşmazlıklar ve Akreditif, 4. Bası, İstanbul 2003, s. 1545.

10 Sadece Amerika Birleşik Devletleri'nde akreditifi ayrıntılı olarak düzenleyen hükümler -UCC Article 5- bulunmaktadır. UCC Article 5 için bkz. (çevrimiçi) https://www.law.cornell.edu/ucc/5 (26.10.2017).

11 Örneğin Kerr LJ tarafından "R.D. Harbottle (Merchantile) Ltd. v. National Westminster Bank Ltd.",[1978] Q.B. 146, s. 155, davasında ve Donaldson LJ tarafından "The Bhoja Trader" (Intraco Ltd. v. Notis Shipping Corporation of Liberia, [1981] 2 Lloyd's Rep. 256, s. 257) davasında akreditif için söz konusu ifade ("the life blood of international commerce") kullanılmıştır.

mış değişiklikler değerlendirilmeye çalışılmıştır. Bu doğrultuda öncelikle UCP'nin tarihî gelişimi ve yapısı ile bankaların belgelerle bağlı olması kuralı hakkında bilgi verilmiş; daha sonra, bu kuralda UCP 600 ile yapılan değişiklikler incelenmiştir.

II. UCP'NİN TARİHî GELİŞİMİ VE HUKUKÎ NİTELİĞİ

Akreditif mekanizmasının genellikle uluslararası ticarette uygulama alanı bulması, ülke uygulamalarının öngörülebilir olması gereğini beraberinde getirmiştir.[12] Bu doğrultuda, ulusal düzeydeki çalışmalar[13] I. Dünya Savaşı'nın sona ermesinin ardından başlamıştır. Bu ilk çabalar neticesinde, örneğin, Berlin'deki bir banka göndereceği dokümanlar karşısında New York'taki başka bir bankanın nasıl işlem yapacağını bilebilir hale gelmiştir.[14]

Milletlerarası standartların oluşturulması çalışmaları ise, ICC'nin 1929 yılında Amsterdam'da düzenlenen kongresi ile (*1929 Congress of the International Chamber of Commerce*) başlamıştır. Bu kongre sonrasında ortaya çıkan düzenleme, sadece Belçika ve Fransa tarafından benimsenmiş, dolayısı ile istenilen başarı sağlanamamıştır. ICC'nin 1933 yılında Viyana'da gerçekleştirdiği kongrede (*ICC's 7th Congress*) söz konusu metin baştan sona revize edilmiş; "Akreditiflere İlişkin Birörnek Usuller ve Uygulama" ("*The Uniform Customs and Practice for Documentary Credits*" *-UCP-*) (UCP 82) olarak adlandırılmış ve UCP'nin daha sonra çeşitli zamanlarda gözden geçirilip revize edilecek metinlerinin temeli olmuştur. 1933 yılında ICC tarafından yürürlüğe konan bu metin, bazı Avrupa ülkelerindeki bankerler ve münferit olarak Amerika'daki bazı bankalar tarafından kabul edilmiştir.[15] 1933 yılından bu

---

12 Bu doğrultuda bkz. E. Peter Ellinger, "The Uniform Customs-their nature and the 1983 revision', LMCLQ 1984, 578, s. 578-580; Alan Davidson, "Commercial Laws in Coflict-An Application of the Autonomy Principle in Letters of Credit", International Trade and Business Law Annual, April 2001, Vol. VI, 65-79, s. 67-69.

13 1920'de New York'da toplanan "The New American Commercial Credits Conference" tarafından Amerika'daki bankalar tarafından uygulanacak bir dizi düzenleme yayımlanmıştır. Almanya'daki bankalar 1923'te Berlin'de benzer bir girişimde bulunmuştur; bu girişimler 1925'te Fransa, Norveç, Çekoslovakya, İtalya ve İsveç, 1926'da Arjantin, 1928'de Danimarka ve 1930'da Hollanda tarafından takip edilmiştir.

14 E. Peter Ellinger, "The Uniform Customs and Practice for Documentary Credits-the 1993 Revision", LMCLQ 1994, 377, s. 377-378.

15 Ellinger, (1983 Revision) s. 578-579; Ewan Mckendrick, Sale of Goods, LLP, London – Hong Kong 2000, s. 703.

yana 1951[16] (UCP 151), 1962[17] (UCP 222), 1974[18] (UCP 290), 1983 (UCP 400), 1993[19] (UCP 500) ve son olarak 2007 yılında olmak üzere UCP altı kere revize edilmiştir. Mayıs 2003'te çalışmalarına başlanan son revizyon[20] "Akreditiflere İlişkin Birörnek Usuller ve Uygulama 2007, Milletlerarası Ticaret Odası Broşür No: 600 (ABK 600); *ICC Uniform Customs and Practice for Documentary Credit (UCP 600)*" 25 Ekim 2006 tarihinde ICC'nin Bankacılık Komisyonu tarafından oybirliği ile kabul edilmiş ve 1 Temmuz 2007 tarihinden itibaren uygulanabilir hale gelmiştir.[21]

Günümüzde UCP hemen tüm dünyada uygulanmaktadır. Ülkeler, UCP'de yer alan kurallara katıldıklarını ICC'ye bildirmekte;[22] katıldıklarını resmen bildirmeyen ülkeler ise, uluslararası bankacılık uygulamalarını bu kurallara göre yürütmektedirler. Bu nedenle, UCP'nin,

---

16 UCP'nin bu metni, Asya, Afrika, Avrupa ve Amerika kıtalarında -Amerika Birleşik Devletleri de dâhil- önemli sayıda ülke tarafından kullanılmıştır.

17 Söz konusu metin 1951 yılında yayımlanan metni kabul etmiş olan ülkelerin yanı sıra Birleşik Krallık ve diğer Commonwealth ülkelerinde yer alan bankalar tarafından da kabul edilmiştir.

18 Sözü edilen revizyon sırasında ICC, UNCITRAL (United Nations Commision on International Trade Law; Birleşmiş Milletler Milletlerarası Ticaret Hukuku Komisyonu) tarafından da desteklenmiştir. Ayrıca ICC'ye üye olmayan sosyalist ülkelerde yer alan bankacılık birlikleri, oluşturdukları bir ad hoc çalışma grubu ile, bu revize çalışmalarına katkıda bulunmuşlardır.

19 UNCITRAL, 1993 Revizyonunu bütünü açısından onaylamış ve UCP'de yer alan kuralların tüm akreditiflere uygulanmasını tavsiye etmiştir.

20 Söz konusu revizyon çalışmaları için ICC Bankacılık Komitesi, önemli görevleri üstlenmesi amacı ile, iki tane çalışma grubu oluşturmuştur. Taslak Grubu (Drafting Group) ve Danışma Grubu (Consulting Group) olarak adlandırılan bu çalışma grupları UCP 600 metnini oluştururken ICC'nin kırk beş Ulusal Komitesi (National Committees) ile istişare etmiştir ve bu çalışmalar üç yıl devam etmiştir. Bu süreçte Bankacılık Komisyonu (Banking Commission) tarafından yayımlanmış yaklaşık altı yüz görüş, çok sayıda DOCDEX kararı (DOCDEX, ICC'nin akreditiflere ilişkin anlaşmazlıkların çözümü için bilirkişilik hizmeti kurallarıdır), ICC'nin Ulusal Komitelerinden gelen beş binin üzerinde yorum yanında bankacılar, hukukçular ve değişik sektörlerde çalışan kişilerin görüşleri incelenip göz önünde tutulmuştur. Bu nedenle UCP 600 metni, "UCP tarihindeki, üzerinde en çok inceleme ve yorum yapılan belge" olarak nitelendirilmiştir (bkz. Pradeep Taneja, "UCP 600: A document restoring the credibility of L/Cs", (2007) 109(2) Business Credit 56, s. 57).

21 Uygulamada UCP 600'ün ISBP (International Standard Banking Practice; Uluslararası Standart Bankacılık Uygulamaları), Commentary to UCP 600 (Taslak Grubu'nun Yorumu) ve ICC Banking Commision Opinions (ICC Bankacılık Komisyonu Görüşleri) ile destekleneceğinin unutulmaması gerekmektedir.

22 Türkiye gibi Bankalar Birliği organizasyonu bulunan ülkelerde, katılım bu birlikler aracılığı ile kollektif olarak, bulunmayan ülkelerde ise bankalar tarafından münferiden gerçekleştirilmektedir.

"tereddütsüz, akreditiflere yönelik düzenlemelerin temel taşı haline geldiği" kabul edilmektedir.[23]

Bununla beraber, UCP 600 m.1[24]'de de açıkça belirtildiği gibi, UCP metni kanun gücünde değildir;[25] sadece tarafların bu yönde irade açıklamasında bulunmaları halinde uygulama alanı bulabilir.[26] Kısacası, bu kuralların[27] uygulanmasında "irade serbestîsi ilkesi" geçerlidir.[28]

UCP'nin hemen tüm dünyada uygulanıyor olmasında değişik zamanlarda yapılan revizyonların etkisi büyük olmuştur. Çünkü bu revizyon çalışmaları ile, hem değişik ülkelerin üzerinde anlaşabileceği ortak paydaların oluşturulması hem var olan kuralların uygulanmasında görülen aksaklıkların ortadan kaldırılması hem de ilgili alanlarda yaşanan gelişmelerin kurallara yansıtılması hedeflenmiştir.

En son revizyon olan UCP 2007 Revizyonu'nda da amaç, maddelerin daha açık ve net bir biçimde ele alınması ve böylece uygulanmalarında birliğin sağlanmasını gerçekleştirmek olmuştur. Bu doğrultuda, yeni metinde,[29] akreditif süreci tekrar düzenlenerek yeni bazı şartlar

---

23 Bu yönde bkz. Ellinger, (1983 Revision) s. 578 ("… without a shred of doubt, become the cornerstone of the law pertaining to letter of credits").

24 Söz konusu maddeye göre: "Akreditiflere ilişkin Birörnek Usuller ve Uygulama, 2007 Revizyonu, 600 sayılı ICC Yayını (UCP), akreditif metni akreditifin bu kurallara tabi olduğunu açıkça belirttiğinde herhangi bir akreditife (uygulanabildikleri ölçüde herhangi bir teminat akreditifi – standby letter of credit – dâhil) uygulanan kurallardır. Bu kurallar akreditif şartlarıyla açıkça değiştirilmedikleri veya uygulama dışı bırakılmadıkları sürece akreditifin bütün tarafları için bağlayıcıdır".

25 Konu hakkında farklı görüşler ve ülke uygulamaları için bkz., Ellinger, (1983 Revision) s.583-586; Hans von Houtte, The Law of International Trade, 2nd ed., Sweet & Maxwell, 2002, s. 271-273; Tekinalp, s. 570-572; Reisoğlu, (Akreditif), s. 55-57; Wooler, s. 12-15; Doğan, s. 31-35.

26 UCP'ye atıf yapıldığında söz konusu düzenlemelerin sözleşme hükmü haline geleceği yönündeki Yargıtay görüşü için, örnek olarak, bkz. 11. H.D. 1.11.2004, E. 2004/1535, K. 2004/10618. Aynı yönde bkz. Reisoğlu, (Akreditif) s. 75.
Bir ülkede akreditiflere yönelik olarak UCP'nin uygulanacağı konusunda bir düzenleme yapılmış olması halinde tarafların isteği ile bağlı kalınmaksızın söz konusu kuralların uygulama alanı bulacağı unutulmamalıdır.

27 UCP 600 metninde yer alan düzenlemelerin "kural" niteliğinde olduğu yönünde bkz. dn.29.

28 Uygulamada taraflar sıklıkla sözleşme ve akreditif metninde açıkça UCP'nin uygulama alanı bulacağını belirttikleri için söz konusu kuralların hukukî niteliği ile ilgili anlaşmazlıklara çok fazla rastlanmamaktadır.

29 Söz konusu metinde, UCP 500'de 49 olan madde sayısı 39'a indirilmiştir. Bu durum ise, temel olarak, belli konulardaki düzenlemelerin metinden çıkarılmasından değil, aynı konuya ilişkin farklı maddelerde yer alan tekrarların ortadan kaldırılmış olmasından kaynaklanmıştır.

getirilmiş, ayrıca mevcut kuralların[30] ne şekilde yorumlanması gerektiği konularının açıklığa kavuşturulmasına çalışılmıştır. Bunun için kurallar hem tek tek hem de bir bütün olarak dikkatlice incelenmiştir. Sonuç olarak UCP 600 metninde, örneğin, m.2'de -"Tanımlar" başlığı altında- önemli bazı terimlerin tanımlarına,[31] m.3'te tamamen yeni bir bölüm olan "Yorumlar"a yer verilmiş;[32] "makul süre" ifadesi kurallardan çıkarılarak bankalara belgeleri incelemesi için, "azamî" olarak ifade edilen, beş banka iş günü verilmiş; amir ve lehtarın adreslerine ilişkin yeni düzenleme getirilmiş; belgelerin asılları konusu üzerinde daha ayrıntılı durulmuş; taşıyan ve acentelerin kimliğinin saptanması hususunda yaşanan karışıklıkların çözümlenmesi için taşımaya ilişkin maddeler tekrar düzenlenmiştir.[33]

ICC her ne kadar 2007 Revizyonu'nu, UCP tarihindeki en kapsamlı revizyon olarak takdim etmişse de söz konusu revizyon ile belirli bazı kuralların içeriğinde esaslı değişiklikler yapılmıştır. Özellikle akreditifin uluslararası bir ödeme mekanizması olma özelliğinin zarar görmemesi adına, belgelerin ilk ibrazlarında bankalar tarafından reddedilme oranlarının yüksekliği üzerinde durulmuş; bu doğrultuda bankaların belgelerle bağlı olması kuralına ilişkin olarak "şekle sıkı sıkıya bağlılık" ve "uluslararası ticaretin finansmanı için uygulanabilir bir ödeme mekanizması oluşturulması gerekliliği" arasında bir denge oluşturulmaya çalışılmıştır.

---

30 UCP 500 metninden farklı olarak, UCP 600 m.1'de bu metinde yer alan düzenlemelerin her akreditif ilişkisine uygulanacak "kurallar" olduğu ifade edilmiştir. Bu madde ile, ilk defa UCP metninde yer alan düzenlemelerin "kural" niteliğinde olduğu belirtilmiştir. Bu nedenle, artık UCP 500 metninden farklı olarak, her maddenin başında "akreditifte aksi belirtilmedikçe" ya da buna benzer ifadeler kullanılması gerekmemektedir. Bu doğrultuda bkz. Thanuja Rodrigo, "UCP 500 to 600: A Forward Movement", 18 eLaw J. 1 2011, s. 3.

31 Bu maddede ihbar bankası, amir, banka iş günü, lehtar, uygun ibraz, teyit, teyit bankası, akreditif, ibrazın karşılanması, amir banka, iştira, görevli banka, ibraz ve ibraz edenin tanımlarına yer verilmiştir. Söz konusu tanımlar, kavramların yorumlanması sırasında yaşanan tartışmaların sonlandırılması yönünde önemli bir adım olarak görülmektedir. Bu yönde bkz. Rodrigo, s. 3.

32 Bu maddede, örneğin, akreditifte aksi belirtilmedikçe o akreditifin dönülemez olduğu belirtilmiş (konu hakkında bkz. Rodrigo, s. 4-5; Wooler, s. 33-34), bankanın farklı ülkelerdeki şubelerinin ayrı bankalar olarak dikkate alınacağı ifade edilmiştir.

33 UCP 2007 Revizyonu ile yapılan değişiklikler hakkında genel bilgi için bkz., WG Schulze "The UCP 600: A New Law Applicable to Documentary Letters of Credit", 21 S. Afr. Mercantile L.J. 228 2009, s. 231; Özalp, s. 199-202; Rodrigo, s. 2-20.

III. BANKALARIN BELGELERLE BAĞLI OLMASI KURALI

1) Bankaların Belgelerle Bağlı Olması Kuralının Akreditif Uygulamasındaki Yeri ve Akreditifin Bağımsızlığı/Soyutluğu Prensibi ile İlişkisi

Akreditif ilişkisinde satıcı, satış bedelini elde edebilmesinin ibraz ettiği belgelerin akreditifte belirtilmiş olan nitelik ve özellikleri karşılamasına bağlı olduğunu bilmektedir. Bu durum, alıcı ile satıcı arasındaki satım sözleşmesinde akreditife veya dokümanların ibrazına yönelik olarak ne şekilde karara varıldığı ile ilişkilidir. Dolayısıyla, sözleşmede, hangi tür akreditifin uygulanacağının, satım bedelinin elde edilebilmesi için bu akreditif türünün hangi belgelerin ibrazını gerektirdiğinin açık bir şekilde belirtilmiş olması satıcının menfaatine, belgelere ilişkin istemlerin olabildiğince kesin biçimde belirtilmiş olması ise alıcının menfaatine olacaktır[34] İşte, bu noktada akreditiflere ilişkin iki önemli ilke, yani "akreditifin bağımsızlığı/soyutluğu" ve "bankaların belgelerle bağlı olması kuralı" gündeme gelmektedir.

Akreditifin temel özelliklerinden birisi, akreditif amiri ve lehtar arasında yapılmış ve akreditife temel teşkil eden sözleşmeden ayrı ve bağımsız olmasıdır.[35] Bu husus, "akreditifin bağımsızlığı/soyutluğu prensibi"[36] ("*principle of autonomy/independence*"; "*Prinzip der Abstraktheit*", "*Unabhängigkeit des Akkreditivs*") olarak adlandırılır. Daha açık bir ifade ile, bir akreditif ilişkisinde banka, alıcı ve satıcı arasındaki satım sözleşmenin gereğince yerine getirilmiş olup olmadığı ile ilgilenmeye-

34 Ayrıntılı bilgi için bkz., Özalp, s. 57-61; Doğan, s. 101-102.

35 Bu yönde bkz. King, s. 5-8; Ekici, s. 164-166; Hamed Alavi, "Illegality as an exception to Principle of Autonomy in Documentary Letters of Credit: A Comparative Approach", 20 Kor. U. L. Rev. 3 2016, s. 5.

36 Bu şekildeki kullanım için bkz. Ekici, s. 164-166. Tekinalp, "soyut bağımsızlık ilkelerinin özdeş kabul edilmelerinin doğru olmadığı"; bununla beraber, söz konusu iki ilkenin birbirini tamamlar nitelikte olduğu görüşündedir. Bu yönde bkz. Tekinalp, s. 566-567. Kaya ise UCP 500 m. 3 (metinde m. 2 olarak ifade edilmiştir) bağlamında "Akreditifin temel ve karşılık ilişkilerinden bağımsızlığı" ifadesini kullanmış (bkz. Kaya, s. 107) ve soyutluk ilkesini ayrı bir başlık altında ele almış olmakla birlikte, soyutluk ilkesini açıklarken "(a)kreditif ilişkisini, özellikle lehdarın hukukî durumunu, esas itibariyle bu iki işlemin gerçek akreditifi oluşturan ödeme ilişkisinden bağımsız olması (Nichtakzessorietät), diğer bir ifade ile soyutluk ilkesi (Prinzip der Abstraktheit) belirlemektedir" şeklindeki ifadesi ile (bkz. Kaya, s. 142) bağımsızlık ve soyutluk ilkelerinin özdeşliğini belirtmiştir. Reisoğlu da konu hakkındaki açıklamalarını "Akreditifin bağımsız ve mücerret niteliği" başlığı altında yapmıştır. Bu yönde bkz. Reisoğlu, (Akreditif) s. 63-64.

cek, bu ilişki hiçbir şekilde akreditif ilişkisini etkilemeyecektir. Buna bağlı olarak bankanın inceleme yükümü, sadece kendisine ibraz edilen belgelerle sınırlı olacak ve satıcının uygun ibrazı gerçekleştirmesi ile birlikte kendisine ödemenin yapılması gerekecek; sözleşmenin gereği gibi ifa edilmediği yönündeki iddialar ancak bu aşamadan sonra gündeme gelebilecektir.[37] Akreditif mekanizmasının işleyişi içerisinde "önce öde, sonra dava et" *("pay first, argue later"; "zuerst bezahlen, dann prozessieren"*) şeklindeki uygulamaya[38] neden olan ve böylece satıcıya güvence sağlayan bu prensip, milletlerarası ticaretin etkinliğini de kuvvetlendirmektedir.[39]

Akreditiflerin ticaret hayatındaki geçerliliğinin esası olarak kabul edilen[40] bağımsızlık prensibi yargı kararlarında da açıkça ifade edilmiştir. Örneğin, Yargıtay 11. H.D., "vesikalı akreditifte bütün ilgililer tarafından emtia değil, vesaik nazara alınır… Malın ayıplı olup olmadığı hususu ise Yeknesak Kurallar gereği bankaları ilgilendiren bir hâl olmayıp malın ayıplı oluşundan doğacak uyuşmaz-

---

37 Jason C. T. Chuah, Law of International Trade, Sweet & Maxwell, London 2001, s. 422; Leo D'Arcy/ Carole Murray/Barbara Cleave, Schmitthoff's Export Trade – The Law and Practice of International Trade, 10th ed., Sweet & Maxwell, London 2000, s. 170; Rodrigo, s. 6; Alavi, (Principle of Strict Compliance) s. 6; Reisoğlu, (Akreditif) s. 67-68.

38 Söz konusu uygulama hakkında bkz. Tekinalp, s. 581-582.

39 Belgelerin sahte ya da lehtarın talebinin hileli olabileceği gibi ihtimaller dikkate alındığında bağımsızlık prensibinin katı bir şekilde uygulanmasının haksız sonuçları beraberinde getirebileceği görülmüş; bu nedenle, uygulamada -ne UCP 500'de ne de UCP 600'de bu istisnaya yönelik bir düzenleme bulunmaktadır- bağımsızlık prensibine, genellikle "fraud exception" olarak ifade edilen istisna getirilmiştir. Dilimizde bu istisnanın karşılığı olarak farklı ifadelerin kullanıldığı görülmektedir. Örneğin; "hakkın kötüye kullanılması halleri" (bu yönde bkz. Kaya, s. 160-181; Doğan, s. 331 ve 337-339), "dürüstlük kuralına aykırılık" (bu yönde bkz. Reisoğlu, (Akreditif) s. 315-330; Ekici, s. 166 vd.), "hile kuralı" (bu yönde bkz. Gönenç Demir, Vesikalı Kredilerde (Akreditifte) Hile Kuralı, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı, İzmir 2007).
Amerikan mahkemelerinde ilk olarak "Sztejn v. J. Henry Schroder Banking Corporation", (1941) 31 N.Y.S. 2d 631, davası ile getirilmiş olan "fraud exception" hakkında genel bilgi için bkz. Rodrigo, s. 6-8; konu hakkında ayrıntılı bilgi ve farklı ülke uygulamaları için bkz. Al-Tawil, s. 182-223; Nevin Meral, "The Fraud Exception in Documentray Credits: A Global Analysis", Ankara Bar Review Vol. 5 Issue 2 2012, 39-76, s. 50-72; Ekici, s. 166-171.

40 Söz konusu belirleme "Ward Petroleum Corp. v. Federal Deposit Ins. Corp.", 903 F.2d 1299 (1990), davasında yapılmıştır.

lıklar alıcı (ithalatçı) ile satıcı (ihracatçı) arasında halledilebilecek bir meseledir"[41] şeklinde belirlemede bulunmuştur. Aynı şekilde, İsviçre Federal Mahkemesine göre de, "… Alıcının akreditif talebinde bulunduğu banka satış bedelini yalnızca belgelerin ibrazı karşılığında ödemekle yükümlüdür… Bankaların temel ilişki ile bağlantıları yoktur… Bunlar hiçbir şekilde malların ifası ve kalitesi ile ilgili yükümlülük üstlenmezler".[42] İngiltere'de ise Lord Denning M.R. "*Power Curber International Ltd. v. National Bank of Kuwait*" davasında; "Banka, alıcı ile satıcı arasındaki anlaşmazlıkla hiçbir şekilde ilgilenmez. Alıcı malların sözleşmeye uygun olmadığını söyleyebilir. Yine de banka yükümlülüklerini yerine getirmek zorundadır. Alıcı büyük miktarda bir karşı alacağı olduğunu söyleyebilir. Banka, hâlâ yükümlülüklerini yerine getirmek zorundadır"[43] belirlemesinde bulunarak akreditifin bağımsızlığı prensibini vurgulamıştır.

Bankaların belgelerle bağlı olması kuralı[44] (*doctrine of documents*),[45] bağımsızlık prensibi ile birbirini tamamlar niteliktedir; bağımsızlık prensibinin satıcıyı koruyan yapısına karşın, bankaların belgelerle bağlı olması kuralı, alıcının ve akreditif bankasının menfaatlerini gözetmektedir. Söz konusu kurala göre, belgelerin ibrazı sırasında satıcı, akreditifte belirtilmiş olan hususlara bağlı kalmalıdır; aynı şekilde, banka da, akreditif şartlarının yerine getirilmiş olup olmadığını belirlerken tamamen kendisine satıcı tarafından ibraz edilen belgeler ile bağlı olmalıdır. Bu şekilde, alıcı, belirttiği nitelikteki belgelerin satıcı tarafından ibraz edilmemesi halinde bankanın herhangi bir ödemede bulunmayacağını bilecektir. Banka da, belgelerin esas sözleşme ile ne kadar ilgili olduğu ya da bazı hususlarda eksik veya yetersiz olup olmadığı hakkında bir değerlendirme yapmayacak, faturada belirtilen mallar ile gönderilen mallar arasında çeşit, miktar, kalite açısından bir

41 11. H.D.'nin 08.12.1981 tarihli söz konusu kararının ilgili kısmı için bkz. Reisoğlu, (Akreditif) s. 69 (naklen).

42 BGE 100 (1974) II 150 (naklen: Doğan, s. 265).

43 [1981] 2 W.L.R. 1233, s. 1241.

44 Söz konusu kurala ilişkin olarak, Tekinalp "belgeler üzerinden işlem ilkesi" ifadesini kullanırken (bkz. Tekinalp, s. 567), Reisoğlu "akreditifin münhasıran belgelerle -mallarla değil- ilgili bulunması" ifadesini kullanmıştır (bkz. Reisoğlu, (Akreditif) s. 67 vd).

45 "Doctrine of documents" ifadesi Schulze tarafından kullanılmıştır. Bkz. Schulze, s. 239 vd.

fark olup olmadığı ile ilgilenmeyecek, sadece istenilen belgelerin ibraz edilip edilmediğini belirlemek ile yetinecektir.[46]

Bankanın akreditif ilişkisi içerisindeki konumu dikkate alındığında da, bu kuralın gerekli ve yerinde olduğu görülmektedir. Şöyle ki, bankaların, akreditife temel teşkil eden sözleşmenin ilgili olduğu ticarî uygulama ve terminolojiye değil, sadece banka uygulamalarına aşina olması beklenebilir. Bu nedenle banka, hangi belgelerin taraflar arasındaki esas ticarî amaca hizmet edip etmediği konusunda bir sorumluluk almamalıdır. Ayrıca, başvuru sahibinin temsilcisi konumunda olan banka, bu kişiden satıcıya ödediği parayı tahsil edebilmek için onun istekleri ile bağlı kalmalıdır.[47] İşte, belirtilen bu sebepler ve bağımsızlık prensibinin bir gereği olarak, bankaların belgelerle bağlı olması kuralı, akreditife ilişkin uygulamadaki bir diğer temel ilke olarak karşımıza çıkmaktadır.[48]

2) Bankaların Belgelerle Bağlı Olması Kuralının Uygulanması ve UCP

Belgelerle bağlı olma kuralına göre, belgeler incelenirken belgelerin tamlığı, doğruluğu ve belgeler arasında çelişkinin olmaması hususları göz önünde tutulmalıdır.[49] Belgelerin tamlığı, yani tamlık kuralı ile, akreditifte öngörülen belgelerin bankaya ibraz edilen belgelerle sayısal bakımdan uyum göstermesi kastedilirken; belgeler arasında çelişkinin olmaması kuralı ile, sayısal açıdan tam olan bu belgelerin şekil ve içerik itibariyle de akreditifte belirtilen şartlara uygunluk göstermesi ve birbirlerini tamamlayıcı nitelikte olmaları kastedilmektedir. Belgelerin doğruluğu ile ise, belgelerin dış görünüşleri itibariyle istenilen nitelikleri taşıması gereği ifade edilmek istenmektedir.

---

46 Bu yönde bkz. Schulze, s. 239-240; Alavi, (Principle of Strict Compliance) s. 7.

47 Bu yönde bkz. Alavi, (Principle of Strict Compliance) s. 7; Al-Tawil, s. 179. Amir banka ile alıcı arasında bir vekâlet ilişkisi olduğu düşünüldüğünde de TBK m. 505'e (BK m. 389) göre "vekil, vekâlet verenin açık talimatına uymakla yükümlüdür."

48 Chuah, s. 427-428; D'Arcy./Murray/Cleave, s. 172.

49 Bu yönde bkz. Cevdet Yavuz/Faruk Acar/Burak Özen, Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 10. Baskı, İstanbul 2014, s. 1354; Yağmur Setenay, "Katılanlar Arasındaki Hukukî İlişkiler Açısından Akreditif", Prof. Dr. Hamdi Yasaman'a Armağan, İstanbul 2017, 737-770, s. 761; Wooler, s. 67. Ayrıntılı bilgi için bkz. Kaya, s. 100-106.

UCP 500 m.4'te, akreditif ilişkisi içerisindeki tarafların belgeler üzerinden işlem yapacakları belirtildikten sonra, m. 13(a)'da şu şekilde bir belirlemede bulunulmuştu; "Dış görünüşleri itibariyle akreditif şartlarına uygun gözüküp gözükmediklerinden emin olmak için bankalar akreditifte şarta bağlanan bütün belgeleri makul derecede özen göstererek incelemelidirler. Belgelerin dış görünüşleri itibariyle akreditif şartlarına uygunluğu bu maddelerde yansıtılan milletlerarası standart bankacılık uygulaması ile belirlenecektir." Kısacası, UCP 500'de, bankaların belgeleri şeklen, dış görünüşleri itibari ile (*on their face*) inceleyecekleri ve bu incelemede makul özeni (*reasonable care*) gösterecekleri belirtilmişti.

Belgelerin dış görünüşleri itibari ile incelenmesinin ne anlama geldiği hususunda ICC Ulusal Komiteleri'nin yorum kararına göre, "… belgelerin akreditif koşullarına uygun olup olmadığı ve birbiri ile uyumlu olup olmadığı konusunda karar verme, münhasıran bankaların belgeleri incelemesine -yoksa bankaların anlayışına değil- dayanacaktır. Diğer bir deyişle akreditifte belgeleri inceleme metodu vardır ki, bu metod bankacılara özeldir. Bu metod bazı beyanların, hükümlerin veya koşulların belgeler üzerinde bulunup bulunmadığını araştırma çabasını ifade etmektedir".[50]

Bununla beraber, hemen tüm dünyada akreditife ilişkin temel ilkelerden biri olduğu kabul edilmesine karşın, UCP 500 ve daha önceki UCP metinlerinde, bankaların belgelerle bağlı olması kuralına ilişkin standartlar ele alınmamış; sadece, yukarıda belirtmiş olduğumuz UCP 500 m. 13(a)'da olduğu gibi, makul özenin belirlenmesine yönelik olarak uluslararası standart bankacılık uygulamasının göz önüne alınacağı belirtilmişti.[51] Bu durum ise, sonuç olarak söz konusu standartların yorumunun ulusal mahkemelere kalmasına ve bu yorumların da uluslararası bankacılık standartlarından ziyade yorumlayan hâkimin içinde bulunduğu hukuk kültürünün yaklaşımını yansıtmasına neden olmaktaydı.[52] Bu nedenle bankaların belgelerle bağlı olması kuralına yüklenen anlam üzerinde birlik sağlanamamaktaydı.

---

50 Naklen: Reisoğlu, (Akreditif) s. 269.

51 UCP 500'de yer alan bu belirlemenin eleştrisi için bkz. Roberto Bergami, "Will the UCP 600 Provide Solutions to Letter of Credit Transactions?", International Review of Business Research Papers, Vol. 3 No. 2 June 2007, 41-53, s. 47-48.

52 E. Peter Ellinger, "The UCP-500: Considering a New Revision", LMCLQ 2004 (February, Part I) 30, s. 37-38.

Standartlara ilişkin söz konusu belirsizlik neticesinde, uygulamada, belgelerin incelenmesine ilişkin iki farklı görüş ortaya çıkmıştır; belgelere sıkı bağlılık ilkesi ve esas itibariyle uygunluk ilkesi.[53]

Belgelere sıkı bağlılık ilkesine (*doctrine of strict compliance*; *Prinzip der Dokumentenstrenge*) göre satıcı tarafından ibraz edilen belgelerin akreditife harfi harfine uygun olması gerekmekte; bu nedenle, belge üzerindeki en ufak bir hata -örneğin; yazım hatası- dâhi belgenin uygun olmadığı itirazına yol açmaktadır. Buna göre, akreditif ilişkisi içerisinde, akreditifte belirtilmiş olan belgelerle "hemen hemen aynı" olan ya da aynı işlevi görecek olan belgelere yer yoktur. Akreditifte belirtilen şartlardan en ufak bir sapma dâhi banka tarafından ödemenin reddedilmesini gerektirecektir. Aksi halde, amir tarafından verilmiş olan emre uymamış olacağı için banka, lehtara yapmış olduğu ödemenin karşılığını elde edemeyebilecektir.[54]

Konu hakkında önemli bir yere sahip olan ve İngiltere uygulamasında söz konusu ilkenin benimsendiğinin belirtildiği 1927 tarihli kararda da; "Banka ödemiş bulunduğu akreditif bedelini ancak yetkilendirildiği şekilde akreditif şartında belirtilen belgelerin tamamen uygun olması halinde talep edebilecektir. Hemen hemen aynı olan ya da aynı işlevi görecek olan belgelere yer yoktur. İş ilişkileri başka bir şekilde güvenli olarak yürütülemez. Bankaların yurt dışındaki şubeleri finanse edilecek işlem hakkında resmî olarak herhangi detaylı bilgiye sahip olmayacak, bu nedenle neyin yeterli olacağı ya da olmayacağı konusunda karar verecek konumda bulunmayacaktır. Banka kendisine bildirildiği şekilde davranırsa güvende olur; kendisine bildirilenden başka şekilde davranmayı reddederse güvende olur; belirlenen şartların dışına çıkarsa meydana gelebilecek riskleri kendisi üstlenmiş olur"[55] belirlemesinde bulunulmuştur.

Doktrinde çoğunluk tarafından belgelere sıkı bağlılık ilkesinin

---

53 Reisoğlu, (Akreditif) s. 271; Reisoğlu, (600 sayılı Kurallar) s. 32-33.

54 Bu yönde bkz. Reisoğlu, (Akreditif) s. 271-272; Schulze, s. 240; Alavi, (Principle of Strict Compliance) s. 8.

55 Konu ile ilgili önemli kararlar arasında zikredilen "Equitable Trust Co of New York v. Dawson Partners", [1927] 27 Lloyd's Rep. 49, s. 52'de yer alan bu belirleme Viscount Sumner tarafından yapılmıştır. Bu davada Lordlar Kamarası, bilirkişiler tarafından imzalanması gereken bir belgenin tek bir bilirkişi tarafından imzalanmış olmasını gereği gibi ibraz etmeme olarak değerlendirmiştir.

uygulanması gerektiği kabul edilse de, söz konusu ilkenin çok katı bir biçimde uygulanmasının haksız sonuçlara yol açabileceği ve belge retlerinin fazlalığı nedeniyle akreditif mekanizmasının işleyişini aksatabileceği üzerinde durulmuştur. Bunun sonucunda, doktrinde bir grup, belgelere sıkı bağlılık ilkesinin yorumu bakımından bir farklılaşmanın söz konusu olabileceğini ve böylece katı uygulamanın önüne geçilebileceğini savunmuştur.[56] Bir diğer grup ise, akreditifin işleyiş ve amacına daha uygun olduğunu kabul ettikleri, esas itibariyle uygunluk (esasta uygunluk) ilkesinin (*doctrine of substantial compliance*) uygulanması gereği üzerinde durmuştur.[57]

Belgelere sıkı bağlılık ilkesinin katı bir şekilde uygulanması neticesinde ortaya çıkabilen haksızlıkları bertaraf etmek adına, "belgelere harfi harfine uygunluk" ("*mirror image*") yaklaşımı yerine basit hatalar ve yazım yanlışlarının önemsiz hatalar olarak kabul edilip, söz konusu hatalar nedeniyle belgelerin reddedilmemesi gerektiği savunulmuştur.[58] Bu durumda ise banka, hangi hataların önemsiz, hangi hataların ise önemli ve belgelere sıkı bağlılık ilkesine göre belgenin reddini gerektirdiği yönünde bir değerlendirme yapmak zorunda kalacaktır[59] -ki belgelere sıkı bağlılık ilkesini savunanlara göre banka belgelerle ilgili bir değerlendirmede bulunmadan belgeleri ret ya da kabul etmelidir.

Özellikle Amerika Birleşik Devletleri'ndeki mahkeme uygulamaları ile gündeme gelmiş olan "esas itibariyle uygunluk ilkesi" ise, sıkı bağlılık ilkesi ile karşılaştırıldığında, bankalara, belgelerin incelenmesi bakımından, daha fazla değerlendirmede bulunabilme imkânı tanımaktadır. Söz konusu ilkeye göre, bir belgenin esası dikkate alındığında akreditifin şartlarına uyduğu görülüyorsa, bankanın amacı belgeyi mümkün olduğunca onaylamak olmalıdır. Bununla beraber, söz konusu yaklaşım, esaslı eksiklikler ve hatalar bakımından geçerli olmayacaktır.[60]

---

56 Bu yönde bkz. Alavi, (Principle of Strict Compliance) s. 8-9; Reisoğlu, (Akreditif) s. 271-272; Kaya, s. 111-112.

57 Aynı yönde bkz. Reisoğlu, (Akreditif) s. 272.

58 Belgelere sıkı bağlılık ilkesi çerçevesinde yer alan her iki yaklaşım hakkında bilgi için bkz. Andreas Karl, "Letters of Credit and 'The Doctrine of Strict Compliance'", (çevrimiçi) http://www.juridicum.su.se/transport/Forskning/Uppsatser/EssayKarl.pdf (26.10.2017), s. 23-24.

59 Bu yönde bkz. Alavi, (Principle of Strict Compliance) s. 8-9.

60 Esas itibariyle uygunluk ilkesi hakkında bkz. Karl, s. 24-25.

Daha önce de belirttiğimiz gibi, doktrinde genellikle belgelere sıkı bağlılık ilkesinin uygulanmasının savunulduğu görülse de, UCP'de bu yönde genel ve kesin bir belirlemede bulunulmamış; belli konularda belgelere sıkı bağlılık ilkesinin, bazı başka konularda ise esas itibariyle uygunluk ilkesinin benimsendiği görülmüştür. Her iki ilkeye de yer veren en yerinde örneklerden biri UCP 500 m. 37(c) olacaktır. Buna göre; "Malın ticarî faturadaki tanımlaması akreditifteki mala ilişkin tanımlamaya uygun olmalıdır. Diğer bütün belgelerdeki mal tanımlaması akreditifteki tanımlamayla çelişmeyecek bir biçimde genel ifadelerle yapılabilir." Burada, mal tanımlamaları bakımından, ticarî faturalar açısından belgelere sıkı bağlılık ilkesinin, diğer belgeler açısından ise esas itibariyle uygunluk ilkesinin benimsendiği görülmektedir.

Bununla beraber, yukarıda da belirtildiği gibi, incelemeye yönelik standartları belirleyip uygulamak ulusal mahkemelere bırakıldığı için,[61] farklı ülkelerde farklı görüşlerin benimsenmiş olduğu ve bu nedenle de konu üzerinde yeknesaklığın sağlanamadığı görülmekteydi.

Uygulamada, akreditif ilişkisi içerisinde ibrazı istenen belgeler ile ibraz edilen belgeler arasında farklılıkların bulunması durumuna çok sık rastlanılması karşısında belirtilen görüş ayrılıkları daha da önem kazanmıştır. 1980'lerde yapılmış olan bir araştırmaya göre bu durum ibraz edilen belgelerin %60'ında görülmekte iken 2000'lerin başında yapılmış olan bir başka araştırmaya göre bu oran %70'leri aşmıştır.[62] Bu nedenle bankaların ibrazı istenen belgelere ilişkin olarak katı şekilde akreditif amirinin belirlemelerine bağlı kalması genel olarak iş dünyası için haksız ve sağlam temele oturmayan bir uygulama olarak kabul edilmiştir.[63]

---

61 Söz konusu belirsizliğin mahkemeler açısından yaratabileceği zorluğu bir örnek ile açıklamak gerekirse; Alman Temyiz Mahkemesi, "dokümanlar a-d"nin "a ve d" anlamında mı yoksa "a'dan d'ye (a,b,c,d)" anlamında mı kullanıldığı hakkında karar vermek zorunda kalmıştır. Bu yönde bkz. Karl, s. 24.

62 Söz konusu araştırma hakkında bkz. Ross Cranston, Principles of Banking Law, 2nd ed., Oxford University Press, 2002, s. 384-390.

63 Akreditif ilişkisinin tarafları açısından bir değerlendirme yapıldığında her biri için farklı bir ilkenin daha avantajlı olacağı görülecektir. Örneğin; satıcı tarafından bedeli daha kolay elde edebilme adına esas itibariyle uygunluk ilkesinin uygulanması talep edilebilecekken, alıcı tercihini, riskleri en aza indirme adına belgelere sıkı bağlılık ilkesinden yana kullanacaktır. Bu yönde bkz. Karl, s. 26. Bu nedenle tarafların çıkarları değil de bütün olarak akreditif mekanizması dikkate alınarak bir değerlendirme yapılması yerinde olacaktır.

Bu doğrultuda, UCP 600 ile, bankaların haksız ve gereksiz görülen belge retlerini azaltacak ve uygulamada görülen farklılıkları bertaraf edecek düzenlemeler getirilmesi amaçlanmıştır.

IV. BANKALARIN BELGELERLE BAĞLI OLMASI KURALININ UCP 600 AÇISINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ

1) Genel Olarak

Daha önceki metinlerle karşılaştırıldığında, UCP 500, akreditif uygulamasında önemli gelişme ve yeniliklere yol açmış olsa da birbiri ile tutarsızlık gösteren yorumlama ve uygulamalardan kaynaklanan tartışmaları sona erdirememiştir. Bu nedenle, UCP 600 ile, kuralların uygulanmasında ve yorumlanmasında tutarlılık sağlanması hedeflenmiştir. Böylece, belge ibrazında gündeme gelen ve %70 oranlarına varan belge retlerinin sayısı da mümkün olduğu kadar azaltılabilecekti.[64] Bu doğrultuda, UCP 600'de, bağımsızlık prensibi ve bankaların belgelerle bağlı olması kuralına ilişkin bazı hususlarda değişiklikler yapılmıştır.

Akreditifin bağımsızlığı prensibi, UCP 600 m.4'te "Sözleşmeler Karşısında Akreditifler" ("*Credits v. Contracts*") başlığı altında şu şekilde ifadesini bulmuştur:

"a. Doğası itibariyle bir akreditif, dayandırılabileceği satış sözleşmesinden veya diğer bir sözleşmeden ayrı bir işlemdir. Akreditifte her ne şekilde olursa olsun bir sözleşmeye değinilmiş olsa bile bankalar böyle bir sözleşmeyle ilgilenmezler ve onunla bağlı değillerdir. Bu nedenle bir bankanın akreditif altındaki ibrazı karşılama, iştira etme veya diğer herhangi bir yükümlülüğü yerine getirmesine ilişkin taahhüdü, amirin amir bankayla veya lehtarla olan ilişkilerinden kaynaklanan hak taleplerine veya savunmalarına tâbi değildir.

b. Amir, akreditifle ilişkili sözleşmenin kopyalarını, proforma faturayı ve buna benzer belgeleri akreditifin ayrılmaz bir parçası olarak akreditife dahil etmek için herhangi bir girişimde bulunduğu takdirde amir bankanın amiri bundan vazgeçirmeye çalışması gerekir".

UCP 600 m.4'ün, bağımsızlık prensibini, önceki revizyonlar ile

64 Özalp, s. 197-198.

karşılaştırıldığında, daha kuvvetli bir şekilde ifade ettiği;[65] bu doğrultuda, maddenin (b) bendi ile de, UCP 500 metninde olmayan bir düzenlemeye yer verdiği görülmektedir. Bu bende göre, amir tarafından proforma fatura, akreditife ilişkin sözleşmenin kopyaları ya da bunlara benzer belgeler akreditife dâhil edilmek istendiğinde amir banka bunu engellemeye çalışacaktır. Bu tür belgeler genellikle lehtarın belgelerinde yer alan mal tanımlamalarının istenilen şekilde olup olmadığının kontrol edilmesi için kullanılmaktadır. Fakat söz konusu belgelerin amir tarafından akreditife dâhil edilmesi halinde bu sadece malların tanımlamaları ile sınırlı kalmamakta, belgelerin tümünün dâhil edilmesi sonucunu doğurmaktadır. Bu halde ise, hem aynı maddenin (a) bendine aykırı olarak, akreditif ile satış sözleşmesi arasında bir ilişki kurulmakta hem de proforma fatura, sözleşme ya da benzer belgelerde akreditif şartları ile çelişen, farklılık gösteren hususların bulunması ihtimali ortaya çıkabilmektedir. UCP 600 m.4(b) düzenlemesi ile bu durumların engellenmesi amaçlanmıştır.[66]

Bankaların belgelerle bağlı olması kuralına ilişkin olarak ise UCP 600'ün "Mallar, Hizmetler veya Yapılan İşler Karşısında Belgeler" ("*Documents v. Goods, Services or Performance*") başlığını taşıyan 5. maddesinde,[67] "Bankalar belgelerin ilişkili olabileceği malları, hizmetleri veya yapılan işleri değil, belgeleri göz önünde bulundurarak (belgeler üzerinden) işlem yaparlar" şeklinde bir belirleme yapılmıştır. Bunun yanında, aşağıda değineceğimiz, "Belgelerin İncelenmesine İlişkin Standart" ("*Standard for Examination of Documents*") başlığını taşıyan 14. maddenin (a) bendine göre de "Görevi çerçevesinde hareket eden bir görevli banka, varsa bir teyit bankası ve amir banka, belgelerin dış görünüşleri itibariyle uygun bir ibrazı oluşturup oluşturmadığını belirlemek için sadece belgeleri esas alarak ibrazı incelemelidir".

---

65 Bu doğrultuda bkz. Reisoğlu, (Akreditif) s. 63; Bergami, (UCP 600 Rules) s. 200; Schulze, s. 235.

66 Reisoğlu, (Akreditif), s. 64-65.

67 Söz konusu madde aynı zamanda akreditifin bağımsızlığı ilkesini de bir kez daha vurgulamaktadır. Aynı yönde bkz. Schulze, s. 239. Bazı kaynaklarda ise UCP 600 m.5, doğrudan "akreditifin bağımsızlığı ilkesi" başlığı altında ele alınmaktadır. Örnek olarak bkz. Meral, s. 48; Rodrigo, s. 6; Alavi, (Principle of Strict Compliance) s. 6; Wooler, s. 66. Bu durum da bize, daha önce de belirttiğimiz gibi, "akreditifin bağımsızlığı ilkesi" ile "bankaların belgelerle bağlı olması kuralı" arasındaki sıkı ilişkiyi bir kez daha göstermektedir.

Belirtilen maddelerin de işaret ettiği gibi, UCP 600 metninde de bankaların belgelerle bağlı olacağı kuralına yer verilmiştir. Bununla beraber, UCP 600 m.5'te, UCP 500 ile karşılaştırıldığında, bir değişiklik yapıldığı görülmektedir.

UCP 500 m.4'te, akreditif ilişkisi içerisindeki tüm tarafların belgeleri dikkate alarak işlem yapacakları belirtilmişti. 2007 Revizyonu için yapılan çalışmalar sırasında Taslak Grubu tarafından, akreditif ilişkisi içerisinde yer alan tarafların tamamının yalnızca belgeleri dikkate alarak işlem yapmadıkları; lehtarın esas olarak mallar, hizmetler ya da yapılan işlemler ile ilgilendiği belirtilmiştir. Bu nedenle, yerinde olarak, UCP 600 m.5'te "bankaların" -tüm tarafların değil- belgeler üzerinden işlem yaptıkları belirtilmiş ve bankaların belgelerle bağlı olması kuralı daha açık ve net bir şekilde vurgulanmıştır.[68]

2) Belgelerin İncelenmesi Açısından

UCP 600'de belgelerin incelenmesi ile ilgili kriterlere ilişkin değişiklikler ise iki grup altında ele alınabilir.[69] Bu bağlamda öncelikle ibraz edilen belgelerin incelenmesi ile ilgili genel prensiplere (UCP 600 m. 14), daha sonra belge asıllarına ilişkin düzenlemelere (UCP 600 m. 17) değinebiliriz.

a) İbraz Edilen Belgelerin İncelenmesi ile İlgili Genel Prensipler Açısından

"Belgelerin İncelenmesine İlişkin Standart" ("*Standard for Examination of Documents*") başlığı ile UCP 600 m.14, tıpkı UCP 500 m.13 gibi, akreditifte ibrazı istenen belgelerin satıcı tarafından bankaya sunulması halinde bankanın bu belgelerin incelenmesine yönelik sorumluluğunu saptamaktadır. Bununla beraber, UCP 2007 Revizyonu'ndaki en önemli değişiklik ve yeniliklerin yer aldığını söyleyebileceğimiz bu maddenin, UCP 500'den esas itibariyle üç yönde farklılaştığı görülmektedir.[70] Bu farklılıklar, bankaların belgeleri dış görünüşleri itiba-

68 Bu yönde bkz. Schulze, s. 239.

69 Sigorta belgesi, konşimento gibi özel düzenlemelere tâbi tutulmuş belgeler ile ilgili hususlar bu çalışmada ele alınmamıştır.

70 Bu yönde bkz. Rodrigo, s. 9; Ridoan Karim/Zahidul Islam, "Critical Analysis of the Principle of Strict Compliance in Letter of Credit Operation with Relation to the UCP 600", *Journal of Asian and African Social Science and Humanities,* Vol. 2, No.

riyle incelemesine ilişkin temel görevi (m.14(a)), bankalara belgelerin incelenmesi için izin verilen süre (m.14(b) ve m.16(d)) ve ibraz edilen belgeler arasındaki bağlantı ve tutarlılık (m.14(d) ve (e)) açısından söz konusu olmaktadır.

i. Bankaların belgeleri dış görünüşleri itibariyle incelemesine ilişkin temel görevi açısından

UCP 600 m.14(a), bankalara, "belgelerin dış görünüşleri itibariyle uygun bir ibrazı oluşturup oluşturmadığını belirlemek için sadece belgeleri esas alarak" ibrazı inceleme görevi yüklemektedir. UCP 500 m.13(a)'dan farklı olarak, burada "makul özen ile" (*"with reasonable care"*) ifadesi yer almamaktadır. Bu değişikliğin, belgeleri incelerken bankalara sınırları daha katı ve belirgin bir sorumluluk yüklenmesi için özellikle yapıldığı savunulmuştur.[71] UCP 600 m.14(a)'da bankaların belgeleri artık sadece dış görünüşleri itibariyle inceleyecekleri belirtilmiş olduğuna ve "makul özen" gibi her uygulamada farklılaşabilecek bir ifadeye yer verilmediğine göre, söz konusu savunmanın doğru olduğu sonucuna varılacaktır.[72]

Taslak Grubu'nun söz konusu değişiklik ile ilgili olarak yaptığı şu yorum da varılan bu sonucu destekler niteliktedir:

"Hükümde, 'makul özen'in gösterilmesi istemi kaldırılmış ve yerini daha kapsamlı ve kesin istemler almıştır. Bu değişiklik, UCP 500'ün yayımlanmasından beri, akreditiflere ilişkin olarak sunulan birçok belgenin incelenmesinde uygulanan uluslararası standart bankacılık uygulamasını belgelemede, başta ICC yayın no. 645 ve UCP 600 ile kullanılması için yenilenmiş olan ICC yayın no. 681 olmak üzere, kaydedilen ilerleme ile de teşvik edilmiştir."[73]

Revizyon çalışmaları sırasında, m.14(a) metnine "dış görünüşleri itibariyle" (*"on their face"*) ifadesinin eklenmesinin, "uygun bir ibrazı

3, 2016, 105-114, s. 107.

71 Bu yönde bkz. Rodrigo, s. 9-10; Karim/Islam, s. 108; Alavi, (Principle of Strict Compliance) s. 8.

72 Aynı doğrultuda bkz. Reisoğlu, (Akreditif) s. 266-267; Wooler, s. 73.

73 Commentary on UCP 600, Article-by-Article Analysis by the UCP 600 Drafting Group, ICC Publication No 680 (ICC Services, Publications Department, France), s. 62.

oluşturup oluşturmadığını belirlemek" ifadesinin anlamına herhangi bir esaslı katkı sağlayıp sağlamayacağı da tartışılmıştır. Böyle bir katkının olmayacağı yönünde anlaşmaya varılmış; fakat, "dış görünüşleri itibariyle" ifadesinin metinde yer almayacağı yönünde bir anlaşma gündeme gelmemiştir.[74] Bununla beraber, söz konusu ifadeye UCP'nin belirli bazı başka belgelere ilişkin maddelerinde yer verilmemiştir. Bu durum, Taslak Grubu'nun yorumunda şu şekilde ifade edilmiştir;

"Söz konusu hükümde 'dış görünüşleri itibariyle' ifadesi yer almaya devam etse de UCP 600'ün diğer tüm maddelerinden çıkarılmıştır. Bu ifade, belgelerin incelenmesine ilişkin olarak kullanıldığı şekli ile, hukukçular ve deneyimli akreditif uygulayıcıları tarafından iyi yapılandırılmış bir kavram olarak görülmektedir. 'Dış görünüş itibariyle' ifadesi, bir belgenin 'arka yüzü'ne karşı 'ön yüz'ünü işaret etmemekle birlikte, belgede yer alan veri içeriklerinin, UCP'de yer alan ilkelere ve uluslararası standart bankacılık uygulamalarına uygun olup olmadığını belirlemek amacıyla gözden geçirilmesine kadar uzanır. Bu ifade, belgelerin genel itibariyle incelenmesine ilişkin olarak UCP'de yer almaya devam ettiği için, Taslak Grubu, UCP 500'de olduğu üzere taşıma belgesi, sigorta belgesi ya da ticarî faturaya ilişkin maddeler gibi diğer maddelerde söz konusu ifadeyi tekrar etmek için bir neden görmemiştir. Bankalar, bir belgenin UCP'nin şartlarına uygun olup olmadığını saptarlarken belgenin dış görünüşünün ötesine geçmek zorunda değildirler."[75]

Söz konusu yorum ile, "dış görünüş itibariyle" ifadesinin anlamı hakkında bilgi verilmiş; aynı zamanda, bu ifadeye belirli bazı başka belgeleri düzenleyen maddelerde yer verilmemiş olması nedeniyle, genel prensip niteliğinde olan m.14 ile söz konusu diğer maddeler arasındaki uyumun bozulduğu yönünde gelebilecek eleştirilerin de önüne geçilmiştir.

UCP 600 m. 14(a)'da söz konusu olan değişiklikler, m. 2'de yer alan "uygun ibraz" (*"complying presentation"*) tanımı ile birlikte ele alındığında, ibraz edilen belgelerin uygunluğunun akreditif şartları, UCP

74 Söz konusu ifadenin düzenlemede yer almasına yönelik eleştiri için bkz. Bergami, (Solutions) s. 48.

75 Commentary on UCP 600, s. 62.

düzenlemeleri ve uluslararası standart bankacılık uygulamalarına[76] göre belirleneceği görülmektedir.[77]

ii. Bankalara belgelerin incelenmesi için izin verilen süre açısından

UCP 600 m.14(b) ve m.16(d)'de ifadesini bulan, bankalara belgeleri incelemesi için tanınmış olan süre, özellikle satıcılar açısından çok büyük önemi haizdir. UCP 500 m.13(b)'de akreditif ilişkisi içinde yer alan her bankaya, ibraz edilen belgeleri incelemesi için belgelerin ibrazını takip eden günden itibaren yedi banka iş gününü geçmeyecek makul bir zaman içinde belgeleri inceleme imkânı tanınmıştı.[78] Düzenlemede yer alan "yedi banka iş gününü geçmeyecek makul süre" ise farklı ulusal mahkemeler tarafından değişik şekillerde yorumlanmaktaydı. Bu nedenle, revizyon çalışmaları aşamasında, ICC Ulusal Bankacılık Komiteleri, büyük bir çoğunlukla, bu ifadenin yerine bankalara belgeleri incelemeleri için belirli bir zaman verilmesi görüşünü benimsemişlerdi. Bu doğrultuda, UCP 600 m.14(b) ve m.16(d)'de yer aldığı şekli ile belgelerin, ibrazlarını izleyen beş banka iş günü[79] içinde incelenmeleri gerektiği belirtilmiştir. Böylece, bankaların belgeleri incelemek için ne kadar sürelerinin olduğunun belirlenmesi yönündeki sorunlar ortadan kalkmış olmaktadır.[80]

Öte yandan, belirtilen şekilde bir süre öngörülmüş olmasının başka bazı sorunlara yol açabileceği düşünülebilir. Örneğin, bir banka, belgelerin ibrazını takip eden ikinci iş gününde bu belgelerin uygun

---

76 Prof.Dr. James Byrne, UCP 600 m.2'de yer alan "uluslararası standart bankacılık uygulaması"nın aynı isimdeki ISBP (2007)'ye bir atıf olarak anlaşılıp, ISBP (2007)'nin, UCP 600'ün uygulanmasına yönelik geçerli yorumlama olduğu sonucuna varılmasına neden olabileceğini belirtmiştir. Bu yönde bkz. Wooler, s. 69. Bununla beraber, Taslak Grubu'nun başkanı olan Garry Collyer, bu fikre karşı çıkmış ve komitenin ISBP'yi haddinden fazla referans göstererek UCP metninin genişlemesini önlemek istediğini belirtmiştir. Gary Collyer'in görüşü ve bu yöndeki benzer görüşler için bkz. Wooler, s. 69-70. Uygun ibraza ilişkin özel olarak ISBP'ye atıf yapılmadığı şeklindeki görüş için ayrıca bkz. Reisoğlu, (600 Sayılı Kurallar) s. 32.

77 Bu yönde bkz. Karim/Islam, s. 107.

78 UCP 500'den önceki metinlerde sadece bankaların incelemelerini "makul bir süre içerisinde" yapmaları gerektiği belirtiliyordu.

79 Söz konusu madde incelenirken UCP 600 m.2'de yer alan "banka iş günü" tanımı da dikkate alınmalıdır.

80 Bu yönde bkz. Rodrigo, s. 10-11.

olduğu sonucuna varırsa satıcı o gün itibariyle satış bedelinin kendisine ödenmesini isteyebilecek midir; yoksa beşinci güne kadar beklemesi mi gerekecektir?

UCP 600 m.14(b)'ye göre beş banka iş günü bankalara ibrazın uygunluğunu belirlemeleri için verilmiştir. UCP 600 m.15(a)'da ise amir bankanın ibrazın uygun olduğunu belirlediğinde ibrazı karşılaması gerektiği, aynı maddenin (b) ve (c) bentlerinde bu kuralın teyit bankası ve görevli banka için de geçerli olduğu belirtilmiştir. Ayrıca m.16(d)'de, satıcıya ödeme yapılmasının reddedildiğinin "ibraz gününü izleyen beşinci banka iş gününün bitiminden geç olmamak üzere telekomünikasyon aracılığıyla, bu mümkün değilse diğer hızlı araçlarla" gönderilmesi gerektiği ifade edilmiştir. Bu maddeler göz önüne alındığında, bankalara, ödemenin yapılıp yapılmayacağını belirlemeleri için beş banka iş gününün verilmiş olduğu ve ödeme ya da redde karar vermeleri halinde bu kararı satıcıya derhal -beşinci günü beklemeden- iletmeleri gerektiği sonucuna varılacaktır. Bunun yanında, bankanın belgeleri reddetmesi halinde, kararını, örneğin kararı ikinci günde vermişse, aynı günde satıcıya ileterek ona beş banka iş günü sonuna kadar belgeleri tekrar ibraz edebilme olanağı sağlayabileceği halde, kararını satıcıya iletmek için beş banka iş günü beklemesi halinde akreditif ilişkisinin sona ermiş olacağı dikkate alındığında da bankanın sürenin sonuna kadar beklememesi gerektiği sonucuna varılmasının yerinde olduğu görülecektir.[81] Bu nedenlerle, banka tarafından belgenin uygun olduğu sonucuna varılması halinde satıcı da, beşinci günü beklemeden, satış bedelinin kendisine ödenmesini isteyebilecektir.

Bununla beraber, duruma alıcı açısından bakıldığında, akla başka sorular gelebilecektir; mesela, bir banka üçüncü günde ibrazın uygun olduğunu tespit edip ödemeyi yapmış olsa ve dördüncü günde teslim edilecek mallar kayıp olsa ya da hasara uğrasa, alıcı, banka hakkında bedeli ödemesi gereken zamandan önce ödediği gerekçesi ile şikâyetçi olabilecek midir? UCP 600 m.14(b)'de yer alan "azami beş banka iş günü" ifadesi göz önüne alındığında amaçlananın, yukarıda da belirtildiği gibi, bankanın bu süre sonuna kadar beklemesi değil, bankanın en geç bu süre sonuna kadar incelemesini yapmış olması ge-

81 UCP 500'de yer alan hükümler dikkate alınarak yapılan aynı yöndeki görüş için bkz. Kaya, s. 114.

rektiğini vurgulamak olduğu görülmektedir. Bu nedenle banka ibrazın uygun olduğunu belirlemişse ödemeyi, ibrazın uygun olmadığına karar vermişse ret kararını satıcıya hemen iletmeli, beş banka iş gününü beklememelidir. Ayrıca revize edilmiş hali ile m.14(b)'nin, UCP 500 m.13(b)'nin yürürlükte olduğu dönemde gündeme gelen değişik yorumları ve bu nedenle konu hakkında mevcut bulunan belirsizliği önleme dışında bir amacının olmadığını, dolayısıyla da beş banka iş gününün her halde beklenmesi gerektiği sonucunu beraberinde getiren bir durumun bulunmadığını düşünmekteyiz. Böyle bir durumda, alıcının, banka hakkında şikâyette bulunma hakkının bulunmadığı sonucuna varmak yerinde olacaktır.

iii. İbraz edilen belgeler arasındaki bağlantı ve tutarlılık açısından

İbraz edilen belgelerin incelenmesi ile ilgili genel prensiplerde, UCP 500 ile karşılaştırıldığında, farklılık arz eden bir başka durum, ibraz edilen belgeler arasındaki bağ ve tutarlılığa ilişkindir. Kullanıcılar açısından son derece önem arz eden bu konu, revizyon çalışmaları sırasında büyük tartışmalara yol açmıştır.

Uygulamada ibraz edilen belgelerin reddedilme nedenleri genellikle belgeler arasındaki tutarsızlıktan kaynaklansa da UCP 500 metninde konu üzerinde ayrıntılı maddelere yer verilmemişti. Sadece m.13(a)'da genel olarak belgeler arasındaki tutarsızlıklara, m.37(c)'de ise mallara ilişkin açıklamalar arasındaki tutarsızlıklara[82] değinilmişti.

UCP 500 m.37(c)'de yer alan düzenleme, UCP 600 m.14(e)'de esaslı bir değişikliğe uğramadan korunmuştur. Söz konusu maddeye göre; "Ticarî fatura dışındaki belgelerde malın, hizmetlerin veya yapılan işin tanımı belirtildiği taktirde bu tanım akreditifteki tanımlarına ters düşmeyen genel ifadeler ile yapılabilir."

Konu hakkında UCP 600 ile yapılan esaslı değişiklik, UCP 500 m.13(a)'da olmuştur.[83] UCP 500'de yer alan söz konusu maddede, dış görünüşleri itibariyle aralarında tutarsızlık bulunan belgelerin farklı

82 Bkz., D'Arcy/Murray/Cleave, s. 182.

83 UCP 600'ün hazırlanması sırasında bu mesele "linkage issue" ("bağlantı meselesi") şeklinde ele alınmıştır. Bu doğrultuda bkz. Commentary on UCP 600, s. 65.

sayılacağı belirtilmekteydi. Bu ifade UCP 600 m.14(d)'de ise şu şekilde değiştirilmiştir: "Bir belgedeki veri içeriği, akreditif, bizzat belgenin kendisi ve uluslararası standart bankacılık uygulaması bağlamında okunduğunda o veri içeriğinin o belgedeki, ibrazı şart koşulan diğer herhangi bir belgedeki veya akreditifteki verilerin içeriğiyle bire bir aynı olması gerekmez, ancak onlara ters düşmemelidir". Kısacası, ibraz edilen belgelerdeki verilerin birbiri ile tamamen aynı olması gerekmez. Söz konusu verilerin birbiri ile çelişmemesi, veriler arasında tutarsızlıkların olmaması yeterlidir.

Taslak Grubu, revizyon çalışmaları sırasında, m.14(d)'de yer alan "ters düşmemelidir" belirlemesinin, UCP 500 m.13(a)'da yer alan "tutarsızlık" ifadesine göre daha dar ve tercih edilir bir ifade olacağını ve bu şekilde bankaların, veri içeriğinin kendisine dayanarak uygunluk hakkında bir karara varmasının icap edeceğini belirtmiştir.[84]

ICC Ulusal Komiteleri tarafından büyük destek görmüş olan belgeler arasındaki bağ ve tutarlılığa ilişkin söz konusu yeni düzenlemeler ile, UCP 500'de de belli bazı belgeler bakımından söz konusu olduğunu belirttiğimiz belgelere sıkı bağlılık ilkesinin uygulama alanının daha da daraltılmış olduğu görülmektedir. UCP'de 2007 revizyonunun yapılmasının önemli nedenlerinden biri olan "ibraz edilen belgelerin reddedilme olasılıklarının mümkün olduğunca azaltılması" amacına hizmet eden bu düzenlemeler ile bankaların belgeleri incelerken sahip oldukları hareket alanları biraz daha genişletilmiş, bankalara daha fazla takdir yetkisi bırakılmıştır.[85]

iv. Diğer hususlar açısından

Daha önce de ifade edildiği gibi, belgelerin incelenmesi ile ilgili genel prensiplerde UCP 600 ile yapılan en önemli değişiklik ve yenilikler belgelerin dış görünüşleri itibariyle incelenmesine, inceleme için izin verilen süreye ve belgeler arasındaki bağlılık ve tutarlılığa ilişkin olmakla beraber, bazı başka hususlarda da değişikliklerin söz konusu olduğu görülmektedir.

84 Bkz. Schulze, s. 243.
85 Bu yönde bkz. Rodrigo, s. 11; Bergami, (Solutions) s. 49.

Belgelerdeki basım ya da yazım hataları da uygulamada sorunlara yol açmaktaydı. Bu durum özellikle tarafların adresleri ile ilgili olarak gündeme gelmekteydi. Bu nedenle UCP 600 m.14(j) ile amir ve lehtarın adreslerine ilişkin yeni bir düzenleme getirilmiştir. Bu bende göre, amir ve lehtarın ibrazı şart olan herhangi bir belgede belirtilen adresi ile akreditifte ya da ibrazı şart herhangi başka bir belgede yer alan adresinin, ilgili adreslerin aynı ülke içinde olması koşulu ile, aynı olması gerekmez. Telefon, e-posta gibi iletişim kurmaya yönelik ayrıntılar da dikkate alınmaz. Böylece, ibraz edilen belgelerin sadece basım ya da yazım hatası nedeni ile reddedilme olasılığının oldukça azalacağı kabul edilebilir. Aynı şekilde bu madde ile, aynı ülke içerisinde farklı şubeleri bulunan şirketlerin belgelerinin adres farklılıkları nedeni ile reddedilme ihtimallerinin daha düşük olacağı sonucuna varılabilir.[86] Bununla beraber, bu maddenin bazı taşıma belgeleri için uygulanmayacağı da belirtilmiştir.[87]

Akreditifte çeşitli talimatlara yer verilmiş olmasına karşın, bu talimatların ibraz edilecek herhangi bir belge ile ilişkilendirilmemiş olması halinde bankanın bir inceleme yapmasının gerekli olup olmadığı konusu revizyon çalışmaları sırasında uzun tartışmalara neden olmuştur. Sonuçta, ICC Ulusal Komiteleri tarafından büyük bir oy çokluğu ile, UCP 500'de yer alan düzenlemenin[88] korunması kabul edilmiştir. Buna göre, UCP 600 m.14(h)'de yer aldığı şekli ile "Bir akreditifte bir şart yer aldığı halde o şarta uyulduğunu gösteren belge şarta bağlanmadığı takdirde bankalar o şartı belirtilmemiş sayacak ve dikkate almayacaklardır".

UCP 500'de belirtilmiş olan bankaların belgelere bağlanmamış şartları yok sayacağı kuralı, 3 Numaralı Değerlendirme Raporu (*Position Paper No.3*) ile,[89] zımnen dâhi bir belgenin ibrazı ile ilişkilendi-

---

86 "UCP 600 a Step Forward", (çevrimiçi) https://www.steamshipmutual.com/publications/Articles/UCP6000807.html (26.10.2017)

87 Söz konusu maddeye göre, "… Bununla beraber, amirin adresi ve iletişim kurma ayrıntıları 19, 20, 21, 22, 23, 24 veya 25. maddeye tâbi bir taşıma belgesinde alıcıya (consignee) veya ihbar tarafına (notify) ait ayrıntıların parçası olarak gösterildiğinde o adres ve iletişim kurma ayrıntıları akreditifte belirtildiği gibi olmalıdır".

88 UCP 500 m.13(c)

89 UCP 500'e ilişkin değerlendirme raporları için bkz. (çevrimiçi) https://cdn.iccwbo.org/content/uploads/sites/3/1994/09/Position-Papers-nC2B0-1-2-3-4-on-UCP-500.pdf (26.10.2017)

rilemeyen belgeye bağlanmamış şartların bulunması hali ile sınırlandırılmıştı. UCP 600'ün "Giriş" kısmında ise, UCP 500'e yönelik olarak hazırlanan Değerlendirme Raporlarının, UCP 600 altında uygulama alanı bulamayacağı belirtilmiştir. Buna göre, kural temelde aynı kalmakla birlikte, bankalar artık belgeye bağlı olmayan "tüm istemleri" -istisnasız- ihmâl edeceklerdir. Bunun sonucunda da, taraflar belgelere dayalı istemlerini belirlemede daha dikkatli davranacaklardır.

İbrazı istenen belgelere ilişkin açıklamaların açık ve net bir biçimde belirtilmesinin önemine binaen UCP 500'ün 5. maddesinde alıcılara bu doğrultuda bir tavsiyede bulunulmuştu. Buna göre amir, bankaya tam ve kesin talimatlar vermeli, talimatlarda aşırı ayrıntı vermekten kaçınmalı ve daha önce açılmış bir akreditifin talimatlarına işaret ederek yeni bir akreditif açma yoluna gitmemelidir.[90] UCP 600'de ise buna eşdeğer bir hüküm bulunmamaktadır. Bununla beraber, belirtilen hususlara yeni metinde yer verilmemiş olması, göz önüne alınmayacakları anlamına gelmeyecektir. Özellikle az önce ifade edildiği gibi, bankaların belgeye bağlı olmayan tüm istemleri ihmâl edecek olmaları nedeni ile tarafların belgelere dayalı istemlerini belirlemede daha dikkatli davranmaları gerekeceği göz önünde bulundurulduğunda, akreditif başvurusu yapılırken söz konusu hususların yine de dikkate alınmalarının yararlı olacağı sonucuna varılacaktır.

b) Belge Asıllarına İlişkin Düzenlemeler

UCP 600 m. 17, belge asıllarına ilişkin olarak UCP 500'de gündeme gelen, özellikle bankaların belgelerin asıllarının ibrazı için ısrar edip edemeyecekleri konusundaki belirsizlik sonucu karşılaşılan problemlerin çözüme kavuşturulması amacı doğrultusunda düzenlenmiştir.

UCP 600 m.17'de öncelikle, ibrazı şart koşulan her bir belgenin en az bir adet aslının (orijinalinin) ibraz edilmesi gerektiği belirtilmiştir.[91] Öte yandan, belli belgelerin asıllarının elde edilmesinin zor olduğunun bilindiği durumlarda, alıcı ve satıcı aralarında anlaşarak m.1'de sunulan imkânı kullanabilecek ve m.17'de belirtilmiş olan bu kuralın ilişkilerine uygulanmasını engelleyebileceklerdir.

---

90 Chuah, s. 412.

91 Bu şekilde, UCP 500'ün yürürlükte olduğu dönemde konu ile ilgili yaşanan belirsizlik çözüme kavuşturulmaya çalışılmıştır.

UCP 500'de yer alan düzenlemeler ile karşılaştırıldığında, UCP 600 m.17'de hangi belgelerin asıl sayılacağına ilişkin daha ayrıntılı düzenlemelere yer verildiği de görülmektedir. 17. maddenin (b) ve (c) bentleri birlikte ele alındığında, hangi belgelerin orijinal kabul edileceği belirlenebilecektir. Buna göre, belgenin kendisi orijinal olduğu konusunda herhangi bir şey belirtmese de, belgeyi düzenleyenin orijinal görünümlü bir imzasını, işaretini, kaşesini veya etiketini taşıyan; belgeyi düzenleyenin eliyle yazılmış, daktilo edilmiş, delgilenmiş veya kaşelenmiş gözüken; belgeyi düzenleyenin orijinal kırtasiyesi kullanılarak düzenlendiği gözüken; orijinal olduğunu belirten belgeler orijinal kabul edileceklerdir.

3) Değerlendirme

Görüldüğü gibi, önemli olduğunu belirttiğimiz tüm bu değişiklikler ile, bir madalyonun iki yüzü olarak da ifade edebileceğimiz, akrediflerin bağımsızlığı/soyutluğu ilkesi ve bankaların belgelerle bağlı olması kuralının gereklilikleri bir kere daha vurgulanmış; söz konusu temel ilkelerde esaslı bir yenilik getirilmese de, özellikle bankaların belgelerle bağlı olması kuralının uygulanmasında uluslararası alanda yeknesaklığı sağlamaya yönelik değişikliklerin yapıldığı ve uluslararası ticarette önemli bir finansman aracı olan akreditif mekanizmasının söz konusu itibarını zedeleyecek uygulamaların önüne geçilmesinin amaçlandığı gözlenmektedir.[92]

Belgelerin incelenmesi özelinde, UCP 600 m.14'e on iki bendi ile bir bütün olarak bakıldığında da, belgelerin incelenmesi bakımından uygulamaların birbiri ile daha tutarlı olmasının ve red sayısının azaltılmasının amaçlandığı görülmektedir. Bu doğrultuda, farklı yorumlanabilecek ifadelerin kullanımlarından kaçınıldığı, esas itibariyle uygunluk ilkesinin temel alındığı, bunun yanı sıra ticarî faturalarla sınırlı olarak belgelere sıkı bağlılık ilkesinin uygulama alanı bulduğu -ki burada da harfi harfine uygunluğun aranmadığı- görülmektedir.[93]

---

92 Bu yönde bkz. Rodrigo, s. 12.

93 Aynı yönde bkz. Karim/Islam, s. 112-113.

V. SONUÇ

Uluslararası ticaretin sahip olduğu özellikler nedeni ile güvenilir bir ödeme mekanizmasına duyulan ihtiyaç neticesinde uygulamada ortaya çıkmış olan akreditif, söz konusu alanda en sık başvurulan yöntemlerden birisi olmuş ve hemen her ülke tarafından uygulanması nedeni ile, ICC tarafından, bu mekanizmanın işleyişini düzenleyen yeknesak kurallar oluşturulmaya çalışılmıştır. "UCP" şeklinde ifade edilen bu yeknesak kurallar, çeşitli zamanlarda yapılan revizyon çalışmaları ile, uygulamadaki ihtiyaçlara daha net cevaplar sunar hale getirilmeye çalışılmıştır.

Genellikle UCP'de yer alan düzenlemelere tâbi tutulan akreditif mekanizmasına yönelik uyuşmazlıklar, yorum ve bunun neticesinde görülen uygulama farklılıklarından kaynaklanmaktadır. Bu hususun en göze çarpan örneklerinden biri, bankaların belgelerle bağlı olması kuralıdır. Çalışmada ifade edildiği üzere, UCP'nin en son revizyonu olan 2007 Revizyonu ile amaçlananlardan birisi de, söz konusu kurala ilişkin hususlarda farklı uygulayıcılar tarafından farklı yorumlarda bulunulmasının ve bunun neticesinde uygulamada farklılıklar meydana gelmesinin önlenmesi olmuştur. Böylece, uluslararası ticarette son derece önem arz eden "öngörülebilirlik" açısından önemli bir adım daha atılmış ve bu şekilde belge retlerinin de mümkün olduğunca azaltılabilmesi hedeflenmiştir.

Konu ile ilgili UCP 600'de yapılan değişiklikler dikkate alındığında, "belgelere sıkı bağlılık ilkesi"nin uygulama alanının daha da daraltılmış olduğu, "esas itibariyle uygunluk ilkesi"nin temel alındığı ve akreditiflerin ödeme mekanizması fonksiyonlarına vurgu yapıldığı görülmektedir.

Kanaatimizce, söz konusu değişiklikler, bankaların belgelerle bağlı olması kuralının uygulanmasında bir birlik sağlayabilecek niteliktedir. Fakat bunun için sadece UCP metninde yapılmış olan revizyon çalışmaları yeterli olmayacak, yorumlayıcı ve uygulayıcıların da, bu amacın uygulamaya en yararlı şekilde yansıtılmasına yardımcı olmaları gerekecektir.

Kaynakça

Kitaplar

Chuah Jason C. T., Law of International Trade, London, Sweet & Maxwell, 2001.

Commentary on UCP 600, Article-by-Article Analysis by the UCP 600 Drafting Group, ICC Publication No 680 (ICC Services, Publications Department, France).

Cranston Ross, Principles of Banking Law, 2nd ed., Oxford University Pres, 2002.

D'Arcy Leo/ Murray Carole/ Cleave Barbara, Schmitthoff's Export Trade – The Law and Practice of International Trade, 10th ed., London, Sweet & Maxwell, 2000.

Doğan Vahit, Uluslararası Ticarette Ödeme Aracı Olarak Akreditif, 2. Baskı, Ankara 2005.

King Richard, Gutteridge and Megrah's Law of Bankers' Commercial Credits, 8th ed., Europa Publications, 2001.

Kocaman Arif B., Türk Borçlar Hukukunda Havale, Ankara 2001.

Kostakoğlu Cengiz, Bankalar Kanunu Şerhi - Banka Kredi Sözleşmelerinden Doğan Uyuşmazlıklar ve Akreditif, 4. Bası, İstanbul 2003.

Mckendrick Ewan, Sale of Goods, London - Hong Kong, LLP, 2000.

Özalp Abdurrahman, Dış Ticarette Yeni Kurallar UCP 600'ın Kullanılması ve Akreditif, 2. Baskı, İstanbul 2007.

Reisoğlu Seza, Akreditif ile İlgili 600 Sayılı Kuralların Uygulanması ve Sorunlar – Konferans (26 Eylül 2014), Ankara 2015 ("600 sayılı Kurallar" olarak anılacaktır).

Reisoğlu Seza, Türk Hukukunda ve Bankacılık Uygulamasında Akreditif, Ankara 2009 ("Akreditif" olarak anılacaktır).

Şanlı Cemal/Ekşi Nuray, Uluslararası Ticaret Hukuku, 4. Bası, İstanbul, 2005.

Tekinalp Ünal, Ünal Tekinalp'in Banka Hukukunun Esasları, İstanbul 2009.

von Houtte Hans, The Law of International Trade, 2nd ed., Sweet & Maxwell, 2002.

Wooler, Garth Christopher: Legal and Practice Perspectives on Documentary Credits under the UCP 600, (çevrimiçi) https://www.academia.edu/9111965/Legal_and_Practice_Perspectives_on_Documentary_Credits_Under_UCP_600

Yavuz Cevdet/Acar Faruk/Özen Burak, Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 10. Baskı, İstanbul 2014.

Makaleler

Alavi Hamed, "Illegality as an exception to Principle of Autonomy in Documentary Letters of Credit: A Comparative Approach", 20 Kor. U. L. Rev. 3 2016 ("Principle of Autonomy" olarak anılacaktır).

Alavi Hamed, "Documentary Letters of Credit, Principle of Strict Compliance and Risk of Documentary Discrepancy", 19 Kor. U. L. Rev. 3 2016 ("Principle of Strict Compliance" olarak anılacaktır).

Al-Tawil Tareq, "Letters of Credit and Contract of Sale: Autonomy and Fraud", 16 Int'l Trade&Bus. L. Rev. 159 2013.

Bergami Roberto, "Will the UCP 600 Provide Solutions to Letter of Credit Transactions?", International Review of Business Research Papers, Vol. 3 No. 2 June 2007, 41-53 ("Solutions" olarak anılacaktır).

Bergami, Roberto: "UCP 600 rules – changing letter of credit business for international traders?", Int. J. Economics and Business Research, Vol. 1, No. 2, 2009, 191-203 ("UCP 600 Rules" olarak anılacaktır).

Davidson Alan, "Commercial Laws in Coflict-An Application of the Autonomy Principle in Letters of Credit", International Trade and Business Law Annual, April 2001, Vol. VI, 65-79.

Ekici Akın, "Akreditifte Lehtarın Dürüstlük Kurallarına Aykırı Olarak (Fraud) Bedeli Talep Etmesi ve Bu Durumda Akreditif Bedelini İştira (İskonto) Eden Bankanın Hukuki Durumu", Prof. Dr. Hayri Domaniç'e 80. Yaş Günü Armağanı, C. I, İstanbul, 2001, 157-177.

Ellinger E. Peter, "The UCP-500: Considering a New Revision", LMCLQ 2004 (February, Part I) 30 ("New Revision" olarak anılacaktır).

Ellinger E. Peter, "The Uniform Customs and Practice for Documentary Credits-the 1993 Revision", LMCLQ 1994, 377 ("1993 Revision" olarak anılacaktır).

Ellinger E. Peter, "The Uniform Customs-their nature and the 1983 revision', LMCLQ 1984, 578 ("1983 Revision" olarak anılacaktır).

Karim Ridoan/Islam Zahidul, "Critical Analysis of the Principle of Strict Compliance in Letter of Credit Operation with Relation to the UCP 600", *Journal of Asian and African Social Science and Humanities,* Vol. 2, No. 3, 2016, 105-114.

Karl Andreas, "Letters of Credit and 'The Doctrine of Strict Compliance'", (çevrimiçi) http://www.juridicum.su.se/transport/Forskning/Uppsatser/EssayKarl.pdf

Meral Nevin, "The Fraud Exception in Documentray Credits: A Global Analysis", Ankara Bar Review Vol. 5 Issue 2 2012, 39-76.

Özel Sibel, "Akreditif İlişkisinde UTO Kurallarının (UCP 600) Bankalar Arası İlişkiye Etkisi", (çevrimiçi) http://dosya.marmara.edu.tr/huk/Sempozyumyay%C4%B1nlar%C4%B1/ipekyolucanlan%C4%B1yor/Prof.Dr.sibel_ZEL.pdf

Rodrigo Thanuja, "UCP 500 to 600: A Forward Movement", 18 eLaw J. 1 2011.

Schulze WG, "The UCP 600: A New Law Applicable to Documentary Letters of Credit", 21 S. Afr. Mercantile L.J. 228 2009.

Setenay Yağmur, "Katılanlar Arasındaki Hukukî İlişkiler Açısından Akreditif", Prof. Dr. Hamdi Yasaman'a Armağan, İstanbul 2017, 737-770.

Taneja Pradeep, "UCP 600: A document restoring the credibility of L/Cs", (2007) 109(2) Business Credit 56.

Raporlar

Position Papers n° 1, 2, 3, 4 on UCP 500, (çevrimiçi) https://cdn.iccwbo.org/content/uploads/sites/3/1994/09/Position-Papers-nC2B0-1-2-3-4-on-UCP-500.pdf

Tezler

Demir Gönenç, Vesikalı Kredilerde (Akreditifte) Hile Kuralı, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı, 2007.

Yabancı Mahkeme Kararları

BGE 100 (1974) II 150

Equitable Trust Co of New York v. Dawson Partners [1927] 27 Lloyd's Rep. 49.

Intraco Ltd. v. Notis Shipping Corporation of Liberia ("The Bhoja Trader") [1981] 2 Lloyd's Rep. 256.

Power Curber International Ltd. v. National Bank of Kuwait [1981] 2 W.L.R. 1233.

R.D. Harbottle (Merchantile) Ltd. v. National Westminster Bank Ltd. [1978] Q.B. 146.

Sztejn v. J. Henry Schroder Banking Corporation (1941) 31 N.Y.S. 2d 631.

Ward Petroleum Corp. v. Federal Deposit Ins. Corp. 903 F.2d 1299 (1990).

İnternet Siteleri

https://home.heinonline.org

https://iccwbo.org

https://kazanci.com.tr

https://www.law.cornell.edu

https://www.steamshipmutual.com

İNŞAAT SİGORTASI TEMİNATININ KAPSAMI

COVERAGE OF THE CONSTRUCTIONS INSURANCE

Fevzi TOPSOY*

Özet: İnşaat işleri, bünyesinde çok farklı riskler barındıran bir faaliyettir. Bu risklerden birisinin gerçekleşmesi durumunda bile, çoğu zaman, karşılanması imkânsız zararlar meydana geleceğinden müteahhitler, muhtemel risklerini güvence altına almak isterler. Bu amaçla uygulamada, "İnşaat Bütün Riskler Sigortası" geliştirilmiştir. Genel olarak inşaat sigortası, teminat müddeti içinde ve inşaat sahasında bulunduğu sırada, önceden bilinmeyen ve ani bir sebeple meydana gelen zararı tazmin eder.

Anahtar Kelimeler: İnşaat, Bütün Riskler, İnşaat Sigortası, Sigorta Teminatı

Abstract: The construction works is an activity that includes very different risks. When one of the risks occurs, usually, the contractor cannot pay damages. Therefore, contractors want to secure these risks. In practice, "Constructions' All Risks Insurance" has been developed. In general, construction insurance is an insurance that compensate the damages which occur in the warranty period, in the construction site and caused by unpredicted reason.

Keywords: Constructions, All Risks, Construction Insurance, Insurance Coverage

GİRİŞ

İnşaat sigortaları,[1] sigortacılık tarihine göre oldukça yeni bir sigorta türüdür. Türkiye'de ise ancak 1960'lı yıllardan sonra yangın sigortalarına eklenen klozlarla uygulanmaya başlanmıştır. 1970'li yıllardan

* Dr., ftopsoy@gmail.com

1 Türkiye ve diğer ülkelerde inşaat sigortaları, hemen hemen istisnasız, "bütün riskler (all risks)" sigortası şeklinde uygulanmaktadır. Bu nedenle çalışmada "inşaat sigortası" terimi, "inşaat sigortası (bütün riskler)" ifadesini de kapsayacak şekilde kullanılmıştır.

itibaren inşa hâlindeki binalar tarifesi esas alınarak bağımsız poliçeler düzenlenmeye başlansa da söz konusu sigorta türüne, 2000'li yıllara kadar fazla rağbet gösterilmemiştir. 17 Ağustos 1999 tarihli Marmara Depremi sonrasında yapı denetim ilkelerinin hukukî düzene kavuşturulması ve yine bu dönemde kamu ihalelerinde sigorta zorunluluğunun getirilmesi, inşaat sigortalarının ülkemizde de yaygınlaşmasını sağlamıştır.

Genel anlamda inşaat sigortası, sigorta konusu yapı ile yapının inşasında kullanılan malzemelerde ve varsa poliçede sayılan diğer değerlerde, önceden bilinmeyen ve ani sebeple oluşan zararları teminat altına alan bir mal sigortasıdır. Bununla birlikte ek teminatlarla sigortanın, sorumluluk ve/veya malvarlığı sigortasını da kapsayacak şekilde kombine bir sigorta olarak uygulanması da mümkündür.

Genel olarak inşaat sigortaları, bütün riskler (*all risks*) sigortası olarak uygulanır. Dolayısıyla, poliçede açık şekilde teminat dışı olarak sayılan rizikolar haricinde kalan, önceden bilinmeyen ve ani bir sebeple meydana gelen bütün zararların, sigorta teminatının kapsamında olduğu kabul edilir.[2] İnşaat sektörünün kendine özgü riskleri dikkate alındığında,[3] bütün riskler uygulamasının, sigorta teminatının kapsamını oldukça genişlettiği ve meydana gelen zararın sigorta teminatı kapsamında olup olmadığı konusunda uyuşmazlık yaşanması ihtimalini artırdığı tartışmasızdır. Bu açıdan, mevcut inşaat sigortası sözleşmesinin kapsamı, sınırları ve varsa özel şartlarının yanlış anlaşılmaya yol açmayacak şekilde belirlenmesi oldukça önemlidir.

Bu önemi nedeniyle çalışmada; inşaat sigortalarının niteliği, konusu ve teminatının kapsamı açıklanmaya çalışılarak, inşaat sigortası teminatının dışında kalan hususlar ile teminat sınırlarının neler olduğu tartışılmıştır. Özellikle çalışmada, teminat kapsamının genişletilmesinin mümkün olup olmadığı sorusuna cevap aranmıştır.

---

2 Lauren E. Roberts, "All-Risk Property Insurance: Problems in Determining the Scope of Coverage", *Insurance Counsel Journal*, 1986, Vol. 43, s. 88.

3 Her bir inşaat projesi can ve mal güvenliğini tehdit eden potansiyel riskler içerir. Bu tehlikelerin pek çoğu da müteahhitlerin kendi faaliyetleri nedeniyle doğar. Terry J. Galganski, "Owners and Contractors Protective Liability: An Insurance Tool in Construction", The Construction Lawyer, 1995, Vol. 15, s. 8.

I. İNŞAAT SİGORTASI KAVRAMI VE TARİHSEL SÜREÇ

A) TANIM

İnşaat sigortalarının kesin bir tanımı bulunmamakla birlikte, doktrinde birbirine çok benzeyen çeşitli tanımlara rastlanmaktadır. Örneğin *Metezade*[4] ve Çeker[5] inşaat sigortasını, "*sigorta konusunu teşkil eden değerlerin, teminat müddeti içinde, inşaat sahasında bulunduğu sırada, inşaat süresinde önceden bilinmeyen ve ani bir sebeple herhangi bir zıya ve hasara* uğraması *hâli teminat*" altına alan sigorta; *Ulaş* ise *Metezade*'ye atfen, "*inşaatlardaki önceden görülmeyen kazaların sigorta konusu inşaat ile ilgili diğer müştemilat ve tesislerde oluşturacağı hasarları*" güvence altına alan sigorta olarak tanımlamaktadır.[6]

Doktrindeki bu tanımlar ve özellikle İnşaat Sigortası Genel Şartları (İSGŞ)'nın "Sigortanın Kapsamı" başlıklı A.1 maddesi uyarınca inşaat sigortasını; sigorta konusu değerlerin, inşaat sahasında bulunduğu sırada ve inşaat süresinde, poliçede gösterilen istisnalar hariç olmak üzere, önceden bilinmeyen ve ani bir sebeple zıya ve hasara uğramasını teminat altına alan sigorta olarak tanımlamak mümkündür.

B) TERMİNOLOJİ

Genel olarak doktrin ve uygulamada inşaat sigortası "İnşaat Bütün Riskler (*All Risks*) Sigortası" şeklinde ifade edilmekte ve öyle uygulanmaktadır. Sigortacılıkta ise bütün riskler (*all risks*) terimi, "*sebebi ve yıkımın büyüklüğü ne olursa olsun her türlü arızî hasarlar*" anlamındadır.[7] Bununla birlikte bu kayıt, sigortacının herhangi bir sınırlama olmaksızın bütün riskleri üstlendiği anlamına da gelmez.[8]

---

4 Zihni Metezade, Sigorta Rehberi, İstanbul 1991, s. 102.

5 Mustafa Çeker, Sigorta Hukuku, B. 13, Adana 2016, s. 230.

6 Işıl Ulaş, Uygulamalı Zarar Sigortaları Hukuku, B. 8, Ankara 2012, s. 426. Doktrindeki diğer tanımlar için bkz. Ali Ayli, İnşaat Bütün Riskler Sigortasında Riziko, Ankara 2012, s. 33; Ayşe Ö. Algün, "İnşaat (Bütün Riskler) Sigortası", Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara 2013, s. 36.

7 Yaşar Karayalçın, "Taşıma Sigortalarında "All Risks" (Bütün Riskler) Klozu", Sorumluluk ve Sigorta Hukuku Bakımından Eşya Taşımacılığı Sempozyumu, Bildiriler – Tartışmalar, Ankara 1984, s. 217 (Anılış: "All Risks"); Mertol Can, Türk Özel Sigorta Hukuku, B. 3, Ankara 2009, s. 40 (Anılış: Özel Sigorta).

8 Meltem D. Güner, "Yapı Sigortalarında Teminatın Kapsamı", Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul 2000,

Sigorta hukukunda bütün riskler kaydı, genel olarak, rizikoyu doğuran sebeple ilgili olup; rizikonun zaman veya mekân yönünden sınırlandırılmasıyla ilgilenmez.[9] Dolayısıyla, bütün riskler kaydı, sigorta sözleşmesini; konu, zaman veya mekân sınırı olmaksızın bütün rizikoların teminat kapsamına alındığı bir sigortaya dönüştürmez. Aksine, sigorta poliçesinde sayılan rizikoların haricindeki bir sebepten ileri gelen kayıplara teminat sağlar.[10] Diğer bir ifadeyle terim, poliçede açık şekilde istisna tutulmayan bütün rizikoların, sigorta teminatının kapsamında olduğunu gösterir.[11]

Bütün riskler kaydını taşıyan sigorta poliçelerinde, hangi rizikoların teminat kapsamında olduğu sayılmaz. Tersine, sigorta teminatının kapsamı dışında kalan rizikolar poliçede teker teker gösterilir. Poliçede kapsam dışında olduğu belirtilen rizikoların haricindeki bütün risklerin ise sigorta teminatının kapsamında olduğu kabul edilir.[12]

İSGŞ'nin A.1. maddesinde, inşaat sigortasının, sigorta konusu değerlerin, "*poliçede gösterilen istisnalar dışında kalan*" önceden bilinmeyen ve ani bir sebeple zıya ve hasara uğraması hâlini teminat altına aldığı belirtilmektedir. Dolayısıyla inşaat sigortalarındaki "bütün riskler" terimi de sadece poliçede sayılan istisnaların teminat dışında kaldığını; bunun haricindeki diğer bütün rizikoların teminat kapsamında olduğunu ifade eder.[13] Bu açıdan, inşaat sigortalarında teminat dışı olarak

---

s. 25. Aksi hâlde sigorta sözleşmeleri sigortacı açısından çekilmez hale gelirdi. Karayalçın, "All Risks", s. 215.

9 Ayli, s. 34. Karayalçın, Anglo-Sakson hukukunda yer alan "all risks" teriminin, Kıta Avrupası hukuk sistemindeki genellik ilkesinin benimsendiği sigorta poliçelerini belirtmek amacıyla kullanıldığını bildirmektedir. Karayalçın, "All Risks", s. 218.

10 Gail S. Kelley, Construction Law: An Introduction for Engineers, Architects, and Contractors, New Jersey 2013, s. 200. İngiliz hukukunda da standart bütün riskler sigortasının, "Sigorta sözleşmesinde yer alan veya kabul edilen şartlara bağlı olarak sigortacının, sigortalı eşyaya, sigorta konusu yerde, Temel Sigorta İşleri ile bağlantılı olarak sigorta süresi içerinde, sayılan istisnalar haricinde, her ne sebepten olursa olsun meydana gelen zararı tazmin etmekle yükümlü sigorta" olarak tanımlandığı bildirilmektedir. Marshall Levine – Roger T. Haar, Construction Insurance and UK Construction Contracts, B. 2, Oxon 2008, s. 157.

11 Gordon Hilliker, "All Risk Insurance – Insuring the Unknown", Advocate Vancouver, 1984, Vol. 42, s. 569.

12 Robert Hogarth (ed.), Insurance Law for the Construction Industry, Oxford 2008, s. 169.

13 Dolayısıyla sigorta tazminatı almak amacıyla yapılan kasıtlı zarar da teminat dı-

sayılan rizikoların tartışmaya yol açmayacak şekilde poliçede gösterilmesi oldukça önemlidir.[14] Aşağıda ayrıntılı olarak inceleceği üzere,[15] sigorta teminatı kapsamı dışında kalan rizikoların bir kısmının ek sözleşmeyle teminat kapsamına alınması mümkün iken (İSGŞ m. A.3); diğer bir kısım rizikolar mutlak şekilde teminat dışında bırakılmıştır (İSGŞ m. A.4).

C) TARİHSEL SÜREÇ

İnşaat sigortaları, ilk olarak, mühendislik sigortaları[16] bünyesinde İngiltere'de uygulanmaya başlanmıştır. İngiltere'de mühendislik sigortalarının zorunlu ve standart sigorta sözleşmeleri şeklinde gelişim göstermesi,[17] dolaylı olarak inşaat sigortalarının da yaygınlaşmasını sağlamıştır.

İlk bağımsız inşaat sigortası poliçesinin 1929 yılında, yine İngiltere'de, *Thames* nehri üzerindeki *Lamberth* Köprüsü inşaatı için yapıldığı bilinmektedir.[18] Bu dönemde henüz genel şartlar oluşturulmadığından, poliçeler çoğunlukla müteahhidin talebi üzerine ve genel olarak yangın rizikosuna karşı hazırlanmıştır. Diğer rizikolar ise özel klozlar şeklinde eklenmiştir.[19]

İnşaat sektöründeki gelişmelere paralel olarak 1930'lu yılların başlarında, İnşaat Müteahhitleri Federasyonu (*Federation of Civil Engineering Contractors*) ve Kontrol Mühendisleri Birliği (*Association of Consul-*

şındadır. F. Malcom Cunningham – Amy L. Fischer, "Insurance Coverage in Construction – The Unanswered Question", *Tort and Insurance Law Journal*, 1998, Vol. 33, I. 4, s. 1064.

14 Ayli, s. 35.

15 Bkz. IV. D ve E başlığı altındaki açıklamalar.

16 Mühendislik sigortaları özellikle buharlı kazanların patlaması nedeniyle meydana gelen kazaları teminat altına almak üzere On dokuzuncu yüzyılın ilk yarısında İngiltere'de ortaya çıkmıştır. Bu amaçla ilk sigorta şirketi "Steam Boiler Assurance Company" adıyla 1859 yılında yine İngiltere'de kurulmuştur. Hünkar B. Geyik, "İnşaat All Risk Sigortalarında Risk Değerlendirmesi ve Uygun Fiyatlandırma İçin Öneriler", Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi Fen Bilimleri Enstitüsü, İstanbul 2011, s. 33.

17 Nael G. Bunni, Risk and Insurance in Construction, B. 2, Londra 2003, s. 14.

18 Cahit Nomer, Contractors' "All Risks" Sigortaları, İstanbul 1966, s. 7; Güner, s. 2; Bunni, s. 14.

19 Nomer, s. 7; Ayli, s. 25.

ting Engineers) tarafından birtakım özel şartlar hazırlanmıştır.[20] Yine bu dönemde (1934 yılında) Almanya'da ilk özel inşaat sigortası, 1924 yılında uygulamaya konulan montaj sigortasından türetilerek yapılmıştır.[21] 1935 yılında ise İrlanda Elektrik Dağıtım Kurumu tarafından ilk standart formlar kullanılmaya başlanmıştır.[22]

İkinci Dünya Savaşı sonrasında inşaat sektöründeki gelişmeler, özellikle hidroelektrik santrali gibi devasa yatırımlardaki muhtemel rizikolar, inşaat sigortasına olan ihtiyacı artırmıştır.[23] 1945 yılında İnşaat Müteahhitleri Federasyonu ile Kontrol Mühendisleri Birliği tarafından ilk genel şartlar hazırlanmıştır. Aynı dönemde Almanya'da ilk ulusal genel şartlar oluşturulmuştur.[24]

Türkiye'de ise ilk inşaat sigortaları uygulamaları, 1960'lı yıllarda, yangın sigortası poliçelerine eklenen klozlarla başlamıştır. "İnşaat Hâlindeki Binalar Tarifesi" esas alınarak hazırlanan poliçelere sel basması, deprem, araç çarpması, cisim düşmesi gibi rizikolar tek tek sayılmak suretiyle sözleşmeler yapılmaya çalışılmıştır.[25] 1970'li yıllarda "Makine ve Montaj Sigortaları Tarife Komitesi'nin" kurulmasıyla birlikte sözleşmeler genel şartlara bağlanmış; 1980'li yıllarda ise Mühendislik Sigortaları adı altında ayrı bir sigorta dalı oluşturulmuştur.

Sigortacılık alanındaki bu gelişmelere karşın, inşaat sektörünün kendine özgü sorunları, özellikle yapı denetimindeki boşluklar ve inşaat faaliyetinde rol alan aktörlerin sorumluluğundaki belirsizlik, inşaat sigortasının yaygınlaşmasını olumsuz etkilemiştir.[26] 17 Ağustos 1999 tarihli Marmara Depremi sonrasında yapı denetiminin hukukî düzene kavuşturulması ve Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu'nun[27] 9. maddesiyle yüklenicilere sigorta zorunluluğu getirilmesi, inşaat sigortalarının Türkiye'de de yaygınlaşmasını sağlamıştır.

---

20 Nomer, s. 8; Ayli, s. 26.
21 Louis Wassmer, Contractors' All Risks Insurance, Zürih 1998, s. 5.
22 Bunni, s. 14. Buna karşın uygulamada özellikle Almanya'da geliştirilen poliçeler daha fazla rağbet görmüştür.
23 Güner, s. 3; Ayli, s. 25; Bunni, s. 14.
24 Bunni, s. 15.
25 Güner, s. 3.
26 Zihni Metezade, "İnşaattan Doğan Sorumluluk ve Zarar Sigortaları (Yapı Sigortaları)", *Sigorta Hukuku Dergisi*, 1999, S. I, s. 86.
27 RG, 22.01.2002, Sayı: 24648.

II. İNŞAAT SİGORTASININ KONUSU, NİTELİĞİ VE TARAFLARI

A) KONUSU

Genel anlamda inşaat sigortaları, yüklenicinin eser sözleşmesi uyarınca ifayla yükümlü olduğu yapının[28] inşasını teminat altına alır. Diğer bir ifadeyle sigortacı, sigortalının eser sözleşmesiyle ifayla yükümlü olduğu yapı tamamlanıncaya kadar ortaya çıkacak beklenmedik rizikoları üstlenir.[29] Dolayısıyla inşaat sigortasının konusunu, inşa edilmekte olan yapı ile bu yapının ortaya çıkması için kullanılan malzemeler ve yerine getirilmekte olan hizmetler üzerindeki menfaatler oluşturur.[30] Ayrıca, sözleşmede açıkça belirtilmesi hâlinde, inşaat faaliyetinde kullanılan iş makineleri ve ekipmanlar, geçici şantiye barakaları, şantiye tesisleri ve araçları da sigortanın konusuna dâhil edilebilir.[31]

Her türlü inşaat faaliyeti, sigorta sözleşmesinin konusu olabilir. Basit bir ev inşaatından gökdelen, köprü, otoyol, hidroelektrik veya nükleer santral gibi devasa yatırımlara kadar her türlü inşaat faaliyeti, inşaat sigortası ile teminat altına alınabilir. Hatta baraj tribünü veya jeneratör montajı gibi inşaat kavramına girmeyen hususlar için de inşaat sigortası sözleşmesi yapılması mümkündür.[32]

İnşaat sigortasının konusunu, kural olarak, inşa edilmekte olan yapı ile bu yapının inşasında kullanılan malzemelerde (ve varsa diğer kıymetlerde) ani ve beklenmeyen bir nedenle ortaya çıkan zıya ve hasarlar oluşturur. "*İnşaatın gecikmesinden, kısmen veya tamamen durmasından, taahhüdün tamamlanamamasından, akdin feshinden veya cezaî şartların*

---

28 TBK'nın 470 vd. maddelerinde "eser" terimi kullanılsa da çalışmada "yapı" ifadesi; bina ile sözleşme uyarınca meydana getirilmek istenen eser terimlerini kapsayacak şekilde kullanılmıştır.

29 Çeker, s. 230.

30 "İnşaat sigortası ile, yapı inşaat ve yapı teçhizatı ile tesisleri sigorta kapsamına alınır." 11. HD, 10.02.2006, E. 376, K. 1565 (Müktedir Lale – İhsan Akgül, Sigorta Hukuku, C. I, Ankara 2011, s. 572).

31 İSGŞ m. A.3.a ve b. Ayrıca bkz. Ulaş, s. 426. İngiltere'de de inşaat sigortasının konusunu; inşa edilmiş veya edilmekte olan kalıcı yapılar, şantiye, iskele veya büyük projelerde su katmanının altında çalışmak üzere hazırlanan batardo gibi geçici yapılar ile projede kullanılan alet, makine ve diğer ekipmanların oluşturduğu bildirilmektedir. Levine – Haar, s. 158; Hogarth, s. 167.

32 Çeker, s. 230. Bu hususta ayrıntılı bilgi için ayrıca bkz. Algün, s. 235.

uygulanmasından ileri gelen zararlar dâhil kâr *kaybı ve estetik kusurlar gibi her türlü netice zararları*" ise inşaat sigortalarının kapsamı dışındadır (İSGŞ m. A.4.k). Bu açıdan, inşaat sigortası, eserin zamanında ve sözleşmede öngörüldüğü şekilde teslim edilmemesi nedeniyle ortaya çıkan zarar ve diğer kayıpları karşılamaz. Ayrıca mühendis ve işçi gibi inşaatta çalışan kişilerin uğrayacağı zararlar da sigorta konusunun dışındadır.[33] Buna karşılık, ek sözleşme ile üçüncü kişilerin maruz kalacağı zararların sigorta teminatı kapsamına dâhil edilmesi mümkündür (İSGŞ m. A.3.d).

B) NİTELİĞİ

Bilindiği üzere sigortalar, TTK'da zarar ve can sigortaları; doktrinde ise tazminat ve bedel sigortaları şeklinde ikili tasnife tabi tutulur[34]. TTK'daki tasnife göre inşaat sigortaları, zarar sigortası türlerinden mal sigortası niteliğindedir.[35] Zira yukarıda vurgulandığı gibi inşaat sigortası sözleşmesiyle sadece inşa edilmek istenen yapı ile yapının inşaatında kullanılan malzeme ve diğer değerler üzerindeki menfaatler teminat altına alınır.

İnşaat sigortası sözleşmesinin kurulabilmesi için sigorta ettirenin, sigortanın konusunu oluşturan değerlerin maliki olması zorunlu değildir. Sigorta ettirenin bu değerler üzerinde para ile ölçülebilen bir menfaatinin (alacak, sınırlı ayni hak vb.) bulunması yeterlidir. Buna karşılık zenginleşme yasağı ve halefiyet ilkeleri başta olmak üzere, zarar sigortalarının bütün ilke ve kurumları inşaat sigortalarında da uygulanır.

İSGŞ'nin A.3.d maddesi uyarınca, ek sözleşmeyle, "Üçüncü şahısların maruz kalacağı zararlar nedeniyle sigortalıya düşecek *hukukî sorumluluklar(*ın*)*" sigorta teminatı kapsamına alınması mümkündür.

---

33 Müteahhit, hizmet sözleşmesi ile kendisine bağlı çalışan kişilerin uğrayacağı zararlar için bağımsız bir İşveren Sorumluluk Sigortası yaptırmalıdır.

34 Sigortaların tasnifi için genel olarak bkz. Can, Özel Sigorta, s. 28; Rayegân Kender, *Türkiye'de Hususi* Sigorta Hukuku, B. 12, İstanbul 2013, s. 202; Samim Ünan, Türk Ticaret Kanunu Şerhi, Altıncı Kitap, Sigorta Hukuku, C. I, İstanbul 2016, s. 15.

35 Zira kısmî veya tam hasar durumunda tazminat tutarı, sigorta kapsamındaki şeyin hasardan bir gün önceki duruma getirilmesidir (İSGŞ m. B.3). Bununla birlikte sigorta sözleşmesinin, ek sözleşmeyle malvarlığı sigortasına çevrilmesi mümkündür. Alman sigorta hukukunda da inşaat sigortalarının, mal sigortası olduğu bildirilmektedir. Ayli, s. 56; Algün, s. 46.

Bu durumda inşaat sigortası, mal ve sorumluluk sigortası birleşimi bir kombine sigorta niteliği kazanır.[36]

Doktrinde yapılan tasnife göre ise inşaat sigortaları öncelikle tazminat sigortasıdır. Dolayısıyla sigortacı, riziko gerçekleştiğinde, üst sınır sigorta bedeli olmak üzere sadece sigortalının gerçek zararını tazmin eder (TTK m. 1459).[37] Yine sigorta tazminatının hesaplanmasında TTK'nın eksik (TTK m. 1462), aşkın (TTK m. 1463) ve çifte sigorta (TTK m. 1467) ile ilgili hükümleri dikkate alınır (İSGŞ m. A.6 ve A.7).

İnşaat sigortası aynı zamanda aktifin sigortasıdır.[38] Zira inşaat sigortasıyla, kural olarak, sigortalının malvarlığının aktif kısmındaki değerler teminat altına alınır. Bununla birlikte, üçüncü kişilerin maruz kalacağı zararların da teminat kapsamına alınması durumunda (kombine sigorta) inşaat sigortası, hem aktifin hem de pasifin sigortası türüne döner.

İnşaat sigortası, kural olarak, ihtiyarî sigortadır. İş sahibinin kamu kurum veya kuruluşu olduğu kamu ihale sözleşmesi kapsamındaki yapım işlerinde yükleniciye sigorta yaptırma zorunluluğunun getirilmiş olması[39] inşaat sigortalarını, Sigortacılık Kanunu'nun 13(1) maddesi anlamında zorunlu sigorta hâline getirmez. Zira Sigortacılık Kanunu'nun 13(1) maddesi gereği zorunlu sigortalar kamu yararı açısından gerekli görüldüğü hâllerde Bakanlar Kurulunca ihdas edilebilir. Aynı zamanda kamu ihale sözleşmesi kapsamındaki sigorta zorunluluğu, tek başına sözleşmenin feshi nedeni de değildir.[40] Sadece somut olayın özelliklerine göre sözleşme ilişkisi içerisinde birtakım yaptırımları gündeme getirir.[41]

Yargıtay da sözleşmede inşaat sigortası yapılmasının zorunlu olmasına rağmen yüklenicinin bu yükümlülüğünü yerine getirmemesi-

---

36 İnşaat sigortalarının uygulamada çoğunlukla kombine olarak düzenlendiği hususunda bkz. Güner, s. 2.

37 "... (İ)hale indirimi de yüklenicinin kârından yaptığı fedakârlık olup, böyle bir sigorta ilişkisinde gerçek zararın hesaplanmasında nazara alınmaz." 11. HD, 05.04.2002, E. 10433, K. 3147 (Lale – Akgül, s. 572).

38 Algün, s. 58.

39 Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu m. 9.

40 İ. Hasan Duman, İnşaat Hukuku, B. 7, Ankara 2015, s. 339.

41 Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Muhsin Altun, "Kamu Yapım İşlerinde Müteahhitlerin "All Risks" Sigorta Yükümlülüğü", *Sayıştay Dergisi*, 1999, S. XXXII, s. 54-60.

ni, sözleşmenin feshi olarak kabul etmemektedir.[42] Bu anlamda, inşaat sigortası alanında faaliyet gösteren sigorta şirketlerinin, Sigortacılık Kanunu'nun 13(1) maddesi anlamında inşaat sigortası yapma yükümlülüğünden bahsedilemez.[43]

C) Türleri

Uygulamada inşaat sigortaları, münferit teminatlı (*project insurance*) veya abonman poliçeler (*floater polices*) şeklinde iki türde yapılabilir. Bunlardan münferit teminatlı inşaat sigortası, her bir proje veya bir projenin belirli kısımları için ayrı ayrı yapılan sözleşmelerdir.[44] Abonman inşaat sigortası sözleşmesiyle ise belirli bir süre içerisinde üstlenilen bütün inşaat işlerinin, belli bir bedele kadar teminat kapsamına alınması mümkündür.[45]

Abonman inşaat sigortaları önemli derecede prim avantajı sağlasa da ülkemizde çoğunlukla münferit teminatlı sözleşmeler tercih edilmektedir. Ayrıca abonman sözleşmelerinin genel olarak on iki aylık süre için düzenlenmesi nedeniyle özellikle baraj, köprü gibi uzun ve riskli projeler için avantajlı olmadığı bildirilmektedir.[46]

D) Tarafları

Bilindiği üzere sigorta sözleşmesinin tarafları; sigortacı ile sigorta ettirendir. Bunlardan sigortacı, 5684 sayılı Sigortacılık Kanunu'nun[47] 3. maddesine uygun şekilde kurulan ve faaliyet gösteren sigorta şirketi-

---

42 Yargıtay, yüklenicinin sadece geçerli şekilde kurulacak bir sigorta sözleşmesi kapsamında kalacak zararları için tazminat talebinin olmayacağına hükmetmiştir. 15. HD, 25.11.2011, E. 5956, K. 6863 (Duman, s. 339).

43 Bilindiği gibi Sigortacılık Kanunu'nun 13(1) maddesinin ikinci cümlesi uyarınca sigorta şirketleri, faaliyet gösterdiği sigorta branşlarının kapsamında bulunan zorunlu sigortaları yapmaktan kaçınamazlar. Bu husus ve sözleşme ile getirilen sigorta yapma zorunluluğu hakkında ayrıntılı değerlendirme için bkz. Can, Özel Sigorta, s. 26.

44 Bu tür sözleşmeler zıya ve hasarlar için sınırlı teminat verse de genel olarak iş sahibi tarafından, müteahhit ve bütün alt müteahhitler adına kombine sigorta şeklinde düzenlenmektedir. Levine – Haar, s. 99.

45 Levine – Haar, s. 100; Güner, s. 20; Ayli, s. 60.

46 Güner, s. 20; Ayli, s. 61.

47 RG, 14.06.2007, Sayı: 26552.

dir. Aynı zamanda sigorta şirketi, inşaat sigortaları konusunda Hazine Müsteşarlığı'ndan ruhsat almış olmalıdır.[48] Aksi takdirde sigortacı açısından cezaî yaptırım;[49] sigorta ettiren yönünden ise eksik borç hükümlerinin uygulanması[50] gündeme gelebilir.

İnşaat sigorta sözleşmesinin diğer tarafı olan sigorta ettiren ise rizikonun gerçekleşmemesinde menfaati bulunan kimselerdir [TTK m. 1453(1)]. Bu kişilerin malik olması zorunlu değildir. Zira yapı veya yapının inşasında kullanılan malzeme ya da diğer şeyler üzerinde para ile ölçülebilir menfaati olan herkes, bu menfaatini sigorta ettirebilir. Kuşkusuz bu kişilerin başında iş sahibi olan gerçek ya da tüzel kişiler gelir. Zira işin yapılması esnasında ortaya çıkacak zarardan öncelikle etkilenecek olan kişi, iş sahibidir. Ayrıca iş sahibine sözleşmeyle bağlı olan mimar, mühendis veya müteahhitler ile taşeronlar da menfaatlerini inşaat sigortasıyla teminat altına alabilirler.[51]

Hayatın olağan akışı içerisinde sigorta ettiren, inşaat üzerinde bulunan kendi menfaatini sigorta ettirir. Dolayısıyla, genel olarak, inşaat sigortalarında sigorta ettiren, aynı zamanda sigortalıdır. Bununla birlikte iş sahibinin kamu kurum ya da kuruluşu olduğu yapım işlerinde, sigorta ettiren ile sigortalının belirlenmesinde güçlük yaşanabilir. Zira kamu ihalesi şeklinde yapılan eser sözleşmelerinde, inşaat malzemeleri üzerindeki mülkiyetin, bunların şantiyeye depo edildiği andan itibaren idareye geçtiği bildirilmektedir.[52] Bu açıdan, ortaya çıkan zararın

48 Ülkemizde inşaat sigortası, "Genel Zararlar" sigorta branşı altında ve genel olarak bütün hayat dışı sigorta grubunda faaliyet gösteren sigorta şirketleri tarafından yapılmaktadır. 23.03.2017 itibariyle sadece sekiz hayat dışı sigorta şirketi bu branşta ruhsata sahip değildir.

49 "... (R)uhsatsız faaliyet gösterenlerin işyerleri, Bakanın talebi üzerine valiliklerce bir yılı geçmemek üzere geçici olarak kapatılacağı gibi ilan ve reklamları da durdurulur ya da toplatılır." Sigortacılık Kanunu (SK) m. 23(1).

50 "Ruhsatsız bir şirket ile onun bu durumunu bilerek yapılan sigorta sözleşmeleri hakkında Türk Borçlar Kanunu'nun 604 ve 605 inci maddeleri uygulanır." TTK m. 1401(2).

51 İnşaat sigortası sözleşmesi inşaat sahibi tarafından yapılabileceği gibi müteahhit tarafından da yapılabilir. Bkz. Ulaş, s. 426.

52 Edip Şimşek, "Devlet İhale Kanunu Açısından İnşaat Sözleşmeleri", İnşaat Sözleşmeleri (Ortak Seminer), Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayını, Ankara 1996, s. 203.

sigorta sözleşmesine dâhil olup olmadığı[53] ve özellikle rizikonun gerçekleşmesi durumunda sigorta tazminatının kime ödeneceği önemli bir sorun olarak ortaya çıkar.

Yargıtay, önceki tarihli kararında, poliçede sigortalı olarak iş sahibinin gösterilmiş olmasına rağmen, inşaatın kesin kabulüne kadar müteahhidin menfaatinin devam ettiğine, dolayısıyla rizikonun gerçekleşmesi durumunda dava hakkının müteahhide intikal ettiğine hükmetmiştir.[54] 2007 tarihli sonraki kararında ise yüklenicinin sigorta ettiren; iş sahibi idarenin ise sigortalı olduğundan yola çıkan Yargıtay, sigorta sözleşmesinin başkası adına yapılmış olduğunu değerlendirerek, sigorta ettiren müteahhidin, dava ehliyetine sahip olup olmadığının mahkeme tarafından ayrıca incelenmesi gerektiği yönünde karar vermiştir.[55]

İster özel - ister kamu ihale sözleşmesi olsun, inşaat faaliyetinin bütün aktörleri birbirlerine sözleşme ilişkisiyle bağlı olduğundan taraflar arasında, inşaat sigortası kapsamında, çapraz bir sorumluluğun[56] bulunduğu kabul edilir.[57] Bu nedenle uygulamada sigortacıların, tarafların hepsini (iş sahibi, yüklenici, taşeron) sigortalı olarak görme eğiliminde olduğu bildirilmektedir.[58]

---

53 "Deneme çalışması esnasında riziko sebebiyle zayi edilen suyun davacıya ait değil, dava dışı hazineye ait olduğu anlaşılmaktadır. Davacının zayi edilen suyu satın aldığı yolunda bir iddia ileri sürmediğine göre, zayi edilen suyun sigorta kapsamında olmadığının kabulü gerekir." 11. HD, 26.05.2014, E. 17724, K. 9660. www.kazanci.com.tr (Erişim tarihi: 23 Mart 2017).

54 11. HD, 15.12.1983, E. 5111, K. 5709 (Ulaş, s. 426). Benzer bir karar için bkz. 11. HD, 11.07.2006, E. 8032, K. 8256 (Lale – Akgül, s. 573).

55 11. HD, 0910.2007, E. 9653, K. 12603 (Ulaş, s. 426).

56 İnşaat sigortası sözleşmelerinde çapraz sorumluluk, poliçenin "sigortalının adı" bölümünde isimleri yazılı gerçek veya tüzel kişilerin birbirlerine karşı üçüncü kişi olarak kabul edilmesini ve dolayısıyla birbirlerine vereceği zararların da teminat altına olduğunu ifade eder. Münih-Re Klozları (Munich-Re Clauses – MR Kloz) 002.

57 "Poliçe tanzimi sırasında, alt eser sözleşmesi olmasa da, poliçe süresi içerisinde sigortalı yerine kaim olan alt yüklenicinin eylemlerinin poliçe kapsamına başka taraflarca aldırıldığının kabulü gerekir. Alt yüklenici X Ltd.Şti'in nihaî sorumlu olarak verdiği zararlardan, davalılardan asıl yüklenici Y. A.Ş.'nin ve sigortacısı diğer davalı sigorta şirketinin de sorumlu olduğu ... (poliçede) teminat dışı kalan haller arasında, taşeron eliyle verilecek zararların sayılmadığı gözetilmelidir." 11. HD, 08.05.2006, E. 5105, K. 5319 (Lale – Akgül, s. 572).

58 Güner, s. 22; Ayli, s. 66.

III. İNŞAAT SİGORTASININ KAPSAMI VE ANA TEMİNATLAR

A) Kapsamı

Yukarıda vurgulandığı gibi inşaat sigortaları, bütün riskler (*all risks*) sigortası şeklinde uygulanır. Dolayısıyla sigorta konusunu oluşturan bütün değerler, kural olarak, her türlü riske karşı teminat altındadır. Bununla birlikte, diğer bütün riskler sigortalarında olduğu gibi inşaat sigortalarında da sebebi ne olursa olsun her türlü zarar teminat altına alınmamış; bazı riskler için ek sözleşme yapılması zorunluluğu aranırken (İSGŞ m. A.3), bir kısım rizikolar teminat dışında bırakılmıştır (İSGŞ m. A.4).[59] Bu anlamda, İSGŞ'nin A.3 ve A.4 maddelerinde sayılanların[60] dışında kalan bütün kıymet ve rizikolar, kendiliğinden inşaat sigortası teminatının kapsamına dâhildir. Hatta İSGŞ'nin A.3 ve A.4 maddesinde sayılan istisnaların ek sözleşmeyle sigorta kapsamına alınarak, sigorta teminatının daha da genişletilmesi mümkündür.

İnşaat sigortalarında sigortacılar, sigorta teminatı kapsamına dâhil her türlü zarardan sorumlu değildir. Sigortacının sorumluluğunun doğması için zararın, aynı zamanda, "önceden bilinmeyen ve ani bir sebeple" meydana gelmiş olması da gereklidir. Diğer bir ifadeyle sigortacılar, sadece sözleşme ile teminat dışında bırakılmamış olan önceden bilinmeyen ve ani bir sebepten ileri gelen zararlardan sorumludur.[61]

"Önceden bilinmeme", sigorta hukukundaki anlamıyla bir olayın gerçekleşip gerçekleşmeyeceğinin bilinmemesinin, yani rizikonun karşılığıdır.[62] Zira sigorta hukuku anlamında riziko, ileride gerçekleşip gerçekleşmeyeceği veya ne zaman gerçekleşeceği bilinmeyen kişi veya malvarlığını tehdit eden olaylardır.[63] "Ani bir sebeple meydana gel-

---

59 Sözleşme serbestisi kapsamında tarafların, emredici hükümlere aykırı olmayan rizikoları da teminat kapsamına almalarının önünde hukukî bir engel olmamalıdır. Bununla birlikte uygulamada sigortacıların, sigorta ettirene prim avantajı sağlayacak bu rizikoları teminat kapsamına almaktan kaçındıkları bildirilmektedir. Güner, s. 28.

60 İSGŞ'nin A.3(1) maddesi uyarınca tarafların, ek sözleşmeyle, madde metninde teminat dışı olarak sayılan hususları da teminat altına almaları mümkündür.

61 Yaşar Karayalçın, "İnşaat Montaj "All Risks" Sigortası", Özel Hukukta Meseleler ve Görüşler, C. V, Ankara 1997, s. 112 (Anılış: "İnşaat Montaj").

62 Aynı yönde Güner, s. 28. Terimin isabetli olmadığı, yerine "beklenmedik olma" ifadesinin kullanılması gerektiği yönünde bkz. Ayli, s. 69.

63 Ayrıntılı bilgi özellikle sigorta hukuku bağlamında "tehlike" ve "riziko" kavramları için bkz. İnci D. Kaner, "Zarar Sigortalarında Sigorta Ettirenin Tehlike ile İlgili Görevleri", İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, 1994, C. LIV, S. 1-4,

me" kavramı ise zararın, zamansal olarak hızla seyretmesi;[64] fasılasız ve birdenbire gerçekleşmesini ifade eder.[65]

Fasılasız ya da ani olma, sonucun bir anda ortaya çıkmasını gerektirmez. Aşırı yüklenen vincin önce yan yatması ve iki gün sonra tamamen çökmesi nedeniyle yapı eserinin zarar görmesi örneğinde olduğu gibi sonuç iki gün sonra ortaya çıkmış olsa bile zarar, yine ani bir sebeple meydana gelmiş sayılmalıdır. Bununla birlikte vincin yan yatmasına rağmen kullanımına devam edilmesi, ani sebebi ortadan kaldırır.[66]

B) Ana Teminatlar

İnşaat bütün riskler sigortasına, aksi kararlaştırılmadığı sürece, kendiliğinden dâhil olan ana teminatlar vardır. Aslında bu teminatların her biri ayrı bir sigorta konusu olabilecek nitelikte ana rizikolardır. Sigorta ettiren, bütün bu ana rizikoları tek bir poliçeyle teminat altına aldırarak önemli prim avantajı da sağlar.

1. Yangın Rizikosu

İnşaatın türüne göre derece ve önceliği değişse[67] de yangın tehlikesi, her inşaat faaliyetinin önemli rizikolarından birisidir.[68] Bu nedenle yangın rizikosu, inşaat sigortası teminatına kendiliğinden dâhil önemli rizikolardan birisi[69] olup; sigortanın konusuna dâhil her türlü değer için teminat sağlar.

---

s. 303 vd.

64 Ayli, s. 79.

65 Güner, s. 28.

66 Alman doktrininde *Haag* tarafından verilen diğer bir örnek için bkz. Ayli, s. 79.

67 Zira betonarme veya çelik konstrüksiyon yapılarda bu risk düşük iken; malzeme depoları veya şantiye binalarında oldukça yüksektir. Bkz. Nomer, s. 38; Nihan Akçar, "İnşaat Sigortası Sözleşmesi", Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul 2004, s. 21. Örneğin 11 Mart 2012 tarihinde bir AVM inşaatında işçilerin kaldığı şantiyede çıkan yangında maddi hasar yanında on bir işçi de hayatını kaybetmiştir. http://www.ntv.com.tr/turkiye/esenyurttaki-avm-faciasi-davasinda-karar,Kwq0C3Q6nEalIrTzABTY6g (Erişim tarihi: 23 Mart 2017).

68 Wassmer, s. 47. Her türlü tedbirin alındığı inşaatlarda bile yangın tehlikesi ihtimâli her zaman yüksektir. Bkz. Bunni, s. 89.

69 Güner, s. 29; Ayli, s. 84.

Meydana gelen olayın yangın rizikosu kapsamında olup olmadığının genel hükümlere ve özellikle Yangın Sigortası Genel Şartları'na [70] göre belirleneceği açıktır. Buna karşılık, gerçekleşen rizikonun sigorta kapsamına giren bir yangın olması şartıyla, olayın kaynağı önemli değildir. Dolayısıyla, İSGŞ'nin A.4 maddesinde belirtilen istisnalar hariç olmak üzere, "*yıldırımın, infilâkın veya yangın ve infilâk sonucu meydana gelen duman, buhar ve hararetin*"[71] inşaat sigortasının konusu değerlerde doğrudan neden olacağı maddi zararlar teminat kapsamındadır.[72]

Münih-Re Klozları (*Munich-Re Clauses* – MR Kloz)'nın[73] 112. maddesinde ise patlama veya yangının dolaylı ya da doğrudan etkisiyle meydana gelecek zıya ve hasarlardan dolayı sigortacının sorumlu olması; aynı klozda belirtilen bazı önlemlerin alınmış olması şartına bağlanmıştır. Bu açıdan, MR Kloz 112'ye atıf yapılan inşaat sigortalarında, sigorta ettiren, söz konusu korumadan yararlanabilmek için klozda öngörülen önlemleri almalıdır. Aksi hâlde, yangın nedeniyle meydana gelen zararın sigorta teminatı dışında kalması riskiyle karşılaşabilecektir.

MR Kloz 112 uyarınca sigorta ettirenin almak veya aldırmak zorunda kaldığı önlemler kapsamında; (i) sigorta konusu alanda yeterli nitelik ve nicelikte yangın söndürme ekipmanı bulundurulmalı, (ii) inşaat alanı yangına karşı haftada en az iki kez kontrol edilmeli, (iii) yangın odaları en kısa sürede oluşturulmalı, (iv) yanıcı atıklar her iş günü sonunda temizlenmeli ve bekletilmeden saha dışına çıkarılmalı, (v) alev kullanımı gerektiren işlemler yangınla mücadele konusunda eğitim almış en az bir işçi gözetiminde yapılmalı, (vi) depolar, alt depo şeklinde organize edilmeli, (vii) şantiyede bir güvenlik koordinatörü bulundurulmalı ve (viii) şantiye sahası çitle çevrili olmalı ve giriş – çıkışları kontrol altında olmalıdır.

---

70 Yangın Sigortası Genel Şartları, http://www.tsb.org.tr/yangin-sigortasi-genel-sartlari.aspx?pageID=524 (Erişim tarihi: 23 Mart 2017).

71 Yangın Sigortası Genel Şartları m. A.1.

72 Yangın kavramı hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Tekin Memiş, *Yangın Sigortasında Riziko*, Ankara 2001, s. 25.

73 Münih-Re Klozları, Münih Reasürans Şirketi tarafından hazırlanmış ve tüm dünyadaki inşaat sigortası poliçelerinde atıf yapılan klozlardır. Klozlar için bkz. Ayli, s. 329; http://www.candenizekspertiz.com.tr/PDFs/munich%20re.pdf (Erişim tarihi: 23 Mart 2017).

2. Patlama Rizikosu

Türk sigorta hukukunda özel bir sigorta türü olarak uygulanmayan[74] patlama rizikosu, inşaat sigortasının teminatına kendiliğinden dâhildir.[75] Zarar, doğrudan patlama nedeniyle meydana gelebileceği gibi patlamaya bağlı gelişen yangın sonucunda da oluşabilir. Zararın, patlama neticesinde (gaz sıkışması, kap patlaması gibi) meydana gelmesi şartıyla, kaynağı önemli değildir.

3. Deprem Rizikosu

Deprem rizikosu, yapıları tehdit eden en önemli doğal risklerdendir.[76] Özellikle 17 Ağustos 1999 tarihli Marmara Depremi'nin yıkıcı etkisi, deprem rizikosunun önemini bir kez daha göstermiş ve belirli binalar için "Zorunlu Deprem Sigortası" yaptırılması zorunlu hâle getirilmiştir.[77]

Deprem rizikosu, inşaat sigortalarının kapsamına kendiliğinden dâhil ana teminatlardan birisidir.[78] Bununla birlikte "MR 009 Deprem Teminatında Maddi ve Sorumluluk Hasarları İstisna Klozu", "*depremin dolaylı ve dolaysız olarak yol açtığı maddi kayıp ve hasarlar ile sorumluluk hasarları(nı)*" sigorta teminatı kapsamının dışına çıkarmıştır. "MR 008 Deprem Bölgesindeki Yapılar Klozu" ise deprem rizikosunun bu bölgelerde teminat kapsamına alınmasını, "*sigortalı yapılara ait proje, malzeme ve işçiliğin, yerel resmî* düzenlemelerin ve yönetmeliklerin deprem için öngördüğü şart ve standartlara uygun olarak yapıldığının ve hesaplamalarda da aynı kod ve standartların uygulandığının, sigorta ettiren tarafından önceden taahhüt ve ispat edilmesi koşulu(*na)*" bağlamıştır.

Sonuç olarak, poliçede MR Klozlarına açık atıf yapılmaması durumunda deprem rizikosu, herhangi bir özel istisna olmaksızın, inşaat sigortası teminatına dâhildir. MR Klozlarına atıf yapılması durumunda

---

74 Bkz. Yangın Sigortası Genel Şartları m. A.1; Elektronik Cihaz Sigortaları Genel Şartları m. 1; Makina Kırılması Sigortası Genel Şartları m. 2.1.a.
75 Ayrıntılı bilgi için bkz. Memiş, s. 58; Ayli, s. 91.
76 Bunni, s. 75.
77 Afet Sigortaları Kanunu m. 10(1). Kanun için bkz. RG, 18.05.2012, Sayı: 28296.
78 Güner, s. 31; Akçar, s. 21; Ayli, s. 97.

ise deprem rizikosu; tamamıyla sigorta teminatının kapsamı dışında tutulabileceği gibi (MR Kloz 009), deprem bölgelerinde özel koşula da bağlanabilir (MR Kloz 008).

4. Sel veya Su Baskını Rizikosu

Etüt çalışması çok iyi yapılmış projelerde bile karşılaşma olasılığı yüksek olan[79] sel veya su baskını rizikosu, inşaat sigortasının kapsamına dahil ana rizikolardandır.[80] MR Kloz 010'da "*sel ve seylapın dolaylı veya dolaysız olarak yol açtığı maddi ve sorumluluk kayıp ve zararlarından sigortacı(nın) sorumlu olmayaca(ğının)*" kararlaştırabileceğinin belirtilmiş olması, bu görüşü desteklemektedir.[81]

Bununla birlikte, rizikonun sigorta teminatına dahil olması, sel veya su baskınının önceden bilinmeyen ve ani bir sebeple meydana gelmiş olması şartına bağlıdır. Doktrinde verilen örnekte olduğu gibi, kazı esnasında su borusunun patlaması ve temelin yavaş yavaş su dolmasına rağmen, müteahhidin tedbir almadan kazıya devam etmesi sonucu oluşan su baskını, sigorta teminatı dışında kalacaktır.[82]

5. Toprak Kayması veya Çökmesi Rizikosu

Önceden bilinmeyen ve ani bir sebeple meydana gelen toprak kayması veya çökmesi[83] sonucu oluşan zararlar da inşaat sigortası teminatının kapsamına dahildir.[84] Kayma veya çökme, toprağın yapısından ileri gelebileceği gibi doğal nedenlerden de kaynaklanabilir. Buna karşılık, proje veya hesap hatasından ileri gelen toprak kaymasından doğan zararlar teminat kapsamı dışındadır (İSGŞ m. A.4.h). Yine sigortacı, aksi kararlaştırılmadıkça, toprak kayması sonucu ortaya çıkan enkazın kaldırılması giderlerinden de sorumlu değildir.[85]

---

79 Nomer, s. 42; Bunni, s. 69.
80 Güner, s. 31.
81 Ayli, s. 101.
82 Örnek için bkz. Ayli, s. 79.
83 Toprak kayması veya çökmenin nedenleri, olayın yaşandığı zemine göre farklılık gösterdiğinden, değerlendirilmesi son derecek karmaşık risklerden birisidir. Bunni, s. 72.
84 Güner, s. 31; Ayli, s. 101.
85 Krş. İSGŞ m. A.3.c ve MR, Kloz 111.

6. Fırtına ve Kasırga Rizikosu

Ülkemizde çok sık görülmemekle birlikte fırtına, kasırga, hortum gibi atmosferik olaylar,[86] özellikle tamamlanmamış yapılarda, büyük yakıt depolarında veya asma köprülerde ciddi zararlara neden olabilir.[87] Meteorolojik bilgi birikimi, fırtına gibi atmosferik olayların önceden tahmin edilmesine imkân sağlasa da bu tür risklere karşı tedbir almak, her zaman, mümkün değildir.

İSGŞ'nin A.3 ve A.4 maddesinde istisna olarak sayılmadığından, fırtına ve diğer meteorolojik hava hareketlerinden[88] ileri gelen zararlar, kural olarak, inşaat sigortası teminatına dâhildir. Bununla birlikte taraflar, "MR 012 Fırtına ve Fırtınaya Bağlı Maddi ve Sorumluluk Hasarları İstisna Klozu" ile "*... 8 bofor (rüzgâr gücü) veya hızı saatte 62 km'yi aşan rüzgârların doğrudan veya dolaylı olarak sebep olacağı fırtına ve buna bağlı hasarları (maddi zarar ve kayıpları ile sorumluluk hasarları dâhil)*" teminat kapsamı dışında bırakabilirler.

7. Yıldırım Rizikosu

Yıldırım nedeniyle meydana gelen zararlar da inşaat sigortası teminatına dahildir. Sigortacının sorumluluğunun doğması için yıldırımın doğrudan sigorta konusu değere isabet etmiş olması zorunlu değildir. Sigorta konusu menfaatin, yıldırım nedeniyle zarar görmesi yeterlidir.[89]

Yıldırım rizikosunun teminatı, yıldırım sonucu oluşan yangından ileri gelen zararla sınırlı değildir.[90] Yıldırım nedeniyle oluşan cihaz bozulması veya patlama gibi yangın dışında kalan zararlar da teminat kapsamına dahildir.[91]

---

86 Saatteki hızı 100 km ulaşan rüzgârlar fırtına; 120 km ulaşan rüzgârlar ise kasırga olarak adlandırılır. Ülkemizde görülmemekle birlikte tornado olarak adlandırılan rüzgârların hızı ise saatte 400 km'ye kadar ulaşabilmektedir. Bunni, s. 71. Bu konuda ayrıca bkz. Nomer, s. 41.

87 Güner, s. 31; Akçar, s. 23; Ayli, s. 110; Bunni, s. 72.

88 Fırtına kavramına meteorolojik diğer hava hareketleri de dahildir. Memiş, s. 118.

89 Memiş, s. 52.

90 Zaten yangın rizikosu, yıldırım nedeniyle meydana gelen yangını da kapsar.

91 Ayli, s. 111.

8. Hırsızlık Rizikosu

Hırsızlıktan kaynaklanan zararlar, inşaat sigortası teminatına kendiliğinden dâhil olan[92] önemli ana teminatlardan birisidir. [93] İnşaat sigortasıyla sigortacı, kural olarak, inşaat sahasında bulunan sigorta konusu malzemelere yönelik hırsızlık zararlarını tazminle yükümlüdür (İSGŞ m. A.1). Bununla birlikte, hırsızlık rizikosunun kapsamının daraltılması veya özel şartlara bağlanması mümkündür.

Yargıtay, "*... (A)ncak kapalı, emniyetli ve kilitli depoda muhafaza edilen emtianın sigorta teminatı altında olabileceği aksi halde oluşacak rizikonun teminat dışı kalacağı(nın)*" açıkça kabul edildiği poliçede, açık yerde depolanan malzemenin çalınmasından sigortacının sorumlu olmayacağına hükmetmiştir.[94] Yine 31.01.2002 tarihli kararında Yargıtay, inşaat sigortası sözleşmesinde "*henüz yerine monte edilmemiş inşaat ve montaj malzemelerinin kapalı, emniyetli, kilitli bir depoda muhafaza edilmesi*" şartının sağlanmadığı hırsızlık olayında, sigortacıyı sorumlu tutmamıştır.[95]

İnşaat sigortası özel şartlarından bağımsız olarak tarafların, doğrudan MR klozlarına atıf yaparak da bir kısım hırsızlık rizikolarını teminat dışına bırakmaları mümkündür. Örneğin MR Kloz 003 "Bakım Devresi İşlemleri Teminatı", MR Kloz 004 "Genişletilmiş Bakım Devresi", MR Kloz 119 "İşverenin veya Sigorta Ettirenin Mülkiyetinde, Zilyetliğinde, Emanetinde veya Kontrolünde Bulunan Bina veya Tesislerine İlişkin Kloz", MR Kloz 515 "Şantiye Tesisleri ve Ekipmanı (CPE) Özel Şartı"nda[96] hırsızlık rizikoları teminat dışında bırakılmıştır.

IV. İNŞAAT SİGORTASI TEMİNATININ SINIRLARI

İnşaat sigortası teminatının kapsamı ile ilgili en temel sınırlama, TTK'nın 1404. maddesidir. Madde gereği kanunun emredici hükümlerine, ahlâka, kamu düzenine, kişilik haklarına aykırı bir fiilden do-

92 Zira hırsızlık, inşaat alanlarını tehdit eden önemli bir risktir. Özellikle geniş alana sahip inşaat sahaları daha da büyük hırsızlık rizikosu altındadır. Bkz. Bunni, s. 100.

93 Ayli, s. 120.

94 11.HD, 05.06.1997, E. 4126, K. 4278 (Ulaş, s. 431).

95 11.HD, 31.01.2002, E. 8725, K. 691 (Ulaş, s. 431).

96 Bu kloz sadece açık sahada gözetimsiz veya bina içinde kilit altına alınmaksızın bırakılan değerlerin çalınmasını teminat dışında bırakır.

ğabilecek zararları teminat altına almak amacıyla inşaat sigortası yapılamaz[97]. Bu genel kuralın yanında, taraf iradeleri ve/veya İSGŞ'den kaynaklanan birtakım ek sınırlandırmalar daha mevcuttur.

A) Özel Şart Kaynaklı Sınırlandırma

Tarafların karşılıklı irade beyanlarının uyuşması ve emredici hükümlere aykırı olmaması şartıyla, inşaat sigortası teminatının kapsamına giren rizikolar, belli şartlara bağlanabileceği gibi tamamen kapsam dışında da tutulabilir. Böylece hem sigorta ettiren daha az prim ödemekte hem de ilave tedbirler alındığından rizikonun gerçekleşme olasılığı en aza indirilmektedir. Yargıtay da özel şart şeklinde düzenlenen bu tür istisnaları geçerli olarak kabul etmektedir.[98]

B) Yer Bakımından Sınırlandırma

Yer bakımından ilk sınırlama; ülkesel sınırlamadır. Bilindiği üzere Sigortacılık Kanunu'nun 15(1) maddesi uyarınca Türkiye'de yerleşik kişiler, kural olarak, Türkiye'deki sigortalanabilir menfaatlerini, Türkiye'de faaliyette bulunan sigorta şirketlerine ve Türkiye'de yaptırmak zorundadırlar. Bu açıdan, aynı anda birden fazla ülkede inşaat faaliyeti bulunan sigorta ettirenin, her bir inşaatı için ayrı sigorta sözleşmesi yapması veya en azından Türkiye'deki inşaatı için Sigortacılık Kanunu'ndaki hükme uyması oldukça önemlidir.[99]

İkinci sınırlama ise zararın, sigorta konusu değerin "inşaat sahasında bulunduğu sırada" meydana gelmiş olmasıdır (İSGŞ m. A.1). İngiliz hukukunda da inşaat sigortası, inşaat sahasında (*construction site*) meydana gelen zararlar için teminat sağlar.[100] Bu açıdan taşıma riskleri, özellikle denize ilişkin riskler, inşaat sigortasının kapsamı dışındadır.[101]

---

97 TTK'nın 1404. maddesine aykırı sigorta sözleşmeleri geçersizdir [TTK m. 1452(1)].

98 "İnşaat sigortası poliçesi all risks kayıtlı olarak düzenlenmiş olsa dahi, bu poliçenin eki durumunda olan "Ek Teminat Özel Şartlar" başlıklı 1'nci maddesinde ... koşulu ile inşaat/montaj malzemelerine sigorta güvencesi verildiğinin ve bu hükmün tüm riskleri kapsayacak şekilde düzenlendiğinin anlaşılması karşısında ..." 11. HD, 31.01.2002, E. 8725, K. 691 (Lale – Akgül, s. 571).

99 Güner, s. 44; Ayli, s. 156.

100 Hogarth, s. 169.

101 Levine – Haar, s. 158.

İSGŞ'nin A.1. maddesinin lafzından, sigorta kapsamındaki bir değerin, inşaat sahası[102] olarak belirlenen alanın dışında bulunduğu sırada sigorta güvencesinin kapsamından çıktığı anlaşılmaktadır. Sorun, bu istisnanın mutlak olup olmadığı; diğer bir ifadeyle, sigorta konusu değerin, sigorta ettirenin iradesiyle inşaat sahası dışında bulunduğu sürece kesin olarak sigorta teminatı dışında kalıp kalmadığıdır.

Bilindiği üzere TTK'nın 1444(1) maddesi gereği sigorta ettiren, "*sözleşmenin yapılmasından sonra, sigortacının izni olmadan rizikoyu veya mevcut durumu ağırlaştırarak tazminat tutarının artmasını etkileyici davranış ve işlemlerde bulunamaz*." Aksi hâlde sigortacı, TTK'nın 1445. maddesinde kendisine tanınan hakları kullanabilir. Rizikonun gerçekleşmesinden sonra kullanılabilecek olan bu haklardan birisi de TTK'nın 1445(5) maddesinde düzenlenen fesih hakkıdır.[103] Bu durumda sigortacı, tazminat ödeme yükümlülüğünden kurtulur.

Sigortacının, TTK'nın 1445(5) maddesinde düzenlenen fesih hakkını kullanabilmesi, sigorta ettirenin beyan yükümlülüğü kasten ihlal etmiş olması ön koşuluna bağlıdır. Ayrıca, mevcut duruma yönelik bu değişiklik ile gerçekleşen riziko arasında bir bağlantı olmalıdır. Değişiklik ile gerçekleşen riziko arasında bu tür bir bağlantının olmaması durumunda ise sigorta tazminatı veya bedeli, ödenen primle ödenmesi gereken prim oranı dikkate alınarak hesaplanır. Sigorta ettirenin kastının değil de ihmalinin bulunması durumunda ise; ihmali davranışın rizikonun gerçekleşmesine etkisine **göre** sadece sigorta tazminatı veya bedelinde indirime gidilir.[104]

Sonuç olarak, sigorta hukukunun bu genel ilkesi gereği, inşaat sahasına konularak sigorta kapsamına giren değerin daha sonra saha dışına çıkarılmış olması, onu, kendiliğinden sigorta teminatının kapsamından çıkarmamalı; sigorta ettirenin değişiklik kastı ile gerçekleşen riziko arasında bir illiyet bağı olup olmadığı araştırılmalıdır.[105]

---

102 Genel olarak inşaat sahası, inşa edilen yapı da dahil olmak üzere, inşaat için gerekli malzeme, araç ve gereç ile şantiye ve diğer donanımların yer aldığı alandır.

103 Konu hakkında ayrıntılı bilgi ve madde metninde kullanılan "fesih" teriminin isabetsizliği hususunda bkz. Kender, s. 270.

104 Ayrıntılı bilgi ve değerlendirme için bkz. Mertol Can, Sigorta Sözleşmesinin Tabi Olduğu Hukukî Esaslar, Ankara 2012, s. 73.

105 Yargıtay inşaat sahası kavramını, şantiye ile sınırlandırmaktadır. 24.01.2014 tarihli kararında, sosyal tesis inşaatı ve çevre düzenlemesini içeren inşaat sigortası sözleşmesinde, şantiyeye 1 km uzaklıktaki trafodan elektrik alınması için döşenen

C) Zaman Bakımından Sınırlandırma

İnşaat sigortasının zaman bakımından en temel sınırlaması, sigorta sözleşmesinin maddi süresidir. Diğer ifadeyle sigortacı, rizikoyu taşıma yükümlülüğü devam ettiği zaman dilimi içerinde meydana gelen zararlardan sorumludur. Bu süre, primin tamamı veya ilk taksitinin ödenmesi ile başlar (TTK m. 1421) ve sözleşme daha önce sona ermemişse, sözleşmede gösterilen sürenin sonuna kadar devam eder.

Bu genel kurala ek olarak İSGŞ'nin A.5. maddesine teminat süresine ilişkin özel hükümler derç edilmiştir. Buna göre; sigorta süresi maddi olarak başlamış olmak şartıyla,[106] sigortacının sorumluluğu sigorta konusu değerlerin inşaat sahasına boşaltıldığı andan itibaren başlar.[107] Hatta inşaat sahasına boşaltılan malzeme ve teçhizat için ayrıca taşıma sigortası yapılmış ise sigortacının sorumluluğu, taşıma sigortası teminatı sona erinceye kadar başlamaz.

İnşaat sigortaları da kural olarak poliçede öngörülen bitiş tarihinde sona erer.[108] Çevre düzenlemesi veya güç santrali inşaatı gibi proje kapsamında yapılması gerekli işlemler veya test işlemleri de bu süreye dâhildir.[109] Bununla birlikte inşaatın poliçede öngörülen tarihten önce kısmen veya tamamen bitirilip iş sahibine teslim edilmesi[110] veya

---

kabloları inşaat sahası dışı olarak değerlendirerek, yapılan hırsızlığın teminat dışında olduğuna hükmetmiştir. 11. HD, 24.01.2014, E. 9489, K. 1525. (www.kazanci.com.tr - Erişim tarihi: 23 Mart 2017). Bu karar inşaat sahası teriminin daraltılması bağlamında oldukça tartışmalıdır. Zira inşaat sözleşmesinin ana konusundan birisi çevre düzenlemesi ve bina inşaatıdır. Sözleşmedeki edimin ifası için elektrik olmazsa olmaz unsurlardan birisi olduğuna göre en azından trafoya kadar döşenen kablolar inşaat sahası içinde sayılmalıdır.

106 Malzemeler inşaat sahasına boşaltılmış olsa bile; primin tamamı veya ilk taksiti ödenmedikçe sigortacının sorumluluğu başlamaz. Güner, s. 34.

107 Anglo-Sakson hukukunda da inşaat faaliyeti sırasında meydana gelen zararların sigorta teminatının kapsamında olduğu, özellikle inşaata henüz başlanmamış olması durumunda sigortacının sorumluğunun başlayıp başlamadığı sorununun gündeme geldiği bildirilmektedir. Bkz. Cunningham - Fischer, s. 1065.

108 Yargıtay, poliçede sigorta sözleşmesinin bitiş tarihinin gösterilmiş olmasına rağmen, poliçe özel şartlarında sigorta süresinin inşaatın bitimi olduğunun belirtilmesi ve sürenin aşılması durumunda primin nasıl hesaplanacağının düzenlenmiş olmasını, tarafların sigorta sözleşmesinin süresini inşaatın gerçek bitim tarihine kadar uzattıkları şeklinde yorumlamıştır. 11. HD, 14.06.1988, E. 1777, K. 3918 (Ulaş, s. 427); Benzer yönde başka bir karar için bkz. 11. HD, 10.02.2006, E 376, K. 1565 (www.kazanci.com.tr - Erişim tarihi: 23 Mart 2017).

109 Levine – Haar, s. 158.

110 "Sigorta sorumluluğu ünitelerin (iş sahibi tarafından) geçici kabulü tarihine kadar teminat içinde olup, geçici kabulünden sonraki riskler teminat dışı bırakmıştır."

kullanıma başlanması durumunda sigorta teminatı, teslim edilen veya kullanılmaya başlanan kısımlar için herhangi bir ihtara gerek kalmaksızın sona erer.[111]

Sigorta konusu inşaat faaliyetine herhangi bir sebeple ve devamlı olarak en az bir aydan fazla süreyle ara verilmesi durumunda, sigortalının yazılı ihbarı üzerine sigorta teminatı kendiliğinden durur.[112] Sigortacı, teminatın durduğu bu süre içerisinde meydana gelen zararlardan sorumlu olmaz.[113] Sigorta süresi ise bu şekilde işlemeyen gün sayısı kadar uzar [İSGŞ m. A.5(3)].

D) Ek Sözleşme ile Sigorta Kapsamına Dahil Edilebilecek Hususlar

İSGŞ'nin A.3 maddesinde sayılan durumlardan ileri gelen zıya ve hasarlar, kural olarak, sigorta teminatı kapsamının dışındadır.[114] Bununla birlikte, maddede sayılan bu rizikoların, ek sözleşmeyle, sigorta kapsamına alınmasında hukukî bir engel yoktur. Bu durumda, yani rizikolardan bazılarının teminat kapsamına alınması hâlinde, özellikle sigorta bedelinin yeni duruma uyarlanması ve sigorta değerine eşit olmasına dikkat edilmelidir. Aksi hâlde, riziko teminat kapsamında sayılsa bile sigortacının sorumluluğu sözleşmede gösterilen sigorta bedeli ile sınırlı olacağı gibi; eksik sigorta hükümlerinin uygulanması da gündeme gelebilecektir.

1. İş Makinesi ve Ekipman Zararları

İSGŞ'nin A.3(a) maddesi gereği "İnşaatın yapılması için kullanılan iş makineleri ve *ekipmanı(nda)*" meydana gelen zararların, sigorta teminatı kapsamına alınması mümkündür. Yine MR Kloz 108, inşaatın

---

11. HD, 26.03.1990, E. 1447, K. 2529 (Ulaş, s. 430).

111 Bu andan itibaren, poliçede ayrıca belirtilmişse, bakım devresi teminatı başlar.

112 Sigortalının teminatın durması esnasındaki rizikolarla ilgili teminatın devamını istemesi hâlinde, sigortanın durma süresi ile ilgili şartlar ve ek fiyat taraflarca tespit edilir. Bkz. İSGŞ m. A.5(3) (ikinci cümle).

113 Sigortalının bu tür bir talebinin olmaması durumunda hem sigorta teminatı hem de sigorta süresi işlemeye devam eder.

114 Maddede sayılan nispi emredici nitelikteki bu istisnaların inşaat sigortası sözleşmelerinde teminat kapsamı dışında tutulmasının nedeni olarak; bir kısmının tek başına inşaat sigortasının konusuna girmemesini diğer bir kısmının ise yansıma zararı olmasını söylemek mümkündür. Güner, s. 46; Ayli, s. 163.

yapılması için kullanılan iş makinesi ve ekipmanlarının[115] sigorta teminatına dahil edilmesine imkân verir.[116]

Kendiliğinden hareket imkânı olup olmamasına bakılmaksızın, yapının inşasında kullanılan bütün makine veya ekipmanlar sigorta kapsamına alınabilir.[117] Makine veya ekipmanın mülkiyetinin sigorta ettirene ait olması zorunlu değildir. [118] Sigorta ettirenin, sigorta kapsamına alınan bu değerler üzerinde parayla ölçülebilen bir menfaatinin bulunması yeterlidir. Yine sigorta tazminatının ödenmesi için zıya veya hasarın gerçekleştiği anda iş makinesi veya ekipmanın aktif şekilde kullanılıyor olması da gerekmez.

Ek sözleşmeyle sigorta kapsamına alınan iş makinesi veya ekipmanın bedelinin, poliçede tam ve doğru şekilde gösterilmesi oldukça önemlidir. Uygulamada bu kıymetlerin değeri, genel olarak, sigortalının beyanı üzerine belirlenmektedir. Belirlenen bu bedelin, sigorta konusu değerlerin piyasa cari fiyatının (piyasa rayiç bedelinin) altında olmamasına dikkat edilmelidir. Aksi takdirde sigorta tazminatı, eksik sigorta hükümlerine göre ödenir.[119]

İş makinesi ve ekipmanı zararları klozu sadece doğal faktörler veya üçüncü kişi tarafından verilen zararları teminat altına alır. Bu açıdan; normal kullanıma bağlı oluşan "*aşınma, yıpranma, paslanma ve çürümeler*" (İSGŞ m. A.4.b) ile mekanik ve elektrik arızalarından dolayı oluşan zıya ve hasarlar, teminat kapsamına dâhil değildir (İSGŞ m. A.4.i).[120] Ayrıca, ehliyetsiz personel tarafından kullanılan makinelerde oluşacak her türlü hasar da sigorta teminatının dışındadır (MR Kloz 108).

---

115 Genel olarak iş makinesi ve ekipmanları için bkz. Güner, s. 46; Ayli, s. 44.

116 Uygulamada sigorta şirketlerinin, MR Kloz 108 için diğer klozlara oranla daha fazla ek prim istedikleri bildirilmektedir. Geyik, s. 66.

117 Algül, s. 244.

118 Ayli, s. 165.

119 "Bu makine veya ekipmanın her biri için beyan edilen sigorta bedeli, hasar anında o makinenin yukarıda izah edildiği şekilde hesaplanacak sigorta değerinden eksik bulunacak olursa, eksik sigorta prensibine göre tazminat tutarı aynı oranda tenzil edilir." MR Kloz 108.

120 "... (A)ncak bu sebeplerle sigortalı diğer kıymetlerde meydana gelecek zıya ve hasarlar teminata dâhildir." İSGŞ m. A.4.i.

2. Şantiye Tesis ve Ekipmanları

İnşaat sahasındaki "*geçici şantiye barakaları, yardımcı yapılar ve şantiye tesisleri ile şantiye alet ve teçhizatı*" da sigorta teminatı kapsamına alınabilir (İSGŞ m. A.3.b). Şantiye tesislerinden kasıt, "*işçi kampları, şantiye ofis binaları, depo binaları vb. tesis binaları ile bunların sabit tesisatlarıdır*." Şantiye ekipmanları ise genel olarak "*inşaat/montaj çalışmaları için kullanılan el aletleri, sabit makine, yardımcı ekipman ve tesisatı*" kapsar (MR Kloz 515). Bu anlamda asfalt veya beton hazırlanma tesisi, kompresör, jeneratör, kesici ve delici el aletleri, iskeleler, kalıplar vb. ekipman kavramına dahildir.

Ek sözleşmeyle bütün şantiye tesis ve ekipmanlarının inşaat sigortası teminatının kapsamına alınması mümkündür. Bununla birlikte, MR ve İSGŞ'de sayılan:

(i) Harici bir etken olmaksızın ortaya çıkan, bozulma ile malzeme, yağlama, bakım kusuru gibi dahili sebeplerden kaynaklanan hasarlar (MR Kloz 515),

(ii) Açık sahada gözetimsiz bırakılan veya bina içinde kilit altına alınmaksızın bırakılan kıymetlerin çalınması zararları (MR Kloz 515),

(iii) Malzemenin bozukluğundan, ayıbından veya kusurlu işçilik neticesinde oluşan hasarlar (İSGŞ m. A.4.ı),

(iv) Mekanik arızalardan ve elektrik arızalarından meydana gelen zıya ve hasarlar (İSGŞ m. A.4.i),

inşaat sigortası teminatının dışında bırakılmıştır.

Sigorta teminatının kapsamına dahil edilen şantiye tesisi ve ekipmanlarının ayrıntılarını ve sigorta değeri gösteren bir liste poliçeye eklenmelidir. Ayrıca poliçede gösterilen sigorta bedelleri, taşıma, vergi vb. gibi hususlar dahil olmak üzere, piyasa rayiç değerine eşit olmalıdır. Aksi hâlde eksik sigorta hükümleri uygulanır (MR Kloz 515).

3. Enkaz Kaldırma Masrafları

Yukarıda değinildiği gibi inşaat sigortaları mal sigortasıdır. Dolayısıyla sigortacı, sadece sigorta kapsamına dâhil değerlerde meydana

gelen doğrudan zararları tazminle yükümlüdür. Hasar sonucu ortaya çıkan enkazın kaldırılması masrafları, kural olarak, sigorta teminatının kapsamına dâhil değildir. Buna karşılık, ek sözleşmeyle bu tür zararların da teminat kapsamına alınması mümkündür (İSGŞ m. A.3.c).[121]

MR Kloz 111'de özel olarak düzenlenen bu teminat, "*ani ve beklenmedik, fiziksel bir hasar neticesinde sigortalı değerlerin enkaz altından çıkarılması ve enkazın kaldırılması için gerekli olan masrafları*" kapsar. Kloz, hem sigortalı değerin enkaz altından çıkarılması hem de mevcut enkazın kaldırılması rizikosunu teminat altına alır.

Bununla birlikte, toprak kayması sonucu toprak altında kalan sigortalı malzemelerin haricindeki diğer değerlerin çıkarılmasına ilişkin giderler, sigorta teminatının kapsamı dışındadır. Ayrıca sigortacı, gerekli ve yeterli önlemlerin zamanında alınmamış olması nedeniyle eğimli arazide ve yamaçlarda, kayan ve bozulan setlerin yeniden inşası giderleri ile teminat kapsamına girmeyen bir hasar sonucu oluşan enkaz kaldırma giderlerini tazminle yükümlü değildir (MR Kloz 111).

4. Hasar Nedeniyle Yapılan Taşıma ve Fazla Çalışma Ücretleri

Sigortacı sadece sigorta teminatı kapsamındaki hasarı tazminle yükümlüdür. Dolayısıyla iş makinesinin arızalanması durumunda sigortacının tazmin yükümlülüğü, arızanın giderilmesi için gerekli olan yedek parça ile sınırlıdır. Temin edilen parçanın inşaat alanına getirilmesi masrafları ile yerine takılması için harcanan fazla mesai ücreti, kural olarak, sigorta teminatının kapsamı dışındadır. Buna karşılık, İSGŞ'nin A.3.ç maddesi uyarınca taraflar, ek sözleşmeyle, "*meydana gelen zıya ve hasarların gerektirdiği uçak dışında kalan seri vasıtalarla yapılan nakliye masrafları (ile) fazla çalışma ücretleri(ni)*" teminat kapsamına alabilirler.

Genel şartlarda, açıkça, uçakla yapılan taşıma ücretleri kapsam

---

[121] Enkaz kaldırma masraflarının astronomik rakamlara ulaşabilmesi nedeniyle, uygulamada, enkaz kaldırma klozunun, istisna değilmiş gibi bütün inşaat sigortası sözleşmelerinde teminat kapsamına alındığı belirtilmektedir. Bkz. Güner, s. 58; Ayli, s. 171; Algün, s. 247. Yine yapılan bir çalışmada, incelenen tekliflerin %86'sında enkaz kaldırma teminatının, proje bedelinin %4'ü ile sınırlandırıldığı bildirilmektedir. Bkz. Geyik, s. 69.

dışında sayılmıştır.[122] Bununla birlikte, tarafların anlaşarak uçak taşımasını poliçeye dâhil etmelerinin ya da riziko gerçekleştikten sonra sigortacının, uçak taşıma ücretini tazmin etmesinin önünde hukukî bir engel olmamalıdır. Zira MR Kloz 007, teminatın uçakla yapılan taşıma masraflarını kapsayacak şekilde genişletilmesine imkân sağlar. Bu durumda sigortacının sorumluluğu, farklı bir tazminat limiti kararlaştırılmış olmadıkça, her bir hasarın %10'u ile sınırlıdır. Hasar anında eksik sigortanın tespit edilmesi hâlinde ise ödenecek tazminat tutarı, bu oranda azaltılır (MR Kloz 007).

İSGŞ'nin A.3.ç maddesinde düzenlenen kloz, taşıma ücretine ek olarak, hasarın giderilmesi nedeniyle ödenen fazla çalışma ücretlerini de sigorta kapsamına dâhil eder. Bu teminat, aynı zamanda, hasarın giderilmesine yönelik olarak bilgisine başvurulan uzman mimar veya mühendislere ödenen ücretleri de kapsar.[123]

5. Üçüncü Kişi Zararlarından Doğan Sorumluluk

İnşaat sigortacıları, kural olarak, sigortalının sadece sigorta kapsamındaki değerler üzerindeki menfaatinin zarara uğraması riskini üstlenirler. Gerçekleşen riziko nedeniyle sigortalının, üçüncü kişiye ödemek zorunda kalacağı tazminat ve diğer ödemeler sigorta teminatının dışındadır. Örneğin sigortacı, temel veya köprü ayağı kazısı nedeniyle yan binada meydana gelecek bir zarardan, kural olarak, sorumlu değildir. İSGŞ'nin A.3.d maddesi taraflara, ek sözleşmeyle, bu tür rizikoları da sigorta teminatının kapsamına almalarına imkân verir.

İSGŞ'de üçüncü kişilerin tanımı yapılmamakla birlikte, "Üçüncü Şahıslara Karşı Malî Mesuliyet Sigortası Genel Şartları"nın 3.A.3 maddesi gereği, üçüncü kişi terimi, inşaat faaliyetiyle ilgili olarak sigortalı ile herhangi bir sözleşme veya aile ilişkisi içerisinde olmayan herkesi kapsamalıdır. Bu açıdan, inşaat faaliyeti esnasında işçi veya çalışanın uğradığı zararlar, inşaat sigortası teminatının kapsamı dışında olmalıdır. [124]

---

122 Alman hukukunda da uçak taşıma ücretlerinin kapsam dışında bırakıldığı yönünde bkz. Ayli, s. 175.

123 Güner, s. 59; Ayli, s. 175.

124 Güner, s. 56. Bu kişilerin uğrayacağı zararları teminat altına almak isteyen sigor-

Birden fazla yüklenici tarafından yürütülen inşaat işlerinde bağımsız müteahhitler[125] ile alt eser sözleşmesinin mevcudiyeti durumunda alt-üst yükleniciler, inşaat sigortası bağlamında, birbirlerine karşı üçüncü kişi konumundadır.[126] Hatta bağımsız birden fazla müteahhidin tek bir sigorta sözleşmesi yapması durumunda bile, MR Kloz 002'de düzenlenen "çapraz sorumluluk" özel şartına atıf yapılarak, birbirlerine göre üçüncü kişi konumuna getirilmesi mümkündür. Zira MR Kloz 002, sigorta poliçesinin "sigortalılar" bölümünde yer alan gerçek ve tüzel kişilerin her birini, aynı poliçenin "üçüncü kişi mali sorumluluk" başlığı altındaki teminatlar bağlamında, üçüncü kişi konumuna getirir. Diğer bir ifadeyle, MR Kloz 002'e atıf yapan bir inşaat sigortası sözleşmesi, poliçenin "sigortalılar" bölümünde yer alan bütün kişilere, kendileri adına bağımsız birer sorumluluk sigortası yapılmış gibi teminat sağlar.

Yukarıda vurgulandığı gibi üçüncü kişi zararlarından doğan sorumluluk klozunun kabul edilmesiyle birlikte inşaat sigortası; mal ve sorumluluk sigortası birleşimi kombine sigortaya döner. Ancak sigortacı, her türlü üçüncü kişi zararından değil; sadece inşaat faaliyeti nedeniyle meydana gelen zarardan sorumludur.

6. Grev, Lokavt, Kargaşalık ve Halk Hareketlerinden Doğan Zararlar

Taraflar isterlerse "*Grev, lokavt, kargaşalık ve halk hareketlerinin ve bunların gerektirdiği askerî ve inzibatî hareketlerin sebep olduğu bütün zıya ve hasarlar(ı da)*" sigorta teminatının kapsamına alabilirler (İSGŞ m. A.3.e). Benzer bir ek teminat MR Kloz 001'de ayrıca düzenlenmiştir.

Grev ve lokavt kavramları, 6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu (Sendikalar Kanunu)'nda tanımlanmıştır.[127] Kargaşa-

---

talı, ayrıca, işveren malî sorumluluk sigortası yaptırmak zorundadır.

125 Her müteahhit ile yüklenici arasındaki sözleşmelerin birbirinden bağımsız sözleşmeler olduğu hakkında bkz. M. Turgut Öz, İnşaat Sözleşmesi ve İlgili Mevzuat, İstanbul 2016, s. 43.

126 Ayli, s. 179.

127 Grev, "İşçilerin, topluca çalışmamak suretiyle işyerinde faaliyeti durdurmak veya işin niteliğine göre önemli ölçüde aksatmak amacıyla, aralarında anlaşarak veya bir kuruluşun aynı amaçla topluca çalışmamaları için verdiği karara uyarak işi bırakmaları" (Sendikalar Kanunu m. 58); lokavt ise "İşyerinde faaliyetin tamamen durmasına neden olacak tarzda, işveren veya işveren vekili tarafından

lık veya halk hareketi kavramlarına ilişkin ise Kanun'da açık tanım mevcut değildir. Buna karşılık kargaşalık, topluluğun kanun ve kamu düzenine uymaması nedeniyle devlet otoritesinin sarsılarak can ve mal güvenliğinin tehlikeye düşmesi; halk hareketi ise kargaşalığı da içine alacak şekilde toplumun önemli bir kesiminin, devlet otoritesi ve kamu güvenliği aleyhine güç kullanarak karşı gelmeleri[128] olarak tanımlanabilir.

Kargaşalık ve halk hareketinin, terörden ayırt edilmesi güç olmakla birlikte; kavramların kesin olarak tanımlanması sigorta teminatının kapsamı açısından oldukça önemlidir. Zira İSGŞ'nin A.3.e maddesi, MR Kloz 001'den farklı olarak sadece grev, lokavt, kargaşalık veya halk hareketleri nedeniyle sigorta kapsamındaki değerlerde meydana gelen zıya ve hasarı kapsar. 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanunu'nda[129] belirtilen terör eylemlerini ise teminat kapsamı dışında bırakır.[130]

Sigortacının sorumluluğunun doğması için zararın, birden fazla kişi tarafından ve kargaşalık gibi toplum huzurunu bozacak eylemler sonucunda verilmiş olması gereklidir. Zarar verenin, sigortalının, hukuken fiillerinden sorumlu olduğu kişi veya üçüncü kişi olması önemli değildir. Yine kolluk kuvvetleri tarafından, toplum huzurunu bozmaya dönük eylem ve faaliyetleri bastırmak, önlemeye çalışmak veya oluşması beklenen zıya veya hasarları en az düzeye indirmek amacıyla girişimde bulunması sırasında ortaya çıkan zıya veya hasarlar ile grev veya lokavt sırasında çalışanların kasıtlı olarak ve grevi desteklemek veya lokavtı kırmak amacıyla giriştikleri eylemler sonucu oluşan zararlar da sigorta teminatının kapsamına dahildir (MR Kloz 001).

Bununla birlikte, taşınmazın hukuka aykırı biçimde sürekli veya geçici olarak işgal edilmesi sonucu ortaya çıkan zıya veya hasarlar sigorta teminatının dışındadır (MR Kloz 001, Özel Şartlar ve İstisnalar m. 1.c). Ayrıca grev, lokavt, kargaşalık veya halk hareketlerinin sonucu

---

kendi kararıyla veya bir kuruluşun verdiği karara uyarak, işçilerin topluca işten uzaklaştırılması(dır)" (Sendikalar Kanunu m. 59). Kanun için bkz. RG, 7.11.2012, Sayı: 28460.

128 Ayrıntılı bilgi için bkz. Memiş, s. 110; Zehra Şeker (Öğüz), Deniz Yoluyla Yük Taşınmasında Sigorta Himayesinin Kapsamı, İstanbul 2001, s. 189; Ayli, s. 183.

129 RG, 12.4.1991, Sayı: 20843.

130 Ancak terör nedeniyle meydana gelen zararların ayrı bir ek sözleşmeyle teminat kapsamına alınması mümkündür. İSGŞ m. A.3.g.

olarak; kısmen veya tamamen, sürekli veya geçici işin durması, işin tatil edilmesi, gecikmeye veya değişikliğe uğraması nedenleriyle ortaya çıkan zıya veya hasarlar; yasal olarak görevlendirilmiş kamu otoritesi tarafından sürekli veya geçici olarak iş gereçlerinin haczedilmesi, geçici veya sürekli olarak el konulması, işe veya yönetime el konulması nedeniyle ortaya çıkan zıya veya hasarlar da inşaat sigortası teminatına dâhil değildir (MR Kloz 001, Özel Şartlar ve İstisnalar m. 1.a ve b).[131]

7. Bakım Devresi Zararları

Bakım devresi, inşaatın bitimi veya geçici kabulünden sonra başlayan ve yapının iş sahibi tarafından kesin kabulü ile sona eren evredir.[132] Bu evrede müteahhit, sözleşmeye göre eksik kalan veya düzeltilmesi istenen hususları tamamlayarak inşaatı sözleşmeye uygun hâle getirir.

İnşaat sigortalarında teminat süresi, kural olarak, yapının tamamlanıp iş sahibine teslim edilmesi veya iş sahibince kullanılmaya başlanmasıyla sona erer. Bu nedenle, sigortacılar, bakım devresinde meydana gelen zıya ve hasarlardan sorumlu olmazlar. Ancak taraflar, ek sözleşmeyle, bu devrede meydana gelen zararları da sigorta teminatına dâhil edebilirler (İSGŞ m. A.3.f). Uygulamada ise bakım devresi teminatının kapsamı, standart teminat (MR Kloz 003) ve genişletilmiş teminat (MR Kloz 004) olmak üzere iki kloza göre belirlenmektedir.

Bakım devresi teminatı, genel olarak, müteahhidin, sözleşme kapsamında inşaatın geçici kabulünden sonra eksik kalan ya da düzeltilmesi gereken işleri yaptığı esnada sigortalı değerlere verdiği zararları tazmin eder. Diğer bir ifadeyle, müteahhidin geçici kabul ile kesin kabul arasındaki süreçte sorumlu olduğu zararlar teminat kapsamına dahildir.

Bununla birlikte birtakım zararlar bakım devresi teminatının kapsamı dışında tutulmuştur. Buna göre:

(i) Müteahhidin neden olmadığı zararlar,

(ii) Müteahhit tarafından sigorta konusuna girmeyen kıymetlere verilen zararlar,

131 Ayrıntılı bilgi için bkz. Ayli, s. 186.
132 Ferudun Kaya (ed.), Sigortacılık, B. 3, İstanbul 2013, s. 361; Ayli, s. 186.

(iii) Bakım faaliyetinden kaynaklanmayan yangın, infilâk, dahili su, duman, her türlü taşıt çarpması, kar ağırlığı zararları,

(iv) Her türlü tabiat olayları, doğal afetlerden doğan zararlar,

(v) Grev, lokavt, kargaşalık, halk hareketleri, kötü niyetli hareketler, terör ve bunların gerektirdiği askerî ve inzibatî hareketlerin sebep olduğu zararlar,

(vi) Hırsızlık veya hırsızlığa teşebbüs hallerinden doğan zararlar,

bakım devresi teminatının kapsamı dışındadır.

Kural olarak bakım devresinde üçüncü kişiye verilen zararlar, sigorta teminatının kapsamı dışındadır (MR Kloz 003). Bununla birlikte, MR Kloz 004'de düzenlenen genişletilmiş teminat ile üçüncü kişiye verilen zararların da teminat kapsamına alınması mümkündür.[133]

Bakım devresi teminatı; poliçede gösterilen tarihte veya geçici kabulün yapılması ya da sigortalı yapının işletmeye açılmasıyla birlikte kendiliğinden başlar ve poliçede gösterilen sürenin dolmasıyla sona erer. Bu süre içerisinde **işlemlerin** bitirilememesi durumunda süre, ek prim karşılığında uzatılabilir.

İşlemlere en az bir aydan fazla süreyle ara verilmesi hâlinde ise sigortalı, yazılı ihbar ile sigorta teminatını durdurabilir. İnşaat faaliyetlerine tekrar başlanmasını müteakip sigorta süresi, bu şekilde işlemeyen gün sayısı kadar uzar (MR Kloz 003).

8. Terör Eylemlerinden Doğan Zararlar

Yukarıda vurgulandığı gibi MR Kloz 001'de terörizm nedeniyle meydana gelen zararlar teminat kapsamına alınırken; İSGŞ'nin A.3.e maddesinde terör[134] zararı sayılmamıştır. Bu açıdan, doğrudan MR Kloz 001'e atıf yapılması durumunda terörizm nedeniyle doğan zararlar sigorta teminatına dâhildir. Böyle bir atfın olmaması durumunda ise İSGŞ'nin A.3.g maddesi anlamında terör zararlarının ayrıca teminat kapsamına alınması gereklidir.

---

133 Uygulamada sigortacıların, riski daha uzun süre üzerinde tutmak istemediklerinden genişletilmiş bakım teminatına pek sıcak bakmadıkları bildirilmektedir. Kaya, s. 361.

134 Terör teriminin tanımı için bkz. 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanunu m. 3; MR Kloz 001.

Terör eylemleri klozu, terör eylemleri ve bu eylemlerden doğan sabotaj ile bunları önlemek ve etkilerini azaltmak amacıyla yetkili organlar tarafından yapılan müdahaleler sonucunda meydana gelen zararları kapsar (İSGŞ m. A.3.g). Bununla birlikte, terör veya bunları önlemek amacıyla yapılan müdahaleler sonucu meydana gelen biyolojik veya kimyasal kirlenme, bulaşma ya da zehirlenmeler nedeniyle oluşacak bütün zararlar sigorta teminatının dışındadır [İSGŞ m. A.4(l)]. Bu rizikoların ayrı bir klozla teminat kapsamına alınması da mümkün değildir. Ayrıca terörizm sonucu kısmen veya tamamen, sürekli ya da geçici olarak işin durması, işin tatil edilmesi, gecikmeye veya değişikliğe uğraması nedenleriyle ortaya çıkan zıya ve hasarlar da teminat kapsamına dâhil değildir (MR Kloz 001, Özel Şartlar ve İstisnalar m. 1.a).

9. Çevre Kirliliği Zararları

Genel anlamda çevre kirliliği, inanların her türlü faaliyeti sonucu olarak havada, suda veya toprakta meydana gelen olumsuz gelişmeler nedeniyle ekolojik dengenin bozulmasıdır.[135] İnşaat faaliyeti neticesinde oluşan çevre kirliliği zararları, kural olarak, inşaat sigortası teminatının dışındadır. Müteahhit, inşaat faaliyeti nedeniyle meydana gelen bu tür çevre zararları için ayrıca çevre sorumluluk sigortası yaptırabileceği[136] gibi; ek sözleşmeyle inşaat sigortası teminatının kapsamına da dâhil edebilir.

Çevre kirliliği klozu, sigorta sözleşmesinde teminat altına alınan rizikoların gerçekleşmesi sonucunda doğrudan veya dolaylı olarak meydana gelen her türlü çevre kirliliği zararını kapsar (İSGŞ m. A.3.ğ). Bu kloz inşaat sigortası sözleşmesini, aynı zamanda, sorumluluk sigortasına dönüştürür. Zira kloz ile hem sigortalı hem de üçüncü kişinin çevre kirliliği nedeniyle uğrayacağı muhtemel zararlar teminat kapsamına alınmaktadır.[137]

E) Teminat Dışında Kalan Hususlar

İSGŞ'nin A.4. maddesinde inşaat sigortası teminatı dışında kalan kıymetler ve durumlar sayılmıştır. Bunlar mutlak şekilde teminat kap-

---

135 Tanımlar ve ayrıntılı bilgi için bkz. Aynur Yongalık, Çevre Sorumluluk Sigortası, Ankara 1998, s. 32.
136 Ayrıntılı bilgi için bkz. Yongalık, s. 157.
137 Ayli, s. 192.

samı dışında bırakılan ve tarafların ek sözleşmeyle sigorta kapsamına alınması uygun görülmeyen muafiyetlerdir.[138]

Bununla birlikte sayılan rizikolardan;[139] genel ahlâk, kamu düzeni ve emredici hükümlere aykırı olmayanların[140] teminat kapsamına alınmasında hukukî bir engel olmamalıdır.[141] MR Kloz 115'e atıf yapılması durumunda tarafların, İSGŞ'nin A.4.h maddesinin değişik hâlini kabul etmiş sayılmaları[142] bu yorumu desteklemektedir.

1. Aşınma, Yıpranma, Paslanma ve Çürümeler

İSGŞ'nin A.4.a maddesinde aşınma, yıpranma, paslanma ve çürümelerin inşaat sigortasıyla sağlanan güvencenin dışında olduğu belirtilmektedir. Maddede hiçbir istisna öngörülmediğinden, malzemenin kalitesizliği veya saklama koşulları ya da inşaata uzun süre ara verilmesine bakılmaksızın,[143] her türlü aşınma, yıpranma ve çürümeler teminat kapsamı dışında olmalıdır.[144]

Bununla birlikte, İSGŞ'nin A.4.a maddesi gereği sigortacı, malzeme veya sigorta konusu değerdeki sadece aşınma, yıpranma veya çürümeden ileri gelen zarardan sorumlu değildir. Malzemenin çürümesine bağlı olarak gelişen bağlantılı zararlar ise sigorta sözleşmesinin kapsamına dâhildir.[145]

2. Envanter Açıkları

Bilindiği üzere envanter açığı; alacak, borç ve varlıkların miktar ve değerleri arasında bir farklılığın bulunması durumudur. Envanter açığının bulunup bulunmadığı ise diğer ticarî faaliyetlerde olduğu gibi

138 Bunun nedenleri ve ayrıntılı bilgi bkz. Ayli, s. 192.

139 Bütün riskler sigortası olması sebebiyle inşaat sigortalarında bu muafiyetler, sigorta poliçesinde teker teker sayılmaktadır.

140 Örneğin malzemenin ayıbından doğan zararlar [TTK m. 1453(2)], makine veya teçhizattaki elektrik arızaları gibi.

141 Aynı yönde bkz. Güner, s. 27.

142 11. HD, 26.10.2006, E. 655, K. 10844 (Lale – Akgül, s. 573).

143 Güner, s. 51.

144 Ayli, s. 194; Şeker, s. 121.

145 Örneğin, çürümeye bağlı olarak yıkılan kolonun herhangi bir kusuru bulunmayan yan duvara da zarar vermesi durumunda sigortacı, çürüyerek yıkılan kolonda oluşan zarardan sorumlu olmaz iken; sağlam şekilde inşa edilen duvarın yıkılmasından ileri gelen zarar sigorta teminatının kapsamına dâhil olacaktır.

ancak üstlenilen eser sözleşmesi sonunda kâr – zarar durumunu tespit edebilmek amacıyla çıkarılan envanter[146] sonunda anlaşılabilir.

Uygulamada envanter açıkları genel olarak muhasebe hatalarından veya kullanma, yıpranma kaybolma gibi faaliyetlerden ileri gelir. Dolayısıyla envanter açığı, önceden bilinmeyen ve ani bir sebeple ortaya çıkan rizikolardan değildir.[147] Bu gerekçeyle olsa gerek, İSGŞ'nin A.4.b maddesinde envanter açıkları, inşaat sigortası teminatının kapsamı dışında tutulmuştur.

3. Tamamlanan veya Geçici Kabulü Yapılan ya da İş Sahibi Tarafından Kullanılan Kısımlarda Meydana Gelen Zararlar

İSGŞ'nin A.4.c maddesi gereği "*İnşaatın tamamlanan veya geçici kabulü yapılan yahut işverene teslim edilen veya işveren tarafından kullanılan kısımlarında doğrudan doğruya veya dolayısıyla meydana gelecek zıya ve hasarlar*" inşaat sigortası teminatının kapsamına dâhil değildir.

Ayli'nin de haklı olarak işaret ettiği gibi, söz konusu madde, gerçek anlamda bir istisna değildir. Zira poliçede belirtilen bitiş tarihinden önce yapının, kısmen veya tamamen bitirilerek, iş sahibine teslimi ya da kullanılmaya başlanmasıyla birlikte herhangi bir ihtara gerek kalmaksızın sigorta teminatı sona ereceğinden; sigortacı, zaten bu kısımlarda meydana gelecek zararlardan sorumlu olmayacaktır. Poliçede bakım devresi teminatı kabul edilmiş olsa bile; sigortacının sorumluluğu sadece bakım devresi teminatı ile sınırlı kalacaktır.[148]

4. Bakım Devresi Biten Kısımlarda Meydana Gelen Zararlar

İSGŞ'nin A.4.ç. maddesinde "*Ayrıca sigorta edilmişse, bakım devresi biten kısımlarda, doğrudan doğruya veya dolayısıyla meydana gelen zıya ve hasarlar*" teminat dışında bırakılmıştır. Aslından bu hüküm de gerçek anlamda bir istisna değildir. Zira, yukarıda vurgulandığı gibi inşaat si-

---

146 Envanter, sayım, kontrol ve düzeltme işlemlerini yapmak suretiyle, belirli bir tarihteki alacakların borçların ve varlıkların miktar ve değerlerinin saptanmasıdır. http://www.muhasebedersleri.com/genel-muhasebe-2/envanter-islemleri.html (Erişim tarihi: 23 Mart 2017).

147 Ayli, s. 195.

148 Ayli, s. 195; Algün, s. 254.

gortasının sona ermesiyle, bakım devresi (kabul edilmişse) kendiliğinden başlamakta ve kesin kabullerinin yapılmasıyla sona ermektedir. Dolayısıyla sigortacının, bakım devresinin sona erdiği andan itibaren meydana gelen zararlardan sorumlu olmayacağı açıktır.

Gerçek sebebi anlaşılmamakla birlikte hüküm, inşaat faaliyetinin bir bütün olarak değil de özellikle baraj, metro, site inşaatı gibi içerisinde birden fazla birimi barındıran inşaatların birbirinden bağımsız değerlendirilmesi gerektiğine işaret etmektedir. Örneğin yirmi bloktan oluşan bir sitenin beş blokunun geçici kabulünün yapılması durumunda, geçici kabulü yapılan bloklar için inşaat sigortası teminatı kendiliğinden sona ererek, bakım devresi başlayacaktır. Kesin kabullerinin yapılmasıyla da söz konusu bloklar için inşaat sigortası tamamıyla sona erecektir. Buna karşılık geçici veya kesin kabulleri yapılmayan diğer kısımlar için inşaat sigortası veya bakım devresi teminatı geçerli olmaya devam edecektir.[149]

5. Taşıma Araçlarındaki Zararlar

İnşaat sigortalarında, ek teminatla sadece inşaatın yapımında kullanılan iş makineleri ile ekipmanların teminat kapsamına alınması mümkündür. Bunların haricindeki özellikle inşaat alanları arasında veya inşaat alanı ile şantiye arasında kullanılan bütün hava ve kara taşıma araçları ile yüzen araçlar, sigorta teminatının kapsamı dışındadır (İSGŞ m. A.4.d) .[150]

İSGŞ'nin A.4.d maddesinin lafzından, hava ve kara araçlarından sadece inşaatla ilgili olarak taşıma faaliyetinde kullanılan araçların istisna tutulduğu anlaşılmaktadır. Dolayısıyla iş makinesi olsun ya da olmasın, taşımayla ilgili olmayan kara araçlarının teminat kapsamına alınmasında hukukî bir engel olmamalıdır.

149 Söz konusu genel kurala rağmen konunun özel bir hüküm ile düzenlenmesinin amacını; inşaatın tamamıyla teslim edilemediği durumlarda, kesin kabulleri yapılan yerlerdeki zararlardan sigortacının sorumlu olup olmayacağı hususundaki tartışmaların önüne geçilmesi olarak açıklamak mümkündür.

150 Bunun sebebi olarak menfaat sahibinin söz konusu araçlar için ayrıca sigorta yaptırmak zorunda olduğu söylenebilir. Bkz. Ayli, s. 196.

6. Nakit ve Kıymetli Evrak ile Fatura, Defter gibi Belge Zararları

Sıklıkla vurgulandığı gibi inşaat sigortasının konusu, inşa edilen yapı ile yapının meydana gelmesi için kullanılan malzemelerdir. İnşaat için gerekli finansman kaynakları (nakit veya kıymetli evrak) ile faaliyetle ilgili fatura, dosya veya defterlerin ise bu kapsamda olmadığı açıktır.

Yine inşaat projesi ve planları, yapının inşasına değil; başlangıcına ait işlemlerdir. Ayrıca inşaat projesi veya planları ya da ilgili belgeler, çoğaltılması çok fazla maliyet gerektirmeyen kıymetlerdir.[151] Bu nedenle olsa gerek, söz konusu değerlere ilişkin zararlar, inşaat sigortası teminatının kapsamından çıkarılmıştır (İSGŞ m. A.4.e).

7. Savaş ve Benzeri Çatışmalardan Kaynaklanan Zararlar

Yukarıda tartışıldığı üzere, kargaşalık ve halk hareketleri ile terör eylemlerinden veya bunları önlemeye yönelik yapılan müdahaleler sonucunda meydana gelen zararların, ek teminat verilmesi şartıyla, sigorta kapsamına alınması mümkündür (İSGŞ m. A.3.e ve g). Buna karşılık, İSGŞ'nin A.4.f maddesinde savaş ile her türlü savaş olayları, istilâ, yabancı düşman hareketleri, savaş ilân edilmiş olsun ya da olmasın yaşanan çarpışma, iç savaş, ihtilâl, isyan, ayaklanma ve bunların gerektirdiği kolluk ve askerî hareketler sebebiyle meydana gelen bütün zıya ve hasarlar teminat kapsamı dışında tutulmuştur.

İSGŞ'nin A.4.f maddesinin lafzı ve metinde kullanılan terimler oldukça muğlak ve yoruma açıktır. Örneğin savaş teriminden sonra ayrıca her türlü savaş olayı ifadesine yer verilmiştir. Yine ek teminatla sigorta kapsamına alınması mümkün olan kargaşalık, halk hareketi ve terör olayları ile teminat kapsamı dışında tutulan iç savaş, ayaklanma, isyan terimleri arasındaki sınırı belirlemek oldukça güçtür. Hatta meydana gelen olayın, kargaşalık olup olmadığı bile tartışma konusu olabilir.[152] Sigorta hukuku ile uluslararası hukuktaki savaş tanımları da birbirinden farklıdır.[153] Uyuşmazlık durumunda ise sigorta huku-

---

151 Ayli, s. 198.

152 11. HD, 08.05.1984, E. 1950 K. 2703; 11. HD, 09.11.1984, E. 5055, K. 5398 (Ulaş, s. 36).

153 "Sigorta hukuku anlamında savaştan bahsedebilmek için savaşa özgü fiili kuvvet

kundaki tanım esas alınmalıdır.[154] Bu nedenle her bir somut olay kendi şartları içerisinde değerlendirilerek meydana gelen karışıklık veya çatışmanın; bir iş savaş mı yoksa halk hareketi mi olduğuna karar verilmelidir.

Olayın bir savaş veya ayaklanma olduğunun ispat külfeti sigortacıda olmalıdır. Diğer bir ifadeyle meydana gelen olayın sigortacı tarafından; savaş veya savaş olayı, istilâ, yabancı düşman hareketleri, çarpışma, iç savaş, ihtilâl, isyan ya da ayaklanma olduğu ispatlanamadığı sürece çatışmalardan doğan bütün zararlar sigorta kapsamına dâhil olmalıdır.

İSGŞ'nin A.4.f maddesinde sadece sayılan olaylar nedeniyle meydana gelen zararlar değil; aynı zamanda, bu faaliyetlerin gerektirdiği her türlü kolluk ve askerî hareketler sebebiyle meydana gelen bütün zıya ve hasarlar da sigorta kapsamı dışında tutulmuştur.

8. Nükleer Olaylardan Meydana Gelen Zararlar

Türk sigorta hukukunda nükleer olaylardan kaynaklanan zararlar, genel olarak, sigorta teminatının kapsamı dışında tutulmaktadır.[155] İnşaat sigortalarında da "*Herhangi bir nükleer yakıttan veya nükleer yakıtın yanması sonucu nükleer artıklardan veya bunlara atfedilen sebeplerden husule gelen iyonlayıcı radyasyonların veya radyoaktivite bulaşmalarının ve bunların gerektirdiği askerî ve inzibatî tedbirlerin sebep olduğu bütün zıya ve hasarlar*" teminat dışında tutulmuştur (İSGŞ m. A.4.g).[156]

Ayli'nin belirttiği üzere bu istisna, kural olarak, nükleer enerjinin barışçıl amaçla kullanılması sonucu yapı veya yapının inşasında kullanılan malzemelerde oluşan zararları kapsar. Nükleer silahların kullanılması ise istisna kapsamında değildir.[157] Bununla birlikte, nükleer

---

kullanma olgusu yeterlidir." Samim Ünan, Hayat Sigortası Sözleşmesi, İstanbul 1998, s. 186 (Anılış: Hayat Sigortası).

154 Ünan, Hayat Sigortası, s. 186.

155 Örneğin bkz. Kara Araçları Kasko Sigortası Genel Şartları m. 5.2; Yangın Sigortası Genel Şartları m. 4.2; Elektronik Cihaz Sigortaları Genel Şartları m. 3.b; Çevre Kirliliği Mali Sorumluluk Sigortası Genel Şartları m. A.7.ç.

156 Bu tercihin gerekçesini, nükleer olaylardan meydana gelen zararların yüksekliği nedeniyle prim hesaplanmasının zorluğu ve sigortalıya getireceği maliyet şeklinde açıklamak yanlış olmayacaktır.

157 Ayli, s. 208.

silahın savaş esnasında kullanılması durumunda zarar, bu kez de savaş istisnası nedeniyle kapsam dışında kalacaktır.

9. Kamu Otoritesince Yapılan Tasarruflar Sonucu Oluşan Zararlar

İnşaat faaliyeti devamı sırasında yetkili kamu otoritelerince; kamulaştırma, imar planının değiştirilmesi veya ruhsatın iptali gibi kişiler bakımından zararlı sonuçlar doğuran tasarruflarda bulunulabilir.[158] Yetkili kamu otoritesi tarafından yapılan bu tür tasarruflardan ileri gelen zararlar da inşaat sigortası teminatının dışında tutulmuştur (İSGŞ m. A.4.ğ).[159]

Kamu otoritesi tarafından yapılan bu türden tasarrufların, olağan zamanda veya olağanüstü hâl durumunda yapılmasının bir önemi yoktur. Tasarrufun meşru[160] ve meydana gelen zarar ile tasarruf arasında illiyet bağının bulunması yeterlidir.[161]

10. Plan, Proje veya Hesap Hatasından Kaynaklanan Zararlar

İSGŞ'nin A.4.h maddesinde "*plan, proje veya hesap hatasından dolayı sigortalı mallarda meydana gelecek fiziksel zıya ve hasarlar*" inşaat sigortası teminatının kapsamı dışında tutulmuştur.[162] Uygulamada ise sigorta şirketlerinin, plan veya projeyi hazırlayan kişilerin uzmanlığına bağlı olarak, bu tür zararları teminat kapsamına aldıklarını ancak oldukça yüksek miktarda prim talep ettikleri bildirilmektedir.[163]

İSGŞ'nin A.4.h maddesinde plan, proje ve hesap hatası ifadesi kullanıldığından, söz konusu istisna, projenin çizilmesi yanında uygulan-

---

158 Güner, s. 51.

159 11. HD, 19.02.2001, E. 10278, K. 1396 (Lale – Akgül, s. 571). İngiltere'de de konunun öneminin çok iyi anlaşılmadığı, ancak İngiltere dışında konuyla ilgili canlı bir piyasanın bulunduğuna ilişkin bkz. Levine – Haar, s. 88.

160 Aksi yönde bkz. Şeker, s. 144. Yazar, denizyoluyla yük taşıma kapsamında, kamu otoritesinin gerçekleştirdiği bir tasarruftan bahsedebilmesi için işlemin herhangi bir resmî organ tarafından yapılmasının yeterli olduğunu düşünmektedir.

161 Ayli, s. 209.

162 Söz konusu tercihin genel gerekçesi, bu tür işlemlerin çoğunlukla müteahhidin dışında uzman mimar ve mühendisler vasıtasıyla yürütülmesi ve inşaatın bilinen bilgi ve tekniğe göre tamamlanmasına hizmet etmesi şeklinde açıklanabilir. Ayli, s. 210.

163 Güner, s. 49.

masındaki hatalardan ileri gelen zararları da teminat dışında bırakır.[164] Madde metninde sadece sigortalı mallarda meydana gelen "fiziksel zıya ve hasarların" teminat dışında kaldığı belirtilmektedir. Bununla birlikte, hatalı plan veya proje nedeniyle uğranılan diğer zararlar da sigorta teminatı dışında olmalıdır. Zararın plan, proje veya hesap hatasından dolayı meydana geldiğinin ispat külfeti ise; yine bunu ileri süren sigortacıda olmalıdır.

Yukarıda vurgulandığı gibi poliçede MR Kloz 115'e atıf yapılması durumunda taraflar, İSGŞ'nin A.4.h maddesini, "*h) plan, proje ve hesap hatasından dolayı oluşan kayıp ve zararların onarımı, değiştirilmesi veya düzeltilmesi için yapılan masraflar istisnadır. Ancak bu istisna, hasardan doğrudan doğruya ve hemen etkilenen sigortalı değerlerle sınırlı olup, doğru/kusursuz inşa edilmiş sigortalı değerlerde aynı nedenle oluşan kayıp ve hasarlar için bu istisna hükmü uygulanmayacaktır*" şeklinde kabul etmiş sayılırlar.[165]

MR Kloz 115'in lafzından da anlaşılacağı üzere kloz sadece plan veya proje hatası nedeniyle meydana gelen zararı sigorta kapsamı dışında bırakır. Hasara bağlı olarak kusursuz şekilde inşa edilmiş sigortalı değerlerde meydana gelen zararlardan dolayı sigortacının sorumluluğu devam eder.[166] Buna karşılık, kloz gereği sadece doğrudan zararlar sigorta teminatına dâhil olup; dolaylı zararlar (netice zararları) teminat kapsamı dışındadır.

11. Kusurlu Malzeme veya İşçilikten İleri Gelen Zararlar

Kural olarak, sigorta edilen malın ayıbından doğan hasarlar sigorta kapsamına dâhil değildir [TTK m. 1453(2)]. Bu genel kurala ek olarak İSGŞ'nin A.4.ı maddesinde de "*Malzemenin bozukluğundan, ayıbından veya kusurlu işçilik neticesinde olan hasarlar(*ın*)*" sigorta teminatı dışında olduğu açık şekilde tekrarlanmıştır.

---

164 İsviçre hukukunda ise hatalı proje nedeniyle meydana gelen zararlar sigorta kapsamına dahil olduğu ancak sigorta şirketlerinin konu hakkında hassas davrandıkları bildirilmektedir. Wassmer, s. 41.

165 Ayrıntılı değerlendirme için bkz. Karayalçın, "İnşaat Montaj", s. 110.

166 "MRe 115 klozundan ... bu istisnanın sayılan kusurlardan kaynaklanan ve hasardan doğrudan doğruya ve hemen etkilenen yerlerle sınırlı olduğunun, buna karşılık anılan kusurların doğru inşa edilmiş sigortalı değerlerde aynı nedenle oluşturacağı kayıp ve hasarların teminata dahil edildiğinin anlaşılmasının gerekmesine ..." 11. HD, 26.10.2010, E. 655, K. 10844 (Lale – Akgül, s. 572).

İnşaat sigortası anlamında bozuk veya ayıplı malzeme terimi, görevini yerine getirme özelliğini yitirmiş veya gerekli vasfı taşımayan malzemeleri ifade eder. Hatta yanlış malzeme seçimi veya henüz yeterince tecrübe edilmemiş malzemelerin kullanımı da bu kapsamda kabul edilmelidir.[167]

İSGŞ'nin A.4.1 maddesinde düzenlenen istisna sadece kusurlu malzeme veya işçilik sonucu ortaya çıkan zararları sigorta teminatı dışında bırakır. Kusurlu malzeme veya işçilik nedeniyle meydana gelen zararın, ayıpsız malzeme ve hatasız işçilikle doğru şekilde inşa edilmiş sigortalı diğer değerlerde oluşturacağı zararlar ise sigorta teminatına dâhildir (İSGŞ m. A.4.1). Örneğin, yanlış ve kusurlu bir işçilikle inşa edilen beton kalıpların çökmesi sonucu sıvı çimentonun tamamının yere akması ve bu nedenle alt katlarda bulunan tuğlaların kullanılmaz hâle gelmesi durumunda; sadece kalıptan yere dökülen çimento zararı sigorta teminatı dışındadır. Çimentonun dökülmesi nedeniyle kullanılmaz hâle gelen tuğla zararından dolayı sigortacının sorumluluğu devam eder[168].

12. Makine ve Teçhizat Arızalarından Doğan Zararlar

Yapının inşasında kullanılan iş makinelerinde meydana gelen zararların ek teminat ile sigorta kapsamına alınması mümkün iken (İSGŞ m. A.3.a); harici etken olmaksızın makine veya teçhizattaki mekanik veya elektrik arızası sonucu oluşan zararlar, sigorta teminatının kapsamı dışında bırakılmıştır (İSGŞ m. A.4.i). Sigortacının sorumluluktan kurtulabilmesi için zararın mekanik veya elektrik arızasından meydana gelmesi yeterli[169] olup; arızanın yağlama veya bakım eksikliği gibi kusurlu bir nedenden kaynaklanması zorunlu değildir.

İSGŞ'nin A.3.i maddesinde belirtilen istisna sadece mekanik ve elektrik arızası nedeniyle inşaatın yapılmasında kullanılan makine ve teçhizattaki zarara ilişkindir. Dahili bir sebeple arızalanan bir makine veya teçhizatın; bu sebeple sigorta kapsamındaki başka bir değere vermiş olduğu zararlar sigorta teminatına dâhildir. Bu açıdan, üst katlara malzeme taşımak üzere kullanılan sabit vince ait makara sisteminde-

167 Ayli, s. 216.
168 Benzer örnekler için bkz. Ayli, s. 218.
169 Ayli, s. 168.

ki arıza nedeniyle taşıma sisteminin aşağı düşmesi durumunda, yere düşen taşıma sistemi dâhil olmak üzere vinçte oluşan zarar sigorta teminatı dışında kalırken; düşme nedeniyle sigorta kapsamında oluşan diğer zararlar sigorta teminatına dâhil olacaktır.

13. Kast veya Ağır İhmalden Kaynaklanan Zararlar

İSGŞ'nin A.4.j maddesinde "*Sigortalının veya onun yerine kaim olan sorumlu kişinin, kastı ve ayrıca sözleşme varsa ağır kusurundan kaynaklanan*" zararların, inşaat sigortası teminatının dışında olduğu belirtilmektedir. Mevcut istisna olmasaydı dahi; aynı sonuca, rizikonun gerçekleşmesinde kusura ilişkin sigorta hukukunun genel ilkeleri uyarınca da ulaşmak mümkündü. Bununla birlikte, 1956 tarihli eTTK'nın[170] 1278. maddesi hükmünü yansıtan İSGŞ'nin A.4.j maddesi, rizikonun gerçekleşmesinde kusuru düzenleyen TTK'nın 1429(1) maddesiyle iki hususta farklılık göstermektedir.

Bunlardan birincisi, sözleşmede ağır kusurdan kaynaklanan zararların teminat kapsamı dışında tutulmasıdır. Oysaki TTK'nın 1429(1) maddesinde sadece ihmal terimi kullanılmıştır. Bilindiği üzere ihmal; kasıt dışındaki diğer kusur hâlini dolayısıyla ağır kusur da kapsar.[171] Bu anlamda sigortacı, sözleşmede kararlaştırılması şartıyla[172], sigortalı veya onun yerine kaim olan sorumlu kişinin ihmalinden kaynaklanan zararlardan da sorumluktan kurtulabilir.

İkincisi ise sigortacının kasıt nedeniyle meydana gelen zararlardan doğan sorumluluğudur. TTK'nın 1429(1) maddesinde sigorta ettiren ve sigortalının kastı terimi kullanılmasına karşılık İSGŞ'nin A.4.j maddesinde sigortalının veya onun yerine kaim olan sorumlu kişi terimi tercih edilmiştir. Genel anlamda "sigortalı yerine kaim olan sorumlu kişi" terimi, özel izne gerek olmaksızın sigorta sözleşmesine konu yerde inşaat faaliyetlerini yönetme ve çalışanlara talimat verme yetkisine sahip kişileri gösterir. Bu hâliyle sigortalı veya onun yerine kaim olan sorumlu kişi terimi, TTK'nın 1429(1) maddesinde kullanılan

---

170 1956 tarihli eTTK için bkz. RG, 09.07.1956 Sayı: 9353.

171 Ayrıntılı bilgi için bkz. Fikret Eren, Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, B. 18, Ankara 2015, s. 569.

172 Sözleşmede açıkça kararlaştırılmadıkça sigortalı veya onun yerine kaim kişilerin ağır kusurunun bulunması, sigorta tazminatında indirim nedeni olamaz. 11. HD, 08.11.1999, E. 6930, K. 8903 (Ulaş, s. 428).

"*hukuken fiillerinden sorumlu oldukları kişi*" teriminden daha dardır. Bu açıdan ticarî temsilci, inşaat sorumlusu, şantiye şefi, sorumlu mühendis sigortalı yerine kaim kişi olarak kabul edilirken; sigorta ettirenin hizmetindeki işçiler bu nitelikte kişi olarak kabul edilmemelidir.[173]

Sonuç olarak, iki düzenleme birlikte yorumlandığında, sigortacı; sigorta ettiren veya sigortalı ile bunların hukuken fiillerinden oldukları kişilerin ya da sigortalı yerine kaim olan sorumlu kişinin kastından doğan zararlardan sorumlu olmamalıdır.

14. Dolaylı Zararlar

Yukarıda vurgulandığı gibi inşaat sigortaları, bir mal sigortasıdır. Dolayısıyla sigortacının sorumluluğu, sigorta konusu değerde meydana gelen doğrudan zararlarla sınırlıdır. Kâr kaybı başta olmak üzere diğer dolaylı zararlar (netice zararları), sigorta teminatının kapsamı dışındadır.[174] Bu genel kurala rağmen, İSGŞ'nin A.4.k maddesinde, açık şekilde, "İnşaatın gecikmesinden, kısmen veya *tamamen durmasından, taahhüdün tamamlanamamasından, akdin feshinden veya cezaî şartların uygulanmasından ileri gelen zararlar dâhil kâr kaybı ve estetik kusurlar gibi her türlü netice zararları(nın)*" sigorta teminatının kapsamının dışında olduğu belirtilmiştir.

İSGŞ'nin A.4.k maddesinde herhangi bir istisna belirtilmediğinden, dolaylı zararın meydana gelmesinde müteahhidin kusurunun bulunup bulunmamasının bir önemi olmamalıdır. Zaten müteahhide yüklenemeyen bir kusurun olmaması durumunda tazmin yükümlülüğü doğmayacağından, sigorta tazminatı da gündeme gelmeyecektir. Maddede sayılanların haricindeki zararların ise ek sözleşmeyle sigorta teminatı kapsamına alınması mümkün olmalıdır.[175]

a) İnşaatın Gecikmesinden Doğan Zararlar

Eser sözleşmelerinde, inşaat sözleşmesinin konusunu oluşturan eserin kararlaştırılan sürede teslimi beklenir. Bu sürenin geciktirilmesi durumunda ise başta temerrüt hükümleri olmak üzere (TBK m. 117

---

173 Ayli, s. 228.
174 Güner, s. 60.
175 Örneğin teminat kapsamına giren bir değerde oluşan zararının giderilmesinin gerektirdiği fazla çalışma ücretlerinin sigorta kapsamına alınması gibi (İSGŞ m. A.3.ç). Ayrıca bkz. Ayli, s. 230; Güner, s. 59.

vd.) cezaî şart ve diğer yaptırımlar gündeme gelebilir.[176] Somut olaya göre de kusurlu müteahhit, gecikmeden ileri gelen bu zararları tazminle yükümlü kalabilir. Müteahhidin inşaatın zamanında bitirilmemesi nedeniyle ödemek zorunda kalacağı bu tür zararlar, inşaat sigortası teminatının kapsamı dışında tutulmuştur.

b) İnşaatın Kısmen veya Tamamen Durması

İşe zamanında başlanmasına rağmen müteahhit, sözleşme hükümlerine aykırı olarak işi geciktirebilir. Yine iş sahibine yüklenemeyecek bir sebepten ötürü müteahhidin kararlaştırılan zamanda işi bitiremeyeceği açıkça anlaşılabilir. Bu durumda iş sahibi, istemesi hâlinde, teslim için belirlenen süreyi beklemeden sözleşmeden dönebilir [TBK m. 473(1)]. Sözleşmeden dönülmesi durumunda müteahhit, başta karşı tarafın zararını olmak üzere pek çok doğrudan ve dolaylı zarara maruz kalabilir. Müteahhidin bu nedenle ödemek zorunda kalacağı zararlar da sigortacının tazmin yükümlülüğünün kapsamı dışındadır.

c) Taahhüdün Tamamlanamamasından Doğan Zararlar

Sözleşme konusu yapının öngörülen sürede tamamlanıp teslim edilmesine rağmen, sözleşmede öngörülen yan edim yükümlülükleri (çevre düzenlemesi, temizlik vb.) yerine getirilmemiş olabilir. Bu tür yükümlülüklerin sözleşmede öngörüldüğü şekilde yapılmaması nedeniyle müteahhidin uğrayacağı doğrudan ve dolaylı zararlar da sigorta sözleşmesinin kapsamı dışında tutulmuştur.

d) Sözleşmenin Feshinden Doğan Zararlar

İş sahibinin haklı nedenle sözleşmeyi feshetmesi durumunda uğraması muhtemel menfi zarar başta olmak üzere, müteahhidin uğrayacağı diğer zararlar (malzemelerin sökülmesi, faiz vb.)[177] inşaat sigortasının teminatı dışındadır.

---

176 Ayrıntılı bilgi için bkz. Cengiz Kostakoğlu, İçtihatlı İnşaat Hukuku ve Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmeleri, B. 6, İstanbul 2008, s. 635 vd.; Efrail Aydemir, Eser Sözleşmesi ve İnşaat Hukuku, Ankara 2009, s. 432 vd.

177 Bu konuda ayrıca bkz. Fikret Eren, "İnşaat Sözleşmesinin Sona Ermesi", İnşaat Sözleşmeleri (Ortak Seminer), Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayını, Ankara 1996, s. 89-103; Serkan Ayan, İnşaat Sözleşmesinde Yüklenicinin Temerrüdü, Ankara 2008, s. s. 171 vd.; Leyla M. Kurt, Yüklenicinin Eseri Teslim Borcundan Temerrüdü, Ankara 2012, s. 183 vd.; Yusuf Büyükay, Eser Sözleşmesi, B. 2, Ankara 2014, s. 193 vd.

e) Ceza Koşulunun Uygulanmasından Doğan Zararlar

Diğer sözleşmelerde olduğu gibi inşaat sözleşmesinde de seçimlik, ifaya eklenen veya dönme ceza koşulu kararlaştırılabilir.[178] Müteahhidin ödemek zorunda kalacağı bütün ceza koşulları da sigorta teminatı dışındadır. Ceza koşulunun geç ifadan veya haklı nedenle fesihten doğmasının bir önemi yoktur.

f) Kâr Kaybı Zararları

İnşaat sigortalarında, kaynağı ne olursa olsun, sigortalının uğrayacağı her türlü kâr kayıpları, sigorta teminatının kapsamı dışındadır (İSGŞ m. A.4.k). Bu anlamda sadece müteahhidin kusuru nedeniyle inşaatın geciktirilmesi ve sözleşmenin feshi nedeniyle uğranılan zararlar değil; müteahhide yüklenemeyecek bir sebepten hatta teminat kapsamındaki riziko nedeniyle uğranılan kâr kayıplarından da sigortacı sorumlu değildir.

g) Estetik Kusurundan Doğan Zararlar

Genel olarak estetik kusurların yapı eserinin kabulünden kaçınılması gerektirecek kadar önemli görünmediği bildirilse[179] de somut olayın özelliklerine göre[180] eserin ayıplı olması durumunda iş sahibi seçimlik haklara sahip olabilir (TBK m. 475). Bu hakların kullanılması nedeniyle müteahhidin uğrayacağı zararlar da diğer dolaylı zararlar gibi sigorta teminatının kapsamı dışında tutulmuştur (İSGŞ m. A.4.k).

---

178 Konu hakkında ayrıntılı bilgi için özellikle bkz. Hasan S. Ozanoğlu, "İstisna ve Özellikle İnşaat Sözleşmelerinde Müteahhidin (Yüklenicinin) Eseri Teslim Zamanında Gecikmesine Bağlanan İfaya Eklenen Cezaî Şart (Gecikme Cezası) Kayıtları", *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 1999, C. III, S. 1-2, s. 60-117.

179 "Eserdeki önemsiz bozukluğun sadece göz zevkini bozup eserin değerini herhangi bir surette düşürmediği halde durum böyledir." Ayhan Uçar, İstisna Sözleşmesinde Müteahhidin Ayıba Karşı Tekeffül Borcu, Ankara 2003, s. 132; "... (E)serdeki ayıbın önemsiz olması ... münferit olayda hakkın kötüye kullanımı (MK mad. 2/II) teşkil edebilir. Özellikle nefaset eksikliklerinde durum böyledir." Zarife Şenocak, Eser Sözleşmesinde Ayıbın Giderilmesini İsteme Hakkı, Ankara 2002, s. 105.

180 Teknik şartnamede belirtilmeyen durumlarda inşaatın niteliği dikkate alınarak estetik kusurun, eseri ayıplı hâle getirip getirmediğine bakılmalıdır. Örneğin lüks bir otel inşaatında yüksek kalitede fayanslar kullanılması beklenir. Bu konuda bkz. Öz, s. 192.

15. Biyolojik veya Kimyasal Kirlenme Zararları

Yukarıda değinildiği üzere, ek sözleşmeyle, terör eylemleri ve bu eylemlerden doğan sabotaj ile bunları önlemek ve etkilerini azaltmak amacıyla yetkili organlar tarafından yapılan müdahaleler sonucunda meydana gelen zararların sigorta teminatına dâhil edilmesi mümkündür (İSGŞ m. A.3.g). Bununla birlikte İSGŞ'nin A.4.l maddesinde "*3713 sayılı Terörle Mücadele Kanunu'nda belirtilen terör eylemleri ve bu eylemlerden doğan sabotaj sonucunda oluşan veya bu eylemleri önlemek ve etkilerini azaltmak amacıyla yetkili organlar tarafından yapılan müdahaleler sonucu meydana gelen biyolojik ve/veya kimyasal kirlenme, bulaşma veya zehirlenmeler nedeniyle oluşacak bütün zararlar*" sigorta teminatının kapsamı dışında tutulmuştur. Maddede sadece terör eylemlerinden bahsedildiğinden, terör eylemi dışındaki biyolojik veya kimyasal kirlenme zararları, ek sözleşme olmaksızın, sigorta kapsamına dahil olmalıdır.[181]

SONUÇ

İnşaat sigortaları ülkemizde de "bütün riskler" sigortası şeklinde uygulandığından, poliçede açık şekilde teminat dışında tutulduğu belirtilmeyen bütün rizikolar, sigorta teminatının kapsamına dâhildir. Bununla birlikte, bu kapsam genişliği, inşaat sigortalarının sınırsız bir teminat sağladığı şeklinde yorumlanmasını gerektirmez. Zira İSGŞ'de sigorta teminatının kapsamına ilişkin sınırlandırıcı hükümler ayrıca düzenlenmiştir.

TTK'nın 1404. maddesindeki temel kurala ek olarak, inşaat sigortası teminatının kapsamına ilişkin ilk önemli sınırlandırma zaman bakımından sınırlandırmadır. Zira sigorta konusu yapının, iş sahibince geçici kabulünün yapılması veya kullanılmaya başlanmasıyla birlikte, poliçede kararlaştırılan şekli sürenin sona ermesi beklenilmeden, sigorta sözleşmesi kendiliğinden sona erer. Sigorta poliçesinde bakım devresi teminatı kabul edilmemişse; bu andan itibaren meydana gelen bütün zararlar sigorta teminatının kapsamı dışında kalır. Muhtemel hak kayıplarının önlenmesi açısından, tarafların bu hususta dikkatli olmaları oldukça önemlidir.

181 Ayli, s. 236.

İkinci temel sınırlama yer bakımından sınırlamadır. Sigortacının sorumluluğu, kural olarak, sigorta konusu değerlerin inşaat sahasına boşaltılmasıyla başlar. Yine sigortacılar, kural olarak, bu değerlerin inşaat sahasında iken uğradıkları zararlardan sorumludur. Bununla birlikte, sigorta kapsamındaki değerlerin daha sonra inşaat sahası dışına çıkarılması, onların mutlak surette sigorta teminatının kapsamından çıkması sonucunu doğurmamalıdır. Bu hususta muhtemel sorunlar, her bir somut olayın kendine özgü koşulları çerçevesinde, TTK'nın 1445(5) maddesine göre çözümlenmelidir.

Diğer önemli bir sınırlandırma İSGŞ'nin A.3 ve A.4 maddelerinde sayılan ve kural olarak teminat kapsamı dışında sayılan hususlardır. Taraflar, İSGŞ'nin A.3 maddesinde sayılan hususları ek sözleşmeyle teminat kapsamına alabileceği gibi doğrudan MR Klozlarına atıf yapabilme imkânına da sahiptir. İSGŞ'nin A.4 maddesinde sayılan istisnalar ise kesin olarak inşaat sigortası teminatının kapsamı dışında tutulmuştur. Ancak tarafların, maddede sayılan ancak emredici hükümlere aykırı olmayan istisnaları sigorta teminatının kapsamına almalarının önünde hukukî bir engel olmamalıdır.

Son sınırlandırma ise taraflar iradelerinden kaynaklanan sınırlandırmadır. Zira taraflar, irade serbestîsi ilkesi uyarınca, TTK'nın 1404. maddesi ile TBK'nın 27. maddesi aykırı olamamak şartıyla, inşaat sigortası teminatının kapsamını serbestçe belirleme hakkına sahiptir. Taraflar, bazı rizikoları tamamıyla sigorta teminatının kapsamının dışına çıkarılabilecekleri gibi; belli şartlara bağlayabilirler. Yargıtay da bu tür özel sınırlandırma ve şartları geçerli olarak kabul etmektedir.

Kaynakça

Akçar Nihan, "İnşaat Sigortası Sözleşmesi", Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul 2004.

Algün Ayşe Ö., "İnşaat (Bütün Riskler) Sigortası", Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara 2013.

Altun Muhsin, "Kamu Yapım İşlerinde Müteahhitlerin "All Risks" Sigorta Yükümlülüğü", *Sayıştay Dergisi*, 1999, S. 32, s. 54-60.

Ayan Serkan, İnşaat Sözleşmesinde Yüklenicinin Temerrüdü, Ankara 2008.

Aydemir Efrail, Eser Sözleşmesi ve İnşaat Hukuku, Ankara 2009.

Ayli Ali, İnşaat Bütün Riskler Sigortasında Riziko, Ankara 2012.

Bunni Nael G., Risk and Insurance in Construction, B. 2, Londra 2003.

Büyükay Yusuf, Eser Sözleşmesi, B. 2, Ankara 2014.

Can Mertol, Türk Özel Sigorta Hukuku, B. 3, Ankara 2009 (Anılış: Özel Sigorta).

Can Mertol, Sigorta Sözleşmesinin Tabi Olduğu Hukukî Esaslar, Ankara 2012.

Cunningham F. Malcom – Fischer Amy L., "Insurance Coverage in Construction - The Unanswered Question", *Tort and Insurance Law Journal*, 1998, Vol. 33, I. 4, s. 1063-1106.

Çeker Mustafa, Sigorta Hukuku, B. 13, Adana 2016.

Duman İ. Hasan, İnşaat Hukuku, B. 7, Ankara 2015.

Eren Fikret, "İnşaat Sözleşmesinin Sona Ermesi", İnşaat Sözleşmeleri (Ortak Seminer), Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayını, Ankara 1996, s. 89-103.

Eren Fikret, Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, B. 18, Ankara 2015.

Galganski Terry J., "Owners and Contractors Protective Liability: An Insurance Tool in Construction", The Construction Lawyer, 1995, Vol. 15, s. 8-16.

Geyik Hünkar B., "İnşaat All Risk Sigortalarında Risk Değerlendirmesi ve Uygun Fiyatlandırma İçin Öneriler", Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi Fen Bilimleri Enstitüsü, İstanbul 2011.

Güner Meltem D., "Yapı Sigortalarında Teminatın Kapsamı", Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul 2000.

Hogarth Robert (ed.), Insurance Law for the Construction Industry, Oxford 2008.

Hilliker Gordon, "All Risk Insurance – Insuring the Unknown", Advocate Vancouver, 1984, Vol. 42, s. 569-573.

Kaner İnci D., "Zarar Sigortalarında Sigorta Ettirenin Tehlike ile İlgili Görevleri", *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, 1994, C. LIV, S. 1-4, s. 303-319.

Karayalçın Yaşar, "Taşıma Sigortalarında "All Risks" (Bütün Riskler) Klozu", Sorumluluk ve Sigorta Hukuku Bakımından Eşya Taşımacılığı Sempozyumu, Bildiriler- Tartışmalar, Sigorta Hukuku Türk Derneği, Ankara 1984, s. 199-225 (Anılış: "All Risks").

Karayalçın Yaşar, "İnşaat Montaj "All Risks" Sigortası", Özel Hukukta Meseleler ve Görüşler, C. V, Ankara 1997, s. 109-115 (Anılış: "İnşaat Montaj").

Kaya Ferudun (ed.), Sigortacılık, B. 3, İstanbul 2013.

Kender Rayegân, Türkiye'de Hususi Sigorta Hukuku, B. 12, İstanbul 2013.

Kostakoğlu Cengiz, İçtihatlı İnşaat Hukuku ve Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmeleri, B. 6, İstanbul 2008.

Kurt Leyla M., Yüklenicinin Eseri Teslim Borcundan Temerrüdü, Ankara 2012.

Kelley Gail S., Construction Law: An Introduction for Engineers, Architects, and Contractors, New Jersey 2013.

Lale Müktedir – Akgül İhsan, Sigorta Hukuku, C. I, Ankara 2011.

Levine Marshall – Haar Roger T., Construction Insurance and UK Construction Contracts, B. 2, Oxon 2008.

Memiş Tekin, Yangın Sigortasında Riziko, Ankara 2001.

Metezade Zihni, "İnşaattan Doğan Sorumluluk ve Zarar Sigortaları (Yapı Sigortaları)", *Sigorta Hukuku Dergisi*, 1999, S. I, s. 68-89.

Metezade Zihni, Sigorta Rehberi, İstanbul 1991.

Nomer Cahit, Contractors' "All Risks" Sigortaları, İstanbul 1966.

Ozanoğlu Hasan S., "İstisna ve Özellikle İnşaat Sözleşmelerinde Müteahhidin (Yüklenicinin) Eseri Teslim Zamanında Gecikmesine Bağlanan İfaya Eklenen Cezai Şart (Gecikme Cezası) Kayıtları", *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 1999, C. III, S. 1-2, s. 60-117.

Öz M. Turgut, İnşaat Sözleşmesi ve İlgili Mevzuat, İstanbul 2016.

Şenocak Zarife, Eser Sözleşmesinde Ayıbın Giderilmesini İsteme Hakkı, Ankara 2002.

Şimşek Edip, "Devlet İhale Kanunu Açısından İnşaat Sözleşmeleri", İnşaat Sözleşmeleri (Ortak Seminer), Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayını, Ankara 1996, s. 179-216.

Şeker (Öğüz) Zehra, Deniz Yoluyla Yük Taşınmasında Sigorta Himayesinin Kapsamı, İstanbul 2001.

Roberts Lauren E., "All-Risk Property Insurance: Problems in Determining the Scope of Coverage", *Insurance Counsel Journal*, 1986, Vol. 53, s. 88-107.

Uçar Ayhan, İstisna Sözleşmesinde Müteahhidin Ayıba Karşı Tekeffül Borcu, Ankara 2003.

Ulaş Işıl, Uygulamalı Zarar Sigortaları Hukuku, B. 8, Ankara 2012.

Ünan Samim, Hayat Sigortası Sözleşmesi, İstanbul 1998(Anılış: Hayat Sigortası) .

Ünan Samim, Türk Ticaret Kanunu Şerhi, Altıncı Kitap, Sigorta Hukuku, C. I, İstanbul 2016.

Wassmer Louis, Contractors' All Risks Insurance, Zürih 1998.

Yongalık Aynur, Çevre Sorumluluk Sigortası, Ankara 1998.

TÜRK İŞ HUKUKU'NDA KADIN ÇALIŞANLARI KORUYUCU DÜZENLEMELER

PROTECTIVE REGULATIONS OF WOMEN EMPLOYEES UNDER TURKISH LABOUR LAW

Özgür OĞUZ*

Özet: Çalışma hayatında erkek ve kadın işçilerin birlikte yer alması, toplumun temel taşını oluşturan ailenin yaşam koşulu ve refah seviyesinin yükselmesi bakımından büyük önem taşımaktadır. Ancak kadın işçilerin, biyolojik ve fiziksel olarak erkek işçilere kıyasla daha güçsüz durumda olmaları, iş hayatında aktif rol oynayıp aynı zamanda, ailevi yükümlülükler bakımından da sorumluluğun büyük bir kısmını üstlenmiş olmaları gibi sebepler, kadın işçilere yönelik bir takım koruyucu düzenlemeler yapmayı gerekli kılmaktadır. 4857 sayılı İş Kanunu m.5'te, kadın işçilerin sırf cinsiyet veya gebelik sebebiyle farklı işleme tabi tutulamayacağı veya daha düşük ücrete çalıştırılamayacağı hüküm altına alınmıştır. Ayrıca yine İş Kanunu ve 6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu ile gece saatlerinde kadın işçilerin çalıştırılması bir takım şartlara bağlanmış ve gebe veya emziren kadın işçilerin bir takım haklardan yararlanması sağlanmıştır.

Anahtar Kelimeler: Kadın işçi, Cinsiyet, Eşitlik, Gebelik, Emzirme

Abstract: Participation of men and women employees together in professional life is very important in terms of increasing the living condition and welfare level of the family which is the keystone of the society. However it is required to make protective regulations for women since they are both physically and biologically weaker compared to men employees and taking the large part of the responsibility in terms of family matters besides taking an active rol in Professional life. As per Labor Code article 5, the employer must not make any discrimination, against an employee in the conclusion, conditions, execution and termination of his (her) employment contract due to the employee's sex or maternity. Furthermore, according to Labor Code and Occupational Health and Safety Law No:6331 women employees are allowed to work in night work under certain conditions and a set of rights are provided to the advantage of expectant and nursing mothers.

Keywords: Women Employee, Gender, Equality, Maternity, Breastfeeding

* Yrd. Doç. Dr., Anadolu Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Öğretim Üyesi, ooguz1@anadolu.edu.tr, ORCID: 0000-0002-9930-9109

I. TÜRK İŞ HUKUKU'NDA KADIN ÇALIŞANLARI KORUYUCU DÜZENLEMELER

A. Genel Olarak

Kadınların çalışma hayatına olan katkıları her geçen gün artmakta ve bu durum, kadınlara ilişkin koruyucu bir takım düzenlemelerin yapılmasını gerekli kılmaktadır. Zira her ne kadar çalışma hayatında, kadın ve erkek işçilerin karşılaştıkları sorunların bir kısmı benzer olsa da kadın işçilerin, gerek fiziksel yapıları ve ailevi yükümlülükleri gerekse de toplumsal yapı sebebiyle erkeklerden daha fazla sorun ile karşılaştıkları bir gerçektir.[1]

Kadın işçilere ilişkin koruyucu düzenlemelere 4857 sayılı İş Kanunu'nun[2] farklı hükümlerinde rastlamak mümkündür. Ayrıca, 6331 sayılı İş Sağlığı ve Güveliği Kanunu[3] ve bu kanun hükümleri gereğince Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı tarafından çıkartılan ilgili yönetmelik hükümlerinde de kadın işçilere ilişkin koruyucu düzenlemeler bulunmaktadır. Belirtmek gerekir ki, İş Kanunu ile İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu'ndaki (ve ilgili yönetmeliklerdeki) kadın işçilere ilişkin hükümlerin bir kısmı, birbiriyle paralel nitelik taşımakta olup, her iki kanundaki hükümlerin birbirini tamamlayıcı nitelikte olduğunu da söylemek mümkündür.[4] Aşağıda, İş Kanunu ve İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu'nda yer alan, kadın işçilere ilişkin hükümlere değinilecektir.

---

1 Ebru Pakin Akın, Türk Hukukunda Kadın İşçilerin Sosyal Güvenliği, Legal Yayıncılık, İstanbul-2005, s.1.

2 RG., T. 10.06.2003, S.25134. Kaynak: mevzuat.basbakanlık.gov.tr., Erişim Tarihi: 16.02.2017.

3 RG., T. 20.06.2016, S.28339. Kaynak: www.kazanci.com, Erişim Tarihi:23.02.2017.

4 İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu, İş Kanunu beşinci bölümde yer alan, İş Sağlığı ve Güvenliği'ne ilişkin hükümlerin yerini almıştır. "…İş Sağlığı ve Güvenliği konusu 4857 sayılı İş Kanunu'nun beşinci bölümünde yer almış iken TBMM bu kez aynı konuda hazırladığı 6331 sayılı Kanun'u 20.06.2012 tarihinde kabul ederek çalışma yaşamına insani boyuta ağırlık veren bir yasa kazandırmıştır. Dolayısı ile 4857 sayılı İş Kanunu'nun İşçi Sağlığı ve Güvenliği ile ilgili hükümleri 30.12.2012 tarihi itibariyle yürürlükten kaldırılmış olacaktır (6331/37)…" Erol Akı, "6331 sayılı İş Sağlığı Ve Güvenliği Kanunu Ve Çalışma Yaşamına Etkileri", *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi,* C.15, Özel S., İzmir-2014, 3-24, s.1.

B. İşverenin Eşit Davranma Borcu ve Bu Borcun Kadın İşçiler Bakımından Değerlendirilmesi

1. Genel Olarak Eşit Davranma Borcu

İşverenin, iş sözleşmesi gereği işçiye karşı yerine getirmekle yükümlü olduğu eşit davranma borcu[5] esas itibariyle hakkaniyet ilkesine[6] dayanmaktadır.[7] İşverenin yükümlü olduğu bu borcun temel dayanağı *"Kanun Önünden Eşitlik"* başlığı altında düzenlenmiş olan Anayasa'nın 10. maddesidir. Anayasa m.10'a bakıldığında herkes, dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasî düşünce, felsefî inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle[8] ayırım gözetilmeksizin kanun önünde eşit olup devlet organları ile idari makamlar bütün işlemlerinde kanun önünde eşitlik ilkesine uygun surette hareket etmekle yükümlü olacaklardır.

---

5 Sarper Süzek, İş Hukuku, Beta Basım, 11. Baskı, İstanbul, 2015, s. 478; Nuri Çelik/Nurşen Caniklioğlu/Talat Canbolat, İş Hukuku Dersleri, Beta Basım, 28. Baskı, İstanbul, 2015, s. 287.; Murat Demircioğlu/Tankut Centel, İş Hukuku, Beta Basım, 18. Baskı, İstanbul, 2015, s. 111.; Ercan Poyraz, İş Hukuku, Seçkin Yayıncılık, 4. Baskı, Ankara, 2013, s. 68.; E. Tuncay Senyen Kaplan, Bireysel İş Hukuku, Gazi Kitabevi, Ankara, 2015, s. 178.; Esin Karacan, İş Hukuku, Umuttepe Yayınları, 1. Baskı, İzmit, 2010, s. 84.; Şükran Ertürk, İş İlişkisinde Temel Haklar, Seçkin Yayıncılık, 1. Baskı, Ankara, 2002, s. 96.; Fevzi Demir, "İşverenin Eşit İşlem Yapma Borcu ve Ayrım Yasağı Tazminatının Diğer Tazminatlarla İlişkisi", *Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi*, İstanbul 2014, C. 11, S. 41, 15-25, s. 16.; Sera Reyhani Yüksel, "İş Hukukunda Eşit Davranma İlkesi", *Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi,* İstanbul 2013, C. 10, S. 39, 57-80, s. 60.; Öner Eyrenci, "4857 sayılı İş Kanunu ile Getirilen Yeni Düzenlemeler, Genel Bir Değerlendirme", *Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi,* İstanbul 2004, C. 1, S. 1, 15-56, s. 22.; Şükran Ertürk/İlke Gürsel, "İş Hukuku'nda Eşit Davranma İlkesi", Prof. Dr. Sarper Süzek'e Armağan, Beta Basım, C. 1, Ankara 2011, 425-458, s. 425.; Rabia Sever, "İşverenin Eşit Davranma Borcu", *Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi*, İstanbul 2012, C. 9, S. 34, 33-72, s. 35.; Murat Kandemir/Didem Yardımcıoğlu, "İş Hukukunda Eşitlik İlkesi", *Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Diyarbakır 2014, C. 19, S. 30-31, 1-44, s. 14.; Kübra Doğan Yenisey, "İş Kanununda Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık Yasağı", Çalışma ve Toplum Ekonomi ve Hukuk Dergisi, İstanbul 2004, S. 4, 63-82, s. 64.

6 Süzek (2015), s. 478.; Senyen Kaplan (2015), s. 178.; Karacan (2010), s. 84.; Sever (2012), s. 35.; Kandemir/Yardımcıoğlu (2014), s. 5.; Doğan Yenisey (2004), s. 64.; Demir (2014), s. 16.

7 Eşit davranma borcunun dayanağına ilişkin farklı görüşler için ayrıca bkz. Ertürk (2002), s. 96-99.

8 "…ve benzeri sebepler ifadesinden Kanun koyucunun mutlak ayrım yasaklarını maddede sayılı hallerle kısıtlamak istemediği, maddede sayılı ayrım yasaklarına nitelik olarak benzeyen hallerin de bu madde kapsamına dâhil edilebileceği anlaşılmaktadır…" Ertürk/Gürsel (2011), s. 434.

İş ilişkisinin bir gereği olarak işverenin yüklenmiş olduğu eşit davranma ve ayrım yapmama borcunun yasal dayanağı, gücünü Anayasa'nın 10. maddesinden alan ve *"Eşit Davranma İlkesi"* başlığı altında düzenlenen 4857 sayılı İş Kanunu m. 5'tir. Anılan düzenlemeye göre işveren, haklı bir sebep olmadıkça, aynı veya benzer konumda olan işçiler arasında ayrım yapamayacak[9] ve bu işçilere farklı muamelede bulunamayacaktır[10]. İş Kanunu m. 5 gereğince işveren, aynı veya benzer konumdaki işçilerle girmiş olduğu iş ilişkisinde dil, ırk, renk, cinsiyet, engellilik, siyasal düşünce, felsefî inanç, din ve mezhep ve benzeri sebeplere dayalı ayrım yapamayacağı gibi, aynı hükmün ikinci fıkrasında belirtildiği üzere haklı neden mevcut olmadıkça, tam süreli çalışan işçi karşısında kısmî süreli çalışan işçiye, belirsiz süreli çalışan işçi karşısında belirli süreli çalışan işçiye farklı işlem yapamayacaktır.

İşverene yüklenmiş olan eşit davranma borcu, işverenin tüm işçilere ve her durumda eşit muamelede bulunacağı şeklinde yorumlanmamalıdır.[11] Nitekim eşit davranma borcu, aynı veya benzer nitelikteki işçilere eşit muamele edilmesini gerekli kılmakta ve işverenin davranışlarını sınırlandırmaktadır.[12] Ancak işveren, farklı durumda olan işçilere, (örneğin, pozisyon, görevin önemi veya çalışma saati gibi sebeplerle[13]) farklı muamelede bulunabilecek ve bu durum eşit davranma yükümlülüğüne aykırılık teşkil etmeyecektir.[14] Dolayısıyla eşit davranma borcunun nispi nitelikte olduğunu söylemek yanlış olmayacaktır.[15]

---

9 Süzek (2015), s. 479; Ertürk (2002), s. 99.

10 Süzek (2015), s. 478; Ertürk/Gürsel (2011), s. 428.

11 Süzek (2015), s. 481; Ertürk/Gürsel (2011), s. 428-429; Öner Eyrenci/Savaş Taşkent/Devrim Ulucan, Bireysel İş Hukuku, Legal Kitabevi, İstanbul, 2010, s. 143; Çelik/Caniklioğlu/Canbolat (2015), s. 290; Karacan (2010), s. 89.

12 Kandemir/Yardımcıoğlu (2014), s. 4; Eyrenci/Taşkent/Ulucan (2010), s. 143; "… Dava, işçilik alacaklarının tahsili talebine ilişkindir. Uyuşmazlık, işverenin eşit davranma borcuna aykırı davranıp davranmadığı noktasında toplanmaktadır. Eşit davranma borcu, İş Hukuku yönünden işverene, işyerinde çalışan işçiler arasında haklı ve objektif neden olmadıkça farklı davranmama borcu yüklemektedir…" Yargıtay, HGK, T.23.12.2009, 9-485 E., 598 K., Kaynak: www.kazanci.com, Erişim Tarihi: 16.02.2017.

13 Süzek (2015), s. 482.

14 Süzek (2015), s. 481; Ertürk/Gürsel (2011), s. 428-429; Eyrenci/Taşkent/Ulucan (2010), s. 143; Çelik/Caniklioğlu/Canbolat (2015), s. 290; Kandemir/Yardımcıoğlu (2014), s. 4.

15 Süzek (2015), s. 481; Ertürk/Gürsel (2011), s. 428-429.; Eyrenci/Taşkent/Ulucan (2010), s. 143; Çelik/Caniklioğlu/Canbolat (2015), s. 290; Kandemir/Yardımcıoğ-

İş Kanunu m.5'te düzenlenen eşit davranma borcu, esas itibariyle işe almada[16], iş ilişkisinin devamı süresince, ücretin belirlenmesinde ve iş akdinin feshinde eşit davranma yükümlülüğünü işverene yüklemektedir.[17]

2. Kadın İşçilere İlişkin Eşit Davranma Borcu

Kanun koyucu, eşit davranma ilkesinin kaleme alındığı İş Kanunu m.5'te, kadın işçileri korumaya yönelik bazı hükümlere yer vermiştir. Nitekim anılan düzenlemelere göre işveren, biyolojik veya işin niteliğine ilişkin sebepler zorunlu kılmadıkça, bir işçiye, iş sözleşmesinin yapılmasında, şartlarının oluşturulmasında, uygulanmasında ve sona ermesinde[18], cinsiyet veya gebelik nedeniyle doğrudan veya dolaylı,

---

lu (2014), s. 4; Senyen Kaplan (2015), s. 178; Doğan Yenisey (2004), s. 67.

16 İşe almada eşit davranma borcu, her durumda söz konusu olmayıp, cinsiyet nedeniyle ayrımcılık, Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu m. 25 ve 5378 sayılı Engelliler Hakkında Kanun m.14 hallerinde mevcuttur.; Süzek (2005), s.483.; Ertürk/Gürsel (2011), s. 438; Sever (2012), s. 51; Ertürk (2002), s. 102; Doğan Yenisey (2004), s. 67; Ertuğrul Yuvalı, "4857 sayılı İş Kanunu'nun Ve İlgili Mevzuatın Kadın İşçiler İle İlgili Hükümlerine Genel Bir Bakış", *TBB Dergisi*, İstanbul 2013, S.106, 93-113, s. 95; Bünyamin Bacak/Yusuf Yiğit, "Türk İş Hukukunda Kadın İşçilerin Çalışma Koşullarına İlişkin Düzenlemelerin Değerlendirilmesi", Kamu-İş İş Hukuku ve İktisat Dergisi, Ankara 2007, C. 9, S. 2, 1-31, s. 6. Aynı yönde "…Somut olayda, davacının da aralarında bulunduğu bir kısım işçiler yasal olmayan ücret artışı talebinde bulunmuşlar ve topluca çalışmama eylemine katılmışlardır. İşçilerin topluca çalışmama eylemi işveren yönünden haklı fesih sebebidir. Bu işçilerin bir kısmının tekrar işe alınması eşit davranma borcuna aykırılık oluşturmaz. İşverence işe almada eşit davranma borcu, cinsiyet veya gebelik nedeniyle ayrım yapmamayı ifade eder. Başka bir ifadeyle, işe başvuranlar arasında cinsiyet veya gebelik nedeniyle ayırım yapılması yasaklanmıştır…" Yargıtay HGK , T.23.12.2009, 9-485 E., 598 K., Kaynak: www.kazanci.com, Erişim Tarihi: 16.02.2017.

17 Süzek (2015), s. 483-493; Kandemir/Yardımcıoğlu (2014), s. 15-33; Ertürk (2002), s. 102-113; Sever (2012), s. 50-60; Ertürk/Gürsel (2011), s. 438-447.

18 "…Davacının iş sözleşmesi holding grup firmalarından başlayan ve ile devam eden iş sözleşmesinin ve işletmelerinin genel maddi durumunun sıkıntıda olması gerekçe gösterilerek feshedilmişse de feshin geçerli nedene dayandığı ispatlanmamıştır. Davacı hamilelik sebebiyle doğumuna 3 ay kala işten çıkarıldığını işten çıkarılmadan 2 ay önce yerine başka bir çalışan alındığını iddia etmiştir. Davacının iş sözleşmesi 23.7.2013 tarihinde feshedilmiştir. 22.8.2013 tarihli doktor raporunda 28 haftalık gebe olduğu bildirilmiştir. Davacı tanıkları da davacının iddiasını doğrulamış ayrıca davacının yerine alınan kişiyi davacının eğittiğini daha sonra davacının iş sözleşmesinin feshedildiğini bildirmişlerdir. Davacının raporu, iş sözleşmesinin feshi tarihi, davacı tanık beyanları dikkate alındığında davacının iş sözleşmesinin hamileliği sebebiyle feshedildiği anlaşıldığından işe başlatmama tazminatının fesih nedenine göre alt sınırdan uzaklaşılarak 6 aylık ücreti tutarında belirlenmesi gerekirken 4 aylık ücreti tutarında belirlenmesi hatalıdır…" Yargı-

farklı işlem yapamayacaktır. Örneğin, aynı anda birden fazla işçi alımı yapılacak bir işyerinde, işveren tarafından ilanda belirtilen özellikleri taşıyan birçok kadın aday bulunmasına rağmen, yalnızca erkek işçiler işe alınmış ise burada, cinsiyete dayalı farklı işlem yapıldığı düşünülecektir.[19] Cinsiyet veya gebelik nedeniyle ayrımcılığa ilişkin İş Kanunu m.5/f.3 hükmüne göre, işverenin kadın işçiye karşı yerine getirmekle yükümlü olduğu eşit davranma borcu, iş sözleşmesinin yapılması ve çalışma şartlarının belirlenmesinden başlayarak iş ilişkisinin sona ermesine kadar sürecektir.[20]

İşveren tarafından kadın işçiye yönelik yapılabilecek farklı işlem, işçinin sırf kadın olması veya kadın olması sonucu olan bir özelliği öne sürülerek işe alınmaması halinde olduğu gibi doğrudan bir işlem[21] ile veya ilk bakışta ayrımcılık olduğu fark edilmemekle birlikte sonuçlarına bakıldığında ayrımcılık olduğu anlaşılacak şekilde yani dolaylı olarak da yapılabilir.[22]

İşverence yapılacak işçi alımlarında, cinsiyet veya gebelik sebebiyle farklı muamele yapılamayacağına ilişkin hüküm mutlak surette kabul edilmemiş ve bu hükme yine aynı maddede istisna getirilmiştir. Nitekim İş Kanunu m.5/f.3'e göre, işe girişte işveren, biyolojik[23] veya işin niteliğinden kaynaklanan bir sebep mevcut olduğu takdirde, kadın işçi yerine erkek işçi almayı tercih edebilecektir. Örneğin ağırlıklı olarak beden gücüne dayalı bir iş söz konusu olduğu takdirde, kadın veya hamile bir kadın işçi yerine erkek işçi tercih edildiğinde, işvere-

---

tay, 9.HD., T., 14.04.2016, 29051 E., 9441 K., Kaynak: www.kazanci.com, Erişim Tarihi: 17.02.2017.

19 Yuvalı (2013), s. 96.

20 Ertürk/Gürsel (2011), s. 437.

21 Melek Onaran Yüksel, Karşılaştırmalı Hukuk Işığında Türk İş Hukukunda Kadın-Erkek Eşitliği, Beta Basım, İstanbul-2000, s. 96; Kübra Doğan Yenisey, "Kadın Erkek Eşitliği Bakımından Türk İş Hukuku'nun Avrupa Birliği Hukuku ile Olası Uyum Sorunları", Kamu İş İş Hukuku ve İktisat Dergisi, Ankara 2002, C. 6, S. 4, 1-43, s. 13.

22 Kübra Doğan Yenisey/ Gülsevil Alpagut/Levent Akın/M. Fatih Uşan, Bireysel İş Hukuku, Anadolu Üniversitesi Açıköğretim Fakültesi Yayını, 1. Baskı, Eskişehir-2015, s. 181; Ertürk/Gürsel (2011), s. 437; Bu konuda ayrıntılı bilgi için ayrıca bkz. Onaran Yüksel (2000), s. 101-137; Doğan Yenisey (2002), s. 13-15.

23 "…Biyolojik nedenler, kadın veya erkek cinsine has psişik veya anatomik özelliklerdir. Bu özellikler zorunlu kıldığı ölçüde cinsiyete dayalı farklı işlem, ayrım yasağına aykırılık oluşturmaz..." Ebru Çolakoğlu, Türk İş Hukukunda İşverenin Eşit Davranma Borcu (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Konya 2011, s. 21.

nin eşit davranma yükümlülüğüne aykırı davrandığı düşünülemeyecektir.[24]

İşe alımlarda işveren tarafından kadın işçiye hamile olup olmadığının veya çocuk sahip olmayı planlayıp planlamadığının sorulması da cinsiyete dayalı ayrımcılık olarak nitelendirilebilecektir.[25] Her ne kadar işçi alımlarında işveren tarafından işçiye bir takım soruların yöneltilmesi, bilgi toplama hakkı çerçevesinde olağan bir durum olsa da bu hakkın sınırlarını, işyeri ve işçi tarafından yerine getirilecek işin niteliği oluşturmaktadır.[26] Bu sebeple, hamileliğe ilişkin sorulacak sorular, cinsiyete dayalı ayrımcılık yasağını ihlal edecektir. Ancak belirtmek gerekir ki yapılacak iş, hamile bir işçinin çalışmasını zora sokacak nitelikte ise, o takdirde, hamileliğe ilişkin soruların sorulması bu yasağı ihlal edici bir nitelik taşımayacaktır.[27]

İş Kanunu m.5'te düzenlenen ve kadın işçileri koruyucu nitelik taşıyan bir diğer hüküm ise, ücrete ilişkidir.[28] Anılan maddenin 4. fıkrasına göre işveren, aynı veya eşit değerde bir iş için, sırf işçinin kadın olması dolayısıyla daha düşük bir ücret kararlaştıramayacaktır.[29] Aynı veya benzer nitelikte işi yapan erkek ve kadın işçi arasında, ücret ödenmesi bakımından herhangi bir farklılık yaratılamayacak ve işçiler aynı ücrete hak kazanacaklardır.[30] Ancak kadın ve erkek işçiler arasın-

---

24 Ertürk/Gürsel (2011), s. 437.

25 Yuvalı (2013), s. 98; Doğan Yenisey/Alpagut/Akın/ Uşan (2015), s. 181

26 Yuvalı (2013), s. 98; Hakan Keser, "4857 sayılı İK'na Göre İşverenin İş Sözleşmesi Yapma ve İş İlişkilerinde Eşit İşlem Yapma Yükümlülükleri ve Bunlara Aykırı Davranılması Durumunda Karşılaşacağı Yaptırımlar", *Kamu-İş İş Hukuku ve İktisat Dergisi,* Ankara 2004, C. 7, S. 3, 1-38, s.28.

27 Doğan Yenisey/Alpagut/Akın/Uşan (2015), s. 181.

28 "… Bu ilke, özellikle uygulamada çok sık rastlandığı için cinsiyet ayrımını engellemek amacı ile getirilmiş olmasına karşın; dil, ırk, mezhep, siyasal düşünce ve benzeri nedenler gibi genel olarak ayırım yasağını öngören haller için de geçerlidir. Bu nedenle işveren sadece cinsiyet ayrımı nedeni ile değil, aynı cinsten de olsalar diğer işçiler arasında da örneğin siyasal düşünceleri veya ırkları nedeniyle farklı ücret uygulamasına gidemeyecektir…" Eyrenci/Taşkent/Ulucan (2010), s. 142.

29 "…Uygulamada ücretler bakımından farklılığa gidilmesinin nedenleri olarak, kadının biyolojik özelliği, toplum içindeki rol dağılımı, kadın-erkek işi ayrımı, kadınların eğitim düzeylerinin düşüklüğü, kadınların çalışma yaşamlarının genellikle kısa ve fasılalı olması, kadının sarfettiği emeğim ekonomik yönden daha değersiz sayılması, kadınlar arasında sınıfsal dayanışma fikrinin az olması gibi değişik sebepler sayılabilir…" Ertürk (2002), s. 105.

30 Süzek (2015), s. 487; Çelik/Caniklioğlu/Canbolat (2015), s. 290; Demircioğlu/Centel (2015), s. 113. Sever (2012), s. 53; Yuvalı (2013), s. 101; Ertürk/Gürsel (2011),

daki ücret farkı, cinsiyet dışında örneğin, eğitim, kıdem, tecrübe gibi başka objektif nedenlerden kaynaklanıyor ise o takdirde işveren tarafından cinsiyet nedeniyle eşit davranma borcuna aykırı davranıldığı düşünülemeyecektir.[31]

Ücrete ilişkin diğer bir düzenleme ise İş Kanunu m.5/f.5'te yer almaktadır. Bu hükme göre, İşçinin cinsiyeti nedeniyle özel koruyucu hükümlerin uygulanması, daha düşük bir ücretin kararlaştırılmasını haklı kılmayacaktır. Dolayısıyla kadın işçi, gebelik nedeniyle daha hafif bir işte çalıştırılıyorsa[32], bu durum işveren tarafından kendisine verilecek ücretin daha düşük olmasını haklı kılmayacaktır (İş K. m.74/f.4). Ya da örneğin kadın işçinin süt iznini kullanıyor olması, ona düşük ücretin uygulanmasını gerektirmeyecektir.[33]

Bu başlık altında değineceğimiz son husus, eşit davranma yükümlülüğünün ihlal edilmesi durumunda, işveren tarafından işçiye ödenecek ayrımcılık tazminatıdır. İş Kanunu m.5/f.6 uyarınca, eşit davranma yükümlülüğüne aykırı işlem yaptığı takdirde işçi, dört aya kadar ücreti tutarındaki uygun bir tazminatı ve yoksun bırakıldığı haklarını işverenden talep etme hakkına sahip olacaktır. Ancak anılan hükme göre işçi, yalnızca iş ilişkisinde veya sona ermesinde yapılacak ihlallere ilişkin tazminat talep etme hakkına sahip olacak, işe alımlarda ayrım söz konusu olduğunda tazminata hükmedilmeyecektir.[34] Dolayısıyla İş Kanunu m.5/f.6 gereğince, işe alımlarda cinsiyete dayalı ayrımcılık yapılması halinde işçi, tazminat talebinde bulunamayacaktır.[35] Ancak işe alımlarda, cinsiyete dayalı ayrımcılık yapılması halinde, culpa in contrahendo uyarınca tazminat talep edilebilmesi mümkün olacaktır.[36] Ayrıca doktrinde, işe alımlarda ayrımcılığın cinsiyet veya gebelik sebebiyle yapılması halinde işçinin, İş Kanunu m.5/f.6'ya dayalı olarak ayrımcılık tazminatı talep edebilmesinin mümkün olduğuna yönelik görüşler de mevcuttur.[37]

---

s.438; Kenan Tunçomağ, İş Hukukunun Esasları, Beta Basım, İstanbul, 1989, s. 185.

31 Ertürk/Gürsel (2011), s. 438; Yuvalı (2013), s. 101; Keser (2004), s. 27.

32 Yuvalı (2013), s. 100; Doğan Yenisey/Alpagut/Akın/ Uşan (2015), s.182.

33 Süzek (2015), s. 487.

34 Süzek (2015), s. 493; Ertürk/Gürsel (2011), s. 447; Doğan Yenisey (2004), s. 68.

35 Yuvalı (2013), s. 96.

36 Ertürk/Gürsel (2011), s. 447; Demir (2014), s. 18; Eyrenci (2004), s. 23.

37 Süzek (2015), s. 493; Demir (2014), s.18.

C. Kadın İşçileri Koruyucu Nitelikteki Diğer Hükümler

1. Genel Olarak

Kadın işçilerin, işveren tarafından, sırf cinsiyet veya gebelik nedeniyle farklı muameleye tabi tutulamayacağına ilişkin düzenleme dışında, kadın işçileri koruyucu nitelikte başka hükümler de hem 4857 sayılı İş Kanunu'nda hem de 6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu'nda (ilgili yönetmelik[38] hükümlerinde) düzenlenmiştir. Kadın işçilere karşı koruyucu nitelikteki bu hükümler, kaynağını Anayasa m.50'den almaktadır. Nitekim Anayasanın anılan hükmüne göre kadınlar, cinsiyetine uymayan işlerde çalıştırılamayacak ve çalışma şartları bakımından da özel olarak korunacaklardır. Zira erkek işçilere kıyasla fiziki bakımdan daha güçsüz olmaları ve analık gibi sebeplerle, kadın işçilerin özel olarak korunması gerekmektedir.[39]

Kadın işçileri koruyucu nitelikteki hükümlerin, kadın işçilere yapılacak bir ayrımcılık veya kadın işçilerin çalışma özgürlüğünün kısıtlanması olarak düşünülmemelidir.[40] Çünkü bu düzenlemeler kadın işçilerin yararına olup fiziksel veya biyolojik yapıları itibariyle bazı işlerde çalıştırılmamaları, eşitlik ilkesini zedelemeyecektir.[41]

Aşağıda sırasıyla kadın işçi çalıştırma yasağından ve kadın işçilerin hamilelik ve doğum sonrasında korunmasına ilişkin düzenlemelere değinilecektir.

2. Kadın İşçileri Yer ve Su Altında Çalıştırma Yasağı

İş Kanunu m.72'ye göre, maden ocakları, kablo döşemesi, kanalizasyon ve tünel inşaatı gibi yer altında veya su altında çalışılacak işlerde, kadın işçilerin çalıştırılması yasaktır ve yine bu düzenlemeye göre, kadın işçinin gebe olup olmaması veya yaşı, yer ve su altında

---

38 İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu m. 30'a dayanılarak çıkartılan 22.08.2013 Tarih, 28743 sayılı "Çalışanların Titreşimle İlgili Risklerden Korunmalarına Dair Yönetmelik" m.7 ve 28.07.2013 Tarih, 28721 sayılı "Çalışanların Gürültü İle İlgili Risklerden Korunmalarına Dair Yönetmelik" m.7'de, işveren tarafından yapılacak olan risk değerlendirmelerinde, kadın işçilerin sağlık ve güvenliklerine olan etkilere özel önem verilmesi gerektiği belirtilmiştir.

39 Süzek (2015), s. 869.

40 Yuvalı (2013), s. 103.

41 Yuvalı (2013), s. 103.

çalıştırma yasağı bakımından herhangi bir önem taşımayacaktır.[42] İş Kanunu m.72'de düzenlenen bu hüküm, Türkiye'nin onayladığı ilk ILO sözleşmesi olma özelliğini taşıyan, 1935 tarihli ve 45 sayılı Maden Ocaklarında ve Yer Altı İşlerinde Kadınların Çalıştırılmamasına İlişkin sözleşme ile uyumlu olup[43] aynı zamanda kaynağını (yukarıda da belirttiğimiz üzere) Anayasa m.50'den almaktadır.[44]

Bu düzenleme, yer altı ve su altı işlerinin hem kadın hem de erkek işçiler bakımından aynı riski taşıdığı gerekçesiyle, kadın-erkek eşitliğine aykırıymış gibi gözükse de kadın işçinin, erkek işçiye kıyasla fiziki olarak daha zayıf olması sebebiyle yerindedir.[45] Nitekim kadının fiziki yapısına uygun olmayan bu tür işlerde çalıştırılamayacağı, genel bir ilke olarak da kabul görmektedir.[46]

İş Kanunu m.72'ye göre yasaklanmış olduğu halde[47], yer ve su altında kadın işçi çalıştıran işveren veya işveren vekili, İş Kanunu m.104 gereğince idari para cezası ödemeye mahkûm edilecektir. Ayrıca, işveren veya işveren vekilince bu yasağa aykırı davranılması durumunda, yasağa aykırı çalıştırılan kadın işçilerin kanundan kaynaklanan diğer hakları da korunmalıdır.[48]

---

42 Ali Ekin, Adil ve Makul Koşullarda Çalışma Hakkı Kapsamında İnsan Onurunun Korunması, Adalet Yayınevi, Ankara, 2013, s. 204; Tunçomağ (1989), s. 185; İş Kanunu m. 72'de, erkek işçiler bakımından bu sınır, on sekiz yaş olarak belirlenmiştir.

43 Meryem Dinç, "Çalışma Hayatında Kadın İle İlgili Hukuki Düzenlemeler", *Kamu-İş İş Hukuku ve İktisat Dergisi,* Ankara 2002, C. 6, S. 3, 1-20, s. 5.

44 Yuvalı (2013), s. 104.

45 Ekin (2013), s. 204; Hülya Akıntürk Türkmen, "Çalışma Hayatında Kadın ve Çalışan Kadını Koruyucu Hükümler", *Ankara Barosu Dergisi,* Ankara 1998, S. 4, 6-28, s. 13.

46 Tamer Soysal, "Uluslararası Sözleşmeler Işığında 4857 sayılı İş Kanununda Kadın İşçiyi Koruyan Hükümler", *Kamu-İş İş Hukuku ve İktisat Dergisi,* Ankara 2006, C. 8, S. 4, 1-48, s. 29.

47 İş Kanunu m.72 ile kadın işçilerin maden ocaklarında çalıştırılmaları yasaklanmış ve bu yasağa uymayan işverenlere uygulanacak yaptırım da yine m.104'te belirtilmiştir. Ancak, İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu m.30 dayanak teşkil edilmek suretiyle Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı'nca çıkartılan ve 6331 sayılı Kanun kapsamına giren maden işyerlerine uygulanacağı belirtilen "Maden İşyerlerinde İş Sağlığı ve Güvenliği Yönetmeliği'nde" kadın işçilere ilişkin düzenlemeler mevcuttur. Bu yönetmeliğe göre maden işyerlerinde, kadın işçiler için ayrı soyunma yeri, lavabo, duş ve yatakhane yapılması zorunludur. RG., T. 19.09.2013, S.28770.

48 Yuvalı (2013), s. 121; Ekin (2013), s. 204.

3. Kadın İşçileri Gece Çalıştırma Yasağı

İş Kanunu m.73 ve İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu'nun 30. maddesi dayanak teşkil edilmek suretiyle, Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı'nca hazırlanan "*Kadın Çalışanların Gece Postalarında Çalıştırılma Koşulları Hakkında Yönetmelik*"[49] 'te kadın işçilerin gece saatlerinde çalıştırılmasına ilişkin esaslar, ayrıntılı bir şekilde düzenlenmiştir. Kadın işçilerin gece çalıştırılmalarının bu şekilde ayrıntılı bir şekilde düzenlenmesinin temelinde yatan sebep, Anayasa m.50'nin yanında, gece yapılacak işlerin daha yorucu nitelikte olmasıdır.[50]

On sekiz yaşını doldurmamış çocukların ve gençlerin, kadın-erkek ayrımı yapılmaksızın gece postasında çalıştırılması yasaktır (İş K. m.73). On sekiz yaşını doldurmuş kadın işçilerin ise gece postasında çalıştırılabilmeleri, belirli koşullara bağlanmıştır. Gece postasından kastedilen, ilgili yönetmeliğin 3. maddesine göre *"en geç 20.00'de başlayıp en erken saat 06.00'a kadar devam eden ve yedi buçuk saati geçmeyen"* zaman dilimidir.[51] Dolayısıyla kadın işçiler, gece postalarında yedi buçuk saatten fazla çalıştırılamayacaklardır.[52]

İlgili yönetmeliğin 7. maddesine göre, kadın işçiler, işyerinde görevli hekim tarafından muayene edilerek gece postasında çalıştırılması bakımından bir sakınca bulunmadığına dair rapor alınmadıkça, gece postalarında çalıştırılamayacaklardır. Kadın işçinin gece postasında çalışabileceğine dair bu kontrol, işçi işe başlamadan önce yapılacaktır. Ayrıca işveren, işin devamı süresince, kadın işçinin özel durumu ve işin niteliğinin gerektirdiği ölçüde rutin sağlık kontrollerinin, işyeri hekimince yapılmasını da sağlamakla yükümlüdür.

Kadın işçilerin, gece postasında çalıştırılmaları durumunda ikametgâhlarına nasıl ulaştırılacakları da Kadın Çalışanların Gece Postalarında Çalıştırılma Koşulları Hakkında Yönetmelik'in 6. maddesinde düzenlenmiştir. Anılan hükme göre, belediye sınırları dışındaki işyeri işverenleri, herhangi bir istisna olmaksızın, gece postasında çalışan kadın işçileri, uygun ulaşım aracı sağlamak suretiyle, ikametgâhlarına en yakın merkezden, işyerine götürüp getirmekle yükümlüdür. Bele-

---

49 RG., T. 24.07.2013, S. 28717.
50 Ekin (2013), s. 204.
51 Akıntürk Türkmen (1998), s. 14.
52 Tunçomağ (1985), s. 185; Bu sonucu aynı zamanda İş Kanunu m.69/f.3'den de çıkarmak mümkündür.

diye sınırları içerisinde bulunan işyerlerinin işverenleri ise, şayet işyeri posta değişim saatlerinde toplu taşıma araçları ile gidip gelme zorluğu bulunan bir yerde ise, o takdirde kadın işçilerin ulaşımı için araç sağlamakla yükümlü olacaktır. Yönetmeliğin bu hükmü, erkek işçiler bakımından böyle bir imkân sağlanmadığı, bu hususun kadın-erkek eşitliğine aykırılık teşkil edeceği ve işveren tarafından özellikle erkek işçilerin gece postalarında çalıştırma bakımından tercih edileceği şeklindeki gerekçelerle haklı olarak eleştirilmektedir.[53]

Kadın işçinin eşi de, postalar halinde çalıştırılan bir işyerinde çalışıyor ise, kadın işçinin gece postası, eşinin çalıştığı saatlere rastlamayacak şekilde düzenlenecektir ve bu düzenleme, kadın işçinin talebi üzerine yapılacaktır. Kadın işçinin aynı veya farklı işyerinde çalışıyor olması bir önem arz etmeyecektir. Yönetmeliğin 8. maddesinde yer alan bu hükmün düzenleniş şekline baktığımızda, işverenin bu konuda takdir hakkının bulunmadığı ve çalışma saatlerinin, kadın işçinin talebi üzerine işverence düzenlenmek zorunda olduğu sonucuna ulaşılabilecektir. Bunun yanında, eşler aynı işyerinde çalışıyor ve her ikisi de aynı gece postasında çalışmak istiyorlarsa, bu isteğin işverence karşılanması, imkânların bu isteğe uygun olmasına bağlıdır.[54] (ilgili yön. m.8/2).

Kadın işçiler, gebe oldukları hekim tarafından tespit edildiği tarihten başlayarak doğuma kadar geçen süre içerisinde ve emziren kadın işçiler, doğumdan itibaren bir yıl boyunca gece postasında çalıştırılamayacaklardır (ilgili yön. m.9/1). Emziren kadın işçilerin gece postasında çalıştırılamayacakları bu bir yıllık süre, anne veya çocuğun sağlığı bakımından gerekliliği işyeri hekimince tespit edilerek verilecek bir sağlık raporunun varlığı halinde, altı ay süreyle uzatılacaktır (ilgili yön. m.9/2). Gebe veya emziren kadın işçilerin çalışma süreleri, işveren tarafından, gündüz postalarına rastlayacak şekilde ve *"Gebe veya Emziren Kadınların Çalıştırılma Şartlarıyla Emzirme Odaları ve Çocuk Bakım Yurtlarına Dair Yönetmelik"*[55] dikkate alınarak düzenlenecektir (ilgili yön. m.9/3).

---

53 Ekin (2013), s. 206.

54 Poyraz (2013), s. 162.

55 RG., T. 16.08.2013, S.28737. Yönetmeliğin amacı, gebe, yeni doğum yapmış veya emziren çalışanın işyerlerindeki sağlık ve güvenliğinin sağlanması ve geliştirilmesini destekleyecek önlemlerin alınması ve bu çalışanların hangi dönemlerde ne gibi işlerde çalıştırılmalarının yasak olduğunu, çalıştırılabileceği işlerde hangi şart ve usullere uyulacağını, emzirme odalarının veya çocuk bakım yurtlarının nasıl kurulacağını ve hangi şartları taşıyacağını belirlemektir (İlgili Yön. m.1).

4. KADIN İŞÇİLERİN HAMİLELİK VE ANALIK DURUMUNDA ÇALIŞTIRILMASI

Kadın işçileri koruyucu nitelikteki düzenlemelerden bir diğeri, "*Analık halinde çalışma ve süt izni*" başlığı altında, İş Kanunu m.74'te yer almaktadır. Ayrıca, İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu m.30 dayanak teşkil edilmek suretiyle, Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı'nca çıkartılan "*Gebe Veya Emziren Kadınların* Çalıştırılma Şartlarıyla Emzirme Odaları Ve Çocuk Bakım Yurtlarına Dair *Yönetmelik*'"te de, kadın işçilerin hamilelik ve analık durumda çalıştırılmalarına ilişkin ayrıntılı düzenlemeler mevcuttur. Kadın işçileri koruyucu nitelikteki düzenlemelerden genel olarak bütün kadın işçiler faydalanabilmekteyken, İş Kanunu m.74 ve ilgili yönetmelikte düzenlenen haklardan yalnızca gebelik veya analık durumunda bulunan kadın işçiler faydalanabilecektir.[56] Zira gebe veya analık durumundaki işçilerin, diğer kadın işçilere nazaran daha özel düzenlemelerle korunması bir gerekliliktir.[57] Kadın işçilerin, gebelik süresince ve doğumdan sonra belli bir dönem çalıştırılmaları yasaklanmış, bu sayede, işçilerin ve doğacak çocukların sağlığının korunması amaçlanmıştır.[58]

Bu başlık altında değinilmesi gereken ilk husus, kadın işçinin gebelik ve emzirme süresince çalışma koşullarının ne şekilde düzenleneceği ve işverenin bu konuda ne şekilde önlemler alması gerektiğidir. İlgili yönetmeliğin 6. maddesine göre kadın işçi, gebelik ve emzirmeye başlama halinde işvereni bilgilendirecek ve işveren, gebe veya emziren kadın işçinin sağlık ve güvenliği için tehlikeli sayılan kimyasal, fiziksel, biyolojik etkenlerin ve çalışma süreçlerinin işçiler üzerindeki etkisini değerlendirecektir. Bu değerlendirme neticesinde işveren, ge-

56 Doğan Yenisey/Alpagut/Akın/Uşan (2015), s. 183; Soysal (2006), s. 33.

57 Doğan Yenisey/Alpagut/Akın/Uşan (2015), s. 183.

58 Coşkun Saraç, "Analık Halinde Çalıştırma Yasağı", Prof. Dr. Sarper Süzek'e Armağan, Beta Basım, İstanbul 2011, s. 1885; İştar Cengiz, "Kadın İşçilerin Hamilelik ve Analık Durumlarının İş Sözleşmesine Etkisi", Kamu-İş İş Hukuku ve İktisat Dergisi, Ankara 2009, C. 10, S. 4, 1-33, s. 3."…Ebeveyn izni, işçiler için çocuk bakımı olanaklarının sağlanması, esnek çalışma saatleri, ya da hasta aile fertlerine bakım için izin verilmesi gibi aile dostu politikalar, ebeveynlerin morallerinin ve çalışma bağlılıklarının artmasına yardımcı olabilir.." Mustafa Kılıçoğlu, "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarına Egemen Olan İlkeler ve Ayrımcılık Yasağı", *Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi,* İstanbul 2012, C. 9., S. 36, 37-58, s. 42-43.

reken önlemleri[59] alacaktır.[60] Gebe veya emziren kadın işveren, işyerinde yapılan değerlendirmenin sonuçları ile sağlık ve güvenlik amacıyla alınması gereken önlemler hakkında bilgilendirilir. Değerlendirme sonuçları, gebe veya emziren kadın işçi için sağlık ve güvenlik riskini veya kadın işçinin gebeliği veya emzirmesi üzerindeki bir etkiyi ortaya çıkardığında işveren, kadın işçinin çalışma koşullarını veya çalışma saatlerini, çalışanın bu risklere maruz kalmasını önleyecek bir biçimde geçici olarak değiştirecektir (ilgili yön. m.7/1). Çalışma koşullarının veya çalışma saatlerinin uyarlanması mümkün değilse, işveren ilgili kadın işçiyi başka bir işe aktarmak için gerekli önlemleri alır (ilgili yön. m.7/2). Sağlık raporu ile gerekli görüldüğü takdirde gebe kadın işçi, sağlığına uygun daha hafif işlerde çalıştırılır. Bu halde kadın işçinin ücretinde bir kesinti yapılmaz. Başka bir işe aktarılması mümkün değilse, kadın işçinin sağlık ve güvenliğinin korunması için gerekli süre içinde ve isteği halinde kadın işçinin ücretsiz izinli sayılması sağlanır. Bu süre, yıllık ücretli izin hakkının hesabında dikkate alınmayacaktır (ilgili yön. m.7/3).

İş Kanunu m.74/f.1'e göre, kadın işçilerin, doğumdan önce sekiz ve doğumdan sonra sekiz hafta olmak üzere toplam on altı hafta çalıştırılmaları yasaktır ve çoğul gebelik halinde doğumdan önce çalıştırılmayacak sekiz haftalık süreye iki hafta süre eklenecektir (ilgili yön. m.10). [61] Ancak, sağlık durumu uygun olduğu takdirde ve hekimin onayı ile kadın işçi isterse doğumdan önceki üç haftaya kadar işyerinde çalışabilecek ve kadın işçinin çalıştığı bu süre, doğum sonrasında kullanacağı süreye eklenecektir. Hekim onayı ve kadın işçinin isteğinin bulunması, doğumdan önceki üç haftaya kadar çalışma için yeterli olup işverenin bu konuda takdir hakkı bulunmamaktadır.[62] Kadın işçi-

59 İlgili yön. m.6/3'e göre, işveren, işyerindeki maruziyetin şeklini, düzeyini ve süresini EK-II ve EK-III'teki etkenler, süreçler, çalışma koşulları veya özel bir riske maruz kalma olasılığı bulunan işleri de; a) sağlık ve güvenlik risklerinin, gebe veya emziren çalışanlar üzerindeki etkilerini belirlemek b) alınacak önlemleri kararlaştırmak üzere değerlendirir. Bu değerlendirmede kişisel olarak çalışanı etkileyen psikososyal ve tıbbi faktörleri de dikkate alır.

60 İlgili Yön. EK-I'de belirtilen önlemler alınacaktır.

61 İş Kanunu m.18/e'ye göre, m.74'te öngörülen ve kadın işçilerin çalıştırılmasının yasak olduğu sürelerde işe gelmemesi, fesih için geçerli bir sebep oluşturmayacaktır. Ayrıca 74. maddedeki bu süreler, İş Kanunu m.55/b gereğince, yıllık ücretli izin hakkının hesabında çalışılmış gibi sayılır.

62 Süzek (2015), s. 869.

nin erken doğum yapması halinde ise doğumdan önce kullanamadığı süreler, doğum sonrası sürelere eklenmek suretiyle kullandırılacaktır (İş K. m.74/f.1). Belirtmek gerekir ki doğum öncesi ve doğum sonrası kadın işçiye kullandırılacak bu süreler, kadın işçinin sağlık durumuna ve işin özelliğine göre gerekirse artırılabilecek ve bu süreler hekim raporu ile belirtilecektir (İş K. m.74/f.3). Ayrıca, çocuğun erken veya ölü doğması ya da doğum sonrasında ölmesi, doğumdan sonra kadın işçiye kullandırılacak olan sekiz haftalık sürenin kullandırılmasını engellemeyecektir.[63] Kadın işçiye gebelik süresince periyodik kontrolleri için ücretli izin verilecektir (İş K. m.74/f.4 ve ilgili yön. m.11). Doğumda veya doğum sonrasında kadın işçinin ölümü hâlinde, doğum sonrası kullanılamayan süreler babaya kullandırılacaktır (İş K. m.74/f.1).

İş Kanunu m.74 ile yalnızca biyolojik olarak anne olan kadın işçilere izin hakkı tanınmamış, aynı zamanda, evlat edinme durumuna ilişkin de bir düzenlemeye gidilmiştir. Nitekim ilgili düzenlemeye göre üç yaşını doldurmamış çocuğu evlat edinen eşlerden birine veya evlat edinene çocuğun aileye fiilen teslim edildiği tarihten itibaren sekiz hafta analık hâli izni kullandırılacaktır (İş K. m.74/f.1).

Doğum sonrası iznin tamamlanmasından sonra, kadın işçiye, altı aya kadar ücretsiz izin verilir. Ücretsiz iznin verilmesi, kadın işçinin talebine bağlıdır ve işverenin bu konuda takdir hakkı yoktur.[64] Bu izin,

---

63 Yuvalı (2013), s. 108.

64 "…İş Kanunu'ndaki düzenlemeye göre; yasal ücretli doğum izinlerinin kullanılmasından sonra işçinin talep etmesi halinde işverence altı aya kadar ücretsiz izin verilmesinin zorunlu olduğu sonucu ortaya çıkmaktadır. Burada izin verilmesi işverenin takdirine bırakılmamıştır…" Y., 9. HD., T. 26.09.2008, 27521 E., 25157 K.; "…Doğum yapan kadın işçinin, ücretsiz doğum iznini kullanmak istemesi ve işveren tarafından buna izin verilmemesi halinde, kadın işçi tek başına alacağı karar ile işverene bildirimde bulunarak, ücretsiz doğum iznine ayrılabilir. Somut olayda, davacı işçi doğum yapmış, doğum sonrasında kullandığı ücretli doğum izinlerinden sonra, ücretsiz doğum izni talep etmiş ancak işverence buna izin verilmemiştir. Kaldı ki, davacının iş sözleşmesinin feshinin ardından, kendisine yıllık izin ücretinin de ödendiği, bu suretle davacıya yıllık ücretli izninin kalan kısımlarının dahi kullandırılmadığı anlaşılmaktadır. Mahkemece, değinilen hususlar gereğince, iş sözleşmesinin davacı tarafından değil, davalı işveren tarafından geçersiz nedenle feshedildiği gerekçesi ile davanın kabulü ile davacının işe iadesine karar verilmesi gerekir…" Y. 9. HD., T. 13.07.2009, 36349 E., 20734 K.; "… Davacının izin talebinde bulunduğu gerek davalı tarafından çekilen ihtarnameden, gerekse davaya cevap dilekçesinden anlaşılmaktadır. Davacının izin talebi kabul edilmediğine göre somut olayda davacının haklı fesih ile iş sözleşmesini sona erdirdiği kabul edilerek kıdem tazminatının hüküm altına alınması gere-

üç yaşını doldurmamış çocuğu evlat edinme hâlinde eşlerden birine veya evlat edinene verilir. Bu süre, yıllık ücretli izin hakkının hesabında dikkate alınmaz (İş K. m.74/f.6).

Gebe veya Emziren Kadınların Çalıştırılma Şartlarıyla Emzirme Odaları ve Çocuk Bakım Yurtlarına Dair Yönetmeliğin 8. maddesine göre kadın işçiler, gebe olduklarının sağlık raporuyla tespitinden itibaren doğuma kadar geçen sürede gece çalışmaya zorlanamayacaklar ve bunun yanında, doğumdan itibaren bir yıl süre ile de gece çalıştırılamayacaklardır. Ayrıca ilgili yönetmeliğin 9. maddesine göre, gebe veya emziren kadın işçi, günde yedi buçuk saatten fazla çalıştırılamayacaktır.

Doğumdan sonra iznini tamamlayan kadın işçi, çalışmasına artık bir engel bulunmadığını hekim raporuyla belgeleyecek ve bu şekilde işyerinde çalışmaya başlayacaktır.[65] İş Kanunu m.74'ün yedinci fıkrasına göre, kadın işçilere bir yaşından küçük çocuklarını emzirmeleri için günde toplam bir buçuk saat[66] süt izni verilir (ilgili yön. m.10). Bu konuda işverenin takdir yetkisi bulunmamaktadır.[67] Bu sürenin hangi saatler arasında ve kaça bölünerek kullanılacağını işçi kendisi belirler[68] ve bu süre günlük çalışma süresinden sayılır.[69] Kadın işçi, hem çocuğunu emzireceğine hem de emzirme için kendisine kanunen tanınan

---

kirken yazılı şekilde karar verilmesi hatalı olup bozmayı gerektirmiştir…" Y. 9. HD., T. 16.04.2012, 5907 E., 13018 K. Kaynak: www.kazanci.com, Erişim Tarihi: 18.02.2017.

65 Münir Ekonomi, "Doğum Yapan Kadın İşçilere Verilmesi Gereken Süt İzninin Çalışma Süresinden Sayılma Özelliği ve Hukuki Sonuçları", *Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi,* İstanbul 2015, C. 12, S. 47, 21-48, s. 44; Yuvalı (2013), s. 110.

66 Bu süreye ilişkin kural, nispi emredici nitelikte olup, sürenin sözleşme ile arttırılması mümkündür. Ekonomi (2015), s. 44.

67 Ekonomi (2015), s. 43; "…Yasa uyarınca kadın işçilere çocuklarını emzirmeleri için günde bir buçuk saat (aksi yönde ve fakat işçi lehine olmak üzere taraflar arasında süre düzenlemesi yapılabileceği gibi) süt izni verilmesi hususu işverenin inisiyatifinde olan bir durum olmayıp, 4857 sayılı İş Kanunu'nun 74/7. fıkrası uyarınca da bu sürenin hangi saatler arasında ve kaça bölünerek kullanılacağının işçi tarafından belirleneceği hüküm altına alınmış olup, işçinin süt izni kullanması gerektiği halde bu iznin kullandırılmaması durumunda, kullandırılmayan sürenin tespiti ile % 50 zamlı ücret üzerinden hesaplama yapılması gerekir…" Y., 22. HD., T. 13.06.2016, 12878 E., 17527 K., Kaynak: www.kazanci.com, Erişim Tarihi:18.02.2017.

68 "…Emziren kadın bu yetkisini kullanırken iyi niyet kurallarını, işyeri ve üstlendiği işin şartlarını göz önünde tutması gerekir…" Ekonomi (2015), s. 44.

69 Bu husus, İş Kanunu m.66/f.e'de de belirtilmiştir.

bir buçuk saatlik sürenin ne şekilde kullanacağına ilişkin bilgiyi işverene vermelidir.[70] Bu düzenlemenin amacı, bu süre içerisinde annenin çocuğuyla yakından ilgilenmesi olduğundan, kadın işçinin çocuğunu herhangi bir sebeple emzirememesi durumunda dahi bir buçuk saatlik izin işveren tarafından kullandırılması gerekmektedir.[71]

Burada kısaca, İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu m. 30 gereğince çıkartılan, Gebe veya Emziren Kadınların Çalıştırılma Şartlarıyla Emzirme Odaları ve Çocuk Bakım Yurtlarına Dair Yönetmelik'te yer alan emzirme odası ve kreş açma yükümlülüğüne değinmek gerekir. İlgili yön. m.13/1'e göre yüz-yüz elli kadın işçi çalıştırılan işyerlerinde, kadın işçilerin çocuklarını emzirebilecekleri bir emzirme odası kurulması zorunlu olup[72] bu emzirme odası işyerinden ayrı ve işyerine en fazla iki yüz elli metre uzaklıkta olacaktır.[73] Kadın işçilerin, yaşları veya medeni halleri, bu odanın kurulması zorunluluğu bakımından herhangi bir önem arz etmemektedir. Kadın işçi sayısının yüzün altında olması durumunda, emzirme odası açılması zorunlu olmadığından ve kadın işçinin çocuğunu emzirmek üzere yanında getirmesi ihtimali de çok az olacağından kadın işçi, evine veya çocuğunun bulunduğu yere giderek çocuğunu emzirmek durumunda kalacaktır.[74] Kadın işçinin evinin veya çocuğunun bulunduğu yerin işyerine yakın olması halinde bu durum çok büyük bir sorun teşkil etmeyecektir ancak aksi durumda, kadın işçi için yolda geçireceği süre sıkıntı yaratacaktır. Bu sebeple bir buçuk saatlik sürenin ikiye bölünerek kullandırılması yerinde olacaktır.[75]

---

70 Ekonomi (2015), s. 44.

71 Cengiz (2009), s. 15.

72 6331 sayılı Kanun'un 30. maddesi gereğince çıkartılan "İşyeri Bina Ve Eklentilerinde Alınacak Sağlık Ve Güvenlik Önlemlerine İlişkin Yönetmelik'in" 49. maddesine göre işveren, gebe ve emziren kadın işçilerin uzanarak dinlenebilmeleri için uygun şartları sağlamakla yükümlüdür. Ayrıca bu yönetmeliğe göre, işyeri bina ve eklentilerinde, kadın işçiler için ayrı soyunma yeri, sıcak ve soğuk akarsuyu bulunan yıkanma yeri, tuvalet lavabo bulundurulması zorunludur. İşveren tarafından işçilere konut tahsis edilecekse, bekâr kadınların kalacakları konutların erkeklerin bulunduğu kısımdan ayrı olması gerektiği de yine aynı yönetmelikte hüküm altına alınmıştır. RG., T. 17.07.2013, S. 28710.

73 Emzirme odasının taşıması gereken şartlar, İlgili yön. EK-IV'te belirtilmiştir.

74 Ekonomi (2015), m. 45.

75 Ekonomi (2015), s. 45; Hatta kadın işçinin kendisinin ve çocuğunun durumunu gözeterek, bu süreyi gün sonuna doğru ve tek seferde kullanmasında da bir sakınca bulunmamaktadır. Ekonomi (2015), s. 45.

Son olarak belirtmek gerekir ki, yüz elliden çok kadın işçinin çalıştığı işyerlerinde, 0-6 yaş aralığındaki çocukların bakımı ve emziren kadın işçilerin çocuklarını emzirebilmeleri için, işveren tarafından, çalışma yerlerinden ayrı bir yurt (kreş) kurulması zorunludur (İlgili Yön. m.13/2). Bu yurt (kreş), işyerinden iki yüz elli metreden fazla uzaklıkta ise, işveren taşıt ile ulaşım sağlamakla yükümlüdür. Belirtmek gerekir ki, kadın işçilerin medeni hali ve yaşı yurt (kreş) açma zorunluluğu bakımından bir önem arz etmemekte ve ayrıca, yurt (kreş) kurulması için gereken kadın işçi sayısının hesabına, erkek işçiler arasından çocuğunun annesi ölmüş veya velayeti babaya verilmiş olanlar da dâhil edilmektedir (İlgili Yön. m.13/5).

SONUÇ

İş Kanunu m.5/f.3'e göre, işveren, biyolojik ve işin niteliğine ilişkin sebepler zorunlu kılmadıkça, bir işçiye, iş sözleşmesinin yapılmasında, şartlarının oluşturulmasında, uygulanmasında ve sona ermesinde, cinsiyet veya gebelik nedeniyle, doğrudan veya dolaylı, farklı işlem yapamayacaktır. İşverenin, işe alımlarda eşit davranma yükümlülüğü olmaması genel bir kural olmakla birlikte kadın işçinin, sırf kadın veya gebe olması sebebiyle işe alımlarda farklı işleme tabi tutulamayacağı, İş Kanunu m.5/f.3'deki düzenlemeyle hüküm altına alınmıştır. Kadın işçiler ayrıca, aynı veya eşit değerde bir iş için sırf kadın olmaları sebebiyle daha düşük ücrete çalıştırılamayacaklardır.

Kadın işçilerin, erkek işçilere nazaran fiziksel ve biyolojik yönden daha zayıf olmaları ve ayrıca ailevi yükümlülüklerinin erkek işçilere nazaran daha fazla olması, kadın işçilerin korunması ihtiyacını berberinde getirmiştir. Bu sebeple kadın işçilerin, yer ve su altında çalıştırılması kesin olarak yasaklanmıştır. Kadın işçilerin gece çalıştırılması ise belli koşullara bağlanmıştır.

Kadın işçilerin, gebelik ve emzirme süresince korunmasına ilişkin hükümler de yalnızca gebe veya anne olan kadınların faydalanabilecekleri koruyucu nitelikte hükümlerdir. Zira gebe veya anne olan kadınların, diğer kadınlara kıyasla daha özel hükümlerle korunmaları bir gerekliliktir.

Kadın işçilerin korunmasına ilişkin getirilen yasal düzenlemeler şüphesiz kadınların çalışma hayatına dâhil edilmesi bakımından

büyük önem taşımaktadır. Ancak belirtmek gerekir ki, kadın işçilere ilişkin koruyucu yasal düzenlemelerin yapılması yeterli olmayıp asıl önemli olan, bu hükümlerin işverenler tarafından dikkatle hayata geçirilmesidir.

Kaynakça

Akıntürk Türkmen H., Çalışma Hayatında Kadın ve Çalışan Kadını Koruyucu Hükümler, *Ankara Barosu Dergis*i, Ankara 1998, S. 4, 6-28.

Akı E., 6331 sayılı İş Sağlığı Ve Güvenliği Kanunu Ve Çalışma Yaşamına Etkileri, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 15, Özel S., İzmir-2014, 3-24.

Bacak B./Yiğit, Y., Türk İş Hukukunda Kadın İşçilerin Çalışma Koşullarına İlişkin Düzenlemelerin Değerlendirilmesi, *Kamu-İş İş Hukuku ve İktisat Dergisi,* Ankara 2007, C. 9, S. 2, 1-31.

Cengiz İ., Kadın İşçilerin Hamilelik ve Analık Durumlarının İş Sözleşmesine Etkisi, *Kamu-İş İş Hukuku ve İktisat Dergisi,* Ankara 2009, C. 10, S. 4, 1-33.

Çelik N./Caniklioğlu N./Canbolat T., İş Hukuku Dersleri, Beta Basım, 28. Baskı, İstanbul, 2015.

Çolakoğlu E., Türk İş Hukukunda İşverenin Eşit Davranma Borcu (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Konya, 2011.

Demir F., İşverenin Eşit İşlem Yapma Borcu ve Ayrım Yasağı Tazminatının Diğer Tazminatlarla İlişkisi, *Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi,* İstanbul 2014, C. 11, S. 41, 15-25.

Demircioğlu M./Centel, T., İş Hukuku, Beta Basım, 18. Baskı, İstanbul, 2015.

Dinç M., Çalışma Hayatında Kadın İle İlgili Hukuki Düzenlemeler, *Kamu-İş İş Hukuku ve İktisat Dergisi,* Ankara 2002, C. 6, S. 3, 1-20.

Doğan Yenisey K., İş Kanunu'nda Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık Yasağı, Çalışma ve Toplum *Ekonomi ve Hukuk Dergisi,* İstanbul 2004, S. 4, 63-82.

Doğan Yenisey K., Kadın Erkek Eşitliği Bakımından Türk İş Hukuku'nun Avrupa Birliği Hukuku ile Olası Uyum Sorunları, *Kamu-İş İş Hukuku ve İktisat Dergisi,* Ankara 2002, C. 6, S. 4, 1-43.

Doğan Yenisey K./Alpagut, G./Akın, L./Uşan M. F., Bireysel İş Hukuku, Anadolu Üniversitesi Açıköğretim Fakültesi Yayını, 1. Baskı, Eskişehir, 2015.

Ekin, A., Adil ve Makul Koşullarda Çalışma Hakkı Kapsamında İnsan Onurunun Korunması, Adalet Yayınevi, Ankara, 2013.

Ekonomi, M., Doğum Yapan Kadın İşçilere Verilmesi Gereken Süt İzninin Çalışma Süresinden Sayılma Özelliği ve Hukuki Sonuçları, *Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi,* İstanbul 2015, C. 12, S. 47, 21-48.

Ertürk, Ş., İş İlişkisinde Temel Haklar, Seçkin Yayıncılık, 1. Baskı, Ankara, 2002.

Ertürk, Ş./Gürsel, İ., İş Hukuku'nda Eşit Davranma İlkesi, Prof. Dr. Sarper Süzek'e Armağan, Beta Basım, C.1, Ankara, 2011, 425-458.

Eyrenci, Ö./Taşkent S./Ulucan D., Bireysel İş Hukuku, Legal Kitabevi, İstanbul, 2010.

Eyrenci, Ö., 4857 sayılı İş Kanunu ile Getirilen Yeni Düzenlemeler, Genel Bir Değerlendirme, *Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi*, İstanbul 2004, C. 1, S. 1, 15-56.

Kandemir, M./Yardımcıoğlu D., İş Hukukunda Eşitlik İlkesi, *Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi,* Diyarbakır 2014, C. 19, S. 30-31, 1-44.

Karacan E., İş Hukuku, Umuttepe Yayınları, 1. Baskı, İzmit, 2010.

Keser H., 4857 sayılı İK'na Göre İşverenin İş Sözleşmesi Yapma ve İş İlişkilerinde Eşit İşlem Yapma Yükümlülükleri ve Bunlara Aykırı Davranılması Durumunda Karşılaşacağı Yaptırımlar, *Kamu-İş İş Hukuku ve İktisat Dergisi*, C. 7, S. 3, 1-38.

Kılıçoğlu M., Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarına Egemen Olan İlkeler ve Ayrımcılık Yasağı, *Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi*, İstanbul 2012, C. 9, S. 36, 37-58.

Onaran Yüksel M., Karşılaştırmalı Hukuk Işığında Türk İş Hukukunda Kadın-Erkek Eşitliği, Beta Basım, İstanbul, 2000.

Pakin Akın E., Türk Hukukunda Kadın İşçilerin Sosyal Güvenliği, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2005.

Poyraz, E., İş Hukuku, Seçkin Yayıncılık, 4. Baskı, Ankara, 2013.

Saraç, C., Analık Halinde Çalıştırma Yasağı, Prof. Dr. Sarper Süzek'e Armağan, Beta Basım, İstanbul, 2011.

Senyen Kaplan, E. T., Bireysel İş Hukuku, Gazi Kitabevi, Ankara, 2015.

Sever R., İşverenin Eşit Davranma Borcu, *Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi,* İstanbul 2012, C. 9, S. 34,.

Soysal T., Uluslararası Sözleşmeler Işığında 4857 sayılı İş Kanununda Kadın İşçiyi Koruyan Hükümler, *Kamu-İş İş Hukuku ve İktisat Dergisi,* Ankara 2006, C. 8, S. 4, 1-48.

Süzek, S., İş Hukuku, Beta Basım, 11. Baskı, İstanbul, 2015.

Tunçomağ K., İş Hukukunun Esasları, Beta Basım, İstanbul, 1989.

Yuvalı E., 4857 sayılı İş Kanunu'nun Ve İlgili Mevzuatın Kadın İşçiler İle İlgili Hükümlerine Genel Bir Bakış, *TBB Dergisi,* **İstanbul 2013, S.** 106, 93-113.

Yüksel S. R.,, İş Hukukunda Eşit Davranma İlkesi, *Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi,* İstanbul2013, C. 10, S. 39, 57-80.

ULUSLARARASI HUKUK AÇISINDAN FIRAT KALKANI HAREKÂTININ MEŞRULUĞU SORUNU

THE ISSUE OF LEGITIMACY OF THE OPERATION EUPHRATES SHIELD IN TERMS OF INTERNATIONAL LAW

Süleyman Sırrı TERZİOĞLU*

Özet: Terör örgütleri DAEŞ ve PYD/YPG, Türkiye'yi hedef alan saldırılar gerçekleştirmektedir. Türkiye, bu terör saldırılarını durdurabilmek için Fırat Kalkanı Harekâtını başlatmıştır. Türkiye, uluslararası terörizme karşı meşru müdafaa hakkına sahiptir. Fırat Kalkanı Harekâtı, Türkiye'nin meşru müdafaa hakkı çerçevesinde uluslararası hukuka uygun olarak gerçekleştirilmiştir.

Anahtar Kelimeler: Fırat Kalkanı Harekâtı, Türkiye, Suriye, Uluslararası Hukuk, Meşru Müdafaa

Abstract: Terrorist organizations ISIS and PYD/YPG are carrying out attacks targeting Turkey. Turkey has launched the Operation Euphrates Shield to cease those terrorist attacks. Turkey has the right to self-defense against international terrorism. The Operation Euphrates Shield was carried out in accordance with international law related to Turkey's right to self-defense.

Keywords: Operation Euphrates Shield, Turkey, Syria, International Law, Self-Defence

Giriş

DAEŞ ve PYD/YPG terör örgütlerinin Türkiye'ye yönelik faaliyetleri, Türkiye Cumhuriyeti Devleti'nin bu saldırıları bertaraf edebilmesi için gereken tedbirleri almasını gerektirmiştir. Türkiye, ülkesi içinde faaliyet gösteren terörist örgütlere karşı iç hukuku çerçevesinde gereken tedbirleri alma ve mücadele etme hakkında sahiptir. Ancak Türkiye'nin, ülkesi dışından, başka bir devletin ülkesinden, yani Suriye'de faaliyet gösteren terör örgütlerinden yapılan saldırıları bertaraf edebilmesi için, bunlara yönelik kuvvet kullanması gerekmiştir.

* Doç. Dr., ORCID: 0000-0002-4719-8937

Dolayısıyla bu faaliyetlerin engellenebilmesi için Suriye Arap Cumhuriyeti ülkesinde bir kuvvet kullanma eyleminin gerçekleştirilmesi zorunluluğu doğmuştur.

24 Ağustos 2016 tarihinde başlayıp, 29 Mart 2017 günü sona erdiği açıklanan ve "Fırat Kalkanı Harekâtı"[1] adı verilen kuvvet kullanımı eylemi, uluslararası alanda çeşitli tartışmaları da beraberinde getirmiştir. Bu tartışmalardan birisi de, Harekâtın uluslararası hukuk açısından meşru olup olmadığı sorunudur. Zira kimi devletler, Harekâtın uluslararası hukuka aykırı olduğunu iddia ederken,[2] Türkiye, haklı olarak Harekâtın uluslararası hukuk açısından meşru olduğunu ileri sürmektedir. Her ne kadar Harekât sona ermiş olsa da, uluslararası hukuka aykırılığı iddiaları nedeniyle, ilerde Türkiye Cumhuriyeti Devleti'nin sorumluluğunun ileri sürülmesi ihtimal dâhilindedir. Bu durumda Türkiye'nin bu eyleminin meşruluğunun, uluslararası hukuk açısından şimdiden doğru değerlendirilmesi ve konunun açıklığa kavuşturulması gerekmektedir.

Bu çalışmada Harekâtın uluslararası hukuk açısından değerlendirilmesi yapılacaktır. Bunun için öncelikle Harekâta neden olan gelişmelerin tarihî arka plânı ele alınacak, Harekâtın hedefi olan örgütlerin ve bu örgütlerin eylemlerinin niteliği değerlendirilecek, Harekâtın iç hukuka ve özellikle de uluslararası hukuka uygun olup olmadığı sorunu tartışılacaktır. Harekâta ilişkin olarak uluslararası hukuk boyutuyla ele alınabilecek çeşitli konular olsa da, çalışmamızı Harekâtın meşruiyeti sorunu ile sınırlandırdık.

1- Tarihî Arka Plân

Bazı Arap devletlerinde ortaya çıkan ve "Arap Baharı" olarak adlandırılan halk hareketleri Suriye'ye de sıçramıştır. 15 Mart 2011 tarihinde başlayan barışçıl protestolar, zamanla isyana dönüşmüştür. Suriye'de yönetim muhaliflerinin, rejim tarafından sert tedbirlerle baskı altına alınması sonucu, muhalif gruplar rejime karşı silahlı mücadele başlatmıştır. Kimisi diğer devletlerce desteklenen rejim karşıtı mu-

---

1 Çalışmamızda "Fırat Kalkanı Harekâtı" ifadesini tercih ettik. Zira medyada ve zaman zaman resmî çevrelerce "Fırat Kalkanı Operasyonu" ifadesi kullanılsa da, çoğu resmî açıklamalarda "Fırat Kalkanı Harekâtı" ifadesi kullanılmaktadır.

2 Bu konuya aşağıda değinilecektir.

halif gruplar, rejime karşı mücadele etmenin yanında, zaman zaman kendi aralarında da çatışmışlar ve çatışmaktadırlar.[3]

Ülke çapına yayılan olayların engellenebilmesi için Suriye Cumhurbaşkanı Esad, siyasi mahkûmların tahliyesi, hükümetin değişmesi ve 48 yıl süren olağanüstü hal rejiminin kaldırılmasını içeren bazı kararlar almıştır. Ancak gösteriler sona ermemiş ve şiddet devam etmiştir. Olayların şiddetlenmesi üzerine, BM İnsan Hakları Konseyi, Suriye'de gerçekleşen insan hakları ihlallerini araştırmak üzere, 22-23 Ağustos 2011 tarihlerinde yapılan toplantısında, uluslararası bir soruşturma komisyonun kurulmasını kararlaştırmıştır.[4] Ancak 4 Ekim 2011 tarihinde, BM Şartı'nın 41. maddesi uyarınca Suriye'ye yönelik olarak olası önlemlerin alınmasını tavsiye eden BM Güvenlik Konseyi karar taslağı,[5] Çin ve Rusya tarafından veto edilmiştir.[6]

2011 yılının Ekim ayında muhalifler, İstanbul'da bir araya gelerek, "Suriye Ulusal Konseyini" kurduklarını ilan ettiler. Ancak Suriye Ulusal Konseyi, yaşadığı iç çatışmalar nedeniyle uluslararası toplumun desteğini tam olarak kazanamamıştır. Bu yüzden muhalifler, 11 Kasım 2012 tarihinde Doha'da bir araya gelerek, "Suriye Muhalif ve Devrimci Güçler Ulusal Koalisyonu" adı altında daha geniş kapsamlı bir yapı oluşturdular.[7]

Yukarıda bahsettiğimiz Kararı[8] üzerine BM İnsan Hakları Konseyi tarafından kurulan "Suriye Arap Cumhuriyeti Bağımsız Uluslararası Soruşturma Komisyonu", 23 Kasım 2011 tarihli Raporunda, Suriye Arap Cumhuriyeti'ndeki silahlı şiddetin, uluslararası hukuka göre bir iç silahlı çatışma seviyesine çıkma riski taşıdığını, bu durumda insancıl hukukun uygulanacağı değerlendirmesinde bulunmuştur.[9] Bu arada BM Genel Kurulu da, 2011 yılından itibaren Suriye'yi kınayan çeşitli kararlar almıştır.[10]

---

3 Suriye'deki olayların kronolojisi için bkz. http://www.securitycouncilreport.org/chronology/syria.php (E.T. 11.07.2017)

4 A/HRC/RES/S-17/1

5 S/2011/612

6 The 6627th meeting of the UN Security Council, 4 October 2011 (S/PV.6627)

7 Suriye Muhalif ve Devrimci Güçler Ulusal Koalisyonu hakkında geniş bilgi için bkz. http://tr.etilaf.org/ (E.T. 10.07.2017)

8 A/HRC/RES/S-17/1

9 UN Human Rights Council, Report of the Independent International Commission of Inquiry on the Syrian Arab Republic, A/HRC/S-17/2/Add.1, 23 November 2011, para. 97

10 BM Genel Kurulunda alınan çeşitli kararlarda, Suriyeli yetkililer, ciddi ve siste-

Sürece Arap Birliği de dâhil olarak, 12 Kasım 2011 tarihinde Suriye'nin de onayladığı, Suriye krizinin çözümü için şiddet eylemlerini ve diğer insan hakları ihlallerinin durdurulmasını öngören bir Eylem Planı kabul etmiştir.[11] Ancak şiddet olayları devam etmiş ve Birlik, 12 Kasım 2011 tarihinde de Suriye'nin örgütteki üyeliğini askıya alan ve aynı zamanda ekonomik ve siyasi yaptırımların uygulanmasını öngören bir karar almıştır. Suriye'ye ülkede düzeni sağlaması için dört günlük bir süre tanınmış, ancak herhangi bir gelişme olmaması üzerine, askıya alma kararı 16 Kasım tarihinden itibaren yürürlüğe girmiştir.[12] Eylem Planına uygun olarak, Suriye ile Arap Birliği arasında, 19 Aralık 2011 tarihinde, Arap gözlemcilerin Suriye'de görev yapmalarına izin veren protokol imzalanmıştır. Ancak 19 Ocak 2012 tarihinde gözlemci heyetinin görevi, çeşitli tartışmaların ve sorunların ardından sona ermiştir.[13] 2012 yılının Şubat ayında Suriye'de yeni anayasa halk oylamasında yüzde 89,4 oy oranı ile kabul edilmiştir. Mart ayında Türkiye, şiddet olayları nedeniyle Şam'daki büyükelçiliğini geçici olarak kapatmıştır.

Arap Birliği tarafından hazırlanan 2 Kasım 2011 tarihli Eylem Planını destekleyen 4 Şubat 2012 tarihli BM Güvenlik Konseyi karar tasarısı[14] Rusya ve Çin tarafından veto edilmiştir. 23 Şubat 2012 tarihinde Arap Birliği ve BM, BM eski Genel Sekreteri Kofi Annan'ı, BM-Arap Birliği Suriye Özel Temsilcisi olarak atamıştır.[15] Annan, altı maddelik Planı[16] Suriye yönetimine sunmuş ve Plan, Suriye yönetimi tarafından olumlu karşılanarak uygulanmaya başlanmıştır. 14 Nisan 2012 tari-

---

matik insan hakları ihlallerini işlemekten dolayı kınanmıştır. Örneğin bkz. A/RES/66/176, A/RES/66/253, A/RES/66/253 B

11 League of Arab States Council Resolution 7436, 7437, Extraordinary Session, 2 November 2011

12 LAS Council Resolution 7438, Extraordinary Session, 12 November 2011

13 Heyet Raporu için bkz. UNSC, S/2012/71, Annex, Enclosure 4, League of Arab States Observer Mission to Syria, "Report of the Head of the League of Arab States Observer Mission to Syria for the period from 24 December 2011 to 18 January 2012"

14 S/2012/77

15 SG/SM/14124, 23 February 2012. http://www.un.org/press/en/2012/sgsm14124.doc.htm (E.T. 13.07.2017) Bu atama BM Genel Kurulu'nun 16 Şubat 2012 tarihli ve A/RES/66/253 sayılı kararı uyarınca yapılmıştır (para. 11).

16 Plan metni için bkz. "Six-Point Proposal of the Joint Special Envoy of the United Nations and the League of Arab States", S/RES/2042 (2012) BM Güvenlik Konseyi kararı eki

hinde BM Güvenlik Konseyi, Planın uygulanmasını izlemek için bir gözlemci heyeti [UN Supervision Mission in the Syrian Arab Republic (UNSMIS)] görevlendirme kararı almıştır.[17] Ancak Planın uygulanamaması ve şiddet olaylarının devam etmesi üzerine 2012 Haziranında UNSMIS, görevini askıya almıştır.[18] 19 Temmuz'da UNSMIS'in görev süresini uzatan ve BM Şartı'nın VII. Bölümü çerçevesinde yaptırımlar öngören karar tasarısı,[19] yine Çin ve Rusya tarafından veto edilmiştir. Bunun üzerine 20 Temmuzda da BM Güvenlik Konseyi, Suriye'de bulunan gözlemci heyetinin görev süresini son olarak 30 gün daha uzatılmasını kararlaştırmıştır.[20] Şiddetin durmaması üzerine, İslam İşbirliği Teşkilatı da, 14-15 Ağustos 2012 tarihlerinde Mekke'de yapılan 4. Olağanüstü İslam Zirve Toplantısında Suriye'nin üyeliği askıya almıştır.[21] Kofi Annan'ın görev süresinin bitiminden sonra, 17 Ağustos 2012 tarihinde Cezayir'in eski Dışişleri Bakanı Lahdar İbrahimi BM Suriye Özel Temsilcisi olarak atanmıştır.[22]

Yukarıda da ifade edildiği gibi, Suriye Ulusal Konseyi'nin beklenen verememesi üzerine, muhalifler, 11 Kasım 2012 tarihinde Doha'da bir araya gelerek, "Suriye Muhalif ve Devrimci Güçler Ulusal Koalisyonu" adı altında daha geniş kapsamlı bir yapı oluşturdular. 12 Aralık 2012 tarihinde Marakeş'te yapılan Suriye'nin Dostları dördüncü toplantısında bu yeni örgüt meşru olarak tanınmıştır. 30 Haziran 2012 tarihinde Cenevre'de "Suriye Eylem Grubu" adı altında uluslararası

17 S/RES/2042 (2012). Suriye ile BM arasında UNSMIS ile ilgili olarak 23 Nisan 2012 tarihinde bir anlaşma yapılmıştır. Metin için bkz. S/2012/250. BM Güvenlik Konseyi, daha sonra görev süresinin uzatılması gözlemci sayısının artırılmasına yönelik karar almıştır. S/RES/2043 (2012)

18 Statement Attributable to the Head of the UN Supervision Mission in Syria, General Robert Mood. http://www.un.org/en/peacekeeping/missions/unsmis/documents/press_mood_16062012.pdf (E.T. 13.07.2017). Ayrıca bkz. Report of the Independent International Commission of Inquiry on the Syrian Arab Republic, A/HRC/21/50, 15 August 2012, para. 17

19 S/2012/538

20 S/RES/2059 (2012)

21 RESOLUTION 2/4-EX (IS)

22 Secretary-General Announces Appointment of Lakhdar Brahimi as Joint Arab League-United Nations Special Representative for Syria, SG/SM/14471, 17 August 2012 HTTPS://WWW.UN.ORG/PRESS/EN/2012/SGSM14471.DOC.HTM (E.T. 12.07.2017). Suriye sorununda BM'nin arabuluculuk girişimleri için bkz. Raymond Hinnebusch-I. William Zartman, et al., "UN Mediation in the Syrian Crisis: From Kofi Annan to Lakhdar Brahimi", International Peace Institute, New York, 2016

bir toplantı düzenlenmiştir. Dönemin BM Suriye Özel Temsilcisi Kofi Annan'ın girişimiyle organize edilen bu toplantı, Suriye'nin Dostları toplantısına en başından itibaren Çin ve Rusya'nın katılmamasından dolayı, bu devletlerin de katılabileceği meşruiyeti yüksek bir toplantı olarak düşünülmüştür.[23] Sonradan 1. Cenevre süreci olarak adlandırılan bu toplantıda, Annan'ın altı maddelik barış planının desteklenmesi kararı çıkmıştır.[24] 24 Mart 2013 tarihinde Doha'da Arap Birliği zirvesi hazırlık toplantısı için bir araya gelen Arap Birliği'ne üye devletlerin dışişleri bakanları, Suriye'nin Arap Birliği'nde Suriye Muhalif ve Devrimci Güçler Ulusal Koalisyonu tarafından temsil edilmesi kararı almışlardır.[25]

21 Ağustos 2013 tarihinde Suriye'de rejim tarafından gerçekleştirdiği ileri sürülen kimyasal silahlı saldırı sonrasında Soruşturma Komisyonu, 12 Şubat 2014 tarihli Raporunda,[26] 2013 yılı içinde Suriye'nin çeşitli bölgelerinde sarin gazı da dahil olmak üzere Suriye ordusunun stoklarındaki kimyasal silahlarla aynı cins kimyasal silahların kullanıldığı belirtmiştir. Ancak Raporda kimyasal silahların kimin tarafından kullanıldığına dair herhangi bir ifade yer almamıştır. Bu arada BM Genel Sekreteri'nin kararı ile "BM Suriye Arap Cumhuriyeti'nde Kimyasal Silahların Kullanımı İddiaları Araştırma Misyonu" kurulmuştur. Misyon, 16 Eylül 2013 tarihinde, kimyasal silahların kullanıldığını tespit eden Raporunu açıklamıştır.[27] Uluslararası kamuoyunun baskısı üzerine, Suriye, "Kimyasal Silahların Geliştirilmesinin, Üretiminin, Stoklanmasının ve Kullanımının Yasaklanması ve Bunların İmhası ile İlgili Sözleşme"ye taraf olmuş, BM Güvenlik Konseyi de aldığı 2118

---

23 Suriye'deki 2012 yılındaki gelişmeler konusunda bkz. Nebi Miş, "Suriye 2012", Ortadoğu Yıllığı, Ed.: Kemal İnat-Muhittin Ataman, Açılım Kitap, İstanbul, 2013, s. 217 vd.

24 Toplantıda alınan kararlar için bkz. "Action Group for Syria Final Communiqué", June 30, 2012, http://www.un.org/News/dh/infocus/Syria/FinalCommuniqueActionGroupforSyria.pdf (E.T. 15.07.2017)

25 https://www.cnnturk.com/2013/dunya/03/24/arap.birliginde.suriyeyi.muhalifler.temsil.edecek/701427.0/index.html (E.T. 14.07.2017)

26 UN Human Rights Council, Report of the Independent International Commission of Inquiry on the Syrian Arab Republic, 12 February 2014, A/HRC/25/65, para. 127-129

27 "Report on Allegations of the Use of ChemicalWeapons in the Ghouta Area of Damascus on 21 August 2013", A/67/997-S/2013/553. Suriye'de insan hakları ihlalleri ve kimyasal silah kullanımına ilişkin olarak bkz. Yavuz Güçtürk, İnsanlığın Kaybı Suriye'deki İç Savaşın İnsan Hakları Boyutu, SETA Yayınları, Ankara, 2014

(2013) sayılı Kararla,[28] Suriye'nin elindeki kimyasal silahları imha etmesini ve Sözleşme kapsamında kurulan Kimyasal Silahların Yasaklanması Örgütü (OPCW) ile işbirliği içinde olması gerektiğini öngörmüştür. Kararın ihlali durumunda, alınacak tedbirler için BM Şartının VII. Bölümüne atıfta bulunulmaktadır (para. 21). Suriye konusunda ilk defa bir BM Güvenlik Konseyi kararı, Rusya ve Çin tarafından veto edilmemiştir.

22 Ocak ve 31 Ocak 2014 tarihleri arasında BM Suriye Özel Temsilcisi Lahdar İbrahimi öncülüğünde gerçekleştirilen 2. Cenevre görüşmelerinden de bir sonuç elde edilememiştir. BM Güvenlik Konseyi, 22 Şubat 2014 tarihinde Suriye'de kötüleşen durumun düzeltilmesi konusunda taraflara çağrıda bulunan bir Karar[29] almakla birlikte, Suriye'de işlenen suçların Uluslararası Ceza Mahkemesi[30] tarafından soruşturulup yargılanabilmesi amacıyla hazırlanan 22 Mayıs 2014 tarihli bir karar taslağı, Rusya ve Çin tarafından veto edilmiştir.[31] 10 Temmuz 2014 tarihinde, Staffan de Mistura, Ban Ki-moon tarafından BM Suriye Özel Temsilcisi olarak atanmıştır.

2013 yılının Kasım ayında, PYD, kurucu meclisin kurulduğunu ilan etmiştir. Ayrıca 2014 yılı Ocak ayı başında da "Batı Kürdistan Demokratik Özerk Yönetimi Yasama Meclisi" tarafından kabul edilen anayasada Suriye'nin demokratik parlamenter bir sistemle yönetildiği kabul edilirken, "Demokratik Özerk Yönetim, merkezi olmayan sisteme dayalı kurulacak gelecekteki Suriye'nin bir parçasıdır" ifadesi yer almıştır. Anayasada, Suriye'de Kürtlerin yaşadığı kuzeydeki bölgenin Cizre, Kobani ve Afrin olmak üzere 3 kantona ayrıldığı ve bu kantonların Suriye topraklarının bir parçası olduğuna vurgu yapılmıştır. 67 üyeli Meclisin 61 üyesinin katıldığı ve oy birliği ile kabul edilen anayasaya göre, YPG, özerk yönetimin savunma gücü olarak kabul edilmiştir.[32] 2014 yılının Haziran ayında da DAEŞ'in, Irak'ın kuzeyi ve

---

28 S/RES/2118 (2013)

29 S/RES/2139 (2014)

30 Suriye Uluslararası Ceza Mahkemesi Statüsüne taraf değildir.

31 S/2014/348. Bununla birlikte Güvenlik Konseyi, insan hakları ihlallerini, insani yardımı ve terörle mücadeleyi konu alan Suriye ile ilgili çeşitli kararlar alabilmiştir. Bkz. S/RES/2165 (2014), S/RES/2170 (2014), S/RES/2191 (2014), S/RES/2199 (2015), S/RES/2249 (2015). Söz konusu kararlardan belli başlılarına aşağıda değinilecektir.

32 http://www.aljazeera.com.tr/haber/suriyeli-kurtler-ozerklik-ilan-etti (E.T.

Suriye'de ele geçirdiği bölgelerde halifelik ilan etmesi üzerine DAEŞ'le Mücadele Küresel Koalisyonu Güçleri, DAEŞ'e hava operasyonları başlatmıştır.

2015 yılı başında DAEŞ, Suriye'de ele geçirdiği bölgeyi genişletmiş, PYD kantonlarını ilan etmiş, muhalifler de askeri bakımdan güçlerini artırmış, Suriye yönetimi askeri bakımdan zayıflamıştır. Suriye yönetiminin, Rusya'dan resmen yardım istemesi üzerine Rusya, 30 Eylül 2015 tarihinden itibaren Suriye'de rejimi destekleyen hava operasyonlarına başlamıştır. Rusya'nın müdahalesi ile birlikte, Suriye yönetimi, Rus güçleri ve İran'ın desteklediği milisler, muhalif güçlere üstünlük kurmuştur. Diğer taraftan DAEŞ'le Mücadele Küresel Koalisyonu ise hava harekâtları ile DAEŞ'i vurmaya devam etmiştir.

Sonraki süreçte de kimyasal silahların kullanılması söz konusu olmuştur. Nitekim BM Güvenlik Konseyi, 6 Mart 2015 tarihinde herhangi bir tarafa sorumluluk atfetmeksizin, Suriye'de klorin gibi zehirli kimyasalların kullanılmasını kınayan ve yaptırım tehdidinde bulunan bir Karar[33] kabul etmiştir. Daha sonra Güvenlik Konseyi, 7 Ağustos 2015 tarihinde Suriye'de kimyasal silahların kullanımında sorumluluğun belirlenmesi için bir BM-OPCW Ortak Araştırma Mekanizmasının kurulmasını öngören Kararı[34] kabul etmiştir.

13 Kasım 2015 tarihinde Paris'te DAEŞ tarafından terör saldırısı gerçekleştirilmesinden sonra BM Güvenlik Konseyi, 20 Kasım 2015 tarihinde terörist grupların faaliyetlerini engelleme ve bastırma kapasitesine sahip olan üye devletlere *gerekli tüm tedbirleri alma* çağrısında bulunan bir Karar[35] kabul etmiştir. Bu Karar, İngiltere ve Almanya'nın, DAEŞ'le Mücadele Küresel Koalisyon Güçlerine askeri destek vermesinin hukuksal temelini oluşturmuştur.

İlerleyen süreçte Suriye sorununun çözümü için temel referanslardan birisi olan 18 Aralık 2015 tarihli ve 2254 (2015) sayılı BM Güvenlik Konseyi Kararı,[36] Suriye yönetimi ile muhalifler arasında 2016 yılının

31.07.2017)

33 S/RES/2209 (2015)

34 S/RES/2235 (2015). Mekanizmanın görev süresi, daha sonra Güvenlik Konseyinin çeşitli kararları ile uzatılmıştır [(S/RES/2314 (2016), (S/RES/2319 (2016)].

35 S/RES/2249 (2015)

36 S/RES/2254 (2015)

Ocak ayında ateşkesin sağlanmasını ve siyasi geçiş sürecini öngörmüştür. Güvenlik Konseyi, 22 Aralıkta ise sınır ötesi insani yardım yetkisini yenileyen bir Karar[37] kabul etmiştir. Ancak yine de Suriye'de insan hakları ihlalleri durmamıştır. BM İnsan Hakları Konseyi'nin 3 Şubat 2016 tarihli Raporunda,[38] Suriye'de hükümet güçleri tarafından gözaltına alınan ve tutuklanan kişilere işkence edildiği, bu kişilerden hayatlarını kaybedenlerin, kaybolanların bulunduğu ifade edilmiştir. 1 Şubat 2016 tarihinde başlayan 3. Cenevre görüşmeleri, BM Suriye Özel Temsilcisi Staffan de Mistura tarafından 3 Şubat'ta, 25 Şubat 2016 tarihine kadar ertelendiği açıklanmış, ancak ertelenen görüşmeler gerçekleşmemiştir. Suriye sorununun çözümü için Rusya ve ABD arasındaki yoğun diplomatik faaliyetler, 26 Şubat 2016 tarihli BM Güvenlik Konseyi tarafından kabul edilen Karar[39] ile desteklenen ateşkes anlaşması ile sonuçlanmıştır. Bununla birlikte Suriye'de çatışmalar durmamıştır.

24 Ağustos 2016 tarihinde, TSK, Özgür Suriye Ordusu (ÖSO) ile birlikte Fırat Kalkanı Harekâtı'na başlamıştır. 2016 yılının sonlarında Rus hava güçlerinin desteklediği Suriye yönetimi, çok sayıda sivilin öldüğü operasyonlardan sonra Halep'i ele geçirmiştir. Türkiye ve Rusya, sivillerin ve savaşçıların Halep'ten tahliyesi konusunda işbirliği yapmışlar, 21 Aralık 2016 tarihinde Rusya, Türkiye ve İran dışişleri bakanları Moskova'da ortak bir Bildiri imzalamışlardır. Bildiri metninde BM Güvenlik Konseyinin 2254 (2015) sayılı kararı çerçevesinde siyasal sürecin şekillendirilmesi (mad. 6), DAEŞ ve El-Nusraya karşı ortak mücadele (mad. 8) kararları yer almıştır.[40]

19 Aralık 2016 tarihinde BM Güvenlik Konseyi, Halep'in doğusundan sivillerin ve silahlı güçlerin çıkışına gözlemcilik etmek için BM tarafından gözlemci gönderilecek bir Karar[41] kabul etmiştir. Sorunun çözümü konusunda Türkiye'nin de yoğun çabaları olmuştur. Bu bağlamda 31 Aralık 2016 tarihinde, Türkiye ve Rusya'nın Suriye'de ateşkes sağlanmasına yönelik çabalarını destekleyen ve 8 Şubat 2017

37 S/RES/2258 (2015). Güvenlik Konseyi, 21 Aralık 2016 tarihinde bu yetkiyi 10 Şubat 2018 tarihine kadar tekrar yenilemiştir [(S/RES/2332 (2016)].

38 UN Human Rights Council, Out of Sight, Out of Mind: Deaths in Detention in the Syrian Arab Republic, 3 February 2016, A/HRC/31/CRP.1

39 S/RES/2268 (2016)

40 Bildiri metni için bkz. https://tr.sputniknews.com/ortadogu/201612211026428478-rusya-turkiye-iran-suriye-ortak-bildiri/ (E.T. 25.07.2017)

41 S/RES/2328 (2016)

tarihinde BM gözetiminde Cenevre'de taraflar arasında görüşmelerin yeniden başlamasını öngören BM Güvenlik Konseyi Kararı[42] kabul edilmiştir. Ancak sağlanan ateşkes birçok kez ihlal edilmiştir. Suriyeli güçler arasındaki 4. Cenevre görüşmeleri, Güvenlik Konseyinin 2254 (2015) sayılı Kararı temelinde, yönetim, anayasaya ve seçim meseleleri çerçevesinde, 23 Şubat ve 3 Mart 2017 tarihleri arasında gerçekleştirilmiştir. Bu arada Fırat Kalkanı Harekâtının 29 Mart 2017 günü sona erdiği[43] açıklanmıştır.

Cenevre görüşmelerinin dışında Astana'da bir dizi görüşme gerçekleştirilmiştir. 23 Ocak 2017 tarihinde 1. Astana görüşmesi, 16 Şubat 2017 tarihinde 2. Astana görüşmesi, 14 Mart 2017 tarihinde 3. Astana görüşmesi, 3 Mayıs 2017 tarihinde 4. Astana görüşmesi gerçekleştirilmiştir. 4. tur görüşmelerin sonunda "çatışmasızlık bölgelerinin" oluşturulması kararlaştırılmıştır. 4 Temmuz 2017 tarihinde gerçekleştirilen 5. Astana görüşmesinde ise Türkiye, Rusya ve İran heyetleri, çatışmasızlık bölgelerine ilişkin ayrıntıları görüşmek için Ortak Çalışma Grubu oluşturma ve Ağustos ayında yeniden bir araya gelme kararı almışlardır.[44]

Görüldüğü gibi Suriye'de hala devam eden bir çatışma ortamı mevcuttur. Bugüne kadar devam eden süreçte birçok sivil hayatını kaybetmiş, birçok insan hakları ihlalleri gerçekleşmiş, çok ciddi boyutlarda mülteci sorunu ortaya çıkmıştır. Suriye Politika Araştırma Merkezi verilerine göre, çatışmalarda ölen insanların sayısı 2016 Şubatı itibariyle 470.000'e ulaşmıştır. Silahlı çatışmaların yayılması ve yoğunlaşması vahim bir insani krizle sonuçlanmıştır. BM İnsani İşler Koordinasyon Ofisi verilerine göre Suriye içinde 6,1 milyon insan yerinden olmuş, Suriye dışında ise 4,8 milyon insan sığınma talebinde bulunmuştur. 2016 yılı ortalarında tahminen 1 milyon kişi, kuşatma altındaki bölgelerde yaşamaktaydı ve temel hayat kurtarıcı yardımlardan ve insani destekten mahrum bırakılmıştır.[45]

---

42 S/RES/2336 (2016)

43 Milli Güvenlik Kurulunun 29 Mart 2017 tarihli toplantısından sonra yapılan açıklamada Fırat Kalkanı Harekâtının başarıyla sonuçlandırıldığı bildirilmiştir (para. 3). http://www.mgk.gov.tr/index.php/29-mart-2017-tarihli-toplant (E.T. 28.05.2017)

44 http://www.cnnturk.com/dunya/son-dakika-turkiye-rusya-ve-irandan-ortak-karar (E.T. 13.06.2017)

45 HRW Suriye Ülke Özeti, Ocak 2017. Erişim için bkz. https://www.hrw.org/tr/

2- Silahlı Çatışma Hukuku Bağlamında Suriye'deki Hukuksal Durum

Bugün Suriye'deki durum, silahlı çatışma hukukuna göre "uluslararası nitelikte olmayan silahlı çatışma"[46] olarak değerlendirilmektedir. 2011'de başlayan olaylar, 2012 yılının ortasından itibaren uluslararası nitelikte olmayan silahlı çatışmaya dönüşmüştür.

Uluslararası nitelikte olmayan silahlı çatışmalara ilişkin tanım, üstü kapalı olarak, 8 Haziran 1977 tarihli Uluslararası Olmayan Silahlı Çatışma Mağdurlarının Korunmasına İlişkin 12 Ağustos 1949 Cenevre Sözleşmelerine Ek Protokolde (Protokol II)[47] yer almaktadır. Protokole göre, "12 Ağustos 1949 Cenevre Sözleşmelerinin ortak 3. maddesini, mevcut uygulama koşullarını değiştirmeden, geliştiren ve tamamlayan işbu Protokol 12 Ağustos 1949 Cenevre Sözleşmelerine Ek Uluslararası Silahlı Çatışma Mağdurlarının Korunmasına İlişkin Protokolün (1. Protokol) 1. maddesince kapsanmayan ve *bir Yüksek Akit tarafın ülkesinde kendi silahlı kuvvetleriyle muhalif silahlı kuvvetler veya sorumlu komuta altında olan, devamlılık arz eden ve planlı askeri operasyonlar yapmalarına ve bu Protokolü uygulamalarına imkân verecek şekilde bu Yüksek Akit tarafın ülkesinin ait bir kısmı üzerinde kontrolü elinde bulunduran diğer örgütlü silahlı gruplar arasında cereyan eden tüm silahlı çatışmalarda uygulanır."*[48]

Cenevre Sözleşmelerinin uygulanması konusunda belirli yetkileri olan Uluslararası Kızılhaç Komitesi görüşleri esas alınacak olursa,

---

world-report/2017/country-chapters/298673 (E.T. 26.07.2017). Ayrıca Suriye Arap Cumhuriyeti Bağımsız Uluslararası Soruşturma Komisyonunun tüm raporları için bkz. http://www.ohchr.org/EN/HRBodies/HRC/IICISyria/Pages/Documentation.aspx (E.T. 26.07.2017)

46 Uluslararası nitelikte olmayan silahlı çatışmalar konusunda bkz. Fatma Taşdemir, Uluslararası Nitelikte Olmayan Silahlı Çatışmalar Hukuku, Adalet Yayınevi, Ankara, 2009

47 Protocol Additional to the Geneva Conventions of 12 August 1949, and relating to the Protection of Victims of Non-International Armed Conflicts (Protocol II) 8 June 1977. Türkçe çevirisi için bkz. 12 Ağustos 1949 tarihli Cenevre Sözleşmeleri ve Ek Protokolleri, Yayına Hazırlayanlar: Melike Batur Yamaner-A. Emre Öktem-Bleda Kurtdarcan-Mehmet C. Uzun, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, İstanbul, 2008, s. 265 vd.

48 Protokole göre, Protokol, silahlı çatışma olarak kabul edilmeyen, ayaklanma, münferit ve düzensiz şiddet eylemleri ve benzer nitelikteki diğer eylemler gibi iç gerginlik karışıklık durumlarında uygulanmaz (mad. 1/2). Bununla birlikte öğreti, uluslararası nitelikte olmayan silahlı çatışma kavramının kapsamının, bu Protokolden daha geniş olduğu görüşündedir. Hüseyin Pazarcı, Uluslararası Hukuk Dersleri 4. Kitap, 2. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2006, s. 148

Komiteye göre, uluslararası nitelikte olmayan iç silahlı çatışmada, hükümet dışı silahlı gruplar, kendileri arasında ya da hükümet güçlerine karşı, münferit ve tecrit edilmiş şiddet eylemleri seviyesini aşan bir yoğunlukta, sürdürülebilir ve planlı harekât icra etmelerine olanak sağlayacak kolektif bir örgütlenme seviyesinde çarpışırlar. Ayrıca silahlı gruplar ülke üzerinde belirli bir asgarî denetim de uygulayabilirler.[49] Görüldüğü gibi Komite, bir silahlı çatışmanın, uluslararası nitelikte olmayan iç silahlı çatışma kabul edilebilmesi için çatışmanın belirli bir yoğunluğu aşmış olması ve örgütlenme seviyesine ulaşmış olması şartlarını aramaktadır. Ülke üzerindeki denetim ise olmazsa olmaz bir şart olarak aranmamaktadır. Konu uluslararası yargı tarafından da değerlendirilmiştir. Eski Yugoslavya Uluslararası Ceza Mahkemesi de, Tadić Kararı'nda, bir silahlı çatışmanın varlığı için yoğunluk ve örgütlenme unsurlarından bahsetmiştir.[50]

Tadić Kararı ve Uluslararası Kızılhaç Komitesi görüşleri birlikte değerlendirildiğinde, uluslararası nitelikte olmayan iç silahlı çatışmanın varlığı için, çatışmanın *asgarî bir yoğunluk seviyesi*ne ulaşmış olması ve çatışmaya müdahil olan tarafların *asgarî bir örgütlenme seviyesi*ne ulaşmış olmaları gerekmektedir. Suriye'deki durum, insan hakları raporlarına da yansıdığı üzere, ağır silahların kullanılması, binlerce insanın ölmesi ve süreklilik arz etmesiyle birlikte belirli bir yoğunluğa ulaştığı, DAEŞ, El-Nusra Cephesi, ÖSO gibi örgütlenmiş silahlı muhaliflerin yer aldığı bir iç silahlı çatışmaya dönüşmüş durumdadır. Nitekim Uluslararası Kızılhaç Komitesi, 2012 yılının Temmuz ayında Suriye'deki durumu, Humus, İdlib ve Hama'yı da içeren fakat bu bölgelerle sınırlı olmayan ülkenin çeşitli bölümlerinde devam eden bir "uluslararası nitelikte olmayan (iç) silahlı çatışma" olarak nitelendirmiştir.[51] Suriye Arap Cumhuriyeti Bağımsız Uluslararası Soruşturma Komisyonu da, 16 Ağustos 2012 tarihli Raporda, Suriye'deki çatışma-

---

49 International Committee of the Red Cross, Violence and The Use of Force, Geneva, 2011, s. 26

50 ICTY, The Prosecutor v. Dusko Tadić, Decision on Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction, Case No. IT-94-1-A, 2 October 1995, para. 70. Ayrıca bkz. ICTY, Prosecutor v. Tadić, Opinion and Judgment, Case No IT-94-1-T, Trial Chamber, 7 May 1997, para. 562

51 https://www.icrc.org/eng/resources/documents/update/2012/syria-update-2012-07-17.htm (E.T. 24.06.2017). Aynı saptama Uluslararası Kızılhaç Komitesinin 2012 Yıllık Raporunda da yer almıştır. ICRC, Annual Report 2012, Volume I, Geneva, 2013, s. 443-444

ların bir uluslararası olmayan silahlı çatışma hukuksal eşiğine ulaştığını belirlemiştir.[52] Ayrıca Raporda, Suriye'de hükümet güçlerinin, hükümet yanlısı grupların, hükümet karşıtı grupların uluslararası insan hakları ve insancıl hukuk kurallarını ihlal ettikleri, insancıl hukuk kurallarının hem Suriye hükümetini, hem de hükümet karşıtı grupları bağladığı ifade edilmiştir. BM Güvenlik Konseyi de, Suriye ilgili çeşitli kararlarında, tarafların insancıl hukuk kurallarına uyulması gerektiğine atıf yaparak silahlı çatışmanın varlığını kabul etmiş gözükmektedir.[53] 17 Aralık 2014 tarihli 2191 sayılı Kararında[54] ise "iç çatışma (domestic conflict)" ifadesini kullanmıştır.

Suriye'deki durumun uluslararası nitelikte olmayan iç silahlı çatışma olmasının en temel hukuksal sonucu, bu çatışmalarda insancıl hukuk kurallarının uygulanmasının gerekmesi[55] ve tarafların silahlı çatışma hukuku kurallarına uymayan eylemlerinden dolayı savaş suçları dolayısıyla cezalandırılabilme olasılıklarıdır. Zira Suriye'deki silahlı çatışmalar, çok ağır sonuçlar doğurmuştur. Birçok insan hayatını kaybetmiş, birçok Suriye vatandaşı ülke içinde ve dışında yer değiştirmek zorunda kalmış, kimyasal silahlar kullanılmış, çok ağır insan hakları ihlalleri gerçekleşmiştir. BM Güvenlik Konseyi, özellikle Rusya'nın vetosu nedeniyle Suriye'ye müdahale yönünde bir karar alamamıştır.

Bununla birlikte son gelişmelerden sonra, Uluslararası Kızılhaç Komitesi, Suriye'deki durumu "uluslararası silahlı çatışma" olarak nitelendirme eğilimindedir. 2017 yılının Nisan ayında Uluslararası Kızılhaç Komitesi Sözcüsü Iolanda Jaquemet, yaptığı açıklamada, Suriye yönetiminin sivillere yönelik kimyasal silah kullandığı iddiaları üzerine, Suriye'nin ABD füzeleri ile vurulmasından sonra, Suriye'deki durumun "uluslararası silahlı çatışmaya ulaştığını" ifade etmiştir.[56]

---

52 UN Human Rights Council, Report of the Independent International Commission of Inquiry on the Syrian Arab Republic, 16 August 2012, A/HRC/21/50, Annex II, para. 3

53 Bkz. S/RES/2139 (2014), S/RES/2165 (2014). Ayrıca 2 Ekim 2013 tarihli BM Güvenlik Konseyi Başkanlık Bildirisi için bkz. S/PRST/2013/15

54 S/RES/2191 (2014)

55 Cenevre Sözleşmelerinin ortak 3. maddesi, 1977 tarihli II nolu Ek Protokol, uluslararası teamül kuralları.

56 http://www.reuters.com/article/us-afghanistan-blast-idUSKBN1AG0OM (E.T. 31.07.2017)

Unutulmamalıdır ki, ister uluslararası olmayan silahlı çatışma, isterse uluslararası silahlı çatışma durumu olsun, çatışan taraflar uluslararası insancıl hukuk kurallarına uymakla yükümlüdürler.[57]

3- DAEŞ, PYD/YPG ve Bu Örgütlerin Eylemlerinin Niteliği

Fırat Kalkanı Harekâtının iç hukuk ve uluslararası hukuk açısından değerlendirilebilmesi için, öncelikle Harekâtın gerekçelerinden olan başta DAEŞ olmak üzere, PYD/YPG'nin ve bu örgütlerin eylemlerinin nitelendirilmesi gerekmektedir.

a) DAEŞ

Örgüt, ağırlıklı olarak Irak ve Suriye'de etkinlik gösteren, bu bölgede hilafet devleti kurmak amacıyla güvenlik güçlerine ve sivillere karşı eylemler yapan yasa dışı, silahlı ve ele geçirdiği topraklardaki meşruluğu hiçbir devlet tarafından tanınmayan selefi cihatçı bir örgüttür.[58] Bu örgütün ismi de, gelişim sürecine bağlı olarak değişmiştir.[59] Bu süreç ilk olarak, Ebu Musab El-Zerkavi'nin 2000 yılında Afganistan'da kurduğu "Tevhid ve Cihad Örgütü" ile başlamıştır. ABD'nin Afganistan'ı işgali sonrası, örgüt, ilk olarak İran'a sonra da Irak'a geçiş yapmış ve ABD'nin Irak'ı da işgal etmesiyle birlikte, Koalisyon Güçlerine yönelik mücadelesini artırmış ve büyüyerek 2004 yılında "Irak El-Kaidesi" adını almıştır. Zerkavi'nin 2006 yılında öldürülmesinden sonra, örgütün başına Ebu Eyub El-Mısri geçmiş ve örgüt, adını "Irak İslam Devleti (IİD)" olarak değiştirmiştir. Suriye'deki iç savaş yüzünden merkezi otoritenin zayıflamasından yararlanan örgüt, varlığını Suriye'ye de taşımış ve 2013 yılında "Irak Şam İslam Devleti (IŞİD) *[(*Islamic State of Iraq and the Levant *(ISIL)]"*[60] adını almıştır.[61] 2014 yılında hilafet ilan

---

57 Suriye'deki durumun "uluslararasılaşmış silahlı çatışma" olarak nitelendirildiği de görüşler de bulunmaktadır. Bkz. İslam Safa Kaya-Süleyman Zahit Kara, "Uluslararasılaşmış Silahlı Çatışmalarda İşlenen Savaş Suçları: Suriye Örneği", *Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 10, Sayı 131, Temmuz 2015, Sayfa: 35-51

58 https://tr.wikipedia.org/wiki/Irak_ve_%C5%9Eam_%C4%B0slam_Devleti (E.T. 12.06.2017)

59 Biz makalemizde "DAEŞ" kısaltmasını kullanacağız. Alıntılarda ise alıntıda yer alan kısaltmayı orijinaline sadık kalarak aynen kullanacağız.

60 Arapça: Al Devlet-Al-Islamiya Fil Irak Wel Şam (DAEŞ)

61 Terörün Geldiği Yeni Boyut: IŞİD Örneği, BİLGESAM Rapor No: 67, İstanbul, 2015, s. 16 ("BİLGESAM Rapor No: 67" olarak kısaltılacaktır). Konu hakkında geniş bilgi için bkz. Recep Tayyip Gürler-Ömer Behram Özdemir, "El Kaide'den

etmesinin ardından, kendisini "İslam Devleti" *[(Islamic State (IS)]*[62] olarak tanımlamaya başlamıştır.[63]

Örgüt, ele geçirdiği bölgelerde idari düzenlemeler yapmış, sözde İslam hukuku hükümlerini uygulamış ve vergi toplamıştır. Diğer bir ifadeyle bu bölgelerde egemenlik kurmaya çalışmış ve halifelik ilan ederek devlet kurmayı amaçlamıştır.[64] Bununla birlikte örgüt, hiçbir devlet tarafından tanınmamış, aksine BM Güvenlik Konseyi tarafından terör örgütü olarak kabul edilmiştir. BM Güvenlik Konseyi, 15 Ağustos 2014 tarih ve 2170 (2014) sayılı Kararda[65] DAEŞ'in terör eylemleri, şiddet içeren aşırı ideolojisi ve devam eden yoğun, sistematik ve yaygın insan hakları istismarı ve uluslararası insancıl hukuk ihlâlleri kınanmıştır (para. 1). Böylece söz konusu Karar ile DAEŞ, açıkça terör örgütü olarak kabul edilmiştir. Daha önceki BM Güvenlik Konseyi'nin terör ile ilgili kararları, daha çok El-Kaide ile ilgili olarak alınmaktaydı. Güvenlik Konseyi'nin 2170 sayılı Kararında, DAEŞ ayrı bir terör örgütü olarak açıkça zikredilmiş ve sonraki birçok kararında da bu durum tekrarlanmıştır.[66]

Türkiye iç hukukunda da DAEŞ'i terör örgütü olarak kabul etmiştir. Yargıtay'ın Kararına[67] göre, "*Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyi El Kaide Yaptırımlar Komitesi tarafından 15.04.2014 tarihinde yayınlanan El Kaide Yaptırımlar Listesi incelendiğinde; "El Kaide ile bağlantılı gruplar" başlığı altında, listeye 18.10.2004 tarihinde "Qaida in Iraq (Irak El Kaidesi)" olarak eklendiği, son olarak 30.05.2013 tarihinde değişiklik yapıldığı örgütün*

Post-Kaide'ye Dönüşüm IŞİD", *Türkiye Ortadoğu Çalışmaları Dergisi,* Cilt 1, Sayı 1, Mayıs 2014, s. 113 vd.

62 Arapça: Ed-Devlet'ül *İslâmiyye*

63 Cumhurbaşkanı Erdoğan tarafından "DEAŞ" kısaltması önerilmiştir. Erdoğan gerekçesini şu şekilde açıklamıştır: "Türkiye'nin asla DEAŞ (IŞİD) gibi bir terör örgütüne destek vermek gibi bir yanlışı olmamıştır. Bazıları DEAŞ'ı İslami örgüt gösterme gayretine giriyor. Kusura bakmasınlar İslam, anlamı barış olan kelimeden türemiştir. Anlamı barış olan bir din asla teröre müsaade etmez. Ve DEAŞ bir terör örgütüdür. Dikkat edin IŞİD ismini de kullanmıyorum DEAŞ diyorum." http://www.star.com.tr/guncel/daesh-deas-kelimesinin-anlami-ve-isid-ile-baglantisi-nedir-haber-959798/ (E.T. 10.07.2017)

64 DAEŞ'in devlet niteliğine sahip olup olmadığı tartışmalar için bkz. Yuval Shany-Amichai Cohen-Tal Mimran, "ISIS: Is the Islamic State Really a State?", https://en.idi.org.il/articles/5219 (E.T. 11.06.2017)

65 S/RES/2170 (2014)

66 Örneğin S/RES/2178 (2014), S/RES/2199 (2015)

67 Yargıtay 16. Ceza Dairesi, Esas No: 2015/3515, Karar No: 2015/2323

diğer adı kısmında "u) Islamic State in Iraq and the Levant (Irak ve Şam İslam Devleti)" ibaresinin bulunduğu, "El Kaide ile bağlantılı şahıslar" başlığı altında, ..." ismi ile kayıtlı şahsın bir diğer adının "..." olduğu, "Irak El Kaidesinin" sorumlusu olarak tanımlandığı ve listeye 05.10.2011 tarihinde dâhil edildiği anlaşılmıştır.

Bu sebeplerle, Irak ve Şam İslam Devleti (IŞİD) isimli terör örgütü, Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyinin (BMGK), 1267 (1999), 1988 (2011) ve 1989 (2011) sayılı kararlarıyla listelenen kişi, kuruluş ve organizasyonların tasarrufunda bulunan malvarlıklarının dondurulmasına ilişkin kararına istinaden, 30.09.2013 tarih ve 2013/5428 sayılı Bakanlar Kurulu Kararının ekindeki listede "Islamic State in Iraq and the Levant (Irak ve Şam İslam Devleti)" adı altında belirtilmiş ve 10.10.2013 tarihli 28791 sayılı Resmi Gazete'de yayınlanmıştır."

DAEŞ, farklı yöntemlerle Türkiye'yi hedef alan saldırılar gerçekleştirmektedir. Bu saldırıların ilk türü, hedefinde siviller bulunduğu bombalı saldırı ve canlı bomba saldırılarıdır. Bu saldırılar sonucu, 200'den fazla kişi hayatını kaybetmiş, bine yakın kişi yaralanmıştır. DAEŞ saldırılarının ikinci türünü ise, sınırın Suriye tarafından Türkiye'ye yapılan saldırılar oluşturmaktadır. Bu saldırılarda genellikle güvenlik güçleri ve sınır karakolları hedef alınmıştır. Bununla birlikte genellikle Kilis'in hedef alındığı sivil alanlara yönelik füze saldırıları da gerçekleşmiştir. DAEŞ'in Türkiye'ye yönelik saldırılarının üçüncü türü ise, Türkiye'de yaşayan Suriyeli muhaliflere yönelik suikastlar ve adam kaçırma eylemleri olmuştur. DAEŞ, Suriye'de olduğu gibi, Türkiye'ye karşı Irak'ta da Musul kenti ve çevresinde saldırılar gerçekleştirmiştir.[68] DAEŞ, Türkiye'nin Batı dünyası içinde yer alması, NATO üyesi olması, ABD ile stratejik ilişkileri nedeniyle, Türkiye'yi Dar-ül Harp olarak kabul etmekte ve bu yüzden hedef ülke olarak belirlemektedir.[69]

Görüldüğü gibi, Türkiye'nin meşru müdafaa hakkını kullanmasını gerektirecek terör örgütü DAEŞ tarafından gerçekleştirilen çok sa-

---

68 Sınıflandırma ve saldırılar için bkz. Murat Yeşiltaş-Ömer Behram Özdemir-Rıfat Öncel-Sibel Düz-Bilgehan Öztürk, Sınırdaki Düşman Türkiye'nin DAİŞ İle Mücadelesi, SETA Yayınları, İstanbul, 2016, s. 34-41 ("Yeşiltaş ve diğerleri" olarak kısaltılacaktır).

69 BİLGESAM Rapor No: 67, s. 39

yıda eylem söz konusudur. Zira DAEŞ saldırılarına bakıldığında, bu saldırıların silahlı saldırı boyutuna ulaştığı rahatlıkla ifade edilebilir. Eylemlerin 2014 yılından itibaren başladığı ve halen devam ettiği göz önünde bulundurulursa belirli bir sürekliliğe ve yoğunluğa sahip olduğu görülür. Eylemlerin toplamı bir bütün olarak değerlendirildiğinde, açıkça silahlı saldırı boyutuna ulaşmıştır. Önemli ölçüde can kaybı ve yaralanma gerçekleşmiş, Türkiye füzelerle hedef alınmış, devlet görevlilerine ve güvenlik güçlerine saldırılar gerçekleşmiş, Musul'daki Türk Konsolosluk personelinin rehin alınması gibi Türkiye'nin egemenliğine yönelik saldırılar yapılmıştır. Türkiye sınırları içinde Suriyeli muhaliflere yönelik suikastlar ve adam kaçırma eylemleri ile Türkiye'nin egemenlik alanında eylem yapılmıştır. Hangi amaçla olursan olsun Türkiye'nin egemenlik alanında eylem yapılması kabul edilemez.

b) PYD/YPG

Demokratik Birlik Partisi (Partiya Yekîtiya Demokrat-PYD), 2003 yılında PKK'nın Suriye kolu olarak kurulmuştur. 2011 sonrası dönemde Suriye'nin kuzeyinde faaliyet gösteren en önemli aktörlerden birisi haline gelen örgüt, 2003 yılında kurulmuş olsa da, geçmişi, PKK'nın Suriye'de faaliyetlerine başladığı 1980'lerin ilk yıllarına kadar uzanmaktadır.[70] *Halk Koruma Birlikleri (Yekîneyên Parastina Gel-YPG)* ise PYD'nin silahlı kanadını oluşturmaktadır. PKK ve PYD'nin birbirinden bağımsız örgütler olduğu ileri sürülmektedir. Bununla birlikte iki PYD'yi PKK'dan ayrı düşünmek mümkün değildir. İki yapılanma arasında doğrudan organik, ideolojik ve işlevsel bir bağ ve aralarındaki bağı gösteren çeşitli veriler bulunmaktadır. Türk Hükümeti de aynı görüştedir.[71]

---

70 Can Acun-Bünyamin Keskin, PKK'nın Kuzey Suriye Örgütlenmesi PYD-YPG, SETA Raporu, SETA Yayınları, 2. Baskı, 2017, s. 11

71 Dışişleri Bakanı Çavuşoğlu'nun 9 Aralık 2016 tarihinde TBMM Genel Kurulunda yaptığı, Hükümetin dış politika hedeflerine, uygulamalarına ve güncel konulara ilişkin değerlendirmelerini içeren takdimi tamamlayıcı nitelikteki kitapçıkta, "PKK ile PYD'nin aynı oluşum oldukları gerçeğinin altının çizilmesi de üzerinde ağırlıkla durulan bir konudur. PYD/YPG'nin PKK'nın organik yapısı olduğu, bu anlamda arz ettiği güvenlik tehdidi açısından PKK'dan farksız olduğu ve kontrol ettiği bölgelerde yaşayan Kürtler de dâhil olmak üzere, yerel halka uyguladığı baskı ve zulüm, her vesileyle yapılan temaslarda vurgulanmaktadır." ifadeleri yer almaktadır. 2017 Yılına Girerken Dış Politikamız, Dışişleri Bakanlığı'nın 2017 Mali

Bu verilerden birisi, terör örgütü lideri Abdullah Öcalan'ın, 16 Şubat 2002 tarihinde avukatları aracılığı ile PKK yönetimine bu yapılanmanın kurulması talimatını vermesidir. Bu talimatın ardından, PKK'nın 04-10 Nisan 2002 tarihleri arasında gerçekleşen sekizinci kongresinde, İran,[72] Irak ve Suriye gibi ülkelerde yeni örgütler kurulması hedeflenmiştir.[73]

PKK-PYD bağlantısını ortaya koyan en önemli verilerden birisi de, PYD Tüzüğüdür.[74] "Partinin Esasları" başlıklı 2. maddeye göre PYD, terör örgütü lideri "Öcalan'ı kendi lideri ve Kürt halkının kongresi olan Kongra-Geli Kürdistan halkı için en yüksek yasama organı olarak kabul etmektedir." Parti üyesi olabilmek için terör örgütü lideri Öcalan'ın metodunu benimsemek gerekmektedir (mad. 3/a). Parti üyesinin görevleri arasında, terör örgütü lideri "Öcalan'ın ve Kürt halkının değerleriyle gurur duymak, onlara bağlı olmak ve lideri esaretten özgürleştirmek için mücadele etmek" de sayılmaktadır (mad. 3/c). Görüldüğü gibi, PYD Tüzüğü, PKK ile PYD arasındaki organik bağı açıkça ortaya koymaktadır.

Bu organik bağ dışında, fiiliyatta da PKK ve PYD arasındaki bağı teyit eden birçok veri mevcuttur. Örneğin PKK'dan PYD'ye 8000-8500 civarında örgüt üyesinin katıldığı değerlendirilmektedir.[75] PKK ile PYD/YPG arasında sadece eleman akışının yanında silah, teçhizat, patlayıcı, istihbarat ve taktik paylaşımının da olduğu ifade edilmektedir.[76]

Yılı Bütçe Tasarısının TBMM Genel Kurulu'na Sunulması Vesilesiyle Hazırlanan Kitapçık, s. 156 http://www.mfa.gov.tr/site_media/html/2017-yili-basinda-dispolitikamiz.pdf (E.T. 28.05.2017)

72 Nitekim 2004 yılında İran'da da PKK'nın İran yapılanması olan PJAK (Partiya Jiyana Azad a Kurdistanê-Kürdistan Özgür Yaşam Partisi) kurulmuştur.

73 Acun-Keskin, s. 11. PYD hakkında ayrıca bkz. Erdem Kaya-Bekir Ünal, "Suriye'nin Kuzeyindeki PYD Yapılanması ve Türkiye", *Orta Doğu'da Değişim ve Türkiye,* Ed.: Atilla Sandıklı- Erdem Kaya, BİLGESAM Yayınları, İstanbul, 2014, s. 277 vd. Serhat Erkmen, Suriye'de Kürt Hareketleri, ORSAM Rapor No: 127, Ankara, 2012

74 Tüzüğün Türkçe metni için bkz. Acun-Keskin, s. 62 vd.

75 "8.500 from Turkey joined YPG", World Bulletin, 25 June 2015, http://www.dunyabulteni.net/haber/333531/ypgye-turkiyeden-8-bin-500-kisi-katilmis (E.T. 27.05.2017). Oktay Bingöl, Suriye'de Kürt Hareketi: PYD/YPG'nin PKK ve Bölgesel Kürt Dinamiği İle İlişkisi ve Türkiye'ye Etkileri, Rapor-014, 13.06.2016, Merkez Strateji Enstitüsü, s. 10 https://www.academia.edu/26431683/Rapor_014_Suriyede_K%C3%BCrt_Hareketi_PYD_YPGnin_PKK_ve_B%C3%B6lgesel_K%C3%BCrt_Dinami%C4%9Fi_%C4%B0le_%C4%B0li%C5%9Fkisi_ve_T%C3%BCrkiyeye_Etkileri (E.T. 22.05.2017)

76 Tolga Şardan, "YPG, PKK'nın Suriye hareketidir", *Milliyet,* 13 Şubat 2016, http://

PYD, 2015 yılı ikinci yarısına kadar Türkiye tarafından terör örgütü olarak tanımlanmamıştır.[77] Türkiye, 2015 sonu ve 2016 başlarında PYD'nin terörist bir örgüt ve PKK'nın Suriye kolu olduğunu uluslararası topluma anlatmayı amaçlamıştır. Ne yazık ki bu çabalar, uluslararası toplumda karşılık bulmamaktadır. 14-15 Nisan 2016 tarihlerinde İstanbul'da gerçekleşen İslam İşbirliği Teşkilâtı Zirve Toplantısında, PKK-PYD/YPG'nin terörist örgütler arasında zikredilmesi[78] dışında, diğer uluslararası kuruluşlar, Türkiye'nin isteğini dikkate almamaktadır.[79]

Tüm bu bilgiler esasında PKK-PYD ilişkisini gün yüzüne çıkarmak için yeterli sayılmaktadır. Ancak PKK/KCK, Suriye'deki kolu olan PYD üzerindeki mutlak kontrolünü farklı isimlerle de devam ettirmiştir. Yapılan araştırmalara göre birçok PKK/KCK üyesi isimler, özellikle Suriye krizinin başlamasının ardından ya PYD saflarına kaydırılmış veya KCK tarafından PYD'nin silahlı faaliyetlerini yürütmeleri için görevlendirilmiştir.[80] Ayrıca PYD, Suriye'nin kuzeyinde ve Türkiye sınırına yakın bölgelerde "etkin denetim" tesis etmiştir. Dolayısıyla PKK'ya Kuzey Irak benzeri yeni bir alanın açılmış olması Türkiye açısından önemli bir güvenlik sorunu doğurmaktadır.[81]

Bunun dışında Türk hukukunda da PKK ve PYD/YPG ilişkisini ortaya koyan mahkeme kararları bulunmaktadır. Mardin 2. Ağır Ceza Mahkemesi'nin 2014 yılı Ekim ayında Suriye doğumlu YPG'li bir kişiye, "PKK/KCK ile bağlantılı silahlı terör örgütüne üye olmak" suçundan verdiği ceza Yargıtay 16. Ceza Dairesi tarafından onanmıştır. Böylece Mahkemenin verdiği kararı ile YPG ilk kez "silahlı terör örgütü" olarak tanımlanmış, verilen ceza da YPG'ye üyelikten verilen ilk ceza olmuştur.[82]

---

www.milliyet.com.tr/ypg-pkk-nin-suriye-hareketidir-gundem-2194026 (E.T. 28.05.2017)

77 Bingöl, s. 17

78 OIC/SUM-13/2016/Declaration, "13th Session of the Islamic Summit Conference Istanbul Declaration On Unity and Solidarity for Justice and Peace"

79 Bingöl, s. 18

80 Acun-Keskin, s. 17

81 Ercüment Tezcan-Fatma Taşdemir, Silahlı Çatışmalar Hukuku ve İnsan Hakları Hukuku Açısından Suriye İç Savaşının Analizi, Ankara Strateji Enstitüsü, Ankara, 2013, s. 40

82 Mahkemenin gerekçeli kararına göre: "Örgüte yakın kaynaklarca Rojava olarak tabir edilen ve bahsi geçen devlet kurma planına ilişkin coğrafyanın batısında kalan Suriye ülkesindeki topraklardan da "Batı Kürdistan" olarak bahsedildiği

PYD/YPG, PKK terör örgütünden ayrı bir örgüt olarak kabul edilse bile, sürekli olarak Türkiye'yi hedef olan saldırılar gerçekleştirmektedir.[83] Bu saldırılar, meşru müdafaa hakkını doğuracak yoğunluk ve sürekliliktedir. Bunun dışında 2013 yılının Kasım ayında, PYD, kurucu meclisin kurulduğunu ilan etmiştir. Ayrıca 2014 yılı Ocak ayı başında da "Batı Kürdistan Demokratik Özerk Yönetimi Yasama Meclisi" tarafından kabul edilen anayasada Suriye'nin demokratik parlamenter bir sistemle yönetildiği kabul edilirken, "Demokratik Özerk Yönetim, merkezi olmayan sisteme dayalı kurulacak gelecekteki Suriye'nin bir parçasıdır" ifadesi yer almıştır. Anayasada, Suriye'de Kürtlerin yaşadığı kuzeydeki bölgenin Cizre, Kobani ve Afrin olmak üzere 3 kantona ayrıldığı ve bu kantonların Suriye topraklarının bir parçası olduğuna vurgu yapılmıştır. 67 üyeli Meclisin 61 üyesinin katıldığı ve oy birliği ile kabul edilen anayasaya göre, YPG, özerk yönetimin savunma gücü olarak kabul edilmiştir.[84] Ayrıca PYD, 2017 yılının Mart ayında da Menbiç'te özerklik ilan etmiştir.[85] PYD/YPG'nin Suriye içinde özerklik ilan etmesi ya da ayrı devlet kurmaya çalışması, bir devletin içişleri olarak nitelendirilebilir gibi görünse de durum, içişleri ile sınırlandırılamayacak kadar karmaşıktır. Zira PYD/YPG'nin özerklik ilan etmesi, sadece Suriye devleti ile sınırlı kalmayacaktır. PKK, son kertede İran, Irak, Suriye ve Türkiye'yi de etkileyecek bir devlet kurma amacındadır. Dolayısıyla PYD/YPG, doğrudan Türkiye'nin toprak bütünlüğüne aykırı olarak faaliyet gösteren ayrılıkçı bir terör örgütüdür. Türkiye'nin

---

bilindiğinden, bölücü terör örgütünün PKK/KCK adı altında ülkemizde yürüttüğü kanlı faaliyetlerini Suriye ülkesi topraklarında da YPG olarak yürüttüğü anlaşılmaktadır. Örgüt mensuplarının ülkemiz topraklarında PKK/KCK mensubu olarak faaliyet yürütürken, aynı kişilerin sınırın diğer tarafında Suriye topraklarında aynı amaç uğruna yürüttüğü faaliyetler YPG adı altında görülmektedir. Tüm bu hususlar dâhilinde YPG ve YPJ adlı yapılanmaların bölücü terör örgütü PKK/KCK ile birbirine fikri ve organik bağlarla örülü bulundukları, aynı yapının ve ideolojinin ürünü durumunda oldukları anlaşılmaktadır. Buna göre Suriye'de faaliyet gösteren PYD, YPG, YPJ gibi örgütlerin PKK'nın Suriye ülkesinde faaliyet gösteren türdeşleri oldukları, KCK başlığı altında 4 ülkede faaliyet gösteren 4 alt örgütlenmeden biri olduğu, bu örgütlerin aynı amaca hizmet ettikleri, faaliyet amaçlarının ve yöntemlerinin bire bir ve aynı olduğu anlaşılmaktadır." http://www.haberturk.com/gundem/haber/1200271-ypg-teror-orgutu-olarak-tanimland (E.T. 16.06.2017)

83 Türkiye ve PYD/YPG arasında çatışmalar ve YPG'nin Türkiye'ye yönelik saldırıları için bkz. https://tr.wikipedia.org/wiki/T%C3%BCrkiye-YPG_%C3%A7at%C4%B1%C5%9Fmalar%C4%B1 (E.T. 03.06.2016)

84 http://www.aljazeera.com.tr/haber/suriyeli-kurtler-ozerklik-ilan-etti (E.T. 30.07.2017)

85 http://www.bbc.com/turkce/haberler-dunya-39254648 (E.T. 30.07.2017)

meşru müdafaa hakkı doğmuştur. Bu önleyici meşru müdafaa hakkı değildir. Bu durum Türkiye'nin Irak'a yaptığı askeri operasyonların hukuksal gerekçeleri ile benzerlik göstermektedir.[86]

4- Fırat Kalkanı Harekâtı

a) Harekâtın Amaçları

Yetkililer tarafından Harekâtın amacı konusunda çeşitli açıklamalar yapılmıştır. 28 Eylül 2016 tarihli Milli Güvenlik Kurulu (MGK) Basın Bildirisinde, "hudutlarımızda bir terör koridorunun oluşmaması için başlatılan Fırat Kalkanı Harekâtının öncelikli iki amacından ilkinin, sınır güvenliğimizin sağlanması ve bölgede yaşayanların can ve mal güvenliğinin temin edilmesi; ikincisinin ise, buradaki DEAŞ ile PYD/YPG terör unsurlarının bütünüyle temizlenmesi ve ülkelerinin bütünlüğü için Özgür Suriye Ordusunun desteklenmesi olduğu" ifade edilmiştir.[87]

30 Kasım 2016 tarihli MGK Basın Bildirisinde, "Fırat Kalkanı Harekâtının temel hedefinin, hudut güvenliğimizin sağlanması, ülkemize yönelik saldırıların önlenmesi, DEAŞ ve diğer terör örgütlerinin bölgeden tamamen temizlenmesi olduğu bir kez daha belirtilmiştir. Suriye'nin toprak bütünlüğü esas olmak üzere kardeş Suriye halkının ve bölgedeki vatandaşlarımızın güvenliği için, PKK-PYD/YPG unsurlarının terör koridoru oluşturma hedeflerine izin verilmeyeceği vurgulanmıştır."[88]

29 Mart 2017 tarihli MGK Basın Bildirisinde, sona eren Harekâtın, "ülkemizin sınır güvenliğini sağlamak, DEAŞ terör örgütünün ülkemize yönelik tehdit ve saldırılarını önlemek, yerinden edilmiş Suriyeli kardeşlerimizin ülkelerine dönüşlerine imkân vermek ve Fırat Kalkanı Harekâtı bölgesinde huzur ve güven içerisinde yaşamlarını sürdürmelerini sağlamak maksadıyla" yürütüldüğü ifade edilmiştir.[89]

---

86 Türkiye'nin Irak'a yaptığı askeri operasyonlar konusunda bkz. Özhan Hancılar, PKK Terörizmi ve Türkiye'nin Uluslararası Hukuk Açısından Kuvvet Kullanma Hakkı, Gazi Kitabevi, Ankara, 2011

87 28 Eylül 2016 tarihli MGK Basın Bildirisi, para. 5. http://www.mgk.gov.tr/index.php/28-eyluel-2016-tarihli-toplant (E.T. 28.05.2017)

88 30 Kasım 2016 tarihli MGK Basın Bildirisi, para. 3. http://www.mgk.gov.tr/index.php/30-kas-m-2016-tarihli-toplant (E.T. 28.05.2017)

89 29 Mart 2017 tarihli MGK Basın Bildirisi, para. 3

Başbakanlık Koordinasyon Merkezinden "Fırat Kalkanı Operasyonu" hakkında yapılan basın açıklamasında, Harekâtın "DAEŞ başta olmak üzere Suriye'deki terör örgütleri unsurlarından ülkemize yönelen tehditlerin uluslararası hukuktan kaynaklanan meşru müdafaa hakkı kapsamında bertaraf edilmesi, sınır hattımızın terör unsurlarından temizlenmesi, terör örgütlerinin kontrolü altındaki bölgelerde yaşayan ihtiyaç sahiplerine insani yardımların ulaştırılması ve DAEŞ'le Mücadele Uluslararası Koalisyonuna destek vermek amacıyla" yapıldığına işaret edilmiştir.[90]

Tüm bu resmî açıklamalar birlikte değerlendirildiğinde, Harekâtın amaçlarını ana başlıklar altında aşağıdaki gibi ifade etmek mümkündür:

a) Ülkenin sınır güvenliğinin sağlanması ve sınır hattımızın ve bölgenin terör unsurlarından (DAEŞ ile PYD/YPG) tamamen temizlenmesi,

b) DAEŞ başta olmak üzere Suriye'deki terör örgütleri unsurlarından ülkemize yönelen tehdit ve saldırıların bertaraf edilmesi, bölgede yaşayanların can ve mal güvenliğinin temin edilmesi,

c) Yerinden edilmiş Suriye vatandaşlarının ülkelerine dönüşlerini sağlamak,

d) Terör örgütlerinin kontrolü altındaki bölgelerde yaşayan ihtiyaç sahiplerine insani yardımların ulaştırılması,

e) DAEŞ'le Mücadele Küresel Koalisyonuna destek vermek,

f) ÖSO'nun desteklenmesi.

Görüldüğü gibi Harekâtın ana amacını meşru müdafaa hakkının kullanılması oluşturmaktadır. Zira terör örgütlerinin Türkiye'ye yönelik saldırıları, sınır güvenliğinin tehdit altında olması, bölgede yaşayanların can ve mal güvenliklerinin tehlikede olması, doğrudan meşru müdafaa hakkını haklı kılan gerekçelerdir. Harekâtın ÖSO ile birlikte yapılması ve ÖSO'nun desteklenmesi, kanımızca meşru müdafaa hakkı çerçevesinde değerlendirilmelidir. Zira otorite boşluğu bulunan bir bölgede, yerel unsurlarla birlikte teröre karşı mücadele etmenin meşru müdafaa hakkına halel getirmeyeceğini düşünüyoruz.

90 https://www.basbakanlik.gov.tr/Forms/_Article/pg_Article.aspx?Id=2a0e4e31-1a6d-4d65-9074-cc8b7097d0f6 (E.T. 28.05.2017)

Açıklamalardan anlaşıldığı kadarı ile Harekâtın ikincil nitelikteki gerekçeleri de bulunmaktadır. Suriye vatandaşlarının ülkelerine dönüşlerini sağlamak, bölgede yaşayan ihtiyaç sahiplerine insani yardımların ulaştırılması, DAEŞ'le Mücadele Küresel Koalisyonuna destek vermek, doğrudan meşru müdafaa hakkı çerçevesinde değerlendirilmese bile, BM Güvenlik Konseyi kararlarının yerine getirilmesine yönelik gerekçeler olarak kabul edilebilir. Dolayısıyla Harekâtın ikincil amacının DAEŞ'e karşı uluslararası mücadeleye yardım etmek olduğu ifade edilebilir.[91]

Nitekim Başbakanlık Koordinasyon Merkezinden "Fırat Kalkanı Operasyonu" hakkında yapılan basın açıklamasında da, bu iki amaca işaret edilerek, ["Fırat Kalkanı Operasyonu" Birleşmiş Milletler Sözleşmesinin 51'inci maddesinde yer alan Meşru Müdafaa Hakkı ile Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyi'nin DAEŞ ile mücadeleye yönelik almış olduğu kararlar çerçevesinde sürdürülmektedir."] denilmiştir.[92]

---

91 Türkiye'nin DAEŞ'le Mücadele Küresel Koalisyonuna katılması belirli bir sürece dayanmıştır. Türkiye, Koalisyonun askeri planlamasına ilk günden itibaren katılım göstermiştir. 2015 yılının Şubat ayında, mücadele planının bir parçası olarak, Koalisyona olan ulusal katkısını ilan etmiştir. Haziran ayında ABD'nin silahsız hava araçlarını Türkiye'de konuşlandırmasına izin verilmiş, 24 Temmuz'da askeri üsler hem savaş hem de savaş dışı amaçlarla kullanılmak üzere Koalisyonun kullanımına açılmıştır. Bu bağlamda 60'tan fazla uçak üslerde konuşlandırılmıştır. Varılan mutabakattan bu yana, Koalisyon, DAİŞ'e karşı yüzlerce operasyonu İncirlik Üssü'nden gerçekleştirmiştir. Daha sonraki süreçte, Türkiye, 24 Ağustos 2015 tarihinde Türkiye ve ABD arasında imzalanan teknik belge ile Koalisyona resmi olarak katılmış ve Özgün Kararlılık Harekâtına dâhil olmuştur. Bu doğrultuda Türkiye, Koalisyon ile beraber ilk hava operasyonunu 28 Ağustos 2015 tarihinde gerçekleştirmiştir. Yeşiltaş ve diğerleri, s. 64-65

92 https://www.basbakanlik.gov.tr/Forms/_Article/pg_Article.aspx?Id=2a0e4e31-1a6d-4d65-9074-cc8b7097d0f6 (E.T. 28.05.2017). Aynı şekilde, Dışişleri Bakanı Çavuşoğlu'nun 9 Aralık 2016 tarihinde TBMM Genel Kurulu'nda yaptığı, Hükümetin dış politika hedeflerine, uygulamalarına ve güncel konulara ilişkin değerlendirmelerini içeren takdimi tamamlayıcı nitelikteki kitapçıkta, "Türkiye, Koalisyonun harekâtlarına milli imkân ve yetenekleriyle katkı sağlamaktadır. 24 Temmuz 2015 tarihinden itibaren de Silahlı Kuvvetlerimiz, BM Şartı'nın 51. maddesi uyarınca meşru müdafaa hakkımıza dayanarak ve ilgili BM Güvenlik Konseyi kararları gereğince Suriye içindeki belirli DEAŞ unsurlarını hedef almışlardır. BM Güvenlik Konseyi'nin 2170 ve 2178 sayılı kararları DEAŞ'la mücadelede ülkelere sorumluluk yüklemektedir. Ulusal güvenliği için risk ve tehdit oluşturan birçok terör örgütüyle aynı anda mücadele halinde olan ülkemiz, 24 Ağustos günü, Suriye'de muhalif güçlerin DEAŞ'a karşı giriştiği çabalara Fırat Kalkanı Harekâtı kapsamında destek sağlamaktadır." ifadeleri yer almaktadır. 2017 Yılına Girerken Dış Politikamız, Dışişleri Bakanlığı'nın 2017 Mali Yılı Bütçe Tasarısının TBMM Genel Kurulu'na Sunulması Vesilesiyle Hazırlanan Kitapçık, s.

b) Harekâtın Kapsamı

Fırat Kalkanı Harekâtı, Türk Silahlı Kuvvetleri (TSK) ve TSK tarafından desteklenen Suriye rejimi muhalifi ÖSO'ya bağlı gruplar tarafından gerçekleştirilmiştir. Harekât, 24 Ağustos 2016 tarihinde başlamıştır. MGK'nın 29 Mart 2017 tarihli toplantısından sonra yapılan açıklamada Fırat Kalkanı Harekâtının başarıyla sonuçlandırıldığı bildirilmiştir (para. 3).[93] Dolayısıyla Harekât, 24 Ağustos 2016 ve 29 Mart 2017 tarihleri arasında gerçekleşmiştir. Harekât sona erdiğinde, Harekât kapsamında 2 bin 15 kilometrekarelik bir alanda hâkimiyet sağlanmıştır.[94]

Doğal olarak Harekât başladığında ne zaman sona ereceğinin belirlenmesi olanağı bulunmamaktaydı. Harekât amacına ulaşınca sonlandırılma yoluna gidilmiştir. Harekâtın sona ermesine rağmen TSK'ya bağlı unsurların bölgede kalmaya devam etmesi, Harekâtın sona erip ermediği konusunda şüpheleri akla getirebilir. Kanımızca Harekât operasyonel anlamda sona erse de, nihaî amaçların gerçekleşmesi bakımından TSK'nın bölgede kalmaya devam etmesi gereklidir. Zira DAEŞ'in Türkiye'ye yönelik saldırıları devam etmektedir. Ayrıca bölge DAEŞ'ten temizlense de, genel olarak Suriye'deki otorite boşluğu göz önünde bulundurulduğunda, DAEŞ'in tekrar bu bölgeye geri dönme tehlikesi bulunmaktadır. Bu konuya aşağıda "orantılılık" meselesi ele alınırken tekrar değinilecektir.

DAEŞ saldırıları halen sürmekte olduğu için, Türkiye'nin meşru müdafaa hakkı sona ermemiştir. Fırat Kalkanı Harekâtı, meşru müdafaa hakkının kullanılmasının yollarından birisidir. Saldırılar devam ettiği sürece Türkiye, meşru müdafaa hakkını kullanmaya devam edecektir. Bu hak, farklı yöntemlerle, farklı harekât isimleriyle kullanılabilir. Nitekim Başbakan Binali Yıldırım, katıldığı bir televizyon programında Harekâtın sona erdiğini teyit ederken, "Fırat Kalkanı Harekâtı

85 http://www.mfa.gov.tr/site_media/html/2017-yili-basinda-dis-politikamiz.pdf (E.T. 28.05.2017)

93 29 Mart 2017 tarihli MGK Basın Bildirisi, para. 3.

94 Başbakan Yıldırım, "Harekât kapsamında 2 bin 15 kilometrekarelik bir alanın emniyete alındığını, El Bab'ın alınmasının ardından, bu bölgeye Özgür Suriye Ordusu'nun ve Türkiye'den giden Suriyelilerin yerleştiğini ve hayatın normale döndüğünü" ifade etmiştir. http://www.aljazeera.com.tr/haber/firat-kalkani-bitti (E.T. 25.05.2017)

bitmiştir, bundan sonra ihtiyaç olması halinde artık yapılabilecek bir hareket artık başka bir isimle anılacak" demiştir. [95]

Türkiye'nin meşru müdafaa hakkı, Harekâttan daha önce doğmuştur. Musul'daki Türk Konsolosluk personelinin rehin alınıp serbest bırakılması sonrası, aşağıda ele alınacak olan 2 Ekim 2014 tarih ve 1071 sayılı TBMM Kararı ile "Türkiye'nin ulusal güvenliğine yönelik terör tehdidi ve her türlü güvenlik riskine karşı uluslararası hukuk çerçevesinde *gerekli her türlü tedbiri almak,*[96] Irak ve Suriye'deki tüm terörist örgütlerden ülkemize yönelebilecek saldırıları bertaraf etmek …" ifadesiyle de bireysel meşru müdafaa hakkına da işaret eden ve Hükümete 2013 Kararı ile TSK'nın yurt dışına gönderilmesi konusunda verilen iznin süresini bir yıl daha uzatılmıştır. Ayrıca Türkiye, 20 Temmuz 2015 tarihinde DAEŞ tarafından gerçekleştirilen Suruç saldırısından sonra 24 Temmuz 2015 tarihinde, BM Güvenlik Konseyi üyelerine ve BM Genel Sekreteri'ne "*Belli ki, Suriye'deki rejim, Suriye kaynaklı ve Türkiye'nin ve halkının güvenliğini tehlikeye atan bu tehditleri önlemekte ne yeterli ne de isteklidir. BM Sözleşmesi'nin 51'inci maddesi çerçevesinde, tek başına ya da kolektif şekilde kendini savunmak, uluslararası hukuka göre doğal hakkımızdır. Buna dayanarak, Türkiye, Küresel Koalisyonun üyeleriyle koordinasyon içinde hareket etmek de dâhil olmak üzere, Suriye'deki DAEŞ'e karşı kendi vatandaşlarını ve topraklarını korumak ve terör tehdidine karşı koymak için gerekli ve orantılı askeri hamleleri başlatmıştır...*" ifadelerini içeren bir mektup göndermiştir.[97]

Söz konusu TBMM Kararı ve mektup göz önünde bulundurulduğunda, aslında Türkiye'nin DAEŞ saldırıları dolayısıyla Türkiye'nin karşı meşru müdafaa hakkının, Harekâttan daha önce başladığı ve bu hakkı kullanmaya başladığı ifade edilebilir.[98] Kanımızca Harekât,

---

95 http://www.aljazeera.com.tr/haber/firat-kalkani-bitti (E.T. 25.05.2017)

96 Vurgu bize aittir.

97 http://www.haberturk.com/gundem/haber/1157613-turkiye-cumhuriyeti-hukumetinden-bmye-tarihi-daes-mektubu (E.T. 24.07.2017)

98 Nitekim Musul'daki Türk Konsolosluk personelinin rehin alınıp serbest bırakılması sonrası, aşağıda ele alınacak olan 2 Ekim 2014 tarih ve 1071 sayılı TBMM Kararı ile "Türkiye'nin ulusal güvenliğine yönelik terör tehdidi ve her türlü güvenlik riskine karşı uluslararası hukuk çerçevesinde gerekli her türlü tedbiri almak (vurgu bize aittir), Irak ve Suriye'deki tüm terörist örgütlerden ülkemize yönelebilecek saldırıları bertaraf etmek …" ifadesiyle de bireysel meşru müdafaa hakkına da işaret eden ve Hükümete 2013 Kararı ile TSK'nın yurt dışına gönderilmesi konusunda verilen iznin süresini bir yıl daha uzatılmıştır.

meşru müdafaa hakkının kullanılması sırasında alınan tedbirlerin bir boyutunu oluşturmaktadır. Türkiye'nin meşru müdafaa hakkı, Fırat Kalkanı Harekâtının kapsamı ile sınırlandırılamaz.

c) Harekâta Diğer Devletlerin Tepkileri

Harekâta yönelik olarak çeşitli devletlerden farklı tepkiler gelmiştir. Suriye Dışişleri Bakanlığı, Harekâtla ilgili olarak yaptığı ilk açıklamada, "Türk tanklarının Suriye'ye girmesi Suriye'nin egemenliğinin ihlâlidir, kınıyoruz" ifadelerine yer verilmiştir.[99] Daha da öte Suriye, ülkesinde gerçekleşen Harekâtın uluslararası hukuka aykırı bir işgal olduğunu iddia etmiştir.[100]

Ayrıca Suriye Hükümeti, Türkiye'nin El-Bab'daki askerî operasyonlarını kınamıştır. Suriye, BM Genel Sekreteri ve Güvenlik Konseyi Başkanına iki ayrı mektup yollamıştır. Suriye hükümeti, kınama mesajında Türkiye'nin El-Bab'da yürütmekte olduğu askeri operasyonlar ile Suriye halkına karşı suç işlediği ileri sürerek, Türkiye'nin söz konuşu operasyonlarla Suriye'nin egemenliğine de saldırıda bulunduğunu iddia etmiştir.[101]

Rusya, Harekâta karşı çıkmamakla birlikte, temkinli bir yaklaşımla Harekâtın uluslararası hukuka uygun olması gerektiğini vurgulamıştır.[102] Daha sonra bir suikasta kurban giden Rusya'nın Ankara Büyükelçisi Andrey Karlov, Harekâta konusunda, "Bu Operasyonun başlatılmasına neden olan sebepleri anlıyoruz. Özellikle son aylarda Türkiye'de düzenlenen dehşet verici terör eylemlerinin azmettiricileri ve icracıları Suriye'den gelmiştir. Fakat bir "ama"sı var. Uluslararası hukuk gereği bu tip operasyonlar BM kararıyla ya da ülke yönetimin-

---

99 http://www.posta.com.tr/firat-kalkani-operasyonu-ikinci-gununde-haberi-1222721 (E.T. 29.05.2017)

100 14 Ekim 2016 tarihli BBC haberine göre, Rus Komsomolskaya Pravda gazetesine konuşan Suriye Cumhurbaşkanı, "Türkiye'nin Fırat Kalkanı Operasyonu'nun uluslararası hukuka aykırı bir işgal olduğunu" savundu. http://www.bbc.com/turkce/haberler-dunya-37643394 (E.T. 29.05.2017)

101 https://www.amerikaninsesi.com/a/suriye-bm-nezdinde-turkiye-yi-kinadi/3729327.html (E.T. 29.05.2017)

102 Rusya Devlet Başkanı Vladimir Putin, "Uluslararası hukuk kurallarına ve prensiplerine aykırı olan hiçbir eylemi memnuniyetle karşılayamayız. … uluslararası hukuka aykırı olan hiçbir şeyi desteklemiyoruz ve desteklemeyeceğiz" ifadelerini kullandı. http://www.rtib.org/news/tr/1568 (E.T. 29.05.2017)

ce onaylanmalıdır. Maalesef üzüntüyle söylemek isteriz ki, bu talep yerine getirilmemiştir."[103] ifadelerini kullanmıştır. Görüldüğü gibi Rusya, Türkiye'nin Harekât gerekçesini haklı bulmakla ve Harekâta temelde karşı olmamakla birlikte, uluslararası hukuka uygun olması gerektiğini savunmaktadır. Ancak meşruiyet şartları olarak BM Güvenlik Konseyi kararı ya da Suriye'nin rızasını şart koşarken meşru müdafaa gerekçesini göz ardı etmektedir.

İran da Rusya gibi, temelde Harekâta karşı çıkmamakla birlikte, Harekâtın Suriye ile işbirliği içinde yapılması gerektiğini ifade etmiştir. İran Dışişleri Bakanlığı Sözcüsü Behram Kasımi, yaptığı yazılı açıklamada, "Suriye topraklarındaki terörist gruplarla mücadele, uluslararası hukukun temel ilkelerinden biri olan o ülkenin toprak bütünlüğü ve egemenlik haklarına saygı gösterilerek merkezî yönetimle koordineli şekilde yapılmalı" görüşünü ileri sürmüştür.[104] İran, sorunu genel olarak terörle mücadele çerçevesinde değerlendirmiş, Türkiye'nin meşru müdafaa hakkını göz ardı etmiştir.

İsrail, Harekâtı desteklemiştir. DAEŞ'in İsrail sınırlarında da tehdit oluşturabileceğini ifade eden İsrail Büyükelçiliği Maslahatgüzarı Amira Oron, "Bu yüzden bu tehdidin farkında olmak çok önemli. Bunun Türk halkının yaşamını nasıl etkilediğini görüyoruz. Türkiye, sınırlarında DAEŞ'in olmasına izin veremez. Türkiye ile hemfikiriz ve destekliyoruz. … Türk hükümeti DAEŞ tehdidini engellemek için kararlar almaktadır." değerlendirmesinde bulunmuştur.[105] Görüldüğü gibi, yapılan açıklamada hukuksal herhangi bir değerlendirme yapılmamakla birlikte, Türkiye'nin dayandığı meşru müdafaa gerekçesinin İsrail tarafından haklı görüldüğü ifade edilebilir.

Fransa Harekâtı desteklemiştir. Fransa Dışişleri Bakanlığından yapılan yazılı açıklamada, "Fransa, uluslararası koalisyonun ortağı olan Türkiye'nin IŞİD'le mücadeledeki çabalarını yoğunlaştırmasını memnuniyetle karşılamaktadır" ifadesine yer verilmiştir. Almanya Dışişleri Bakanlığı Sözcüsü Schaefer, Harekâtla ilgili olarak "Türkiye'nin

103 http://www.amerikaninsesi.com/a/rusya-dan-turkiye-ye-uluslararasi-hukuk-uyarisi/3526825.html (E.T. 29.05.2017)

104 http://www.hurriyet.com.tr/cerablus-operasyonuna-irandan-ilk-resmi-tepki-40208462 (E.T. 29.05.2017)

105 http://aa.com.tr/tr/dunya/israilden-turkiyeye-cerablus-destegi/635036 (E.T. 29.05.2017)

terörist faaliyetlere karşı mücadele etmesinin meşru hakkı olduğunu düşünüyoruz ve Türkiye'yi bu ölçüde destekliyoruz" demiştir.[106] Açıklamalardan anlaşıldığı kadarıyla, Fransa, Harekâtı DAEŞ'le uluslararası mücadele kapsamında desteklerken, Almanya, Türkiye'nin meşru müdafaa hakkını kabul etmektedir.

ABD, Harekâtın başında Türkiye'ye destek vermiştir. Beyaz Saray Sözcüsü Earnest "NATO müttefikimiz Türkiye IŞİD karşıtı çabalara değerli katkılar sundu. Bu da (operasyon) son örneği." ifadelerini kullanmıştır. Ancak TSK'ya ait savaş uçaklarının Cerablus ve Menbiç arasındaki, YPG mevzilerini vurması ve ÖSO'nun Cerablus'un güneyindeki YPG'nin kontrolündeki Cubel Kusa ve El-Amerne köylerini alması üzerine, ABD Savunma Bakanlığı Sözcüsü Cook, yaptığı yazılı açıklamada "IŞİD'in olmadığı alanlarda çatışmanın kabul edilemeyeceğini ve derin kaygı yarattığını açıkça belirtmek isteriz. ABD bu faaliyetlerde yer almamaktadır, bu çatışmalar ABD güçleri tarafından koordine edilmemekte ve desteklenmemektedir." ifadesini kullanmıştır.[107] Açıklamalardan anlaşıldığı kadarıyla, ABD, Türkiye'nin DAEŞ'e karşı meşru müdafaa hakkını kabul etmekle birlikte, YPG'ye karşı meşru müdafaa hakkını desteklemiyor görünmektedir.

Harekâta uluslararası tepkiler konusunda genel bir değerlendirme yapılacak olursa, büyük ölçüde Türkiye'nin meşru müdafaa hakkının varlığının kabul edildiği görülmektedir. Ancak Suriye tümüyle Harekâta karşı çıkarken, müttefikleri olan Rusya ve İran, Türkiye'nin meşru müdafaa hakkını göz ardı ederek, sorunu terörizmle mücadele çerçevesinde değerlendirmişlerdir.

5- İç Hukuk Açısından Fırat Kalkanı Harekâtı

Harekât, Türkiye Cumhuriyeti Devleti ülkesi dışında, yabancı bir devletin ülkesinde, Suriye Arap Cumhuriyeti ülkesinde gerçekleştirilen bir kuvvet kullanma eylemidir. Anayasanın 92/1. maddesine[108]

---

106 http://www.hurriyet.com.tr/dunya-ulkeleri-cerablus-operasyonuna-nededi-40207222 (E.T. 29.05.2017)

107 http://www.dunyabulteni.net/manset/375731/abdden-firat-kalkani-operasyonuna-celiskili-tepkiler (E.T. 29.05.2017)

108 Madde 92 – Milletlerarası hukukun meşru saydığı hallerde savaş hali ilanına ve Türkiye'nin taraf olduğu milletlerarası antlaşmaların veya milletlerarası nezaket kurallarının gerektirdiği haller dışında, Türk Silahlı Kuvvetlerinin yabancı ülkele-

göre, uluslararası hukukun meşru saydığı hallerde TSK'nın yabancı ülkelere gönderilmesine izin verme yetkisi Türkiye Büyük Millet Meclisinindir (TBMM). İç hukukumuza göre, Hükümetin TSK'yı yurt dışına gönderme konusunda karar alabilmesi için TBMM tarafından bir kararla yetkilendirilmesi gerekmektedir.[109]

Suriye konusundaki ilk TBMM kararı, 2 Ekim 2012 tarihli ve 1025 sayılı Karar'dır.[110] Söz konusu Karar'ın daha çok Suriye devletinin saldırılarına karşı meşru müdafaa amaçlı alındığı görülmektedir. Bu husus Kararda, "Suriye Arap Cumhuriyeti Silahlı Kuvvetlerince yürütülen askeri harekâtlar kapsamında, 20 Eylül 2012 tarihinden itibaren ülkemiz topraklarına da saldırgan eylemler yönelmiş ve müteaddit uyarılarımıza ve diplomatik girişimlerimize rağmen bu eylemler devam etmiştir. Ülkemiz topraklarına yönelik söz konusu saldırgan eylemler silahlı saldırı eşiğindedir.[111] Bu durum, ulusal güvenliğimize ciddi tehdit ve riskler oluşturan bir aşamaya ulaşmıştır. Bu itibarla, ülkemize yönelebilecek ilave risk ve tehditlere karşı zamanında ve süratle hareket etmek ve gerekli tedbirleri almak ihtiyacı hâsıl olmuştur." ifadeleriyle dile getirilmiştir.

Suriye'deki durumun devam etmesi üzerine, Hükümete TBMM tarafından verilen izin, 3 Ekim 2013 tarihli ve 1047 sayılı Karar[112] ile

---

re gönderilmesine veya yabancı silahlı kuvvetlerin Türkiye'de bulunmasına izin verme yetkisi Türkiye Büyük Millet Meclisinindir.
Türkiye Büyük Millet Meclisi tatilde veya ara vermede iken ülkenin ani bir silahlı saldırıya uğraması ve bu sebeple silahlı kuvvet kullanılmasına derhal karar verilmesinin kaçınılmaz olması halinde Cumhurbaşkanı da, Türk Silahlı Kuvvetlerinin kullanılmasına karar verebilir.

109 TSK'nın yabancı ülkelere gönderilmesi konusunda bkz. Erdem Denk, Silahlı Kuvvet Kullanımıyla İlgili TBMM Kararları, Siyasal Kitabevi, Ankara, 2011, s. 140 vd.

110 "Suriye'deki Durumun Oluşturduğu Tehdit ve Riskler Çerçevesinde Hudut, Şümul, Miktar ve Zamanı Hükümetçe Takdir ve Tespit Edilmek Kaydıyla, Türk Silahlı Kuvvetlerinin Yabancı Ülkelere Gönderilmesi ve Görevlendirilmesi İle Gerekli Düzenlemelerin Hükümet Tarafından Belirlenecek Esaslara Göre Yapılması İçin, Anayasa'nın 92'nci Maddesi Uyarınca Bir Yıl Süreyle İzin Verilmesine Dair Karar." Metin için bkz. R.G. 06.10.2012 tarih ve 28433 sayı

111 Vurgu bize aittir.

112 "Suriye'deki Durumun Oluşturduğu Tehdit ve Riskler Çerçevesinde Hudut, Şümul, Miktar ve Zamanı Hükümetçe Takdir ve Tespit Edilmek Kaydıyla, Türk Silahlı Kuvvetlerinin Yabancı Ülkelere Gönderilmesi ve Görevlendirilmesi İle Gerekli Düzenlemelerin Hükümet Tarafından Belirlenecek Esaslara Göre Yapılması İçin, Türkiye Büyük Millet Meclisi'nin 04.10.2012 Tarihli ve 1025 Sayılı Kararı'yla Hükümete Verilen İzin Süresinin Anayasa'nın 92'nci Maddesi Uyarınca 04.10.2013 Tarihinden İtibaren Bir Yıl Daha Uzatılmasına Dair Karar." Metin için bkz. R.G.

uzatılmıştır. Karara bakıldığında iznin gerekçeleri, "Suriye kaynaklı saldırılarda hayatını kaybeden vatandaşlarımız", "Suriye kaynaklı kitlesel göç hareketinin muhtemel sonuçları itibarıyla ülkemiz yönünden dolaylı bir tehdit oluşturması" ve "Suriye rejiminin kimyasal silah da dâhil uluslararası hukuk (1925 tarihli Boğucu, Zehirleyici ve Benzer Gazların ve Bakteriyolojik Araçların Savaşta Kullanımının Yasaklanmasına İlişkin Protokol) tarafından yasaklanmış silahları kullanması, başta ülkemiz olmak üzere Suriye'nin komşularına yönelik yakın ve ciddi tehdidi de azami düzeye çıkarması, … bu tarz silahların kullanılmasının engellenmesi ve caydırılmasının sağlanmasına yönelik tedbirlerin alınmasını, ulusal güvenlik çıkarlarımız açısından zaruret arz eden seviyeye ulaştırması" olarak sıralanmıştır. BM Güvenlik Konseyi'nin 2118 (2013) sayılı kararına atıfta bulunulmaktadır.

DAEŞ'in genişlemesi ve insanlık dışı eylemleri sonucu Türkiye'yi de tehdit ettiğinin görülmesinden, BM'nin DAEŞ ve El-Nusra olmak üzere El-Kaide bağlantılı terör örgüleriyle mücadele kararı almasından ve rehin alınan Musul'daki Türk Konsolosluk personelinin serbest bırakılmasından sonra[113] Türkiye DAEŞ'le Mücadele Küresel Koalisyonuna katılmıştır.[114] Ayrıca 2013 iznini uzatan 2 Ekim 2014 tarih ve 1071 sayılı Karar,[115] Irak ve Suriye'ye yönelik izni birleştirmiştir. Karara "… uzatılan Suriye tezkeresini zaruri hâle getiren risklerin devam etmesi ve yeni unsurların da devreye girmiş olması …" temel gerekçe olarak gösterilmiştir. Yeni unsurların nelerden ibaret olduğu ise Kararın Suriye'ye değinen kısımlarında yer almaktadır. Buna göre, "Türkiye'nin ulusal güvenliğine yönelik terör tehdidi ve her türlü güvenlik riskine karşı uluslararası hukuk çerçevesinde *gerekli her türlü*

04.10.2013 tarih ve 28785 sayı

113 DAEŞ, 11 Haziran 2014 tarihinde Musul'daki Türk Konsolosluğuna girerek ve 49 Türk vatandaşını rehin almıştır. Rehin alınan konsolosluk personeli, 20 Eylül'de serbest bırakılmış, 2 Ekim'de TBMM 1071 sayılı Kararı almıştır.

114 BİLGESAM Rapor No: 67, s. 40

115 "Türk Silahlı Kuvvetlerinin Gerektiği Takdirde Sınır Ötesi Harekât ve Müdahalede Bulunmak Üzere Yabancı Ülkelere Gönderilmesi ve Aynı Amaçlara Yönelik Olmak Üzere Yabancı Silahlı Kuvvetlerin Türkiye'de Bulunması, Bu Kuvvetlerin Hükümetin Belirleyeceği Esaslara Göre Kullanılması ile Risk ve Tehditlerin Giderilmesi İçin Her Türlü Tedbirin Alınması ve Bunlara İmkân Sağlayacak Düzenlemelerin Hükümet Tarafından Belirlenecek Esaslara Göre Yapılması İçin Anayasa'nın 92'nci maddesi Uyarınca Hükümete Bir Yıl Süreyle İzin Verilmesine Dair Karar." Metin için bkz. R.G. 02.10.2014 tarih ve 29137 sayı (1. Mükerrer)

tedbiri almak,[116] Irak ve Suriye'deki tüm terörist örgütlerden ülkemize yönelebilecek saldırıları bertaraf etmek …" ve bu bağlamda "… uluslararası hukuk uyarınca Türk toprağı kabul edilen Süleyman Şah Saygı Karakolu'na dönük güvenlik riski" de yeni unsurlar olarak ortaya çıkmıştır. Görüldüğü gibi, Türkiye, teröre karşı bireysel meşru müdafaa hakkını ilk kez 2014 Kararı ile gündeme getirmiştir. Kararda ayrıca, BM Güvenlik Konseyinin 2118 (2013), 2170 (2014) ve 2178 (2014), 1373 (2001) sayılı kararlarına atıfta bulunulmaktadır. Kararda "*gerekli her türlü tedbiri almak*" ifadesiyle de bireysel meşru müdafaa hakkına da işaret edildiği görülmektedir.

Fırat Kalkanı Harekâtı başladığında, 3 Eylül 2015 tarih ve 1098 sayılı Karar[117] yürürlükteydi. Bu Karar daha önce Hükümete 2014 Kararı ile TSK'nın yurt dışına gönderilmesi konusunda verilen iznin süresini bir yıl daha uzatmıştır. Kararda ilk kez terör örgütü DAEŞ'in adı açıkça zikredilmiştir: "DEAŞ ve benzeri terör örgütleriyle mücadele amacıyla oluşturulan uluslararası koalisyon bünyesinde Türkiye'nin de iştirak ettiği faaliyetlerin sürdürülmesi önem taşımaktadır." Görüldüğü gibi, bu ifadeden Türkiye'nin DAEŞ'e karşı bireysel meşru müdafaa hakkını kullanmaktan ziyade, DAEŞ'le Mücadele Küresel Koalisyonu çerçevesinde mücadele etmesi konusunda Hükümete izin verildiği izlenimi doğmaktadır. Kararda ayrıca, "Türkiye'nin ulusal güvenliğine yönelik terör tehdidi ve her türlü güvenlik riskine karşı uluslararası hukuk çerçevesinde gerekli *her türlü tedbiri almak,*[118] Irak ve Suriye'deki tüm terörist örgütlerden ülkemize bundan sonra da yönelebilecek saldırıları bertaraf etmek …" ifadesiyle de bireysel meşru müdafaa hak-

116 Vurgu bize aittir.

117 "Türkiye'nin Ulusal Güvenliğine Yönelik Terör Tehdidi ve Her Türlü Güvenlik Riskine Karşı Uluslararası Hukuk Çerçevesinde Gerekli Her Türlü Tedbiri Almak, Irak ve Suriye'deki Tüm Terörist Örgütlerden Ülkemize Yönelebilecek Saldırıları Bertaraf Etmek ve Kitlesel Göç Gibi Diğer Muhtemel Risklere Karşı Ulusal Güvenliğimizin İdame Ettirilmesini Sağlamak İçin Hudut, Şümul, Miktar ve Zamanı Hükümetçe Takdir ve Tayin Olunacak Şekilde, Gerektiğinde Türk Silahlı Kuvvetlerinin Yabancı Ülkelere Gönderilmesi, Yabancı Silahlı Kuvvetlerin Türkiye'de Bulunması ve Bu Kuvvetlerin Hükümetin Belirleyeceği Esaslara Göre Kullanılması İle Hükümet Tarafından Belirlenecek Esaslara Göre Gerekli Düzenlemelerin Yapılması İçin Türkiye Büyük Millet Meclisi'nin 02.10.2014 Tarihli Ve 1071 sayılı Kararıyla Hükümete Verilen Bir Yıllık İzin Süresinin Anayasa'nın 92'nci maddesi Uyarınca 02.10.2015 Tarihinden İtibaren Bir Yıl Daha Uzatılmasına Dair Karar." Metin için bkz. R.G. 08.09.2015 tarih ve 29469 sayı

118 Vurgu bize aittir.

kına da işaret edildiği görülmektedir. Dolayısıyla iç hukuk açısından değerlendirildiğinde, Fırat Kalkanı Harekâtı başladığı sırada, meşru müdafaa hakkı açısından Harekâtın hukuksal temellerinin TBMM Kararı ile mevcut olduğu görülmektedir. Kararda yine, BM Güvenlik Konseyinin 2170 (2014) ve 2178 (2014), 1373 (2001) sayılı kararlarına atıfta bulunulmaktadır.

Harekât başladıktan sonra ise, izin süresinin yenilenmesi gerekmiş ve bu doğrultuda son olarak TBMM, 1 Ekim 2016 tarih ve 1128 sayılı Karar[119] ile Hükümete yeniden yetki vermiştir. Kararda "DEAŞ ve diğer terör örgütlerinin Suriye'nin kuzeyindeki mevcudiyeti devam etmekte, bu terör örgütleri ülkemize yönelik silahlı eylemler ve bombalı intihar saldırıları gerçekleştirmektedir." ifadesi, Türkiye'nin bireysel meşru müdafaa hakkının gerekçesini oluşturmaktadır. Böylece ilk defa bir TBMM kararında, DAEŞ'e karşı bireysel meşru müdafaa hakkının doğduğu açıkça ifade edilmiştir.[120] Karar, DAEŞ'le Mücadele Küresel Koalisyonunun faaliyetlerine katılmasına da yetki vermektedir.[121] Kararda, BM Güvenlik Konseyinin yukarıda zikredilen kararlarının yanında, 2249 (2015) sayılı kararına da atıf bulunmaktadır.[122]

Genel olarak Fırat Kalkanı Harekâtı, iç hukukumuz açısından değerlendirildiğinde Türkiye, ilk kez 2014 Kararı ile teröre karşı bireysel meşru müdafaa hakkını gündeme getirmiş ve hukuksal temellerini ortaya koymuştur. 2015 ve 2016 Kararları ile bireysel meşru müdafaa

---

119 "Türkiye'nin Ulusal Güvenliğine Yönelik Terör Tehdidi ve Her Türlü Güvenlik Riskine Karşı Uluslararası Hukuk Çerçevesinde Gerekli Her Türlü Tedbiri Almak, Irak ve Suriye'deki Tüm Terörist Örgütlerden Ülkemize Yönelebilecek Saldırıları Bertaraf Etmek ve Kitlesel Göç Gibi Diğer Muhtemel Risklere Karşı Ulusal Güvenliğimizin İdame Ettirilmesini Sağlamak İçin Hudut, Şümul, Miktar ve Zamanı Hükümetçe Takdir ve Tayin Olunacak Şekilde, Gerektiğinde Türk Silahlı Kuvvetlerinin Yabancı Ülkelere Gönderilmesi, Yabancı Silahlı Kuvvetlerin Türkiye'de Bulunması ve Bu Kuvvetlerin Hükümetin Belirleyeceği Esaslara Göre Kullanılması ile Hükümet Tarafından Belirlenecek Esaslara Göre Gerekli Düzenlemelerin Yapılması İçin Türkiye Büyük Millet Meclisi'nin 03.09.2015 Tarihli ve 1098 sayılı Kararıyla Hükümete Verilen Bir Yıllık İzin Süresinin Anayasa'nın 92'nci maddesi Uyarınca 02.10.2016 Tarihinden İtibaren 30.10.2017 Tarihine Kadar Uzatılmasına Dair Karar." Metin için bkz. R.G. 02.10.2016 tarih ve 29845 sayı

120 2015 TBMM kararı, uluslararası koalisyon faaliyetleri çerçevesinde DAEŞ'le mücadeleyi zikretmekteydi.

121 "Türkiye'nin DEAŞ ve diğer terör örgütleriyle mücadele amacıyla oluşturulan uluslararası koalisyon bünyesinde iştirak ettiği faaliyetlerin sürdürülmesi de önem taşımaktadır."

122 Söz konusu kararlar aşağıda ele alınacaktır.

hakkını daha da somutlaştırmıştır. İç hukuk açısından Harekâtın yapılması bakımından hukuka aykırı bir durum bulunmamaktadır.

Bu makalenin yazıldığı 2016 Ağustos ayı itibariyle, 2017 TBMM kararının içeriği doğal olarak henüz bilinmemekle birlikte, DAEŞ'le ve diğer terör örgütleri bu bağlamda PYD/YPG ile mücadele konusunda, bireysel meşru müdafaa hakkı çerçevesinde ifadelerin yer almasını beklemek mümkündür. Özellikle daha önceki kararlarda zikredilmeyen PYD/YPG terör örgütünün adı, ilk kez açıkça bir TBMM kararında yer alabilir.

6- Uluslararası Hukuk Açısından Fırat Kalkanı Harekâtı

Harekâtın uluslararası hukuk açısından değerlendirilebilmesi için öncelikle bazı saptamaların yapılması gerekmektedir. İlk olarak, Türkiye Cumhuriyeti Devleti'ne karşı, gerek ülkesi içinden gerekse ülkesi dışından (çalışmamız bağlamında özellikle Suriye'den) silahlı saldırılar yapılmaktadır.

İkinci olarak, Türkiye'ye yapılan bu saldırılar, Suriye tarafından değil, özellikle DAEŞ terör örgütü tarafından gerçekleştirilmektedir. Suriye Arap Cumhuriyeti Devleti'nin, DAEŞ'in Türkiye Cumhuriyeti Devleti'ni hedef alan eylemlerini desteklediği konusunda bilindiği kadarı ile herhangi bir veri bulunmamaktadır. DAEŞ aynı zamanda Suriye Arap Cumhuriyeti Devleti'nin de bütünlüğünü hedef alan bir terör örgütüdür. Suriye Arap Cumhuriyeti Devleti ülkesinin bir bölümü DAEŞ'in etkin denetimine geçmiş ve Suriye Arap Cumhuriyeti Devleti'nin bu bölgelerde otoritesi ve denetimi ortadan kalkmıştır. Bu yüzden DAEŞ terörü gelişmiştir. Dolayısıyla DAEŞ'in Türkiye Cumhuriyeti Devleti'ni hedef alan eylemleri, doğrudan Suriye Arap Cumhuriyeti Devleti'ne atfedilemez.

Üçüncü olarak, DAEŞ terör örgütü tarafından Türkiye'ye yapılan bu saldırılar, silahlı saldırı düzeyine ulaşmıştır.

Dördüncü olarak, Türkiye Cumhuriyeti Devleti'nin bu saldırıları bertaraf edebilmesi için gereken tedbirleri alması gerekmiştir. Bir devlet, ülkesi içinde faaliyet gösteren terörist örgütlere karşı mücadele etme hakkında sahiptir. Türkiye Cumhuriyeti Devleti'nin ülkesi dışından başka bir ülkeden yani Suriye'deki terör örgütlerinden yapılan

saldırıları bertaraf edebilmesi için bunlara yönelik kuvvet kullanması gerekmiştir. Dolayısıyla Harekât, bir devletin (Türkiye Cumhuriyeti), başka bir devletin (Suriye Arap Cumhuriyeti) ülkesinde gerçekleştirdiği kuvvet kullanma eylemidir.

Beşinci olarak, Harekâtın hedefi, Suriye Arap Cumhuriyeti Devleti, askeri güçleri ve toprak bütünlüğü değil, Türkiye Cumhuriyeti Devleti'ne karşı saldırıda bulunan terörist gruplardır.

Altıncı olarak, Türkiye Cumhuriyeti Devleti'nin Suriye Arap Cumhuriyeti Devleti ülkesinde DAEŞ'e yönelik olarak gerçekleştirdiği Harekâtın Suriye Arap Cumhuriyeti Devleti'nin açık ya da örtülü rızasına dayandığını söylemek mümkün değildir. Tam aksine Suriye Arap Cumhuriyeti Devleti'nin Harekâtı uluslararası hukuka aykırı bulduğu yönünde beyanları bulunmaktadır.

Yedinci olarak, bu durumda Harekâtın uluslararası hukuka uygun olup olmadığının değerlendirilmesi yapılmalıdır. Bilindiği üzere uluslararası hukuktaki en temel ilkelerden birisi, devletlerarasında *kuvvet kullanma yasağı*dır. BM Şartı'na göre, devletlerin uluslararası ilişkilerinde gerek herhangi bir başka devletin toprak bütünlüğüne ya da siyasal bağımsızlığa karşı, gerek BM'nin amaçları ile bağdaşmayacak herhangi bir biçimde kuvvet kullanma tehdidine ya da kuvvet kullanılmasına başvurmaktan kaçınmaları gerekmektedir (mad. 2/4). Uluslararası hukukta kuvvet kullanmayı meşru kılan sınırlı sayıda gerekçe bulunmaktadır: *i)* BM kararları çerçevesinde kuvvet kullanılması ve *ii)* meşru müdafaa hakkı.[123]

Türkiye de, Harekâtı uluslararası hukuk açısından hem BM Şartı'nın 51. maddesindeki meşru müdafaa hakkına, hem de BM Gü-

[123] Başka bir devletin ülkesinde kuvvet kullanma yetkisi konusunda, "davetle müdahale" de gündeme getirilmektedir. Elbette davetle müdahale durumunda, davet eden devletin ülkesinde, davet kapsamı çerçevesinde kuvvet kullanılması mümkündür. Ancak kuvvet kullanma yasağının istisnası kabul edilen BM kararları çerçevesinde kuvvet kullanılması ve meşru müdafaa hakkı, ülkesinde kuvvet kullanılan devletin rızası hilafına kuvvet kullanılması durumlarıdır. Davetle müdahale sonucu kuvvet kullanılması durumunda ise söz konusu devletin bu konudaki rızası mevcuttur. Bu durum gözden kaçırılmamalıdır. Suriye'nin Fırat Kalkanı Harekâtına daveti ya da rızası bulunmadığı için davetle müdahaleden söz edilemeyecektir. Davetle müdahale hakkında bkz. Abdullah Tunç, Uluslararası Hukukta Davetle Müdahale, Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 2015

venlik Konseyi kararlarına dayandırmaktadır. Başbakanlık Koordinasyon Merkezinden "Fırat Kalkanı Operasyonu" hakkında yapılan basın açıklamasında, ["Fırat Kalkanı Operasyonu" Birleşmiş Milletler Sözleşmesi'nin 51'inci maddesinde yer alan Meşru Müdafaa Hakkı ile Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyi'nin DAEŞ ile mücadeleye yönelik almış olduğu kararlar çerçevesinde sürdürülmektedir."] denilmiştir.[124] Aşağıda bu genel saptamalar çerçevesinde konunun hukuksal boyutu değerlendirilmeye çalışılacaktır.

a) BM Kararları Çerçevesinde Kuvvet Kullanılması

Uluslararası hukukta kuvvet kullanmayı meşru kılan gerekçelerden birisi, BM kararları çerçevesinde kuvvet kullanılmasıdır. BM Şartının VII. Bölümü çerçevesinde uluslararası barış ve güvenliğin korunması amacıyla BM Güvenlik Konseyi kararıyla kuvvet kullanılması mümkündür.

Türkiye Cumhuriyeti, resmî açıklamalarında Fırat Kalkanı Harekâtının gerekçesi olarak, BM Şartı'nın 51. maddesinde düzenlenen meşru müdafaa hakkını gerekçe göstermekle birlikte, Hükümete TSK'nın yabancı ülkelere gönderilmesine izin veren ve yukarıda ele alınan TBMM kararlarında, BM Güvenlik Konseyi'nin çeşitli kararlarına atıfta bulunulmaktadır. Bu kararlar, 1373 (2001), 2118 (2013), 2170 (2014), 2178 (2014) ve son olarak da 2249 (2015) sayılı kararlardır.

Yukarıda da ifade edildiği gibi, DAEŞ'in genişlemesi ve insanlık dışı eylemleri sonucu Türkiye'yi de tehdit ettiğinin görülmesinden, BM'nin DAEŞ ve El-Nusra olmak üzere El-Kaide bağlantılı terör örgüleriyle mücadele kararı almasından ve rehin alınan Musul'daki Türk Konsolosluk personelinin serbest bırakılmasından sonra Türkiye, DAEŞ'le Mücadele Küresel Koalisyonuna katılmıştır.[125] Dolayısıyla Türkiye, Fırat Kalkanı Harekâtı çerçevesinde meşru müdafaa hakkını kullanırken, zaten daha önce terörle mücadele konusunda BM kararları çerçevesinde Uluslararası Koalisyona da destek vermekteydi.

---

124 https://www.basbakanlik.gov.tr/Forms/_Article/pg_Article.aspx?Id=2a0e4e31-1a6d-4d65-9074-cc8b7097d0f6 (E.T. 28.05.2017)

125 BİLGESAM Rapor No: 67, s. 40

i) 28 Eylül 2001 tarih ve 1373 (2001) sayılı Karar

11 Eylül saldırıları üzerine alınan Karar,[126] 12 Eylül 2001 tarih ve 1368 (2001) sayılı Karara[127] atıfla, 11 Eylül terör saldırılarına karşı bireysel ve müşterek meşru müdafaa hakkını tanımaktadır. Her iki Karar da, aynı zamanda terörist eylemlerin uluslararası barış ve güvenliği tehdit ettiği tespitinde bulunmaktadır. Bu iki Karar, BM Şartının 51. maddesinin yeniden yorumlanmasını sağlamış ve meşru müdafaa hakkının kullanılmasına neden olan saldırı türlerinin kapsamına terör saldırılarını da dâhil etmiştir. TBMM'nin de Suriye ile ilgili kararlarında 1373 sayılı Karara atıfta bulunması, Türkiye'nin terör saldırılarına karşı bireysel ve müşterek meşru müdafaa hakkı olduğunu vurgulaması bakımından önemlidir.

ii) 27 Eylül 2013 tarih ve 2118 (2013) sayılı Karar

Daha önce de ifade edildiği gibi Kararla,[128] Suriye'nin elindeki kimyasal silahları imha etmesi, bu silahları kullanmaması ve Sözleşme kapsamında kurulan Kimyasal Silahların Yasaklanması Örgütü ile işbirliği içinde olması gerektiğini öngörmektedir.

iii) 15 Ağustos 2014 tarih ve 2170 (2014) sayılı Karar

Kararda[129] DAEŞ'in terör eylemleri, şiddet içeren aşırı ideolojisi ve devam eden yoğun, sistematik ve yaygın insan hakları istismarı ve uluslararası insancıl hukuk ihlâlleri kınanmıştır (para. 1). Kararda, 1373 (2001) sayılı Karara atıf yapılarak bu Karardaki yükümlülükler hatırlatılmıştır (para. 5). Kararda ayrıca yabancı terörist savaşçılar (para.7-10), terörizmin finansmanı (para. 11-17), (kuvvet kullanmayı içermeyen) çeşitli yaptırımlar (para. 18-21) ve raporlamaya ilişkin hükümler yer almaktadır. Karar, yabancı terörist savaşçılar kavramının tanımını yapmaktan kaçınmakla birlikte, DAEŞ, El-Nusra Cephesi ile El-Kaide ile bağlantılı tüm kişi, grup, girişim ve oluşumlar, yabancı terörist savaşçı olarak nitelendirilmiştir (para. 7). Kararda operatif hükümlere geçmeden önce BM Şartının VII. Bölümüne atıf yapılmakla

126 S/RES/1373 (2001)
127 S/RES/1368 (2001)
128 S/RES/2118 (2013)
129 S/RES/2170 (2014)

birlikte özellikle yaptırımlara ilişkin hükümlerde *kuvvet kullanma yetkisi veren herhangi bir ifade yer almamaktadır.*

iv) 24 Eylül 2014 tarih ve 2178 (2014) sayılı Karar

2178 sayılı Karar,[130] yabancı terörist savaşçılara yönelik olarak alınacak tedbirlere ilişkin bir karardır. Kararla birlikte ilk defa *yabancı terörist savaşçı*[131] kavramının tanımı yapılmıştır. Yabancı terörist savaşçılara karşı uluslararası işbirliği konusunda devletlerin teşvik edildiği Kararda, alınacak tedbirler içinde mali tedbirler ve sınır tedbirleri gibi çeşitli tedbirler bulunurken *kuvvet kullanma konusunda herhangi bir hüküm yer almamaktadır.* Kararda, 1373 (2001) sayılı Karara da atıf yapılmıştır (para. 6, 12, 24, 25).

v) 20 Kasım 2015 tarih ve 2249 (2015) sayılı Karar

13 Kasım 2015 tarihinde Paris'te DAEŞ tarafından gerçekleştirilen terör saldırısından sonra kabul edilen Kararın[132] giriş bölümünde DAEŞ, El-Nusra Cephesi ile El-Kaide ile bağlantılı tüm kişi, grup, girişim ve oluşumlar, uluslararası barış ve güvenliğe karşı bir tehdit olarak nitelendirilmiştir. Suriye ve Irak'ta DAEŞ denetimi altındaki bölgede, uluslararası hukuka, özellikle de BM Şartı, aynı zamanda uluslararası insan hakları, mülteci hukuku ve insanı hukuka uygun olarak, yukarıda zikredilen ve diğer terörist grupların faaliyetlerini engelleme ve bastırma kapasitesine sahip olan üye devletlere *gerekli tüm tedbirleri alma* çağrısında bulunulmuştur (para. 5). Kuvvet kullanma yetkisi veren BM Güvenlik Konseyi kararlarında genellikle BM Şartının VII. Bölümüne atıf yapıldığı görülmektedir. Kararda böyle bir atıf bulunmamaktadır.

130 S/RES/2178 (2014)

131 Kararda, yabancı terörist savaşçı, "ikamet ettikleri veya vatandaşı oldukları devletlerinden başka bir devlete terör eylemlerini işleme, planlama, hazırlama ya da katılma veya silahlı çatışmayla ilgili olanlar dâhil terör eğitimi verme ya da alma amacıyla seyahat eden kişiler" olarak tanımlanmıştır (Giriş, para. 8). Yabancı terörist savaşçılar konusunda bkz. Geneva Academy of International Humanitarian Law and Human Rights, Foreign Fighters under International Law, Academy Briefing No.7, October 2014

132 S/RES/2249 (2015)

b) Meşru Müdafaa Hakkı Çerçevesinde Kuvvet Kullanılması

Uluslararası hukukta kuvvet kullanmayı meşru kılan gerekçelerden birisi de, meşru müdafaa hakkıdır.[133] Aynı zamanda bir örf ve âdet kuralı olan meşru müdafaa hakkı, BM Şartının 51. maddesinde düzenlenmiştir: "*Bu Şartın hiçbir hükmü, BM üyelerinden birinin silahlı bir saldırıya hedef olması halinde, Güvenlik Konseyi uluslararası barış ve güvenliğin korunması için gerekli önlemleri alıncaya dek, bu üyenin doğal olan bireysel ya da müşterek meşru müdafaa hakkına halel getirmez.* Üyelerin bu meşru müdafaa hakkını kullanırken aldıkları önlemler hemen Güvenlik Konseyine bildirilir ve Konseyin işbu Şart gereğince uluslararası barış ve güvenliğin korunması ya da yeniden kurulması için gerekli göreceği biçimde her an hareket etme yetki ve görevini hiçbir biçimde etkilemez."

Yukarıda ele alınan BM Güvenlik Konseyi kararlarına ilişkin olarak genel bir değerlendirme yapılacak olursa, söz konusu kararlar, daha çok uluslararası topluma hitap eden, uluslararası toplumla birlikte hareket etmeyi öngören kararlardır. Doğrudan bireysel meşru müdafaa hakkına olanak tanıyan kararlar olarak gözükmemektedir. Nitekim Türkiye de, Fırat Kalkanı Harekâtı'nı, BM Kararlarından ziyade meşru müdafaa hakkına dayandıran resmî açıklamalarda bulunmaktadır. Resmî makamlar tarafından yapılan açıklamalar, Harekâtın meşru müdafaa hakkı çerçevesi yapıldığı yönündedir. Örneğin 28 Eylül 2016 tarihli MGK Basın Bildirisinde, "Fırat Kalkanı Harekâtının, uluslararası hukuktan kaynaklanan meşru müdafaa hakkımız çerçevesinde, Suriye'nin toprak bütünlüğü esas alınarak icra edildiği" ifade edilmiştir.[134]

Meşru müdafaa hakkı, mağdur devlet tarafından bireysel olarak kullanılabileceği gibi, diğer devletlerle birlikte müşterek olarak da kullanılabilir. Türkiye, Fırat Kalkanı Harekâtı ile meşru müdafaa hakkını bireysel olarak kullanmıştır. Türkiye'nin Harekâtı ÖSO ile birlikte gerçekleştirmiş olması, müşterek meşru müdafaa hakkını kullandığı anlamına gelmemektedir. Uluslararası Adalet Divanı, 27 Haziran 1986 tarihli *Nikaragua'da ve Nikaragua'ya Karşı Askeri ve Yarı Askeri Faaliyetler*

---

133 Meşru müdafaa hakkı konusunda bkz. Berdal Aral, Uluslararası Hukukta Meşru Müdafaa Hakkı, Siyasal Kitabevi, Ankara, 1999

134 29 Eylül 2016 tarihli MGK Basın Bildirisi, para. 5

Davasında (Nikaragua Davası),[135] müşterek meşru müdafaa hakkı için, silahlı saldırının varlığı ve silahlı saldırıya uğrayan devletin başka bir devletten yardım istemesi şartları aramıştır. Dolayısıyla müşterek meşru müdafaa hakkında, bu hak, diğer *devletlerle* birlikte kullanılır ve saldırıya uğrayan devletin bunu ilan edip yardım istemesi gerekmektedir.[136]

BM Şartı'nın 51. maddesine göre, üyelerin meşru müdafaa hakkını kullanırken aldıkları önlemleri hemen Güvenlik Konseyi'ne bildirmeleri gerekmektedir. Bildiğimiz kadarı ile Türkiye, Fırat Kalkanı Harekâtına başladığında bunu resmî olarak BM Güvenlik Konseyi'ne bildirmemiştir. Güvenlik Konseyine bildirim yapılmaması, meşru müdafaa hakkını ortadan kaldıran bir durum değildir. Nitekim Uluslararası Adalet Divanı, *Nikaragua Davasında,*[137] bildirim yükümlülüğünün usule ilişkin bir yükümlülük olduğunu ifade etmiştir. Türkiye'nin daha önce Kuzey Irak'ta yaptığı sınır ötesi operasyonlarda da, BM Güvenlik Konseyi'ne bildirim şartına uyulmadığı görülmektedir.[138] Bununla birlikte yukarıda da ifade edildiği gibi Türkiye, Harekâtla ilgili olmasa da 20 Temmuz 2015 tarihinde DAEŞ tarafından gerçekleştirilen Suruç saldırısından sonra 24 Temmuz 2015 tarihinde, BM Güvenlik Konseyi üyelerine ve BM Genel Sekreteri'ne "*Belli ki, Suriye'deki rejim, Suriye kaynaklı ve Türkiye'nin ve halkının güvenliğini tehlikeye atan bu tehditleri önlemekte ne yeterli ne de isteklidir. BM Sözleşmesi'nin 51'inci maddesi çerçevesinde, tek başına ya da kolektif şekilde kendini savunmak, uluslararası hukuka göre doğal hakkımızdır. Buna dayanarak, Türkiye, Küresel Koalisyon'un üyeleriyle koordinasyon içinde hareket etmek de dâhil olmak üzere, Suriye'deki DAEŞ'e karşı kendi vatandaşlarını ve topraklarını korumak ve terör tehdidine karşı koymak için gerekli ve orantılı askeri hamleleri başlatmıştır...*" ifadelerini içeren bir mektup göndermiştir.[139] Bu mektup göz önünde bulundurulduğunda, aslında Türkiye'nin DAEŞ saldırılarına karşı meşru müdafaa hakkını, Harekâttan daha önce kullanmaya

135 Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America), Merits, Judgment, ICJ Reports 1986, para. 211, 232

136 Funda Keskin, Uluslararası Hukukta Kuvvet Kullanma: Savaş, Karışma ve Birleşmiş Milletler, Mülkiyeliler Birliği Vakfı Yayınları, Ankara, 1998, s. 59

137 para. 200

138 Hancılar, s. 111 vd.

139 http://www.haberturk.com/gundem/haber/1157613-turkiye-cumhuriyeti-hukumetinden-bmye-tarihi-daes-mektubu (E.T. 24.07.2017)

başladığı ifade edilebilir. Kanımızca Harekât, meşru müdafaa hakkının kullanılması sırasında alınan tedbirlerin bir boyutunu oluşturmaktadır. Türkiye'nin meşru müdafaa hakkı, Fırat Kalkanı Harekâtı'nın kapsamı ile sınırlandırılamaz.[140]

Meşru müdafaa hakkını kullanabilmek için, öncelikle mağdur devletin silahlı saldırıya uğramış olması gerekmektedir. Meşru müdafaa hakkı kullanılırken orantılılık, gereklilik ve aciliyet ilkelerine uyulması gerekmektedir. Aşağıda Harekât bağlamında bu hususlar ele alınacaktır.

i) Silahlı Saldırı

Meşru müdafaa hakkının kullanımının BM Şartında da yer alan en temel koşulu, bir "silahlı saldırının" mevcut olmasıdır.[141] Bu saldırı, "silahlı" olmalıdır. Zira her saldırı, silahlı saldırı olarak kabul edilmemektedir. BM Şartında silahlı saldırının tanımı yapılmamıştır. Bununla birlikte BM Genel Kurulu, 14 Aralık 1974 tarihli ve 3314 (XXIX) sayılı Saldırının Tanımı Kararını[142] kabul etmiştir. Karar'ın 3. maddesine göre, aynı zamanda BM Şartı'nın 51. maddesi anlamında silahlı saldırı olarak da kabul edilebilecek[143] şu fiiller saldırı niteliği taşır:

a) Bir devletin silahlı kuvvetlerinin diğer bir devleti istila etmesi veya ona hücum etmesi veya ne kadar geçici olursa olsun, böyle bir istiladan veya hücumdan ileri gelen herhangi bir askeri işgal veya kuvvet yoluyla başka bir devletin ülkesinin veya bir bölümünün ilhakı;

b) Bir devletin silahlı kuvvetlerinin, başka bir devletin ülkesini bombardıman etmesi veya bir devletin diğer bir devletin ülkesine kar-

140 Yukarıda da ifade edildiği gibi, DAEŞ saldırıları halen sürmekte olduğu için, Türkiye'nin meşru müdafaa hakkı sona ermemiştir. Fırat Kalkanı Harekâtı, meşru müdafaa hakkının kullanılmasının yollarından birisidir. Saldırılar devam ettiği sürece Türkiye, meşru müdafaa hakkını kullanmaya devam edecektir. Bu hak, farklı yöntemlerle, farklı harekât isimleriyle kullanılabilir. Nitekim Başbakan Binali Yıldırım, katıldığı bir televizyon programında Harekâtın sona erdiğini teyit ederken, "Fırat Kalkanı Harekâtı bitmiştir, bundan sonra ihtiyaç olması halinde artık yapılabilecek bir hareket artık başka bir isimle anılacak" demiştir. http://www.aljazeera.com.tr/haber/firat-kalkani-bitti (E.T. 25.05.2017)

141 Saldırı konusunda bkz. Yücel Acer, Uluslararası Hukukta Saldırı Suçu, Roma Yayınları, Ankara, 2004, s. 81 vd.

142 A/RES/29/3314. Kararın Türkçe çevirisi için bkz. Aslan Gündüz, Milletlerarası Hukuk, Konu Anlatımı, Temel Belgeler, Örnek Kararlar, Ed.: Reşat Volkan Günel, 7. Baskı, Beta Yayınevi, İstanbul, 2014, s. 141

143 Keskin, s. 48

şı herhangi bir şekilde silah kullanması;

c) Bir devletin liman veya kıyılarının diğer bir devletin silahlı kuvvetleri tarafından abluka altına alınması;

d) Bir devletin silahlı kuvvetleriyle başka bir devletin kara, deniz veya hava kuvvetlerine veya deniz veya hava filolarına saldırması;

e) Bir devletin başka bir devlette sonuncusuyla yapılan bir anlaşmaya göre bulunan silahlı kuvvetlerinin o anlaşmada öngörülen hükümlere aykırı şekilde kullanılması veya bu silahlı kuvvetlerinin varlığının bu ülkede anlaşmanın sona ermesinden sonra da sürdürülmesi;

f) Ülkesini başka bir devletin emrine veren bir devletin, ülkesinin o devlet tarafından üçüncü bir devlete karşı saldırı amacıyla kullanılmasına izin vermesi;

g) Bir devlet tarafından veya bir devlet adına diğer bir devlete karşı yukarıda listesi verilen fiillere varan veya o ölçekte olan silahlı kuvvet fiillerini icra eden silahlı çetelerin, grupların, gayri nizami askerlerin veya paralı askerlerin gönderilmesi veya bu gibi fiillere önemli ölçüde karışılması.

Meşru müdafaanın klasik uygulamasında, silahlı saldırının bir devletten başka bir devlete yönelik olması söz konusudur. Ancak ABD'de gerçekleşen 11 Eylül saldırıları, terörizmle mücadele ve meşru müdafaa hakkı açısından bir dönüm noktası olmuştur. Zira terör örgütleri gibi devlet dışı aktörlerden saldırı söz konusu olmuş[144] ve bu durum klasik meşru müdafaa hakkının sınırlarını zorlamıştır. ABD'ye yönelik 11 Eylül saldırıları sonrası, BM Güvenlik Konseyi, 1368 ve 1373 sayılı kararlarında, bu eylemlerin uluslararası barış ve güvenliği tehdit ettiğini, ABD'nin bireysel ve müşterek meşru müdafaa hakkının bulunduğu kabul etmiştir. Nitekim yukarıda da ifade edildiği gibi, TBMM'nin Suriye ile ilgili kararlarında 1373 sayılı Karara atıfta bulunması, Türkiye'nin terör saldırılarına karşı bireysel ve müşterek meşru müdafaa hakkı olduğunu vurgulaması bakımından Harekâtın hukuksal gerekçesine dayanak oluşturmaktadır.

144 Bkz. Ahmet Hamdi Topal, Uluslararası Terörizm ve Terörist Eylemlere Karşı Kuvvet Kullanımı, Beta Yayınları, İstanbul, 2005, s. 116 vd. Uluslararası terörizme karşı kuvvet kullanma konusunda ayrıca bkz. Fatma Taşdemir, Uluslararası Terörizme Karşı Devletlerin Kuvvete Başvurma Yetkisi, USAK Yayınları, Ankara, 2006

Suriye'den Türkiye'ye yönelik DAEŞ terör örgütünün eylemleri, Saldırının Tanımına ilişkin Kararın (f) ve (g) bendi bağlamında Suriye Arap Cumhuriyeti Devleti'ne doğrudan atfedilemese de, bir saldırı söz konusudur. Zira Harekâtın yapıldığı bölge açısından değerlendirilecek olursa, Suriye'de bir otorite boşluğu bulunmaktadır. Suriye Devleti, bu bölgede egemenlik yetkilerini kullanamamakta, bu konuda aciziyet içerisinde bulunmaktadır.

Bu durumda meşru müdafaa hakkı Suriye Devletine değil, DAEŞ'e yönelik olarak kullanılacaktır. Bu bağlamda DAEŞ terör örgütünün terör saldırılarının silahlı saldırı düzeyine ulaşıp ulaşmadığı meselesi, meşru müdafaa hakkının doğması bakımından önem taşımaktadır. Bu çerçevede terörist eylem türlerini teker teker ele almaktansa, tüm terörist eylemleri içeren kapsamlı bir ölçüte göre değerlendirme yapmak daha sağlıklı olacaktır.[145] Terör eylemlerinin kümülatif etkileri dikkate alınarak, sadece son terör eylemi değil, geriye doğru bütün terör eylemlerinin etkisi dikkate alınmalıdır.[146] DAEŞ'in eylemleri, bir bütün olarak değerlendirildiğinde, tekrar edilmeleri ve sürekliliği göz önünde bulundurulduğunda, DAEŞ'in Türkiye'ye yönelik olarak gerçekleştirdiği terör eylemlerinin çok sayıda insanın ölümüne sebep olduğu, Türkiye'nin egemenliğini ihlal ettiği, basit eylemleri aştığı, belirli bir yoğunluk ve süreklilik çerçevesinde ciddi bir seviyeye, dolayısıyla silahlı saldırı seviyesine ulaştığı rahatlıkla ifade edilebilir.

ii) Orantılılık ve İşgal Tartışması

Meşru müdafaa hakkının sınırlarından birisi *orantılılık ilkesi*dir. Orantılılık ilkesi, hem kuvvet kullanma hukuku *(jus ad bellum),* hem de silahlı çatışmalar hukuku *(jus in bello)* açısından önem taşımaktadır.[147] BM Şartı'nın 51. maddesinde yer almamasına rağmen, örf ve âdet hukukundan kaynaklanan orantılılık, saldırıyı durduracak ve etkilerini ortadan kaldıracak ölçüde kuvvete başvurulmasıdır.[148] Kuvvet kullanma hukuku bakımından değerlendirildiğinde, yukarıda da ifade edildiği gibi, terör eylemlerinin kümülatif etkileri dikkate alınarak sadece

145 Topal, s. 121
146 Gündüz, s. 152
147 David Kretzmer, "The Inherent Right to Self-Defence and Proportionality in Jus Ad Bellum", *EJIL*, 2013, Vol. 24, No. 1, s. 236
148 Pazarcı, s. 120

son terör eylemi değil, geriye doğru bütün terör eylemlerinin etkisi ile uygun güç kullanılması uygundur.[149] Fırat Kalkanı Harekâtı, operasyonel açıdan bakıldığında, yoğun olarak DAEŞ'e yönelik olarak gerçekleşmiştir. DAEŞ'in eylemleri bir bütün olarak değerlendirildiğinde, DAEŞ saldırılarının engellenebilmesi için Fırat Kalkanı Harekâtı ölçüsünde bir savunmanın yapılması, orantılılık ilkesine uygundur. Harekât sonunda, hedeflenen alan, DAEŞ militanlarından arındırılmıştır. TSK, hedeflenen alanın dışına çıkmamıştır. Bu açıdan bakıldığında da orantılılık ilkesine riayet edildiği söylenebilir.[150]

Kuvvet kullanma hukuku bakımından Harekâtın meşruiyeti ile ilgili olarak tartışma konusu olabilecek hususlardan birisi de, Harekât sona ermesine rağmen TSK'nın Suriye topraklarında kalmaya devam etmesidir. Zira Harekât'ın sona ermesine rağmen, TSK'nın Suriye topraklarında bulunması, orantılılık ilkesinin ihlâli olarak değerlendirilip, meşru müdafaa hakkının sınırlarının aşıldığı ileri sürülebilir. Ancak unutulmamalıdır ki, yukarıda da ifade ettiğimiz gibi, saldırının etkilerini ortadan kaldıracak ölçüde bir kuvvet kullanımı, meşru müdafaa hakkı kapsamında değerlendirilecektir. Dolayısıyla DAEŞ unsurlarının, TSK'nın temizlediği bölgelere tekrar yerleşmesinin mümkün olmadığının kesinleşmesine kadar, TSK'nın bu bölgelerde kalması, orantılılık ilkesine aykırı sayılmayacaktır. Zira bölgede bir otorite boşluğu vardır ve bu boşluk devam ettiği sürece TSK burada bulunabilir. Meşru müdafaa hakkı, bu bakımdan sınırları çerçevesinde kullanılmıştır. Harekât sona erse de, saldırının etkileri tamamen bertaraf edilmiş değildir. DAEŞ, bölgede faaliyetlerine devam etmektedir. Bu yüzden Türkiye'nin meşru müdafaa hakkı devam etmektedir.

---

149 Gündüz, s. 152

150 Türkiye, Harekâtl'a ilgili olmasa da 20 Temmuz 2015 tarihinde DAEŞ tarafından gerçekleştirilen Suruç saldırısından sonra 24 Temmuz 2015 tarihinde, BM Güvenlik Konseyi üyelerine ve BM Genel Sekreteri'ne "Belli ki, Suriye'deki rejim, Suriye kaynaklı ve Türkiye'nin ve halkının güvenliğini tehlikeye atan bu tehditleri önlemekte ne yeterli ne de isteklidir. BM Sözleşmesi'nin 51'inci maddesi çerçevesinde, tek başına ya da kolektif şekilde kendini savunmak, uluslararası hukuka göre doğal hakkımızdır. Buna dayanarak, Türkiye, Küresel Koalisyonun üyeleriyle koordinasyon içinde hareket etmek de dâhil olmak üzere, Suriye'deki DAEŞ'e karşı kendi vatandaşlarını ve topraklarını korumak ve terör tehdidine karşı koymak için gerekli ve orantılı askeri hamleleri başlatmıştır..." ifadelerini içeren bir mektup göndermiştir (vurgu biz aittir). http://www.haberturk.com/gundem/haber/1157613-turkiye-cumhuriyeti-hukumetinden-bmye-tarihi-daes-mektubu (E.T. 24.07.2017)

Meşru müdafaa hakkı, tehdidin devlet dışı aktörlerden kaynaklanması durumunda hedef devletin ülkesi üzerindeki egemenlik haklarından mahrum bırakılmasına imkân vermez.[151] Bununla birlikte, otorite boşluğunun bulunduğu ve bu boşluğun hedef devlet tarafından doldurulamaması durumunda, terör saldırısına maruz kalan devletin gereken tedbirleri alması olağan kabul edilmelidir. Suriye'de de yönetimin acziyeti dolayısıyla bir otorite boşluğu mevcuttur. Türkiye'nin güvenliğini sağlaması açısından otorite boşluğu bulunan bölgede gereken tedbirleri alması, orantılılık ilkesine aykırı kabul edilemez.

Bu konuyla bağlantılı olarak, Türkiye'nin, Harekâtın sona ermesine rağmen Suriye topraklarında kalmaya devam etmesinin orantılılık ilkesini ihlâl ettiği, meşru müdafaa hakkının sınırlarını aştığı iddiasının bir sonucu olarak, Türkiye'nin artık "işgalci" konumda olduğu yönünde tartışmalar da gündeme gelmektedir.[152] İşgal rejimi, bir devlet ülkesi üzerinde, bu ülke devletinde hukuksal olarak ayrılmadan, yabancı askeri kuvvetlerin varlığı ve belirli bir süre bunların denetimi altında bulunma durumudur. İşgal ile istilayı da karıştırmamak gerekmektedir. İstila, bir devlet ülkesine yabancı askeri kuvvetlerin girmesini belirtir ve belirli bir süreklilik gösteren işgal rejiminden farklıdır. İşgal rejiminde işgalci devlet, işgal edilen ülke üzerinde doğrudan bir yönetim düzeni oluşturmaktadır. Bununla birlikte işgal rejiminde, denetim altına alınan devletin ülkesi, işgal devletinin ülkesini oluşturmamaktadır. İşgal devletinin, işgal edilen ülkeyi ülkesine katması uluslararası hukuka aykırıdır. 1907 tarihli La Haye IV. Kara Savaşı Kuralları Sözleşmesi, işgal rejimine ilişkin kurallar getirmektedir. İşgal rejiminde gerek işgal eden devletin, gerekse yerli halkın çeşitli hak ve yükümlülükleri bulunmaktadır.[153] Türkiye, denetim altına aldığı böl-

---

151 Topal, s. 153

152 Örneğin bkz. Shane Reeves-David Wallace, "Has Turkey Occupied Northern Syria?", https://www.lawfareblog.com/has-turkey-occupied-northern-syria (E.T. 11.05.2017); Salman Rafi Sheikh, "Turkey's "Illegal Invasion" of Syria: Operation "Euphrates Shield" Turns Into Operation "Occupation", http://www.globalresearch.ca/turkeys-illegal-invasion-of-syria-operation-euphrates-shield-turns-into-operation-occupation/5548280 (E.T. 11.05.2017); Ryan Goodman, "Turkey's US-Backed Operation in Syria Has Created an International Armed Conflict", https://www.justsecurity.org/33643/us-backed-turkey-operation-syria-creates-international-armed-conflict/ (E.T. 11.05.2017)

153 Pazarcı, s. 180 vd. İşgal rejimi hakkında ayrıca bkz. Ayşe Nur Tütüncü, İnsancıl Hukuka Giriş, Beta Yayınları, İstanbul, 2006, s.135 vd.; Françoise Bouchet-Saulni-

gelerde sivil halk üzerinde herhangi bir yönetim rejimi oluşturmamıştır. Türkiye'nin bölgede bulunması, askeri amaçlarla sınırlıdır ve işgal rejimini oluşturacak boyutta değildir.

Türk yetkililerin açıklamalarına bakıldığında da bu sonuca varılmaktadır. Dönemin Başbakan Yardımcısı Veysi Kaynak, "El Bab'ın da güvenliğini yine kendi jandarma ve polisleriyle sağlamak ve inşa ettiğimiz üs vasıtasıyla da bölgenin, El Bab'ın genel güvenliğini sağlamak durumundayız…" ifadeleriyle bu durumu dile getirmiştir. Kaynak'ın açıklamasına göre, bu yapılanma, kolluk gücü, jandarma-polis niteliğinde olacak ve Fırat Kalkanı Harekâtı'nın kapsadığı tüm bölgede görev üstlenecektir. Kolluk gücünün denetimi ise, **kurulan yerel meclisler aracılığıyla sağlanacaktır.** Kaynak, ayrıca, yerel halkın mülki amiri gibi davranmadıklarını, her birinde yerel meclislerin olduğunu, bu yerel meclislerin işleri koordine ettiğini, oradaki karmaşık bölgeyi yeniden inşa etmek için ne gerekiyorsa yapıldığını **ÖSO'nun** bu kapsamda ordu görevini üstleneceğini, terörle savaşacağını, jandarmanın ise onun altında huzuru sağlayan bir kolluk gücü olacağını ve benzer uygulamanın İdlib bölgesini de kapsayacağını da ifade etmiştir.[154]

Açıklamadan da anlaşıldığı üzere, Harekât sona erdikten sonra, TSK, bölgede genel güvenliği, dolayısıyla Türkiye'nin güvenliğini sağlamak amacıyla bulunmaktadır. Bölgenin karar alma mekanizması, yerel meclisler aracılığıyla, kolluk gücü ise, yerel halktan oluşturulan jandarma ve polis gücüyle sağlanacaktır. Türkiye'nin Harekât bölgesini yönetme gibi bir amacı ve uygulaması yoktur. Yukarıda da ifade edildiği gibi, TSK, Türkiye'nin güvenliğini sağlamak amacıyla bölgede bulunmaktadır. Türkiye'nin bölgedeki askeri varlığı işgalci olduğu anlamına gelmemektedir. Dolayısıyla Türkiye'nin **işgal rejimi uygulaması söz konusu değildir.**

Orantılılık ilkesi, silahlı çatışmalar hukuku *(jus in bello)* açısından da önem taşımaktadır. Orantılılık ilkesi, savaşçı statüsünde olmayanların zarar görmemesi veya özel mülkün aşırı ölçüde tahrip edilmemesiyle de ilgilidir. Meşru müdafaa hakkı çerçevesinde gerçekleştirilen

er, "İşgal Altındaki Yer" Maddesi, İnsancıl Hukuk Sözlüğü, Çev.: Selahattin Bağdatlı, İletişim Yayınları, 2002, s. 173 vd.

154 Muharrem Sarıkaya, "Suriye'de Yeni Ordu Kuruluyor", Habertürk, 30 Haziran 2017

eylemin haklı bir savaş uygulaması olması, silahlı çatışmalar sırasında uyulacak kurallara uygun olduğu anlamına gelmemektedir. Meşru müdafaa hakkını kullanan devlet, uluslararası hukukun kabul etmediği yöntemlere başvurmaktan kaçınmakla yükümlüdür.[155] Orantılılık ilkesinin getirdiği sınırlamalardan birisi de, kullanılacak araçların da meşru savunmayı gerektiren ihlalle orantılı ve onun gerektirdiği araçlar olması gereğidir. Bu bağlamda, gereksiz sivil kaybına yol açılmaması gerekir.[156] Bu sınırlama, özellikle silahlı çatışmalar hukuku bağlamında karşımıza çıkmaktadır.[157] Cenevre Sözleşmelerine Ek I ve Ek II nolu Protokoller, sivillerin korunması konusunda ve orantılılık ilkesi konusunda hükümler içermektedir. Fırat Kalkanı Harekâtında orantılılık koşuluna uyulmuştur. Herşeyden önce Harekât sırasında kuvvet kullanımı makul ölçülerde kalmıştır. En başta sivillere zarar verilmemesi için azamî özen gösterilmiştir. Bu konudaki gereken tedbirler alınmıştır.[158]

iii) Gereklilik ve Aciliyet

Meşru müdafaa hakkının sınırlarından birisi de, *gereklilik ilkesi*dir. BM Şartının 51. maddesinde yer almamasına rağmen, örf ve âdet hukukundan kaynaklanan gereklilik ilkesi, mağdur devlet açısından saldırının durdurulabilmesi için kuvvet kullanılmasından başka bir seçeneğin kalmaması, kuvvet kullanılmasının zorunlu olmasıdır.

---

155 Topal, s. 156

156 Keskin, s. 51

157 Silahlı çatışmalar sırasında orantılılık ilkesi için bkz. Melike Batur Yamaner, Silahlı Çatışmalarda Sivillerin Korunması, Arıkan Yayınları, İstanbul, 2007, s. 81

158 28 Eylül 2016 tarihli MGK Basın Bildirisinde, "Bu Harekât, kısa sürede çok ciddi bir darbe vurulan DEAŞ'la mücadelenin, başka terör örgütlerine alan açmadan ve sivillere zarar vermeden etkin şekilde yürütülebileceğinin bir örneği olarak değerlendirilmiştir." denilerek bu hususa dikkat çekilmiştir (para. 5) http://www.mgk.gov.tr/index.php/28-eyluel-2016-tarihli-toplant (E.T. 28.05.2017). Ayrıca Başbakanlık Koordinasyon Merkezinden "Fırat Kalkanı Operasyonu" hakkında yapılan basın açıklamasında, "Fırat Kalkanı Harekâtı sırasında sivillerin vurulduğuna veya hedef alındığına ilişkin iddialar gerçeği yansıtmamaktadır. Suriye'de icra edilen Harekât kapsamında bölgede yaşayan sivil halkın zarar görmemesi için Türk Silahlı Kuvvetleri her türlü tedbiri almakta ve bu konuda azami hassasiyet göstermektedir." ifadesi yer almıştır. https://www.basbakanlik.gov.tr/Forms/_Article/pg_Article.aspx?Id=2a0e4e31-1a6d-4d65-9074-cc8b7097d0f6 (E.T. 11.05.2017)

Suriye, ülkesinden Türkiye'ye yönelik terör saldırılarını önlemekle yükümlüdür.[159] Ancak Suriye'nin belirli bölgelerinde bir otorite boşluğunun varlığı, yönetimin bu alanlardaki acziyeti ve gerekli devlet egemenliğini kuramamış olması, terör örgütlerinin söz konusu alanlara hâkim olması sonucu doğurmuştur. DAEŞ ve PYD/YPG terör örgütleri, otorite boşluğundan yararlanarak Türkiye yönelik saldırılar gerçekleştirmiş ve bu saldırılar sonucu birçok insan hayatını kaybetmiş, maddi zararlar doğmuş, Türkiye'nin egemenliği ihlal edilmiştir. Suriye, bu saldırıların önlenmesi konusunda yetersiz kalmış ve isteksiz davranmıştır.[160]

Suriye yönetimi, ülkesinden Türkiye'ye yönelik saldırıları önleyebilecek durumda değildir. Foreign Policy verilerine göre, Suriye, 2016 yılının kırılgan devletler listesinde (*fragile states index*) 178 devletin 6. sırasında,[161] Fund for Peace tarafından yayımlanan 2017 yılının kırılgan devletler listesi verilerine göre ise 178 devletin 5. sırasında yer almaktadır.[162] Dolayısıyla DAEŞ'in Türkiye'ye yönelik saldırılarının engellenebilmesi için son çare olarak Türkiye açısından kuvvet kullanılması yolu kalmıştır. Zira Suriye DAEŞ terör örgütünün Türkiye'ye yönelik saldırılarını önleme konusunda gereken yeterliliğe ve isteğe sahip değildir. Türkiye, 20 Temmuz 2015 tarihinde DAEŞ tarafından gerçekleştirilen Suruç saldırısından sonra 24 Temmuz 2015 tarihinde, BM Güvenlik Konseyi üyelerine ve BM Genel Sekreteri'ne "*Belli ki, Suriye'deki rejim,*

---

159 BM Genel Kurulu'nun 24 Ekim 1970 tarihli ve 2625 (XXV) sayılı Devletler Arasında Birleşmiş Milletler Şartına Uygun Şekilde Dostane Münasebetler Kurmaya ve İşbirliği Yapmaya Dair Milletlerarası Hukuk İlkeleri Hakkında Bildiriye göre, her devlet, bir başka devletin içindeki sivil mücadele hareketleri ya da terörist hareketleri örgütlemek, kışkırtmak, bunlara yardımda bulunmak ya da bunların içinde yer almaktan ya da bu tür hareketlerin yürütülmesine yönelik olarak kendi toprakları içinde yürütülen örgütlü etkinliklere rıza göstermekten, bu paragrafta sözü edilen hareketler güç tehdidi ya da güç kullanımı içerdiği zaman, kaçınmakla yükümlüdür. A/RES/25/2625, Declaration on Principles of International Law concerning Friendly Relations and Co-operation among States in accordance with the Charter of the United Nations.

160 Suriye'deki durumun "isteksiz ve aciz devlet teorisi" açısından tartışılması konusunda bkz. Derya Aydın Okur, "Işid'e Karşı Suriye'de Yapılan Operasyonların Meşruiyeti Bakımından 'İsteksiz ya da Aciz Devlet' Teorisi", *İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 14, Sayı 2, Temmuz 2015, s. 39-65

161 http://foreignpolicy.com/fragile-states-index-2016-brexit-syria-refugee-europe-anti-migrant-boko-haram/ (E.T. 14.07.2017)

162 http://fundforpeace.org/fsi/ (E.T. 14.07.2017)

*Suriye kaynaklı ve Türkiye'nin ve halkının güvenliğini tehlikeye atan bu tehditleri önlemekte **ne yeterli ne de isteklidir.***[163] *BM Sözleşmesi'nin 51'inci maddesi çerçevesinde, tek başına ya da kolektif şekilde kendini savunmak, uluslararası hukuka göre doğal hakkımızdır. Buna dayanarak, Türkiye, Küresel Koalisyonun üyeleriyle koordinasyon içinde hareket etmek de dâhil olmak üzere, Suriye'deki DAEŞ'e karşı kendi vatandaşlarını ve topraklarını korumak ve terör tehdidine karşı koymak için gerekli ve orantılı askeri hamleleri başlatmıştır..."* ifadelerini içeren bir mektup göndermiştir.[164]

Gereklilik ilkesi, barışçı çözüm yollarının uygulanabilir ya da uygulansa bile etkili olmadığı anlamına gelir. Kuvvet kullanımına başvurmadan önce, barışçı çözüm yollarının tüketilmiş olması ya da barışçı çözüm yollarının sonuç vermeyeceğinin açık olması gerekir.[165] BM Şartı'nın 2/3. maddesi, BM üyelerinin "uluslararası nitelikli uyuşmazlıklarını uluslararası barış, güvenlik ve adaleti tehlikeye düşürmeyecek şekilde, barışçı yollarla çözeceklerini öngörmektedir. Ancak BM Şartı, devletleri muhatap almaktadır. Teröristler bu sistemin dışındadırlar. Teröristlerin saldırılarının önlenmesi için barışçıl yöntemler denense bile, bu hiçbir şekilde teröristlerle müzakereyi de kapsayan bir yükümlülük olarak anlaşılmamalıdır.[166] Doğrudan Türkiye ve DAEŞ arasında olmasa bile, genel olarak Suriye'deki durum için barışçı yollar tüketilmiştir. Taraflara ateşkes çağrısı yapılmış, Annan Planı devreye sokulmuş, BM Güvenlik Konseyi de 2042 sayılı Kararla bunu onaylamış olmasına rağmen taraflar ateşkes kurallarına uymamıştır. 2043 sayılı Güvenlik Konseyi kararı ile oluşturulan BM Gözlemci Misyonundan (UNSMIS) da ateşkesin sağlanması konusunda bir sonuç alınamamıştır. ABD, Avrupa Birliği ve Arap Birliğinin uyguladığı yaptırımlar etkili olamamıştır. Diğer bir ifade ile barışçı çözüm yolları tüketilmiştir.[167]

---

163 Vurgu bize aittir.

164 http://www.haberturk.com/gundem/haber/1157613-turkiye-cumhuriyeti-hukumetinden-bmye-tarihi-daes-mektubu (E.T. 24.07.2017). Taşdemir'e göre de Türkiye, DAEŞ ve PYD/YPG'ye karşı "yönetilemeyen alan", "aciziyet" ve "devam eden saldırı" ölçütleri çerçevesinde Suriye'ye bireysel meşru müdafaa hakkına sahiptir. Fatma Taşdemir, "Kuvvet Kullanma Hukuku (Jus Ad Bellum) Açısından IŞİD İle Mücadele", Suriye, Çatışma ve Uluslararası Hukuk, Ed.: Fatma Taşdemir, Nobel Yayınları, Ankara, 2016, s. 83

165 Topal, s. 151

166 Hancılar, s. 74

167 Ülkü Halatçı Ulusoy, "Uluslararası Hukuk Açısından Libya ve Suriye Örneğinde

Meşru müdafaa hakkında *aciliyet ilkesi,* kuvvet kullanımının derhal yapılmasını gerektirir. Saldırı ile savunma arasında zaman bakımından bir kopukluk bulunmamalıdır. Türkiye'nin meşru müdafaa hakkı bu açıdan değerlendirildiğinde, aciliyet ilkesine riayet edildiği söylenebilir. Zira DAEŞ saldırıları süreklilik göstermektedir. Terör saldırıları devam eden bir nitelik taşımaktadır. Dolayısıyla Türkiye'nin hala devam eden terör saldırısı altında olduğu söylenebilir. Bir saldırının varlığı da meşru müdafaa hakkını doğurur. Ayrıca 20 Ağustos 2016 tarihinde Gaziantep'te bir sokak düğününde canlı bomba eylemi sonucu 51 kişi hayatını kaybetmiş, 23 Ağustos günü ise, yine Gaziantep'in Karkamış ilçesine roket saldırısı düzenlenmiştir. Harekât ise 24 Ağustos günü başlamıştır. Dolayısıyla son saldırılar ve savunma arasında zaman boşluğu bulunmamaktadır. Bu açıdan da aciliyet ilkesine riayet ettiği söylenebilir.[168]

Sonuç

Suriye'nin belirli bölgelerinde bir otorite boşluğunun varlığı, yönetimin bu alanlarda gerekli devlet egemenliğini kuramamış olması, terör örgütlerin söz konusu alanlara hâkim olması sonucu doğurmuştur. DAEŞ ve PYD/YPG terör örgütleri, otorite boşluğundan yararlanarak Türkiye yönelik saldırılar gerçekleştirmiş ve bu saldırılar sonucu birçok insan hayatını kaybetmiş, maddi zararlar doğmuş, Türkiye'nin egemenliği ihlal edilmiştir. Türkiye'nin bu saldırıları bertaraf etmesi zorunluluğu doğmuştur. Bu yüzden Fırat Kalkanı Harekâtı'nı gerçekleştirmiştir.

Harekâtın iç hukuk ve uluslararası hukuk açısından değerlendirmesi yapıldığında, Türkiye, Harekâtı gerçekleştirebilmek için iç hukukunda gereken TBMM kararlarını almış, iç hukuk açısından Harekât'ın meşru temellerini oluşturmuştur. Uluslararası hukuk açısından değerlendirildiğinde ise, başka bir devletin ülkesinde kuvvet kullanma yet-

---

Koruma Sorumluluğu", *TAAD,* Yıl 4, Sayı 14, Temmuz 2013, s. 288

168 Nitekim Başbakanlıktan yapılan açıklamaya göre, "23.08.2016 tarihinde Gaziantep'in Karkamış ilçesine yapılan roket saldırıları üzerine, halkımızın can ve mal güvenliğini korumak ve yapılan sınır ihlallerini önlemek amacıyla Türk Silahlı Kuvvetleri tarafından operasyon başlatılmıştır." https://www.basbakanlik.gov.tr/Forms/_Article/pg_Article.aspx?Id=3bc66a60-96f3-46e1-8de5-6eeb0dd2efe6 (E.T. 28.05.2017)

kisi, BM Güvenlik Konseyi kararları ya da meşru müdafaa hakkı ile mümkün olmaktadır. Türkiye, Harekâtı bireysel meşru müdafaa hakkına dayandırmıştır. Harekâtın ana amacını meşru müdafaa hakkının kullanılması oluşturmaktadır.

Meşru müdafaa hakkı açısında değerlendirildiğinde ise Suriye, terör örgütlerinin saldırılarının önlenmesi konusunda yetersiz kalmış ve isteksiz davranmıştır. Bu saldırıların "silahlı saldırı" boyutuna ulaşacak düzeyde yoğun ve ciddi olması sebebiyle, Türkiye'nin meşru müdafaa hakkı doğmuştur. Terör örgütlerinin saldırıları, bir bütün olarak değerlendirilmelidir. Zira bir bütün olarak değerlendirildiğinde, silahlı saldırı düzeyinde olduğu açıktır.

Bu saldırıların durdurulması için, Türkiye açısından kuvvete başvurma en son çare olmuştur. Türkiye'nin meşru müdafaası orantılı olmuştur. Türkiye, meşru müdafaa hakkını saldırıyı bertaraf edecek ölçüde kullanmış ve sivillerin zarara uğramaması için gereken tedbirleri almıştır. Bu yüzden Türkiye, meşru müdafaa hakkını kullanabilmek için Fırat Kalkanı Harekâtı'nı gerçekleştirmiştir.

Diğer devletlerin, büyük ölçüde Türkiye'nin meşru müdafaa hakkının varlığını kabul ettikleri görülmektedir. Ancak Suriye Harekâta karşı çıkarken, Rusya ve İran, Türkiye'nin meşru müdafaa hakkını göz ardı ederek, sorunu terörizmle mücadele çerçevesinde değerlendirmişlerdir.

Kaynakça

Acer Yücel, Uluslararası Hukukta Saldırı Suçu, Roma Yayınları, Ankara, 2004

Acun Can-Keskin Bünyamin, PKK'nın Kuzey Suriye Örgütlenmesi PYD-YPG, SETA Raporu, SETA Yayınları, 2. Baskı, 2017

Aral Berdal, Uluslararası Hukukta Meşru Müdafaa Hakkı, Siyasal Kitabevi, Ankara, 1999

Bingöl Oktay, Suriye'de Kürt Hareketi: PYD/YPG'nin PKK ve Bölgesel Kürt Dinamiği İle İlişkisi ve Türkiye'ye Etkileri, Rapor-014, 13.06.2016, Merkez Strateji Enstitüsü, https://www.academia.edu/26431683/Rapor_014_Suriyede_K%C3%BCrt_Hareketi_PYD_YPGnin_PKK_ve_B%C3%B6lgesel_K%C3%BCrt_Dinami%C4%9Fi_%C4%B0le_%C4%B0li%C5%9Fkisi_ve_T%C3%BCrkiyeye_Etkileri

Denk Erdem, Silahlı Kuvvet Kullanımıyla İlgili TBMM Kararları, Siyasal Kitabevi, Ankara, 2011

Erkmen Serhat, Suriye'de Kürt Hareketleri, ORSAM Rapor No: 127, Ankara, 2012

Geneva Academy of International Humanitarian Law and Human Rights, Foreign Fighters under International Law, Academy Briefing No.7, October 2014

Goodman Ryan, "Turkey's US-Backed Operation in Syria Has Created an International Armed Conflict", https://www.justsecurity.org/33643/us-backed-turkey-operation-syria-creates-international-armed-conflict/

Güçtürk Yavuz, İnsanlığın Kaybı Suriye'deki İç Savaşın İnsan Hakları Boyutu, SETA Yayınları, Ankara, 2014

Gündüz Aslan, Milletlerarası Hukuk, Konu Anlatımı, Temel Belgeler, Örnek Kararlar, Ed.: Reşat Volkan Günel, 7. Baskı, Beta Yayınevi, İstanbul, 2014

Gürler Recep Tayyip-Özdemir Ömer Behram, "El Kaide'den Post-Kaide'ye Dönüşüm IŞİD", *Türkiye Ortadoğu Çalışmaları Dergisi,* Cilt 1, Sayı 1, Mayıs 2014

Hancılar Özhan, PKK Terörizmi ve Türkiye'nin Uluslararası Hukuk Açısından Kuvvet Kullanma Hakkı, Gazi Kitabevi, Ankara, 2011

Hinnebusch Raymond-Zartman I. William, "UN Mediation in the Syrian Crisis: From Kofi Annan to Lakhdar Brahimi", International Peace Institute, New York, 2016

International Committee of the Red Cross, Violence and The Use of Force, Geneva, 2011

International Committee of the Red Cross, Annual Report 2012, Volume I, Geneva, 2013

Kaya Erdem-Ünal Bekir, "Suriye'nin Kuzeyindeki PYD Yapılanması ve Türkiye", Orta Doğu'da Değişim ve Türkiye, Ed.: Atilla Sandıklı- Erdem Kaya, BİLGESAM Yayınları, İstanbul, 2014

Kaya İslam Safa- Kara Süleyman Zahit, "Uluslararasılaşmış Silahlı Çatışmalarda İşlenen Savaş Suçları: Suriye Örneği", *Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 10, Sayı 131, Temmuz 2015

Keskin Funda, Uluslararası Hukukta Kuvvet Kullanma: Savaş, Karışma ve Birleşmiş Milletler, Mülkiyeliler Birliği Vakfı Yayınları, Ankara, 1998

Kretzmer David, "The Inherent Right to Self-Defence and Proportionality in Jus Ad Bellum", EJIL, 2013, Vol. 24, No. 1

Miş Nebi, "Suriye 2012", Ortadoğu Yıllığı, Ed.: Kemal İnat-Muhittin Ataman, Açılım Kitap, İstanbul, 2013

Okur Derya Aydın, "Işid'e Karşı Suriye'de Yapılan Operasyonların Meşruiyeti Bakımından 'İsteksiz ya da Aciz Devlet' Teorisi", *İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 14, Sayı 2, Temmuz 2015

Pazarcı Hüseyin, Uluslararası Hukuk Dersleri 4. Kitap, 2. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2006

Reeves Shane-Wallace David, "Has Turkey Occupied Northern Syria?", https://www.lawfareblog.com/has-turkey-occupied-northern-syria

Sarıkaya Muharrem, "Suriye'de Yeni Ordu Kuruluyor", Habertürk, 30 Haziran 2017

Saulnier, Françoise Bouchet "İşgal Altındaki Yer" Maddesi, İnsancıl Hukuk Sözlüğü, Çev.: Selahattin Bağdatlı, İletişim Yayınları, 2002

Shany Yuval-Cohen Amichai-Mimran Tal, "ISIS: Is the Islamic State Really a State?", https://en.idi.org.il/articles/5219

Sheikh Salman Rafi, "Turkey's "Illegal Invasion" of Syria: Operation "Euphrates Shield" Turns Into Operation "Occupation", http://www.globalresearch.ca/turkeys-illegal-invasion-of-syria-operation-euphrates-shield-turns-into-operation-occupation/5548280

Şardan Tolga, "YPG, PKK'nın Suriye hareketidir", Milliyet, 13 Şubat 2016

Taşdemir Fatma, Uluslararası Terörizme Karşı Devletlerin Kuvvete Başvurma Yetkisi, USAK Yayınları, Ankara, 2006

Taşdemir Fatma, Uluslararası Nitelikte Olmayan Silahlı Çatışmalar Hukuku, Adalet Yayınevi, Ankara, 2009

Taşdemir Fatma, "Kuvvet Kullanma Hukuku (Jus Ad Bellum) Açısından IŞİD İle Mücadele", Suriye, Çatışma ve Uluslararası Hukuk, Ed.: Fatma Taşdemir, Nobel Yayınları, Ankara, 2016

Terörün Geldiği Yeni Boyut: IŞİD Örneği, BİLGESAM Rapor No: 67, İstanbul, 2015

Tezcan Ercüment-Taşdemir Fatma, Silahlı Çatışmalar Hukuku ve İnsan Hakları Hukuku Açısından Suriye İç Savaşının Analizi, Ankara Strateji Enstitüsü, Ankara, 2013

Topal Ahmet Hamdi, Uluslararası Terörizm ve Terörist Eylemlere Karşı Kuvvet Kullanımı, Beta Yayınları, İstanbul, 2005

Tunç Abdullah, Uluslararası Hukukta Davetle Müdahale, Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 2015

Tütüncü Ayşe Nur, İnsancıl Hukuka Giriş, Beta Yayınları, İstanbul, 2006

Ulusoy Ülkü Halatçı, "Uluslararası Hukuk Açısından Libya ve Suriye Örneğinde Koruma Sorumluluğu", *TAAD,* Yıl 4, Sayı 14, Temmuz 2013

Yamaner Melike Batur, Silahlı Çatışmalarda Sivillerin Korunması, Arıkan Yayınları, İstanbul, 2007

Yeşiltaş Murat-Özdemir Ömer Behram-Öncel Rıfat-Düz Sibel-Öztürk Bilgehan, Sınırdaki Düşman Türkiye'nin DAİŞ İle Mücadelesi, SETA Yayınları, İstanbul, 2016

12 Ağustos 1949 tarihli Cenevre Sözleşmeleri ve Ek Protokolleri, Yayına Hazırlayanlar: Melike Batur Yamaner-A. Emre Öktem-Bleda Kurtdarcan-Mehmet C. Uzun, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, İstanbul, 2008

2017 Yılına Girerken Dış Politikamız, Dışişleri Bakanlığı'nın 2017 Mali Yılı Bütçe Tasarısının TBMM Genel Kurulu'na Sunulması Vesilesiyle Hazırlanan Kitapçık, http://www.mfa.gov.tr/site_media/html/2017-yili-basinda-dis-politikamiz.pdf

ASKERİ ÜST UÇUŞLAR İLE SAHİL GÜVENLİK GEMİLERİNİN FALİYETLERİNİN GAYRİ ASKERİ STATÜDEKİ EGE ADALARI BAKIMINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ

ASSESSMENT ON THE OVERFLIGHT OF MILITARY AIRCRAFTS AND THE ACTIVITIES OF THE COAST GUARD SHIPS WITHIN THE CONTEXT OF THE DEMILITARIZED STATUS OF AEGEAN ISLANDS

Ali İbrahim AKKUTAY*

Özet: Yunanistan'ın Ege Adalarının gayri askeri statüsünü aşındırmaya hatta uygulanamaz hale getirmeye çalıştığı artık herkes tarafından bilinen bir gerçektir. Yunanistan, bu amacını gerçekleştirmek için yalnızca adaların kara ülkesinde istihkâmda bulunmamakta, ülkenin üç boyutlu yapısını göz önünde bulundurarak hava ve deniz ülkesinde askeri unsurların bulunmasını sağlayacak faaliyetlere girişmektedir. İşte Yunanistan'ın bahse konu faaliyetlerinin konusunu oluşturabilecek iki hususa da dikkat çekilmesinde fayda bulunmaktadır. Bunlar adalar üzerinden gerçekleştirilen askeri üst uçuşlar ve sahil güvenlik gemilerinin faaliyetleridir. Her ikisi de Yunanistan'ın gayri askeri statüyle oluşturulan sınırlı egemenlik anlayışına bağlı hükümlerle uyumlu olmayıp uluslararası hukuka aykırı sonuçlar yaratmaktadır. Bu nedenle bu faaliyetlerin gayri askeri statüye etkisi incelenmiştir.

Anahtar Kelimeler: Gayri Askeri Statü, Askeri Üst Uçuşlar, Sahil Güvenlik Gemileri

Abstract: It is now a well known fact that Greece has been trying to corrode and vanish the demilitarized status of the related Aegean Islands. With regard to this purpose Greece has been not only establishing fortification on the lands of these islands but also giving all her effort for the presentation of military components both in the airspace and territorial waters of the islands. Therefore it is important to pay attention on two points. These are the overflights of the military aircrafts through the airspace of these islands and the activities of coast guard ships in the territorial waters. Both of them are not in comply with the restrained sovereignty constituted by the demilitarized status, and they are causing the breach of international law. Thus the effects of these two issues are assessed.

Keywords: Demilitarized Status, Overflight of Military Aircrafts, Coast Guard Ships

* Dr., Gazi Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Milletlerarası Hukuk ABD, aakkutay@gazi.edu.tr.

GİRİŞ

Gayri askeri statüdeki ege adalarının hukuki rejimi Altı Büyük Devlet Kararı, 1923 tarihli Lozan Barış Antlaşması, Lozan Boğazlar Sözleşmesi ve 1947 tarihli Paris Barış Antlaşması ile belirlenmiş olup, anılan antlaşmaların ilgili hükümleri uyarınca yasaklanan askeri faaliyetler ile bu faaliyetlerin istisnalarını sarih şekilde düzenlemiştir. Bununla birlikte zaman içerisinde Yunanistan'ın gayri askeri statüyü esneterek ortadan kaldırma çabası ortaya çıkmıştır. Yunanistan veya üçüncü devletler ile uluslararası örgütlerin bu adalar üzerinden gerçekleştirecekleri askeri üst uçuşlar ile aynı adaların karasularında sahil güvenlik gemileri aracılığıyla icra edecekleri faaliyetler askeri niteliktedir.

Yunanistan'ın, üçüncü devletleri ve uluslararası örgütleri de sürece dâhil ederek, bu statüye aykırı tutum ve eylemler içerisinde olduğu kamuoyuna yansımaktadır. Dolayısıyla konunun iki ayrı başlık altında askeri üst uçuşlar ve sahil güvenlik gemilerinin faaliyetleri bakımından ele alınması ve gayri askeri statü bakımından ortak bir şekilde değerlendirilmesi önem taşımaktadır.

Devleti oluşturan unsurlardan birisi olan ülkenin üç boyutlu özelliği dikkate alınarak, hava ülkesinde gerçekleştirilen faaliyetlerin de aynı kara ülkesinde gerçekleştirilen faaliyetler gibi sonuç doğuracağının ortaya konmasının yanı sıra sahil güvenlik gemilerinin ve bağlı unsurlarının 1982 Birleşmiş Milletler Deniz Hukuku Sözleşmesi (BMDHS)[1] ve uluslararası örf ve adet hukuku kuralları çerçevesinde savaş gemisi kapsamında olduğunun bilinciyle hareket edilmesi Türkiye'nin milli menfaatleri açısından hayati önem taşımaktadır.

Ayrıca insansız hava ve deniz araçlarının kullanımının yaygınlaşması ve söz konusu araçların gelişen teknolojiye bağlı olarak taşıdığı özelliklerin günden güne değişikliğe uğraması, Türkiye'nin ilgili uluslararası antlaşmaların hükümleriyle sahip olduğu hak ve yetkileri hiçbir esneklik olmaksızın kullanmasını zaruri kılmaktadır.

Bu sebeplerle Türkiye, askeri üst uçuşlar ve sahil güvenlik gemilerinin faaliyetleri bakımından, hukuki zemin kaybına uğramasını engelleyecek adımlar atmasını gerektiren bir dönemece girmektedir.

---

1 United Nations Convention on the Law of the Sea, 10 December 1982, 1833 UNTS 396, No. 31363.

Çalışmada Türkiye'nin sahip olduğu hak ve yetkiler ile sergilemesi gereken tutum ve eylemler uluslararası hukuk çerçevesinde ortaya konmaktadır.

I. TERMİNOLOJİ SORUNU

Çalışmanın konusunun anlaşılabilmesi bakımından tesis edilen gayri askeri statüye ve bu statüye ilişkin gerçekleştirilen bir takım faaliyetlere yönelik terminolojik kullanımın açıklanması gerekmektedir.

1. Üst Uçuş

Üst uçuş, gerek sivil, gerekse askeri hava araçları bakımından, ilgili hava aracının tabiyetinde olduğu devletin hava sahası üzerinden veya bu hava sahasından çıkarak uluslararası hava sahasından yahut bir başka devletin hava sahasından transit şekilde gerçekleştirilen uçuşları ifade etmektedir. Üst uçuşun kapsamına hava sahası ile uzay arasındaki sınırı belirleyen yüksekliğin altındaki uçuşlar girmektedir. Çok yüksek irtifadan gerçekleştirilen uçuşlar, üst uçuş kapsamında ele alınmamaktadır.[2] Bununla birlikte uluslararası hukukta hava ülkesi bakımından kesin bir yükseklik kriteri oluşturulamamaktadır. Ayrıca kesin bir sınır belirlense dahi devletlerin sahip oldukları ve hava araçlarının gelişen teknolojileri, söz konusu sınırın her zaman sorgulanmasına neden olabilecek etkiler doğurur. Bu nedenle hak kaybına uğramamak bakımından atmosferin içinde kalan hava kütlesini üst sınır olarak belirlemek hem hak kaybını önler hem de uluslararası hukuka aykırı olmayan bir çözümü oluşturur.

Üst uçuşun bu özelliği taşımasının temel bir nedeni bulunmaktadır. O da bir başka devletin ulusal hava sahasından geçen hava aracının, o devletin ülkesine girdiğinin kabul edilmesidir. Bir başka ifadeyle bir hava aracı bir başka devlet hava sahasına girdiği andan itibaren

---

2 Jan Wouters and Bruno Demeyere, "Overflight", in R. Wolfrum (ed), The Max Planck Encyclopedia of Public International Law, Oxford University Press, 2008 –, online edition, 2008, para. 1, 2. (Son erişim tarihi 15.08.2017) Ayrıca sivil havacılığa ilişkin düzenlenen üst uçuş hakkı için bkz. Isabella H. Philepina Diederiks-Verschoor, An Introduction to Air Law, Ninth Revised Edition, Pablo Mendes de Leon (Ed.), Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, 2012, s. 22. Hava sahasının üst sınırı bakımından kullanılabilecek objektif yöntemler bakımından bkz. Ömer İlhan Akipek, Hava Sahasının Devletler Hukuku Bakımından Durumu, Ankara: Güzel Sanatlar Matbaası, 1959, s. 11 – 14.

o devletin mutlak egemenlik alanı olan hava ülkesinde, yani geniş anlamıyla ülkesinde bulunmuş olur. Bu sebeple de devletin hava sahası olarak belirlenecek yüksekliğin altından veya üstünden uçuş ayrımı yapılmaktadır. Bu yüksekliğin ne şekilde tespit edileceğine dair bir kesinlik bulunmamaktadır. Bu nedenle bir hava aracının yabancı devlet hava sahasından transit geçişlerinin yükseklik kriterinden bağımsız olarak o devlet ülkesinde bulunulması anlamına geldiği uluslararası hukuktaki genel kabuldür.

2. Askeri Üst Uçuş

Askeri üst uçuş, bir devlete ait askeri nitelikteki hava aracının kendi hava sahasından yahut yabancı devlet hava sahasından geçişini ifade etmektedir. Bununla birlikte uluslararası hukukta askeri hava aracının niteliği tartışmalıdır.[3] Öncelikle ortaya konması gereken husus bir hava aracının askeri hizmette kullanılıyor olmasının onun askeri hava aracı niteliğinde olup olmadığıdır. Askeri hizmette kullanılmanın da ne anlama geldiğinin ayrıca ortaya konması gerekmektedir. Buna göre askeri disipline tabi hava aracı ile herhangi bir hava aracının o anki kullanılışı itibariyle askeri kuvvetlere yardım etmesi ya da destek olması durumunda o hava aracının askeri hizmette kullanıldığı kabul edilir. Bu tür durumlarda sözü edilen askeri disiplin ve örgütlenme olmaz.

Bununla birlikte Sivil Havacılık Sözleşmesi'nin (Chicago Sözleşmesi) 3(b) maddesi[4] askeri hizmette kullanılan hava araçları bakımından anılan Sözleşmenin hükümlerinin uygulanamayacağını ortaya koymaktadır. Yani transit uçuşu gerçekleştiren hava aracı askeri hizmetin bir parçası olarak kullanılıyorsa askeri hava aracı olarak kabul edilmektedir.[5] Bu nedenle de askeri üst uçuşlar belirlenirken uçuşu gerçekleştiren hava aracının uyruk devleti tarafından tesciliyle beraber, askeri hizmete ilişkin özellikler taşıyıp taşımadığının değerlendirilmesi gerekir.

---

3 Bkz. Nicholas Grief, *Public International Law in the Airspace of the High Seas*, Dodrecht/Boston/London: Martinus Nijhoff Publishers, 1994, s. 86 – 88.

4 Convention on International Civil Aviation, 7.12.1944, 15 UNTS 295, No. 102.

5 Berat Lale Akkutay, "Uluslararası Hukukta Sivil ve Devlet Hava Aracı Ayrımı", *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, Yıl 8, Sayı 31, Temmuz 2017, s. 327.

3. Gayri Askeri Statü

Gayri askeri statü, devletlerin egemenliğine getirilen bir kuraldışılıktır.[6] Gayri askeri statü kavramsal olarak, belirli bir coğrafi lokasyonda yer alan askeri varlığın ve silahlandırmanın azaltılmasını ya da tamamen ortadan kaldırılmasını ifade etmektedir. Söz konusu kavramın uygulanması durumunda silah, cephane ve askeri unsurların askeri amaçlarla kullanılmasının engellenmesi söz konusu olur.[7] Yani gayri askeri statü tesis edilmesinin tek amacı bölgenin askeri unsurlardan veya silahtan arındırılması değil, söz konusu silah ve unsurların herhangi bir nedenle o coğrafyada kullanılmasının önüne geçmektir.

Gayri askeri statüdeki Ege adaları bakımından, Türk doktrininde "gayri askeri statü" ifadesi yerine başka terimlerin kullanıldığı görülmektedir. Bu konuda en yaygın iki kullanım "silahsızlandırılmış statü" ve "askerden arındırılmış statü"dür. Esas itibariyle Türkçe literatürde kullanılan ve Türk doktrininde özü itibariyle aynı kavramsal içeriği belirten ve uluslararası platformda "demilitarized" kelimesiyle nitelenen söz konusu statüyü ifade etmek için "gayri askeri statü" teriminin kullanılması iç hukukta ve uluslararası hukukta iki açıdan önem taşımaktadır.

İç hukuk bakımından kurumsal iletişim problemlerinin doğması ihtimalini ortaya çıkarmaktadır. Şöyle ki özellikle "silahsızlandırılmış statü" ifadesinin kullanımı uygulayıcılar bakımından hata yapma ihtimalini arttırmaktadır. Zira detayları üzerinde durulacak olan gayri askeri statü yalnızca silahsızlandırmayı kapsamamaktadır.[8] Anılan statü bir devletin silahlı kuvvetlerine dair bütün unsurları kapsamı içerisine almaktadır. Çalışmanın konusunu oluşturan askeri üst uçuşlar bakı-

---

6 Seha L. Meray, Devletler Hukukuna Giriş Birinci Cilt, İkinci Baskı, Ankara: Ajans Türk Matbaası, 1960, s. 284.

7 Kees Kingma and Nico Schrijver, "Demilitarization", in R. Wolfrum (ed), The Max Planck Encyclopedia of Public International Law, Oxford University Press, 2008 –, online edition, 2010, para. 1. (Son erişim tarihi 15.08.2017)

8 Gayri askeri statü, silahsızlandırmayı da kapsamaktadır. Dolayısıyla "silahsızlandırılmış statü" ifadesinin kullanılmasının tercih edilmesi durumunda gayri askeri statüye ilişkin diğer bütün olasılıklar denklem dışına çıkarılmış olur. Böyle bir durumda silahsız savaş gemilerinin adaları ziyareti ve aynı şekilde silahsız askeri hava araçlarının üst uçuşlarının bu statünün kapsamında görülmediği algısı yaratılmış olur. Dolayısıyla konuya ilişkin uluslararası antlaşmaların içeriklerinin sınırları bu uygulamalar çerçevesinde sorgulanır hale gelir.

mından dikkate alındığında silahsızlandırılmış ifadesinin kullanılması askeri amaçlarla kullanılmayan askeri hava araçlarının uçuşuna ve hatta ikametine müsaade verir bir nitelik kazanacaktır. "Askerden arındırılmış statü" ifadesiyse, sanki asker dışında bir devlete ait silahlı unsurların kapsam içinde olmayacağı izlenimi yaratmaktadır. Ege adalarının gayri askeri statüsüne ilişkin ilgili uluslararası antlaşmalar bu bakımdan tartışma yaratmayacak açıklıkta olsa da yine uygulayıcılar bakımından pek çok sorunu beraberinde getirebilme olasılığı bulunmaktadır. Bu sebeple amacı ve yabancı dillerdeki kullanımını doğrudan karşılayacak olması sebebiyle bahse konu statü bakımından "gayri askeri" statü ifadesinin kullanılması yerinde olacaktır.

Özman gayri askeri statüyü ifade etmek için "adaların askerden ve silahtan arındırılması" ifadesini kullanmaktadır.[9] Söz konusu kullanım göstermektedir ki tek başına askersizleştirme ve tek başına silahsızlandırma terimlerinin kullanılması Ege Adaları bakımından tesis edilen statünün kapsamını karşılamamaktadır. O yüzden her iki terminolojiyi de içine alan "gayri askeri statü" ifadesinin kullanılması yerinde olacaktır.

Uluslararası hukuk bakımından, Türkçe literatürde kullanılan bir terminolojinin herhangi bir etkisinin olmayacağı düşünülebilir. Bununla birlikte ilgili uluslararası antlaşmaların yorumlanması bakımından özellikle Yunanistan'ın gayri askeri statüye ilişkin esaslı değişiklik iddiaları dikkate alındığında,[10] her türlü bilgi, belge ve dokümanı Türkiye aleyhine bir yorum aracı ve delil olarak kullanacağı açıktır. Özellikle "silahsızlandırılmış" statü ifadesinin kullanılması bu anlamda Yunanistan'ın gayri askeri statüyü esnetme politikasına katkı sağlayacak bir sonuç doğurabilir. Zira Türkçe olarak yazılan eserlerin, yalnızca Yunan yazarlarca değil, uluslararası hukuk alanında çalışan pek çok araştırmacı tarafından detaylıca incelendiği görülmektedir. Dolayısıyla uluslararası hukuk bakımından doğabilecek olumsuzlukları da önlemek amacıyla "gayri askeri statü" ifadesinin kullanılması gerekir. Aksi takdirde Türk doktrininde ve uygulamasında gayri askeri statünün kapsamının sorgulanmasına neden olacak uygulamaların bulunduğu uluslararası kamuoyuna servis edilebilir.

---

9 M. Aydoğan Özman, "Lozan Andlaşmalarında Ege Adalarının Statüsü", *Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi*, C. 43, S.3, 1988, s. 202. (197 – 206)

10 Bkz. Hüseyin Pazarcı, "Ege Adalarının Hukuksal Statüsü", *Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi*, C. 43, S. 3, s. 153 – 162.

Bir de insansız hava ve deniz araçları bakımından da aynı sorun başka şekillerde ortaya çıkabilir. Savaş gemilerinin ve askeri hava araçlarının tanımlanmasındaki güçlükler dikkate alındığında insansız deniz ve hava araçlarının gerçekleştirebilecekleri faaliyetlerin nicelik ve nitelik olarak daha tehditkâr bir durum yaratabilecek olması nedeniyle "gayri askeri" statü ifadesinde ısrar edilmesi önem taşımaktadır.

II. İLGİLİ ULUSLARARASI BELGELERDE OLUŞTURULAN GAYRİ ASKERİ STATÜNÜN ASKERİ ÜST UÇUŞLAR BAKIMINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ

Gayri askeri statü ifadesinin kavramsal içeriğinin yanı sıra bir de uluslararası antlaşmalarla oluşturulan hukuki kapsamının ortaya konması gerekmektedir. Zira kelime anlamı bakımından daha geniş ya da dar bir kuraldışılık oluşturulması her zaman devletlerin elindedir. Ege'de de mevcut gayri askeri statü, uluslararası antlaşmalar ile oluşturulan düzene dayanmaktadır. Askeri üst uçuşlar ile sahil güvenlik gemilerinin gayri askeri statüyü ihlal edip etmediği de bu hükümler çerçevesinde değerlendirilmektedir.

Yunanistan, karasuları, kıta sahanlığı ve FIR hattına ilişkin sorunlarda yarattığı gerginliklerde olduğu gibi hava sahasının kullanımı bakımından da 1923 Lozan Antlaşması ve 1947 Paris Antlaşması'nın ilgili hükümlerini ihlal ederek Ege adalarının gayri askeri statüsünü aşındırmaya çalışmaktadır.[11] Türkiye'nin adalara askeri unsurların yerleştirilmesine karşı çıkmasına rağmen, Batı Avrupalı devletlerin de göz yummasıyla bu durumun çok fazla uluslararası kamuoyunun gündeminde tutulmamasını da sağlamaktadır.[12] Gayri askeri statüyü aşındırmanın en önemli örneklerinden birisini oluşturan, gayri askeri statüdeki adaların hava sahalarından gerçekleştirilen askeri transit uçuşlar meselesi, sahil güvenlik gemilerinin faaliyetleriyle birlikte önemli bir sorunu teşkil etmektedir. Sahil güvenlik gemilerinin uluslararası hukuk bakımından taşıdığı askeri nitelik nedeniyle bu adaların karasula-

---

11 Söz konusu faaliyetler bakımından bkz. Hüseyin Pazarcı, "Lozan Antlaşmasından 1974'e Kadar Ege'ye İlişkin Gelişmeler ve Yunanistan'ın Ege Politikası", içinde Türk-Yunan İlişkileri, Ankara: Genelkurmay Basımevi, 1986, s. 30 – 32. (19 – 33.)

12 Oral Sander, Türkiye'nin Dış Politikası, 3. Baskı, Ankara: İmge Kitabevi, 2006, s. 177. Bu süreçte Yunanistan bir yandan da silahlanmaya önem vermektedir. Söz konusu faaliyetler için bkz. Gülden Ayman, Neorealist Bir Perspektiften Soğuk Savaş Sonrası Yunan Dış Politikası: Güç, Tehdit ve İttifaklar, Ankara: SAEMK Yayınları, 2001, s. 37 – 41.

rında gerçekleştirdikleri faaliyetler de Yunanistan'ın mevcut statükoyu bozma çabasından başka bir anlama gelmemektedir.[13] Bu sebeple ilgili uluslararası antlaşmalarla oluşturulan gayri askeri statünün bu tarz faaliyetler bakımından nasıl bir kapsam oluşturduğunun uluslararası hukuk kuralları çerçevesinde değerlendirilmesi gerekmektedir.

1. Lozan Barış Antlaşması Uyarınca Tesis Edilen Gayri Askeri Statü

Ege Adalarından hangilerinin gayri askeri statüye tabi tutulduğuna dair, Lozan Barış Antlaşması'nın ilgili maddelerinin dikkate alınması gerekmektedir. Bu maddeler ile gayri askeri statü tesis edilerek Yunanistan'ın ülkesel egemenlik yetkisine kuraldışılık getirilmiştir.[14] Söz konusu kuraldışılık hem Yunanistan'a ait adaların ülkesini bütün yönleriyle kapsaması bakımından hem de burada yer alacak askeri unsur ve faaliyetler bakımından etkilerini doğurmaktadır.

A. Lozan Barış Antlaşması'nın 12. Maddesi Uyarınca Gayri Askeri Statü

Lozan Barış Antlaşması'nın 12. maddesinin[15], 1913 Londra

---

13 Statüko (Status Quo), belirli bir zamanda belirli bir yerde mevcut olan durumu ifade etmektedir. Normatif hukuk kurallarına başvurulmasını sağlayan hukuki bir gerçekliğin yanı sıra siyasi ve politik davranış biçimlerini de ifade eder. Uluslararası hukukta çok sınırlı bir alanda uygulanır ve BM sisteminde egemenlik yetkisinin sınırlandırılması bakımından dikkate alınır. (Susanne Wasum-Rainer, "Status Quo", in R. Wolfrum (ed), The Max Planck Encyclopedia of Public International Law, Oxford University Press, 2008 –, online edition, 2006, para. 4. (Son erişim tarihi 15.08.2017))

14 Dominik Zimmermann, "Lausanne Peace Treaty (1923)", in R. Wolfrum (ed), The Max Planck Encyclopedia of Public International Law, Oxford University Press, 2008 –, online edition, 2009, para. 4. (Son erişim tarihi 15.08.2017). Bir uluslararası antlaşmanın tarafı olmak, devletin kullanacağı egemenlik yetkisinin sınırlandırılması anlamına gelmektedir. Devletin o antlaşmadan kaynaklanan yükümlülüğüne uygun hareket etme zorunluluğu onun kullanacağı egemen yetkiler bakımından bir kuraldışılıktır. (James Crawford, Brownlie's Principles of Public International Law, Eighth Edition, Oxford: Oxford University Press, 2012, s. 450.) Lozan Barış Antlaşması başta olmak üzere Lozan Boğazlar Sözleşmesi ve Paris Barış antlaşması her uluslararası antlaşmada olduğu gibi, Yunanistan'ın egemenliğini sınırlandırmaktadır. Buradaki sınırlandırmanın niteliği ülkesel egemenliğe getirilen bir kuraldışılık olarak şekillenmiştir. Konu çok farklı mecralara çekilecek nitelikte değildir. Uluslararası antlaşmalara yönelik temel kural ve bulara dayanan yorumlar çok basit bir gerçekliği ortaya koymaktadır.

15 "İmbroz adası ile Bozcaada ve Tavşan Adaları dışında, Doğu Akdeniz Adaları ve özellikle Limni, Semadirek, Sakız, Sisam ve Nikarya Adaları üzerinde Yunan

Antlaşması'nın 5. ve 1923 Atina Antlaşması'nın 15. maddeleri uyarınca Altı Büyük Devlet kararına atıfta bulunması gayri askeri statüsünün tespit bakımından büyük önem taşımaktadır. Zira Altı Büyük Devlet kararı Lozan Antlaşması ile Yunanistan'a devredilen bütün adalara ilişkin bir statü tesis ettiği için, Lozan Antlaşması ile Yunanistan'a devredilen bütün adalar gayri askeri statüdedir.[16]

Ege Adalarının gayri askeri statüsü Yunanistan'ın egemenlik haklarına getirilen bir kuraldışılık olup, söz konusu kuraldışılık Türkiye bakımından farklı bir statü yaratan hükümlerle bir arada değerlendirilmesi, Yunanistan'ın uluslararası hukuka aykırı eylemi niteliğini taşıyacaktır.

Lozan Barış Antlaşması'nın 12. maddesi hükmü gayri askeri statü bakımından hava ülkesini ve buradan gerçekleştirilecek askeri üst uçuşları ayrı bir hukuki rejime tabi tutmadığı için söz konusu adalar üzerinden devletler ve şartlara bağlı olarak diğer devlet dışı aktörlerin gerçekleştirecekleri askeri üst uçuşlar anılan statüyü ihlal edecek ve dolayısıyla uluslararası hukuka aykırılık sonucunu yaratacaktır.

B. Lozan Barış Antlaşması'nın 13. Maddesi Uyarınca Gayri Askeri Statü

Lozan Barış Antlaşması'nın 12. maddesinde öngörülen gayri askeri statü aynı antlaşmanın 13. maddesiyle, Midilli, Sakız, Sisam ve Nikarya adaları bakımından özel bir hükme tabi tutulmuştur.[17] 13(1).

---

egemenliği konusunda 17/30 Mayıs 1913 tarihli Lozan Barış Antlaşması'nın 5. ve 1/14 Kasım 1923 tarihli Atina Antlaşması'nın 15. maddeleri uyarınca alınan ve 13 Şubat 1914 tarihinde Yunan hükümetine bildirilen karar, bu Antlaşmanın, İtalya'nın egemenliği altına konulan ve 15. maddede belirtilen adalara ilişkin hükümleri saklı kalmak üzere doğrulanmıştır. İşbu andlaşmada aykırı bir hüküm bulunmadıkça, Asya kıyısından 3 milden az bir uzaklıkta bulunan adalar, Türk egemenliği altında kalacaktır." (Lozan Barış Antlaşmasının metni için bkz. Lozan Barış Konferansı – Tutanaklar-Belgeler İkinci Takım Cilt II, Cilt 8, 3. Baskı, Çeviren Seha L. Meray, İstanbul: Yapı Kredi Yayınları, 2001.

16 Sertaç Hami Başeren, Ege Sorunları, Ankara: Türk Deniz Araştırmaları Vakfı Yayınları, 2006, s. 78.

17 Barışın sürekli olmasını sağlamak amacıyla Yunan Hükümeti, Midilli, Sakız, Sisam ve Nikarya adalarında aşağıdaki tedbirlere uymayı yükümlenir:
1. Bu adalarda hiçbir deniz üssü kurulmayacak, hiçbir istihkâm yapılmayacaktır.
2. Yunan askeri uçaklarının Anadolu kıyısı toprakları üstünde uçmaları yasak olacaktır.
Buna karşılık, Türk hükümeti askeri uçaklarının bu adalar üstünde uçmalarını

maddede yer verilen bu adalarda hiçbir deniz üssü kurulamayacağına ve istihkam yapılamayacağına yönelik hükmün içeriğinin, gayri askeri statünün Yunanistan'ın Türkiye'ye karşı saldırgan nitelikte hazırlıklara kalkışmasını önlemek amacıyla tesis edildiğini gözeterek yorumlanması gerekmektedir.[18] Bu nedenle deniz üssü ve istihkâm terimlerinin içerisine girebilecek her türlü saldırı hazırlığına yarayacak nitelikteki askeri araç, gereç ve istihkâmın adada bulundurulmasını gayri askeri statünün ihlali olarak değerlendirmek gerekmektedir.[19] Gayri askeri statünün Türkiye'ye yapılacak hazırlıkların engellenmesi amacıyla tesis edildiği göz önünde bulundurulduğunda bu tür hazırlıkların adalarda kalıcı olmayan askeri kuvvetlerle de gerçekleştirilebileceği görülmektedir. Bu nedenle saldırı ve savunma amaçlı geçiş ayrımındaki zorluk askeri hava araçlarının da bu kapsamda değerlendirilmesi bakımından önemli bir veridir.[20] Bu nedenle hava ülkesinde devletler ve şartlara bağlı olarak devlet dışı aktörlerce gerçekleştirilecek askeri üst uçuşlar gayri askeri statüyü ihlal edecektir.[21]

C. Lozan Boğazlar Sözleşmesi'nin 4. ve 6. Maddesi Uyarınca Gayri Askeri Statü

Lozan Barış Antlaşması'nın 12. maddesinde tesis edilen gayri askeri statünün özel olarak düzenlendiği diğer hükümler Lozan Boğazlar Sözleşmesi'nin 4. ve 6. maddelerinde yer almaktadır. Bu maddelerle boğaz önü adalarına ilişkin gayri askeri statünün içeriği tesis edilmektedir. Bu statüyle hem Yunanistan hem de Türkiye açısından egemenlik haklarına yönelik bir kuraldışılık getirilmekteydi.[22] Daha

---

yasaklayacaktır.
3. Bu adalarda Yunan askeri kuvvetleri, askerlik hizmetine çağrılmış ve bulundukları yerlerde eğitilebilecek normal asker sayısından çok olmayacağı gibi jandarma ve polis kuvvetleri de, bütün Yunan ülkesindeki jandarma ve polis kuvvetlerine orantılı bir sayıda kalacaktır.

18 Başeren, 2006, s. 81.

19 Hüseyin Pazarcı, Doğu Ege Adalarının Askerden Arındırılmış Statüsü, Ankara: Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları, 1986,, s. 13.

20 Sevin Toluner, "Doğu Ege Adalarının Askersizleştirme Rejimi Çerçevesinde Kara, Deniz ve Hava Sahasından Askeri Geçiş ve Faaliyetlere Dair Bir Değerlendirme", içinde Milletlerarası Hukuk Açısından Türkiye'nin Bazı Dış Politika Sorunnları, 2. Bası, İstanbul: Beta, 2004, s. 117.

21 Başeren, 2006, s. 82.

22 Yüksel İnan, Türk Boğazlarının Siyasal ve Hukuksal Rejimi, 2. Baskı, Ankara: Turhan Kitabevi, 1995, s. 38.

sonra bu kuraldışılık Türkiye bakımından Montreux Sözleşmesiyle ortadan kalkmış, ancak Lozan Boğazlar Sözleşmesi halen yürürlükte olduğu için Yunanistan bakımından hüküm ve sonuçların doğurmaya devam etmektedir.[23] Lozan Boğazlar Sözleşmesi'nin 6. maddesinin 1. paragrafında gayri askeri statüdeki adalar üzerinde hiçbir istihkâm yapılamayacağı hükmüne yer verilmektedir.

Anılan maddenin 3. paragrafı "askerlikten arındırılmış bölgelerin ve adaların karasularında denizaltı gemisinden başka, denizaltında işleyen hiçbir araç bulunmayacaktır"; 7. paragrafı ise "Türkiye ve Yunanistan, kendi ülkelerinin askerlikten arındırılmış bölgelerinde, her türlü telgraf, telefon ve optik araçlarla gözetleme ve haberleşme sistemi kurmaya yetkili olacaklardır. Yunanistan, askerlikten arındırılmış Yunan adalarının karasularından donanmasını geçirebilecek, fakat bu suları Türkiye'ye karşı hareket üssü olarak, ya da bu amaçla, kara ya da deniz kuvvetleri yığmak için kullanmayacaktır" şeklinde gayri askeri statüye istisna teşkil eden iki duruma yer vermiştir.

Yalnızca uluslararası hukuk değil, genel hukuk mantığı çerçevesinde, bir kural koyulduktan sonra o kuralın istisnaları belirtilmedikçe farklı bir uygulama gerçekleştirilemez. Lozan Boğazlar Sözleşmesi'nin 4. maddesinde zikredilen ve gayri askeri statü tanınan boğaz önü adaları gayri askeri statüye tabi tutulmuştur. Bu adalar için gayri askeri statünün kapsamında ele alınmayacak hususlar da 6. maddenin 1. ve 7. paragraflarında belirtilmiştir. Söz konusu istisnalar arasında askeri üst uçuşlar yer almamaktadır. Dolayısıyla askeri üst uçuşların gayri askeri statünün kapsamında olduğuna dair açık bir hüküm arayışında olmaksızın, ana kuralın söz konusu uçuşları kapsadığı, istisnai bir hüküm olmadıkça bu adalar üzerinde askeri üst uçuşların gerçekleştirilemeyeceğinin kabul edilmesi gerekir. Aksi takdirde istisnai durumların kural, kuralın da istisnai durum olduğunun kabul edilmesi gerekecektir ki; bu hususu hiçbir hukuk ilkesi, hukuki yorum yöntemi ve hukuk mantığı çerçevesinde açıklayabilmek mümkün değildir.

---

23 Bkz. İnan, 1995, s. 54. Özman, 1988, s. 205. Sevin Toluner, Limini Adasının Hukuki Statüsü ve Montreux Boğazlar Konvansiyonu, İstanbul: Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Münasebetler araştırma ve Uygulama Merkezi, 1987, s. 21 vd. Aslan Gündüz, Limni Adasının Hukuki Statüsü Üzerinde Türk – Yunan Uyuşmazlığı, İstanbul: Bayrak Yayımcılık, 1985, s. 54 vd. Hüseyin Pazarcı, ""Ege Denizi'ndeki Türk-Yunan Sorunlarının Hukuki Yönü, içinde Türk-Yunan Uyuşmazlığı, Semih Vaner (Der.), İstanbul: Metis Yayınları, 1990, s. 121.(106 – 126.)

Boğaz önü adalarının gayri askeri statüsünün içerisinde askeri üst uçuşların da yer almasının gerektiğine yönelik bir başka hüküm de anılan 6. maddenin 5. paragrafıdır. Bu hüküm uyarınca "Türk hükümetinin, Boğazlar'da uçaklar ve balonlarla, denizin yüzünü ve dibini gözetlemeye hakkı olacaktır. Türk uçakları Boğazlar'ın suları ve Türk ülkesinin askerlikten arındırılmış bölgeleri üzerinde, her zaman, uçabilecekler ve buraların her yerine, karaya ve deniz serbestçe inebileceklerdir.". Bu hüküm iki açıdan önemlidir. Boğaz önü adalarının gayri askeri statüsünün kapsamını pekiştiren bir hükümdür. İkincisi bir uluslararası antlaşmada gayri askeri statünün askeri üst uçuşlar açıkça zikredilmese de söz konusu uçuşları kapsayacağıdır. İlk açıdan bakılacak olursa, Türk askeri hava araçlarına tanınan söz konusu ayrıcalığın Yunan hükümetine tanınmaması, Başeren'in de isabetle ifade ettiği üzere, hükmün mefhum-u muhalifinden yorumla bu hakkın Yunan askeri hava araçlarına tanınmadığını açık bir şekilde ortaya koymaktadır.[24] İkinci olarak da aşağıda incelenen Aaland Adaları örneğinde de olduğu gibi Aaland Adalarının gayri askeri statülerinin istisnası olarak askeri üst uçuşların açıkça düzenlenmesi hükmüyle, Lozan Boğazlar Sözleşmesi'nin 6 (5). maddesi aynı hareket tarzını benimsemektedir.[25] Bu sebeple görülmektedir ki bir statü oluşturulduğunda o statünün istisnaları açıkça belirtilmedikçe, hiçbir husus o statüden bağımsız bir şekilde ele alınarak istisnai bir uygulamanın oluşması sonucunu doğuramaz.

Kaldı ki Lozan Boğazlar Sözleşmesi'nin Lozan Konferansında akdedilen bir uluslararası antlaşma olduğu dikkate alındığında ve Lozan Antlaşmaları bir bütünü oluşturduğuna göre, Lozan Barış Antlaşması'nda öngörülen gayri askeri statü açıkça askeri üst uçuşlar bakımından sınırlandırılmadıkça, söz konusu statünün bu uçuşları da evleviyetle kapsayacağı çok net bir hukuki gerçekliktir.

Lozan Boğazlar Sözleşmesi ile uluslararası seyrüseferin tehlikeye düşmesi bakımından hem Türkiye hem de Yunanistan'ın uygulamalarının tehdit oluşturabileceği düşünülmüştür. Bu kaygı Montreux Sözleşmesi ile Türkiye açısından ortadan kalkmışken Yunanistan ba-

---

24 Başeren, 2006, s. 89.

25 Detaylı bilgi için bkz. Andres Gardberg, Aaland Islands – A Strategic Survey, Helsinki: National Defence College, 1995, s. 47 vd.

kımından korunmuştur. Dolayısıyla bugün güncel uluslararası hukuk kuralları çerçevesinde Yunanistan halen uluslararası kamuoyu tarafından Türk boğazlarında geçişi tehdit eden bir etken olarak görülmeye devam etmektedir.

D. Paris Barış Antlaşması XIII. Ekinin D Kısmı Uyarınca Gayri Askeri Statü

Lozan Barış Antlaşması'nın 15. maddesi uyarınca İtalya'ya devredilen adalar, 1947 Paris Barış Antlaşması'yla Yunanistan'a devredilmiştir.[26] 1947 Paris Barış Antlaşması'nın getirdiği gayri askeri statü, objektif bir statü yarattığı için, anılan antlaşma ile söz konusu statünün tesis edildiği adaların gayri askeri statü Türkiye tarafından ileri sürülebilmektedir.[27] İtalya ile imzalanan Barış Antlaşması'nın (Paris Barış Antlaşması) 14. maddesinin 1. paragrafı Yunanistan'a devredilen adaları sayarken, 2. paragrafı bu adaların gayri askeri nitelikte olduğunu ve bu şekilde kalacağını hüküm altına almaktadır.[28] Aynı antlaşmanın XII. ekinin D kısmında ise gayri askeri statü tanımlanmış ve her türlü istihkâm yasaklanmıştır. Söz konusu hükümde ülkenin gayri askeri statüye tabi tutulması bakımından kara ülkesi ile hava ülkesi bir ayrıma tabi tutulmamıştır. Yukarıda bahsedildiği üzere devlet ülkesinin üç boyutlu niteliği göz önünde bulundurularak bahse konu statünün hava ülkesinden geçiş yapan askeri hava araçlarını da kapsayacağı ve bu nedenle askeri üst uçuşlar bakımından ayrı bir hüküm arayışında bulunulmaması gerektiği görülmektedir.

E. Lozan Konferansı Tutanakları Çerçevesinde Askeri Üst Uçuşlar

Askeri üst uçuşlar bakımından gayri askeri statüye ilişkin ilgili antlaşma hükümleri ve belgeler incelendiğinde, 1923 tarihli Lozan Barış Antlaşması konferans tutanak ve belgelerinde uzmanlar alt komisyo-

---

26 Söz konusu adaların Yunanistan'a devrine ilişkin detaylı bilgi için bkz. Cemalettin Taşkıran, On İki Adanın Dünü ve Bugünü, Ankara, Genelkurmay Basımevi, 1996.

27 Hüseyin Pazarcı, Türk Dış Politikasının Başlıca Sorunları, Ankara: Turhan Kitabevi, 2015, s. 127.

28 Bu adaların gayri askeri statüsünün aşındırılması için 1947 yılından sonra yaşanan gelişmeler bakımından bkz. Celalettin Yavuz, Andlaşmalarla Yunanistan'a Devredilmemiş Ada, Adacık ve Kayalıkların Hukuki Statüsü de Dâhil Menteşe Adaları (Oniki Ada)'nın Tarihi, İstanbul: Deniz Harp Okulu Basımevi, 2003, s. 56 – 60.

nunun 29 Kasım 1922 tarihli oturumunda adaların gayri askeri statüsü ile ilgili temel hareket noktasının Türkiye'nin güvenliği olduğunun ortaya konduğu görülmektedir. Türk heyeti, Lozan Barış Antlaşması'nın 13. maddesine ilişkin müzakereler esnasında bu adalarda hiçbir kara, deniz veya hava vasıtası bulundurulmamasına ilişkin görüşlerini beyan etmiştir. Yine Komisyon başkanı General Weygand, gayri askeri statünün oluşturulmasında askeri hava araçlarının adalarda bulunmasına hava araçlarının hareket alanının genişliği ve buna bağlı ortaya çıkabilecek sakıncalar nedeniyle karşı çıkmıştır[29]. Lozan Barış Antlaşması da Türk heyetinin görüşleri ve General Weygand'ın dikkat çektiği hususlar dikkate alınarak şekillenmiştir. Bu nedenle Lozan Barış Antlaşması'nın 13. maddesinin uygulanmasında bahse konu görüşme ve tartışmaların dikkate alınmaması mümkün değildir.

F. Türkiye'nin Güvenliği

Türkiye'nin güvenliğini tehdit eden yalnızca bu adalarda hava üssü bulundurulması ile söz konusu adalara askeri hava aracı konuşlandırılması, indirilmesi ve kaldırılması değildir. Söz konusu adalar üzerinden transit uçuşlar gerçekleştirilmesi de Türkiye'nin güvenliği açısından bir tehdit niteliğindedir. Dolayısıyla anılan uluslararası antlaşmaların hükümleri çerçevesinde gayri askeri statüdeki adalar üzerinde askeri üst uçuş gerçekleştirilmesi uluslararası hukukun ihlalini oluşturur.

Lozan Barış Antlaşması'nın 12. maddesi Türkiye'nin güvenliğini gözeterek bir gayri askeri statü tesis etmiştir. Lozan Barış Antlaşması'nın 13. maddesinin 1. paragrafında gayri askeri statüdeki adalar üzerinde hiçbir istihkâm yapılmaması ve hiçbir deniz üssünün kurulmaması hükmüne yer verilmiştir. Tutanakların incelenmesinde de ifade edildiği üzere gayri askeri statü Türkiye'nin güvenliği bakımından, Türkiye'ye yönelik her türlü saldırgan nitelikte hazırlık ve faaliyetin önlenmesi amacıyla tesis edilmiştir.[30] Dolayısıyla istihkâm,

---

29 Lozan Barış Konferansı – Tutanaklar-Belgeler Takım I Cilt I Kitap I, Çeviren Seha L. Meray, Ankara: Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları, 1971, s. 112.

30 Yüksel İnan ve Yücel Acer, "The Aegean Disputes", Ankara: Foreign Policy Institute, www.foreignpolicy.org.tr/documents/251202.pdf, s. 12. (Son erişim tarihi 15.08.2017)

her türlü askeri eylem ve faaliyeti kapsayacak bir kavramsal çerçeveyi oluşturmaktadır. Anılan hüküm gayri askeri statü kapsamında bu adaların kara ve deniz ülkesinde hiçbir hava üssü bulundurulamayacağını ve hiçbir askeri hava aracının iniş ve kalkışı ile geçici konuşlanmasına izin verilemeyeceği konusunda herhangi bir tereddüt yaratmamaktadır. Bununla birlikte tereddüt transit askeri uçuşlar bakımından yaşanmaktadır. Oysa söz konusu transit geçişler askeri uçuşların bahse konu adaların hava ülkesinden geçişleri şeklinde gerçekleşmektedir. Aynı tespitler yukarıda irdelendiği üzere diğer ilgili uluslararası antlaşma hükümleri bakımından da yapılmaktadır.

G. Devletin Kurucu Unsuru Olan "Ülke"nin Üç Boyutlu Yapısı Çerçevesinde Askeri Üst Uçuşların Gayri Askeri Statüyü İhlali

Ülke kavramı, kara ülkesi, karasuları (deniz/su ülkesi) ve her ikisi üzerindeki hava sahasını (hava ülkesi) kapsamaktadır.[31] Dolayısıyla hava ülkesi sanki ülkenin hiçbir unsurunu oluşturmuyormuş gibi yalnızca kara ve deniz ülkesi dikkate alınarak gayri askeri statünün yorumlanması konunun özü bakımından yanlış değerlendirmeler yapılmasına neden olur.

Hava sahası, yeryüzünden uzaya doğru uzanan, ancak yalnızca bir kütleyi değil, o kütlenin içinde yapılan bir faaliyetin ya da olayın geçtiği ve hukuki statüsü olan bir alanı ifade etmektedir. Söz konusu hava sahasının uluslararası değil de bir devlete ait olması durumunda hava ülkesi terimi kullanılmaktadır. Dolayısıyla bir devletin hava sahası o devletin ülkesidir.[32] Devletin hava sahasında egemenliği bulunmaktadır.[33]

Ülkenin sahip olduğu bu üç boyutlu yapı, gayri askeri statüdeki Ege adalarının kara ve deniz ülkesinde askeri hava araçlarının konuşlanması, iniş ve kalkış yapması ile aynı araçların anılan adalar üzerinden transit geçiş yapması arasında uluslararası hukuk bakımından herhangi farklı bir hukuki etki yaratmayacağını ortaya koymaktadır.

---

31 Detaylı bilgi için bkz. Hüseyin Pazarcı, Uluslararası Hukuk Dersleri 2. Kitap, 10. Bası, Ankara Turhan Kitabevi, 2014, s. 11 – 15.

32 Reşat Volkan Günel, Uluslararası Havacılık Hukuku, İstanbul: Beta, 2010, s. 9. Edip F. Çelik, Milletlerarası Hukuk İkinci Cilt, İstanbul: Filiz Kitabevi, 1982, s. 252.

33 Bin Cheng, The Law of International Air Transport, London: Stephens & Sons Limited/ New York: Oceana Punlications, 1962, s. 3.

H. Gayri Askeri Statüdeki Adalardan Askeri Üst Uçuşlara Açıkça İzin Verilmemesi Durumunda Söz Konusu Uçuşların Gerçekleştirilmesinin Uluslararası Hukuka Aykırılığı: Aaland Adaları Örneği

Gayri askeri statüdeki bir ülkenin, bu statüden ne kadar etkileneceği ve hava sahasının bu kapsamda ne şekilde değerlendirilebileceğine yönelik genel uluslararası hukuk kuralları ülkenin üç boyutlu yapısı dikkate alınarak ortaya konmuştur. Gayri askeri statüye sahip tek örneğin Ege adaları olmadığı dünyamızda, bu statünün ne şekilde algılanması gerektiğine yönelik örnekler bulmak da mümkündür. Bunlardan çalışmanın konusuyla ilgisi bakımından en önemlisi Aaland Adalarının gayri askeri statüsüdür. [34]

Ege Adalarında Türkiye'nin güvenliği esas alınarak tesis edilen gayri askeri statüde olduğu gibi Finlandiya'nın güvenliğini gözeterek "1921 tarihli Aaland Adası'nın Tarafsızlaştırılmasını Düzenleyen Sözleşme"nin 7. maddesi uyarınca Finlandiya Hava Kuvvetleri bakımından öngörülen "askeri hava araçlarının gayri askeri statüdeki ada hava sahasından uçuşu imtiyazı", söz konusu sözleşmeyle oluşturulan gayri askeri statüye açıkça izin verilen durumu ortaya koymaktadır. Görüldüğü üzere söz konusu uluslararası antlaşma ile Aaland Adaları bakımından bir gayri askeri statü tesis edilmiş, bu statünün söz konusu adaların üç boyutlu bir şekilde kara, deniz ve hava ülkelerini kapsaması bakımından herhangi bir tartışma ya da tereddüt bulunmamış, yalnızca bu statünün içinde üst uçuşlar bakımından ne şekilde bir istisnai durum yaratılabileceği üzerinde mutabakata varılmıştır. Aaland Adaları bakımından tesis edilen statü göstermektedir ki gayri askeri statü üzerinden gerçekleştirilecek üst uçuşlar açıkça aksine bir hüküm bulunmadıkça gayri askeri statüyü ihlal eder niteliktedir. Söz konusu durum genel nitelikli olup gayri askeri statüdeki Ege adaları bakımından da esas alınması gereken uygulamayı ortaya koymaktadır.

---

34 Aaland adalarının statüsüne ilişkin detaylı bilgi için bkz. Sten Harck, "Aland Islands", in R. Wolfrum (ed), The Max Planck Encyclopedia of Public International Law, Oxford University Press, 2008 –, online edition, 2008. (Son erişim tarihi 15.08.2017.)

2. Kara ve Deniz Ülkesi ile Hava Ülkesinde Gerçekleştirilebilecek Askeri Faaliyetler Bakımından Gayri Askeri Statünün Önemi: Amaçsal Yorum Yöntemi Çerçevesinde Bir Değerlendirme

Gayri askeri statünün hava ülkesinden gerçekleştirilecek askeri üst uçuşları kapsamayacağı yönündeki yaklaşımın uluslararası hukukta yer alan yorum araçları bakımından da değerlendirilmesi mümkündür.

Öncelikle askeri hava araçlarının adaların kara ülkesinde ya da karasularında üslenmeleri ya da konuşlanmaları ile hava ülkesinden geçiş yapmaları arasında herhangi bir fark bulunmamaktadır.[35] Askeri hava araçlarının üslenmesinin gayri askeri statünün ihlali niteliğinde olduğunun kabul edilmesinin nedeni buraya iniş yapan uçakların sürekli bir tehdit oluşturacak olması ya da ikmal ve bakım gibi ihtiyaçları gidererek faaliyete geçebilecek olmasıdır. Oysa hava ülkesinden transit geçiş yapan hava araçları da sahip oldukları manevra kabiliyetleri bakımından aynı tehdidi oluşturmaktadır.

Oppenheim, bir savaş uçağının bir başka devlet hava sahasından üst uçuş gerçekleştirmesinin ve iniş yapmasının geçiş yapılan devletin izni olmaksızın gerçekleştirilemeyeceğini belirtirken devlet hava sahasının, o devletin ülkesi olması çerçevesinde bir değerlendirmede bulunmaktadır.[36] Dolayısıyla bir devletin hava ülkesinden üst uçuş yapan askeri hava aracının o devletin ülkesinde bulunduğunu kabul etmenin gerektiği görülmektedir.

Uygulayıcılar zaman zaman karasularında deniz araçları bakımından öngörülen zararsız geçiş hakkının askeri hava araçları bakımından da uygulanabileceği yanılgısına düşmektedirler. Söz konusu yanılgı da askeri transit üst uçuşların gayri askeri statüyü bozmayacağı yönünde son derece hatalı bir değerlendirmede bulunulmasına yol açabilmektedir. BMDHS'nin 17. maddesiyle tanınan zararsız geçiş hakkı istisnai olarak deniz araçları bakımından tanınmıştır. Bu sebeple zararsız geçiş

35 Michael Milde, International Air Law and ICAO, Utrecht/Portland: Eleven International Publication, 2008, s. 36.

36 L. Oppenheim, International Law – A Treatise Vol. I – Peace, Eighth Edition, H. Lauterpacht (Ed.), London/New York/Toronto: Longmans, Green and Co., 1955, s. 521.

hakkını doğrudan, yorumla ya da kıyasla hava hukuku bakımından uygulayabilmek mümkün değildir. Transit uçuşlar bakımından tanınan tek istisna BMDHS'nin 37. ve 38. maddeleri hükümlerince açık denizin veya MEB'in bir bölümü ile açık denizin veya MEB'in diğer bölümü arasında uluslararası seyrüsefer için kullanılan boğazlara tanınmıştır.[37] Buna göre bu nitelikteki boğazlarda bütün hava araçları engelleme olmaksızın transit geçiş hakkından faydalanırlar. Bunun dışında transit üst uçuşu serbest bırakan bir hüküm BMDHS'de yer almamaktadır. Bunun da nedeni açıktır, hava aracı uyruğu dışındaki bir devlet ülkesinin hava sahasına girdiği andan itibaren o ülke sınırlarında bulunacaktır. Dolayısıyla hem transit geçişler bakımından hem de zararsız geçiş bakımından getirilen birbirinden bağımsız ve iki ayrı rejimi bir araya getirerek karasularının hava sahasından transit geçişin yapılabileceği yönünde oluşturulan görüşlere itibar edilmemelidir.

Ayrıca hava araçlarının sahip oldukları özelliklerdeki teknolojiye bağlı değişimler de konuya ne kadar hassasiyetle yaklaşılması gerektiğini göstermektedir. Özellikle elektronik harp araçlarının veya istihbarat uçaklarının vb. diğer hava araçlarının gerçekleştirdikleri askeri faaliyetler Türkiye'nin güvenlik zafiyetine uğramasına ya da güvenlik önlem ve açıklarının tespit edilmesine neden olabilecek niteliktedir. Dolayısıyla ilgili uluslararası antlaşmaların amacı Türkiye'nin güvenliğinin sağlanması olduğuna göre, her türlü askeri faaliyetin güvenliği tehdit edebilecek nitelikte olduğunun kabul edilmesi gerekir. Bir başka ifadeyle konuya yalnızca fiili askeri saldırı çerçevesinde bakmamak ve her türlü askeri faaliyeti bu minvalde yorumlamak gerekmektedir. Aksi takdirde gelişen teknolojiyle birlikte her türlü askeri faaliyet ve askeri unsurun tek tek ele alınarak yorumlanması gerekir. Bu sebeple Türkiye'nin güvenliğinin sağlanması amacı çerçevesinde bağlayıcı niteliğe sahip ve halen yürürlükte olan söz konusu uluslararası antlaşmaların her türlü askeri unsur ve faaliyeti engelleyecek şekilde ele alınması hukuki gerçekliğe dayanan bir zorunluluktur.

Hava ülkesini yukarıda üzerinde durulan gerekçelerle gayri askeri statü bakımından ayrı bir hukuki rejime tabi tutmak özellikle

---

37 Donald R. Rothwell and Tim Stephens, The International Law of the Sea, Second Edition, Oxford/Portland: Hart Publishing, 2016, s. 303 – 305. Paul Stephen Dempsey, Public International Air Law, Montreal: Mcgill University, 2008, s. 44.

geçici konuşlanma dışında adaların hava ülkesinde faaliyet gösteren insansız hava araçları bakımından da sorun yaratır. Zira gelişen teknolojiyle yüksek irtifada uçan uçaklardan farklı olarak, söz konusu irtifada konuşlandırılabilir insansız hava araçlarıyla karşılaşılabilmesi mümkündür. Söz konusu hava araçlarının transit uçuş gerçekleştiren hava araçları bakımından kabul edilmeyecek bir gayri askeri statü rejiminde ne kapsamda ele alınacağı ayrı bir tartışma yaratır. Bu sebeple Türkiye'nin ilgili uluslararası antlaşmalardan kaynaklanan haklarını hiçbir ayrım gözetmeksizin her türlü hava aracının gayri askeri statüdeki adaların hava ülkesinde gerçekleştirdiği üst uçuşlar bakımından ileri sürmesi uluslararası hukuktan kaynaklanan bir hakkıdır. Bu hakkın ileri sürülmesinde ısrar edilmesi önem taşımaktadır.

Gayri askeri statüdeki adalar üzerinden gerçekleştirilen askeri üst uçuşlar bakımından askeri tatbikatlar çerçevesinde de dikkate alınması gereken yönler bulunmaktadır. Adaların gayri askeri statüsü bu adalarda gerçekleştirilecek askeri tatbikatlar bakımından da bir kuraldışılık getirmektedir. Askeri üst uçuşların gayri askeri statüyü etkilemediğinin kabul edildiği durumlarda askeri tatbikatlar esnasında ana karadan kalkarak intikal ve geri intikal gerçekleştiren hava araçlarının da bu statüyü bozmadığının kabul edilmesi gerekecektir. Hâlbuki intikal ve geri intikalin, gayri askeri statüdeki adalardan kalkan askeri hava araçlarıyla yapılması ve tatbikata katılması ile transit uçuşlarla tatbikata katılım sağlanması arasında herhangi bir farklılık bulunmamaktadır. Bu durum tatbikata katılan hava araçları arasında bir ayrım yapılarak gayri asker statünün aşındırılması anlamına gelecektir.

3. Silahsız – Silahlı Hava Aracı Ayrımı ve Sivil Hava Araçlarının Askeri Amaçlarla Kullanımı ile Askeri Hava Araçlarının Sivil Amaçlarla Kullanılmasının Gayri Askeri Statü Bakımından Yorumlanması

Yukarıda terminolojiye ilişkin açıklamalar yapılırken, "gayri askeri statü" teriminin kullanılmasının önemine özellikle vurgu yapılmıştı. Zira bu kelime yerine "silahsızlandırılmış" adalar ifadesinin kullanılması askeri uçuşlar bakımından sorun yaratmaya aday niteliktedir. Şöyle ki adanın statüsünün silahsızlandırılmış kabul edilmesi durumunda, zaten ilgili uluslararası antlaşmaların bütün hükümlerinin bu çerçevede değerlendirilmesi ve askeri unsurdan arındırmanın dar yo-

rumlanarak, askeri üst uçuşlara izin verilmesi gerekir. Bununla birlikte ilgili metinler özellikle "gayri askeri" statüye vurgu yaptığı için ister silahlı olsun ister silahsız her türlü askeri hava aracının gayri askeri statüdeki adalar üzerinde geçiş yapması yasaklanmıştır.

Konunun bir başka tartışmalı boyutu da ilgili hava aracının sivil – devlet hava aracı ayrımı çerçevesinde askeri nitelikte bir hava aracı olduğunun kabul edilmesi hususunda yaşanmaktadır. Burada önemli olan hava aracının niteliğinin ortaya konmasıdır. Bir hava aracı sivil nitelikte olup askeri amaçla kullanılabilir.[38] Bir devletin silahlı kuvvetlerinin envanterine kayıtlı askeri bir hava aracı, askeri nitelikte bir faaliyette bulunmadığını iddia ederek adalar üzerinden geçiş yapmak isteyebilir. Bu husus uluslararası hukukta da çok farklı tartışmaların doğmasına neden olmaktadır. Zira askeri statüde olmayan hava araçlarının askeri amaçlarla kullanılması ve askeri bir hava aracının gayri askeri amaçlarla kullanılması durumunda söz konusu hava aracının hangi statüde değerlendirileceği tartışmalıdır. Bu nedenle bu tartışmaların içinde kaybolmadan, hava aracının askeri hava aracı olarak kayıtlı bir hava aracı ile askeri amaçla kullanıldığı tespit edilen sivil hava araçlarının adalar üzerinden geçiş yapmasının uluslararası hukukun ihlali olduğunun kabul edilmesi gerekir. Özellikle askeri hava araçlarına ikmal yapan sivil hava araçlarının bu kapsamda askeri nitelikte olduğu açıktır.

Silah taşımayan askeri hava araçlarının, silah taşımak dışında da askeri amaçlarla kullanılması mümkündür. Elektronik taarruzda bulunma, olası bir saldırı öncesi taktik resmin oluşturulmasına katkıda bulunma, askeri unsurları aldatma vb. faaliyetler de askeri niteliktedir. Dolayısıyla bu tarz ihtimallerin ilk düşünce anında akla gelmeyecek kadar çok olması nedeniyle hava aracının silah taşımasına; sivil ya da askeri faaliyet gösterip göstermediğine bakılmaksızın gayri askeri statünün ihlali olduğunu kabul etmek ve buna karşı çıkmak gerekmektedir.

---

38 Konuya ilişkin uygulamada ortaya çıkabilecek sorunlar bakımından bkz. Berat Lale Akkutay, "Uluslararası Hukuk Kuralları Çerçevesinde Sivil Hava Araçlarının Askeri Amaçlarla Kullanılması", içinde Hava Hukuku Sempozyumu, Hasan Tahsin Fendoğlu ve Banu Şit Köşgeroğlu (Editörler), Ankara: Adalet Yayınevi, 2017, s. 66 – 68.

Gelişen siyasi ve ekonomik ilişkilerle birlikte devlet dışı aktörlerin artışının da dikkate alınması uluslararası toplumda ve uluslararası hukuktaki etkinlikleri göz önünde bulundurulduğunda bir gereklilik olarak ortaya çıkmaktadır.[39] Bu sebeple yalnızca Yunanistan'a ve diğer devletlere ait askeri hava araçlarını değil aynı zamanda uluslararası örgütlerin askeri hava araçlarının da geçişine karşı çıkmak gerekmektedir. Hatta askeri şirketlerin gösterdiği faaliyetlerin niteliği göz önünde bulundurulduğunda bu şirketlere ait hava araçlarının uçuşlarına dahi ihtiyatla yaklaşmak gerekmekte olup, söz konusu uçuşların da gayri askeri statüyü bozduğunun ileri sürülmesinin geleceğe yönelik hak kayıpları bakımından faydalı olacağı görülmektedir.

4. Gayri Askeri Statüdeki Ege Adalarının Üzerinden Gerçekleştirilen Askeri Üst Uçuşların Uluslararası Hukuk Bakımından Etkileri

İlgili uluslararası antlaşmalar ile tesis edilen gayri askeri statü, Yunanistan'ın kullandığı egemen yetkilere kuraldışılık getirmiş ve Türkiye'nin güvenliğine yönelik tehditleri ortadan kaldırarak bölgede belirli bir denge ve istikrarı sağlamıştır.[40] Gayri askeri statüdeki Ege Adaları üzerinden gerçekleştirilen askeri üst uçuşlar, uluslararası antlaşmalardan kaynaklanan bir yükümlülüğe aykırı davranılması olduğu için, açıkça uluslararası hukukun ihlalidir ve Yunanistan'ın doğrudan adaların kara ülkesinde gerçekleştirdiği istihkâm faaliyetlerinden bir farkı yoktur.

---

39 Bununla birlikte devlet dışı aktör kavramına dikkatle yaklaşmak gerekmektedir. Zira liberal yaklaşım devlet dışı aktörlere koşulsuz şekilde hak ve yetkilerin tanınmasını sağlama çabası içerisindedir. Oysa terör örgütlerinin özgürlük mücadelesi veren gruplar olarak nitelendirilmeye çalışıldığı örnekler göz önünde bulundurularak söz konusu devlet dışı aktörlerinin kapsamlarının ortaya konması gerekmektedir.

40 Fuat Aksu, "Preservation of Demilitarized Status of the Aegean Islands for the National Security of Turkey", Turkish Review of Balkan Studies, Vol. 7, 2002, s. 117. Her uluslararası antlaşma ile egemen yetkilerinin kullanımı sınırlandırılan devletler, aralarındaki işbirliğini ve anlayışı geliştirerek ilişkilerinde belirli bir denge oluştururlar. Bu dengenin bozulması ile devletlerarası ilişkilerin ne seyirde gerçekleşeceği belirsizleşir ve uluslararası barış ve güven ortamını tehdit eder hale gelir. (Egemenliğin sınırlandırılması ile uluslararası hukuk kuralları çerçevesinde uluslararası toplumda dengenin oluşturulması hakkında ilişki bakımından bkz. Aydoğan Özman, "Devletlerin Egemenliği ve Milletlerarası Teşekküller", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 21, S. 1, 1964, s. 54.)

Bu uçuşlar, Türkiye'nin güvenliği ön planda tutularak söz konusu antlaşmaların gelişen teknolojiye bağlı olarak yeniden yorumlanması anlamına gelmemektedir. İlgili antlaşmalar halen yürürlükte olup, yürürlüğe girdiği ilk günden itibaren doğurduğu hukuki sonuçlar çerçevesinde uygulanmaya devam etmektedir.[41] Yalnızca gelişen teknolojiye bağlı olarak hava araçlarının türlerinde ve sahip oldukları özelliklerde meydana gelen değişikliklerle söz konusu yükümlülüklerin daha çok gündeme getirilmesi ihtiyacı zuhur etmektedir. Yunanistan'ın gayri askeri statüdeki adalara yönelik istihkâm faaliyetleri göz önünde bulundurulduğunda üst uçuşlar bakımından uluslararası antlaşmaları çok daha fazla aşındıracak uygulamalar yaratacağı aşikârdır.

III. SAHİL GÜVENLİK GEMİLERİNİN ULUSLARARASI HUKUK BAKIMINDAN NİTELENMESİNİN GAYRİ ASKERİ STATÜYE ETKİSİ

Sahil güvenlik gemilerinin gayri askeri statüyü aşındırmasına ilişkin olarak yaşanan tartışma, bu gemilerin askeri nitelikte, yani savaş gemisi niteliğinde olup olmadığı noktasında yaşanmaktadır. Eğer bu gemilerin askeri nitelikte olmadığı kabul edilirse, gayri askeri statünün tesisine temel teşkil eden uluslararası antlaşmaların ilgili hükümlerinin uygulama alanı bulmaması ve bu gemilerin adaların karasularında serbestçe bulunma ve faaliyet gösterme hakkına sahip olması gerekir. Oysa söz konusu gemiler, uluslararası örf ve adet hukuku kuralları ve 1958 Cenevre Açık Deniz Sözleşmesi (CADS)[42] ile 1982 BMDHS'nin ilgili hükümleri çerçevesinde savaş gemisi niteliğinde olup, bu gemilerin faaliyetlerinin gayri askeri statüdeki adaların karasularında gerçekleştirecekleri faaliyetler bakımından diğer savaş gemileri ile aynı uygulamaya tabi tutulmaları gerekir.

1. 1958 CADS ile 1982 BMDHS Hükümleri Uyarınca Savaş Gemisi

BMDHS'nin 29. maddesi uyarınca savaş gemisi, BMDHS'nin amaçları uyarınca bir devletin silahlı kuvvetlerine ait olan ve kendi ta-

41 Bkz. Hüseyin Pazarcı, "Ege Adalarının Lozan ve Paris Andlaşmalarıyla Saptanan Askerden Arındırılmış Statüsü Değişmiş midir?", *Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi*, C. 43, S. 3, 1988, s. 207 – 220.

42 Convention on the High Seas, 29 April 1958, 450 UNTS 82, No. 6465.

biiyetindeki askeri gemilerin belirgin dış işaretlerini taşıyan; bu devlet tarafından usulüne uygun bir şekilde yetkilendirilmiş ve adı subaylar listesi veya dengi bir belgede kayıtlı bulunan bir deniz subayının kumandası altında bulunan ve mürettebatı askeri disiplin kurallarına tabi olan gemi anlamına gelmektedir. CADS'nin 8 (2). maddesi uyarınca savaş gemisi bir devletin deniz kuvvetlerine ait olan; kendi tabiiyetindeki askeri gemilerin belirgin dış işaretlerini taşıyan bu devlet tarafından usulüne uygun bir şekilde yetkilendirilmiş; adı deniz kuvvetlerinin listesinde bulunan ve deniz kuvvetleri disiplinine tabi olan gemidir. CADS'de yer alan tanım daha önce çeşitli şekilde gerçekleştirilen tanımlarla örtüşmektedir.[43] Bu da göstermektedir ki BMDHS ile savaş gemisi tanımında gelişen teknolojiye bağlı çok fazla sorunla karşılaşılmasına istinaden yeni bir kavramsal içerik arayışında olunmuştur.

Her iki tanımın da zor kullanma (silah kullanma) koşulunu aramadığı görülmektedir.[44] Bu anlamda BMDHS'nin CADS'den farklarının yanı sıra ortak bir özelliğinin savaş gemisinin silahlı askeri faaliyetlere bağlı şekilde tanımlanmamış olmasıdır.

A. BMDHS'nin 29. Maddesinde Savaş Gemisi Tanımının Yeniden Yapılmasının Nedenleri

1958 CADS'de yapılan tanımın deniz kuvvetlerine ait olma ve deniz kuvvetlerinin askeri disiplinine vurgu yapmasına rağmen 1982 BMDHS'nin bir devletin genel olarak silahlı kuvvetlerine ait olma ve askeri disiplin kurallarını ön planda tutması sıradan bir değişiklik değildir.[45] Zira uygulamada deniz kuvvetlerine ait olmayan; ancak silahlı kuvvetlere ait bir geminin, askeri gemi olarak nitelendirilmemesi nedeniyle ortaya çıkan sonuçlar böyle bir çözüm arayışı içinde bulunmayı gerekli kılmıştır. Zira bir askeri hizmete tahsis edilmemiş bir devlet gemisinin askeri amaçla kullanılması bir yana askeri bir geminin

43 D. P. O'Connell, The International Law of the Sea Vol. II, London/Glasgow New York: Oxford University Press, 1984, s. 1106.

44 Aydoğan Özman, Deniz Hukuku I – Kaynaklar, Kişiler, Nesneler, Ulusal Deniz Alanları, Ankara: Turhan Kitabevi, 2006, s. 179.

45 Bu değişiklik savaş gemilerinin hukuki statülerinin belirlenmesinde fonksiyonel bir değerlendirme yapılacağını ortaya koynmaktadır. (Bkz. René Jean Dupuy and Daniel Vignes, A Handbook on the Law of the Sea Vol. 2, Dodrecht/Boston/Lancaster: Martinus Nijhoff Publishers, 1991, s. 1250.)

sırf deniz kuvvetlerinin envanterine kayıtlı olmaması nedeniyle savaş gemisi statüsünden çıkarılmasına yönelik kötü niyetli uygulamalarla karşılaşılmıştır.

Yalnız yapılan bu değişikliği de tamamen devletlerin silahlı kuvvetlerin içindeki bir envanter kayıt sisteminin uluslararası hukuka yansıması şeklinde de değerlendirmemek gerekir. Zira uluslararası hukukta deniz hukukuna ilişkin uygulanacak hukuk yalnız 1958 CADS ve 1982 BMDHS ile sınırlı değildir. Uluslararası örf ve adet hukuku da uluslararası hukukun asli kaynağı olarak etkinlik doğurmaktadır. Bu sebeple ilgili Sözleşmelere taraf olmayan devletler bakımından, başta Türkiye, olmak üzere ilgili hükümleri uluslararası örf ve adet hukuku kuralları ile bir arada yorumlamak gerekecektir.

Bu çerçevede III. Deniz Hukuku konferansına katılan ve BMDHS'nin oluşturulmasına katkı sunan devletlerin amacının savaş gemisi tanımını daha geniş yorumlayacak bir sistematik oluşturmak olduğu rahatlıkla söylenebilir. Zira 1958 CADS döneminde askeri hizmete tahsis edilmemiş gemilerin bile fonksiyonel olarak savaş gemisi olarak nitelendirilebilecek faaliyetlerde bulunabileceği, bu sebeple de 1982 BMDHS'de bunun önüne geçilmesinin amaçlandığı üzerinde duruldu. Bu yaklaşım ele alındığında savaş gemisi tanımının sahip olacağı imtiyazlar bakımından dar bir yoruma tabi tutulacağı düşünülse bile, gerçekleştirebileceği faaliyetler bakımından ikinci devletlerin zarara uğramaması anlamında dar yoruma tabi tutulmaması gerektiği, deniz hukukuna ilişkin yaşanan gelişmelerin olağan bir sonucudur.[46] Bununla birlikte her iki sözleşmeye de taraf olan devletler bakımından sözleşmesel ve bağlayıcı bir yükümlülüğün olduğu da yadsınamaz. Ancak, 1982 BMDHS'nin 29. maddesinin lafzının teknolojik gelişmelere ve değişen sosyopolitik koşullara uyum sağlamasındaki zorluk karşısında sözleşmeye taraf devletler tarafından da yorumlanmaya çalışıldığı görülmektedir.

---

46 Budislav Vukas, "Military Uses of the Sea and the United Nations Law of the Sea Convention", in Essays on the Law of the Sea, Budislav Vukas (Ed.), Zagreb: Sveucilisna Naklada Liber, 1990, s. 407. (401 – 427.)

B. BMDHS'nin 29. Maddesinin Türkiye Bakımından Etkileri

Yukarıdaki hükümler ve gelişmeler karşısında gayri askeri statüdeki adaların karasularında gerçekleştirilecek faaliyetler bakımından Türkiye ile ilgili bazı hukuki temellendirmelerin yapılmasının mümkün olduğu görülmektedir.

BMDHS'nin 29. maddesi, savaş gemisini tanımlarken bu tanımın BMDHS'nin amaçları çerçevesinde yapıldığı hükmüne yer vermektedir. BMDHS'nin giriş bölümünde devletlerin egemenliğine saygı göstererek denizlerin ve okyanusların barışçıl amaçlarla kullanılacağı belirtildikten başka 301. maddede söz konusu sözleşme çerçevesinde devletlerin haklarını kullanırken ve yükümlülüklerini yerine getirirken bir başka devlete karşı kuvvet kullanamayacağını ya da kuvvet kullanma tehdidinde bulunulamayacağını; Birleşmiş Milletler Şartında ifade edildiği üzere uluslararası hukukun temel ilkelerine aykırı davranışlar sergileyemeyeceğini ifade etmektedir. Bu çerçevede BMDHS girişi, ekleri ve hükümleriyle bir bütün olduğuna göre sözleşmeye taraf devletler savaş gemisi niteliğinde olan bir geminin BMDHS'nin sıkı sıkıya lafzına bağlı bir yorumla amacına aykırı bir şekilde savaş gemisi niteliğinde olmadığını iddia edemeyeceklerdir. Bu kapsamda denizlerin barışçıl amaçlarla kullanılması ilkesi, savaş gemilerinin tespitinde hukuki yorum araçlarından olan amaçsal yorum aracının burada uygulanmasına cevaz verir nitelikte olup, söz konusu hususun dar yorumlanmasının önünde engel teşkil etmektedir. Hatta BMDHS'nin 29. maddesinin uluslararası örf ve adet hukukundan kaynaklanan uygulamaya paralel olarak geminin silahlı olması koşulunu aramadığı göz önünde bulundurulduğunda, ikmal gemilerinin dahi BMDHS'ye taraf olmayan devletlerce savaş gemisi kapsamında değerlendirilmesi mümkündür.

İkinci olarak da deniz hukukuna ilişkin uygulamalar dikkate alındığında, 1982 tarihli BMDHS'nin bir referans metni olarak alındığı ve taraf olmayan devletlerin de BMDHS'nin hükümlerini yorumlayarak bir hukuki sonucu ortaya koyduğu görülmektedir. Anılan sözleşmeye taraf olmayan devletler de sahil güvenlik gemilerinin hukuki statüsünün tespitinde BMDHS'nin 29. maddesinin lafzına bağlı kalmaksızın amaçsal yorum yöntemine başvurabilecek olup, dar yorumla haklarından mahrum bırakılmaları uluslararası hukuka aykırılı teşkil edecektir.

C. Sahil Güvenlik Gemilerinin Hukuki Statüsü Bakımından BMDHS'ye Taraf Devletlere Anılan Sözleşmeye Taraf Olmayan Devletlerce Amaçsal Yorum İlkesi Çerçevesinde ve Dar Yorumla Bağlı Olmaksızın Talepte Bulunulabilmesi

BMDHS'nin 29. maddesinin, 1958 CADS'nin 8(2). maddesinden farklı bir şekilde kaleme alınmasının temel dinamiğinin fonksiyonel anlamda savaş gemisi olarak kullanılan bir takım gemilerin bu statüye sahip değilmiş gibi hareket etmeleri olduğu savaş gemilerine ilişkin açıklamaların yapıldığı ilk kısımda ifade edildi. Devletlerin bu yöndeki iradeleri savaş gemisi tanımının, dar kapsamlı anlayışından çıkarılıp daha işlevsel bir hale getirilmesi ihtiyacından kaynaklanmıştır. İşte devletler 1958 CADS'nin 8(2). maddesinde yer aldığı şekliyle bir savaş gemisi tanımının olmaması gerektiğini ortaya koyarken, BMDHS'ye taraf olarak savaş gemisi tanımının dar anlamda kullanılmaması gerektiği yönündeki iradelerini ortaya yansıtmışlardır. Bu anlamda BMDHS'ye taraf devletler savaş gemisinin dar yorumlanmaması gerektiği yönünde hem bir devlet uygulaması oluşturmuşlar, hem de anılan sözleşmeye taraf olarak bu yaklaşımı benimsediklerine dair hukuki inançlarını göstermişlerdir. Dolayısıyla bu devletler kendi aralarındaki uygulamalar bakımından kendilerini Sözleşme'nin lafzına bağlı yorumla bağlı tutmuş olsalar da, üçüncü devletler bakımından BMDHS'nin 29. maddesi çerçevesinde kendilerine amaçsal yorumla ve dar yorumdan kaçınarak ileri sürülebilecek bir uluslararası örf ve adet hukuku kuralına da vücut vermişlerdir. Bir başka ifadeyle üçüncü devletler BMDHS'ye taraf devletlere karşı BMDHS'nin lafzına dayanarak bir takım taleplerde bulunabileceklerdir. Türkiye'de bu anlamda söz konusu uluslararası örf ve adet hukuku kuralı çerçevesinde ikinci devletlerin sahil güvenlik gemilerinin faaliyetlerinin gayri askeri statüdeki Ege adalarının, bu statüsünü bozucu nitelikte olduğunu, savaş gemisi tanımının amaçsal yorumu çerçevesinde ve dar yorumun uygulanamaz olması nedeniyle ileri sürebileceklerdir. Bu sebeple BMDHS'ye taraf olan devletler, kendi aralarında uygulayacakları sözleşmesel yükümlülüklerin dışında, üçüncü devletler bakımından aynı zamanda bir objektif hak yaratmıştır. Yapılan bu tespitler çerçevesinde BMDHS'ye taraf olan devletler, üçüncü devletlerle olan ilişkilerinde, savaş gemisi tanımının hukuki statüsünün uluslararası örf ve adet hukukunda dar yorumlanması gerektiği yönünde bir iddiada bulunamayacaklardır.

2. 1982 BMDHS'nin 29. maddesi Çerçevesinde Sahil Güvenlik Gemilerinin Savaş Gemisi Statüsü

1982 BMDHS'nin 29. maddesinin lafzı hangi tür gemilerin savaş gemisi kapsamı içerisinde değerlendirilebileceğine ilişkin tereddüt yaratmaktadır. Sahil güvenlik gemilerinin hukuki statüsü de bu anlamda zaman zaman tartışılabilmektedir. Zira sahil güvenlik gemilerinin devletlerin hangi birimlerine bağlı çalışacakları belli değildir. Bununla birlikte 1958 CADS'nin 8(2). maddesinde yer alan hükümden 1982 BMDHS'nin 29. maddesi hükmüne geçiş süreci dikkate alındığında bir devletin silahlı kuvvetlerine bağlı olmayan gemilerin askeri nitelikte hizmet göstermesinden duyulan kaygılar ön plana çıkmıştır.

Sahil güvenlik gemileri, uluslararası hukukta askeri niteliği üzerinde çok fazla tartışma bulunan bir gemi türü değildir. Zira uluslararası toplumun neredeyse tamamı söz konusu gemilerin savaş gemisi olduğunu kabul etmektedir. Bununla birlikte gayri askeri statüdeki adaların söz konusu statülerini aşındırma çabasında olan Yunanistan, ilgili uluslararası antlaşmalarla kendisine kolluk yetkisi altında tanınan istisnai yetkileri kötüye kullanarak, bölgede sahil güvenlik gemilerinin faaliyetlerini arttırmaya çalışmaktadır. Hatta düzensiz göçle mücadele kapsamında bu niyetini daha da ileriye götürmekte, üçüncü devlet sahil güvenlik gemilerini de bu anlamda kasıtlı bir şekilde gayri askeri statüyü ihlal edecek şekilde yönlendirmektedir.

Bu sebeple, Yunanistan'ın gayri askeri statüyü aşındırma arzusu göz önünde bulundurularak, maalesef uluslararası toplumda savaş gemisi olarak kabul edilen sahil güvenlik gemilerinin neden kolluk gemisi değil de savaş gemisi olduğunun ve bu gemilerin faaliyetlerinin gayri askeri statüyü aşındırdığının ortaya konması gerekmektedir. Sahil güvenlik gemilerinin savaş gemisi olarak kabul edilmesi gerektiğine yönelik en temel saptama BMDHS'ye ilişkin şerhte yer almaktadır. İlgili şerhte BMDHS'nin 29. maddesinin yorumlanmasında farklı tip gemilerin savaş gemisi statüsünde olup olamayacağı tartışılmaktadır.[47] Özellikle sahil güvenlik gemileri ile birlikte önleyici kolluk ya

[47] Center for Oceans Law and Policy (University of Virginia), United Nations Convention on the Law of the Sea 1982 – A Commentary Vol. II, Myron H. Nordquist (Ed. in Chief); Satya N. Nandan and Shabtai Rosenne (Volume Eds.), Dordrecht/Boston/London: Martinus Nijhoff Publishers, 1993, s. 252.

da önleyici polis (frontier police) gemilerine vurgu yapılmakta ve bu gemilerin uygulanan uluslararası hukukta savaş gemisi niteliğinde olduğu kabul edilmektedir. Bu aşamada sahil güvenlik gemileri kadar etkin bir savaş aracı olmayan söz konusu gemilerin savaş gemisi statüsünde bir tereddüt olmayışı sahil güvenlik gemilerinin statüsünün tartışılmasını anlamsız hale getirmektedir. İlgili yorum göstermektedir ki devletlerin karasularında gerçekleştirdikleri kolluk görevinin, askeri niteliği haiz olmayan salt bir kolluk gücüyle gerçekleştirildiği iddiası istisnai ve ispatı gereken bir husustur. Sahil güvenlik gemilerinin statüsünün bu kapsamda ele alındığına dair uluslararası hukukta yerleşik bir uygulama bulunmamaktadır. Hatta yerleşik uygulama tam tersi yöndedir.. Bu sebeple sahil güvenlik gemilerinin faaliyetleri önleyici kolluk kapsamında gerçekleştirilse bile, o gemilerin savaş gemisi niteliği değişmeyecektir. Dolayısıyla BMDHS'nin belirli tip gemiler dışında kalan gemilerin hukuki statüsü bakımından 29. madde hükmüne yer verdiği de savunulabilir. Zira ister BMDHS'ye taraf olsun ister olmasın uluslararası örf ve adet hukuku kuralları ile genel uygulamanın oluşturduğu çerçeve göstermektedir ki sahil güvenlik gemileri ve önleyici kolluk hizmeti gören gemiler vb. savaş gemisi statüsünde kabul edilmektedir. BMDHS'ye taraf devletlerin sözleşmesel yükümlülükleri çerçevesinde, kendi aralarında, şerhte yer alan yorumu da aşacak şekilde sahil güvenlik gemilerinin alelade bir devlet gemisi olduğunu kabul etmeleri durumunda dahi, söz konusu iddiayı taraf olmayan devletler bakımından ileri sürebilmeleri hukuken mümkün değildir. Ayrıca taraf devletlerin, kendi ulusal hukukları çerçevesinde hangi kurumsal yapının içine yerleştirilirse yerleştirilsin (ki genellikle silahlı kuvvetler içerisinde yer alır), sahil güvenlik gemilerinin savaş gemisi statüsünde olduğu açıktır. Bununla birlikte bu saptamanın tartışmalı olduğu kabul edilse bile, uluslararası örf ve adet hukuku kuralları ve BMDHS'nin ilgili hükümlerinin yorumu yoluyla, sahil güvenlik gemilerinin savaş gemisi niteliği yine de ortaya konabilir.

3. İzleme (Sıcak Takip) Hakkı Çerçevesinde Sahil Güvenlik Gemilerinin Savaş Gemisi Niteliği

BMDHS'nin 111(5). maddesi hükmüne göre izleme hakkı, ancak savaş gemileri veya askeri uçaklar veya ayırt edici dış işaretlerle bir kamu hizmetine tahsis edilmiş oldukları ve bu konuda yetkili kılın-

dıkları belli olan, diğer gemiler veya uçaklar tarafından kullanılabilir.[48] Bu durumda savaş gemisi olmayıp da izleme hakkının kullanılması esnasında kullanılabilecek devlet gemilerinin hangileri olduğu sorusu ortaya çıkar. BMDHS'nin şerhinde yine bu husus üzerinde durulmuştur. Buna örnek olarak da polis devriye botlarının askeri yetki ve imtiyazlarla donatılması gösterilmiştir. Bu durumda şerhte yer alan ifadenin mefhum-u muhalifinden uluslararası örf ve adet hukuku kurallarına dayanan uluslararası hukuk uygulamasında polis devriye botları dışındaki diğer kolluk gemileri savaş gemisi niteliğindedir. Zaten önleyici kolluk (polis) faaliyeti gösteren gemilerin savaş gemisi niteliğinde olduğu yukarıda ifade edildi. Bu şartlar altında BMDHS'nin sözleşmesel hükümlerinden bağımsız mevcut uluslararası hukuk uygulaması çerçevesinde 29. ve 111. maddeleri yorumlayan şerh, polis gemileri arasında dahi bir ayrıma gidildiğini, polis devriye botu olarak belirlenen gemiler dışında diğer kolluk gemilerinin savaş gemisi niteliğinde olduğunu açık şekilde ortaya koymaktadır. Dolayısıyla sahil güvenlik gemisi olarak adlandırılan gemilerin zaten hiçbir yetkilendirmeye ihtiyaç olmaksızın sıcak takip hakkını kullandığı göz önünde bulundurulursa, sahil güvenlik gemilerinin hem BMDHS'nin 111. maddesinin lafzı hem de uluslararası örf ve adet hukuku kuralları çerçevesinde savaş gemisi statüsünde olduğu görülecektir.

Sahil güvenlik gemilerinin, polis devriye botlarıyla bir ilgisinin olmadığının ortaya konduğu bu yorum ayrıca polis devriye botları ile önleyici kolluk (polis) gemileri arasında farklılık bulunduğu gerçeğini göstermiş, istisnai ve sınırlı olarak askeri nitelikte olmayan, ama her an askeri nitelikte bir faaliyet için kullanılabilir devlet (polis) gemisi statüsünden bahsedilmiştir. Dünyadaki genel kabul polis devriye botları da dâhil bu tarz gemilerin istisnai olarak askeri nitelikte olmaması yönündedir. Görüldüğü üzere sahil güvenlik gemileri bakımından böyle bir tartışma gerçekleştirilmemektedir.[49]

---

48 Yoshifumi Tanaka, The International Law of the Sea, Cambridge: Cambrdige University Press, 2015, s. 169.

49 Center for Oceans Law and Policy (University of Virginia), United Nations Convention on the Law of the Sea 1982 – A Commentary Vol. III, Myron H. Nordquist (Ed. in Chief); Satya N. Nandan and Shabtai Rosenne (Volume Eds.), Dordrecht/Boston/London: Martinus Nijhoff Publishers, 1995, s. 258.

4. İnsansız Deniz Araçları Çerçevesinde Yorum

BMDHS'nin 29. maddesinin amaçsal yorumu fonksiyonel bir şekilde değerlendirilmemesi ve dar yorumla lafzi bir uygulamanın tercih edilmesi durumunda bugün için tahmin edilemeyen pek çok sorun teknolojinin gelişmesi ve devletlerarası ilişkilerin daha da çeşitlenmesiyle meydana gelebilecektir. Devletlerin silahlı kuvvetlerine ait çeşitli gemilerin savaş gemisi statüsünde olmadıkları kabul edilecektir. Özellikle insansız araçların kullanılmasının yaygınlaşmasına bağlı olarak denizlerde insansız deniz araçlarının da kullanıldığı görülmektedir. Bugün için bunlar daha çok deniz altında faaliyet gösteren deniz araçlarıdır. Bununla birlikte savaş gemileri bakımından da su üstünde hareket kabiliyetini haiz ve manevra kabiliyeti gelişmiş donanımlı gemilerin faaliyet göstermesi an meselesidir. Bu çerçevede söz konusu insansız gemilerin fonksiyonel anlamda açık bir şekilde savaş gemisi statüsünde olmalarına rağmen, lafzi yorumla savaş gemisi statüsüne sokulmaması konuyu çok tartışmalı bir noktaya taşıyacaktır.

5. San Remo Manüeli Çerçevesinde Silahlı Çatışmalar Hukuku Bağlamında Bir Değerlendirme

Uluslararası hukuk bakımından savaş gemilerinin statüsünün belirlenmesinde en önemli kaynak olmakla birlikte, BMDHS bu konuda dikkate alınacak tek hukuk kaynağı da değildir. Uluslararası örf ve adet hukuku kuralları da bu anlamda kaynak niteliğindedir. Ayrıca söz konusu kuralların yorumlanmasında ve uygulanmasında dikkate alınabilecek başka belgelere de rastlamak mümkündür. 12 Haziran 1994 tarihli Denizdeki Silahlı Çatışmalarda Uygulanacak Uluslararası Hukuk Hakkında San Remo Manüelinin 112. paragrafı, ticaret gemilerinin dahi amaçsal yorumla savaş gemisi olarak kabul edilmesini mümkün kılmaktadır. Anılan manuel 13(g) paragrafında savaş gemisini BMDHS'nin 29. maddesiyle aynı şekilde tanımlamaktadır. Ancak söz konusu tanımın benimsenmiş olmasına rağmen ticaret gemilerinin ve bu gemilerdeki mürettebatın savaşan statüsüne bağlı hak ve imtiyazların muhatabı olabileceği ortaya konmaktadır. San Remo Manüeli bir başka devlet gemisine müdahalede bulunma yetkinliğine sahip her türlü geminin savaş gemisi olabilme ihtimalini ortaya koymaktadır. BMDHS uyarınca askeri gemilere tanınan imtiyazların dar yorumlandığı göz önünde tutulursa, savaş zamanı bakımından ticaret gemilerinin savaş gemisi statüsünde

faaliyet gösterebilme ihtimali sahil güvenlik gemilerinin savaş gemisi niteliğinin sorgulanmasını anlamsız kılmaktadır.

6. Sahil Güvenlik Gemilerinin Savaş Gemisi Niteliği Çerçevesinde Yapılabilecek Bazı Tespitler

Yukarıda yapılan açıklamalar çerçevesinde uluslararası hukukta yarattığı etkiler bakımından sahil güvenlik gemilerinin savaş gemisi niteliğine bağlı olarak bazı tespitler yapılabilir.

Sahil güvenlik gemileri devletlerin neredeyse tamamı tarafında savaş gemisi olarak kabul edilmektedir. Bazı devletlerin zaman zaman polis faaliyeti adı altında sahil güvenlik unsurlarını kullanmaları bu gerçeği değiştirmemektedir. Kaldı ki polis gücü anlamında kullanımda dahi ayrımlar yapılmakta önleyici kolluk faaliyetleri, fonksiyonel yorumla bu kapsamın dışında tutulmaktadır. Bu sebeple kolluk faaliyetleri bazlı bir yaklaşımla sahil güvenlik gemilerinin gayri askeri statüyü ihlal etmediği yönündeki iddia ve bu iddialara bağlı uygulamalar uluslararası hukukun açık ihlali niteliğinde olacaktır.

İkinci olarak izleme hakkı savaş gemilerinin tespit bakımından çok önemli bir katkı sağlamaktadır. Sahil güvenlik gemilerinin hükümet tarafından özel olarak yetkilendirilmeden izleme hakkını kullanması sahil güvenlik gemilerinin statüsünün savaş gemisi olduğunu göstermektedir.

Başta insansız deniz araçları olmak üzere teknolojide yaşanan gelişmeler, devletlerin silahlı kuvvetlerine bağlı unsurların çok farklı faaliyetlerde bulunabileceklerini ortaya koymaktadır. Bu nedenle savaş gemisi tanımının fonksiyonellik çerçevesinde amaçsal yorum çerçevesinde ele alınması olası hak kayıplarının da önüne geçecektir. Söz konusu yorumun yapılması Türkiye tarafından BMDHS'ye taraf devletlere karşı ileri sürülebilecek bir hak niteliğindedir.

SONUÇ

Gayri askeri statüdeki adaların ülkelerinde gerek askeri üst uçuşlar ve gerekse sahil güvenlik unsurlarının gerçekleştirdikleri faaliyetler, anılan statüyü ihlal edici niteliktedir. Bu sebeple ülkenin üç boyutlu yapısı göz önünde bulundurularak söz konusu adalardaki gayri

askeri statünün kara, deniz ve hava ülkesinde aynı şekilde hüküm doğurduğunun ön plana çıkarılması gerekmektedir. Gelişen teknolojiye bağlı olarak gayri askeri statüyü aşındırıcı çok fazla sayıda faaliyet gösterilmesi ihtimali bulunmaktadır. Dolayısıyla gayri askeri statünün tesisine temel teşkil eden uluslararası antlaşmaların şartlarında esaslı bir değişiklik olmadığı tezinden hareketle, ilgili antlaşmaların imzalandığı ilk günkü anlayışın devamlılığıyla hareket edilmesini gerekli kılmaktadır. Aksi takdirde teknolojiye bağlı olarak ortaya çıkan her bir yeni faaliyet için hükümleri tekrar yorumlayıp yeni bir uygulamaya çalışmak Yunanistan'ın anılan antlaşmaların yeniden değerlendirilmesi gerektiği yönündeki savının güçlenmesine neden olur. Çalışmada ortaya konan veriler ışığında, konuyla ilgili antlaşmaların ilgili hükümlerinin uygulanmasındaki devamlılığın ortaya konması ve bu çerçevede yeni olaylarla karşılaşıldığında mevcut hükümlerin lafzına bağlı yeni önlemlerin alınması gerekliliği kendisini göstermektedir.

Kaynakça

Akipek Ömer İlhan, Hava Sahasının Devletler Hukuku Bakımından Durumu, Ankara: Güzel Sanatlar Matbaası, 1959.

Akkutay Berat Lale, "Uluslararası Hukukta Sivil ve Devlet Hava Aracı Ayrımı", *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, Yıl 8, Sayı 31, Temmuz 2017, s. 315 – 348.

Akkutay Berat Lale, "Uluslararası Hukuk Kuralları Çerçevesinde Sivil Hava Araçlarının Askeri Amaçlarla Kullanılması", içinde Hava Hukuku Sempozyumu, Hasan Tahsin Fendoğlu ve Banu Şit Köşgeroğlu (Editörler), Ankara: Adalet Yayınevi, 2017, s. 61 – 69.

Aksu Fuat, "Preservation of Demilitarized Status of the Aegean Islands for the National Security of Turkey", *Turkish Review of Balkan Studies*, Vol. 7, 2002, s. 107 – 133.

Ayman Gülden Neorealist Bir Perspektiften Soğuk Savaş Sonrası Yunan Dış Politikası: Güç, Tehdit ve İttifaklar,Ankara: SAEMK Yayınları, 2001.

Başeren Sertaç Hami, Ege Sorunları, Ankara: Türk Deniz Araştırmaları Vakfı Yayınları, 2006.

Center for Oceans Law and Policy (University of Virginia), United Nations Convention on the Law of the Sea 1982 – A Commentary Vol. II, Myron H. Nordquist (Ed. in Chief); Satya N. Nandan and Shabtai Rosenne (Volume Eds.), Dordrecht/ Boston/London: Martinus Nijhoff Publishers, 1993.

Center for Oceans Law and Policy (University of Virginia), United Nations Convention on the Law of the Sea 1982 – A Commentary Vol. III, Myron H. Nordquist (Ed. in Chief); Satya N. Nandan and Shabtai Rosenne (Volume Eds.), Dordrecht/ Boston/London: Martinus Nijhoff Publishers, 1995.

Cheng Bin, The Law of International Air Transport, London: Stephens & Sons Limited/ New York: Oceana Punlications, 1962.

Crawford James, Brownlie's Principles of Public International Law, Eighth Edition, Oxford: Oxford University Press, 2012.

Çelik Edip F., Milletlerarası Hukuk İkinci Cilt, İstanbul: Filiz Kitabevi, 1982.

Dempsey Paul Stephen, Public International Air Law, Montreal: Mcgill University, 2008.

Diederiks-Verschoor Isabella H. Philepina, An Introduction to Air Law, Ninth Revised Edition, Pablo Mendes de Leon (Ed.), Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, 2012.

Dupuy René Jean and Vignes Daniel, A Handbook on the Law of the Sea Vol. 2, Dodrecht/Boston/Lancaster: Martinus Nijhoff Publishers, 1991.

Gardberg Andres, Aaland Islands – A Strategic Survey, Helsinki: National Defence College, 1995.

GRief Nicholas Public International Law in the Airspace of the High Seas, Dodrecht/Boston/London: Martinus Nijhoff Publishers, 1994.

Gündüz Aslan, Limni Adasının Hukuki Statüsü Üzerinde Türk – Yunan Uyuşmazlığı, İstanbul: Bayrak Yayımcılık, 1985.

Günel Reşat Volkan, Uluslararası Havacılık Hukuku, İstanbul: Beta, 2010.

Harck Sten, "Aland Islands", in R. Wolfrum (ed), The Max Planck Encyclopedia of Public International Law, Oxford University Press, 2008 –, online edition, 2008. (Son erişim tarihi 15.08.2017)

İnan Yüksel, Türk Boğazlarının Siyasal ve Hukuksal Rejimi, 2. Baskı, Ankara: Turhan Kitabevi, 1995.

İnan Yüksel ve Acer Yücel, "The Aegean Disputes", Ankara: Foreign Policy Institute, www.foreignpolicy.org.tr/documents/251202.pdf. (Son erişim tarihi 15.08.2017)

Kingma Kees and Schrijver Nico, "Demilitarization", in R. Wolfrum (ed), The Max Planck Encyclopedia of Public International Law, Oxford University Press, 2008 –, online edition, 2010, para. 1. (Son erişim tarihi 15.08.2017)

Lozan Barış Konferansı – Tutanaklar-Belgeler İkinci Takım Cilt II, Cilt 8, 3. Baskı, Çeviren Seha L. Meray, İstanbul: Yapı Kredi Yayınları, 2001.

Lozan Barış Konferansı – Tutanaklar-Belgeler Takım I Cilt I Kitap I, Çeviren Seha L. Meray, Ankara: Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları, 1971.

Meray Seha L., Devletler Hukukuna Giriş Birinci Cilt, İkinci Baskı, Ankara: Ajans Türk Matbaası, 1960.

Milde Michael, International Air Law and ICAO, Utrecht/Portland: Eleven International Publication, 2008.

O'Connell D. P., The International Law of the Sea Vol. II, London/Glasgow New York: Oxford University Press, 1984.

Oppenheim L., International Law – A Treatise Vol. I – Peace, Eighth Edition, H. Lauterpacht (Ed.), London/New York/Toronto: Longmans, Green and Co., 1955.

Özman Aydoğan, Deniz Hukuku I – Kaynaklar, Kişiler, Nesneler, Ulusal Deniz Alanları, Ankara: Turhan Kitabevi, 2006.

Özman M. Aydoğan, "Lozan Andlaşmalarında Ege Adalarının Statüsü", *Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi*, C. 43, S.3, 1988, s. 197 – 206.

Özman Aydoğan, "Devletlerin Egemenliği ve Milletlerarası Teşekküller", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi,* C. 21, S. 1, 1964, s. 53 – 121.

Pazarcı Hüseyin, Türk Dış Politikasının Başlıca Sorunları, Ankara: Turhan Kitabevi, 2015.

Pazarcı Hüseyin, Uluslararası Hukuk Dersleri 2. Kitap, 10. Bası, Ankara: Turhan Kitabevi, 2014.

Pazarcı Hüseyin "Ege Denizi'ndeki Türk-Yunan Sorunlarının Hukuki Yönü", içinde

Türk-Yunan Uyuşmazlığı, Semih Vaner (Der.), İstanbul: Metis Yayınları, 1990, s. 106 – 126.

Pazarcı Hüseyin, "Ege Adalarının Lozan ve Paris Andlaşmalarıyla Saptanan Askerden Arındırılmış Statüsü Değişmiş midir?", *Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi*, C. 43, S. 3, 1988, s. 207 – 220.

Pazarcı Hüseyin, "Ege Adalarının Hukuksal Statüsü", *Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi*, C. 43, S. 3, 1988, s. 151 – 162.

Pazarcı Hüseyin, Doğu Ege Adalarının Askerden Arındırılmış Statüsü, Ankara: Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları, 1986.

Pazarcı Hüseyin, "Lozan Antlaşmasından 1974'e Kadar Ege'ye İlişkin Gelişmeler ve Yunanistan'ın Ege Politikası", içinde Türk-Yunan İlişkileri, Ankara: Genelkurmay Basımevi, 1986, s. 19 – 33. (1986/a)

Rothwell Donald R. and Stephens Tim, The International Law of the Sea, Second Edition, Oxford/Portland: Hart Publishing, 2016.

Sander Oral, Türkiye'nin Dış Politikası, 3. Baskı, Ankara: İmge Kitabevi, 2006.

Tanaka Yoshifumi, The International Law of the Sea, Cambridge: Cambrdige University Press, 2015, s. 169.

Taşkıran Cemalettin, On İki Adanın Dünü ve Bugünü, Ankara, Genelkurmay Basımevi, 1996.

Toluner Sevin, "Doğu Ege Adalarının Askersizleştirme Rejimi Çerçevesinde Kara, Deniz ve Hava Sahasından Askeri Geçiş ve Faaliyetlere Dair Bir Değerlendirme", içinde Milletlerarası Hukuk Açısından Türkiye'nin Bazı Dış Politika Sorunları, 2. Bası, İstanbul: Beta, 2004, s. 113 – 122.

Toluner Sevin, Limni Adasının Hukuki Statüsü ve Montreux Boğazlar Konvansiyonu, İstanbul: Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Münasebetler araştırma ve Uygulama Merkezi, 1987.

Vukas, Budislav, "Military Uses of the Sea and the United Nations Law of the Sea Convention", in Essays on the Law of the Sea, Budislav Vukas (Ed.), Zagreb: Sveucilisna Naklada Liber, 1990, s. 401 – 427.

Wasum-Rainer Susanne, "Status Quo", in R. Wolfrum (ed), The Max Planck Encyclopedia of Public International Law, Oxford University Press, 2008 –, online edition, 2006. (Son erişim tarihi 15.08.2017)

Wouters Jan and Demeyere Bruno, "Overflight", in R. Wolfrum (ed), The Max Planck Encyclopedia of Public International Law, Oxford University Press, 2008 –, online edition, 2008, (Son erişim tarihi 15.08.2017)

Yavuz, Celalettin Andlaşmalarla Yunanistan'a Devredilmemiş Ada, Adacık ve Kayalıkların Hukuki Statüsü de Dahil Menteşe Adaları (Oniki Ada)'nın Tarihi, İstanbul: Deniz Harp Okulu Basımevi, 2003.

Zimmermann Dominik, "Lausanne Peace Treaty (1923)", in R. Wolfrum (ed), The Max Planck Encyclopedia of Public International Law, Oxford University Press, 2008–, online edition, 2009. (Son erişim tarihi 15.08.2017).

United Nations Convention on the Law of the Sea, 10 December 1982, 1833 UNTS 396, No. 31363.

Convention on the High Seas, 29 April 1958, 450 UNTS 82, No. 6465.

Convention on International Civil Aviation, 7 December 1944, 15 UNTS 295, No. 102.

AVRUPA BİRLİĞİ ADALET DİVANI KARARLARI TEMELİNDE AVRUPA BİRLİĞİ HUKUKUNDA ŞİRKETLERİN YERLEŞME ÖZGÜRLÜĞÜ*

FREEDOM OF ESTABLISHMENT OF COMPANIES UNDER EUROPEAN UNION LAW ON THE BASIS OF THE DECISIONS OF THE COURT OF JUSTICE OF THE EUROPEAN UNION

Bengül KAVLAK**

Özet: Avrupa Birliği'nde (AB) ekonomik sınırların ortadan kalkmasıyla birlikte şirket hareketliliği giderek ön plana çıkmıştır. Üye devletlerin hukuk kurallarında şirket hareketliliğini düzenleyen yeknesak kuralların bulunmaması konunun sıklıkla Avrupa Birliği Adalet Divanı'nın (ABAD)[1] önüne getirilmesine sebep olmuştur. Çalışmada şirketlerin yerleşme özgürlüğüne ilişkin olarak ABAD tarafından verilen önemli kararlar ve etkileri incelenmiştir.

Anahtar Kelimeler: AB hukuku, yerleşme özgürlüğü, ABAD, şirket hareketliliği.

Abstract: As a result of disappearing of economic frontiers in the European Union, mobility of companies has come to the forefront. Because of the fact that, there are no uniform rules that regulate corporate mobility in the laws of Member States, this subject has often come before the Court of Justice of the European Union (CJEU). In this study the important decisions given by CJEU on freedom of establishment of companies and their effects are examined.

Keywords: EU law, freedom of establishment, CJEU, corporate mobility.

---

* Bu makale yazarın doktora tezinden üretilmiştir. Bengül Kavlak, Sınır Aşan Şirket Birleşmelerine Uygulanacak Hukuk, Yayımlanmamış Doktora Tezi, Dokuz Eylül Üniversitesi, İzmir, 2017.

** Dr., Yaşar Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Uluslararası Özel Hukuk Anabilim Dalı

1 2009 tarihli Lizbon Antlaşması ile "Avrupa Toplulukları Adalet Divanı"nın adı "Avrupa Birliği Adalet Divanı" olarak değişmiştir. Çalışmada bütünlük sağlanması adına Lizbon Antlaşması'ndan önceki dönemde verilen kararlar da dahil olmak üzere AB yargı organı için "Avrupa Birliği Adalet Divanı" (ABAD) terimi kullanılmıştır.

GİRİŞ

Son yıllarda uluslararası ticaretin giderek yaygınlaşması ile birlikte AB üyesi devletler arasındaki ekonomik sınırlar giderek ortadan kalkmıştır. Ulusal sınırların aşılarak Birlik genelinde ekonomik bütünleşmenin sağlanması AB Antlaşmalar sistemiyle amaçlanan başlıca konulardan birisidir. Avrupa Birliği'nin İşleyişi Hakkında Antlaşma'nın (ABİA)[2]'da yer alan birtakım hükümler, üye devletler arasındaki ticaretin önündeki engellerin kaldırılmasına ilişkin olup bir İç Pazar kurulmasını hedeflemektedir. Kurucu antlaşmalarda yer verilen bazı temel ilkeler de bu ana hedef çerçevesinde şekillenmiştir[3]. İç Pazar, malların, kişilerin, hizmetlerin ve sermayenin serbest dolaşımını sağlayacak iç sınırları olmayan bir alan yaratmaktadır[4]. Bunun sonucu olarak şirketlerin, kuruldukları veya hukukuna tabi oldukları ülkeden farklı ülkelerde, diğer bir deyişle farklı pazarlarda faaliyette bulunma yönündeki talepleri giderek artmaktadır.

Şirketlerin Birlik içerisinde gerçekleşen bu hareketliliği çeşitli sorunları da beraberinde getirmiştir. Bu sorunların temelinde üye devletlerin şirket hareketliliğine ilişkin olarak yeknesak kurallara sahip olmaması, üye devletlerin birbirinden farklı uygulamalarda bulunması yatmaktadır.

Şirketlerin Birlik içerisindeki hareketliliğinin hukuki dayanağını, AB'nin kurucu antlaşmalarıyla garanti altına alınan yerleşme özgürlüğü oluşturmaktadır. Üye devletlerin şirketlerin hareketliliğini kısıtlayarak yerleşme özgürlüğünü sınırlandırmaları konunun sıklıkla ABAD'ın önüne gelmesine sebep olmuş ve ABAD tarafından yerleşme özgürlüğüne ilişkin ilke niteliğinde kararlar verilmiştir.

Çalışmamızın birinci bölümünde AB hukukunda şirketlerin yerleşme özgürlüğü kavramı ve AB mevzuatında düzenlenişi ifade

---

2 Çalışmada bütünlük ve tutarlılık sağlamak adına çalışmanın tamamında ABİA'nın güncel maddelerine yer verilmiş olup, AT Antlaşması döneminde verilen kararlar bakımından da çalışmada AT Antlaşması'nın ABİA'da karşılık gelen maddeleri belirtilmiştir.

3 Stephen Weatherill, Cases&Materials on EU Law, 9th Edition, Oxford University Press, 2010, s. 28.

4 Işıl Özkan, Avrupa Birliği Kamu Hukuku, 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2017, s 70.

edildikten sonra ikinci bölümünde ABAD'ın şirketlerin yerleşme özgürlüğüne ilişkin yaklaşımının süreç içerisinde ne şekilde gelişim gösterdiğini belirtmek üzere, konuya ilişkin olarak önem taşıyan ve ön plana çıkan ABAD kararlarına tarih sıralamasına göre yer verilmiştir. Son bölümde ise kararlar yerleşme özgürlüğü bakımından değerlendirilmiştir.

I. Avrupa Birliği Hukukunda Yerleşme Özgürlüğü

Yerleşme özgürlüğü AB mevzuatında ABİA 49-54 maddeleri ile düzenlenmiştir.[5] Anılan düzenlemelere göre yerleşme özgürlüğü, AB üyesi devletlerin vatandaşlarına ve ABİA m. 54 kapsamındaki tüzel kişilere tanınmış bir haktır.[6] Yerleşme özgürlüğü, gerçek kişilerin ve şirketlerin üye devletlerde daimi bir şekilde faaliyette bulunma hakkının önündeki engellerin kaldırılmasını amaçlar.[7]

Yerleşme, 'belirsiz bir süre için, bir başka üye devlette, sabit bir işletme vasıtasıyla ekonomik bir faaliyetin fiilen gerçekleştirilmesi' olarak ifade edilmektedir.[8] Bir ticaret şirketi için AB topraklarında yerleşme özgürlüğü ise, yalnızca şirketin temel ya da tali faaliyetlerini bir üye devlette kurmak veya yürütmek değil bunun yanı sıra söz konusu faaliyetlerini serbestçe menşe ülkeden farklı bir üye devlette sürdürmek ve farklı bir üye devlet tabiiyetinde bir şirketle serbest bir biçimde birleşmek olarak ifade edilmektedir.[9] Yerleşme özgürlüğü bir üst kavram olarak yalnızca tabiiyeti, tanımayı ve şirkete uygulanacak kanunlar ihtilafı kurallarını kapsamaz, ayrıca bir ülkede kurulan bir

---

5 2009 tarihli Lizbon Antlaşması ile 1999 tarihli Amsterdam Antlaşması söz konusu hükümlerde değişiklikler öngörmüştür. Hali hazırda ABİA m.49-54 ile düzenlenen yerleşme özgürlüğü, Lizbon Antlaşması'ndan önce Avrupa Topluluğu Antlaşması m. 43-49, Amsterdam Antlaşması'ndan önce 1958-1993 arası Avrupa Ekonomik Topluluğu Antlaşması ve 1993-1999 arası Avrupa Topluluğu Antlaşması m. 52-59 ile düzenlenmekteydi.

6 Miroslawa Myszke-Nowakowska, The Role of Choice of Law Rules in Shaping Free Movement of Companies, Intersentia Publishing Ltd., Cambridge, 2014, s.15.

7 Paul Craig and Gráinne De Burca, EU Law – Text, Cases and Materials, 5. Ed., Oxford University Press, New York, 2011, s.764.

8 Case C-221/89 R v Secretary of State for Transport, ex p Factortame, [1991], ECR I-3905.

9 F. Bejan, "Freedom of Establishment and Cross-Border Merging", Agora International *Journal of Juridical Sciences,*1, 2012, s. 3.

şirketin yurt dışına açılmasını o ülke mevzuatının engellemesi sorununu da içerir.[10]

ABİA m. 54'e göre, "Bir üye devlet mevzuatına göre kurulmuş ve sicilde kayıtlı merkezi, idare merkezi veya başlıca iş yeri Birlik içinde bulunan şirketler, bu Bölümde yer alan hükümlerin uygulanması bakımından, üye devlet uyruğu gerçek kişilerle aynı muameleye tabi olur. Şirketler; kâr amacı gütmeyenler hariç, kooperatifler de dahil olmak üzere, medeni hukuk veya ticaret hukukuna göre kurulmuş şirketler ile kamu hukuku veya özel hukuk hükümlerine tabi diğer tüzel kişileri ifade eder".[11]

Hükümde her ne kadar şirketlerin, diğer üye devletlerde üye devletin tabiiyetinde bulunan gerçek kişiler gibi muamele göreceği ifade edilmişse de gerçek kişilerle tüzel kişiler arasındaki farklılıklar sebebiyle bunun tam olarak uygulanması mümkün olmayabilir. Ayrıca, AB mevzuatında şirketler hukukuna ilişkin olarak çok sayıda direktif kabul edilerek üye devletlerin iç hukuklarına aktarılmış olsa da, bazı üye devletlerin şirketlere ve onların faaliyetlerine ilişkin farklı bir takım düzenlemeleri halen geçerliliğini korumaktadır.[12]

Şirketlerin yerleşmesine uygulanacak hukukun tespiti, gerçek kişilere uygulanacak hukukun tespitinden çok daha karmaşıktır. Zira ulusal şirketler hukuku düzenlemeleri arasında önemli farklılıklar bulunabilmektedir. AB düzeyinde bir yasal uyumlaştırma yapma yoluna gitmektense, ABAD, üye devletlerin, farklı bir şirketler hukuku sistemini benimsemiş, farklı üye devlet yasalarına göre kurulmuş olan bir şirkete, ayrıca kendi düzenlemelerine tabi kılmayarak kendi ülkelerinde ikincil yerleşme hakkı tanımaları gerektiği hususuna işaret etmiştir.[13]

---

10 Tuğrul Ansay, "Yabancı Şirketlerin Serbest Yerleşimi ve Tanınması", *MHB,* Yıl 23, 2003, s. 2.

11 Antlaşmanın Türkçe metni için bkz. http://www.abgs.gov.tr/files/pub/antlasmalar.pdf (18.07.2017). Bu hususta ayrıca bkz. Hacı Can, Avrupa Birliği'nin Kurucu Andlaşmaları, Adalet Yayınevi, Ankara, 2009, s. 84 vd.; Ergun Özsunay, Avrupa Birliği Hukuku ve Türkiye AB İlişkileri, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2015, s. 185.

12 Craig and De Burca, s. 787.

13 Craig and De Burca, s. 788.

Şirketlerin sınır aşan hareketliliği Antlaşmalarda yer verilen dört özgürlükle güvence altına alınmıştır. Bunlar malların, sermayenin, hizmetlerin ve kişilerin serbest dolaşımıdır. Kişilerin serbest dolaşımı altında ise işçilerin serbest dolaşımı ve yerleşme özgürlüğü yer almaktadır. Şirketler hukuku bakımından en büyük önemi yerleşme özgürlüğü taşımaktadır.

Şirket merkezini nakletmek veya farklı bir üye devlette yeni şirket ya da şube kurmak bakımından AB dahilinde üye devletler arasında şirketlerin hareketliliği, ABİA tarafından öngörülen ve AB kurumlarınca takip edilen amaçlar doğrultusunda, iç sınırların bulunmadığı, malların, kişilerin, hizmetlerin ve sermayenin serbest dolaşımının garanti altına alındığı bölgede, İç Pazar'ın oluşumunun ve işleyişinin bir sonucudur. Yerleşme özgürlüğü, şirketlerin hareketliliğini garanti altına almak amacıyla, üye devletleri diğer bir üye devlette kurulmuş olan bir şirketin yerleşme özgürlüğünü sınırlamasını önler ve onlara kendi tabiiyetindekiler için öngörmüş olduğu aynı koşullarla yerleşme hakkı tanıma yükümlülüğü yükler.[14]

Yerleşme özgürlüğünün amacı, bir üye devletin tabiiyetindeki bir şirketin veya şube ya da bağlı şirketlerinin, diğer bir üye devletin topraklarında, tüm işletme faaliyetlerini burada yürütecek şekilde, oluşumuna ve yönetimine imkan tanımaktır.[15] Bu durumda şirketler, ABİA m.54'te yer alan koşulları sağlamak suretiyle, 49'uncu madde uyarınca bir üye devlette yerleşme hakkına sahiptir.

Yerleşme özgürlüğü, sınır aşan şirket birleşmeleri ile şirketlerin bölünme, tür değiştirme gibi diğer yeniden yapılanma şekillerini de kapsamaktadır. Yerleşme özgürlüğü yoluyla şirketler diğer bir üye devlette yalnızca şube, acente, bağlı şirket vb. kurmaz bunun yanı sıra diğer yeniden yapılanma şekillerini de kullanır. Bu nedenle yerleşme özgürlüğünün kapsamı oldukça geniştir.[16]

---

14 Arianna Ugliano, "The New Cross-Border Merger Directive: Harmonisation of European Company Law and Free Movement", 18 European Business Law Review, 2007, s. 588; Thomas Rønfeldt and Erik Werlauff, "Merger as a Method of Establisment: on Cross-border Mergers, Transfer of Domicile and Divisions, Directly Applicable under the EC Treaty's Freedom of Establishment", European Company Law, June 2006, V. 3, Issue 3, s. 125.

15 Etem Kara, Avrupa Birliği'nde Şirketlerin Sınıraşan Hareketliliği, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2014, s. 45 vd.

16 Myszke-Nowakowska, s.16.

Şirketlerin yerleşme özgürlüğü bakımından ABAD, *Daily Mail* kararı ile başlayan ve uluslararası özel hukuk bakımından da büyük önem taşıyan pek çok karar vermiştir. Aşağıda temel noktalarına değinilecek olan bu kararlar gerek şirketin idare merkezinin nakli gerek şirket birleşmelerinde yerleşme özgürlüğü bakımından büyük önem taşımaktadır.

II. Yerleşme Özgürlüğüne İlişkin ABAD Kararlarından Örnekler

A. "Daily Mail" Kararı[17]

27 Eylül 1988 tarihli kısaca *Daily Mail* kararı olarak isimlendirilen kararda ABAD'a ABİA m. 49 ve 54 ile 21 Mayıs 1973 tarihli 73/148 sayılı Konsey Direktifi'nin hükümleri çerçevesinde üye devlet vatandaşlarının Birlik içinde ikamet ve dolaşımlarına ilişkin kısıtlamalarla ilgili soru yöneltilmiştir.

Mahkemeye sunulan belgelerden anlaşıldığına göre, İngiltere'nin şirketler hukuku mevzuatına göre, İngiltere'de kurulan ve kayıtlı merkezi İngiltere'de bulunan bir şirketin tüzel kişiliğini kaybetmeksizin ve sona ermeksizin idare ve yönetim merkezini İngiltere dışında tesis etmesi mümkündür. 1984'te kurulan bir yatırım şirketi olan davacı, yukarıda anılan düzenleme kapsamında, idare ve yönetim merkezini buna imkan tanıyan Hollanda'ya nakletmek için başvurmuştur. Şirket özellikle yönetim kurulu toplantılarını orada gerçekleştirmek ve yönetim merkezi kiralama taleplerinde bulunmuştur. Daha sonra şirket, talebinin onaylanmasını beklemeksizin üçüncü kişilere hizmet vermek amacıyla Hollanda'da bir yatırım yönetimi ofisi açmaya karar vermiştir.[18]

Başvuru sahibinin yönetim ve idare merkezini nakletmek istemesinin temel nedeni, vergisel amaçlarla merkezini Hollanda'ya taşımasının ardından, geçici malvarlığının *(non-permanent assets)* önemli bir kısmını satmak ve İngiltere vergi hukuku uyarınca bu tür işlemlerde sorumlu olunması öngörülen vergiyi ödemeksizin kendi paylarını

17 Case 81/87 Daily Mail [1988] ECR 5483.
18 Case 81/87 Daily Mail [1988] ECR 5483, p. 3.

satın almaktı. Yönetim ve idare merkezini Hollanda'ya naklettikten sonra davacı Hollanda'nın şirketlerin vergilendirilmesine ilişkin kurallarına tabi olacak, ancak şirketin merkezini vergi amacıyla taşımasının ardından sadece sermaye kazanımı temelinde gerçekleşen işlemler bakımından vergilendirilecekti.[19]

Hazineyle yapılan, şirketin merkezini vergisel amaçlarla İngiltere dışına nakletmeden önce malvarlığının asgari bölümünün satışının önerildiği uzun müzakerelerin ardından, başvurucu 1986'da ulusal mahkemede dava açtı. Mahkemede ABİA m. 49 ve 54'ün herhangi bir izin ya da onaya gerek bulunmaksızın şirketin idare ve yönetim merkezini bir başka üye devlete nakledebilme hakkının tanındığı iddiasında bulundu. Söz konusu sorunun çözümü amacıyla ulusal mahkeme konuyu ABAD'a taşıdı.[20]

İngiliz hukukuna göre davaya konu olan türde işlemler bakımından herhangi bir sınırlama bulunmamaktadır. İngiltere'de kurulu bulunan bir şirket, bir başka üye devlette kuracağı bir başka şirkete, gerekli olduğu takdirde sona ermek ve özellikle vergisel yönden sorumluluklarını yerine getirmek suretiyle, faaliyetlerini kısmen veya tamamen diğer üye devlette kurulu bulunan şirkete nakledebilir. Söz konusu naklin, İngiliz tabiiyetinin korunarak yalnızca idare ve kontrol merkezinin nakli suretiyle gerçekleştirilmek istenmesi halinde Hazineden onay alınması gerekmektedir.

ABAD'a göre, ABİA m. 49 ve 54, bir üye devlet hukukuna göre kurulmuş bulunan şirketlere merkezi yönetim, kontrol ve idare organlarını, kurulduğu devlette sahip olduğu statüsünü koruyarak bir başka üye devlete nakletme hakkı verdiği şeklinde yorumlanamaz. Birlik hukukunda ABİA m. 49 ve 54 mevcut duruma göre yorumlandığında, bir üye devletin hukukuna göre kurulan ve kayıtlı merkezi orada bulunan bir şirketin yönetim ve idare merkezini statüsünü koruyarak bir diğer üye devlete nakletme hakkı bahşetmemektedir. Üye devlet vatandaşlarının Birlik içinde yerleşme ve hizmetlerin sağlanması bakı-

19 Case 81/87 Daily Mail [1988] ECR 5483, p. 7.
20 Case 81/87 Daily Mail [1988] ECR 5483, p. 8.

mından ikamet ve dolaşımlarına yönelik sınırlamaların kaldırılmasına ilişkin 21 Mayıs 1973 tarih ve 73/148 sayılı Konsey Direktifi bir şirkete yönetim ve idare merkezini bir diğer üye devlete nakletme hakkı vermemektedir.[21]

Daily Mail kararından ABAD'ın şirketlerin birincil yerleşme özgürlüğünü kabul etmediği anlaşılmaktadır. Ancak Roma Antlaşmasının yerleşme özgürlüğünü düzenleyen hükümlerinin lafzından dahi şirketler bakımından birincil yerleşme özgürlüğünün kabul edildiği ve buna ilişkin sınırlamaların yasaklandığı sonucuna ulaşılmaktadır.[22]

ABAD'a göre yerleşme özgürlüğü, şirketler bakımından, bir başka üye devlette acente, şube veya yavru şirket tesisi bakımından fonksiyon gösterir.[23] Gerçek kişilerin aksine, şirketler, tabi oldukları milli hukukun yarattığı süjelerdir ve ancak kuruldukları milli hukuk kurallarına bağlı olarak yaşayabilirler.[24] Bu bakımdan kararın 'gerçek merkez' (*real seat*) sistemini desteklediği düşünülmüştür.[25]

A. "Centros" Kararı[26]

Avrupa şirketler hukukuna ilişkin önemli kararlardan birini oluşturan *Centros* kararında sorun, 18 Mayıs 1992'de İngiltere ve Galler'de tescil olunan Centros Ltd (*private limited company*) ile Ticaret ve Şirketler Heyeti (*Erhvervs-org Selskabsstyrelsen)* arasında Centros'un şubesinin Danimarka'da tescilinin reddedilmesinden doğmuştur.

Danimarka hukukuna göre Centros yabancı bir sermaye şirketi olarak kabul edilmektedir. Yargılamadaki belgelerden Centros'un kurulduğundan beri hiçbir ticari faaliyet göstermediği anlaşılmıştır.

---

21 Case 81/87 Daily Mail [1988] ECR 5483, p. 27-29. Kararın değerlendirmesi için bkz. Harm van den Broek, Cross-Border Mergers within the EU, Kluwer Law International, Netherlands, 2012,, ss.100-101.

22 Ayrıntılı açıklama için bkz. Kara,. 84 vd.

23 Açıklama için bkz. Geert Van Calster, European Private International Law, Hart Publishing, Oxford, 2013, s. 215.

24 Case 81/87 Daily Mail [1988] ECR 5483, s.19.

25 Bkz. Işıl Özkan, Hukukun Küreselleşmesi ve Ulusötesi Hukuk, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2014, s. 384.

26 Case C-212/97 Centros [1999] ECR I-1459.

İngiliz hukuku sermaye şirketlerine asgari bir sermaye tutarı öngörmediğinden Centros'un taahhüt edilen sermayesi hiç ödenmemiştir. Şirket payları Danimarka'da oturan Danimarka vatandaşı Bay ve Bayan Bryde'a ait olmak üzere iki paya bölünmüştür.

Heyet, tescilin reddedilmesinin ABİA m. 49 ve 54'ün ihlalini oluşturmadığını iddia etmekteydi. İngiltere'de hiçbir faaliyet göstermeyen şirketin asıl amacının Danimarka'da bir şube değil, Danimarka hukukunda öngörülen asgari sermayeyi ödemeksizin şube görüntüsü altında bir ana şirket kurmak istediği iddia edilmekteydi. Zira Danimarka'da şube olarak kurulma, ulusal hukuk kurallarının uygulanmasından ve asgari sermayenin ödenmesinden kaçınmanın bir yolu olarak görülmekteydi. Ayrıca tescilin reddinin bir nedeni olarak da özel ya da kamu alacaklılarının ve diğer sözleşmeci tarafların korunması ve aynı zamanda hileli iflasın önlenmesinin amaçlandığı belirtilmiştir.

ABİA m. 49 ve 54'ün aksine bir üye devletin bir diğer üye devlet hukukuna göre kurulmuş, sicil yeri de burada bulunmakla birlikte bu ülkede herhangi bir faaliyet yürütmeyen bir şirketin, kurulduğu üye devletten başka bir üye devlet hukukuna uygun olarak bir şirket kurmak ve o ülke hukukunun uygulanmasından kaçınmak amacıyla burada tüm faaliyetlerini yürütmek üzere şube kurma başvurusunun reddi asgari sermayenin ödenmesine kıyasla daha sınırlayıcıdır. Bu yorum üye devletleri, hileyi önleme ya da cezalandırma amacına yönelik olarak uygun bir önem almaktan alıkoymamaktadır.[27]

Centros yargılamasında mahkeme, bir şirketin sicile kayıtlı olduğu ülkede herhangi bir ekonomik faaliyet yürütmemesinin, bir başka üye devlette yerleşme özgürlüğünden yararlanmasına engel oluşturmayacağını belirtmiştir.[28] Bir faaliyetin yerleşme özgürlüğünün kapsamın-

---

27 Bkz. Csongor István Nagy, "The Personal Law of Companies and the Freedom of Establishment under EU Law", Hungarian Yearbook of International Law and European Law 2013, s. 362 vd.

28 Case C-212/97 Centros [1999] ECR I-1459, p. 17.Ayrıntılı aöıklama için bkz. Anne Looijestijn-Clearie, "Centros Ltd-A Complete U-Turn in the Right of Establishment for Companies?", International and Comparative Law Quarterly,V. 49, 2000, s.622.

da değerlendirilebilmesi için *Factortame II*[29] davasında öngörülen dört koşulun varolması gerektiği ifade edilmiştir. Bunlar; fiili bir ekonomik faaliyetin mevcut olması, bunun için sabit bir işletmenin var olması, faaliyetin süreklilik arzetmesi ve söz konusu ekonomik faaliyetin sicil yeri ülkesinden ziyade yerleşme özgürlüğüne konu olan diğer üye devlette gerçekleştirilmesidir.[30]

Diğer yandan, yerleşme özgürlüğü ile tanınan hakların kullanımı, hakkın kötüye kullanılması niteliğinde olmamalıdır. *Centros* kararına göre, bir üye devlet, kurucu antlaşma ile tanınan hakların kullanımı görüntüsü altında birtakım ulusal hukuk düzenlemelerinden hileli bir biçimde yararlanılmasının önlenmesine yönelik önlemler almaya yetkilidir.[31] Ancak bir üye devlet vatandaşının, daha elverişli ve daha az kısıtlayıcı bir başka üye devletin hukukuna göre şirket kurması veya orada şube açması, yerleşme özgürlüğünün kötüye kullanımı teşkil etmez zira bu durum kurucu antlaşmalarla tanınan birincil ve ikincil yerleşme hakkının kullanımı niteliğindedir.[32]

ABAD, kararında *Centros* şirketinin yerleşim serbestisinden yararlanarak bir başka ülkede şube açabileceğini, şirketin şekli için Danimarka'da aranan koşullardan kaçınma isteğinin yerleşme özgürlüğüne engel oluşturmayacağını belirtmiştir. *Daily Mail* kararı ile farklılığın nedeni, *Centros*'ta olduğu gibi gerçek ikamet ilkesini benimseyen ülkeler için sahte yabancı şirketlerin oluşturulmasının sona erdirilmesidir.[33] Ancak emredici kurallardan kaçınma amacıyla faaliyette bulunulmayan bir ülkede kuruluşun yerleşme özgürlüğü kapsamında değerlendirilmesinin, posta kutusu şirketlerin[34] oluşumu ile *Delaware*

---

29 Case C-221/89 The Queen v. The Secretary of State for Transport, ex parte Factortame Ltd and Others [1991], ECR I-3905. Bkz. http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX: 61989CJ0221 (20.07.2017).

30 Açıklama için bkz. Looijestijn-Clearie,s. 623.

31 Case C-212/97 Centros [1999] ECR I-1459, p. 39.

32 İlke Göçmen, "Yerleşim Serbestisi", Lizbon Antlaşması Sonrası Avrupa Birliği Serbest Dolaşım ve Politikalar, Belgin Akçay ve Gülüm Bayraktaroğlu Özçelik (Ed.), Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2010, s. 106.

33 Bkz. Özkan, Hukukun Küreselleşmesi, s. 385.

34 Genellikle "letter box company" olarak ifade edilen posta kutusu şirketler "mailbox company", "brass-plate company", "pro forma company" olarak da ifade edilebilmektedir. Posta kutusu şirket, kurulduğu ülkede ya hiç ya da kayda de-

etkisinin[35] doğmasına sebep olabileceği de düşünülmektedir.[36]

AB üyesi bir devlette kurulmakla birlikte, Birlik genelinde gerçek ve sürekli bir ekonomik faaliyette bulunmayan bir şirketin, diğer bir deyişle bir posta kutusundan ibaret olan şirketin yerleşme özgürlüğünden yararlanması da söz konusu olmaz.[37] Bu itibarla, AB üyesi devletlerin, hiç bir ekonomik faaliyette bulunmayan şirketler bakımından yerleşme özgürlüğünü kısıtlayıcı önlemler almalarına engel yoktur. Ancak *Centros* kararında da vurgulandığı üzere, bir şirketin, bir üye devlet hukukundaki gereklilikleri yerine getirmek suretiyle kurulmasının ardından bir başka üye devlette faaliyette bulunması engellenemez. Diğer bir deyişle, bir şirket bir üye devlet hukukuna uygun olarak kurulduğu takdirde, şirket, kurulduğu ülkeyi esnek hukuk düzenlemeleri sebebiyle seçmiş olsa dahi, yerleşme özgürlüğünden yararlanabilmektedir. Bu nedenle, söz konusu kararın şirket kuruluşunda "*forum shopping*"in[38] önünü açtığı belirtilmektedir.[39]

Centros kararının AB üyesi olmayan devlet vatandaşları ve söz konusu devletlerin tabiiyetindeki şirketler bakımından belirgin bir sonucu bulunmamaktadır. Üye devletler diğer üçüncü ülke tabiiyetindeki şirketlerin ve kişilerin kendi topraklarında şirket kurmalarına izin

---

ğer bir faaliyette bulunmayan şirket anlamında kullanılmaktadır. Karsten Engsig Sørensen, "The Fight Against Letterbox Companies in the Internal Market", *Common Market Law Review 52, 2015,* s.85.

35 Amerika'nın Delaware eyaleti 1920'lerden beri bir şirketleşme cenneti olarak görülmekte ve halen bu özelliğini muhafaza etmektedir. Delaware, ABD'de bulunan en küçük eyaletlerden bir tanesi olsa da, şirketlerin kurulması ve faaliyette bulunmaları bakımından sağlanan kolaylıklar sayesinde Amerika'da New York Borsası'na kayıtlı anonim şirketlerin üçte biri ve ABD'nin en büyük beş yüz şirketinin yaklaşık yarısı bu eyalette kurulmuşlardır. Bkz. Ansay, ss. 7-8; Maarten J. Kroeze and Hélène M. Vletter-Van Dort, "History and Future of Uniform Company Law in Europe", European Company Law, June 2008, V. 5, Issue 3, s. 118; Robert R. Drury,"The Regulation and Recognition of Foreign Corporations: Responses to the "Delaware Syndrome", *Cambridge Law Journal,* 57(1), March 1998, ss. 166-167.

36 Bkz. Kara, s. 99.

37 Bkz. Case C-196/04, Cadburry Schweppes, EU: C: 2006:544, p. 64-71.

38 Davacının, davayı görmeye yetkili mahkemelerden en lehine sonucu alabileceği mahkemede dava açmasını ifade eder. Açıklama için bkz. Vedat Raşit Seviğ, "Milletlerarası Özel Hukuk Alanında Yetki Anlaşmasının Ayrıcalığı", *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, C:LV, S:3, 1997, s. 179.

39 Sørensen, s.90 vd.

vermek zorunda değillerdir. Ancak üye olmayan bir ülke tabiiyetinde bulunan bir şirket veya kişi, herhangi bir üye devlet toprağında bir şirket kurduğu ve burada sicile tescil olunduğu takdirde, Birlik içerisinde şube, acente vb. aracılığıyla (ikincil) yerleşme özgürlüğünden faydalanabilecektir. Söz konusu şirketin kurulmuş olduğu üye devlet ile herhangi bir ekonomik bağlantısının bulunması da gerekli değildir. Bu durum, AB üyesi olmayan devlet vatandaşları ile bu devletlerin tabiiyetinde bulunan şirketler için Birlik içerisinde ekonomik faaliyette bulunmayı kolaylaştırır niteliktedir.[40]

A. "Überseering" Kararı[41]

Überseering kararına konu olan olay, Hollanda hukukuna göre kurulan ve 22 Ağustos 1990'da Amsterdam ve Haarlem siciline kaydolan Überseering BV şirketi ile Almanya Federal Cumhuriyeti'nde kurulan Nordic Construction Company Baumanagement GmbH (NCC) arasında, NCC şirketinin Überseering şirketi adına Almanya'da yürüttüğü ayıplı bir hizmetten doğan zarara ilişkindir.

Ekim 1990'da Überseering işletmesel amaçlarla Düsseldorf/Almanya'da bir arsa satın alır. 27 Kasım 1992 tarihli proje yönetimi sözleşmesiyle Überseering, NCC şirketi ile bu bölgedeki garaj ve moteli yenileştirmesi için anlaşma yapar. Sözleşmesel yükümlülükler yerine getirilir; ancak Überseering şirketi boyama işlerinin ayıplı olarak ifa edildiğini iddia eder.[42]

Aralık 1994'te, Überseering şirketinin tüm payları Düsseldorf'ta yaşayan iki Alman vatandaşı tarafından iktisap edilir. Überseering ayıplı ifa sebebiyle NCC'den tazminat talebinde bulunur ve 1996'da Düsseldorf Bölge Mahkemesinde proje yönetimi sözleşmesine dayalı olarak NCC aleyhine dava açar. Ancak Bölge Mahkemesi davayı reddeder. Yüksek mahkeme de bu kararı onaylar. Mahkeme, Überseering'in paylarının satışının ardından fiili idare merkezini Düsseldorf'a taşıdığını, Überseering'n Hollanda'da kurulmuş bir şirket olarak Almanya'da fiil

40 Looijestijn-Clearie, s. 641.
41 Case C-208/00 Überseering [2002] ECR I-9919.
42 Case C-208/00 Überseering [2002] ECR I-9919, p. 2.

ehliyetine sahip olmadığını ve bu nedenle de burada adli bir muamele gerçekleştiremeyeceğini, davasının kabul edilemez olduğunu tespit etmiştir.[43]

Überseering bir üst mahkemeye başvurur. Mahkeme ABAD'a ön karar usulüyle şu soruların sorulmasına karar verir:

1. ABİA m. 49 ve 54, yerleşme özgürlüğü çerçevesinde, bir üye devlet hukukuna göre kurulmuş ancak daha sonra fiili idare merkezini bir başka üye devlete taşımış olan bir şirketin bir sözleşmeye dayalı olarak burada dava ehliyeti ve fiil ehliyetine sahip olmasına imkan tanınmayacağı yönünde mi yorumlanır?
2. Yerleşme özgürlüğü şirketin kurulduğu ülke hukukuna göre dava ve fiil ehliyetine sahip olmasını gerektirir mi?

ABAD'ın kararına göre, bir üye devlet hukukuna göre kurulan ve sicil yeri de orada olan bir şirket, diğer bir üye devlet hukukuna göre fiili idare merkezini söz konusu diğer üye devlete naklederse, 49 ve 54'üncü maddelere göre, fiili idare merkezinin nakledildiği devlet, şirketin fiil ehliyetinin varlığını inkar edemez. Bunun sonucunda, şirketin bu devlette kurulu bulunan diğer bir şirketle yapmış olduğu sözleşmeye dayalı olarak hakkını elde etmek amacıyla dava açma ve bu davayı yürütme hakkının da varlığı kabul edilmelidir.[44]

ABAD'ın kararına göre yerleşme özgürlüğünün uygulanmasının ön koşulu, şirketlerin ev sahibi ülkeler tarafından tanınmasıdır.[45] Bir şirketin hukuken tanınmaması ve özellikle dava açma hakkından yoksun bırakılması yerleşme özgürlüğünün hukuki temelinin ortadan kaldırılması anlamını taşır.[46] Bu nedenle karara göre, bir üye devlet hukukuna göre kurulan ve sicil yeri de orada olan bu şirket, diğer bir üye devlette yerleşme hakkını kullanırsa, 49 ve 54'üncü maddelere göre, bu devlet de şirketin fiil ehliyetini ve kurulu bulunduğu ülke hukuku-

43 Case C-208/00 Überseering [2002] ECR I-9919, p. 7-10.
44 Case C-208/00 Überseering [2002] ECR I-9919, p. 25. Açıklama için bkz. Nagy, s. 363 vd.
45 Açıklama için bkz. Kara, s. 107.
46 Musa Aygül, Milletlerarası Özel Hukukta Şirketlere Uygulanacak Hukukun Tespiti, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2007, s. 272.

na göre yararlandığı bir davada taraf olma ehliyetini tanımalıdır. Adalet Divanı, yerleşme özgürlüğünün üye devlette kurulmuş bir tüzel kişiliği tanımayı gerektireceği ve bu şekilde tanımayı reddin yerleşme özgürlüğünü ihlal olacağını belirtmiştir.[47]

ABAD, *Centros* ve Überseering kararlarıyla, Alman Federal Mahkemesi'nin Almanya'da merkezi bulunan şirketler için yalnızca Alman hukukunun uygulanacağı yönündeki görüşünü reddederek, yurt dışında kurulan ancak yurt içinde faaliyetlerini icra eden şirketlerin yurt içinde de hak ehliyetine sahip bulunduğunu ve bu nedenle şubeler kurabileceğini kabul etmiştir.[48] ABAD kararını ABİA ile garanti altına alınan yerleşme özgürlüğünün, AB üyesi devletlerin diğer üye devletlerden gelen şirketlerin hak ve taraf ehliyetini tanımakla yükümlü kıldığını belirterek gerekçelendirmiştir.[49]

A. "Inspire Art" Kararı[50]

30 Eylül 2003 tarihli karar, Amsterdam Sanayi ve Ticaret Odası/ Hollanda ile İngiltere ve Galler hukukuna tabi bir şirket olan Inspire Art Ltd. arasında, Inspire Art şirketinin şubesinin 17 Aralık 1997 tarihli Resmi Yabancı Şirketler Kanunu uyarınca, Hollanda Ticaret Sicili'ne "Resmi Yabancı Şirket" olarak tescil olunmasına ve bu kaydın şubenin iş ilişkilerinde de kullanılmasının şart koşulmasına ilişkindir.[51]

Inspire Art şirketi 28 Temmuz 2000 tarihinde İngiltere ve Galler hukukuna göre kurulmuş olup, sicil yeri Folkestone, İngiltere'de bulunmaktadır. Şirketin, ikametgahı Hollanda'da bulunan, tek yöneticisi, şirket adına hareket etmeye tek başına yetkili kılınmıştır. Şirket, "Inspire Art" işletme adıyla, sanat objeleri alanında, 17 Ağustos 2000

47 Kilian Baelz and Teresa Baldwin, "The End of the Real Seat Theory (Sitztheorie): the European Court of Justice Decision in Ueberseering of 5 November 2002 and its Impact on German and European Company Law", *3 German Law Journal (2002),* s. 1.

48 Philippe Pellé, "Companies Crossing Borders within Europe", *Utrecht Law Review,* V. 4, Issue 1 (March) 2008, s. 10.

49 Bkz. Marcus Oehlrich (Çev.: Oruç Hami Şener ve Sevilay Uzunallı), "MoMİG'den Sonra Limited Ortaklıklar Hukuku", Prof.Dr. Fırat Öztan'a Armağan, II. Cilt, Ankara, 2010, s. 1530.

50 Case C-167/01 Inspire Art [2003] ECR I-10155.

51 Case C-167/01 Inspire Art [2003] ECR I-10155, p.2.

tarihinden beri faaliyet göstermekte olup, şirketin Amsterdam'da bir şubesi mevcuttu.

Inspire Art şirketi, Ticaret Odası nezdindeki ticaret siciline kaydolmuştu; ancak yabancı şirket olduğuna dair herhangi bir ibare sicile tescil edilmemişti. Hollanda Resmi Yabancı Şirketler Kanunu'nun (WFBV) 1'inci maddesi kapsamında Inspire Art şirketinin özellikle Hollanda'da faaliyet gösteren bir şirket olduğundan bahisle, Amsterdam Ticaret Odası, WFBV m. 1 kapsamında sicile şirketin resmi yabancı şirket olduğu yönünde şerh düşülmesi için Amsterdam Bölge Mahkemesi'ne (*Kantongerecht te Amsterdam*) başvurmuştur.[52]

Inspire Art şirketi ise, şirketin WFBV m. 1'de yer alan düzenlemeye girmediğini, bu nedenle tescilin doğru olduğunu, aksi düşünüldüğünde dahi WFBV'nin Birlik hukukuna, ABİA 49-54 maddelerine aykırı olduğunu iddia etmiştir.[53]

Mahkeme, şirketin WFBV m. 1 bakımından resmi yabancı şirket olduğuna karar vermekle birlikte WFBV'nin Birlik hukukuna uygunluğu bakımından konuyu ABAD'a ön karar usulüyle taşımaya karar vermiştir. Mahkeme ABAD'a şu soruları yöneltmiştir:

1. Hollanda'da kurulmak yerine gerek kuruluş işlemleri gerek sermayenin ödenmesi bakımından daha esnek düzenlemelere sahip olan İngiltere'de kurularak, kurulduğu ülke hukukuyla gerçek bir bağlantıya sahip olmaksızın, faaliyetlerinin tamamını ya da büyük kısmını Hollanda'da yürüten şirketin Hollanda'da şube kurması için, 17 Aralık 1997 tarihli WFBV'de ek koşullar öngörülmesi ABİA m. 49 ve 54'e aykırılık oluşturur mu?
2. Bu maddelerin yorumundan hareketle, WFBV'nin hükümlerinin söz konusu hükümlerle uyumlu olmadığı anlaşılırsa, Antlaşmanın 46'ncı maddesi, Hollanda kanun koyucusu tarafından belirtilen nedenlerle söz konusu hükümlerin gerekçelendirilmesi halinde burada yer alan Hollanda hukuku kurallarının uygulanmasını etkilemeyebilir mi?

52 Case C-167/01 Inspire Art [2003] ECR I-10155, p. 36.
53 Case C-167/01 Inspire Art [2003] ECR I-10155, p.37.

ABAD'a göre, 89/666/EEC sayılı, 21 Aralık 1989 tarihli 11'inci Konsey Direktifi'nin 2'nci maddesinin aksine bir üye devlette başka bir üye devlet hukukuna tabi olan belirli şirket türleri tarafından açılan şubeler bakımından, 17 Aralık 1997 tarihli WFBV ile diğer üye devlet hukukuna tabi olan şirketin şubesi bakımından, yukarıda belirtilen direktifte öngörülmeyen şartlar getirilemez. WFBV gibi ulusal düzenlemelerle asgari sermaye ve yöneticilerin sorumluluğu ile ilgili olarak ulusal şirketler bakımından öngörülen belli bazı koşulların bir diğer üye devlet hukukuna göre kurulan bir şirketin ikincil yerleşme özgürlüğü kapsamında uygulanması ABİA m. 49 ve 54'e aykırıdır. Bir üye devlet hukukuna göre kurulan ancak büyük ölçüde ya da tamamıyla diğer bir üye devlette faaliyet gösteren bir şirket, somut olayın özelliklerine göre belirlenecek bir suistimalin varlığı halleri hariç olmak üzere, yerleşme özgürlüğü hakkından mahrum bırakılamaz.[54]

Kabul eden üye devletin birtakım menfaatlerini korumak için aldığı önlemleri haklı gösterebileceği bir alan olsa da bu alan daha dardır, davadan davaya değişir ve genel hükümlerle sabitlenemez[55]. Söz konusu karar, AB içerisinde şirketlerin sınır aşan hareketliliği bakımından yerleşme özgürlüğüne ABAD'ın büyük önem verdiğini göstermektedir.[56]

A. "SEVIC" Kararı[57]

ABAD'ın Aralık 2005'te vermiş olduğu *SEVIC* kararı şirketlerin yerleşme özgürlüğünün temel taşlarından bir tanesini oluşturur. Ön karar usulüyle ABAD'a iletilen davanın konusunu, Neuwied/Almanya'da kurulu bulunan SEVIC Systems AG'nin, Lüksemburg'da kurulu bulunan Security Vision Concept SA ile birleşmesine ilişkin ulusal ticaret siciline tescili başvurusunun, Neuwied Sulh Hukuk Mahkemesi tarafından reddi kararına karşı açılan dava oluşturmaktadır.[58] Söz konusu kararın gerekçesi, Alman UmwG (*Umwandlungsgesetz*) §1(1)Nr.1'in yalnızca Almanya'da kurulu bulunan şirketlerin birleşmelerini öngör-

54 Case C-167/01 Inspire Art [2003] ECR I-10155, p. 143.
55 Özkan, Hukukun Küreselleşmesi, s. 386.
56 Oehlrich (Çev.: Şener ve Uzunallı), s. 1530.
57 Case C-411/03 SEVIC Systems [2005] ECR I-10805.
58 Case C-411/03 SEVIC Systems [2005] ECR I-10805, p. 2.

mesidir. SEVIC şirketi, Neuwied Sulh Hukuk Mahkemesi'nin kararına karşı Koblenz Bölge Mahkemesi'nde (*Landgericht Koblenz*) dava açmıştır. Davaya konu olan olayda, Security Vision şirketinin tüm malvarlığını SEVIC şirketine devrederek, şirketin tasfiyesiz sona ermesiyle sonuçlanacak bir birleşme söz konusudur.

SEVIC kararına konu olan olayda şirketin oluşumuna ilişkin bir sorun mevcut değilse de idaresine ilişkin bir sorun mevcuttur. Olayda Sevic AG ile Security Vision Concept SA arasında gerçekleşen birleşme, grup içi bir birleşmedir. Sevic AG ana şirket, Security Vision Concept SA ise bağlı şirkettir.

SEVIC şirketi, Security Vision şirketiyle devralma suretiyle birleşerek, tasfiyesiz sona ermeyi öngören sözleşmeyle birlikte UmwG uyarınca Almanya'da ticaret siciline tescil için başvuruda bulunmuştur. Başvuru Neuwied Sulh Hukuk Mahkemesi tarafından UmwG §1(1) Nr.1 hükmünün yalnızca Almanya'da kurulu bulunan tüzel kişilerin (ulusal) birleşmelerine uygulanabileceği, bu nedenle sınır aşan bir birleşmeye uygulanamayacağı gerekçesiyle reddedilmiştir.

Koblenz Bölge Mahkemesi'ne göre sorun, Almanya'da kurulu bulunan bir şirketle, bir başka üye devlette kurulu bulunan bir şirketin birleşmesinin ticaret siciline tescilinin (sınır aşan şirket birleşmeleri), ABİA m. 49 ve 54'e göre, UmwG §1(1)Nr.1 uyarınca reddedilip reddedilemeyeceği ile ilgilidir. Koblenz Bölge Mahkemesi söz konusu ABİA hükümlerinin yorumuyla ilgili olarak uyuşmazlığın çözümü amacıyla ön karar için ABAD'a başvurmaya karar vermiştir.[59]

ABAD'a şu soru yöneltilmiştir: "Bir üye devlette kurulu bulunan bir şirketin Alman sicilinde kayıtlı bulunan bir Alman şirketiyle birleşmesinin UmwG paragraf 16 vd. uyarınca, aynı yasanın yalnızca Almanya'da kurulu bulunan tüzel kişilerin birleşebileceğini öngören §1(1)Nr.1 hükmüne göre reddedilmesi, ABİA m. 49 ve 54'ün yorumuna göre, şirketlerin yerleşme özgürlüğüne aykırılık oluşturur mu?"

Ulusal mahkeme tarafından ABAD'a yöneltilen soru şu şekilde anlaşılmalıdır: Aynı üye devlette bulunan şirketler birleşebilirken, benzer koşullar altında, bir üye devlette kurulu bulunan bir şirketin

59 Bkz. Case C-411/03 SEVIC Systems [2005] ECR I-10805, p. 7-10.

birleşme sonucu tasfiyesiz sona ererek tüm malvarlığını bir diğer üye devlette kurulu bulunan bir şirkete devretmesinin ulusal ticaret siciline tescilinin reddinin ABİA m. 49 ve 54'e göre önlenmesi mümkün müdür?

ABAD tarafından kendisine yöneltilen sorular değerlendirilmiş ve şu sonuçlara varılmıştır; ABİA m. 49 ve 54'ün uygulanabilirliği değerlendirilecek olursa, davada Alman ve Hollanda hükümetleri ABİA m. 49 ve 54'ün olaydaki gibi bir sınır aşan birleşmede uygulanamayacağını iddia etmişlerdir. Öne sürülen görüşe göre, bu tür bir birleşme, Antlaşmada düzenlenen "yerleşme" hakkı kapsamında değerlendirilmemelidir. Alman ve Hollanda hükümetlerinin iddialarının aksine davaya konu olan olaydaki birleşmelerde ABİA m. 49 ve 54 uygulanabilir.[60] Mahkeme sınır aşan birleşme işlemini ABİA m. 49'da düzenlenen ve üye devletlerin de uymakla yükümlü oldukları yerleşme özgürlüğünün bir uygulaması olarak değerlendirmiştir. Kararda Antlaşmanın 55'inci maddesi anlamında şirketlerin yerleşme özgürlüğünün özellikle şirketin oluşumu ve idaresini de kapsadığı belirtilmiştir.[61]

Adalet Divanı, *SEVIC* kararında, devrolunan şirketin bulunduğu üye devlet veya devralan şirketin bulunduğu üye devlet ayrımı yapmaksızın, sınır aşan şirket birleşmeleri bağlamında üye devletlerin sağlamakla yükümlü oldukları yerleşme özgürlüğünü, birleşmede ekonomik faaliyetler ve birleşmenin genel koşulları kapsamında değerlendirmektedir.[62]

Diğer tüm şirket tür değiştirmelerinde olduğu gibi, sınır aşan şirket birleşmeleri de, farklı üye devletlerde kurulu bulunan şirketlerin işbirliği ve destek ihtiyaçlarına cevap verir. Yerel pazarın düzenli işleyişi için de önem taşıyan, yerleşme özgürlüğünün uygulanması için belirli yöntemler geliştirirler ve bu nedenle söz konusu ekonomik faaliyetler bakımından üye devletlerin m. 49'da yer alan yerleşme özgürlüğüne uymaları gerekmektedir[63].

---

60 Case C-411/03 SEVIC Systems [2005] ECR I-10805, p. 15-16.

61 Case C-411/03 SEVIC Systems [2005] ECR I-10805, p. 17. Açıklama için bkz. Gert-Jan Vossestein, "Companies' Freedom of Establishment After Sevic", European Company Law, August 2006, V.3, Issue 4, s.178.

62 Vossestein, s.178.

63 Case C-411/03 SEVIC Systems [2005] ECR I-10805, p. 19.

Belirtilmelidir ki, *SEVIC* kararının verildiği dönemde, Alman hukukunda yerel birleşmelerde olduğunun aksine, sınır aşan birleşmelerin ticaret siciline tesciline ilişkin bir düzenleme bulunmadığından bu yöndeki talepler genellikle reddedilmekteydi.[64] Ulusal düzenlemeler uyarınca, bu tür bir tür değiştirme yöntemine başvurma, şirketlerden bir tanesinin Almanya'dan farklı bir üye devlette olduğu durumlarda mümkün değildi. Alman hukuku, birleşmenin yerel ve sınır aşan karakterine göre AT Anlaşmasında öngörülen yerleşme özgürlüğünü engelleyici şekilde, farklı uygulamalar geliştirmekteydi.

Uygulamadaki bu farklılıklar, yerleşme özgürlüğüne aykırı olup, ABİA m. 49 ve 54'ün sınırlandırılması anlamına gelmektedir. Böyle bir sınırlamaya ancak antlaşmayla uyumlu meşru bir amaç izlenen ve kamu yararına dayalı, zorunlu sebeplerle gerekçelendirilen hallerde gidilebilir. Böyle bir durumda dahi sınırlama, amaca ulaşma için uygun olmalı ve bu amaca ulaşmak için gerekli olanın ötesine geçmemelidir.[65]

Bazı koşullar altında, alacaklıların, azınlık pay sahiplerinin ve işçilerin korunması, ticaret sicilinin aleniyet işlevinin korunması ile etkin bir mali denetim ve ticari işlemlerin açıklığının sağlanması sebepleri, yerleşme özgürlüğünün sınırlandırılması için gerekçe oluşturabilse de, bu sınırlamanın yukarıda da ifade edildiği gibi ölçülü olması gerektiği unutulmamalıdır. Dikkat etmek gerekir ki, devralma yoluyla gerçekleşen birleşmeler bakımından, devralan şirketin tabi olduğu hukukun ilgili hükümlerine riayet edileceğinden, devralan şirketin bulunduğu ülke yönünden bir menfaat ihlali söz konusu olmayacaktır.

Bir üye devletin tabiiyetinde bulunan bir şirketin, diğer bir üye devlette kurulu bulunan bir şirketle birleşmesinin ticaret siciline tescilinin genel olarak reddedilmesi, herhangi bir yarar olmasa dahi sınır aşan şirket birleşmelerinin tümden reddi anlamına gelecektir ki bu yönde bir kural, korunmak istenen yarara ulaşmanın amacını aşacaktır.[66]

---

64 Case C-411/03 SEVIC Systems [2005] ECR I-10805, p. 20.
65 Case C-411/03 SEVIC Systems [2005] ECR I-10805, p. 23.
66 Case C-411/03 SEVIC Systems [2005] ECR I-10805, p. 30.

ABAD'a göre, bu koşullar altında, aynı üye devlette kurulu bulunan şirketler birleşebilirken, benzer koşullar altında, bir üye devlette kurulu bulunan bir şirketin birleşme sonucu tasfiyesiz sona ererek tüm malvarlığını bir diğer üye devlette kurulu bulunan bir şirkete devretmesinin ulusal ticaret siciline tescilinin reddine ABİA m. 49 ve 54 imkan vermemektedir. Bu anlamda kararın etkisi, yerleşme özgürlüğünün bir parçası olması sebebiyle, genel olarak, diğer tür değiştirmeleri de kapsayacak şekilde genişleyecektir.[67]

A. "Cartesio" Kararı[68]

ABAD tarafından 16 Aralık 2008 tarihinde verilen, *Cartesio* olarak anılan karar, yerleşme özgürlüğünün idare merkezi sistemiyle uyumluluğuna ilişkin büyük önem taşıyan kararlarından bir tanesidir. Karara konu olan olay, Baja – Macaristan'da kurulu bulunan Cartesio Oktatȯ és Szolgáltatȯ bt şirketinin, şirket merkezinin İtalya'ya taşınmasının ticaret siciline tescili için yaptığı başvurunun reddi kararı aleyhine açtığı davadan kaynaklanmaktadır.

Cartesio, 20 Mayıs 2004 tarihinde Macar hukukuna göre kurulmuş bir limited şirkettir. Şirket merkezi Baja – Macaristan'da bulunmaktadır ve ticaret siciline 11 Haziran 2004'te tescil olunmuştur.

Cartesio şirketi, Macar vatandaşı olan ve yerleşim yerleri Macaristan'da olan iki gerçek kişi ortaktan oluşmaktadır. Bunlardan sınırlı sorumlu ortağın tek sorumluluğu sermaye koyma olup diğer ortağın sorumluluğu ise şirketin borçlarından dolayı sınırsız sorumluluk şeklindedir. Şirket, insan kaynakları, sekreterlik hizmetleri, çevirmenlik, eğitim ve öğretim alanlarında faaliyet göstermektedir.

11 Kasım 2005'te Cartesio şirketi, Bölge Ticaret Mahkemesi'ne, merkezinin İtalya'ya taşınmasının tescili için dava açmıştır. 26 Ocak 2006 tarihli kararla başvuru, yürürlükteki Macar hukukuna göre, Macaristan'da kurulu bulunan bir şirketin merkezinin şirket Macar hukukuna tabi olmaya devam ettiği sürece yurt dışına taşınamayacağı gerekçesiyle reddedilmiştir.

---

67 Case C-411/03 SEVIC Systems [2005] ECR I-10805, p. 32. Açıklama için bkz. Kara, s. 128.

68 Case C-210/06 Cartesio [2008] ECR I- 9641.

Cartesio, karara karşı Bölge Temyiz Mahkemesi'ne itirazda bulunmuştur. Birlik hukukunun yorumlanmasına dayalı olarak uyuşmazlığı mahkeme ABAD'a ön karar usulüyle taşımaya karar vermiştir.[69]

Diğer bazı usule ilişkin soruların yanı sıra mahkeme esasa ilişkin olarak ABAD'a şu soruları yöneltmiştir:

- Macar hukukuna göre, Macaristan'da kurulan ve Macaristan ticaret sicilinde kayıtlı bir şirket, merkezini AB üyesi bir başka devlete taşımak istediği takdirde, Birlik hukukunda bu alana ilişkin bir düzenleme olmadığı ya da bu hususta kanunların uyumlaştırılması söz konusu olmadığı hallerde yalnızca ulusal hukukun uygulanması mümkün olur mu?
- Macar şirketi merkezini diğer bir üye devlete nakletme talebini doğrudan Birlik hukukuna (ABİA m. 49 ve 54) dayandırabilir mi? Cevap olumlu olduğu takdirde, şirket merkezinin nakli, menşe devletin ya da merkezin taşınmak istenildiği devletin herhangi bir onayına veya koşuluna tabi tutulabilir mi?
- ABİA m. 49 ve 54'ün, ulusal hukukun veya uygulamanın, hakların kullanılması bakımından ticaret şirketleri arasında şirket merkezinin bulunduğu üye devlete göre ayrım gözetilebileceği şeklindeki yorumu, Birlik hukukuna aykırılık oluşturur mu?
- ABİA m. 49 ve 54 anlamında, Macar şirketinin merkezini diğer bir üye devlete nakletmesini önleyen ulusal hukuk kurallarının ve uygulamalarının Birlik hukukuna aykırılık oluşturduğu şeklinde yorumlanabilir mi?

Mahkemenin yukarıda belirtilen hususlarda vardığı sonuca göre, o tarihte yürürlükte bulunan Birlik hukukuna göre, ABİA m. 49 ve 54, bir şirketin hukukuna tabi olduğu üye devletin hukuki düzenlemelerine göre, şirketi kuruluş yeri hukukuna tabi olmaya devam ederken merkezini bir başka üye devlete nakletmesinin önlenmesine imkan verebilir.[70]

Adalet Divanı, *Cartesio* kararından önce şirkete uygulanacak hukukta bir değişiklik olmaksızın şirketin idare merkezinin bir başka

69 Case C-210/06 Cartesio [2008] ECR I- 9641, p. 21-25.
70 Case C-210/06 Cartesio [2008] ECR I- 9641, p. 99.

devlete nakline ilişkin olarak 1988 ve 2002 tarihlerinde *Daily Mail* ve Überseering kararlarını vermiştir. *Cartesio* kararının aksine bu davalarda mahkemeye, ABİA m. 49 ve 54'e göre, bir şirketin tabi olduğu hukuk değişmeksizin idare merkezini kurulduğu üye devletten bir başka üye devlete nakledemeyeceği yönünde bir düzenleme yapmasını yasakladığı şeklinde yorumlanıp yorumlanamayacağı sorusu sorulmamıştır. *Daily Mail* kararından bu yana ABAD, ulusal şirketler hukuku kurallarının, yerleşme özgürlüğüne ilişkin Antlaşma hükümlerinin kapsamının dışında olduğu yönündeki görüşü istikrarlı bir şekilde reddetmiştir. "*Cartesio*" davasında mahkeme, ABİA m. 49 ve 54 bir şirketin hukukuna tabi olduğu üye devletin hukuki düzenlemelerine göre, şirketi kuruluş yeri hukukuna tabi olmaya devam ederken merkezini bir başka üye devlete nakletmesinin önlenmesine engel olmayacağını belirtmiştir.[71]

Öncelikle, *Daily Mail* ve Überseering kararları temelinde, şirketin kurulduğu üye devlet, şirketin sicil yerini ya da idare merkezini kurulduğu üye devlet hukukuna göre tüzel kişiliğini kaybetmeksizin bir başka üye devlete nakledemeyeceğini öngörebilir. Adalet Divanı'nın *Daily Mail* kararında benimsemiş olduğu sınırlayıcı yaklaşımının devam edip etmeyeceği sorusu düşünülürken *Cartesio* kararında da mahkeme *Daily Mail* kararında tespit ettiği ilkelerden ayrılmayıp sınırlayıcı bakış açısını sürdürmüştür.[72] Diğer bir deyişle, *Cartesio* kararında *Daily Mail* kararıyla gündeme gelen konu daha açık hale getirilmiştir. *Cartesio* kararı özellikle iki temelde odaklanmıştır. İlk olarak, şirketlerin ulusal hukukların bir yaratımı olduğu ve yalnızca kuruluş ve faaliyeti denetleyen ulusal hukuka göre varlığını sağlayacağı; ikinci olarak, ABİA m. 54'ün lafzıdır.[73] Özellikle bu son husus *Cartesio* kararında ayrıntılı olarak ele alınmıştır. Buna göre; "Sonuç olarak, ABİA m. 54 uyarınca, yerleşme özgürlüğünden faydalanabilecek şirketleri belir-

---

71 Cartesio kararı hakkında ayrıntılı değerlendirme için bkz. Justin Borg-Barthet, "European Private International Law of Companies After Cartesio", International and Comparative Law Quarterly, V. 58, October 2009, ss. 1020-1028.

72 F.H. Şehirali Çelik (İ. Kırca/Ç. Manavgat), Anonim Şirketler Hukuku, C. 1, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara 2013, s. 25.

73 Gert-Jan Vossestein, "Cross-Border Transfer of Seat and Conversion of Companies under the EC Treaty Provisions on Freedom of Establishment", European Company Law, June 2009, V.6, Issue 3, s.117.

ten yeknesak bir Birlik hukuku kuralının bulunmadığından, ABİA m. 49'un bu maddede belirtilen temel özgürlükten yararlanmak isteyen bir şirkete uygulanması yürürlükte bulunan Birlik hukukuna göre şirkete uygulanacak ulusal hukuk kurallarına göre çözülmesi gereken bir ön sorundur. Bir şirketin 49'uncu madde anlamında yerleşme özgürlüğüne ilişkin bir sınırlamayla karşılaşıp karşılaşmadığına ilişkin sorun şirket 54'üncü maddede belirtilen şartlara uygun şekilde kurulduysa ortaya çıkabilir ki bu durumda şirketin gerçekten yerleşme özgürlüğünün var olduğu kabul edilir".[74]

ABAD tarafından verilen, şirketin, hukukuna tabi olduğu üye devletin şirketlerin tabiiyetlerinin belirlenmesinde kuruluş yeri veya idare merkezi sistemlerini tercih etmelerinin bir sonucu olarak, idare merkezi sistemini benimseyen devletlerin merkezlerini bir başka devlete taşımalarına yönelik sınırlamalar getirmelerinin yerleşme özgürlüğüne aykırılık oluşturmayacağına ilişkin kararlar, üye devletlerde bu hususa ilişkin olarak hukukların uyumlaştırılmadığı da dikkate alındığında yadırganmamaktadır.[75]

A. "Vale" Kararı[76]

VALE Costruzioni Srl, 27 Eylül 2000 tarihinde kurulmuş, 16 Kasım 2000 tarihinde Roma Ticaret Sicili'ne kaydolmuş, İtalyan hukukuna tabi bir limited şirkettir. 3 Şubat 2006'da VALE şirketi İtalya'daki faaliyetlerine son vererek merkezini ve faaliyetlerini Macaristan'a nakletmek amacıyla ticaret siciline terkin talebinde bulunmuştur. Bu talep doğrultusunda Roma Ticaret Sicili yetkililerince 13 Şubat 2006 tarihinde şirket "merkezini Macaristan'a nakletmiştir" şerhi düşülerek sicilden silinmiştir.[77]

14 Kasım 2006'da VALE Costruzioni şirketi müdürü ile bir diğer gerçek kişi, merkezini Macaristan'a nakletmek ve Macaristan'da faaliyet göstermek üzere Macaristan Ticaret Sicili'ne başvurmak amacıyla

74 Case C-210/06*Cartesio* [2008] ECR I- 9641, p. 109.
75 Hayrettin Çağlar, "Avrupa Birliği Hukukuna Göre Şirketlerin Yerleşme Serbestisi ve Avrupa Toplulukları Adalet Divanı'nın "Cartesio" Kararı", Prof.Dr. Fırat Öztan'a Armağan, I. Cilt, Ankara 2010, s. 636.
76 Case C- 378/10 Vale [2012] ECR I – 0000.
77 Case C- 378/10 Vale [2012] ECR I – 0000, p. 9.

bir ana sözleşme kabul ederler. Ayrıca Macaristan hukukuna göre tescil için gerekli olan kapsamda sermaye ödenir.[78]

19 Ocak 2007'de tescil için başvurulur. Başvuruda temsilci, VALE Costruzioni şirketinin VALE Épitési şirketinin hukuken selefi olduğunu ifade etmiştir. Ancak tescil başvurusu reddedilmiştir. VALE Épitési ret kararına karşı üst mahkemeye itirazda bulunmuştur. Mahkemeye göre İtalya'da kurulan ve tescil olunan bir şirket Macar kanunları gereğince, merkezini Macaristan'a taşıyamaz ve burada tescil talebinde bulunamaz. Ayrıca mahkemeye göre, yürürlükte bulunan Macar kanunları uyarınca belirlenenler dışındakiler ticaret siciline tescil olunamaz, bunun sonucu olarak da Macar şirketi olmayan bir şirket ticaret sicilinde selef olarak gösterilemez.

VALE Épitési şirketi bu kararın aleyhine Yüksek Mahkeme'ye itirazda bulunmuş, yapılan işlemin ABİA m. 49 ve ABİA m. 54'ü ihlal ettiğini iddia etmiştir. Bu bakımdan, şirket, kararın şirketin tabi olduğu hukuk değişmeksizin şirket merkezinin uluslararası nakli ile diğer yanda şirketin uluslararası dönüşümü (*international conversion*) arasındaki temel farkı yansıtamadığını belirtmiştir.[79]

Mahkeme, ilk merciin verdiği kararı uygun bularak, bir başka üye devletin hukukuna, olayda İtalyan hukukuna, tabi olan şirketin merkezini nakletmesinin, Macar hukukuna göre şirketin yeniden kurulmasını gerektirdiğine hükmetmiştir. VALE Épitési tarafından talep edildiği üzere menşe şirket olarak İtalyan şirketine atıfta bulunulması, Macar hukukuna göre şirketlerin tür değiştirmelerine ilişkin ulusal hukuk yalnızca yerel tür değiştirmelere uygulandığından, tür değiştirme olarak kabul edilemez. Buna karşın, böyle bir hukuki düzenlemenin yerleşme özgürlüğüyle bağdaşabilirliğine ilişkin şüpheler mevcut olmakla birlikte, mevcut dava *Cartesio* davasından, şirketin tüzel kişiliğini sürdürürken şirkete uygulanacak hukuk değişmek suretiyle merkezinin bir başka üye devlete naklinin, diğer bir deyişle sınır aşan tür değiştirmenin varlığı noktasında ayrılmaktadır.[80]

78 Case C- 378/10 Vale [2012] ECR I – 0000, p. 10.
79 Case C- 378/10 Vale [2012] ECR I – 0000, p. 13-14.
80 Case C- 378/10 Vale [2012] ECR I – 0000, p. 15.

Yukarıda belirtilen çerçevede Yüksek Mahkeme, aşağıda belirtilen soruları ön karar usulüyle ABAD'a sormaya karar vermiştir.

- Bir üye devlette kurulan şirket, merkezini bir başka üye devlete taşımak ister ve bu amaçla kurulduğu ülke ticaret sicilinden kaydını terkin ettirir, merkezini nakletmek istediği devletin hukukuna uygun olarak bir ana sözleşme akdedip bu devletin hukuk kuralları uyarınca ticaret siciline tescilini talep ederse bu durumda kabul eden devlet ABİA m. 49 ile 54 hükümlerini dikkate almakla yükümlü müdür?
- Önceki soruya verilecek yanıt olumlu ise, ABİA m. 49 ile 54, kabul eden devletin hukukunun, bir başka üye devlette bu ülkenin hukukuna uygun bir şekilde kurulmuş olan bir şirketin merkezini kabul eden devlete nakletmesi ve bu devletin hukukuna göre faaliyetlerini sürdürmesini yasaklamasını önleyecek şekilde yorumlanabilir mi?

Mahkeme, verdiği kararda, *Daily Mail* ve *Cartesio* kararlarına atıfta bulunmuş, şirketlerin ulusal hukukun bir eseri olduğuna ve şirketlerin kuruluşunu ve işleyişini düzenleyen ulusal hukuk hükümleri sebebiyle var olduklarına değinmiştir.[81] Diğer yandan, eşitlik ilkesi uyarınca, Mahkeme şirketler bakımından gerçekleştirilen yerel işlemler ile sınır aşan işlemler arasında farklılaştırma yapılmaması gerektiğine dikkat çekmiştir. Bunun sonucu olarak da, ulusal tür değiştirmeler bakımından mümkün olduğu müddetçe sınır aşan tür değiştirmeler bakımından da Macar Ticaret Sicili'ne VALE Costruzioni şirketinin tescilinin reddedilmesinin eşitlik ilkesine aykırı olduğu belirtilmektedir.[82]

Mahkemenin vardığı sonuca göre, ABİA m. 49 ve 54, bir üye devletin kendi ulusal hukukuna göre kurulmuş olan bir şirketin tür değiştirmesine izin verirken, genel anlamda, bir başka üye devlet hukukuna göre kurulmuş olan bir şirketin tür değiştirerek kendi hukukuna tabi olmasını yasaklamasına engel oluşturmaktadır. ABİA m. 49 ile ABİA m. 54, sınır aşan tür değiştirme bağlamında, kabul eden devletin bu gibi işlemlere uygulanacak ulusal hukuku incelemeye ve ulusal şirketlerin tür değiştirmelerine ulusal kanun hükümlerini uygulamaya

81 Case C- 378/10 Vale [2012] ECR I – 0000, p. 27.
82 Case C- 378/10 Vale [2012] ECR I – 0000, p. 57.

yetkili olduğu anlamında yorumlanabilir. Ancak eşitlik ve etkinlik ilkeleri, kabul eden devleti; şayet yerel tür değiştirmelerde bu şekilde bir işleme izin veriliyorsa sınır aşan tür değiştirmeler bakımından da şirketin "hukuken selefi" olarak tür değiştirmenin reddinden ve şirketin tescil başvurusunu değerlendirirken, şirketin menşe ülkesinin makamlarından temin edilen belgelerin dikkate alınmamasından meneder.[83]

Adalet Divanı *VALE* kararında, sınır aşan tür değiştirmelerde, söz konusu işlemlerin yapılacağı ülkenin hukukunun yetkili olduğunu ancak bu hususta belirli şartlar öngörülürken bir başka üye devletten gelen şirketlerin ulusal şirketlerle eşit koşullara tabi tutulması gerektiğini ifade etmiş ve olay bakımından başvurunun reddinin yerleşme özgürlüğüne aykırı olduğuna karar vermiştir.[84]

III. ABAD Kararlarının Yerleşme Özgürlüğü Bağlamında Değerlendirilmesi

ABAD *Daily Mail* kararından bugüne kadar vermiş olduğu kararlarla üye devletlerde yerleşme özgürlüğünün uygulanmasının önemine vurgu yaparken, söz konusu özgürlüğün sınırlarını belirleyici içtihatlarda bulunmuştur.

Şirketlerin sınır aşan birleşmelerinin ve sınır aşan merkez değişikliklerinin temelini yerleşme özgürlüğü oluşturur. ABİA m. 49 serbest dolaşıma ilişkindir ve ABİA m. 54/2 ile serbest dolaşım hakkı şirketlere de tanınmıştır. ABİA m. 50'ye göre ise, şirketlerin söz konusu özgürlüğünün üye devletlerin hukukları bakımından AB hukuku ile uyumlaştırılması gerekmektedir[85].

Yirminci yüzyılın sonlarına kadar, şirketlere ve onların sınır aşan hareketliliğine uygulanacak hukuka dair bir ikincil mevzuat mevcut olmamasına ilişkin olarak ABAD, *Daily Mail* kararında değerlendirmede bulunmuştur. Söz konusu durum, üye devletleri şirketlere uy-

---

83 Case C- 378/10 Vale [2012] ECR I – 0000, p. 62.

84 Şehirali Çelik, (Kırca/Manavgat), s. 26.

85 Özkan, Hukukun Küreselleşmesi, s. 386. Üye devletlere uyum için müzakere yetkisi veren AT m. 293 Lizbon Antlaşması ile yürürlükten kaldırılmıştır.

gulanacak hukuka ilişkin sınırlamalar da dahil olmak üzere, kendi geleneksel kanunlar ihtilafı kurallarını uygulamak konusunda serbest bırakmıştır.

Centros kararından çok uzun zaman sonra dahi, herhangi bir üye devlet hukukuna uygun şekilde kurulan bir şirketin Birlik sınırları içerisinde tanınması zorunlu olmakla birlikte[86], üye devletler kendi kanunları uyarınca söz konusu şirketlerin hareketliliğini sınırlayabilmişlerdir. Özellikle, *Cartesio* kararında, yerleşme özgürlüğüne ilişkin antlaşma hükümlerinin, üye devletlerin ulusal mevzuat hükümlerinin şirketlerin idare merkezlerini, kanunlarına uygun olarak kuruldukları üye devletin topraklarında bulunmasına ilişkin düzenlemeler öngörmesini yasaklamadığı belirtilmiştir. Temmuz 2012'de verilen *VALE* kararında ise, ABAD daha serbestleştirme yanlısı bir tutum izlemiştir[87].

ABAD kararlarında pek çok kez vurgulandığı üzere, şirketler, üye devletlerin ulusal hukuklarının bir eseri olarak görülmektedir. Bu nedenle de, üye devletler şirketlerin hangi koşullarla kurulabileceğine ve varolabileceğine ilişkin koşulları belirleme yetkisine sahiptirler. Üye devletlerin bu yetkisi, kendi hukuklarına tabi olarak kurulan şirketlerin sahip olmaları gereken bağlantı unsurlarını belirlemeyi de içermektedir. Üye devletlerin söz konusu yetkileri, bireylerin serbestleştirilmiş iç pazar tarafından sunulan imkanlardan yararlanma hakkı ile yumuşatılmıştır. Bu durumda da, devletlerin hakları ile bireylerin özgürlüğü, şirketlere ilişkin uluslararası özel hukuk kurallları bakımından birbirine ters düşebildiğinden sorun bu noktada toplanmaktadır. ABAD'ın da kararlarında karşılaştığı üzere, devletlerin şirketlere ilişkin kanunlar ihtilafı kuralları arasında bir uyumlaştırma söz konusu olmadığından ve üye devletler de bu hususta ortak bir anlayış benimseyemediğinden konuya ilişkin uyuşmazlıklar sıkça sorun yaratmıştır.

---

86 Bu konuda ayrıntılı açıklama için bkz. Eric Stein, "Conflict-of-Laws Rules By Treaty: Recognition of Companies in a Regional Market", 68 Michigan Law Review 1969-1970, s. 1327 vd.

87 Justin Borg-Barthet, "Free at Last? Choice of Corporate Law in the EU Following The Judgment in Vale", International and Comparative Law Quarterly, V. 62, April 2013, s.504.

ABAD'ın *Cartesio* kararında yapmış olduğu değerlendirme daha yenilikçi olmakla birlikte *VALE* kararında ortaya çıkan sonuç tartışmasız bir biçimde ekonomik boyutludur. Belirtmek gerekir ki, yeniden kurulma imkanlarını kısıtlamak yerleşme özgürlüğünün sınırlanması sonucunu doğurmaktadır. Şirketler, tabi olmak istedikleri hukukun, maddi hukuk ve uluslararası özel hukuk kurallarına uydukları takdirde, siyasi sebeplerin sınır aşan dönüşümlere ilişkin kapsamlı bir engel meydana getirmesini önleyebilecektir. Bu konuya ilişkin olarak sistemsel sorunlar, şirketlerin tabi olduğu hukukun değişmesi ile birlikte etkilenen alacaklılar ve diğer menfaat sahiplerinin korunmasına dair hukuki bir çerçevenin mevcut olmamasından kaynaklanmaktadır. Bu durum çoğunlukla, şirketin ilk olarak kurulmuş olduğu devlete ilişkin olarak ortaya çıkmakla birlikte, yerleşilmek istenilen devletin kamu düzenine ne şekilde bir etkisinin olacağı açık değildir. Ancak bu, devletin ulusal şirketler için tanımış olduğu imkanlardan yabancı şirketleri mahrum bırakması için haklı bir gerekçe oluşturmamaktadır.[88]

SONUÇ

ABAD'ın yerleşme özgürlüğüne ilişkin kararları genel olarak AB'nin ikincil mevzuatına diğer bir deyişle tüzük ve direktiflerinde yer alan düzenlemelere dayanmaktadır. Konuya ilişkin olarak öngörülen ikincil mevzuatın amacı ABİA'da öngörülen temel özgürlükleri, konumuz bakımından özellikle yerleşme özgürlüğünü somutlaştırmak ve daha etkin bir hale getirmektir. ABAD tarafından bu konuda verilen kararlar da kurucu antlaşmalar ile kabul edilen temel özgürlüklerin kapsamını somutlaştırmakta ve AB'nin ikincil mevzuatı ile bağlantısını sağlamak suretiyle hukuki temelini ifade etmektedir. Bu konuya ilişkin olarak öngörülen tüzük ve direktiflerde yer alan düzenlemeler, ABAD'ın içtihatları ile uyum göstermelidir.[89]

ABAD tarafından, yerleşme özgürlüğünün hangi koşullar altında sınırlandırılabileceğine ilişkin kriterler öngörülmüştür. Makul olma

88 Borg – Barthet, Free at Last?, s.. 507-508.

89 Thomas Papadopoulos, "The Magnitude of EU Fundamental Freedoms: Application of the Freedom of Establishment to the Cross-Border Mergers Directive", *European Business Law Review,* 2012, s. 527.

kuralı ya da *Gebhard* testi[90] olarak ifade edilen kriterlere göre yerleşme özgürlüğü gibi temel özgürlüklerin sınırlandırılabilmesi için dört şartın yerine getirilmesi zorunludur. Buna göre; söz konusu sınırlamaların ayrımcı olmayan şekilde uygulanması gerekmekte, kamu yararına dayalı bir zorunluluğa dayanması gerekmekte, söz konusu sınırlandırmanın sınırlandırmayla hedeflenen amaca elverişli olması gerekmekte ve sınırlandırmanın amacını aşmaması gerekmektedir.[91]

VALE kararının sonucunda, şirketlerin karar alma organları, şirketlerin faaliyetlerine ilişkin olarak daha özgürlükçü bir tutum sergileyebileceklerdir. *Centros* ve Überseering kararlarına göre, yeni şirketlerin kurucuları, şirketin esas olarak faaliyette bulunacağı devletle herhangi bir bağlantı noktası olması gerekmeksizin şirketlerini kuracakları devleti seçebileceklerdir. *SEVIC* kararında, şirketlerin sınır aşan şekilde birleşebileceklerine değinilmiş, aynı zamanda şirketlerin yabancı yavru şirket kurma yoluyla tabi oldukları hukuku değiştirerek dikey birleşme yolu ile bunlarla birleşebilecekleri belirtilmiştir. Ardından, *VALE* kararı ile, şirketlerin tür değiştirme ile yeni bir hukuka tabi olacak şekilde sınır aşan tür değiştirebilecekleri ifade edilmiştir.

Yukarıda ifade edilen kararların değerlendirilmesinden ortaya çıkan sonuç, şirketlere ilişkin kanunlar ihtilafı bakımından taraf iradesinin artık kesin bir şekilde kabul görmesidir. Bunun sonucu olarak, üye devletlerin şirketlerin hangi koşullarda faaliyette bulunacaklarını belirleme konusunda sınırlı bir yetkileri bulunmaktadır. Üye devletlerin, şirketlerin karar alma organlarının iradesi üzerinde bulunabilecekleri etki, kendi hukuklarına göre kurulmuş olan şirketlerin fiili idare merkezlerine ilişkin olabilir. Gerçekten, üye devletler, kendi hukuklarına göre kurulan şirketler bakımından birtakım bağlantı unsurları öngörebilir ve şirketlerin bu unsurları muhafaza etmesini bekleyebilir. Bunun anlamı, idare merkezi sistemini benimseyen devletlerde fiili idare merkezini tesis etmek isteyen şirketler bakımından taraf iradesinin sınırlanmasıdır.[92]

---

90 Bu hususta bkz. Kara, s. 98 vd.
91 Papadopoulos, s. 545.
92 Borg – Barthet, Free at Last?, s. 508-509.

ABAD tarafından verilen kararlardan anlaşılacağı üzere, her ne kadar şirketler ulusal hukukların bir eseri olarak kabul edilse de, yerleşme özgürlüğüne ilişkin olarak giderek daha özgürlükçü bir tutum benimsenmiştir. ABAD kararları ile birlikte üye devletlerin, şirketlerin hareketliliğini ve yerleşme özgürlüğünü sınırlayıcı uygulamalarda bulunmamaları gerektiğine vurgu yapılmış, farklı tabiiyette bulunan şirketler için kendi tabiiyetinde bulunan şirketlere uyguladıkları kurallardan daha katı kurallar öngörmelerinin yerleşme özgürlüğünü sınırlandırdığı ifade edilmiştir.

Kaynakça

Ansay Tuğrul "Yabancı Şirketlerin Serbest Yerleşimi ve Tanınması", MHB, Yıl 23, 2003.

Aygül Musa, Milletlerarası Özel Hukukta Şirketlere Uygulanacak Hukukun Tespiti, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2007.

Baelz Kilian and Teresa Baldwin, "The End of the Real Seat Theory (Sitztheorie): the European Court of Justice Decision in Ueberseering of 5 November 2002 and its Impact on German and European Company Law", *3 German Law Journal* (2002), ss.1-5.

Bejan F., "Freedom of Establishment and Cross-Border Merging", *Agora International Journal of Juridical Sciences,1,* 2012, ss. 1-7.

Borg-Barthet Justin, "European Private International Law of Companies After Cartesio", International and Comparative Law Quarterly, V. 58, October 2009, ss. 1020-1028.

Borg-Barthet Justin, "Free at Last? Choice of Corporate Law in the EU Following The Judgment in Vale", International and Comparative Law Quarterley, V. 62, April 2013, ss. 503-512.

Can Hacı, Avrupa Birliği'nin Kurucu Andlaşmaları, Adalet Yayınevi, Ankara, 2009.

Craig Paul and Gráinne De Burca, EU Law – Text, Cases and Materials, 5. Ed., Oxford University Press, New York, 2011.

Çağlar Hayrettin, "Avrupa Birliği Hukukuna Göre Şirketlerin Yerleşme Serbestisi ve Avrupa Toplulukları Adalet Divanı'nın "Cartesio" Kararı", Prof.Dr. Fırat Öztan'a Armağan, I. Cilt, Ankara 2010, ss. 623-638.

Drury Robert R., "The Regulation and Recognition of Foreign Corporations: Responses to the "Delaware Syndrome", *Cambridge Law Journal*, 57(1), March 1998, ss.165-194.

Göçmen İlke, "Yerleşim Serbestisi", Lizbon Antlaşması Sonrası Avrupa Birliği Serbest Dolaşım ve Politikalar, Belgin Akçay ve Gülüm Bayraktaroğlu Özçelik (Ed.), Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2010.

Kara Etem, Avrupa Birliği'nde Şirketlerin Sınıraşan Hareketliliği, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2014.

Kavlak Bengül, Sınır Aşan Şirket Birleşmelerine Uygulanacak Hukuk, Yayımlanmamış Doktora Tezi, Dokuz Eylül Üniversitesi, İzmir, 2017.

Kroeze Maarten J. and Hélène M. Vletter-Van Dort, "History and Future of Uniform Company Law in Europe", European Company Law, June 2008, V. 5, Issue 3, ss.114-122.

Looijestijn-Clearie Anne, "Centros Ltd-A Complete U-Turn in the Right of Establishment for Companies?", International and Comparative Law Quarterly,V. 49, 2000, ss. 621-642.

Myszke-Nowakowska Miroslawa, The Role of Choice of Law Rules in Shaping Free Movement of Companies, Intersentia Publishing Ltd., Cambridge, 2014.

Nagy Csongor István, "The Personal Law of Companies and the Freedom of Establishment under EU Law", Hungarian Yearbook of International Law and European Law 2013**,** ss. 353-373.

Oehlrich Marcus (Çev.: Oruç Hami Şener ve Sevilay Uzunallı), "MoMİG'den Sonra Limited Ortaklıklar Hukuku", Prof. Dr. Fırat Öztan'a Armağan, II. Cilt, Ankara, 2010, ss. 1527-1536.

Özkan Işıl, Hukukun Küreselleşmesi ve Ulusötesi Hukuk, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2014. (Hukukun Küreselleşmesi)

Işıl Özkan, Avrupa Birliği Kamu Hukuku, 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2017.

Özsunay Ergun, Avrupa Birliği Hukuku ve Türkiye AB İlişkileri**,** Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2015.

Papadopoulos Thomas, "The Magnitude of EU Fundamental Freedoms: sslication of the Freedom of Establishment to the Cross-Border Mergers Directive", *European Business Law Review,* 2012, ss. 517-546.

Pellé Philippe, "Companies Crossing Borders within Europe", *Utrecht Law Review,* V. 4, Issue 1 (March) 2008, ss. 6-12.

Rønfeldt Thomas and Erik Werlauff, "Merger as a Method of Establisment: on Cross-border Mergers, Transfer of Domicile and Divisions, Directly Applicable under the EC Treaty's Freedom of Establishment", European Company Law, June 2006, V. 3, Issue 3, ss. 125-129.

Sørensen Karsten Engsig, "The Fight Against Letterbox Companies in the Internal Market", *Common Market Law Review 52,* 2015, ss. 85-118.

Stein Eric, "Conflict-of-Laws Rules By Treaty: Recognition of Companies in a Regional Market", *68 Michigan Law Review* 1969-1970, ss. 1327-1354.

Seviğ Vedat Raşit, "Milletlerarası Özel Hukuk Alanında Yetki Anlaşmasının Ayrıcalığı", İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C:LV, S:3, 1997, ss. 179-190.

Şehirali Çelik, F.H. (İ. Kırca/Ç. Manavgat), Anonim Şirketler Hukuku, C. 1, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara 2013.

Ugliano Arianna, "The New Cross-Border Merger Directive: Harmonisation of European Company Law and Free Movement", *18 European Business Law Review,* 2007, ss. 585-617.

Van Calster, Geert European Private International Law, Hart Publishing, Oxford, 2013.

Van den Broek Harm, Cross-Border Mergers within the EU, Kluwer Law International, Netherlands, 2012.

Vossestein Gert-Jan, "Companies' Freedom of Establishment After Sevic", European Company Law, August 2006, V.3, Issue 4, ss.177-182.

Vossestein Gert-Jan, "Cross-Border Transfer of Seat and Conversion of Companies under the EC Treaty Provisions on Freedom of Establishment", European Company Law, June 2009, V.6, Issue 3, ss. 115-123.

Weatherill Stephen, Cases&Materials on EU Law, 9th Edition, Oxford University Press, 2010.