

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.

TÜRKİYE BAROLAR BİRLİĞİ DERGİSİ

UNION OF TURKISH BAR ASSOCIATIONS REVIEW

© Türkiye Barolar Birliği
© Union of Turkish Bar Associations

Sahibi / Owner

Av. R. Erinc Sağkan
Türkiye Barolar Birliği Başkanı

Sorumlu Müdürü / Managing Director

Av. Veli Küçük, TBB Genel Sekreteri

Yayından Sorumlu Başkan Yardımcısı/ Vice-

President Head of the Publishing Department
Av. Gürkan Altun, TBB Başkan Yardımcısı

Genel Yayın Yönetmeni / Executive Editor

Av. Özlem Bilgiliöğlü

Eşğüdüm Kurulu / Board of Coordination

Av. Gürkan Altun

Av. Veli Küçük

Av. Gökhan Bozkurt

Av. Özlem Bilgiliöğlü

Yayın Kurulu

Özlem Bilgiliöğlü

Türkiye Barolar Birliği Genel Yayın Yönetmeni

Gizem Özkan

Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk ABD

Araştırma Görevlisi

Abdussamet Tekin

Türkiye Barolar Birliği Yayın İşleri Sorumlusu

Danışma Kurulu / Board of Advisors*

Prof. Dr. Ahmet Kılıçoğlu

Atılım Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Ayşe Havutçu

Yaşar Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Ayşe Nuhuğlü

Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Durmuş Tezcan

İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Korkut Kanadoğlu

Okan Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Muhammet Özekes

Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Necmi Yüzbaşıoğlu

Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Sibel Özel

Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Sultan Üzeltürk

Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Türkan Yalçın

Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi

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 Başkanliğı

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: 300 TL.

Sayfa Tasarımı ve Ofset Hazırlık /

Page Design and Offset Preparation

Türkiye Barolar Birliği Yayın İşleri

Basım Yeri / Printed by

ARCS Matbaa

Zübeyde Hanım Mah. Aslanbey Cad.

Tuna Han No: 101/2D İskitler / ANKARA

0 (312) 384 24 01

Sertifika No: 49427

Basım Tarihi / Printing Date : 29. 02. 2024

* (İsme göre alfabetik sıralanmıştır)

TÜRKİYE BAROLAR BİRLİĞİ DERGİSİ YAYIN POLİTİKASI, YAYIN KURALLARI ve ETİK İLKELERİ

Dergi'nin yayın politikası ve etik ilkeleri, Dergi'ye yazı gönderen yazar tarafından kabul edilmiş sayılır.

Yayın, imla ve yazım kurallarına uygun olarak düzenlenmeyen, Türkçenin doğru kullanılmadığı yazı, hakemlere dahi gönderilmeden diğer kriterleri taşısa da Dergi Yayın Kurulu tarafından reddedilebilecektir.

Bu nedenle her bölümdeki ilke ve kurallar yazar tarafından titizlikle kontrol edilerek uygun olmayanlar düzeltilmeli, eksiklikler giderilmelidir.

Yayın Politikası

1. 1988 yılından bu yana yayınlanan Türkiye Barolar Birliği Dergisi (Dergi), 2002 yılından itibaren "hakemli dergi" olarak yayınlanmakta olup 2010 yılından bu yana da TÜBİTAK-ULAKBİM TR Dizin Hukuk Veri Tabanında dizinlenmektedir.

Dergi iki ayda bir yayınlanmakta olup yazı dili Türkçedir.

2. Dergi "hakemli" olarak TR Dizin'de taranan "hakemli bir dergi" olduğu için Dergi'ye gönderilen tüm yazıların hakemlere gönderilmesi gerekli ve zorunludur. Yazarın talebine bağlı olarak yazının hakemlere gönderilmeden yayınlanması mümkün olmayıp yazar tarafından böyle bir istekte bulunulmamalıdır.

Yazı hakemlere gönderildikten sonra hakemlerin önerisi/onayı ve editörün takdiriyle, istisnai olarak, bazı yazıların hakemsiz olarak Dergi'de yayınlanmasına karar verilebilir.

3. İlk maddedeki kural "çeviriler" için de geçerli olup çeviri olarak gönderilen yazıların makalede aranan tüm koşulları taşıması gereklidir.
4. Yazar tarafından Dergi'de yayınlanma istemiyle aynı anda sadece bir yazı gönderilebilir. Anılan yazı yayımlandıktan/değerlendirme süreci tamamlandıktan sonra ikinci yazı gönderilmelidir.
5. Yazının Dergi Yayın Politikası, Etik İlkeleri ve Yayın Kuralları'na uygun olması halinde, hakem raporlarından sonra netlik kazanmak üzere Dergi'nin hangi sayısının yayın listesine alındığı, Editör tarafından yazara bildirilir.

Dergi'ye gönderilen yazıların yoğunluğu nedeniyle gelen yazıların sıraya konulması hususu ve TR Dizin 2020 yılı zorunlu kriterleri arasında yer alan "*Dergi her bir sayısında yer alacak makale sayılarının oranlı olmasına dikkat edilmeli, sayı/cilt arasındaki makale sayısı dengeli olmalıdır*" kuralı yazar tarafından dikkate alınmalıdır. Bu bağlamda Editör tarafından yazının Dergi'nin hangi sayısının yayın listesine alındığı yazara bildirildiğinde, bu bildirim yazar tarafından kabul edilmiş olur (Örneğin; Şubat/2021 itibarıyla Dergi'ye bir yazı gönderildiğinde, yazının kabul edildiği ve hakem raporlarından sonra netlik kazanmak üzere Dergi'nin Kasım- Aralık/2021 sayısının yayın listesine alındığı yazara bildirildiğinde, yazar bunu kabul etmiş olur ve daha sonra herhangi bir itiraz/yazının daha önceki bir sayıya alınmasını isteme gibi bir hakkı söz konusu olmaz).

Editörün bildiriminde belirtilen tarih ve sayı yazar tarafından kabul edilmediği takdirde, yazar makalesini çekmek hakkına sahip olup bu durumu derhal bildirmelidir.

6. Ön düzeltme; yazının Dergi Yayın Politikası, Etik İlkeleri ve Yayın Kuralları'na uygun bir şekilde düzeltilmesini, "makalenin gönderim tarihi"; yazının Dergi Yayın Politikası, Etik İlkeleri ve Yayın Kuralları'na uygun bir şekilde gönderildiği tarihi, "makalenin kabul tarihi"; yazının hakem değerlendirme sürecinin tamamlanıp onaylandığı tarihi ifade eder.

7. Her yazı, yazara bildirilen sayının yayınlanacağı tarihe yetiyecek şekilde, -yazıların hakemlere gönderilmesi, hakemlerce onaylanması, gerekirse düzeltmelerin yapılması, tasarıma gönderilmesi, son kontrolden sonra web sitesine eklenmesi, ODİS'e ve matbaaya gönderilmesi süreçleri göz önünde bulundurularak- en az iki hakeme gönderilir.
İki hakemden biri olumsuz kanaat belirttiği takdirde yazı üçüncü bir hakeme gönderilir veya Editör tarafından takdir hakkı kullanılır.
8. Yazı, "kör hakemlik" sistemi uyarınca, yazarın ad ve soyadı yazı metninden çıkarılarak hakemlere gönderilir. Yazara da yazının hangi hakemlere gönderildiği konusunda bilgi verilmaz.
9. Hakem/hakemler tarafından yazının yayınlanması uygun bulunmadığı takdirde bu durum yazara bildirilir. Ret raporlarının yazara gönderilmesi zorunluluğu yoktur. Yazının yayınlanamayacağına ilişkin bildirim, yazının yayın listesinde bulunduğu sayının süreci tamamlandıktan sonra ilgili sayının yayınlanmasıyla eş zamanlı olarak yapılır.
10. Hakem rapor/raporları düzeltme içeriyorsa; rapor, hakem/hakemlerin adı belirtilmeksizin yazara gönderilir. Yazının düzeltilmiş hali hakeme gönderildikten sonra hakem tarafından ikinci bir düzeltme istenebilir. İkinci düzeltmeden sonra yazının hakem tarafından onaylanmaması halinde yazardan üçüncü bir düzeltme istenmez ve yazı reddedilir/reddedilmiş sayılır.
Hakemler tarafından onaylanan/düzeltilme istenip rapora uygun olarak düzeltildikten sonra onaylanan yazı, alındığı sayının yayın listesine ilişkin süreç tamamlandıktan sonra Dergi'nin ilgili sayısında yayınlanır.
Hakem rapor/raporlarında düzeltme istenmiş ancak raporda belirtilen hususlar yazar tarafından süresinde yerine getirilmemişse, bir defaya özgü olmak üzere yazı, alındığı yayın listesinden sonra gelen sayının yayın listesine aktarılır.
11. Yazı yukarıda 4. maddede belirtildiği şekilde yayın listesine alınmış ancak hakem raporları -çok istisnai de olsa- süresinde sunulmamışsa, yazı, alındığı yayın listesinden sonra gelen sayının yayın listesine aktarılır ve bu sayıda anılan yazıya ilişkin sürecin tamamlanması sağlanır.
12. Dergi'ye gönderilecek yazının; özgün, başka bir yerde yayınlanmamış veya yayınlanmak üzere başka bir yere gönderilmemiş olması gerekmektedir.
13. Türkiye Barolar Birliği, yayınlanması kabul edilen yazıların basılı ve elektronik yayın haklarına sahip olur.
14. Yazara ve hakemlere, talep etmeleri halinde telif ücreti ödenir.
15. Yazara, yazısının yayınlandığı sayıdan üç adet, hakemlere ise hakem incelemesi yaptıkları sayıdan birer adet Dergi gönderilir.
Dergi'nin kitap olarak kendisine gönderilmesini isteyen yazarın, yazıyı gönderirken adresini ve telefon numarasını da belirtmiş olması gerekmektedir.
16. Talep etmeleri halinde hakemlere makalenin hakem incelemesinin yapıldığı ve raporunun hazırlandığına ilişkin bir yazı gönderilir.

Yayın Kuralları

1. Yazı, yayin@barobirlik.org.tr adresine gönderilmelidir.
2. Yazı, ana bölümlerde 1,5 satır aralığı ile 12 punto; dipnotlarda tek satır aralığı ile 10 punto kullanılarak Times New Roman karakterinde yazılmalıdır.
3. Yazarın ad, soyadı ve unvanını, makalede yer almasını istediği şekliyle ve Dergi'de yer alan yazı formatına uygun olarak yazıya eklemesi gereklidir.

4. Kurum, e-posta adresi, ORCID ve makalenin gönderim tarihi (ön düzeltmeden sonraki gönderim esas alınarak) bilgilerinin belirtilmesi zorunlu olup aynı sırada makalenin ilk sayfasına dipnot olarak eklenmelidir.
5. Dergi'nin belirlediği yazı formatı dışında kalan kısımlar, yazıdan çıkarılmalıdır (kapak, içindikiler, kısaltmalar vs. kısımlar).
6. Yazının ilk sayfasında makalenin başlığı, İngilizce başlık, özet, anahtar kelimeler, İngilizce özet ve İngilizce anahtar kelimeler bölümlerine belirtilen sırada yer verilmeli, bu bölümler çok uzun ise kısaltılmalıdır.
7. Dipnot numaralandırmaları, **noktalama işaretlerinden (nokta, virgül, noktalı virgül, üç nokta, ünlem, soru işareti vs. noktalama işaretlerinden)** sonra yapılmalıdır.
8. Dipnotlarda ve kaynakçada, koyu renkle, altı çizili ve/veya italik yazılan kısımlar (yayın kurallarında italik yazılacağı belirtilenler hariç) düzeltilmeli ve internet kaynaklarındaki alt çizgiler kaldırılmalıdır.
9. Dipnotlar sayfa altında gösterilmeli, dipnotlarda, yazarın adı soyadı şeklindeki düzene uyulmalı, yazar ad ve soyadının sadece baş harfleri büyük ve ad soyadının sonunda sadece virgül olmalıdır. Örneğin: Faruk Erem,
Verilen kaynak makale ise makale adı çift tırnak içine alınmalı, sadece eser adı italik verilmeli, yayınevi, ili, baskı yılı ve sayfa sayısı sırasıyla yazılmalıdır.
Örneğin: Faruk Erem, "Ceza Hukukunda Meslek Sırrı", *AÜHF Dergisi*, Ankara 1943, C. x, S. x, s. xx.
10. Yazının kaynakça kısmında, yazarın soyadı adı şeklindeki düzene uyulmalı, varsa numaralandırmalar kaldırılmalı, yazar soyadı ve adının sadece sonuna virgül konmalıdır.
Örneğin: Erem Faruk, "Ceza Hukukunda Meslek Sırrı", *AÜHF Dergisi*, Ankara 1943, C. x, S. x, s. xx.
Kaynakça kısmı; Kitaplar, Makaleler, Mahkeme Kararları, İnternet Kaynakları, Diğer Kaynaklar gibi bölümlere ayrılarak yazılmalıdır.
11. Dipnotlarda ve kaynakçada yazar ve eser adlarının doğru yazıldığından emin olunmalıdır.

İmla ve Yazım Kuralları

Aşağıdaki hususlar (yazı metni, alıntı metin, dipnot ve kaynakça dahil olmak üzere) gözden geçirilerek uygun olmayan kısımlar düzeltilmelidir:

1. Kurum, kuruluş, kurul, birleşim, oturma ve iş yeri, kanun, yönetmelik, anlaşma, sözleşme adlarına gelen eklerin kesme işaretiyle ayrılması,
Örneğin: Anayasa Mahkemesi'nin, Avukatlık Kanunu'nun, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin
2. Eş anlamlı kelimelerden birinin tercih edilmesi ve metin içinde yeknesaklığın sağlanması için yazının tamamında sadece birinin kullanılması,
Örneğin: Yasa veya kanun kelimelerinden birinin tercih edilip kullanılması
3. Rakamlardan sonra gelen kelimelerin küçük harfle başlaması,
Örneğin: 5237 sayılı Kanun, Avukatlık Kanunu'nun 34. maddesi, 19. yüzyıl, 01.01.2019 tarihli, 2. baskı
4. Alm. (Almanca), İng. (İngilizce), Oğuzlar Mah. Prof. (Profesör), Dr. (Doktor), Av. (Avukat), haz. (hazırlayan), çev. (çeviren) gibi kısaltmalar hariç olmak üzere SGK, TTK, 13. CD, YHGK, TCK gibi kısaltmalarda nokta kullanılmaması,
5. Kısaltmalarda takıların kısaltma okunuşuna göre verilmesi,
Örneğin: TCK'nın, İYUK'un

6. Kısaltmaların birden fazla kullanılış şekli varsa birinin tercih edilmesi ve metin içinde ve dipnotlarda aynı şekilde kullanılması,
Örneğin: syf., sh., s.'den birinin tercih edilmesi
7. Noktalama işaretlerinin (**özellikle tırnak işareti ve kesme işaretinin**) yazının her yerinde aynı karakterde yazılmış olmasına özen gösterilmesi,
8. Tarih yazılışında 01.01.2019 şeklindeki kullanımın tercih edilmesi,
9. 1. veya 1'inci yazılışından birinin tercih edilmesi,
10. **Tezcan/ Erdem/ Önok, şeklinde yazılışın değil aralık verilmeden Tezcan/ Erdem/ Önok şeklinde yazılışın tercih edilmesi,**
11. Noktalama işaretlerinden (nokta, virgöl, noktalı virgöl, üç nokta, ünlem, soru işareti vs. noktalama işaretlerinden) ve her kelimedenden sonra bir harf boşluk bırakılmasına özen gösterilmesi,
12. Yazı içinde kullanılacak kısaltmalara; ilk seferinde açık haliyle birlikte parantez içinde kısaltılmış hali, sonrasında sadece kısaltılmış hali olmak üzere yer verilmesi,
13. Farklı kaynaklardan alıntı yapılmasından kaynaklanan her türlü farklı yazımın kontrol edilerek yeknesaklığın, yazı düzeninin sağlanması.

Etik İlkeler

1. Yazar tarafından başka bir yazara ait yazının kendine aitmiş gibi gönderilmesi veya gönderilen yazıda büyük/küçük oranda atıf yapılmadan alıntı yapılmış olması veya yazının tamamına yakınının, atıf yapılsa da başka bir yazı/yazılardan oluşması; kişiye özgü bir durum olup sorumluluk tamamen yazara aittir.
2. Yazı, intihal, sahtecilik, çarpıtma, tekrar yayın, dilimleme, haksız yazarlık ve diğer etik ihlali türlerini içermemelidir.
3. Yazarın gönderdiği çalışmanın özgün olması Dergi kriterlerinin başında gelmektedir.
4. Yayınlanmak üzere gönderilen çalışmanın herhangi bir nedenle Dergi'den çekilmek istenmesi halinde yazıyla (maile) derhal bildirilmesi gerekir.
5. Hakem değerlendirme süreci tamamlanmış bir makale, makul bir gerekçe gösterilmeksizin yazarı tarafından geri çekilmemelidir.
6. Makalede araştırma ve yayın etiğine uyulduğuna dair ifadeye yer verilmelidir.
7. TR Dizin kriterleri gereği, etik kurul izni gerektiren çalışmalarda, izinle ilgili bilgilere (kurul adı, tarih ve sayı no) yöntem bölümünde ve ayrıca makale ilk/son sayfasında yer verilmelidir. Olgu sunumlarında, bilgilendirilmiş gönüllü olur/onam formunun imzalatıldığına dair bilgi makalede yer almalıdır. Kullanılan fikir ve sanat eserleri için telif hakları düzenlemelerine uyulması gerekmektedir.
8. Dergi tarafından farklı kurumlardan, görüş bildirdikleri konunun uzmanı olan hakemler atanmalı, tarafsızlık ve çeşitlilik ilkelerine dikkat edilmelidir.
Hakemler, değerlendirilen yazı sahibinin tabi olduğu etik kurallara bağlı ve bu kuralları titizlikle uygulamak durumunda olmalıdırlar.
Dergi'de yayınlanmış makalelerde kurum ve yazar çeşitliliğine özen gösterilmeli, araştırma ve yayının etiğine uygun olmayan yazılar kabul edilmemelidir.

İÇİNDEKİLER / CONTENTS

BAŞKAN'DAN / FROM the PRESIDENT

HAKEMLİ MAKALELER / REFEREED ARTICLES

1 Mustafa ŞAHİN

Anayasa Mahkemesi'nin İptal Kararı Ardından Türk Hukukunda Evli Kadının ve Çocuğun Soyadı
Surname of Married Woman and Child in Turkish Law After The Annulment Decision of The Constitutional Court

39 Gamze YILDIZ TARMAN

Vicdani Ret Hakkı ve Türk Hukukundaki Yeri
The Right to Conscientious Objection and Its Place in Turkish Law

65 Celâl IŞIKLAR

Çerçeve Kanununun/Maddenin İlgası Değiştirilen Hükmü Yürürlükten Kaldırır mı?
Does The Repealing of The Framework Law/Article Abrogate The Amended Provision?

95 Muhammed Ali AYDIN

Katı Atıkların Toplanması, Bertarafı veya Değerlendirilmesi Konulu İmtiyaz Sözleşmeleri
The Concession Contracts for The Collection, Disposal or Valorization of Solid Waste

137 Tuba BİRİNCİ UZUN

Belirsiz Alacak Davasında Davacı Vekili Avukatın Haksız Azli Halinde Avukatlık Ücreti: Karar İncelemesi
Attorney's Fee in Case of Unfair Dismissal for The Plaintiff's Attorney in An Unquantified Debt Lawsuit: Analysis of A Judgment

173 Ahmet Ertan YILMAZTEKİN

Hukuk Muhakemesinde Adli Yardım
Legal AID in Civil Procedure

223 Mehmet Emin ALPASLAN

Pay Sahiplerinin Şirket Zararı Nedeniyle Yönetim Kurulu Üyelerine Karşı Açtıkları Sorumluluk Davalarındaki Hukukî Statüsü ve Bu Davalarda Alınan İlâmların İcrası
Legal Status of Shareholders in Liability Cases Filed against Members of The Board of Directors Due to Company Damages and Execution of Judgments in These Cases

- 267 Perihan ABAY - Süleyman DERMAN - Saliha ÖZPINAR - Ümran SEVİL**
Tıbbi Atık Yönetimi ve Uluslararası Hukuk Uygulamaları
Medical Waste Management and International Law Practices
- 307 Hande DENİZ**
Boşanmanın Mirastan Feragat Sözleşmesine Etkisinin Değerlendirilmesi
Evaluation of The Effect of Divorce on The Inheritance Renunciation Agreement
- 333 Özge HANCI**
Ölüm ve Beden Zararlarına İlişkin Tazminat Taleplerinde Zamanaşımı Sorunu
The Problem of Statute of Limitations for Compensation Claims for Death and Bodily Harm
- 357 M. Serhat SARISÖZEN**
Türkiye Barolar Birliği'nin 17-18 Aralık 2022 Tarihli Olağan Genel Kurulu'nda Yapılan Meslek Kurallarına İlişkin Değişikliklerin Değerlendirilmesi
Evaluation of The Regulations Regarding The Professional Rules at The Ordinary General Assembly of The Turkish Bar Association on 17-18 December 2022
- 383 Şaban Cankat TAŞKIN**
Osmanlı Ceza Muhakemesi Hukukunda Şüpheli ve Sanığın Susma Hakkı
Right to Remain Silent for the Suspect and Defendant in Ottoman Criminal Procedure Law

başkan'dan

ANAYASA MAHKEMESİ'NİN İPTAL KARARI ARDINDAN TÜRK HUKUKUNDA EVLİ KADININ VE ÇOCUĞUN SOYADI

SURNAME OF MARRIED WOMAN AND CHILD IN TURKISH LAW AFTER THE ANNULMENT DECISION OF THE CONSTITUTIONAL COURT

Mustafa ŞAHİN*

Özet: Türk hukuk sistemi içerisinde, 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun kabulü öncesinde, farklı dönemlerde, kadının soyadına ilişkin farklı düzenlemeler yer almıştır. Özellikle Türk Medeni Kanunu hükümleriyle birlikte belki de Türkiye Cumhuriyeti tarihinde ilk defa kadın ve erkek bu kadar eşitlikçi bir statüye kavuşmuştu. Kadın aleyhine gibi görünen kimi hükümler ise çoğunlukla ya işin doğasından kaynaklanmakta ya da korunmak istenen daha üstün bir değer sebebiyle Kanun Koyucu tarafından "mutlak" eşitlikçi bir yapıya sokulmamıştı. Ancak bu başlıklardan birisinin varlığı Türk Medeni Kanunu'nun kabulünden bugüne, kadın ve erkek eşitliği açısından hep tartışılmalıdır. Bu başlık, "evlenen kadının soyadı"na ilişkin düzenlemelerdir. Çünkü bu düzenlemeye göre –genel olarak– kadın, evlenmekle kocasının soyadını almak "zorunda" idi ve Kanun'a göre "en fazla yapabileceği şey" önceki soyadını da beraber kullanabilmektir. Bunun da yeterli olmadığına inanan kadınlar hukuk mücadelesine aralıksız hem ulusal hem de uluslararası alanda devam ederek adım adım "başarılar" elde etmeye başladılar. Bu dalganın belki de en son ve en önemli yansımalarından birisi, çalışmamızda incelenecek olan Anayasa Mahkemesi'nin (AYM), evli kadının soyadına ilişkin hükmü düzenleyen Türk Medeni Kanunu'nun 187. maddesini iptal etmesidir. Çalışmamızın başlangıç dönemlerinde henüz Kanun Koyucu konuya ilişkin kanun düzenlemesi yapmamıştı. İptal kararının yürürlüğe girmesi ile birlikte sonuçlar sadece "kadın"ı değil, anne ve babanın soyadına bağlı olan "çocuğu" da etkilemektedir. İlerleyen süreçte, aile ve çocuğa ilişkin ciddi hukuki sorunlar ortaya çıkabileceği düşünülmektedir, çözüm önerileri içerir şekilde bu çalışma yapılmıştır.

* Dr. Öğr. Üyesi, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı, mustafa.sahin@hbv.edu.tr, ORCID: 0000-0001-6496-0439, Makalenin Gönderim Tarihi: 28.01.2024, Kabul Tarihi: 06.02.2024

Anahtar Kelimeler: Kadının Soyadı, Çocuğun Soyadı, İptal Kararı, Eşlerin Soyadı, Evlilik Soyadı

Abstract: Prior to the adoption of the Turkish Civil Code, there were regulations regarding the surname of women in different processes in our Civil Code. Especially with the provisions of the Turkish Civil Code, perhaps for the first time in the history of the Republic of Türkiye, men and women had achieved such an egalitarian status. Some provisions that seemed to be to the detriment of women were not put into an “absolute” egalitarian structure, either because of the nature of the business or because of a superior value to be protected. However, the existence of one of these titles could not be explained with the aforementioned reasons since the adoption of the Turkish Civil Code. This heading was the regulation on the “surname of the woman” who gets married. Because according to this regulation - in general - a woman was “obliged” to take her husband’s surname upon marriage and according to the Law, “the most she could do” was to use her previous surname together. Believing that this was not enough, women continued their legal struggle both nationally and internationally and started to achieve “successes” step by step. Perhaps one of the most recent and most important reflections of this wave is the Constitutional Court’s annulment of Article 187 of the Turkish Civil Code, which regulates the surname of married women. At the beginning of the writing of this study, the Legislature had not yet enacted a legal regulation on the subject. With the entry into force of the annulment decision, the consequences affect not only the “woman” but also the “child” who depends on the surname of the parents. Considering that serious legal problems regarding the family and the child may arise in the following period, this study has been prepared to include solution suggestions.

Keywords: Surname of a Woman, Surname of a Child, Annulment Decision, Spouses, Surname, Family Name

GİRİŞ

Kadının soyadına ilişkin eşitlikçi bir soyadı sisteminin oluşturulabilmesi için sivil toplum faaliyetleri, bireysel mücadeleler sonrası, mevzuatta değişiklikler olduğu gibi¹ yargı kararları açısından da farklılıklar ortaya çıkmıştır. 1923 yılında Cumhuriyetin kurulduğu, 1926 yılında Medeni Kanun’un, 1934 yılında ise Soyadı Kanunu’nun kabul edildiği; AYM’nin, evlenen kadının soyadına ilişkin verdiği iptal kara-

¹ Nitekim hukuki mücadeleler sadece Türk hukuk sisteminde değil Avrupa ve ABD’de de gelişmiştir. Bkz.: Gül Akyılmaz, “Osmanlı Devleti’nde Kadınların Mülkiyet Hakları ve Karşılaştıkları Hukuki Sorunlar”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Kadın ve Hukuk*, S. Özel, Aralık 2017, s. 330: “... gerek Avrupa gerekse ABD’de kadınların eşitlik ve politik haklar konusundaki mücadelelerinde ilk adımlar evlilik içindeki eşitsizliklerin giderilmesi ve ekonomik haklar konusunda olmuştur”.

rının ise 2023 yılında yani 100 yıl sonra ancak gerçekleştiği düşünüldüğünde hukuk kurallarının topluma yaygınlaşmasının nasıl zaman aldığı görülecektir.

Emredici hukuk kurallarına rağmen mahkemelerin yargısal faaliyetlerle bu alana yön vermeye çalışması ve süreç içerisinde verilen farklı kararlara ilişkin değerlendirmeler, gerek uygulamada, doktrinde, sivil toplum örgütlerinde gerekse basında tartışılmıştır ve bu alanda belki de *“kadın hakları”* açısından en büyük *“kazanımlardan birisi”* olarak değerlendirilebilecek, 2023 yılında AYM’nin vermiş olduğu, Türk Medeni Kanunu’ndaki (TMK) m. 187 hükmünün iptal edilmesine yönelik karardır. Bu kararla tabiri caizse uzun yıllardır, bu konuda emek sarfedenler için artık net bir aşama daha atlanmış ve sonuç alınmıştır.

Elbette bu çalışmada da belirtileceği üzere sadece *“kadın hakları”* açısından değil, kadının toplum içerisindeki konumuyla ilgili de yaşanan soyadına ilişkin ciddi sıkıntıların önüne geçileceği öngörüldüğü için bu emekler sarfedilmiştir. Kadının soyadına ilişkin hükmün iptal edilmesi, sadece TMK’deki bir hükmün iptal edilmesi anlamını taşımıyordu. Kadının soyadına ilişkin düzenlemelerin yürürlükten kalkması, kadının ve çocuğun soyadı sistemini tamamen değiştirir nitelikte ve aynı zamanda kadın – erkek eşitliği açısından sosyal bir durum gerçeğinin, eşitlik düzeninde sabitlenmesi niteliğinde sonuçlar doğuracaktır.

Anayasa Mahkemesi’nin iptal kararı ile birlikte zaman içerisinde de görüleceği üzere hakikaten bu durum sanıldığı gibi sistemi rahatlatacak mı yoksa tam tersine yeni çözümler bekleyen başlıkları mı oluşturacaktır bu soru hem bu çalışma ile cevaplanmaya çalışılacak hem de zamanla daha açık bir biçimde görülecektir. Çünkü kadının soyadının erkeğe –ve evlenmeye- bağlı olarak değişmeyecek olması bir aile içerisinde iki ayrı soyadı ortaya çıkmasına yol açacaktır.

Toplumda kadın, önceki düzenlemelerde kendi soyadını doğrudan kullanamadığı gibi eşinin soyadını kullanmakta, bununla tanınmakta ardından yaşanan bir boşanma ile -hele boşandığı eşinin soyadını kullanmak istemeyen- kadın tekrar eski soyadı ile tanınmaya çalışmaktadır. Bu çalışmaya başlamamızın elbette en temel nedeni AYM’nin iptal kararı sonrası ortaya çıkabilecek olan hukuki sorunlardır.

Günümüzde kadın, hayatın her alanında erkeklerle birlikte toplumda daha çok rol sahibi olmaktadır. Özellikle ad ve soyadı ile tanınmasının önem arzettiği mesleklerle uğraşan kadınlar için, evlendiğinde eşinin soyadıyla tanınmaya çalıştığı; ardından özellikle uzun süreli evlilikler sonrası boşanma olduğu ve buna bağlı olarak, evlenmeden önceki soyadına dönmek durumunda kaldığı veya yeni evlilik yaptığı vs gibi birçok ihtimalde, artık soyadı konusu çekilmez bir hale gelebilecektir.² Kadının çalışma hayatındaki bu yoğun katkıları sonucu olarak daha önceki yüzyıllarda belki de tartışılması gündeme dahi gelmeyen birçok konu çağımızda “sorun” olmaya başlamakta ve çözüm arayışları artmaktadır.

Bu sebeple kadının soyadı konusu aslında “kadın – erkek ilişkisi” boyutunun ötesinde çağın getirmiş olduğu bir gerçeklik olarak değerlendirilmelidir. Ancak bu çalışmamızda bu tespitin doğruluğunu tartışmaktan ziyade bu sorunu çözmeye yönelik adımları, “taraf” olarak değil objektif bir hukukçu olarak değerlendirmeye çalışacağız. Çünkü, kadının soyadına ilişkin gerçekçi çözüm bulmaktan kaçınmak ne kadar yanlış ise bulunacak çözümler, devlet sistemine, aile yapısına ve korunmaya değer olarak çocuğun haklarına zarar vermeyecek çözümler olmaz ise aynı şekilde yanlış olacaktır. Karar ve yön verme mekanizmasında doğrudan veya dolaylı bir biçimde yer alanların (yargı, kanun koyucu vd) bu kriterlere dikkat etmeksizin alacakları “objektif değerlendirmelerden uzak” kararlar, ülkenin temel taşlarını yerinden oynatabilecek; toplumun temeli olan aileye ve/veya çocuğun haklarına faydadan ziyade zarar verebilecek boyutlara ulaşabilecektir.

Bu çalışmamızda, elbette değerlendirmeye alınabilecek birçok konu olmasına karşın özellikle iptal kararının ardından kadının so-

² Çalışmanın ilerleyen aşamalarında incelendiği üzere Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nde görülen evlenen kadının soyadına ilişkin, “Bahar Leventoğlu Abdülkadiroğlu Davası”nda davacı, bir akademisyen için soyadının “marka” niteliğinde olduğunu dile getirmiştir. Her ne kadar davacı Türk hükümetine karşı tazminat talebinde bulunmamışsa da mahkeme davacının “kızlık soyadını kullanma talebi”nin yerinde olduğuna ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 14. maddesini ihlal ettiğine karar vermiştir. Kararın tamamı için bkz.: [https://hudoc.echr.coe.int/#%22fulltext%22: \[%22marriage%20name%22\],%22documentcollectionid%22:\[%22GRANDCHAMBER%22,%22CHAMBER%22\],%22itemid%22:\[%22001-119957%22\]](https://hudoc.echr.coe.int/#%22fulltext%22: [%22marriage%20name%22],%22documentcollectionid%22:[%22GRANDCHAMBER%22,%22CHAMBER%22],%22itemid%22:[%22001-119957%22]), Erişim Tarihi: 20 Ekim 2023.

yadına ilişkin hükümlerin ne şekilde anlaşılması gerektiği öncelikle incelenecektir. Ancak bugüne kadar kadınlar toplumun görünen yüzünde, hakkını arayabilen kişiler olduğu için neredeyse kamuya hep soyadının “kadınlar” yönü yansımış buna karşın belirlenirken hiçbir iradeleri olmayan “çocukların soyadı” konusu gözden kaçmış, arka planda kalmıştır. Çocuklar, yaşanan hukuki süreçlerin farkında olmadığı için gelişmelerin kendilerini ne şekilde etkileyeceğini tartışacak durumda olmadıkları gibi basına, kanun koyucuya duyurmak gibi faaliyetlerde de bulunmazlar. Ancak gerek yargı, basın, doktrindeki çalışmalara bakıldığında “kadının soyadı” konusunun hep ön planda olduğu görülecektir. Halbuki gerek bundan önceki AYM kararlarıyla iptal edilen hükümlerde gerekse çalışmamızda irdeleyeceğimiz AYM’nin kadının soyadına ilişkin iptal kararının ardından çocukların soyadının ne olacağı pek tartışılmamıştır. Halbuki, çalışmamızda da görüleceği üzere Türk Hukuk doktrininin ve kanun koyucunun ilgisini çekebilmek adına yaşanabilecek çok ciddi anlamdaki hukuk sorunları bu çalışmada dile getirilecek ve öneriler sunulacaktır.

Çalışmamız, sadece “olan hukuk (*de lege lata*)” olarak “kadın ve çocuğun soyadı”nı incelemekten ziyade yakın zamanda ortaya çıkabilecek hukuki sorunların tespiti ve çözüm önerileri şeklinde ilerleyeceği için doğrudan konu ile alakası olmayan başlık ve çalışmalar incelenmeyecek; mümkün olduğunca monografik eserler eşliğinde ve yeri geldikçe mehz İsviçre Medeni Kanunu hükümlerine değinilecektir. Aslında İsviçre Medeni Hukukunda kadın ve çocuğun soyadı konusu güncel haliyle ayrı bir çalışma olacak nitelikte olmasına karşın bu çalışmada ana başlıklarıyla ve sadece Kanun hükümleri çerçevesinde değinilecektir. Çalışma içerisinde yeri geldikçe konu dışında tutulması gerektiğini düşündüğümüz başlıkların daha fazla incelenmeyeceği metin içerisinde belirtilerek sonraki başlıklara geçilecektir. Muhtemelen bu çalışma AYM’nin iptal kararının yürürlüğe girmesi sonrası yayımlanmış ilk akademik çalışmalardan birisi olacaktır. Bu açıdan çalışmamıza başlarken Türk Hukuku açısından “*Evlenen Kadının Soyadı*” konusunun çalışmamızın sonunda nasıl kadın - erkek ayrımı olmaksızın “*Eşlerin Soyadı*” olarak İsviçre ve Alman Hukukunda noktalandığını göreceğiz.

I. TARİHSEL SÜREÇ

A. Genel Olarak

Tarih içerisinde, Roma Hukukundan bu yana kadının ve çocuğun toplum içerisindeki hukuki anlamda rolü değişikliğe uğramış ve özellikle kadının hukuktaki yeri Roma toplumunun her döneminde erkeklerle bağlantılı bir biçimde ilerlemiştir³. Ancak, yakın zaman içerisinde yaşanan değişimler belki de binlerce yıllık insanlık tarihi boyunca yaşanan gelişmeleri katlayarak geçmiştir. Hukuki işlem kısıtlamalarının bulunduğu dönemler olduğu düşünüldüğünde seçme ve seçilme ile ilgili haklarda gerek kadınlar gerekse çocuklar yakın döneme kadar birçok haktan belirli şartlar altında mahrumdular.

Aile yapısını korumak adına da süreç içerisinde çoğu zaman erkeğin üstün konumda bulunduğu aile yapıları benimsenmiş ancak günümüze gelindiğinde, hem çağın gerekleri hem de hukuk alanında yaşanan gelişmeler neticesinde kadın ve çocukların hakları aile içerisinde yükselmiş ve neredeyse birçok alanda eşit hale gelmiştir. Erkek baskın toplum sistemleri aileyi korumak adına erkeği güçlü tutmayı hedeflemiş ve bu çerçevede neredeyse hiçbir zaman kadın için tartışılmayan başlıklar erkek (koca) açısından hukuk zemininde haklara dahi yol açmış,⁴ konuya ilişkin yargıya yansımış kararlar bulunmaktadır.⁵ Benzer düzenlemeler aile yapılarına göre değişkenlik gösterdiği için İsviçre’de evlilik dışı ilişkilerde belirli şartların varlığı halinde destek istenebileceği kabul edilmektedir.⁶

³ Gediz Kocabaş, *Evlenmenin Kadının Soyadına Etkisi*, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2022, s. 5, 6.

⁴ Nitekim, konuya ilişkin: “Evlilik dışı ilişki içinde yaşayan erkek - kadın ilişkisinde ‘erkeğin ölmesi’ halinde ... hâkim görüş erkeğin fiilen ve düzenli olarak baktığının ispatı halinde, kadının destek tazminatı alabileceği yolundadır. Özellikle ‘imam nikahlı’ evliliklerde destek kabul edilmektedir”: Fikret Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Yetkin Yayınları, B. 24, Ankara, 2019, s. 857, N. 2371.

⁵ Yargıtay 17. HD., E. 2014/4811 K. 2015/12693 T. 25.11.2015, <https://proxy.hacibayram.edu.tr:2671/ictihat/yargitay/17-hukuk-dairesi-e-2014-4811-k-2015-12693-t-25-11-2015>. Bu yönde benzer kararlar için ayrıca bkz. <https://proxy.hacibayram.edu.tr:2671/ictihat/Arama?SearchQuery=imam%20nikah%20destekten%20yoksun%20kalma>, Erişim Tarihleri: 08.09.2023.

⁶ Oftinger/Stark, *Schweizerisches Haftpflichtrecht, Allgemeiner Teil*, Bd. I, B. 5, Zürich, 1995, s. 359; Eren, s. 857, dn. 126’ dan.

B. Soyadı Düzenlemesinde Tarihsel Süreç

Cumhuriyetin ilk kazanımları arasında sayılan Soyadı Kanunu,⁷ Türkiye Cumhuriyeti'nin kuruluşunun hemen ardından kabul edilen temel kanunlar arasında yer almaktadır. 1926 yılında kabul edilen EMK'nın ardından soyadına ilişkin hükümlerin düzenlenmesine yönelik çalışmalar başlamıştır.⁸ Gerek Soyadı Kanunu gerekse EMK m. 152 ve 153 hükümleri birlikte değerlendirildiğine erkek egemen hükümler düzenlenmiş, evlilikte erkek eş "*evlilik birliğinin reisi*" ve "*soyadı seçme vazifesi ve hakkı*"na sahipti. Keza, kadın evlenmekle " *kocasının aile ismini taşır*" şeklinde hükümler düzenlenmişti⁹. Elbette, toplumda neredeyse mutlak egemen bir erkek kültüründen eşitlikçi bir yapıya geçmek aniden olabilecek bir şey değildir. Cumhuriyetin kurulmasını takiben yaklaşık 100 yıl geçmesine karşın bu eşitlikçi yapının oluşması adına süreç içerisinde farklı hükümlerde düzenlemeler yapılmıştır. AYM'nin vermiş olduğu evli kadının soyadına ilişkin kararın Cumhuriyetin 100. yılına denk gelmiş olması, kanunlaştırma süreçlerinin ne kadar uzun soluklu olabileceğinin aynı zamanda bir göstergesidir. Fransa ve Almanya Medeni Kanunları yerine İsviçre Medeni Kanunu'nu hükümleri üzerinde milli yapıya uygun düşecek şekilde bir takım düzenlemeler yapılarak kabul edilmiştir.¹⁰ Henüz Soyadı Kanunu'nun dahi kabul edilmediği bir dönemde Mustafa Kemal Paşa'nın, dönemin en büyük devletleri olan Fransa ve Almanya Medeni Kanunları yerine dünyanın en küçük devletlerinden birisi olan İsviçre Medeni Kanunu'nu tercih etmesi ardından 2002 yılında yürürlüğe giren Türk Medeni Kanunu'nun aynı bağı koruması, Mustafa Kemal'in muhteşem liderlik ve öngörüsünün tipik örneklerinden birisidir.

Türk Medeni Kanunu öncesi yürürlükte bulunan 1926 tarih ve 743 sayılı Türk Kanunui Medenisi'nin, 1997 değişikliği sonrası TMK m. 187 hükmüne benzer düzenlemesi yer almaktaydı. Bu değişiklik

⁷ Osmanlı Dönemine ilişkin karşılaştırmalı monografik çalışma için bkz. Doğan Koçak, "17 Şubat 1926'da Kabul Edilen Türk Medeni Kanunu'na Göre Türk Kadınının Hak ve Özgürlükleri", *Atatürk Dergisi*, C. 8, S. 1, 2019, s. 81 vd.

⁸ Sabit Dokuyan, "Soyadı Kanunu ve Kanunun Uygulanma Süreci", *Tarih İncelemeleri Dergisi*, C. 31, S. 1, s. 131, 132.

⁹ Kocabaş, s. 65, 66.

¹⁰ Koçak, s. 88.

öncesinde ise kadının, kocasının soyadını alacağı hükmü bir hak ve yükümlülük olarak düzenlenmişti.¹¹

Yürürlükteki Türk Medeni Kanunu'nun kabulüyle birlikte çocuğun soyadına ilişkin hükümde AYM'nin bazı ifadeleri iptal kararı olmasına karşın, evlenen kadının soyadına ilişkin hiçbir değişiklik olmaksızın 2023 yılına kadar gelinmiştir. 20 yılı aşkın süre içerisinde emredici hüküm niteliğinde¹² olmasına karşın TMK'nın 187. maddesi hükmü sorgulanmış, AYM'ye, AİHM'ye taşınmış; yerel mahkemeler hükmü irdelemiş¹³ ancak yoruma kapalı nitelikteki hüküm yargı kararlarıyla bir nevi "düzenlenmeye çalışılmış" ancak açık ve emredici hüküm karşısında bunun gerçekleşme ihtimali olamayacağı için son olarak AYM tarafından iptal ile hüküm 28 Ocak 2024 tarihi itibarıyla yürürlükten kalkmıştır.

II. GENEL DEĞERLENDİRMELER, KAVRAM VE TANIMLAR

A. Genel Olarak

Türk aile hukukunun temel ilkeleri incelendiğinde belirtilen başlıklardan birisi Türk Aile Hukukunun milli yapısıdır.¹⁴ Her ne kadar Türk Medeni Kanunu'nun¹⁵ kaynak düzenlemelerini İsviçre Medeni Kanunu¹⁶ (ZGB olarak kısaltılacaktır) temel teşkil etmekte ise de mevcut haliyle Türk milli yapısına uygun düzenlemelerle hukuk sistemimizin içerisine yerleşmiştir. Dolayısıyla kadının veya çocuğun soyadına ilişkin değerlendirmeler yapılırken aile hukukumuzun bu milli yapısı göz ardı edilecek şekilde değerlendirme yapılmaması gerektiğini düşünmekteyiz. Türk Devleti, milli ve üniter devlet yapısı olan

¹¹ Kübra Kamelya Efedayioğlu, "Evli Kadının Soyadı Problemi", *Ankara Barosu Dergisi*, C. 77, S. 4, 2019, s. 12.

¹² Vehbi Umut Erkan, "Türk Medeni Kanunu'nda Evlilik Birliği İçerisinde Kadının Ekonomik ve Sosyal Hakları", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, S. 134, Ocak 2018, s. 438.

¹³ Zeynep Güler, *Türk Hukukunda Kadının Soyadına İlişkin Gelişmeler Çerçevesinde Çocuğun Soyadı*, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2018, s. 1.

¹⁴ Turgut Akıntürk/Derya Ateş Karaman, *Türk Medeni Hukuku - Aile Hukuku*, C. II, B. 15, İstanbul, 2013, s. 7.

¹⁵ 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu (TMK), R.G. Tarih: 08.12.2001; Sayı: 24607; Kabul Tarihi: 22.11.2001; Yürürlük Tarihi: 01.01.2002.

¹⁶ Schweizerisches Zivilgesetzbuch (ZGB - İsviçre Medeni Kanunu), Kabul Tarihi: 10.12.1907; Yürürlük Tarihi: 01.01.1912.

devletlerdendir. Kendi milli devlet yapılarını -tartışmaya açmaksızın- koruyan devletler tarafından diğer milli devlet yapılarının günümüz dünyasında sözüme ona “çağdaş” sunulan kavramlar kullanılarak yok edilmeye çalışıldığı unutulmamalıdır. Bu noktada, aile, bir ülkenin en temel ve en güçlü tutulması gereken toplumsal yapının en küçük birimidir.¹⁷ Milli ve üniter yapıları olmadığı gibi bilakis, milli temeldeki devlet yapılarının kabul edilmediği ülkelerde uygulanan soyadına ilişkin düzenlemeler, Türk hukukuna aktarılırken konunun bu yönü de unutulmaksızın ama yine objektif hatta daha yenilikçi düzenlemeler yapılması gerektiğini herşeyden önce belirtmek gerekir.

Türk Medeni Kanunu’nun 187. maddesine göre: “Kadın, evlenmekle kocasının soyadını alır; ancak evlendirme memuruna veya daha sonra nüfus idaresine yapacağı yazılı başvuruyla kocasının soyadı önünde önceki soyadını da kullanabilir. Daha önce iki soyadı kullanan kadın, bu haktan sadece bir soyadı için yararlanabilir” düzenlemesi yer almaktaydı. AYM, bu hükmün “Birinci cümlesinin Anayasa’ya aykırı olduğuna ve iptaline”; ikinci cümlesinin ise “6216 sayılı Kanun’un 43. maddesinin (4) numaralı fıkrası gereğince iptaline” karar verdiği hükmünde kararın “Resmî Gazete’de yayımlanmasından başlayarak dokuz ay sonra yürürlüğe girmesine oybirliğiyle” karar vermiştir.^{18,19} Bu karar, yaklaşık bir ay sonra, 28.03.2023 Tarihli Resmi Gazete’de 32174 sayı ile yayımlanmıştır.^{20 21}

¹⁷ Sinan Sami Akkurt/Kemal Erdoğan/Hüseyin Tokat, Medeni Hukuk Temel Bilgiler, B. III, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2022, s. 319; Akıntürk, s. 3.

¹⁸ Anayasa Mahkemesi, Esas No.: 2022/155; Karar No.: 2023/38; Karar tarihi: 22.02.2023

¹⁹ <https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2023/04/20230428-9.pdf>

²⁰ Söz konusu AYM kararına kadar olan süreç hukukumuzda farklı monografik çalışmalarla incelendiği için çalışmamızda bu karar öncesindeki AYM ve Yargıtay’ın bu sürece gelmeden önce vermiş olduğu kararlarına değinilmeyecektir. Bilindiği üzere Yargıtay, AİHS ile Kanun hükümlerinin çelişmesi durumunda AİHS hükümlerinin uygulanacağı gerekçesini belirterek, bireysel olarak açılacak davalar sonrası kadının kendi soyadını koruyabileceğine karar vermiş; AYM ise bugüne kadar yapılan başvuruları reddetmişti.

²¹ Konuya ilişkin çalışma yapacaklar açısından monografik çalışmalar için bkz. Özge Erbek Odabaşı, “Anayasa Mahkemesi ve Yargıtay Kararları Çerçevesinde Evli Kadının Soyadı”, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 19, S. 1, 2017, s. 65 vd; ayrıca Yargıtay Hukuk Genel Kurul kararı için bkz. Erkan, s. 438, 439. Erkan, cümlesinin devamında YHGK kararının ardından kanunda bir an önce değişikliğe gidilmesi gerektiğini dile getirmiştir. Ayrıca bkz. Murat Oruç, “Evli Kadının Münhasıran Bekarlık Soyadını Kullanabilmesi”, *Türkiye Adalet Akademisi*

Anayasa Mahkemesi'nin "iptal edilmesi nedeniyle doğacak hukuksal boşluk kamu yararını ihlal edecek nitelikte görüldüğünden ... kararın Resmî Gazete'de yayımlanmasından başlayarak dokuz ay sonra yürürlüğe girmesi uygun görülmüştür" yönündeki kararı sonrası, kararın Resmi Gazete'de yayımlanmasından 9 ay sonra, 28.01.2024 tarihi itibariyle yürürlüğe girmiş ve TMK m. 187 iptal edilmiştir.²² Kanun Koyucu, iptal kararının ardından 9 ay boyunca sessiz kalarak yeni düzenleme yapmamıştır.²³ Mevcut haliyle TMK m. 187 hükmü iptal edildiği ve yürürlükte olmayacağı için evlenen kadının soyadına ilişkin özel bir düzenleme TMK'da şu an itibariyle bulunmamaktadır.

B. Kavram ve Tanımlar

Soyadı konusunun düzenlendiği Türk Medeni Kanunu'nun, düzenlendiği hükümler açısından çalışmamızın konusunu teşkil etmesi ve giriş kısmında da belirtildiği üzere aslında "zayıf" olan çocukların soyadına ilişkin gelişmeler hakkında yapılan incelemelerin, kadının soyadına ilişkin yazılı metinlerle kıyaslandığında çok az sayıda olduğu görülecektir. Türk hukuku açısından artık TMK ile birlikte "zayıf" olan tarafın "kadın" olmadığı konusunda neredeyse doktrinde görüş birliği vardır. Nitekim, "... Medeni Kanun aile hukuku ilişkilerinde daha zayıf durumda olanların korunması ilkesinden hareket etmekte ve böylece de çocukları ana ve babalarına karşı korumaktadır. Yeni Medeni Kanun, kadın - erkek eşitliğini tam anlamıyla sağlamış olduğundan, Önceki Medeni Kanun'un²⁴ aksine, karıyı kocasına karşı korumaya yönelik hükümlere yer vermemiştir".²⁵

Dergisi, S. 27, 2016, s. 455 ve 457; Zeynep Güler Özer, "Anayasa Mahkemesi'nin TMK m. 187'nin İptaline İlişkin Kararının Analizi ve Düzenleme Önerisi", *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, S. 55, 2023, s. 526 vd.

²² Anayasa Mahkemesi'nin son vermiş olduğu iptal kararı, Yargıtay kararları da dahil olmak üzere en keskin kararlardan birisi olmuştur. Anayasa Mahkemesi'ne bu sebeple başvuru ilk değildir. Bkz. Nazlı Hilal Çelik, Evlenmenin Hükümsüzlüğü, On İki Levha Yayıncılık, 2021, s. 341.

²³ Nitekim iptal kararının yürürlüğe gireceği tarihe kadar Kanun Koyucunun sessiz kalabileceği öngörüsü için bkz. Damla Özden Çelt, "TMK m. 187'nin İptali Kararının Çocuğun Soyadına Olası Etkileri ve Olması Gereken Hukuk Bağlamında Bir Öneri", *Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* (Türkiye Cumhuriyeti'nin 100. Yılına Armağan), S. 2, 2023, s. 1077 vd.

²⁴ 743 sayılı Türk Kanunu Medenisi (Mülga - EMK olarak kısaltılacaktır), R.G. Tarih: 04.04.1925, Sayı: 339; Kabul Tarihi: 04.04.1926, Yürürlük Tarihi: 04.04.1926.

²⁵ Akıntürk/Ateş Karaman, s. 10.

Keza benzer şekilde Dural, “Çocukları ve Zayıfları Koruma” başlığı altında “... Aile hukuku, çocukları ana ve babalarına karşı, vesayet altındaki kişileri vasi ve vesayet organlarına karşı korumaktadır” ifadesine yer vermektedir.^{26,27} Buna karşın Kılıçoğlu, zayıfların korunması ilkesini değerlendirirken sadece “çocuklar”ı değil zayıf duruma düşebilecek olan “eşler”i de bu ilke çerçevesinde değerlendirmek gerektiğini belirtmektedir.²⁸ Ancak bu görüşte dahi zayıf olan taraf “kadın” olarak değil “eş” olarak belirtilmiştir.²⁹

Bütün bu açıklamalar sonrası, her ne kadar Türk Hukukunda çoğunlukla “kadının soyadı”na ilişkin tartışmalar kamuoyuna yansıyor olsa da çocuğun soyadının akıbeti de en az kadının soyadı kadar hatta hukuki çözümler bulunmaz ise daha çok incelenmeye muhtaçtır. Bu çalışmanın başlıklarında bu sebeple hem kadının hem de özellikle çocuğun soyadına ilişkin değerlendirmeler ayrı ayrı yapılmıştır.

Hukuk, dil, kelime ve bağlantılı kavramların etkilerini anlattığı kıyasında Işıқтаç, “... yasa koyucu anlatmak istediğini kelime ve cümlelerle ifade etmiştir. Bu bakımdan da yasa tarafından kullanılmış kavramların kelime anlamları üzerinde düşünmeksizin yoruma başlanamaz”³⁰ demektedir.³¹ Şu halde bir çalışmaya başlamadan önce bazı kavram ve kurumları değerlendirme gereği, çalışmanın özünün daha iyi anlaşılmasını, kavramın temellerinin nereden geldiğini anlamamızı sağlayabilecektir.

1. Ad kavramı

Türk Dil Kurumu Sözlüğü’ne göre ad: “Bir kimseyi, bir şeyi anlatmaya, tanımlamaya, açıklamaya, bildirmeye yarayan söz; isim, nam”³² olarak

²⁶ Mustafa Dural/Tufan Ögüz/Mustafa Alper Gümüş, Türk Özel Hukuku, C. III, Aile Hukuku, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2023, s. 4.

²⁷ Benzer şekilde zayıfların korunmasını çocuklar açısından tanımlama ve açıklamalar için bkz. Akkurt/Erdoğan/Tokat, s. 320.

²⁸ Badur, “... yasa koyucu ailenin içinde, özellikle anne ve çocuğun korunması gerekliliğini işaret etmiştir” demektedir. Bkz. Emel Badur, “Ailenin Korunması Alanındaki Son Gelişmeler”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, C. 22, S. 84, 2009, s. 64.

²⁹ Ahmet M. Kılıçoğlu, Aile Hukuku, Turhan Kitabevi, Ankara, 2015, s. 4, 5.

³⁰ Yasemin Işıқтаç/Sevtap Metin, Hukuk Metodolojisi 2023, Filiz Kitabevi, 9. Bası, İstanbul 2023, s. 194.

³¹ Işıқтаç, ayrıca, “Hukuk da normatif bir yapı olarak kendi varlığını dil içinde bulur. Bu nedenle dil-hukuk bağlantısı üzerinde dururken içeriksel bağlantının ayrı bir önemi vardır” diyerek bu bağın önemini belirtmektedir: Işıқтаç/Metin, s. 55, 56.

³² <https://sozluk.gov.tr/>, Erişim Tarihi: 21.10.2023.

tanımlanmıştır.³³ Türk Medeni Kanunu'nun 26³⁴ ve 27.³⁵ maddeleri kişinin adına ilişkin hükümleri düzenlemektedir. Söz konusu hükümlerde, ad sahibinin adının korunmasını isteyebildiği gibi değiştirilmesini de -haklı sebeplerin varlığı halinde hakimden- isteyebilir.³⁶ Ad, soyadında olduğu gibi kişinin doğumuyla birlikte mevzuat hükümlerine göre kendisine verilen bir ayırt edici özellik olmadığı gibi doğumla birlikte kendi adını seçme hakkına da işin doğası gereği sahip değildir.³⁷ Kişiler, ebeveynlerinin belirlemiş olduğu bir ad ile kendi adlarını değiştirme hakkına sahip olacakları zamana kadar hukukta bu isimle adlandırılmaktadır. Bu sebeple kanun koyucu adın değiştirilmesine ilişkin düzenlemelere de yer vermiştir. Türk Medeni Kanunu haricinde farklı mevzuat hükümlerinde de düzenleme olmasına karşın çalışmamızın sınırlarını aşmaması adına sadece TMK'nun ilgili hükümlerini işleyerek çalışmamız açısından asıl önem arzeden "soyadı" kavramına geçeceğiz.

2. Soyadı kavramı

Türk Dil Kurumu Sözlüğü'ne göre soyadı: "*Herkesin ailece anılmasına yarayan öz adından sonraki adı; aile adı*³⁸, *soy ismi*"³⁹ olarak tanım-

³³ Hukuk alanında farklı tanımlamalar için bkz. İhsan Erdoğan/Dilşad Keskin, Türk Medeni Hukuku Başlangıç Hükümleri Kişiler Hukuku, Gazi Kitabevi, Ankara, 2018, s. 269.

³⁴ Adının kullanılması çekişmeli olan kişi, hakkının tespitini dava edebilir. Adı haksız olarak kullanılan kişi buna son verilmesini; haksız kullanan kusurlu ise ayrıca maddi zararının giderilmesini ve uğradığı haksızlığın niteliği gerektiriyorsa manevî tazminat ödenmesini isteyebilir (m. 26).

³⁵ Kanun'da 4 fıkra halinde düzenlenmiştir, buna göre: "Adın değiştirilmesi, ancak haklı sebeplere dayanılarak hâkimden istenebilir. Adın değiştirildiği nüfus siciline kayıt ve ilân olunur. Ad değişmekle kişisel durum değişmez. Adın değiştirilmesinden zarar gören kimse, bunu öğrendiği günden başlayarak bir yıl içinde değiştirme kararının kaldırılmasını dava edebilir".

³⁶ Ad ve korunması hakkında monografik çalışma için bkz. Hayrünnisa Özdemir, "Türk ve İsviçre Medeni Hukukunda Ad Üzerindeki Hak ve Korunması", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, S. 3, C. 57, 2008, s. 561 – 598.

³⁷ Adın türleri için ayrıca bkz. Erdoğan/Keskin, s. 268, 269.

³⁸ Türk Medeni Kanunu'nda sadece bir hükümde soyadı ile aile arasında bağ vardır. Bu hükümde de kavram geçmiş ancak tanımlayıcı hüküm olmadığı gibi Kanun Koyucu'nun neyi arzuladığı da anlaşılammaktadır. TMK m. 321'e göre "... ana ve baba evli ise ailenin; soyadını taşır...". Hüküm birçok yönüyle eleştirilmeye açıktır ve aşağıda eleştirilmiştir ancak hemen belirtmek isteriz ki madde "aile adı" değil "ailenin soyadı" kavramını kullanmaktadır.

³⁹ <https://sozluk.gov.tr/>, Erişim Tarihi: 22.10.2023.

lanmaktadır.⁴⁰ Hukukumuzda göre farklı temellere dayanacak şekilde soyadı sahibi olunabilmektedir. Soyadı Kanunu'na yani 1934'e kadar Türk hukukunda soyadı kurumu düzenlenmemiştir ancak çoğu ailenin bir "aile adı" vardı⁴¹. Bunlardan evlatlığın soyadı konusuna, çalışmamızın sınırı dışında kalması nedeniyle değinmeyeceğiz.

Soyadı kavramı dilimizde olağanlaştığı için temel kelimelerinden bağımsız bir biçimde kabul görmektedir. Halbuki dikkatli incelendiğinde iki önemli kelimenin birleşiminden oluşmaktadır, bunlar: "Soy" ve "Ad" kelimeleridir. Yabancı hukuklarda olduğunun aksine "soyadı" bir "last name" yani "son ad" değildir. Türk hukuku ve toplumda bu kavrama verilen değer anlamında soyadı bir kimsenin, adından sonra gelen "ikinci ad" veya "son ad" olmadığı gibi tam aksine "soyu ile bağıntı" ifade eden "soy adı"dır.

Soyadı Kanunu:^{42,43} madde 4'e göre: "Soy adı seçme vazifesi ve hakkı evlilik birliğinin reisi olan kocaya aittir". Hükümden de anlaşılacağı üzere söz konusu tanımlamaların çoğu TMK karşısında anlamsızlaşmıştır. Madde 5'e göre ise "Mümeyyiz olan reşit soy adını seçmekte serbesttir" dedikten sonra gelen ikinci fıkranın birinci cümlesi yani: "Evliliğin feshi veya boşanma hallerinde çocuk anasına tevdi edilmiş olsa bile babasının seçtiği veya seçeceği adı alır" hükmünü AYM 8/12/2011 tarihli ve E.: 2010/119, K.: 2011/165 sayılı Kararı ile iptal etmiştir. Kanunun m. 5/ III fıkrası daha da erkek baskın hükümler içermekte ve buna göre: "Kocanın vefatıyla karı evlenmiş veya koca evvelki fıkra da zikredilen sebeplerle vesayet altına alınmış ve evlilik de zeval bulmuş ise bu hak ve vazife çocuğun baba cihetinden olan kan hısımlarından en yakın erkeğe ve bunların en yaşlısına yok ise vasiye aittir" şeklinde düzenlemeler getirmektedir.

Soyadı Kanunu her ne kadar mevcut TMK karşısında bizatihi kendisi ciddi tartışmalara açık olsa da nedense ne Kanun Koyucu ne

⁴⁰ Benzer tanımlamalar için bkz. Maja Holmund/Ümit Gezder, "Evlenen ve Boşanan Kadının Soyadı Meselesi", İstanbul Medeniyet Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 6, S. 10, 2021, s. 234; Kübra Kamelya Efedayioğlu, "Evli Kadının Soyadı Problemi", Ankara Barosu Dergisi, C. 77, S. 4, 2019, s. 6; Erdoğan/Keskin, s. 269; Odabaşı, s. 46.

⁴¹ Kemal Oğuzman/Özer Seliçi/Saibe Oktay Özdemir, Kişiler Hukuku Gerçek ve Tüzel Kişiler, Filiz Kitabevi, İstanbul 2011, s. 101.

⁴² Soyadı Kanunu, R.G. Tarih: 2.7.1934, Sayı: 2741, Kabul Tarihi: 21.6.1924.

⁴³ <https://www.mevzuat.gov.tr/mevzuatmetin/1.3.2525.pdf>

uygulama ne de doktrinde tartışılmaktadır. Yukarda anılan hükümler görüleceği üzere⁴⁴ ne güncel kelimeler anlamında ne hükümler anlamında TMK ile örtüşmektedir. Ancak bu konu da maalesef bu alanda tartışılması gereken konulardan birisi olarak ayrı bir çalışma başlığı olması dolayısıyla detaylarına girilmeyecektir.

3. Çocuğun Soyadı

Soyadı konusunda çalışma yapılacaksa aslında bizatihi bu başlık dahi AYM'nin iptal kararı sonrası monografik bir çalışmayla incelenmeyi hak etmiştir⁴⁵. Ortaya çıkabilecek ciddi hukuki sorunların önüne geçilebilmesi adına şimdilik çalışmalarımızı ana başlıklarıyla ama en temel noktalarına değinerek hiç değilse konuya ilişkin çalışma yapacaklara farklı yollar tercih edebilmeleri adına açıklamalarda bulunuyoruz.

Türk Medeni Kanunu'nun, "*Soybağının Hükümleri*" ana başlıklı, Beşinci Ayrımının, "*Soyadı*" başlıklı 321. maddesine göre: "*Çocuk, ana ve baba evli ise ailenin;*⁴⁶ *soyadını taşır. Ancak, ana önceki evliliğinden dolayı çifte soyadı taşıyorsa çocuk onun bekârlık soyadını taşır*".⁴⁷ Hükümde geçen "... evli değilse ananın..." hükmünün iptal gerekçeleri, tanıma ve babalığa hükmedilmesi hallerinde evlilik gerçekleşmese dahi babanın soyadı yerine ananın soyadının kullanılmaya devam edilmesindeki çelişki gösterilmiştir. Buna karşın doktrinde iptal edilmiş haliyle de hala tartışmaların devam ettiği görülmektedir⁴⁸.

Çalışmamız açısından bizim için temel müstakbel sorun AYM'nin, evli kadının soyadını düzenleyen TMK m. 187'yi iptal etmesi sonucunda hukukta ortaya çıkacak boşluk sonrası çocuğun soyadına ilişkin hükümlerin de temelsiz kalma riskidir. Çünkü hükme göre kural ola-

⁴⁴ Örneğin "... evlilik birliğinin reise olan koca..." ifadesi.

⁴⁵ Çelt, adı geçen makale ve özellikle s. 1077 vd.

⁴⁶ Anayasa Mahkemesi'nin, E. 2005/114 K. 2009/105 2/7/2009 t. "evli değilse ananın" ibaresi iptal edilmiştir.

⁴⁷ Serkan Ayan, "Anayasa Mahkemesi Kararları ve Çocuklar İle Kadının Soyadına İlişkin Değişiklik Tasarısı Taslağı Işığında Soyadının İlk Kez Edinilmesi Kendiliğinden Değişmesi ve Değiştirilmesi", *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* (Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi döneminde yayımlanmıştır), C. 16, S. 4, 2012, s. 23; Efedayıoğlu, s. 8.

⁴⁸ Dural/Öğüz/Gümüş, s. 364, 365; Erdoğan/Keskin, s. 270; Odabaşı, s. 50; Efedayıoğlu, s. 8, 9; Ayan, s. 28.

rak çocuk evli olan anne ve babanın soyadını (ailenin soyadını) taşır. Halbuki mevcut halde evlenen kadının soyadının değişeceğine ilişkin hiçbir hüküm olmadığı için evlenmeden önceki soyadı ile devam edeceği öngörüldüğünde yapılan evlilik sonrası doğacak çocuğun İsviçre ve/veya Almanya Medeni Kanunlarında olduğu gibi eşler tarafından seçilmiş bir “*aile adı / familienname / Ehe name*” olmayacağı için çocuğun hangi soyadı alacağı da belirsiz hale gelmiştir.

Bu sebeple Kanun koyucunun derhal buna ilişkin hükümleri de vaz etmesi gerekecektir. Bu da yapılırken aynen evlenen kadının soyadına ilişkin düzenleme yapılana kadar evlenmiş olan kimselerin soyadlarına ilişkin geçici hükümler konulması gerektiği gibi bu süreçte doğan çocukların soyadına ilişkin de bir geçici düzenleme belirlenerek, hükümler geriye doğru işletilmeli ve evlenen kadın için de bu süreçte doğan çocuk için de çözümler üretilmelidir.

Evlilik birliği içerisinde soyadına ilişkin hükümlerin düzenlenmesi çocuğun soyadını da doğrudan etkileyeceği için bu başlık altında TMK m. 321 hükmünün kaynak hüküm ZGB Art. 270 hükmü karşısında incelenmesi gerekir. ZGB Art. 270, İsviçre hukuk sistemi içerisinde oturmuş soyadı yapısına uygun olarak düzenlenmiş olduğu için mevcut haliyle TMK m. 321’den tamamen ayrı bir yapıya bürünmüştür. ZGB Art. 270’de son düzenlemeler 2013 yılından bu yana yürürlüktedir.⁴⁹ Aşağıda, ZGB ve BGB’de geçen “*name*” kavramlarından ne anlaşılması gerektiği ayrıntılı bir biçimde açıklanmıştır. Bu başlık incelemesi yapacaklar için kısaca belirtmek gerekir ki “*name*” kavramı Alman hukuk dilinde, sanıldığı aksine “*ad*” kavramını değil “*soyadı*” kavramını belirtmektedir. Nitekim bu maddenin Almanca başlığına bakıldığında aşağıda anlatıldığı gibi burada da açıkça “*Name*” kelimesi tercih edilmiştir. Halbuki metin içerisinde çocuğun “*adı*” değil “*soyadı*”na ilişkin hükümler vardır. ZGB Art. 270’e göre “(1) Eşler birbirleriyle evlenmiş fakat farklı soyadına (Almanca metinde *Name* geçmektedir) sahipler ise evlenirken ortak çocukları için hangi soyadı tercih etmişler ise çocuğa o soyadı verilir. (2) İlk ortak çocuklarının doğumundan itibaren bir yıl içinde eşler çocuğun dilerse diğer eşin soyadının çocuğa verilmesini talep edebilir. (3) Eğer eşlerin ortak bir soyadı var ise çocuğa bu soyad verilir”.⁵⁰

⁴⁹ Ayan, s. 32.

⁵⁰ Hükmün Almanca metni: “ (1) Sind die Eltern miteinander verheiratet und tragen sie verschiedene Namen, so erhält das Kind denjenigen ihrer Ledignamen, den sie

Hükümde de görüleceği üzere, çocuğun soyadına ilişkin düzenlemeler, İsviçre ve Alman hukuk sistemine göre “*evlenen eşlerin*” soyadına ilişkin düzenlemelere uygun olarak farklı ihtimallere göre şekillendirilmiştir. Buna göre evlenirken farklı soyadı olarak evliliklerini kuran eşlerin çocukları için soyadı tercih etmeleri istenmektedir. Yalnız burada şunu unutmamak gerekir ki bütün ortak çocukların soyadı aynı olmalıdır. Ancak eşler evlenirken her ne kadar bir karar vermiş olsa da yıllar içerisinde bu kararlarından vazgeçebilecekleri öngörülerek diğer eşin soyadını almasına, çocuğun doğumundan itibaren bir yıl içinde fırsat verilmektedir. Buna karşın eşler farklı soyadları kullanmıyor ortak aile soyadı kullanıyorlar ise çocuk da başkaca bir işleme gerek olmaksızın aynı soyadını kullanacaktır.

III. İSVİÇRE VE ALMAN HUKUKU BAKIMINDAN DEĞERLENDİRMELER

A. Genel Olarak

Türk Medeni Hukukuna kaynak teşkil etmesi bakımından bu çalışmada İsviçre Medeni Hukuk düzenlemeleri yanında detaylı hükümler içermesi ve yine dolaylı olarak Türk medeni hukukunu etkileyen Kara Avrupası Hukuk Sistemi içerisinde yer alması dolayısıyla Alman Medeni Hukuk düzenlemelerini de incelemek gerektiğini düşünüyoruz.^{51, 52} Özellikle sadece bu çalışma açısından değil yakın zamanda yasal düzenleme yapma zorunluluğunun oluşacağını düşündüğümüz için yapılacak yasal düzenlemelere de kaynak olabilir-

bei der Eheschliessung zum Namen ihrer gemeinsamen Kinder bestimmt haben. (2) Die Eltern können innerhalb eines Jahres seit der Geburt des ersten Kindes gemeinsam verlangen, dass das Kind den Ledignamen des andern Elternteils trägt. (3) Tragen die Eltern einen gemeinsamen Familiennamen, so erhält das Kind diesen Namen”. Metinde, aşağıda değerlendirilmiş olan “Name”, “Ledignamen”, “Familiennamen” kavramlarının geçtiği dikkatten kaçmamalıdır.

⁵¹ Bu çalışmada Türk hukukunu doğrudan etkilediğini düşünmediğimiz için Fransız hukuku incelemesi yapılmamıştır. Fransız hukukundaki düzenlemeler için bkz. Serap Helvacı/Gediz Kocabaş, “Fransız, Alman, İsviçre ve Türk Hukuklarında Kadının Soyadı”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Araştırmaları Dergisi*, C. 21, S. 2, 2015, s. 617 - 619.

⁵² Avusturya Hukukuna çalışmamız ve Türk Hukuku açısından doğrudan bir kaynak niteliği taşımadığı için değinilmemiştir. Ayrıntılı çalışma için bkz. Kocabaş, s. 98 vd.

mesi için bu ve benzer çalışmaların yasalastırma faaliyetlerinde katkı sağlanması mümkün olabilecektir. Çalışmamız açısından terminolojik anlamda en karmaşık bölümün burası olduğunu düşünüyoruz. Bu konuyu da özellikle tekraren vurgulamak ve ardıl akademik çalışmalarda ve kanunlaştırma faaliyetlerinde muhtemel hatalara düşülmemesini istiyoruz. Keza bu çalışmamız iptal kararının ardından yazılmış ilk çalışmalardan birisi olacağı için çalışma içerisindeki genel başlıkların seçilerek monografik eserlere dönüşmesi mümkündür. Örneğin sadece İsviçre Hukukundaki hüküm ve gelişmelerin incelenmesi bağimsız bir kitap niteliğinde hazırlanabilecektir. Bu sebeple çalışmamızda İsviçre ve Alman Hukuku açısından yapmış olduğumuz incelemeler Kanun seviyesinde olup araştırmacılara bu açıdan bir hareket noktası sunmayı hedeflemekteyiz. Aksi halde gerek İsviçre gerekse Alman Hukukunda, *“soyadına ilişkin bütün hüküm, çalışma ve yargı kararlarının”* incelenmesinin bir makale çalışmasının kat kat üzerinde olacağını düşünmekteyiz.

B. İsviçre Medeni Kanunu Açısından Soyadı Kavramı

Çalışmamız sürecinde farkettiğimiz bizce en önemli detaylardan birisi ve bu çalışmada değil fakat ayrı bir çalışma olabilecek genişlikteki konu ise İsviçre Medeni Kanunu’nda yer alan *“Ad”, “Soyadı”, “Aile Adı”, “Sonad”, “Doğum Soyadı”* vs. gibi kavramların Türk Hukukuna uyarlanması konusudur. İsviçre’de temel ve resmi dillerden birisi Almanca olduğu için Kanun metinleri asıl olarak Almanca temeli üzerine oturtulmaktadır. Bu sebeple ZGB’de kullanılan Almanca kavramların karşılıkları çalışmamız açısından büyük önem taşımaktadır.

İsviçre Medeni Kanunu içerisinde *“hukuk dili”* olarak *“resmi”* olarak kullanılan bazı kavramlar, Almanca’nın kendi içerisinde bile halen tartışılmakta olup, Almanca konuşan insanların dahi kimi zaman izah edemediği, Türkçe karşılıkları tam olarak belirlenemeyen kavramlardır⁵³. Birçok, Almanca metinlerde *“name”* olarak geçen kelimenin

⁵³ Nitekim İsviçre Federal Konseyi’nin yayımladığı bir metinde *“Ad Tanımları”* başlıklı 1 nolu maddenin altında, 13 ayrı ad tanımlaması yer almaktadır. Bunlar sırasıyla: Name, Vorname, Familianname, Ledigname, Geburtsname, Allianzname, Doppelname, Amtlicher Name, Ehe name (Familienname), Zwischenname, Andere Name, Gebrauchsname ve Vatersname’dır. Bkz. <https://www.sem.admin.ch/dam/sem/de/data/rechtsgrundlagen/weisungen/auslaender/>

Türkçe'ye "Ad" olarak çevrildiği görülecektir. Halbuki Almanca'da "Name" çoğunlukla "Soyadı" yerine⁵⁴ bazen de "hem ad hem soyadı" yerine kullanılan bir kavramdır. Nitekim Almanca resmi belge niteliğindeki pasaportlarda dahi soyadı yazılırken: "Name (Almanca Soyadı) / Surname (İngilizce Soyadı) / Nom (Fransızca Soyadı)" şeklinde, Almanca, İngilizce ve Fransızca dillerinde açıkça belirtilmekte; ardından kişinin adı aynı sıralama ile "Vorname / Giving Name / Prénoms" şeklinde yazılmaktadır. Görüleceği üzere günümüzde İngilizce toplumda daha yaygın olduğu için Almanca'da kullanılan "Name", İngilizce'den farklı olarak ve sanılanın aksine genellikle "ad" anlamında değil "soyadı" anlamında kullanılmaktadır. Hatta resmi belgelerde "Name" ve ardından "Vorname (ilk ad)" geliyor ise "Name" mutlak bir biçimde "soyadı" anlamındadır. Kimi zaman ise bu ayrım açıkça belirtilmek isteniyorsa ve mutlak bir biçimde "Soyadı / Surname" tereddüte yol açmayacak bir biçimde tespit edilmek isteniyorsa "sonad" anlamına gelen "Nachname" kavramı kullanılmaktadır.⁵⁵

Sonuç olarak Almanca "Name" kavramını özetlemek gerekirse şunlar söylenebilir. Almanca "name" kelimesinin, sanıldığı gibi tamamen aksine bir biçimde İngilizce karşılığı açısından bakıldığında "name" ile karşılık bulmaz. İngilizce'nin günlük dilde Alman dilini de etkilediği düşünüldüğünde elbette günlük dil açısından bunu söy-

aufenthalt/20120101-weis-namen-anh1-d.pdf.download.pdf/20120101-weis-namen-anh1-d.pdf Erişim Tarihi: 30.11.2023.

⁵⁴ Burada bir kez daha araştırmacılara belirtmekte yarar görüyoruz: Kullanmış olduğumuz "çoğunlukla" kelimesi rastgele seçilmiş bir kavram değildir. Bunun nedeni, "Name" kelimesinin, İsviçre Federal Konsey yazısında bu şekilde tanımlanmış olmasıyla alakalıdır. Metinde, "name" kavramı açıklanırken: "Er dient der Identifikation einer Person und ist Teil des amtlichen Namens. Im Volksmund wird er auch als Nachname bezeichnet" ifadesi yani "Bir kişiyi tanımlamaya yarar ve resmi adın bir parçasıdır. Ayrıca yaygın olarak soyadı olarak da anılır" denilmektedir. Görüldüğü üzere özellikle ZGB'nin Almanca metninde geçen "name" kelimesinin somut duruma göre uyarlanması gerekebilecektir. Metin için bkz.: <https://www.sem.admin.ch/dam/sem/de/data/rechtsgrundlagen/weisungen/auslaender/aufenthalt/20120101-weis-namen-anh1-d.pdf.download.pdf/20120101-weis-namen-anh1-d.pdf> Erişim Tarihi: 30.11.2023.

⁵⁵ Bu kavramların Alman vatandaşlarına anlatılabilmesi adına bastırılan aile kütüğü kitapçıklarında "2. Die Namesführung (Adın Kullanımı)" başlığı altında hukuki anlamda bu kelimelerin hangi anlamlara geldiği anlatılmaktadır. Bkz. "Stammbuch der Familie", Verlag Für Standesamstwesen GmbH, Frankfurt am Main, Berlin, 1995, s. 6 vd.

lemek doğru değildir. Ancak resmi Almanca belgelerde eğer “name” geçiyor ise neredeyse “tamamında” denilebilecek bir biçimde “Soyadı / last name / Surname” kastediliyordur. Bazı hallerde, hem soyadı hem ad anlamında kullanılabilirdiği görülmektedir⁵⁶.

Bu halin tipik örneğini “Ad üzerindeki hak, I. Adın Korunması”nı düzenleyen TMK m. 26’nın kısmen karşılığı sayılabilecek ZGB Art. 29 ve devamı hükümlerdir. Bu hükümlerin gerek Almanca metinlerinde gerekse İngilizce metinlerinde “name” kullanılmaktadır. Lakin hükümler incelendiğinde aslında kişinin adının korunması kapsamına soyadı da gireceği için burada geçen “name” kelimelerini de hem ad hem de soyadı koruması olarak kabul etmek gerektiğini - açıkladığımız ve açıklayacağımız gerekçelerle- düşünmekteyiz. Nitekim hemen ardından gelen Art. 30a hükmü⁵⁷ “Namensänderung / İsim Değişikliği”ni düzenleyen Art. 30’un devamına eklenmiştir. Kelime, yine dikkat edilirse “name” üzerine oluşturulmuştur. Halbuki, ZGB Art. 30a özel olarak “b. Bei Tod eines Ehegatten / Eşlerden birinin ölümü” halinde “soyadı”nın akıbetini düzenlemektedir ve metin içerisinde “Nachname” kullanılmamakta ve yine “name” tercih edilmektedir.

Kanun metnini paylaştığımızda bu durum daha net anlaşılacaktır: ZGB Art. 30a: “Stirbt ein Ehegatte, so kann der andere, wenn er bei der Eheschliessung seinen **Namen** geändert hat, jederzeit gegenüber der Zivilstandsbeamtin oder dem Zivilstandsbeamten erklären, dass er wieder seinen **Ledignamen** tragen will”. Yani: “Eşlerden biri ölürse, diğer eş, evlenme esnasında soyadını⁵⁸ değiştirmişse, Nüfus memurluğuna herhangi bir zaman-

⁵⁶ Türkçe ve İngilizce düşünüldüğünde Almanca’da ortaya çıkan bu kavram karmaşası öylesine yoğundur ki çocuklar için hazırlanmış sayfada bu farklılıklar anlatılmaya çalışılırken, aynı cümle içerisinde farklı kelimelerin anlamdaş olarak kullanıldığı dikkat çekmektedir. Bkz. <https://klexikon.zum.de/wiki/Nachname#:~:text=Jeder%20Staat%20stellt%20Regeln%20auf,denselben%20Nachnamen%2C%20aber%20unterschiedliche%20Vorname>, Erişim Tarihi: 20.11.2023. Çocuklar için hazırlanmış bu sayfadaki metin çeviri programlarına aktarıldığında ise anlatılmak istenen ile çevrilen metnin aynı olmadığı, soyadı olarak kullanılan kelimelerin ad olarak çevrildiği veya tam tersi olduğu görülecektir. Bu sebeple ancak tek tek kelime bazlı çeviri kontrolü ile doğru bir sonuç elde edilebilecektir.

⁵⁷ 1 Ocak 2013’ten beri yürürlükte olan bu hüküm, Art. 30’un ardından ZGB’ya Art. 30a olarak eklenmiştir. Ayrıca bkz. Efedayioğlu, s. 18.

⁵⁸ ZGB, daha önce de belirttiğimiz gibi burada da “nachname” kavramını değil “name” kavramını, “soyadı yerine geçecek şekilde” kullanılmaktadır.

da yapacağı başvuru ile evlenmeden önceki soyadına (Ledignamen) dönmek istediğini iletebilir."

Resmi metin bir Almanca'da özellikle vorname ayrıca belirtilmişse "name"nin kesinlikle "öz ad, ad / giving name, name, first name" anlamına gelmeyeceğini söyleyebiliriz. Resmi metinlerde bir kimsenin özellikle "ilk ismi" belirtilmek isteniyorsa "Vorname" tercih edilir. Veya özellikle ve tereddüte yol açmayacak bir biçimde sadece soyadı isteniyorsa "nachname/last name/surname" kullanılır.

Nitekim, bu farkı tipik olarak ZGB Art. 160'ta görebiliriz. Madde-nin Almanca Başlığı "Name" iken, resmi İngilizce (Swiss Civil Code) metninde başlığın "Surname" olduğu görülecektir. ZGB'de, tespit edebildiğimiz kadarıyla "Vornamen" ise 11 yerde geçerken "Nachname" sadece bir yerde geçmektedir. Şöyle ki eğer ZGB Art. 160'ta geçen Almanca "Name" kavramı gerçekten Türk Hukuku açısından "öz/ilk ad" olarak kabul edilse evlenmeyle kişinin "ilk adının" değişeceği sonucuna ulaşılacaktır ki Kanun Koyucu'nun bunu kastetmediği açıktır. Bu sebeple özellikle AYM kararının iptali sonrası yasal düzenleme hazırlıkları veya akademik çalışma yapacaklara yol göstermesi açısından, özellikle hem kendi içimizde hem de İsviçre Hukuk Sistemi arasında kopukluklar oluşturmamak için bu detayı vurgulamak isteriz.⁵⁹ Biz, bu çalışmamızda sadece bu detayı ana hatlarıyla belirterek ana konumuza dönmek istiyoruz.

Türk Medeni Kanunu'nda evlenen kadının soyadını AYM'nin iptal kararına kadar düzenleyen TMK m. 187'nin mehz İsviçre ZGB'de "madde anlamında" karşılığı Art. 160'tır⁶⁰. Özellikle, "madde anlamında" diye belirtmemizin nedeni, "içerik olarak" TMK m. 187 ile ZGB Art. 160'ın son hali arasında artık benzer hükümler kalmamış olmasıdır. İsviçre'de 1990'lı yıllarda başlayan kadının soyadına ilişkin tartışmalar, AİHM kararları vs sonrası İsviçre Kanun Koyucusu bir düzenle-

⁵⁹ Metin içerisinde gerek pasaportlardan gerekse ZGB'nin İngilizce halinden konuyu izah etmeye çalışmış olsak da bu konunun daha önce sözlüklerde işlenmemiş olması ve -tespit edebildiğimiz kadarıyla- akademik çalışmalarda değinilmemiş olması bizleri şaşırtmıştır. Konuya ilişkin doğrudan Almanca sözlük linki veremediğimiz gibi maalesef hiçbir Almanca - Türkçe çeviri sitesinde de resmi dil ifadesinde Almanca "name" kelimesinin karşılığı "soyadı" olarak çevrilmemektedir.

⁶⁰ Zeynep Güler, Türk Hukuku'nda Kadının Soyadına İlişin Gelişmeler Çerçevesinde Çocuğun Soyadı, On İki Levha Yayıncılık, 2019, s. 42.

meyle 2013 yılında evlenen kadının soyadını, yerel yargıyı AİHM kararları karşısında zorda bırakmayacak bir şekilde düzenlemiş ve erkek - kadın ayrımını da tamamen ortadan kaldırarak eşlerin soyadı hükümlerini eşitlikçi ifadelerle ZGB'ye yansıtmıştır.

İsviçre Medeni Kanunu, Art. 160, "*Evliliğin Genel Hükümleri*" ana başlığının altında, 5. Başlık'ta düzenlenmiştir.⁶¹ Buna göre, yukarıda Almanca haliyle "*Name*" kelimesinin ne şekilde anlaşılması gerektiğini belirttiğimiz üzere Art. 160'ın madde başlığı "*Name*" iken maddenin, "*resmi*" İngilizce versiyonunun başlığı "*B. Surname*" dir⁶². İngilizce ve Türkçe algılama ile düşünüldüğünde name kelimesine bakılarak, evlenen eşlerin "*Adı*" düzenlenmiş gibi sanılabilir. Ancak Almanca'da resmi metinlerde "*name*" kural olarak "*ad*" olarak değil "*soyadı*" olarak kullanılmaktadır. Maddenin A alt başlığı ve Art. 159, "*Evlilik Birliğinde Eşlerin Hak ve Yükümlülükleri*"ni düzenlerken,⁶³ B alt başlığı "*Soyadı (Name)*" başlığını taşımaktadır. ZGB Art. 160'a göre:⁶⁴

"Eşlerden her biri kendi soyadını (name) muhafaza eder.

Ancak evlenecek çiftler, nüfus memuruna çiftlerden birininin bekarlık soyadını (Ledignamen) ortak soyadı (gemeinsname) şeklinde aile soyadı olarak (Familiennamen) taşımak istediklerini beyan edebilirler.

Evlenecek çiftlerden her biri kendi soyadlarını korumak isterse, doğacak çocuklarının hangi soyadını taşıyacaklarına kendileri karar verirler... .."^{65, 66}

⁶¹ "Titel 5 Wirkungen der Ehe im Allgemeinen"

⁶² Swiss Civil Code, Art. 160: https://www.fedlex.admin.ch/eli/cc/24/233_245_233/en Erişim Tarihi: 15.10.2023.

⁶³ "A. Eheleiche Gemeinschaft; Rechte und Pflichten der Ehegatten, Art. 159"

⁶⁴ İsviçre Medeni Kanunu Art. 160'ın Resmi Almanca Metni: "B. Name, Art. 160: (1) Jeder Ehegatte behält seinen Namen. (2) Die Verlobten können aber gegenüber der Zivilstandsbeamtin oder dem Zivilstandsbeamten erklären, dass sie einen ihrer Ledignamen als gemeinsamen Familiennamen tragen wollen. (3) Behalten die Verlobten ihren Namen, so bestimmen sie, welchen ihrer Ledignamen ihre Kinder tragen sollen. In begründeten Fällen kann die Zivilstandsbeamtin oder der Zivilstandsbeamte die Verlobten von dieser Pflicht befreien". https://www.fedlex.admin.ch/eli/cc/24/233_245_233/de Erişim Tarihi: 16.10.2023

⁶⁵ Benzer çeviri için bkz. Helvacı/Kocabaş, s. 628.

⁶⁶ Helvacı/Kocabaş, İsviçre hukukunda yapılan değişiklikler sonrasında "... 01.01.2013 tarihinde yürürlüğe giren yeni düzenlemeler ile 'soyadının değişmezliği' ilkesi benimsenmiştir. Böylece, kadını, kocasının soyadını almaya zorlayan 'aile adında birlik' ilkesi İsviçre kanun koyucusu tarafından terk edilmiştir" if-

Özellikle AYM'nin iptal kararı sonrası bu hükmün Türk hukukuna uyarlanmada esas teşkil etmesi halinde maddede dikkat edilmesi ve gözden kaçırılmaması gereken detayları bir kez daha belirtmek isteriz:

Her şeyden önce ZGB Art. 94 (*Evllenme Ehliyeti*)'ni düzenleyen hüküm, Türk Hukukundan farklıdır. Çünkü İsviçre'de "*evlenecek iki kişi...*" ifadesini kullanırken, Türk hukukunda "*... erkek veya kadın ...*" esası vardır. Dolayısıyla ZGB ve İsviçre Medeni Hukukunun temelinde erkek veya kadın kavramından ziyade cinsiyet ayrımı olmaksızın tanımlamalar yer almaktadır. Bu sebeple muhtemel yasalastırma süreçlerinde bu yönde çeviri ve uyum hataları gözden kaçırılmamalıdır.

Bir başka dikkat edilmesi gerektiğine inandığımız konu ise yukarıda Almanca'da kullanılan "*Ad*", "*Soyad*", "*Aile Adı*", "*Evlenmeden Önceki Soyad*", "*Evlenecek Eşin Soyadı*"⁶⁷ vs gibi kavramların sağlıklı ve yerli yerinde kullanılmasının gerekliliğidir.

Hükümde değinilmesi gereken bir diğer başlık, ZGB'nin, "*kural olarak*" eşlerin kendi soyadlarını koruyacağı esasıdır. Eğer evlenecek çiftler bu kural dışında bir başka soyadı tercihte bulunmak istiyorlarsa, bunu evlendirme memurluğuna bildirmeleri gerekir.⁶⁸ Bu durumu Türk Hukukunda uygulanan mal rejimlerine benzetebiliriz. Bilindiği üzere TMK, yasal mal rejimi olarak edinilmiş mallara katılma rejimini kabul etmiştir fakat taraflar bu mal rejimi haricinde seçimlik diğer mal rejimlerinden herhangi birisini kabul etmek istiyorlarsa taleplerini evlendirme memurluğuna bildirmeleri ya da evlendikten sonra noterde geçiş yapmaları gerekmektedir (olağanüstü mal rejimi halleri bir yana bırakıldığında).

adesini kullanmaktadır, s. 627.

⁶⁷ Almanca'da kullanılan bu konudaki temel birkaç kavramı söylemek gerekirse bunlar: "*Name, Nachname, Familienname, Ledigename, Geburtsname, Vorname, gemeinsname*", vs...

⁶⁸ Nitekim, ZGB Art. 160'daki düzenlemenin evlenen kişilerin "*adını*" değil "*soyadını*" düzenlediği yine sitenin resmi İngilizce madde başlığından ve metninden açıkça anlaşılmaktadır. Maddede dikkat edilirse şu kavramlar özellikle vurgulanmıştır. Bunlar, "*Surname*", "*Spouses*" ve "*Family Surname*" kavramlarıdır: "*B. Surname, Art. 160 (1) Each spouse retains his or her surname. (2) However, the prospective spouses may declare to the civil registrar that they wish bear one of their surnames as the family surname. (3) If the prospective spouses retain their surnames, they decide which of the surnames their children will bear...*" https://www.fedlex.admin.ch/eli/cc/24/233_245_233/en Erişim Tarihi: 16.10.2023

Maddenin ikinci fıkrası, kural dışına çıkmak isteyen eşleri düzenlemektedir. Buna göre eğer eşler kendi soyadlarını kurulacak evlilik birliği içerisinde korumaktan ziyade içlerinden birisinin evlenmeden önceki soyadını tercih edebilirler. Dikkat edilirse burada iki ayrı alt başlık karşımıza çıkmaktadır. Birincisi, ZGB’de farklı cins evlenme zorunluluğunun olmamasından dolayı “kadın – erkek” ifadesi kullanılmamıştır. Diğer yönü ise “kadın – erkek” veya “aynı cinsler” arasında herhangi birisinin üstünlüğüne yer vermemiştir. Kısaca aynı cinsten kişilerin beraberliğinin Türk Hukukunda kabul edilmediği gerçeği karşısında kadın – erkek açısından baktığımızda, “erkeğin soyadı” kullanılır, kadın isterse kendi soyadını da erkeğin soyadı önünde kullanabilir şeklinde bir “erkek baskın” hükmün olmadığı görülmektedir. Bu fıkraya uygun karar alan eşler, taraflardan birinin soyadını “aile soyadı” olarak belirlemiş olacaktır.

Daha önce de belirttiğimiz üzere, AİHM kararlarında da belirtildiği üzere elbette her devletin secere, soy sistemi kendi içerisinde saygı duyulmayı hak etmektedir. Sonuç kısmına geçmeden bir kez daha kişisel görüşümüzü yeri gelmişken belirtmek isteriz. “Millet” bilinci olmayan devletlerde elbette bir soy sisteminin devamlılığı Kanun Koyucu için önem arzetmiyor olabilir. Ancak, kişisel kanaatimiz bu noktada Türk Milleti’nin tarihten gelen köklü geleneğinin korunması yönündedir. Bu sebeple aile, devlet ve millet yapılarının yok edilmeye çalışıldığı günümüzde, “çağdaş” gibi sunulan görüşleri tartışmaksızın Türk hukuk sistemine aktarmamız geri dönüşü olmayan zararlara yol açabilecektir. Elbette bireysel hak anlamında kadının soyadına ilişkin gelişmeleri hukukumuzda derhal işlemeliyiz. Fakat bunlar yapılırken soybağı sistemi yok edilecek seviyeye getirilmemelidir.

Maddenin son fıkrasında temel kuralın (Fıkra I’in) belirlenmesi halinde yani eşler kendi soyadlarıyla evliliğe devam etmek istiyorlarsa doğacak çocukların soyadının eşlerden hangisinin soyadı olacağını nüfus idaresine bildirmelerinin gerekliliği belirtilmektedir. Anglo – Sakson hukuk sisteminde işte bu noktada eşlere yeni evliliklerinde tamamen yeni bir soyadı kullanabilmeleri imkanı da getirilmiştir.⁶⁹

⁶⁹ Güngören Bulgan, s. 24.

C. Alman Medeni Kanunu (BGB) Açısından İnceleme

Alman medeni hukukunda (geniş anlamda) özellikle son zamanlarda ciddi çalışma ve güncellemelerin yapıldığı fark edilmektedir. Özellikle güncel gelişmelere ilişkin en kısa zamanda yasal çözümler sunulmakta ve mevcut hukuk düzenlemeleri güne uyarlanmaktadır. Dolayısıyla elbette Kanun koyucunun karar verirken Alman hukuk sistemini de gözden geçirmesini önermek isteriz.

Yukarıda, ZGB'de geçen "name" temelli açıklamaları burada tekrar yapmayacağız. Ancak ZGB'de geçen "name" ve farklı türevlerdeki kavram içeriklerinin -yeni kavramlar eklenmiş haliyle- BGB için de benzer hatta aynı olduğunu belirtmek isteriz.⁷⁰ Bunun en tipik ispatı, konunun düzenlendiği hüküm olan BGB § 1355'te hemen karşımıza çıkmaktadır. Maddenin birinci fıkrasının son cümlesine göre "Eşler, bir evlilik adı (Ehenamen)⁷¹ belirlemezler ise evlendikleri sırada sahip oldukları (soy)adını (name) evlendikten sonra da kullanmaya devam eder" denilmektedir.⁷² Dikkat edilirse burada da kanun koyucu eşlerin evlenmeden önceki soyadlarını tanımlarken ZGB'de olduğu gibi "name" kelimesini tercih etmektedir. Aksini kabul etmek, eşlerin evlenmeden önceki adlarının değişeceği şeklinde olacaktır ki bunun BGB ruhuyla örtüşür bir yanı yoktur.

Temel kanunlar açısından görebildiğimiz kadarıyla BGB'deki hükümlerin, ZGB'deki hükümlere oranla daha detaylı (6 fıkra halinde) düzenlendiğini söylemek yerinde olacaktır.⁷³ Her bir fıkrayı detaylı olarak incelemek çalışma sınırlarımızı aşacaktır lakin ana başlıklarıyla değinmek adına maddeyi metin içerisine yerleştirmeyi uygun gör-

⁷⁰ Nitekim ZGB'den farklı olarak BGB'nin başlığı "name/soyadı" değil "Ehenamen/ Evlilik Adı veya Aile Adı" olarak düzenlenmiştir. Metin içerisinde de zaten BGB açıkça Ehenamen kelimesini Familienname ile anlamdaş olarak kullandığını "... Familienamen (Ehenamen)..." olarak belirtmiştir.

⁷¹ Kocabaş, s. 72.

⁷² "Bestimmen die Ehegatten keinen Ehenamen, so führen sie ihren zur Zeit der Eheschließung geführten Namen auch nach der Eheschließung" <https://beck-online.beck.de/Home>, <https://proxy.hacibayram.edu.tr:2092/?vpath=bibdata%2Fges%2FBGB%2Fcont%2FBGB%2eP1355%2ehtm> Erişim Tarihi: 22.10.2023.

⁷³ Kanunlaştırma faaliyeti veya monografik çalışma yapılması halinde İsviçre ve Almanya hukuk sistemlerine göre evlenen kadının soyadının sadece temel Kanun ZGB ve BGB kapsamında değil bu ülkelerdeki diğer açılardan da (alt normlar, yargı kararları vs) ele alınması gerekmektedir ki sadece her bir ülkenin sistematiği, tespit edebildiğimiz kadarıyla makale sınırlarını aşacak ve kitap şeklinde çalışmayı gerektirecek genişliktedir.

dük. Evlenmeyle kazanılan eşlerin soyadına ilişkin hüküm niteliğinde olan⁷⁴ BGB § 1355'e göre:

“(1) Eşler ortak bir aile adı⁷⁵ (evlilik adı) belirleyeceklerdir. Eşler seçtikleri evlilik adını (soyadını) kullanmalıdırlar. Eşler evlilik için bir ad (soyadı) belirlemezlerse, evlenirken kullandıkları adı (soyadı) evlendikten sonra da kullanmaya devam ederler”. Burada daha önce diğer hükümlere değindiğimiz için sadece son cümleye değinmekle yetineceğiz. Çalışmamız açısından son cümle önem arz etmektedir. Çünkü AYM'nin iptal kararı ile birlikte artık yeni düzenleme yapılana kadar Türk hukukunda eşlerin durumu bu şekilde olacaktır. Yani, evlilik soyadı belirlemelerine ilişkin yasal düzenleme olmadığı için evlenmeden önceki soyadlarını, evlendikten sonra da kullanmaya devam edeceklerdir. Ancak, maalessif mevcut haliyle Türk hukukunda diğer düzenlemeler henüz yapılmadığı/yasalaşmadığı için hukuk sistemi kısa süre içerisinde ciddi sorunlarla karşılaşmaya hazır olmalıdır.

Alman Medeni Kanunu § 1355/II'ye göre: *“Eşler, evlendirme memurluğuna yapacakları başvuru ile eşlerden birinin evlilik öncesi soyadının (Geburtsnamen), evlilik soyadı (Ehenamen) olarak belirlenmesini talep edebilir”.*⁷⁶ Türk Hukukuna uyarlanması açısından bu hüküm, bugüne kadar olan Türk secere sistemini tamamen değiştirecek niteliktedir. Çünkü bugüne kadar Türk hukukunda soyadı erkek üzerinden hareket etmektedir. Böylesine bir düzenleme ile artık soyadının kadın üzerinden devam etmesi mümkün hale gelecektir. Bu tercih, belirttiğimiz üzere Kanun koyucunun bir tercihi olacaktır fakat daha önce de belirttiğimiz gibi biz evlenen kadının kendi evlenmeden önceki soyadını kullanmasında hiçbir mahsur görmüyor olmakla birlikte aile adının ulusal devlet karakterine uygun olarak, Türk secere sisteminin korunmasından yana kanaatimizi belirtmek isteriz.

Alman Medeni Kanunu § 1355/III'e göre: *“Aile Adının belirlenmesine ilişkin beyanın evlenme sırasında yapılması gerekir. Ancak bu beyan daha sonra yapılmış ise beyanın kamuya açık olacak bir biçimde kayıt altına*

⁷⁴ Helvacı/Kocabaş, s. 619; Efedayioğlu, s. 16 vd.; Kocabaş, s. 71.

⁷⁵ Kocabaş, s. 83.

⁷⁶ “Zum Ehenamen können die Ehegatten durch Erklärung gegenüber dem Standesamt den Geburtsnamen oder den zur Zeit der Erklärung über die Bestimmung des Ehenamens geführten Namen eines Ehegatten bestimmen.”

alınması gerekir". Görüldüğü üzere Kanun Koyucu burada usule ilişkin açıklamalar yapmakta ve aleniyet ilkesini vurgulamaktadır.

Alman Medeni Kanunu § 1355/IV'e göre: "*Kendi soyadı (BGB'deki ifadeyle Name), evlilik soyadı (Ehename) olmayan eş, evlenirken veya evlendikten sonra evlendirme dairesine başvuruda bulunarak, evlilik soyadına, kendi evlenmeden önceki soyadını ekleyebilir veya eklenmesini isteyebilir. Ancak, evlilik adı birden fazla soyadından oluşuyorsa bu talep yapılamaz. Aynı şekilde eşlerden birinin soyadı birden fazla ise bunlardan sadece birisi eklenebilir*"⁷⁷ Görüldüğü üzere Kanun Koyucu burada evlilik adının düzen altına alınması adına ciddi tedbirler öngörerek, aile adında birlik ilkesini ön plana çıkarıp,⁷⁸ tamamen kontrolsüz evlilik adlarının oluşmasının da önüne geçmek istemektedir.⁷⁹

Alman Medeni Kanunu § 1355/V hükmü, eşi ölen veya boşanan kimsenin evlilik soyadına ilişkin hükümleri düzenlemektedir. Buna göre: "*Eşi ölmüş ya da boşanmış eş evlilik soyadını kullanmaya devam eder. Eş, nüfus idaresine yapacağı beyanla, evlenmeden önceki soyadını ya da evlilik soyadının belirlenmesine kadar kullandığı soyadını yeniden kullanabilir ya da evlenmeden önceki soyadını ya da evlilik soyadının belirlenmesi sırasında kullandığı soyadını evlilik soyadına ekleyebilir. İkinci fıkra buna göre uygulanır*"⁸⁰

Alman Medeni Kanunu § 1355/VI hükmü ise madde içerisinde geçen bir kavramı anlatmak adına tanımlayıcı bir hukuk kuralı olarak "*Geburtsname / Doğum Adı*"ndan ne anlaşılması gerektiğini belirtmektedir. Buna göre: "*Doğum Adı*⁸¹ (Geburtsname), *Nüfus müdürlüğüne beyanda bulunulduğu sırada eşin doğum belgesinde yazan addır*"⁸²

⁷⁷ "Ein Ehegatte, dessen Name nicht Ehename wird, kann durch Erklärung gegenüber dem Standesamt dem Ehenamen seinen Geburtsnamen oder den zur Zeit der Erklärung über die Bestimmung des Ehenamens geführten Namen voranstellen oder anfügen. Dies gilt nicht, wenn der Ehename aus mehreren Namen besteht. Besteht der Name eines Ehegatten aus mehreren Namen, so kann nur einer dieser Namen hinzugefügt werden."

⁷⁸ Helvacı/Kocabaş, s. 619. Ayrıca "Aile Adında Birlik İlkesi" için bkz. age, s. 621 vd.; Kocabaş, s. 120.

⁷⁹ Fıkranın devamı usule ilişkin olduğu için incelenmemiştir.

⁸⁰ "Der veritwete oder geschiedene Ehegatte behält den Ehenamen. Er kann durch Erklärung gegenüber dem Standesamt seinen Geburtsnamen oder den Namen wieder annehmen, den er bis zur Bestimmung des Ehenamens geführt hat, oder dem Ehenamen seinen Geburtsnamen oder den zur Zeit der Bestimmung des Ehenamens geführten Namen voranstellen oder anfügen. Absatz gilt entsprechend".

⁸¹ Kocabaş, s. 71.

⁸² Geburtsname ist der Name, der in die Geburtsurkunde eines Ehegatten zum Zeitpunkt der Erklärung gegenüber dem Standesamt einzutragen ist.

Bütün bu hükümler birlikte değerlendirildiğinde evlenen kadının hatta tanımlamayı daha doğru yapmak gerekirse “eşlerin soyadının” ne olacağı hüküm altına alınmaktadır. Bu hükümlerin, mevcut TMK hükümleriyle tamamen hukuk sistemi temelinde farklılıklar oluşturduğu tartışma götürmez bir yapıdadır. Ancak daha önce de belirttiğimiz üzere incelemiş olduğumuz hükümler, yapılacak akademik çalışmalarda ve/veya kanunlaştırma faaliyetlerinde Türk hukuk sistemine uygun hale getirilmesinde temel teşkil etme fonksiyonuna sahip olabilecektir.

D. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Açısından İnceleme

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nde açık bir biçimde kişinin adı ve soyadına ilişkin hakları ve bu hakların korunmasına ilişkin hükümler, her bir devletin kendi ulusal tercihlerine bırakıldığı için metin içerisinde yer almamakla birlikte bu hakları yargı kararları ile koruma yolunu tercih etmiştir.⁸³ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, “Ünal Tekeli Davası”nda,⁸⁴ TMK m. 187 ile ilgili düzenlemeleri değerlendirmiş ancak Mahkemeyi tatmin edecek savunmaların yapılamaması dolayısıyla ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin 41. maddesi⁸⁵ gereği tazminata karar vermiştir.^{86, 87}

⁸³ Ümit Kılınç, “İsim ve Soyisim Hakkının Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Kapsamında Korunması”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, S. 89, 2010, s. 243, 244.

⁸⁴ Doktrinde dahi söz konusu dava için “Ayşe” adının geçtiği görülmektedir. Ancak davanın aslı Ayten Ünal Tekeli Davası’dır. Bkz. <https://hudoc.echr.coe.int/tur#%22itemid%22:%22001-158595%22> Erişim Tarihi: 18.12.2023.

⁸⁵ “Mahkeme işbu Sözleşme ve protokollerinin ihlal edildiğine karar verirse ve ilgili Yüksek Sözleşmecî Tarafın iç hukuku bu ihlali ancak kısmen telafi edebiliyorsa, Mahkeme, gerektiği takdirde, hakkaniyete uygun bir surette, zarar gören tarafın tatminine hükmeder.” <https://hudoc.echr.coe.int/tur#%22itemid%22:%22001-158595%22>, Erişim Tarihi: 21.10.23.

⁸⁶ Kararın 66. Başlığı, karar gerekçesini açıklar nitelikte şu hükme yer vermiştir: “AİHM, Taraf Devletlerin uygulamalarının, evli bir çiftin ortak bir aile adı taşımayı tercih ettiği durumlarda bile aile birliğinin korunup güçlendirilebileceğini gösterdiğine dikkat çekmektedir. Avrupa’da uygulanan sistemlerin gözlemlenmesi bu bulguyu desteklemektedir. Söz konusu davada Hükümet, ortak bir aile ismi ile aile birliğinin yansıtılmaması halinde, evli çiftlerin ve/veya üçüncü tarafların karşılaşılabileceği somut ya da önemli bir sorun gösterememiş ya da kamu çıkarının zarar gördüğünü kanıtlayamamıştır. Bu şartlar altında AİHM, evli kadınların aile birliği adına kocalarının soyadını taşımak zorunda bırakılmalarının -önüne kendi kızlık soyadlarını ekleyebilseler de- nesnel ve makul bir nedeni olmadığı kanısındadır”.

⁸⁷ Kararın tam metni için bkz.: <https://hudoc.echr.coe.int/tur#%22itemid%22:%22001-158595%22> Erişim Tarihi: 19 Ekim 2023.

Süreç diğer ülkelerde yaşananlara benzer bir biçimde Türkiye’de de ilerlemiş ancak Türk Kanun Koyucu konuyu çözümleyen yasal düzenlemeler yapmayınca, AİHM’de Türk Hükümeti aleyhine kararlar çıkmasına sebep olduğuna inanılan TMK m. 187 hükmü, son yapılan başvurunun üzerinden⁹⁴ yaklaşık 10 yıllık sürenin geçmesinin⁹⁵ ardından⁹⁶ yapılan ilk başvuru⁹⁷ sonrası⁹⁸ AYM tarafından iptal edilmiştir.⁹⁹ İptal kararı¹⁰⁰ ve yü-

⁹⁴ Anayasa Mahkemesi Kararı – GK, e. 2009/85, K. 2011/49, T. 10.03.2011. Karar için bkz. <https://www.lexpera.com.tr/ictihat/anayasa-mahkemesi/genel-kurule-2009-85-k-2011-49-t-10-3-2011>, Erişim Tarihi: 17.11.2023.

⁹⁵ Merih Öden, “Türk Anayasa Yargısında On Yıl Süreli Denetim Yasağı”, *Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi*, C. 55, S. 4, 2000, s. 60.

⁹⁶ Türkiye Cumhuriyeti Anayasası, m. 152/IV: “Anayasa Mahkemesi’nin işin esasına girerek verdiği red kararının Resmî Gazetede yayımlanmasından sonra on yıl geçmedikçe aynı kanun hükmünün Anayasaya aykırılığı iddiasıyla tekrar başvuruda bulunulamaz”.

⁹⁷ Anayasa Mahkemesi’nin, normatif inceleme yapması haricinde, bireysel başvuru hallerinde kadının soyadı konusunda monografik çalışma için bkz. Ayşe Havutçu/Yasemin Kalkancı, “Anayasa Mahkemesi Bireysel Başvuru Kararları Işığında Kadının Soyadı”, *İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 6, S. 2, 2020, s. 135 – 180.

⁹⁸ Usulden reddedilen 2022 tarihli karar bir yana bırakıldığında, karar için bkz.: <https://www.lexpera.com.tr/ictihat/anayasa-mahkemesi/e-2022-86-k-2022-83-t-30-6-2022>, Erişim Tarihi: 17.11.2023.

⁹⁹ Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’ndeki herhangi bir norma dayanak vermeksizin mahkeme içtihatları ile bir önce yapılan başvuruyu reddetmesine rağmen son başvuru sonrası AYM’nin TMK m. 187 hükmünü iptal etmesi uzun vadede tartışılacaktır. Ancak konumuz dışında olması dolayısıyla bu konuya girilmemiştir.

¹⁰⁰ 2009/85 Esas; 2011/49 Karar ve 10.03.2011 tarihli AYM’nin TMK m. 187 hükmünü iptal etmeyen kararı ile bu çalışmamızda incelediğimiz 2022/155 Esas, 2023/38 ve 22.02.2023 tarihli iptal kararı sürecinde gözden kaçırılan bir detayı burada belirtmek gerekir. AYM’nin TMK m. 187’yi iptal etmediği kararının tarihi 2011 yılıdır. Bir sonraki başvurunun esası ise 2022’dir. Kısaca (Resmî Gazete’de yayımlandığı tarih de düşünülduğünde) 10 yıllık sürenin bitiminde derhal diğer (çalışmamızda incelediğimiz, TMK m. 187’nin iptali ile sonuçlanan) başvuru yapılmıştır. Ancak bu iki karar arasında AYM’nin kararlarını etkileyecek ancak çok da değinilmeyen normatif bir düzenleme kabul edilmiştir. Türkiye Cumhuriyeti, 1984 tarihli İnsan Haklarının ve Temel Özgürlüklerinin Korunmasına İlişkin Sözleşmeye Ek Protokol No: 7’yi, uygun bulduğuna dair kanunu 2016 yılında kabul etmiştir. Burada dikkat edilmesi gereken iki detay vardır bunlardan ilki kabul tarihinin iki iptal başvurusu arasında olmasıdır. Yani bir önceki iptal edilmeyen başvuru tarihinde Protokol 7 henüz kabul edilmemiştir. Son başvuruyu ise AYM, Türkiye’nin bu protokolü kabul etmiş haliyle incelemiştir. İkinci önemli nokta ise Protokol 7’nin, 5. madde hükmüdür. Biz burada sadece bu hükmü belirteceğiz. Hükmün AYM kararı karşısında tartışmasını ise doktrine bırakarak ana konumuza dönmek istiyoruz: Protokol 7, “Madde 5: Eşler arasında eşitlik: Eşler evlilikte, evlilik süresince

rürlüğe girmesinin ardından bugüne kadar bir düzenleme yapılmamış olsa da en kısa zamanda bir düzenleme yapılması ve yapılan düzenlemelerin hukuk uygulamasına aktarılması gerekmektedir.¹⁰¹ Bunu yaparken ya İsviçre Hukuku esasını benimseyerek tamamen nüfus ve secere sistemi değiştirilecektir ya da mevcut sistemi koruyarak savunmalarının temellerini haklı dayanaklara bağlayarak AİHM önünde savunabilir hale gelecektir. Çünkü daha önce de değinildiği üzere AİHM, bu noktada kesin ve katı kararlar vermemekte ülkelerin secere sistemlerine saygı duyulması gerektiğini belirtmektedir. Ancak AİHM, bu yöndeki iradesini önündeki dosyaya yansıtabilmesi için önüne gelen dosyada davalı ülkenin AİHS'ye göre bu yapısını hangi gerekçelerle devam ettirdiğini ve devam ettirmek istediğini usul ve esaslara uyarak, gerektiği şekilde mahkemeye sunmasını/ikna etmesini beklemektedir.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, 1990'lı yıllarda verdiği "*Burg-harz Davası*"nda, erkek eşin kadın eşin soyadı önünde kendi soyadını kullanmak istemesini haklı bulmayan İsviçre'nin AİHS'ye aykırı davrandığına karar vermiştir. Bu süreç 2010'lu yıllara kadar benzer şekilde ilerlemiş ve nihayet İsviçre "mutlak" denilebilecek soyadı konusunda kadın-erkek eşitliği üzerine kurulu bir sistem kabul etmiştir.¹⁰² Hatta Anglo-Sakson Hukuk Sistemi tamamen farklı bir yöntem tercih etmiş ve evlenecek eşlerin her iki eşin soyadından bağımsız tamamen yeni bir soyadı (aile adı) belirleyebileceğini düzenlemiştir.^{103, 104} Güngören Bulgan, Anglo-Amerikan hukuk sistemi hakkında şu ifadelere yer vermektedir: "*Anglo-Amerikan hukuk çevresinde, evli kadın kendi soyadını sürdürebileceği gibi kocasının soyadını da kullanabilir. ABD'de sadece dokuz eyalette erkeklere eşlerinin soyadını kabul etme hakkı tanınıyor. Quebec'te*

ve evliliğin sona ermesi durumunda, kendi aralarında ve çocukları ile ilişkilerinde medeni haklar ve sorumluluklardan eşit şekilde yararlanırlar..." Protokol metni için bkz. <https://inhak.adalet.gov.tr/Resimler/Dokuman/10122019104748ek7.pdf> Erişim Tarihi: 18.11.2023.

¹⁰¹ Nitekim, AİHM, daha önce de "... aile içi şiddete karşı yeterli koruma önlemi almayarak, kadın vatandaşlarına yönelik ayrımcılık yaptığı gerekçesiyle tazminata mahkûm ettiği ilk ülke Türkiye olmuştur", bkz. Badur, s. 90.

¹⁰² Çelik, s. 340; Holmund/Gezder, s. 239, 240.

¹⁰³ Güngören Bulgan, s. 25, 26.

¹⁰⁴ Anglo - Sakson hukuk sisteminde ad ve soyadı konusu ayrı bir çalışma konusu olacak kadar geniş bir konu olduğu için bu çalışmada detaylara inilmemiş, genel hatlarıyla bilgi verilmeye çalışılmıştır.

ise kadının kendi soyadını koruma zorunluluğu mevcuttur. Anglo-Amerikan hukuk çevresinde ortak soyadı iki soyadın birleşiminden de oluşabilmektedir. İngiltere’de BBC yapımcısı Andy Brown ve Helen Stone, evlenince soyadlarını birleştirerek Brownstone haline getirmişlerdir”.¹⁰⁵

IV. TÜRK HUKUKU DÜZENLEMELERİ AÇISINDAN NİHAİ DEĞERLENDİRMELER

A. Mevzuat Hükümleri

Çocuk açısından bakıldığında, Türk Medeni Kanunu’nun 321. maddesine göre “Çocuk, ana ve baba evli ise ailenin,¹⁰⁶ soyadını taşır. Ancak, ana önceki evliliğinden dolayı çifte soyadı taşıyorsa çocuk onun bekarlık soyadını taşır”.¹⁰⁷ Mevcut haliyle bu hüküm, iptal edilmeden önceki haliyle ve iptal sonrasında da birçok yönüyle tartışmaya açık bir hükümdür. Çalışmamızın sonlarına ulaştığımızda da belirttiğimiz üzere Kanun Koyucunun, ad ve soyadı konusunda çok ciddi çalışmalar yapması gerekmektedir. Aksi halde sorunlar yumağı oluşmaya başlayacak ve katlanarak büyüyecektir.¹⁰⁸

Şöyle ki, maddede geçen “... ailenin soyadı...” diye bir kavram TMK’da başkaca hiçbir yerde geçmediği gibi ne anlama geldiği de düzenleme yapılmadığı sürece meçhuldür. Kaldı ki çalışma konumuzun ana başlıklarından birisi olan evlenen kadının soyadına ilişkin hüküm iptal edilmiş ve yerine -henüz- yeni bir düzenleme yapılmamışken evli olan anne ve babanın soyadı da zaten -tesadüfi haller hariç- bir olmayacaktır. Bir an ailenin soyadı kavramını “babanın soyadı” diye düşünsük dahi TMK’da yapılan bütün eşitlikçi açılımlar son bulmuş olacaktır. Şu halde mevcut hali ile İsviçre ve Alman hukukundaki gibi eşlerin soyadı seçme/belirleme hakları da TMK’da düzenlenmediğine göre çocuğun soyadı için TMK’da çok ciddi bir hukuki boşluk oluşmuştur. Bu boşluk ancak yapılacak yasal düzenlemeler sonrasında kendi içerisinde uyumlu bir biçimde doldurulabilecektir.

¹⁰⁵ Güngören Bulgan, s. 24

¹⁰⁶ “... evli değilse ananın...” ibaresi, AYM’nin 02.07.2009 Tarih ve E.: 2005/114; K.: 2009/105 sayılı kararı ile iptal edilmiştir.

¹⁰⁷ Erdoğan/Keskin, s. 270.

¹⁰⁸ Türk hukuk mevzuatında gelişmeler için ayrıca bkz. Helvacı/Kocabaş, s. 633 vd.

Evlenen kadın açısından soyadı hükmünü düzenleyen 187. madde hükmü iptal edilmiştir. Ancak, bu iptalin üzerinden 9 ay geçmesine karşın sadece TMK'da değil bağlantılı birçok hükümdede etki doğuracak bu hükmün yerine yeni düzenleme yapılmamıştır. Hüküm iptal edilmesine ve yürürlüğe girmesine rağmen mevzuatta hala benzer hükümler yer almaktadır. Nitekim 2/1759 Soyadı Nizamnamesi'nin 17. maddesine göre *“Kadın evlenmekle kocasının soyadını alır. Ancak evlendirme memuruna veya daha sonra nüfus idaresine yapacağı yazılı başvuruyla kocasının soyadı önünde önceki soyadını da kullanabilir. Daha önce iki soyadı kullanan kadın, bu haktan sadece bir soyadı için yararlanabilir”* hükmü, iptal edilen TMK m. 187 ile aynı hükümleri taşır bir biçimde mevzuatımızda yer almaya devam etmektedir.

Nüfus Hizmetleri Kanunu açısından bakıldığında ise bir tesadüf müdür bilinmez Nizamname'de hüküm bulunmasına karşın Nüfus Hizmetleri Kanunu'nda TMK m. 187'ye denk gelen hüküm bulunmakla beraber kocanın soyadına ilişkin hala birçok düzenleme yer almaktadır. Bu düzenlemelerin de iptal kararı sonrası yasal düzenleme yapılmaz ise akıbetinin ne olacağı maalesef meçhuldür.

B. Anayasa Mahkemesi İptal Kararının Hukuka Yansımaları

Mevcut halde düzenleme yapılana kadar yeni evliliklerde kadın da erkek de farklı soyadı taşıyacağı için (tesadüfi benzerlikler hariç elbette) yakın bir süre (bu şekilde evlenmiş ve bu evlilikten bir çocuk doğacak kadar geçebilecek süre) içinde düzenleme yapılmaz ise sadece evlenen kadının değil kamuoyunda gözden kaçan, bir başka sorun daha ortaya çıkacak ve çocuğun soyadı *“ailenin soyadını”* alır hükmünün bir karşılığı olmadığı için anlamsız hale gelecektir¹⁰⁹. Kanun koyucunun bu konuda hızlı karar alması gerekmektedir. Aksi halde çocuğun soyadına ilişkin yapılacak düzenlemeler yasal dayanaktan yoksun olarak ilerleyecektir.

Evlenen kadının soyadına ilişkin 28.01.2024 tarihinden itibaren hukuki bir boşluk ortaya çıkmıştır. Bu boşluğun, evlenen kadının, evlenmeden önceki soyadıyla evliliğine devam edeceğine dair kanaat

¹⁰⁹ Çelt, s. 1069.

“kısmen” mümkündür ancak asıl hukuki tehlike olarak gördüğümüz konu, bu evlilikten doğan ortak çocuğun soyadında ortaya çıkacaktır.

28 Ocak 2024 tarihinden sonra evlenen kadından evlilik birliği içerisinde doğacak ilk ortak çocuktan itibaren de çocuğun soyadına ilişkin TMK m. 321’e göre çocuğun “ailenin soyadını” alması gerekmekte olduğu için o tarihten itibaren eşler arasında yasal düzenlemeler bulunmadığı için bir “aile soyadı” söz konusu olamayacaktır. TMK’ya kaynak İsviçre Medeni Kanunu’ndaki düzenlemelere benzer –en azından TMK ve Türk secere/soybağı sistemi ile uyumlu- düzenlemeler de eklenmediği için çocukların soyadına ilişkin eşlerin ne tercih edeceklerini Nüfus Müdürlüğü’ne bildirmelerinin hukuki zemini de bulunmamaktadır.

Netice itibariyle daha önce de belirttiğimiz üzere kanun koyucunun, derhal nüfus kayıtlarına ilişkin tüm mevzuatı elden geçirerek düzenlemeler yapması, TMK ile bağdaşmayan nitelikteki hükümlerin yürürlükten kaldırılması veya uyumlaştırılmasının ivedilikle yerine getirilmesi hukuki bir ihtiyaçtır. Çalışmamız açısından ise hiç vakit kaybetmeden, kaynak İsviçre Medeni Hukuk mevzuatına benzer düzenlemelerin başta TMK olmak üzere Türk Hukukuna “uygun olan” hükümlerinin aktarılması gerekmektedir. Bu düzenlemeler, metin içerisinde de belirttiğimiz gibi Almanca “ad” ve “soyad” kavramlarının İsviçre’de kullanıldığı içeriklerine özellikle dikkat edilerek, ifadelerde karmaşaya yol açmayacak bir biçimde düzenlemeler yapılmalıdır. Türk Medeni Hukukuna kaynak kanunla örtüşen kavramlar getirilebileceği gibi (örneğin aile soyadı kavramı yaygınlaştırılarak), mevcut yapı hiç bozulmayacak bir biçimde evlenen kadının kendi veya ortak soyadla devam edebilmesine imkan sağlayan hükümler getirilerek çocuğun ve sonraki nesillerin soyadının tartışma dışına çıkarılmasını sağlayan bir çözüm de üretilebilir.

Bu düzenlemeler ne kadar kısa sürede yapılırsa o kadar Türk Hukuku açısından sağlıklı bir ilerleme meydana gelecektir. Ancak en kısa zamanda yapılırsa dahi süreç içerisinde soyadı noktasında gerek kadın gerek aile gerekse çocuk açısından oluşmuş aksaklıkların giderilmesi adına, uzun süreli temel mevzuat düzenlemeleri yanında, yasalaştırma faaliyeti bitene kadar ortaya çıkmış olabilecek sorunları, geriye dönük olarak çözecek geçici mevzuat düzenlemeleri de söz konusu hükümlere eklenmelidir.

SONUÇ

Anayasa Mahkemesi, evlenen kadının soyadını düzenleyen, kadına, erkeğin soyadı önünde kendi soyadını da kullanma imkanını sağlayan TMK m. 187'yi iptal etmiş ve bu karar 28.01.2024 tarihinden itibaren yürürlüğe girmiştir. AYM, kararı iptal ederken kamuyu ilgilendiren bir düzenleme olduğunu belirterek 9 aylık bir geçiş süreci öngörmüş olmasına karşın Kanun Koyucu bu konuda yasal düzenlemeler yapmamıştır. AYM'nin bu yönde karar vermesinin temellerini oluşturan AİHM'nin Türkiye aleyhine kararlarının etkisi olduğu açıktır. AİHM önünde, soyadına ilişkin devlet geleneği ve diğer tezler sağlam dayanaklarla savunulmadığı sürece bu davaların ülkemiz aleyhine sonuçlanmaya devam edeceği ortadadır. AİHM, soyadına ilişkin verdiği kararlarda sağlam temellere dayandırılmak kaydıyla devletlerin soyadına ilişkin ülkesel tercihlerine ve düzenlemelerine müdahale etmek istemediğini belirtmektedir.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi karşısında bunlar belirtilen kriterler eşliğinde eğer savunulamayacaksa bulunacak diğer çözüm, konuya ilişkin yeni yasal düzenlemelerin yapılmasıdır. Yeni yasal düzenlemelerin ne şekilde yapılacağıın takdiri elbette siyasi iktidar ve Kanun Koyucunun kanaatleridir.¹¹⁰ Yapılacak düzenleme, kadına evlenmeyle birlikte, evlenmeden önceki soyadını tek başına kullanmaya devam etme imkanı verecek şekilde olabileceği gibi tamamen çalışmamızda irdelemiş olduğumuz İsviçre ve Alman Hukuk sisteminin benimsenmesi şeklinde de olabilecektir. Ancak İsviçre ve Alman Hukuk sistemi tercih edilecekse dahi söz konusu devletlerde eşcinsel birlikteliklere ilişkin düzenlemelerin yer aldığı ve Almanca kavramların Türkçe karşılıklarının ciddi farklılıklar doğurabileceği unutulmadan düzenlemeler yapılmalıdır.

Anayasa Mahkemesi'nin vermiş olduğu iptal kararının sadece kadının soyadını etkilediğini düşünmek, yapılacak temel hatalardan

¹¹⁰ Elbette bu tercihlerde bulunurken hangi değerlerin ön plana çıkarılacağı önem arz etmektedir. Bu noktada bireysel bakış mı yoksa aileyi korumaya öncelik veren bakış mı bunların objektif olarak tartışması yapıldıktan sonra Türk Hukukuna yön verecek adımlar atılmalıdır. Bkz. Mürşide Şimşek, "Aile Birliğinin ve Kişilik Hakkının Korunması Bağlamında Evlenen Kadının Soyadı", *Yasama Dergisi*, S. 48, 2023, s. 88 - 126.

birisidir. Hükmün iptali ile birlikte Türk Hukuk sisteminde farkına varılmayacak kadar çok hükmün dayanaksız kalmasına sebebiyet verecek niteliktedir. Bunlardan ilki, iptal kararının ardından kadın, evlenmeyle birlikte, evlenmeden önceki soyadını kullanacağı için evlilik içerisinde farklı iki soyadı bulunacağıdır. Farklı iki soyadının bir evlilikte bulunması ilk aşama için sorun oluşturmamakla birlikte burada gözden kaçan iki nokta vardır. Bunlardan ilki, ortak çocuğun meydana gelmesi ile birlikte bu çocuğun soyadının ne olacağı sorunudur ki TMK m. 321'e göre: "çocuk, *ana ve baba evli ise ailenin soyadını*" taşıması gerekecektir. Fakat, iki ayrı soyadının bulunduğu ailede "*ailenin soyadının*" mevcut hükümlere göre hangisi olduğuna dair bir hüküm yoktur. Diğer çok ciddi sorun ise evlenmeden önceki soyadı ile değil de evleneceği erkeğin soyadı ile hayatına devam etmek isteyen kadının bu talebinin hukuki zemini de AYM kararıyla birlikte ortadan kalkmıştır. Çünkü mevcut hukuki duruma göre kadının bu yöndeki talebi hukuk tekniği anlamında "*soyadı değişikliği*" oluşturmaktadır ve bunun gerçekleşebilmesi için mahkeme kararı gerekmektedir.¹¹¹

İsviçre Medeni Kanunu'ndaki hükümlerin, ifadelerin bir kısmı hukukumuzda yanlış çevirilerle aktarılmıştır, bunların çözümlenmesi gerekmektedir. Keza TMK'nın mevcut hükümleriyle çelişen mevzuatımızda yer alan birçok kavram, düzenleme, birbirinden kopuk hükümler vs bulunmaktadır. Bütün bunların yürürlükte bulunan en eski kanunlardan itibaren incelenerek yeni bir ad ve soyadı düzenlemesine acilen ihtiyaç vardır. Bunun gibi metin içerisinde maalesef daha birçok sorun dile getirilmeye çalışılmıştır. AYM'nin iptal kararı sonrası yazılmış ilk çalışmalardan birisi olması dolayısıyla yapmış olabileceğimiz hatalarımız için okuyucularımızdan şimdiden özür dileriz. Türk toplumunda kadın ve çocuğun hak ettiği yerlere ulaşması dileğiyle umarız bu çalışma, Cumhuriyetimizin 100. yılında, Türk Hukukuna yeni bakışlar kazandırmaya vesile olur.

¹¹¹ Güler Özer, AYM'nin verdiği kararın etkisini açıklarken "... şu hâlde kadın dilediği takdirde evlenmeden önceki soyadını muhafaza edebilecektir..." ifadesini kullanmaktadır. Bu yöndeki kanaat ve oluşabilecek kanaatlere, yasal zemini olmadığı düşünüşümüz için katılmamaktayız: Güler Özer, s. 536.

Kaynakça

Kitaplar

- Akıntürk Turgut/Ateş Karaman Derya, Türk Medeni Hukuku – Aile Hukuku, C. II, B. 15, İstanbul, 2013.
- Akkurt Sinan Sami/Erdoğan Kemal/Tokat Hüseyin, Medeni Hukuk Temel Bilgiler, B. III, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2022.
- Çelik Nazlı Hilal, Evlenmenin Hükümsüzlüğü, On İki Levha Yayıncılık, 2021
- Dural Mustafa/Öğüz Tufan/Gümüş Mustafa Alper, Türk Özel Hukuku, C. III, Aile Hukuku, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2023.
- Engin Üskül Zeynep Özlem/Çörek Dolunay/Öcal Göktürk, Toplumsal Cinsiyet ve Hukuk, On İki Levha Yayıncılık, C. II, 2021.
- Erdoğan İhsan/Keskin Dilşad, Türk Medeni Hukuku Başlangıç Hükümleri Kişiler Hukuku, Gazi Kitabevi, Ankara, 2018.
- Eren Fikret, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Yetkin Yayınları, B. 24, Ankara, 2019.
- Güler Zeynep, Türk Hukukunda Kadının Soyadına İlişkin Gelişmeler Çerçevesinde Çocuğun Soyadı, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2018.
- Güler Zeynep, Türk Hukuku'nda Kadının Soyadına İlişkin Gelişmeler Çerçevesinde Çocuğun Soyadı, On İki Levha Yayıncılık, 2019 (Soyadı).
- İşıktaç Yasemin/Metin Sevtap, Hukuk Metodolojisi 2023, Filiz Kitabevi, 9. Bası, İstanbul 2023.
- Kılıçoğlu Ahmet M., Aile Hukuku, Turhan Kitabevi, Ankara, 2015.
- Kocabaş Gediz, Evlenmenin Kadının Soyadına Etkisi, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2022.
- Oftinger/Stark, Schweizerisches Haftpflichtrecht, Allgemeiner Teil, Bd. I, B. 5, Zürich, 1995.
- Oğuzman Kemal/Seliçi Özer/Oktay Özdemir Saibe, Kişiler Hukuku Gerçek ve Tüzel Kişiler, Filiz Kitabevi, İstanbul 2011.
- Stammbuch der Familie, Verlag Für Standesamstwesen GmbH, Frankfurt am Main, Berlin, 1995.

Makaleler

- Akyılmaz Gül, "Osmanlı Devleti'nde Kadınların Mülkiyet Hakları ve Karşılaştıkları Hukuki Sorunlar", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Kadın ve Hukuk*, S. Özel, Aralık 2017, s. 325 – 364.
- Ayan Serkan, "Anayasa Mahkemesi Kararları ve Çocuklar İle Kadının Soyadına İlişkin Değişiklik Tasarısı Taslağı Işığında Soyadının İlk Kez Edinilmesi Kendiliğinden Değişmesi ve Değiştirilmesi", *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 16, S. 4, 2012, s. 19 – 90.
- Badur Emel, "Ailenin Korunması Alanındaki Son Gelişmeler", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, C. 22, S. 84, 2009, s. 63 – 92.

- Çelt Damla Özden, "TMK m. 187'nin İptali Kararının Çocuğun Soyadına Olası Etkile-ri ve Olması Gereken Hukuk Bağlamında Bir Öneri", *Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (Türkiye Cumhuriyeti'nin 100. Yılına Armağan)*, S. 2, 2023, s. 1065 - 1095.
- Dokuyan, Sabit, "Soyadı Kanunu ve Kanununun Uygulanma Süreci", *Tarih İncelemeleri Dergisi*, C. 31, S. 1, s. 129 -166.
- Efedayıoğlu Kübra Kamelya, "Evli Kadının Soyadı Problemi", *Ankara Barosu Dergisi*, C. 77, S. 4, 2019, s. 1 - 36.
- Erkan Vehbi Umut, "Türk Medeni Kanunu'nda Evlilik Birliği İçerisinde Kadının Eko-nomik ve Sosyal Hakları", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, S. 134, Ocak 2018, s. 431 - 450.
- Güler Özer Zeynep, "Anayasa Mahkemesinin TMK m. 187'nin İptaline İlişkin Kararı-nın Analizi ve Düzenleme Önerisi", *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, S. 55, 2023, s. 523 - 556.
- Güngören Bulgan Birden, "Kadının Evlendikten Sonra Devlet Karşısında Değişen Kimliği", *Toplumsal Cinsiyet ve Hukuk*, On İki Levha Yayıncılık, C. II, 2021, s. 29 - 36.
- Havutçu Ayşe/Kalkancı Yasemin, "Anayasa Mahkemesi Bireysel Başvuru Kararları Işığında Kadının Soyadı", *İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 6, S. 2, 2020, s. 135 - 180.
- Helvacı Serap/Kocabaş Gediz, "Fransız, Alman, İsviçre ve Türk Hukuklarında Kadı-nın Soyadı", *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Araştırmaları Dergisi*, C. 21, S. 2, 2015, s. 615 - 644.
- Holmund Maja/Gezder Ümit, "Evlenen ve Boşanan Kadının Soyadı Meselesi", *İstan-bul Medeniyet Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 6, S. 10, 2021, s. 233 - 247.
- Kılınç Ümit, "İsim ve Soyisim Hakkının Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Kapsa-mında Korunması", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, S. 89, 2010, s. 242 - 275.
- Koçak Doğan, "17 Şubat 1926'da Kabul Edilen Türk Medeni Kanunu'na Göre Türk Kadınının Hak ve Özgürlükleri", *Atatürk Dergisi*, C. 8, S. 1, 2019, s. 79 - 98.
- Odabaşı Özge Erbek, "Anayasa Mahkemesi ve Yargıtay Kararları Çerçevesinde Evli Kadının Soyadı", *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 19, S. 1, 2017, s. 43 - 110.
- Öden Merih, "Türk Anayasa Yargısında On Yıl Süreli Denetim Yasağı", *Ankara Üni-versitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi*, C. 55, S. 4, 2000, s. 47 - 81.
- Oruç Murat, "Evli Kadının Münhasıran Bekarlık Soyadını Kullanabilmesi", *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, S. 27, 2016, s. 451- 466.
- Özdemir Hayrünisa, "Türk ve İsviçre Medeni Hukukunda Ad Üzerindeki Hak ve Korunması", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, S. 3, C. 57, 2008, s. 561 - 598.
- Şimşek Mürşide, "Aile Birliğinin ve Kişilik Hakkının Korunması Bağlamında Evle-nen Kadının Soyadı", *Yasama Dergisi*, S. 48, 2023, s. 88 - 126.

İnternet Kaynakları

<https://beck-online.beck.de/Home>

<https://dergipark.org.tr/tr/>

<https://home.heinonline.org/>

<https://lib.hacibayram.edu.tr/>

<https://mevzuat.gov.tr/>

<https://trdizin.gov.tr/>

<https://www.fedlex.admin.ch>

<https://www.jurix.com.tr/>

<http://www.lexpera.com>

<https://www.turcademy.com/tr>

<https://legal.com.tr/kitaplik/arama>

[https://hudoc.echr.coe.int/#{%22documentcollectionid%22:\[%22GRANDCHAMBER%22,%22CHAMBER%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/#{%22documentcollectionid%22:[%22GRANDCHAMBER%22,%22CHAMBER%22]})

<https://inhak.adalet.gov.tr/Resimler/Dokuman/10122019104748ek7.pdf>

VİCDANİ RET HAKKI VE TÜRK HUKUKUNDAKİ YERİ*

THE RIGHT TO CONSCIENTIOUS OBJECTION AND ITS PLACE IN TURKISH LAW

Gamze YILDIZ TARMAN**

Özet: Vicdani retçiler tarih boyunca çeşitli saiklerle askerlik hizmetini yerine getirmeyi reddetmişlerdir. Uzun yıllardır dünya genelinde tartışılan vicdani ret, günümüzde Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve birçok devlet tarafından hak olarak tanınmaktadır. Türkiye ise vicdani reddi bir hak olarak tanımamaktadır. Açıklamaları nedeniyle çeşitli yaptırımlarla karşılaşabilen Türkiye'deki vicdani retçiler ise vicdani reddin bir hak olarak tanınması taleplerini dile getirmeye devam etmektedirler.

Anahtar Kelimeler: Vicdani Ret, Zorunlu Askerlik Hizmeti, Antimilitarizm, İnsan Hakları, Din ve Vicdan Özgürlüğü

Abstract: Conscientious objectors have refused to fulfil military service for various reasons throughout history. Conscientious objection, which has been discussed worldwide for many years, is now recognized as a right by the European Court of Human Rights and many states. Türkiye, on the other hand, does not recognize conscientious objection as a right. Conscientious objectors in Türkiye, who may face various sanctions due to their statements, continue to express their demands for the recognition of conscientious objection as a right.

Keywords: Conscientious Objection, Compulsory Military Service, Antimilitarism, Human Rights, Freedom of Religion and Conscience

* Bu çalışmanın ilk hali, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı Yüksek Lisans Programı'nda Prof. Dr. Türkân Yalçın tarafından 2018 yılında verilen Ceza Hukuku dersi kapsamında ödev olarak sunulmuş ve 2023 yılında doktora programında Doç. Dr. Bülent Algan tarafından verilen İnsan Haklarının Genel Teorisi dersinde tekrar ele alınmıştır. Bu vesileyle makalenin geliştirilmesi sürecindeki değerli katkıları, emekleri ve yorumları için Sayın Prof. Dr. Türkân Yalçın'a ve Sayın Doç. Dr. Bülent Algan'a teşekkürlerimi sunarım.

** Avukat, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı Doktora Programı Öğrencisi, gamze.yildiztarman@outlook.com, ORCID: 0000-0002-1105-910X, Makalenin Gönderim Tarihi: 16.10.2023, Kabul Tarihi: 24.01.2024

*“İki seçeneğimin olduğu söylendi:
Ya hapse girmek ya da askere gitmek.
Ancak bir başka seçeneğimin daha olduğunu söylemek isterim.
Ve bu seçenek de adalettir.
Eğer adalet yerini bulacak olursa,
ne hapse gireceğim ne de askere gideceğim”.*¹

GİRİŞ

Vicdani ret uzun süredir dünya genelinde tartışılıyor olsa da Türkiye’deki tartışmaların geçmişi bu kadar eskiye dayanmıyor. Oysa savaşa katılmayı reddetmek muhtemelen savaşın kendisi kadar eskiye dayanmaktadır.² Vicdani ret savaşa karşı tepkilerin belki de en büyüğüdür. İnsanlar çeşitli gerekçelerle savaşı ve askerlik hizmetini yerine getirmeyi reddetmişlerdir. Başlangıçta dini saiklerle reddedilen askerlik hizmeti zamanla din dışında çeşitli bireysel sebeplerle de reddilmeye başlanmıştır. Reddin politik bir eylem halini almaya başlaması elbette devletlerin vicdani retçilere olan dikkatini ve tepkisini de artırmıştır. Sorunlar tam anlamıyla çözülememiş olsa da vicdani retçilerin uzun süreli mücadeleleri beraberinde başarıyı da getirmiş, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (“AİHM”) beklenen içtihat değişikliğine gitmiş ve birçok devlet tarafından vicdani ret bir hak olarak tanınır duruma gelmiştir.

Ancak bu değişim “*Her Türk asker doğar*” mottosunun olduğu Türkiye’de daha yavaş gerçekleşmektedir. Türkiye, vicdani reddi bir hak olarak tanımama ısrarını sürdürmektedir. Bununla birlikte vicdani retçiler Türkiye’de çeşitli yaptırımlarla karşılaşabilmektedirler.

Üç kısımdan oluşan bu çalışma, güncel sorunların odak noktasını askerlik hizmetinin oluşturduğu düşünülerek dar anlamda vicdani

¹ Muhammad Ali. Alıntı için bkz. https://www.washingtonpost.com/news/retropolis/wp/2018/06/15/shoot-them-for-what-how-muhammad-ali-won-his-greatest-fight/?noredirect=on&utm_term=.44230759f039 (Erişildiği Tarih: 01.05.2023).

² Andreas Speck/Rudi Friedrich, “Dünyada Vicdani Red Hareketi Deneyimleri” (Çeviren Mayıs İnan Aru), Çarklardaki Kum: Vicdani Red, Düşünsel Kaynaklar ve Deneyimler (Hazırlayan Özgür Heval Çınar/Coşkun Üsterci), İletişim Yayınları, İstanbul 2014, s. 153.

retle sınırlandırılmıştır. Çalışmada sırasıyla; vicdani ret kavramına, tarihsel sürece, uluslararası hukuk boyutuna ve Türkiye'deki duruma değinilecektir.

I. VİCDANİ RET KAVRAMI

Vicdani ret kavramı, sadece bireyin silahlı altına alınmayı reddetmesini değil; toplumun müşterek menfaatleri yerine bireyin, kendi vicdanının emirlerini takip ettiği çeşitli durumları da kapsamaktadır.³ Bu bakımdan vicdani ret geniş anlamda: *“pozitif hukukun öngördüğü bir zorunluluğa ya da yapılmasına izin verdiği bir uygulamaya, inançlar ya da bir takım ahlaki veya politik değerler temelinde karşı çıkmak”* şeklinde tanımlanabilir.⁴ Geniş anlamda vicdani redde örnek olarak; kişinin zorunlu aşya, vergi uygulamalarına, kürtaja karşı çıkması; kader inancı gereği zorunlu taşıt sigortasını reddetmesi⁵ gibi eylemler verilebilir. Kavram bu haliyle askerlik hizmeti dışında eğitim, sağlık, hukuk, politik, sosyal ve ekonomik birçok alanı da kapsamaktadır.⁶

Vicdani ret kavramı, özellikle dünya savaşlarının sonrasında savaş ve askerlik karşıtlığının artmasıyla birlikte, daha çok dar anlamda vicdani reddi bir başka ifadeyle salt askerlik hizmeti karşıtlığını ifade eder şekilde kullanılmaya başlanmıştır.

*“Muhtemelen vicdani retçi sayısı kadar vicdani ret tanımı”*⁷ mevcut olmakla birlikte vicdani ret, en genel ve bilinen şekliyle, kişinin; dini, ahlaki, etik, felsefi, siyasi vb. nedenlerle askerlik hizmetini reddetmesi olarak tanımlanmaktadır. Farklı gerekçelere dayanabilen vicdani retçilerin sonuç itibariyle ulaştıkları aşama, askerliğin yani silahlı altına

³ Marie-France Major, “Conscientious objection and international law: A human right?”, *Case Western Reserve Journal of International Law*, 1992, Vol. 24, s. 350.

⁴ Abdurrahman Eren, “Türk Hukukunda Vicdani Red”, *Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi*, C. 61, S. 3, 2006, s. 104.

⁵ Ezgi Özlü, “Askerlik Hizmetine İlişkin Vicdani Ret Hakkı”, Doç. Dr. Melike Batur Yamaner’in Anısına Armağan, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2014, C. 1, S. 1, s. 509.

⁶ Celal Işıklar, *Dünyada ve Türk Hukukunda Zorunlu Askerlik ve Vicdani Ret*, Adalet Yayınevi, Ankara 2011, s. 59.

⁷ Andreas Speck, “Dünyada Çağdaş Red ve Red Hareketlerinin Ana Hatları: Savaş Karşıtı Uluslararası Hareket İçinde Red”, *Birlikim: Aylık Sosyalist Kültür Dergisi*, 2006, S. 207, s. 42.

alınmanın reddedilmesidir; zira devletler savaşta olmasa bile “savaşmayan” bir ordunun var olma nedeni değişmemektedir.⁸

Farklı ayrımlar olmakla birlikte vicdani ret genel olarak: 1) saiklerine 2) kapsamına ve 3) yetkili organlarla iş birliğinin derecesine göre üç gruba ayrılabilir. Saiklerine göre vicdani ret i) dine dayalı ve ii) din dışı inançlara dayalı olarak; kapsamlarına göre vicdani ret ise i) total vicdani retçiler ve ii) seçici vicdani retçiler olarak gruplandırılabilir.

Dini temelli retçiler görüşlerini, kutsal kitaplardaki metinlere ya da pasifizmi dini bir emir olarak vaaz eden kiliselerin mensubu olmalarına dayandırmaktadırlar.⁹ İlk vicdani retçiler de mensubu oldukları dinin buyruklarını gerekçe göstererek dünyevi yasalara itaat etmeyen ve aynı dini paylaştıkları kişilerce dışlanmaktansa devletin zulmüne razı olan dini muhalifler şeklinde ortaya çıkmıştır.¹⁰

Dine dayalı vicdani retçilik en çok Hristiyanlıkta kendini göstermiştir. “Dağdaki Vaaz”¹¹, “sağ yanağınıza bir tokat atana öbür yanağınızı da çevirin,”¹² “düşmanlarınızı sevin”¹³ vb. pasifist öğütler, Hristiyanların savaşı ve askerliği reddetmesindeki asıl nedenler olmuştur. Hristiyanlıkta, her ne sebeple olursa olsun insan yaşamını sona erdirmenin kınanması Hristiyan dindarların askerliğe olan bakışını biçimlendirmiştir.¹⁴ Quaker, Menonit, Brethen, Dunker, Amiş ve Yehova'nın Şahitleri vicdani retçi Hristiyan mezheplerinden en bilinenlerdir.¹⁵

⁸ Murat Sevinç, “Türkiye’de ve Batı Demokrasilerinde, Vicdani Ret, Zorunlu Askerlik ve Kamu Hizmeti Seçeneği”, *Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi*, 2006, C. 61, S. 1, s. 301.

⁹ Dilan Mızrak, *Zorunlu Askerlik Hizmetine Karşı Vicdani Ret*, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara 2008, s. 40.

¹⁰ Ulrich Bröckling, “Çarklardaki Kum? 21. Yüzyılın Başında Vicdani Ret” (Çeviren Osman Murat Ülke), *Çarklardaki Kum: Vicdani Red, Düşünsel Kaynaklar ve Deneyimler* (Hazırlayan Özgür Heval Çınar/Coşkun Üsterci), İletişim Yayınları, İstanbul 2014, s. 70.

¹¹ İncil, Matta 5:1-12 (Bkz. <https://incil.info/arama/Matta+5:1-12>).

¹² İncil, Matta 5:39 (Bkz. <https://incil.info/arama/Matta+5:39>).

¹³ İncil, Matta 5:43-44: “‘Komşunu seveceksin, düşmanından nefret edeceksin’ dediğini duydunuz. Ama ben size diyorum ki, düşmanlarınızı sevin, size zulmedenler için dua edin.” (Bkz. <https://incil.info/arama/Matta+5:43-48>).

¹⁴ Sevinç, s. 301.

¹⁵ Özgür Heval Çınar, *Uluslararası İnsan Hakları Hukukunda Vicdani Red ve Türkiye* (Çeviren Defne Orhun), İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul 2014, s. 25, 26.

On Emir'den biri olan "öldürmeyeceksin" emri Musevi vicdani retçilerin asıl dayanağı olsa da Musevilik, Hristiyanlık kadar pasifist bir din olarak görülmemektedir.¹⁶ Haredi Musevileri ise İsrail'in kuruluşundan beri askerlik hizmetini reddetmektedirler.¹⁷

Uygurların da mensubu olduğu Maniheizm ve hâlâ dünyada çok sayıda mensubunun bulunduğu Budizm de savaş karşıtı dinler arasında sayılabilir.

Hristiyanlık ve Museviliğe kıyasla İslamiyet, önemli bir pasifist mirasa sahip olmayan bir din olarak değerlendirilmektedir.¹⁸ *Kur'an'* da öldürmek kınanmakla birlikte "haklı can alma" ve "haksız can alma" ayrımı önem taşımaktadır.¹⁹ Vicdani reddin diğer topluluklara kıyasla İslam dinine mensup topluluklarda pek kabul görmemesi İslam coğrafyasının farklılıklarıyla açıklanabilir²⁰ olsa da vicdani reddine dayanak olarak İslamiyeti gösteren retçiler de bulunmaktadır.²¹

¹⁶ C. Charles Moskos/John Chambers (Ed.), *The New Conscientious Objection: From Sacred to Secular Resistance*, Oxford University Press, 1993, s. 9. Moskos/Chambers daha doğru bir çevirinin "Thou shalt not murder" olduğunu söylemektedir. Gerçekten de İbranicede can almak kelimesini karşılayan "harag" (kill) ve "ratsach" (murder) şeklinde iki farklı kelime bulunmakta ve Altıncı Emir'de de "ratsach" geçmektedir. "Ratsach" kelimesinin kasten, kötü niyetli bir öldürme fiilini karşıladığı; cezaların karşılığı olarak ya da savaşta askerlerce gerçekleştirilen öldürmelerin bu kelimenin içine girmeyeceği söylenmektedir. Bu konuyla ilgili olarak bkz. <http://storage.cloversites.com/makinglifecountministriesinc/documents/Kill%20or%20Murder--6th%20Commandment.pdf> (Erişildiği Tarih: 05.05.2023).

¹⁷ Barış Esmer, *Türkiye'de ve Dünyada Vicdani Ret, Propaganda Yayınları*, 2012, s. 26.

¹⁸ Erik Jan Zürcher, "Hizmet Etmeyi Başka Biçimlerde Reddetmek: Osmanlı İmparatorluğu'nun Son Dönemlerinde Asker Kaçakçılığı" (Çeviren Mayıs İnan Aru), *Çarklardaki Kum: Vicdani Ret, Düşünsel Kaynaklar ve Deneyimler* (Hazırlayan Özgür Heval Çınar/Coşkun Üsterci), İletişim Yayınları, İstanbul 2014, s. 61.

¹⁹ *Ku'ran, İsra Suresi 33. Ayet*: "Haklı bir sebep olmadıkça, Allah'ın, öldürülmesini haram kıldığı cana kıymayın. Kim haksız yere öldürülürse, biz onun velisine yetki vermişizdir. Ancak o da (kısas yoluyla) öldürmede meşru ölçüleri aşmasın. Çünkü kendisine yardım edilmiştir." Bkz. <http://kuran.diyabet.gov.tr/mushaf/kuran-meal-1/isra-suresi-17/ayet-33/diyabet-isleri-baskanligi-meali-1> (Erişildiği Tarih: 05.05.2023).

²⁰ Esmer, s. 26.

²¹ Vicdani retçi Mehmet Ali Başaran'ın açıklaması için bkz. <https://www.haberturk.com/yasam/haber/955660-vicdani-retci-kimdir-ne-ister> (Erişildiği Tarih: 05.05.2023).

Din dışındaki ret sebepleri ise ahlaki, etik, politik, felsefi vb. sebepler olabilir. Dini saiklerle hareket eden kişi sorgulamadan dininin buyruklarını yerine getirme amacıyla askerliği reddetmekteydi; ancak vicdani reddin sekülerleşmesiyle birlikte devlet ve dayattığı zorundalık sorgulanır duruma gelmiştir. Burada kişi kendi değerlendirmesi ve sorgulaması sonucunda askerliği ret aşamasına ulaşmaktadır.

Pek çok farklı şekilde kendini gösterebilen din dışındaki saiklerle askerliği reddetme, özellikle Birinci Dünya Savaşı döneminde kendisini göstermiştir. Bu süreçte otoritesi giderek sorgulanmaya başlayan devletler seküler vicdani retçilere büyük tepki göstermeye başlamıştır. Dini gerekçelerle ret, toplum ve devlet bakımından daha kabul edilebilir gelmekteyken; retçilik, ahlaki, siyasal vb. nedenlerle yaygınlaşmaya başlayıp merkezine bireysel kanaatleri aldığı anda, birey ve devlet arasındaki çatışmalar şiddetlenmiştir.²²

Total vicdani retçiler, savaş ya da barış dönemi olması fark etmeksizin askeri sistemle doğrudan veya dolaylı ilgisi bulunan her türlü iş birliğini reddederler.²³ Dolayısıyla bu reddin kapsamına, günümüzde vicdani ret hakkının tanındığı devletlerin çoğunda kabul edilmiş olan alternatif sivil hizmet de girmektedir. Total vicdani retçiler her türlü savaşa karşı olduklarından, onlar için haklı ya da haksız savaş ayrımı da yapılamaz.

Seçici vicdani retçiler her türlü savaşa, askerlik hizmetine ya da şiddete değil belirli savaflara, askeri operasyonlara, silah kullanımına karşı çıkarlar.²⁴ Vietnam, Kore, Körfez ve Irak Savaşları'nda olduğu gibi çeşitli saiklerle bu ve benzeri savaflarda yer almak istemeyen vicdani retçiler bu kategoriye örnek olarak verilebilir. Burada birey bu savaflara karar veren devletin otoritesini sorgulamakta ve karşı tarafın haklılığını, kendi devletinin haksızlığını tartışmaktadır.²⁵

Yetkili organlarla iş birlikleri bakımından ise vicdani retçiler; silahsız askerlik hizmetini kabul edenler, alternatif sivil hizmeti kabul edenler ve hiçbir şekilde iş birliğine yaklaşmayanlar (total vicdani retçiler) olarak gruplandırılabilir.

²² Sevinç, s. 303.

²³ Çınar, s. 38, 39.

²⁴ Dilan Mızrak, "Zorunlu Askerlik Hizmetine Karşı Vicdani Ret ve Sivil İtaatsizlik", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 2015, S. 116, s. 121.

²⁵ Esmer, s. 27.

II. VİCDANİ REDDİN ORTAYA ÇIKIŞI VE GELİŞİMİ

Bilinen ilk vicdani retçi 21 yaşındaki Kuzey Afrikalı Hristiyan *Maximilian*'dir. *Maximilian* milattan sonra 295'te Roma ordusuna çağrıldığında askerlik hizmetini yerine getirmeyi reddetmiş ve idam edilmiştir.²⁶

Zamanla Roma İmparatorluğunda Musevilerin inançları dolayısıyla askerlik hizmetinden muaf tutulması²⁷, yine Roma İmparatorluğunda Hristiyanların orduya katılmalarının kendi hür iradelerine bırakılması, Roma Katolik Kilisesi tarafından savaşın günahkârlara karşı başvurulabilecek son çare olarak haklı görülebileceğini öne süren "*Haklı Savaş (Just War)*" doktrinin geliştirilmesi, her durumda güç kullanmayı ve askere katılmayı reddeden pasifist bazı Protestan grupların Hollanda'da ve Fransa'da askerlikten muaf tutulmaya başlanması²⁸ ve bu Protestan grupların vicdani retlerinin Amerikan kolonilerinde de kabul edilmeye başlanması²⁹ konuyla ilgili önemli gelişmelerdir.

Eski çağlardan beri çeşitli topluluklarda farklı biçimlerde kendini gösteren zorunlu askerliğin³⁰ Fransız İhtilali döneminde modern anlamda kurumsallaşmasıyla birlikte ise vicdani ret, Fransa'da zorunlu askerlik karşısında politik olarak daha çok önem kazanmaya ve örgütlü bir hal almaya başlamıştır.³¹

Birinci Dünya Savaşı süresince ise devletler dini pasifistlerin dışında çok sayıda politik vicdani retçinin varlığıyla da tanışmış ve çeşitli grupların kitlesel ve örgütlenmiş karşı çıkışıyla karşılaşmıştır.³²

Bu dönemde ve sonrasında vicdani reddin bir hak olarak tanınması genel olarak tarafsız devletlerle ve dini saiklerle sınırlı kalmış; geri kalan vicdani retçiler ise birçok ülkede ciddi yaptırımlara maruz kalmıştır.³³ Başta dini saiklere dayalı vicdani reddi bir hak olarak ta-

²⁶ Moskos/Chambers, s. 9.

²⁷ Moskos/Chambers, s. 9.

²⁸ Çınar, s. 24-26.

²⁹ Moskos/Chambers, s. 11.

³⁰ Zorunlu askerliğin tarihi gelişimi hakkında daha detaylı bilgi için bkz. Işıklar, s. 9-56.

³¹ Speck/Friedrich, s. 153.

³² Esmer, s. 49, 50.

³³ Mızrak, Vicdani Ret, s. 20.

nımayı problem etmeyen devletler, seküler vicdani retçilerle birlikte politikalarının ve egemenliklerinin sorgulandıklarını hissetmiş ve dini pasifistlere göstermiş oldukları hoşgörüyü diğer vicdani retçilere göstermemişlerdir.³⁴ Bu nedenle vicdani ret hakkını tanıyan devletler olduğu gibi uzun süre çeşitli yaptırımlarla vicdani retçileri sindirmeye çalışan devletler de olmuştur.

Vicdani reddin tekil bir eylem olmaktan çıkıp geniş halk kitlelerini etkilemeye başlaması ve vicdani redde ilişkin yasal düzenlemelerin artırılması İkinci Dünya Savaşı sonrası mümkün olabilmiş ve vicdani ret uluslararası hukuk çerçevesinde tartışılmaya başlanmıştır.³⁵ Vicdani retçilerin uğradıkları haksızlıklar uluslararası kuruluşların önüne taşınıp lehlerine karar çıktıkça daha fazla devlet vicdani ret hakkını tanımaya yönelik düzenlemeler yapmıştır.

BM İnsan Hakları Komisyonu 1980'li yıllardan itibaren verdiği kararlarda istikrarlı bir şekilde askerliği vicdanen reddetme hakkının din, düşünce ve vicdan özgürlüğü (Medeni ve Siyasi Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme m. 18)³⁶ hakkından kaynaklandığını belirtmiştir. İlk olarak 1987/46 No'lu İlke Kararı'yla üye devletleri vicdani ret hakkını bu özgürlük kapsamında tanımaya, alternatif hizmetleri düzenlemeye çağırılmış ve bu hakkın din dışı sebeplerle de ileri sürülebileceğini belirtmiştir.³⁷ Bu kararı benzer yönde başka kararlar takip etmiştir. İnsan

³⁴ Mızrak, "Sivil İtaatsizlik", s. 119.

³⁵ Mızrak, "Sivil İtaatsizlik", s. 119, 120.

³⁶ "1. Herkes düşünce, vicdan ve din özgürlüğüne sahip olacaktır. Bu hak, herkesin istediği dine ya da inanca sahip olması ya da bunları benimsemesi özgürlüğünü ve herkesin aleni veya özel olarak bireysel ya da başkaları ile birlikte toplu olarak, kendi din ya da inancını ibadet, icra, bunun icaplarını yerine getirme ya da öğretme bakımından ortaya koyma özgürlüğünü de içerir.

2. Hiç kimse, kendi seçtiği bir din ya da inanca sahip olma ya da bunu benimseme özgürlüğünü zedeleyecek bir baskıya maruz bırakılamaz.

3. Bir kimsenin kendi dinini veya inançlarını ortaya koyma özgürlüğüne ancak yasalarla belirlenen ve kamu güvenliğini, düzenini, sağlığını, ahlakını ya da başkalarının temel hak ve özgürlüklerini korumak için gerekli kısıtlamalar getirilebilir.

4. Bu Sözleşme'ye Taraf Devletler, ana-babaların ve uygulanabilir olan durumlarda, yasalarca saptanmış vasilerin, çocuklarına kendi inançlarına uygun bir dinsel ve ahlaki eğitim verme özgürlüklerine saygı göstermekle yükümlüdürler." (<https://www5.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/TBMM/d22/c016/tbmm22016089ss0150.pdf>, Erişildiği Tarih: 06.05.2023).

³⁷ Özlü, s. 515.

Hakları Komitesi ise bir süre vicdani ret hakkına ilişkin başvuruları Medeni ve Siyasi Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme m. 8/3.c.ii³⁸ ileri sürerek reddetmiş; ancak zaman içerisinde kararları, BM İnsan Hakları Komisyonu'nun kararlarına uyumlu bir hal almıştır.³⁹

Dolayısıyla bahsi geçen kararlarda Medeni ve Siyasi Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme m. 18'in yorumlanmasıyla vicdani ret hakkı tanınmıştır. Ancak Türkiye'nin söz konusu kararları dikkate almaması Birleşmiş Milletler'in Türkiye'ye yönelik uyarılarını artırmıştır. Birleşmiş Milletler Keyfi Tutukluluk Çalışma Grubu, vicdani retçi *Osman Murat Ülke* vakasını ele alarak *non bis in idem* ilkesinin çiğnendiğini ve tutuklamaların keyfi olduğunu belirten 2 No'lu Tavsiye Kararı'nı kabul etmiştir.⁴⁰ Din ve İnanç Özgürlüğü Özel Raportörü ise 1999 yılındaki Türkiye ziyaretinin ardından vicdani ret hakkına yönelik yasal düzenlemelerin yapılmasını öneren bir rapor (A/55/280/Add.1) düzenlemiştir.⁴¹

Avrupa Konseyi,⁴² Avrupa Konseyi Parlamenterler Meclisi'nin 26 Ocak 1967'de aldığı 337 sayılı kararla birlikte vicdani retle ilgilenen ilk Avrupa kurumu olmuştur.⁴³ Sonraki benzer kararlarda da bu karara atıfta bulunulmuştur.⁴⁴ Günümüzde askerlik hizmeti karşısında

³⁸ "(ii) Askeri nitelikteki herhangi bir hizmeti ve bu hizmete katılmayı vicdani bakımdan reddetme hakkının tanındığı ülkelerde de bu hakkı kullananlardan yasal olarak istenen herhangi bir ulusal hizmeti" (<https://www5.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/TBMM/d22/c016/tbmm22016089ss0150.pdf>, Erişildiği Tarih: 06.05.2023).

³⁹ Özlü, s. 516.

⁴⁰ Rachel Brett, "Askerlik Hizmetinin Vicdani Reddi ve Alternatif Hizmette Uluslararası Standartlar" (Çeviren Mayıs İnan Aru/Hülya Üçpınar), Çarklardaki Kum: Vicdani Ret (Hazırlayan Özgür Heval Çınar/Coşkun Üsterci), İletişim Yayınları, İstanbul 2014, s. 248.

⁴¹ Brett, s. 256, 257. Bahsi geçen rapor için bkz. <https://digitallibrary.un.org/record/425086#record-files-collapse-header> (Erişildiği Tarih: 06.05.2023).

⁴² Avrupa Konseyi organları ve AIHM kararları bakımından vicdani ret hakkının incelenmesi konusunda daha detaylı bilgi için bkz. Kasım Karagöz, "Komisyon ve Mahkeme Kararları Işığında Avrupa Konseyinde Vicdani Ret Hakkı", Prof. Dr. Atilla Özer'e Armağan, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2008, C. 12, S. 1-2.

⁴³ Friedhelm Schneider, "Vicdani Red Hakkında Avrupa Standartları ve Alternatif Hizmet" (Çeviren Mayıs İnan Aru), Çarklardaki Kum: Vicdani Red, Düşünsel Kaynaklar ve Deneyimler (Hazırlayan Özgür Heval Çınar/Coşkun Üsterci), İletişim Yayınları, İstanbul 2014, s. 268.

⁴⁴ Karagöz, s. 872.

vicdani reddin tanınması ve alternatif hizmetin tanıtılması Avrupa Konseyi'ne üyeliğe kabulde bir kriter olarak da ele alınmaktadır.⁴⁵

Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı'nın vicdani ret ve dolayısıyla da konumuz açısından en önem arz eden kısmı, "Özgürlükler" bölümünde yer alan ve "Düşünce, Vicdan ve Din Özgürlüğü"nü düzenleyen m. 10'dur. Bu hakkın uluslararası hukukta geçirdiği evrimin nihai bir sonucu olarak, nihayet vicdani ret hakkı "*Vicdani ret hakkı, bu hakkın kullanımını düzenleyen ulusal yasalar uyarınca, tanınmaktadır.*" denilmek suretiyle bir uluslararası insan hakları metninde açıkça tanınmıştır.

Avrupa Konseyi üye devletleri açısından bağlayıcı kararlar verme yetkisine sahip olan AİHM'in ise uzun yıllar boyunca vicdani reddi Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ("AİHS") kapsamında bir hak olarak değerlendirmedeği görülür.⁴⁶ Bu yaklaşımda özellikle AİHS m. 9'un⁴⁷ düşünce, vicdan ve din özgürlüğünü düzenlerken vicdani ret hakkına açıkça yer vermemesi ve m. 4/3-b'deki⁴⁸ düzenleme etkili olmuştur.

⁴⁵ Schneider, s. 268.

⁴⁶ Avrupa İnsan Hakları Komisyonu, konuyla ilgili incelediği ilk uyuşmazlıktan (Grandrath/Federal Almanya Cumhuriyeti, Başvuru No. 2299/64, 1966) 1990'lı yıllara kadar verdiği çeşitli kararlarında (bu yönde bkz. Autio/Finlandiya, Başvuru No. 17086/90, 1990; Julin/Finlandiya, Başvuru No. 17087/90, 1991) özetle; AİHS m. 9'un açıkça vicdani reddi düzenlemediğini, m. 4/3-b'nin özel hüküm niteliği taşıdığını belirterek uyuşmazlıkları m. 4/3-b kapsamında yorumlamış ve vicdani reddin tanınarak alternatif hizmetlerin getirilip getirilmemesi konusunun devletlerin takdirinde olduğunu belirtmiştir. 1998 yılında 11 No'lu Protokol'ün kabulünün ardından başvuruları inceleyen AİHM de Bayatyan Kararı'na kadar m. 4/3-b ile 9'u birlikte incelemeyi sürdürmüştür (Çınar, s. 166).

⁴⁷ "1. Herkes düşünce, vicdan ve din özgürlüğüne sahiptir; bu hak, din veya inanç değiştirme özgürlüğü ile tek başına veya topluca, kamuya açık veya kapalı ibadet, öğretim, uygulama ve ayin yapmak suretiyle dinini veya inancını açıklama özgürlüğünü de içerir.

2. Din veya inancını açıklama özgürlüğü, sadece yasayla öngörülen ve demokratik bir toplumda kamu güvenliğinin, kamu düzeninin, genel sağlık veya ahlakın ya da başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması için gerekli sınırlamalara tabi tutulabilir." (https://www.echr.coe.int/documents/convention_tur.pdf, Erişildiği Tarih: 06.05.2023).

⁴⁸ "Askeri nitelikli herhangi bir hizmet veya vicdani reddin meşru sayıldığı ülkelerde, vicdani reddi seçen kişilere zorunlu askerlik hizmeti yerine gördürülebilecek başkaca bir hizmet" (https://www.echr.coe.int/documents/convention_tur.pdf, Erişildiği Tarih: 06.05.2023).

Bu tartışmalar, kişiye ait dokunulmaz alan içerisinde devletin yerinin bulunmadığını öne süren vicdani retçi ile birtakım koşullar altında dinin veya inancın dışı vurumuna müdahale edebileceğini ileri süren devlet arasında dönmüştür.⁴⁹ AİHM'in bu yaklaşımına rağmen Avrupa Konseyi devletlerinin büyük bir kısmı, vicdani ret hakkı aleyhine kararların verildiği bu yıllarda iç hukuklarında bu hakkı tanıyıcı düzenlemeler getirmişlerdir.⁵⁰

AİHM uzun yıllar boyunca dar bir bakış açısıyla önüne gelen başvuruları değerlendirmiş ve vicdani reddi tanıma hususundaki takdir hakkını tamamen devletlere bırakmıştır. AİHM, kararlarıyla Avrupa Konseyi üyesi devletleri etkileyemese de sonunda üye devletlerin düzenlemeleri AİHM içtihadını etkilemeyi başarmıştır. Vicdani reddin hak olarak tanınmasında diğer uluslararası mekanizmaların hatta ulusal düzenlemelerin de gerisinde kalan AİHM için dönüm noktası içtihadını değiştirdiği *Bayatyan Kararı*⁵¹ olmuştur. Büyük Daire'nin 7 Temmuz 2011'de verdiği *Bayatyan Kararı*'yla⁵² Avrupa Konseyi üyeleri açısından bir anlamda vicdani ret hakkının önündeki son uluslararası engel de kaldırılmıştır.

Yehova'nın Şahidi olan başvuru zorunlu askerlik hizmeti yerine kamu hizmeti görmeyi talep etmiş; ancak Ermenistan'da o sırada böyle bir alternatif hizmetin olmaması nedeniyle hapis cezasına çarptırılmıştır. Başvuru, hakkındaki mahkûmiyet kararının AİHS m. 9'u ihlal ettiği gerekçesiyle başvuruda bulunmuş, Daire'nin ihlal bulunmadığını belirten kararı üzerine bu sefer de kararı Büyük Daire'nin önüne taşımıştır. AİHM kararında "*yaşayan canlı belge*" doktrini ışığında vicdani ret konusundaki uluslararası ve bölgesel düzeydeki güncel gelişmeleri değerlendirmiştir.⁵³ Bu değerlendirmenin sonucu olarak

⁴⁹ Çınar, s. 158.

⁵⁰ Avrupa Konseyi üyesi devletlerde vicdani retle ilgili düzenlemeler hakkında daha detaylı bilgi için bkz. https://www.ebco-beoc.org/sites/ebco-beoc.org/files/attachments/2022-03-21-EBCO_Annual_Report_2021.pdf (Erişildiği Tarih: 13.05.2023).

⁵¹ Bayatyan/Ermenistan, Başvuru No. 23459/03, 07.07.2011.

⁵² Bayatyan Kararı'nın detaylı bir incelemesi için bkz. Kerem Altıparmak, "Bayatyan'ın Görünmeyen Yüzü: Aşağılayıcı Muamelenin Alenileşmesi". Makaleye http://www.ihd.org.tr/images/pdf/4yargioneri/Bayatyan-Karari-Yorum_Kerem_Altiparmak.pdf sitesinden erişilebilir (Erişildiği Tarih: 06.05.2023).

⁵³ Çınar, s. 173.

da m. 4 ve 9 arasındaki bağlantıyı kırarak vicdani reddi tek başına m. 9 kapsamında bir hak olarak değerlendirmiştir.⁵⁴

III. TÜRKİYE'DE VICDANİ RET

A. Tarihsel Süreç ve AİHM'e Konu Olan Davalar

Birinci Dünya Savaşı dönemindeki asker kaçağı meselesi savaşın içindeki tüm devletler için bir sorun teşkil etmekteydi ve Osmanlı İmparatorluğu bu sorunu fazlasıyla yaşayan devletlerden biriydi. Müslüman olmayanların hatta Müslüman grupların bile bir kısmının askerlikten muaf tutulduğu Osmanlı İmparatorluğu'nda henüz savaş sona ermeden yaklaşık 300.000 asker kaçağının olduğu bilinmektedir.⁵⁵ Millî Mücadele döneminde de benzer şekilde asker kaçaklarıyla mücadele edilmek durumunda kalınmıştır.⁵⁶

Sayıları inanılmaz boyutlara ulaşan tüm bu asker kaçaklarının vicdani retçi olduklarını ya da en azından vicdani retçilerin genel olarak dayandıkları saiklerle hareket ettiklerini söylemek elbette mümkün değildir. Ancak en azından, ordu-millet anlayışına, askerliğin kutsal sayılmasına ve çoğunluğu tarafından benimsenen İslamiyet inancının açık emirlerine⁵⁷ rağmen askerlik hizmetinden kaçınma kavramının bu topraklarda pek de yeni olmadığı söylenebilir. Ancak yine de Türkiye'nin, genel anlamda vicdani retle olan ilişkisi diğer devletlere kıyasla daha geç başlamıştır.

Türkiye bu kavramla ilk kez 1990 yılında *Tayfun Gönül* ve *Vedat Zincir*'in *Sokak Dergisi*'nde askerliği reddettiklerini duyurmasıyla tanışmış⁵⁸ ve bu açıklamalar kısa sürede büyük bir yankı uyandırmış-

⁵⁴ Özlü, s. 521, 522.

⁵⁵ Zürcher, s. 60, 61.

⁵⁶ Zürcher, s. 63.

⁵⁷ Kur'an, Enfal Suresi, 15-16. Ayet: "Ey Müminler! İnkâr edenlerle savaşta karşı karşıya gelince onlara arkanızı dönüp kaçmayın. Kim savaş için yer değiştirmek veya başka bir birliğe katılmak amacıyla olmaksızın savaş sırasında düşmana arkasını dönüp kaçarsa Allah'ın öfkesine uğramış olur, onun varacağı yer cehennemdir, ne kötü bir son!"

⁵⁸ Coşkun Üsterci/Uğur Yorulmaz, "Türkiye'de Vicdani Red", Çarklardaki Kum: Vicdani Red, Düşünsel Kaynaklar ve Deneyimler (Hazırlayan Özgür Heval Çınar/Coşkun Üsterci), İletişim Yayınları, İstanbul 2014, s. 217.

tır. 1992’de Savaş Karşıtları Derneği’nin kurulmasıyla birlikte vicdani redde yönelik çalışmalar daha görünür olmuş ve ilk açıklamaları hızla başka vicdani retçilerin açıklamaları takip etmiştir.⁵⁹

Türkiye’deki vicdani ret açıklamaları bir yandan artmaya devam etse de iç hukukta herhangi bir olumlu hareketlenme görülmemiştir. Talepleri bir hak olarak düzenlenmeyip aksine kendilerine yönelik cezalandırmalar artarak devam edince vicdani retçiler bu sefer davalarını AİHM’e taşımaya başlamıştır. Vicdani retçi *Osman Murat Ülke*’nin başvurusuyla⁶⁰ başlayan AİHM süreci *Yunus Erçep*, *Fethi Demirtaş*, *Halil Savda*, *Mehmet Tarhan* ve *Çağlar Buldu*’nun başvurularıyla⁶¹ devam etmiştir. Başvurucular arasında *Yunus Erçep* ve *Fethi Çiçek* gibi Yehova’nın Şahidi oldukları gerekçesiyle askerliği reddeden dini pasifistler yer aldığı gibi tamamen din dışı saiklere sahip kişiler de yer almaktaydı.

Osman Murat Ülke aldığı sekiz ayrı mahkûmiyet kararıyla toplam 701 gün hapis cezasına çarptırılmış ardından da AİHS m. 3, 5, 8 ve 9’un ihlal edildiği gerekçesiyle AİHM’e başvurmuştur. *Bayatyan Kararı*’ndan öncesine denk gelen bu başvuruda AİHM, m. 9 yönünden bir inceleme yapmamıştır. Ancak AİHM, vicdani retle ilgili olarak AİHS m. 3’te düzenlenen işkence yasağının ihlal edildiği tespitinde bulunmuş ve başvurucunun defalarca mahkûm edilmesinin kendisinde bir korku ve ıstırap uyandırabileceğini bu durumun da kişiyi küçük düşürüp itibarsızlaştırarak yaralayabileceğini ifade etmiştir.⁶²

Ülke davasında AİHM’nin bir diğer önemli tespiti ise “sivil ölüm” ifadesi olmuştur. AİHM “... başvuran aleyhinde sürdürülmüş olan çok sayıda cezai kovuşturma, bunların sonucunda giydiği hükümlerin birikmiş sonuçları, kovuşturma ve mahkûmiyetlerin birbirini sürekli olarak izlemesi ve kovuşturmaların ömür boyu devam etme ihtimali dikkate alındığında, bu yaptırımları askerlik hizmetinin yerine getirilmesi amacıyla orantısız bul-

⁵⁹ Üsterci/Yorulmaz, s. 218, 219.

⁶⁰ Ülke/Türkiye, Başvuru No. 39437/98, 24.01.2006.

⁶¹ Erçep/Türkiye, Başvuru No. 43965/04, 22.11.2011; Fethi Demirtaş/Türkiye, Başvuru No. 37819/03, 10.01.2012; Savda/Türkiye, Başvuru No. 42730/05, 12.06.2012; Tarhan/Türkiye, Başvuru No. 9078/06, 17.07.2012; Buldu ve Diğerleri/Türkiye, Başvuru No. 14017/08, 03.06.2014.

⁶² Çınar, s. 171.

maktadır. Sözü edilen uygulamalar daha ziyade başvurunun düşünsel kişiliğini bastırmakta, başvuranda korku, sıkıntı, alçalma ve küçük düşmeyle birlikte hiçlik duygusu uyandırmakta, direncini ve isteğini kırmaktadır. Başvurunun gizlenerek yaşamaya hatta “sivil ölüm” olarak tabir edilebilecek bir yaşantıyı sürmeye zorlanması demokratik bir toplumdaki cezalandırma rejimine uygun değildir.”⁶³ demek suretiyle vicdani retçilere yönelik tekrarlanan yaptırımların haksızlığına ve orantısızlığına değinmiştir.

AİHM, *Bayatyan Kararı*’yla içtihadını değiştirdikten sonra önüne gelen başvurularda Türkiye’nin AİHS m. 9’u ihlal ettiğine karar vermiştir. Yine “sivil ölüm” ifadesini de kullanmaya devam etmiştir. AİHM, Türkiye’de alternatif hizmet seçeneği olmaksızın kişilere zorunlu askerliğin dayatılmasının ve sonu gelmeyen cezai yaptırımların uygulanmasının vicdani retçileri sivil ölüme mahkûm ettiğini defalarca yinelemiştir.⁶⁴

AİHM’in ihlal kararları sonrası vicdani retçiler tarafından Anayasa Mahkemesi’ne yapılan başvurular ise uzun yıllar geçmesine rağmen henüz sonuçlanmamıştır. Anayasa Mahkemesi’nin bu yaklaşımı ve aşağıda değinileceği üzere vicdani reddin tanınmasına yönelik olarak herhangi bir düzenleme yapılmaması Türkiye’ye yönelik eleştirileri artırmaktadır.⁶⁵

B. İç Hukuk

Anayasa’daki Düzenlemeler

1982 Anayasası’nın “Vatan Hizmeti” başlıklı 72. maddesine göre: “Vatan hizmeti, her Türkün hakkı ve ödevidir. Bu hizmetin Silahlı Kuvvetlerde veya kamu kesiminde ne şekilde yerine getirileceği veya getirilmiş sayılacağı kanunla düzenlenir”.

1982 Anayasası’ndaki bu düzenlemenin 1961 Anayasası’ndaki karşılığı m. 60’a denk gelmektedir. 1961 Anayasası m. 60, 20.09.1971 tarihinde değişikliğe uğramadan önce “*Milli Savunma Hak ve Ödevi*”

⁶³ Ülke/Türkiye Kararı’nın Dışişleri Bakanlığı Avrupa Konseyi ve İnsan Hakları Genel Müdür Yardımcılığı tarafından yapılan özet çevirisi, s. 7.

⁶⁴ Çınar, s. 184.

⁶⁵ Bkz. <https://inancozgurlugugirisimi.org/turkiyede-askerlik-hizmetine-karsi-vicdani-ret-raporu/> (Erişildiği Tarih: 06.05.2023).

başlığını taşımaktaydı. Düzenlemenin ilk haline göre: *“Yurt savunmasına katılma, her Türkün hakkı ve ödevidir. Bu ödev ve askerlik yükümü kanunla düzenlenir”*. 20.09.1971 tarihli değişiklikle birlikte m. 60 *“Vatan Hizmeti”* başlığını alarak *“Vatan Hizmeti, her Türkün hakkı ve ödevidir. Bu ödevin, Silahlı Kuvvetlerde veya kamu hizmetlerinde ne şekilde yerine getirileceği kanunla düzenlenir”* şeklinde düzenlenmiştir.

Görüleceği üzere daha baskıcı ve kazuistik olarak nitelendirilen 1982 Anayasası’nda, daha özgürlükçü olarak nitelendirilen 1961 Anayasası’nın⁶⁶ vatan hizmetine ilişkin son düzenlemesinin esas alınması uygun görülmüş ve hatta bu düzenlemeye *“yerine getirilmiş sayılacağı”* gibi oldukça önemli bir ibarenin eklenmesi de tercih edilmiştir. Kanun koyucu tarafından yapılan bu tercih dikkate değerdir. Zira m. 72’nin gerekçesinde⁶⁷ de bu bilinçli değişiklik için *“... vatan ödevinin yerine getirilmiş sayılacağı hallerin gelecekte kanunlarla düzenlenmesine imkân vermek”*ten bahsetmektedir.

Anayasa’nın sistematigi’nden ve amaçsal yorumdan hareketle zorunlu askerliğin anayasal bir gereklilik olduğunu söylemek mümkün değildir.⁶⁸ Ancak Anayasa’nın açık hükmüne rağmen aşağıda da detaylıca inceleneceği üzere 7179 sayılı Askeralma Kanunu’ndaki düzenlemeyle birlikte vatan hizmeti, sadece Türkiye Cumhuriyeti’nin erkek

⁶⁶ Ergun Özbudun, *Türk Anayasa Hukuku*, Yetkin Yayınları, Ankara 2018, s. 57-69.

⁶⁷ Maddenin tam gerekçesi aşağıdaki şekildedir:

“Vatan hizmetini düzenleyen Danışma Meclisi’nin kabul ettiği 81 inci maddede yer alan “... ne şekilde yerine getirileceği” deyimini “... ne şekilde yerine getirileceği veya getirilmiş sayılacağı” şeklinde değiştirilmiştir. Yabancı ülkelerde işçi sıfatı ile çalışmakta olan ve oturma hakkına sahip bulunan askerlik yükümlüsü işçilerin, belli miktarda yabancı ülke parasını ödemeleri ve iki aylık askerlik temel eğitime tâbi tutulmaları suretiyle, vatan ödevini yerine getirmiş sayılacakları kabul edilmektedir. Buna benzer şekilde vatan ödevinin yerine getirilmiş sayılacağı hallerin gelecekte kanunlarla düzenlenmesine imkân vermek ve kanun koyucuya bu yönden ışık tutmak amacıyla maddede gerekli değişiklik yapılmıştır”.

⁶⁸ Osman Can, *“Vicdani Redde Anayasal Bakış”*, *Hukuk Gündemi Dergisi*, 2006, S. 4, s. 12. Aksi yönde bir görüş için bkz. Ömer Faruk Eminağaoğlu, *“Özgürlük ve Vatan Hizmeti”*, *Radikal Gazetesi*, 22.08.2005. Ancak eski bir Cumhuriyet Savcısı olan Eminağaoğlu Anayasa’daki vatan hizmeti kavramının askerlik hizmetini kastettiğini ileri sürmekle birlikte vicdani retçilerin zorla askerlik hizmetine tabi tutulmalarının vicdan özgürlüğünü kısıtlaması sebebiyle Anayasa’ya aykırı olduğunu da belirtmektedir. Yine Eminağaoğlu’na göre vicdan özgürlüğünün mutlaklığı karşısında vicdani retçilerin askerlikten muaf tutulmasının eşitlik ilkesine aykırı olduğu da söylenemez.

vatandaşları bakımından zorunlu askerlik hizmetiyle sınırlı tutulmuştur. Oysa Anayasa silahlı kuvvetlerde vatan hizmetinin yerine getirilmesinin tek yol olmadığını, vatan hizmetinin alternatifli olarak yerine getirilecek şekilde düzenlenmesi gerektiğini ifade etmektedir.⁶⁹

Anayasaların her şeyi düzenlememesi gerektiği, bazı konuların içeriklerinin kanun koyucu tarafından kendi takdir yetkisiyle düzenlenmesi gerektiği doğrudur. Ancak bu durumda da kanun koyucunun yapacağı düzenlemelerin her zaman için Anayasa'ya uygun olması gerekmektedir. Oysa kanun koyucu vatan hizmetine ilişkin düzenleme yaparken Anayasa'da tanınan vatan hizmetinin başka şekilde de görülebilmesi olanağını, anayasal herhangi bir dayanak olmadan daraltmıştır.⁷⁰ Vicdani kanaat özgürlüğünü düzenleyen Anayasa maddeleri de yine kanun koyucunun takdirini sınırlandırmaktadır. Anayasa m. 15/2, 24 ve 25'e göre vicdan özgürlüğü mutlak ve dokunulmazdır.

Vicdani ret bakımından önem teşkil eden bir başka Anayasa hükmü ise m. 90/5'tir. Bu hükme göre: *"Usulüne göre yürürlüğe konulmuş Milletlerarası andlaşmalar kanun hükmündedir. Bunlar hakkında Anayasaya aykırılık iddiası ile Anayasa Mahkemesine başvurulamaz. Usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası andlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda milletlerarası andlaşma hükümleri esas alınır"*.

AIHM vicdani reddi sözleşme kapsamında inanç özgürlüğüne ilişkin bir hak olarak değerlendirmekte ve Anayasa m. 90/5 de tarafı olduğumuz AIHS'in kanunların üzerinde olduğunu açıkça ifade etmektedir.⁷¹ Bir uyuşmazlık halinde uluslararası antlaşmalara üstünlük tanınması gereken merciler de mahkemeler olacaktır.⁷²

Özetle, Türkiye'de vicdani reddin bir hak olarak tanınmasına yönelik yapılması gereken değişiklikler aslında pek bir zorluk içermemektedir. Zira 1982 Anayasası m. 72'de açıkça silahlı kuvvetlerin

⁶⁹ Can, s. 12.

⁷⁰ Özlü, s. 527.

⁷¹ Özlü, s. 528.

⁷² Özbudun, s. 231. Mahkemelerin vicdani reddi Anayasa m. 90 ve AIHS kapsamında yorumladıkları bazı kararları ve bu kararların değerlendirmeleri için bkz. Rana Göksu, "Yargılanan Vicdani Ret Hakkı", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 2017, S. 129, s. 51-54.

yanında kamu kesiminde de vatan hizmetinin yerine getirilebileceğini hatta yerine getirilmiş sayılabileceğini düzenlemektedir. Bu düzenleme, diğer devletlerde vicdani retçilere tanınan alternatif hizmet kavramına oldukça yakındır. Türkiye herhangi bir Anayasa değişikliğine gerek olmadan, aksine mevcut Anayasa'nın lafzına ve ruhuna uyarak aşağıda incelenecek Askeralma Kanunu'nda değişikliğe gitmelidir. Böylece Türkiye anayasal bir gerekliliğin yanında uluslararası anlamda üzerine düşen sorumluluklarını da yerine getirmiş olacaktır. Gerekli yasal değişiklikler yapılanaya kadar ise Anayasa m. 90/5'in benimsenerek AİHM içtihatları ışığında AİHS'nin uygulanması vicdani retçilere yönelik hak ihlallerinin önüne geçecektir.⁷³

Zorunlu ve Bedelli Askerliğe İlişkin Düzenlemeler

21.06.1927 tarihli ve 1111 sayılı mülga Askerlik Kanunu m. 1'e göre: *"Türkiye Cumhuriyeti tebaası olan her erkek, işbu kanun mucibince askerlik yapmağa mecburdur."* 2019 yılında Askerlik Kanunu'nu yürürlükten kaldıran 7179 sayılı Askeralma Kanunu ise m. 4/1'de yine benzer bir düzenleme getirmiştir: *"Türkiye Cumhuriyeti vatandaşı olan her erkek, askerlik hizmeti yapmaya mecburdur"*.⁷⁴

Kanun'un açık hükmü karşısında ve vatan hizmetine ilişkin başka bir düzenlemenin bulunmaması nedeniyle Türkiye'de vatan hizmetini yerine getirmekle sadece erkek vatandaşların zorunlu tutulduğu anlaşılmaktadır. Bu vatan hizmetinin yolu da Askeralma Kanunu'nda düzenlenen zorunlu askerlik hizmetinden geçmektedir.

Türkiye'deki bu zorunlu askerlik sistemi içerisinde karşımıza bir de "bedelli askerlik" kavramı çıkmaktadır. Bu kavram, askerlik hizmeti yükümlüsü kişinin ödeyeceği belirli bir ücret karşısında hizmet süresinin kısaltılması veya tamamen kaldırılması şeklinde tanımlanabilir.

Bedelli askerlik Osmanlıdan bu yana başvurulan bir sistemdir. Bu sisteme mülga Askerlik Kanunu'nun ilk halinde de yer verilmiş; ancak 1984 yılında kaldırılıp m. 10'da yeniden düzenlenerek idarenin ihtiyaç

⁷³ Özlü, s. 528.

⁷⁴ Askeralma Kanunu ile 16.06.1927 tarihli ve 1076 sayılı Yedek Subaylar ve Yedek Askeri Memurlar Kanunu da yürürlükten kaldırılmıştır.

halinde başvurabileceği bir sistem haline gelmiştir.⁷⁵ Bu değişiklikten itibaren bedelli askerlik sistemi Kanun'a eklenen geçici maddelerle dönem dönem uygulanmıştır.

Mülga Askerlik Kanunu'ndaki değişiklik sonrası bedelli askerlik sistemine ilk kez 1987 yılında *Turgut Özal* döneminde başvurulmuştur. 1992 yılında da bir geçici maddeyle düzenlenmiştir. Hem 1987 hem de 1992 yıllarında bu sisteme başvurulmasındaki ana neden kaçak ve bakaaya konumundaki kişilerin sayısının azaltılmasıdır. Ancak 1999 depremi sırasında bu sisteme başvurulmasındaki neden deprem sonrası acil ekonomik bir kaynak sağlamak olmuştur. 2011 ve 2014 yıllarında ise karşılaştırılan bedeli ödeyen kişiler herhangi bir temel eğitim de almadan askerlik hizmetinden muaf tutulmuştur.⁷⁶

Mülga Askerlik Kanunu döneminde son olarak ise 26.07.2018 tarihinde eklenen geçici m. 55'le birlikte bedelli askerliğe tekrar başvurulmuştur. Bu düzenlemeye göre asker yükümlüsü kişilerin bu hizmetten muaf tutulabilmesi için belirli bir tutarı ödemelerinin haricinde 21 günlük temel askerlik eğitimi de almaları gerekmektedir.

Askeralma Kanunu'nun kabul edilmesiyle birlikte ise bedelli askerlik devamlı hale getirilmiştir.⁷⁷ Askeralma Kanunu m. 9/1 uyarınca: *"İstekli ve askerliğe elverişli olanlardan Türk Silahlı Kuvvetlerinin ihtiyacı dikkate alınarak Bakanlıkça belirlenecek sayıda yükümlü, 240.000 gösterge rakamının ödemenin yapıldığı gün geçerli olan memur aylık katsayısı ile çarpımı sonucu bulunacak bedel tutarını silahaltına alınmadan önce Bakanlıkça belirlenecek sürede peşin ödemeleri ve bir aylık temel askerlik eğitimini tamamlamaları hâlinde askerlik hizmetini yerine getirmiş sayılırlar"*.

Dolayısıyla bahsi geçen düzenleme, Milli Savunma Bakanlığınca belirlenecek sayıda kişinin hem belirtilen tutarı ödemesini hem de bir aylık temel askerlik eğitimini tamamlamasını öngörmektedir. Bedelli askerlik için talepte bulunan kişi sayısının Milli Savunma Bakanlığınca belirlenen sayıdan fazla olması durumunda ise bedelli askerlikten yararlanacak kişiler Askeralma Kanunu m. 9/2 uyarınca kurayla belirlenmektedir.

⁷⁵ Işıklar, s. 196.

⁷⁶ <https://www.bbc.com/turkce/haberler-turkiye-44858799>; <https://www.cnnturk.com/turkiye/gecmisten-gunumuze-turkiyenin-bedelli-askerlik-tarihi?page=6> (Erişildiği Tarih: 07.05.2023).

⁷⁷ Bkz. Askeralma Kanunu m. 9.

Vicdani ret konusu dışında da bedelli askerlik hizmeti zorunlu askerlik hizmetiyle birlikte çokça tartışılmaktadır. Bedelli askerliği destekleyenler olduğu gibi eleştirenler de mevcuttur. Eleştirilerin bir kısmı, askerlikten muaf tutulmanın belirli bir bedelin ödenmesine bağlı tutulmasıyla bir eşitsizliğin yaratılmasına yöneliktir. Böylece ekonomik durumu daha kötü olan kişiler askere gitmek zorunda kalmaktadır.

Bedelli askerliğe ilişkin düzenlemeler Anayasa m. 10'a aykırı olduğu gerekçesiyle Anayasa Mahkemesi'ne de taşınmış; ancak Anayasa Mahkemesi söz konusu düzenlemelerde herhangi bir ihlal görmemiştir.⁷⁸

Tartışmaların bir kısmı ise vicdani retle ilgili olarak gerçekleşmektedir. Bedelli askerlik sistemine olan ihtiyaç insanların şu ya da bu sebeple askerlik hizmetini yerine getirmek istemediklerini göstermektedir. Bu kişiler genel olarak zorunlu askerlik kurumunun varlığına bir eleştiri yöneltmese de ekonomik, mesleki, akademik vb. kaygılarla asker olmak istememekte, mesleki hayatlarına devam etmelerinin hem kendileri hem de toplum için daha iyi olduğunu düşünmektedir. Devlet ise asker kaçaklarının sayısını azaltmak, ekonomik bir kaynak elde etmek ve asker fazlası durumunu önlemek için sayıları yüz binleri bulan bu kişilerin isteklerini kabul etmektedir. Ancak vicdani kanaatleri gereği askerlik hizmetini yerine getirmek istemeyen kişilerin talepleri üzerinde durulmamaktadır.

Türkiye'deki bedelli askerlik sisteminin, diğer devletlerdeki alternatif sistemlere karşılık gelebileceğini söylemek mümkün değildir. Zira bedelli askerlikte ödenen bedel yine askerlik kurumuna karşılık olarak ödenmekte dolayısıyla sivil bir nitelik taşımamakta ve kısa süreli de olsa kişi temel bir askerlik eğitiminden geçmektedir.⁷⁹ Bu nedenle zorunlu askerlik sisteminin alternatiflerinin şu an için Türkiye'de olduğu şekliyle bedelli askerlik sistemiyle sınırlandırılmaması, vicdani retçilerin taleplerinin de uluslararası yükümlülüklerle uygun olarak dikkate

⁷⁸ Bu yöndeki Anayasa Mahkemesi kararları için bkz. 2001/73 E., 2004/12 K. 11.02.2004 T.; 2015/12 E., 2015/15 K., 18.02.2015 T.; 2016/5 E., 2016/152 K., 07.09.2016 T.

⁷⁹ Kaldı ki Askeralma Kanunu m. 9.6 uyarınca "yoklama kaçağı, saklı veya bakaya olanlar" bedelli askerlikten de yararlanamamaktadır.

alınması gerekmektedir. Henüz buna yönelik bir gelişme olmasa da zaman zaman tek tip askerlik şeklinde profesyonel orduya geçilebileceği yönünde askeri kaynaklardan açıklamalar yapılmaktadır.⁸⁰ Ancak yine de ne bedelli askerlik düzenlemelerinin getirileceği sırada ne de askerlik sisteminin kalıcı olarak değiştirilmesine yönelik bu açıklamalarda vicdani retçilerin durumuna değinilmiştir.

IV. VİCDANİ RETÇİLERİN KARŞILAŞTIĞI YAPTIRIMLAR

Türkiye'deki vicdani retçilere, ret hareketinin ortaya çıktığı ilk zamanlardan beri çeşitli suçlar isnat edilmektedir. Aynı zamanda eylemleri neticesinde kendilerine çeşitli disiplin işlemleri de uygulanmaktadır.

Vicdani retçilerin yargılandıkları suçların başında 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu ("TCK") m. 318'deki "halkı askerlikten soğutma"⁸¹ ve 319'daki "askerleri itaatsizliğe teşvik" suçları gelmektedir. Bu suçların yanında orduya yönelik eleştiriler TCK m. 216'daki "halkı kin ve düşmanlığa tahrik veya aşağılama" ve 301'deki "Türklüğü, Cumhuriyeti, devletin kurum ve organlarını aşağılama" suçları kapsamında değerlendirilebilmektedir.⁸²

Yine Askeri Ceza Kanunu'ndaki çeşitli maddeler nedeniyle de vicdani retçiler yargılanabilmektedir.⁸³ Askeri Ceza Kanunu m. 45 ise "*Bir şahsın hareketini vicdanına veya dinine göre lazım saymış olması, yapmak veya yapmamakla vukua gelen bir cezayı mucip olmasına mani teşkil etmez*" demek suretiyle açıkça vicdani reddin askerlik hizmetini yerine getirmemek için bir neden olamayacağını ve verilecek bir cezayı ortadan kaldırmayacağını düzenlemiştir.

⁸⁰ Milli Savunma Bakanı Hulusi Akar'ın ve Cumhurbaşkanlığı sözcüsü İbrahim Kalın'ın bu yöndeki açıklamaları için bkz. <https://www.haberturk.com/kalici-bedelli-askerlik-nedir-askerlik-dusecek-mi-iste-son-durum-2177548>; <http://www.milliyet.com.tr/akar-dan-kararlilik-vurgusu--siyaset-2713226/> (Erişildiği Tarih: 07.05.2023).

⁸¹ TCK m. 318 ve özel olarak vicdani ret kapsamında incelemesi hakkında detaylı bilgi için bkz. Gökçe Serim, "Vicdani Ret ve Halkı Askerlikten Soğutma Suçu", *Ankara Barosu Dergisi*, 2021, S. 2, s. 145 vd.

⁸² Hülya Üçpınar, "Türkiye'de Vicdani Reddin Suç ve Ceza Konusu Olması ve Sonuçları", *Çarklardaki Kum: Vicdani Red, Düşünsel Kaynaklar ve Deneyimler* (Hazırlayan Özgür Heval Çınar/Coşkun Üsterci), İletişim Yayınları, İstanbul 2014, s. 327.

⁸³ Bkz. Askeri Ceza Kanunu m. 63, 66, 87/1, 93, 94.

Bu cezaların uygulanması ve yargılama aşamalarında ciddi sıkıntılar yaşanmaktadır. En büyük sorunlardan biri *non bis in idem* ilkesinin ihlal edilerek vicdani retçilerin aynı suçtan tekrar tekrar cezalandırılmalarıdır. Oysa vicdani retçilerin eylemleri aslında farklı kasıtlar içermemekte, her aşamada “*askerlik yapmama*”ya dair iradeleri teklik ve süreklilik göstermektedir.⁸⁴ Türkiye’nin AİHM’e konu olan davaları kısmında belirtildiği üzere AİHM tarafından da bu ihlale birçok davada değinilmiş ve Türkiye’nin vicdani retçileri “*sivil ölüm*”e mahkûm ettiği tespitinde bulunulmuştur.

Bir başka büyük sorun ise vicdani retçilerin korkak ve vatan haini olarak görülmeleri nedeniyle diğer mahkûmlar ve cezaevi görevlileri tarafından şiddete uğramalarıdır.⁸⁵ Vicdani retçi *Mehmet Tarhan* da hem vicdani ret açıklamaları hem eşcinsel olması nedeniyle onur kırıcı davranışlara en çok maruz kalan retçilerden biri olmuştur.⁸⁶

Türkiye uluslararası yükümlülüklerini yerine getirmediği, Anayasa’da tanınan hakkı düzenlemediği ve Anayasa Mahkemesi vicdani retle ilgili beklenen kararları vermediği sürece vicdani retçilerin bu cezai yaptırımlarla⁸⁷ karşılaşmaya devam edecekleri görülmektedir.

SONUÇ

Farklı motivasyon kaynaklarına sahip olsa da vicdani retçiler genel olarak, askerlik hizmetini yerine getirmeyi reddetmektedirler. Bi-reyin vicdani kanaati bu hizmeti yerine getirmesine engel olmakta, bu nedenle savaşa ve askerliğe bir karşı çıkış göstermektedir. Bu kanaat dini sebeplerden kaynaklanabileceği gibi tamamen politik sebeplerden de kaynaklanabilmektedir.

⁸⁴ Üçpınar, s. 330.

⁸⁵ Çınar, s. 251. Uluslararası Af Örgütü’nün Türkiye’deki vicdani retçilere yönelik suçlamalara ve şiddete ilişkin yapmış olduğu kamuoyu açıklaması için bkz. <https://www.amnesty.org/download/Documents/40000/eur440132010tr.pdf> (Erişildiği Tarih: 07.05.2023).

⁸⁶ Can Başkent, *Vicdani Ret Yazıları, Federe Yayınları, İstanbul 2010, s. 38, 39.*

⁸⁷ Bu yönde yakın tarihli bazı haberler için bkz. <https://vicdaniret.org/vicdani-retci-alpaslan-kayaya-askere-gitmedigi-icin-ceza-verildi/>; <https://vicdaniret.org/vicdani-retcilere-ceza-yagmaya-devam-ediyor-firari-vicdani-retciye-verilen-ceza-onandi/> (Erişildiği Tarih: 07.05.2023).

En az savaş kadar eski olan bu karşı çıkış hareketinin tüm dünyada çok kolay bir şekilde benimsendiğini söyleyemeyiz. Ancak gelinen aşama itibariyle neredeyse tüm demokratik devletlerin kanaat özgürlüğüne saygı göstererek vicdani reddi bir hak olarak düzenlediği görülmektedir. Artık uluslararası mahkemeler ve kuruluşlar bakımından da vicdani reddin bir hak olduğu konusunda bir uzlaşma hakimdir.

Devletler zorunlu askerlik hizmetini ya tamamen kaldırarak ya da alternatif hizmetler getirerek kişilerin vicdani kanaatlerine uygun davranabilmelerinin önünü açmaktadır. Bu hakkın sağlanması bakımından hiçbir sorunun kalmadığı tam olarak söylenemez. Ancak en azından dünyanın büyük bir bölümü bu sorunları telafi edebilir ve kaldırabilir bir eşiktir.

Bu eşğin gerisinde olan Türkiye içinse aynı şeyleri söyleyebilmek mümkün değildir. Uluslararası alanda alınan tüm bu yola karşın Türkiye vicdani reddi bir hak olarak düzenlemekten kaçınmaktadır. Kısa da olsa temel bir askerlik eğitimini de içeren mevcut bedelli askerlik düzenlemelerinin diğer devletlerdeki alternatif sistemlere karşılık gelebileceğini söylemek mümkün değildir. Oysa gerekli düzenlemelerin yapılabilmesi için bir Anayasa değişikliğine bile gerek yoktur. Zira mevcut Anayasa vicdani reddin bir hak olarak tanınmasına ve alternatif hizmetin getirilmesine uygundur. Mevcut sorunların asıl kaynağı Askeralma Kanunu'dur.

Bununla birlikte vicdani retçiler halkı askerlikten soğutma vb. suçlar karşısında sonu gelmez soruşturmalara, yargılamalara ve cezalandırılmalara maruz bırakılarak bir kısır döngünün içine girmektedir.

Anayasa'da geçen vatan hizmetinin birçok farklı şekilde gerçekleştirilmesi mümkün olduğundan, zorunlu askerlik yerine alternatif bir hizmetin getirilmesine dahi gerek yoktur. Aşamalı bir geçiş öngörülebilecekse de getirilecek alternatif hizmetin herkesi kapsayıcı ve tamamen sivil nitelikli olması gerekir. Bununla birlikte vicdani retçilerin, vicdani kanaatleri nedeniyle cezalandırılmalarının önüne geçebilmek için ceza kanunlarında da değişiklik yapılmalıdır.

Kaynakça

Kitaplar

- Başkent Can, Vicdani Ret Yazıları, Federe Yayınları, İstanbul 2010.
- Brett Rachel, "Askerlik Hizmetinin Vicdanen Reddi ve Alternatif Hizmette Uluslararası Standartlar" (Çeviren Mayıs İnan Aru/Hülya Üçpınar), Çarklardaki Kum: Vicdani Red (Hazırlayan Özgür Heval Çınar/Coşkun Üsterci), İletişim Yayınları, İstanbul 2014, s. 247-265.
- Bröckling Ulrich, "Çarklardaki Kum? 21. Yüzyılın Başında Vicdani Ret" (Çeviren Osman Murat Ülke), Çarklardaki Kum: Vicdani Red, Düşünsel Kaynaklar ve Deneyimler (Hazırlayan Özgür Heval Çınar/Coşkun Üsterci), İletişim Yayınları, İstanbul 2014, s. 69-78.
- Çınar Özgür Heval, Uluslararası İnsan Hakları Hukukunda Vicdani Red ve Türkiye (Çeviren Defne Orhun), İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul 2014.
- Esmer Barış, Türkiye'de ve Dünyada Vicdani Ret, Propaganda Yayınları, 2012.
- Işıklar Celal, Dünyada ve Türk Hukukunda Zorunlu Askerlik ve Vicdani Ret, Adalet Yayınları, Ankara 2011.
- Moskos C. Charles/Chambers John, The New Conscientious Objection: From Sacred to Secular Resistance, Oxford University Press, 1993.
- Özbudun Ergun, Türk Anayasa Hukuku, Yetkin Yayınları, Ankara 2018.
- Schneider Friedhelm, "Vicdani Red Hakkında Avrupa Standartları ve Alternatif Hizmet" (Çeviren Mayıs İnan Aru), Çarklardaki Kum: Vicdani Red, Düşünsel Kaynaklar ve Deneyimler (Hazırlayan Özgür Heval Çınar/Coşkun Üsterci), İletişim Yayınları, İstanbul 2014, s. 267-272.
- Speck Andreas/Friedrich Rudi, "Dünyada Vicdani Red Hareketi Deneyimleri" (Çeviren Mayıs İnan Aru), Çarklardaki Kum: Vicdani Red, Düşünsel Kaynaklar ve Deneyimler (Hazırlayan Özgür Heval Çınar/Coşkun Üsterci), İletişim Yayınları, İstanbul 2014, s. 153-164.
- Üçpınar Hülya, "Türkiye'de Vicdani Reddin Suç ve Ceza Konusu Olması ve Sonuçları", Çarklardaki Kum: Vicdani Red, Düşünsel Kaynaklar ve Deneyimler (Hazırlayan Özgür Heval Çınar/Coşkun Üsterci), İletişim Yayınları, İstanbul 2014, s. 313-334.
- Üsterci Coşkun/Yorulmaz Uğur, "Türkiye'de Vicdani Red", Çarklardaki Kum: Vicdani Red, Düşünsel Kaynaklar ve Deneyimler (Hazırlayan Özgür Heval Çınar/Coşkun Üsterci), İletişim Yayınları, İstanbul 2014, s. 217-231.
- Zürcher Erik Jan, "Hizmet Etmeyi Başka Biçimlerde Reddetmek: Osmanlı İmparatorluğu'nun Son Dönemlerinde Asker Kaçakçılığı" (Çeviren Mayıs İnan Aru), Çarklardaki Kum: Vicdani Red, Düşünsel Kaynaklar ve Deneyimler (Hazırlayan Özgür Heval Çınar/Coşkun Üsterci), İletişim Yayınları, İstanbul 2014.

Makaleler

- Can Osman, "Vicdani Redde Anayasal Bakış", *Hukuk Gündemi Dergisi*, 2006, S. 4, s. 12-15.
- Eren Abdurrahman, "Türk Hukukunda Vicdani Ret", *Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi*, 2006, C. 61, S. 3, s. 103-130.
- Göksu Rana, "Yargılanan Vicdani Ret Hakkı", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 2017, S. 129, s. 37-62.
- Karagöz Kasım, "Komisyon ve Mahkeme Kararları Işığında Avrupa Konseyinde Vicdani Ret Hakkı", Prof. Dr. Atilla Özer'e Armağan, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2008, C. 12, S. 1-2, s. 865-906.
- Majot Marie-France, "Conscientious objection and international law: A human right?", *Case Western Reserve Journal of International Law*, 1992, Vol. 24, s. 349-378.
- Mızrak Dilan, "Zorunlu Askerlik Hizmetine Karşı Vicdani Ret ve Sivil İtaatsizlik", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 2015, S. 116, s. 113-134. ("Sivil İtaatsizlik")
- Özlü Ezgi, "Askerlik Hizmetine İlişkin Vicdani Ret Hakkı", Doç. Dr. Melike Batur Yamaner'in Anısına Armağan, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2014, C. 1, S. 1, s. 505-536.
- Serim Gökçe, "Vicdani Ret ve Halkı Askerlikten Soğutma Suçu", *Ankara Barosu Dergisi*, 2021, S. 2, s. 117-170.
- Sevinç Murat, "Türkiye'de ve Batı Demokrasilerinde, Vicdani Ret, Zorunlu Askerlik ve Kamu Hizmeti Seçeneği", *Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi*, 2006, C. 61, S. 1, s. 297-322.
- Speck Andreas, "Dünyada Çağdaş Red ve Red Hareketlerinin Ana Hatları: Savaş Karşısı Uluslararası Hareket İçinde Red", *Birikim: Aylık Sosyalist Kültür Dergisi*, 2006, S. 207, s. 42-54.

Mahkeme Kararları

- AİHM, Bayatyan/Ermenistan, Başvuru No. 23459/03, 07.07.2011.
- AİHM, Ülke/Türkiye, Başvuru No. 39437/98, 24.01.2006.
- AİHM, Ercep/Türkiye, Başvuru No. 43965/04, 22.11.2011.
- AİHM, Fethi Demirtaş/Türkiye, Başvuru No. 37819/03, 10.01.2012.
- AİHM, Savda/Türkiye, Başvuru No. 42730/05, 12.06.2012.
- AİHM, Tarhan/Türkiye, Başvuru No. 9078/06, 17.07.2012.
- AİHM, Buldu ve Diğerleri/Türkiye, Başvuru No. 14017/08, 03.06.2014.
- Anayasa Mahkemesi, 2001/73 E., 2004/12 K. 11.02.2004 T.
- Anayasa Mahkemesi 2015/12 E., 2015/15 K., 18.02.2015 T.
- Anayasa Mahkemesi 2016/5 E., 2016/152 K., 07.09.2016 T.

İnternet Kaynakları

Altıparmak Kerem, “Bayatyan’ın Görünmeyen Yüzü: Aşağılayıcı Muamelenin Alenileşmesi” (http://www.ihd.org.tr/images/pdf/4yargioneri/Bayatyan-Karari_Yorum_Kerem_Altiparmak.pdf).

<http://kuran.diyenet.gov.tr>

<http://storage.cloversites.com>

<http://www.ihd.org.tr>

<http://www.milliyet.com.tr>

<https://digitallibrary.un.org>

<https://inancozgurlugugirisimi.org>

<https://incil.info/>

<https://vicdaniret.org>

<https://www.amnesty.org>

<https://www.bbc.com>

<https://www.cnnturk.com>

<https://www.ebco-beoc.org>

<https://www.echr.coe.int>

<https://www.haberturk.com>

<https://www.washingtonpost.com>

<https://www5.tbmm.gov.tr>

Diğer Kaynaklar

Eminağaoğlu Ömer Faruk, “Özgürlük ve Vatan Hizmeti”, Radikal Gazetesi, 22.08.2005.

Mızrak Dilan, Zorunlu Askerlik Hizmetine Karşı Vicdani Ret, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara 2008. (Vicdani Ret)

ÇERÇEVE KANUNUN/MADDENİN İLGASI DEĞİŞTİRİLEN HÜKMÜ YÜRÜRLÜKTEN KALDIRIR MI?

DOES THE REPEALING OF THE FRAMEWORK LAW/ARTICLE
ABROGATE THE AMENDED PROVISION?

Celâl İŞIKLAR*

Özet: Kanunlar norm koyma tekniği açısından kod kanunlar ve çerçeve kanunlar olarak tasnif edilebilir. Bunlardan çerçeve kanun başka bir kanunda değişiklik yapar veya ona yeni bir hüküm ekler. Her kanun gibi çerçeve kanun veya maddeleri de başka bir kanunla ilga edilebilir. Bu takdirde bir sorun ortaya çıkmaktadır: Çerçeve hükmün ilgası, eklenen ve/veya değiştirilen hükmü yürürlükten kaldırır mı? Bazı idari yargı kararları bu doğrultudadır. Bu görüş sâdece metnin yayımlanarak varlık kazandığı aracı yâni Resmî Gazete'yi esas almaktadır. Bize göre, doğal olarak ve mantiken nakledilen hüküm taşındığı kanunun cüzü hâline gelir. Değişik hükmün yeniden değiştirilecek olursa doğrudan nakledildiği kanun dikkate alınır. Keza öteki kanunun tamamen ilgası hâlinde, çerçeve norm da yürürlükten kalkar. Çerçeve kanunun ilgasının değiştirilen hükümleri de ortadan kaldıracağına kabulü hukuk düzeninde kaosa yol açabilir. Nitekim yetkili idare değiştirilen kanunu dikkate almaktadır. Öte yandan Mevzuat Bilgi Sistemi'nde değişiklikler öteki kanuna işlenmektedir. Öteki kanun çerçeve kanunun yürürlüğe girmesinden önce ilga edilmiş olabilir. Bu takdirde de yapılan atıf hükümsüz ve çerçeve madde geçersizdir. Anayasa yargısına gelince itiraz yolunda transfer edilen öteki kanun dikkate alınmalıdır. Ancak iptal davası yolunda durum biraz karmaşıktır.

Anahtar Kelimeler: Çerçeve Kanun/Madde, İlga, İptal, Norm Koyma, Değişik Hüküm

* Av. Doç. Dr., KTO Karatay Üniversitesi Hukuk Fakültesi İdare Hukuku, celal.isiklar@karatay.edu.tr. ORCID: 0000-0002-7239-6142, Makalenin Gönderim Tarihi: 30.09.2023, Kabul Tarihi: 20.01.2024

Abstract: Laws can be classified as code laws and framework laws in terms of norm making technique. Among these, the framework law makes changes to another law or adds a new provision to it. Like any law, the framework law or its articles can be repealed by another law. Like any law, the framework law or its articles can also be repealed by another law. In this case, a problem arises: Does the repeal of the framework provision cancel the added and/or amended provision? Some administrative judicial decisions are in this direction. This view is only based on the instrument in which the text came into existence, namely the Official Gazette. According to us, naturally and logically, the transmitted provision becomes a part of the law to which it is conveyed. If the changed provision is amended again, the law to which it was directly transmitted is taken into account. Likewise, in case of abolishing the other law completely, the framework norm is also abolished. Accepting that the repeal of the framework law will also abolish the amended provisions may lead to chaos in the legal order. As a matter of fact, the competent administration takes into account the amended law. On the other hand, changes in the Legislation Information System are processed in the other law. The other law may have been repealed before the enactment of the framework law. In this case, the reference is invalid and the framework article is invalid. As for the constitutional judiciary, the other law transferred on the way of objection should be taken into account. However, the situation towards annulment proceedings is somewhat complicated.

Keywords: Framework Law/Article, Repeal, Annulment, Norm Making, Amended Provision

GİRİŞ

Mevzuata bakıldığında, kod kanunlarla aynı düzenleme içinde veya torba kanun şeklinde yürürlüğe konan çerçeve maddelerin birçoğunun daha sonra çeşitli hükümler içeren düzenlemelerle ilga edildiği görülmektedir. Bu ilga kanunun tümüne ilişkin olabileceği gibi, münhasıran belli bazı çerçeve maddeleri kapsayabilir. Bir kanunun tümüyle yürürlükten kaldırılmasına 22.01.2015 tarih ve 6586 sayılı Millî Mayın Faaliyet Merkezi Kurulmasına İlişkin Kanun ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun’u örnek verebiliriz. Hem kod kanun hem de çerçeve kanun hükümleri içeren karma nitelikteki bu yeni yasal düzenleme kategorisine “çerçeve ekli kod kanun” da denilebilir. Karma kategorideki 112 maddelik bu Kanun’un ilk 11 maddesinde Millî Mayın Faaliyet Merkezi’nin kuruluşu, görev, yetki ve sorumlulukları düzenlendikten sonra 12 ilâ 110 arasındaki 99 maddesinde konusu birbirinden farklı 21 adet kanunun çeşitli madde-

leri değiştirilmiş veya bunlara hüküm eklenmiştir.¹ Ancak bu Kanun daha sonra Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sistemi'ne geçiş aşamasında 02.07.2018 tarih ve 703 sayılı Anayasada Yapılan Değişikliklere Uyum Sağlanması Amacıyla Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname ile yürürlükten kaldırılmıştır.²

İlga, bir hukuk kuralının, dengi veya üst dereceli bir başka hukuk kuralıyla açıkça veya zımnen yürürlükten kaldırılmasıdır.³ İlga edici hukuk kuralları,⁴ şüphesiz kanunun yürürlüğüne ileriye dönük olarak son

¹ 03.02.2015 tarih ve 29256 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren 6586 sayılı Millî Mayın Faaliyet Merkezi Kurulmasına İlişkin Kanun İle Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'da Millî Mayın Faaliyet Merkezinin Kuruluşu görev, yetki ve sorumlulukları düzenlendikten başka, sırasıyla 1111 sayılı Askerlik Kanunu, 5434 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Emekli Sandığı Kanunu, 6245 sayılı Harcırah Kanunu, 7471 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Ordusu Subay ve Astsubaylarının Giyecek ve Teçhizatına Dair Kanun, 211 sayılı Türk Silahlı Kuvvetleri İç Hizmet Kanunu, 357 sayılı Askerî Hâkimler Kanunu, 926 sayılı Türk Silahlı Kuvvetleri Personel Kanunu, 1602 sayılı Askerî Yüksek İdare Mahkemesi Kanunu, 2629 sayılı Uçuş, Paraşüt, Denizaltı, Dalgıç ve Kurbağa Adam Hizmetleri Tazminat Kanunu, 2955 sayılı Gülhane Askerî Tıp Akademisi Kanunu, 3225 sayılı Millî Savunma Bakanlığı ile Kara, Deniz ve Hava Kuvvetleri Komutanlıklarına Bağlı Kurumlarda Döner Sermaye Teşkili ve İşletilmesine İlişkin Kanun, 3269 sayılı Uzman Erbaş Kanunu, 3466 sayılı Uzman Jandarma Kanunu, 3563 sayılı Harp Akademileri Kanunu, 4636 sayılı Millî Savunma Bakanlığı Akaryakıt İkmal ve NATO POL Tesisleri İşletme Başkanlığının Kuruluşu ve Görevleri Hakkında Kanun, 4678 sayılı Türk Silahlı Kuvvetlerinde İstihdam Edilecek Sözleşmeli Subay ve Astsubaylar Hakkında Kanun, 5015 sayılı Petrol Piyasası Kanunu, 668 sayılı Türk Silahlı Kuvvetleri Besleme Kanunu, 6191 sayılı Sözleşmeli Erbaş ve Er Kanunu, 6413 sayılı Türk Silahlı Kuvvetleri Disiplin Kanunu ile 6475 sayılı Posta Hizmetleri Kanunu'nun çeşitli hükümleri yeniden düzenlenmiş ve 4 adet kanun yürürlükten kaldırılmıştır.

² Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sistemi'ne geçiş sürecinin en önemli düzenlemelerinden biri olup 10.05.2018 tarih ve 7142 sayılı Yetki Kanunu'na dayanan ve 09.07.2018 tarih ve 30473 (3. mükerrer) sayılı Resmî Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren 233 sayılı 703 sayılı KHK ile 30 civarında kanun ve kanun hükmünde kararname tamamen yürürlükten kaldırıldığı gibi 190'a yakın mevzuatta değişiklik yapılmıştır. Kararname ayrıca 13 ana madde ve 17 geçici madde içermektedir.

³ E. Ethem Atay, Hukuk Başlangıcı, 9. baskı, Gazi Kitabevi, Ankara 2021, s.265; Ömer Anayurt, Hukuka Giriş ve Hukukun Temel Kavramları, 22. baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara 2022, s.312; Hasan Tahsin Fendoğlu, Hukuka Giriş, 9. baskı, Yetkin Yayınevi, Ankara 2020, s.50; Halil Kalabalık/E. Doğa Doğanç, Temel Hukuk Bilgisi, 12. baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara 2022, s.112.

⁴ Emredici, tanımlayıcı, tamamlayıcı ve yedek hukuk kuralları gibi ilga edici hukuk kuralları türünün bulunduğu dair bkz. Atay, s.96; Anayurt, s.306. Bununla bir-

verir.⁵ Bu, tüm kod kanunlar için geçerlidir. Peki, bir çerçeve kanunun/maddenin ilgası bu kanun veya maddelerde öngörülen tüm hükümler bakımından aynı etki ve sonucu doğurur mu? Daha açık bir ifadeyle, 6586 sayılı Kanun örneğinde olduğu gibi, çerçeve kanunun/maddenin başka kanunda değiştirdiği hükmü veya ona eklediği ortadan kaldırır mı? Doktrinde bu konuda yapılmış bir tartışmaya veya açıklamaya rastlamadık. Uygulamada da bu meseleyi gündeme alan içtihat yok gibidir. Bununla birlikte son zamanlarda aşağıda değindiğimiz bazı idare mahkemesi kararlarında konunun 6586 sayılı Kanun bağlamında tartışıldığı ve bir şekilde çözüme bağlanmaya çalışıldığı görülmektedir. Bu çalışmada anılan kararlardan hareketle ve 6586 sayılı Kanun özelinde çerçeve maddenin ilgasının ek ve değişik hükümlerinin yürürlüğüne etkisi konusu ele alınacaktır. Bu itibarla öncelikle temel kanun/kod kanun/çerçeve kanun hakkında açıklama yapmak gerekmektedir.

I. KANUN KAVRAMI VE TÜRLERİ

Bilindiği gibi kanun yasama organı tarafından, bu ad altında ve usulüne uygun olarak çıkarılan genel, soyut ve sürekli hukuk kuralları içeren yazılı metinlerdir.⁶ Yargı kararlarında kanunun içerdiği hukuk kurallarının bu özellikleriyle birlikte toplum ve bireylerce uyulması gerektiğine vurgu yapılırken, bunların objektif hukuk alanında yeni bir durum yaratan veya mevcut bir durumu yeniden düzenleyen veya ortadan kaldıran kural-işlem olduğu üzerinde durulmaktadır.⁷

likte bu kuralların da emredici özelliği vardır, Enver Bozkurt, Hukukun Temel Kavramları, 14. baskı, Yetkin Yayınevi, Ankara 2021, s.50.

⁵ Necip Bilge, Hukuk Başlangıcı, 36. baskı, Turhan Kitabevi, Ankara 2019, s.47; Aydın Aybay/Rona Aybay, Hukuka Giriş, 2. baskı, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul 2005, s.327; s.265

⁶ Kemal Gözler, Hukuka Giriş, 14. baskı, Ekin Yayınevi, Bursa 2017, s.158; Şeref İBA, Parlamento Hukuku, 8. baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara 2022, s.109; Fahri Bakırcı/Ömer Faruk Gençkaya/Ozan Ergül/Abbas Kılıç/Gündüz Alp Aslan/ İsmail Yüksel, Parlamento Hukukuna Giriş, 2. baskı, Lykeion Yayınevi, Ankara 2022, s.254; Fahri Bakırcı, TBMM'nin Çalışma Yöntemi, İmge Kitabevi, Ankara 1990, s.394-395; Kahan Onur Aslan, Türk Parlamento Hukuku, 3. baskı., Adalet Yayınevi, Ankara 2022, s.165; Fendoğlu, s.119. Bazı yazarlar kimi kanunların bireysel, somut veya süreli olabileceğinden hareketle genellik, soyutluk, kişilik dışılık ve süreklilik özelliklerine yer vermeksizin aynı tanımı yapmaktadır, Anayurt, s.258. Biz gerek Anayasa'da yasa kelimesine yer verilmemesi, gerek TBMM'nin tercihinden dolayı bu çalışmada kanun terimini kullanıyoruz.

⁷ Bu yönde, AYM, 24.9.1990, E.1990/31, K.1990/24, AYMKD, S.26, s.403.

Bir kanun metni yapı ve gramatik bakımdan (yürürlük ve yürütme metinleri dâhil) bir hukuk kuralını içeren asgari üç maddeden, maddeler de büyükten küçüğe sırasıyla fıkra, bent, alt bent, cümle ve ibarelerden oluşur.⁸ Madde; kanun, tüzük ve yönetmelik gibi yazılı kurallarında bulunan ve ardışık olarak sıralanan ayrı ayrı hükümleri belirtmek üzere kullanılan temel bölüm işaretidir.⁹ En büyük, temel ve ayırt edici bölümlendirme birimi olarak madde genellikle aritmetik rakamlarla numaralandırılır.

Kanunlar şekli ve maddi ölçütlere göre ikiye ayrılabilceği gibi gerek hukuki kapsam ve içeriğinin belirleniş şekli, gerek kanun yapma ve norm yazma teknikleri bakımından tasnif edilebilmektedir. Bu bağlamda doktrinde kod kanun, çerçeve kanun, sürekli kanun, süreli kanun, organik olan-olmayan kanun, geçici kanun gibi terimler kullanılmaktadır. Bu terimler bazen kanunun belirli maddelerini de ifade edebilmektedir. Kimi zaman da bu kavramlar birbirine karıştırılabilmekte ve birbirinin yerine kullanılabilir.¹⁰

Bizim de temel kanuna göre daha geniş kapsamlı olduğunu kabul ettiğimiz kod kanun, “kendi başına bir alanı düzenleyen, mevcut herhangi bir kanunda değişiklik yapmayan kanunlar” şeklinde tanımlanabilir.¹¹ Buradan kod kanunun belli bir alanı yürürlükteki bir kanunu değiştirmeksizin doğrudan düzenleyen yeni bir kanun olduğu anlaşılmaktadır. Buna memur aylıklarına yeni bir ödenek öngören yasal düzenleme örnek verilebilir. Buna karşılık yasal dayanağını TBMM İçtüzüğü'nün 91. maddesinde bulan temel kanun “bir hukuk dalını sis-

⁸ İba, Parlamento Hukuku, s.120, 131; Erdin Bayram, “Kanun Sistematiğinde ‘Madde’”, *Yasama Dergisi*, S.8, 2008, s.102.

⁹ İba, Parlamento Hukuku, s.119; Bayram, s.102.

¹⁰ Bu sınıflandırmalar için bkz. İba, Parlamento Hukuku, s.110-119; İbrahim Araç/Şeref İba, “Türkiye’de Yasa Önerisi Hazırlama ve Norm Koyma Tekniği ve Yasamacı Mesleğinin Nitelikleri Üzerine”, *AÜSBF Dergisi*, Cilt 58, Sayı 3 (2003), s. 43- 45. Fahri Bakırcı, “Kod Yasa- Çerçeve Yasa, Yasa Ayrımı Üstüne”, *AÜHFD*, Cilt 54, Sayı 3, (2005), s. 223- 240; Nahit Yüksel, “Türk Parlamento Hukukunda ‘Çerçeve’ Kanunları Adlandırma Yöntem ve Sorunları”, *Yasama Dergisi*, s.32; Ali Em, Kanunların İdari Düzenleyici Tasarrufların Yapım ve Yazışma Teknikleri, 5. baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2019, s.53-54; Bakırcı/Gençkaya/Ergül/ Kılıç/Aslan/ Yüksel, s.255 vd.; Aslan, Türk Parlamento Hukuku, s.165-173; Bayram, s.103 vd.

¹¹ İba, Parlamento Hukuku, s.117; Araç/İba, S.44; Bakırcı, “Kod Yasa,” S. 223; Tolga Şirin, Karşılaştırmalı Anayasa Hukukunda Kanun Kavramı, 2.B, Onikilevha, İstanbul 2019, S.46; Yüksel, S.34; Bakırcı/Gençkaya/Ergül/ Kılıç/Aslan/Yüksel, s.256.

tematik olarak bütünüyle veya kapsamlı olarak değiştirecek biçimde genel ilkeleri içeren, toplumsal hayatın büyük bölümünü ilgilendiren ve hızlandırılmış özel yasama yöntemi yoluyla kabul edilen kanun” olarak tanımlanabilir.¹² Karşılaştırsak, kod kanunda temel kanunun sosyal, siyasal ve ekonomik alanı bütünüyle ve kapsamlı derecede etkileme özelliği bulunmamakta, belli bir alanı kendi başına düzenlemesi yeterli olmaktadır. Keza temel kanunda bulunması zorunlu amaç, kapsam, tanımlar, yönetmelik vb. birçok maddenin kod kanunlarda yer alması şart değildir. Kod kanunlarda bu maddelerin hiçbirinin bulunması gerekmez; ancak yürürlük ve yürütme maddelerine ilaveten belli bir konuya ilişkin en azından bir madde daha içermelidir. Her iki kanun türünün ortak özelliğinin yürürlükteki bir kanunda değişiklik yapmamak olduğunu söyleyebiliriz. İki kanun türünde de çerçeve maddeye ve ek maddeye yer yoktur. Kısaca her temel kanun aynı zamanda bir kod kanundur, ama her kod kanunu temel kanun olmak zorunda değildir.¹³ Örnek vermek gerekirse Türk Ceza Kanunu hem kod kanun hem de temel kanun niteliğine sahiptir.

Yasama organının, çıkardığı kod kanunlar içinde çerçeve maddelere yer verdiği gibi, münhasıran başka bir kanunda değişiklik yapan hükümler içeren kanunlar da kabul ettiği görülmektedir. Uygulamada bunlara torba kanun denilmektedir. Bununla birlikte, bu çoklu kanunlardan kabul edilen ana kanunla aynı ve belirli bir amaca yönelik olarak öteki kanunlarda değişiklik yapanlara paket kanun denilmesi gerektiği, farklı tema ve amaçlı çerçeve madde içerenlerin ise torba kanun olduğu sürülmektedir.¹⁴ Bu açıdan aşağıda ele alacağımız 6586 sayılı Kanun’un torba kanun olduğunu söyleyebiliriz. Buna karşılık

¹² Temel kanun kavramı, tanımı ve uygulamasıyla ilgili bkz. Şirin, s.35-46; Bakırcı, “Kod Yasa,” s.223-234; İba, Parlamento Hukuku, s.105; Şeref İba, “Ülkemizde ‘Torba Kanun’ ve ‘Temel Kanun’ Uygulamaları,” *Ankara Barosu Dergisi*, S.2011/1, 2011, s.197; Gündüz Alp Aslan, Anayasa Hukukunda Kanun Kavramı, AÜSBE, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Ankara 2016, s.243-247. Bazı yazarlara göre kod kanun ile temel kanun aynı şeydir, Aslan, *Türk Parlamento Hukuku*, s.173.

¹³ Bakırcı, “Kod Yasa,” s.233-234; İba, Parlamento Hukuku, s.121; Araç/İba, s.44 vd. Bazı yazarlara göre temel kanunlar da başka kanunda değişiklik yapabilir, Taner Geçmez, “Özel Yasama Yolu Olarak Temel Kanun”, *TBB Dergisi*, S.104, 2013, s.269; Şirin, s.41.

¹⁴ Bayram, s.105; Şirin, s.48; Aslan, *Türk Parlamento Hukuku*, s.173,175. Torba kanunlar hakkında bkz. İba, “Torba Kanun”, s.199.

703 sayılı KHK'nin yeni sisteme geçişi sağlamak üzere düzenlendiği dikkate alındığında, içerisinde çok sayıda atıf ve ilga hükmü bulunmasına rağmen tek amaçlı-çoklu kanun olduğu görülmektedir.

II. ÇERÇEVE KANUN/MADDE: TANIMI, YAPISI VE ÖZELLİKLERİ

A. Tanımı

Çalışma konumuz açısından temel kanun-kod kanun ayrımından çok bunların karşısına konulan çerçeve kanun/madde terimi önem arz etmektedir. Çerçeve/taşıyıcı kanun kısaca “yürürlükteki başka bir kanunu atıf yoluyla değiştiren kanun” şeklinde tanımlanmaktadır.¹⁵ Bu değişiklik çerçeve maddede yerini göstererek öteki kanunlarda ek ve değişiklikler yapmak suretiyle gerçekleştirilir. Burada gerek aktaran anlamına gelmesi sebebiyle taşıyıcı kanun/madde, gerekse bir konunun sınırları veya sınırlanan alan anlamını içerdiği için çerçeve kanun/madde terimlerinin kavramı tam olarak ifade etmediği söylenebilir.¹⁶

Çerçeve madde yerine bazen “atıf normu” terimi kullanılmaktadır. Bağımlı norm türü olarak atıf normu açık ya da örtülü şekilde başka bir normu gerektiren veya diğer bir norma göndermede bulunan hükümler olarak tanımlanmaktadır.¹⁷ Burada aslında atıf yoluyla normun bulunduğu yerden başka bir normla sürekli bağlantı ve ilişki kurarak kendini tamamlaması söz konusudur. Bunlardan birinin yürürlükten kalkması diğerinin kapsam ve içeriğine etkilese de yürürlükten kaldırmaz. Oysa çerçeve normda yollama ile yetinilmemekte, ayrıca norm transferi (aktarma, taşıma, nakil) yapılmaktadır. Bu bir defaya mahsus ve anlık transfer sonrası geriye adeta uygulanmakla işlevini yitirmiş çerçeve kalmaktadır. Artık kalıcı bir bağlantı ve ilişkiden söz edilemez. Bu itibarla kanaatimizce taşıma normuna atıf normu denmesi isabetli değildir. Göndermede bulunmak demek bizatihi göndermek demek değildir.

¹⁵ İba, Parlamento Hukuku, s.121; Bakırcı, “Kod Yasa,” s. 234; Yüksel, s.34; Bayram, s.105; Bakırcı/Gençkaya/Ergül/ Kılıç/Aslan/Yüksel, s.257; Aslan, Türk Parlamento Hukuku, s.172.

¹⁶ Şirin, s.47.

¹⁷ Yasemin Işıktaç/Sevtaç Metin, Hukuk Metodolojisi, 9. tıpkı baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul 2023, s.153.

Biz taşıma veya aktarma kanun deyimlerini teklif etmekle beraber yaygınlığından dolayı bu çalışmada çerçeve kanun/madde terimini kullanacağız.¹⁸

B. Çerçeve Hükümün Normatif Yapısı

Hukuk normu bir kural-işlem olduğuna göre onun maddi varlığını gösteren ve taşıyan bir belge, süregelen davranış ve söz yâni somut araç bulunmalıdır.¹⁹ Bu belge kanun normu için Resmî Gazete’de taşınan metindir.²⁰ Norm, yâni “hukuk kuralı, gerçekte, bir anayasa veya kanun maddesinin metni değil, metnin *anlamıdır*”,²¹ ondan çıkan “manâ”dır. Hukuk kuralı (normu) olması gerekeni ifade eden bir emir, davranış kuralı olması hasebiyle bir yaptırmalı önermedir.²² Hukuk kuralı konu, irade/emir ve yaptırım unsurlarından oluşur. Hukuk normu ya belirli bir insan davranışını emreder veya yasaklar, ya da ona izin veya yetki verir.²³ Bu kısa izahattan amacımız, çerçeve maddenin yürürlüğü bakımından metnine mi, yoksa anlamına yâni içerdiği kurala mı itibar etmek gerektiği sorusuna cevap bulmaktır.

¹⁸ Bir kanunda başka bir kanuna “X kanunun filan maddeleri/hükümleri saklıdır/X kanunun hükümleri burada da uygulanır/uygulanamaz” şeklinde atıf (yollama, gönderme) yapılması, onun çerçeve kanun olduğu anlamına gelmez. Zira burada öteki kanun normları içselleştirilmekle veya dışlanmakla birlikte bir norm transferi söz konusu değildir. Çerçeve madde atıf, yollama ve göndermede bulunmadan da öte normu aktarma/taşıma işlevi görür. Bu itibarla anılan ibareleri kullanmak yerine çerçeve madde ve taşıma/aktarma maddesi terimlerini tercih ediyoruz.

¹⁹ Burada “araç” kelimesini “bir işin yapılmasını veya sonuçlandırılmasını sağlayan âlet veya nesne” anlamında kullanıyoruz (İlhan Ayverdi, Kubbealtı Lugatı- Misalli Büyük Türkçe Sözlük, C.I, 2. baskı, İstanbul 2006, s.153; Türk Dil kurumu, Türkçe Sözlük, 10. Baskı, TDK Yayını, Ankara 2005, s.112, “Araç”). Kimi zaman ikisi de “vasıta” anlamına gelmekle birlikte aşağıda bahsi geçecek olan “aracı” kelimesiyle arasındaki nüansa dayanarak, normun maddi varlığını barındıran yazılı metne, yâni Resmî Gazete’ye “Araç”, buna karşılık maddenin asıl (taşınan/aktarılan) normunu taşıyan/aktaran kısmına, başka deyişle çerçeveye “aracı” diyoruz. “Aracı: Bir işi yapmak için araya giren veya iki şey arasında bağlantı kuran kimse, vâsıta olan, mutavassıt”, Ayverdi, Kubbealtı Lugatı, s.153; TDK Türkçe Sözlük, s.111, “Aracı”.

²⁰ Kemal Gözler, Hukukun Genel Teorisine Giriş, Us-A Yayıncılık, Ankara 1998, s.28.

²¹ Gözler, Hukukun Genel Teorisi, s.28; Gözler, Hukuka Giriş, s.272.

²² Işıktaç/Metin, s.122-127; Gözler, Hukukun Genel Teorisi, s.28-32; Zeki Hafızoğulları, Ceza Normu: Normatif Bir Yapı Olarak Ceza Hukuku Düzeni, Seçkin Kitabevi, Ankara 1987, s.68.

²³ Gözler, Hukukun Genel Teorisi, s.32; Gözler, Hukuka Giriş, s.58.

Geleneksel kanun türü olarak çerçeve kanunlar kanun faaliyeti kapsamında başvurulması doğal ve zorunlu bir yasama tekniğidir.²⁴ Çerçeve kanun sâdece temel hukuk kuralı birimi olan maddelerin değil büyükten küçüğe doğru sırasıyla büyüğe doğru fıkra, bent, alt bent, cümle veya ibarelerin değiştirilmesine, eklenmesine, yürürlükten kaldırılmasına ya da yeniden düzenlenmesine ilişkin olabilir.²⁵ Uygulamada, diğer maddelerin aksine –kalıcı olmamalarından olsa gerek- çerçeve maddelerin hiç birine başlık konulmamaktadır.²⁶ Mevzuatımızda çerçeve kanun/madde metni karşımıza birkaç şekilde çıkmaktadır. Bunlardan *tümüyle değiştirme tekniği*nde, taşıma/aktarma metninde öteki kanunun sayı ve numarası belirtilerek değiştiren madde/fıkra/bent/alt bent/cümle metninin sayısı ve/veya yeri belirtildikten sonra altına yeni metin yazılmaktadır. Buna kolay anlaşılması açısından çalışmamızda bahsi geçen emsal kararların irdelendiği 6586 sayılı Kanun'un 27. maddesini örnek verebiliriz.²⁷

*Ekleme tekniği*nde yeri gösterildikten sonra eklenen metin aşağıya yazılmaktadır. Burada esasen öteki kanuna ilk elden ve yeni bir hukuk kuralı aktarılmaktadır. Aktarılan metin kanun ise başına “Ek Madde” ibaresi konur. Altını çizelim ki, kod ve temel kanunların ilk hâlinde ek madde bulunmaz.²⁸ Bunlara ek madde ancak ve ancak daha sonra çıkarılan çerçeve kanun/maddeler yoluyla eklenmiş olabilir. Ekleme tekniği, aktarma yapılan öteki kanunun düzenleme şekline, kural

²⁴ Şirin, s.68.

²⁵ Bayram, S.106-107.

²⁶ İba, Parlamento Hukuku, s.121.

²⁷ Maddenin tümünün değiştirilmesine ilişkin örnek (bu ve bundan sonraki kanun hükümleri Resmî Gazete veya mevzuat.gov.tr'den alındığı gibi orijinal şekliyle aynen ve köşeli parantez içinde gösterilecektir):

[Madde 27 - 211 sayılı Kanunun 64'üncü maddesi aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir.

“Madde 64 - Acil vakalarda hasta, en yakın askerî veya sivil sağlık hizmet sunucusuna müracaat eder ve durumunu mümkün olan en kısa sürede amirine bildirir.”]

Maddenin bir fıkrasının değiştirilmesine ilişkin örnek:

[Madde 64 - 1602 sayılı Kanunun 17'nci maddesinin birinci fıkrası aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir.

“Başkanlar Kurulu; Başkan, Daire Başkanları ve Genel Sekreterden oluşur.”]

²⁸ Zira ek madde uygulaması yürürlükteki bir kanuna yeni madde eklenmek istendiğinde, bu kanunun madde sıralamasını bozmamak için başvuru bir tekniktir, Bakırcı, s. 236.

bütünlüğüne ve sistematığına uyup uymamasına göre iki türlü uygulanabilir. Uyumlu ise ek madde öteki kanunun maddeleri arasına gelecek şekilde numaralandırılır. Bu takdirde araya giren ek madde önceki maddenin rakamına büyük harf ilave edilerek numaralandırılır ve maddelerin arasındaki ilgili yere aktarılır. Aynı yere taşınan bu maddeler birden fazla olabilir (MADDE X/A, MADDE X/B, MADDE X/C gibi).²⁹ Ek maddenin kapsam ve içeriği öteki kanunla uyumsuz ise zorunlu olarak metnin en sonuna, fakat yürürlük, yürütme ve varsa geçici maddelerden önce gelecek şekilde aktarılır. Bu takdirde ek maddeler 6586 sayılı Kanun'un 79. maddesinde olduğu gibi, sırayla "EK MADDE X, EK MADDE Y" vb. şeklinde ve varsa önceki ek maddeyi takip edecek şekilde numaralandırılır.³⁰

Metin içi ibare ekleme veya değiştirme tekniğinde, öteki kanunun sayısı ve ilgili maddesi/fıkrası/bendi/alt bendi/cümlesi gösterilerek tırnak içinde mevcut ibarenin yeni ibare ile değiştirildiği belirtilir ya da eklenen veya çıkarılan ibare açıklanır. Bu takdirde yeni ibare ilgili yere aktarılır ve varsa yerini aldığı ibare kaldırılır. Bu teknik hiç şüphesiz kanun ve madde başlıklarının değiştirilmesinde de kullanılabilir.

²⁹ [Madde 33 - 211 sayılı Kanuna 70 inci maddesinden sonra gelmek üzere aşağıdaki maddeler eklenmiştir.

"Madde 70/A - Türk Silahlı Kuvvetleri mensupları ile bu Kanun'da belirlenen esaslara göre yakınlarının ikinci ve üçüncü basamak muayene ve tedavilerini sağlamak, 59'uncu maddede belirtilen rapor, muayene ve diğer sağlık hizmetleri ile askerlerin ve adayların sıhhi yeterliklerini tespit etmek, kontenjan dâhilinde sivil kişilere sağlık hizmeti vermek maksadıyla askerî ihtiyaçlar dikkate alınarak Genelkurmay Başkanlığınca asker hastaneleri kurulur.

Madde 70/B - Kıta, karargâh ve askerî kurumlarda; sağlığa uygun ve temiz olan içme ve kullanma suları ile muayenesi yapılarak temin edilen güvenilir gıda maddeleri tüketime sunulur.

İçme ve kullanma suları ile gıda maddelerinin temininden tüketimine kadar alınacak gıda ve su güvenlik tedbirleri, Türk Silahlı Kuvvetleri gıda kontrol teşkilatınca yürütülen kontrol, denetim ve laboratuvar faaliyetleri ile diğer hususlara ilişkin usul ve esaslar yönetmelik ile belirlenir."

³⁰ [Madde 79 - 3269 sayılı Kanun'a aşağıdaki ek maddeler eklenmiştir.

"Ek Madde 2 - Millî Savunma ve İçişleri Bakanları; uzman erbaşların, istek üzerine, adi malullük dâhil malullük veya vazife malullüğüne bağlı emeklilik işlemlerine ilişkin onay yetkilerini devredebilirler.

Ek Madde 3 - Uzman erbaşların Türk Silahlı Kuvvetleri dışındaki Devlet hizmetlerinde görevlendirilmeleri, 926 sayılı Kanun'un 124'üncü maddesinde yer alan usul ve esaslar çerçevesinde yapılır."

dir.³¹ Bunun yanı sıra ibarelerin değiştirilmesinde metinde değişiklik yapıldığı belirtilmektense dipnotta açıklama yapmak yoluna gidildiği görülmektedir. Buna TSK Disiplin Kanunu'nun 41. maddesinde 6586 sayılı Kanun'un 106. maddesiyle yapılan değişiklikleri açıklayan 20 no.lu dipnotu örnek verebiliriz.

Bazen çerçeve madde aynı zamanda yürürlükteki bir kanunun madde/fıkra/bent/alt bent numaralarının ve hatta içerikteki sayıların sıralamasını değiştirebilir. Bu duruma daha çok araya yeni bir norm girdiğinde veya bir norm tamamen aradan çıkarıldığında rastlanır. Bu takdirde sistematik bütünlüğün sağlanması için numaraların aritmetik olarak teselsülü gerekir.³²

Kanunlar genellikle kendi başına belli bir konuyu ilk elden düzenleyen yeni metinler olduğuna göre, bunların temel maddi birimi olan maddeler de aynı karakteristik özellikleri taşır. Aynı şey fıkra, bent, alt bent gibi küçük birimleri için de geçerlidir. Bir kod kanun maddesi yürürlüğe girmekle hukuk düzenine doğrudan doğruya, dolaysız, aracısız, ilk ve aslen tek bir hukuk kuralı (norm) getirir. Buna karşılık çerçeve kanunda/maddede durum farklıdır. Her kanun (maddesi) gibi çerçeve kanun/madde de yazılı bir metin olarak Resmî Gazete ile "tebellür" eder, maddi varlık kazanır. Yani ikisinde de araç aynı-

³¹ 6585 sayılı Kanun'daki ibare değişikliğine örnek:

[Madde 106 - 6413 sayılı Kanun'un 41'inci maddesinin birinci fıkrasında yer alan "üç" ibaresi "iki", üçüncü fıkrasında yer alan "beş" ibaresi "üç" şeklinde değiştirilmiştir.]

6585 sayılı Kanun'daki madde başlığı değişikliğine örnek:

[Madde 17 - 6/5/1960 tarihli ve 7471 sayılı "Türkiye Cumhuriyeti Ordusu Subay ve Astsubaylarının Giyecek ve Teçhizatına Dair Kanun"un adı "Türk Silahlı Kuvvetleri Giyecek ve Teçhizatı Kanunu" şeklinde değiştirilmiştir.]

³² 6586 sayılı Kanun'un 88. maddesi ibare değişikliğinin yanı sıra teselsüle örnek verilebilir:

[Madde 88 - 4636 sayılı Kanununun eki (I) sayılı cetvelin "Başkan Yardımcılığı" sütunu aşağıdaki şekilde değiştirilmiş, "Merkez" sütununa (4) numaralı sıradan sonra gelmek üzere aşağıdaki sıra eklenmiş ve mevcut sıralar buna göre teselsül ettirilmiştir.

" Başkan Yardımcılığı

Ant Başkan Yrd.

Ant Başkan Yrd."

"5. Bilişim Teknolojileri Dairesi Başkanlığı"]

dır. Ancak yasama organı çerçeve kanun/maddeyle diğer kanun ve maddelerinden farklı olarak pozitif hukuk düzeninde doğrudan ve asli değil, aracılı, bağlı fakat ayrılabilir, iç içe iki katmanlı, âdeta çift kurallı bir metin oluşturur. Diğer kod/tekel kanunlardan farklı olanak bunlarda maddenin yanı sıra onu taşıyan bir çerçeve bulunmaktadır.³³ Bir başka ifadeyle çerçeve madde (aktarma/taşıma maddesi) normatif yönden biri taşıyan/aktaran, diğeri taşınan/aktarılan olmak üzere birbirine geçici olarak bağlanmış iki emir/yaptırıcı önerme içerir. Yukarıda belirttiğimiz sayılı tekniklere göre, fakat standart ibarelerle ve bildirim kipinde ifade edilen ilk önerme, “şu adrese taşı/aktar” emridir. Aracı kural da diyebileceğimiz bu ikincil kural³⁴ yürürlüğe girişiy-le birlikte hemen ve bir defaya mahsus uygulanır.³⁵ İkinci önerme ise buna dayanılarak ilgili yere taşınması/aktarılması gereken asıl kuraldır. Bu kuralın normatif bağı önermesi gereği yürürlüğe giriş tarihinde çerçeve maddeden çözülür. Böylece asıl norm yürürlüğe girişle eş zamanlı olarak gönderildiği öteki kanunun hükmü haline gelir. Burada çerçeve kanunun/maddenin kargo işlevi gördüğü söylenebilir. Bir mektubun postalanmasında olduğu gibi, taşınan mazruf muhatabın adresine ulaştığında artık taşıyan zarftan ayrılır ve onun tasarrufu altına girer.³⁶ Norm öteki kanunun metnine işlenmek suretiyle madden

³³ Bakırcı'nın da dediği gibi “Yürürlükteki yasanın hangi maddesinin (fıkrasının, bendinin, cümlesinin vs.) değiştirildiğini gösteren bir çerçevesi bulunmaktadır. Bu nedenle çerçeve yasa aslında, ‘maddeleri çerçevesi olan’ yasadır.” Bakırcı, “Kod Yasa,” s.234.

³⁴ Burada aracı kural transfere yardımcı olarak öteki normu değiştirdiğinden, nakledilen hükme göre ve izafeten daima ikincil norm kimliğindedir, Işıktaç/Metin, s.147.

³⁵ Bundan kastımız taşıyan aracı kuralın uygulanmakla etkisi tükenen yasama işlemi olduğu değildir. Hemen ve bir kez sonuç doğursa ve bir daha uygulanması söz konusu olmasa bile söz konusu aracı kural yürürlükte. Bu itibarla aşağıda açıklayacağımız üzere aracı kuralın soyut norm denetimiyle Anayasa Mahkemesi önüne götürülmesi mümkündür. Bkz. Aslan, s.422; Halit Yılmaz, İdare Hukuku Açısından Anayasa Mahkemesi İptal Kararlarının Zaman Açısından Etkisi, Adalet Yayınevi, Ankara 2020, s.23.

³⁶ Bunu iletişim teknolojisinin kavramlarıyla izah edecek olursak, çerçeve maddenin fonksiyonu bir iletinin WhatsApp ve E-Posta yoluyla internet üzerinden başka adrese gönderilmesi gibidir. İleti fiziken gönderenin cihazında kayıtlıdır ama aynen ve anında alıcının cihazında da yer aldığından tıklanmakla artık onun hüküm ve tasarrufu altına girer. Gönderen silse bile ileti alıcı nezdinde varlığını ve geçerliğini korur. Mektup/ileti muhatabın yedine ulaşmışsa zarfın/gönderen kutusundaki kopyanın bir önemi kalmaz. Gönderen “Herkesten sil” ikonuna basarsa da giden ve açılan ileti muhataptan silinmez, “Benden Sil” ikonuna basıp silmesi de sonucu etkilemez. Mektup/zarf benzetmesi için bkz. İba, Parlamento Hukuku, s.121.

bu araçta varlık kazanır. Yayımlanmış düzenlemenin daha sonraki bir tarihte yürürlüğe sokulabilmesi, metin ile norm arasında fark olduğunu göstermektedir. Bize göre çerçeve kanunda geçen öteki kanuna ilişkin “değiştirilmiştir” ve “eklenmiştir” gibi ibareler açıkça bunu ifade etmektedir.

Çerçeve hükmün transferi görüşüne karşılık kanunun aynı anda her iki düzenlemenin normu olduğu ileri sürülebilir. Ancak hukuk dogmatikğine göre aynı konuda, aynı içeriğe sahip birden fazla kural bulunamaz. Bu sebeple illî olarak sonraki hüküm durumundaki öteki kanuna taşınmış kuralın dikkate alınması gerektiği açıktır.

Son olarak aslında transferin söz konusu olmadığı ve çerçeve kanun hükmünün öteki kanun göz önüne getirilmek suretiyle doğrudan ve birlikte uygulandığı söylenebilir. Gerek hukuk dogmatikği bakımından aksi düşünce kadar tutarlılık taşımadığından, gerek “değiştirilmiştir/eklenmiştir” sözleriyle ifade edilen önermeye aykırı olduğundan bu yaklaşımın kabulü güçtür.

Özetle, çerçeve madde yayımlandığı Resmî Gazete’de ve hatta kanunlar külliyatındaki yerini şeklen ve fiziken korusa bile, ancak ve ancak normatif hukuk düzeninde aktarıldığı öteki kanunun normu olarak hüküm icra eder. Bu itibarla, daha sonra tekrar değiştirilmesi veya ilgası yahut iptali söz konusu olduğunda yeni yeri dikkate alınmalıdır.

III. ÇERÇEVE MADDE HÜKMÜNÜN İLGASININ HUKUKİ ETKİ VE SONUÇLARI

A. Genel Olarak İlga

Çerçeve madde hükmünün zaman bakımından uygulanması, onun yürürlüğe girişi ile ilgası konusunu incelemeyi gerektirir. Bilindiği gibi kanunlar yasama organı tarafından kabul edilip Cumhurbaşkanı’nın onaylamasını müteakip Resmî Gazete’de yayımlanmak suretiyle uygulanabilir hâle gelirler. Ancak kanunun uygulanarak hüküm ve sonuç doğurmaya, başka bir ifadeyle gereğinin yapılmaya başlayacağı tarih genellikle kendi metninde gösterilir. Buna yürürlüğe girme denir.³⁷

³⁷ Bayram, s.117; Bozkurt, s.62.

İlga mevcut bir kanunun başka bir kanunla uygulanmasına son verilmesi, yâni yürürlükten kaldırılmasıdır.³⁸ Bu bakımdan esasen bir çerçeve kanunun yürürlükteki başka bir kanunun hükmünü değiştirmesi, aynı zamanda mevcut önceki düzenlemeyi ilga etmesi demektir. Keza öteki kanunun çerçeve kanunla değişik hükmü, sonradan çıkarılan bir kanunla da doğrudan ve açıkça ilga edilebilir. Bu bağlamda hemen ifade edelim ki ilga eden kanunun ilgası, ilk mülga kanunu canlandırmaz. Tekrar edersek, A kanununu ilga eden B kanunu da daha sonra C kanunu ile ilga edilirse A kanunu kendiliğinden ve yeniden yürürlüğe girmez.³⁹

B. Çerçeve Maddenin İlgasının Hükümünü Değiştirdiği veya Ekleme Yaptığı Öteki Kanuna Etkisi

Bütün bu ilga hâllerinde bir sorunla karşılaşılmaz. Kural olarak ilga veya iptal yoluyla ya da süre sonunda kendiliğinden kalkmak suretiyle yürürlükten kaldırılan bir hükmün yeniden kaldırılması veya değiştirilmesi söz konusu olamaz.⁴⁰ Ancak çalışma konumuzda olduğu gibi doğrudan genelde çerçeve kanunun, özelde taşıma maddeleri içeren kanunun ilgası bazı tartışmalara yol açabilecek mahiyettedir. Bu da çerçevesel norm yoluyla değiştirilen veya yeni madde eklenen öteki kanun hükmünün otomatik olarak mülga hale gelip gelmediğidir. Bu konuda evet ve hayır şeklinde iki farklı cevap verilebilir.

1. Evet, Çerçeve Maddenin İlgası Değişik Hükümü ortadan kaldırır

Bağımlı atıf normu anlayışı çerçeve maddeyle öteki kanun hüküm arasında kalıcı ve sürekli bir ilişki bulunduğunu var sayar. Dolayısıyla ikincisinin yürürlüğü zorunlu olarak ilkinin kader ve akıbetine bağlıdır. Bazı idare yargı kararlarında benimsenen bu formel yaklaşıma göre, çerçeve maddenin daha sonra yeni bir kanunla iptal edilmesi halinde diğer kanunun değiştirilmiş hükmü veya ona eklenmiş düzenle-

³⁸ Gözler, Hukuka Giriş, s.257.

³⁹ Bülent Serim, "İptal Edilen Kuralın Yerine Eskisinin Kendiliğinden Yürürlüğe Girmemesi", *Amme İdaresi Dergisi*, C. 28, S. 1, 1995, s.33-46; Gözler, Hukuka Giriş, S.257; Aslan, S.392. Aksi Görüşte, Metin Kıratlı, *Anayasa Yargısında Somut Norm Denetimi (İtiraz Yolu)*, AÜSBF Yayını, Ankara, 1966, s.181-182. Bu konudaki görüş ve tartışmalar için bkz. Aslan, s.389-403.

⁴⁰ İba, *Parlamento Hukuku*, s.122.

meyi, ilgaya bağlı olarak anında ve başka bir işleme gerek kalmaksızın yürürlükten kaldırır. Dolayısıyla, gönderildiği kanunun metnine işlenmiş olsa dahi artık hüküm ifade etmez. İlga tarihine kadar öteki kanunun hükmü olarak icra edilmiş olsa bile, taşınan norm gittiği kanun yürürlükten kaldırılmış gibi geçerliliğini kaybeder.

Son zamanlarda idari yargı mercilerinin yukarıda söz edilen 6586 sayılı Kanun'un çerçeve maddelerinin ilgası dolayısıyla verdikleri kararlarda göndermede bulunulan öteki kanun hükmünün de yürürlükten kalktığına hükmettikleri görülmektedir. Yukarıda, bu kararlarda konusu geçen 6586 sayılı Kanunun birkaç kod maddesi bulunmakla beraber içerdiği çok sayıda çerçeve maddenin de başka kanunların çeşitli hükümlerini ilga ettiğini söylemiştik. Bunlardan biri de 16.02.2013 tarih ve 28561 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren 31.01.2013 tarihli ve 6413 sayılı Türk Silahlı Kuvvetleri Disiplin Kanunu'nun diğer dokuz maddesiyle birlikte savunma hakkını düzenleyen 40. maddesinin mevcut ikinci fıkrasını değiştiren 105. maddedir.⁴¹ Bu fıkrada esasen savunma sürelerinin (öncekinden daha kısa olarak) yeniden düzenlendiği, öz olarak yüksek disiplin kurulunun görevine giren disiplinsizliklerde verilecek savunma süresinin üç iş gününden, diğer disiplinsizliklerde ise iki iş gününden az ve her hâlde beş iş gününden fazla olamayacağını kayıtlı olduğu görülmektedir. Ne var ki, birçok kanunla birlikte 6586 sayılı Kanun da 09.07.2018 tarihli Resmî Gazete'de yayımlanan ve 30.07.2018 tarihinde yürürlüğe giren 703 sayılı Kanun Hükmünde Kararname'nin 24. maddesiyle yürürlükten kaldırılmıştır.⁴²

⁴¹ Çerçeve madde aynen şöyledir:

[Madde 105 - 6413 sayılı Kanun'un 40'uncü maddesinin ikinci fıkrası aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir.

“(2) İsnat olunan hususlar ile savunma için verilen süre açıkça ve yazılı olarak ilgiliye bildirilir. Yüksek disiplin kurulunun görevine giren disiplinsizliklerde verilecek savunma süresi üç iş gününden, diğer disiplinsizliklerde ise iki iş gününden az ve herhâlde beş iş gününden fazla olamaz. Savunması istenen kişinin talebi hâlinde ilave savunma süresi verilebilir. Ancak, ilk verilen savunma süresi ile ilave verilen savunma süresinin toplamı beş iş gününü geçemez. Verilen süre içinde savunmasını yapmayan personel savunma hakkından vazgeçmiş sayılır.”]

⁴² Madde aynen şöyledir:

[Madde 24- 22.1.2015 tarihli ve 6586 sayılı Millî Mayın Faaliyet Merkezi Kurulmasına İlişkin Kanun ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun yürürlükten kaldırılmıştır.]

Mahkeme kararlarına esas uyumsuzlukta, 703 sayılı KHK'nin 6586 sayılı Kanunu yürürlükten kaldırmasından dolayı artık TSK Disiplin Kanunu'nun onunla değiştirilmiş olan 40/2. maddesinin ikinci fıkrasının da ortadan kalktığı sonucuna varılmıştır. Örneğin, Erzurum Bölge İdare Mahkemesi'nin önüne gelen somut olayda, bir astsubay hakkında 6413 sayılı Kanun'un 19/1-a maddesindeki emre itaatsizlik disiplinsizliğinden dolayı 17.01.2021 tarihinde verilen aylıktan kesme cezası Erzurum 1. İdare Mahkemesince sübut bulmadığı gerekçesiyle iptal edilmiştir. Davalı idarenin istinaf başvurusu üzerine BİM yaptığı değerlendirmede, TSK Disiplin Kanunu'nun (6586 SK m.105 ile değişik) m.40/2 hükmünün yürürlükten kaldırılmasından dolayı savunma süresi konusunda ortada boşluk olduğu, bu boşluğun kıyasen 657 sayılı DMK'nın aynı konuyu düzenleyen 130. maddesiyle doldurulmasının gerektiği, dolayısıyla 7 günden az savunma süresi verilmesinin mevzuata hukuka aykırı olduğu sonucuna varmıştır. Neticede Erzurum BİM farklı gerekçeyle de olsa Erzurum 1. İdare Mahkemesi'nin 15.12.2021 gün ve E.2021/569, K.2021/1600 sayılı kararını sonucu itibariyle hukuka uygun bulmuş ve istinaf başvurusunu kesin olarak reddetmiştir.⁴³

Anılan kararlarda da kabul edildiği üzere, TSK Disiplin Kanunu'nun bazı hükümlerini değiştiren 6586 sayılı Kanun'un ilgası ondan önce yürürlükte olan eski hükümlere hayat vermez. Bu husus yukarıdaki kararda,

“Değişikliğe uğrayan Kanun hükümlerini değiştiren mevzuatın yürürlükten kalkması halinde, Kanunun değişiklikten önceki hallerinin kendiliğinden yürürlüğe girmesi söz konusu

⁴³ Erzurum BİM 4.İDD, 16.6.2022, E.2022/320, K.2020/1134. Bunun gibi 2. İdare Mahkemesi'nin, savunma hakkının kısıtlandığı gerekçesiyle TSK Disiplin Kanunu m.19/1 uyarınca verilen disiplin cezasını iptal eden kararına (Erzurum 2.İM, 19.10.2022, 2022/1871, 2022/1751) karşı yapılan istinaf başvurusu gerekçe belirtilmeden reddedilmiştir: Erzurum BİM, 4.İDD, 30.5.2023, E.2022/1662, K.2023/647. Aynı doğrultuda, Erzurum BİM, 4.İDD, 30.12.2021, E.2021/36, K.2021/272; 2.İM, 29.12.2022, E.2022/1710, K. 2022/2411. Ankara Bölge İdare Mahkemesi'nin de Ankara idare mahkemelerinin kararlarını aynı gerekçelerle verdiği iptal kararlarına karşı davalı idarenin yaptığı yürütmenin durdurulması taleplerini reddettiği görülmektedir: kararları da aynı doğrultuda gözükmektedir (istinaf süreci devam etmektedir): Ankara BİM, 2.İD, 21.3.2023, E.2023/1282; 2.İD, 1.3.2023, E.2023/898 (dipnotta geçen hiçbir karar yayımlanmamıştır).

olmayacağına göre ve 6413 sayılı Kanunun 40/1. maddesinde öngörülen savunma alma zorunluluğu devam ettiğine göre, 6413 sayılı Kanun kapsamında yapılan disiplin soruşturmalarda soruşturulanlara verilecek savunma süresinin ne kadar olduğu konusunda 6413 sayılı Kanun'da bir boşluk olduğu sonucu ortaya çıkmaktadır.”

şeklinde ifade edilmiştir.

Kanaatimizce çerçeve maddenin ilgasının değiştirilen hükmü ortadan kaldırdığı şeklindeki bir yargının kabulü, ancak kanunun vücut bulduğu ilk maddi varlık/araç dikkate alınır ve normun ondan ayrılmayacağı kabul edilirse mümkündür. Bu bakış açısında norm koyma tekniği göz ardı edilmiştir. Norm mahiyeti ne olursa olsun aynı kefeye konmuştur. Normun ilki vasıtasıyla farklı ve başka bir araca nakledilebileceği kabul edilmemektedir.

Burada 703 sayılı KHK'daki bazı düzenlemelerin ve bunlardan 29. maddenin uygulamasıyla ilgili Danıştay'ın bir onama kararının bu yaklaşımı destekleyici nitelikte olduğunu söyleyelim. Bu içtihadı konu uyuşmazlıkta 703 sayılı KHK'nın 29. maddesiyle,⁴⁴ 03.06.2011 tarihli ve 640 sayılı Gümrük ve Ticaret Bakanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname'nin adı ve bazı ibareleri değiştirilirken Bakanlık teşkilatına ilişkin 1 ilâ 39. maddelerinin yanı sıra 40. maddesi de yürürlükten kaldırmıştır.⁴⁵ Oysa 640 sayılı KHK'nın kap-

⁴⁴ Esasen 29. madde hükmü de bir çerçeve maddedir. Nitekim 703 sayılı KHK'nin bu maddesinin Mevzuat Bilgi Sistemi'ndeki güncel durumu aşağıdaki gibidir:

[(Madde 29- (3/6/2011 tarihli ve 640 sayılı Gümrük ve Ticaret Bakanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname ile ilgili olup yerine işlenmiştir.)]

⁴⁵ 640 sayılı KHK'nın 40. maddesinin değiştiren 703 sayılı KHK'nın 29. maddesinin Resmî Gazete'de yayımlanmış ilk hâli şöyle idi:

[Madde 29- 3/6/2011 tarihli ve 640 sayılı Gümrük ve Ticaret Bakanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin;

a) Adı “Gümrük Personeli ile Bazı Düzenlemeler Hakkında Kanun Hükmünde Kararname” şeklinde değiştirilmiştir.

b) 40/A maddesinin birinci fıkrasında yer alan “Maliye Bakanlığı” İbaresini “Hazine ve Maliye Bakanlığı” şeklinde ve üçüncü fıkrasında yer alan “Bakanlık” İbaresini “Ticaret Bakanlığı” şeklinde değiştirilmiştir.

c) 1 ila 38 inci maddeleri, 40'inci maddesi, ek 1 inci maddesi, geçici 1 ila geçici 7'nci maddeleri ile eki (I) sayılı cetvel yürürlükten kaldırılmıştır.]

samlı sayılabilecek “Değiştirilen ve yürürlükten kaldırılan hükümler” başlıklı 40. maddesi başka kanunlarda değişiklikler yapan altı fıkralık bir çerçeve maddedir. Bu maddenin her bir fıkrasıyla ayrıca altı adet kanun veya KHK’de değişiklik yapılmıştır. Bunlardan Danıştay’ın önüne gelen uyuşmazlıkla ilgili olan ve 5434 sayılı T.C. Emekli Sandığı Kanunu’nun 40. maddesinin 1-(ç)-alt bendini değiştirerek gümrük muhafaza mensuplarının emeklilik yaşını 55 ve 60 olarak yeniden düzenleyen hüküm üçüncü fıkrada yer almaktadır.⁴⁶

Ne var ki sözü geçen düzenlemelerin yürürlüğü konusunda Bölge İdare Mahkemesi’nin bir kararını onayan Danıştay 12. Dairesi’nin aksi kanaatte olduğu anlaşılmaktadır. Somut olayda, bir gümrük muhafaza memurunun emeklilik yaş haddi süresinin uzatılması talebinin reddi üzerine başvurduğu Zonguldak İdare Mahkemesi tarafından,

“5434 sayılı T.C. Emekli Sandığı Kanunu’nun 40. maddesinin birinci fıkrasında yer alan, 03/06/2011 tarih ve 640 sayılı Kanun Hükmünde Kararname’nin 40. maddesiyle değişik (ç/III) bendinin, dava konusu işlemin tesis edildiği tarih itibarıyla, ‘mevzuat.gov.tr’ web sitesinde yer alan halinde, gümrük muhafaza memurları için yaş haddinin 55 olarak belirlendiği görülmekte ise de, 703 sayılı KHK ile yapılan değişiklikle, 65 yaş haddini 55 olarak sınırlayan 640 sayılı KHK’nın 40. maddesinin yürürlükten kaldırıldığı, bu nedenle, davacının 55 yaş haddine tabi olmadığı, 5434 sayılı Kanun’un yukarıda yer verilen 40. maddesinin birinci fıkrasında yer alan 65 yaş haddine tabi olduğu”

gerekçesiyle emeklilik işleminin iptaline karar verilmiş, davalı idarenin istinaf başvurusu da reddedilmiştir. Buna yapılan temyiz başvurusunu reddeden Danıştay ayrıca bir gerekçe belirtmeksizin usul ve hukuka uygun bulunduğu Ankara Bölge İdare Mahkemesi kararının onanmasına karar vermiştir.⁴⁷

⁴⁶ Söz konusu üçüncü fıkra şu şekildedir:

[(3) 8/6/1949 tarihli ve 5434 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Emekli Sandığı Kanunu’nun 40’inci maddesinin birinci fıkrasının (ç) bendinin “III-Gümrük koruma mensupları” başlıklı alt bendi aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir.

“III-Gümrük Muhafaza mensupları:

1-Gümrük Muhafaza memurları	55
2-Gümrük Muhafaza Kısım Amirleri	60”]

⁴⁷ Danıştay 12. D, 20.5.2021, E.2020/5021, K.2021/2799 (yayımlanmamıştır)

6586 sayılı Kanun'la ilgili olaydan farklı olarak burada KHK ile kod kanun tamamen değil kısmen kaldırılmış olup çerçeve 40. madde de bunlardan biridir. Açıkçası hükmün taşındığı 5434 sayılı Kanun'un ilgili maddesi yerine kestirmeden taşıma normu ilga edilmiştir. Bu durum Mevzuat Bilgi Sistemi kayıtlarında da gözükmektedir.⁴⁸ Bu gelişmelere rağmen mevzuat.gov.tr'ye bakıldığında 640 sayılı KHK m.40/3 ile değiştirilen 5434 sayılı Kanun hükmünün sisteme işlendiği ilk şekliyle mevcudiyetini koruduğu görülmektedir.⁴⁹ Sonuç olarak, sistem yetkililerine göre bir yasal düzenlemeyle açıkça ilga edilmiş olsa bile gerek taşıyan çerçeve hüküm gerek taşınan hüküm hâlen geçerlidir.

Öncelikle 703 sayılı KHK'nın 29. maddesinin (c) bendindeki 40. maddenin yürürlükten kaldırıldığına dair ibareyi yanlış bulduğumuza ifade edelim. Zira bir çerçeve kanun/madde ancak kendisinde bir kod düzenlemesi varsa değiştirilebilir veya kaldırılabilir.⁵⁰ Bize göre bu yasama kazası, olağanüstü bir dönemde çok kısa bir sürede ve acilen belki de cumhuriyet döneminde rastlanmayacak ölçüde kanun ve kanun hükmünde kararnamenin elemeye tâbi tutulmasından kaynaklanmaktadır.⁵¹ Yasama organının hata yapmayacağı düşünülse de,⁵²

⁴⁸ Bazı maddeleri hâlâ yürürlükte olan ve adı 640 sayılı Gümrük Personeli ile Bazı Düzenlemeler Hakkında Kanun Hükmünde Kararname'nin 40. maddesiyle ilgili güncel kayıt şöyledir:

[Değiştirilen ve yürürlükten kaldırılan hükümler

MADDE 40- (Mülga: 2/7/2018-KHK-703/29 md.)

⁴⁹ 5434 sayılı T.C. Emekli Sandığı Kanunu'nun 640 sayılı KHK ile değişik 40. maddesinin 1-(ç)-alt bendi mevzuat.gov.tr'de hâli hazırda aşağıdaki şekilde gösterilmektedir:

[III- (Değişik: 3/6/2011-640-KHK/40 md.) Gümrük Muhafaza mensupları:

1- Gümrük Muhafaza Memurları 55

2- Gümrük Muhafaza Kısım Amirleri 60]

⁵⁰ Bakırcı, s.234.

⁵¹ Bu tip yasama kazalarına Anayasa düzeyinde dahi rastlanmaktadır. Örneğin, 3.10.2001 tarihli ve 4709 sayılı Kanun'un çerçeve 15. maddesiyle Anayasa'nın 38. maddesine ilkin yedinci fıkra eklenmiş ve bundan sonra yine aynı çerçeve maddeyle beşinci ve altıncı fıkralardan sonra gelmek üzere iki fıkra eklenmiştir. Aynı zamanda gerçekleştirilen bu hatalı düzenlemelerin doğal sonucu olarak çerçeve yedinci fıkra yerine eklenememiştir. İdari bir kararla mantıklı olarak önce diğer iki fıkra yerine konmuş, sonra teselsül ettirilen çerçeve yedinci fıkra dokuzuncu fıkra olarak işlenmiştir. Bayram, s.105-106.

⁵² Bununla birlikte kanunlarda 1960'lı yıllardan bu yana yanlış adlandırma, numaralarda düzensizlik, dil ve yazılış yanlışlıkları, hükümlerde tutarsızlık, tasnif ve

Bakanlar kurulu tarafından lağvına ramak kala çıkarılan ve organik bakımdan yürütmenin düzenleyici işlemi olan bu kararname parlamentonun tarafından müzakere edilememiş ve denetime tâbi tutulmamıştır. Gerçekten de 703 sayılı KHK'nın konmasından önce ve sonra bu kadar geniş kapsamlı ve kısa sürede yapılmış bir uygulamaya rastlamamak zordur. Nitekim mevzuatı takiple görevli idari birimler de yukarıda aktarılan şekilde çerçeve norm olan 29. maddenin ilga edildiğine işaretle yetinmiş, fakat aktarılan normu sistemde muhafaza devam etmişlerdir.

Kararlara gelince, ilk derece mahkemesi çerçeve normun ilga edildiğine hükmederken gerekçesinde ayrıntılı bir açıklama yapmamış, Bölge İdare Mahkemesi ve Danıştay ise gerekçe dahi göstermemiştir. Adı geçen yargı yerleri, değiştiren ve değiştirilen normlar arasında şeklen bağımlı ve sürekli bir ilişki bulunduğunu benimsemiş gözükmektedir. Süregelen bu bağ ilgayla sona ermiş ve gerek değiştiren gerek bunun sonucunda değiştiren hüküm yürürlükten kalkmıştır. Bu mercilerce yasama organının yanlış iş yapmayacağı, iradesinin yaş haddini kaldırmak yönünde gerçekleştiği değerlendirilmiş de olabilir. Diğer bir ihtimal de özellikle kanun yolu sürecinde çerçeve normun ilga edildiğinin farkına varılmamış olmasıdır.

2. Hayır, Çerçeve Maddenin İlgası Değişik Hükümü Yürürlükten Kaldırmaz

Bize göre bu hususta pozitif bir kural göstermek mümkün değilse de normatif açıdan, çerçeve maddenin daha sonra yeni bir kanunla iptal edilmesi halinde diğer kanunun değiştirilmiş hükmü veya ona eklenmiş düzenleme ilgaya bağlı olarak kendiliğinden yürürlükten kalkmaz. Zira;

tertipte sistemsizlik gibi sakatlıklara rastlandığı da bilinen bir gerçektir, Fahri Çoker, "Kanunlarımızın Aksak Yönleri ve Giderme Çareleri Üzerine Bir Deneme", I. Türk Hukuk Kongresi, TBB Yayını, Ankara 1972, s.5 vd.; Abdullah Dinçkol, Hukuka Giriş-Hukukun Temel Kavramları, 13.B., Der Yayınları, İstanbul 2017, s.80 vd. Bu yanlışlardan bir kısmı da kaldırılan veya yeniden düzenlenen bir hükmün mevcut hükümlere göre tutarsız olması veya kaldırılmış hükümlere gönderme yapılmasıdır, Dinçkol, s.84.

Öncelikle çerçeve kanunu *doğası ve mantığı gereği transfer edilmiş hüküm* öteki kanunun *cüzü hâline gelir*. Norm geçici bir araçla asli aracına geri dönüşü mümkün olmayacak şekilde nakledilmiştir. Örnekteki gibi 6586 SK m.105 ile değiştirilen yeni hüküm artık yürürlüğe girdiği 03.02.2015 tarihi itibarıyla TSK Disiplin Kanunu'nun 40. maddesinin ikinci fıkrasının doğal bir hükmü olarak itibar görülür ve uygulanır. Esasen çerçeve kanunla öteki kanunun bazı ibare ve cümlelerinin değiştirilmesinde olduğu gibi, böyle bir aktarma olmaksızın öteki kanun hükmünün yeni duruma göre anlamlandırılması ve uygulanması mümkün değildir. Aynı şekilde çerçeve kanunla getirilen ek maddenin öteki kanuna aktarılıp eklenmeden hüküm ifade etmesi imkânsızdır.

Değişik hükmün yeniden değiştirilmesi veya kaldırılması söz konusu olduğunda, yasama organı aktaran normu değil tek başına ve doğrudan gittiği öteki kanunu dikkate almaktadır. Bu da kanun koyucunun açık iradesini göstermektedir. Örneğin, 6423 sayılı Kanun'un 13. maddesinin dördüncü fıkrası önce 02.01.2017 tarih ve 681 sayılı KHK'nin (RG: 06.01.2017-29940 Mükerrer) 91. maddesiyle, daha sonra tekrar 16.07.2020 tarih ve 7250 sayılı Kanun'un (RG:23.07.2020-31194) 17. maddesiyle değiştirilmiştir.

*Aynı şekilde, öteki kanunun sonradan komple ilgası hâlinde de çerçeve normun hâlâ yürürlüğünü sürdürdüğü söylenemez.*⁵³

*Dahası kanun koyucu yukarıda söz edilen 6413 sayılı Kanun'a 6586 sayılı Kanun ile getirilen Ek Madde 1 hükmünde yine 7250 sayılı Kanun'un 23. maddesiyle 23.07.2020 tarihinden geçerli olarak bir değişiklik yapmıştır.*⁵⁴ İlk varsayıma göre bu madde 703 sayılı Kanun'la ilga edildiğinden 30.07.2018'den itibaren yürürlükte değildir. Bu da yasama organının yürürlükten kaldırdığı hükmü daha sonra değiştirmek gibi tutarsız ve

⁵³ Eski Meclis Başkanı ve Anayasa Hukuku hocası Mustafa Şentop'a göre, evleviyet kuralı gereği bütünün ilgası onun parça ve eklerini de yürürlükten kaldırır: "(b)u çerçevede A Kanunu'nun bir maddesini değiştiren ya da ona yeni bir madde ekleyen B Kanunu'nun, A Kanunu'nun sonradan yürürlükten kaldırılmasıyla birlikte kendiliğinden yürürlükten kalkacağı, bunun için ayrı bir hukuki tasarrufa gerek bulunmadığı açıktır." Mustafa Şentop, "Bir Kanunun Tahlili: 7248 Sayılı Kanun Nedir, Ne Değildir?", *Yasama Dergisi*, S. 42, Temmuz- Aralık 2020, s.100.

⁵⁴ Madde hükmü şu şekildedir:

[Madde 23 – 6413 sayılı Kanun'un ek 1 inci maddesinin birinci fıkrasında yer alan "on" ibaresi "yirmi" şeklinde ve "yirmi" ibaresi "kırk" şeklinde değiştirilmiştir.]

çelişkili bir işe kalkıştığı anlamına gelmektedir. Hâlbuki tam aksine kanun koyucu açıkça Ek Madde 1'in yürürlükte olduğunu kabul etmiştir.

Bazı çerçeve kanunların aktardığı hükmün "Bu Kanunda/kanunun/kanunun" ibareleriyle başlaması da öteki kanunun esas alındığının göstergesidir. Zira buradaki "bu" sıfatı çerçeve kanunun bulunduğu kanunu değil değişiklik yapılan kanunu nitelemektedir. Bu ibare çerçeve maddelerin hükmü ancak öteki kanuna yerleştirildiğinde anlam ifade eder, yoksa uygulanamaz.

Çerçeve kanunun ilgasının değiştirilen hükümleri de ortadan kaldıracığının kabulü hukuk düzeninde kaosa yol açabilir. 703 sayılı KHK ile ilga edilen 6586 sayılı kanunda olduğu gibi, farklı kanunlarda çok sayıda hüküm değiştirilmiş olabilir. Buradaki gibi aktarılan her bir hükmün çerçeveli kuralın ilgası sonucu birden ve topluca yürürlükten kaldırıldığının kabulü, öngörülemeyen ölçüde büyük bir boşluğa, dolaşısıyla yargı ve idarede karmaşaya sebebiyet verebilir. Bu da hukuki güvenlik ilkesini zedeler.⁵⁵

Tüm bu çerçeve hükümlerin ilga edildiği kabul edildiği takdirde bunların tamamının yeniden düzenlenmesi gerekmektedir. Bildiğimiz kadarıyla gerek yasama organının gerek yürütmenin bu yönde atılmış bir adımı bulunmamaktadır. Somut örnek vermek gerekirse, 6586 sayılı Kanun'un 108. maddesiyle 6413 sayılı TSK Disiplin Kanunu'na Ek Madde 1 ile eklenen hükümle "Erbaş ve erler tarafından uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanılması" başlıklı bir disiplin suçu oluşturulmuştur. Ancak Mevzuat Bilgi Sistemi'ne bakıldığında sâdece bu suçun değil, 6586 sayılı Kanun'la yapılan tüm değişikliklerin (idari yargı yeri tarafından ilga edildiğine işaret edilen m.40/2 dâhil) yerini koruduğu görülmektedir. İdari makamlar ile yargı mercilerinin bu ve benzeri hükümleri uygulamaya devam ettikleri bilinen bir keyfiyettir.

Mevzuatı takiple yetkili ve sorumlu idare de değiştirilen öteki kanunu dikkate almaktadır. Geçmişte Başbakanlık tarafından "Kanunlar Külliyesi"na işlenen kanunlar günümüzde Cumhurbaşkanlığı tara-

⁵⁵ Yukarıda belirtildiği gibi 6586 sayılı Kanun'la 21 ayrı kanunun bir kısmı oldukça kapsamlı ve sistematığı etkileyen 98 maddesi değiştirilmiş veya ek hüküm almıştır. Keza 703 sayılı KHK ile 190'a yakın mevzuatta değişiklik yapılmıştır.

fından “Mevzuat Bilgi Sistemi”ne rutin olarak aktarılmaktadır. Gerek özel kişiler gerek kamu kurum ve kuruluşları resmi olarak kanunları buradan takip etmektedirler. Uygulamada yukarıdaki 6586 sayılı Kanun’la ilgili verdiğimiz örneklerden de anlaşılacağı üzere, çerçeve kanunlar işlenirken çerçeve (taşıyan kısım) buraya aktarılmamakta, sâdece yapılan değişiklikler değiştirilmiş şekliyle metne işlenmekte ve aktaran çerçeve kanununun tarih ve sayısı başına “Değişik” ibaresi konarak parantez içinde gösterilmektedir. Aynı zamanda çerçeve normun metni silinip yerine parantez içinde ve koyu renkle ilgili diğer kanuna işlendiği belirtilmektedir. Aynı uygulamalar mülga ve ek madde hükümleri için de geçerlidir. Bu uygulamanın dayanağı 1 sayılı Cumhurbaşkanlığı Teşkilatı Hakkında Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi’nin 7. ve 537. maddelerine dayanılarak hazırlanan ve 23.02.2022 gün ve 5210 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararıyla yayımlanan (RG: 24.02.2022-31760) Mevzuat Hazırlama Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik’in 18 ilâ 21. maddeleridir.

Öteki kanunun çerçeve kanunun yürürlüğe girmesinden önce ilgası *varsayımı da bu görüşü desteklemektedir*: Yayımlanan çerçeve kanunun yayımlandığı tarihten daha sonraki bir tarihte yürürlüğe girmesi öngörülmüş olabilir. Öteki kanun bu tarihten önce ilga edildiği takdirde artık aktarma hükümsüz ve çerçeve madde geçersiz hale gelmiş olur. Ancak çerçeve kanun/madde, salt yayımlandığı kanunun normatif cüzü olduğu farz ve kabul edilirse doğal olarak öteki kanunun ilgasından etkilenmez. Bu takdirde çerçeve kanunun/maddenin ileride yürürlüğe girerek hüküm icra etmesi beklenir ki, bu hem tutarsız hem de imkânsızdır. Zira her şeyden önce ek madde bile olsa çerçeve maddenin ekleneceği yürürlükte bir kanun yoktur. İkincisi ne denli açık ve dört başı mamur bir norm da olsa, öteki kanun olmadan uygulanabileceğinin düşünülmesi çelişki yaratır. Çerçeve madde tek başına hüküm ve sonuç doğurup uygulanabilecek olsaydı, mantiken zaten öteki kanuna gönderme yapmaya gerek olmazdı.

3. Özel Bir Durum: Çerçeve Hükümün Anayasa Mahkemesi Önüne Götürülmesi

Anayasa yargısında hangi normun dava konusu yapılabileceği ve iptal edilebileceği tartışması da soruna açıklık getirebilir. Öncelikle itiraz yolu yönünden bazı istisnaları varsa da ilgada olduğu gibi

Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararlarının da geçmişe yürümediğini belirtelim.⁵⁶ Kanunun iptali üzerine varsa yürürlükten kaldırdığı kanun da kendiliğinden yürürlüğe girmez.⁵⁷ Farklı durumlar söz konusu olduğundan çerçeve normun anayasaya aykırılığının denetimini itiraz (AY m.152) ve iptal davası (AY m.150) yolu bakımından ayrı ayrı açıklayalım.

a. Çerçeve Hükme Karşı İtiraz Yoluna Başvurulması

İtiraz yolunda (somut norm denetiminde) çerçeve değil öteki kanun hükmü esas alınır. Yargı organı baktığı bir davada anayasa aykırılığı ileri sürüldüğü takdirde, onu yürürlüğe sokan çerçeve normu değil, kanunun uygulanan değişik hükmünü Anayasa Mahkemesi önüne götürür. Zira mahkemenin baktığı davada uygulayacağı somut bir kanun gerekir ki bu da doğal olarak taşıyan değil taşınan normdur. Anayasa Mahkemesi'nin iptal etmesi halinde de değişik hüküm ileriye dönük olarak yürürlükten kalkar.⁵⁸ Nitekim 6413 sayılı Kanun'un değişik 43. maddesiyle ilgili davada Anayasa Mahkemesi 24.06.2021 tarih ve 7329 sayılı Kanun'un 17. maddesi metnini değil bu Kanunla değiştirilen 43. madde hükmünü dava konusu yapmış ve bunun bazı ibarelerini iptal etmiştir. Hatta daha sonra bu madde hükmündeki değişik ibareler bir kere daha iptal edilmiştir. Değişikliğin yanı sıra Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararları da 43. madde metnine işlenmiştir.⁵⁹

⁵⁶ Bilge, s. 203; Anayurt, s.316; Atay, s.266-267; Kalabalık/Doğancı, s.112; Bozkurt, s.63; Şirin, s.622 vd.; Onur Sır, Hukuk Devleti Açısından Kanunların Anayasaya Uygunluğunun Yargısal Denetimi, DEÜSBE, Yayınlanmamış Doktora Tezi, İzmir 2010, s.378; Yılmaz, s.13. Bu doğrultuda, AYM, E. 15.10.2009, E.2007/144, K. 2009/148; AYM, 21.02.2008, E. 2005/35, K. 2008/62; AYM, 12.12.198., E.1989/11, K. 1989/148.

⁵⁷ Yılmaz, s.127. AYM, 11.11.1963, E.1963/106, K.1963/270, RG: 29.1.1964-11619.

⁵⁸ Şirin, s.666; Sır, s.321 vd.

⁵⁹ Maddenin mevzuat.gov.tr'deki son durumu şu şekildedir:

[Madde 43 - (1) (Değişik:24/6/2021-7329/17 md.) Askerî öğrenciler ile erbaş ve erler hakkında verilen disiplin cezaları ile subay, astsubay, uzman erbaş ile sözleşmeli erbaş ve erler hakkında verilen (İptal İbare: Anayasa Mahkemesi'nin 1/6/2022 tarihli ve E.: 2022/10, K.: 2022/72 sayılı Kararı ile.) (İptal İbare: Anayasa Mahkemesi'nin 30/11/2022 tarihli ve E.: 2022/122, K.: 2022/151 sayılı Kararı ile.) (İptal İbare: Anayasa Mahkemesi'nin 1/6/2022 tarihli ve E.: 2022/10, K.: 2022/72 sayılı Kararı ile.) (İptal İbare: Anayasa Mahkemesi'nin 30/11/2022 tarihli ve E.: 2022/122, K.: 2022/151 sayılı Kararı ile.) bu Kanunda yer alan disiplin ce-

b. Çerçeve Hükme Karşı İptal Davası Yoluna Başvurulması

İptal davası yolunda (soyut norm denetiminde) çerçeve hükümleri taşıyan kanunun anayasaya aykırılığı ileri sürülebildiğinden durum farklıdır. Bu takdirde kanaatimizce kanunun diğer maddelerinin dava konusu edilmesi normal şartlarda aktarılan çerçeve hükümleri etkilemez.

Buna karşılık değiştiren kanununun tümüyle şekil bakımından anayasaya uygun olmadığı iddia edilebilir. Anayasa'ya göre şekil yönünden denetimde sâdece son oylamanın öngörülen çoğunlukla yapılıp yapılmadığına bakılır (m.148/II). Bu bozukluk aslında kanunun tümünü temelden sakatlayan, ortak ve esastan denetimi önceleyen (dışsal) bir usul eksikliğidir.⁶⁰ Bu usul eksikliği her ne kadar şekli bir bozukluk olarak görülse de çoğunluğa dayanmayan böyle bir kararın TBMM'nin yetkili genel kurulu tarafından alındığı, dolayısıyla demokratik ilkelerle bağdaştığı söylenemez.⁶¹

Kanaatimize göre, kanunun tümü dava konusu edilir ve şekil yönünden anayasaya aykırı bulunursa iptalin çerçeve hükmü de kapsayacağı kabul edilmelidir. Burada, şekli (dışsal) denetimin kanunun yapım sürecine ilişkin olmasından dolayı, norm koyma tekniği yönünden bütünü gibi çerçeve hükmün de baştan beri anayasaya uygun olmaması söz konusudur. Başka bir deyişle sâdece aktarılan norm değil değişikliği emreden aracı kural da iptalle geçersiz hale gelmiştir. Bu takdirde zorunlu olarak tüm kanun dava konusu olduğundan, -nak-

zalarına karşı iptal davası açılabilir. Seferberlik ve savaş zamanında ise yüksek disiplin kurulları tarafından verilen Silahlı Kuvvetlerden ayırma cezası hariç bu Kanunda yer alan diğer disiplin cezaları yargı denetimi dışındadır.]

⁶⁰ Sır, s.317-318; Bkz. Özen Ülgen, "Anayasaya Uygunluğun Şekil Bakımından Denetiminin Kapsamına İlişkin Sorunlar ve Kanun Hükmünde Kararnemelerin Şekli Bakımdan Denetimi," *Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C.11, S.137, Ocak 2016, s.125-157.

⁶¹ Nitekim genel kabul toplantı ve karar yeter sayısına ulaşılmadan alınan kolajyal kararların usul (şekil) sakatlığı taşıdığı yönünde ise de (Örneğin, Bahtiyar Akyılmaz/Murat Sezginer/Cemil Kaya, *Türk İdare Hukuku*, 14. baskı, Savaş Yayınevi, Ankara 2021, s. 399; E. Ethem Atay, *İdare Hukuku*, Turhan Kitabevi, 6. baskıya ek tıpkı baskı, Ankara 2019, s.505), bunun kişi yönünden yetkisizlik oluşturduğu da savunulmaktadır (Kemal Gözler, *İdare Hukuku*, C.I, Ekin Kitabevi, Bursa 2003, s.680). Günday, her ikisini de kabul etmektedir, *Metin Günday, İdare Hukuku*, 7. baskı, İmaj Yayınevi, Ankara 2003, s.128-129;

ledilmiş olsa bile- çerçeve hüküm de iptalden etkilenir. Bu düşünce-
miz iptalin ilgayla aynı hüküm ve sonuçları doğurduğu kabulü ba-
kımından çelişkili görülebilir.⁶² Ancak burada yürürlükteki hukuka
uygun hükümleri ortadan kaldıran ilgadan farklı ve istenmeyen bir
durum olarak kanunun tümünün anayasaya aykırılığı söz konusudur.
Bu itibarla kamu yararı ve kamu düzeni gerektirdiğinden, hatta zorla-
dığından istisnai bir çözüm olarak iptalin çerçeve kanunun aktarılan
hükümünü de kapsadığı kabul edilmelidir. Esasen Anayasa'nın da şekil
bozukluklarına dayalı iptal davalarına ayrıca vurgu yaptığı da dikkate
alınmalıdır.⁶³

Öte yandan çerçeve kanunda içkin aracı kural da anayasaya uy-
gun olmayabilir. Çerçeve kanunda aktarılması gerekenden çok farklı
ve ilgisiz bir kanun adres gösterilmiş olabilir. Örneğin, taşımanın X
kanunu yerine Y kanununa yapılacağına belirtilmesi hâlinde, yanlış
yetkilendirmeden dolayı –esasta sakatlık bulunmasa bile- çerçeve hük-
mün anayasaya aykırı olduğu söylenebilir. Bu takdirde adresin geçer-
sizliğinden dolayı çerçeve hükmün dava konusu edilmesi gerektiği ka-
naatindeyiz. İptal halinde taşıma maddesi yürürlükten kalkar. Esasen
bu durumda yanlış yere transfer edilmiş olan normun uygulanmasına
imkân olmadığını söyleyelim. Adreste hata sebebiyle hükmün yerine
işlenememesi hâlinde zaten norm aktarılamamış olduğundan, iptal-
den dolayı doğal olarak çerçeve maddenin tümü yürürlükten kalkar.

Bize göre, Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararlarının ileriye dö-

⁶² Aslında iptal geçmişe yürüterek işlemi hiç yapılmamış gibi ortadan kaldırdığı-
ndan ilgadan farklıdır. Ancak AY m. 153/V'de Anayasa Mahkemesi'nin iptal karar-
larının geriye yürümeyeceği kabul edildiğinden son tahlilde ikisi de aynı sonucu
doğurmaktadır, Yılmaz, s.38 vd.

⁶³ Şekil yönünden denetimi önemseyen ve öncelik veren Anayasa'ya göre, "Ka-
nunların şekil bakımından denetlenmesi, son oylamanın, öngörülen çoğunlukla
yapılıp yapılmadığı (...) hususları ile sınırlıdır. Şekil bakımından denetleme, Cum-
hurbaşkanı veya Türkiye Büyük Millet Meclisi üyelerinin beşte biri tarafından
istenebilir. Kanunun yayımlandığı tarihten itibaren on gün geçtikten sonra, şekil
bozukluğuna dayalı iptal davası açılmaz; def'i yoluyla da ileri sürülemez (m.148/
II)". "Şekil bozukluğuna dayalı iptal davaları Anayasa Mahkemesi'nce öncelik-
le incelenip karara bağlanır (m.149/IV)". "Kanunların, (...) veya bunların belirli
madde ve hükümlerinin şekil ve esas bakımından Anayasaya aykırılığı iddiasıyla
Anayasa Mahkemesi'nde doğrudan doğruya iptal davası açabilme hakkı, Cum-
hurbaşkanına, Türkiye Büyük Millet Meclisinde en fazla üyeye sahip iki siyasi parti
grubuna ve üye tamsayısının en az beşte biri tutarındaki üyelere aittir (m.150)".

nük hüküm ve sonuç doğurduğu dikkate alındığında, herhangi bir pozitif düzenleme olmayan bu iki halde çerçeve hükmün askıda geçerli olduğunu kabul etmek gerekir.

SONUÇ

Başka bir kanunun hükümlerini değiştiren ve kimi zaman -kanaatimizce hatalı olarak- atıf normu da deneni çerçeve kanunların kod kanunlara işlenmeyen veya müstakilen yürürlükte kalan kendine ait hükümlerinin ilgasının önünde hiçbir engel bulunmaktadır. Bu tamamen kanun koyucunun takdirine kalmıştır. Ancak özellikle bazı torba kanunlarla kod kanunların tümüyle ve topluca ilgası ve iptali halinde, başka kanunlarda değişiklik yapan çerçeve kanun ve madde hükümlerinin de yürürlükten kalktığı düşünülebilir. Nitekim bazı yargı kararlarında çerçeve normun ilgasının aktarma yaptığı öteki kanunun hükmünü de etkilediğine, daha açık ifadeyle ortadan kaldırdığına hükmedilmiştir. Bunun metnin şekli bakıştan ve lafzi yorumdan kaynaklandığı söylenebilir. Ne var ki bu yaklaşım birçok probleme yol açabilecek mahiyettedir. Ayrıca değiştirilen her bir hükmün birden ve topluca yürürlükten kaldırıldığı kabul edilirse hukuki güvenliği tehlikeye sokan bir karmaşa çıkabilir. Buna 20'den fazla kanunun 100'e yakın hükmünü değiştiren 6586 sayılı Kanun'un 703 sayılı KHK ile ilga edilmesini örnek verebiliriz.

Bize göre çerçeve hükmün ilgası eklenen ve/veya değiştirilen hükümü yürürlükten kaldırmamaktadır. Zira aslında çerçeve kanun "madde-leri çerçeveli olan" kanundur. Çerçeve kanun normatif bakış açısından iç içe geçmiş, illi yönden birbirine bağlı iki emir ve önerme içerir. Biri tırnak içindeki asıl normu çerçeve hükümden koparan ve "değiştirilmiştir/eklenmiştir" şeklinde ifade edilen taşıyan/aktaran/aracı kuraldır. İkincisi ise başka bir kanuna eklenmesi istenen ek madde veya değişik asıl kuraldır. Aracı kural yürürlüğe girmekle hemen, tek seferde ve bir defaya mahsus uygulanır. Yasama organının açık iradesi gereği değişik ve asıl (tırnak içindeki) norm öteki kanuna temelli transfer edilir. Artık yeni aracına nakledilen bu kural işin tabiatı ve mantığı gereği taşındığı kanunun cüzü olarak hüküm ifade ve icra eder. Bir mektup veya ileti gibi öteki kanuna ulaşmakla öteki kanunun malı olmuş, geriye işlevini yitirmiş zarf (kanunun çerçevesi) kalmıştır. Bu itibarla öteki kanunun tamamen ilgası hâlinde çerçeve norm da hükümsüz hâle gelir.

Kısacası çerçeve kanunun öteki kanunun kuralı olması artık onun hükmüne ve kaderine tâbi olması demektir. Hukuk dogmatikinde ve tatbikatta öteki kanunun değiştirilmiş hükmü esas alınmalı, idari ve yargı organları bu hükmü uygulamalıdır. Bu cümleden olarak, yasama organı tekrar düzenlemek istediğinde taşıma normunu değil değişik hükmü dikkate almalı, ilga etmeli, değiştirmeli veya ekleme konusu yapmalıdır. Nitekim yetkili idare değiştirilen kanunu dikkate almakta ve bu doğrultuda Mevzuat Bilgi Sistemi'nde yapılan değişiklikleri aktaran kanundan silerek öteki kanuna işlemektedir.

Anayasa Mahkemesi itiraz yolunda öteki kanunu dikkate aldığından bir sorunla karşılaşmamaktadır. Ancak iptal davasında, özellikle aktarma yapan kanunun şekli denetiminde durum biraz farklıdır. Tüm kanunun AY m.148/II uyarınca son oylamanın öngörülen çoğunlukla yapılmadığı iddia edilen bu durumda çerçeve maddenin aktaran/ aracı kuralı da dava ve iptal konusudur. Burada esasen kanunun tümünü temelden sakatlayan, ortak, dışsal ve kişi yönünden yetkisizlik de sayılabilecek ağır ve önemli bir usul eksikliği söz konusudur. Böyle bir anayasaya aykırılık demokratik hukuk devleti ilkesiyle de bağdaştırılmaz. Bu takdirde çerçeve hükmün iptalinin kamu yararı ve kamu düzeni gerektirdiğinden değiştirilen hükme de sirayet edeceği kabul edilmelidir. Buna ilaveten aynı yaklaşım çerçeve kanunda yanlış ve ilgisiz bir kanuna aktarmada bulunulması hali için de gösterilebilir.

Sonuç olarak, yukarıda değinilen idari yargı kararlarının aksine, çerçeve hükmün sonradan ilgasının eklenen ve/veya değiştirilen öteki kanun hükmünü yürürlükten kaldırmadığı kabul edilebilir.

Kaynakça

Kitaplar

- Akyılmaz Bahtiyar/Sezginer Murat/Kaya Cemil, Türk İdare Hukuku, 14. baskı, Savaş Yayınevi, Ankara 2021.
- Aslan Kahan Onur, Türk Parlamento Hukuku, 3. baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2022.
- Atay E. Ethem İdare Hukuku, Turhan Kitabevi, 6. baskıya ek tıpkı baskı, Ankara 2019.
- Atay E. Ethem Hukuk Başlangıcı, 9. baskı, Gazi Kitabevi, Ankara 2021.
- Aybay Aydın/Aybay Rona, Hukuka Giriş, 2. baskı, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul 2005.
- Ayverdi İlhan, Kubbealtı Lugatı- Misalli Büyük Türkçe Sözlük, C.I, 2. baskı, İstanbul 2006.

- Bakırcı Fahri, TBMM'nin Çalışma Yöntemi, İmge Kitabevi, Ankara 1990.
- Bakırcı Fahri/Gençkaya Ömer Faruk/Ergül Ozan/Kılıç Abbas/Aslan Gündüz Alp/Yüksel, İsmail, Parlamento Hukukuna Giriş, 2. baskı., Lykeion Yayınevi, Ankara 2022.
- Bilge Necip, Hukuk Başlangıcı, 36. baskı, Turhan Kitabevi, Ankara 2019.
- Diñkol Abdullah, Hukuka Giriş-Hukukun Temel Kavramları, 13. baskı, Der Yayınları, İstanbul 2017.
- Em Ali, Kanunların İdari Düzenleyici Tasarrufların Yapım ve Yazışma Teknikleri, 5. baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2019.
- Fendoğlu Hasan Tahsin, Hukuka Giriş, 9. baskı, Yetkin Yayınevi, Ankara 2020.
- Gözler Kemal, Hukuka Giriş, 14. baskı, Ekin Yayınevi, Bursa 2017.
- Gözler Kemal, Hukukun Genel Teorisine Giriş, Us-A Yayıncılık, Ankara 1998.
- Gözler Kemal, İdare Hukuku, C.I, Ekin Kitabevi, Bursa 2003.
- Günday Metin, İdare Hukuku, 7. baskı, İmaj Yayınevi, Ankara 2003.
- Hafızoğulları Zeki, Ceza Normu: Normatif Bir Yapı Olarak Ceza Hukuku Düzeni, Seçkin Kitabevi, Ankara 1987.
- İşıktaç Yasemin/Metin Sevtap, Hukuk Metodolojisi, 9. tıpkı baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul 2023,
- İba Şeref, Parlamento Hukuku, 8. baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara 2022.
- Kalabalık Halil/Doğancı, E. Doğa, Temel Hukuk Bilgisi, 12. baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara 2022.
- Kıratlı Metin, Anayasa Yargısında Somut Norm Denetimi (İtiraz Yolu), AÜSBF Yayını, Ankara 1966.
- Şirin Tolga, Karşılaştırmalı Anayasa Hukukunda Kanun Kavramı, 2. baskı, Onikilevha, İstanbul 2019.
- Türk Dil Kurumu, Türkçe Sözlük, 10. baskı, TDK Yayını, Ankara 2005.
- Yılmaz, Halit İdare Hukuku Açısından Anayasa Mahkemesi İptal Kararlarının Zaman Açısından Etkisi, Adalet Yayınevi, Ankara 2020.

Makaleler

- Araç İbrahim / İba Şeref, "Türkiye'de Yasa Önerisi Hazırlama ve Norm Koyma Tekniği ve Yasamacı Mesleğinin Nitelikleri Üzerine", *AÜSBF Dergisi*, C.58, S.3, 2003, s.35-59.
- Bakırcı Fahri, "Kod Yasa- Çerçeve Yasa, Yasa Ayrımı Üstüne", *AÜHFD*, Cilt 54, Sayı 3, 2005, S. 223- 240.
- Bayram Erدين, "Kanun Sistematiğinde 'Madde'", *Yasama Dergisi*, S.8, 2008, S.102-123.
- Çoker Fahri, "Kanunlarımızın Aksak Yönleri ve Giderme Çareleri Üzerine Bir Deneme", I. Türk Hukuk Kongresi, TBB Yayını, Ankara 1972, s.5 Vd.
- Geçmez Taner, "Özel Yasama Yolu Olarak Temel Kanun", *TBB Dergisi*, S.104, 2013, S.265-298.

İba Şeref, "Ülkemizde 'Torba Kanun' Ve 'Temel Kanun' Uygulamaları," *Ankara Barosu Dergisi* S.2011/1, 2011, s.197-202.

Serim Bülent, "İptal Edilen Kuralın Yerine Eskisinin Kendiliğinden Yürürlüğe Girememesi", *Amme İdaresi Dergisi*, C. 28, S. 1, 1995, s.33-46.

Şentop Mustafa, "Bir Kanunun Tahlili: 7248 sayılı Kanun Nedir, Ne Değildir?", *Yasama Dergisi*, S. 42, Temmuz- Aralık 2020, s.97-130.

Ülgen, Özen, "Anayasaya Uygunluğun Şekil Bakımından Denetiminin Kapsamına İlişkin Sorunlar ve Kanun Hükümünde Kararnamelerin Şekli Bakımdan Denetimi," *Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C.11, S.137, Ocak 2016, s.125-157.

Yüksel Nahit, "Türk Parlamento Hukukunda 'Çerçeve' Kanunları Adlandırma Yöntem ve Sorunları, *Yasama Dergisi*, S.26, S. 2014, s.31-63.

Tezler

Aslan Gündüz Alp, Anayasa Hukukunda Kanun Kavramı, AÜSBE, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Ankara 2016.

Sır Onur, Hukuk Devleti Açısından Kanunların Anayasaya Uygunluğunun Yargısal Denetimi, DEÜSBE, Yayınlanmamış Doktora Tezi, İzmir 2010.

İnternet kaynakları

www.anayasa.gov.tr

www.mevzuat.gov.tr

KATI ATIKLARIN TOPLANMASI, BERTARAFI VEYA DEĞERLENDİRİLMESİ KONULU İMTİYAZ SÖZLEŞMELERİ

THE CONCESSION CONTRACTS FOR THE COLLECTION, DISPOSAL OR VALORIZATION OF SOLID WASTE

Muhammed Ali AYDIN*

Özet: Yerel yönetimlerin kendi kaynak ve imkanlarıyla karşılayamadığı mahalli, müşterek ihtiyaçların karşılanabilmesini sağlamak üzere 5393 sayılı Belediye Kanunu ile 5302 sayılı İl Özel İdaresi Kanunu'nda özel hukuk kişilerine imtiyaz verilmesine yetki verilmiştir. Böylece yerel yönetimler belirli konularda imtiyaz sözleşmesi yapmak suretiyle özel hukuk kişilerini yetkilendirebilecek ve tekel veya tekele yakın nitelikteki bir kamu hizmetini yürütme imtiyazı özel hukuk kişisine veya kişilerine geçecektir.

Belediye Kanunu'nun 15. maddesinin g bendinde "katı atıkların toplanması, taşınması, ayrıştırılması, geri kazanımı, ortadan kaldırılması ve depolanması" konularında belediyelerin imtiyaz verebileceği düzenlenmiştir. İl Özel İdaresi Kanunu'nun 10. maddesinde de il genel meclisinin görevleri ve yetkileri arasında il özel idaresi adına imtiyaz verme yetkisi sayılmıştır.

Bu çalışmada; idari sözleşmeler, imtiyaz sözleşmesine ilişkin tarihi arka plan, imtiyaz sözleşmesinin özellikleri ve hukuki rejimi ile makalenin ana konusu olan "katı atıkların toplanması, taşınması, ayrıştırılması, geri kazanımı, ortadan kaldırılması ve depolanması ile ilgili bütün hizmetleri yapmak ve yaptırmak" şeklinde ifade edilen kamu hizmetini gördürmek üzere yerel yönetimlerce özel kişilere imtiyaz verilmesi ve bu kapsamda karşılıklı olarak imzalanan imtiyaz sözleşmesi incelenmektedir.

Anahtar Kelimeler: İmtiyaz Sözleşmesi, Belediye, Katı Atıklar, Entegre Katı Atık Yönetim (EKAY) Tesisi

* Dr. Öğr. Üyesi, İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi İdare Hukuku Anabilim Dalı, muhammedaliaydin@aydin.edu.tr, ORCID: 0000-0002-6243-6083, Makalenin Gönderim Tarihi: 13.11.2023, Kabul Tarihi: 23.01.2024

Abstract: The Municipality Law No. 5393 and the Special Provincial Administration Law No. 5302 authorize the granting of concessions to private law persons in order to meet local, common needs that local governments cannot meet with their own resources and means. Thus, local governments will be able to authorize private law persons by concluding concession agreements on certain issues and the privilege to perform a monopoly or near-monopoly public service will be transferred to a private law person or persons.

Article 15 (g) of the Municipal Law stipulates that municipalities may grant concessions for “the collection, transportation, sorting, recovery, disposal and storage of solid waste”. In Article 10 of the Law on Special Provincial Administration, the authority to grant concessions on behalf of the special provincial administration is listed among the duties and powers of the provincial general assembly.

In this study, the concession granted by local governments to private persons in order to provide a public service, which is defined as performing and having performed all services related to the collection, transportation, sorting, recovery, disposal and storage of solid wastes, and the concession agreement signed mutually within this scope will be examined

Keywords: Concession Agreement, Municipality, Solid Waste, Integrated Solid Waste Management (ISWM) Facility

GİRİŞ

İdare bazı hizmetleri tamamen özel sektöre kapatıp kendi yerine getiriyor olabileceği gibi o hizmet alanını özel sektöre açmasına rağmen o alanda doğrudan doğruya bir kamu tüzel kişinin hizmet sunmasını gerekli görmüş olabilir.¹

5393 sayılı Belediye Kanunu’nun 15. maddesinin e, f ve g bentlerinde; “içme, kullanma ve endüstri suyunun sağlanması, atık su ve yağmur suyunun uzaklaştırılması, kaynak sularının işletilmesi, toplu taşıma, katı atıkların toplanması, taşınması, ayrıştırılması, geri kazanımı, ortadan kaldırılması ve depolanması” konularında belediyelerin imtiyaz verebileceği düzenlenmiştir.² 5302 sayılı İl Özel İdaresi

¹ Bahtiyar Akyılmaz/Murat Sezginer/Cemil Kaya, Türk İdare Hukuku, 17. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara 2023, s. 600; Kemal Gözler/Gürsel Kaplan, İdare Hukuku Dersleri, 25. Baskı, Ekin Kitabevi Yayınları, Bursa Ağustos 2023, s. 552; Turan Yıldırım/Melikşah Yasin/Nur Kaman/H. Eyüp Özdemir/Gül Üstün/Hüseyin Melih Çakır/Özge Okay Tekinsoy, İdare Hukuku, 8. Baskı, On iki Levha Yayınevi, İstanbul Kasım 2020, s. 566; Yıldızhan Yayla, İdare Hukuku, 2. Baskı, Beta Basım A.Ş., İstanbul 2010, s.88.

² “Belediyenin yetkileri ve imtiyazları
Madde 15- Belediyenin yetkileri ve imtiyazları şunlardır: (...)

Kanunu'nun 10. maddesinde de il genel meclisinin görevleri ve yetkileri arasında il özel idaresi adına imtiyaz verme yetkisi sayılmıştır. Böylece il özel idarelerinin, belediyelere göre daha çeşitli konularda imtiyaz verebileceği söylenebilir.

Bu çalışmada; "katı atıkların toplanması, taşınması, ayrıştırılması, geri kazanımı, ortadan kaldırılması ve depolanması ile ilgili bütün hizmetleri yapmak ve yaptırmak" şeklinde ifade edilen kamu hizmetini gördürmek üzere yerel yönetimlerce özel kişilere imtiyaz verilmesi ve bu kapsamda karşılıklı olarak imzalanan imtiyaz sözleşmesi incelenmektedir.

I. İDARENİN SÖZLEŞMELERİ REJİMİ

İdare eğer karşı tarafa göre üstün ve ayrıcalıklı bir konumda olmadan sözleşme imzalıyorsa bu sözleşme özel hukuk sözleşmesidir.³ Elbette idarenin karşı tarafın rızasını alarak yaptığı her sözleşme özel hukuk sözleşmesi değildir. Eğer kanunla bir sözleşmenin idari sözleşme olduğu hükme bağlanmışsa o sözleşme idari sözleşmedir ve ona idare hukuku kuralları uygulanır.⁴ Bununla birlikte kanunla belirlenmemiş olmamasına rağmen bir sözleşmenin taraflarından biri kamu tüzel kişisiyse, sözleşme kamu hizmetiyle ilişkiliyse ve sözleşmenin içeriğinde özel hukuku aşan şartlar var ise bu sözleşme yargı karar-

e) Müktesep haklar saklı kalmak üzere; içme, kullanma ve endüstri suyu sağlamak; atık su ve yağmur suyunun uzaklaştırılmasını sağlamak; bunlar için gerekli tesisleri kurmak, kurdurmak, işletmek ve işletletmek; kaynak sularını işletmek veya işletletmek.

f) Toplu taşıma yapmak; bu amaçla otobüs, deniz ve su ulaşım araçları, tünel, raylı sistem dâhil her türlü toplu taşıma sistemlerini kurmak, kurdurmak, işletmek ve işletletmek.

g) Katı atıkların toplanması, taşınması, ayrıştırılması, geri kazanımı, ortadan kaldırılması ve depolanması ile ilgili bütün hizmetleri yapmak ve yaptırmak. (...)

İl genel meclisinin görev ve yetkileri

Madde 10- İl genel meclisinin görev ve yetkileri şunlardır: (...)

i) İl özel idaresi adına imtiyaz verilmesine ve il özel idaresi yatırımlarının yap-işlet veya yap-işlet-devret modeli ile yapılmasına, il özel idaresine ait şirket, işletme ve iştiraklerin özelleştirilmesine karar vermek. (...)"

³ A. Şeref Gözübüyük/Turgut Tan, *İdare Hukuku Genel Esaslar*, 14. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, Eylül 2021, s. 471.

⁴ Akyılmaz/Sezginer/Kaya, s. 515; Yıldırım/Yasin/Kaman/Özdemir/Üstün/Çakır/Okay Tekinsoy, s. 463.

ları uyarınca idari sözleşme sayılır.⁵ İdari sözleşmelerde, idareye özel hukuk sözleşmelerinde tanınmayan yetkiler tanınmıştır. İdare sözleşmede kamu yararı amacıyla değişiklikler yapabilir, ifa edilen hizmet kamu hizmeti ilkeleriyle uyuşmuyorsa sözleşme feshedilebilir, özel hukuk kişisine yaptırım uygulanabilir. Özel hukuku aşan şartlar kimi zaman özel hukuk kişisine bazı kamu gücü ayrıcalıklarının tanınmasıyla ortaya çıkar. Özel hukuk kişisine kamulaştırmanın yapılmasını isteme hakkı verilebilir, vergi muafiyeti veya indirimi tanınmış olunabilir, sübvansiyon, avans, kredi teminatı, o alanda tekel olma hakkı gibi ayrıcalıklar tanınabilir.⁶

Liberal ekonomi politikalarının da etkisiyle idare bazı kamu hizmetlerini imtiyazlar vererek özel hukuk kişilerine gördürme yoluna gitmiştir.⁷ İdare bir kamu hizmetinin gördürülmesi için özel sektöre açtığı alanı oldukça genişletmek istiyorsa ruhsat usulünü tercih eder. Kamu hizmetleri tanımları gereği ortak ve genel bir ihtiyaca cevap verdiklerinden ve giderilmemeleri durumunda toplumda bir huzursuzluk ortaya çıkacağı varsayıldığından bu kamu hizmetlerinin izin sistemine bağlanması ve daha sonra da denetlenmesi söz konusu olmaktadır.⁸ İdarenin belirli şartları taşıyan herkese o alanda faaliyet yapmasına imkân veremeyeceği durumlar vardır. O alan niteliği gereği çok fazla kişinin o hizmeti sunmasına imkân vermeyebilir. Örneğin 406 sayılı Telgraf ve Telefon Kanunu'nun 3. maddesine göre "*frekans, uydu pozisyonu ve numaralandırma gibi kıt kaynakların tahsisini ihtiva eden, her bir işletmeciyeye belirli, özel hak ve yükümlülüklerin verilmesini gerektiren veya sınırlı sayıda işletmeci tarafından yürütülecek telekomünikasyon hizmetleri veya alt yapısının*" yalnızca imtiyaz sözleşmesiyle gördürülebileceği hükme bağlanmaktadır.⁹ Osmanlı döneminde de, bazı cadde ve yolların ışıklandırılması, limanların bakımının yapılması, tünel inşaatı gibi sadece bir şirketin üstlenebileceği hizmetlerde imtiyaz verilmiştir.¹⁰

⁵ Yıldırım/Yasin/Kaman/Özdemir/Üstün/Çakır/Okay Tekinsoy, s. 464.

⁶ Akyılmaz/Sezginer/Kaya, s. 524; Gözler/Kaplan, s. 563.

⁷ Onur Karahanoğulları, Kamu Hizmeti (Kavram ve Hukuksal Rejim), 2. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara 2004, s. 297, 298.

⁸ İl Han Özyay, Günışığında Yönetim, 3. Baskı, Filiz Yayınevi, İstanbul Kasım 2017, s. 251.

⁹ Gözler/Kaplan, s. 560.

¹⁰ Ayhan Tekinsoy, İdari Sözleşme Rejiminin Temel Özellikleri, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı, Ankara 2002, s.152 vd.

A. İmtiyaz Sözleşmesi

Kamu hizmeti imtiyaz sözleşmesi, idarenin bir özel hukuk kişisine imtiyaz tanıyarak bir kamu hizmetini özel hukuk kişininin kendi imkanlarıyla, kendi kâr ve zararına sunmasına imkan sağlayan bir sözleşmedir.¹¹ İmtiyaz sözleşmesinin temel mantığı idarenin bir kamu hizmetini sunmaya ekonomik veya teknik anlamda gücü yetmediği takdirde veya kamu yararı amacıyla başka sebeplerle o kamu hizmetini emanet usulüyle sunmak istemediği takdirde toplumun ihtiyaç duyduğu bir kamu hizmetini özel hukuk kişilerine sundurmasıdır. İdare o kamu hizmetinin sunulması için gereken tesisleri kurmak ve bu hizmeti sunacak personeli bulmak ve istihdam etmek zorunda kalmamakta ve bu hizmetin sunulması için özel hukuk kişisine ücret de ödememektedir. Özel hukuk kişisiyse, toplumun ihtiyaç duyduğu bir hizmeti yerine getirmek için imtiyaz elde etmektedir. Elde ettiği imtiyaz o faaliyeti ya tek başına ya da sınırlı sayıda kişiyle beraber sunmasını sağlamaktadır. Özel hukuk kişisi, o kamu hizmetini sunabilmek için gerekli tesisleri ve yapılanmayı kendi imkanlarıyla kurar. Kamu hizmetinin sunulması için gereken nitelikli personeli bulur ve onları istihdam eder. Kamu hizmetini sunarken de o kamu hizmetinden yararlananlardan ücret alır.¹² Böylece özel hukuk kişisi yaptığı masrafları kullanıcılardan elde ettiği ücretlerden karşılar. Özel hukuk kişisinin bu kamu hizmetini görmekteki amacı kâr elde etmektir. Kamu hizmetini sunabilir duruma gelmeden önce de tesislerin yapımı, gerekli malzemelerin tedarik edilmesi ve işçilerin maaşının ödenmesi nedenleriyle özel hukuk kişisi ilk başta fazlasıyla zarara girmiş olmaktadır. Kamu hizmetinin bunu telafi edip de kâra geçebilmesi için idare o özel hukuk kişisine o alanda ya tekel olma ya da sınırlı sayıda kişiyle faaliyette bulunma imtiyazı vermektedir.¹³ Buna ek olarak özel hukuk kişisinin o işten randıman alabilmesi için sözleşme süresi 25, 50 yıl gibi oldukça uzun süreler olmaktadır.¹⁴ O kamu hizmetini görecektir özel hukuk kişisine hem o alanda tek başına veya sınırlı sayıda kişiyle faaliyet yapma

¹¹ Akyılmaz/Sezginer/Kaya, s. 605; Gözübüyük/Tan, s. 620, 621.

¹² Akyılmaz/Sezginer/Kaya, s. 524.

¹³ Ebru Zeybek Cebeci, Kamu Hizmetlerinin Gördürülmesine İlişkin Sözleşmeler (Kamu Hizmeti Anlayışındaki Değişim Ekseninde), 1. Baskı, Seçkin Yayınevi Ankara, 2021, s. 77.

¹⁴ Akyılmaz/Sezginer/Kaya, s. 528; Yayla, s. 174.

hem de çok uzun bir süre o faaliyeti yürütme hakkının verilmesi o kişinin imtiyazı olmaktadır. Bu sebeplerle o kamu hizmetinin yürütülmesi için imtiyaz veren idareye “imtiyazı veren (concedant)”; imtiyazı alan şirketeyse “imtiyazcı (cessionnaire)” denir.¹⁵

İmtiyaz sözleşmesi iki taraflı bir sözleşmedir. İmtiyaz sözleşmesinin kurulabilmesi için idare ve özel hukuk kişinin iradelerinin uyumu gerekir.¹⁶ İdare kamu hizmetini imtiyaz usulüyle bir özel hukuk kişisine gördürebilmek için o kişinin iradesine ihtiyaç duyduğu için imtiyaz tek taraflı bir işlem değildir. Bununla birlikte kamu hizmeti ilkeleri uyarınca idarenin hizmetin nasıl ve hangi şartlarda sunulacağına dair tek taraflı değişiklikler yapma yetkisi olduğu için bu sözleşme türünde özel hukuku aşan şartlar vardır. Bu sebeple imtiyaz sözleşmesi bir özel hukuk sözleşmesi de olmamakta, idari bir sözleşme olmaktadır.

İmtiyaz sözleşmesi yazılı bir metin olarak iki kısımdan oluşur. İmtiyaz sözleşmesinin ilk kısmı idarenin tek taraflı olarak düzenlediği, o kamu hizmetinin gereği gibi sunulabilmesi için gereken standartları belirleyen, kamu hizmetinin işletiliş koşulları belirleyen şartname (cahier de charges) metnidir. Bu metinde hangi alanda imtiyaz verileceği, ne kadar süreyle verileceği, idare ile sözleşmenin diğer tarafı olan anonim şirketin hakları ve borçları, imtiyazcının bu hizmetten yararlanlara bu hizmeti nasıl ve hangi şartlar altında sunacağı, alınacak ücretin nasıl belirleneceği gibi hususlar kurala bağlanır.¹⁷ İdare şartname kısmında aslında kendisinin sunması gereken kamu hizmetinin topluma nitelikli bir şekilde sunulabilmesini sağlamak için detaylı kurallar koyarak imtiyazcının kârı maksimize etme amacıyla kamu hizmetinin kalitesinden ödün vermesine engel olmaya çalışmaktadır. İdare şartname kısmını tek taraflı olarak genel ve objektif bir şekilde belirleyerek imtiyazı kime verirse versin o kamu hizmetinin şartnamede belirtilen standartlarda sunulacağını hükme bağlamış olmaktadır. Sözleşmenin ikinci kısmı idare ile özel hukuk kişinin iradelerinin uyumunu gösteren anlaşma (convention) kısmıdır.¹⁸ Anlaşma kısmında kamu

¹⁵ Gözler/Kaplan, s. 559.

¹⁶ Akyılmaz/Sezginer/Kaya, s. 527; Gözler/Kaplan, s. 560.

¹⁷ Akyılmaz/Sezginer/Kaya, s. 527; Gözler/Kaplan, s. 561.

¹⁸ Akyılmaz/Sezginer/Kaya, s. 527; Gözler/Kaplan, s. 561.

hizmetinin nasıl sunulacağına dair objektif hükümler bulunmaz. Bu kısımda imtiyazcının mâli hak ve borçları, idarenin imtiyazcıya karşı borçları gibi öznel durumlara dair hükümler bulunur. Bu sebeplerle, imtiyaz sözleşmesinin içerisinde teknik hususları düzenleyen kurallar ile taraflardan imtiyazcı anonim şirketin hakları ve sahip olduğu yetkileri daha doğrusu imtiyazları gösteren koşul hükümler ve belgeye asıl iki yanlı işlem olma niteliğini veren mâli konularda da öznel hükümler bulunmaktadır. İmtiyaz sözleşmesinin bu özelliği nedeniyle karma işlem olarak adlandırılanlar olmasına rağmen aslında bu nitelik onun idari bir sözleşme olmasının sonucudur.¹⁹

“Kamu hizmeti imtiyaz sözleşmelerinin ayırt edici özellikleri şunlardır;

1- Kamu hizmetinin özel kişi tarafından kurulması ve işletilmesi söz konusudur. Bu husus bir idari sözleşme şeklinde kayıt altına alınır.

2- Sözleşme ile özel kişiye devredilen kamu hizmeti, imtiyaz sahibinin kâr ve zararına işletilir.

3- İmtiyaz sahibinin geliri, kamu hizmetinden yararlananlardan, kullanıcılardan alınacak ücrettir. İdare, tahsil hakkını devretmektedir. Kullanıcılardan alınacak ücret, düzenleyici bir hükümle belirtilir.

4- İmtiyaz sözleşmeleri uzun bir süreyi kapsar.”²⁰

B. Türkiye’de İmtiyaz Sözleşmelerinin Tarihi Serencamı

Osmanlı İmparatorluğu’nun son dönemlerinde kapitülasyon uygulamalarıyla da yakından ilgili olmak üzere imtiyaz uygulamaları özel düzenlemelere konu olmuştur.²¹ Osmanlı İmparatorluğu son dönemlerinde ekonomik olarak dar boğazda olmasının yanı sıra teknik yönlerden de oldukça geri kalmış durumdaydı. Bu dönemde demiryolları, posta, telgraf ve telefon hizmetleri, fenerler, liman ve rıhtım hizmetleri, tramvay ve tünel hizmetleri, elektrik, gaz, su ve benzeri hizmetler ile ilgili olarak yabancılara imtiyazlar verilmiştir.²² 10 Haziran 1326 (1910) tarihinde “Menafii Umumiyyeye Müteallik İmtiyazat

¹⁹ Özay, s. 254.

²⁰ Murat Sezginer, “İmtiyaz Sözleşmelerinde İhale Süreci”, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. XI (1), 2007, s. 1083.

²¹ Sedat Çal, “İntuitu Personae’ veya İmtiyaz Sözleşmelerinde İdarenin İmtiyazcıyı Seçme Hakkı Üzerine...”, *Ankara Barosu Dergisi*, Ankara, C. 68(3), 2010, s. 51.

²² Turgut Tan, “Osmanlı İmparatorluğunda Yabancılara Verilmiş Kamu Hizmeti İmtiyazları”, *AÜSBFD*, C. XXII (2), 1967, s. 285-326, s. 286.

Hakkında Kanun" kabul edilmiştir. Osmanlı döneminde çıkarılan bu kanun içerisindeki terimler yeni dönemde öz Türkçe'ye çevrilerek yürürlükte kalmaya devam etmiştir. Örneğin kuvvei icraiye bakanlar kurulu olarak; "kavanin ve nizamatı osmaniyeye tabi Osmanlı anonim şirketi" ibaresi, Türk kanun ve nizamlarına tâbi Türk anonim şirketi olarak anlaşılabilir. Cumhuriyet döneminde de mezkûr kanun imtiyaz sözleşmeleri rejiminin esas kanunu olmaya devam etmiştir.²³

Cumhuriyet döneminde mezkûr kanunun ilga edilmemesine rağmen uygulaması ilk başlarda oldukça kısıtlı olmuştur. 1924 Anayasası'nda imtiyaz verme yetkisi münhasıran yürütme organının takdiri yetkisine bırakılmamış Meclis'in onayı da şart koşulmuştur.²⁴ Tek parti döneminde devletçilik ilkesi resmi politika olduğu için Devlet kamu hizmetlerini bizzat kendisi sunmak yoluna gitmiştir.

Demokrat Parti'nin iktidara gelmesiyle birlikte imtiyaz sözleşmeleri imzalanmaya başlanmıştır. 1954 tarihinde "Türkiye Cumhuriyeti Hükümeti ile Çukurova Elektrik Türk Anonim Ortaklığı arasında Seyhan Barajı Hidroelektrik Tesislerinin Devrine Müteallik Olarak Aktedilen Mukavelenin Tasdiki Hakkında Kanun" Meclis tarafından kabul edilmiştir. Aynı dönemde KEPEZ imtiyazı da verilmiştir.²⁵ Öğretide bir görüşe göre imtiyaz sözleşmelerinin imzalanabilmesi için halen yasama organının kanunla bunu onaylaması zorunludur.²⁶ Ancak Anayasa'da imtiyaz sözleşmeleri için öngörülen usul Danıştay'ın görüşünün alınmasından ibarettir, yasama organının tasdik kanunuyla onaylaması usulü öngörülmemiştir.

1924 Anayasası'nın 51. maddesinde Danıştay'a imtiyaz sözleşme ve şartlaşmaları üzerinde "düşünüşünü bildirmek" görevi verilmiştir. 1961 ve 1982 Anayasalarında da Danıştay'ın imtiyaz şartlaşma ve sözleşmeleri hakkındaki görüş bildirme yetkisi inceleme yetkisi olarak düzenlenmiştir. Turgut Özal döneminde 3096 sayılı 'Türkiye Elektrik

²³ Sezginer, s. 1085.

²⁴ Çal, s. 51.

²⁵ Erol Aslan, Enerji Sektöründe İmtiyaz Sözleşmesi Çukurova-Kepez Örneği, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı, Ankara 2010, s. 95.

²⁶ Aslan, s. 95; Özay, s. 264; Lütfi Duran, "Yap-İşlet-Devret", Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi (Muammer Aksoy'a Armağan), C. XLVI (1-2), 1991, s. 264.

Kurumu Dışındaki Kuruluşların Elektrik Üretimi, İletimi, Dağıtım ve Ticareti İle Görevlendirilmesi Hakkında Kanun' çıkarılmıştır. Böylece yap-işlet-devret modeli uygulanmaya başlamış ve giderek yaygınlaşmıştır. Bu kanunun öngördüğü sözleşme tamamen imtiyaz sözleşmesinin niteliklerini taşımaktadır. Bu kanuna göre de tıpkı imtiyaz sözleşmesindeki gibi özel kişi işletmeyi kuracak, bir müddet işletecek ve hizmeti sunacak, sözleşme süresi sona erince işletmeyi devlete devredebilir.

1993 yılında elektrik kamu hizmeti alanında yapılan görevlendirme sözleşmeleri Danıştay tarafından imtiyaz sözleşmesi olarak nitelendirilmiş ve şekil şartı olarak Danıştay'ın görüşünün alınması şartına uymadığı için iptal etmiştir.²⁷ 1995 yılında da Anayasa Mahkemesi yap-işlet-devret sözleşmelerini imtiyaz sözleşmesi olarak nitelermiş ve Kanunla dahi olsa yasama organının adli yargı idari yargı ayrımını bozamayacağını hükme bağlamıştır.²⁸ Tabii olarak özel sektörün 3096 sayılı Kanun çerçevesinde başvurarak izinlerini aldığı çeşitli büyüklükteki hidroelektrik ve termik santrallerin inşası ortaya çıkan çeşitli hukuki sorunlar nedeniyle gecikmiş ve ilk büyük ölçekli projenin inşaatına başlanması 1996 yılını bulmuştur.²⁹ Devletçi politikalardan önce karma ekonomi modeline sonra yavaş yavaş liberal ekonomi politikalarına geçiş döneminde siyasal iktidar ile yargı organının mücadelesi yargı lehine sonuçlanmıştır. Anayasa Mahkemesi kanunla ortaya çıkarılan farklı isimlerdeki sözleşmeleri imtiyaz sözleşmesi olarak tanımlayıp, bunlardan doğan uyuşmazlıkların çözüm mercii olarak Danıştay'ı göstermesi ve Danıştay'ın da şekil şartı eksikliği nedeniyle imzalanan bütün sözleşmeleri iptal etmesi nedeniyle siyasal iktidar bu sözleşme tiplerinden beklediği yararı elde edememiştir.

Anayasa Mahkemesi'nin ve Danıştay'ın mevcut sözleşmelerin uygulanmasını sekteye uğratan bu kararları üzerine kamu hizmetinin özel kişilere sundurulması için kullanılabilir tek idari sözleşme türü imtiyaz sözleşmesi olmak zorunda kalmıştır. Buna ek olarak Anayasa

²⁷ Danıştay 10.D., 29.04.1993, E. 1991/1, K.1993/1752., *Danıştay Dergisi*, Sayı: 88, s. 465, 466.

²⁸ Anayasa Mahkemesi, 28.06.1995, E. 1994/71, K.1995/23., *Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi*, Sayı: 32, Cilt 1, s. 159, 166.

²⁹ Aslan, s. 35.

Mahkemesi idarenin kamu hizmeti veya kamu gücüne ilişkin yaptığı sözleşmelerin mutlaka idari yargıya tâbi olacağını hükme bağlamıştır ve Kanunla dahi olsa Anayasa'ya aykırı olacağını belirtmiştir. Bu gelişmeler üzerine siyasi iktidar 13 Ağustos 1999 tarihinde yaptığı Anayasa değişiklikleriyle 47. maddeye “Devlet, kamu iktisadi teşebbüsleri ve diğer kamu tüzel kişileri tarafından yürütülen yatırım ve hizmetlerden hangilerinin özel hukuk sözleşmeleri ile gerçek ve tüzel kişilere yaptırılabilceği veya devredilebileceği kanunla belirlenir.” fıkrası eklenmiştir. Ayrıca 125. maddeye de “Kamu hizmetleriyle ilgili imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinde bunlardan doğan uyuşmazlıkların milli ve milletlerarası tahkim yoluyla çözülmesi öngörülebilir. Milletlerarası tahkime ancak yabancılık unsuru taşıyan uyuşmazlıklar için gidilebilir.” fıkrası eklenmiştir. Böylece yasama organı kamu hizmetlerini özel hukuk kişilerine gördürürken isterse idari sözleşmeyle isterse özel hukuk sözleşmesiyle gördürebilir.

Neticede 3996 sayılı 8.6.1994 tarihli ‘Bazı Yatırım ve Hizmetlerin Yap-İşlet-Devret Modeli Çerçevesinde Yaptırılması Hakkında Kanun’ uyarınca; “köprü, tünel, baraj, sulama, içme ve kullanma suyu, arıtma tesisi, kanalizasyon, haberleşme, kongre merkezi, kültür ve turizm yatırımları, ticari bina ve tesisler, spor tesisleri, yurtlar, tema parklar, balıkçı barınakları, silo ve depo tesisleri, jeotermal ve atık ısıya dayalı tesisler ve ısıtma sistemleri elektrik üretim, iletim, dağıtım ve ticareti maden ve işletmeleri, fabrika ve benzeri tesisler, çevre kirliliğini önleyici yatırımlar, otoyol, trafiği yoğun karayolu, demiryolu ve raylı sistemler, gar kompleksi ve istasyonları, teleferik ve tele-siyej tesisleri, lojistik merkezi, yeraltı ve yerüstü otoparkı ve sivil kullanıma yönelik deniz ve hava alanları ve limanları , yük ve/veya yolcu ve yat limanları ile kompleksleri, Kanal İstanbul ve benzeri su yolu projeleri, sınır kapıları ve gümrük tesisleri, milli park (özel kanunu olan hariç), tabiat parkı, tabiatı koruma alanı ve yaban hayatı koruma ve geliştirme sahalarında planlarda öngörülen yapı ve tesisleri, toptancı halleri ve benzeri yatırım ve hizmetlerin yaptırılması, işletilmesi ve devredilmesi konularında, yap-işlet-devret modeli çerçevesinde sermaye şirketlerinin veya yabancı şirketlerin görevlendirilmesine” karar verilmektedir. Klasik idare hukuku açısından imtiyaz sözleşmesi ile gördürülmesi gereken hizmetler günümüzde yap-işlet-devret sözleşmesi adıyla özel hukuka tâbi olarak gördürülmektedir.

Gelinen noktada imtiyaz sözleşmesinin istisnalar dışında yegâne uygulama alanı bulduğu konular yerel yönetimlerin imtiyaz sözleşmesiyle özel hukuk kişisine gördürmesine izin verilen konulardır.

II. KATI ATIKLARIN TOPLANMASI, BERTARAFI VEYA DEĞERLENDİRİLMESİ

Belediye Kanunu'nun 15. maddesinin e, f ve g bentlerinde; "içme, kullanma ve endüstri suyunun sağlanması, atık su ve yağmur suyunun uzaklaştırılması, kaynak sularının işletilmesi, toplu taşıma, katı atıkların toplanması, taşınması, ayrıştırılması, geri kazanımı, ortadan kaldırılması ve depolanması" konularında belediyelerin imtiyaz verebileceği düzenlenmiştir. İl Özel İdaresi Kanunu'nun 10. maddesinde de il genel meclisinin görevleri ve yetkileri arasında il özel idaresi adına imtiyaz verme yetkisi sayılmıştır.

"Katı atıkların toplanması, taşınması, ayrıştırılması, geri kazanımı, ortadan kaldırılması ve depolanması ile ilgili bütün hizmetleri yapmak ve yaptırmak" konusunda yerel yönetimlerce özel kişilere imtiyaz verilmesi ve imtiyaz sözleşmesi kapsamında bu hizmetlerin görülmesi yaygın bir uygulamadır.

A. Sözleşmenin Konusu

Belediye ve il özel idarelerine yüklenen katı atık yönetimi konusunda özel hukuk kişilerine imtiyaz verilerek gördürülmesi yetkisi mevzuatta; katı atıkların toplanması, taşınması, ayrıştırılması, geri kazanımı, ortadan kaldırılması ve depolanması faaliyetleri sayılarak geniş bir şekilde betimlenmiştir. Herhangi bir şüphe uyandırmayacak şekilde katı atıklara ilişkin her türlü işin imtiyaz sözleşmesi ile anonim şirket niteliğindeki özel hukuk kişilerine devredilebileceği söylenebilir.

İmtiyaz sözleşmesi kural olarak, niteliği gereği tekel veya tekele yakın nitelikteki konularda uygulama alanı bulur. Örneğin Fransa'da demiryolu taşımacılığı bir güzergahta tek bir ray hattı olacak olması nedeniyle, Türkiye'de cep telefonu operatörlüğü frekans aralığının sınırlı olması nedeniyle tekel veya tekele yakın nitelikteki faaliyetler olup halihazırda imtiyaz sözleşmesi ile gördürülmektedir. Katı atıkların toplanılması, bertarafı veya işlenerek değerlendirilmesi faaliyetinin tekel veya tekele yakın nitelikte bir faaliyet olup olmadığı tartışılabilir. Hatta çöplerin toplanması ve çöplerin işlenerek enerji üretiminin artırılması konusunda birçok şirkete görev verilirse katı atık yönetimi hizmetinin daha iyi görülebileceği ve daha fazla kazanç elde edilebi-

leceği ileri sürülebilir. Bir belediyedeki çeşitli bölgelerin farklı şirketlere bölüştürülerek ve şirketlerin ruhsat usulüyle görevlendirilmesi suretiyle de katı atık yönetimi hizmetinin gördürülmesi teorik olarak mümkündür. Fakat Belediye Kanunu'nun 15/3. maddesinde sayılan kamu hizmetlerinin imtiyaz yoluyla devredilebileceği hükmü karşısında su, ulaşım ve çöpün tekel niteliğinde olup olmadığı veya farklı yöntemlerle devredilip devredilmeyeceğini tartışmaya gerek yoktur.³⁰

Toplanılacak katı atıkların kapsamına, farklı türlerden özel nitelikli atıklar örneğin tıbbi atıklar da dahil edilecekse bu türden atıkların toplanması, taşınması ve depolanmasına ilişkin mevzuatta öngörülen özel şartları sağlayan motorlu araç, alet ve edevat ile yerlerin nitelikleri belirlenerek bunlara şartnamede açıkça yer verilmesi gerekmektedir.³¹ Böylece ilgili şirketler mevzuattan kaynaklanan özel yükümlülükleri yerine getirmenin doğuracağı masrafların ne kadar olabileceğini öngörebileceklerdir.

Katı atık hizmetlerinin; katı atıkların toplanması, taşınması, depolanması, ayrıştırılması, geri kazanımı (geri dönüşüme tâbi tutulması) ve ortadan kaldırılması (bertarafı) olarak sayılması mümkündür.³² Katı atıkların depolanması sonucu biriken gazlardan elektrik üretilmesi ve böylece çöplerin geri dönüşümün yanı sıra ekonomik olarak değerlendirilmesi mümkündür. Yerel yönetimlerin atıklarından düzenli depolama ile veya oksijensiz (anaerobik) çürütme yöntemleriyle elde edilen biyogazın (LFG) kojenerasyon sistemlerinde, içten yanmalı motor kullanılarak yakılması sonucu enerji üretimi gerçekleştirilmektedir.³³ Biyogazın yakılması sonucu jeneratörler vasıtasıyla üretilen elektrik enerjisinin gücü bir trafo vasıtasıyla yükseltilerek Türkiye Elektrik Üretim İletim A.Ş.'ne (TEİAŞ) verilmektedir.³⁴

³⁰ Zühal Sirkecioğlu Dönmez, "Belediyelerde İmtiyaz", *YAYED*, C. (1), 2006, s. 14.

³¹ Danıştay, 1.D., 2.6.2014, E. 2014/751, K. 2014/821. (www.lexpera.com.tr)

³² Metin Günday/Tuğba Bayman/Cem Çağatay Orak, "Katı Atık Bertaraf Hizmetlerinin Özel Kişilere Gördürülmesi", *TBB Dergisi*, (90), 2010, s. 397.

³³ Turgay Kankılıç/Hüseyin Topal, "Belediye Atıklarından Düzenli Depolama Sahalarında Biyogaz Ve Enerji Üretimi", *Mühendis ve Makina*, 56(669), s. 58-69, s. 59.

³⁴ "<https://www.bursa.bel.tr/haber/copten-1-milyar-kilovat-saat-enerji-uretilecek-5147>" (Erişim: 06.04.2023)

B. İmtiyaz Şartname ve Sözleşmesinin Tesisi Usulü

5393 sayılı Belediye Kanunu m. 15/1-(g)'de;

“katı atıkların toplanması, taşınması, ayrıştırılması, geri kazanımı, ortadan kaldırılması ve depolanması ile ilgili bütün hizmetleri yapmak ve yaptırmak belediyenin yetkileri ve imtiyazları arasında sayılmış, aynı maddenin ikinci fıkrasında Belediyenin (e), (f) ve (g) bentlerinde belirtilen hizmetleri, Danıştay’ın görüşü ve Çevre, Şehircilik ve İklim Değişikliği Bakanlığının kararıyla süresi kırk dokuz yılı geçmemek üzere imtiyaz yoluyla devredebileceği”

hükme bağlanmıştır. Belediyelerde belediye meclisi, il özel idarelerinde ise il genel meclisi belirli bir kamu hizmetinin özel şirkete imtiyaz verilmek suretiyle gördürülmesine ilişkin karar almalıdır.

İmtiyaz sözleşmesi imzalanmadan önce Danıştay’dan görüş alınması zorunludur.³⁵ Yerel idarenin yetkili karar organında imtiyaz verilmesine ilişkin karar alındıktan sonra imtiyaz şartname ve sözleşme taslağı yerel idare nezdinde hazırlanır ve hukuki görüş vermesi için Danıştay’a gönderilir. Bu noktada herhangi bir dava açılmamakta Danıştay’a yalnızca danışılmaktadır. Danıştay da yalnızca hukukilik yönünden bir değerlendirme yapmaktadır.³⁶ Danıştay’ın sunacağı görüş yerel idare veya bakanlık açısından bağlayıcı olmamakla beraber bu görüşün alınması imtiyaz sözleşmesinin imzalanması usulünde asli bir şekil şartıdır. Görüşün alınmaması imtiyaz sözleşmesini hukuka aykırı hale getirir ve uyuşmazlık çıkması halinde idari yargı organınca iptalini gerektirir.

Danıştay’ın verdiği görüş, öneri ve düzeltmelere uyularak imtiyaz şartname ve sözleşmesi taslağında değişiklikler yapılması halinde revizyonlu metnin tekrar Danıştay’ın görüşüne sunulmasına gerek bulunmamaktadır. Danıştay’ın verdiği görüşe tamamen uygun revizyonlar yapıldıktan sonra oluşan sözleşme taslağının Danıştay önüne ikinci defa gelmesi halinde Danıştay imtiyaz şartname ve sözleşmesini tekrar incelememektedir.³⁷ Buna karşılık kimi zaman Danıştay sözleşme taslağında gördüğü eksiklik, hata ve hukuka aykırılıkların gideril-

³⁵ Selman Sacit Boz, “Belediyelerin İmtiyaz Verme Yetkisi”, *Neşehir Barosu Dergisi*, C. 1(1), 2014, s. 211-248, s. 232.

³⁶ Danıştay, 1.D., 14.10.2015, E. 2015/1441, K. 2015/1340. (www.lexpera.com.tr)

³⁷ Danıştay, 1.D., 2.10.2013, E. 2013/1420, K. 2013/1194. (www.lexpera.com.tr)

mesi için görüş vermekle birlikte gerekli düzeltmelerin yapıldığı halini tekrar incelemek üzere Çevre, Şehircilik ve İklim Değişikliği Bakanlığı Yerel Yönetimler Genel Müdürlüğü'ne geri göndermektedir.³⁸ Bu durumda imtiyaz sözleşmesinin revizyonlu yeni versiyonunun da Danıştay tarafından inceleneceği tabiidir.

Danıştay'ın bu sözleşmeye ilişkin görüşüyle birlikte imtiyaz şartname ve sözleşmesi Çevre, Şehircilik ve İklim Değişikliği Bakanlığı'na onay için gönderilir. 7153 sayılı Kanun ile değiştirilmeden önce Çevre, Şehircilik ve İklim Değişikliği Bakanlığı'na ait olan karar yetkisi İçişleri Bakanlığı'na ait durumdaydı. Önceki dönemde İçişleri Bakanlığı halihazırda ise Çevre, Şehircilik ve İklim Değişikliği Bakanlığı konuyla ilgili mahalli idareler üzerinde idari vesayet denetimi yetkilerini kullanabilir ve imtiyaz şartname ve sözleşmesi taslağı ile herhangi bir mahalli idarenin seçmiş/belirlemiş olduğu imtiyazcı hakkında kanunun verdiği yetkilere dayanarak yerindelik denetiminde bulunabilir.³⁹

³⁸ Danıştay, 1. D., 30.1.2020, E. 2020/39, K. 2020/106. "Dosyanın incelenmesinden, Tekirdağ Büyükşehir Belediyesi ile F1 Alüminyum A.Ş. - F2 Yaşam Enerji İş Ortaklığı arasında akdedilen "İmtiyaz Devri Yapmak ve Mülkiyeti İdareye Ait Araçlar Üzerinde 29 Yıllığına İrtifak Hakkı Tesis Etmek Suretiyle Entegre Katı Atık Yönetimi Tesislerinin Yapımı ve İşletilmesi İş'i"ne dair İmtiyaz Sözleşmesi Taslağının, Çevre ve Şehircilik Bakanlığı Yerel Yönetimler Genel Müdürlüğünün 25.4.2019 tarih ve E.96031 sayılı yazısıyla görüş bildirilmek üzere Dairemize gönderildiği, Dairemizin 15.5.2019 tarih ve E:2019/778, K:2019/762 sayılı kararıyla, anılan Sözleşme Taslağındaki bazı eksiklikler giderildikten sonra tekrar incelenmek üzere Dairemize gönderilmesi için Sözleşme Taslağının eki dosya ile birlikte Çevre ve Şehircilik Bakanlığına iade edildiği, anılan kararımız uyarınca, öncelikle bu Sözleşmeyi imzalamakla ve münhasıran Sözleşme konusu işle iştigal etmekle yetkili olmak üzere ihaleyi kazanan iş ortakları tarafından kurulması gereken sermaye şirketinin (F1 Tekirdağ Enerji Anonim Şirketi) kurulduğu, adı geçen Şirket ile Tekirdağ Büyükşehir Belediyesi arasında imzalanıp yeniden düzenlenen Sözleşme Taslağı ve eklerinin, 2575 sayılı Kanununun 23 üncü maddesinin (d) fıkrasına göre incelenmek üzere Dairemize gönderildiği anlaşılmıştır. (...)" (www.lexpera.com.tr)

³⁹ Danıştay, 1.D., 14.10.2015, E. 2015/1441, K. 2015/1340. "işin ihale edilmesi süreci, ihalede uygun rekabet koşullarının sağlanıp sağlanmadığı, imtiyazın süresi ve bedeli, imtiyaz sahibinin ve idarenin mali yükümlülükleri, imtiyazla ilgili yatırımların niteliği, tüketicilerin katlanacağı mali külfetler gibi imtiyaz konusu işe ait ekonomik tercihler ile teknik verilere dayanan hususlardaki sorumluluğun ilgili belediyeye ve vesayet denetimini yapacak Bakanlığa ait olacağı, Danıştay'ın ise ilgili imtiyaz sözleşmesi taslağını mevzuat hükümleri çerçevesinde hukuka uygunluk açısından inceleyeceği, ilgili belediyenin ve Bakanlığın ekonomik ve teknik verilere ilişkin tercihlerine müdahale etmeyeceği açıktır." (www.lexpera.com.tr)

Anayasa Mahkemesi'ne göre idari vesayet yetkisi, hukuka uygunluk denetiminin yanında yerindelik denetimini de içerir.⁴⁰ Danıştay da birçok kararında kimi zaman Anayasa Mahkemesi'nin bu kararını da aktararak idari vesayet yetkisinin yerindelik denetimini içerdiğini ifade etmektedir.⁴¹ Danıştay, imtiyaz sözleşmesi özelinde de merkezi idarenin yerel yönetimin imzalayacağı imtiyaz sözleşmesi üzerinde hukukilik ve yerindelik denetimi yapmasını merkezi idarenin yetkileri kapsamında görmektedir.⁴² Bu sebeplerle Çevre, Şehircilik ve İklim Değişikliği Bakanlığı'nın imtiyaz şartname ve sözleşmesini hem hu-

⁴⁰ Anayasa Mahkemesi, GK., 4.2.2010, E. 2008/27, K. 2010/29. "Yerel yönetimlere idari ve mali özerklik tanınmış olmasına karşın, 1924 yılından itibaren Anayasalarımızda, merkezi yönetime, yerinden yönetim kuruluşlarını denetleme yetkisi verilmiş ve bu yetki Anayasa'da idari vesayet olarak somutlaştırılmıştır.

Anayasa'nın 127. maddesinin beşinci fıkrasında yer alan hükme göre idari vesayet; merkezi idarenin, mahallî idareler üzerinde, mahallî hizmetlerin idarenin bütünlüğü ilkesine uygun şekilde yürütülmesi, kamu görevlerinde birliğin sağlanması, toplum yararının korunması ve mahallî ihtiyaçların gereği gibi karşılanması amacıyla, kanunda belirtilen esas ve usuller dairesinde sahip olduğu yetkidir. Bu fıkra, merkezi yönetim yerel yönetimler üzerinde idari vesayet '... yetkisine sahiptir.' denilerek, merkezi idarenin yerel yönetimler üzerinde vesayet yetkisini kullanıp kullanmayacağı yasa koyucunun takdirine bırakılmıştır. Ayrıca fıkradaki idari vesayet yetkisinin, hukuka uygunluk denetiminin yanında yerindelik denetimini de içerdiği açıktır.

Vesayet makamınca vesayet yetkisi kullanılırken, işlemler üzerinde iptal, onama, erteleme, izin, tekrar görüşülmesini isteme, düzeltme gibi çeşitli denetim usulleri uygulanabilmektedir."; Aynı yönde Anayasa Mahkemesi, GK., 27.2.2014, E. 2012/87, K. 2014/41.; Anayasa Mahkemesi, GK., 3.11.2011, E. 2011/11, K. 2011/151. (www.lexpera.com.tr)

⁴¹ Danıştay, İDDK., 19.1.2015, E. 2012/2117, K. 2015/18.; Danıştay, İDDK., 22.12.2009, E. 2009/15, K. 2009/19.

⁴² Danıştay, 1. D., 30.1.2013, E. 2012/1848, K. 2013/108. "Anılan hükümle imtiyaz verilmesi işlemlerinin tamamlanması için Danıştay'ın görüşünün alınmasından sonra İçişleri Bakanlığınca karar verilmesi öngörülmektedir. Böylece bu konularda Danıştay'ın görüşü de alındıktan sonra İçişleri Bakanlığının karar verme mercii olarak öngörülmesiyle, belediyeler üzerindeki vesayet denetimi yoluyla hukukilik denetimi yanında yerindelik denetimi yapması sağlanmak istenmektedir.

Bu düzenleme karşısında, işin ihale edilmesi süreci, ihalede uygun rekabet koşullarının sağlanıp sağlanmadığı, imtiyaz süresi, imtiyaz bedeli konularındaki ekonomik tercihler ile teknik verilere ilişkin sorumluluk Belediyeye ve vesayet denetimi makamına ait olmak üzere İmtiyaz Sözleşmesi Taslağı ve ekleri 2575 sayılı Danıştay Kanununun 42 nci maddesi uyarınca görüş bildirmek üzere incelendi; (...)" ; Aynı yönde Danıştay, 1.D., 14.10.2015, E. 2015/1441, K. 2015/1340.; Danıştay 1. D., 10.02.2006, E.2005/969, K. 2006/185. (www.lexpera.com.tr)

kukilik hem de yerindelik bakımından değerlendirme yetkisine sahip olduğu anlaşılmaktadır.

Yerindelik denetiminin, denetimi yapacak olan makamın bağlı yetkisi değil de takdir yetkisi kapsamında olduğu açıktır. Bununla birlikte takdir yetkisi de kamu yararı ve kamu hizmetinin gereklilikleri kriterlerinin çizdiği sınır içerisinde kullanılmak zorundadır.⁴³ İdareye tanınan takdir yetkisinin kullanımının kamu yararı ve hizmet gerekleri ile sınırlı olduğu, bu açıdan takdir yetkisine dayanılarak tesis edilen işlemlerin sebep ve maksat yönlerinden de yargı denetimine tabi olduğu kuşkusuzdur.⁴⁴ Bu sebeple Çevre, Şehircilik ve İklim Değişikliği Bakanlığı hukuki açıdan sorunlu görmediği bir imtiyaz sözleşmesini yerindelik denetimine tabi tutabilir ve sırf yerinde bulmadığı için örneğin bu hizmetin yerel idarece görülmesinin daha verimli olacağı, projenin rantabl olmayacağı veya benzer başka sebeplerle onaylamayabilir. Elbette bakanlığın yerindelik denetimi yaparak onay vermeyi reddettiği durumlarda da onay vermeme kararı yargı denetimine tabidir. İdari yargı organı bu davalarda bakanlığın onay vermeme işlemini sebep ve konu unsuru yönünden işlemin hizmet gerekliliklerine uygun olup olmadığı, maksat unsuru yönünden de bakanlığın kamu yararını amaçlayıp amaçlamadığını ve bir bütün olarak işlemin kamu yararına uygun olup olmadığını değerlendirecektir.

C. İmtiyazcı Şirketin Belirlenmesi Usulü

Tarihsel geçmişine bakıldığında, imtiyaz kişiye bağlı bir işlem olduğu için idarenin imtiyazcayı belirleme yetkisini sınırlayan özel bir hüküm öngörülmedikçe imtiyaz sahibi şirketin belirlenmesinde takdir yetkisi olduğu söylenmektedir.⁴⁵ Sözleşmenin karşı tarafının kim olduğunun önem kazandığı sözleşmeler kişiye bağlı (intuitu personae) işlemlerdir.⁴⁶ Kişiye bağlı işlem söz konusu olunca idare imtiyazcı özel kişiyi seçme konusunda bir takdir yetkisine sahip olmaktadır.⁴⁷ Dola-

⁴³ Danıştay, İDDK., 4.10.2021, E. 2020/1690, K. 2021/1646. (www.lexpera.com.tr)

⁴⁴ Danıştay, İDDK., 4.10.2021, E. 2020/1690, K. 2021/1646. (www.lexpera.com.tr)

⁴⁵ Sezginer, s. 1083.

⁴⁶ Ahmet Topkaya/Hatice Topkaya, "Türk Hukukunda Kamu Hizmeti İmtiyaz Sözleşmeleri", *Dış Denetim Dergisi*, C. (2), Ekim-Kasım-Aralık 2010, s. 218.

⁴⁷ Topkaya/Topkaya, s. 218.

yısıyla tarihsel geçmişte idare ihale, pazarlık gibi bir yöntem kullanmak zorunda olmadan imtiyazlar vermiştir.⁴⁸

Fransız hukukunda imtiyaz sözleşmesinin serbestçe verilebileceğine dair yerleşmiş içtihat vardır. Fransız Danıştay'na göre imtiyazcının seçiminde tam bir takdir yetkisi vardır. 1986 tarihli bir kararda, *“imtiyaz veren serbest bir şekilde, zorlayıcı baskı olmadan ve hatta rekabete ilişkin kurallara tâbi olmaksızın imtiyazcısını seçebilmelidir”* denilmiştir.⁴⁹

Türk hukukunda, günümüzde, idareye imtiyaz sözleşmesi imzalayabilmek için yetki veren kanunlar '10 Haziran 1326 (1910) tarihli Menafii Umumiyyeye Müteallik İmtiyazat Hakkında Kanun', '5302 sayılı İl Özel İdaresi Kanunu' ile '2005 tarihli 5393 sayılı Belediye Kanunu'dur. 1910 tarihli Kanuna göre Bakanlar Kurulu'na (cumhurbaşkanlığı hükümet sisteminde cumhurbaşkanı) diğer kanunlara göre de mahalli idarelerin karar organlarına imtiyaz sözleşmesi imzalama yetkisi verilmiştir.

*“Menafii Umumiyyeye Müteallik İmtiyazat Hakkında Kanun”*a göre cumhurbaşkanının imtiyazcayı seçme konusundaki yetkisi kısıtlanmamıştır. Bununla birlikte cumhurbaşkanı imtiyaz sözleşmesini imzalamadan önce Danıştay'ın düşüncesini almak zorundadır. O halde cumhurbaşkanının imtiyazcayı seçme konusunda mutlak takdir yetkisinin bulunduğu ve onu kısıtlayan başlıca noktanın kamu yararı maksadının hedeflenip hedeflenmediği meselesinin oluşturduğunu söyleyebiliriz.

Öğretide imtiyazcının seçilmesi konusunda daha ayrıntılı usul hükümlerinin ve kamu ihale hukuku ilkelerinin uygulanması gerektiğini öne süren görüşler mevcuttur. Bu görüşe göre Kamu İhale Kanunu'nda öngörülen ilkeler idarenin özel veya idari bütün sözleşmelerine uygulanmalıdır ve aynı zamanda imtiyaz sözleşmelerine de bu ilkeler uygulanmalıdır.⁵⁰

İl özel idareleri ile belediyelerin verecekleri imtiyazlar ile ilgili çerçevesi daha belirli bir usulün mevcut olduğu söylenebilir. Şöyle ki *“katı atıkların toplanması, taşınması, ayrıştırılması, geri kazanımı,*

⁴⁸ Gözler/Kaplan, s. 561; Zeybek Cebeci, s. 81.

⁴⁹ Sezginer, s. 1088, 1089.

⁵⁰ Çal, s. 76, 77.

ortadan kaldırılması ve depolanması” ile ilgili belirli bir kamu hizmetini veya bir kısmını üstlenmek isteyen özel hukuk kişisi her şeyden önce, “Menafii Umumiyyeye Müteallik İmtiyazat Hakkında Kanun”un 7. maddesi uyarınca anonim şirket niteliğinde bir tüzel kişi olmalıdır.

Mahalli idarelerin imtiyazcayı seçme konusunda bazı denetimlere tâbi olduğu söylenebilir. İçişleri Bakanlığı Mahalli İdareler Genel Müdürlüğü tarafından yayınlanan “Belediye Başkanları ve Belediye Meclis Üyelerine Temel Bilgiler” adlı eserde, kamu hizmeti imtiyaz sözleşmelerine ilişkin usulde sözleşmenin öncelikle ilan edilmesi gerektiği ifade edilmektedir.⁵¹

*“Meclislerin kabul kararıyla yetkilendirilen belediye başkanları, imtiyaza ilişkin şartnameyi ve kamu hizmeti imtiyazını rekabet ve açıklık ilkelerine uygun olarak verebilmek maksadıyla imtiyaz ilanını hazırlayacaklar ve gereken işlemlerin yapılmasını temin edeceklerdir. Yapılan ilan sonucunda başvuruda bulunan imtiyaz isteklileriyle yürütülen görüşmelerde seçilecek uygun kişi veya kuruluşla belediye arasında imtiyaz sözleşmesi düzenlenecektir.”*⁵²

Yerel yönetimlerin imtiyaz sözleşmelerinin İçişleri Bakanlığı tarafından denetlendiği dönemde İçişleri Bakanlığı tarafından mahalli idarelerin karar organlarının üyeleri için hazırlanan bu kitapta öngörülen usul, elbette bir genel düzenleyici işlem değildir. Bununla birlikte yerel idarecilere uygulamada ışık tutmuş ve bu yönde bir uygulamanın yerleşmesine etki etmiştir. Neticede imtiyaz sözleşmesinin ilan edilmesinin açıklık ve serbest rekabet ilkelerine daha uygun olduğu da açıktır. Böylece mahalli idarelerin imtiyazcayı seçme konusundaki takdir yetkisinin kısıtlandığı ve ihale yapılarak imtiyazcının belirlenmesi gerektiği anlaşılmaktadır.

İdareler gelir getirici işlerin ihalesini “2886 sayılı Devlet İhale Kanunu” uyarınca; kamu harcaması yapılmasını gerektiren işlerin ihalesini ise “4734 sayılı Kamu İhale Kanunu” uyarınca yapmaktadırlar.⁵³ Katı atıkların geri dönüşüme tabi tutularak kâğıt, plastik vb. üretimi, gübre üretimi, depolanmış çöplerin çıkardığı biyogazdan elektrik üre-

⁵¹ Sezginer, s. 1092.

⁵² Hasan H. Can/Nihat Yıldız, Belediye Başkanları ve Belediye Meclis Üyelerine Temel Bilgiler, İçişleri Bakanlığı Mahalli İdareler Genel Müdürlüğü Yayınları, Ankara 2004, s. 93, 94.

⁵³ Günday/Bayman/Orak, s. 411.

timi kazanç oluşturan faaliyetlerdir. Kazanç doğurucu bu faaliyetlerin yerine getirilmesi için imtiyaz verilmesi yerel yönetimler açısından harcama yapılmasını gerektirmediği gibi, tam aksine avantajlı bir işin tekel olarak bir şirkete devredilmesi karşılığında, işletmenin kurulup kazanç elde edilmeye başlandığında kazançtan şartnamede yazılan oran kadar pay alınacak, yani gelir elde edilecektir. Bu sebeple katı atıkların bertarafı veya değerlendirilmesi konulu imtiyaz sözleşmelerinde imtiyazcı şirketler Devlet İhale Kanunu uyarınca yapılacak ihale sonucunda belirlenmelidir.

Devlet İhale Kanunu m. 1/1 uyarınca “*Genel bütçeye dahil dairelerle katma bütçeli idarelerin, özel idare ve belediyelerin alım, satım, hizmet, yapım, kira, trampa, mülkiyetin gayri ayni hak tesisi ve taşıma işleri bu Kanunda yazılı hükümlere göre yürütülür.*” Hükümde idarenin imzalayacağı sözleşmeler arasında özel hukuk sözleşmesi ve idari sözleşme ayrımı yapılmamıştır. Bu sebeple idarenin idari sözleşmelerinin de eğer Kamu İhale Kanunu ile Devlet İhale Kanunu’nun kapsam maddelerindeki konulara giriyorsa bu kanunlarda düzenlenen ihale yöntemleri ile ihale edilerek imzalanmaları gerektiği kabul edilmelidir. Kanaatimce belediye ve il özel idarelerinin yerine getirmekle yükümlü olduğu kamu hizmetlerinden katı atık yönetimi hizmeti işinin özel hukuk kişilerine gördürülmesi Devlet İhale Kanunu’nun 1. maddesinin 1. fıkrası kapsamına girmektedir. Çünkü katı atık yönetimi konulu imtiyaz sözleşmesinde yerel idareler kazanç getirici bir kamu hizmetini özel kişiye devretmekte ve böylece hem kendisi hem de özel şirket kazanç elde etmektedir. Diğer bir deyişle yerel idareler katı atıkların bertarafı ve değerlendirilmesi konusunda hizmet almakta, tesislerin kurulabileceği yerler için de özel kişiye gayri ayni haklar tesis etmektedir. Bu edimlerin karşılığında da özel hukuk kişisi (imtiyaz sahibi Türk anonim şirketi) hem sözleşme başlangıcında hem de anlaşmaya bağlı olarak her yıl yerel idareye ödeme yapmaktadır. Yargı kararlarına yansıyan uyuşmazlıklarda da imtiyaz sözleşmesinin tarafının belirlenmesinde Devlet İhale Kanunu uyarınca ve bu kanundaki usullere uyularak ihale yapıldığı görülmektedir.⁵⁴ Doktrinde Sezginer de imtiyaz sözleşme-

⁵⁴ Danıştay, 1. D., 19.2.2015, E. 2014/5314, K. 2015/650. “Konya Büyükşehir Belediye Meclisi’nin 17.03.2014 tarihli kararı ile Konya Entegre Katı Atık Değerlendirme ve Bertaraf Tesislerinin yapılması ve işletilmesine ilişkin belediye adına 29 yıllığına imtiyaz verilmesi ve söz konusu işlemlerin 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu uya-

lerinde, kamu yararı amacı çerçevesinde, uygun rekabet koşulları ve açıklık sağlanmak suretiyle ihale yapılacağını ifade etmektedir.⁵⁵

Uygulamada da yerel yönetimlerin “çöpten elektrik üretilmesine ilişkin entegre katı atık yönetim (EKAY) tesisi veya entegre atık değerlendirme, geri dönüşüm, enerji üretim ve bertaraf tesisleri ile düzenli depolama sahası yapımı ve işletilmesi” başlıklarıyla açılan ihaleler Devlet İhale Kanunu’nun 35. maddesinin (a) bendine göre kapalı teklif usulüyle gerçekleştirilmektedir.⁵⁶ Bazen de Devlet İhale Kanunu’nun

rınca yapılması için Büyükşehir Belediye Encümenine yetki verilmesine karar verildiği, anılan karar gereğince Konya Entegre Katı Atık Değerlendirme ve Bertaraf Tesislerinin 29 yıl süreyle imtiyaz hakkının devri amacıyla 14.10.2014 tarihinde ihaleye çıktığı, söz konusu ihalenin F1 Enerji ve Çevre A.Ş.’nin uhdesinde kaldığı, ihale komisyon kararının 03.11.2014 tarihli makam onayı ile kabul edilmesi üzerine bakılan davanın açıldığı anlaşılmaktadır.(...)”; Danıştay, 13. D., 13.2.2007, E. 2005/6217, K. 2007/696. “Davacı şirket ile davalı idare arasında 14.01.2005 tarihinde imzalanan imtiyaz sözleşmesinin lisans bedelinden kesin teminat alınmasına ilişkin 27. maddesindeki teminat oranını %6 olarak belirleyen hükmünün; alınan teminat oranının yasal bir zorunluluktan değil, ilk ihale aşamasında şartnamedeki 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu’na yapılan atıftan kaynaklandığı (...)”; Danıştay, 8. D., 1.4.2021, E. 2020/5651, K. 2021/2036. “5393 sayılı Belediye Kanunu’nun 15. maddenin 3. fıkrasında: belediyenin, toplu taşıma hizmetlerini Danıştay’ın görüşü ve İçişleri Bakanlığı’nın kararıyla süresi 49 yılı geçmemek üzere imtiyaz yoluyla devredebileceği; bu hizmeti tekel oluşturmayacak biçimde ruhsat usulüyle yerine getirebileceği gibi toplu taşıma hattını kiraya verme ve ya 67. madde esaslarına göre ihale ile satın alma yoluyla yerine gelebileceği; 84. maddesinde ise Karayolu Trafik Kanununun bu kanun hükümlerine uygun olmayan hükümlerinin uygulanmayacağı hükmü yer almaktadır.

2886 sayılı Devlet İhale Kanunu’nun “Kapsam” başlıklı 1. maddesinde, “Genel bütçeye dahil dairelerle katma bütçeli idarelerin, özel idare ve belediyelerin alım, satım, hizmet, yapım, kira, trampa, mülkiyetin gayri ayni hak tesisi ve taşıma işleri bu Kanunda yazılı hükümlere göre yürütülür.” kuralı bulunmaktadır.

Diğer taraftan, getirdiği ölçütler yönünden yukarıdaki mevzuat hükümleriyle de uyumlu olduğu anlaşılan 86/10553 sayılı Ticari Plakaların verilmesinde Uyulacak Usul ve Esaslar Hakkındaki Bakanlar Kurulu kararında da ticari plaka sayısının artırılması, diğer bir deyişle; yeni ticari plaka tahsisi yapılması halinde uygulanacak yöntemin ihale yöntemi olduğu belirtilmiştir.” (www.lexpera.com.tr)

⁵⁵ Sezginer, s. 1093.

⁵⁶ “<https://www.resmigazete.gov.tr/ilanlar/eskiilanlar/2021/01/20210125-3-2.pdf>”

“<https://www.resmigazete.gov.tr/ilanlar/eskiilanlar/2023/02/20230219-3-1.pdf>”

“[https://www.resmigazete.gov.tr/ilanlar/eskiilanlar/2019/02/20190213-3%20\(5\).pdf](https://www.resmigazete.gov.tr/ilanlar/eskiilanlar/2019/02/20190213-3%20(5).pdf)”

45. maddesi uyarınca açık teklif usulü ile ihale yapıldığı görülmektedir.⁵⁷ 45. madde uyarınca açık ihale usulü ile ihale edilebilecek işler her yıl Genel Bütçe Kanunu ile tespit edilecek tutarı geçmeyen ihalelerdir.

Bu ihalelerin konusu entegre katı yönetim tesislerinin hem kurulması hem de işletilmesi olabileceği gibi mevcut tesislerin işletilmesinden ibaret de olabilir. Buna karşılık eğer tesis işletmesi özel kişiye verilmeyecek ve tesisin inşaatının ve kurulumunun yaptırılması üzerine idare tesisi işletecekse inşaat ve kurulumdan ibaret iş, Kamu İhale Kanunu uyarınca ihale edilecektir.⁵⁸

D. Sözleşmenin Taraflara Yüklediği Edimler

İmtiyaz sözleşmesi tek taraflı bir idari işlem olmayıp sözleşmenin iki tarafına da borçlar ve haklar doğurur ve tarafları sözleşme süresince bağlar.⁵⁹

1. İmtiyazcının Hakları ve Yükümlülükleri

İmtiyaz sözleşmesinin tarafı olan imtiyazcı şirketin hem hakları hem de yükümlülükleri vardır. Özel kişinin kamu hizmetini görmesi, ya hizmetin bütünüyle özel kişi tarafından yerine getirilmesini ya da özel kişinin hizmetin işlenmesine katılmasını ya da ortak olmasını içerir. Özel hukuk kişisi bu kamu hizmetini kâr elde etme amacıyla görmek istemektedir. Bu sebeple imtiyazcı özel kişinin hakları temelde mali noktalarda toplanırken, yükümlülükleri o kamu hizmetinin gereği gibi yürütülmesi noktasında toplanmaktadır.

⁵⁷ "https://www.mugla.bel.tr/uploads/duyuru/cevre_koruma/7-ekay%20ihale%20ilan%20metni-nihai12.5.2017.pdf"; Danıştay, 13. D., 22.5.2023, E. 2022/3361, K. 2023/2535. "Kütahya İli Yerel Yönetimler Katı Atık Bertaraf Tesisleri Yapma ve İşletme Birliği'nce 22/03/2019 tarihinde 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu'nun 35. maddesinin 1. fıkrasının (c) bendi uyarınca açık teklif usulüyle idarelerine ait mevcut katı atık düzenli depolama sahasında oluşan metan gazının yönetmelik ve şartname hükümlerine göre borular ve/veya kollektör sistemiyle toplanması, arıtılması/soğutulması, elektrik enerjisine dönüştürülmesi için kurulacak santralin yapımı ve 36 ay süreyle işletilmesi ihalesi gerçekleştirilmiştir." (www.lexpera.com.tr)

⁵⁸ "https://www.ilbank.gov.tr/ihale/salihli-manisa-kati-atik-transfer-istasyonu-insaati/4176"

⁵⁹ Danıştay, 6.D., 25.5.2022, E. 2022/3231, K. 2022/6126. (www.lexpera.com.tr)

a. İmtiyazcının Yükümlülükleri

İmtiyazcı kişi kamu hizmetini kendi kar ve zararına olmak üzere yürütür.⁶⁰ Kamu hizmeti imtiyaz sözleşmesinde özel kişinin hizmeti bizzat görmesi esastır.⁶¹ İmtiyaz sözleşmesinin klasik tipi gereğince imtiyazcı kamu hizmetini kurar ve kendi hesabına belli bir süre işletir. Sözleşme şartlarına bağlı olarak genelde, entegre katı atık yönetim (EKAY) tesisini inşa etmek, kurmak ve işletmek bir hak ve yükümlülük olarak karşımıza çıkmaktadır. Kimi zaman halihazırda mevcut bir tesis olabilir ve yalnızca işletme faaliyeti üstlenilebilir. Böyle bir durum ise önceki imtiyaz sözleşmesinin süresinin sonunda veya fesihle sona ermesi halinde gerçekleşir.

İmtiyazcı şirket, genel şartnamede ve teknik şartnamede yer alan borçları yerine getirmekle yükümlüdür. İmtiyazcı bu kamu hizmetini kendi hesabına yürüttüğü gibi bizzat yürütmekle de yükümlüdür.⁶² Bununla birlikte idarenin açık izniyle imtiyazcı işi başkasına devredebilir veya yardım almak üzere alt sözleşmeler imzalayabilir.⁶³ Katı atıkların entegre katı atık tesisine getirilmesi borcunun kim tarafından yerine getirileceği şartnamede açıkça belirtilmelidir. Yerleşim yerlerinden çöplerin toplanması, transfer merkezlerine getirilmesi ve nihai depo yerine taşınması işinin tamamı idare veya imtiyazcı şirket tarafından yerine getirilebileceği gibi işin bir kısmı idare geri kalan kısmı ise şirket tarafından yerine getirilebilir. Atıkların toplanması, transferi ve depolanması yerel yönetimin sınırları içerisinde geniş bir alanda günlük düzenli bir faaliyet gerektirir. Bu faaliyet için çok sayıda işçi ve gerekli araç aletler için ciddi bir masraf yapılması gerekeceği açıktır. Belediye Kanunu'nun 14. maddesinde "çevre ve çevre sağlığı, temizlik ve katı atık işleri" görev ve sorumluluk olarak belediyelere yüklenmiştir. 15. maddede ise katı atıkla ilgili görevlerin imtiyaz verilerek devredilebileceği hükme bağlanmıştır. Kanaatimce, genel veya teknik şartnamede katı atıkların toplanması, transferi ve katı atık tesisine getirilmesi işinin de imtiyazcıya ait olduğuna dair bir hüküm yer almıyorsa bu işlerin idare tarafından gerçekleştirileceği anlaşılmalıdır. Bu

⁶⁰ Akyılmaz/Sezginer/Kaya, s. 523.

⁶¹ Tekinsoy, s. 164.

⁶² Gözler/Kaplan, s. 563.

⁶³ Yayla, s. 173.

durumda idare veya idarenin hizmet gördürdüğü çöp toplama şirketi katı atıkları toplayarak bu atıkları imtiyaz sözleşmesi kapsamında ya transfer merkezine ya da nihai depo yerine getirecektir.

İmtiyaz sözleşmesi ile imtiyaz sözleşmesinin ekleri arasında bir çelişkinin mevcut olması halinde imtiyaz sözleşmesi esas alınacaktır. İmtiyazcının yükümlülüklerine dair imtiyaz sözleşmesinde daha ağır yükümlülükler öngörülüyorsa imtiyazcı şirket ana metinle çelişen sözleşme eklerine dayanarak üstlendiği görevi yerine getirmekten kaçınmaz.⁶⁴ Örneğin yargı kararına konu olan bir olayda mahalli idare birliğinin hazırladığı imtiyaz sözleşmesinde birliğe üye yerel idarelerin katı atıklarının yüklenici tarafından toplanılacağı hükmü yer almaktadır. İmtiyaz sözleşmesinin ana metninde bu hüküm yer almasına rağmen imtiyaz sözleşmesinin eki idari şartname ile teknik şartnamede il özel idaresi kapsamındaki yerel yönetimlerin atıklarını kendilerinin toplayarak transfer istasyonlarına getireceği yönünde düzenlemeler yer almaktadır. İmtiyaz sözleşmesi imzalandıktan sonra imtiyaz sahibi şirketin il özel idaresinin yetkisindeki köylerin çöplerini yerinden toplamamak istemesi üzerine çıkan uyuşmazlıkta Danıştay imtiyaz sözleşmesi ile eklerinde yer alan hükümler arasında çelişki olması halinde imtiyaz sözleşmesinde yer alan hükümlerin esas alınarak, o doğrultuda uygulama yapılması gerektiğini hükme bağlamıştır. Sözleşme hükümlerini imtiyaz sahibi şirketin bu şartları bilerek, öngörerek ve kabul ederek imzaladığı kabul edilmiştir.⁶⁵

b. İmtiyazcının Hakları

Kamu hizmetlerinin sunulması için büyük sermaye, büyük tesislere ve çeşitli alanlarda faaliyet gösterilmesi gerekir. Bir özel hukuk kişisi çoğu zaman salt sermaye gücüyle bu yüklerin üstesinden gelemeyebilir. Bu sebeple imtiyaz sözleşmesiyle kendisine birtakım avantajlar tanınmış olabilir. Sübvansiyon, avans, kredi teminatı, o alanda tekel olma kaydı gibi avantajlar söz konusu olabilir. İmtiyazcı sözleşmeyle öngörülen bu avantajları idarenin yerine getirmesini ve idarenin bu haklarına saygı göstermesini isteyebilir.⁶⁶ Örneğin katı atık işleme tesisinin kurulabilmesi için il özel idaresi veya belediye sübvansiyon,

⁶⁴ Danıştay, 6.D., 4.11.2020, E. 2019/2473, K. 2020/10378., (www.lexpera.com.tr)

⁶⁵ Danıştay, 6. D., 4.11.2020, E. 2019/2473, K. 2020/10378., (www.lexpera.com.tr)

⁶⁶ Gözler/Kaplan, s. 563.

avans veya kredi teminatı konularında taahhütte bulunmuşsa imtiyazcı şirket bu taahhüdün yerine getirilmesini talep edebilir. Bu taahhüde dayalı taleplerin yerine getirilmemesi nedeniyle tesisin kuruluşunda gerçekleşen gecikmelerden doğan sorumluluğun ise idareye ait olacağı söylenebilir.

İmtiyazcı şirketin en temel hakkı imtiyaz sözleşmesinin konusu olan faaliyeti şartnamede öngörülen süre boyunca kendi kar ve zararına işletmesi ve bu işletmeden elde edeceği kazançtır. Geri dönüşüm, gübre üretimi veya elektrik üretimi sonucu elde edilen kazançlar imtiyazcı şirkete ait olacaktır. Eğer şartnamede elde edilen kazancın belirli bir oranda idare ile paylaşılacağı hükme bağlanmışsa kazancın bu orandaki miktarının idareye ödenmesi gerekir.⁶⁷

Katı atıkların bertarafı ve değerlendirilmesi konulu imtiyaz sözleşmelerinin tipik halinde katı atıkların toplanması imtiyazcı şirket tarafından gerçekleştirilmez. İmtiyazcı şirket belirli yerlerde toplanan katı atıkları alarak bertaraf etmek, işlemek ve enerji üretmek üzere tesisine götürür. Ancak yerleşim yerlerinden katı atıkların toplanması imtiyazcı şirketin yükümlülüğü kapsamına girmez. Bununla birlikte yerel idare kimi zaman kamu gücüne dayanarak tek taraflı bir şekilde şartnamede değişiklik yaparak daha önce öngörülmediği halde katı atıkların imtiyazcı şirket tarafından toplanması veya taşınmasını kararlaştırabilir. Bu durumda imtiyazcı şirketin bu görevi de üstlenmesi gerekir. Ancak böyle bir durumda sözleşmede esaslı bir değişiklik gerçekleştirildiği için imtiyazcı şirket kendisine yeni yüklenen görev nedeniyle oluşan yeni giderlerini yerel idareden tamamen isteme ve oluşacak zararlarının tamamen tazmin edilmesini isteme hakkına sahiptir.⁶⁸

⁶⁷ "https://www.resmigazete.gov.tr/ilanlar/eskiilanlar/2023/02/20230219-3-1.pdf"; "(...) 20 yıl süre ile işletilmesi ve Gelir Paylaşım oranı olan % 9'dan az olmamak üzere artırma yapılarak aylık gelirin idareye bırakılması koşulu ile ihalesi (...)"

⁶⁸ Danıştay, 6. D., 23.12.2020, E. 2019/16826, K. 2020/13451., "(...) il özel idaresine bağlı 549 köy ve 109 bağlantısında katık atıkların davacı tarafından toplanmasına dair ... tarih ve ... sayılı encümen kararının alındığı, (...) il özel idaresine bağlı köylerin atıklarının taşıma ve bertaraf bedelinin yasal faizi ile birlikte ödenmesi istemiyle 26/06/2019 tarihinde yapılan başvurunun reddine ilişkin dava konusu ... tarih ve ... sayılı işlemde hukuka uyarlık görülmemiştir.

Öte yandan; davaya konu ödemelerin davalı idareye başvuru tarihi olan 26.06.2019 tarihinden itibaren yasal faizi ile birlikte ödenmesi gerekmektedir". (www.lexpera.com.tr)

Kimi durumlarda da idare sözleşmede değişiklik yapmadan ancak sözleşmenin tarafı olan şirketi doğrudan veya dolaylı şekilde etkileyecek kararlar alabilir. Böyle bir durumda imtiyazcı şirketin egemen olgusu (fait du prince) kuramı uyarınca yeni durum nedeniyle katlanacağı zararın tamamını idareden tazmin etmesi gerekir. Zararın tümü tek taraflı işlemi yapan ve sözleşmenin tarafı olan yerel idare tarafından karşılanmalıdır. Zira 'Fait du Prince (Egemen Olgusu)' kuramına göre eğer idare sözleşmeyle doğrudan alakalı olmayan bir konuda tek taraflı iradesiyle bir işlem ve eylem yaparsa ve bu işlem veya eylem de imtiyazcı kişinin mali dengesini önemli derecede bozuyorsa idare imtiyazcının zararını tamamen karşılamalıdır. Sözleşmenin tarafı olan idare sözleşme kapsamında sahip olduğu tek taraflı değişiklik yapma yetkilerinden birini kullanarak değil sözleşme dışında kalan kamu gücü yetkilerinden birini kullanarak bir işlem veya eylem yapmaktadır ve bu durum sözleşmeyi dolaylı yollardan güçleştirmektedir. İdare "bilinmeyen idari neden"e bağlı olarak tek yanlı iradesiyle karşı tarafın yükümlülüklerini artırmış ve sözleşmenin dengesini şirket aleyhine bozmuştur. Bu durumda "Fait du Prince" kuramı tam ve mutlak bir biçimde uygulanmalıdır.⁶⁹ Egemen olgusu kuramına giren bir zararın tümü tek taraflı işlemi yapan ve sözleşmenin tarafı olan idare tarafından karşılanmalıdır.⁷⁰

İmtiyazcının kazanç elde edebilmesi için sunduğu hizmet karşılığı ücret isteme veya gelir elde etme, sözleşme kapsamında kendisine sağlanan avantajlara saygı gösterilmesini isteme ve mali dengesinin korunmasını isteme hakkı vardır.⁷¹ İmtiyazcı kamu hizmetini bizzat ifa etmeyi kar elde etme amacıyla üstlenmektedir. Kamu hizmetini yerine getirmeyi üstlenmeden önce özel hukuk kişisi bu konuda hesaplamalar yapmakta, tesisleri kurarken yapacağı masrafları ve kaç senede bu işletmenin kendi masraflarını amorti edeceğini hesaplamaktadır. Buna uygun olarak da idareyle sözleşme yapma yoluna gitmekte ve genellikle çok uzun süreli bir imtiyaz sözleşmesi imzalamaktadır. Bununla birlikte imtiyazcının öngöremeyeceği durumlar gerçekleşebilir.

Öngörülemezlik kuramına göre öngörülemez nitelikte olağanüstü ve ayrık durumun gerçekleştiği ve kamu hizmetini gören özel hukuk

⁶⁹ Özay, s. 256.

⁷⁰ Gözler/Kaplan, s. 510; Özay, s. 256.

⁷¹ Kemal Gözler, İdare Hukuku, Cilt II, 3. Baskı, Ekin Yayınevi, Bursa 2019, s.439.

kişisinin gelirlerinde azalmayı aşan derecede ağır ve artık o faaliyetin ekonomik olarak sürdürülemez hâle geldiği durumda idarenin imtiyazcının zararına katılması gerekmektedir.⁷² İmtiyaz sözleşmesinde kâr ve zararı üstlenen taraf imtiyazcıdır. Öngörülemez bir durumun gerçekleşmesinde karşı taraf olan idarenin bir dahli yoktur. Ancak imtiyazcı bu öngörülemeyen olay nedeniyle kamu hizmetini yürütme noktasında ciddi manada sıkıntıya düştüğü için idarenin imtiyazcıya destek çıkıp o kamu hizmetinin sürekliliğini sağlaması gerekmektedir. Bununla birlikte idarenin zarar doğuran böyle bir olayın ortaya çıkmasında bir kusuru olmadığı için zararın tamamını karşılamak gibi bir yükümlülüğü yoktur. İdare sözleşmede hüküm varsa ona göre, yoksa kendi uygun göreceği oranda imtiyazcının zararına katılır.⁷³

İmtiyazcı kişi mali dengesinin korunmasını idareden talep edebilir ancak idarenin her zaman bu taleplere olumlu yaklaşım imtiyazcıya mali avantajlar sağlaması hem olağan değildir hem de kamu yararı açısından bu noktada titiz davranılması gerekir. Ayrıca zarar idarenin tek taraflı işlem veya eylemlerinden doğmuş olsa dahi idarenin eylemlerinin hukuka uygun olduğu karinesi mevcuttur. İdarenin herhangi bir eylem veya işlemi idari yargı tarafından haklarında hukuka aykırı olduklarına dair karar verilmedikçe hukuka uygun sayılır. Bu sebeplerle imtiyazcı kişinin haklarını savunabilmesi için çoğu zaman idari yargıya başvurması gerekir. İmtiyazcı kişi idari yargıya durumun niteliğine göre iptal davası veya tam yargı davası açarak başvurabilir. İdari yargı imtiyazcı ile imtiyazı veren idare arasındaki uyuşmazlığı yalnızca mevzuat ve içtihatlarla göre değil aynı zamanda imtiyaz sözleşmesinin hükümlerine göre inceleyecektir.

2. Yerel Yönetimlerin Hakları, Yetkileri ve Yükümlülükleri

Yerel yönetimler kanunlarla kendilerine verilen görevleri yine kanunlarda izin verildiği ölçüde imtiyaz sözleşmesi yoluyla özel hukuk kişilerine gördürebilirler. Çift taraflı bir sözleşme olan imtiyaz sözleşmesi hükümleri ve genel olarak mevzuat uyarınca yerel yönetimlerin hakları, yetkileri ve yükümlülükleri mevcuttur. Yerel yönetimin kamusal sorumluluğu, kamu hizmetini görmekte asıl yükümlünün ken-

⁷² Özay, s. 257, 258, 259.

⁷³ Gözler/Kaplan, s. 512.

disi olması ve bu hizmeti özel kişiye devretse bile denetim yükümlülüğünün olması, bu denetim yükümlülüğünün ise sözleşmenin karşı tarafından bakıldığında aynı zamanda idarenin bir hakkı ve yetkisi olması nedeniyle idarenin hak, yetki ve yükümlülüklerinin iç içe geçtiği söylenebilir.

İmtiyaz sözleşmesiyle idarenin sunması gereken kamu hizmetlerinden bir kısmı özel hukuk kişilerine gördürülür. Kamu hizmetini görme görevi esasen idarenin bir yükümlülüğü olduğu için kamu hizmetinin gereği gibi sunulmaması durumunda sorumluluğun kime düşeceği önem kazanmaktadır. Özel kişilere gördürülen kamu hizmetlerinin “kamu hizmeti” niteliğini yitirmediğine ve idarenin sorumluluğunun sürdüğüne ilişkin Danıştay içtihadı bulunmaktadır.⁷⁴ Kamu hizmetinin sunulması konusunda idarenin sorumluluğu kimi durumlarda devam ettiği için idarenin imtiyazla özel hukuk kişisine devredilen kamu hizmetinin gereği gibi yürütülüp yürütülmediğine dair denetleme, gözetleme ve kurallar koyma gibi yetkileri vardır.⁷⁵

İdarenin imtiyazcının kamu hizmetini yürütmesi faaliyetini denetleme yetkileri sözleşmenin idari bir sözleşme olmasından kaynaklanır ve kamu gücünün kullanımını içerir. İmtiyazcının kamu hizmetini şartname ve sözleşme hükümlerine uygun olarak yürütüp yürütmediği idare tarafından her zaman denetlenebilir.⁷⁶ İdare imtiyaz sözleşmesinin şartname kısmında anlaşmaya konu olan kamu hizmetinin nasıl, ne şekilde ve hangi standartlarda yerine getirileceğini tek taraflı olarak düzenlemiştir. Örneğin bir köprü yapılması ve bu köprünün işletilmesi konusunda anlaşılırsa idare bu köprünün getirdiği standartların şartnameye uygun olup olmadığını denetleyebilir. Köprünün ne kadar ağırlığa dayanabileceği, köprünün ne kadar genişlikte olup ne kadar aracın geçişine imkân sağladığı gibi hususlar şartnameye uygunluğu yönünden denetlenir. Bir diğer örnek verecek olursak; bir şehirde elektrik hizmetinin sunulması için imtiyaz verilmişse o elektrik hizmetinin hem sürekli olarak sunulması gerekir hem de tüketicinin kullanabileceği akım aralığında sunulması gerekir. Yani hem o şehirdeki fabrikaların hem de evlerin faydalanabileceği akım boyutunda ihtiyaca

⁷⁴ Karahanoğulları, s. 348.

⁷⁵ Akyılmaz/Sezginer/Kaya, s. 528.

⁷⁶ Aslan, s. 131.

göre elektrik hizmetinin sunulması gerekir. İmtiyazı veren idare de bu kamu hizmetinin gereği gibi sunulup sunulmadığını denetlemekle yükümlüdür. İdare bu kamu hizmetinin gereği gibi yerine getirilmesinden sorumlu olduğu için imtiyazcayı denetlemek onun bir görevidir.

İdare hukukunun kamu hizmeti ilkelerine göre kamu hizmetinin eşitlik, tarafsızlık, süreklilik, uyarlanma ve meccanilik ilkelerine uygun olarak sunulması gerekmektedir. İdare bir kamu hizmetini özel hukuk kişilerine imtiyaz yoluyla gördürmek istediğinde tek taraflı iradesiyle o kamu hizmetinin görülme şartlarını belirlemektedir. Buna ek olarak anlaşma kısmında özel hukuk kişisiyle karşılıklı anlaşarak sözleşmeye subjektif hükümler konulmuş da olabilir. Bu durumda özel hukuk kişinin o kamu hizmetini yürütürken genel idare hukuku ilkelerini, şartname veya anlaşma hükümlerini ihlal etme ihtimali vardır. İşte bu durumlarda idare kamu gücü yetkilerinden olmak üzere birtakım müeyyideler uygulayabilir. Bu müeyyidelerse doğrudan şartnamede veya anlaşma kısmında öngörülebileceği gibi kamu yararı amacıyla idarenin kamu gücünü kullandığı bir durum da söz konusu olabilir.

Uygulanabilecek müeyyideler para cezası, işletmeye geçici olarak el koyma ve sözleşmenin feshidir.⁷⁷ İdare, imtiyaz sahibinin sözleşmede öngörülen yükümlülüklerini yerine getirmemesi hâlinde şartnamede belirlenen hükümlere göre para cezası uygular ve söz konusu para cezasını sözleşmecinin teminatından irad kaydetmek suretiyle alır.⁷⁸ Geçici el koyma durumunda idare imtiyazcının daha önce kurmuş olduğu işletmeye el koyar ve kendisi işletir. Bu süreçte kâr ve zarar imtiyazcıya aittir ve hedeflenen amaç kamu hizmetlerinin aksamadan ve gereği gibi yerine getirilmesidir.⁷⁹ İmtiyazcı kamu hizmetini yerine getirmede ağır bir ihmal ve kusur içerisinde bulunursa idare eğer şartnamede veya anlaşmada öngörülmüşse sözleşmeyi feshedebilir. Eğer öngörülmemişse idare mahkemeye başvurarak sözleşmenin sonlandırılmasını talep edebilir.⁸⁰

Danıştay ve Uyuşmazlık Mahkemesi kararlarına göre idare sözleşmede tek taraflı değişiklikler yapabilir. Danıştay'a göre tek taraflı deği-

⁷⁷ Aslan, s. 133.

⁷⁸ Metin Günday, İdare hukuku, 11. Baskı, İmaj Yayınevi, Ankara Kasım 2017, s. 299.

⁷⁹ Yıldırım/Yasin/Kaman/Özdemir/Üstün/Çakır/Okay Tekinsoy, s. 514.

⁸⁰ Gözler/Kaplan, s. 564, 565.

şiklik yetkisi kamu hizmetinin ve bu hizmete duyulan ihtiyacın gereği olarak gereklidir.⁸¹ Kamu hizmetinin uyarlanma ilkesi uyarınca o kamu hizmetinin daha nitelikli bir şekilde sunulabilmesi ve daha fazla kişinin gereği gibi yararlanabilmesi için değişiklikler yapılması gerekiyorsa idare özel kişiyi yeni duruma zorlayabilmek için sözleşmede tek taraflı değişiklikler yapma yetkisine sahiptir. Buna karşılık idare özel hukuk kişisinde iradesini katarak üzerinde uzlaştığı anlaşma kısmında tek taraflı değişiklikler yapamaz. Bu kısımda imtiyazcı özel kişinin mali hakları, avantajları ve ona gösterilecek kolaylıklar yanında kamu hizmetinin sunulmasına ilişkin olmayan karşılıklı kurallar vardır. Bu sebeple akdi ve mali hükümler içeren bu kısımda tek taraflı değişiklikler yapılamaz.⁸²

İdarenin sözleşmenin karşı tarafı olan imtiyazcı kişinin haklarını ihlal etmemesi gerekir. İdareye kamu hizmetinin gördürülmesini denetleme konusunda geniş yetkiler verilmişken imtiyazcının da kâr amacının sekteye uğratılmaması gerekir. İdarenin imtiyazcının mali haklarına saygı göstermesi gerekir. Bu sebeple imtiyazcının hakları idarenin imtiyaz sözleşmesindeki yükümlülükleri olmaktadır.

Yerel yönetimler, imtiyaz sözleşmesi türündeki bir sözleşmenin idareye tanıdığı bütün hak ve yetkilere sahiptir. Yerel idare şartname uyarınca eğer tesisin kurulacağı yerin tahsisini üstlenmişse söz konusu yeri tesis inşaatı ve kurulumuna uygun bir şekilde teslim etmekle ve tesise giden güzergahta yol yapmakla yükümlüdür. Tesisin kurulacağı yer belediyenin arazisi ise ve imtiyazcı şirkete tahsis edilecekse arazinin kiraya verilmesine karşılık şirketten kira bedeli alabilir.⁸³

Katı atık yönetimine ilişkin faaliyette çöp toplanması değil çöpün bertarafı ve değerlendirilmesi işi imtiyaz sözleşmesi imzalanmasına uygun niteliktedir. Çünkü bu iş sonucunda şirket kazancını idareden değil yapacağı üretim sonucunda elde edecektir. Yerel idare, katı atık yönetimi sonucunda elde edilen kazançtan şartnamede belirlenen oran kadar pay alma hakkına sahiptir.

⁸¹ Yayla, s. 173.

⁸² Gözler/Kaplan, s. 564.

⁸³ "https://www.resmigazete.gov.tr/ilanlar/eskiilanlar/2023/02/20230219-3-1.pdf" ; "(...) 5- Alınacak kira bedeli ve teminat; Nevşehir ili, Merkez İlçesi, Merkez Sulusaray Kasabası Cumhuriyet Mah. İçmece Mevkiinde bulunan arsanın 1 yıllık kira bedeli 220.000,00 TL + KDV'dir."

Sözleşmenin konusu katı atık yönetimine ilişkin kamu hizmeti olduğu için imtiyazcı şirketin kamu hizmeti ilkelerine uygun faaliyette bulunup bulunmadığını denetleme ve gerekirse yaptırım uygulama yetkisi idareye aittir. Şartnamede öngörüldüğü halde, çöpler toplanmıyorsa, taşınmıyorsa, depolanmıyorsa, şartnamede belirlenen oranda geri dönüşüm oranları veya elektrik üretim miktarları sağlanamıyorsa idarenin imtiyazcı şirkete yaptırım uygulaması söz konusu olacaktır.⁸⁴ Ancak eğer imtiyaz sözleşmesinin süresi sona ermişse veya sözleşme idare tarafından feshedilmişse artık sona ermiş bulunan imtiyaz şartname ve sözleşmesinin belirli hükümlerine dayanarak idarenin, imtiyazcı şirkete yaptırım uygulaması mümkün değildir. Diğer bir deyişle sözleşmenin idareye verdiği belirli hallerde yaptırım uygulama yetkisi ancak sözleşme devam ederken kullanılabilir.⁸⁵

E. Sözleşmenin Sona Ermesi

İmtiyaz sözleşmeleri belli süreler için imzalanır. İdare bir kamu hizmetini süresiz olarak bir özel hukuk kişisine devretmez, toplumun ortak ihtiyaçlarının karşılanması görevi esasında idarenin olduğu için idare kamu hizmetini geçici olarak belirli bir süre için devreder. Öngörülen ve sözleşmede de iki tarafın üzerinde uzlaşmış olduğu bu süre bitince imtiyaz sözleşmesi de kendiliğinden geçerliliğini yitirir.⁸⁶

İmtiyaz veren idare ile imtiyazcı özel kişi yine karşılıklı uyuşan iradeleriyle imtiyaz sözleşmesini sonlandırabilirler. Bu durumda hangi şartlarda ve nasıl anlaştıkları tamamen iki tarafın iradesine ve uzlaşmasına bağlıdır.

İmtiyaz veren idare imtiyazcının iradesi hilafına imtiyaza son vermek isteyebilir. İdare idari yargıya başvurarak imtiyazcının hizmeti görmekteki kusurunu ileri sürerek mahkemeden sözleşmeye son vermesini isteyebilir. İkinci ihtimalde, imtiyaz sözleşmesinde idarenin o

⁸⁴ Danıştay, 6.D., 4.11.2020, E. 2019/2558, K. 2020/10424. "(...) evsel katı atıkların düzenli toplanmadığının tespit edilmesi halinde 250 (iki yüz elli) TL cezai yaptırım uygulanacağı, bu maddede belirtilen ve ceza verilmesini gerektiren durumların idare tarafından tutanakla tespit edileceği kurala bağlanmıştır." (www.lexpera.com.tr)

⁸⁵ Danıştay, 6.D., 4.11.2020, E. 2019/20047, K. 2020/10426. (www.lexpera.com.tr)

⁸⁶ Yıldırım/Yasin/Kaman/Özdemir/Üstün/Çakır/Okay Tekinsoy, s. 514, 515.

imtiyaza hangi şartlarda son verebileceği belirlenmiş olabilir. İdare öngörülen şartlara uymak şartıyla (örneğin nakdi tazminat, başka bir yerde veya konuda imtiyaz tanınması, kredi verilmesi gibi) imtiyaz sözleşmesine son verebilir. Üçüncü ihtimalde, sözleşmede imtiyaza son verilebilmesinin şartları öngörülmemiş olabilir ancak idare kamu yararı gereğince imtiyazcının imtiyazına son vermeyi elzem görebilir.⁸⁷ Bu ihtimalde idare ya o kamu hizmetini kendi uhdesine alarak yürütmek istemektedir veya imtiyazcının o kamu hizmetini beklediği nitelikte sunamadığını düşünmektedir. Bu sebeplerle idare imtiyazcının zararını tazmin etmek şartıyla imtiyaz sözleşmesini tek taraflı olarak feshedebilir. Bu tek taraflı fesihle doğacak sorunlar imtiyazcının zararının hesaplanması, idarenin haklı bir fesih yapıp yapmadığı veya imtiyaz sözleşmesinin hükümlerine göre karşılıklı haklar ve yükümlülükler noktasında toplanacaktır. Kimi durumlarda da idare, imtiyazcı şirketin ağır kusuru nedeniyle tek taraflı olarak haklı fesihle bulunabilir.⁸⁸ Bu durumda idarenin kusurlu imtiyazcı şirkete tazminat ödemesi yükümlülüğü olmayacaktır.

Bu uyuşmazlıkların çözümü aksi öngörülmemişte Danıştay'da, tahkim öngörülmüşse tahkim yoluyla, yabancılik unsuru varsa ve ayrıca milletlerarası tahkim öngörülmüşse milletlerarası tahkim yoluyla gerçekleştirilir.⁸⁹

⁸⁷ Gözler/Kaplan, s. 565.

⁸⁸ Danıştay, 13. D., 11.3.2008, E. 2007/4148, K. 2008/3133. "(...) Hazar HES'leri işletmekle görevli şirketin, önerilen üretim programına uymadığının ve fazla üretim amacıyla gölden aşırı su çektiğinin ve sonuçta çevreye zarar verdiğinin adli yardımda yapılan tespit ile TÜBİTAK raporuyla sabit bulunduğu, Kültür ve Turizm Bakanlığı Diyarbakır Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Bölge Kurulu'nun 07.10.2004 tarih ve 34 sayılı kararıyla da; yapılmış olan tespitler ışığında Hazar Gölü'nün korunması için ilgili kurum ve kuruluşların duyarlı davranması gerektiğine de karar verildiği, belirtilen nedenlerle, imtiyaz sözleşmesinin tarafı olan görevli şirketin ağır kusurunun olması nedeniyle idarenin tek taraflı fesih etme yetkisinin bulunduğu, bu durumun idare açısından bir zorunluluk haline de geldiği belirtilerek, Bakanlık ile ... Elektrik Üretim İletim Dağıtım ve Tic. A.Ş. arasında imzalanan imtiyaz sözleşmesinin feshine karar verilmesi istenilmiş, (...)" (www.lexpera.com.tr)

⁸⁹ Nur Karan, "İmtiyaz Sözleşmelerinde Uluslararası Tahkim", Erol Ulusoy/Aslı Yıldırım (ed), II. Uluslararası Özel Hukuk Sempozyumu "Tahkim", Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonu/Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, İstanbul 2009, s. 271, 272; Mustafa Emre Şahin, Les Clauses Compromissoires Dans Les Contrats De Concession En Droit Français Et Turc, 1. Baskı, Legal Yayınevi, İstanbul 2017, s. 47.

İmtiyaz sözleşmesinin olağan sona erme biçimi sözleşme süresinin sona ermesidir. İmtiyazcı şirket ve idarenin karşılıklı anlaşmasıyla veya taraflardan birinin sözleşmeyi feshetmesiyle de imtiyaz sözleşmesi sona erer. Kural olarak idare, imtiyaz sözleşmesi hükmüyle tek taraflı fesih için yetkilendirilmemişse sözleşmeyi tek taraflı olarak feshedemez. Bu durumda idare, sözleşmeyi feshedebilmek için idari yargıya başvurmak zorundadır.⁹⁰ Dolayısıyla yerel idare, katı atık yönetimi konulu imtiyaz sözleşmesinin feshi için imtiyaz şartname ve sözleşmesine özel hüküm koymamışsa yani sözleşmede fesih yetkisine ilişkin özel bir hüküm yoksa sözleşmenin feshi için Danıştay'a başvurmalı ve sözleşmenin feshini talep etmelidir. Fakat uygulamada yerel idarelerin idari yargıya başvurmadan sözleşmeyi feshettiği, imtiyazcı şirketin ise yerel idareye karşı dava açtığı görülmektedir. Danıştay bu uyuşmazlıklarda fesih işleminin tek taraflı bir irade beyanına dayanan ve bu beyanın muhabata ulaşmasıyla hukuki sonuç doğuran bir işlem olması nedeniyle sözleşmenin sona erdiğini tespit etmekte ve sona ermiş bir sözleşmenin doğuracağı sonuçları hükme bağlamaktadır.⁹¹ Halbuki kanaatimce imtiyazcı şirketin açtığı davadaki talebinin haksız feshin iptali talebi olması halinde Danıştay'ın bu hususu incelemesi ve yerel idarenin yaptığı feshin haksız olduğunun tespiti halinde feshin iptaline karar verilerek imtiyaz sözleşmesinin yürürlüğünün devamı sağlanmalıdır. Talebin tazminat olması halinde ise, haksız fesihle sonlandırılan imtiyaz sözleşmeleri nedeniyle zarara uğrayan tarafın diğer taraftan tazminat talep etme hakkı hiç şüphesiz mevcuttur.

Bunların yanı sıra idare, daha önceden imtiyaz vererek devrettiği kamu hizmetini bedelini ödeyerek geri satın alabilir ve kamu hizmetini kendisi görmeyi üstlenebilir.

Sözleşmenin sona ermesiyle birlikte sözleşmenin uygulanabilirliği de ortadan kalkar, malların tasfiyesi dışındaki hükümleri artık uygulanamaz, taraflar arasında sonuç doğuramaz.⁹² Örneğin sözleşmenin yerel idareye verdiği yaptırım uygulama yetkileri artık kullanılamaz.⁹³

⁹⁰ Murat Sezginer, İdarenin Sözleşmeleri ve Kamu İhalelerine İlişkin Uyuşmazlıklar, 1. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara 2013, s. 832; Gözler, s.447.

⁹¹ Danıştay, 6.D., 4.11.2020, E. 2019/15819, K. 2020/10404. (www.lexpera.com.tr)

⁹² Danıştay, 6.D., 4.11.2020, E. 2019/15819, K. 2020/10404. (www.lexpera.com.tr)

⁹³ Danıştay, 6.D., 4.11.2020, E. 2019/14996, K. 2020/10403. (www.lexpera.com.tr)

İmtiyaz sözleşmesinin ayırt edici özelliklerinden en başta geleni faaliyeti sağlayan işletme mallarının idareye zorunlu ve bedelsiz olarak devredilmesidir.⁹⁴ İmtiyaz sözleşmesinin tipik halinde, sözleşme konusu olan işletme sözleşme süresinin sonunda borçlarından arı olarak ve bedelsiz bir şekilde idarenin mülkiyetine geçer.⁹⁵ Faaliyette bulunan işletmenin sözleşme süresi sonunda idareye geçmesi yükümlülüğü imtiyaz sözleşmesinin karakteristik bir özelliğidir. Öyle ki sözleşme süresi sonunda işletmenin idareye geçmeyeceği öngörülen bir sözleşme adı imtiyaz sözleşmesi olsa bile imtiyaz sözleşmesi niteliğinde olmayacaktır. Örneğin sözleşme süresi boyunca atıkların belirli bir bedel karşılığı idarece, şirket tesisine tesliminden ibaret olan ve sözleşme süresi sonucunda tesisin devrini içermeyen bir katı atık yönetimi sözleşmesi imtiyaz sözleşmesi olarak nitelenemeyecektir.⁹⁶

İmtiyazcı şirketin özel malları ise idareye zorunlu ve bedelsiz olarak geçmez, elbette tarafların anlaşması halinde şirketten satın alınabilir.⁹⁷

Katı atıkların toplanması, taşınması, depolanması, işlenmesi, dönüştürülmesi, bertaraf edilmesi, depolanmış çöplerden çıkan gazlardan elektrik üretilmesi ve benzeri birçok iş ve işlem binlerce farklı makine ve alet ile gerçekleştirilmektedir. Sözleşmenin sona ermesi halinde bu makine ve aletlerin nasıl paylaşılacağı uyuşmazlık konusu olabilir. Malların paylaşımı esas olarak sona ermekte veya ermiş olan imtiyaz şartlaşma ve sözleşmesi hükümlerine göre gerçekleştirilir.⁹⁸ Sözleşmede hüküm bulunmayan hallerde ise kanaatimce, imtiyaz şartname ve sözleşmesi uyarınca imtiyazcı şirketin inşaatını, kurulumunu ve işlet-

⁹⁴ Gözler, s.449.

⁹⁵ Gözler/Kaplan, s. 565.

⁹⁶ Danıştay, 1.D., 12.5.2016, E. 2016/834, K. 2016/686. "(...) teknik şartnamede bu tesislerin idareye devredilmeyeceği belirtilmiştir.

Bu bağlamda söz konusu sözleşmenin konusunu, Belediye tarafından toplanan ve ayrıştırılan evsel katı atığın ekonomik bir değer olarak atıktan türetilmiş yakıt olmak üzere belirli bir bedel karşılığında satışını içerdiğinden; bu sözleşmenin, taraflar arasında özel hukuk hükümlerine göre satış sözleşmesine konu olabilecek nitelikte olduğu anlaşılmaktadır.

Bu durumda konu ve kapsamı açısından imtiyaz sözleşmesi taslağı olarak ele alınmasına imkân bulunmayan söz konusu Sözleşme (...)” (www.lexpera.com.tr)

⁹⁷ Gözler, s. 449.

⁹⁸ Danıştay, 6.D., 4.11.2020, E. 2019/19758, K. 2020/10389.

mesini üstlendiği fabrika, işletme veya tesisin işleyebilmesi için gerekli olan mallar idareye zorunlu ve bedelsiz olarak geçmelidir. Çünkü imtiyaz sözleşmesinin temel mantığı bir kamu hizmetinin kurulmasının özel şirketçe gerçekleştirilmesi, sözleşme sona erene kadar özel şirketin kamu hizmeti faaliyetinden kazanç elde etmesi ve sözleşme süresinin dolmasıyla birlikte idarenin işlemekte olan bir kamu hizmetini devralmasıdır. Dolayısıyla yokluğunda kamu hizmetinin görülmesi imkansızlaşacak malların özel şirketçe götürülmesi imtiyaz sözleşmesinin mantığına uygun olmayacaktır. Buna karşılık özel şirketin özel malları idareye geçmeyecektir. Örneğin, eğer özel şirket çöplerin toplanması veya taşınmasını üstlenmişse ve bunu şirkete ait motorlu taşıtlarla yapıyorsa bu motorlu araçların özel şirketin mülkiyetinde kalmaya devam etmesi gerekir. İmtiyaz sözleşmesinin ana konusunu oluşturmayan ek tesisat veya mütemmim cüz niteliğinde olmayan malların idareye zorunlu ve bedelsiz olarak geçmeyeceği kabul edilmelidir. Bu yönde bir kabulün mülkiyet hakkına daha uygun düşeceği açıktır.

F. Sözleşmeden Doğan Uyuşmazlıklara Karşı Açılacak Davada Yargı Yolu

İmtiyaz sözleşmesinin şartname kısmı kamu hizmetinin nasıl sunulacağına ilişkin tek taraflı genel düzenleyici işlemler olduğu için İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 2. maddesinde iptal davası açmak için öngörülen "menfaat" şartını taşımak kaydıyla 3. kişilerin de şartnamenin iptali için dava açabileceğine dair öğretide görüş birliği vardır.⁹⁹

İmtiyaz sözleşmesi kurulduktan sonra sözleşmeye dayanarak tam yargı davası açma ehliyeti yalnızca sözleşmenin taraflarına aittir. İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 2. maddesinde tam yargı davası açmak için aranan kişisel hakkın doğrudan muhtel olması şartını taşımak kaydıyla taraflar idari yargıda dava açıp tazminat isteyebilirler.

İmtiyaz sözleşmesinin anlaşma kısmının iptali için 3. kişilerin iptal davası açıp açamayacakları konusunda öğretide tartışma vardır. Akdi hükümlere 3. kişilerin iptal davası açamayacağını savunan görüş şöyle temellendirilmektedir: Akdi hükümler tek yanlı işlemle kurulamaktadır. Karşı tarafın iradesini gerektirdiği için iki yanlı bir işlemdir

⁹⁹ Aslan, s. 21.

yani imtiyaz usulüne sözleşme vasfı kazandıran kısımdır. Sözleşme hükümleri, idare tarafından tek taraflı olarak değiştirilemezler. İmtiyaz veren ile imtiyaz alan arasında yaratılan bu sübjektif durum nedeniyle 3. kişiler tarafından akdi hükümlerin iptali istemiyle dava açılmaz.¹⁰⁰ Öğretideki diğer görüşe göre imtiyaz sözleşmelerine bir bütün olarak dava açılabilir. Bu görüşe göre menfaat şartını taşımak kaydıyla 3. kişiler de imtiyaz sözleşmelerine iptal davası açabilirler. Danıştay idari sözleşmelere 3. kişilerin iptal davası açabilmesine imkân tanıdığı için imtiyaz sözleşmelerine de iptal davası açılabilmelidir.¹⁰¹

İmtiyaz sözleşmesi imzalandıktan sonra imtiyazcı şirketin, imtiyaz sözleşmesine yargı kararı ile son verilmesi veya idarece yapılmış haksız feshin iptali talebiyle dava açması da mümkündür.

Yerel idarelerin “katı atıkların toplanması, taşınması, ayrıştırılması, geri kazanımı, ortadan kaldırılması ve depolanmasına” ilişkin yaptığı imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıkların çözümünde o ilin yargı çevresindeki idare mahkemesinin görevli olduğu düşünülebilir. Hatta “2576 sayılı Bölge İdare Mahkemeleri, İdare Mahkemeleri ve Vergi Mahkemelerinin Kuruluşu ve Görevleri Hakkında Kanun” m. 5/1-(c) bendi uyarınca “*tahkim yolu öngörülen imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıklardan hariç, kamu hizmetlerinden birinin yürütülmesi için yapılan idarî sözleşmelerden dolayı taraflar arasında çıkan uyuşmazlıklara ilişkin davaları*” çözümlenmekle görevli mahkeme idare mahkemeleridir. Bu hüküm uyarınca, tahkim yolu öngörülmemeyen imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıkların idare mahkemelerinin görev alanına girdiği söylenebilir. Ancak 2575 sayılı Danıştay Kanunu’nun 24. maddesinin 1. fıkrasının son cümlesi uyarınca, “*tahkim yolu öngörülmemeyen kamu hizmetleri ile ilgili imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinden doğan idari davaları*” Danıştay ilk derece mahkemesi olarak karara bağlar. Bu iki hüküm birlikte değerlendirildiğinde tahkim yolu öngörülmemeyen imtiyaz sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıklar ilk derece mahkemesi olarak Danıştay’ın görev alanına girmektedirken diğer idari sözleşmeler idare mahkemelerinin görev alanına girmektedir.

¹⁰⁰ Aslan, s. 21, 22; Gözler/Kaplan, s. 561.

¹⁰¹ Karahanoğulları, s. 346; Yıldırım Uler, “Sözleşmeli Personel, İdari Sözleşmeler”, AÜHFD, C. 22-23(6), 1965, s. 214.

İdari yargıda genel görevli mahkeme idare mahkemeleri olup, Danıştay'ın ilk derece mahkemesi olarak çözümleyeceği uyuşmazlıklar idare mahkemesinin görev alanına göre özel nitelikli bir hükümle düzenlenmiştir. Şu durumda, tahkim yolu öngörülme-yen bütün imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıklar için açılacak davaların ilk derece mahkemesi olarak Danıştay'da açılması gerekir. Uygulamada da halihazırda Danıştay'ın imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinden doğan davalara ilk derece mahkemesi olarak baktığı görülmektedir.¹⁰²

İmtiyaz şartlaşma ve sözleşmesinden kaynaklanmayan ancak imtiyaz şartlaşma ve sözleşmesindeki imtiyazcı tarafın hak ve menfaatlerini etkileyen idari işlemler yerel idare tarafından tesis edilebilir. Bu tür idari işlemlerin iptali talebiyle açılacak olan davalar idare mahkemesinde açılmalıdır.¹⁰³ Örneğin yerel idarenin çöp bırakma noktalarını artırması veya azaltması, çöp transfer istasyonlarını artırması veya azaltması, çöp toplama günlerini değiştirmesi, katı atıkların artması veya azalması sonucu doğurabilecek kararlar alması gibi idari işlemler imtiyaz sözleşmesinden kaynaklanmayan, idareye kanunla verilmiş yetkililerdir. Bu kararların iptali talebiyle açılacak davalar görevli ve yetkili idare mahkemesinde açılmalıdır. Öte yandan bu tür kararlar imtiyazcı şirketin iş yapmasını zorlaştırabilir, giderlerini artırabilir veya kazancını azaltabilir. İmtiyazcı şirket 'egemen olgusu' (fait du prince) kuramını ileri sürerek, idarenin tek taraflı işlemi nedeniyle oluşan zararlarının karşılanması talebiyle imtiyaz sözleşmesi kapsamında bir dava açmak isterse bu davayı Danıştay'da açmalıdır.

SONUÇ

Tipik bir imtiyaz sözleşmesinin konusu ve taraflara yüklediği edimleri içeren iş ve faaliyetler farklı usuller ve adlarla özel hukuk kişilerine devredilmeye devam edilmektedir. Ancak geçmişten farklı olarak günümüzde imtiyaz sözleşmelerinin uygulama alanı oldukça sınırlıdır. Yerel idareler açısından ise imtiyaz sözleşmeleri halen kayda değer bir uygulama alanına sahiptir.

¹⁰² Danıştay, 6.D., 25.5.2022, E. 2022/3233, K. 2022/6127.; Danıştay, 6.D., 25.5.2022, E. 2022/3231, K. 2022/6126. (www.lexpera.com.tr)

¹⁰³ Danıştay, 6.D., 25.5.2022, E. 2022/3232, K. 2022/6135. (www.lexpera.com.tr)

Belediye Kanunu ile İl Özel İdaresi Kanunu, yerel idarelere bazı hizmetlerin özel hukuk kişilerince görülebilmesi için özel kişilere imtiyaz verilmesi yetkisini tanımaktadır. Özellikle “katı atıkların toplanması, taşınması, ayrıştırılması, geri kazanımı, ortadan kaldırılması ve depolanması” tipik bir imtiyaz sözleşmesinin konusunu oluşturma açısından oldukça uygun bir faaliyet alanıdır. Çünkü çöpün geri dönüşümü ve değerlendirilmesi ile imtiyazcı şirket, çöpü işlemek için yaptığı yatırımı rahatlıkla amorti etmektedir.

Katı atıklara ilişkin imtiyaz sözleşmesinin konusu çok geniş olabilir. Örneğin; atıkların kaynağında ayrı toplanması, EKAY tesislerine ayrı şekilde taşınması, değerlendirilebilen atıkların ayrıştırılması, geri dönüşüm ve geri kazanıma tabi tutulması, değerlendirilemeyen nihai atıkların düzenli depolama tesisinde depolanarak bertaraf edilmesi, kül ve cüruf ile küçük çaplı inşaat/yıkıntı atıklarının çevre mevzuatına uygun biçimde bertaraf edilmesi, biyobozunur (organik) atık işleyecek biyogaz tesisinin kurulması, elde edilen biyogazı elektrik ve ısı enerjisine çevirecek kojeneratif enerji santralinin kurulması, biyobozunur (organik) atıkların enerji potansiyelinin anaerobik yöntemle biyogazlaştırılması ve biyogazlaştırma sonucunda elde edilen biyogazın, elektrik ve ısı enerjisine dönüştürülmesi, biyogaz tesisinde fermantasyon işlemleri sonucunda açığa çıkan çürütülmüş artıktan kompost (toprak iyileştirici) üretilmesi gibi birçok iş ve işlem imtiyaz sözleşmesinin konusu olabilir. Özellikle depolanmış çöpten çıkan biyogazdan elektrik üretilmesi ve bu elektriğin TEİAŞ’a satılması ile imtiyazcı şirketler büyük kazançlar elde etmektedir. Yerel idare ise çöplerin toplanması ve bertarafı hizmetine karşılık ücret ödemek bir yana imtiyazcı şirketin elektrik satışından elde ettiği kazançtan şartnamede belirlenen oranda her yıl pay almaktadır.

Katı atıkların yönetimi hizmetinin, kamu hizmeti imtiyaz sözleşmesine çok elverişli bir faaliyet olması nedeniyle bütün yerel idarelerin bu hizmeti özel hukuk kişilerine gördürmesi zorunluluğunun kanunla öngörülmesi düşünülmelidir. Çünkü imtiyazcı şirket, kazancını çöpün geri dönüşümü ve değerlendirmesinden elde etmektedir. Daha fazla kazanç elde etmek isteyen imtiyazcı şirketin imtiyaz sahasındaki yerlerdeki bütün çöpleri mümkün mertebe toplamaya çalışacağı, topladığı çöpleri ise mümkün olan en yüksek verimle geri dönüştürmeye ve çöpten de en yüksek miktarda elektrik ve ısı enerjisi elde etmeye

çalışacağı açıktır. Buna karşılık yerel idare ise kazanç ve kâr elde etme konusunda bu kadar istekli olmayabilir. Ayrıca çöpleri değerlendirebilecek entegre katı atık yönetim tesisleri büyük meblağda yatırım gerektirmektedir. Birçok belediyenin borca batık olduğu ve belediyelerin yönetimlerinin de seçimlerle sınırlı görev süreleri nedeniyle büyük harcama yapmaktan kaçınma eğiliminde oldukları göz önüne alındığında katı atık yönetimi hizmetinin özel kişilere devredilmesindeki büyük yarar anlaşılacaktır.¹⁰⁴ Katı atıkları bertaraf edip, değerlendirdikçe kar edecek olan özel sektöre bu hizmetin imtiyaz sözleşmesiyle gördürülmesi usulünün bütün illerimizde yaygınlaşmasında kamu yararı vardır. Bu sebeple bir yasa değişikliği ile belediyelerin belirli bir süre içerisinde, katı atıkların değerlendirilmesi için imtiyaz sözleşmeleri yapmaları bir zorunluluk olarak düzenlenmelidir. Çünkü katı atıkların çıkardığı biyogazdan elektrik ve ısı üretebilecek teknolojiye sahip tesislerin kurulması hem yüksek meblağlı yatırım gerektirmekte hem de teknik bilgi ve yönetim tecrübesi gerektirmektedir. Halihazırda da il özel idareleri ile belediyeler kendi imkanlarıyla bizzat bu tesisleri kurup, işletmemektedirler.

Çöpten elektrik üretilmesi, tesis bir kere kurulduktan sonra ham maddesi asla tükenmeyecek ve yüksek kazançlı bir iştir. Bu sebeple imtiyazcı şirketin nasıl belirleneceği, şirketin kaç yıl işletme hakkına sahip olacağı ve işletmeci şirket ile idare arasındaki kazanç paylaşımının nasıl olacağı önem kazanmaktadır. Sözleşmenin hükümlerinin kamu yararını amaçlaması, azınlık grupların çıkarlarının öncelenmesi ve bir rant oluşturulmaması için imtiyaz sözleşmesi hükümlerinin denetlenmesi gerekmektedir.

Belediye Kanunu'nun 15. maddesinde "*belediye, (e), (f) ve (g) bentlerinde belirtilen hizmetleri Danıştayın görüşü ve Çevre ve Şehircilik Bakanlığının kararıyla süresi kırkdokuz yılı geçmemek üzere imtiyaz yoluyla devredebilir*" denilmektedir. Halbuki 49 yıl bir yatırımın geri dönüşü için bile çok uzun bir süredir. Katı atıktan elektrik üretimi konulu bir ya-

¹⁰⁴ <https://t24.com.tr/haber/zirveyi-kaptirmadi-en-borclu-belediye-belliodu,1126869> "Hazine ve Maliye Bakanlığı'nın 21 Ağustos'ta güncellediği verilere göre, Türkiye'deki 30 mahalli idarenin Hazine'ye olan toplam borcu 10 milyar 504 milyon TL'ye ulaştı. Toplam 10,5 milyar TL'lik borcu 14 milyon TL'sinin vadesi geçmiş borçlardan oluştuğu bildirildi." (Son Erişim Tarihi: 14.01.2024)

tırımın 49 yıldan daha kısa sürelerde kendisini amorti edeceği değerlendirilebilir. 49 yıllık imtiyazlarda imtiyazcı şirketin bu süre boyunca toplamda astronomik kazançlar elde edeceği açıktır. Bu sebeple her bir imtiyaz sözleşmesi için teknik bilirkişilerce hesaplamalar yapılarak yapılan yatırımın kaç senede amorti edilebileceğine dair bir değerlendirme üzerine imtiyaz süresinin belirlenmesi gerekir. Bu süre öyle bir süre olmalıdır ki hem anonim şirketler böyle bir imtiyazı üstlenerek yatırım yapmayı istemeli hem de sonu gelmeyecek kadar uzun algılanabilecek bir süre boyunca kamu kaynaklarının bir şirkete devredildiği izlenimi doğurmamalıdır. Bu noktada yerel seçimlerin süresi olan 5 yıl üzerinden gidilerek 5, 10, 15 veya 20 yıl gibi periyotların esas alınması düşünülebilir.

Yerel idarenin hazırladığı imtiyaz sözleşmesinin, yerel idarelerin idari vesayet makamlarından birisi olan Çevre, Şehircilik ve İklim Değişikliği Bakanlığı tarafından denetlenmesinde birden fazla idarenin konuya müdahil olması nedeniyle sözleşmenin kamu yararına daha uygun bir hale gelmesine katkıda bulunacağı düşünülebilir. Öte yandan kanun koyucunun Danıştay'ın görüş verme yetkisini cumhuriyet tarihi boyunca ardı ardına elinden aldığı ve imtiyaz sözleşmesinin de yap-işlet-devret adı altında özel hukuk sözleşmesi olarak uygulandığı dikkate alındığında Danıştay görüşünün yürütme organı ve idarenin kaçındığı bir usul olarak görüldüğü anlaşılmaktadır. İmtiyaz sözleşmesinin bir idari sözleşme olarak halen varlığını koruyabilmesi ve bunun denetiminin de idari yargı tarafından kamu hizmeti gereklilikleri ve kamu yararı açısından incelenerek sürdürülmesi için Danıştay 1. Dairesi'nin görüşü zorunluluğunun tümünden kaldırılması veya bu görüşün alınmasına dair kesin ve kısa süreler öngörülmesi düşünülebilir.

İmtiyazcı şirket belirlenirken uygulamada kapalı teklif veya açık teklif usulüyle ihaleler gerçekleştirildiği görülmektedir. İmtiyaz sözleşmeleri ihalelerinin tek tip bir ihale ile gerçekleştirilmesi için yasa değişikliği yapılması düşünülebilir.

Son olarak katı atıktan üretilen ısı ve elektrik sayesinde elde edilen kazancın büyüklüğü dikkate alındığında, katı atık değerlendirme tesisinin ham maddesinin yerel halk olduğu ve vatandaşların da kazançtan fayda elde etmesinin hakkaniyete daha uygun olduğu düşünülebilir.

Bu açıklamalar ışığında katı atık yönetimi hizmetlerine ilişkin imtiyaz sözleşmeleri için önerilerimizi kısaca özetleyecek olursak:

Özel bir kanuni düzenleme yapılarak bütün yerel idarelerde katı atıkların değerlendirilmesi hizmetinin imtiyazcı şirketler tarafından imtiyaz sözleşmesi usulüyle görülmesi zorunluluğu getirilmelidir.

İmtiyaz sözleşmeleri niteliği gereği uzun süreler için yapılmaktadır. Bir yerde işletilmeye başlanacak entegre katı atık yönetim tesisinin kaç sene içerisinde maliyetini çıkaracağı önceden hesap edilerek daha makul süreler için imtiyaz verilmesi sağlanmalıdır. Örneğin 49 sene yerine 10 sene veya hesaplama uygun daha kısa süreler öngörülmelidir. Böylece şeffaflık, rekabet ve adil piyasa şartları sağlanabilecektir.

Çevre, Şehircilik ve İklim Değişikliği Bakanlığı'nın imtiyaz şartnamesi ve sözleşmesi taslağı hakkındaki hukukilik ve yerindelik denetimi yerindedir. Gereği gibi yapılan incelemeler ile her bir yerel idarenin kendi şartlarına uygun projelerin hazırlanması temin edilebilir.

Danıştay 1. Dairesi'nden imtiyaz sözleşmesi için görüş alınması usulü ya tamamen kaldırılmalı ya da görüş verme süreleri kesin ve kısa süreler olarak belirlenmelidir. Danıştay görüşü alınması zorunluluğunun planlanan projeler için bir engel olarak görülmesinin önüne geçilmelidir.

İmtiyazcı şirketin belirlenmesi için ihale yapılması zorunlu tutulmalıdır. Yapılacak özel bir kanunda veya Devlet İhale Kanunu'nda yapılacak düzenleme ile imtiyaz sözleşmelerine ilişkin yeknesak bir ihale usulü öngörülmelidir. Uygulamadaki kapalı teklif veya açık teklif şeklinde gerçekleşen ihaleler tek tip olarak gerçekleştirilmelidir.

Kazanç sağlayan ham madde olan atıkların o bölgede yaşayan insanların atıkları olduğu düşünülürse atıklardan elde edilen elektrik ve ısı enerjisinden o bölgede yaşayan insanların da yararlanmasını veya elektrik, su, doğalgaz gibi aboneliklerinin faturalarına indirim olarak yansıtılmasını sağlayacak bir mekanizma oluşturulmalıdır.

Kaynakça

Kitaplar

- Akyılmaz Bahtiyar/Sezginer Murat/Kaya Cemil, Türk İdare Hukuku, 17. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara 2023.
- Aslan Erol, Enerji Sektöründe İmtiyaz Sözleşmesi Çukurova-Kepez Örneği, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı, Ankara 2010.
- Can Hasan H./Yıldız Nihat, Belediye Başkanları ve Belediye Meclis Üyelerine Temel Bilgiler, İçişleri Bakanlığı Mahalli İdareler Genel Müdürlüğü Yayınları, Ankara 2004.
- Gözler Kemal, İdare Hukuku, Cilt II, 3. Baskı, Ekin Yayınevi, Bursa 2019.
- Gözler Kemal/Kaplan Gürsel, İdare Hukuku Dersleri, 25. Baskı, Ekin Kitabevi Yayınları, Bursa Ağustos 2023.
- Gözübüyük A. Şeref/Tan Turgut, İdare Hukuku Genel Esaslar, 14. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara Eylül 2021.
- Günday Metin, İdare hukuku, 11. Baskı, İmaj Yayınevi, Ankara Kasım 2017.
- Karahanogulları Onur, Kamu Hizmeti (Kavram ve Hukuksal Rejim), 2. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara 2004.
- Özay İl Han, Günışığında Yönetim, 3. Baskı, Filiz Yayınevi, İstanbul Kasım 2017.
- Sezginer Murat, İdarenin Sözleşmeleri ve Kamu İhalelerine İlişkin Uyuşmazlıklar, 1. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara 2013.
- Şahin Mustafa Emre, Les Clauses Compromissoires Dans Les Contrats De Concession En Droit Français Et Turc, 1. Baskı, Legal Yayınevi, İstanbul 2017.
- Tekinsoy Ayhan, İdari Sözleşme Rejiminin Temel Özellikleri, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı, Ankara, 2002.
- Yayla Yıldızhan, İdare Hukuku, 2. Baskı, Beta Basım A.Ş., İstanbul 2010.
- Yıldırım Turan/Yasin Melikşah/Kaman Nur/Özdemir H. Eyüp/Üstün Gül/Çakır Hüseyin Melih/Okay Tekinsoy Özge, İdare Hukuku, 8. Baskı, On iki Levha Yayınevi, İstanbul, Kasım 2020.
- Zeybek Cebeci Ebru, Kamu Hizmetlerinin Gördürülmesine İlişkin Sözleşmeler (Kamu Hizmeti Anlayışındaki Değişim Ekseninde), 1. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara 2021.

Makaleler

- Boz Selman Sacit, "Belediyelerin İmtiyaz Verme Yetkisi", *Neoşehir Barosu Dergisi*, C. 1(1), 2014, s. 211-248.
- Çal Sedat, "'İntuitu Personae' veya İmtiyaz Sözleşmelerinde İdarenin İmtiyazcıyı Seçme Hakkı Üzerine...", *Ankara Barosu Dergisi*, C. 68(3), 2010, s. 49-115.
- Duran Lütfi, "Yap-İşlet-Devret", *Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi (Muammer Aksoy'a Armağan)*, C. XLVI (1-2), 1991.

- Günday Metin/Bayman Tuğba/Orak Cem Çağatay, "Katı Atık Bertaraf Hizmetlerinin Özel Kişilere Gördürülmesi", *TBB Dergisi*, (90), 2010, s. 395-419.
- Kankılıç Turgay/Topal Hüseyin, "Belediye Atıklarından Düzenli Depolama Sahalarında Biyogaz e Enerji Üretimi", *Mühendis ve Makina*, C. 56(669), s. 58-69.
- Karan, Nur, "İmtiyaz Sözleşmelerinde Uluslararası Tahkim", Erol Ulusoy/Aslı Yıldırım (ed), *II. Uluslararası Özel Hukuk Sempozyumu "Tahkim"*, Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonu/Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, İstanbul 2009.
- Sezginer Murat, "İmtiyaz Sözleşmelerinde İhale Süreci", *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. XI (1), 2007, s. 1079 - 1094.
- Sirkecioğlu Dönmez Zühal, "Belediyelerde İmtiyaz", *YAYED*, C. (1), 2006, s. 12-15.
- Tan Turgut, "Osmanlı İmparatorluğunda Yabancılara Verilmiş Kamu Hizmeti İmtiyazları", *AÜSBFD*, XXII (2), 1967, s. 285-326.
- Topkaya Ahmet/Topkaya Hatice, "Türk Hukukunda Kamu Hizmeti İmtiyaz Sözleşmeleri", *Dış Denetim Dergisi*, C. (2), Ekim-Kasım-Aralık 2010.
- Uler Yıldırım, "Sözleşmeli Personel, İdari Sözleşmeler", *AÜHFD*, C. 22-23(6), 1965, s.214-238.

İnternet Kaynakları

- <https://www.bursa.bel.tr/haber/copten-1-milyar-kilovat-saat-enerji-uretilecek-5147>
(Erişim: 23.10.2023)
- <https://www.ilbank.gov.tr/ihale/salihli-manisa-kati-atik-transfer-istasyonu-insaat/4176>
- www.lexpera.com.tr
- https://www.mugla.bel.tr/uploads/duyuru/Cevre_koruma/7-ekay%20ihale%20ilan%20metni-nihai12.5.2017.pdf
- <https://www.resmigazete.gov.tr/ilanlar/eskiilanlar/2021/01/20210125-3-2.pdf>
- <https://www.resmigazete.gov.tr/ilanlar/eskiilanlar/2023/02/20230219-3-1.pdf>
- [https://www.resmigazete.gov.tr/ilanlar/eskiilanlar/2019/02/20190213-3%20\(5\).pdf](https://www.resmigazete.gov.tr/ilanlar/eskiilanlar/2019/02/20190213-3%20(5).pdf)

BELİRSİZ ALACAK DAVASINDA DAVACI VEKİLİ AVUKATIN HAKSIZ AZLİ HALİNDE AVUKATLIK ÜCRETİ: KARAR İNCELEMESİ*

ATTORNEY'S FEE IN CASE OF UNFAIR DISMISSAL FOR THE
PLAINTIFF'S ATTORNEY IN AN UNQUANTIFIED DEBT LAWSUIT:
ANALYSIS OF A JUDGMENT

Tuba BİRİNCİ UZUN**

Özet: Avukatlık sözleşmesi avukatın belli bir hukuki yardımda bulunmayı, bunun karşılığında iş sahibinin ücret ödemeyi üstlendiği sözleşme olarak ifade edilebilir. Avukatlık sözleşmesinin unsurları; hukuki yardım, ücret ve tarafların anlaşmasıdır. Avukatlık sözleşmesi tam iki tarafa borç yükleyen bir sözleşmedir çünkü avukatlık sözleşmesi ile avukat iş sahibinin yararına bir iş görme borcu altına girer; iş sahibi ise avukatın edimine karşılık ücret ödeme borcu altına girer. Avukatlık sözleşmesinde güven duygusu özel bir öneme sahiptir. Güvenin sarsılması halinde taraflardan sözleşmeye devam etmesi beklenemez. İşte bu sebeple kanun koyucu iş sahibine azil, avukata ise istifa hakkı tanımıştır. Haklı bir sebep olmaksızın iş sahibinin avukatı azletmesi halinde haksız azil söz konusu olur. Azil iradesinin haklı bir sebebe dayandığı hususunu ispat yükü iş sahibinin üzerindedir. Avukatın, azlin haksız olduğunu ispat etmesi gerekmez. Aksine azlin haklı bir sebebe dayandığını ileri sürüyorsa bu hususu iş sahibinin ispat etmesi gerekir. Haklı bir sebep olmaksızın azledilen avukat tam ücrette hak kazanır. Avukatlık ücreti, azil anı itibarıyla muaccel olur. Burada bahsi geçen ücret, iş sahibi ile avukat arasında kararlaştırılan akdi vekâlet ücreti ile yargılama gideri olarak mahkeme tarafından takdir edilen karşı vekâlet ücretidir. Avukatlık ücretinin kararlaştırılmamış olduğu veya taraflar arasında yazılı ücret sözleşmesinin bulunmadığı yahut ücret sözleşmesinin belirgin olmadığı veya tartışmalı olduğu

* Bu çalışma, 04-06 Temmuz 2022 tarihinde Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi tarafından düzenlenen Uluslararası Akdeniz Hukuk Kongresi 2022'de sunulan "Haksız Azil Halinde Avukatlık Ücreti" başlıklı bildiri den geliştirilerek hazırlanmıştır.

** Doç. Dr., Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı, tbirinciuzun@akdeniz.edu.tr, ORCID: 0000-0002-0185-0619, Makalenin Gönderim Tarihi: 09.11.2023, Kabul Tarihi: 09.02.2024

veya ücret sözleşmesinin ücrete ilişkin hükmünün geçersiz sayıldığı hallerde; değeri para ile ölçülebilen dava ve işlerde asgari ücret tarifelerinin altında olmamak koşuluyla ücret itirazlarını incelemeye yetkili merci tarafından davanın kazanılan bölümü için avukatın emeğine göre ilâmın kesinleştiği tarihteki müddeabihın değerinin yüzde onu ile yüzde yirmisi arasındaki bir miktar avukatlık ücreti olarak belirlenir. Değeri para ile ölçülemeyen dava ve işlerde ise avukatlık asgari ücret tarifesi uygulanır (AvK m. 164/4). Haksız azil halinde avukatın ücret alacağı belirlenirken azil tarihindeki harçlandırılmış dava değeri esas alınır. İcra takiplerinde ise müddeabih olarak takip açılış tutarı dikkate alınır. Haksız azil halinde avukatlık ücret hesabının bu şekilde yapılması bazen hakkaniyete aykırı sonuçlar doğurur. Özellikle belirsiz alacak davası olarak açılan davalarda, dava değerinin artırılmasından önce davacı avukatın haksız azli halinde, geçici talep sonucu üzerinden avukatlık ücretinin belirlenmesi halinde durum böyledir. Kanunun amacı ve işlevi ile kanunda geçen avukatın emeği unsuru dikkate alındığında, avukatlık ücretinin azilden sonra artırılan miktar başka bir deyişle kesin talep sonucu üzerinden hesaplanmasının hakkaniyete uygun düştüğü sonuç ve kanaatine ulaşılmaktadır.

Anahtar Kelimeler: Avukatlık Sözleşmesi, Haksız Azil, Avukatlık Ücreti, Vekâlet Ücreti, Belirsiz Alacak Davası

Abstract: The attorneyship contract can be defined as a contract in which the attorney undertakes to provide a certain legal service and in return the client undertakes to pay a fee. The elements of the attorneyship contract are legal service, fee and mutual agreement of the parties. The attorneyship contract is a synallagmatic contract. Under the attorneyship contract, an attorney is obliged to perform a job for the benefit of the client and the client is obliged to pay a fee in return for the attorney's performance. In the attorneyship contract the feeling of trust and confidence has a special importance. When trust is lost the parties cannot be expected to continue the contract. Therefore, the client has the right to dismiss and the lawyer has the right to resign. If the client dismisses the attorney without a just cause, there will be unfair dismissal. The party with burden of proof is the client. The client has duty to prove that the attorney has been dismissed due to his/her fault or negligence. The attorney does not have to prove the dismissal is without a just cause. If the client dismisses the attorney without a just cause, the attorney will be entitled to full payment. The attorney's fee becomes due at the moment of dismissal. The fee mentioned here is the contractual attorney's fee agreed between the client and the attorney, and the legal fee assessed by the court as litigation expenses. The minimum attorney's fee tariff will be applied in lawsuits and cases for which an attorney's fee has not been agreed and of which the value cannot be measured in terms of money. An amount from ten to twenty percent of the value of the suit on the date of the dispute over the attorney's fee, depending on the outcome of the suit and the amount of work put in by the attorney, will be adjudged as the attorney's fee by an authority having the power to re-

view objections to fees in lawsuits and cases the value of which can be measured in terms of money, the fee thus determined not being less than the minimum attorney's fee tariff (Attorneyship Law Art. 164 para. 4). In case of unfair dismissal, the value of the claim on the date of dismissal is taken into account while determining the attorney's fee. Determining the attorney's fee using this method in case of unfair dismissal sometimes leads to unfair consequences. It is so when the attorney serves as the plaintiff's attorney in an unquantified debt lawsuit. Considering the purpose and the function of the provision, it is concluded that while determining the attorney's fee taking into account the amount amended after the dismissal is in accordance with equity.

Keywords: Attorneyship Contract, Unfair Dismissal, Attorney's Fee, Remuneration of The Lawyer, Unquantified Debt Lawsuit

GİRİŞ

Avukatlık ücreti ile ilgili uyuşmazlıklar, mahkemelerin özellikle de tüketici mahkemelerinin iş yükünün önemli bir kısmını oluşturmaktadır. Davaların çoğunda, avukat davacı, iş sahibi ise davalı taraftır. Uyuşmazlıklar genellikle davacı avukatın davalı iş sahibi tarafından azlinin haksız azil niteliğinde olup olmadığı noktasında toplanmaktadır.

Uygulamada avukatlık ücretini talep eden davacı avukat genellikle azlin haksız olduğunu, görevini gereği gibi yerine getirdiğini, avukatlık ücretinden yoksun bırakmak için davalı iş sahibinin kendisini azlettiğini ileri sürer. Buna karşılık davalı iş sahibi ise davacı avukatın görevini gereği gibi yerine getirmediğini, azlin haklı azil niteliğinde olduğunu, bu sebeple davacı avukatın davalı iş sahibinden avukatlık ücreti talep edemeyeceğini iddia eder.

Azlin haklı bir sebebe dayanıp dayanmadığı avukatlık ücreti bakımından son derece önemlidir. Çünkü haklı bir sebep olmaksızın azledilen avukat tam ücrete hak kazanır. Avukatlık ücretinin kararlaştırılmamış olduğu veya taraflar arasında yazılı ücret sözleşmesinin bulunmadığı yahut ücret sözleşmesinin belirgin olmadığı veya tartışmalı olduğu veya ücret sözleşmesinin ücrete ilişkin hükmünün geçersiz sayıldığı hallerde, değeri para ile ölçülebilen dava ve işlerde asgari ücret tarifelerinin altında olmamak koşuluyla ücret itirazlarını incelemeye yetkili merci tarafından davanın kazanılan bölümü için avukatın emeğine göre ilâmın kesinleştiği tarihteki müddeabihin değerinin yüzde onu ile yüzde yirmisi arasındaki bir miktar avukatlık

ücreti olarak belirlenir. Değeri para ile ölçülemeyen dava ve işlerde ise avukatlık asgari ücret tarifesi uygulanır (AvK m. 164/4). Haksız azil halinde avukatın ücret alacağı belirlenirken azil tarihindeki harçlandırılmış dava değeri esas alınır. İcra takiplerinde ise müddeabih olarak takip açılış tutarı dikkate alınır.

Haksız azil halinde avukatlık ücret hesabının bu şekilde yapılması bazen hakkaniyete aykırı sonuçlar doğurur. Özellikle belirsiz alacak davası olarak açılan davalarda, dava değerinin artırılmasından önce davacı avukatın haksız azli halinde, geçici talep sonucu üzerinden avukatlık ücretinin belirlenmesi halinde durum böyledir. Bu çalışmanın amacı da Yargıtay 13. Hukuk Dairesi'nin 16.12.2019 tarihli ve E. 2016/30638 K. 2019/12632 sayılı kararından¹ hareketle, belirsiz alacak davasında davacı vekili olarak görev yapan avukatın, dava değerinin tam ve kesin olarak belirlenmesinden önce haksız azli halinde avukatlık ücretinin hesaplanması konusunun incelenmesidir. Bu kapsamda, önce ilgili karara konu olan somut olay ve derece kararları özetlenmiş, daha sonra avukatlık sözleşmesinin tanımı, unsurları ve hukuki niteliğine ilişkin açıklamalara yer verilmiştir. Çalışmanın devamında avukatlık sözleşmesinin tek taraflı sona erdirilmesi ile azil ve istifa kavramları ele alınmış, haksız azil kavramı ile haksız azil halinde ücret hesabı üzerinde durulmuştur. Son olarak, belirsiz alacak davası olarak açılan davada davacı vekili olarak görev yapan avukatın, dava değerinin tam ve kesin olarak belirlenmesinden önce haksız azli halinde avukatlık ücreti konusu belirsiz alacak davasının özellikleri ile kanunun amacı yönünden incelenmiş ve ilgili Yargıtay kararı değerlendirilmiştir.

I. OLAYIN ÖZETİ VE MAHKEME KARARLARI

Davacı avukat davalı iş sahibine bir aracın çarptığını, bunun sonucunda davalı iş sahibinin iş göremez hale geldiğini, haklarına kavuşabilmesi için davalı iş sahibi adına sigorta şirketine karşı belirsiz alacak davası açtığını, bu dava devam ederken davalı iş sahibi tarafından haksız olarak azledildiğini, avukatlık ücretinin sözlü olarak belirlendiğini, hükmedilecek tazminatın yüzde yirmi beşi oranında avukatlık ücretinin kararlaştırıldığını, davalı iş sahibinin bu oranı fazla bulduğunu ve kendisini azlettiğini, bu azlin haksız azil niteliğinde olduğunu,

¹ www.legalbank.net, erişim tarihi: 14.10.2023.

masrafların tamamının kendisi tarafından karşılandığını ileri sürmüş ve şimdilik 1.000,00 TL akdi vekâlet ücreti, 1.000,00 TL yasal vekâlet ücreti ve 1.534,20 TL masraf olmak üzere toplam 3.534,20 TL'nin azil tarihinden itibaren işleyecek avans faiz oranı üzerinden tahsiline karar verilmesini talep etmiştir. Davalı iş sahibi ise davanın reddine karar verilmesi gerektiğini ileri sürmüştür.

Yapılan yargılama sonucunda ilk derece mahkemesi tarafından, davanın kısmen kabulü ile 62.543,24 TL'nin dava tarihinden itibaren işleyecek yasal faizi ile birlikte davalı iş sahibinden alınarak davacı avukata verilmesine ve fazlaya ilişkin talebin reddine karar verilmiştir. Bu karar hem davacı avukat ve hem de davalı iş sahibi tarafından temyiz edilmiştir.

Yapılan temyiz incelemesi sonucunda Yargıtay 13. Hukuk Dairesi tarafından, davanın taraflar arasındaki vekâlet ilişkisine dayalı avukatlık ücret alacağına ilişkin olduğu, davacı avukatın haksız olarak azledildiğinin mahkemenin de kabulünde olduğu, böyle bir durumda avukatın tam ücrete hak kazandığı ne var ki davacı avukat tarafından davalı iş sahibi adına ve yararına açılan davada dava değerinin 2.000,00 TL olarak gösterildiği, davacı avukatın azlinden sonra dava değerinin ıslah edildiği, ilk derece mahkemesi tarafından bu hususun göz ardı edilerek ıslah edilen miktar üzerinden hüküm kurulduğu, bunun usul ve yasaya aykırı olduğu belirtilmiş ve bozma kararı verilmiştir.

II. HUKUKİ SORUN

Kanunun açık hükmü ve inceleme konusu kararda somut olaya ilişkin yapılan açıklamalar doğrultusunda, haklı bir sebep olmaksızın azledilen avukatın tam ücrete hak kazandığı noktasında herhangi bir duraksama yoktur. Bu sebeple bu çalışmada bu konu üzerinde durulmamıştır. Asıl mesele, belirsiz alacak davasında davacı vekili avukatın haksız azli halinde tam ücret hesabının neye göre yapılacağıdır. Çünkü belirsiz alacak davasında genellikle o anda tespit edilebilen asgari miktar üzerinden dava açılır, daha sonra alacak miktarı belirli veya belirlenebilir olduğunda davacı tarafından dava değeri artırılır. Avukat, belirsiz alacak davası devam ederken iş sahibi tarafından haksız olarak azledilmiş, azil tarihi itibarıyla dava değeri henüz tam ve kesin olarak belirlenmemiş ve avukatın haksız azlinden sonra iş sahibi

tarafından dava değeri artırılmış olabilir. Bu noktada şöyle bir soru yöneltilebilir: Belirsiz alacak davasında esas dava değeri nedir? Başlangıçta harçlandırılan asgari miktar mıdır yoksa alacak belirli veya belirlenebilir hale geldiğinde artırılan miktar mıdır? O halde hukuki sorun, belirsiz alacak davası olarak açılan davada, davacı vekili avukatın haksız azli halinde tam ücret hesabında, başlangıçta harçlandırılan asgari miktarın mı yoksa alacağın miktarının veya değerinin tam ve kesin olarak belirlenebilmesi mümkün olduğunda davacı tarafından artırılan miktarın mı esas alınacağı noktasında toplanmaktadır.

Bu sorunun bir çözüme kavuşabilmesi için öncelikle avukatlık sözleşmesinin tanımı, unsurları ve hukuki niteliği ile avukatlık sözleşmesinin azil ve istifa yoluyla tek taraflı olarak sona erdirilmesi hususları üzerinde durulmalı, sonra da avukatın haksız azli halinde muaccel hale gelen tam ücretin kapsamı ile hukuki niteliği ve işlevi incelenmelidir. Son olarak, belirsiz alacak davasının özellikleri de dikkate alınarak bir sonuca varılmalıdır.

III. İNCELEME VE DEĞERLENDİRME

A. Avukatlık Sözleşmesinin Tanımı, Unsurları ve Hukuki Niteliği

1136 sayılı Avukatlık Kanunu'nda avukatlık sözleşmesi tanımlanmamıştır. Ancak bu kanununun 163. maddesinin birinci fıkrasında, *"Avukatlık sözleşmesi serbestçe düzenlenir. Avukatlık sözleşmesinin belli bir hukukî yardımı ve meblâğî yahut değeri kapsamı gerekir. Yazılı olmayan anlaşmalar, genel hükümlere göre ispatlanır. Yasaya aykırı olmayan şartla bağlı sözleşmeler geçerlidir"* denmektedir. Buna göre avukatlık sözleşmesi avukatın belli bir hukuki yardımda bulunmayı, bunun karşılığında iş sahibinin ücret ödemeyi üstlendiği sözleşme olarak ifade edilebilir.²

Avukatlık sözleşmesinin unsurları; hukuki yardım, ücret ve tarafların anlaşmasıdır.³ Avukatlık sözleşmesi ile avukat iş sahibinin ya-

² Özcan Günergök, Avukatlık Sözleşmesi, 1. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2003, s. 31; Songül Karateke, Avukatlık Sözleşmesinde Ücret, 1. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara 2006, s. 7; Ferhat Cimbar, Avukatlık Sözleşmesinde Ücret, 1. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2019, s. 26.

³ Günergök, s. 32 vd.; Cimbar, s. 26 vd.; K. Emre Gökyayla, Avukatlık Sözleşmesinin

rarına bir iş görme borcu altına girer, iş sahibi ise avukatın edimine karşılık ücret ödeme borcu altına girer.⁴ Buna göre avukatlık sözleşmesi tam iki tarafa borç yükleyen bir sözleşmedir.⁵ Çünkü tarafların edimleri tam bir değişim ilişkisi içindedir.⁶

Avukatlık sözleşmesinin hukuki niteliği tartışmalıdır. Bir görüşe göre,⁷ avukatlık sözleşmesi vekâlet sözleşmesinin özel bir türüdür. Başka bir görüşe göre,⁸ avukatlık sözleşmesi *sui generis* bir sözleşmedir.

4667 sayılı Avukatlık Kanunu'nda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanunu'nun Genel Gereğesinde "...Bir başka düzenleme de avukatın sunduğu hukuki yardımın yapılması ve işlevi konusundadır. Bu hizmet, artık Borçlar Yasasındaki klasik vekâlet akdinin sınırlarını aşmıştır. Mimarlık sözleşmesi ve benzeri sözleşmelerde olduğu gibi, tamamen, "sui generis" (kendine özgü) karakterde ve bütünüyle yeni olan bir avukatlık sözleşmesi türü ihdas edilmiştir" ifadesine yer verilmiştir. Kanun koyucu tarafından avukatlık sözleşmesinin *sui generis* bir sözleşme olarak nitelendirildiği görülmektedir. Avukat ile iş sahibi arasında ortaya çıkan uyuşmazlığın çözümünde çoğu zaman Avukatlık Kanunu ile Meslek Kurallarının yetersiz kaldığı belirtilmekte ve bu durumun avukatlık sözleşmesinin *sui generis* yapısından kaynaklandığı ileri sürülmektedir.⁹

Elbette avukatlık sözleşmesi, Türk Borçlar Kanunu'nda düzenlenen vekâlet sözleşmesi ile büyük oranda örtüşür.¹⁰ Ancak avukatlık sözleşmesi bazı yönleriyle de vekâlet sözleşmesinden ayrılır. Her şeyden önce avukatlık sözleşmesinin bir tarafında daima bir avukat

Avukatın Azli ve İstifasıyla Sona Ermesi, 1. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2007, s. 18; Murat Aydın, Avukatlık Ücreti, 3. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2006, s. 27 vd.

⁴ Gökyayla, s. 15; Cimbar, s. 28; Karateke, s. 32.

⁵ Meral Sungurtekin Özkan, Avukatlık Mesleği, Avukatın Hak ve Yükümlülükleri, 2. Baskı, Barış Yayınları Fakülteler Kitabevi, İzmir 1999, s. 147; Günergök, s. 128; Gökyayla, s. 17; Cimbar, s. 45; Karateke, s. 31.

⁶ Gökyayla, s. 17; Cimbar, s. 45-46; Karateke, s. 31.

⁷ Günergök, s. 31; Raziye Aksu, "Avukatlık Sözleşmesinin Unsurları ve Hukuki Niteliği", *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, 2016, S. 27, s. 882 vd.

⁸ Sungurtekin Özkan, s. 151 vd.; Haluk Burcuoğlu, "Avukatlık Sözleşmesi ve Avukatlık Ücreti ile İlgili Önemli Bazı Sorunlar", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 2003, S. 49, s. 49; Cimbar, s. 49 vd.; Karateke, s. 50-51.

⁹ Burcuoğlu, s. 50; Cimbar, s. 50.

¹⁰ Burcuoğlu, s. 49.

bulunur. Hatta bu noktada avukatın tekel hakkından bahsedilebilir.¹¹ Oysa vekâlet sözleşmesi bakımından böyle bir durum söz konusu değildir. Bunun dışında avukatlık sözleşmesi kural olarak tam iki tarafa borç yükleyen bir sözleşmedir.¹² Çünkü avukatlık sözleşmesi ile avukat belli bir hukuki yardımda bulunma, iş sahibi de bunun karşılığında ücret ödeme borcu altına girer. Aksi açıkça kararlaştırılmadıkça avukatlık sözleşmesi ivazlı bir sözleşmedir.¹³ Hatta avukatlık asgarî ücret tarifesi altında vekâlet ücreti dahi kararlaştırılmaz (AvK m. 164/4). Avukatın ücretsiz olarak hukuki yardımda bulunması ise istisnai bir durumdur. Ücretsiz dava alınması halinde, durumun baro yönetim kuruluna bildirilmesi gerekir (AvK m. 164/4). Ancak vekâlet sözleşmesi bakımından durum böyle değildir; bedel, vekâlet sözleşmesinin zorunlu unsuru olmayıp, ücretsiz vekâlet sözleşmesi yapılabilir. Bütün bunlar dikkate alındığında her ne kadar Türk Borçlar Kanunu'nda düzenlenen vekâlet sözleşmesi ile büyük oranda örtüşse de avukatlık sözleşmesinin *sui generis* bir sözleşme olduğu söylenebilir.

Sui generis bir sözleşme olması dolayısıyla avukat ile iş sahibi arasında bir uyuşmazlık ortaya çıkması halinde, taraflar arasındaki avukatlık sözleşmesine öncelikle Avukatlık Kanunu hükümleri uygulanır; Avukatlık Kanunu'nda hüküm bulunmayan hallerde ise uygun düştüğü ölçüde Türk Borçlar Kanunu'nun başta vekâlet sözleşmesine ilişkin hükümleri olmak üzere eser ve hizmet sözleşmesine ilişkin hükümleri de uygulanabilir.¹⁴

B. Avukatlık Sözleşmesinin Tek Taraflı Sona Erdirilmesi: Azil ve İstifa

Avukatlık sözleşmesinde güven duygusu özel bir öneme sahiptir; taraflar birbirine güvenmek ister, özellikle de iş sahibi, avukata güven duymak ister; iş sahibi hem avukatın kişiliğine hem de onun mesleki bilgisine ve yeteneklerine güven duyma ihtiyacı içindedir.¹⁵ Her ne ka-

¹¹ Karateke, s. 9; Cimbar, s. 52.

¹² Günergök, s. 128; Gökyayla, s. 17; Cimbar, s. 45; Karateke, s. 31.

¹³ Karateke, s. 32; Cimbar, s. 51.

¹⁴ Burcuoğlu, s. 49.

¹⁵ Gökyayla, s. 20; Karateke, s. 37.

dar avukatlık sözleşmesinde güven, iş sahibinin avukata güven duygusu şeklinde ortaya çıksa da avukat da azil hakkının iş sahibi tarafından haklı bir sebep olmaksızın kullanılmayacağına güvenmek ister.¹⁶

Bir Yargıtay Hukuk Genel Kurulu kararında¹⁷ diğer iş görme borcu doğuran sözleşmelere oranla vekâlet sözleşmesinin çok daha sıkı bir şekilde karşılıklı güvene dayalı olduğu; taraflar arasında vekâlet sözleşmesinin bulunduğu hallerde karşılıklı güven unsurunun sözleşmenin kurulması aşamasında mevcut olduğunun kabulü gerektiği çünkü vekâlet sözleşmesinin kurulabilmesi için tarafların birbirine güvenmesi gerektiği; taraflar arasındaki vekâlet sözleşmesinin, karşılıklı güven unsurunun sözleşmenin kurulması aşamasında mevcut olduğunun bir göstergesi olduğu; vekâlet sözleşmesinin niteliği gereğince karşılıklı güven unsurunun sözleşmenin devamı boyunca varlığını koruması gerektiği; sözleşmenin kurulması aşamasında var olan güvenin sözleşme süresi içinde gerçekleşen olgular sebebiyle bir taraf yönünden haklı olarak zedelenmesi veya ortadan kalkması halinde, güven duygusu zedelenen tarafın sözleşmeyi her zaman sona erdirebileceği ve kanun hükümlerinin de bu yönde olduğu belirtilerek avukatlık sözleşmesinde güven unsurunun önemine vurgu yapılmaktadır.

Avukatlık sözleşmesinde güven duygusu özel bir öneme sahip olduğundan, güvenin sarsılması halinde taraflardan birlikte çalışmaya devam etmesi beklenemez. Güven duygusunun sarsılması avukatlık sözleşmesinde tek taraflı sona erdirme bakımından haklı sebep kabul edilir.¹⁸ Taraflardan birinin diğerine duyduğu güvenin sarsılması halinde, güven duygusu zedelenen taraf sözleşmeyi tek taraflı olarak sona erdirebilir. İşte bu sebeple kanun koyucu güven duygusunun zedelenmesi halinde iş sahibine azil, avukata ise istifa hakkı tanımıştır.¹⁹

¹⁶ Gökyayla, s. 22.

¹⁷ Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 18.09.2013 tarihli ve E. 2013/13-74 K. 2013/1367 sayılı kararı (www.legalbank.net, erişim tarihi: 14.10.2023).

¹⁸ Gökyayla, s. 74; Cimbar, s. 223.

¹⁹ Sungurtekin Özkan, s. 211; Günergök, s. 198; Gökyayla, s. 24; Karateke, 37; Cimbar, s. 206.

C. Haksız Azil

1. Genel Olarak

Haklı bir sebep olmaksızın iş sahibinin avukatı azletmesi halinde haksız azil söz konusu olur. Karateke'ye göre,²⁰ "Avukatın haksız azli, avukatın kusur veya ihmeline dayanmayan tamamen iş sahibinin takdirinde olan nedenlerden kaynaklanan ya da iş sahibinin keyfi nedenleri ile gerçekleşen azildir".

Azil, bozucu yenilik doğuran tek taraflı bir irade beyanıdır.²¹ Azil, kural olarak herhangi bir şekle tâbi değildir.²² Yazılı olabileceği gibi sözlü de olabilir. Mutlaka açıkça azil ifadesinin kullanılmasına da gerek yoktur. İş sahibinin avukatı azli, zımnî (örtülü) olabileceği gibi bu çerçevede buna işaret eden, bu yönde kanaat oluşturan davranışlarla da olabilir.²³ Önemli olan, sona erdirmeye iradesinin yeterince dışsallaşması ve anlaşılabilmesidir.²⁴ İş sahibinin avukattan duruşmaya girmemesini istemesi yerine göre zımnî azil olarak değerlendirilebilir.²⁵ Bunun yanı sıra iş sahibinin avukattan icra takibine itiraz etmemesini veya ıslah işlemine karşı dilekçe vermemesini ya da keşfe iştirak etmemesini istemesi halinde de somut olayın koşullarına göre zımnî azlin söz konusu olabileceği belirtilmektedir.²⁶ Uyarılara rağmen masrafların ödenmemesi de haksız azil olarak kabul edilmektedir.²⁷

Yukarıda da belirtildiği üzere, avukatlık sözleşmesi tam iki tarafa borç yükleyen bir sözleşmedir. Avukatlık sözleşmesi ile avukat iş sahibinin yararına bir iş görme borcu altına girer; iş sahibi ise avukatın edimine karşılık ücret ödeme borcu altına girer.²⁸ Ancak iş sahibinin borcu bundan ibaret değildir. Üstlendiği işi yapabilmesi için avukata vekâletname vermesi ve gerekli belgeleri avukata teslim etmesi, bunun

²⁰ Karateke, s. 130.

²¹ Karateke, s. 37; Günergök, s. 198.

²² Gökyayla, s. 48; Karateke, s. 37.

²³ Haluk Tandoğan, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri C. II, 5. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2010, s. 622; Gökyayla, s. 49; Cimbar, s. 214.

²⁴ Özer Seliçi, Borçlar Kanunu'na Göre Sözleşmeden Doğan Sürekli Borç İlişkilerinin Sona Ermesi, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1976, s. 115.

²⁵ Karateke, s. 130; Cimbar, s. 214.

²⁶ Cimbar, s. 214.

²⁷ Aydın, s. 101; Cimbar, s. 214.

²⁸ Gökyayla, s. 15; Cimbar, s. 28.

dışında avukatın görevini yapabilmesi için diğer hususları da yerine getirmesi iş sahibinin sorumluluklarındandır. Avukata vekâletname vermemesi veya gerekli belgeleri avukata teslim etmemesi haklı bir sebep olmaksızın iş sahibinin avukatın kendisine sunacağı hukuki yardımı kabul etmemesi ve ifaya katılmaktan kaçınması olarak değerlendirilmektedir.²⁹ Böyle bir durumda ifaya katılma külfetine aykırı hareket ederek, avukatın borcunu ifa etmesine engel olan iş sahibinin avukatı haksız olarak azlettiği söylenebilir.³⁰ Bir görüşe göre,³¹ böyle bir durumda avukatı azletmiş gibi iş sahibi avukata karşı sorumlu olur ve iş sahibinin avukata ücret ödeme yükümlülüğü gündeme gelir.

2. İspat Yükü

Azil iradesinin haklı bir sebebe dayandığı hususunu ispat yükü iş sahibinin üzerindedir. Buna göre avukatın, azlin haksız olduğunu ispat etmesi gerekmez. Aksine azlin haklı bir sebebe dayandığını ileri sürüyorsa bu hususu iş sahibinin ispat etmesi gerekir. Esasen bu durum Türk Medeni Kanunu'nun ispat yüküne ilişkin 6. maddesi ile Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 190. maddesinin birinci fıkrasının bir gereğidir.³² Yargıtay içtihatları da bu yöndedir.

Yargıtay 13. Hukuk Dairesi tarafından 2014 yılında verilen bir kararda,³³ "... Azlin haklı olduğuna ilişkin davalı savunması dosya kapsamı itibariyle yasal delillerle ispat edilememiştir. Hal böyle olunca mahkemece azlin haklı sebebe dayanmadığı ve davacı avukatın verdiği hizmet nedeniyle Avukatlık Kanunu'nun 174. maddesine göre ücret talep edebileceği

²⁹ Cimbar, s. 242.

³⁰ Aydın, s. 101.

³¹ Cimbar, s. 90.

³² Bir davada ispat yükü davacı üzerinde olabileceği gibi davalı üzerinde de olabilir. Özel bir düzenleme bulunmadıkça ispat yükü, iddia edilen vakiyaya bağlanan hukuki sonuçtan yararlanan tarafa aittir. Bkz. Baki Kuru, İstinaf Sistemine Göre Yazılmış Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı, 3. Baskı, Yetkin Yayıncılık, Ankara 2019, s. 235-236. Burada ispat edilmesi gereken husus ise avukatın azlinin haklı bir sebebe dayandığı vakiasıdır. Bkz. Gediz Kocabaş, "Avukatlık Sözleşmesinin Haksız Azil Yoluyla Sona Ermesinin Avukatlık Ücretine Etkisi", *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, 2009, C. 15, S. 1-2, s. 287.

³³ Yargıtay 13. Hukuk Dairesi'nin 14.04.2014 tarihli ve E.2013/31659 K.2014/11499 sayılı kararı (Haşim Mısır, Avukatlık Sözleşmesi ve Ücret (Soru-Cevap), 1. Baskı, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, Ankara 2020, s. 375).

gözetilerek bu yönde yapılacak inceleme sonucuna uygun karar verilmesi gerekirken yazılı şekilde delillerin takdirinde hataya düşülerek davanın reddine dair hüküm tesisi usul ve yasaya aykırı olup, bozmayı gerektirir ...” denmektedir.

Yargıtay 13. Hukuk Dairesi tarafından 2015 yılında verilen bir kararda,³⁴ “... azil işleminin haklı nedene dayandığının kanıtlanması halinde müvekkil avukata vekâlet ücreti ödemekle yükümlü değildir...” ifadesi yer almaktadır. Yargıtay 13. Hukuk Dairesi tarafından yine 2015 yılında verilmiş olan başka bir karar da aynı yöndedir.³⁵ Buna göre azlin haklı sebebe dayandığının iş sahibi tarafından ispat edilemediği hallerde, haksız azil hükümlerine göre avukatlık ücreti takdir edilmelidir.

3. Hüküm ve Sonuçları

a. Avukatın Tam Ücrete Hak Kazanması

Haksız azil durumunda Avukatlık Kanunu'nun 174. maddesinin ikinci fıkrası uygulanır. İlgili hükümde, “Avukatın azli halinde ücretin tamamı verilir” denmektedir. Buna göre haklı bir sebep olmaksızın azledilen avukat tam ücrete hak kazanır³⁶ ve avukatlık ücreti, azil anı itibariyle muaccel olur.³⁷

Avukatlık Kanunu'nun “Avukatlık Ücreti” kenar başlıklı 164. maddesi uyarınca avukatın iki çeşit ücret alacağı bulunur. Bunlar, avukat ile iş sahibi arasındaki sözleşme ilişkisinden doğan avukatlık ücreti ile yargılama sonunda haklı çıkan taraf yararına tarife hükümlerine göre hükmedilen ve yargılama gideri niteliğinde olan avukatlık ücretidir. Her iki ücretin kaynağı farklı olup, uygulamada ve yargı kararlarında bunlardan ilkinde sözleşmeden doğduğu için akdi vekâlet ücreti, ikincisine ise kaynağını kanundan aldığı ve yargılama sonunda dava ya da takibin karşı tarafından tahsiline ka-

³⁴ Yargıtay 13. Hukuk Dairesi'nin 01.07.2015 tarihli ve E. 2014/32872 K. 2015/22749 sayılı kararı (Mısır, s. 309).

³⁵ Yargıtay 13. Hukuk Dairesi'nin 15.12.2015 tarihli ve E. 2015/37608 K. 2015/36791 sayılı kararı (Mısır, s. 329 vd).

³⁶ Gökyayla, s. 95; Cimbar, s. 217-218.

³⁷ Cimbar, s. 213. Yargıtay 13. Hukuk Dairesi'nin 05.11.2015 tarihli ve E. 2014/31549 K. 2015/32037 sayılı kararı (Mısır, s. 68); Yargıtay 13. Hukuk Dairesi'nin 01.12.2015 tarihli ve E. 2014/40470 K. 2015/34951 sayılı kararı (Mısır, s. 421).

rar verildiği için yasal vekâlet ücreti ya da karşı taraf vekâlet ücreti denmektedir.³⁸

Haksız azil halinde uygulanan Avukatlık Kanunu'nun 174. maddesinin ikinci fıkrasında bahsi geçen ücret de iş sahibi ile avukat arasında kararlaştırılan akdi vekâlet ücreti ile yargılama gideri olarak mahkeme tarafından takdir edilen yasal (karşı taraf) vekâlet ücretidir.³⁹ Haklı sebeple istifa eden avukat bakımından da aynı esas geçerlidir.⁴⁰ Haklı azil halinde ise ancak azil tarihi itibarıyla sonuçlanıp tamamlanmış işlerden dolayı avukatlık ücreti talep edilebilir; azil tarihi itibarıyla henüz tamamlanmamış işler nedeniyle avukatlık ücretine hak kazanılamaz.⁴¹

Haksız azil halinde tamamlanmamış işler bakımından avukatın yargılama gideri olarak mahkeme tarafından takdir edilen yasal (karşı taraf) vekâlet ücretini iş sahibinden talep edip edemeyeceği hususu tartışmalı bir konuydu.⁴² Ancak yakın tarihli Yargıtay kararlarından bu tartışmanın sona erdiği, tamamlanmamış, kesinleşmemiş işler bakımından da avukatın yargılama gideri olarak mahkeme tarafından takdir edilen yasal (karşı taraf) vekâlet ücretini talep edebileceği anlaşılmaktadır. Örneğin Yargıtay 13. Hukuk Dairesi'nin 2019 yılında ver-

³⁸ Ramazan Arslan/Ejder Yılmaz/Sema Taşpınar Ayvaz/Emel Hanağası, *Medenî Usul Hukuku*, 9. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2023, s. 758; Murat Atalı/İbrahim Ermenek/Ersin Erdoğan, *Medenî Usul Hukuku*, Yetkin Yayınları, 5. Baskı, Ankara 2022, s. 687; Süha Tanrıver, *Medenî Usul Hukuku Cilt I*, 4. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2021, s. 1190-1191; Abdurrahim Karslı, *Medenî Muhakeme Hukuku*, 5. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul 2020, s. 726-727. Bir görüşe göre, yargılama giderlerinden olan yasal (karşı taraf) vekâlet ücretinin avukata ait olacağına ilişkin hüküm (AvK m. 164/5), hem genel ilkelere hem de Hukuk Muhakemeleri Kanunu'na aykırıdır. Yargılama giderlerinden olan yasal (karşı taraf) vekâlet ücretinin, diğer yargılama giderleri gibi davada lehine karar verilen tarafa ait olması gerekir. Bkz. Hakan Pekcanitez/Oğuz Atalay/Muhammet Özkes, *Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı*, 10. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2022, s. 565-566. Aynı yönde bkz. Ali Cem Budak/ Varol Karaaslan, *Medeni Usul Hukuku*, 5. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul 2021, s. 357, N. 9.

³⁹ Cimbar, s. 216; Karateke, s. 130-131; Gökyayla, s. 94-95.

⁴⁰ Gökyayla, s. 94; Cimbar, s. 226-227; Karateke, s. 131-132.

⁴¹ Yargıtay 13. Hukuk Dairesi'nin 09.07.2015 tarihli ve E. 2014/32164 K. 2015/23709 sayılı kararı (Mısır, s.260-261, 466); Yargıtay 13. Hukuk Dairesi'nin 09.02.2017 tarihli ve E. 2015/34132 K. 2017/1559 sayılı kararı (Mısır, s. 246-247).

⁴² Bu konu hakkındaki tartışma için bkz. Sungurtekin Özkan, s. 215; Günergök, s. 150; Aydın, s. 102-103.

miş olduğu bir kararda⁴³ avukatın haksız azli halinde, artık işe devam etme olanağı mevcut olmadığından, azil tarihi itibarıyla muaccel olan vekâlet ücreti alacağını talep edebileceği, tahsil edilmemiş olsa dahi karşı vekâlet ücretine hak kazanacağı ifade edilmiştir. Yine Yargıtay 13. Hukuk Dairesi'nin 2020 yılında vermiş olduğu başka bir kararda⁴⁴ dosya hangi aşamada olursa olsun haksız azil halinde kesinleşmemiş işlerden de karşı vekâlet ücreti istenebileceği belirtilmiştir. Nihayet Yargıtay Hukuk Genel Kurulu tarafından 2021 yılında verilmiş olan bir kararda⁴⁵ da "...avukatın kusur ve ihmeline dayalı olmaksızın yapılan haksız azil sonucunda, avukatın vekâlet ücretinin tamamı, dava lehe sonuçlanıp kesinleşmiş gibi, muaccel hâle gelir. Bu vekâlet ücreti akdi ve yasal (karşı taraf) vekâlet ücretinin toplamından oluşmaktadır... karşı taraf vekâlet ücretinin haksız azil ile birlikte muaccel olduğunun kabulü gerekir" denmektedir.

Bir görüşe göre,⁴⁶ haksız azil durumunda avukata ödenen ücret, kanundan doğan bir ceza koşuludur ve kural olarak indirilemez. Bu husus, Yargıtay 4. Hukuk Dairesi tarafından 1971 yılında verilmiş olan bir kararda⁴⁷ açıkça belirtilmiştir. İlgili kararda, "3499 sayılı Avukatlık Kanunu'nun 132. maddesi hükmünce avukata iş parasının tamamının verilmesi için avukatın azli veya azil edilmese bile işin bir başka avukata verilmesi gerektiği koşullanmıştır. Bu iki halden birinin gerçekleşmesinde, yasanın öngördüğü ceza koşulu, afakî iyiniyet kurallarına aykırılık sınırları aşılmamak kaydıyla uygulanır ve ceza koşulundan indirme yapılamaz" denmektedir. Bunun dışında Yargıtay 3. Hukuk Dairesi'nin 2008 yılında vermiş olduğu bir kararda⁴⁸ da 1136 sayılı Avukatlık Kanunu'nun 174. maddesinin kanundan doğan ceza koşulu olduğu açıkça ifade edilmiştir. Ceza koşulu, borçlunun alacaklıya karşı mevcut bir borcu hiç veya gereği

⁴³ Yargıtay 13. Hukuk Dairesi'nin 11.12.2019 tarihli ve E. 2016/22516 K. 2019/12393 sayılı kararı (www.legalbank.net, erişim tarihi: 14.10.2023).

⁴⁴ Yargıtay 13. Hukuk Dairesi'nin 08.06.2020 tarihli ve E. 2017/1621 K. 2020/4347 sayılı kararı (www.legalbank.net, erişim tarihi: 14.10.2023).

⁴⁵ Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 09.02.2021 tarihli ve E. 2017/634 K. 2021/59 sayılı kararı (www.legalbank.net, erişim tarihi: 14.10.2023).

⁴⁶ Feridun Müderrisoğlu, Avukatlıkta Vekâlet ve Ücret Sözleşmesi ve İçtihatlar, 1. Baskı, Ayyıldız Matbaası, Ankara 1974, s. 139; Salter Uçar, Avukatın Hak ve Ödevleri, Kazancı Yayınları, İstanbul 1998, s. 96.

⁴⁷ Yargıtay 4. Hukuk Dairesi'nin 04.08.1971 tarihli ve 51/1919 sayılı kararı (Tandoğan, s. 625, dn. 74).

⁴⁸ Yargıtay 3. Hukuk Dairesi'nin 27.05.2008 tarihli ve E. 2008/6473 K. 2008/9508 sayılı kararı (Mısır, s. 104-105).

gibi ifa etmemesi halinde ödemeyi üstlendiği ekonomik değeri olan bir edimdir.⁴⁹ Ceza koşulunun en önemli işlevi, borçluyu ifaya zorlamak, böylece alacaklı ile borçlu arasında söz konusu olan asıl borcun ifasını teminat altına almaktır.⁵⁰ Ceza koşulu, borçlu üzerinde psikolojik baskı oluşturarak borçluyu ifaya zorlar. Çünkü Türk Borçlar Kanunu'nun 180. maddesinin birinci fıkrası uyarınca alacaklı hiçbir zarara uğramamış olsa bile, cezanın ifası gerekir. Özellikle ceza miktarının yüksek olması halinde, borçlu asıl borcu hiç veya gereği gibi yerine getirmemesi halinde daha ağır bir yükümlülükle karşılaşacağı için asıl borcu ifa etmeye çalışır.

Başka bir görüşe göre,⁵¹ Avukatlık Kanunu'nun 174. maddesinin ikinci fıkrası, tam tazminat karşılığı iş sahibine avukatlık sözleşmesini tek taraflı olarak sona erdirmeye imkânı tanır. Bu görüşe göre iş sahibi tam ücret ödeyerek avukatlık sözleşmesini tek taraflı olarak sona erdirebilir. Burada ücret, müspet zararı başka bir deyişle ifa menfaatini karşılar.⁵²

Başka bir görüşe göre,⁵³ haksız azil halinde muaccel hale gelen tam ücret alacağının ceza koşulu ya da tazminat olarak nitelendirilmesi uygun değildir; bu nitelendirme bazı riskleri de beraberinde getirmektedir; bazı hallerde avukatın ücret alacağı öncelikli alacaklardandır; tazminat veya ceza koşulu nitelendirmesi avukatın ücret alacağını öncelikle olmaktan çıkarabilir.

Kanaatimizce haksız azil durumunda muaccel hale gelen tam ücret, kanundan doğan götürü tazminat niteliğindedir.⁵⁴ Götürü tazminatın hukuki dayanağı, kanuni bir düzenleme de olabilir. Gerçekten de yürürlükte bulunan bazı kanunlarda, meydana gelmesi muhtemel

⁴⁹ Kenan Tunçomağ, Türk Hukukunda Cezai Şart, İstanbul Üniversitesi, İstanbul 1963, s. 6; Köksal Kocaağa, Ceza Koşulu (Sözleşme Cezası), 2. Baskı, Yetkin Yayıncılık, Ankara 2018, s. 22-23.

⁵⁰ Tunçomağ, s. 49; Kocaağa, s. 33.

⁵¹ Günergök, s. 150; Kocabaş, 287.

⁵² Tandoğan, s. 633; Sungurtekin Özkan, s. 211; Günergök, s. 151; Gökyayla, s. 117.

⁵³ Aydın, s. 101; Burcu Deniz Özdemir, Avukatlık Sözleşmesinde Ücret, Bahçeşehir Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2020, s. 60. Cimbar'a göre de avukatlık ücretinin, tazminat veya ceza koşulu kavramlarıyla açıklanmasına gerek yoktur (s. 219).

⁵⁴ Sungurtekin Özkan tarafından da haksız azil halinde avukata ödenen tam ücretin götürü tazminat niteliğinde olduğu belirtilmiştir (s. 212).

zararlara ilişkin ödenmesi gereken tazminat miktarları hakkında birtakım hükümler söz konusudur.⁵⁵ Hukuki dayanağını kanuni bir düzenlemeden alan sözleşmesel götürü tazminattan farklı olarak, taraflar arasında ayrıca bir anlaşma olmaksızın geçerlidir. Bu tür götürü tazminat, ilgili kanuni düzenlemenin uygulama alanına giren bütün taraflar bakımından uygulanır.⁵⁶

Temerrüt faizi, kanundan doğan götürü tazminatın güzel bir örneğidir. Temerrüt faizinin hukuki dayanağı kanun olduğu için, temerrüt faizinin talep edilebilmesi bakımından taraflarca ayrıca temerrüt faizinin kararlaştırılması aranmaz.⁵⁷ Temerrüt faizi, bir yandan alacaklının parasını borçlunun elinde bulundurması nedeniyle kullanıp değerlendirme imkânından yoksun kalmasından doğan zararın giderilmesi, diğer yandan da karşılıksız kredi sağlayan, sebepsiz zenginleşen borçlunun bu zenginleşmeyi iade etmesi fikrine dayanır.⁵⁸ Gerçekten, borçlu parayı mütemerrit olmayıp vaktinde ödemiş olsaydı, alacaklı bunu kullanır ve bu suretle ya faiz gibi bir ekonomik menfaat elde eder ya da ihtiyaç duyduğu parayı sağlamak için ödemek zorunda kaldığı faizi ödemez, bundan tasarruf ederdi. İşte borçlunun temerrüdü, alacaklıyı bu gibi menfaatlerden yoksun bırakmak suretiyle onun zarara uğramasına sebep olur. Öte yandan, borçlu da borçlanılan parayı vaktinde ödemeyerek, faiz ödeyerek sağlayacağı krediyi karşılıksız temin etmiş olur. Bu noktada kanun koyucu, temerrüt faizini kabul etmek suretiyle bozulan menfaat dengesini yeniden kurmak, alacaklının bir miktar parayı kullanamamaktan doğan zararını karşılamak, borçlunun da borca aykırı gecikmeye dayalı olarak elde ettiği menfaati alacaklıya iade etmek istemiştir.⁵⁹ Kanun koyucu para borçlarında temerrüt faizi

⁵⁵ Birinci Uzun, Tuba: Götürü Tazminat, Ankara 2015, s. 204.

⁵⁶ Birinci Uzun, s. 204.

⁵⁷ Fikret Eren, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 24. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2019, s. 1233; Ahmet Kılıçoğlu, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 18. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara 2014, s. 706; Kemal Oğuzman/Turgut Öz, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C.I, 10. Baskı, İstanbul 2012, s. 494; Rona Serozan, İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme (Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı, Borçlar Hukuku Genel Bölüm, Üçüncü Cilt), 6. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul 2014, s. 224.

⁵⁸ Mahmut T. Birsal/Murat Sevi, "3095 sayılı Kanuni Faiz ve Temerrüt Faizine İlişkin Kanun Madde 4/A Hükümünün Uygulama Alanı", *DEÜHFD*, C. 11, Prof. Dr. Bilge Umar'a Armağan Özel Sayısı, 2009, s. 1033; Eren, s. 1233.

⁵⁹ Eren, s. 1233; Kılıçoğlu, s. 706.

yönünden aksi ispat edilemez (çürütülemez) bir karineden hareket etmektedir. Buna göre, borçlunun temerrüdü, alacaklıya zarar vermiştir ve bunun ispatına gerek yoktur. Böylece temerrüt faizi, aksinin ispatına izin verilmeyen zarar karinesine dayalı, alacaklı lehine konulmuş bir tazminattır.⁶⁰

Kanaatimizce Avukatlık Kanunu'nun 174. maddesinin ikinci fıkrasında, "*Avukatın azli halinde ücretin tamamı verilir*" derken kanun koyucu, benzer bir amaçla hareket etmiştir. Gerçekten de avukatın haksız azli üzerine taraflar arasındaki menfaat dengesi bozulur; avukatın emek ve mesaisi boşa gider ancak azilden önce avukat tarafından yapılan işlemler azilden sonra da geçerli olmaya devam ettiğinden, avukat tarafından harcanan emek ve mesaiden örneğin avukat tarafından hazırlanan başarılı bir dilekçeden, beyandan, ihtarnameden, savunmadan iş sahibi yararlanmaya devam eder. İşte burada da tıpkı temerrüt faizinde olduğu gibi aksi ispat edilemez bir karine mevcuttur. Haksız azil avukatın zararınadır ve bunun ispatına da gerek yoktur. Buradan hareketle, haksız azil durumunda muaccel hale gelen tam ücretin aksi ispat edilemeyen zarar karinesine dayalı, avukat lehine konulmuş kandan doğan bir götürü tazminat olduğu söylenebilir. Bu tazminat, haksız yere azledilen avukatın müspet zararını karşılamaya yöneliktir.⁶¹ Bu noktada, "*Avukatın azli halinde ücretin tamamı verilir*" hükmünü öngören Avukatlık Kanunu'nun 174. maddesinin ikinci fıkrası, eser sözleşmesinin sona ermesinde tazminat karşılığı feshi düzenleyen TBK md. 484 hükmüne benzetilebilir. Çünkü Türk Borçlar Kanunu'nun 484. maddesinde "*İş sahibi, eserin tamamlanmasından önce yapılmış olan kısmın karşılığını ödemek ve yüklenicinin bütün zararlarını gidermek koşuluyla sözleşmeyi feshedebilir*" denmektedir.

Görüşümüz, tam ücretin iş sahibi üzerinde bir baskı oluşturacağı ve azli engelleyeceği iddiasıyla eleştirilebilir. Ancak bu noktada önemle belirtmek gerekir ki götürü tazminatın söz konusu olduğu hallerde dolaylı da olsa, borçlu üzerinde bir çeşit baskı meydana gelir.⁶² Götürü tazminat, borçlunun sözleşmeden doğan yükümlülüklerini gereği gibi

⁶⁰ Birsal/Sevi, s. 1034; Eren, s. 1233; Oğuzman/Öz, s. 494; Serozan, s. 224.

⁶¹ Tandoğan, s. 633.

⁶² Konu hakkında detaylı açıklamalar için bkz. Birinci Uzun Tuba, Götürü Tazminat, Yetkin Yayınları, 1. Baskı, Ankara 2015, s. 146-147.

ifa etmesi hususunda borçluyu motive eder;⁶³ borçlunun sözleşmeye uygun davranmasını sağlar.⁶⁴ Bazı yazarlara göre,⁶⁵ götürü tazminat borçlu bakımından ikincil bir baskı aracıdır. Gerçekten de borçlu bakımından, somutlaşmış bir götürü tazminat edimi, soyut bir kanuni düzenlemeye göre daha güçlü bir psikolojik etkiye sahiptir.⁶⁶ Ancak unutulmamalıdır ki götürü tazminatın temel amacı, ceza koşulundan farklı olarak, borçlu üzerinde baskı kurmak değil; sözleşmenin ihlâl edilmesi nedeniyle alacaklının malvarlığında rızası dışında meydana gelen eksilmenin giderilmesi, alacaklının malvarlığının iyileştirilmesidir.⁶⁷ Sonuç itibariyle, borçluyu baskı altında tutarak ifaya zorlamak, ceza koşulunun temel amaçlarından değildir. Ceza koşulu bakımından son derece önemli olan baskı unsuru, götürü tazminat bakımından ancak dolaylı olarak, başka bir deyişle bir yan etki olarak ortaya çıkar.⁶⁸ Kanaatimizce, avukatın haksız azli halinde uygulama alanı bulan Avukatlık Kanunu'nun 174. maddesinin ikinci fıkrasının amacı da iş sahibini baskı altında tutarak ifaya zorlamak değil, haksız azil halinde avukatın uğrayacağı zararı gidermektir. Kaldı ki ne avukat ne de iş sahibi sözleşmeyi devam ettirmeye zorlanabilir. Aksine kanun koyucu taraflara sözleşmeyi tek taraflı olarak sona erdirmeye imkânı vermiş ve iş sahibine azil, avukata ise istifa hakkı tanımıştır.⁶⁹ Kanaatimizce, iş sahibi üzerinde dolaylı da olsa bir çeşit baskı yaratması, haksız azil halinde muaccel hale gelen tam ücretin ceza koşulu olarak nitelendirilebilmesi için yeterli değildir.

⁶³ Theres Oertli, *Der vertraglich pauschalierte Schadenersatz: unter Berücksichtigung der Abgrenzung zur Konventionalstrafe*, Luzern 2004, N. 84; Berk Kapanacı, "Götürü Tazminat Anlaşması ve Bunun Ceza Koşulundan Ayırt Edilmesi", Prof. Dr. Mustafa Dural'a Armağan, İstanbul 2013, s. 666; Birinci Uzun, s. 147.

⁶⁴ Kapanacı, s. 666.

⁶⁵ Oertli, N. 83.

⁶⁶ Oertli, N. 84; Kapanacı, s. 666; Detlev Fischer, *Vertragsstrafe und vertragliche Schadensersatzpauschalierung, Eine rechtsvergleichende Darstellung der neueren deutschen und französischen Rechtsentwicklung*, Diss. Freiburg im Breisgau, Frankfurt am Main 1981, s. 170; Mehmet Erdem, "Tazminatın Götürü Olarak Belirlenmesi", Gazi Üniversitesi Sorumluluk ve Tazminat Hukuku Sempozyumu (28-29 Mayıs 2009), Ankara 2009, s. 102.

⁶⁷ Oertli, N. 82.

⁶⁸ Birinci Uzun, s. 147-148.

⁶⁹ Günergök, s. 150; 198; Gökyayla, s. 24.

Son olarak, bir görüşe göre,⁷⁰ tam ücretin haksız azil sebebiyle avukatın uğradığı zararı karşılamaması halinde, avukat tam ücreti aşan zararının giderilmesini de talep edebilir. Bu görüşe göre, ilgili düzenleme tazminatı sınırlayıcı nitelikte değildir. Gerçekten de Avukatlık Kanunu'nun 174. maddesinin ikinci fıkrasından, avukatın tam ücreti aşan zararını talep edemeyeceğine ilişkin bir sonuca ulaşılabilmesi mümkün değildir. Şu durumda, haksız azil halinde muaccel hale gelen tam ücretin, asgari götürü tazminat niteliğinde olduğu söylenebilir.⁷¹ Çünkü asgari götürü tazminat, tazminat borçlusunun ödemek zorunda olduğu meblağı, aşağı doğru sınırlandırır;⁷² tazminat alacaklısı ise, meydana gelen zararın götürü tazminat miktarından daha fazla olduğunu ispat ederek, götürü tazminat miktarını aşan zararının giderilmesini talep edebilir.⁷³ Haksız azil, avukatın kişilik değerlerine saldırı niteliği de taşıyabilir. Böyle bir durum söz konusu ise elbette haksız azil sebebiyle manevi tazminat da talep edilebilir.⁷⁴

Sonuç olarak, haksız azil durumunda muaccel hale gelen tam ücretin hukuki niteliği bakımından farklı görüşler mevcuttur. Bir görüşe göre⁷⁵ haksız azil durumunda muaccel hale gelen tam ücret, kanundan doğan ceza koşulu niteliğindedir. Başka bir görüşe göre⁷⁶ haksız azil durumunda muaccel hale gelen tam ücret, müspet zararı gidermeye yönelik bir tazminattır. Başka bir görüşe göre⁷⁷ haksız azil halinde muaccel hale gelen tam ücret alacağının ceza koşulu ya da tazminat olarak nitelendirilmesi uygun değildir. Kanaatimizce, haksız azil durumunda muaccel hale gelen tam ücret, temerrüt faizi gibi aksi ispat edilemeyen zarar karinesine dayalı, avukat lehine konulmuş kanundan doğan asgari götürü tazminattır ve bu tazminat, haksız yere azledilen avukatın müspet zararını karşılamaya yöneliktir.

b. Ücret Hesabı

Taraflar arasında yazılı avukatlık ücret sözleşmesi bulunabilir ve akdi vekâlet ücreti taraflarca sözleşmede kararlaştırılmış olabilir. Bu

⁷⁰ Sungurtekin Özkan, s. 214.

⁷¹ Detaylı bilgi için bkz. Birinci Uzun, s. 115 vd.

⁷² Oertli, N. 65.

⁷³ Oertli, N. 65; Kapancı, s. 670-671.

⁷⁴ Sungurtekin Özkan, s. 214; Uçar, s. 97; Gökyayla, s. 119; Cimbar, s. 222.

⁷⁵ Müderrisoğlu, s. 139; Uçar, s. 96.

⁷⁶ Günergök, s. 150; Kocabaş, s. 287.

⁷⁷ Aydın, s. 101; Cimbar, s. 219, Özdemir, s. 60.

durumda haksız azil halinde avukat sözleşmeyle kararlaştırılan akdi vekâlet ücretine hak kazanır.

Avukatlık ücretinin kararlaştırılmamış olduğu veya taraflar arasında yazılı ücret sözleşmesinin bulunmadığı yahut ücret sözleşmesinin belirgin olmadığı veya tartışmalı olduğu veya ücret sözleşmesinin ücrete ilişkin hükmünün geçersiz sayıldığı hallerde; değeri para ile ölçülebilen dava ve işlerde asgari ücret tarifelerinin altında olmamak koşuluyla ücret itirazlarını incelemeye yetkili merci tarafından davanın kazanılan bölümü için avukatın emeğine göre ilâmın kesinleştiği tarihteki müddeabihin değerinin yüzde onu ile yüzde yirmisi arasındaki bir miktar avukatlık ücreti olarak belirlenir. Buradaki alt sınır, avukatlık asgari ücret tarifesinde belirtilen maktu miktardır.⁷⁸ Değeri para ile ölçülemeyen dava ve işlerde ise avukatlık asgari ücret tarifesi uygulanır (AvK m. 164/4).

Yargıtay'a göre avukatlık ücret hesabı yapılırken azil tarihi itibarıyla dava değeri dikkate alınır. Yargıtay 13. Hukuk Dairesi tarafından 2019 yılında verilen bir kararda⁷⁹ davacı avukatın ücret alacağı belirlenirken azil tarihindeki dava değeri esas alınarak avukatlık ücretinin belirlenmesi gerektiği ifade edilmiştir.

Azil tarihi itibarıyla dava değeri ise Yargıtay Hukuk Genel Kurulu tarafından⁸⁰ da belirtildiği üzere, azil tarihi itibarıyla davada harcı yatırılan değer başka bir deyişle harçlandırılmış dava değeridir. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'na göre, nasıl ki yargılama giderlerinden olan ve davada haksız çıkan taraf aleyhine hükmedilen karşı taraf vekâlet ücreti harcın yatırıldığı değer üzerinden belirlenmekte ise Avukatlık Kanunu'nun 164. maddesinin dördüncü fıkrasında düzenlenen ve

⁷⁸ Salih Akgül, "Avukatlık Sözleşmesi ve Avukatlık Ücreti", *Ankara Barosu Dergisi*, 2018, S. 4, s. 346.

⁷⁹ Yargıtay 13. Hukuk Dairesinin 14.10.2019 tarihli ve E. 2019/2364 K. 2019/9890 sayılı kararı (www.legalbank.net, erişim tarihi: 14.10.2023).

⁸⁰ Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 25.03.2021 tarihli ve E. 2018/(13) 3-940 K. 2021/350 sayılı kararı (www.legalbank.net, erişim tarihi: 14.10.2023). Ayrıca bkz. Yargıtay 13. Hukuk Dairesi'nin 28.09.2015 tarihli ve E. 2014/33666 K. 2015/27495 sayılı kararı (Mısır, s. 368). Bu kararda, davanın değerinin, davanın devamı sırasında ve azil tarihinden önce alacak miktarının ıslah yoluyla artırılmış olması halinde, harçlandırılmış ıslah değeri üzerinden avukatlık ücretinin hesaplanması gerektiği belirtilmiştir.

yüzde on ile yüzde yirmi arasında takdir edilen akdi vekâlet ücretinin de davanın müddeabih başka bir deyişle davada harcın yatırıldığı değer üzerinden hesaplanması gerekir. İcra takiplerinde ise müddeabih olarak takip açılış tutarı dikkate alınır.⁸¹ Yargılama giderlerinden olan karşı vekâlet ücreti ise azil tarihi itibariyle geçerli olan avukatlık asgari ücret tarifesine göre hesaplanır.⁸²

D. Belirsiz Alacak Davasında Davacı Vekili Olarak Görev Yapan Avukatın Haksız Azli Halinde Tam Ücret Hesabında Esas Alınacak Dava Değeri

1. Genel Olarak Belirsiz Alacak Davası

1086 sayılı mülga Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nda belirsiz alacak davasını düzenleyen herhangi bir hüküm yoktur; belirsiz alacak davası ilk defa 2011 yılında yürürlüğe giren 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda düzenlenmiştir.⁸³ Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 107. maddesinde, "*Davanın açıldığı tarihte alacağın miktarını yahut değerini tam ve kesin olarak belirleyebilmesinin kendisinden beklenemeyeceği veya bunun imkânsız olduğu hâllerde, alacaklı, hukuki ilişkiyi ve asgari bir miktar ya da değeri belirtmek suretiyle belirsiz alacak davası açabilir. Karşı tarafın verdiği bilgi veya tahkikat sonucu alacağın miktarı veya değerinin tam ve kesin olarak belirlenebilmesi mümkün olduğunda, hâkim tarafından tahkikat sona ermeden verilecek iki haftalık kesin süre içinde davacı, iddianın genişletilmesi yasağına tabi olmaksızın talebini tam ve kesin olarak belirleyebilir*" denmektedir.

Belirsiz alacak davası açılabilmesi için dava konusu alacağın miktarının veya değerinin tam ve kesin olarak belirlenemiyor olması gere-

⁸¹ Erhan Egemen/Ahmet Can Aşık, Uygulamada Avukatlık Ücreti, Uygulamadan Örnekler, Bilirkişi Raporları, Yargıtay Kararları, 1. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2021, s. 153, s. 215.

⁸² Akgül, s. 359. Ayrıca bkz. Yargıtay 13. Hukuk Dairesi'nin 28.11.2013 tarihli ve E. 2013/15124 K. 2013/29427 sayılı kararı (Mısır, s. 365).

⁸³ Karlı, s. 327; Kuru, s. 152; Atalı/Ermenek/Erdoğan, s. 330; Ejder Yılmaz, "Uygulamada Amacına Ulaşamayan Belirsiz Alacak Davasına İlişkin Hüküm Yürürlükten Kaldırılmalıdır", *YÜHFD*, C. XVIII, 2021/2, s. 696; İnci Karamercan, "Yargıtay İçtihatları Işığında İş Yargılamasında Belirsiz Alacak Davası", *DEÜHFD*, 2017, Prof. Dr. Şeref Ertaş'a Armağan Özel Sayısı, C. 19, s. 2510.

kir.⁸⁴ Bunun dışında belirsiz alacak davası açılabilmesi için her davada olduğu gibi davacının bu davayı açmakta hukuki yararı bulunmalıdır.⁸⁵ Ayrıca belirsiz alacak davasında davacı, dava dilekçesinde hem hukuki ilişkiyi somut olarak ortaya koymak hem de davasını dayandırdığı bütün olguları göstermek ve bunlara ilişkin delilleri de bildirmek zorundadır. Çünkü bu davada belirsiz olan talep sonucu değildir.⁸⁶ Belirsiz alacak davası açarken her ne kadar davacı, dava konusu alacağın miktarını veya değerini tam olarak gösteremiyor olsa da belirleyebildiği, hesaplayabildiği oranda asgari bir miktarı dava değeri olarak dava dilekçesinde göstermek zorundadır.⁸⁷

Belirsiz alacak davası, kısmî davadan farklıdır. Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 109. maddesinin birinci fıkrasında, "*Talep konusunun niteliği itibarıyla bölünebilir olduğu durumlarda, sadece bir kısmı da dava yoluyla ileri sürülebilir*" denmektedir. Buna göre, kısmî dava davacının bölünebilir nitelikteki alacak hakkının tamamını değil yalnızca bir kısmını talep ederek açtığı davadır.⁸⁸ Oysa belirsiz alacak davası, tam dava niteliğindedir. Çünkü belirsiz alacak davasıyla davacı, alacağının bir kısmını değil aslında tamamını talep etmektedir. Ne var ki davayı açtığı anda davacı alacağının miktarını veya değerini tam ve kesin olarak belirleyememektedir.⁸⁹

⁸⁴ Pekcanitez, Belirsiz Alacak Davası (HMK m. 107), Yetkin Yayıncılık, Ankara 2011, s. 38 vd.; Cemil Simil, Belirsiz Alacak Davası, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2013, s. 209 vd.; Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 227; Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası, s. 304; Kuru, s. 152; Karşlı, s. 334; Atalı/Ermenek/Erdoğan, s. 332; Budak/Karaaslan, s. 158, N. 26; Yılmaz, s. 701; Karamercan, s. 2512.

⁸⁵ Budak/Karaaslan, s. 161, N. 33; Yılmaz, s. 697; Karamercan, s. 2513.

⁸⁶ Pekcanitez, s. 49; Simil, s. 239-240; Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 229; Karşlı, s. 334; Atalı/Ermenek/Erdoğan, s. 333; Yılmaz, s. 697; Aslan/Akyol Aslan/Kiraz, s. 983; Karamercan, s. 2515.

⁸⁷ Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 228; Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası, s. 304; Karşlı, s. 334; Atalı/Ermenek/Erdoğan, s. 333; Yılmaz, s. 697; Aslan/Akyol Aslan/Kiraz, s. 984; Karamercan, s. 2514.

⁸⁸ Cenk Akil, Kısmî Dava, Yetkin Yayınları, 1. Baskı, Ankara 2013, s. 63; Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 223; Atalı/Ermenek/Erdoğan, s. 342; Budak/Karaaslan, s. 156, N. 19; Kuru, s. 150; Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası, s. 301; Tanrıver, s. 630.

⁸⁹ Simil, s. 347; Pekcanitez, s. 59; Aslan/Akyol Aslan/Kiraz, s. 1002; Budak/Karaaslan, s. 159, N. 27; Tanrıver, s. 651. Kuru'ya göre ise belirsiz alacak davası, belirsiz alacaklar için açılabilen kısmî davadır (s. 152).

Belirsiz alacak davası açıldığında, zamanaşımı yalnızca dava dilekçesinde gösterilen asgari miktar başka bir deyişle geçici talep sonucu yönünden değil, henüz tam ve kesin olarak belirlenebilir olmasa da alacağın tamamı yönünden kesilir.⁹⁰ Kısmî dava söz konusu olduğunda ise zamanaşımı yalnızca talep edilen kısım yönünden kesilir, talep edilmeyen kısım yönünden zamanaşımı işlemeye devam eder.⁹¹

Belirsiz alacak davasında, her ne kadar asgari bir miktar üzerinden dava açılmış olsa da yalnızca geçici talep sonucu olarak gösterilen asgari miktar için değil, alacağın tamamı için borçlu daha önce temerrüde düşürülmemişse davanın açıldığı tarihten itibaren faize hükmedilir.⁹² Buna karşılık kısmî davada, yalnızca talep edilen kısım yönünden dava tarihinden itibaren faiz işler, davacı ıslah yoluyla talep sonucunu artırırorsa bu kısım için borçlu daha önce temerrüde düşürülmemişse faiz ıslah tarihinden itibaren işlemeye başlar.⁹³

Son olarak, davadan feragat, sulh gibi davayı sona erdiren taraf usul işlemleri de yalnızca dava dilekçesinde gösterilen asgari miktar yani geçici talep sonucu yönünden değil, henüz tam ve kesin olarak belirlenebilir olmasa da aksi belirtilmedikçe kural olarak alacak hakkının tamamı yönünden hüküm ve sonuç doğurur.⁹⁴ Görüldüğü üzere, belirsiz alacak davası kısmî davadan farklıdır.

⁹⁰ Pekcanitez, s. 60; Simil, s. 354-355; Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 230; Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası, s. 305; Atalı/Ermenek/Erdoğan, s. 332; Budak/Karaaslan, s. 158, N. 27; Tanrıver, s. 650. Kuru'ya göre ise belirsiz alacak davası açıldığında yalnızca dava dilekçesinde gösterilen ve harcı ödenen miktar yönünden zamanaşımı kesilir (s. 151, dn. 14).

⁹¹ Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 224-225; Budak/Karaaslan, s. 158, N. 25; Kuru, s. 151; Yılmaz, s. 703; Aslan/Akyol Aslan/Kiraz, s. 1002; Tanrıver, s. 635; Karamercan, s. 2516, 2522.

⁹² Simil, s. 115, 346-347; Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 230; Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası, s. 306; Tanrıver, s. 651; Karamercan, s. 2517.

⁹³ Simil, s. 115, 346-347; Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 225; Atalı/Ermenek/Erdoğan, s. 332; Budak/Karaaslan, s. 158, N. 25; Tanrıver, s. 635; Karamercan, s. 2523.

⁹⁴ Pekcanitez, s. 61 vd.; Simil, s. 316, 318; Tanrıver, s. 652-653; Karamercan, s. 2517. Buna karşılık geçici talep sonucunun kesin talep sonucuna dönüşmesinden önce davanın kabulü halinde, bu kabul yalnızca geçici talep sonucu yönünden hüküm ve sonuç doğurur. Detaylı bilgi için bkz. Pekcanitez, s. 62; Simil, 308-309; Tanrıver, s. 653.

2. Belirsiz Alacak Davasında Dava Değeri

Yukarıda da ifade edildiği üzere, belirsiz alacak davası açılabilmesi için dava konusu alacağın miktarının veya değerinin tam ve kesin olarak belirlenemiyor olması gerekir.⁹⁵ Belirsiz alacak davası açarken her ne kadar davacı, dava konusu alacağın miktarını veya değerini tam olarak gösteremiyor olsa da belirleyebildiği, hesaplayabildiği oranda asgari bir miktarı dava değeri olarak dava dilekçesinde göstermek zorundadır.⁹⁶

Belirsiz alacak davası açarken davacı tarafından dava dilekçesinde gösterilen asgari miktara *geçici talep sonucu* denir.⁹⁷ Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 107. maddesinin ikinci fıkrası uyarınca, *"Karşı tarafın verdiği bilgi veya tahkikat sonucu alacağın miktarı veya değerinin tam ve kesin olarak belirlenebilmesinin mümkün olduğu anda davacı, iddianın genişletilmesi yasağına tabi olmaksızın davanın başında belirtmiş olduğu talebini artırabilir"*. Buna göre, belirsiz alacak davasında, o anda tespit edilebilen asgari miktar üzerinden dava açılır, daha sonra alacağın miktarının veya değerinin tam ve kesin olarak belirlenebilmesi mümkün olduğunda davacı tarafından dava değeri artırılır. O halde belirsiz alacak davası olarak açılan bir davada, alacak belirli hale geldikten sonra dava değeri değişir. Alacak belirli hale geldikten sonra davacı harcı tamamlayıp dava değerini artırmazsa hâkim, geçici talep sonucuna göre karar verir.⁹⁸

3. Belirsiz Alacak Davasında Haksız Azil Halinde Avukatlık Ücreti Hesabı

İnceleme konusu Yargıtay kararında⁹⁹ davanın taraflar arasındaki vekâlet ilişkisine dayalı avukatlık ücret alacağına ilişkin olduğu, da-

⁹⁵ Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 227; Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası, s. 304; Karşlı, s. 334; Atalı/Ermenek/Erdoğan, s. 332; Budak/Karaaslan, s. 158, N. 26; Yılmaz, s. 701; Karamercan, s. 2512.

⁹⁶ Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 228; Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası, s. 304; Karşlı, s. 334; Atalı/Ermenek/Erdoğan, s. 333; Yılmaz, s. 697; Aslan/Akyol Aslan/Kiraz, s. 984; Karamercan, s. 2514.

⁹⁷ Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 228; Tanrıver, s. 644; Karamercan, s. 2515.

⁹⁸ Pekcanitez, s. 48; Simil, s. 291; Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 228; Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası, s. 305; Karşlı, s. 334; Budak/Karaaslan, s. 158, N. 26; Tanrıver, s. 647.

⁹⁹ Yargıtay 13. Hukuk Dairesi'nin 16.12.2019 tarihli ve E. 2016/30638 K. 2019/12632 sayılı kararı (www.legalbank.net, erişim tarihi: 14.10.2023).

vacı avukatın haksız olarak azledildiğinin mahkemenin de kabulünde olduğu, böyle bir durumda avukatın tam ücrete hak kazandığı ne var ki davacı avukat tarafından davalı iş sahibi adına ve yararına açılan davada dava değerinin 2.000,00 TL olarak gösterildiği, davacı avukatın azlinden sonra dava değerinin ıslah edildiği, ilk derece mahkemesi tarafından bu hususun göz ardı edilerek ıslah edilen miktar üzerinden hüküm kurulduğu, bunun usul ve yasaya aykırı olduğu belirtilmiş ve bozma kararı verilmiştir.

Yukarıda da ifade edildiği üzere, ilgili karara konu somut olayda haklı bir sebep olmaksızın azledilen avukatın tam ücrete hak kazandığı noktasında herhangi bir duraksama yoktur. Bu sebeple biz de bu çalışmada konunun bu yönü üzerinde durmuyoruz. Tam ücret, akdi vekâlet ücreti ile karşı vekâlet ücretinin toplamıdır. Taraflar arasında yazılı avukatlık ücret sözleşmesi varsa haksız azil halinde avukat sözleşmeyle kararlaştırılan akdi vekâlet ücretine hak kazanır. Sözleşme yoksa akdi vekâlet ücreti dava değeri üzerinden hesaplanır. Yasal vekâlet ücreti de yine dava değeri üzerinden tarifeye göre belirlenir. Yargıtay'a göre haksız azil halinde hesaplamalar azil tarihi itibarıyla harçlandırılmış dava değeri üzerinden yapılır. Mevcut durum genel hatlarıyla böyledir. Ancak yukarıda da açıklandığı üzere, belirsiz alacak davası olarak açılan bir davada, yargılama devam ederken dava değeri değişir. Gerçekten de belirsiz alacak davasında, o anda tespit edilebilen asgari miktar üzerinden dava açılır, daha sonra alacağın miktarının veya değerinin tam ve kesin olarak belirlenebilmesi mümkün olduğunda davacı tarafından dava değeri artırılır.¹⁰⁰

Bu noktada şöyle bir soru yöneltilebilir: Belirsiz alacak davasında esas dava değeri nedir? Başlangıçta harçlandırılan asgari miktar mıdır yoksa alacağın miktarının veya değerinin tam ve kesin olarak belirlenebilmesi mümkün olduğunda davacı tarafından artırılan miktar mıdır? Şüphesiz bu sorunun cevabı, belirsiz alacak davası devam ederken haksız olarak azledilen davacı vekili avukat yönünden muaccel hale gelen tam ücretin hesabı bakımından oldukça önemlidir. Avukat, belirsiz alacak davası devam ederken iş sahibi tarafından haksız olarak

¹⁰⁰ Pekcanitez, s. 48; Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 228; Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası, s. 305; Karlı, s. 334; Budak/Karaaslan, s. 158, N. 26; Tanrıver, s. 647.

azledilmiş, azil tarihi itibarıyla dava değeri henüz tam ve kesin olarak belirlenmemiş ve avukatın haksız azlinden sonra iş sahibi tarafından dava değeri artırılmış olabilir. Şu durumda üzerinde durulması gereken husus, belirsiz alacak davası olarak açılan davada, davacı avukatın haksız azli halinde tam ücret hesabında, başlangıçta harçlandırılan asgari miktarın mı yoksa alacağın miktarının veya değerinin tam ve kesin olarak belirlenebilmesi mümkün olduğunda artırılan miktarın mı esas alınması gerektiğidir.

Yukarıda da ifade edildiği üzere, belirsiz alacak davası kısmî davadan farklıdır. Kısmî dava davacının bölünebilir nitelikteki alacak hakkının tamamını değil yalnızca bir kısmını talep ederek açtığı davadır.¹⁰¹ O halde bölünebilir bir edimin bir kısmının talep konusu haline getirilerek kısmî dava açılmasının alacaklı yönünden bir tercih olduğu söylenebilir. Gerçekten de kısmî davada, alacağın miktarının tam ve kesin olarak belirlenebilmesi mümkün olabilir ancak alacaklı, yine de alacağını tam olarak ispatlayamaması ihtimalini de dikkate alarak muhtemel yargılama giderlerinden kaçınmak amacıyla kısmî dava açma yoluna gidebilir.¹⁰² Oysa belirsiz alacak davasıyla davacı, alacağının bir kısmını değil aslında tamamını talep etmektedir.¹⁰³ Bu nedenle belirsiz alacak davası, tam dava niteliğindedir. Yalnızca davayı açtığı anda davacı alacağının miktarını veya değerini tam ve kesin olarak belirleyememektedir.¹⁰⁴ Belirsiz alacak davası açıldığında, zamanaşımı yalnızca dava dilekçesinde gösterilen geçici talep sonucu yönünden değil, henüz tam ve kesin olarak belirlenebilir olmasa da alacağın tamamı yönünden kesilir.¹⁰⁵ Faiz bakımından da benzer bir durum söz konusudur. Belirsiz alacak davasında, dava açarken gös-

¹⁰¹ Cenk Akil, Kısmî Dava, Yetkin Yayınları, 1. Baskı, Ankara 2013, s. 63; Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 223; Atalı/Ermenek/Erdoğan, s. 342; Budak/Karaaslan, s. 156, N. 19; Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası, s. 301; Tanrıver, s. 630.

¹⁰² Hakan Pekcanitez, "Belirsiz Alacak Davası", *DEÜHFD*, 2009, C. 11, Prof. Dr. Bilge Umar'a Armağan Özel Sayısı, 2009, s. 533. Yargılama gideri rizikosu yönünden farklı görüşler için bkz. Simil, s. 101, dn. 334.

¹⁰³ Simil, s. 347 vd.; Pekcanitez, s. 59; Aslan/Akyol Aslan/Kiraz, s. 1002; Budak/Karaaslan, s. 159, N. 27; Tanrıver, s. 651.

¹⁰⁴ Simil, s. 347 vd.; Pekcanitez, s. 59; Aslan/Akyol Aslan/Kiraz, s. 1002; Budak/Karaaslan, s. 159, N. 27; Tanrıver, s. 651.

¹⁰⁵ Pekcanitez, s. 60; Simil, s. 354-355; Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 230; Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası, s. 305; Atalı/Ermenek/Erdoğan, s. 332; Budak/Karaaslan, s. 158, N. 27; Tanrıver, s. 650.

terilen asgari miktar için değil, alacağın tamamı için davanın açıldığı tarihten itibaren faize hükmedilir;¹⁰⁶ davadan feragat, sulh gibi davayı sona erdiren taraf usul işlemleri de yalnızca dava dilekçesinde gösterilen asgari miktar yani geçici talep sonucu yönünden değil, alacak hakkının tamamı yönünden hüküm ve sonuç doğurur.¹⁰⁷

Belirsiz alacak davasının tam dava niteliğinde olduğu ve belirsiz alacak davası açıldığında ortaya çıkan hukuki sonuçlar gözetildiğinde, belirsiz alacak davası yönünden esas dava değerinin dava açılırken o anda davacı tarafından tespit edilebilen ve başlangıçta harçlandırılan asgari miktar yani geçici talep sonucu olmadığı, alacağın miktarının veya değerinin tam ve kesin olarak belirlenebilmesi mümkün olduğunda, davacı tarafından talep edilen tam ve kesin miktar başka bir deyişle kesin talep sonucu olduğu kanaatine ulaşılmaktadır.

Konunun, kanunun amacı daha açık bir ifadeyle haksız azil halinde muaccel hale gelen tam ücretin işlevi bakımından da ele alınması gerekir. Yukarıda da ifade edildiği üzere, haksız azil durumunda muaccel hale gelen tam ücret, kanundan doğan asgari götürü tazminat niteliğindedir.¹⁰⁸ Bu tazminat, haksız yere azledilen avukatın müspet zararını başka bir deyişle ifa menfaatini karşılamaya yöneliktir.¹⁰⁹ Önemle belirtmek gerekir ki belirsiz alacak davası olarak açılan davada, davacı vekili avukatın haksız azli halinde tam ücret hesabı yapılırken başlangıçta harçlandırılan asgari miktarın başka bir deyişle geçici talep sonucunun esas alınması halinde bu amacın gerçekleştiğinden bahsedilemez. Tam tersine, belirsiz alacak davasında haksız olarak azledilen davacı vekili avukatın ifa menfaatinin karşılanabilmesi için kesin talep sonucunun esas alınması gerekir. Çünkü haksız azil halinde avukatın işe devam etmesi bizzat iş sahibi tarafından engellenmiştir. Aksi takdirde haksız azil halinde uygulama alanı bulan Avukatlık Kanunu'nun 174. maddesinin ikinci fıkrası işlevini yitirir ve belirsiz alacak davası bakımından davacı vekili avukatın haksız azli teşvik edilmiş olur.

¹⁰⁶ Simil, s. 115, 346-347; Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 230; Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası, s. 306; Tanrıver, s. 651; Karamercan, s. 2517.

¹⁰⁷ Pekcanitez, s. 61 vd.; Simil, s. 316, 318; Tanrıver, s. 652-653; Karamercan, s. 2517.

¹⁰⁸ Sungurtekin Özkan tarafından da haksız azil halinde avukata ödenen tam ücretin götürü tazminat niteliğinde olduğu belirtilmiştir (s. 212).

¹⁰⁹ Tandoğan, s. 633.

Bu noktada avukatlık ücretini düzenleyen hükme bir kez daha bakılmalıdır. Avukatlık Kanunu'nun 164. maddesinin dördüncü fıkrasında, "...değeri para ile ölçülebilen dava ve işlerde asgari ücret tarifelerinin altında olmamak koşuluyla ücret itirazlarını incelemeye yetkili merci tarafından davanın kazanılan bölümü için avukatın emeğine göre ilâmın kesinleştiği tarihteki müddeabihin değerinin yüzde onu ile yüzde yirmisi arasındaki bir miktar avukatlık ücreti olarak belirlenir" denmektedir. Buna göre, akdi vekâlet ücretine ilişkin bir sözleşme bulunmaması halinde bu ücret dava değeri üzerinden belirlenir. Ancak önemle belirtmek gerekir ki tek ölçüt bu değildir. Hükümde de açıkça ifade edildiği üzere, ücret belirlenirken avukatın emeği de dikkate alınmalıdır. Oysa kararda, konuya tamamen bir matematik problemi gibi yaklaşıldığı, avukat tarafından üstlenilen hukuki yardımın özellikleri ile avukatın emeği dikkate alınmaksızın yalnızca harçlandırılmış dava değeri üzerinden hüküm kurulduğu görülmektedir.¹¹⁰ Bu durumda, avukatın davayı açtıktan bir gün sonra azledilmesiyle bir yıl sonra azledilmesi arasında ücret yönünden bir fark yoktur. Haklı azil halinde dahi avukata emek ve mesaisine karşılık gelen adil bir ücretin ödenmesi gerektiği yönünde Yargıtay kararları mevcuttur.¹¹¹ Kaldı ki burada avukatın haksız azli söz konusudur. Yargıtay'ın konuya yaklaşımının tamamen yanlış olduğunu söyleyemeyiz. Ancak

¹¹⁰ Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 107. maddesinin ikinci fıkrası 22.07.2020 tarihli ve 7251 sayılı Kanun'la değiştirilmiş ve üçüncü fıkrası yürürlükten kaldırılmıştır. Yapılan kanun değişikliğinden sonra da Yargıtay'ın konuya bir matematik problemi gibi yaklaşmaya devam ettiği, davanın niteliğini gözetmeden, belirsiz alacak davası ile kısmi dava arasında herhangi bir ayırım yapmadan haksız azil halinde yalnızca azil tarihi itibarıyla harçlandırılmış dava değeri üzerinden avukatlık ücreti hesabı yaptığı görülmektedir. Örneğin Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 25.03.2021 tarihli ve E. 2018/ (13) 3-940 K. 2021/350 sayılı kararında, davanın türü dikkate alınmaksızın ve belirsiz alacak davası yönünden herhangi bir değerlendirme yapılmaksızın, yine genel geçer bir şekilde, azil tarihi itibarıyla dava değerinin, azil tarihi itibarıyla davada harcı yatırılan değer başka bir deyişle harçlandırılmış dava değeri olduğu belirtilmiştir. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'na göre, nasıl ki yargılama giderlerinden olan ve davada haksız çıkan taraf aleyhine hükmedilen karşı taraf vekâlet ücreti harcın yatırıldığı değer üzerinden belirlenmekte ise Avukatlık Kanunu'nun 164. maddesinin dördüncü fıkrasında düzenlenen ve yüzde on ile yüzde yirmi arasında takdir edilen akdi vekâlet ücretinin de davanın müddeabih başka bir deyişle davada harcın yatırıldığı değer üzerinden hesaplanması gerekir (www.legalbank.net, erişim tarihi: 14.10.2023).

¹¹¹ Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 23.09.1987 tarihli ve 3-186/657 sayılı kararı (Sungurtekin Özkan, s. 213, dn. 187).

kanunda açıkça yazmasına rağmen avukatın emeği göz ardı edilerek, yalnızca harçlandırılmış dava değeri üzerinden avukatlık ücret hesabı yapılması, özellikle belirsiz alacak davasında davacı vekili olarak görev yapan avukatın haksız azli halinde muaccel hale gelen tam ücretin hesaplanmasında hukuka aykırı sonuçlar doğurur. Şöyle ki belirsiz alacak davalarında, bilirkişi incelemesinin tamamlanmasıyla alacağın miktarının veya değerinin tam ve kesin olarak belirlenebilir hale gelmesi üzerine, iş sahibinin dava değerini artırarak kesin talep sonucunu ileri sürmesinden önce avukatını ücret ödememek amacıyla azletmesi uygulamada sıklıkla karşılaşılan bir durumdur. İşte böyle bir durumda, geçici talep sonucu üzerinden avukatlık ücretinin hesaplanması halinde, avukatını haksız olarak azleden iş sahibi kendi kusurundan yararlanmış hatta yargı eliyle ödüllendirilmiş olur.

Bunların dışında, avukatın haksız azli üzerine taraflar arasındaki menfaat dengesinin bozulduğu, avukatın emek ve mesaisinin boşa gittiği ancak azilden önce avukat tarafından yapılan işlemlerin azilden sonra da geçerli olmaya devam ettiği dikkate alınmalıdır. Azil işlemi ileriye etkili olup, avukat tarafından harcanan emek ve mesaiden örneğin avukat tarafından hazırlanan başarılı bir dilekçeden, beyandan, ihtarnameden, savunmadan iş sahibi yararlanmaya devam eder. Azil anına kadar avukat tarafından yapılan işlemlerin ekonomik bir değerinin olduğu da göz önünde bulundurulması gereken hususlardandır.

Yukarıda da ifade edildiği üzere, belirsiz alacak davası açarken davacı dava dilekçesinde hem hukuki ilişkiyi somut olarak ortaya koymak hem de davasını dayandırdığı bütün olguları göstermek ve bunlara ilişkin delilleri de bildirmek zorundadır.¹¹² Bunun dışında, belirsiz alacak davası açıldığında, zamanaşımı alacağın tamamı yönünden kesilir.¹¹³ Ayrıca belirsiz alacak davasında, alacağın tamamı için davanın açıldığı tarihten itibaren faize hükmedilir.¹¹⁴ O halde belirsiz

¹¹² Pekcanitez, s. 49; Simil, s. 237 vd.; Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 229; Karşlı, s. 334; Atalı/Ermenek/Erdoğan, s. 333; Yılmaz, s. 697; Aslan/Akyol/Aslan/Kiraz, s. 983; Karamercan, s. 2515.

¹¹³ Pekcanitez, s. 60; Simil, s. 354-355; Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 230; Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası, s. 305; Atalı/Ermenek/Erdoğan, s. 332; Budak/Karaaslan, s. 158, N. 27; Tanrıver, s. 650.

¹¹⁴ Simil, s. 115, 346-347; Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 230; Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası, s. 306; Tanrıver, s. 651; Karamercan, s. 2517.

alacak davası açan avukat; üstlendiği hukuki yardım yönünden gerekli araştırmayı yapmış, taraflar arasındaki hukuki ilişkiyi somut olarak ortaya koymuş, davasını dayandırdığı olguları ve bunlara ilişkin delilleri mahkemeye bildirmiş, alacağın tamamı yönünden zamanaşımını kesmiş ve yine alacağın tamamı yönünden dava tarihi itibarıyla faizin işlemeye başlamasını sağlamış demektir. İşte belirsiz alacak davasında haksız azilden sonra iş sahibi bu hukuki sonuçlardan yararlanmaya devam eder.

Avukat tarafından üstlenilen hukuki yardımın belirsiz alacak davasında davacı vekilliği olduğu ve dava değerinin artırılmasından önce avukatın haksız olarak azledildiği hallerde, avukatlık ücretinin azil tarihi itibarıyla harçlandırılmış asgari miktarın başka bir deyişle geçici talep sonucunun üzerinden değil, azilden sonra artırılan miktar yani kesin talep sonucu üzerinden hesaplanması gerekir. Esasen bu durum, çok basit bir şekilde kanunun gereğini yerine getirmektir. Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 107. maddesi ve Avukatlık Kanunu'nun 174. maddesinin ikinci fıkrası ile Avukatlık Kanunu'nun 164. maddesinin dördüncü fıkrası bir arada değerlendirildiğinde bu sonuca ulaşılmaktadır. Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 107. maddesi uyarınca, belirsiz alacak davası yönünden esas dava değeri, kesin talep sonucudur. Avukatlık Kanunu'nun 174. maddesinin ikinci fıkrası uyarınca haksız azil halinde avukat tam ücrete hak kazanır. Avukatlık Kanunu'nun 164. maddesinin dördüncü fıkrası uyarınca, avukatlık ücreti dava değeri üzerinden hesaplanır. O halde, belirsiz alacak davasında davacı vekili avukatın haksız azli halinde tam ücret hesabı kesin talep sonucu üzerinden yapılmalıdır.

SONUÇ

Haklı bir sebep olmaksızın iş sahibinin avukatı azletmesi halinde haksız azil söz konusu olur. Haksız azil durumunda Avukatlık Kanunu'nun 174. maddesinin ikinci fıkrası uygulanır. Bu düzenlemede, "Avukatın azli halinde ücretin tamamı verilir" denmektedir. Burada bahsi geçen ücret, iş sahibi ile avukat arasında kararlaştırılan akdi vekâlet ücreti ile yargılama gideri olarak mahkeme tarafından takdir edilen karşı vekâlet ücretidir. Buna göre haklı bir sebep olmaksızın azledilen avukat tam ücrete hak kazanır. Avukatlık ücreti azil anı itibarıyla muaccel olur.

Taraflar arasında yazılı avukatlık ücret sözleşmesi bulunabilir ve akdi vekâlet ücreti taraflarca sözleşmede kararlaştırılmış olabilir. Bu durumda, haksız azil halinde avukat sözleşmeyle kararlaştırılan akdi vekâlet ücretine hak kazanır. Avukatlık ücretinin kararlaştırılmamış olduğu veya taraflar arasında yazılı ücret sözleşmesinin bulunmadığı yahut ücret sözleşmesinin belirgin olmadığı veya tartışmalı olduğu veya ücret sözleşmesinin ücrete ilişkin hükmünün geçersiz sayıldığı hallerde ise Avukatlık Kanunu'nun 164. maddesinin 4. fıkrası uygulanır. Buna göre değeri para ile ölçülebilen dava ve işlerde asgari ücret tarifelerinin altında olmamak koşuluyla ücret itirazlarını incelemeye yetkili merci tarafından davanın kazanılan bölümü için avukatın emeğine göre ilâmın kesinleştiği tarihteki müddeabihin değerinin yüzde onu ile yüzde yirmisi arasındaki bir miktar avukatlık ücreti olarak belirlenir; değeri para ile ölçülemeyen dava ve işlerde ise avukatlık asgari ücret tarifesi uygulanır. Yargıtay'a göre bu noktada, azil tarihi itibariyle dava değeri esas alınır. Azil tarihi itibariyle dava değeri ise azil tarihi itibariyle davada harcı yatırılan değer başka bir deyişle harçlandırılmış dava değeridir. İcra takiplerinde ise müddeabih olarak takip açılış tutarı dikkate alınır. Yargılama giderlerinden olan karşı vekâlet ücreti ise azil tarihi itibariyle geçerli olan avukatlık asgari ücret tarifesine göre hesaplanır.

Avukatın azlinden sonra dava değeri değişmiş olabilir. Böyle bir durumda Yargıtay'a göre yine azil tarihi itibariyle dava değeri esas alınır, azilden sonra artırılan miktar üzerinden avukatlık ücreti belirlenemez. Haksız azil halinde avukatlık ücret hesabının bu şekilde yapılması hakkaniyete aykırı sonuçlar doğurabilir. Belirsiz alacak davası olarak açılan davalarda durum böyledir.

Belirsiz alacak davası açılabilmesi için dava konusu alacağın miktarının veya değerinin tam ve kesin olarak belirlenemiyor olması gerekir. Belirsiz alacak davasında her ne kadar davacı, dava konusu alacağın miktarını veya değerini dava dilekçesinde tam olarak göstermiyor olsa da davacı belirsiz alacak davası açarken belirleyebildiği, hesaplayabildiği oranda asgari bir miktarı dava değeri olarak dava dilekçesinde göstermek zorundadır. Buna geçici talep sonucu da denmektedir. Asgari bir miktar üzerinden açılmış olsa da belirsiz alacak davası tam dava niteliğindedir ve kısmî davadan farklı olarak belirsiz alacak davasıyla davacı, alacağının bir kısmını değil aslında tamamını

talep etmektedir. Bu nedenle belirsiz alacak davası açıldığında, kısmî davadan farklı olarak zamanaşımı yalnızca dava dilekçesinde gösterilen geçici talep sonucu yönünden değil, alacağın tamamı yönünden kesilir. Bunun dışında belirsiz alacak davasında, alacağın tamamı için davanın açıldığı tarihten itibaren faize hükmedilir.

Belirsiz alacak davasında, o anda tespit edilebilen asgari miktar üzerinden dava açılır, daha sonra alacağın miktarının veya değerinin tam ve kesin olarak belirlenebilmesi mümkün olduğunda davacı tarafından dava değeri artırılır. O halde belirsiz alacak davası yönünden esas dava değeri; dava açılırken o anda davacı tarafından tespit edilebilen ve başlangıçta harçlandırılan asgari miktar değildir, alacağın miktarının veya değerinin tam ve kesin olarak belirlenebilmesi mümkün olduğunda, davacı tarafından talep edilen tam ve kesin miktardır.

Avukatın haksız azlinde muaccel hale gelen tam ücret hukuki niteliği itibariyle kanundan doğan asgari götürü tazminattır ve haksız yere azledilen avukatın ifa menfaatini karşılamaya yöneliktir. Oysa geçici talep sonucu üzerinden hesaplanacak avukatlık ücreti, belirsiz alacak davasında haksız olarak azledilen davacı vekili avukatın ifa menfaatini karşılamaktan uzaktır. Ayrıca geçici talep sonucu üzerinden hesaplama yapılması halinde Avukatlık Kanunu'nun 174. maddesinin ikinci fıkrası da işlevini yitirir ve belirsiz alacak davası bakımından davacı vekili avukatın haksız azli teşvik edilmiş olur.

Avukatlık ücreti belirlenirken tek ölçüt dava değeri değildir, avukatın emeğinin de hesaba katılması gerekir. Bunun dışında, azlin ileriye etkili olduğu ve azil anına kadar avukat tarafından yapılan işlemlerin ekonomik bir değer taşıdığı ve azilden sonra da iş sahibinin avukatın emeğinden yararlanmaya devam ettiği dikkate alınmalıdır.

Yukarıda belirtilen hususlar bir arada değerlendirildiğinde, avukat tarafından üstlenilen hukuki yardımın belirsiz alacak davasında davacı vekilliği olduğu ve dava değerinin artırılmasından önce avukatın haksız olarak azledildiği hallerde, avukatlık ücretinin azil tarihi itibariyle harçlandırılmış asgari miktarın başka bir deyişle geçici talep sonucu üzerinden değil, azilden sonra artırılan miktar yani kesin talep sonucu üzerinden hesaplanması gerektiği sonuç ve kanaatine ulaşılmaktadır. Şu durumda, kanunun özüyle ve amacıyla bağdaşmadığın-

dan Yargıtay 13. Hukuk Dairesi'nin 16.12.2019 tarihli ve E. 2016/30638 K. 2019/12632 sayılı kararına katılabilmemiz mümkün değildir.

Son olarak, üstlenilen hukuki yardımın belirsiz alacak davasında davacı vekilliği olması halinde mutlaka yazılı avukatlık ücret sözleşmesi yapılmalı ve haksız azil halinde avukatlık ücreti ayrıca belirlenmelidir. Aksi takdirde bu uygulama değişmedikçe, avukatın uğradığı zararı karşılamaktan uzak, çok cüzi bir miktar üzerinden avukatlık ücreti hesaplanacaktır.

Kaynakça

Kitaplar

- Akil Cenk, Kısmî Dava, Yetkin Yayınları, 1. Baskı, Ankara 2013.
- Arslan Ramazan/Yılmaz Ejder/Taşpınar Ayvaz Sema/Hanağası Emel, Medenî Usul Hukuku, 9. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2023.
- Atalı Murat/Ermenek İbrahim/Erdoğan Ersin, Medenî Usul Hukuku, Yetkin Yayınları, 5. Baskı, Ankara 2022.
- Aydın Murat, Avukatlık Ücreti, 3. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2006.
- Birinci Uzun Tuba, Götürü Tazminat, Yetkin Yayınları, 1. Baskı, Ankara 2015.
- Budak Ali Cem/Karaaslan Varol, Medeni Usul Hukuku, 5. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul 2021.
- Cimbar Ferhat, Avukatlık Sözleşmesinde Ücret, 1. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2019.
- Egemen Erhan/Aşık Ahmet Can, Uygulamada Avukatlık Ücreti, Uygulamadan Örnekler, Bilirkişi Raporları, Yargıtay Kararları, 1. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2021.
- Eren Fikret, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 24. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2019.
- Fischer Detlev, Vertragsstrafe und vertragliche Schadensersatzpauschalierung, Eine rechtsvergleichende Darstellung der neueren deutschen und französischen Rechtsentwicklung, Diss. Freiburg im Breisgau, Frankfurt am Main 1981.
- Gökyayla K. Emre, Avukatlık Sözleşmesinin Avukatın Azli ve İstifasıyla Sona Ermesi, 1. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2007.
- Günergök Özcan, Avukatlık Sözleşmesi, 1. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2003.
- Karateke Songül, Avukatlık Sözleşmesinde Ücret, 1. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara 2006.
- Karslı Abdurrahim, Medeni Muhakeme Hukuku, 5. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul 2020.
- Kılıçoğlu Ahmet, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 18. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara 2014.

- Kocaağa Köksal, Ceza Koşulu (Sözleşme Cezası), 2. Baskı, Yetkin Yayıncılık, Ankara 2018.
- Kuru Baki, İstinaf Sistemine Göre Yazılmış Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı, 3. Baskı, Yetkin Yayıncılık, Ankara 2019.
- Mısır Haşim, Avukatlık Sözleşmesi ve Ücret (Soru-Cevap), 1. Baskı, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, Ankara 2020.
- Müderrişoğlu Feridun, Avukatlıkta Vekâlet ve Ücret Sözleşmesi ve İçtihatlar, 1. Baskı, Ayyıldız Matbaası, Ankara 1974.
- Oertli Theres, Der vertraglich pauschalierte Schadenersatz: unter Berücksichtigung der Abgrenzung zur Konventionalstrafe, Luzern 2004.
- Oğuzman Kemal/Öz Turgut, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C.I, 10. Baskı, İstanbul 2012.
- Özdemir Burcu Deniz, Avukatlık Sözleşmesinde Ücret, Bahçeşehir Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2020.
- Pekcanitez Hakan, Belirsiz Alacak Davası (HMK m. 107), Yetkin Yayıncılık, Ankara 2011.
- Pekcanitez Hakan/Atalay Oğuz/Özekes Muhammet, Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı, 10. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2022.
- Seliçi Özer, Borçlar Kanunu'na Göre Sözleşmeden Doğan Sürekli Borç İlişkilerinin Sona Ermesi, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1976.
- Serozan Rona, İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme (Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı, Borçlar Hukuku Genel Bölüm, Üçüncü Cilt), 6. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul 2014.
- Simil Cemil, Belirsiz Alacak Davası, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2013.
- Sungurtekin Özkan Meral, Avukatlık Mesleği, Avukatın Hak ve Yükümlülükleri, 2. Baskı, Barış Yayınları Fakülteler Kitabevi, İzmir 1999.
- Tandoğan Haluk, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri C. II, 5. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2010.
- Tanrıver Süha, Medenî Usul Hukuku Cilt I, 4. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2021.
- Tunçomağ Kenan, Türk Hukukunda Cezai Şart, İstanbul Üniversitesi, İstanbul 1963.
- Uçar Salter, Avukatın Hak ve Ödevleri, Kazancı Yayınları, İstanbul 1998.

Makaleler

- Akgül Salih, "Avukatlık Sözleşmesi ve Avukatlık Ücreti", *Ankara Barosu Dergisi*, 2018, S. 4, s. 341-364.
- Aksu Raziye, "Avukatlık Sözleşmesinin Unsurları ve Hukuki Niteliği", *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, 2016, S. 27, s. 861-891.
- Aslan Kudret/Akyol Aslan Leyla/Kiraz Taylan Özgür, "Koşulları Oluşmadan Açılan Belirsiz Alacak Davasında Mahkemece Verilecek Karar", *DEÜHFED*, 2015, Prof. Dr. Hakan Pekcanitez'e Armağan Özel Sayısı, s. 975-1024.

- Birsel Mahmut T./Sevi Murat, "3095 sayılı Kanuni Faiz ve Temerrüt Faizine İlişkin Kanun Madde 4/A Hükümünün Uygulama Alanı", *DEÜHFD*, 2009, C. 11, Prof. Dr. Bilge Umar'a Armağan Özel Sayısı, s. 1029-1070.
- Burcuoğlu Haluk, "Avukatlık Sözleşmesi ve Avukatlık Ücreti ile İlgili Önemli Bazı Sorunlar", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 2003, S. 49, s. 49-82.
- Erdem Mehmet, "Tazminatın Götürü Olarak Belirlenmesi", *Gazi Üniversitesi Sorumluluk ve Tazminat Hukuku Sempozyumu (28-29 Mayıs 2009)*, Ankara 2009, s. 97-124.
- Kapancı Berk, "Götürü Tazminat Anlaşması ve Bunun Ceza Koşulundan Ayırt Edilmesi", Prof. Dr. Mustafa Dural'a Armağan, İstanbul 2013, s. 655-683.
- Karamercan İnci, "Yargıtay İçtihatları Işığında İş Yargılamasında Belirsiz Alacak Davası", *DEÜHFD*, 2017, Prof. Dr. Şeref Ertaş'a Armağan Özel Sayısı, C. 19, s. 2507-2550.
- Kocabaş Gediz, "Avukatlık Sözleşmesinin Haksız Azil Yoluyla Sona Ermesinin Avukatlık Ücretine Etkisi", *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, 2009, C. 15, S. 1-2, s. 279-293.
- Pekcanitez Hakan, "Belirsiz Alacak Davası", *DEÜHFD*, 2009, C. 11, Prof. Dr. Bilge Umar'a Armağan Özel Sayısı, 2009, s. 509-552.
- Yılmaz Ejder, "Uygulamada Amacına Ulaşamayan Belirsiz Alacak Davasına İlişkin Hüküm Yürürlükten Kaldırılmalıdır", *YÜHFD*, C. XVIII, 2021/2, s. 695-726.

HUKUK MUHALEMESİNDE ADLİ YARDIM

LEGAL AID IN CIVIL PROCEDURE

Ahmet Ertan YILMAZTEKİN*

Özet: Yargı hizmetlerinin bir kısmına erişebilmek için bazı harç ve giderlerin ödenmesi gerekliliği, maddi imkânları yetersiz kişilerin mahkemeye erişimlerine ve haklarını aramalarına engel teşkil etmektedir. Bu engeli ortadan kaldırmak ve bu çerçevede mahkemeye erişim hakkının maddi imkânları yetersiz kişiler açısından tam olarak hayata geçirilebilmesi için adli yardım kurumu ihdas edilmiştir. Bu kurum sayesinde maddi imkânlarından yoksun kişilere mali kolaylıklar ve hukuki yardım sağlanmaktadır.

Bu makalede, adli yardım kurumu hukuk muhakemesi çerçevesinde ele alınmıştır. Anılan kurumun bütün boyutları inceleme konusu yapılmış olmakla birlikte adli yardım kurumuna dair sorunlu olduğu değerlendirilen alanlar hakkında spesifik bazı tespitler yapılmış ve bu sorunlar hakkında çözüm önerilerinde bulunulmuştur.

Anahtar Kelimeler: Adli Yardım, Ekonomik Yoksunluk, Muafiyet, Mali Kolaylıklar, Hukuki Yardım

Abstract: The requirement to pay some fees and expenses in order to access some of the judicial services prevents people with inadequate financial means from accessing to the court and asserting their rights. In order to eliminate this obstacle and to fully realize the right to access to court for people with inadequate financial means, a legal aid institution has been established. Thanks to this institution, financial convenience and legal assistance are provided to people who lack financial means.

In this article, legal aid institution is discussed within the framework of civil procedure. Although all dimensions of the institution in question have been examined, some specific findings have been made about the areas that are considered problematic regarding the legal aid institution and solutions have been suggested for these problems.

Keywords: Legal Aid, Economic Deprivation, Exemption, Financial Facilitations, Legal Assistance

* Avukat, eyilmaztekin@gmail.com, ORCID: 0009-0003-2175-6843, Makalenin Gönderim Tarihi: 06.03.2023, Kabul Tarihi: 05.02.2024

GİRİŞ

Modern hukuk sistemlerinde yargı hizmetlerinde görev alan hâkime davanın taraflarınca herhangi bir ücret ödenmez. Ancak bir davanın açılması ve sürdürülmesi için birtakım harcamalar yapmak gereklidir. Bu kapsamda kişiler mahkemelere başvururken bazı harç ve giderleri ödemek zorundadır. Bunun yanı sıra avukat yardımından yararlanmak isteyen kişiler avukatlık ücreti de ödemek durumunda kalmaktadırlar. Bu harcamalar kimi zamana azımsanmayacak tutarlara ulaşabilmekte, dolayısıyla kişileri ciddi ekonomik külfet altına sokabilmektedir.

Mahkemeye başvurmak için ödenmesi gereken harç ve giderler kişilerin ekonomik durumuna göre belirlenmemektedir. Aksine ekonomik durumu ne olursa olsun herkes aynı harç ve giderleri ödemek durumundadır. Bu durum özellikle maddi imkânlardan yoksun kişilerin mahkemeye erişimlerine ve haklarını aramalarına engel teşkil etmekte, hatta kişilerin haklarını kaybetme tehlikesiyle karşı karşıya kalmasına neden olabilmektedir. Ekonomik yoksunluklar veya bir başka deyişle maddi imkânsızlıklar nedeniyle hak arama yollarından mahrum kalma durumu sosyal adaletle bağdaşmadığı gibi Anayasa'da güvence altına alınan adil yargılanma hakkı kapsamındaki mahkemeye erişim hakkıyla da çelişmektedir. Ayrıca bu durum Anayasa'nın sosyal devlet ve eşitlik ilkesine de aykırılıklar teşkil etmektedir.

Bu tür olumsuzlukları gidermek adına sosyal hukuk devletinin bir gereği olarak Türk hukuk sisteminde adli yardım kurumu ihdas edilmiştir. Bu kurum sayesinde mahkemeye erişim hakkı önündeki engeller bertaraf edilmekte, maddi imkanlardan yoksun kişilere yargı makamları önünde haklarını aramaları veya savunmaları için parasal kolaylıklar sağlanmaktadır. Bu çerçevede adli yardım kurumu, kanunda aranan şartları taşıyan kişilere yargılama giderleri muafiyeti ve ücretsiz avukat yardımdan yararlanma imkânı getirmektedir.

Adli yardım kurumunun incelendiği ve değerlendirildiği bu çalışmanın birinci kısmında, genel olarak adli yardım, adli yardım kavramının tanımı, adli yardımın amacı ile adli yardım kurumunun anayasal temelleri incelenmiştir. Çalışmanın ikinci kısımda ise, adli yardım kurumunun uygulama alanları ve adli yardımdan yararlanabilecek kişiler ele alınmıştır. Çalışmanın üçüncü kısmında ise adli yardım tale-

binde bulunabilme koşulları ile adli yardım usulü, adli yardım kararı ve sonuçları incelenmiş ve bu konularda hakkında değerlendirmelerde bulunulmuştur. Çalışmanın dördüncü ve son kısmında ise Avukatlık Kanunu'nda adli yardım kurumu ele alınmıştır.

I. ADLİ YARDIM KAVRAMI, TANIMI, ADLİ YARDIM KURUMUNUN AMACI VE ANAYASAL TEMELLERİ

A. Genel Olarak

Modern hukuk sistemlerinin çoğunda uyuşmazlıkların devlet tarafından örgütlenmiş yargı organlarınca çözülmesi için taraflara belli miktarlarda yargılama masraflarına katkıda bulunma yükümlülüğü getirilmiştir. Günümüzde bir davanın açılması ve sürdürülmesi için tarafların birtakım mali külfetler altına girmesi gerekmektedir.¹ Bu çerçevede hukuk mahkemelerinde bir davanın açılabilmesi için yargılama harç ve giderlerinin ödenmesi gerekmektedir. Bunun yanı sıra açılmış olan bir davanın takip edilmesi de birtakım harcamaların yapılmasını gerektirmektedir.² Anılan bu harcamaların yapılması kimi durumlarda kişiler için maddi imkânsızlıklar nedeniyle mümkün olmayabilir ve bu nedenle mahkeme erişim hakkından yararlanamama durumu ortaya çıkabilir. Böyle bir durumun ortaya çıkmasını engellemek için kişilerin geçici de olsa bu masraflardan muaf tutulması ve avukat yardımından ücretsiz yararlandırılması zorunluluğu ortaya çıkmaktadır.³ Bu durumda adli yardım kurumu devreye girmekte, ekonomik yoksunluk içinde bulunan kişilere mahkemeye erişim hakkını etkin biçimde kullanabilmeleri imkânı sağlanmaktadır.⁴ Adli yardım, maddi imkânlardan yoksun kimselere; yargı makamları önünde haklarını arama ve savunma imkânına sahip olmaları için yargılama masrafla-

¹ Ayşe Kılınç, *Medeni Usul Hukukunda Adli Yardım*, Ankara: Adalet Yayınevi, 2013, s. 1.

² Mehmet Akbal, "Medeni Yargılama Hukukunda Adli Yardım", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 93 (2011), s. 148-149.

³ Ayşe Kılınç, "Bir İnsan Hakkı Olarak Adli Yardım", *Hukuk ve İktisat Araştırmaları Dergisi*, 3 (2011), s. 2; Muammer Aydın, "Adli Yardım Sistemine Genel Bir Bakış", *İstanbul Barosu Dergisi*, 5 (2007), s. 2117; Celal Osman Arslanalp, "Adli Yardım", *İzmir Barosu Dergisi*, 2 (1988), 32.

⁴ Mustafa Serdar Özbek, *Hukuk Yargılama Usûlünde Gider Avansı*, Ankara: Yetkin Yayınları, 2018, s. 198.

rından muafiyet ile mali kolaylıklar, ücretsiz avukat yardımından yararlandırmak suretiyle de hukuki yardım sağlamaktadır.⁵

B. Adli Yardım Kavramının Tanımı

Adli yardıma ilişkin temel düzenlemeler genel olarak Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda (HMK) yer almaktadır. HMK'da yer alan düzenlemelerde adli yardımın tanımına yer verilmemiştir. Doktrinde ise adli yardım kurumu farklı şekillerde tanımlanmıştır.

Kuru'ya göre, "adli yardım aslında haklı olan kimsenin fakirliği nedeniyle bir davanın gerektiği mali külfetlerden geçici olarak muaf tutulmasıdır".⁶

Tanrıver'e göre, "kendisinin ve ailesinin geçimini önemli ölçüde zor duruma düşürmeksizin, yargılama ve takip giderlerini kısmen veya tamamen karşılayamayacak durumda bulunan kişilerin, haklı oldukları yönünde peşinen bir kanaat uyandırabilmeleri, yani yasal deyişle, taleplerinin açıkça dayanaktan yoksun olmaması kaydıyla, yargılama veya takip giderlerini ödemekten geçici muaf tutulmasına öngören kuruma adli yardım denir".⁷

Pekcanitez-Atalay-Özekes'e göre; "sosyal hukuk devletinin bir gereği olarak kabul edilmiş adli yardım, yoksul kimselere yargı organları önünde haklarını arayabilmeleri veya savunma yapabilmeleri için parasal kolaylıklar sağlanması anlamına gelir".⁸

Postacıoğlu-Altay'a göre, "şahısların sırf masrafları ödeyememelerinden dolayı, dava açmamak veya gereği gibi savunmada bulunmamak suretiyle haksızlıkları önlemek için düzenlenen" kuruma adli yardım denir.⁹

⁵ Hakan Pekcanitez/Oğuz Atalay/Muhammet Özekes, *Medenî Usûl Hukuku*, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2023, s. 573-574; Abdullah Çelik, "Bireysel Başvuru Kapsamında Adli Yardım", *Bireysel Başvuru İncelemeleri-1* içinde, Ed. Musa Sağlam, Serdar Gülener, Recep Kaplan, Ankara: Anayasa Mahkemesi Yayınları, 2013, s. 87.

⁶ Baki Kuru, *Hukuk Muhakemeleri Usulü*, İstanbul: Beta Basım Yayım, 6. Baskı, Cilt I, 2001, s. 5418.

⁷ Suha Tanrıver, *Medenî Usûl Hukuku*, Ankara: Yetkin Yayınları, 2024, s. 1223.

⁸ Pekcanitez/Atalay/Özekes, *Medenî Usûl Hukuku*, s. 574.

⁹ İlhan E. Postacıoğlu/Sümer Altay, *Medenî Usûl Hukuku Dersleri*, İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2020, s. 987.

Ercan'a göre, "adli yardım kendisinin ve ailesinin geçimini önemli ölçüde zora sokmaksızın, yargılama giderlerini kısmen veya tamamen ödeyemeyecek durumda olan kimselere, yargılama giderlerini ödemekten geçici bağımsızlık (muafiyet) tanınmasıdır".¹⁰

Atalay'a göre, "adli yardım kendisinin ve ailesinin geçimini önemli ölçüde sıkıntıya düşürmeksizin, yargılama giderlerini kısmen veya tamamen ödeyemeyecek durumundaki kişilere, iddia ve savunmalarında haklı olmaları koşuluyla tanınmış olan geçici bir bağımsızlıktır".¹¹

Adı geçen tanımlardan da faydalanarak adli yardımı; sosyal hukuk devletinin gereği ve Anayasa'da güvence altına alınan adil yargılanma hakkı kapsamında yer alan kişilerin mahkemeye erişim hakkının tam olarak hayata geçirilebilmesi sağlamak maksadıyla, maddi imkânlarından yoksun kişilere yargı makamları önünde haklarını arama ve etkin savunma imkânına sahip olmaları için mali kolaylıklar ve hukuki yardım sağlanması şeklinde tanımlayabiliriz.

C. Adli Yardımın Amacı

Yargılama harç ve masrafları nedeniyle günümüzde bir davanın açılması veya takip edilmesi oldukça masraflı olabilmektedir. Devlet mahkemelerin sunduğu yargı hizmetine karşılık harç almaktadır. Bunun yanında yargılama sürecinde yapılan masraflar için gider veya delil avansı adında yargılama giderleri de talep edilmektedir.¹² Bu durum ekonomik imkânlardan yoksun kişilerin haklarını aramaları önünde bir engel teşkil etmektedir. İşte adli yardım kurumu bu engellerin bertaraf edilmesi ve maddi imkânlardan yoksun kişilerin mahkemeye erişimlerinin sağlanması amacıyla ihdas edilmiştir. Bu kurum sayesinde maddi imkânlardan yoksun kişiler yargılama sonuna kadar mahkeme harç ve masraflarını ödemekten muaf tutulmaktadırlar.

¹⁰ İsmail Ercan, *Uygulamacılar İçin Medeni Usul Hukuku El Kitabı*, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2021, s. 927.

¹¹ Oğuz Atalay, "Adli Yardım ve Etkileri, İzmir Barosu Dergisi, 1 (1988), s. 40.

¹² Ramazan Arslan/Ejder Yılmaz/Sema Taşpınar Ayvaz/Emel Hanağası, *Medenî Usûl Hukuku*, Ankara: Yetkin Yayınları, 2022, s. 782; Kuru, *Hukuk Muhakemeleri Usulü*, s. 5418; Hakan Pekcanitez/Muhammet Özeker/Mine Akkan/Hülya Taş Korkmaz, *Medenî Usûl Hukuku*, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, Cilt III, 2017, s. 2410.

Bunun yanı sıra dava açmak isteyen veya kendisine karşı açılmış olan davada savunma yapmak isteyen kişiler, maddi imkânlardan yoksun iseler avukat yardımından mahrum kalabilir. Bu durum ise kişilerin davalarda kendilerini etkin şekilde savunmalarına engel teşkil eder. Zira hukuk bilgisi hiç veya yeterince olamayan kişiler davada kendilerini etkin şekilde savunamazlar. Ayrıca davanın tarafı olmanın vermiş olduğu subjektif bakış açısı, heyecan veya stres tarafın kendini etkin savunmasına engel teşkil edecektir. Etkin savunma olanaklarını sağlamak ve oluşabilecek sakıncaları gidermek amacıyla adli yardım kurumu, kanunda öngörülen şartları sağlayan kişilere ücretsiz avukat yardımdan yararlanma imkânı sunmaktadır.

D. Adli Yardım Kurumunun Anayasal Temelleri

Hukukun üstünlüğünü benimsemiş modern anayasalar, insan haklarına saygılı olduğu gibi onları koruyucu temel görevlerde üstlenir. Yürürlükte bulunan Anayasa'nın 5'inci maddesi¹³ (AY m.5) bu ilkeyi benimsediği gibi koruyucu içeriğe de sahiptir.¹⁴ Anayasa'nın 5'inci maddesi gereğince, kişilerin temel hak ve özgürlüklerini sosyal hukuk devleti ve adalet ilkeleriyle bağdaşmayacak şekilde sınırlayan siyasal, ekonomik ve sosyal engeller ortadan kaldırılmalıdır. Bir başka ifadeyle hak arama özgürlüğü ortadan kaldıran veya güçleştiren engeller ortadan kaldırılmalıdır. İşte bu çerçevede adli yardım kurumu adı geçen engelleri ortadan kaldırmaya yardımcı olan bir kurumdur.¹⁵

Devletin kişilerin hukuki korunma taleplerini karşılamak, mahkemeye erişim ve savunma imkânları önündeki engelleri ortadan kaldırmak ve ekonomik yoksunluk içinde bulunan kişilerin yargı hizmet-

¹³ Devletin temel amaç ve görevleri başlığını taşıyan Anayasa'nın 5'inci maddesi, "devletin temel amaç ve görevleri, Türk milletinin bağımsızlığını ve bütünlüğünü, ülkenin bölünmezliğini, Cumhuriyeti ve demokrasiyi korumak, kişilerin ve toplumun refah, huzur ve mutluluğunu sağlamak; kişinin temel hak ve hürriyetlerini, sosyal hukuk devleti ve adalet ilkeleriyle bağdaşmayacak surette sınırlayan siyasal, ekonomik ve sosyal engelleri kaldırmaya, insanın maddi ve manevi varlığının gelişmesi için gerekli şartları hazırlamaya çalışmaktır" şeklindedir.

¹⁴ Pekcanitez/Özkes/Akkan/Taş Korkmaz, *Medeni Usûl Hukuku*, s. 2412.

¹⁵ Alim Taşkın, "Adli Yardımın İşlevi ve Yardım Giderlerinin Geri Alınma Zamanı", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 3 (1999), s.834; Akbal, "Medeni Yargılama Hukukunda Adli Yardım", s. 149; Nihan Esendal, "Yabancıların Adli Yardımdan Yararlanması ve Âdil Yargılanma Hakkı", *Terazi Hukuk Dergisi*, 3/31 (2009), s. 184.

lerine erişmesini sağlamak için benimsediği araçlardan biri olan adli yardım kurumu, ekonomik yoksunluk içinde bulunan kişilerin yargı hizmetlerine erişim hakkını etkin biçimde kullanabilmeleri için öngörülmüştür. Bu aracın sağladığı imkân sayesinde ekonomik yoksunluk içinde bulunan kişiler yargılama giderlerinden geçici olarak muaf tutulmaktadır.¹⁶

Bir değer olarak insanın vazgeçilmezliğini ve dokunulmazlığını anlatan kavram insan onuru kavramıdır. Bu kavram gereği her insan bir fert olarak; tanınmayı, dikkate alınmayı, değer görmeyi ve önemsenmeyi talep etme hakkına haizdir.¹⁷ Anayasa'nın başlangıç kısmında "her Türk vatandaşının bu Anayasadaki temel hak ve hürriyetlerden eşitlik ve sosyal adalet gereklerince yararlanarak milli kültür, medeniyet ve hukuk düzeni içinde onurlu bir hayat sürdürme ve maddi ve manevi varlığını bu yönde geliştirme hak ve yetkisine doğuştan sahip olduğu" açıkça ifade edilmektedir.

Bu çerçevede insan haklarına saygı duyan, insan onurunun vazgeçilmezliğini ve dokunulmazlığı benimseyen, hukuk düzenini temel alan bir devletin birtakım temel görevleri vardır. Bu görevlerden birisi de vatandaşlarının mali yetersizliği nedeniyle yargı hizmetlerine erişimde ortaya çıkan engelleri ortadan kaldırma görevidir.¹⁸ İnsan onuruna ve haklarına saygı duyan, hukukun üstünlüğünü benimsemiş bir devlet yapısında, mali açıdan zayıf durumda olan tüm vatandaşların ekonomik kaygılar nedeniyle yargı hizmetlerine başvurmaktan çekinmelerine yol açan engellerin kaldırılması sağlanmalıdır.

Anayasa'nın ikinci maddesinde Türkiye Cumhuriyeti'nin "sosyal bir hukuk devleti" olduğu açıkça ifade etmektedir. Sosyal hukuk dev-

¹⁶ Arslan, Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası, s. 782; Kılınç, Medenî Usul Hukukunda Adli Yardım, s. 8; Özbek, Hukuk Yargılama Usûlünde Gider Avansı, s. 198. Adli yardım kurumu bizim hukuk sistemimizde geçici muafiyet sağlamaktadır. Buna karşın bazı hukuk sistemlerinde adli yardım kurumu geçici değil sürekli muafiyet sağlamaktadır. Bkz. Ejder Yılmaz, "Yargılama Giderlerinin İşlevi ve Sosyal Hukuk Devleti", Ankara Barosu Dergisi, 2 (1984), s. 219.

¹⁷ Pekcanitez/Özekes/Akkan/Taş Korkmaz, Medenî Usûl Hukuku, s. 2412; Kılınç, Medenî Usul Hukukunda Adli Yardım, s. 124.

¹⁸ Pekcanitez/Özekes/Akkan/Taş Korkmaz, Medenî Usûl Hukuku, s. 2412; Kılınç, "Bir İnsan Hakkı Olarak Adli Yardım", s. 4-5; Kılınç, Medenî Usul Hukukunda Adli Yardım, s. 125; İmmihan Yaşar, "Adli Yardım Uygulaması", İstanbul Barosu Dergisi, 80/5 (2006), s. 2013.

leti olmanın bir gereği ve güvencesi olarak, devlet tüm vatandaşların temel insan haklarını hukuki olarak güvence altına almak durumundadır. Bu güvenceden tüm vatandaşlar ekonomik durumlarına göre değişmeksizin eşit düzeyde yararlanmalıdırlar. Bu güvence kanun önünde eşitlik ilkesinin hayata geçmesini sağlar.¹⁹

Bunun yanı sıra bu güvence adil yargılanma hakkı bağlamında silahların eşitliği ilkesiyle işlerlik kazanacaktır. Zira Anayasa Mahkemesi'nin Sebiha Kaya kararında belirtildiği gibi “Silahların eşitliği ilkesi, davanın taraflarının usule ilişkin haklar bakımından aynı koşullara tabi tutulması ve taraflardan birinin diğerine göre daha zayıf bir duruma düşürülmeksizin iddia ve savunmalarını makul bir şekilde mahkeme önünde dile getirme fırsatına sahip olması anlamına gelir”.²⁰ Dolayısıyla Anayasa'da koruma altında olan silahların eşitliği ilkesinin işlerlik kazanması için, kişilerin ilk olarak uyuşmazlıkları mahkeme önüne taşıyabilmeleri dolayısıyla onlara ekonomik endişelerden uzak haklarını arayabilmeleri²¹ sağlayacak imkânın sağlanması gerekmektedir.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6'ncı ve Anayasa'nın 36'ncı²² maddeleri ile adil yargılanma hakkı güvence altına alınmıştır.²³

¹⁹ Pekcanitez/Özekes/Akkan/Taş Korkmaz, *Medenî Usûl Hukuku*, s. 2412-2413; Kılınc, *Medenî Usul Hukukunda Adli Yardım*, s. 137; Yılmaz, “Yargılama Giderlerinin İşlevi ve Sosyal Hukuk Devleti”, s. 209; Akbal, “Medeni Yargılama Hukukunda Adli Yardım”, s. 149; Aydın, “Adli Yardım Sistemine Genel Bir Bakış”, s. 2118; Oğuz Atalay, “Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı'nda Avukatla Temsil Zorunluluğu ve Adli Yardım” *Hukuk Perspektifleri Dergisi*, 8 (2006), s.99; Akın Çakın, *Adalet Erişim*, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2016, s.201; İdil Elveriş, der., *Türkiye'de Adli Yardım*, İstanbul: İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, 2004, s. 39; Ahmet Cemal Ruhi, *Milletlerarası Usul Hukukunda Adli Yardım*, Tebligat ve İstinabe, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2016, s.27.

²⁰ Anayasa Mahkemesi, Genel Kurul Kararı, B. No. 2018/34124, T. 20.5.2021, <https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr>. 02.11.2022.

²¹ “Sosyal hukuk devletinin bir gereği olarak kabul edilmiş olan adli yardım...” (Yargıtay 12. H.D. T. 31.05.2021, E.2021/4973, K. 2021/5678), www.lexpera.com.tr (05.10.2022).

²² Anayasa'nın 36'ncı maddesi, “herkes, meşrû vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir” şeklindedir.

²³ Pekcanitez, Özekes/Akkan/Taş Korkmaz, *Medenî Usûl Hukuku*, s. 2413; Suha Tanrıver, “Hukuk Yargısı (Medenî Yargı) Bağlamında Adil Yargılanma”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 53 (2004), s. 191; İdil Elveriş, der., *Türkiye'de Adli Yardım*, s. 39; Ruhi, *Milletlerarası Usul Hukukunda Adli Yardım*, Tebligat ve İstinabe, s.28.

Bu güvencenin sonucu olarak devlet, bireylerin adli yargılanma hakkından yararlanmasını sağlayacak kurumları tesis etmek yükümlüğü altındadır.²⁴ Devlet bu kapsamda, Anayasa’da güvence altına aldığı adil yargılanma hakkı önündeki engelleri bertaraf etmeli, ekonomik imkânlardan yoksun kişilerin bu hakkı kullanmalarını engelleyen ve güçleştiren engelleri ortadan kaldırmalıdır. Bu engeller ve güçlükler adli yardım kurumu sayesinde²⁵ bertaraf edilebilir.²⁶ Adli yardım kurumunun sağladığı imkânlar sayesinde bireylerin mahkemeye erişim hakkı önündeki engeller ve güçlükler bertaraf edildiği gibi avukat yardımından ücretsiz yararlanması da sağlanır.

Anayasa Mahkemesi 20.10.2011 günlü, E.2011/54 ve K.2011/142 sayılı kararda; kanun koyucunun, yargı hizmetlerinin verilmesi karşılığında harç alınması biçiminde düzenleme yapma yetkisi bulunduğunu ancak bunun Anayasa’nın 36’ncı maddesi kapsamında bulunan mahkemeye erişim hakkını da engellememesi için *harcın miktarının makul olması, harcın alınmasında haklı bir amacın olması, ulaşılmak istenen amaç ile harç miktarı arasında orantı olması ve ödeme gücü olmayanlar bakımından etkili adli yardım sisteminin olması* kriterlerine uyulması gerektiğini vurgulamaktadır.²⁷

Bunun yanı sıra Anayasa Mahkemesi *Tacettin Ceylan* kararında, mahkemeye erişim hakkının mutlak bir hak olmadığını ve sınırla-

²⁴ Anayasa’nın 36’ncı maddesi hak arama hürriyetini ve adil yargılanma hakkını güvence altına almaktadır. Hak arama hürriyeti ve adil yargılanma hakkı aynı zamanda yargısal temel haklar arasında yer almaktadır. Yargısal temel haklar, yargılama faaliyeti esnasında insan hakları ile anayasadaki temel hakların gerçekleşmesine hizmet eden haklardır. Detaylı bilgi için bkz. Esra Atalay, “Yargısal Temel Haklar”, Şükrü Postacıoğlu’na Armağan Dön. Ser. Yayınları, İzmir 1997, s. 441-449.

²⁵ “... adli yardım isteminde bulunulması olanaklıdır... adli yardım kararı verilebileceği kabul edilmelidir. Bu kabulün, yargı mercileri önünde hak arama özgürlüğünü düzenleyen Anayasanın 36.maddesi ile adil yargılanma hakkını düzenleyen Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 6.maddelerine uygun olduğu da kuşkusuzdur”. (Yargıtay 3. H.D. T. 18.12.2012, E.2012/20133, K. 2012/26034), www.lexpera.com.tr (05.10.2022).

²⁶ Pekcanitez/Özekes/Akkan/Taş Korkmaz, *Medenî Usûl Hukuku*, s.2413-2414; Tanrıver, “Hukuk Yargısı (Medenî Yargı) Bağlamında Adil Yargılanma”, s. 191-192; Kılınç, *Medenî Usul Hukukunda Adli Yardım*, s. 126-128; Akbal, “Medeni Yargılama Hukukunda Adli Yardım”, s. 150; Atalay, “Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı’nda Avukatla Temsil Zorunluluğu ve Adli Yardım”, s.97.

²⁷ Anayasa Mahkemesi, T. 20.10.2011, E. 2011/54, K. 2011/142, <https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr> (02.11.2022).

malara tabi tutulabileceğini ancak bu sınırlamaların meşru bir amaca dayanması yanında hakkın özünü zedelemeyecek nitelikte olmaması ve ölçülü olması gerektiğini belirtmiştir. AYM'ye göre mahkemeye erişim hakkı kapsamında harç, gider avansı gibi “*abartılı, zorlama veya ciddiyetten yoksun talepleri disipline etmeye yönelik*” müdahaleler orantılı olmaları durumunda meşru addedilebilir. Bununla birlikte bu müdahaleler hakkın özüne dokunmamalı ve kişiler üzerine aşırı külfetler yüklememelidir.²⁸

II. ADLİ YARDIMIN KAPSAMI

A. Adli Yardımın Uygulama Alanları

Hukukumuzda adli yardıma ilişkin temel düzenlemeler genel olarak HMK'da yer almaktadır. Adli yardım HMK'nın 334'üncü ila 340'ıncı maddeleri arasında düzenlenmiştir. HMK'da yer alan düzenlemeler sayesinde yargılama giderlerini ödeme konusunda ekonomik yoksunluk içinde olan kişilere hak arama yollarına başvurmada kolaylıklar sağlanmıştır.²⁹ HMK'nın adli yardıma ilişkin hükümleri sadece çekişmeli yargılamalarda değil aynı zamanda çekişmesiz yargı işlerinde de uygulama alanı bulmaktadır. Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun (HMUK) yürürlükte olduğu dönemde adli yardım hükümlerinin çekişmesiz yargı işlerinde uygulanıp uygulanmayacağı tartışmalıydı.³⁰ Ancak HMK'nın 334'üncü maddesinde yer alan “yar-

²⁸ Anayasa Mahkemesi, Tacettin Ceylan Başvurusu, B. No: 2017/39062, T. 10.11.2021), <https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr> (02.11.2022). AİHM de mahkemeye erişim hakkının mutlak olmadığı ve sınırlandırılabilmesi ancak bu sınırlandırmaların hakkın özünü bozmayacak biçimde olması gerektiğini ifade etmiştir. Mahkeme ayrıca anılan hakka dair sınırlandırmaların meşru bir amaç takip etmemesi ya da orantılı olmaması durumunda AİHS'e aykırılık sonucu doğacağını belirtmiştir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Nalbant ve Diğerleri/Türkiye Davası, Başvuru No: 59914/16, T. 05.09.2022.

²⁹ Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası, Medenî Usûl Hukuku, s. 782; Kılınç, Medenî Usul Hukukunda Adli Yardım, s. 181; Çakın, Adalet Erişim, s.204.

³⁰ Baki Kuru/Burak Aydın, Medenî Usul Hukuku El Kitabı, Ankara: Yetkin Yayınları, 2021, s. 1629; Kılınç, Medenî Usul Hukukunda Adli Yardım, s. 182. O dönem yürürlükte olan HMUK'da açık bir düzenleme olmadığından adli yardım hükümlerinin çekişmesiz yargı işlerinde uygulanamayacağı ileri sürülmekteydi. Bu görüşe göre, HMUK'da ‘iddia ve savunma’ ifadeleri yer almaktaydı. Çekişmesiz yargı işinde çekişme olmadığı gibi iddia ve savunma da söz konusu olmadığından-

gılama veya takip giderlerini" ifadesi bu tartışmalara son vermiştir. Zira bu ifadeyle tüm yargılama veya takip giderleri kapsama alınmış, dolayısıyla adli yardımın çekişmesiz yargıyı da kapsadığı hususu açıklığa kavuşmuş, bu husustaki tüm tereddütler son bulmuştur.³¹ Adli yardıma ilişkin hükümler çekişmeli ve çekişmesiz yargı işleri dışında icra ve iflas takipleri ile geçici hukuk koruma yollarında da uygulama alanı bulmaktadır.

Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu'nun (HUAK) 13'üncü maddesinin üçüncü fıkrası uyarınca, arabuluculuk ücretini karşılamak için de adli yardıma başvurulabilir.³² Adı geçen düzenlemeye göre, arabuluculuk ücretini karşılamak için adli yardıma ihtiyaç duyan taraf, arabuluculuk bürosunun bulunduğu yerdeki sulh hukuk mahkemesinin kararıyla adli yardımdan yararlanabilir. İlgili düzenlemede HMK'nın adli yardıma ilişkin hükümlerinin kıyasen uygulanacağına yer verilmiştir. Böylece arabuluculuk sürecinde de adli yardımdan yararlanabileceği HUAK'ta düzenleme altına alınmıştır. Bunun yanı sıra adli yardım hükümlerinin noterler tarafından düzenlenen her türlü evrak ve suretlerinde de uygulama alanına sahip olduğu kabul edilmektedir.³³

Adli yardıma ilişkin hükümler ilgili kanunlarda yer alan düzenlemelere dayanılarak idare ve vergi mahkemeleri ile bölge idare mahke-

dan "iddia ve savunma" ifadesi dikkate alınarak adli yardımın çekişmesiz yargı işlerinde uygulanamayacağı sonucuna varılmaktaydı. Atalay Oğuz, "Medenî Usûl Hukukunda Adli Yardım", Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi, 1986, s.48. Geniş bilgi için bkz. Kılınç, *Medenî Usul Hukukunda Adli Yardım*, s. 183-184.

³¹ Kılınç, *Medenî Usul Hukukunda Adli Yardım*, s. 183-184.

³² HUAK'ın 13/3 maddesi "Arabuluculuk ücretini karşılamak için adli yardıma ihtiyaç duyan taraf, arabuluculuk bürosunun bulunduğu yerdeki sulh hukuk mahkemesinin kararıyla adli yardımdan yararlanabilir. Bu konuda 12/1/2011 tarihli ve 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 334 ila 340'ıncı maddeleri kıyasen uygulanır" şeklindedir.

³³ Kılınç, *Medenî Usul Hukukunda Adli Yardım*, s. 192; Leyla Akyol Aslan, "Adli Yardım Kurumunun Arabuluculukta Uygulanması- (HUAK m. 13/3)", *Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 4/1 (2018), s. 79. Noterlik işlemlerinde adli yardım konusu hakkında detaylı bilgi için bkz. Alim Taşkın, "Noterlik İşlemlerinde Adli Yardım Hükümlerinin Uygulanması", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 2 (2000): 413-436.

meleri ve Danıştay’da da uygulanmaktadır.³⁴ Bunun yanı sıra adli yardım kurumu Anayasa Mahkemesi’ne yapılacak bireysel başvurularda da uygulama alanı bulmaktadır.³⁵

B. Adli Yardım Kurumundan Yararlanabilecek Kişiler

Adli yardım kurumu maddi yoksunluk içinde olan gerçek kişiler esas alınarak düzenlenmiştir. Ancak bu kurumdan sadece gerçek kişiler değil kamuya yararlı dernekler, kamuya yararlı vakıflar ile karşılıklılık şartı yerine getirilmek koşuluyla yabancılar da yararlanabilir.³⁶

Gerçek kişilerin adli yardım talebinde bulunabilmesi için dava ve takip ehliyetine sahip olması yeterlidir. Adli yardım talebinde bulunan gerçek kişinin davada hangi tarafta bulunduğu bir önemi yoktur. Bu açıdan adli yardım talebinde bulunan kişi davada davacı olabileceği gibi davalı da olabilir.³⁷ Kendileri avukat ile temsil eden kişilerin vekili aracılığıyla adli yardım talebinde bulunması mümkündür. Bu konuda avukatın vekâletnamesinde özel yetki bulunmasına gerek yoktur (HMK m.73). Zira HMK’nın 74’üncü maddesinde vekâletnamede özel yetki bulunması gereken hallerde adli yardım talebinde bulunmak yer almamaktadır. Bu nedenle vekil olarak tayin edilmiş olan avukat vekâletnamesinde özel yetki bulunmasına gerek olmaksızın müvekkili adına adli yardım talebinde bulunabilir. Bunun yanı sıra vasi, kayyım ve yasal temsilci de yararına hareket ettikleri kişiler lehine adli yardım talebinde bulunabilir.³⁸

³⁴ Akbal, “Medeni Yargılama Hukukunda Adli Yardım”, s. 151; Mustafa Köksal, “Adli Yardım (Müzaheretli Adliye) Kurumunun İdari Yargıdaki Uygulaması”, *Terazi Hukuk Dergisi*, 4/40 (2009), s. 103; Kuru ve Aydın, *Medenî Usul Hukuku El Kitabı*, s. 1637.

³⁵ Anayasa Mahkemesi’ne yapılacak bireysel başvuru kapsamında adli yardım kurumu hakkında detaylı bilgi için bkz. Çelik, “Bireysel Başvuru Kapsamında Adli Yardım”.

³⁶ Pekcanitez/Özekes/Akkan/Taş Korkmaz, *Medenî Usûl Hukuku*, s. 2415; Pekcanitez/Atalay/Özekes, *Medenî Usûl Hukuku*, s. 575; Tanrıver, *Medenî Usûl Hukuku*, s. 1224; Kılınç, *Medenî Usul Hukukunda Adli Yardım*, s. 193; Postacıoğlu/Altay, *Medenî Usûl Hukuku Dersleri*, s. 956; Akbal, “Medeni Yargılama Hukukunda Adli Yardım”, s. 152; Ercan, *Uygulamacılar İçin Medeni Usul Hukuku El Kitabı*, s. 928; Aydın, “Adli Yardım Sistemine Genel Bir Bakış”, s. 2122.

³⁷ Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası, *Medenî Usul Hukuku*, s. 783.

³⁸ Pekcanitez/Özekes/Akkan/Taş Korkmaz, *Medenî Usûl Hukuku*, s. 2415; Tanrıver, *Medenî Usûl Hukuku*, s. 1224; Kılınç, *Medenî Usul Hukukunda Adli Yardım*, s. 193; Akbal, “Medeni Yargılama Hukukunda Adli Yardım”, s. 152.

HMK'da yer alan düzenleme incelendiğinde tüzel kişilerin adli yardımdan yararlanması hususunda kanun koyucunun bir sınırlama getirdiği görülmektedir.³⁹ Adı geçen düzenlemeye göre tüzel kişilerde sadece kamuya yararlı dernekler⁴⁰ ve vakıflar⁴¹ adli yardımdan yararlanabilirler (HMK m.334/2). İlgili düzenleme çerçevesinde kanunda öngörülen şartlar gerçekleştiği takdirde sadece kamuya yararlı dernekler ve vakıflar adli yardım talebinde bulunabilirler.⁴² Doktrinde

³⁹ HMK'nun yürürlüğe girmesinde önce yürürlükte bulunan HMUK'un 465'inci maddesi "kendisiyle ailesini meişetçe ehemmiyetli zarurete düşürmeksizin masarifi lazimeyi kısmen veya tamamen ifadan aciz olan kimselerle müessesatı hayriye iddia ve müdafaalarında veya icraya ve ihtiyati tedbirlere müracaatlarında haklı olduklarına dair delil gösterirlerse müzaheretli adliyeye nail olabilirler.- Ecnebilerin müzaheretli adliyeye nail olabilmeleri muamelei müteakibinin cari olduğunun ispat edilmesine mütevakıftır" şeklindeydi. İlgili tüzenlemede tüzel kişiler için adli yardım başvurusu kural olarak öngörülmemişti. Bu kuralın istinası müessesatı hayriye yani hayır kurumlarıydı. Bu düzenleme dikkate alındığında sadece hayır amaçlı hareket eden tüzel kişilerin adli yardımdan yararlanabileceği sonucu ortaya çıkmaktaydı. Tüzel kişilerinin hayır kurumu olup olmadığı veya bu niteliği taşıyıp taşımadığı hâkim karar vermekte, bu konuda hâkime takdir yetkisi verilmişti. HMK'nun yürürlüğe girmesiyle tüzel kişilerden sadece kamuya yararlı derneklerin ve vakıfların yararlanacağı açıkça düzenlenmiştir. Detaylı bilgi için bkz. Akbal, "Medeni Yargılama Hukukunda Adli Yardım", s. 152-153; Taşkın, "Adli Yardımın İşlevi ve Yardım Giderlerinin Geri Alınma Zamanı", s. 839; Atalay, "Medenî Usûl Hukukunda Adli Yardım", s. 57.

⁴⁰ 5253 sayılı Dernekler Kanunu'nun 27'nci maddesine göre, "Kamu yararına çalışan dernekler, Cumhurbaşkanlığı kararıyla tespit edilir". Bir derneğin kamu yararına çalışan derneklerden sayılması için aranan şartlar Dernekler Yönetmeliği'nin 49'uncu maddesinde düzenlenmiştir. Adı geçen düzenlemeye göre bir derneğin kamuya yararlı dernek sayılması için, "en az bir yıldan beri faaliyette bulunması, son bir yıl içindeki 200.000 Türk Lirasını geçen alım ve satım işlemlerinin rekabet koşullarına uygun yapılması, amacı ve gerçekleştirdiği faaliyetlerin, üyelerinin dışında yerel, ulusal veya uluslararası düzeyde toplumun ihtiyaç ve sorunlarına yönelik çözümler üretecek ve toplumsal gelişmeye katkı sağlayacak nitelikte olması, yıl içinde elde ettiği gelirin en az yarısının bu amaçla harcanması, sahip olduğu mal varlığının ve yıllık gelirinün tüzüğünde belirtilen amacı gerçekleştirecek düzeyde olması gerekir".

⁴¹ Kamuya yararlı vakıf statüsü elde etmek için, vergi muafiyeti statüsüne sahip olmak gerekir. Bu nedenle, kamuya yararlı vakıf statüsü aslında vergi muafiyeti statüsüdür. 4962 sayılı kanunun 20'nci maddesine göre, "Gelirlerinin en az üçte ikisini nev'i itibarıyla genel, katma ve özel bütçeli idarelerin bütçeleri içinde yer alan bir hizmetin veya hizmetlerin yerine getirilmesini amaç edinmek üzere kurulan vakıflara, Cumhurbaşkanınca vergi muafiyeti tanınabilir". Bkz. Pekcanitez/Özeker/Akkan/Taş Korkmaz, Medeni Usûl Hukuku, s. 2416.

⁴² "Davalı vekilinin adli yardım talebini içeren dilekçesi ve dosya kapsamındaki belge ve bilgiler birlikte değerlendirildiğinde; Adli yardımdan yararlanacak kişi-

kimi yazarlar bu durumu eleştirmektedir. Söz konusu eleştirilerde ödeme güçlüğü içindeki tüzel kişilerin adli yardımdan yararlandırılmamasının ve gerçek kişiler karşısında tüzel kişilere daha az bir hukuki koruma öngörülmesinin herhangi bir meşru gerekçesi bulunmadığı ifade edilmektedir.⁴³

Özel hukuk tüzel kişilerinin de adil yargılanma hakkının süjesi olabildikleri gözetildiğinde bu kişilerin adli yardımdan yararlanamaması gerektiği gibi kategorik bir düşünce bu kişilerin mahkemeye erişim haklarının ihlaline sebebiyet verebilir. Nitekim AİHM yakın tarihli *Nalbant ve Diğerleri/Türkiye* kararında, ticaret şirketi niteliğindeki tüzel kişilerin adli yardım taleplerinin reddi hususunda yaptığı değerlendirmede bunların adli yardımdan yararlanmaları hususunda, somut olayın koşullarını gözetmeye imkân vermeyen genel bir yasağın AİHS ile bağdaşmadığını belirtmiştir.⁴⁴

Bu karardan kısa bir süre sonra, yakın tarihte Anayasa Mahkemesi de tüzel kişilerin adli yardımdan yararlandırılmaması dolayısıyla hak ihlali kararı vermiştir.⁴⁵ Mahkeme *Kemtaş Tekstil İnşaat Sanayi ve*

ler 6100 sayılı HMK'nın 334. maddesinde sayılmıştır. Anılan maddenin 1. bendine göre ancak gerçek kişiler, 2.bendine göre de ancak kamuya yararlı dernek ve vakıflar adli yardımdan yararlanabilir. Kamuya yararlı dernek ve vakıflar dışındaki tüzel kişilerin adli yardımdan yararlanmaları mümkün değildir. Davalılardan... ticaret...şirketi...olup Yasa gereği adli yardımdan yararlanması mümkün bulunmadığından adli yardım talebi yerinde görülmemekle reddine karar vermek gerekmişti". (Yargıtay 3. H.D. T. 09.05.2017, E.2017/316, K. 2017/6802), www.lexpera.com.tr (08.10.2022).

⁴³ Kılınc, *Medenî Usul Hukukunda Adli Yardım*, s. 355; Emel Hanağası, *Medenî Yargılama Hukukunda Silahların Eşitliği*, Ankara: Yetkin Yayınları, 2016, s. 335; Ruhi, *Milletlerarası Usul Hukukunda Adli Yardım, Tebligat ve İstinabe*, s. 40.

⁴⁴ "Mahkeme, başvuran şirketler hakkında, yerel mahkemelerin muafiyet taleplerini yeterince detaylı bir değerlendirme yapmadan sadece iç hukukta ticari tüzel kişiliklere adli yardımcı ilişkin bir hüküm bulunmadığına atıfta bulunarak reddettiklerini gözlemlemektedir. Diğer bir deyişle, yerel mahkemeler iç hukukta adli yardıma dair bir hükmün olmayışını, ticari amaçları olan bütün tüzel kişilere uygulanacak mahkeme harçlarından muafiyet konusunda ayırım gözetmeksizin bir kısıtlama olarak ele almışlardır. Fakat Mahkeme hâlihazırda mahkeme harçlarından muafiyete ilişkin genel bir yasağın Sözleşme'nin 6 § 1 maddesi yönünden bir sorun teşkil edeceğine hükmetmiştir". Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, *Nalbant ve Diğerleri/Türkiye Davası*, Başvuru No: 59914/16, T. 05.09.2022.

⁴⁵ Başvuruya konu gelişen olaylara göre: İnşaat işi ile iştigal eden başvurucu Kemtaş Tekstil İnşaat Sanayi ve Ticaret Anonim Şirketinin inşa ettiği site, idare mahkemesinin revizyon nâzım imar planını iptal etmesine istinaden ilgili belediyeler-

Ticaret Anonim Şirketi kararında ticari şirketlerin bireysel durumları değerlendirilmeden sırf tüzel kişi olmaları nedeniyle adli yardım kurumundan yararlandırılmamasının bunların mahkemeye erişimini aşırı derecede güçleştirdiği hatta imkânsız hâle getirdiği gerekçesiyle Anayasa'nın 36'ncı maddesinde güvence altına alınan adil yargılanma hakkı kapsamında mahkemeye erişim hakkının ihlal edildiğine karar vermiştir.⁴⁶ Mahkeme bu kararında, kanun koyucunun ticaret şirketlerini adli yardımdan yararlandırmak istemediğini ve bu konuya kategorik olarak yasaklama getirdiğini bununla birlikte kanun koyucunun adli yardımdan kimin yararlanabileceği ve bu kurumun koşullarına karar verme konusundaki takdir hakkı kullanırken kanun koyucunun anayasal ilkelere bağlı kalması gerektiğini vurgulamıştır.

Kararının devamında AYM, hak ve fiil ehliyetine sahip olan ve bu suretle kendi lehine haklar kendi aleyhine borçlar meydana getirebilme imkânı bulunan ve yargı mercileri önünde aktif ve pasif dava ehliyetine sahip olarak iddialarını dile getirme imkânı bulunan ticaret şirketlerinin yüksek miktardaki yargılama giderlerini ödemekten aciz olsalar dahi adli yardımdan faydalanamadığını ve bu durumdaki şirketlerin dava açmalarını kolaylaştırabilecek herhangi bir düzenleme ya da yargısal uygulamanın da olmadığı tespitinde bulunmuştur.

Mahkeme yukarıdaki tespitler çerçevesinde, kanuni düzenlemeden kaynaklı olarak tüzel kişi ticari şirketlerin sırf tüzel kişi olması nedeniyle adli yardımdan kurumundan yararlanamamasının meşru bir amacının olmadığını ifade etmiştir. Mahkeme meşru amacı bulunmayan bu müdahalenin anılan durumdaki şirketlerin mahkemeye erişimini aşırı derecede zorlaştırdığı hatta olanaksız hale getirdiği so-

ce alınan kararlar üzerine yıkılmıştır. Yıkım işlemi sonrasında başvuru şirketi; fazlaya ilişkin talebi ve dava hakkı saklı kalmak kaydıyla maddi tazminat davası açmış, ardından bilirkişi raporu doğrultusunda maddi tazminat miktarını ıslah etmiş ve ıslah harcını ödeme gücü olmadığını belirterek adli yardım talebinde bulunmuştur. Mahkeme, bu talebi reddetmiş; bu karara yönelik itirazın incelemekle görevli mahkeme de 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 334'üncü maddesine göre özel hukuk tüzel kişilerinin adli yardımdan yararlanabileceğine ilişkin bir düzenleme bulunmadığını belirterek başvuru kişinin adli yardım talebinin kesin olarak reddine karar vermiştir.

⁴⁶ Anayasa Mahkemesi, Kemtaş Tekstil İnşaat Sanayi ve Ticaret Anonim Şirketi Başvurusu, B. No: 2020/22192, T. 17.05.2023, R.G. Tarih ve Sayısı: 08.11.2023-32363, <https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr> 16.11.2023.

nucuna da varmış ve başvuru ticaret şirketi üzerinde ağır bir külfete neden olan bu durumun onun mahkemeye erişim hakkına yönelik ölçüsüz bir müdahale sonucu doğurduğunu belirtmiştir.⁴⁷

Gerçekten de tüzel kişiler bakımından adli yardımdan yararlanma imkânının sadece kamuya yararlı olduğuna karar verilen dernek ve vakıflarla sınırlı tutulması izahı güç bir ayrımcılıktır. Bu çerçevede hukukun üstünlüğünün kabul edildiği hukuk devletlerinde kişilerin hukuki korunma taleplerini karşılamak, mahkemeye erişim ve savunma imkânları önündeki engelleri ortadan kaldırmak bir görevdir. Bu görev yerine getirilirken gerçek veya tüzel kişiler arasında haklı bir temelle dayanmayan ayırım yapılmaması gerekir. Bu eşitlik ilkesinin de bir gereğidir. Bu nedenle Anayasa Mahkemesi'nin vermiş olduğu isabetli karar da dikkate alınarak, bu konuda bir yasal düzenleme yapılarak kanunun aradığı şartlar oluştuğu takdirde, gerçek kişiler gibi herhangi bir ayrıma tabi tutulmadan ödeme güçlüğü içinde bulunan tüm tüzel kişilerin bu imkândan yararlanmasının sağlanması yerinde olacaktır.⁴⁸

Yabancı gerçek kişiler de karşılıklılık şartına bağlı olarak adli yardımdan yararlanabilirler (HMK m.334/3). Buna göre, yabancıların adli yardımdan yararlanabilmesi için kanunda aranan şartların yanı sıra kendi ülkelerinde Türk vatandaşlarının adli yardımdan yararlanabilmesi ve bu durumun ispatı gereklidir.⁴⁹

⁴⁷ Anayasa Mahkemesi, Kentaş Tekstil İnşaat Sanayi ve Ticaret Anonim Şirketi Başvurusu, B. No: 2020/22192, T. 17.05.2023, R.G. Tarih ve Sayısı: 08.11.2023-32363, <https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr> 16.11.2023.

⁴⁸ Nitekim Anayasa Mahkemesi de "Kentaş Tekstil İnşaat Sanayi ve Ticaret Anonim Şirketi Başvurusu" kararında, ihlalin kanundan kaynaklandığını tespit ederek benzeri ihlallerin oluşmasını önlemek amacıyla verilen hak ihlali kararının yasama organına bildirilmesine karar vermiştir. Anayasa Mahkemesi, Kentaş Tekstil İnşaat Sanayi ve Ticaret Anonim Şirketi Başvurusu, B. No: 2020/22192, T. 17.05.2023, R.G. Tarih ve Sayısı: 08.11.2023-32363, <https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr> 16.11.2023.

⁴⁹ Pekcanitez/Özekes/Akkan/Taş Korkmaz, Medenî Usûl Hukuku, s. 2417; Postacıoğlu/Altay, Medenî Usûl Hukuku Dersleri, s. 956; Ercan, Uygulamacılar İçin Medenî Usul Hukuku El Kitabı, s. 928. Doktrinde genel olarak kabul edilen görüş çerçevesinde, karşılıklılık şartının gerçekleşmesi durumunda yabancı kamuya yararlı dernek ve vakıflarında adli yardım hükümlerinden faydalanabileceği kabul edilmektedir. Bkz. Pekcanitez/Özekes/Akkan/Taş Korkmaz, Medenî Usûl Hukuku, s. 2420; Kılınç, Medenî Usul Hukukunda Adli Yardım, s. 109-110; Atalay, "Medenî Usûl Hukukunda Adli Yardım", s. 64; Akbal, "Medeni Yargılama Hukukunda Adli Yardım", s. 153, dpn.

Türkiye’de bulunan geçici hukuki koruma altındaki sığınmacıların veya mültecilerin adli yardım hizmetlerinden yararlanıp yararlanamayacağı hususunda açık bir düzenleme bulunmamaktadır. Türkiye’nin de 1949 yılında onayladığı İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi’ne (İHEB) göre; hak arama özgürlüğü, mülteci ve sığınmacılar dâhil herkes için tanınmış bir haktır.⁵⁰ Mülteci ve sığınmacılara uluslararası mevzuatta tanınan bu hakları kullanabilmeleri için kendilerine gerekli kolaylıklar sağlanmalıdır. Bu bağlamda, katıldığımız görüş çerçevesinde avukatlık ücretini ve diğer yargılama giderlerini karşılama olanağı bulunmayan mülteci ve sığınmacılara adli yardım hizmetlerinden yararlanma imkânının tanınması yerinde olacaktır.⁵¹

III. ADLİ YARDIM KOŞULLARI, USULÜ, KARARI VE SONUÇLARI

A. Adli Yardım Talebinde Bulunabilme Koşulları

Adli yardım talebinde bulunabilme koşulları HMK’nın 334’üncü maddesinin düzenlenmiştir. Adı geçen düzenlemeye göre gerçek kişiler bakımından adli yardımdan yararlanma koşulları “kendisi ve ailesinin geçimini önemli ölçüde zor duruma düşürmeksizin yargılama giderlerini kısmen veya tamamen ödeme gücünden yoksun olma” ve “talebin açıkça dayanaktan yoksun olmamasıdır”. Tüzel kişiler bakımından ise adli yardımdan yararlanabilecek olan kamuya yararlı dernekler ve vakıflar bakımından adli yardımdan yararlanma koşulları, “yargılama giderlerini mali açıdan zor duruma düşmeden ödeyemeyecek durumda olma” ve “taleplerinde haklı görünmeleri” halidir. Bu bağlamda adı geçen düzenlemeye göre adli yardım talebinde bulunabilmek için ekonomik anlamda yetersizlik, haklılık ve yabancılar için karşılıklılık koşulunun bulunması gerekmektedir.

Atalı/Ermenek/Erdoğan, Medenî Usûl Hukuku, Ankara: Yetkin Yayınları, 2023, s. 694-695; Hanağası, Medenî Yargılama Hukukunda Silahların Eşitliği, s. 335.

⁵⁰ 1951 tarihli Mültecilerin Hukuki Durumuna Dair Cenevre Sözleşmesi ve 6458 sayılı Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu adli yardım hizmetlerinden yararlanma hakkını teyit etmektedir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Aslı Aras, “Mülteci ve Sığınmacıların Adalete Erişiminde Adli Yardım”, *Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi*, 23 (2021): 43-54.

⁵¹ Aras, “Mülteci ve Sığınmacıların Adalete Erişiminde Adli Yardım”, s.43-44; Kılınç, Medenî Usul Hukukunda Adli Yardım, s. 209.

B. Gerçek Kişiler Bakımından

1. Ekonomik Anlamda Yoksunluk Şartı

Gerçek kişiler bakımından adli yardımdan yararlanabilmek için bulunması gereken koşullardan ilki, talepte bulunan kişinin kendisinin ve ailesinin geçimini önemli ölçüde zor duruma düşürmeksizin yargılama ve takip giderlerini kısmen veya tamamen ödeme gücünden yoksun olması halidir. Burada aranan koşulun sağlanmış sayılabilmesi için kişinin yoksul veya bir başka ifadeyle fakir olması ya da yardıma muhtaç olması yahut icra hukuku anlamında aciz durumunda olmasına gerek yoktur. Burada aranan koşul kişinin kendisinin ve ailesinin geçimini önemli derecede zora düşürmeden yargılama veya takip giderlerini ödeyememesi halidir. Dolayısıyla adli yardım talebinde bulunan kişinin sürekli bir geçim sıkıntısı içinde olmasına gerek yoktur⁵². Yargılama veya takip giderlerini ödemesi durumunda önemli ölçüde maddi sıkıntı içine düşebilecek kimseler adli yardımdan yararlanabilir.⁵³

Ekonomik anlamda yoksunluk şartının oluşup oluşmadığının tespitinde karar verecek olan yargı merci, öncelikle adli yardımın kapsamını dikkate almalı ve bu doğrultuda adli yardım talebinde bulunan kişinin ekonomik durumunu tespit etmelidir. Adli yardım talebinde bulunan kişi sadece yargılama harç ve giderlerinden muafiyet talep

⁵² Adli yardım koşullarının düzenlendiği HMK'nın 334'üncü maddesinin gerekçesi şu şekildedir: "Adli yardımdan yararlanabilme koşulları, yoksulluk ve haklılıktır. Yoksulluk, tamamen fakr-u zaruret içinde bulunmak şeklinde anlaşılmamalıdır. Kendisi ve ailesinin normal geçimini sağlayacak kadar mal ve haklara veya gelire sahip olan bir kişinin, açmak zorunda kaldığı bir dava veya kendisine karşı açılan bir dava sebebiyle yapmak zorunda kalacağı harcamaları, kendisi ve ailesinin geçimini önemli ölçüde zora düşürmeksizin karşılama gücünden yoksun olan kişilerin de adli yardımdan yararlanmaları icap eder".

⁵³ Pekcanitez/Özekes/Akkan/Taş Korkmaz, Medenî Usûl Hukuku, s. 2417-2418; Pekcanitez/Atalay/Özekes, Medenî Usûl Hukuku, s. 575; Tanrıver, Medenî Usûl Hukuku, s. 1224; Kılınç, Medenî Usul Hukukunda Adli Yardım, s. 198-199; Faruk Erem, Adli Yardım, (İmran Öktem'e Armağan), Ankara: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1970, s. 117-118; Atalay, "Medenî Usûl Hukukunda Adli Yardım", s. 61; Akbal, "Medeni Yargılama Hukukunda Adli Yardım", s. 154; Çelik, "Bireysel Başvuru Kapsamında Adli Yardım", s. 92; Atalay, "Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı'nda Avukatla Temsil Zorunluluğu ve Adli Yardım", s.99.

edebileceği gibi sadece avukat yardımından yararlanmayı da talep edebilir. Bunun yanı sıra adli yardım talebinde bulunan kişi her iki yönden de adli yardım talebinde bulunabilir.⁵⁴ Ekonomik anlamda yoksunluk şartının oluşup oluşmadığının tespitinde başvuruda bulunan kişinin geliri, bu gelir kapsamında malvarlığı değerleri, malvarlığı değerleri karşılığı elde ettiği gelirleri, borçları ve sosyal durumu da dikkate alınmalıdır. Özetle ekonomik yoksunluk durumu tespit edilirken başvuran kişinin kendisinin ve ailesinin yaşam düzeyi ile ihtiyaçları dikkate alınarak tespit yapılmalı ve bu tespit doğrultusunda karar verilmelidir.⁵⁵

Bu aşamada bir hususa dikkat çekmekte fayda vardır. Adli yardım talebinde bulunan kişinin evi olabileceği gibi düzenli bir geliri de olabilir. Bunun yanı sıra adli yardım başvurusunda bulunan kişi kendisini avukat ile de temsil ettirebilir. Bu durum kişinin adli yardım talebinde bulunmasına ve bu talebin kabulüne engel olmamalıdır. Zira bir kişi açacağı bir dava yahut başlatacağı bir icra takibi nedeniyle yüklü miktarda harç veya yargılama giderleri ödemek durumunda kalabilir. Böyle bir durumda bu kişi bu giderleri olağan gelirleriyle ödemeyecek durumda ise, kişinin evini satması, evin parasıyla veya geçimini güçleştirecek miktarda borç alarak, aldığı borçla yargılama harç ve giderlerini ödemesi beklenemez.⁵⁶ Anayasa Mahkemesi de yakın zamanda bireysel başvuru sonucu vermiş olduğu *Atalay Yıldız* başvurusu çerçevesindeki hak ihlali kararında bu duruma dikkat çekmiştir. Mahkeme kararında başvuru konutu olarak kullandığı taşınmazın sahibi olmasının tek başına adli yardımdan yararlanmaya engel teşkil etmemesi gerektiği, bu çerçevede başka bir ifadeyle adli yardım talebinde bulunan kişinin adli yardım talebinin sırf taşınmaz maliki olması nedeniyle otomatik olarak reddedilmemesi gerektiği sonucuna varmıştır. Mahkemeye göre; taşınmaz sahibi olmanın adli yardımdan yararlanmaya engel olduğu şeklindeki kategorik yaklaşım, adli yar-

⁵⁴ Çelik, "Bireysel Başvuru Kapsamında Adli Yardım", s. 92.

⁵⁵ Pekcanitez/Özekes/Akkan/Taş Korkmaz, *Medenî Usûl Hukuku*, s. 2418-2419; Pekcanitez/Atalay/Özekes, *Medenî Usûl Hukuku*, s. 575; Tanrıver, *Medenî Usûl Hukuku*, s. 1225; Akbal, "Medeni Yargılama Hukukunda Adli Yardım", s. 154; Kılınç, *Medenî Usul Hukukunda Adli Yardım*, s. 199-200.

⁵⁶ Pekcanitez/Özekes/Akkan/Taş Korkmaz, *Medenî Usûl Hukuku*, s. 2418-2419; Çelik, "Bireysel Başvuru Kapsamında Adli Yardım", s. 93.

dım talebinde bulunan kişilerin gerçek mali durumlarının nazara alınmasına engel olmaktadır.⁵⁷

Bunun yanı sıra adli yardım talebinde bulunan kişinin sırf kendisini avukatla temsil ettirmesi talebinin reddi gerekçesi olmamalıdır. Adli yardım talebi değerlendirilirken talepte bulunan kişinin gerçek ekonomik durumu göz önüne alınmalıdır.⁵⁸ Bu durum hukuk devleti olmanın gereği olarak karşımıza çıkmaktadır. Zira hukuk devletinde devlet, bireye onu geçim sıkıntısı içine düşürmeden mahkemeye erişim imkânı sağlamak durumundadır.⁵⁹

Küçükler adına velilerinin adli yardım talebinde bulunması durumunda, ekonomik anlamda yoksunluk şartı hem küçüklerin hem de velilerin şahsında gerçekleşmesi gerektiği kabul edilmektedir. Zira veli velayeti altındaki küçüğe bakma yükümlülüğü altındadır⁶⁰ (TMK m.327).⁶¹

Küçüğün (on sekiz yaşını doldurmamış çocuğun) üstün yararı, çocuk haklarına ilişkin uluslararası insan hakları düzenlemelerinin yaygınlaşmasıyla birlikte en çok korunmaya değer bir menfaat olarak kabul edilmektedir.⁶² Bedensel, zihinsel, iktisadi ve sosyal bakımdan dezavantajlı gruplar içinde yer aldığı kabul edilen küçüklerle alakalı her alanda çocuğun üstün yararı göz önüne alınmaktadır.⁶³

⁵⁷ Anayasa Mahkemesi, Atalay Yıldız Başvurusu, B. No: 2021/14356, T. 07.06.2023, <https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr> 23.10.2023.

⁵⁸ Çelik, "Bireysel Başvuru Kapsamında Adli Yardım", s. 93.

⁵⁹ Pekcanitez/Özekes/Akkan/Taş Korkmaz, *Medenî Usûl Hukuku*, s. 2419.

⁶⁰ Bunun yanı sıra velinin, küçüğün malvarlığı idare ve gözetim yükümlülüğü de bulunmaktadır (TMK m.352).

⁶¹ Pekcanitez/Özekes/Akkan/Taş Korkmaz, *Medenî Usûl Hukuku*, s. 2418; Tanrıver, *Medenî Usûl Hukuku*, s. 1226; Çelik, "Bireysel Başvuru Kapsamında Adli Yardım", s. 93. Vasi bakımından durum farklı olup, vasinin vesayeti altındaki kişi adına açılacak davada yargılama giderlerini karşılama yükümlülüğü bulunmadığından, adli yardımın değerlendirilmesinde sadece vesayet altında bulunan kişinin ekonomik durumu dikkate alınacaktır. Ruhi, *Milletlerarası Usul Hukukunda Adli Yardım, Tebligat ve İstinabe*, s.40.

⁶² Arslan, Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası, s. 604; Hazar Zeynep, "İnsan Hakları Çatışmalarının Çözülmesinde Çocuğun Üstün Yararı İlkesinin İşlevi: Türk Anayasa Mahkemesi Kararları Çerçevesinde Bir Değerlendirme", *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 26 (2022), s. 647.

⁶³ Zeynep, "İnsan Hakları Çatışmalarının Çözülmesinde Çocuğun Üstün Yararı İlkesinin İşlevi: Türk Anayasa Mahkemesi Kararları Çerçevesinde Bir Değerlendirme", s.647.

Küçükler, mahkemeye erişim hakkını yasal temsilcileri aracılığıyla kullanmaktadır. Bu hak kullanılırken yargılama harç ve giderlerinin küçük adına ödenmesi gerekmektedir. Yargılama harç ve giderlerinin ekonomik anlamda yoksunluk nedeniyle karşılanamaması durumunda ise adli yardım kurumu devreye girmekte, ancak bu durumda bile sağlanan muafiyet kural olarak geçici nitelik taşımaktadır. Hal böyle iken doğrudan küçüğün menfaatini ilgilendiren dava sonunda, davanın kaybedilmesi neticesinde yargılama harç ve giderlerinin ödenmesi gerekmektedir. Böyle bir ihtimalin varlığı küçüğün menfaatini korumaya yönelik davalarda küçüğün yasal temsilcisinin dava açmaktan kaçınmasına sebebiyet verebilir. Çocuğun üstün yararını ilgilendiren konularda mahkemeye erişim hakkının tereddütsüz kullanılması için bu riskin ortadan kaldırılması ve sırf çocuğun menfaatini korumaya yönelik olan davalarda adli yardım koşullarının sağlanması durumunda yargılama harç ve giderlerinden sürekli olarak muafiyet sağlanmasına yönelik yasal düzenleme yapılması yerinde olacaktır.

2. Talebin Açıkça Dayanaktan Yoksun Olmaması

Gerçek kişiler bakımından adil yardımdan yararlanabilmenin diğer koşulu ise, talebin açıkça dayanaktan yoksun olmamasıdır.⁶⁴ Bu koşulun gerçekleşmesi için kişinin iddia veya savunma ya da geçici hukuki koruma yahut takip talebi gibi diğer talepleri açıkça dayanaktan yoksun olmamalı veya bir başka ifadeyle mahkeme nezdinde ilk bakışta açıkça haksızlık kanaati oluşmamalıdır.⁶⁵

⁶⁴ HMUK'da haklılık şartı "haklı olduklarına dair delil gösterme" şeklinde yer almaktaydı. HMK'da ise haklılık şartı başta "haklı oldukları yolunda kanaat uyandırmak kaydıyla" şeklinde düzenlenmiş, daha sonra bu şart "haklı oldukları yolunda kanaat uyandırmaması" şeklinde değiştirilmiş, son olarak "taleplerinin açıkça dayanaktan yoksun olmaması" biçiminde düzenlenerek son halini almıştır. Bkz. Ali Cem Budak ve Varol Karaaslan, *Medenî Usul Hukuku*, İstanbul: Filiz Kitapevi, 2021, s. 358; Kılınç, *Medenî Usul Hukukunda Adli Yardım*, s. 202.

Haklılık koşulunun zengin ile fakir arasında eşitsizliği devam ettirdiği; fakir kişinin haklı olduğu zaman, zengin olan kişinin ise haklı veya haksız olduğuna bakılmaksızın her zaman dava açma olanağına sahip olduğu dolayısıyla bu koşulun kaldırılması gerektiği yöndeki görüş için bkz. Yılmaz, "Yargılama Giderlerinin İşlevi ve Sosyal Hukuk Devleti", s. 219

⁶⁵ Pekcanıtez/Özekes/Akkan/Taş Korkmaz, *Medenî Usul Hukuku*, s. 2420; Tanrıver, *Medenî Usul Hukuku*, s. 1226.

Gerçek kişiler bakımından haklılık koşulunun düzenlendiği HMK'nın 334'üncü maddesinin birinci fıkrasında yer alan "haklı oldukları yolunda kanaat uyandırmak" ibaresi 2013 yılında 6459 sayılı Kanun'la yapılan değişiklikle "taleplerinin açıkça dayanaktan yoksun olmaması" şeklinde değiştirilmiştir. Değişiklik gerekçesinde AİHM'nin haklılık kriterinin aranmadığı bir sistemi tavsiye ettiği, haklılık ölçütü yerine dayanaktan yoksun olmama ölçütünün kabulüyle adli yardımın kapsamının genişletildiği vurgulanmaktadır. Değişiklikle AİHM kararlarına uyum sağlanması ve bu konuda olası ihlal kararlarının önüne geçilmesinin, adli yardımdan daha fazla kişinin yararlanmasının sağlanmasının amaçlandığı anlaşılmaktadır.⁶⁶ Bu bağlamda haklılık ölçütü yerine taleplerin açıkça dayanaktan yoksun olması ölçütünün kabulü, davanın esası yönünden haklılık koşulunun esnetildiğini göstermektedir.

Taleplerin açıkça dayanaktan yoksun olmaması ibaresinden anlaşılması gereken adli yardım talebinde bulunan kişinin davanın esası bakımından ilk bakışta açıkça haksız olmadığı görülmesidir. Bir başka anlatımla adli yardım talebinde bulunan kişinin davanın esası bakımından talebinin temelsiz olmaması, davada haklı çıkma ihtimalinin varlığı yeterlidir. Böylece hâkimin sahip olduğu hukuk bilgisiyle ilk bakışta yaptığı inceleme neticesinde, onda davanın temelini oluşturan iddia veya savunma sebeplerinin ispat edilebileceği yönünde kanaat oluşmalıdır. Bu çerçevede talepte bulunan kişinin iddia veya savunmalarının başarılı olma ve bu çerçevede davayı kazanma ihtimalinin varlığı gerekli ve yeterlidir. Bu durumunda adli yardım talebinde bulunan kişinin talebinin açıkça dayanaktan yoksun olmadığı kabulü gerekir.

Taleplerin açıkça dayanaktan yoksun olmaması koşulu tespiti yapılırken kanunda öngörülenden farklı ispat koşulunun aranması bir başka deyişle haklılık koşulunun aranması hak kayıplarına neden olabilir. Bu nedenle talebi inceleyen hâkim asıl davanın esasını etkileyecek şekilde bir haklılık araştırmasına girmemelidir.⁶⁷ Hâkim talepte bulunanın kişinin ilk bakışta haksız olmadığına kanaat getiriyorsa talebi olumlu olarak karşılamalıdır.

⁶⁶ Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası, s. 783; Çelik, "Bireysel Başvuru Kapsamında Adli Yardım", s. 93.

⁶⁷ Akbal, "Medeni Yargılama Hukukunda Adli Yardım", s.155.

Hâkim karar verirken takdir hakkını adli yardım kurumunun amacına uygun kullanmalıdır. Ayrıca hâkim kanaatini açıklarken kanaatini adli yardım talebi ile sınırlı olarak açıklamalıdır.⁶⁸ Hâkimin kanaatini açıklarken adli yardım talebinin sınırlarını aşacak şekilde görüş bildirmesi, hâkimin reddine sebebiyet verebilir.⁶⁹

3. Yabancılar İçin Karşılıklılık Şartı

Yabancı gerçek kişilerin adli yardımdan yararlanabilmesi için ekonomik anlamda yetersizlik ve haklılık şartının yanı sıra karşılıklılık şartının da gerçekleşmiş olması gerekir.⁷⁰ Yabancı gerçek kişinin adli yardım talebinde bulunabilmesi için vatandaşı olduğu ülke ile Türkiye Cumhuriyeti Devleti arasında karşılıklılık işlemin varlığı gereklidir (HMK m334/3). Karşılıklılık işlemi, uluslararası sözleşmelerle veya yabancı kişinin vatandaşı olduğu ülkenin kanunları ya da fiili uygulamalara oluşabilir.⁷¹

Yabancı gerçek kişilerin karşılıklılık şartına bağlı olarak adli yardımdan yararlandırılması doktrinde haklı olarak eleştirilmektedir. Getirilen eleştirilerde bu durumun Anayasa ve AİHS kapsamında güvence altına alınan adil yargılanma hakkı kapsamında mahkemeye erişim hakkının ihlaline neden olacağı ifade edilmektedir.⁷²

Anayasa Mahkemesi'nin yakın zamanda yayımlanan *Mohamma Salem Pashto ve Nazi Salem* kararında, yabancıların statü veya ödeme

⁶⁸ Kuru ve Aydın, *Medenî Usul Hukuku El Kitabı*, s.1633; Kılınç, *Medenî Usul Hukukunda Adli Yardım*, s. 203; Akbal, "Medeni Yargılama Hukukunda Adli Yardım", s. 155.

⁶⁹ Pekcanitez/Özekes/Akkan/Taş Korkmaz, *Medenî Usûl Hukuku*, s. 2420; Kılınç, *Medenî Usul Hukukunda Adli Yardım*, s. 204; Atalay, "Medenî Usûl Hukukunda Adli Yardım", s. 85.

⁷⁰ Pekcanitez/Özekes/Akkan/Taş Korkmaz, *Medenî Usûl Hukuku*, s. 2420; Kuru, *Hukuk Muhakemeleri Usulü*, s. 5420; Kılınç, *Medenî Usul Hukukunda Adli Yardım*, s. 206; Atalay, "Medenî Usûl Hukukunda Adli Yardım", s. 63; Akbal, "Medeni Yargılama Hukukunda Adli Yardım", s. 152; Hanağası, *Medenî Yargılama Hukukunda Silahların Eşitliği*, s. 333.

⁷¹ Tanrıver, *Medenî Usûl Hukuku*, s. 1226-1227; Pekcanitez/Özekes/Akkan/Taş Korkmaz, *Medenî Usûl Hukuku*, s. 2421; Akbal, "Medeni Yargılama Hukukunda Adli Yardım", s. 163; Kılınç, *Medenî Usul Hukukunda Adli Yardım*, s. 207; Atalay, "Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı'nda Avukatla Temsil Zorunluluğu ve Adli Yardım", s.100.

⁷² Atalı/Ermenek/Erdoğan, *Medenî Usûl Hukuku*, s. 695; Hanağası, *Medenî Yargılama Hukukunda Silahların Eşitliği*, s. 335.

gücü gibi özel durumları dikkate alınmadan kategorik bir yaklaşımla, sırf karşılıklılık koşulunun sağlanmaması nedeniyle adli yardımdan yararlandırılmamasını mahkemeye erişim hakkının ihlali olarak kabul etmiştir.⁷³

Adil yargılanma hakkı temel bir insan hakkıdır. Yabancılar için bu kişilerin kişisel durumunu dikkate almayan karşılıklılık şartının getirilmiş olması adil yargılanma hakkı kapsamında mahkemeye erişim hakkına engel teşkil eder. Her ne kadar Anayasa'nın 16'ncı maddesinde "*Temel hak ve hürriyetler, yabancılar için, milletlerarası hukuka uygun olarak kanunla sınırlanabilir*" denilmiş ise de bu hüküm ödeme gücü olmasa bile ütün yabancıların adli yardım kurumunun kapsamı dışında bırakılması suretiyle adil yargılanma hakkından tamamen mahrum bırakılmaları sonucuna yol açacak şekilde yorumlanmamalıdır. Anayasa Mahkemesi'nin 20.10.2011 tarihli ve E.2011/54, K.2011/142 sayılı kararında belirtildiği üzere, yargılama giderlerinin mahkemeye erişim hakkını engellememesi için gereken kriterlerden birisi "*ödeme gücü olmayanlar bakımından etkili adli yardım sisteminin olması*"dır. Yabancıların gerçekte ödeme gücüne sahip olup olmadığı dikkate alınmadan,

⁷³ Başvuruya konu gelişen olaylara göre: Türkiye'ye kaçak yollardan giriş yapan ve uluslararası koruma talebinde bulunarak Türkiye'de yaşamaya başlayan Afganistan İslam Cumhuriyeti vatandaşı olan Mohamma Salem Pashto ve Nazı Salem'in oğulları bıçaklı saldırı sonucu vefat etmiştir. Yaşanan bu olay üzerine başlattıkları hukuki süreçte başvurucular; adli yardım talebinde bulunmuş, bu talep Afganistan ile Türkiye arasında imzalanan bir adli yardım anlaşması bulunmadığı gerekçesiyle reddedilmiştir. "... Başvuru konusu olayda Mahkeme başvurucuların kişisel ve ekonomik durumlarını dikkate almadan sırf müttekabiliyet şartı gerçekleşmediği için adli yardım talebinin reddine karar vermiştir. ...Bu itibarla somut davada müdahaleye esas teşkil eden kanunun lafzında geçen müttekabiliyet şartının mutlak kural olarak uygulanması dava açan yabancıların durumlarının değerlendirilmesine fırsat vermeden adli yardımdan yararlandırılmalarını engellemesi kanunun bizatihi kendisinden kaynaklanan ve anayasal güvencelerle çatışan bir uygulamaya neden olmaktadır. Öte yandan milletlerarası hukuka uygunluk denetimi kapsamında ilk olarak yabancıların adli yardımdan faydalanması konusunda yükümlülük getiren herhangi bir antlaşmaya taraf olunup olunmadığının tespit edilmesi gerektiği hâlde Mahkemece bu yönüyle herhangi bir araştırma yapılmamıştır. ...Dolayısıyla başvurucuların mahkemeye erişim hakkına yönelik müdahalenin milletlerarası hukuka uygunluk ve kanunilik ölçütleri yönünden yapılan değerlendirme sonucunda ihlale yol açtığı kanaatine varılmıştır". Anayasa Mahkemesi, Mohamma Salem Pashto ve Nazı Salem Başvurusu, B. No: 2019/26339, T. 17.05.2023, R.G. Tarih ve Sayısı: 08.11.2023-32363, <https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr> 16.11.2023.

sırf karşılıklılık şartının sağlanmadığı gerekçesiyle başvuruçunun ekonomik durumu nedeniyle, karşılanması mümkün olmayan yargılama harç ve giderlerini onun ödemesini beklemek -mevcut yasal düzenlemeler çerçevesinde mahkemeye erişimi kolaylaştıracak başkaca düzenleme olmadığı da dikkate alındığında- mahkemeye erişim hakkını oldukça güçleştirmekte hatta imkânsız hale getirmektedir. Bu nedenle yabancı gerçek kişilerin adli yardım taleplerinin, ekonomik anlamda yetersizlik ve haklılık şartını sağlaması durumunda karşılıklılık şartı aranmaksızın kabul edilebilmesine yönelik yasal düzenlemenin bir an önce yapılması yerinde olacaktır.⁷⁴

C. Tüzel Kişiler Bakımından

1. Ekonomik Anlamda Yoksunluk Şartı

Tüzel kişiler bir başka ifadeyle kamuya yararlı dernekler ve vakıflar bakımından adli yardımdan yararlanabilmek için bulunması gereken koşullardan ilki, talepte bulunan tüzel kişinin yargılama harç ve giderlerini mali açıdan zor duruma düşmeksizin kısmen veya tamamen ödeyemeyecek durumda olma halidir.

Kamu yararlı dernek ve vakıflar adli yardım talebinde bulunurken yargılama harç ve giderlerinden muafiyet talep edebilecekleri gibi avukat yardımından yararlanmayı da birlikte veya ayrı ayrı talep edebilir.

Ekonomik anlamda yoksunluk şartının oluşup oluşmadığının tespitinde karar verecek olan yargı merci, öncelikle adli yardımın kapsamını dikkate almalıdır.⁷⁵ Zira adli yardım talebi sadece haçlardan muafiyet olabileceği gibi sadece ücretsiz avukat yardımından yararlanma ya da her iki yönden olabilir. Bunun yanı sıra adli yardım talebinde bulunan tüzel kişinin ekonomik durumunu tespit etmelidir. Bu tes-

⁷⁴ Anayasa Mahkemesi de “Mohamma Salem Pashto ve Nazı Salem Başvurusu” kararında, ihlalin kanundan kaynaklandığını tespit ederek benzeri ihlallerin oluşmasını önlemek amacıyla verilen hak ihlali kararının yasama organına bildirilmesine karar vermiştir. Anayasa Mahkemesi, Mohamma Salem Pashto ve Nazı Salem Başvurusu, B. No: 2019/26339, T. 17.05.2023, R.G. Tarih ve Sayısı: 08.11.2023-32363, <https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr> 16.11.2023.

⁷⁵ Çelik, “Bireysel Başvuru Kapsamında Adli Yardım”, s. 92.

pit yapılırken; kamuya yararlı dernek ve vakıfların gelirleri, borçları, harcamaları ve sürdürdükleri faaliyet göz önüne alınmalıdır.⁷⁶ Yapılan bu araştırmalar ve tespit neticesinde adli yardım talebinin kapsamı da dikkate alınarak karar verilmelidir.

2. Haklılık Şartı (Talepte Haklı Görünme)

Tüzel kişiler açısından adil yardımdan yararlanabilmenin diğer koşulu, taleplerinde haklı görünmeleridir. Gerçek kişiler açısından haklılık koşulu talebin açıkça dayanaktan yoksun olmaması hali iken tüzel kişiler açısından taleplerinde haklı görülme halidir. Bu nedenle tüzel kişiler açısından haklılık koşulunun gerçekleşmesi için kişinin iddia veya savunma ya da geçici hukuki koruma yahut takip talebi mahkeme nezdinde haklılık kanaati oluşmalıdır.⁷⁷ Bir başka ifadeyle talebin kabulü için talepte bulunanın davayı kazanma ihtimalinin davayı kaybetme ihtimalinden daha yüksek olduğu konusunda hâkimde bir kanaat oluşması gerekmektedir.⁷⁸

2013 yılında 6459 sayılı Kanun'la yapılan değişiklikle gerçek kişiler bakımından haklılık koşulu değiştirilerek "haklı oldukları yolunda kanaat uyandırmak" ibaresi "taleplerinin açıkça dayanaktan yoksun olmaması" şeklinde değiştirilmiştir. Bu düzenleme yapılırken tüzel kişiler açısından haklılık koşulu olan taleplerinde haklı görülme halinde herhangi bir değişiklik yapılmamıştır. Bu bağlamda haklılık koşulu bakımından gerçek kişiler ile tüzel kişiler arasında bariz olmamakla birlikte fark bulunmaktadır.⁷⁹ Gerçek kişiler açısından haklılık koşu-

⁷⁶ Pekcanitez/Özekes/Akkan/Taş Korkmaz, *Medenî Usûl Hukuku*, s. 2419; Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası, *Medenî Usul Hukuku*, s. 783-784; Tanrıver, *Medenî Usûl Hukuku*, s. 1226; Kılınç, *Medenî Usul Hukukunda Adli Yardım*, s. 201; Atalay, "Medenî Usûl Hukukunda Adli Yardım", s. 61; Akbal, "Medeni Yargılama Hukukunda Adli Yardım", s. 154-155.

⁷⁷ Pekcanitez/Özekes/Akkan/Taş Korkmaz, *Medenî Usûl Hukuku*, s. 2420; Tanrıver, *Medenî Usûl Hukuku*, s. 1226.

⁷⁸ Pekcanitez/Özekes/Akkan/Taş Korkmaz, *Medenî Usûl Hukuku*, s. 2420; Tanrıver, *Medenî Usûl Hukuku*, s. 1226; Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası, *Medenî Usul Hukuku*, s. 783; Erem, *Adli Yardım*, s. 118; Kılınç, *Medenî Usul Hukukunda Adli Yardım*, s. 203; Atalay, "Medenî Usûl Hukukunda Adli Yardım", s. 62.

⁷⁹ Gerçek kişiler açısından aranan haklılık koşulu olan taleplerin açıkça dayanaktan yoksun olma hali ile tüzel kişiler açısından aranan haklı koşulu olan haklı oldukları yolunda kanaat uyandırma hali arasında bariz bir farkın olmadığı yönündeki görüş için bkz. Çelik, "Bireysel Başvuru Kapsamında Adli Yardım", s. 93.

nun oluşması için adli yardım talebinde bulunan kişinin davanın esas bakımından ilk bakışta açıkça haksız olmadığına anlaşılması gereklidir. Buna karşın tüzel kişiler açısından haklılık koşulunun oluşması için talebin esas bakımından mahkeme nezdinde haklılık kanaati oluşmalı, bir başka anlatımla adli yardım talebin kabulü için talepte bulunanın davayı kazanma ihtimalinin davayı kaybetme ihtimalinden daha yüksek olduğu konusunda hâkimde bir kanaat oluşmalıdır.

Kanaatimizce gerçek kişiler ve tüzel kişiler bakımından farklı haklılık koşullarının öngörülmesi isabetli değildir. Gerçek veya tüzel kişiler arasında haklı bir temele dayanmayan bir ayırım yapılmamalıdır. Bu nedenle bu konuda bir yasal düzenleme yapılarak tüzel kişiler açısından da haklılık koşulunun talebin açıkça dayanaktan yoksun olma hali şeklinde değiştirilmesi yerinde olacaktır.

D. Adli Yardım Usulü

1. Görevli ve Yetkili Mahkeme

Adli yardım talebi, asıl talep veya işin karara bağlanacağı mahkemeye iletilir (HMK m. 336/1). Adli yardım talebi yargılamadan önce istenecekse talep, asıl talep bakımından görevli ve yetkili mahkemeye, dava açıldıktan sonra talep edilecekse asıl davanın görüldüğü mahkemeye iletilir. Geçici hukuki koruma taleplerinde de aynı usul uygulanır (HMK m. 336/1; m. 390⁸⁰; m. 401).⁸¹ Yani geçici hukuki koruma taleplerinde adli yardım talebi dava açılmadan önce istenecekse esas hakkında görevli ve yetkili mahkemeden, dava açıldıktan sonra talep edilecekse asıl davanın görüldüğü mahkemeden talep edilir. Bu bakımdan adli yardım talebinin davanın devamı esnasında istenmesi mümkündür.⁸² Kanun yollarına başvuru esnasında adli yardım talebi,

⁸⁰ HMK'nın 390'ıncı maddesi "ihtiyati tedbir, dava açılmadan önce, esas hakkında görevli ve yetkili olan mahkemeden; dava açıldıktan sonra ise ancak asıl davanın görüldüğü mahkemeden talep edilir" şeklindedir.

⁸¹ Pekcanitez/Özekes/Akkan/Taş Korkmaz, *Medenî Usûl Hukuku*, s. 2423; Tanrıver, *Medenî Usûl Hukuku*, s. 1227; Atalay, "Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı'nda Avukatla Temsil Zorunluluğu ve Adli Yardım", s.100.

⁸² Postacıoğlu/Altay, *Medenî Usûl Hukuku Dersleri*, s. 957; Tanrıver, *Medenî Usûl Hukuku*, s. 1227; Atalay, "Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı'nda Avukatla Temsil Zorunluluğu ve Adli Yardım", s.100.

istinaf başvurusunda Bölge Adliye Mahkemesine, temyiz başvurusunda ise Yargıtay'a yapılır (HMK m. 336/3). İcra ve iflas takiplerinde ise adli yardım talebi takibin yapılacağı yerdeki icra mahkemesinden istenir (HMK m. 336/1).

Adli yardım talebi için HMK'da belirtilen yetki kesin yetkidir. Bu nedenle adli yardım talebiyle ilgili yetki sözleşmesi yapılması mümkün değildir.⁸³ Ancak asıl talebe ilişkin yetki sözleşmesi yapılmışsa, yapılan bu yetki sözleşmesi adli yardım talebi bakımından da etki doğuracaktır.⁸⁴

Doktrinde yer alan bir görüşe göre, görevli olmayan mahkeme tarafından verilen adli yardım kararından sonra yargılama başlar ve mahkeme yargılama esnasında görevsizlik kararı verirse, önceden verilen adli yardım kararı görevli mahkemede geçerliliğini korumaz.⁸⁵ Buna karşın katıldığımız görüş çerçevesinde her ne kadar görevsiz mahkeme tarafından verilen kararlar ve yapılan işlemler görevli mahkemede geçerliliğini korumasa da usul ekonomisi açısından bu işlemin yeniden incelenmesinde yarar yoksa görevli mahkemenin gerçekleşen işlemi geçerli olarak kabul etmesi gerekir. Buna karşın dava açılmadan önce görevsiz mahkemeden adli yardım kararı alınmış, sonrasında asıl dava görevli mahkemede açılmışsa adli yardım kararının geçerli olmadığı kabulü gerekir. Zira bu durumda açılmış ve görevsizlik kararı verilmesi nedeniyle süren bir dava bulunmamaktadır.⁸⁶

2. Talep ve İnceleme Usulü

Adli yardım talebi yargılamanın yapılacağı mahkemenin yargılama usulüne uygun olarak gerçekleştirilir (HMK m. 336/1). HMK'da adli yardım talebinin şekli açıkça düzenlenmemiştir.⁸⁷ Ancak adli yardım talebinin yazılı olarak yapılması gerektiği kabul edilmektedir.⁸⁸

⁸³ Pekcanitez/Özekes/Akkan/Taş Korkmaz, *Medenî Usûl Hukuku*, s. 2423; Akbal, "Medeni Yargılama Hukukunda Adli Yardım", s. 152.

⁸⁴ Pekcanitez/Özekes/Akkan/Taş Korkmaz, *Medenî Usûl Hukuku*, s. 2423.

⁸⁵ Erem, *Adli Yardım*, s. 119.

⁸⁶ Pekcanitez/Özekes/Akkan/Taş Korkmaz, *Medenî Usûl Hukuku*, s. 2422-2423; Kılınç, *Medenî Usul Hukukunda Adli Yardım*, s. 212-213.

⁸⁷ HMUK'da adli yardım talebinin davanın açılacağı mahkemeye yazılı veya sözlü olarak yapılabileceği düzenlenmişti.

⁸⁸ Kılınç, *Medenî Usul Hukukunda Adli Yardım*, s. 220; L. Şanal Görgün/Levent

Adli yardım talebinde bulunan kişi, dava açmadan önce talepte bulunuyorsa, hangi dava veya iş için adli yardım talebinde bulunduğunu açık ve somut biçimde ortaya koymalı, iddiasının özetini ve iddiasının dayanağı delilleri mahkemeye sunmalıdır (HMK m. 336/2).⁸⁹ Adli yardım talebinde bulunan kişi adli yardımı hangi dava veya iş için talep ettiğini bildirmese veya iddiasının özetini iddiasının dayanağı delilleri sunmazsa; mahkeme, adli yardım talebini başkaca bir inceleme yapmaksızın dosya üzerinden usulden reddedecektir.⁹⁰

Bunun yanı sıra adli yardım talebinde bulunan kişi, ekonomik açıdan yoksun olduğunu gösteren belgeleri de mahkemeye sunmalıdır (HMK m. 336/2). Zira adli yardımın ekonomik yoksunluk şartının gerçekleşip gerçekleşmediği bu belgelerin incelenmesi sonucunda ortaya çıkacaktır.⁹¹

Adli yardım talebine ilişkin evrak, her türlü harç ve vergiden muafır (HMK m. 336/4). Adli yardım talebi reddedilse dahi muaf olunan harç ve vergiler talepte bulunandan tahsil edilmez.⁹² Zira adli yardım talebindeki harç ve vergi muafiyeti geçici değil sürekli bir muafiyettir.⁹³

Kanunda adli yardım talebinin hangi süre kesitinde talep edileceği hususunda açık bir düzenleme bulunmamaktadır. Bu nedenle yargılamanın devamı süresinde adli yardım talebinde bulunulabilir. Zira HMK'da kanun yolları başvurusu sırasında da adli yardım talebinde

Börü/Mehmet Kodakoğlu, *Medenî Usûl Hukuku*, Ankara: Yetkin Yayınevi, 2023, s. 716.

⁸⁹ Pekcanitez/Özekes/Akkan/Taş Korkmaz, *Medenî Usûl Hukuku*, s. 2423; Postacıoğlu/Altay, *Medenî Usûl Hukuku Dersleri*, s. 958; Tanrıver, *Medenî Usûl Hukuku*, s. 1227; Ruhi, *Milletlerarası Usul Hukukunda Adli Yardım, Tebligat ve İstinabe*, s. 54.

⁹⁰ Pekcanitez/Özekes/Akkan/Taş Korkmaz, *Medenî Usûl Hukuku*, s. 2423-2424; Atalay, "Medenî Usûl Hukukunda Adli Yardım", s. 70-71; Kılınç, *Medenî Usul Hukukunda Adli Yardım*, s. 217-218.

⁹¹ Pekcanitez/Özekes/Akkan/Taş Korkmaz, *Medenî Usûl Hukuku*, s. 2424; Tanrıver, *Medenî Usûl Hukuku*, s. 1227.

⁹² Uygulamada adli yardım incelemesinde gerekli yargılama giderleri, incelemeyi yapan mahkeme tarafından Adalet Bakanlığı suçüstü ödeneğinden karşılanmaktadır. Kılınç, *Medenî Usul Hukukunda Adli Yardım*, s. 223.

⁹³ Pekcanitez/Özekes/Akkan/Taş Korkmaz, *Medenî Usûl Hukuku*, s. 2424; Kılınç, *Medenî Usul Hukukunda Adli Yardım*, s. 223; Ruhi, *Milletlerarası Usul Hukukunda Adli Yardım, Tebligat ve İstinabe*, s.60.

bulunulabileceği açıkça düzenlenmiştir (HMK m. 336/3). Dolayısıyla adli yardım talebi yargılamanın devamı süresince talep edilebilir.⁹⁴

İlk derece mahkemesinde adli yardım kararı verilmişse, kanun yollarında adli yardım talep etmeye gerek yoktur. Zira adli yardım kararı hükmün kesinleşmesine kadar devam etmektedir.⁹⁵

Dava açılmadan önce adli yardım kararı alındığı durumlarda asıl davanın ne kadar süre içinde açılması gerektiği hususunda kanunda açıklık bulunmamaktadır. Bu durumda asıl davanın makul süre içinde açılması gerekmektedir.⁹⁶ Zaman içinde adli yardım şartlarında değişiklik olabileceği dikkate alındığında, makul süre somut olaya göre hâkim tarafından takdir edilmelidir. Davanın adli yardım kararı verdikten uzunca bir süre sonra açıldığı ve bu süre zarfında adli yardım koşullarının değiştiği yönünde hâkimde kanaat oluşması durumunda, davanın açıldığı tarihte adli yardım koşullarının devam edip etmediği hususunda hâkim tarafından resen inceleme yapılarak gerekirse adli yardım kararının geri alınması da mümkündür.⁹⁷

Adli yardım talebinde mahkemenin yapacağı inceleme, hukuki niteliği itibariyle çekişmesiz yargı işidir. Adli yardım talep eden kişi bir hakkın tanınmasını veya bir hak ihlalinin sonlandırılması ya da bir edimin yerine getirilmesi talep etmemektedir. Adli yardım talep eden kişi hak arama yoluna dava açmanın ekonomik külfetinden geçici olarak muafiyet elde ederek erişmeyi amaçlamaktadır. Bu nedenle adli yardım talebi diğer çekişmesiz işlerde olduğu gibi subjektif hak ve uyumsuzluk yokluğu nedeniyle çekişmesiz yargı işidir.⁹⁸ Çekişmesiz yargı işi olan adli yardım kararı maddi anlamda kesin hüküm teşkil etmez. Adli yardım talebi reddedilen kişi, sonradan ortaya çıkan yeni duruma

⁹⁴ Pekcanitez/Özekes/Akkan/Taş Korkmaz, *Medenî Usûl Hukuku*, s. 2424.

⁹⁵ Pekcanitez/Özekes/Akkan/Taş Korkmaz, *Medenî Usûl Hukuku*, s. 2426; Kuru ve Aydın, *Medenî Usul Hukuku El Kitabı*, s. 1633.

⁹⁶ Akbal'a göre dava açılmadan önce adli yardım kararı alındığı durumlarda asıl davanın tabi olduğu hak düşürücü veya zamanaşımı süresi içinde açılmazdır. Akbal, "Medeni Yargılama Hukukunda Adli Yardım", s. 166.

⁹⁷ Atalay, "Adli Yardım ve Etkileri", s. 41.

⁹⁸ Tanrıver, *Medenî Usûl Hukuku*, s. 1227-1228; Pekcanitez/Özekes/Akkan/Taş Korkmaz, *Medenî Usûl Hukuku*, s. 2411; Akbal, "Medeni Yargılama Hukukunda Adli Yardım", s. 162; Kılınç, *Medenî Usul Hukukunda Adli Yardım*, s. 216; Ruhi, *Milletlerarası Usul Hukukunda Adli Yardım, Tebligat ve İstinabe*, s. 54.

dayanarak yeniden adli yardım talebinde bulunabilir.⁹⁹ Adli yardım kararının kesin hüküm teşkil etmemesinin bir diğer sonucu ise, adli yardım kararının kaldırılabilmesidir. Hâkim adli yardım koşullarında bir değişiklik olup olmadığını resen inceleyebilir. Adli yardım kararı ile asıl davanın açılması esnasında geçen süre içinde adli yardım şartlarında bir değişiklik olması durumunda, hâkim adli yardım kararını kaldırabilir.¹⁰⁰ Dolayısıyla yasal düzenleme gereğince, adli yardımdan yararlanan kişinin mali durumu hakkında kasten veya ağır kusuru sonucu yanlış bilgi verdiğinin ortaya çıkması veya sonradan mali durumunun yeteri derecede iyileştiğinin anlaşılması durumunda adli yardım kararının kaldırılması söz konusu olacaktır (HMK m. 338).¹⁰¹

Çekişmesiz yargı işlerinde inceleme basit yargılama usulüyle yapılır. Ayrıca çekişmesiz yargı işlerinde kendiliğinden araştırma ilkesi geçerlidir. Adli yardım incelemesi çekişmesiz yargı işi olduğundan basit yargılama usulü ve kendiliğinden araştırma ilkesi işlerlik kazacaktır.¹⁰² Adli yardım talebi üzerine mahkeme duruşma yapmaksızın da karar verebilir. Ancak talep edilmesi durumunda inceleme duruşmalı olarak gerçekleştirilir (HMK m.337/1).

Mahkeme adli yardım talebinde bulunan kişinin, kanunda düzenlenen adli yardımdan yararlanma koşullarını sağlayıp sağlamadığını belirleyecektir. Kanunda öngörülen adli yardım koşullarından ilki talepte bulunan ilginin ekonomik anlamda yoksun olduğunun tespitidir. Talepte bulunan kişi bu konuda mahkemeyi ikna etme yükümlüğü altındadır. Zira ekonomik anlamda yoksunluğun ispatında aranan ispat yaklaşık ispat olmayıp, tam ispattır.¹⁰³ Burada kendiliğinden araştırma ilkesi gereğince mahkeme talepte bulunan ilgilinin mali durumu hakkında resen araştırma da yapabilecektir.¹⁰⁴

⁹⁹ Pekcanıtez/Özekes/Akkan/Taş Korkmaz, *Medenî Usûl Hukuku*, s.2429; Görğün/Börü/Kodakoğlu, *Medenî Usûl Hukuku*, s. 717; Atalay, "Adli Yardım ve Etkileri", s.41.

¹⁰⁰ Pekcanıtez/Özekes/Akkan/Taş Korkmaz, *Medenî Usûl Hukuku*, s. 2429.

¹⁰¹ Pekcanıtez/Atalay/Özekes, *Medenî Usûl Hukuku*, s. 580.

¹⁰² Pekcanıtez/Özekes/Akkan/Taş Korkmaz, *Medenî Usûl Hukuku*, s. 2424; Akbal, "Medeni Yargılama Hukukunda Adli Yardım", s. 162

¹⁰³ Tanrıver, *Medenî Usûl Hukuku*, s. 1228; Kılınç, *Medenî Usul Hukukunda Adli Yardım*, s. 224.

¹⁰⁴ Tanrıver, *Medenî Usûl Hukuku*, s. 1228.

Gerçek kişiler bakımından haklılık durumunun ispatında yaklaşık ispat yeterlidir. Kanunda bu durum “açıkça dayanaktan yoksun olmama” olarak nitelendirilmiştir. Bu durumda talepte bulunan kişinin asıl yargılamada ileri sürdüğü iddiaların veya savunmaların açıkça dayanaktan yoksun olmadığı konusunda hâkimde yaklaşık bir kanaat oluşturması yeterlidir. Zira talepte bulunan ilginin iddialarının veya savunmalarının açıkça dayanaktan yoksun olup olmadığı yargılama neticesinde ortaya çıkacaktır.¹⁰⁵ Tüzel kişiler bakımından ise haklılık koşulunun gerçekleşmesi için kişinin iddia veya savunmasında mahkeme nezdinde haklılık kanaati oluşmalıdır. Bu bağlamda talepte bulunanın davayı kazanma ihtimalinin davayı kaybetme ihtimalinden daha yüksek olduğu konusunda hâkimde bir kanaat oluşması gerekmektedir.

Yabancı gerçek kişilerin adli yardım talebinde bulunması durumunda yukarıdaki koşullara ilave olarak kanunda aranan karşılılık koşulunun da oluşup oluşmadığı mahkemenin resen araştırması sonucunda ortaya çıkacaktır.¹⁰⁶

E. Adli Yardım Kararı ve Sonuçları

Adli yardım talebi asıl davanın açılması esnasında talep edilmişse, mahkeme¹⁰⁷ öncelikle adli yardım talebini inceleyerek bu konuda karar verir. Talebin kabulü durumunda, yargılama giderleri olan ve peşin alınması gereken harç ve giderler alınmadan yargılamaya devam edilir. Adli yardım talebinin reddi durumunda, mahkeme harç ve giderlerin mahkeme veznesine yatırılması için adli yardım talep eden kişiye süre verir. Harç ve giderlerin verilen süre içinde yatırılması durumunda yargılamaya devam edilir. Yatırılmaması durumunda mahkemece dosyanın işlemiden kaldırılmasına karar verilir.¹⁰⁸

¹⁰⁵ Tanrıver, *Medenî Usûl Hukuku*, s. 1228; Pekcanitez/Özekes/Akkan/Taş Korkmaz, *Medenî Usûl Hukuku*, s. 2426. Ekonomik anlamda yoksunluk için aranması gereken ispatın yaklaşık ispat, haklılık koşulu için aranması gereken ispatın ise tam ispat olduğu yönündeki görüş için bkz. Ruhi, *Milletlerarası Usul Hukukunda Adli Yardım, Tebligat ve İstinabe*, s. 61.

¹⁰⁶ Tanrıver, *Medenî Usûl Hukuku*, s. 1228.

¹⁰⁷ İnceleme HMK'nın 371. maddesinde düzenlenen usule uygun olarak gerçekleşmelidir.

¹⁰⁸ Pekcanitez/Özekes/Akkan/Taş Korkmaz, *Medenî Usûl Hukuku*, s. 2425; Akbal, “Medeni Yargılama Hukukunda Adli Yardım”, s. 159.

Adli yardım talebi ister asıl davanın açılmasından önce ister yargılama esnasında talep edilmiş olsun, talebin reddi durumunda karara itiraz edilebilir.¹⁰⁹ HMK’da yer alan düzenlemeye göre, “adli yardım talebinin reddine ilişkin kararlara karşı, tebliğinden itibaren bir hafta içinde kararı veren mahkemeye dilekçe vermek suretiyle itiraz edilebilir. Kararına itiraz edilen mahkeme, itirazı incelemesi için dosyayı o yerde adli yardım talebi yapılan hukuk mahkemesinin birden fazla dairesinin bulunması hâlinde, numara olarak kendisini izleyen daireye, son numaralı daire için birinci daireye, o yerde adli yardım talebi yapılan hukuk mahkemesinin tek dairesi bulunması hâlinde ise aynı işlere bakmakla görevli en yakın mahkemeye gönderir. İtiraz incelemesi neticesinde verilen karar kesindir” (HMK m. 371/2). Kanunda bahsedilen kesinlik, maddi anlamda değil şekli anlamda kesinliktir. Zira adli yardım talebi çekişmesiz yargı işidir. Nitekim HMK’da yer alan düzenleme çerçevesinde, “adli yardım talebi reddedilirse, ödeme gücünde sonradan gerçekleşen ciddi bir azalmaya dayanılarak tekrar talepte bulunulabilir” (HMK m. 337/2). Dolayısıyla adli yardım talebinin reddi durumunda, bu kararın maddi anlamda kesin karar olmaması nedeniyle talepte bulunan ilgili ödeme gücünde sonradan gerçekleşen ciddi azalmayı gerekçe göstererek yeniden adli yardım talebinde bulunabilir. Adli yardım taleplerinin reddine ilişkin kararlarda sunulan bilgi ve belgelerin kabul edilmeme sebebi açıkça belirtilmelidir (HMK m.337/1).

Adli yardım kararı hüküm kesinleşinceye kadar devam eder (HMK m.335/3). Ancak dava açıldıktan sonra adli yardım talebinde bulunulması durumunda, adli yardım kapsamına daha önceden yapılmış yargılama giderleri dahil olmaz (HMK m.337/3)¹¹⁰. Bir başka ifadeyle adli yardım kararı verildiği anda hüküm ve sonuç doğurur, karardan önce yapılan giderler adli yardım kapsamında yer almaz. Ancak karardan önce yapılması gerektiğine karar verilmiş olmakla birlikte ödemesi henüz yapılmamış olan giderlerin de adli yardım kapsamına dâhil

¹⁰⁹ Adli yardım talebinin reddi kararı Anayasa’nın 141’inci maddesi gereği gerekçeli olmalıdır. Dolayısıyla mahkemeye sunulan bilgi ve belgelerin kabul edilmeme nedeni, mahkeme kararında açıkça ifade edilmelidir (HMK m. 337/1). Bkz. Ejder Yılmaz, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şehri, Ankara: Yetkin Yayınları, 2013, s. 1472.

¹¹⁰ Tanrıver, Medenî Usûl Hukuku, s. 1229; Atalay, “Adli Yardım ve Etkileri, s.44.

edilmesi yerinde olur.¹¹¹ Zira adli yardım talebinde bulunan kişinin ihtiyacı mahkeme kararı ile tespit edilmiştir. Adli yardımın amacının gerçekleşmesi ve kendisinden beklenen etkinin sağlanması için karar tarihinde henüz ödemesi gerçekleşmemiş harç ve giderlerin de adli yardım kapsamına dâhil edilmesi yerinde olacaktır.

Asıl davanın açılmasından önce adli yardım kararının alınması durumunda; adli yardım kararı ile asıl davanın açılması arasında geçen sürede asıl dava için zamanaşımı süresi dolmuş ise, adli yardım kararı kendiliğinden sona ermez. Zira zamanaşımı defî niteliğindedir ve mahkemece resen dikkate alınamaz, ancak karşı tarafça ileri sürülebilir. Dolayısıyla karşı tarafça zamanaşımı definin ileri sürülmesi durumunda dava reddedileceğinden adli yardım kararının etkileri de sona erecektir. Buna karşın karşı tarafça zamanaşımı definin ileri sürülmemesi durumunda adli yardım kararının etkileri devam edecektir. Adli yardım kararı ile asıl davanın açılması arasında geçen sürede hak düşürücü sürenin dolması durumunda ise mahkemece bu durum resen dikkate alınarak asıl dava reddedilecektir. Dolayısıyla adli yardım kararının etkileri sona erecek ve adli yardımdan yararlanan kişi muaf tutulduğu yargılama harç ve giderlerini ödemek durumunda kalacaktır.¹¹²

Adli yardım kararı kişiye özgü olup, sadece talepte bulunan kişi için sonuç doğurur. Dolayısıyla adli yardım kararı talepte bulunan kişinin mirasçıları veya cüzi halefleri ya da davaya katılan ferî müdahil bakımından herhangi bir sonuç doğurmaz¹¹³. Bunun yanı sıra adli yardım kararı kişiye özgü verildiğinden, verilen karar ihtiyari veya mecburi dava arkadaşları bakımından da sonuç doğurmayacaktır.¹¹⁴ Ayrıca adli yardım kararı hangi dava veya takip ya da iş için verilmişse; o dava, takip veya iş için sonuç doğurur.¹¹⁵

¹¹¹ Atalay, "Adli Yardım ve Etkileri, s.44-45.

¹¹² Akbal, "Medeni Yargılama Hukukunda Adli Yardım", s. 166; Atalay, "Adli Yardım ve Etkileri, s.41-42.

¹¹³ Tanrıver, Medenî Usûl Hukuku, s. 1229; Pekcanitez/Özekes/Akkan/Taş Korkmaz, Medenî Usûl Hukuku, s. 2430; Akbal, "Medeni Yargılama Hukukunda Adli Yardım", s. 166; Görgün/Börü/Kodakoğlu, Medenî Usûl Hukuku, s. 717-718; Atalay, "Adli Yardım ve Etkileri, s.42.

¹¹⁴ Atalay, "Adli Yardım ve Etkileri, s.47.

¹¹⁵ Pekcanitez/Özekes/Akkan/Taş Korkmaz, Medenî Usûl Hukuku, s. 2430; Tanrıver, Medenî Usûl Hukuku, s. 1229.

Adli yardım kapsamında sağlanan muafiyet ve kolaylıklar HMK'nın 335/1'inci maddesinde düzenlenmiştir. İlgili düzenleme göre adli yardım kararıyla ilgiliye aşağıdaki hususlarda kolaylıklar sağlanır:

- a) Yapılacak tüm yargılama ve takip giderlerinden geçici olarak muafiyet.
- b) Yargılama ve takip giderleri için teminat göstermekten muafiyet.
- c) Dava ve icra takibi sırasında yapılması gereken tüm giderlerin Devlet tarafından avans olarak ödenmesi.
- ç) Davanın avukat ile takibi gerekiyorsa, ücreti sonradan ödenmek üzere bir avukat temini.

Aynı sıfat ve düzeydeki mahkemelerde görülen ancak ayrı ayrı açılan ve aralarında bağlantı bulunan davaların birleştirilmeleri suretiyle birlikte görülmeleri mümkündür. Taraflardan birinin adli yardımdan yararlandığı bir davanın bir başka davayla birleşmesi durumunda, adli yardım kararının yararlanan kişi bakımından birleşen davada da geçerli olması mümkündür. Zira adli yardımdan yararlanan kişinin ekonomik anlamda yoksunluk şartı varlığını sürdürmektedir. Bunun yanı sıra davalar arasında bağlantı olması bir başka ifadeyle davaların aynı veya birbiriyle benzer sebeplerden doğması veya biri hakkında verilecek hükmün diğerini etkileyecek nitelikte olması nedeniyle haklılık veya talebin açıkça dayanaktan yoksun olmama halinin her iki dava yönünden örtüşmesi de olasıdır. Birlikte açılmış davaların ayrılması durumunda ise adli yardım kararı davaların her biri bakımından ayrılma kararı verilirken adli yardım kararı verilmesi için gerekli olan şartların muhafaza edilmesi durumunda geçerliliğini korumalıdır. Bunun yanı sıra adli yardım kararı sonrasında işleminden kaldırılan ve süresi içinde yenilenen dosya için de adli yardım koşullarının devam etmesi durumunda adli yardım kararı geçerliliğini muhafaza edecektir.¹¹⁶

Adli yardım kapsamında talepte bulunan ilgiliye sağlanan muafiyet, geçici muafiyettir. Bu çerçevede adli yardım talebi kabul edilen

¹¹⁶ Atalay, "Adli Yardım ve Etkileri, s.45; Ruhi, Milletlerarası Usul Hukukunda Adli Yardım, Tebligat ve İstinabe, s. 63.

ilgilinin peşin ödenmesi gereken yargılama ve takip giderleri ertelenir, bazı giderler devlet tarafından avans olarak karşılanır ve gerektiğinde ücreti sonradan ödenmek üzere talepte bulunan ilgiliye avukat tayin edilir. Bu kapsamda sağlanan geçici muafiyet hükmün kesinleşmesine kadar devam eder.¹¹⁷ Adli yardımdan faydalanan ilgili, yargılama ve takip giderleri için teminat gösterilmesi gereken durumlarda yatırmaması gereken teminatları göstermekten muaf tutulur. Ayrıca ilgi davada ıslah ve talep arttırımı ile dava konusunun miktarını arttırsa bu sebeple ortaya çıkan harç ve giderler ile adli yardımdan yararlanan ilgili yargılama sonunda verilen kararın icrası aşamasında ortaya çıkan harç ve giderlerden de muaf olur.¹¹⁸

Adli yardım kararı kapsamında her durumda ücreti sonradan verilmek üzere avukat yardımından yararlanma kararı yer almaz. Bu konuda mahkeme ayrıca ve açıkça karar vermek durumundadır. Mahkeme adli yardım talebinden bulunan ilgilinin ücreti sonradan verilmek üzere avukat yardımından yararlanmasına karar verirse, o yerde bulunan barodan avukat görevlendirilmesi talep eder. Bu talep üzerine ilgili baro avukat görevlendirmekle yükümlüdür.¹¹⁹ Adli yardım kapsamında avukat görevlendirilmesi durumunda, avukatın adli yardım talebinde bulunan ilgilinin vekili olabilmesi için ilgili tarafından usulüne uygun olarak vekâletname verilmesi ve bu vekâletnamenin mahkemeye sunulması gerekir.¹²⁰

Adli yardımdan yararlanan tarafın yargılama sonunda haklı çıkması ve davanın lehine sonuçlanması durumunda, adli yardım kararıyla ertelenen yargılama giderleri ile devletçe ödenen avanslar davada haksız çıkan taraftan tahsil olunur. Adli yardımdan faydalanan kişinin davada haksız çıkması durumunda ise, adli yardım kararıyla ertele-

¹¹⁷ Tanrıver, *Medenî Usûl Hukuku*, s. 1230; Pekcanitez/Özeker/Akkan/Taş Korkmaz, *Medenî Usûl Hukuku*, s. 2431-2432; Kuru, *Hukuk Muhakemeleri Usulü*, s. 5426-5428; Ercan, *Uygulamacılar İçin Medeni Usul Hukuku El Kitabı*, s. 932.

¹¹⁸ Pekcanitez/Özeker/Akkan/Taş Korkmaz, *Medenî Usûl Hukuku*, s. 2431; Atalay, "Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı'nda Avukatla Temsil Zorunluluğu ve Adli Yardım", s.100.

¹¹⁹ Pekcanitez/Özeker/Akkan/Taş Korkmaz, *Medenî Usûl Hukuku*, s. 2431-2432; Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası, *Medenî Usûl Hukuku*, s. 784-785; Atalay, "Adli Yardım ve Etkileri", s.44.

¹²⁰ Bilge Umar, *Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi*, Ankara: Yetkin Yayınevi, 2014, s. 962.

nen yargılama giderleri ile devletçe ödenen avanslar, hükmün kesinleşmesiyle adli yardımda faydalanan ilgiliden tahsil olunur (HMK m.337/1).¹²¹ Adli yardımdan yararlanan kişinin geçici muafiyet sağlanan harç ve giderleri ödemesi durumunda ekonomik zorluk çekeceği yönünde mahkemede kanı oluştursa, sosyal devlet anlayışı gereğince mahkeme ilgilinin yargılama giderlerini en çok bir yıl içinde aylık eşit taksitler hâlinde ödenmesine karar verebilir (HMK m.333/1). Geçici muafiyet sağlanan harç ve giderlerin tahsili aşamasında, adli yardımdan yararlanan ilginin ciddi bir ekonomik mağduriyetin oluşacağı açıkça anlaşılırsa mahkeme harç ve giderlerin tamamen veya kısmen ödenmemesine ve ilgilinin bu ödemeden muaf tutulmasına karar verebilir (HMK m.339/2). Adli yardımdan faydalanan ilgiliye mahkemenin talebi üzerine baro tarafından atanan avukatın ücreti, yargılama gideri olarak hazineden ödenir (HMK m.340).¹²²

Harç ve giderlerin adli yardımdan yararlanan ilgiliden tahsili aşamasında; ilgilinin yargılama konusu harç ve giderleri ödemesi durumunda ekonomik zorluk çekeceği yönünde mahkemede kanı oluşması durumunda ödemelerin taksitle yapılması, ciddi bir ekonomik mağduriyetin oluşacağı hususunun açıkça anlaşılması durumunda ise ilgilinin kısmen ve tamamen ödemeden muaf tutulması, sosyal devlet anlayışına uygun olduğu gibi adli yardım kurumunun getiriliş amacına da uygun bir düzenlemedir.¹²³

IV. AVUKATLIK KANUNU'NDA ADLİ YARDIM

Adli yardıma ilişkin düzenlemeler HMK'da yer alan düzenlemelerden ibaret değildir. Avukatlık Kanunu'nda da avukatlara bakan yönü itibari ile adli yardım kurumu düzenlenmiştir.¹²⁴ Avukatlık

¹²¹ Tanrıver, *Medenî Usûl Hukuku*, s. 1230; Pekcanıtez/Özekes/Akkan/Taş Korkmaz, *Medenî Usûl Hukuku*, s. 2432; Kuru, *Hukuk Muhakemeleri Usulü*, s. 5428; Ercan, *Uygulamacılar İçin Medeni Usul Hukuku El Kitabı*, s. 932; Atalay, "Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı'nda Avukatla Temsil Zorunluluğu ve Adli Yardım", s.100.

¹²² Tanrıver, *Medenî Usûl Hukuku*, s. 1230; Atalay, "Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı'nda Avukatla Temsil Zorunluluğu ve Adli Yardım", s.100.

¹²³ Atalay, "Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı'nda Avukatla Temsil Zorunluluğu ve Adli Yardım", s.100.

¹²⁴ Kuru, *Hukuk Muhakemeleri Usulü*, s. 5428; Özlem Çelik, "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Çerçevesinde Türk Hukukunda Medeni Hak ve Yükümlü-

Kanunu'nda yer alan adli yardıma ilişkin düzenlemeler HMK'da yer alan düzenlemelerin tamamlayıcısı niteliğinde olup adli yardım kurumunu yeniden ve tamamıyla düzenlememektedir.¹²⁵ Adli yardıma ilişkin düzenlemeler Avukatlık Kanunu'nun 176 ila 181'inci maddeleri arasında, sadece avukatlık hizmetiyle sınırlı olarak düzenlemiştir.¹²⁶

Avukatlık Kanunu'nda yer alan düzenlemelerin amacı avukatlık ücreti ve yargılama giderlerini ödeme imkânı olmayan kişilerin avukat yardımından yararlanmasını sağlamaktır. Bu imkân sayesinde mali yetersizlik içinde olan kişiler adil yargılanma hakkı çerçevesinde avukat yardımından yararlanmaktadır.¹²⁷ Adli yardımdan beklenen yararın tam olarak sağlanması için, maddi imkânlardan yoksun kişilerin avukat yardımından yararlanmasının da sağlanması gereklidir.¹²⁸

Adli yardım hizmeti, baro yönetim kurullarınca avukatlar arasından oluşturulan ve baro merkezlerinde yer alan adli yardım bürosu tarafından yürütülür (Av. K. m.177/1). Baro yönetim kurulu, baro merkezi dışında avukat sayısı beşten fazla olan her yargı çevresinde de bir avukatı adli yardım bürosu temsilcisi olarak görevlendirebilir. Bir ilde birden fazla baro bulunması durumunda, her bir baro tarafından adli yardım bürosu oluşturulur. Yargı makamlarının talebi üzerine yapılacak görevlendirmeler, Türkiye Barolar Birliği tarafından oluşturulan elektronik bilişim sistemi üzerinden o ildeki avukatlar arasında eşitlik

lülkrelle İlişkin Davalarda Ücretsiz Avukat Yardımından Faydalanma Hakkı", *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 24 (2020), s. 315.

¹²⁵ Pekcanitez/Özekes/Akkan/Taş Korkmaz, *Medenî Usûl Hukuku*, s. 2433; Çelik, "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Çerçevesinde Türk Hukukunda Medeni Hak ve Yükümlülüklerle İlişkin Davalarda Ücretsiz Avukat Yardımından Faydalanma Hakkı", s. 315; Nihan Esenal, "Yabancıların Adli Yardımdan Yararlanması ve Âdil Yargılanma Hakkı", s. 180; Ruhi, *Milletlerarası Usul Hukukunda Adli Yardım, Tebligat ve İstinabe*, s. 89.

¹²⁶ Adli yardım talebiyle avukat ataması iki şekilde ortaya çıkmaktadır. İlk ihtimalde avukat ataması, adli yardım talebinin iletildiği mahkeme kararı ile gerçekleşmektedir. Mahkemenin bu yönde karar verilmesi durumunda, adli yardım bürosu avukat atamasını gerçekleştirmek zorundadır. İkinci ihtimalde ise adli yardım talebi doğrudan baro adli yardım bürosuna yapılmakta, adli yardım bürosu gerekli bilgi ve belgeler aracılığıyla yapılan başvuruyu kabul ederse, büro tarafından avukat atamasını gerçekleştirmektedir. Bkz. Aydın, "Adli Yardım Sistemine Genel Bir Bakış", s. 2119.

¹²⁷ Atalı/Ermenek/Erdoğan, *Medenî Usûl Hukuku*, s. 693.

¹²⁸ Oğuz Atalay, "Avukatlık Kanunu'nda Adli Yardım", *Manisa BD*, 23(1987), s. 2.

gözetilerek gerçekleştirilir (Av. K. m.177/2). Adli yardım bürosu ve adli yardım temsilcileri, baro yönetim kurulunun gözetimi altında çalışırlar (Av. K. m.177/1).

Adli yardım bürosu, HMK'nın 335'inci maddesinin birinci fıkrasının ç bendi uyarınca avukat temin edilmesine karar verilen kişiler için avukat atamasını gerçekleştirir. Bunun yanı sıra adli yardım talebi için doğrudan baroya başvurulabilir¹²⁹. Bu durumda adli yardım bürosu kendisine adli yardım talebi ile başvuran kişinin mahkemeden adli yardım kararı alması gerekli işlemleri yapar. Bunun yanı sıra adli yardım bürosu maddi imkânlardan yoksun ilgiliye doğrudan bir avukat tayin edilmesine karar verebilir. Bu durumda gerçekleşecek olan adli yardım ilginin avukat yardımından yararlanmasından ibarettir (Av. K. m. 178-179).¹³⁰

Arabuluculuk, bir uyuşmazlığın taraflarının iradi başvurusu sonucu arabulucu adı verilen tarafsız ve güvenilir üçüncü kişinin katılımıyla üzerinde anlaşılan yöntem veya usulle yapılan gizli görüşmelerle taraflar arasındaki ihtilafı her iki tarafın ortak menfaatlerini esas alarak sona erdirme süreci olarak ifade edilebilir¹³¹. Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu'nun (HUAK) 13'üncü maddesinin üçüncü fıkrasında, arabuluculuk ücretini karşılamak için adli yardıma başvurulabileceği ve HMK'nın adli yardıma ilişkin hükümlerinin kıyasen uygulanacağı belirtilmiştir. Ayrıca Arabuluculuk Kanunu Yönetmeliği uyarınca, arabuluculuk sürecinde tarafların avukatlık hizmeti bakımından adli yardımdan yararlanabilmesi hususunda Avukatlık

¹²⁹ Adli yardım istemi, adli yardım bürosuna veya temsilcilerine yapılır. İstek sahibi, isteminde haklı olduğunu gösterdiği delillerle kanıtlamak zorundadır (Av. K. m.178/1). Adli yardım isteminin kabulü halinde; büro gerekli işlemleri yapmak üzere bir veya birkaç avukatı görevlendirir (Av. K. m.179/1). Yardım isteminin reddi halinde, ilgilisi yazı veya sözle baro başkanına başvurabilir. Baro başkanının bu konuda vereceği karar kesindir (Av. K. m.178/2).

¹³⁰ Pekcanıtez/Özekes/Akkan/Taş Korkmaz, *Medenî Usûl Hukuku*, s. 2433; Çakın, *Adalet Erişim*, s. 202.

¹³¹ Ömer Ekmekçi/Muhammet Özekes/Murat Atalı/Vural Seven, *Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk*, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2019, s.17; Hakan Üstüntaş, "Dava Şartı Olarak Arabuluculuk", *Yüksek Lisans Tezi*, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi, Lisansüstü Eğitim Enstitüsü, 2020, S.6; Burcu Melekoğlu Keser, *Arabuluculuk ve Zorunlu Arabuluculuk*, Ankara: Adalet Yayınevi, 2019, s.13.

Kanunu'nun 176 ilâ 181 inci maddeleri kıyasen uygulanacağı düzenleme altına alınmıştır. Kural olarak ihtiyari olarak yürütülen arabuluculuk çözüm yöntemi bazı uyuşmazlıklar bakımından dava şartı kapsamındadır. Dava açılmadan önce tüketilmesi gereken dava şartı arabuluculuk kapsamında yer alan uyuşmazlıklar iş hukukundan kaynaklı uyuşmazlıklar, ticari uyuşmazlıklar ve tüketici uyuşmazlıklarıdır. 01.09.2023 tarihinden itibaren ise kira ilişkisinden kaynaklanan uyuşmazlıklar, taşınır ve taşınmazları paylaşılması ve ortaklığın giderilmesine ilişkin uyuşmazlıklar, komşu hakkından kaynaklanan uyuşmazlıklar, Kat Mülkiyeti Kanunu'ndan kaynaklı uyuşmazlıklar¹³² ile 05.09.2023 tarihinden itibaren yürürlüğe girmek üzere tarımsal satış sözleşmesinden kaynaklı uyuşmazlıklar¹³³ da dava şartı arabuluculuk kapsamına dâhil edilmiştir.

SONUÇ

Günümüzde bir davanın veya takibin başlatılması ya da takip edilmesi kişiler açısından azımsanmayacak kadar ciddi bir ekonomik külfete mal olmaktadır. Mahkemeye başvururken ödenen harç ve giderlerin yanı sıra avukat yardımından yararlanılması durumunda ödenen vekâlet ücreti de hesaba katıldığında maliyetler oldukça artmaktadır. Bu durum bilhassa ekonomik imkanlardan yoksun kişilerin mahkemeye erişimine engel teşkil etmektedir. Bu engellerin aşılmasını sağlayan kurum adli yardım kurumudur.

Kişilerin mahkemeye erişim hakkı önündeki engellerin kaldırılması adil yargılanma hakkı, eşitlik ve sosyal hukuk devleti ilkesinin bir gereğidir. Bu çalışmada, sosyal hukuk devletinin ve eşitlik ilkesinin gereği olarak karşımıza çıkan, adil yargılanma hakkı kapsamında yer

¹³² 7445 sayılı İcra ve İflas Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'la yapılan değişiklikle, Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu'na "bazı uyuşmazlıklarda dava şartı olarak arabuluculuk" başlığıyla eklenen 18/B maddesi uyarınca sayılan uyuşmazlıklar 01.09.2023 tarihinden itibaren dava şartı kapsamına alınmıştır.

¹³³ 5 Nisan 2023 tarihinde yayımlanan 7442 sayılı Orman Kanunu ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'la 5488 sayılı Tarım Kanunu'nun 13'üncü maddesinde gerçekleşen değişiklikle, yayım tarihinden altı ay sonra tarımsal üretim sözleşmesinden doğan davalarda arabulucuya başvurulmuş olması dava şartı olarak düzenlenmiştir.

alan mahkemeye erişim hakkı kapsamında ihdas edilen adli yardım kurumuna dair sorunlara ilişkin bazı tespitler yapılmış ve bunlar hakkında çözüm önerilerinde bulunulmuştur. Bu makalede hukuk muhakemesinde adli yardım kurumu ile ilgili tespit edilen sorunlar ve bu kurumun etkinliğinin artırılması için getirilen çözüm önerileri kısaca şöyle özetlenebilir:

Yargılama harç ve masrafları nedeniyle günümüzde bir davanın açılması veya takip edilmesi oldukça masraflı olabilmektedir. Adli yardım kurumu sayesinde maddi imkânlardan yoksun kişiler yargılama sonuna kadar mahkeme harç ve masraflarını ödemekten muaf tutulmaktadır. Bunun yanı sıra dava açmak isteyen veya kendisine karşı açılmış olan davada savunma yapmak isteyen kişiler, maddi imkânlardan yoksun iseler avukat yardımından mahrum kalabilir. Bu durum ise kişilerin davalarda kendileri etkin şekilde savunmalarına engel teşkil eder. Zira hukuk bilgisi hiç veya yeterince olamayan kişiler davada kendilerini etkin şekilde savunamazlar. Ayrıca davanın tarafı olmanın vermiş olduğu subjektif bakış açısı, heyecan veya stres tarafın kendini etkin savunmasına engel teşkil edecektir. Etkin savunma olanaklarını sağlamak ve oluşabilecek sakıncaları gidermek amacıyla adli yardım kurumu, kanunda öngörülen şartları sağlayan kişilere ücretsiz avukat yardımdan yararlanma imkânı sunmaktadır.

HMK'da yer alan düzenleme incelendiğinde tüzel kişilerin adli yardımdan yararlanması hususunda kanun koyucunun bir sınırlama getirdiği görülmektedir. Adı geçen düzenlemeye göre tüzel kişilerde sadece kamu yararlı dernekler ve vakıflar adli yardımdan yararlanabilirler (HMK m.334/2). İlgili düzenleme çerçevesinde kanunda öngörülen şartlar gerçekleştiği takdirde sadece kamuya yararlı dernekler ve vakıflar adli yardım talebinde bulunabilirler. Katıldığımız görüşler çerçevesinde bu durum eleştirilmekte; getirilen eleştirilerde, ödeme güclüğü içindeki tüzel kişilerin adli yardımdan yararlandırılmamasının ve gerçek kişiler karşısında tüzel kişilere daha az bir hukuki korumanın öngörülmesinin herhangi bir meşru gerekçesi bulunmadığı ifade edilmektedir.

Özel hukuk tüzel kişilerinin de adil yargılanma hakkının süjesi olabildikleri gözetildiğinde bu kişilerin adli yardımdan yararlanamaması gerektiği gibi kategorik bir düşünce bu kişilerin mahkemeye eri-

şim haklarının ihlaline sebebiyet verebilir. Nitekim AİHM yakın tarihli *Nalbant ve Diğerleri/Türkiye* kararında, ticaret şirketi niteliğindeki tüzel kişilerin adli yardım taleplerinin reddi hususunda yaptığı değerlendirmede bunların adli yardımdan yararlanmaları hususunda, somut olayın koşullarını gözetmeye imkân vermeyen genel bir yasağın AİHS ile bağdaşmadığını belirtmiştir. Bu karardan kısa bir süre sonra, yakın tarihte Anayasa Mahkemesi de tüzel kişilerin adli yardımdan yararlandırılmaması dolayısıyla hak ihlali kararı vermiştir. Mahkeme *Kemtaş Tekstil İnşaat Sanayi ve Ticaret Anonim Şirketi* kararında ticari şirketlerin bireysel durumları değerlendirilmeden sırf tüzel kişi olmaları nedeniyle adli yardım kurumundan yararlandırılmamasının bunların mahkemeye erişimini aşırı derecede güçleştirdiği hatta imkânsız hâle getirdiği gerekçesiyle Anayasa'nın 36'ncı maddesinde güvence altına alınan adil yargılanma hakkı kapsamında mahkemeye erişim hakkının ihlal edildiğine karar vermiştir. Mahkeme yaptığı tespitler çerçevesinde, kanuni düzenlemeden kaynaklı olarak tüzel kişi ticari şirketlerin sırf tüzel kişi olması nedeniyle adli yardımdan kurumundan yararlanamamasının meşru bir amacının olmadığını ifade etmiştir. Mahkeme meşru amacı bulunmayan bu müdahalenin anılan durumdaki şirketlerin mahkemeye erişimini aşırı derecede zorlaştırdığı hatta olanaksız hale getirdiği sonucuna da varmış ve başvuru ticaret şirketi üzerinde ağır bir külfete neden olan bu durumun onun mahkemeye erişim hakkına yönelik ölçsüz bir müdahale sonucu doğurduğunu belirtmiştir.

Hukukun üstünlüğünün kabul edildiği hukuk devletlerinde kişilerin hukuki korunma taleplerini karşılamak, mahkemeye erişim ve savunma imkânları önündeki engelleri ortadan kaldırmak bir görevdir. Bu görev yerine getirilirken gerçek veya tüzel kişiler arasında haklı bir temele dayanmayan ayırım yapılmaması gerekir. Bu eşitlik ilkesinin de bir gereğidir. Bu nedenle Anayasa Mahkemesi'nin vermiş olduğu isabetli karar da dikkate alınarak, bu konuda bir yasal düzenleme yapılarak kanunun aradığı şartlar oluştuğu takdirde, gerçek kişiler gibi herhangi bir ayırma tabi tutulmadan ödeme güçlüğü içinde bulunan tüm tüzel kişilerin bu imkândan yaralanmasının sağlanması yerinde olacaktır.

Türkiye'de bulunan geçici hukuki koruma altındaki sığınmacıların veya mültecilerin adli yardım hizmetlerinden yararlanıp yararlanamayacağı hususunda açık bir düzenleme bulunmamaktadır. Türkiye'nin

de 1949 yılında onayladığı İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi'ne (İHEB) göre; hak arama özgürlüğü, mülteci ve sığınmacılar dâhil herkes için tanınmış bir haktır. Mülteci ve sığınmacılara uluslararası mevzuatta tanınan bu hakları kullanabilmeleri için kendilerine gerekli kolaylıklar sağlanmalıdır. Bu bağlamda, avukatlık ücretini ve diğer yargılama giderlerini karşılama olanağı bulunmayan mülteci ve sığınmacılara adli yardım hizmetlerinden yararlanma imkânının tanınması yerinde olacaktır.

Gerçek kişiler bakımından adli yardımdan yararlanabilmek için bulunması gereken koşullardan ilki, talepte bulunan kişinin kendisinin ve ailesinin geçimini önemli ölçüde zor duruma düşürmeksizin yargılama ve takip giderlerini kısmen veya tamamen ödeme gücünden yoksun olması halidir. Ekonomik anlamda yoksunluk şartının oluşup oluşmadığının tespitinde karar verecek olan yargı merci, öncelikle adli yardımın kapsamını dikkate almalı ve bu doğrultuda adli yardım talebinde bulunan kişinin ekonomik durumunu tespit etmelidir. Adli yardım talebinde bulunan kişi sadece yargılama harç ve giderlerinden muafiyet talep edebileceği gibi sadece avukat yardımından yararlanmayı da talep edebilir. Bunun yanı sıra adli yardım talebinde bulunan kişi her iki yönden de adli yardım talebinde bulunabilir. Ekonomik anlamda yoksunluk şartının oluşup oluşmadığının tespitinde başvurunun kapsamı, başvuruda bulunan kişinin geliri, bu gelir kapsamında malvarlığı değerleri, malvarlığı değerleri karşılığı elde ettiği gelirleri, borçları ve sosyal durumu da dikkate alınmalıdır. Adli yardım talebinde bulunan kişinin evi olabileceği gibi düzenli bir geliri de olabilir. Bunun yanı sıra adli yardım talebinde bulunan kişinin sırf kendisini avukatla temsil ettirmesi talebinin reddi gerekçesi olmamalıdır.

Adli yardım talebi değerlendirilirken talepte bulunan kişinin gerçek ekonomik durumu göz önüne alınmalı, zira bir kişi açacağı bir dava yahut başlatacağı bir icra takibi nedeniyle yüklü miktarda harç veya yargılama giderleri ödemek durumunda kalabilir. Böyle bir durumda bu kişi bu giderleri olağan gelirleriyle ödemeyecek durumda ise, kişinin evini satması, evin parasıyla veya geçimini güçleştirecek miktarda borç alarak, aldığı borçla yargılama harç ve giderlerini ödemesi beklenemez. Anayasa Mahkemesi de yakın zamanda bireysel başvuru sonucu vermiş olduğu *Atalay Yıldız* başvurusu çerçevesindeki hak ihlali kararında bu duruma dikkat çekmiştir. Mahkeme kararında

başvurucunun aile konutu olarak kullandığı taşınmazın sahibi olmasının tek başına adli yardımdan yararlanmaya engel teşkil etmemesi gerektiği, bu çerçevede başka bir ifadeyle adli yardım talebinde bulunan kişinin adli yardım talebinin sırf taşınmaz maliki olması nedeniyle otomatik olarak reddedilmemesi gerektiği sonucuna varmıştır. Mahkemeye göre; taşınmaz sahibi olmanın adli yardımdan yararlanmaya engel olduğu şeklindeki kategorik yaklaşım, adli yardım talebinde bulunan kişilerin gerçek mali durumlarının nazara alınmasına engel olmaktadır.

Küçüğün (on sekiz yaşını doldurmamış çocuğun) üstün yararı, çocuk haklarına ilişkin uluslararası insan hakları düzenlemelerinin yaygınlaşmasıyla birlikte en çok korunmaya değer bir menfaat olarak kabul edilmektedir. Bedensel, zihinsel, iktisadi ve sosyal bakımdan dezavantajlı gruplar içinde yer aldığı kabul edilen küçüklerle alakalı her alanda çocuğun üstün yararı göz önüne alınmaktadır. Küçükler, mahkemeye erişim hakkını yasal temsilcileri aracılığıyla kullanmaktadır. Bu hak kullanılırken yargılama harç ve giderlerinin küçük adına ödenmesi gerekmektedir. Yargılama harç ve giderlerinin ekonomik anlamda yoksunluk nedeniyle karşılanamaması durumunda ise adli yardım kurumu devreye girmekte, ancak bu durumda bile sağlanan muafiyet kural olarak geçici nitelik taşımaktadır. Hal böyle iken doğrudan küçüğün menfaatini ilgilendiren dava sonunda, davanın kaybedilmesi neticesinde yargılama harç ve giderlerinin ödenmesi gerekmektedir. Böyle bir ihtimalin varlığı küçüğün menfaatini korumaya yönelik davalarda küçüğün yasal temsilcisinin dava açmaktan kaçınmasına sebebiyet verebilir. Çocuğun üstün yararını ilgilendiren konularda mahkemeye erişim hakkının tereddütsüz kullanılması için bu riskin ortadan kaldırılması ve sırf çocuğun menfaatini korumaya yönelik olan davalarda adli yardım koşullarının sağlanması durumunda yargılama harç ve giderlerinden sürekli olarak muafiyet sağlanmasına yönelik yasal düzenleme yapılması yerinde olacaktır.

Gerçek kişiler bakımından adil yardımdan yararlanabilmenin diğer koşulu ise, talebin açıkça dayanaktan yoksun olmamasıdır. Gerçek kişiler bakımından haklılık koşulunun düzenlendiği HMK'nın 334'üncü maddesinin birinci fıkrasında yer alan "haklı oldukları yolunda kanaat uyandırmak" ibaresi 2013 yılında 6459 sayılı kanunla yapılan değişiklikle "taleplerinin açıkça dayanaktan yoksun olmaması"

şeklinde değiştirilmiştir. Değişiklik gerekçesinde AİHM'nin haklılık kriterinin aranmadığı bir sistemi tavsiye ettiği, haklılık ölçütü yerine dayanaktan yoksun olmama ölçütünün kabulüyle adli yardımın kapsamının genişletildiği vurgulanmaktadır. Değişiklikle AİHM kararlarına uyum sağlanması ve bu konuda olası ihlal kararlarının önüne geçilmesinin, adli yardımdan daha fazla kişinin yararlanmasının sağlanmasının amaçlandığı anlaşılmaktadır. Taleplerin açıkça dayanaktan yoksun olmaması ibaresinden anlaşılması gereken adli yardım talebinde bulunan kişinin davanın esası bakımından ilk bakışta açıkça haksız olmadığına görülmesidir. Bir başka anlatımla adli yardım talebinde bulunan kişinin davanın esası bakımından talebinin temelsiz olmaması, davada haklı çıkma ihtimalinin varlığı yeterlidir. Böylece hâkimin sahip olduğu hukuk bilgisiyle ilk bakışta yaptığı inceleme neticesinde, onda davanın temelini oluşturan iddia veya savunma sebeplerinin ispat edilebileceği yönünde kanaat oluşmalıdır. Bu çerçevede talepte bulunan kişinin iddia veya savunmalarının başarılı olma ve bu çerçevede davayı kazanma ihtimalinin varlığı gerekli ve yeterlidir. Bu durumda adli yardım talebinde bulunan kişinin talebinin açıkça dayanaktan yoksun olmadığına kabulü gerekir.

Yabancı gerçek kişilerin adli yardımdan yararlanabilmesi için ekonomik anlamda yetersizlik ve açıkça dayanaktan yoksun olmama şartının yanı sıra karşılıklılık şartının da gerçekleşmiş olması gerekir. Yabancı gerçek kişinin adli yardım talebinde bulunabilmesi için vatan-daşı olduğu ülke ile Türkiye Cumhuriyeti Devleti arasında karşılıklılık işlemin varlığı gereklidir (HMK m334/3). Karşılıklılık işlemi, uluslararası sözleşmelerle veya yabancı kişinin vatandaşı olduğu ülkenin kanunları ya da fiili uygulamalara oluşabilir.

Yabancı gerçek kişilerin karşılıklılık şartına bağlı olarak adli yardımdan yararlandırılması doktrinde haklı olarak eleştirilmektedir. Getirilen eleştirilerde bu durumun Anayasa ve AİHS kapsamında güvence altına alınan adil yargılanma hakkı kapsamında mahkemeye erişim hakkının ihlaline neden olacağı ifade edilmektedir. Anayasa Mahkemesi'nin yakın zamanda yayımlanan *Mohamma Salem Pash-to* ve *Nazi Salem* kararında, yabancıların statü veya ödeme gücü gibi özel durumları dikkate alınmadan kategorik bir yaklaşımla, sırf karşılıklılık koşulunun sağlanmaması nedeniyle adli yardımdan yararlandırılmamasını mahkemeye erişim hakkının ihlali olarak kabul etmiştir.

Adil yargılanma hakkı temel bir insan hakkıdır. Yabancılar için bu kişilerin kişisel durumunu dikkate almayan karşılıklılık şartının getirilmiş olması adil yargılanma hakkı kapsamında mahkemeye erişim hakkına engel teşkil eder. Her ne kadar Anayasa'nın 16'ncı maddesinde "*Temel hak ve hürriyetler, yabancılar için, milletlerarası hukuka uygun olarak kanunla sınırlanabilir.*" denilmiş ise de bu hüküm ödeme gücü olmasa bile ütün yabancıların adli yardım kurumunun kapsamı dışında bırakılması suretiyle adil yargılanma hakkından tamamen mahrum bırakılmaları sonucuna yol açacak şekilde yorumlanmamalıdır. Anayasa Mahkemesi'nin 20.10.2011 tarihli ve E.2011/54, K.2011/142 sayılı kararında belirtildiği üzere, yargılama giderlerinin mahkemeye erişim hakkını engellememesi için gereken kriterlerden birisi "ödemeye gücü olmayanlar bakımından etkili adli yardım sisteminin *olması*"dır. Yabancıların gerçekte ödeme gücüne sahip olup olmadığı dikkate alınmadan, sırf karşılıklılık şartının sağlanmadığı gerekçesiyle başvurunun ekonomik durumu nedeniyle, karşılanması mümkün olmayan yargılama harç ve giderlerini onun ödemesini beklemek -mevcut yasal düzenlemeler çerçevesinde mahkemeye erişimi kolaylaştıracak başkaca düzenleme olmadığı da dikkate alındığında- mahkemeye erişim hakkını oldukça güçleştirmekte hatta imkânsız hale getirmektedir. Bu nedenle yabancı gerçek kişilerin adli yardım taleplerinin, ekonomik anlamda yetersizlik ve haklılık şartını sağlaması durumunda karşılıklılık şartı aranmaksızın kabul edilebilmesine yönelik yasal düzenlemenin bir an önce yapılması yerinde olacaktır.

Tüzel kişiler bir başka ifadeyle kamuya yararlı dernekler ve vakıflar bakımından adli yardımdan yararlanabilmek için bulunması gereken koşullardan ilki, talepte bulunan tüzel kişinin yargılama harç ve giderlerini mali açıdan zor duruma düşmeksizin kısmen veya tamamen ödeyemeyecek durumda olma halidir. Kamu yararlı dernek ve vakıflar adli yardım talebinde bulunurken yargılama harç ve giderlerinden muafiyet talep edebilecekleri gibi avukat yardımından yararlanmayı da birlikte veya ayrı ayrı talep edebilir. Bu tespit yapılırken; adli yardımın kapsamı, kamuya yararlı dernek ve vakıfların gelirleri, borçları, harcamaları ve sürdürdükleri faaliyet göz önüne alınmalıdır.

Tüzel kişiler açısından adil yardımdan yararlanabilmenin diğer koşulu, taleplerinde haklı görünmeleridir. Gerçek kişiler açısından haklılık koşulu talebin açıkça dayanaktan yoksun olmaması hali iken

tüzel kişiler açısından taleplerinde haklı görülme halidir. Bu nedenle tüzel kişiler açısından haklılık koşulunun gerçekleşmesi için kişinin iddia veya savunma ya da geçici hukuki koruma yahut takip talebi mahkeme nezdinde haklılık kanaati oluşmalıdır. 2013 yılında 6459 sayılı Kanun'la yapılan değişiklikle gerçek kişiler bakımından haklılık koşulu değiştirilerek "haklı oldukları yolunda kanaat uyandırmak" ibaresi "taleplerinin açıkça dayanaktan yoksun olmaması" şeklinde değiştirilmiştir. Bu düzenleme yapılırken tüzel kişiler açısından haklılık koşulu olan taleplerinde haklı görülme halinde herhangi bir değişiklik yapılmamıştır. Bu bağlamda haklılık koşulu bakımından gerçek kişiler ile tüzel kişiler arasında bariz olmamakla birlikte fark bulunmaktadır. Gerçek kişiler açısından haklılık koşulunun oluşması için adli yardım talebinde bulunan kişinin davanın esas bakımından ilk bakışta açıkça haksız olmadığına anlaşılması gereklidir. Buna karşın tüzel kişiler açısından haklılık koşulunun oluşması için talebin esas bakımından mahkeme nezdinde haklılık kanaati oluşmalı, bir başka anlatımla adli yardım talebinin kabulü için talepte bulunanın davayı kazanma ihtimalinin davayı kaybetme ihtimalinden daha yüksek olduğu konusunda hâkimde bir kanaat oluşmalıdır. Kanaatimizce gerçek kişiler ve tüzel kişiler bakımından farklı haklılık koşullarının öngörülmesi isabetli değildir. Gerçek veya tüzel kişiler arasında haklı bir temele dayanmayan bir ayırım yapılmamalıdır. Bu nedenle bu konuda bir yasal düzenleme yapılarak tüzel kişiler açısından da haklılık koşulunun talebin açıkça dayanaktan yoksun olmama hali şeklinde değiştirilmesi yerinde olacaktır.

Gerçek kişiler bakımından haklılık durumunun ispatında yaklaşık ispat yeterlidir. Kanunda bu durum "açıkça dayanaktan yoksun olmama" olarak nitelendirilmiştir. Bu durumda talepte bulunan kişinin asıl yargılamada ileri sürdüğü iddiaların veya savunmaların açıkça dayanaktan yoksun olmadığı konusunda hâkimde yaklaşık bir kanaat oluşturması yeterlidir. Zira talepte bulunan ilginin iddialarının veya savunmalarının açıkça dayanaktan yoksun olup olmadığı yargılama neticesinde ortaya çıkacaktır. Tüzel kişiler bakımından ise haklılık koşulunun gerçekleşmesi için kişinin iddia veya savunmasında mahkeme nezdinde haklılık kanaati oluşmalıdır. Bu bağlamda talepte bulunanın davayı kazanma ihtimalinin davayı kaybetme ihtimalinden daha yüksek olduğu konusunda hâkimde bir kanaat oluşması gerekmektedir.

Kaynakça

Kitaplar

- Keser Burcu Melekoğlu, *Arabuluculuk ve Zorunlu Arabuluculuk*, Ankara: Adalet Yayınevi, 2019.
- Elveriş İdil, der., *Türkiye’de Adli Yardım*, İstanbul: İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, 2004.
- Ruhi Ahmet Cemal, *Milletlerarası Usul Hukukunda Adli Yardım, Tebligat ve İstina-be*, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2016.
- Çakın Akın, *Adalete Erişim*, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2016.
- Atalay Esra, “Yargısal Temel Haklar”, Şükrü Postacıoğlu’na Armağan Dön. Ser. Yayınları, İzmir 1997, s. 437-454.
- Arslan Ramazan/Yılmaz Ejder/Taşpınar Ayvaz Sema/Hanağası Emel, *Medenî Usul Hukuku*. Ankara: Yetkin Yayınları, 2022.
- Atalı Murat/ Ermenek İbrahim/Erdoğan Ersin, *Medenî Usûl Hukuku*. Ankara: Yetkin Yayınları, 2023.
- Budak Ali Cem/Karaaslan Varol, *Medenî Usul Hukuku, İstanbul: Filiz Kitapevi, 2021*.
- Ekmekçi Ömer/ Özekes Muhammet/ Atalı Murat/Seven Vural, *Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk*, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2019.
- Ercan İsmail, *Uygulamacılar İçin Medeni Usul Hukuku El Kitabı*, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2021.
- Erem Faruk, *Adli Yardım*, (İmran Öktem’e Armağan), Ankara: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1970.
- L. Şanal/Börü Levent/Kodakoğlu Mehmet, *Medenî Usûl Hukuku*, Ankara: Yetkin Yayınevi, 2023.
- Hanağası Emel, *Medenî Yargılama Hukukunda Silahların Eşitliği*, Ankara: Yetkin Yayınları, 2016.
- Kılınç Ayşe, *Medeni Usul Hukukunda Adli Yardım*, Ankara: Adalet Yayınevi, 2013.
- Kuru Baki/Aydın Burak, *Medenî Usul Hukuku El Kitabı*, Ankara: Yetkin Yayınları, 2021.
- Kuru Baki, *Hukuk Muhakemeleri Usulü*, İstanbul: Beta Basım Yayım, 6. Baskı, Cilt I, 2001.
- Özbek Mustafa Serdar, *Hukuk Yargılama Usûlünde Gider Avansı*, Ankara: Yetkin Yayınları, 2018.
- Pekcanitez Hakan/Özekes Muhammet/Akkan Mine/Taş Korkmaz *Hülya*, *Medenî Usûl Hukuku*, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, Cilt III, 2017.
- Pekcanitez Hakan/Atalay Oğuz/Özekes Muhammet, *Medenî Usûl Hukuku*, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2023.
- Postacıoğlu İlhan E./Altay Sümer, *Medenî Usûl Hukuku Dersleri*, İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2020.
- Tanrıver Suha, *Medenî Usûl Hukuku*, Ankara: Yetkin Yayınları, Cilt I, 2024.
- Umar Bilge, *Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi*, Ankara: Yetkin Yayınevi, 2014.
- Yılmaz Ejder, *Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şehri*, Ankara: Yetkin Yayınları, 2013.

Makale ve Kitap içi Bölümler

- Oğuz Atalay, "Adli Yardım ve Etkileri, **İzmir Barosu Dergisi**, 1 (1988): 40-47.
- Atalay Oğuz, "Avukatlık Kanunu'nda Adli Yardım", *Manisa BD*, 23 (1987): 2-9.
- Atalay Oğuz, "Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı'nda Avukatla Temsil Zorunluluğu ve Adli Yardım", *Hukuk Perspektifleri Dergisi*, 8 (2006): 97-100.
- Akbal Mehmet, "Medeni Yargılama Hukukunda Adli Yardım", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 93 (2011): 147-173.
- Akyol Aslan Leyla, "Adli Yardım Kurumunun Arabuluculukta Uygulanması- (HUAK m. 13/3)", *Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 4/1 (2018): 79-134.
- Aras Aslı, "Mülteci ve Sığınmacıların Adalete Erişiminde Adli Yardım", *Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi*, 23 (2021): 43-54.
- Arslanalp Celal Osman, "Adli Yardım", *İzmir Barosu Dergisi*, 2 (1988): 32-43.
- Aydın Muammer, "Adli Yardım Sistemine Genel Bir Bakış", *İstanbul Barosu Dergisi*, 5 (2007): 2117-2125.
- Çelik Abdullah, "Bireysel Başvuru Kapsamında Adli Yardım", Bireysel Başvuru İncelemeleri-1 içinde, Edt. Musa Sağlam, Serdar Güleler, Recep Kaplan, Ankara: Anayasa Mahkemesi Yayınları, 2013.
- Çelik Özlem, "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Çerçevesinde Türk Hukukunda Medeni Hak ve Yükümlülüklerle İlişkin Davalarda Ücretsiz Avukat Yardımından Faydalanma Hakkı", *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 24 (2020): 285-327.
- Esendal Nihan, "Yabancıların Adli Yardımdan Yararlanması ve Âdil Yargılanma Hakkı", *Terazi Hukuk Dergisi*, 3/31(2009): 179-194.
- Hazar Zeynep, "İnsan Hakları Çatışmalarının Çözümlemesinde Çocuğun Üstün Yararı İlkesinin İşlevi: Türk Anayasa Mahkemesi Kararları Çerçevesinde Bir Değerlendirme", *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 26 (2022): 647-684.
- Kılınc Ayşe, "Bir İnsan Hakkı Olarak Adli Yardım", *Hukuk ve İktisat Araştırmaları Dergisi*, 3 (2011): 1-10.
- Köksal Mustafa, "Adli Yardım (Müzaheretli Adliye) Kurumunun İdari Yargıdaki Uygulanması", *Terazi Hukuk Dergisi*, 4/40 (2009): 97-112.
- Tanrıver Suha, "Hukuk Yargısı (Medenî Yargı) Bağlamında Adil Yargılanma", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 53 (2004): 191-215.
- Taşkın Alim, "Adli Yardımın İşlevi ve Yardım Giderlerinin Geri Alınma Zamanı", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 3 (1999): 831-854.
- Taşkın Alim, "Noterlik İşlemlerinde Adli Yardım Hükümlerinin Uygulanması", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 2 (2000): 413-436.
- Yaşar İmmihan, "Adli Yardım Uygulanması", *İstanbul Barosu Dergisi*, 80/5 (2006): 2007-2026.
- Yılmaz Ejder, "Yargılama Giderlerinin İşlevi ve Sosyal Hukuk Devleti", *Ankara Barosu Dergisi*, 2 (1984): 200- 224.

Diğer Kaynaklar

Atalay Oğuz, "Medenî Usûl Hukukunda Adli Yardım", Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi, 1986.

Üstüntaş Hakan, "Dava Şartı Olarak Arbuluculuk", Yüksek Lisans Tezi, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi, Lisansüstü Eğitim Enstitüsü, 2020.

**PAY SAHİPLERİNİN ŞİRKET ZARARI NEDENİYLE
YÖNETİM KURULU ÜYELERİNE KARŞI
AÇTIKLARI SORUMLULUK DAVALARINDAKİ
HUKUKÎ STATÜSÜ VE BU DAVALARDA
ALINAN İLÂMLARIN İCRASI**
LEGAL STATUS OF SHAREHOLDERS IN LIABILITY CASES FILED
AGAINST MEMBERS OF THE BOARD OF DIRECTORS DUE TO
COMPANY DAMAGES AND EXECUTION OF JUDGMENTS IN THESE
CASES

Mehmet Emin ALPASLAN*

Özet: Anonim şirket yönetim kurulu üyelerinin fiilleriyle şirketin zarara uğraması hâlinde, pay sahipleri de dolayısıyla zarara uğrarlar. Pay sahipleri, Türk Ticaret Kanunu m. 555 hükmü uyarınca, şirketin zararının şirkete ödenmesi talebiyle bir dava açabilirler. Türk Ticaret Kanunu m. 555 hükmünün pay sahiplerine tanıdığı dava hakkı, şirketin dava hakkından bağımsızdır. Bu hak, usûl hukuku bakımından tavsife muhtaçtır. Bu dava sonunda alınan ilâmların icrası da birçok açıdan ele alınmayı gerektirmektedir.

Anahtar Kelimeler: Dolayısıyla Zarar, Şirket Zararı, Anonim Şirket, Yönetim Kurulu, İlâmların İcrası

Abstract: If the joint stock company suffers damages due to the acts of the members of the board, the shareholders also suffer indirect damages. Pursuant to Article 555 of the Turkish Commercial Code, the shareholders may file a lawsuit for the payment of the company's damages. The right of action granted to the shareholders under Article 555 of the Turkish Commercial Code is independent from the company's right of action. This right needs to be analyzed within the framework of procedural law. The enforcement of the judgments should also be analyzed in many aspects.

Keywords: Indirect Damages, Company Damages, Joint Stock Company, Board, Enforcement of Judgments

* Dr. Öğr. Üyesi, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medenî Usûl ve İcra- İflâs Hukuku Anabilim Dalı, mehmetemin.alpaslan@yeditepe.edu.tr, ORCID: 0000-0002-0821-9192, Makalenin Gönderim Tarihi: 04.11.2023, Kabul Tarihi: 02.02.2024

GİRİŞ

Yönetim kurulu üyeleri, kusurları ile şirkete verdikleri zararlardan sorumludurlar. Bu zararlar sebebiyle şirket, sorumlu yönetim kurulu üyelerine karşı dava açabilir. Öte yandan, yönetim kurulu üyelerinin fiilleriyle şirketin zarara uğraması hâlinde, pay sahipleri de yansıma yoluyla zarara uğrarlar. Pay sahiplerinin dolayısıyla uğradıkları bu zararın doğrudan tazmini imkân dâhilinde olmadığından, pay sahipleri ancak şirketin zararının tazmini talebiyle bir dava açabilirler. Ancak pay sahiplerinin dolayısıyla zararları (TTK'nın ifadesiyle şirketin zararı) için açacakları davada, tazminatın şirkete verilmesini talep etmeleri gerekir. Diğer bir ifadeyle, pay sahibi davayı açmakta, ancak tazminatın şirkete ödenmesini talep etmektedir. Bu davanın başarı ile sonuçlanması durumunda, ilâmın icrasına ilişkin olarak çeşitli meseleler ortaya çıkacaktır. Bu meseleler temelde, pay sahibinin bu davadaki özellikli konumundan kaynaklanmakta olup; sorunların çözümü de bu özellikli konumun tavsifi ve hukukî neticelerinin saptanması ile mümkün olabilecektir.

Bu çalışmada, dolayısıyla zarar (şirket zararı) sebebiyle açılan sorumluluk davalarında pay sahiplerinin hukukî statüsü ve bu davalar neticesinde verilen ilâmların icrası incelenecektir. Bu incelemenin daha etkili biçimde yapılması maksadıyla, söz konusu davaya ilişkin temel bazı meseleler de irdelenecektir. Çalışmada yalnızca pay sahipleri tarafından açılacak sorumluluk davaları incelenecek olup, şirket alacaklılarının açabileceği davalar incelenmeyecektir. Keza yönetim kurulu tarafından yönetimin veya temsilin devri hâlinde yahut fiili organın varlığı hâlinde sorumluluk meselesi¹ ile TTK m. 553 hükmü çerçevesinde kurucuların ve tasfiye memurlarının sorumluluğu² özel bir biçimde incelenmeyecektir. Çalışmamızda, limited şirketlere ilişkin olarak verilen yargı kararlarından da istifade edilmiş olmakla birlikte,

¹ Bu konuda bkz. Hamdi Yasaman, Yönetim Kurulu Üyelerine Karşı Açılacak Sorumluluk Davaları, *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 2013/2, Prof. Dr. Oğuz İmregün'e Saygı Sempozyumu, s. 98-100.

² TTK m. 553 hükmü uyarınca menfaat sahipleri hakkında bkz. Ünal Tekinalp, Erişim Hakkı, *BATİDER*, Yıl: 2006, C. XXIII, S. 4, s. 11. Bu hüküm uyarınca yönetici kavramı hakkında bkz. Veliye Yanlı, Şirkete Verilen Zarar Sebebiyle Sorumluluk Bağlamında "Yönetici" Kavramı ve Genel Kurul Kararı Gerekliliği Sorunu, *Terazi Hukuk Dergisi*, C. 14, S. 151, Mart 2019, s. 46 vd.

mesele limited şirketler bakımından özel olarak ele alınmayacaktır. Bu noktada yalnızca, inceleme konusu meseleye ilişkin olan anonim şirket düzenlemelerinin (TTK m. 555 vd. hükümlerinin), TTK m. 644 atfı ile limited şirketlere de uygulanacağını belirtmekle yetiniyoruz.

I. DOLAYISIYLA ZARAR (ŞİRKET ZARARI) KAVRAMI

Dolayısıyla zarar kavramı, Türk Ticaret Kanunu'nda açıkça yer almasa da; TTK m. 555/1 hükmünde yer alan “şirket zararı” kavramı, dolayısıyla zarardan başka bir şey değildir.³ Dolayısıyla zarar, doğrudan ortakların malvarlıklarında gerçekleşmeyen⁴ ancak ortaklık malvarlığını azaltması itibarıyla ortakların malvarlığını dolaylı olarak etkileyen zarardır.⁵ Söz konusu şirket zararı, ortaklar bakımından da bir zarar kalemi teşkil eder; zira ortaklık malvarlığının azalması sonucu, ortakların kâr ve tasfiye payı hakları azalır.⁶

Dolayısıyla zarara örnek olarak, şirketin üçüncü kişilere tazminat ödemek durumunda kalması veya şirket alacağının tahsil imkânının

³ Ersin Çamoğlu, Anonim Ortaklık Yönetim Kurulu Üyelerinin Sorumluluğu, 3. Baskı, İstanbul 2010, s. 126 vd.; Yasaman, s. 107; Muhammet Özekes/Vural Seven/Nedim Meriç, Sermaye Şirketlerinde Sorumluluk Davası (TTK m. 549 vd.), İstanbul 2021, s. 19 vd.; Mehmet Helvacı, Anonim Ortaklıkta Yönetim Kurulu Üyesinin Hukuki Sorumluluğu, 2. Baskı, İstanbul 2001, s. 128; Necla Akdağ Güney, Anonim Şirket Yönetim Kurulu, 2. Baskı, İstanbul 2016, s. 297-301, s. 339; Ali Eskioçak, Yönetim Kurulu Üyelerinin Şahsî Sorumluluğuna İlişkin Davalarda Maddî Hukukun Usûl Hukukuyla Etkileşimi, Ankara 2022, s. 86.

⁴ Pay sahibinin doğrudan doğruya kendi mal varlığı üzerinde gerçekleşen zarar doğrudan zarardır. Doğrudan zarar hakkında bkz. Tolga Ayoğlu, “Pay Sahipleri ile Alacaklıların “Dolayısıyla Zarar” Nedeniyle Yönetim Kurulu Üyelerine Karşı Sorumluluk Davası Açma Hakkı ve Bu Tür Davalarda Alınan İlamı İcraya Koyma Yetkisi”, *Legal Hukuk Dergisi*, Yıl: 2009, S. 73, s. 69; Akdağ Güney, Yönetim Kurulu, s. 295-297. Bir başka deyişle doğrudan zarar, şirketin zararından bağımsız olarak pay sahibinin malvarlığı üzerinde ortaya çıkan zarardır (Nicolas Rouiller/Marc Bauen/Robert Bernet/Colette Lasserre Rouiller, *La société anonyme suisse*, Zürich 2022 (www.swisslex.ch, Son Erişim Tarihi: 20.09.2023), s. 640, § 563a).

⁵ Dolayısıyla zararın öncelikle ortaklık malvarlığı üzerinde doğup pay sahibinin malvarlığına yansıyan zarar olduğu ifade edilmiştir. Bu konuda bkz. Çamoğlu, s. 120 vd.; Ayoğlu, Sorumluluk Davası, s. 70; Akdağ Güney, Yönetim Kurulu, s. 338. Ayrıca bkz. Yasaman, s. 104; Helvacı, Sorumluluk, s. 128. Pay sahibi, yalnızca şirketin zarara uğramış olması nedeniyle (dolaylı olarak) zarara uğramaktadır (Rouiller/Bauen/Bernet/Lasserre Rouiller, s. 640, § 563a).

⁶ Yasaman, s. 107; Ayoğlu, Sorumluluk Davası, s. 70.

kalmaması gösterilmektedir.⁷ Yine kârın azalmasına sebep olan işlemler de bu kapsamdadır.⁸ Keza doktrinde, yöneticilerin yetkilerini kötüye kullanmaları, gerçek olmayan kâr dağıtımı, piyasa koşullarına uygun olmayan yatırımlar yapılması, şirket vasıtalarının şirket amacı dışında kullanılması, bir alım opsiyonu kullanım hakkının kaçırılması, borsada riskli işlemler yapılması, şirketin sahip olduğu permi veya teşvik belgesinin kullanılmaması gibi hâllerin dolayısıyla zarar doğurabileceği ifade edilmiştir.⁹ Şirketin vergi borcunun arttırılması, şirkete idarî para cezaları kesilmesine neden olunması; mahkeme kararlarına konu olan şirket zararı hâlleridir.¹⁰ Piyasa fiyatlarının oldukça üzerinde bir kira bedeli mukabilinde yapılan kiralama ile şirketin zarara uğratılması da bu kapsamdadır.¹¹ Şirkete ait ruhsatların muvazaalı olarak bedelinin çok altında bir değer ile devredilmesi, belgesiz harcamalar yapılması, gerçekte bir borçlanma olmadığı hâlde kayıtlar üzerinde oynama yapılarak kendisinin (yönetim kurulu üyelerinin veya limited şirkette müdürlerin), yakınlarının veya üçüncü kişilerin şirketten alacaklı olarak gösterilmesi suretiyle şirketin içinin boşaltılması da diğer örneklerdir.¹²

Dolayısıyla zararın (şirket zararının) daha iyi somutlaşması, doğrudan zararın kısaca da olsa açıklanmasını gerektirmektedir. Doğrudan zarar, pay sahibinin bu sıfatla doğrudan doğruya uğradığı zarardır. Yani bu zarar, pay sahibinin malvarlığını doğrudan etkilemekte

⁷ Ayoğlu, Sorumluluk Davası, s. 70.

⁸ Yasaman, s. 107.

⁹ Çamoğlu, s. 128; Reha Poroy/Ünal Tekinalp/Ersin Çamoğlu, Ortaklıklar Hukuku I, 15. Bası, İstanbul 2021, N. 604.

¹⁰ İstanbul BAM 13. HD., 13.07.2023, 923/1118 (Lexpera).

¹¹ Yargıtay 11. HD., 12.05.2015, 17724/6794 (Lexpera).

¹² "Dava konusu olayda, davacılar tarafından davalı şirket müdürüne isnat edilen kusurlu eylem, ... şirkete ait ilaç ruhsatını muvazaalı olarak bedelinin çok altında bir değer ile satarak şirketi zarara uğrattığı, gerçekte bir borç alımı olmadığı halde kayıtlar üzerinde eşini şirketten alacaklı olarak gösterdiği ve bu şekilde şirketin içinin boşalttığı ileri sürülmüş olması karşısında, ... şirket ortağının 6102 sayılı TTK'nın 644. maddesine yapılan atıf gereği aynı Kanun'un 555. maddesi uyarınca eldeki davayı açma hakkının bulunduğu ...", Yargıtay 11. HD., 10.02.2015, 3664/1626 (Lexpera). Kendi lehine çek keşide edilmesi, belgesiz harcamalar yapılması, ruhsatların ve marka tescil belgesinin şirket menfaatlerine aykırı şekilde devri bakımından bkz. Yargıtay 11. HD., 26.01.2023, 6244/579 (Lexpera).

olup, şirketin uğradığı zarardan bağımsız mahiyettedir.¹³ Bu zarar, pay sahibinin malvarlığında doğrudan bir değer eksilmesi yahut malvarlığında oluşması beklenen değer artışının meydana gelmemesi şeklinde ortaya çıkabilir.¹⁴ Pay sahipleri, yönetim kurulu üyelerinin fiilile riyle pay sahibi sıfatıyla bir zarara uğrarlarsa, sorumlu yönetim kurulu üyelerine karşı dava açabilirler.¹⁵

Kural olarak, dolayısıyla zarar gören kişilerin zarar verenden tazminat talep hakkı yoktur.¹⁶ Ancak yasal bir düzenleme ile bu durumun aksi öngörülebilir.¹⁷ TTK m. 555 hükmü de, dolayısıyla zarar gören pay sahiplerine tazminat talep hakkı veren istisnaî bir hükümdür. Ancak

¹³ Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, N. 610; Yasaman, s. 104; Özkes/Seven/Meriç, s. 23 vd.; Ayoğlu, Sorumluluk Davası, s. 69; Akdağ Güney, Yönetim Kurulu, s. 295-296.

¹⁴ Yasaman, s. 104. Halka açık olan bir anonim şirketin yöneticilerinin borsada manipülasyon yaptığı iddiasıyla pay sahiplerinin borsada işlem gören hisselerinin değer kaybetmesi sebebiyle açılan dava, doğrudan zarar iddiasına dayalı bir dava olarak değerlendirilmiştir (Yargıtay 11. HD., 23.01.2017, 12195/415 (Lexpera)). Yine, esas sermayenin arttırılması sonrasında nakdî sermayenin dörtte birinin nakden ödenmek durumunda kalınması, bakiye kısmın ödenmesi için de yönetim kurulu üyelerinin onbeş günlük kısa bir süre tanınmaları sebebiyle pay sahiplerinin zarar gördüğü iddiası, doğrudan zarar iddiası niteliğinde kabul edilmiştir (Yargıtay 11. HD., 09.06.2016, 14405/6410 (Lexpera)).

¹⁵ Çamoğlu, s. 147 vd.; Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, N. 610; Orhan Nuri Çevik, Anonim Şirketler, Ankara 1988, s. 585. Bu dava şirkete karşı değil, sorumlu yönetim kurulu üyesine (limited şirkette müdüre) karşı açılır. Örneğin; "Dava konusu olayda, davacılar tarafından davalı şirket müdürüne isnat edilen kusurlu eylem, şirket müdürünün görevi sırasında şirket kayıtlarında oynama yaparak şirketi zarar etmiş gibi gösterdiği, şirkete ait ilaç ruhsatını muvazaalı olarak bedelinin çok altında bir değer ile satarak şirketi zarara uğrattığı, gerçekte bir borç alımı olmadığı halde kayıtlar üzerinde eşini şirketten alacaklı olarak gösterdiği ve bu şekilde şirketin içini boşalttığı ileri sürülmüş olması karşısında, bu hali ile iddianın ileri sürülüş biçimine göre eldeki dava, limited şirket müdürünün sorumluluğu davası niteliğini haiz olup, şirket ortağının 6102 sayılı TTK'nun 644. maddesinde yapılan atf gereği aynı Kanun'un 555. maddesi uyarınca eldeki davayı açma hakkının bulunduğu ve hükmedilecek tazminatın da şirkete verilmesini talep ettiği gözönüne alındığında, davanın şirkete karşı değil, şirketi zarara uğrattığı iddia edilen müdüre karşı açılmasında bir isabetsizlik bulunmamaktadır", Yargıtay 11. HD., 10.02.2015, 3664/1626 (Lexpera).

¹⁶ Çamoğlu, s. 126-127. Ayrıca bkz. Helvacı, Sorumluluk, s. 125; Isabelle Chabloz, Responsabilité des administrateurs dans la faillite: état des lieux sur la base de quelques arrêts récentes, La pratique contractuelle 5 Symposium en droit des contrats (Editeurs: Pascal Pichonnaz/Franz Werro), Zürich 2016 (www.swisslex.ch, Son Erişim Tarihi: 20.09.2023), s. 103.

¹⁷ Yasaman, s. 108; Helvacı, Sorumluluk, s. 125-126.

belirtilmelidir ki söz konusu dava, dolayısıyla zararın tazminini amaçlamamaktadır; burada yalnızca dolayısıyla zarar gören şahıs sıfatıyla açılan bir dava söz konusu olup,¹⁸ şirketin zararının tazmininin sağlanması hedeflenmektedir.

Bazı hâllerde yönetim kurulu üyelerinin fiilleri hem ortaklık bakımından hem de pay sahibi bakımından doğrudan zarar teşkil edebilir. Bu durumda pay sahibi hem kendi doğrudan zararını hem de şirketin zararını -dolayısıyla zarara uğraması itibarıyla- talep edebilir.¹⁹ Bu taleplerin objektif dava birleşmesi esasları çerçevesinde yöneltilmesi yahut ayrı davalar açıldıktan sonra bu davaların birleştirilmesi mümkündür.²⁰

II. İLÂMI İCRAYA KOYABİLECEK KİŞİLERİN SAPTANMASI BAKIMINDAN DOLAYISIYLA ZARAR SEBEBİYLE AÇILACAK DAVALARDA DAVACILARIN TESPİTİ

Çalışmamızın konusu TTK m. 555 hükmü uyarınca pay sahiplerinin dolayısıyla zarar (şirket zararı) sebebiyle açılacak davalardaki hukukî statüleri ve bu davalarda alınan ilâmların icrası olsa da yönetim kurulu üyelerine karşı açılacak sorumluluk davalarının davacılarının kim olduğunun genel olarak saptanması oldukça önemlidir. Zira bu mesele, ilâmın icrası aşamasını da (özellikle takibin sùjeleri bakımından) doğrudan etkileyecektir. Söz konusu sorumluluk davası; şirket, pay sahipleri ve alacaklılar tarafından açılacak ise de çalışma yalnızca pay sahiplerinin açacağı dava ile sınırlı tutulmuştur. Alacaklıların dava hakkına ise, şirketin iflâsının meseleye etkisi incelenirken kısaca değinilmiştir.²¹

¹⁸ Çamoğlu, s. 126-127. Ayrıca bkz. Helvacı, Sorumluluk, s. 127.

¹⁹ Hakan Pekcanitez, Türk Ticaret Kanunu'na Göre Anonim Ortaklıklarda Denetçiler Tarafından Açılacak Davalar, Makaleler, C. I, İstanbul 2016, s. 43. Ancak doktrinde, bu davaların birlikte açılmasının mümkün olmadığı da ifade edilmektedir. Bu yönde bkz. Helvacı, Sorumluluk, s. 128.

²⁰ Eskioçak, s. 279 vd. Medenî usûl hukukunda objektif dava birleşmesi hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Uğur Bulut, Medenî Usûl Hukukunda Davaların Yığılması (Objektif Dava Birleşmesi), Ankara 2017, s. 5 vd. Medenî usûl hukuku açısından davaların birleştirilmesi hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. İbrahim Ermenek, Medenî Usûl Hukukunda Davaların Birleştirilmesi ve Ayrılması, Ankara 2014, s. 23 vd.

²¹ Bu konuda bkz. aşa. II, D.

Şirket zararı sebebiyle açılacak söz konusu davanın davacısı, zarar gören pay sahibi iken; davalı ise, zarardan sorumlu yönetim kurulu üyeleridir. TTK, eTK'dan farklı olarak mutlak teselsül prensibini değil, farklılaştırılmış teselsül prensibini kabul ettiğinden, davanın zarardan sorumlu yönetim kurulu üyelerine karşı açılması gerekir.²²

İnceleme konusu dava, sözleşmesel sorumluluk temeline dayanmaktadır.²³ Bu davalar kusur esasına dayalı davalar olup, davaların mücerret iddialarla açılmaması ve HMK m. 194 çerçevesinde somutlaştırma yüküne uygun olarak somutlaştırılması gerekir.²⁴ Aksi takdirde hâkimin davayı aydınlatma ödevi çerçevesinde (HMK m. 31), davacıdan açıklama istenebilir.²⁵

²² Mehmet Helvacı, Yönetim Kurulu Üyelerinin Hukuki Sorumluluğunda Farklılaştırılmış Teselsül, *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 2013/2, Prof. Dr. Oğuz İmregün'e Saygı Sempozyumu, s. 77 vd.; Hasan Pulaşlı, Türk Ticaret Kanunu Tasarısı'na Göre Anonim Şirket Yönetim Kurulu Üyelerinin Özen Yükümlülüğü ve Müteselsil Sorumluluğu, *BATİDER*, Yıl: 2009, C. XXV, S. 1, s. 45-46; S. Anlam Altay, Anonim Ortaklıklar Hukuku'nda Farklılaştırılmış Teselsül, *Terazi Hukuk Dergisi*, C. 14, S. 151, Mart 2019, s. 68 vd.; Nihan Palta, Türk Ticaret Kanunu'na Göre Anonim Şirket Yönetim Kurulu Üyelerinin Hukuki Sorumluluğunda Farklılaştırılmış Teselsül İlkesi, Ankara 2023, s. 257 vd. Sorumluluk rejimi ayrıca bkz. Ahmet Battal, Yeni Türk Ticaret Kanunu'nda Anonim Şirket Yönetim Kurulu Üyelerinin Sorumluluk Rejimi, *Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 2, S. 2, Aralık 2012, s. 31 vd.

²³ Çamoğlu, s. 144; Ayoğlu, Sorumluluk Davası, s. 68, s. 72; Helvacı, s. 126-127. Özkes/Seven/Meriç, s. 21. Pay sahiplerinin açacağı davanın kaynağına ilişkin doktrindeki görüşler için bkz. Eskiocak, s. 63-65.

²⁴ İstanbul BAM 13. HD., 13.07.2023, 923/1118 (Lexpera).

²⁵ "Açıklanan sebeplerle Mahkemece, öncelikle HMK'nın 31. maddesinde düzenlenen hakimin davayı aydınlatma ödevi kapsamında davacı tarafa, her bir davalı yönünden şirket zararına yol açtığı iddia edilen işlemleri ve bu işlemlerin hangi sebeple ve ne şekilde şirketi zarara uğratmış olduğunu somutlaştırarak açıklamak üzere süre verilmesi, bundan sonra daha önce rapor düzenleyen bilirkişi heyetinden somut zarara yol açtığı iddia edilen her bir işlem yönünden, dava dışı şirketin ticari defterleri ile tüm dosya kapsamı üzerinde inceleme yapılmak suretiyle, zarara sebep olan işlemlerin ve tarihlerinin, şirket adına düzenlenen idari para cezalarının tarihleri, ne sebeple düzenlendikleri ve akıbetlerinin, ... şirketin düzenlenen idari para cezaları nedeniyle gerçekten bir zarara uğrayıp uğramadığının, zarar var ise davadan sonra karşılanıp karşılanmadığının tespiti yönünde rapor alınması, bundan sonra bilirkişi raporunun tüm dosya kapsamı ile birlikte değerlendirilmesi ve yukarıda açıklanan TTK maddeleri kapsamında her bir davalının görevinin kapsamının belirlenmesi, tespit edilen zarar kalemleri yönünden kusurlarının değerlendirmesi ve sonucuna göre tüm talepler yönünden bir karar verilmesi gerekmektedir.", İstanbul BAM 13. HD., 13.07.2023, 923/1118

A. Pay Sahibinin Dava Hakkı

1. Genel Olarak

Dolayısıyla zarar sebebiyle açılan davalarda, şirketin zararının tazmini talep edilmekte ve tazminatın şirkete ödenmesi istenmektedir.²⁶ Söz konusu tazmin yöntemi doktrinde, dolayısıyla uğranılan zararın dolayısıyla tazmini şeklinde de formüle edilmektedir.²⁷ Yani davaya esas olan maddî hakkın “doğrudan” sahibi şirket olmakla beraber; bu hakkın yerine getirilmesini isteyen kişi, pay sahibidir. Söz konusu durum, şekli taraf teorisinin kabul edildiği sistemimizde usûlî anlamda ilk aşamada problem yaratmayacaksa da pay sahibine tanınan dava hakkının mahiyetinin usûlî anlamda nitelenmesi önemlidir.

Bu bölümde ilk olarak pay sahibinin şirketten bağımsız bir dava hakkına sahip olup olmadığı irdelenecektir. Daha sonra ise, pay sahibinin konumunun usûl hukuku çerçevesinden tavsifine gayret edilecektir.

2. Dava Hakkının Bağımsız Olup Olmadığı Sorunu

TTK m. 555/1 hükmü “Şirketin uğradığı zararın tazminini, şirket ve her bir pay sahibi isteyebilir. Pay sahipleri tazminatın ancak şirkete ödemesini isteyebilirler” şeklindedir. Bu hüküm uyarınca; şirketin zararını, şirket de her bir pay sahibi de isteyebilir. Söz konusu düzenlemenin

(Lexpera). Hâkimin davayı aydınlatma ödevi hakkında bkz. Ejder Yılmaz, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, 4. Baskı, Ankara 2021, C. 1, s. 1226 vd.; Hakan Pekcanitez/Oğuz Atalay/Muhammet Özekes, Medenî Usûl Hukuku Ders Kitabı, 11. Bası, İstanbul 2023, s. 195 vd., N. 808 vd.; Güray Erdönmez, Pekcanitez Usûl Medenî Usûl Hukuku, 15. Baskı, İstanbul 2017, s. 818 vd.; Süha Tanrıver, Medenî Usûl Hukuku, C. I, 4. Bası, Ankara 2021, s. 395 vd. Ayrıntılı bilgi için bkz. Nedim Meriç, Hâkimin Davayı Aydınlatma Yükümlülüğü, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 11, Özel Sayı 2009: Prof. Dr. Bilge Umar’a Armağan, s. 377 vd.; Cemil Simil, Hâkimin Davayı Aydınlatma Ödevinin Sınırları, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 16, Özel Sayı 2014: Prof. Dr. Hakan Pekcanitez’e Armağan, s. 1351 vd.; Varol Karaaslan, Medenî Usul Hukukunda Hâkimin Davayı Aydınlatma Ödevi, 2. Baskı, Ankara 2019, s. 1 vd.; Şafak Güleç, Hâkimin Davayı Aydınlatma Ödevi, Ankara 2021, s. 21 vd.

²⁶ Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, N. 592; Özekes/Seven/Meriç, s. 98 vd.; Buse Dişel, Dava Takip Yetkisi, İstanbul 2020, s. 59; Eskiocak, s. 135 vd. Ayrıca bkz. Yargıtay 11. HD., 09.06.2016, 14405/6410 (Lexpera).

²⁷ Helvacı, Sorumluluk, s. 130; Ayoğlu, Sorumluluk Davası, s. 70.

pay sahibine bağımsız bir dava hakkı tanıyıp tanımadığı ve bu hakkın şirketin sahip olduğu dava hakkına bağlı olup olmadığı tespit edilme-lidir. Bu tespit şu açıdan önemlidir. Eğer pay sahibinin dava hakkının şirketin dava hakkına bağlı olduğu kabul edilirse, bu durumda şirketin davadan feragat etmesi, sulh olunması veya yönetim kurulu üyelerinin ibra edilmesi pay sahibi bakımından da sonuç doğuracaktır.²⁸

Ortaklara tanınan dava hakkı, ortaklığın dava hakkından bağımsızdır.²⁹ Bu çerçevede, genel kurulda sorumluluk davası açılmamasına karar verilmesi, yönetim kurulunun ibra edilmesi veya davadan feragat edilmesi ya da sulh olunması yönündeki kararların pay sahiplerinin açacağı davaya bir etkisi olmayacak ve bu kararlar onların dava haklarını ortadan kaldırmayacaktır.³⁰ Çünkü pay sahiplerinin dava haklarının genel kurul tarafından alınacak karara tâbi kılınması, ortaklara tanınan dava hakkının pratik önemini ortadan kaldıracaktır.³¹ Zira burada ciddi bir menfaat çatışması bulunması muhtemel olup, dava açılması imkânını her hâlde genel kurul çoğunluğunu elinde bulunduranların inisiyatifine terk etmek kabul edilebilir değildir. Yine pay sahibinin, şirketin dava açmaktan vazgeçmesini beklemesine de gerek yoktur. Doktrinde hem şirketin hem de pay sahibinin ayrı ayrı dava açabileceği belirtilmekte;³² pay sahibinin asıl sıfatıyla açılan, bağımsız ve fer'i olmayan bir dava hakkı bulunduğu kabul edilmektedir.³³

²⁸ Ayoğlu, Sorumluluk Davası, s. 71. Anonim ortaklıkta ibraya ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Mehmet Bahtiyar, Anonim Ortaklıkta İbraya İlişkin Bazı Sorunlar, *Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 6, S. 1, Haziran 2018, s. 101 vd.

²⁹ Çamoğlu, s. 154; Yasaman, s. 109; Ayoğlu, Sorumluluk Davası, s. 71 vd.; Akdağ Güney, Yönetim Kurulu, s. 340. Ancak belirtilmelidir ki, genel kurulda yönetim kurulunun ibrası yönünde oy kullanmış olan pay sahipleri bu davayı açamazlar (Çamoğlu, s. 156; Ayoğlu, Sorumluluk Davası, s. 71). eTK döneminden itibaren bu konuda ileri sürülen görüşler hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Eskiocak, s. 140 vd.

³⁰ Ayoğlu, Sorumluluk Davası, s. 71.

³¹ Helvacı, Sorumluluk, s. 127; Akdağ Güney, Yönetim Kurulu, s. 339; Ayoğlu, Sorumluluk Davası, s. 71.

³² Yasaman, s. 109.

³³ Helvacı, Sorumluluk, s. 127. Ayrıca bkz. Necla Akdağ Güney, Anonim Şirket Yönetim Kurulu Üyelerinin Hukuki Sorumluluğu, İstanbul 2010, s. 116 vd.

3. Pay Sahibinin Davadaki Konumunun Medenî Usûl Hukuku Çerçevesinden Değerlendirilmesi

a. Genel Olarak

Pay sahibinin, şirket zararı sebebiyle açma hakkına sahip olduğu dava, usûlî anlamda oldukça ilgi çekicidir. Doktrinde, söz konusu dava hakkının borç ilişkisinin nisbîliği ilkesinin istisnası olduğu ifade edilmektedir.³⁴ Çünkü bir kimse tarafı olmadığı bir borç ilişkisine dayanarak tazminat talep etmektedir. Öte yandan, tazminat da davaya taraf olmayan şirket lehine istenmekte, burada da bir başka istisna ile karşılaşılmaktadır.³⁵ Bu mesele çerçevesinde, aşağıda temel olarak dava takip yetkisi, sıfat ve temsil müesseseleri çerçevesinde sorunun anlaşılmasına ve çözülmesine gayret edilecektir.

Her ne kadar bazı kararlarında Yargıtay'ın³⁶ meseleyi taraf ehliyeti kavramıyla ele almış olduğu görülse de inceleme konusu meselede taraf ehliyetini tartışmayı haklı kılacak bir durum yoktur. Zira taraf ehliyeti, uyuşmazlık konusundan veya hak iddiasından bağımsız olarak, hak ehliyetine bağlı olan bir kavramdır (HMK m. 50). Bu nedenle de somut meselenin, taraf ehliyeti kavramı merkeze alınarak çözümü mümkün değildir. Esasen Yargıtay'ın burada kastettiği hususun, teknik anlamda taraf ehliyeti olmadığı açıktır. Ancak adli yargıdaki en üst dereceli mahkemenin verdiği bir kararda kullanılan kavramların, özenli bir biçimde ve teknik anlamda kullanılması gerektiği izahtan varestedir.

Yine bazı kararlarda, esasen yürürlükteki usûl hukukumuzda gerçek anlamda bir karşılığı olmayan "husumet" kavramı kullanılarak

³⁴ Ayoğlu, Sorumluluk Davası, s. 71.

³⁵ Ayoğlu, Sorumluluk Davası, s. 71.

³⁶ "Türk Ticaret Kanununda şirketin uğradığı zararın şirket tarafından sorumlulardan (kurucular, müdürler, yöneticiler, tasfiye memurları vd.) istenmesi yani taraf ehliyetinin şirkette olması öngörülmüş, şirketin ihmali ya da sorumluların şirkete hakim olmaları nedeniyle dava açmama olasılığı düşünülerek zararın tazmini davasını açma hakkı şirket ortaklarına da verilmiş, ve bu husus 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun 555/1 maddesinde "şirketin uğradığı zararın tazminini şirket ve her bir pay sahibi isteyebilir" biçiminde düzenlenmiştir. Ancak limited şirket ortakları tazminatın sadece şirkete ödenmesini isteyebilir. Kendilerine ödenmesini isteyemezler.", Yargıtay 1. HD., 03.11.2015, 11996/12510 (Lexpera).

meselenin ele alınması da isabetli olmayıp, sorunun çözümüne de el-verişli değildir.³⁷

b. Dava Takip Yetkisi ve Dava Yetkinliği Meselesi

Pay sahibinin, şirket zararı sebebiyle dava açabilme yetkisi, doktrinde ağırlıklı olarak dava takip yetkisinin bir örneği olarak değerlendirilmektedir.³⁸ Söz konusu dava takip yetkisi çoğunlukla, kanundan doğan bağımsız bir dava takip yetkisi, yani dava yetkinliği olarak tavsif edilmektedir.³⁹ Dava yetkinliği görüşünün yanında, burada ayrı bir maddî hak bulunduğu görüşü de savunulmaktadır.⁴⁰

Maddî hak görüşü aşağıda ayrıca detaylı olarak ele alınacaktır.⁴¹ Dava yetkinliği yönündeki görüşleri değerlendirmeden evvel ise, dava takip yetkisi ile bağımsız dava takip yetkisinin (dava yetkinliği) kısaca tanımlanması faydalı olacaktır.

³⁷ “Mahkemece, davacının adına dava açtığı’nin faal olduğu, davacının talep ettiği zararın doğrudan şirkete ya da kendi hissesi oranında kendisine değil, doğrudan zararın kendisine ödenmesini talep ettiği, bu itibarla 6102 sayılı TTK’nın 555/1. maddesi gereğince davacının aktif husumet ehliyetinin bulunmadığı gerekçesi ile davanın HMK’nın 114/1. ve 115/2. maddesi gereğince dava şartı yokluğundan reddine karar verilmiştir. Kararı davacı vekili temyiz etmiştir. Dava dosyası içerisindeki bilgi ve belgelere, mahkeme kararının gerekçesinde dayanılan delillerin tartışılıp, değerlendirilmesinde usul ve yasaya aykırı bir yön bulunmamasına göre, davacı vekilinin tüm temyiz itirazları yerinde değildir”, Yargıtay 11. HD., 23.02.2015, 17670/2374 (Lexpera). Yine meselenin “husumet” kavramı ile ele alındığı diğer örnekler için bkz. Yargıtay 11. HD., 19.01.2023, 4045/372 (Lexpera); Yargıtay 11. HD., 27.09.2022, 451/6359 (Lexpera); Yargıtay 11. HD., 13.02.2015, 16346/1895 (Lexpera). Husumet kavramının kullanımına ilişkin eleştiriler için bkz. Hakan Pekcanitez/Hülya Taş Korkmaz, Pekcanitez Usûl Medenî Usûl Hukuku, 15. Bası, İstanbul 2017, s. 607 vd.; Hakan Pekcanitez/Hülya Taş Korkmaz, Bir Hukuk Genel Kurulu Kararı Işığında Sıfat ve Dava Takip Yetkisi Kavramlarının Değerlendirilmesi, Prof. Dr. Necmettin M. Berkin’e Armağan, İstanbul 2021, s. 946 vd.; Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 156-157, N. 635.

³⁸ Çamoğlu, s. 137; Yasaman, s. 111; Pekcanitez/Taş Korkmaz, Pekcanitez Usûl, s. 598; Özekes/Seven/Meriç, s. 98 vd.; Ayoğlu, Sorumluluk Davası, s. 79-81; Anıl Köroğlu, Pay Sahibi Tarafından Açılan Sorumluluk Davasında Yargılama Giderlerinin Pay Sahibi ile Şirket Arasında Paylaşılması (Medenî Usûl Hukuku Kapsamında Bir İnceleme), *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi*, Yıl: 9, S. 17, Haziran 2021, s. 356 vd. eTK döneminden itibaren bu konuda ileri sürülen görüşler hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Eskiocak, s. 140 vd.

³⁹ Yasaman, s. 111; Pekcanitez/Taş Korkmaz, Pekcanitez Usûl, s. 598. Karş. Ayoğlu, Sorumluluk Davası, s. 79-81.

⁴⁰ Eskiocak, s. 152 vd.

⁴¹ Bkz. aşa. II, A, 3, d ve IV, C, 4.

Dava takip yetkisi davayı kimin yürütebileceğine ilişkin olarak hüküm alabilme yetkisi anlamına gelmekte olup (HMK m. 53); bu yetki, talep sonucunda belirtilen (iddia edilen) hakkın sahibi olduğunu iddia etmekle kazanılır.⁴² Dava takip yetkisi HMK m. 114/1, e hükmü uyarınca bir dava şartıdır.

Dava takip yetkisi, bu yetkinin maddî hukuk ilişkisinin taraflarına ait olup olmamasına göre bağımlı dava takip yetkisi ve bağımsız dava takip yetkisi (dava yetkinliği) olarak ikiye ayrılmaktadır.⁴³ Dava takip yetkisinin maddî hukuk ilişkisinin taraflarına göre tayin edildiği dava takip yetkisi türü, bağımlı dava takip yetkisi olarak ifade edilmektedir.⁴⁴ Bağımlı dava takip yetkisinde, dava takip yetkisi davanın taraflarınca kullanılmakta ve prensip olarak “sıfat” kavramı ile örtüşmektedir. Dava yetkinliği (bağımsız dava takip yetkisi) ise, dava takip hakkının üçüncü bir kişiye kendi adına ileri sürme yetkisi verildiği hâllerde gündeme gelmektedir.⁴⁵ Bu çerçevede dava yetkinliği

⁴² Baki Kuru Baki, Hukuk Muhakemeleri Usulü, C. I-VI, 6. Baskı, İstanbul 2001, C. 1, s. 1152 vd.; Baki Kuru/Ramazan Arslan/Ejder Yılmaz, Medenî Usul Hukuku Ders Kitabı, 25. Baskı, Ankara 2014, s. 223; Bilge Umar, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, 2. Baskı, Ankara 2014, s. 201 vd.; Pekcanitez/Taş Korkmaz, Pekcanitez Usûl, s. 592 vd.; Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 154 vd., N. 625 vd.; Ramazan Arslan/Ejder Yılmaz/Sema Taşpınar Ayvaz/Emel Hanağası, Medenî Usul Hukuku, 8. Baskı, Ankara 2022, s. 286-287; Hülya Taş Korkmaz, Hukuk Davalarında Gerçek Tarafın Belirlenmesi, İstanbul 2021, s. 44 vd.; Hülya Taş Korkmaz Hülya, Medenî Usûl Hukukunda İradî Taraf Değişikliği, Ankara 2014, s. 80 vd.; Heinz Thomas/Hans Putzo/Rainer Hüßtege, Zivilprozessordnung, 44. Auflage, München 2023, § 51; Hans-Joachim Musielak/Wolfgang Voit, Grundkurs ZPO, 14. Auflage, München 2018, Rn. 244 vd.; Murat Atalı/İbrahim Ermenek/Ersin Erdoğan, Medenî Usûl Hukuku Ders Kitabı, 5. Bası, Ankara 2022, s. 222 vd.; Ali Cem Budak/Varol Karaaslan, Medenî Usûl Hukuku, 6. Baskı, İstanbul 2022, s. 111 vd.; Abdurrahim Karşlı, Medeni Muhakeme Hukuku, 5. Baskı, İstanbul 2020, s. 287 vd.; Ömer Ulukapı, Medenî Usûl Hukuku, 3. Baskı, Konya 2015, s. 189-190; Evrim Erişir, Medenî Usûl Hukukunda Taraf Ehliyeti, İzmir 2007, s. 71 vd.; Dişel, s. 8 vd. Ayrıca bkz. Saim Üstündağ, Medeni Yargılama Hukuku, Cilt I-II, 7. Baskı, İstanbul 2000, s. 306-307; İhan E. Postacıoğlu/Sümer Altay, Medenî Usûl Hukuku Dersleri, 8. Bası, İstanbul 2020, s. 276 vd.; Serdar Kale, Medeni Yargılamada Taraf Ehliyeti, İstanbul 2010, s. 23-24.

⁴³ Pekcanitez/Taş Korkmaz, Pekcanitez Usûl, s. 593 vd.; Dişel, s. 8 vd.

⁴⁴ Pekcanitez/Taş Korkmaz, Pekcanitez Usûl, s. 593-594; Dişel, s. 8 vd.; Mehmet Emin Alpaslan, Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvuru ve Kararların Medenî Usûl Hukukuna Etkileri, İstanbul 2023, s. 211 vd.

⁴⁵ Pekcanitez/Taş Korkmaz, Pekcanitez Usûl, s. 596 vd.; Nevhis Deren Yıldırım, Kesin Hükümün Sübjektif Sınırları, İstanbul 1996, s. 27 vd.; s. 81 vd.; Kale, s. 25-27; Alpaslan, s. 212.

(bağımsız dava takip yetkisi), başkasına ait bir hak veya hukukî ilişki hakkındaki davayı sürdürebilme yetkisini ifade eder. O hâlde, dava takip yetkisinin maddî hukuk ilişkisinin tarafına ait olmadığı dava takip yetkisi türüne, bağımsız dava takip yetkisi (dava yetkinliği) denilmektedir. Dava yetkinliği de kanundan doğan dava yetkinliği ve iradî dava yetkinliği olmak üzere ikiye ayrılmakta olup; kanundan doğan dava yetkinliği, hakka yabancı bir kişiye dava takip yetkisinin kanun-koyucu tarafından tanındığı hâllerde söz konusu olmaktadır.⁴⁶

Doktrinde bir görüş, TTK m. 555 hükmü uyarınca açılacak davada, pay sahibinin dava yetkini olduğunu ifade etmiştir.⁴⁷ Aynı doğrultudaki diğer bir görüş ise, pay sahibinin dolayısıyla zarar sebebiyle açtığı sorumluluk davasında, “kanuna dayanan dava yetkini” konumunda olduğu yönündedir.⁴⁸ Bu görüşü savunan yazarlara göre; dava yetkini konumundaki pay sahibi, dava açma yetkisini doğrudan kanundan almakta, davayı asıl sıfatıyla takip etmekte ve yargılamada taraf konumunda bulunmaktadır. Bu bağlamda yargılama giderleri pay sahibince ödenmekte, karar pay sahibince temyiz edilmektedir.⁴⁹ Yine ilkesel olarak aynı doğrultuda kabul edilebilecek bir diğer görüş, burada yarışan dava yetkisinin ve bunun bir alt türü olarak potansiyel dava yetkisinin söz konusu olduğu yönündedir.⁵⁰

Doktrinde bir diğer görüş, bağımlı-bağımsız dava takip yetkisi ayırımına gitmeksizin davacı pay sahibinin dava takip yetkisine sahip olduğunu (yasanın kendisine davayı takip yetkisi verdiği şahıs olduğunu) belirtmiştir.⁵¹ Yukarıda da belirtildiği ve aşağıda açıklanacağı üzere, bir diğer görüş ise meseleyi dava takip yetkisi bağlamında değil, maddî hak bağlamında ele almaktadır.⁵²

⁴⁶ Pekcanitez/Taş Korkmaz, Pekcanitez Usûl, s. 550, s. 596 vd.; Deren Yıldırım, s. 29-30; Dişel, s. 44 vd.; Alpaslan, s. 212-213. İradî dava yetkinliği hakkında bkz. Pekcanitez/Taş Korkmaz, Pekcanitez Usûl, s. 597, dn. 130; Dişel, s. 47 vd.

⁴⁷ Pekcanitez/Taş Korkmaz, Pekcanitez Usûl, s. 598.

⁴⁸ Yasaman, s. 111; Ayoğlu, Sorumluluk Davası, 79-81.

⁴⁹ Yasaman, s. 111. Ayrıca bkz. Pekcanitez/Taş Korkmaz, Pekcanitez Usûl, s. 600-601; Erişir, s. 80-81.

⁵⁰ Özekeş/Seven/Meriç, s. 98-99; Dişel, s. 80.

⁵¹ Çamoğlu, s. 137.

⁵² Eskiocak, s. 152 vd. Bu konuda ayrıca bkz. aşa. II, A, 3, d ve IV, C, 4.

c. Pay Sahibinin Şirketin Temsilcisi Olup Olmadığı Meselesi

Pay sahibinin davada taraf mı olduğu yoksa şirketi temsilen mi hareket ettiği meselesi doktrinde tartışılmışsa da,⁵³ yukarıdaki açıklamalarımız ve TTK m. 555 hükmünün açık ifadesi karşısında bu tartışmayı detaylandırmadan, söz konusu dava hakkının bağımsız bir dava hakkı olduğu ve pay sahiplerinin temsilci olarak değil kendi adlarına bu davayı açtıklarını ve bu davada taraf olarak bulduklarını vurgulamakla yetiniyoruz.⁵⁴ Öyle ki, dava yetkinliğinde davanın tarafı, ihtilaf- lı hakkın sahibi olan kişi (şirket) değil, bu ilişkiye nazaran üçüncü kişi olan ve dava takip yetkisine sahip bulunan davacıdır (pay sahibidir).⁵⁵

Doktrinde pay sahibinin “pay sahibi” sıfatının zararın doğumu anında, dava açıldığı anda ve dava sonuna kadar bulunması gerektiği ifade edilmiş; bu sıfatın kaybı hâlinde davanın başarısızlıkla sonuçlanacağı belirtilmiştir.⁵⁶ Bu yargı, pay sahipliği iddiasının bir dava şartı olan dava takip yetkisinin dayanağı olması itibarıyla kural olarak geçerlidir. Ancak söz konusu yargı, somut duruma göre farklılıklar arz edebilecektir. Şöyle ki; pay sahipliğinin kaybedilmesi hâlinde somut duruma göre davanın, dava takip yetkisi yokluğu sebebiyle (dava şartı eksikliğinden) usûlden reddi söz konusu olabileceği gibi, bazı hâllerde davada taraf değişikliği de gündeme gelebilir⁵⁷ ve payı devralan bu davaya devam edebilir (HMK m. 125/II). Yani, davanın ne şekilde nihayete ereceği somut uyuşmazlığa ve tarafların hareket tarzına göre değişiklik gösterebilecektir. Bu ihtimale yalnızca dikkat çekmekle yetiniyoruz.⁵⁸

⁵³ Ayoğlu, Sorumluluk Davası, s. 73-74.

⁵⁴ Pekcanitez/Taş Korkmaz, Pekcanitez Usûl, s. 600-604. Ayrıca bkz. Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 148.

⁵⁵ Pekcanitez/Taş Korkmaz, Pekcanitez Usûl, s. 550-551, s. 595; Hakan Pekcanitez/Nedim Meriç, Medenî Usûl Hukukunda Fer'i Müdahale, 2. Bası, İstanbul 2020, s. 135; Yavuz Alangoya/M. Kâmil Yıldırım/Nevhis Deren Yıldırım, Medenî Usul Hukuku Esasları, 8. Baskı, İstanbul 2011, s. 119; Deren Yıldırım, s. 28; Taş Korkmaz, Tarafın Belirlenmesi, s. 98; Taş Korkmaz, Taraf Değişikliği, s. 87; Erişir, s. 80-81.

⁵⁶ Helvacı, Sorumluluk, s. 130; Ayoğlu, Sorumluluk Davası, s. 72. Ayrıca bkz. Akdağ Güney, Yönetim Kurulu, s. 340. Akdağ Güney'e göre ortağın aktif dava ehliyeti, ortaklık sıfatına bağlıdır. Ancak dava ehliyeti, fiil ehliyetine bağlı bir nitelik olup (HMK m. 51); burada dava takip yetkisinden söz etmek mümkün olabilir.

⁵⁷ Muhammet Özekes, Pekcanitez Usûl Medenî Usûl Hukuku, 15. Baskı, İstanbul 2017, s. 1574 vd.

⁵⁸ Bkz. ve karşı. Eskiocak, s. 181 vd.

d. Kanaatimiz

İnceleme konusu mesele, yukarıda ifade edildiği gibi doktrinde ekseriyetle kanundan doğan bağımsız dava takip yetkisi (dava yetkinliği) kurumu ile açıklanmaktadır. Bu noktada, pay sahibinin söz konusu dava bakımından dava yetkini olarak nitelenmesinin sorgulanması gerektiği ve pay sahibinin dava yetkini olmadığına da temellendirilmiş bir biçimde ileri sürülebileceği kanaatindeyiz. Zira, aşağıda dava yetkinliğine ilişkin olarak vereceğimiz örneklerle,⁵⁹ incelemekte olduğumuz kurum tam anlamıyla örtüşmemektedir. İncelemekte olduğumuz kurum, diğer dava yetkinliği hâllerinden daha bağımsız bir niteliktedir. Öte yandan, dava yetkinliğinin kesin hükmün etkisi bağlamındaki sonuçları da incelemekte olduğumuz kurum ile örtüşmemektedir.⁶⁰

Pay sahibinin ayrı ve bağımsız bir dava hakkı bulunduğu, doktrinde dava yetkinliği görüşü çerçevesinde de vurgulanmaktadır. O hâlde, davaya esas hak “şirketin zararının ödenmesi” şeklinde ele alınmak yerine; “şirketin zararının şirkete ödenmesini talep” şeklinde alınrsa, bu durumda ortağın açtığı davada kendi maddî hakkına dayanan takip yetkisini (yani bağımlı dava takip yetkisi) kullandığı sonucuna varılabilir.⁶¹ Daha açık bir ifadeyle, pay sahibinin durumu bağımsız dava takip yetkisiyle değil, şirketin zararının şirkete ödenmesini talep şeklinde ifade ettiğimiz maddî hakka⁶² dayalı olarak sı-

⁵⁹ Bkz. aşa. IV, C, 3.

⁶⁰ Bu konuda bkz. aşa. III, A.

⁶¹ Bu durumda esasen iki ayrı maddî haktan söz edilmiş olmaktadır. Bu haklardan ilki, şirkete ait olan ve şirketin uğramış olduğu doğrudan zararın tazmini yönündeki maddî hak, diğeri ise pay sahibinin şirket zararı sebebiyle ve bu zararın şirkete ödenmesi talebi yönündeki maddî haktır (Eskiocak, s. 167).

⁶² Maddî hak görüşü için bkz. Eskiocak, s. 152 vd. Yargıtay'ın da bu görüşe yaklaşan mahiyette kararları vardır. Örneğin bkz. “Yönetici aleyhine açılacak sorumluluk davasında asıl dava hakkı ortaklığa aittir. Ancak, zarar gören ortakların da yöneticiler aleyhine dava açma hakkı bulunmaktadır. Yöneticinin ortaklığın mal varlığını azaltan veya kötüleştiren yasa ve ana sözleşme hükümlerine aykırı davranışları, ortaklar ve alacaklıların da dolaylı zarar görmesine yol açar. Zira, bu tür tasarruflar payları oranında ortakları etkiler. Başka bir anlatımla, ortaklığın doğrudan doğruya zarar görmesi, ortakların dolaylı zararı olarak sonuç doğurur. Limited şirketlere uygulanacak anonim şirketlere ilişkin hükümlerin gösterildiği dava tarihi itibarıyla yürürlükte bulunan 6102 sayılı TTK'nın 644. maddesi gereğince, şirket yöneticilerinin sorumluluğu hakkında anonim şirketlerin bu

fat (ve bu nedenle de bağımlı dava takip yetkisi) kapsamında da ele alınabilir.

Pay sahibinin zararın kendisine ödenmesini talep ettiği hâllerde davanın reddedilmesi gerekir.⁶³ Buradaki red gerekçesi, davacının talebini

konudaki hükümlerinin limited şirketlere de uygulanacağı belirtilmiştir. Davacı, davalı yöneticinin eylemleri ile şirketin doğrudan, kendisinin ise dolaylı olarak yani şirkete verildiği iddia olunan zarardan dolayı uğradığı zararın tazminini de terditli olarak istemiştir. Limited şirket yöneticileri hakkında da geçerli olan hükümler uyarınca şirket yöneticisi hakkında ortakların ve şirket alacaklılarının tazminat davası açma hakkını düzenleyen 6102 sayılı TTK'nın 555. maddesi gereğince "Şirketin uğradığı zararın tazminini, şirket ve her bir pay sahibi isteyebilir. Pay sahipleri tazminatın ancak şirkete ödenmesini isteyebilirler." Belirtilen hükümler uyarınca davacı ortağın dava açma hakkının bulunduğu kabul edilerek, işin esasına girilip taraf iddia ve delillerinin değerlendirilmesi, sonucuna göre bir karar verilmesi gerekirken müdürün sorumluluğuna dayalı tazminat davasının usulden reddi yönünde hüküm tesisi doğru görülmemiş, kararın açıklanan nedenle davacı yararına bozulması gerekmiştir", Yargıtay 11. HD., 04.03.2015, 18180/2931 (Lexpera).

⁶³ "... davacıların zarara uğradığı bildirilen hususlar dolaylı zarar olduğundan pay sahiplerinin zarara uğraması halinde 6102 sayılı TTK'nın 555/1 maddesi gereğince tazminatın ancak şirkete ödenmesini isteyebilecekleri, davacıların ise tazminatın doğrudan kendilerine ödenmesini talep ettiği gerekçesiyle davanın reddine karar verilmesi yerinde ise de ...", Yargıtay 11. HD., 09.06.2016, 14405/6410 (Lexpera). "Mahkemece, davacının adına dava açtığı ...'nin faal olduğu, davacının talep ettiği zararın doğrudan şirkete ya da kendi hissesi oranında kendisine değil, doğrudan zararın kendisine ödenmesini talep ettiği, bu itibarla 6102 sayılı TTK'nın 555/1. maddesi gereğince davacının aktif husumet ehliyetinin bulunmadığı gerekçesi ile davanın HMK'nın 114/1. ve 115/2. maddesi gereğince dava şartı yokluğundan reddine karar verilmiştir. Kararı davacı vekili temyiz etmiştir. Dava dosyası içerisindeki bilgi ve belgelere, mahkeme kararının gerekçesinde dayanılan delillerin tartışılıp, değerlendirilmesinde usul ve yasaya aykırı bir yön bulunmamasına göre, davacı vekilinin tüm temyiz itirazları yerinde değildir", Yargıtay 11. HD., 23.02.2015, 17670/2374 (Lexpera). "Yine, davacı tarafı ortağı olduğu davalı şirketin kötü yönetilmesi nedeniyle davalı şirketin zarara uğratılması nedeniyle dayalı tazminat davasında, iddianın ileri sürülüş biçimine göre şirket yöneticisinin eylemleri nedeniyle uğranılan zarar, şirket açısından doğrudan, davacı ortak açısından ise dolaylı zarar olup, dava tarihinde yürürlükte olan 6102 sayılı TTK'nın 555. (6762 sayılı TTK'nın 309.) maddesi hükmü gereğince hükmedilecek tazminatın şirkete verilmesinin talep edilmesi gerektiğinden, davacının kendisine verilmesini talep etmesi doğru olmayıp, davanın salt bu nedenle reddedilmesi gerekirken, mahkemece, bu husus belirtilmekle birlikte bir yandan davalı ... yönünden pasif husumetten davanın reddine karar verip bir yandan da işin esasına da girilerek zarara yol açan eylemlerin neler olduğunun ispatlanamadığı gerekçesiyle davanın reddine karar verilmesi doğru değilse de, sonucu itibarıyla doğru olan hükmün 1086 sayılı

kurgulayış şekline göre değişiklik gösterecektir. Örneğin davacı, şirketin zarara uğradığını iddia eder ve bu zararın şirkete değil de kendisine ödenmesini talep ederse; bu faraziyede dava takip yetkisi eksikliğinden, yani dava şartı eksikliğinden davanın usûlden reddi gerekir. Zira pay sahibi, iddia ettiği maddî hakkın sahibi değildir ve tazminatın kendisine ödenmesi hususundaki talep bakımından dava takip yetkisine sahip değildir. Davacı pay sahibinin, şirket zararından söz etmeksizin kendi zararına dayanması, yani adeta doğrudan zararını istediği bir dava açması durumunda ise, bu ihtimalde pay sahibinin dava takip yetkisi vardır, zira kendi hakkına dayanmaktadır. Ancak bu hak mevcut değil ise, yani mesela hiçbir zarar yoksa veya sadece şirket zararı söz konusu ise; bu dava, sıfat yokluğundan (esastan) reddedilecektir. Zira, bu ihtimalde dava takip yetkisi bakımından herhangi bir sorun bulunmamakla birlikte, yargılama neticesinde dayanılan maddî hak iddiası haklı bulunmamış olacaktır. Burada asıl ilgi çekici faraziye, şirket zararına dayalı olarak pay sahibi tarafından dava açılması ve zararın da şirkete ödenmesinin istenmesi, ancak neticede bir şirket zararının olmadığına tespit edilmesi hâlidir. Bu ihtimalde davanın usûlden mi esastan mı reddedileceğinin tespiti önemlidir. Kanaatimizce burada usûle yani dava takip yetkisine ilişkin bir problem yoktur, mesele esasa yani sığata ilişkindir. Bu nedenle bu ihtimalde davanın usûlden değil esastan reddi gerekir.⁶⁴ Ancak bu davanın kesin hüküm etkisi yalnızca taraflar (yani davacı pay sahibi ile davalılar) arasında olacaktır (HMK m. 303).

B. Alacaklıların Dava Hakkı

Dolayısıyla zarar sebebine dayanan dava, belli şartların varlığı hâlinde alacaklılar tarafından da açılabilecektir. Bu çalışmada alacak-

HUMK'un 438/son maddesi gereğince değişik bu gerekçeler ile onanmasına karar vermek gerekmiştir", Yargıtay 11. HD., 13.02.2015, 16346/1895 (Lexpera). Aynı yönde bkz. Yargıtay 11. HD., 19.01.2023, 4045/372 (Lexpera). Ayrıca bkz. Akdağ Güney, Yönetim Kurulu, s. 340. Ancak Yargıtay daha eski tarihli bir kararında aksi yönde karar vererek, pay sahibinin tazminatı kendi adına istemesine rağmen tazminata şirket adına hükmedilmesi gerektiğini belirterek kararı bozmuştur (Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, N. 605). Karara ilişkin olarak bkz. Yargıtay 11. HD., 28.04.2005, 6220/4343 (Lexpera). Bu karar doğrultusunda yeni tarihli kararlar da verilmiştir. Örneğın bkz. İstanbul BAM 17. HD., 14.01.2021, 2386/47 (Lexpera).

⁶⁴ Ulaştığımız bu sonuç maddî hak görüşüyle de uyumludur. Bu konuda ayrıca bkz. aşı. IV, C, 4.

lıların dava hakkına, şirketin iflâsının etkisi incelenirken sınırlı olarak değinilmiştir. Bu bölüme atıf yapmakla yetiniyoruz.⁶⁵

Öte yandan belirtmek gerekir ki; alacaklıların açacağı dava yalnızca şirketin iflâsı hâlinde gündeme gelecekse de (TTK m. 556), bu farklılık dışında alacaklıların ve pay sahiplerinin açacağı davalar kural olarak aynı şartlara ve hükümlere tâbidir.⁶⁶

C. Şirketin Dava Hakkı

Yönetim kurulu üyeleri kusurları ile şirkete verdikleri zararlardan sorumludurlar. Bu zararlar sebebiyle şirket, sorumlu yönetim kurulu üyelerine karşı dava açabilir ve TTK m. 555 hükmü uyarınca uğradığı zararın tazminini talep edebilir.

Şirketin açacağı dava, dolayısıyla zarara dayanan bir dava değildir. Şirket, kendi zararını talep etmektedir ve buradaki zarar bir doğrudan zarardır. Bu nedenle söz konusu dava çalışmamızda detaylı olarak incelenmemiştir.⁶⁷ Ancak şirketin dava hakkı ile ortakların dava hakkının birbirinden bağımsız olduğunu tekrar belirtmekte fayda vardır.

D. Şirketin İflâsının Etkisi

TTK m. 556/1 hükmü uyarınca; zarara uğrayan şirketin iflâsı hâlinde, tazminatın şirkete ödenmesini isteme hakkını şirket alacaklıları da haizdir. Ancak, pay sahiplerinin ve şirket alacaklılarının istemleri önce iflâs idaresince ileri sürülür. TTK m. 556/2 hükmü uyarınca ise; iflâs idaresi davayı açmadığı takdirde, her pay sahibi veya şirket alacaklısı mezkûr davayı ikame edebilir. Elde edilen hasıla, İcra ve İflâs Kanunu hükümlerine göre, önce dava açan alacaklıların alacaklarının ödenmesine tahsis olunur; bakiye, sermaye payları oranında davacı pay sahiplerine ödenir; artan iflâs masasına verilir.

O hâlde TTK m. 556 hükmü uyarınca; şirketin iflâsı hâlinde so-

⁶⁵ Bu konuda bkz. aşa. II, D. Detaylı bilgi için bkz. Çamoğlu, s. 123 vd.; Helvacı, s. 126 vd.

⁶⁶ eTK dönemindeki durum ve mukayeseli hukuk değerlendirmesi için bkz. Çamoğlu, s. 138 vd.

⁶⁷ Ayrıntılı bilgi için bkz. Çamoğlu, s. 109 vd.; Helvacı, s. 108 vd.; Eskioçak, s. 168 vd.

rumluluk davasının, iflâs idaresi tarafından açılması gerekmekte olup, iflâs idaresince dava açılmadığı takdirde ise pay sahipleri ve alacaklılar bu davayı açabileceklerdir; zira TTK m. 556/1 ve 556/2 hükümleri birlikte yorumlandığında ortaya çıkan sonuç budur.⁶⁸ Öte yandan TTK m. 556/3 hükmü uyarınca ise, şirketin istemlerinin devrine ilişkin İİK m. 245 hükmü saklıdır.

O hâlde TTK m. 556 hükmünde, iflâs idaresinin şirket zararını talep etmesi hâlinde pay sahiplerinin bu davayı açamayacakları kabul edilmektedir.⁶⁹ Keza İİK m. 245 hükmü de saklı tutulduğuna göre; TTK m. 556 hükmünün, TTK m. 555 ve İİK m. 245 karşısındaki anlamını tespit etmek önemlidir.

Doktrinde İİK m. 245 hükmü ile TTK m. 555 ve m. 556 hükümlerinin nasıl değerlendirilmesi gerektiği incelenmiş olup; bu konuda ileri sürülen bir görüş çerçevesinde, TTK m. 556/2 hükmü karşısında İİK m. 245 hükmüne yapılan yollamaya ihtiyaç kalmadığı belirtilmiştir.⁷⁰ Doktrinde diğer bir görüş ise, TTK m. 556/2 hükmünün İİK m. 245 hükmüne paralel olduğunu, ancak özdeş olmadığını vurgulamıştır; çünkü, TTK uyarınca alacaklılara ilaveten pay sahiplerine de bu hak tanınmıştır.⁷¹ Öte yandan, İİK uyarınca dava takip yetkisinin devri için iflâs organlarının kararı gerekirken, TTK m. 556/2 hükmü uyarınca ise iflâs organlarının bir kararına gerek yoktur.⁷² Bu görüş, TTK m. 556 hükmünün İİK m. 245 hükmünü bertaraf etme amacıyla olmadığını ve dileyen alacaklının İİK m. 245'ten yararlanmayı tercih edebileceğini ifade etmiştir.⁷³

Kanaatimizce bu hükümlerin değerlendirilmesinde hem hükümlerin lafzı hem de temelindeki menfaat dengeleri dikkate alınmalıdır. Kimi hâllerde, şirket kendi zararının tazmini için dava açma yoluna gitmeyebilir; zira aslında zarardan sorumlu olan kişiler, şirket organlarında hâlâ karar alma veya karar aldırma kudretine sahip olabilirler.

⁶⁸ Yasaman, s. 108, s. 109; Ayoğlu, Sorumluluk Davası, s. 72. Ayrıca bkz. Akdağ Güney, Yönetim Kurulu, s. 341 vd.

⁶⁹ Yasaman, s. 109.

⁷⁰ Abuzer Kendigelen, Yeni Türk Ticaret Kanunu: Değişiklikler, Yenilikler ve İlk Tespitler, İstanbul 2012, s. 464.

⁷¹ Yasaman, s. 111.

⁷² Yasaman, s. 111.

⁷³ Yasaman, s. 111. Ayrıca bkz. Helvacı, Sorumluluk, s. 133.

Oysa iflâs hâlinde, devreye iflâs organları gireceğinden böyle bir tehlikeye prensip olarak yoktur. Zira iflâs organlarının seçimi ve denetiminde müflis değil alacaklılar ve ilgili kamu mercileri etkin olacaktır. Bu nedenle şirketin başarı şansı olan bir davanın açılmaması, prensip olarak söz konusu olmayacaktır. O hâlde iflâs hâlinde, kollektif menfaati temsil eden iflâs idaresine öncelik verilmesi ve pay sahipleri ile şirket alacaklılarının haklarının ikincil mahiyette kabul edilmesi anlaşılabilir. TTK m. 556/3 hükmü, İİK m. 245 hükmünü saklı tuttuğuna göre; iflâs idaresinin bu davayı takip etmekte bir menfaat görmemesi ve ikinci alacaklılar toplantısının da bunu uygun bulması durumunda, dava takip yetkisi evvela İİK m. 245 hükmü çerçevesinde isteyen alacaklılara verilecektir. Hiçbir alacaklı talip olmazsa bu durumda TTK m. 555 ve TTK m. 556 hükümleri çerçevesinde pay sahipleri bu davayı açabileceklerdir; bir başka deyişle pay sahibi, dolayısıyla zararları için İİK m. 245 yolunu tercih edemeyecektir.⁷⁴ Pay sahibi bakımından İİK m. 245 hükmü, pay sahibinin aynı zamanda şirket alacaklısı olması durumunda uygulama alanı bulabilecektir.⁷⁵

III. İLÂMIN İCRASI BAKIMINDAN ETKİLİ OLABİLECEK USÛLÎ MESELELER

A. Davanın Etkisi ve Birden Fazla Dava Açılması Hâli

İnceleme konusu meselede pay sahibinin dava yetkini olarak değil “şirketin zararının şirkete ödenmesini talep” hakkı bakımından maddî hak sahibi olarak değerlendirilebileceği yukarıda ifade edilmişti. Ancak doktrinde ağırlıklı olarak kabul edildiği üzere, mesele dava yetkinliği bağlamında ele alınmaya devam edilirse; dava yetkininin açtığı davanın ve aldığı hükmün, dava konusu maddî hukuk ilişkisinin tarafını (şirketi) ne şekilde etkileyeceğinin tespiti önem arz etmektedir.

Yukarıda dava hakkının bağımsız olup olmaması bahsinde yaptığımız değerlendirmeler bu konunun incelenmesinde önemlidir.⁷⁶

⁷⁴ TTK m. 556/3 hükmünde İİK m. 245 hükmünün saklı tutulmasının anlamına ilişkin bir değerlendirme için bkz. Özekes/Seven/Meriç, s. 109-110. Bkz. ve karşı. Helvacı, Sorumluluk, s. 134-135. Ayrıca bkz. Pekcanitez, İflâs, s. 85-86.

⁷⁵ Yasaman, s. 111. Ayrıca bkz. Hakan Pekcanitez, Anonim Ortaklıkların İflâsı, Ankara 1991, s. 68 vd.

⁷⁶ Bkz. yuk. II, A, 2.

Yukarıda belirttiğimiz üzere, doktrinde söz konusu dava hakkının, ortaklığın dava hakkından bağımsız olduğu kabul edilmekte ve hem şirketin, hem de pay sahibinin ayrı ayrı dava açabileceği belirtilmektedir.⁷⁷ Bununla birlikte doktrinde bir başka görüş çerçevesinde, şirket zararı sebebiyle açılan davalarda şirket zararının tamamının ödenmesine hükmedilmesinin talep edilmesi ve bu nedenle de tüm pay sahiplerinin zararlarının karşılanmış olması gerekçesiyle, bir pay sahibinin açtığı davanın aynı gerekçelerle diğer pay sahiplerinin dava açmasına engel olacağı da savunulmaktadır.⁷⁸

Her ne kadar maddî hak görüşünün de ciddi şekilde ele alınması gerektiği ve müessesenin bünyesine daha uygun olduğu kanaatinde olsak da meseleye dava takip yetkisi perspektifinden bakıldığında da, kanaatimizce bir pay sahibinin açtığı dava diğer pay sahiplerinin dava açmasına engel olmamalıdır; zira, her pay sahibi diğerinden bağımsız olarak bu yetkiye sahiptir.⁷⁹ Taraf farklılığı söz konusu olduğundan, derdestlik engeli ortaya çıkmayacaktır (HMK m. 114/1, ı). Yine birden fazla pay sahibinin dava açmasının hukukî yarar bakımından da usûlî bir problem teşkil etmeyeceği (HMK m. 114/1, h) ve dileyen pay sahiplerinin ayrı dava açmakta hukukî yararlarının olduğunun kabul edilmesi gerektiği kanaatindeyiz. Zira, tüm sürecin davayı ilk açan pay sahibinin iktidarına bırakılmaması hususunda, tüm pay sahiplerinin korunmaya değer bir menfaati vardır. Söz konusu davanın bir eda davası olduğu da nazara alındığında,⁸⁰ esasen hukukî yararın da özel olarak ispatlanmasına gerek olmayacaktır. Davayı ilk açan pay sahibine öncelik verilmesi, diğer pay sahiplerinin de bu davada fer'î müdahil olması düşünülebilecek ise de, fer'î müdahilin taraf kadar geniş bir yetkiye sahip olmaması karşısında,⁸¹ sürece dahil olmak isteyen pay sahiplerini bu yola icbar etmek de kanaatimizce uygun olmayacaktır. Şüphesiz ki, fer'î müdahil olarak davada yer almak isteyen pay sahiplerinin, bu yola müracaatına bir engel yoktur. Ancak fer'î müdahale bir zorunluluk değil yalnızca bir imkândır, sürece fer'î müdahil olarak katılmakla iktifa

⁷⁷ Yasaman, s. 109; Çamoğlu, s. 157.

⁷⁸ Özekes/Seven/Meriç, s. 98; Dişel, s. 303-304.

⁷⁹ Eskiocak, s. 194 vd.

⁸⁰ Bkz. aşa. III, B.

⁸¹ Fer'î müdahilin davadaki durumu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Pekcanitez/Meriç, s. 263 vd.

etmek isteyen pay sahibi pekâlâ bu yol ile yetinebilir. Ancak bağımsız bir dava açarak taraf olarak süreçte yer almak isteyen pay sahibinin, bu yolu tercih etmesine engel olunmamalıdır. Öte yandan, İİK m. 245 düzenlemesinin aksine TTK 555 hükmü uyarınca açılacak davalarda herhangi bir makamın veya ortaklığın muvafakatini almak gerekmemektedir.⁸² O hâlde netice olarak, aynı anda birden çok pay sahibinin dava açması mümkündür.⁸³ Bu durumda ne olacağı da çözülmesi gereken bir sorundur. Bu çerçevede şirketin ve bir veya birden çok pay sahibinin ayrı ayrı açtıkları davaların birbirine etkisi tespit edilmelidir.

Problemin şirkete ilişkin kısmına ticaret hukuku doktrininde bir çözüm sunulmuştur. Doktrinde, genel kurulda sorumluluk davası açılmamasına karar verilmesi, yönetim kurulunun ibra edilmesi veya davadan feragat edilmesi ya da sulh olunması yönündeki kararların pay sahiplerinin açacağı davaya bir etkisi olmayacağı belirtilmiştir.⁸⁴ Davadan feragat ve sulh olma, davaya son veren taraf usûl işlemleri olmaları itibarıyla, bu konuda aksi düşüncenin kabulü pay sahibine tanınan imkânı önemli derecede anlamsızlaştıracığından varılan sonuç kanaatimizce de isabetlidir.

Davaya son veren bir işlem yoksa, şirketin açtığı derdest dava ile pay sahibinin davasını birleştirmenin ya da birini bekletici sorun saymanın gerekip gerekmeyeceği de incelenmelidir. Doğrudan inceleme konusu meseleye ilişkin olmasa da bağımsız dava takip yetkisine örnek teşkil eden ve doktrinde sıklıkla işlenmiş olan İİK m. 245 hükmünün kısaca değerlendirilmesi, incelemekte olduğumuz sorunda aydınlatıcı olabilir, en azından bir karşılaştırma yapılmasını sağlayabilir. İİK m. 245 hükmü çerçevesinde çekişmeli hakkın takibi yetkisinin birden fazla alacaklıya devri hâlinde, alacaklılar arasında şekli anlamda mecburî dava arkadaşlığı olduğu ifade edilmiştir.⁸⁵ Buna göre, alacaklılar birbirinden bağımsız olarak vakıalar ve hukukî sebepler ileri sürebilecekleri gibi davadan feragat edebilirler ve bu feragat diğer alacaklıları etkilemez.⁸⁶ Eğer çekişmeli hakkı takip yetkisini alan alacaklılar ayrı

⁸² Ayoğlu, Sorumluluk Davası, s. 71.

⁸³ Çamoğlu, s. 157.

⁸⁴ Ayoğlu, Sorumluluk Davası, s. 71.

⁸⁵ Baki Kuru, İcra ve İflâs Hukuku El Kitabı, 2. Baskı, İstanbul 2013, s. 1357.

⁸⁶ Kuru, El Kitabı, s. 1357.

davalar açmışlarsa, bu davaların HMK m. 57/1, c ve m. 166 hükümleri uyarınca birleştirileceği belirtilmektedir.⁸⁷

Kanaatimizce, incelemekte olduğumuz mesele bağlamında aynı değerlendirmeyi yapmak mümkün değildir. Çünkü söz konusu davanın şeklen de olsa birlikte açılma zorunluluğuna ilişkin herhangi bir düzenleme olmadığı gibi, doktrinde bizim de katıldığımız görüş uyarınca şekli anlamda mecburî dava arkadaşlığı yalnız davalı tarafta olabilir.⁸⁸ Ancak, kanaatimizce de birden fazla pay sahibi dava açtığı takdirde veya pay sahipleriyle beraber şirket de dava açtığı takdirde, bu davaların ihtiyarî dava arkadaşlığı (HMK m. 57) esasları dahilinde birleştirilmesi uygun olacaktır.⁸⁹ Bu durumda davalar birbirinden bağımsız olduğundan (HMK m. 58), davacıardan birinin feragati diğerlerini bağlamayacağı gibi her davacı farklı vakıalar ileri sürebilecektir.

Bu noktada hükmün etkisini incelemek de önemlidir. Doktrinde (TTK m. 555 hükmünden bağımsız olarak), dava yetkininin aldığı hükmün maddî hukuk ilişkisinin tarafını bağlayacağı belirtilmiştir.⁹⁰ Sorumluluk davası bakımından doktrinde, davanın bir pay sahibi bakımından reddedilmesinin diğer hak sahiplerine zarar vermeyeceği ifade edilmiştir.⁹¹ Ayrıca, pay sahibinin açtığı davada alınan hükmün diğer pay sahipleri ve şirket bakımından kesin hüküm teşkil etmeyeceği belirtilmiştir.⁹² Zira, davaların tarafları farklıdır.⁹³ Görüldüğü üzere dava yetkinliği müessesesi de eldeki duruma aslında tam olarak uymamaktadır. Özellikle kesin hükmün etkisi bağlamında dava yetkinliğinden ayrılmak gerekmektedir. Bu durum da yukarıda değindiğimiz “ortağın açtığı davada kendi maddî hakkına dayanan takip yetkisini kullandığı” fikrini güçlendirmektedir.⁹⁴

⁸⁷ Kuru, El Kitabı, s. 1357.

⁸⁸ Pekcanitez/Taş Korkmaz, Pekcanitez Usûl, s. 705-706.

⁸⁹ Çamoğlu, s. 157. Şüphesiz ki davaların birleştirilmesine ilişkin genel kurallar burada da geçerlidir. Davaların birleştirilmesi müessesesi hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Pekcanitez/Taş Korkmaz, Pekcanitez Usûl, s. 686 vd.

⁹⁰ Pekcanitez/Taş Korkmaz, Pekcanitez Usûl, s. 596; Deren Yıldırım, s. 24; s. 27 vd.; Ayoğlu, Sorumluluk Davası, s. 77.

⁹¹ Helvacı, Sorumluluk, s. 130.

⁹² Çamoğlu, s. 156 vd.; Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, N. 608.

⁹³ Çamoğlu, s. 157.

⁹⁴ Bu konuda bkz. yuk. II, A, 3, d. Ayrıca bkz. Deren Yıldırım, s. 30-34. Karş. Ayoğlu, Sorumluluk Davası, s. 77-81.

B. Diğer Usûlî Meseleler

İnceleme konusu sorumluluk davası, talep edilen hukukî koruma-ya göre bir eda davasıdır (HMK m. 105). Şartları varsa, davanın belirsiz alacak davası (HMK m. 107) şeklinde açılması da mümkündür.⁹⁵ Bu davanın talep sonucu, şirketin uğradığı zararın tamamıdır; yani, tek bir pay sahibi, açacağı dava ile pay oranından bağımsız olarak şirketin tüm zararını istemektedir.⁹⁶ Şirketin zararı talep edildiğine göre ve bu maddî hakkın (şirket zararı) sahibi de şirket olduğuna göre, sorumlu yönetim kurulu üyelerinin dava açan pay sahiplerine karşı kişisel olarak sahip olduğu maddî hukuka ilişkin savunmaların (takas gibi) ileri sürülmesi mümkün değildir.

Söz konusu dava bir mutlak ticarî dava olup (TTK m. 4/1, a; TTK m. 555), asliye ticaret mahkemelerinde açılmak gerekir (TTK m. 5/1).⁹⁷ Yetkili asliye ticaret mahkemeleri ise genel yetki kuralı uyarınca davalı yönetim kurulu üyelerinin yerleşim yeri mahkemeleri (HMK m. 6) ile şirket merkezinin bulunduğu yer mahkemeleridir (TTK m. 561). Yine bu dava sözleşmesel sorumluluk temeline dayandığından sözleşmeden doğan davalarda yetkiye ilişkin HMK m. 10 hükmü de uygulama alanı bulabilecektir;⁹⁸ ancak çoğu zaman bu hükmün uygulanma-

⁹⁵ Yargıtay 11. HD., 09.06.2016, 14405/6410 (Lexpera). Belirsiz alacak davası hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Hakan Pekcanitez, Belirsiz Alacak Davası (HMK m. 107), Ankara 2011, s. 11 vd.; Cemil Simil, Belirsiz Alacak Davası, İstanbul 2013, s. 5 vd. TTK m. 555 hükmü çerçevesinde dava hakkının kullanılma yöntemleri hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Eskiocak, s. 256 vd.

⁹⁶ Çamoğlu, s. 134 vd.; Özekes/Seven/Meriç, s. 98; Helvacı, Sorumluluk, s. 130; Ayoğlu, Sorumluluk Davası, s. 72; Akdağ Güney, Sorumluluk, s. 92. eTK döneminde aksi kanaat için bkz. Halil Arslanlı, Anonim Şirketler I, Umumî Hükümler, 3. Bası İstanbul 1960, s. 83. Yazara göre, davacı yalnızca kendisine isabet eden zarar payını talep edebilecektir.

⁹⁷ Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, N. 611b; Özekes/Seven/Meriç, s. 151. Bu davadan önce arabulucuya başvurulması zorunludur (TTK m. 5/A). Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Özekes/Seven/Meriç, s. 151 vd. TTK m. 555 hükmü uyarınca açılacak sorumluluk davaları tahkime elverişli davalar olmakla birlikte, tahkim iradesinin varlığına ilişkin olarak çeşitli sorunlar ile karşılaşılması muhtemel olup, tahkim iradesinin varlığının hassas bir şekilde tetkik edilmesi gerekir (Tolga Ayoğlu, Sermaye Şirketleri Özelinde Şirketler Hukuku Uyuşmazlıklarının Çözümünde Tahkim, İstanbul 2018, s. 126 vd.).

⁹⁸ Sorumluluk davalarında yetkili mahkemeler hakkında ayrıca bkz. ve karşı. Özekes/Seven/Meriç, s. 165 vd.; Eskiocak, s. 308 vd. Pay sahiplerinin açacağı davanın kaynağına ilişkin doktrinde bazı tartışmalar bulunmakta olup bu

sı ile bulunacak yetkili mahkeme, TTK m. 561 hükmünün tatbikiyle bulunan mahkeme ile örtüşecektir. Yine birden fazla davalı (sorumlu yönetim kurulu üyesi) bulunması durumunda, davanın HMK m. 7/1 hükmü uyarınca kesin yetkili olan, ortak yetkili mahkemede açılması gerekir.⁹⁹ TTK m. 1521 hükmü uyarınca söz konusu davada basit yargılama usûlü (HMK m. 316-322) uygulanır.¹⁰⁰

Davanın, zarardan sorumlu olan üye yerine, yönetim kurulunun bir başka üyesine karşı hataen açılması durumunda, koşulları varsa HMK m. 124 hükmü çerçevesinde iradî taraf değişikliği gündeme gelebilir.¹⁰¹ İradî taraf değişikliğinin mümkün olmaması veya kullanılmaması durumunda ise; dava, somut olayın koşullarına göre dava takip yetkisi eksikliği nedeniyle usûlden veya sıfat yokluğu nedeniyle esastan reddedilecektir. Birden fazla sorumlu yönetim kurulu üyesi bulunması hâlinde, bu kişilerin tamamına karşı dava açılabilir. Farklılaştırılmış teselsül kaideleri çerçevesinde müteselsil sorumluluk söz konusu olduğundan, davalılar arasındaki usûlî ilişki HMK m. 57 hükmü çerçevesinde ihtiyarî dava arkadaşlığı olacaktır.¹⁰² Burada HMK m. 57/1, a hükmü kapsamında bir dava arkadaşlığı bulunduğunun kabulü uygun olacaktır.

noktada esas alınacak görüşe göre yetkili mahkemelerin tespiti hususunda farklı değerlendirmeler yapılması gerekecektir. Pay sahiplerinin açacağı davanın kaynağına ilişkin doktrindeki görüşler için bkz. Eskiocak, s. 63-65.

⁹⁹ Ayrıntılı bilgi için bkz. Eskiocak, s. 308 vd. HMK m. 7/1 hükmünde düzenlenen yetkinin niteliğine ilişkin tartışmalar için bkz. Mine Akkan, Pekcanitez Usûl Medenî Usûl Hukuku, 15. Baskı, İstanbul 2017, s. 274 vd.

¹⁰⁰ Eskiocak, s. 467. Basit yargılama usûlü hakkında detaylı bilgi için bkz. Murat Atalı, Pekcanitez Usûl Medenî Usûl Hukuku, 15. Baskı, İstanbul 2017, s. 2089 vd.

¹⁰¹ Eskiocak, s. 245 vd. İradî taraf değişikliği hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Hülya Taş Korkmaz, Medenî Usûl Hukukunda İradî Taraf Değişikliği, Ankara 2014, s. 23 vd.

¹⁰² Eskiocak, s. 243-244. Medenî usûl hukukunda ihtiyarî dava arkadaşlığı hakkında bkz. Pekcanitez/Taş Korkmaz, Pekcanitez Usûl, s. 686 vd.; Güray Erdönmez, HMK. m.57/1, c Hükmü Çerçevesinde İhtiyari Dava Arkadaşlığının Mümkün Olduğu Haller, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 16, Özel Sayı 2014: Prof. Dr. Hakan Pekcanitez'e Armağan, s. 695 vd.; Ömer Ulukapı, Medeni Usul Hukukunda Dava Arkadaşlığı, Konya 1991, s. 108 vd.; Ömer Faruk Saçar, Medeni Usul Hukukunda İhtiyari Dava Arkadaşlığı, Ankara 2022, s. 17 vd.

IV. İLÂMIN İCRAYA KONULMASI

A. Genel Olarak

İlâmın icrasını talep etmek, yani ilâmlı icra için takip talebinde bulunmak bir taraf takip işlemidir. Taraf takip işlemi yapabilmek için taraf ehliyetine, takip ehliyetine ve icra takip yetkisine sahip olmak gerekir.¹⁰³ İlâmlı takipte alacaklı ve borçlu olarak gösterilmesi gereken kişiler, ilâmda alacaklı ve borçlu olarak belirtilen kimseler olmalıdır.¹⁰⁴ Davada davacı pay sahibi olsa da hüküm fıkrasında alacaklı olarak gösterilen kişi, şirket tüzel kişiliğidir. Bir başka deyişle ilâmda hükmedilen tazminatın, dava dışı şirkete ödenmesine karar verilmektedir.¹⁰⁵

B. İlâmın İcrasında İzlenecek Takip Usûlü

Dolayısıyla zarar (şirket zararı) sebebiyle açılan tazminat davasında alınan ilâmın, mutlaka ilâmlı icraya konması gerekir.¹⁰⁶ Bu ilâm ile ilâmsız takip başlatılması mümkün değildir. Buna rağmen ilâmsız takip başlatılmak istenirse, icra müdürünün bu talebi reddetmesi gerekir. Elde ilâm olmasına rağmen ilâmsız takipte ödeme emri gönderilmesi hâlinde şikâyet (İİK m. 16 vd.) yoluna başvurulması mümkündür. Bu şikâyet, kamu düzenine aykırılık sebebiyle süresizdir.¹⁰⁷

¹⁰³ Hakan Pekcanitez/Oğuz Atalay/Meral Sungurtekin Özkan/Muhammet Özkes, İcra ve İflâs Hukuku Ders Kitabı, 10. Bası İstanbul 2023, s. 5, N. 21; Kuru, El Kitabı, s. 155 vd.; Murat Atalı/Ibrahim Ermenek/Ersin Erdoğan, İcra ve İflâs Hukuku, 6. Baskı, Ankara 2022, s. 83 vd.

¹⁰⁴ Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin Özkan/Özkes, Ders Kitabı, s. 318, N. 1338; Kuru, El Kitabı, s. 904. Ayrıca bkz. Ayoğlu, Sorumluluk Davası, s. 73-74.

¹⁰⁵ "... Ancak limited şirket ortakları tazminatın sadece şirkete ödenmesini isteyebilir. Kendilerine ödenmesini isteyemezler. ...", Yargıtay 1. HD., 03.11.2015, 11996/12510 (Lexpera). İstinaf incelemesine konu olan bir kararda ilk derece mahkemesi (İstanbul 16. Asliye Ticaret Mahkemesi, 22.10.2020, 973/527) ortağın açtığı davada; "... davalılardan müştereken ve müteselsilen tahsili ile dava dışı ... Paz. San. ve Tic. Ltd. Şti.'ne ödenmesine..." şeklinde hüküm kurmuştur (İstanbul BAM 13. HD., 13.07.2023, 923/1118 (Lexpera)).

¹⁰⁶ Bkz. Yargıtay İBK, 26.05.2017, 2/3 (RG, 21.07.2017, S. 30130).

¹⁰⁷ Kamu düzenine aykırılık sebebiyle süresiz şikâyete ilişkin olarak bkz. Hakan Pekcanitez/Cemil Simil, İcra-İflâs Hukukunda Şikâyet, 2. Bası, İstanbul 2017, N. 328; Baki Kuru/Ramazan Arslan/Ejder Yılmaz, İcra ve İflâs Hukuku Ders Kitabı, 28. Baskı, Ankara 2014, s. 72; Saim Üstündağ, İcra Hukukunun Esasları, 8. Bası, İstanbul 2004, s. 51; Hakan Pekcanitez/Oğuz Atalay/Meral Sungurtekin Özkan/Muhammet Özkes, İcra ve İflâs Hukuku, 11. Bası, Ankara 2013, s. 135-136;

İlâmın icraya konulmasından sonra kanun yoluna başvuru icrayı durdurmayacaktır. Borçlu yönetim kurulu üyesi, ilâmın icrasını durdurmak istiyorsa İİK m. 36 hükmü çerçevesinde icranın durdurulması sürecini işletmelidir.¹⁰⁸

C. İlâmlı Takibin Pay Sahibi Tarafından Başlatılması ve Buna İlişkin Sorunlar

1. Genel Olarak

TTK m. 555 hükmü uyarınca sorumluluk davası, pay sahibi tarafından açılmakla beraber, lehine tazminata hükmedilen kişi şirkettir. Bu noktada ilâmın icrasını kimin isteyebileceğinin tespit edilmesi önemlidir. Bu çerçevede ilâmın icrasını yalnızca şirketin mi isteyebileceği, yoksa davayı açan pay sahibinin aldığı ilâmı icraya koyma yetkisini haiz olup olmadığı hususlarının üzerinde durulmalıdır.

Konuyla ilgili değerlendirmeye geçmeden evvel söz konusu dava bakımından ortağın temsilci olmadığı hususunu tekrar vurgulamakta fayda görüyoruz.¹⁰⁹ Çünkü, pay sahibinin söz konusu dava bakımından şirketi temsilen hareket ettiği kabul edilseydi, ilâmı bağımsız olarak icraya koyamayacağı sonucuna varılacaktı.¹¹⁰ Ancak pay sahibi söz konusu davada taraf olduğundan, bu tarz bir sorun ile karşılaşılacaktır.

2. Dava Yetkinliği Görüşü Çerçevesinde Dava Yetkinliğinin İcra Takibine Sirayeti

Pay sahibinin, davada dava yetkini olarak yer aldığının kabulü hâlinde, ilâmı icraya koyup koyamayacağı önemli bir meseledir. Pay sahibinin dava yetkini olduğu yönündeki görüş çerçevesinde, dava sonunda alınan ilâmın davacı ortak tarafından icraya konulabileceği

Pekcanıtez/Atalay/Sungurtekin Özkan/Özekes, Ders Kitabı, s. 70-71, N. 283-285; Atalı/Ermenek/Erdoğan, İcra, s. 57; Mehmet Kâmil Yıldırım/Nevhis Deren Yıldırım, İcra ve İflas Hukuku, 8. Baskı, İstanbul 2021, s. 48; L. Şanal Görgün/Levent Börü/Mehmet Kodakoğlu, İcra ve İflâs Hukuku, 3. Baskı, Ankara 2022, s. 66 vd.

¹⁰⁸ İcra'nın durdurulması hususunda bkz. aşa. IV, D, 4.

¹⁰⁹ Bkz. yuk. II, A, 3, c.

¹¹⁰ Ayoğlu, Sorumluluk Davası, s. 74.

belirtmiştir.¹¹¹ Zira pay sahibi dava takip yetkisine sahiptir ve şirket lehine tazminata hükmedilse bile ilâmı icraya koyma hakkı davanın tarafı olan ortağa aittir.

Dava sonunda tazminatın şirkete ödeneceğinin öngörülmesi, ilâmın pay sahibi tarafından icraya konulmasına engel teşkil etmeyecektir.¹¹² Zira ilâmda tazminatın şirkete verilmesine hükmolunsa dahi, ilâmı icrayı koyma hakkı davanın tarafı olan pay sahibine aittir.¹¹³ Kanun bu kimselere dava açma yetkisi verdiği göre, evleviyetle davanın sonunda elde edilen ilâmı icraya koyma yetkisini de vermiş sayılmalıdır; esasen TTK m. 555 hükmünün konuluş gayesi de bu sonuca ulaşmayı zorunlu kılmaktadır.¹¹⁴ Yani, davayı takip hakkı, ilâmı icraya koyma yetkisini de içermektedir.

Dava yetkinliği görüşü çerçevesinden bakıldığında, davacı ile ilâm alacaklısının farklı kişiler olmasının yarattığı özellikli durum, mesele nin esasını teşkil etmekte ve tereddütlü bir durum yaratabilmektedir. Bununla birlikte yukarıda ortaya konulduğu üzere doktrinde, pay sahibinin davayı açabileceği ve bu dava sonunda verilen ilâmı icraya koyabileceği kabul edilmektedir. Bu noktada, dava yetkinliğine ilişkin diğer örnekler esas alınarak meselenin daha detaylı değerlendirilmesi, pay sahibinin icra hukuku çerçevesinden durumunun tespiti ve usûl hukuku çerçevesinden yapılan tespitlerin kontrolü bakımından faydalı olacaktır.

3. Dava Yetkinliği Görüşünün Diğer Dava Yetkinliği Hâlleri Esas Alınarak Değerlendirilmesi

TTK m. 555 hükmü çerçevesinde açılan sorumluluk davalarında alınan ilâmların icrası doktrinde sıklıkla işlenmediğinden,¹¹⁵ benzer

¹¹¹ Çamoğlu, s. 137; Yasaman, s. 111; Ayoğlu, Sorumluluk Davası, s. 81. Aksi sonuca ulaşılmış karar örneği için bkz. Ayoğlu, Sorumluluk Davası, s. 75-76, dn. 43.

¹¹² Yasaman, s. 111.

¹¹³ Ayoğlu, Sorumluluk Davası, s. 75.

¹¹⁴ Ayoğlu, Sorumluluk Davası, s. 81.

¹¹⁵ Doktrinde söz konusu davanın da sıklıkla açılan bir dava olmadığı ifade edilmiştir. Çünkü bu davada ödemenin şirkete yapılması istenmektedir. Bu nedenle de pratikte pay sahibinin çok fazla paya sahip olması olasılığı dışında söz konusu dava pek cazip olmayacaktır (Rouiller/Bauen/Bernet/Lasserre Rouiller, s. 640). Zira bu dava için başlangıçta da ciddi masraflar yapılması gerekecektir

kurumlardaki uygulamalar incelenerek bir neticeye varılmaya çalışılacaktır. Doktrinde kanundan doğan bağımsız dava takip yetkisine, yani kanundan doğan dava yetkinliğine TTK m. 555 dışında verilen örnekler, İİK m. 223 vd. (iflâs idaresi), TMK m. 592 (terekenin resmen idaresi ile görevlendirilen kimse), TMK m. 552 (vasiyeti yerine getirme görevlisi), İİK m. 120/II (haciz alacaklısı) ve İİK m. 94/II (taşınmazın borçlu adına tescilini isteyen alacaklı) hükümleridir. Bu örneklerden ilk üçünde, görevi gereği taraf olarak kabul edilen dava yetkini; son ikisinde ise, hak sahibi olmadığı hâlde kendisine dava takibi konusunda yetki verilen dava yetkini söz konusudur.¹¹⁶ İİK m. 245 hükmü uyarınca çekişmeli hakları takip yetkisinin talep eden alacaklılara devri de bir dava yetkinliği örneğidir. Dava yetkinliği görüşü çerçevesinde meseleye bir çözüm bulunabilmesi (hiç olmazsa sorunun somutlaşabilmesi) bakımından, söz konusu kurumlardaki uygulamaların ilgili olduğu ölçüde ortaya konulması faydalı olacaktır. Zira, bu kurumlar TTK m. 555 hükmüne nazaran daha fazla işlenmiş kurumlardır.

Bu kapsamda incelenmeye değer ilk kurum, İİK m. 245 hükmünde düzenlenen çekişmeli hakların takip yetkisinin devridir. Burada ikinci alacaklılar toplanması, çekişmeli alacağı veya hakkı takip etmek isteyen alacaklıya, takip yapma ve dava açma yetkisini vermektedir.¹¹⁷ Çekişmeli alacak için dava açan alacaklı, bu ilâmı icraya koyabilir ya da dava açmadan doğrudan ilâmsız takip yapabilir.¹¹⁸

İİK m. 223 vd. hükümleri uyarınca iflâs idaresi, TMK m. 593 hükmü uyarınca terekenin resmen idaresi ile görevlendirilen kimse (terake yöneticisi), TMK m. 552 hükmü uyarınca vasiyeti yerine getirme görevlisi; görevi gereği taraf olarak kabul edilen dava yetkini niteliğinde olduklarından aslında incelemekte olduğumuz dava yetkinliği hâline nazaran farklılıklar arz etmektedir. TTK m. 555 hükmü uyarınca dava yetkinliği, hak sahibi olmadığı hâlde kendisine dava takibi konusunda

ve davanın kaybedilmesi durumunda bunların (tamamen veya TTK m. 555/2 uyarınca kısmen) yüklenmesi rizikosu da davacı pay sahibinin üzerindedir (Ayoğlu, Sorumluluk Davası, s. 75).

¹¹⁶ Pekcanitez/Taş Korkmaz, Pekcanitez Usûl, 598-599. TMK m. 562 uyarınca mirasçının alacaklısının tenkis davası açabilmesi, bir diğer dava yetkinliği örneğidir (Erişir, s. 80 vd.). Ayrıca bkz. Kale, s. 25; Alpaslan, s. 215-216, dn. 883.

¹¹⁷ Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin Özkan/Özekes, Ders Kitabı, s. 453, N. 1811.

¹¹⁸ Kuru, El Kitabı, s. 1356-1358.

yetki verilen dava yetkinliği hâline örnektir. TTK m. 555 hükmü ile bu üç hâl farklı türde dava yetkinliği hâllerine örnek olsa da her iki grup da kanundan doğan dava yetkinliği olması itibarıyla incelemekte olduğumuz TTK m. 555 hükmü bakımından da yol gösterici olabilir.

İİK m. 223 vd. hükümleri uyarınca, iflâs idaresi iflâs masasının kanunî mümessilidir ve yukarıda belirttiğimiz üzere dava yetkini olduğu kabul edilmektedir. İflâs idaresinin masaya giren alacakların tahsili için icra veya iflâs takibi yapabileceği hususunda tereddüt yoktur (İİK m. 229).¹¹⁹ TMK m. 552 hükmü uyarınca vasiyeti yerine getirme görevlisi, tereke alacaklarını tahsil eder ve tereke ile ilgili dava ve takiplerde miras ortaklığını temsil eder. TMK m. 593 uyarınca tereke yöneticisi, gereken hâllerde dava açmaya ve icra takibinde bulunmaya yetkilidir. Söz konusu üç hâlde de dava yetkini hem dava açabilmekte hem de icra takibi yapabilmektedir; ancak her üç hâlde de söz konusu yetki, ilgili hükümde açıkça düzenlenmiştir.

TTK m. 555 hükmünde düzenlenen hâlin bir dava yetkinliği örneği olduğunu kabul eden görüş çerçevesinden bakıldığında, kategorik olarak daha benzer olan İİK m. 120/II (haciz alacaklısı) ve İİK m. 94/II (taşınmazın borçlu adına tescilini isteyen alacaklı) hükümlerinin uygulamasının incelenmesi ise bizi daha doğrudan sonuçlara götürebilir.

İİK m. 120/II hükmü, hacedilen alacağın tahsil için devrini düzenlemekte ve maddede “dava hakkının kullanılmasının” devrinden bahsedilmekte, takiplere ise değinilmemektedir. Doktrinde ve Yargıtay uygulamasında ise İİK m.120/II hükmü uyarınca alacağı tahsil için devralan alacaklının dava açabileceği veya takip yapabileceği ifade edilmektedir.¹²⁰ Yargıtay’ın söz konusu hükmün takip-

¹¹⁹ Kuru, El Kitabı, s. 1356.

¹²⁰ Kuru, El Kitabı, s. 633; Erişir, s. 81. “İİK 120/2 maddesinde «haciz alacaklılarından biri borçlunun 3. bir şahıstaki alacağının tahsili veya böyle bir şahsa karşı haiz olduğu dava hakkının kullanılmasını, masraf kendilerine ait olmak ve fakat haklarına hâle gelmemek şartı ile üzerlerine alabilirler.» denmektedir. İcra dairesi, alacağın tahsili için devralan alacaklıya gerekli işlemleri yapmaya yetkili olduğuna dair 24.1.1995 tarihli belge verdiği göre, alacaklı bu belge ile 3. kişiye karşı dayanak senedin niteliğine göre icra takibi yapabilir. Belirtilen hususlar gözardı edilerek yazılı şekilde “kambiyo senetlerine mahsus yolla takip yapılamayacağından” bahisle karar verilmesi isabetsizdir”. Yargıtay 12. HD. 15.06.1995, 8316/8949 (e-uyar.com).

lere de şamil olduğunu ortaya koyması oldukça önemli ve isabetlidir.

İİK m. 94/II hükmü ise; borçlunun miras, cebrî icra satışı veya mahkeme ilâmı gibi bir nedenle iktisap ettiği, ancak sicile tescil ettirmediği aynî hakların tescili için, alacaklıya icra dairesinden alınacak yetki ile tescili isteme yetkisini düzenlemektedir.¹²¹ Ancak, İİK m. 94/II hükmünde düzenlenen imkânın esasları ve usûlü itibarıyla konumuzla doğrudan bir ilgisi ve benzerliği olmadığından, bu hükme sadece değinmekle yetiniyoruz.

Yukarıda ele alınan dava yetkinliği hâllerini, dava yetkininin icra takibine girişme hususundaki yetkisi bağlamında incelediğimizde şu sonuçlara ulaşılmaktadır. Kanundan doğan ve görevi gereği taraf olarak kabul edilen dava yetkinliği hâllerinde, dava yetkini tarafından icra işlemleri yapılabileceği hususu ilgili hükümde açıkça düzenlenmiştir. Öte yandan Yargıtay, İİK m. 120/II hükmü ile ilgili olarak verdiği kararlarda, İİK m.120/II hükmünün kapsamına icra takibini yürütme yetkisini de dahil etmiştir.

4. Kanaatimiz

Her şeyden evvel bir hususun ortaya konması önemlidir. Pay sahibinin açtığı davada elde ettiği ilâmı, yalnızca şirketin icra edebileceği iddiası isabetli olmayacaktır. Zira bu yöndeki iddia, sorumlu yönetim kurulu üyeleri aleyhine verilen kararın icrasını (ve bu prosedürün akıbetini), yönetim kuruluna veya yönetim kurulunu seçen genel kurul çoğunluğuna tanımak manasına gelecektir ki, bunun kabulü mümkün değildir.¹²²

Öte yandan, bir kişiye dava hakkı tanıyıp o dava sonucu elde edilecek ilâmı icraya koyma yetkisi vermemek demek, etkin hukukî korumanın sağlanamaması demektir.¹²³ İcrası sağlanmadığı sürece mahkemece verilen karar, kural olarak pek de bir anlam ifade etmeyecektir.¹²⁴

¹²¹ Kuru, El Kitabı, s. 455; Erişir, s. 79-80.

¹²² Helvacı, Sorumluluk, s. 127; Ayoğlu, Sorumluluk Davası, s. 71; Akdağ Güney, Yönetim Kurulu, s. 339.

¹²³ Davayı takip yetkisinin ilâmı icraya koyma yetkisini de içerdiği hususunda Çamoğlu, s. 137.

¹²⁴ Bu düşünce Roma hukukunda da "Iudicia suum effectum habere debent" şeklinde ifade edilmekte olup "Mahkeme kararları etkili olmalıdır, uygulanmalıdır"

Pay sahibinin bu ilâmı icraya koyabilmesi, her şeyden evvel cebrî icra hukukunun temel ilkelerinin ve temel hakların tabii bir sonucudur. Bu noktada ilâmın icrasının hangi esaslar dâhilinde yerine getirileceğinin incelenmesi gereklidir.

Mesele, ilk olarak doktrinde ağırlıklı olarak kabul edilen dava yetkinliği görüşü çerçevesinde ele alınacaktır. Yukarıda incelemiş olduğumuz dava yetkinliği hâllerini, dava yetkininin icra takibine girişme hususundaki yetkisi bağlamında değerlendirdiğimizde, kanundan doğan ve görevi gereği taraf olarak kabul edilen dava yetkinliği hâllerinde icra işlemleri yapılabileceğinin ilgili hükümde açıkça düzenlendiğini ortaya koymuştuk. Buradan TTK m. 555 hükmünde icraya ilişkin açık bir düzenlemenin bulunmaması nedeniyle, ilâmın pay sahibi tarafından icraya konulamayacağı sonucuna varmak isabetli olmayacaktır. Pek tabii ki, hükümde bu konuda açık bir düzenleme olması tereddütleri giderebilecek idiyse de bu düzenlemenin olmaması da bir sorun teşkil etmeyecektir. Zira, bir kişinin dava yetkini olarak hukukî menfaati olduğu kabul edildikten sonra, dava sonucunda alacağı ilâmı bağımsız bir şekilde icraya koyamayacağını iddia etmek kurumun bünyesiyle bağdaşmayacağı gibi, medenî usûl hukuku ve icra hukukunda da hassasiyetle korunması gereken ilkeler olan etkin hukukî korunma hakkı başta olmak üzere temel haklara aykırılık teşkil edecektir. Öte yandan, İİK m. 120/II hükmü ile ilgili olarak Yargıtay'ın isabetli yaklaşımı da ihmâl edilmemelidir.¹²⁵ Bu kararında Yargıtay maddede açıkça belirtilmese de İİK m.120/II hükmünün kapsamına icra takibini yürütme yetkisini de dahil etmiştir. O hâlde doktrinindeki görüşler ve Yargıtay uygulaması doğrultusunda da TTK m. 555 hükmü çerçevesinde dava açan (ve doktrinde ağırlıklı olarak dava yetkini konumunda olduğu kabul edilen) pay sahibinin, aldığı ilâmı icraya koyabileceği sonucuna varılmaktadır.

Hukukî sorunun dava yetkinliği görüşü kapsamında ele alınmasından sonra, yukarıda ortaya koymaya çalıştığımız alternatif yaklaşım¹²⁶ çerçevesinde de meselenin ele alınması faydalı olacaktır. Bu al-

anlamına gelmektedir (Belgin Erdoğan, Hukukta Latince Teknik Terimler Özlü Sözcükler, 3. Baskı, İstanbul 2011, s. 72).

¹²⁵ Bkz. yuk. dn. 120.

¹²⁶ Bkz. yuk. II, A, 3, d.

ternatif yaklaşım çerçevesinde, kanaatimizce iki hususun birbirinden ayrılması mümkündür. Gerçekten de hüküm fıkrasında tazminatın şirkete ödenmesine karar verilecekse de bu davada söz konusu tazminatın şirkete ödenmesini talep hakkı dava açan pay sahibine tanınmaktadır. Yani tazminat şirket lehine hükmedilse dahi, tazminatın şirkete ödenmesini talep hakkı davacı pay sahibindedir ve pay sahibi söz konusu talep hakkının sahibi konumundadır. İşte bu nedenle pay sahibinin ilâmın icrasını isteyebilmesi mümkündür.¹²⁷ Söz konusu çözümümüzle tazminatın ödenmesi ile tazminatı talep hakkı birbirinden ayrılarak muhakeme edilmiştir. Adeta “dolaylı zararın dolaylı yoldan tazminini talep etme” yetkisi ayrı bir sübjektif hak olarak kabul edilmiştir.¹²⁸ Hem bu şekilde kesin hükmün sınırlarına ilişkin olarak yapılan tartışmalar da önemli ölçüde aşılabacaktır.

D. İlâmın İcrasına İlişkin Diğer Problemler

1. Birden Fazla Pay Sahibinin İlâmlı Takip Başlatması

Yukarıda birden fazla pay sahibinin dava açabileceğini ortaya koymuştuk.¹²⁹ Bu çerçevede birden fazla pay sahibi söz konusu tazminatın şirkete ödenmesine ilişkin bir ilâm almış olabilir. Yani birden fazla pay sahibi dava açmış ve bu davalar sonunda yönetim kurulu üyeleri tazminat ödemeye mahkûm olmuşsa tüm ortaklar ellerindeki ilâmı icraya koyabilir.¹³⁰

Birden fazla pay sahibinin ilâmlı takibe girişmesi durumunda sorumlu yönetim kurulu üyesinin bu takiplerden biri kapsamında borcunu ödemesi hâlinde diğer takiplere devam edilemez.¹³¹ Diğer takiplere devam edilmesi hâlinde itfa sebebiyle icranın geri bırakılması (İİK m. 33) talep edilmelidir.¹³² Tahsilde tekerrür olmaması son derece önemli

¹²⁷ Eskiocak, s. 520.

¹²⁸ Bkz. yuk. II, A, 3, d. Ayrıca bkz. Eskiocak, s. 152 vd.

¹²⁹ Bkz. yuk. III, A.

¹³⁰ Eskiocak, s. 522.

¹³¹ Bu sonucun dava boyutundaki görünümü için bkz. Çamoğlu, s. 158-159.

¹³² İcra emrinin tebliğinden önceki itfa bakımından İİK m. 33/I hükmü; icra emrinin tebliğinden sonraki itfa bakımından ise İİK m. 33/II hükmü uygulama alanı bulacaktır. Bkz. ve karşı. Eskiocak, s. 511, dn. 147. İcraın geri bırakılması hakkında bkz. Kuru, El Kitabı, s. 942 vd.; Pekcantez/Atalay/Sungurtekin Özkan/Özekes, İcra, s. 472 vd.

olmakla birlikte,¹³³ icra aşamasında bu konuda çok çeşitli sorunlarla karşılaşılması ihtimal dahilindedir. Bu sorunların çözümü bakımından literatürde çeşitli öneriler tartışılmış ve zarar tamamen ödenmesine rağmen aynı zarara ilişkin olan diğer takiplere devam edilmesi durumunda İİK m. 72 hükmü de dikkate alınarak bir menfî tespit davası açılabileceği ileri sürülmüş; icra mahkemesinin ilâmların yorumu ve karşılaştırmasını yapamayacağı belirtilmiştir.¹³⁴

Kanaatimizce, itfanın İİK m. 33 hükmü kapsamında kabul edilebilecek belgeler ile ispatlanması kaydıyla, icra mahkemesinin farklı ilâmlarda hükmedilen zararın aynı zarar olup olmadığı hususunu değerlendirmesi en uygun çözümdür. Şüphesiz ki buradaki değerlendirme, sınırlı (dar) ölçüde bir değerlendirme olacak; hükmün tavrini boyutuna varacak ya da bu çizgiyi aşacak bir değerlendirme yapılmayacaktır. Bir başka ifadeyle, farklı pay sahipleri tarafından açılan birden fazla davada hükmedilen zararın birbirinin aynısı olup olmadığını (kısmen veya tamamen örtüşüp örtüşmediğini) icra mahkemesi hâkimi saptayabilir; zira esasen burada icra hâkimi tahmin ve takdir yoluyla hüküm fıkrasını değiştirmemektedir.

İcra mahkemesinin, birden fazla ilâmda hükmedilen tazminatın aynı olup olmadığını saptayamadığı hâllerde, bu durum karara ilişkin bir sorundan kaynaklanabileceği gibi mahkemelerin takdirine ve ilgili yargılamanın gösterdiği hususiyete de bağlı olabilir. Kararlarda tavzih ile düzeltililebilecek bir hâl varsa tarafların tavzih talep etmesi; kararda kanun yolu incelemesini gerektiren bir hata varsa taraflarca kanun yoluna müracaat edilmesi gerekecektir. Bununla birlikte mahkemelerin takdirine ve ilgili yargılamanın gösterdiği hususiyete dayalı olarak ortaya çıkan farklılıklarda, tahsilde tekerrürü önlemek için literatürde de

¹³³ İcra dosyalarından birine yapılan ödemelerin diğer dosyalara da bildirilmesi, tahsilde tekerrürün önlenmesi bakımından önemlidir (Eskiocak, s. 528).

¹³⁴ Eskiocak, s. 528-530. Yargıtay da kararlarında, icra mahkemesinin yorum, tahmin ve takdir yoluyla hüküm kısmını değiştiremeyeceğini belirtmektedir. Örneğin bkz. "İlamın hüküm kısmının aynen infazı zorunlu olup dar yetkili icra mahkemesi yorum, tahmin ve takdir yoluyla hüküm kısmını değiştiremez (HGK'nun 08/10/1997 tarih ve 1997/12-517 Esas, 1997/776 Karar sayılı kararı)", Yargıtay 12. HD., 07.06.2016, 2157/16007 (Lexpera). Benzer kararlar için bkz. Yargıtay 12. HD., 13.02.2017, 10657/1811 (Lexpera); Yargıtay 12. HD., 23.05.2017, 15650/7895 (Lexpera).

önerildiği üzere bir menfî tespit davası açılması uygun olabilecektir.¹³⁵ Ancak, mümkün olduğu ölçüde İİK m. 33 hükmünün etkin kullanılması çoğu hâlde en güvenli ve en hızlı çözümü verecektir.

Her durumda en emin çözüm, davalıların davaları iyi takip etmeleri ve tahsilde tekerrür olmamak üzere karar verilmesini talep etmeleridir. Bu noktada birden fazla dava açılması durumunda diğer koşullar da varsa bu davaların birleştirilmesi veya bekletici mesele müessesesinden istifade edilmesinin önemi açıktır. Son olarak vurgulanmalıdır ki, tahsilde tekerrür meydana gelirse, ilgili yönetim kurulu üyesinin fazla ödediği kısım bakımından maddî hukuk hükümlerine göre dava açması mümkündür.

2. İlâmlı Takibin Şirket Tarafından Başlatılması

Dava sonunda alınan ilâm, davacı ortak tarafından icraya konabilecektir; zira, ilâmda tazminatın şirkete verilmesine hükmolunsa da ilâmı icraya koyma hakkı davanın tarafı olan ortağa aittir.¹³⁶ Bu noktada, ortağın açtığı davada alınan ilâma dayanarak ilâmlı icra takibinin şirket tarafından başlatılıp başlatılamayacağı önemli bir meseledir. Bu sorun, özellikle pay sahibinin davayı kazandıktan sonra ilâmı icraya koymaması durumunda oldukça ilginç bir hâl alabilecektir. Çünkü davanın davacısı pay sahibi iken, davada hükmedilen tazminat şirket lehinedir.

Kanaatimizce pay sahibinin açtığı davada alınan ilâma dayanarak ilâmlı icra takibinin şirket tarafından başlatılması mümkündür. Çünkü eldeki ilâma göre lehine edaya hükmedilen kişi şirkettir.¹³⁷ Kaldı ki şirketin tazminat hükmünü icraya koyması ortak bakımından da avantajlıdır. Yönetim kurulu değişmiş veya sorumlu yönetim kurulu üyesinin görevi sona ermişse, eski yönetim kurulu üyesine karşı alınan ilâmın şirket tarafından icraya konması beklenebilir. Sorumlu yönetim kurulu üyesinin görevi sona ermişse ve bu davanın açılmasının veya ilâmın icrasının genel kurul çoğunluğu tarafından arzu edilme-

¹³⁵ Bkz. yuk. dn. 134. Ayrıca bkz. Mehmet Köle, İlâmlı İcra Takibinde İcra Mahkemesi Tarafından İcranın Geri Bırakılması, İstanbul 2020, s. 29.

¹³⁶ Çamoğlu, s. 137.

¹³⁷ Kuru, El Kitabı, s. 904; Talih Uyar, İlâma Aykırı Yapılan İcra Takiplerinin İptali, Ankara Barosu Dergisi, Yıl:72, Sayı:2014/2, s. 485 vd. Karş. Eskioçak, s. 524 vd.

mesi hâlleri müstesna olmak üzere, bu icra takibinin şirket tarafından yürütülmesinde de bir sakınca yoktur. Ancak yönetim kurulu üyeleri hâlâ görevde ise, aleyhine dava açılmış yönetim kurulu üyelerinin kendi aleyhlerine olan bu kararı icraya koymasını beklemek gerçekçi olmayacaktır. Yine yönetim kurulu üyeleri değişmiş olsa bile, yönetim kurulu üyelerinin şirketi zararlandırıcı faaliyetleri şirket pay sahiplerinin çoğunluğunun bilgisi veya arzusu doğrultusunda yapılmış ise yine bu kararın icraya konmasını veya icrasının gerektiği şekilde yürütülmesini beklemek gerçekçi değildir. Bununla birlikte, şirkete de ilâmı icraya koyma yetkisi verilmesinin uygulamada çözümü güç sorunlar ortaya çıkaracağına dikkat çekilmektedir.¹³⁸

Kararı alan pay sahibinin çeşitli sebeplerle (yönetim kurulu ile anlaşması gibi) ilâmı icraya koymaması hâlinde, bu kararı bir başka pay sahibinin icraya koyup koyamayacağı da önemli bir meseledir. Her ne kadar bu durumda dava açmayan pay sahibine takip yapma yetkisi vermek hem şirketin hem de pay sahiplerinin menfaatine olacaksa da buna cevaz vermek teknik olarak mümkün görünmemektedir. Ancak her hâlde, diğer pay sahipleri ayrı bir dava açabilecek ve ilk davadaki hükümden istifade edebileceklerdir.¹³⁹ İlk davada verilen hüküm kesinleşmiş ise, diğer pay sahipleri bakımından kesin hüküm etkisi ortaya çıkmayacaktır.¹⁴⁰ Bu hâllerde davalının kesinleşmiş olan hükmü derdest davalara sunmak suretiyle, bu davalarda verilecek hükümden önceki kesin hüküm ile ilgi kurularak tahsilde tekerrür olmamak üzere karar verilmesini talep etmesi, icra aşamasında ortaya çıkabilecek riskleri azaltacaktır.¹⁴¹

3. İcra Dairesinin Pay Sahibinin İlâmlı İcra Talebini İşleme Koymaması

Her ne kadar pay sahibinin aldığı ilâmı icraya koyma yetkisi var ise de icra dairesinin bu yöndeki bir talebe uygun hareket etmemesi durumunda ne olacağı meselesi de önemlidir. Pay sahibinin ilâmlı icra takibi için takip talebi vermesi üzerine icra dairesinin bu takip talebini

¹³⁸ Bu konuda ayrıntılı bir değerlendirme için bkz. ve karşı. Eskiocak, s. 524 vd.

¹³⁹ Çamoğlu, s. 158. Detaylı açıklamalar için bkz. yuk. III, A. Diğer pay sahiplerinin durumuna ilişkin bir değerlendirme için bkz. Eskiocak, s. 524 vd.

¹⁴⁰ Bu konuda bkz. yuk. dn. 92. Ayrıntılı bilgi için bkz. Eskiocak, s. 508 vd.

¹⁴¹ Eskiocak, s. 529-530.

kabul etmemesi veya takip talebini aldıktan sonra icra emri göndermemesi hâlinde, pay sahibinin icra mahkemesi nezdinde hakkın yerine getirilmemesi sebebine bağlı şikâyet hukukî çaresine başvurması mümkündür (İİK m. 16). Söz konusu şikâyet, hakkın yerine getirilmemesi veya sebepsiz sürüncemede bırakılması sebebine dayalı olacaktır. Hakkın yerine getirilmemesi veya sebepsiz sürüncemede bırakılması sebeplerine dayanan şikâyet herhangi bir süreye tâbi olmadığından (İİK m. 16/II),¹⁴² burada şikâyet süresiz olacaktır.

Şikâyet üzerine verilen karara karşı İİK hükümleri çerçevesinde kanun yoluna müracaat edilebilecektir (İİK m. 363 vd.). Kanun yolları tüketildikten sonra; dava yetkinliği görüşü kabul edilirse kanunî dava yetkini, maddî hak görüşü kabul edilirse maddî hak sahibi konumundaki pay sahibi tarafından bireysel başvuru yoluna müracaat edilmesi de mümkündür.¹⁴³ Zira ilâmın icra edilmemesi adil yargılanma hakkının ihlâli manasına gelir.¹⁴⁴

İlâmın pay sahibince icraya konulması talebinin icra memurunca kabul edilmemesi hâlinde; sorumlu yönetim kurulu üyeleri üzerindeki malları kaçırabileceklerdir. Bu durumda, eğer daha önce alınmamış ise ihtiyatî haciz için gerekli işlemlerin yapılması uygun olacaktır. Bu faraziyede alacak ilâma bağlanmış olduğundan, ihtiyatî hacizde teminat da aranmayacaktır (İİK m. 259/2). Yine eğer koşulları oluşursa tasarrufun iptali davaları da açılabilecektir (İİK m. 277 vd.).

4. İcranın Durdurulması

Sorumluluk davasında verilen hükmün icraya konulması için kesinleşmesinin beklenmesine gerek yoktur. Bu durum, Türk hukukun-

¹⁴² Pekcanitez/Simil, N. 308; Kuru/Arslan/Yılmaz, İcra, s. 71; Ramazan Arslan/Ejder Yılmaz/Sema Taşpınar Ayvaz/Emel Hanağası, İcra ve İflâs Hukuku, 8. Baskı, Ankara 2022, s. 94; Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin Özkan/Özekes, İcra, s. 134; Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin Özkan/Özekes, Ders Kitabı, s. 70, Rn. 282; Yıldırım/Deren Yıldırım, s. 34.

¹⁴³ Alman hukukunda iradî dava yetkininin anayasa şikâyetine müracaat edemeyeceği kabul edilmekteyse de kanunî dava yetkininin müracaat edebileceği kabul edilmektedir (Rolf Schmidt, Grundrechte, 24. Auflage, Grasberg bei Bremen 2019, Rn. 1044-1045). Ayrıca bkz. Alpaslan, s. 213 vd.

¹⁴⁴ Osman Doğru, Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Rehberi, İstanbul 2013, s. 22 vd.; Alpaslan, s. 450 vd.

da prensip olarak ilâmların kesinleşmeden icra edilebileceği yönündeki genel kurala uygundur.¹⁴⁵ İlâmın icraya konulmasından sonra borçlu yönetim kurulu üyesi, ilâmın icrasını durdurmak istiyorsa, icra mahkemesinden icranın durdurulması (İİK m. 36) kararı almalıdır.¹⁴⁶

İcranın durdurulması (tehir-i icra) için, icranın durdurulmasını isteyen sorumlu yönetim kurulu üyesi evvela kanun yoluna müracaat etmiş olmalıdır. İİK m. 36 hükmü uyarınca icranın durdurulması kararını icra mahkemesi verecek olup, icra mahkemesi bu konuda karar verinceye kadar icranın ertelenebilmesi için icra dairesinden süre alınması gerekmektedir.¹⁴⁷ İcra müdürü, borç (hükmedilen şirket zararı) miktarınca teminat karşılığında bu süreyi verecektir. Buradaki teminat, şirket ve pay sahipleri bakımından önemli bir güvence teşkil edecektir.¹⁴⁸

7343 s. Kanun ile yapılan değişiklik sonrası, asliye ticaret mahkemesinin verdiği ve bölge adliye mahkemesince istinaf incelemesi yapılmakta olan karar hakkında, icra mahkemesinin icranın durdurulması kararı vermesi gerekecektir. Bu, oldukça ilginç ve eleştiriye açık bir durum yaratmaktadır. Süreç ile aslında doğrudan bir bağlantısı olmayan icra mahkemesinin, bu konuda karar vermek durumunda bırakılması kanaatimizce uygun bir tercih olmamıştır. Bu tercihin esasa etkili hiçbir mahzuru olmasaydı dahi, sürece yeni bir mahkeme dahil edilerek prosedürün bürokratikleşmesini haklı kılan bir menfaat olmadığı kanaatindeyiz.

¹⁴⁵ Kuru, İcra El Kitabı, s. 913 vd.; Kuru/Arslan/Yılmaz, İcra, s. 394 vd.; Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin Özkan/Özekes, Ders Kitabı, s. 311-313, N. 1322-1328; Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası, İcra, s. 492 vd.; Ejder Yılmaz, İcra ve İflâs Kanunu Şerhi, Ankara 2016, s. 199; Yıldırım/Deren Yıldırım, s. 359 vd.; Atalı/Ermenek/Erdoğan, İcra, s. 425 vd.; Abdurrahim Karlı, İcra ve İflâs Hukuku, 4. Baskı, İstanbul 2022, s. 679 vd.; Timuçin Muşul, İcra ve İflâs Hukuku, Cilt I-II, 6. Baskı, Ankara 2013, C. II, s. 1096; Ömer Ulukapı, İcra ve İflâs Hukuku, Konya 2015, s. 247-248.

¹⁴⁶ 7343 s. Kanun ile yapılan değişiklik sonrası icranın durdurulması hakkında bkz. Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin Özkan/Özekes, Ders Kitabı, s. 314-316, N. 1329-1332; Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası, İcra, s. 493-494; Atalı/Ermenek/Erdoğan, İcra, s. 434 vd.

¹⁴⁷ Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin Özkan/Özekes, Ders Kitabı, s. 314-315, N. 1329.

¹⁴⁸ Kuru, El Kitabı, s. 919.

SONUÇ

Anonim şirket yönetim kurulu üyelerinin fiilleriyle şirketin zarara uğraması hâlinde, pay sahipleri de dolayısıyla zarara uğrarlar. Pay sahipleri, dolayısıyla uğradıkları bu zarar (şirket zararı) nedeniyle, TTK m. 555 hükmü uyarınca şirketin zararının tazmini talebiyle bir dava açabilirler.

TTK m. 555 hükmü uyarınca açılacak sorumluluk davası, usûlî anlamda birçok sorun barındırmakla birlikte; bu dava neticesinde alınacak ilâmların icrası da aynı derecede önemli sorunlar ihtiva etmektedir. Yargıtay, 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun yürürlüğe girmesinden sonra teorik tartışmalara girmeksizin pay sahibinin dava hakkı ile ilgili esas olarak isabetli kabul edilebilecek kararlar vermiştir. Ancak söz konusu kararların icrası meselesi, yargı kararları özelinde hâlâ oldukça belirsizdir.

TTK m. 555 hükmünün pay sahiplerine tanıdığı dava hakkı, ortaklığın dava hakkından bağımsız olup, şirket genel kurulunun tasarrufları pay sahiplerinin dava hakkını ortadan kaldırmayacaktır. Pay sahibi, şirketin temsilcisi olarak bu davayı açmamaktadır.

Doktrinde ağırlıklı olarak, pay sahibinin söz konusu dava bakımından, kanundan kaynaklanan ve kanunun kendisine tanıdığı bir yetkiyi kullanan bağımsız dava takip yetkisine (dava yetkinliğine) sahip kişi konumunda olduğu kabul edilmektedir. Dava yetkinliği görüşü çerçevesinden bakıldığında, pay sahibi elde ettiği ilâma dayalı olarak icra muamelelerine de girişebilecektir. Çünkü davayı takip yetkisi, ilâmı icraya koyma yetkisini de içermektedir. Bir kişiye dava hakkı tanıyıp o dava sonucu elde edilecek ilâmı icraya koyma yetkisi vermemek demek, etkin hukukî korumanın sağlanamaması demektir. Bu sonuç, hukukumuzdaki diğer dava yetkinliği hâlleri bakımından Kanun ile veya Yargıtay içtihatlarıyla kabul edilmiştir.

Pay sahibinin konumunun, maddî hak (yani sıfat ve dolayısıyla bağımlı dava takip yetkisi) ile açıklanması da düşünülmelidir. Zira, pay sahibine tanınan “dolaylı zararın dolaylı yoldan tazminini talep etme” yetkisi ayrı bir sübjektif (maddî) hak olarak kabul edilebilir. Bu durumda, tazminat şirket lehine hükmedilse dahi, tazminatın şirkete ödenmesini talep hakkının davacı pay sahibinde olması itibarıyla, pay sahibinin ilâmın icrasını isteyebilmesinin mümkün olduğu sonucuna varılmalıdır.

Sorumluluk davasında verilen hükmün icraya konulması için kesinleşmesinin beklenmesine gerek yoktur. Borçlu yönetim kurulu üyesi, ilâmın icrasını durdurmak istiyorsa, borç miktarınca teminat karşılığında, İİK m. 36 hükmü çerçevesinde icra mahkemesinden icranın durdurulması kararı almalıdır.

Pay sahibinin ilâmlı icra takibi için takip talebi vermesi üzerine, icra dairesinin bu talebi kabul etmemesi veya takip talebini aldıktan sonra icra emri göndermemesi hâlinde, pay sahibi icra mahkemesi nezdinde hakkın yerine getirilmemesi sebebine dayalı olarak süresiz şikâyet çaresine müracaat edebilir.

Birden fazla pay sahibinin dava açması ve ilâmlı takibe girişmesi durumunda sorumlu yönetim kurulu üyesinin bu takiplerden biri kapsamında borcunu ödemesi hâlinde diğer takiplere devam edilemeyecektir.

Sorumluluk davasında verilen kararda, lehine edaya hükmedilen kişi şirkettir. Bu nedenle şirket de bu ilâma dayalı olarak ilâmlı icra yoluna gidebilir. Kararı alan pay sahibi dışında bir pay sahibinin ise ilâmı icraya koyma yetkisi yoktur. Ancak, diğer pay sahipleri ayrı bir dava açarak ilk davadaki hükümden istifade edebileceklerdir.

Kaynakça

Kitaplar

- Akdağ Güney Necla, Anonim Şirket Yönetim Kurulu, 2. Baskı, İstanbul 2016 (Yönetim Kurulu).
- Akdağ Güney Necla, Anonim Şirket Yönetim Kurulu Üyelerinin Hukuki Sorumluluğu, İstanbul 2010 (Sorumluluk).
- Akkan Mine, Pekcanitez Usûl Medenî Usûl Hukuku, 15. Baskı, İstanbul 2017 (Pekcanitez Usûl).
- Alangoya Yavuz/Yıldırım M. Kâmil/Deren Yıldırım Nevhis, Medenî Usul Hukuku Esasları, 8. Baskı, İstanbul 2011.
- Alpaslan Mehmet Emin, Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvuru ve Kararların Medenî Usûl Hukukuna Etkileri, İstanbul 2023.
- Arslan Ramazan/Yılmaz Ejder/Taşpınar Ayvaz Sema/Hanağası Emel, İcra ve İflâs Hukuku, 8. Baskı, Ankara 2022 (İcra).
- Arslan Ramazan/Yılmaz Ejder/Taşpınar Ayvaz Sema/Hanağası Emel, Medenî Usul Hukuku, 8. Baskı, Ankara 2022 (Usul).
- Arslanlı Halil, Anonim Şirketler I, Umumî Hükümler, 3. Bası İstanbul 1960.

- Atalı Murat, Pekcanitez Usûl Medenî Usûl Hukuku, 15. Baskı, İstanbul 2017 (Pekcanitez Usûl).
- Atalı Murat/Ermenek İbrahim/Erdoğan Ersin, İcra ve İflâs Hukuku, 6. Baskı, Ankara 2022 (İcra).
- Atalı Murat/Ermenek İbrahim/Erdoğan Ersin, Medenî Usûl Hukuku Ders Kitabı, 5. Bası, Ankara 2022 (Usûl).
- Ayoğlu Tolga, Sermaye Şirketleri Özelinde Şirketler Hukuku Uyuşmazlıklarının Çözümünde Tahkim, İstanbul 2018 (Tahkim).
- Budak Ali Cem/Karaaslan Varol, Medenî Usûl Hukuku, 6. Baskı, İstanbul 2022.
- Bulut Uğur, Medenî Usûl Hukukunda Davaların Yığılması (Objektif Dava Birleşmesi), Ankara 2017.
- Chabloy Isabelle, Responsabilité des administrateurs dans la faillite: état des lieux sur la base de quelques arrêts récentes, La pratique contractuelle 5 Symposium en droit des contrats (Editeurs: Pascal Pichonnaz/Franz Werro), Zürich 2016, s. 101-130 (www.swisslex.ch).
- Çamoğlu Ersin, Anonim Ortaklık Yönetim Kurulu Üyelerinin Sorumluluğu, 3. Baskı, İstanbul 2010.
- Çevik Orhan Nuri, Anonim Şirketler, Ankara 1988.
- Deren Yıldırım Nevhis, Kesin Hükmün Sübjektif Sınırları, İstanbul 1996.
- Dişel Buse, Dava Takip Yetkisi, İstanbul 2020.
- Doğru Osman, Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Rehberi, İstanbul 2013.
- Erdoğan Belgin, Hukukta Latince Teknik Terimler Özlü Sözler, 3. Baskı, İstanbul 2011.
- Erdönmez Güray, Pekcanitez Usûl Medenî Usûl Hukuku, 15. Baskı, İstanbul 2017 (Pekcanitez Usûl).
- Erişir Evrim, Medenî Usûl Hukukunda Taraf Ehliyeti, İzmir 2007.
- Ermenek İbrahim, Medenî Usûl Hukukunda Davaların Birleştirilmesi ve Ayrılması, Ankara 2014.
- Eskiocak Ali, Yönetim Kurulu Üyelerinin Şahsî Sorumluluğuna İlişkin Davalarda Maddî Hukukun Usûl Hukukuyla Etkileşimi, Ankara 2022.
- Güleç Şafak, Hâkimin Davayı Aydınlatma Ödevi, Ankara 2021.
- Görgün L. Şanal/Börü Levent/Kodakoğlu Mehmet, İcra ve İflâs Hukuku, 3. Baskı, Ankara 2022.
- Helvacı Mehmet, Anonim Ortaklıkta Yönetim Kurulu Üyesinin Hukuki Sorumluluğu, 2. Baskı, İstanbul 2001 (Sorumluluk).
- Kale Serdar, Medeni Yargılamada Taraf Ehliyeti, İstanbul 2010.
- Karaaslan Varol, Medenî Usul Hukukunda Hâkimin Davayı Aydınlatma Ödevi, 2. Baskı, Ankara 2019.
- Karslı Abdurrahim, İcra ve İflas Hukuku, 4. Baskı, İstanbul 2022 (İcra).
- Karslı Abdurrahim, Medeni Muhakeme Hukuku, 5. Baskı, İstanbul 2020 (Muhakeme).

- Kendigelen Abuzer, Yeni Türk Ticaret Kanunu: Değişiklikler, Yenilikler ve İlk Tespitler, İstanbul 2012.
- Köle Mehmet, İllâmî İcra Takibinde İcra Mahkemesi Tarafından İcranın Geri Bırakılması, İstanbul 2020.
- Kuru Baki, Hukuk Muhakemeleri Usulü, C. I-VI, 6. Baskı, İstanbul 2001 (Usul).
- Kuru Baki, İcra ve İflâs Hukuku El Kitabı, 2. Baskı, İstanbul 2013 (El Kitabı).
- Kuru Baki/Arslan Ramazan/Yılmaz Ejder, İcra ve İflâs Hukuku Ders Kitabı, 28. Baskı, Ankara 2014 (İcra).
- Kuru Baki/Arslan Ramazan/Yılmaz Ejder, Medenî Usul Hukuku Ders Kitabı, 25. Baskı, Ankara 2014 (Usul).
- Musielak Hans-Joachim/Voit Wolfgang, Grundkurs ZPO, 14. Auflage, München 2018.
- Muşul Timuçin, İcra ve İflâs Hukuku, Cilt I-II, 6. Baskı, Ankara 2013.
- Özekes Muhammet, Pekcanitez Usûl Medenî Usûl Hukuku, 15. Baskı, İstanbul 2017.
- Özekes Muhammet/Seven Vural/Meriç Nedim, Sermaye Şirketlerinde Sorumluluk Davası (TTK m. 549 vd.), İstanbul 2021.
- Palta Nihan, Türk Ticaret Kanunu'na Göre Anonim Şirket Yönetim Kurulu Üyelerinin Hukukî Sorumluluğunda Farklılaştırılmış Teselsül İlkesi, Ankara 2023.
- Pekcanitez Hakan, Anonim Ortaklıkların İflâsı, Ankara 1991 (İflâs).
- Pekcanitez Hakan, Belirsiz Alacak Davası (HMK m. 107), Ankara 2011 (Belirsiz Alacak).
- Pekcanitez Hakan/Atalay Oğuz/Özekes Muhammet, Medenî Usûl Hukuku Ders Kitabı, 11. Bası, İstanbul 2023.
- Pekcanitez Hakan/Atalay Oğuz/Sungurtekin Özkan Meral/ Özekes Muhammet, İcra ve İflâs Hukuku, 11. Bası, Ankara 2013 (İcra).
- Pekcanitez Hakan/Atalay Oğuz/Sungurtekin Özkan Meral/ Özekes Muhammet, İcra ve İflâs Hukuku Ders Kitabı, 10. Bası İstanbul 2023 (Ders Kitabı).
- Pekcanitez Hakan/Meriç Nedim, Medenî Usûl Hukukunda Fer'i Müdahale, İstanbul 2020.
- Pekcanitez Hakan/Taş Korkmaz Hülya, Pekcanitez Usûl Medenî Usûl Hukuku, 15. Bası, İstanbul 2017 (Pekcanitez Usûl).
- Pekcanitez Hakan/Simil Cemil, İcra-İflâs Hukukunda Şikâyet, 2. Bası, İstanbul 2017.
- Poroy Reha/Tekinalp Ünal/Çamoğlu Ersin, Ortaklıklar Hukuku I, 15. Bası, İstanbul 2021.
- Postacıoğlu İhan E./Altay Sümer, Medenî Usûl Hukuku Dersleri, 8. Bası, İstanbul 2020.
- Rouiller Nicolas, Bauen Marc, Bernet Robert, Lasserre Rouiller Colette, La société anonyme suisse, Zürich 2022 (www.swisslex.ch).
- Saçar Ömer Faruk, Medeni Usul Hukukunda İhtiyari Dava Arkadaşlığı, Ankara 2022
- Schmidt Rolf, Grundrechte, 24. Auflage, Grasberg bei Bremen 2019.
- Simil Cemil, Belirsiz Alacak Davası, İstanbul 2013 (Belirsiz Alacak Davası).
- Tanrıver Süha, Medenî Usûl Hukuku, C. I, 4. Bası, Ankara 2021.

- Taş Korkmaz Hülya, Hukuk Davalarında Gerçek Tarafın Belirlenmesi, İstanbul 2021 (Tarafın Belirlenmesi).
- Taş Korkmaz Hülya, Medenî Usûl Hukukunda İradî Taraf Değişikliği, Ankara 2014 (Taraf Değişikliği).
- Thomas Heinz/Putzo Hans, Zivilprozessordnung, 44. Auflage, München 2023.
- Ulukapı Ömer, İcra ve İflâs Hukuku, Konya 2015 (İcra).
- Ulukapı Ömer, Medenî Usûl Hukuku, 3. Baskı, Konya 2015 (Usûl).
- Ulukapı Ömer, Medeni Usul Hukukunda Dava Arkadaşlığı, Konya 1991 (Dava Arkadaşlığı).
- Umar Bilge, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, 2. Baskı, Ankara 2014.
- Üstündağ Saim, İcra Hukukunun Esasları, 8. Bası, İstanbul 2004.
- Yıldırım Mehmet Kâmil/Deren Yıldırım Nevhis, İcra ve İflâs Hukuku, 8. Baskı, İstanbul 2021.
- Yılmaz Ejder, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, 4. Baskı, Ankara 2021 (HMK Şerhi).
- Yılmaz Ejder, İcra ve İflâs Kanunu Şerhi, Ankara 2016 (İİK Şerhi).

Makaleler

- Altay S. Anlam, Anonim Ortaklıklar Hukuku'nda Farklılaştırılmış Teselsül, *Terazi Hukuk Dergisi*, C. 14, S. 151, Mart 2019, s. 68-75.
- Ayoğlu Tolga, "Pay Sahipleri ile Alacaklıların "Dolayısıyla Zarar" Nedeniyle Yönetim Kurulu Üyelerine Karşı Sorumluluk Davası Açma Hakkı ve Bu Tür Davalarda Alınan İlamları İcraya Koyma Yetkisi", *Legal Hukuk Dergisi*, Yıl: 2009, S. 73, s. 67-86 (Sorumluluk Davası).
- Bahtiyar Mehmet, Anonim Ortaklıkta İbraya İlişkin Bazı Sorunlar, *Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 6, S. 1, Haziran 2018, s. 101-109.
- Battal Ahmet, Yeni Türk Ticaret Kanunu'nda Anonim Şirket Yönetim Kurulu Üyelerinin Sorumluluk Rejimi, *Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 2, S. 2, Aralık 2012, s. 31-40.
- Erdönmez Güray, HMK. m.57/1, c Hükümü Çerçevesinde İhtiyari Dava Arkadaşlığının Mümkün Olduğu Haller, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 16, Özel Sayı 2014: Prof. Dr. Hakan Pekcanitez'e Armağan, s. 695-755 (Dava Arkadaşlığı).
- Helvacı Mehmet, Yönetim Kurulu Üyelerinin Hukuki Sorumluluğunda Farklılaştırılmış Teselsül, *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 2013/2, Prof. Dr. Oğuz İmregün'e Saygı Sempozyumu, s. 77-96 (Farklılaştırılmış Teselsül).
- Koroğlu Anıl, Pay Sahibi Tarafından Açılan Sorumluluk Davasında Yargılama Giderlerinin Pay Sahibi ile Şirket Arasında Paylaştırılması (Medenî Usûl Hukuku Kapsamında Bir İnceleme), *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi*, Yıl: 9, S. 17, Haziran 2021, s. 355-382.
- Meriç Nedim, Hâkimin Davayı Aydınlatma Yükümlülüğü, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 11, Özel Sayı 2009: Prof. Dr. Bilge Umar'a Armağan, s. 377-424.

- Pekcanitez Hakan/Taş Korkmaz Hülya, Bir Hukuk Genel Kurulu Kararı Işığında Sıfat ve Dava Takip Yetkisi Kavramlarının Değerlendirilmesi, Prof. Dr. Necmettin M. Berkin'e Armağan, İstanbul 2021, s. 911-974 (Değerlendirme).
- Pekcanitez Hakan, Türk Ticaret Kanunu'na Göre Anonim Ortaklıklarda Denetçiler Tarafından Açılacak Davalar, *Makaleler*, C. I, İstanbul 2016, s. 33-93 (Denetçiler).
- Pulaşlı Hasan, Türk Ticaret Kanunu Tasarısı'na Göre Anonim Şirket Yönetim Kurulu Üyelerinin Özen Yükümlülüğü ve Müteselsil Sorumluluğu, *BATİDER*, Yıl: 2009, C. XXV, S. 1, s. 27-63.
- Simil Cemil, Hâkimin Davayı Aydınlatma Ödevinin Sınırları, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 16, Özel Sayı 2014: Prof. Dr. Hakan Pekcanitez'e Armağan, s. 1351-1376 (Davayı Aydınlatma Ödevi).
- Tekinalp Ünal, Erişim Hakkı, *BATİDER*, Yıl: 2006, C. XXIII, S. 4, s. 5-12.
- Uyar Talih, İlama Aykırı Yapılan İcra Takiplerinin İptali, *Ankara Barosu Dergisi*, Yıl:72, Sayı:2014/2, s. 477-488.
- Yanlı Veliye, Şirkete Verilen Zarar Sebebiyle Sorumluluk Bağlamında "Yönetici" Kavramı ve Genel Kurul Kararı Gerekliliği Sorunu, *Terazi Hukuk Dergisi*, C. 14, S. 151, Mart 2019, s. 46-57.
- Yasaman Hamdi, Yönetim Kurulu Üyelerine Karşı Açılacak Sorumluluk Davaları, *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 2013/2, Prof. Dr. Oğuz İmregün'e Saygı Sempozyumu, s. 97-112.

İnternet Kaynakları

www.e-uyar.com
www.lexpera.com.tr
www.swisslex.ch

TIBBİ ATIK YÖNETİMİ VE ULUSLARARASI HUKUK UYGULAMALARI*

MEDICAL WASTE MANAGEMENT AND INTERNATIONAL LAW PRACTICES

Perihan ABAY**
Süleyman DERMAN***
Saliha ÖZPINAR****
Ümran SEVİL*****

Özet: Tıbbi atık yönetimi, sağlık hizmetlerinin sürdürülebilirliği ve çevresel koruma açısından kritik bir öneme sahiptir. Sağlık kuruluşlarından kaynaklanan tıbbi atıkların doğru bir şekilde toplanması, işlenmesi ve bertaraf edilmesi, çevresel etkilerin minimize edilmesi ve toplum sağlığının korunması için hayati önem taşır. Uluslararası hukuk da bu alanda standartlar ve yönergeler sunarak tıbbi atık yönetiminin ulusal ve küresel düzeyde düzenlenmesine katkı sağlamıştır. Tıbbi atıklar, sağlık tesislerinin faaliyetleri sonucu ortaya çıkan tehlikeli atık grubu içerisinde yer almaktadır. Bu atıkların uygun şekilde toplanması, taşınması, işlenmesi ve bertaraf edilmesi, toplum sağlığını tehdit eden enfeksiyon riskini azaltmanın yanı sıra çevresel kirliliği de engellemektedir. Tıbbi atık yönetiminin etkili olması, hastanelerden kliniklere, laboratuvarlardan sağlık merkezlerine kadar sağlık kuruluşlarının iş birliği ve uyumunu gerektiren top yekûn uygulamaları içermektedir. Uluslararası hukuk, tıbbi atık yönetimi konusunda önemli normlar ve kılavuzlar sunmuştur. Özellikle “Tıbbi Atıkların Kontrolü ve Güvenli Yönetimi” konusundaki Basel Sözleşmesi ve Dünya Sağlık Örgütü’nün (WHO) rehberleri, ülkelerin tıbbi atık yönetimi konusundaki yaklaşımlarını şekillendirir. Bu belgeler, atık

* Çalışma, araştırma ve yayım etiğine uygun olarak hazırlanmıştır.
** Dr., Kanuni Sultan Süleyman Eğitim ve Araştırma Hastanesi, perimsu2006@gmail.com, ORCID: 0000-0002-7493-7723
*** Uzm. Dr., Kartal Eğitim ve Araştırma Hastanesi, suderman_tr@yahoo.com, ORCID: 0000-0001-8305-4917
**** Doç. Dr., Alanya Alaaddin Keykubat Üniversitesi Tıp Fakültesi, saliha.ozpinar@alanya.edu.tr, ORCID: 0000-0002-9860-996X
***** Prof. Dr., Hasan Kalyoncu Üniversitesi Sağlık Bilimleri Fakültesi, umran.sevil@hku.edu.tr, ORCID: 0000-0002-8973-3002, Makalenin Gönderim Tarihi: 02.09.2023, Kabul Tarihi: 22.01.2024

türlerini sınıflandırmadan, toplama ve taşıma yöntemlerine kadar çeşitli konuları ele almıştır. Uluslararası hukukun tıbbi atık yönetimi üzerindeki etkisi, ülkelerin yerel yasalarını oluştururken bu normlara uygun hareket etmelerini ve uygulamalarını kolaylaştırmakla birlikte uluslararası normlara da uygun hareket etmelerine rehberlik etmektedir. Bu bağlamda, sağlık kuruluşları ve atık yönetim şirketleri, uluslararası standartlara uygun bir şekilde atık yönetimi planları geliştirerek bunları uygulamak zorundadır. Bu zorunluluk hem ulusal hem de uluslararası bir hukuki yükümlülük getirmektedir. Tıbbi atık yönetimi konusunda her sağlık kurumunun kendi içinde bir yönetim mekanizması oluşturması, bu mekanizmaları istenen ve zorunlu olan hukuk kuralları çerçevesinde süreklilik haline getirmesi, uygulaması ve stratejik olarak işletmesi gerekir. Tıbbi atık kontrolünün çevre ve insan sağlığı başta olmak üzere hayvan ve diğer canlı popülasyonunun geleceği, yaşam sürekliliğinin devamlılığı açısından oldukça önemlidir. Bu nedenle tüm sağlık kurumları ile tıbbi atık yönetimi konusunda çalışanların etkin ve sürdürülebilir uygulamalarını bir kurumsal strateji politikası kapsamında kalite yönetimini de içine alacak şekilde canlı tutması gerekliliğini unutmamalıdır.

Anahtar Kelimeler: Tıbbi Atık Yönetimi, Uluslararası Hukuk, Sağlık Hizmetleri, Çevresel Koruma, Tehlikeli Atıklar, Sürdürülebilirlik, Toplum Sağlığı, Atık Bertaraf, Normlar, Düzenlemeler

Abstract: Medical waste management is critical for the sustainability of healthcare services and environmental protection. Proper collection, treatment and disposal of medical waste from healthcare facilities are vital for minimizing environmental impacts and protecting public health. International law has also contributed to the regulation of medical waste management at national and global level by providing standards and guidelines in this field. Medical wastes are included in the hazardous waste group resulting from the activities of health facilities. Proper collection, transportation, treatment and disposal of these wastes prevent environmental pollution as well as reducing the risk of infection that threatens public health. Effective medical waste management involves collective practices that require the cooperation and compliance of health institutions from hospitals to clinics, laboratories to health centers. International law has provided important norms and guidelines on medical waste management. In particular, the Basel Convention on the "Control and Safe Management of Medical Waste" and the World Health Organization (WHO) guidelines shape countries' approaches to medical waste management. These documents address issues ranging from the classification of waste types to collection and transportation methods. The influence of international law on medical waste management guides countries to act in accordance with international norms, while making it easier for them to comply with and implement these norms when establishing their domestic laws. In this context, healthcare organizations and waste management companies are obliged to develop and implement waste management plans in accordance with international standards.

This requirement imposes both a national and an international legal obligation. Each health institution should establish a management mechanism within itself for medical waste management, and should maintain, implement and strategically operate these mechanisms within the framework of the required and mandatory legal rules. Medical waste control is very important in terms of environmental and human health, the future of animal and other living populations, and the permanence of the continuity of life. For this reason, all health institutions and those working in medical waste management should keep their effective and sustainable practices alive within the scope of a corporate strategy policy, including quality management.

Keywords: Medical Waste Management, International Law, Healthcare, Environmental Protection, Hazardous Waste, Sustainability, Public Health, Waste Disposal, Norms, Regulations

GİRİŞ

Sağlık hizmetlerinin sürdürülebilirliği ve çevresel koruma, günümüzde küresel düzeyde önem taşıyan konular arasında yer almaktadır. Sağlık sektörü, hızla değişen koşullar ve artan talepler altında faaliyet gösterirken, bu hizmetlerin sürdürülebilir bir şekilde sunulması ve çevresel etkilerin minimize edilmesi gerekliliği daha da belirgin hale gelmiştir. Bu bağlamda, tıbbi atık yönetimi ve uluslararası hukukun uygulamaları, sağlık sektörünün sürdürülebilirliği ve çevresel koruma hedeflerine ulaşmasında kritik bir rol oynamaktadır.

Tıbbi atıklar, sağlık kuruluşlarının faaliyetleri sonucu ortaya çıkan tehlikeli atık grupları içerisinde yer almaktadır. Bu atıklar biyolojik, kimyasal veya radyolojik tehlike ile tehditler içermekte ve doğru bir şekilde yönetilmezlerse çevre ve toplum sağlığı için ciddi riskler oluşturmaktadır. Tıbbi atık yönetimi atıkların toplanması, taşınması, işlenmesi ve güvenli bir şekilde bertaraf edilmesini içeren karmaşık bir süreçtir. Bu sürecin etkili bir şekilde yönetilmesi hem toplum sağlığını koruma hem de çevresel sürdürülebilirliği sağlama açısından kritik bir öneme sahiptir.

Uluslararası hukuk, tıbbi atık yönetimi konusunda normlar ve yönergeler sunarak bu alandaki düzenlemeleri şekillendirmiş ve karışıklık yaşanmasını önlemiştir. Özellikle “Tıbbi Atıkların Kontrolü ve Güvenli Yönetimi” konusundaki Basel Sözleşmesi ve Dünya Sağlık Örgütü’nün rehberleri, ülkelerin tıbbi atık yönetimi konusundaki yaklaşımlarını belirlemelerine yardımcı olmaktadır. Bu uluslararası bel-

geler, atıkların sınıflandırılmasından, toplama ve taşıma yöntemlerine kadar çeşitli konuları kapsamaktadır. Ancak, bu normların yerel düzeyde nasıl uygulandığı ve sağlık sektöründeki etkileri ülkeden ülkeye farklılık gösterebilmektedir.

Bu çalışma, tıbbi atık yönetimi ve uluslararası hukukun uygulamalarını ele alarak, sağlık hizmetlerinin sürdürülebilirliği ve çevresel koruma açısından nasıl önemli bir rol oynadığını incelemeyi amaçlayarak değerlendirmeleri içermektedir. Aynı zamanda, uluslararası hukukun tıbbi atık yönetimine yönelik düzenlemelerinin yerel düzeyde nasıl yansıdığını ve bu konudaki olası zorlukları da ele alarak çözüm önerileri de sunmaktadır. Tıbbi atık yönetimi ve uluslararası hukukun sağlık sektöründeki rolünü daha iyi anlamak isteyen araştırmacılara ve paydaşlara da literatür açısından önemli bir kaynak olma özelliğini taşımaktadır. Hukuk düzenleyicileri ile uygulayıcılarına yönelik ise bir literatür rehberliği yapmakta, alanda oluşabilecek olumsuzluklara yönelik hukuki bir kaynak niteliğine de sahip bir çalışma olmaktadır.

A. Amaç

Bu çalışmanın amacı, tıbbi atık yönetiminin önemini vurgulayarak, uluslararası hukukun bu alandaki uygulamalarını incelemek ve sağlık sektöründe sürdürülebilirlik ve çevresel koruma hedeflerine nasıl katkı sağladığını anlamaktır. Tıbbi atıkların doğru bir şekilde toplanması, işlenmesi ve bertaraf edilmesinin, toplum sağlığını korumanın yanı sıra çevre üzerindeki olumsuz etkileri minimize etmedeki rolü incelenmiştir. Uluslararası hukukun tıbbi atık yönetimine yönelik normları ve düzenlemeleri nasıl belirlediği, bu düzenlemelerin ülkelerin atık yönetimi politikalarına nasıl yansıdığı araştırılmıştır. Çalışma, sağlık sektörünün tıbbi atık yönetimi konusundaki sorumluluklarını ve uluslararası hukukun bu alandaki rolünü ele alarak, gelecek nesillerin sağlık ve çevre açısından daha iyi bir dünya için nasıl şekillendirilebileceğine dair bir anlayış sunmayı amaçlamıştır.

B. Kapsam

Bu çalışma, "Tıbbi Atık Yönetimi ve Uluslararası Hukuk Uygulamaları" başlığı altında tıbbi atık yönetiminin genel önemini ve süreçlerini ele alarak, uluslararası hukukun bu alandaki normlarını ve dü-

zenlemelerinin incelenmesi temel amaç ve araştırmanın kapsamıdır. Çalışma, tıbbi atık yönetiminin sağlık hizmetlerinin sürdürülebilirliği, çevresel koruma ve toplum sağlığı üzerindeki etkilerini anlamayı hedeflemekte ve uluslararası hukukun bu alandaki yönlendirmelerini vurgulamaktadır. Ayrıca, Türkiye özelinde tıbbi atık yönetimi uygulamaları da incelenerek uluslararası hukukun yerel düzeyde nasıl uygulandığına dair bir bakış sunmaktadır. Bu çalışma, tıbbi atık yönetimi ve uluslararası hukukun sağlık sektöründeki rolünü daha iyi anlamak isteyen araştırmacılara ve paydaşlara katkı sağlayacak bir literatür kaynağı olmayı da hedeflemektedir.

C. Araştırmanın Kısıtları

Bu çalışma, “Tıbbi Atık Yönetimi ve Uluslararası Hukuk Uygulamaları” başlığı altında tıbbi atık yönetimi ve uluslararası hukukun uygulamalarını ele alsa da bazı kısıtlarla karşılaşmıştır. Araştırma sürecinde araştırmanın konusu ve içeriğine yönelik karşılaşılan kısıtlar aşağıda başlıklar halinde sunulmuştur. Bunlar;

- **Kaynak Sınırlılığı:** Araştırma sınırlı kaynaklarla gerçekleştirilmiş olup, bu alanda özellikle Türkiye’de derinlemesine gerçekleştirilmiş saha ile uygulama içerikli yayın sayısı oldukça kısıtlıdır. Tıbbi atık yönetimi konusunda ise uluslararası hukukun geniş alanları içerisine alması nedeniyle çok sayıda kaynağı içeriyor olması bu yönde yapılacak araştırmalarda daha spesifik olmayı zorunlu kılmaktadır. Bu nedenle, bazı önemli çalışmaların ve belgelerin gözden kaçması olası sorunlar içerisinde.
- **Zaman Sınırlaması:** Yapılacak bu tarz araştırmalarda zaman planlamasının oldukça etkili ve programlı bir şekilde yürütülmesi gerekmektedir. Çünkü birçok sağlık kurumunu içerisine alan saha çalışmalarındaki uygulamalara ilişkin verilerin toplanması ve bunların derlenerek yorumlanması, analiz edilmesi oldukça ciddi bir zaman dilimini kapsamaktadır. Bu nedenle tüm güncel gelişmelerin ve sonuçların tam olarak bu alanda yapılan çalışmalara yansıtılması zor olabileceği göz ardı edilmemelidir.
- **Uygulama Farklılıkları:** Uluslararası hukukun farklı ülkelerde nasıl uygulandığı, yerel yasalar ve politikalarla nasıl ilişkilendirildiği konusunda karışıklıklar bulunmaktadır. Bu nedenle alanda

yapılacak çalışma ile araştırmalarda tüm araştırmacıların öncelikli olarak uluslararası hukuk uygulamalarını derlemesi ve yerel yasaların bu yöndeki uygulamaları ile uluslararası uygulamalara yönelik çalışmaları karşılaştırması gerekmektedir. Araştırma bu farklılıkları ele alsa da tüm ülkelerin ayrıntılı analizini yapmak hem zorluk hem de oldukça geniş bir saha araştırmasını zorunlu kılmaktadır.

- **Veri Eksikliği:** Bazı ülkelerde veya bölgelerde tıbbi atık yönetimi ve uluslararası hukukla ilgili yeterli veri bulunmamaktadır. Bu nedenle, eksik veriler nedeniyle ortaya eksik araştırma sonuçları ya da yetersiz sonuç çıkma riski bulunmaktadır. Aynı şekilde Türkiye’de de kamu sağlık kurumlarından veri temini, uygulamalar yönelik bilgilerin elde edilmesinde ciddi veri paylaşım sorunları bulunmaktadır. Bir farklı sorun ise Türkiye de özel ve kamu sağlık kurumlarına yönelik uygulamaların birbiri ile uyumlu olmamasıdır. Bu nedenle yine verilerin derlenmesi ve toplanarak analiz edilmesi oldukça güçlük oluşturmaktadır.
- **Teknolojik ve Yöntemsel Kısıtlar:** Bu tarz ve içerikteki çalışmaların araştırmalarında özellikle kullanılan teknoloji ve teknoloji odaklı uygulamalara yönelik alt yapılar yine her sağlık kurumunda farklılık göstermektedir. Bu durum hem kamu hem de özel sağlık kurumlarında sıklıkla karşılaşılan sorunlar veya kısıtlamalar arasında yer almaktadır. Araştırmanın hazırlanma sürecinde kullanılan teknolojik ve yöntemsel altyapı, bazı detayların atlanmasına veya analiz edilememesine neden oluşturmaktadır.
- **Dil Kısıtlamaları:** Araştırmanın sadece belirli bir dilde gerçekleştirilmiş olması, diğer dillerdeki kaynaklara erişimi sınırlamaktadır. Çünkü uluslararası sağlık uygulamaları ile alandaki uluslararası hukuk uygulamaları her ülkenin kendi diline çevrilerek hayata geçirilmiştir. Bu nedenle tüm dünya ülkelerinin ortak uygulamakla yükümlü olduğu bu kuralların gerçekte saha uygulamalarına yönelik bilgilerin derlenmesi nedeniyle dil/lisan açısından sorun oluşturmaktadır.

Yukarıda ifade edilen kısıtlar bu alanda araştırma ve uygulama yapan araştırmacılar tarafından göz önünde bulundurulduğunda, yapılan ya da yapılacak olan çalışmanın bulgu ve sonuçlarına yönelik

elde edilecek verilerin hem çalışmaya hem alana hem de literatüre daha nitelikli bir çalışmanın kazandırılmasında katkı sağlayacaktır.

D. Araştırmanın Problemi

Yapılan bu çalışmanın başlığı altında araştırmanın temel problemi, tıbbi atık yönetimi ve uluslararası hukuk uygulamalarının sağlık sektöründe nasıl etkili olduğunu anlamak ve bu alandaki potansiyel zorlukları ele alarak çözüm önerileri sunmaktır. Tıbbi atıkların doğru bir şekilde toplanması, işlenmesi ve bertaraf edilmesi hem çevresel koruma hem de toplum sağlığı açısından büyük önem taşımaktadır. Ancak bu süreçlerin etkili bir şekilde yönetilmesi ve uluslararası hukuk normlarının uygulanması konularında pek çok zorluk ve engel bulunmaktadır.

Tıbbi atık yönetimi, farklı ülkeler ve bölgeler arasında farklılıklar göstermekte ve uluslararası hukukun uygulanması konusunda zorluklar ortaya çıkabilmektedir. Aynı zamanda, sağlık hizmetlerinin sürdürülebilirliği ve çevresel koruma hedefleri arasında denge sağlanması gereken bir denklem de bulunmaktadır. Bu durum, tıbbi atık yönetiminin hem etkili bir şekilde gerçekleştirilmesini hem de uluslararası hukuka uygunluğunu sağlanmasını gerektirmektedir.

Araştırmanın problemi, tıbbi atık yönetiminin sağlık hizmetlerinin geleceği ve çevresel sürdürülebilirlik üzerindeki etkilerinin anlaşılmasını gerektirirken, aynı zamanda uluslararası hukukun bu alandaki rolünün ve normlarının nasıl uygulandığının anlaşılması gerekliliğini de içermektedir. Bu bağlamda, tıbbi atık yönetimi ve uluslararası hukukun bu alandaki etkileşimini incelemek ve bu konudaki olası zorlukları ele alarak çözüm önerileri sunmak, araştırmanın temel problemi olarak öne çıkmaktadır.

E. Tıbbi Atık Yönetiminin Önemi

Günümüzde, sağlık sektörü insan sağlığını koruma ve iyileştirme amacıyla önemli bir rol üstlenirken, bu sektörün faaliyetleri sonucu ortaya çıkan tıbbi atıkların etkili bir şekilde yönetilmesi de büyük bir önem taşımaktadır. Tıbbi atıklar, hastaneler, klinikler, laboratuvarlar ve sağlık tesisleri gibi sağlık hizmeti sunan kuruluşlar tarafından üretilen atıklardır ve içerdikleri tehlikeli maddeler nedeniyle çevre ve insan

sağlığı için ciddi riskler oluşturabilmektedir.¹ Tıbbi atık yönetiminin doğru ve etkili bir şekilde gerçekleştirilmesi hem sağlık sektörünün sürdürülebilirliği hem de çevre koruma açısından kritik bir gerekliliktir.²

Tıbbi atık yönetiminin önemi, sağlık hizmeti sunan kuruluşların atık üretim süreçleri ve atıkların içerdiği zararlı maddeler göz önünde bulundurulduğunda daha iyi anlaşılabilir. Bu atıkların içerisinde kesici-delici aletler, enfekte olmuş malzemeler,^{3 4 5} kimyasal maddeler ve ilaçlar⁶ gibi tehlikeli unsurlar bulunabilmektedir. Bu tür atıkların

¹ Edyta Janik-Karpinska, Rachele Brancaloni, Marcin Niemcewicz, Wiktor Wojtas, Maurizio Foco, Marcin Podogrocki, Michal Bijak, "Healthcare Waste – A Serious Problem for Global Health", Healthcare (Basel, Switzerland), 2023, C. 11, S. 2, s.242.

² Türkiye'de tıbbi atıkların güvenli yönetimi, Çevre ve Orman Bakanlığı tarafından hazırlanan ve 22 Temmuz 2005 tarihinde 25883 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren "Tıbbi Atıkların Kontrolü Yönetmeliği" ile belirlenmiştir. Bu yönetmelik, tıbbi atıkların çevreye ve insan sağlığına olası zararlarını en aza indirmeyi hedeflemekte olup, tıbbi atıkların kaynağında ayrı bir şekilde toplanması, uygun şekilde depolanması, taşınması ve imhasını düzenlemektedir. Bu çerçevede tıbbi atıkların güvenli bir şekilde yönetilmesi ve çevre ile insan sağlığının korunması için gerekli standartlar ve prosedürler belirlenmiştir. Yönetmelik, tıbbi atık üreten sağlık kuruluşlarının sorumluluklarını da belirtmektedir. Bu sayede ülkemizde tıbbi atıkların etkili bir şekilde kontrol altına alınması ve çevresel sürdürülebilirliğin sağlanması amaçlanmaktadır.

³ Tıbbi atıklar, sağlık kuruluşlarında üretilen ve içerdikleri tehlikeli maddeler nedeniyle çevre ve insan sağlığı için risk taşıyan atıklardır. Bu tür atıkların doğru bir şekilde yönetilmesi hem sağlık çalışanlarının hem de toplumun güvenliği ve sağlığını korumak amacıyla büyük bir önem taşır. Türkiye'de, tıbbi atıkların kontrolünü sağlamak ve yönetmek amacıyla "Tıbbi Atıkların Kontrolü Yönetmeliği" 25 Ocak 2017 tarihinde 29959 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir. Bu yönetmelik, tıbbi atıkların üretiminden bertarafına kadar olan süreçleri düzenlemekte ve sağlık kuruluşlarının tıbbi atıkların yönetimini nasıl gerçekleştirmesi gerektiğini belirlemektedir.

⁴ Madde 1'de 25.1.2017 tarihli ve 29959 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan Tıbbi Atıkların Kontrolü Yönetmeliğinin 3'üncü maddesi aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir.

Katı Atıkların Kontrolü Yönetmeliği: 14/3/1991 tarihli ve 20814 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan yönetmeliği.

⁵ Tıbbi Atık: Ünitelerden kaynaklanan, EK-2'de C, D ve E grupları altında yer alan enfeksiyöz, patolojik ve kesici-delici atıkları.

⁶ Çevre ve Orman Bakanlığı Kanun:2872 sayılı Çevre Kanunu madde 4'de geçen tüm hususlar bu yönetmelikte geçen tüm alt unsurlar ilgili kanun ve maddesi kapsamında yer almaktadır.

yanlış yönetilmesi, sağlık çalışanları, hastalar, toplum ve çevre için büyük riskler taşımaktadır. Enfekte olmuş malzemelerin veya ilaçların yanlışlıkla teması, hastalıkların yayılmasına neden oluşturmaktadır.⁷ Kimyasal maddelerin çevreye veya su kaynaklarına karışması, çevre kirliliği ve biyolojik dengeyi bozmaktadır.^{8 9} Bu nedenle, tıbbi atık yönetimi süreçleri sağlık kuruluşları için sadece yasal bir zorunluluk değil, aynı zamanda etik ve toplumsal sorumluluk anlayışının bir yansıması olarak kabul edilmek zorundadır.¹⁰

Tıbbi atık yönetiminin etkin bir şekilde uygulanması, bir dizi avantajı beraberinde getirmektedir. Öncelikle, sağlık kuruluşlarının personeli ve hastaları için güvenli bir çalışma ve tedavi ortamının sağlanarak çalışanlara ve çevreye yönelik riskler bertaraf edilmektedir. Enfekte olmuş malzemelerin doğru şekilde toplanması, taşınması¹¹ ve bertaraf edilmesi¹², hastane enfeksiyonlarının yayılmasını da engellemektedir. Ayrıca, toplumun genel sağlığını koruma açısından da kritiktir öneme sahip olduğu unutulmamalıdır Tıbbi atıkların kontrolsüz bir şekilde çevreye karışması, hastalıkların yayılmasına ve toplum sağ-

⁷ Yusuf Gül, Mustafa İssi, Burcu Gül Baykalır, "Araştırma Laboratuvarlarında Biyogüvenlik, Zoonotik Hastalıklar ve Tıbbi Atıkların Bertarafı", *Atatürk Üniversitesi Veteriner Bilimleri Dergisi*, 2013, C. 8, S. 1, s. 81-96.

⁸ Zeyneb Kılıç, "Water Pollution: Causes, Negative Effects and Prevention Methods", *Istanbul Sabahattin Zaim University Journal of Institute of Science and Technology*, 2021, C. 3, S. 2, s. 129-132.

⁹ Jessica Briffa, Emmanuel Sinagra, Renald Blundell, "Heavy Metal Pollution in The Environment and Their Toxicological Effects on Humans", *Heliyon*, 2020, C. 6, S. 9, s. e04691.

¹⁰ Handan Ertaş, Muhammed Ali Güden, "Hastanelerde Tıbbi Atık Yönetimi", *Sosyal Araştırmalar ve Yönetim Dergisi*, 2019, C. 2019, S. 1, s. 53-67.

¹¹ 18 Ağustos 2022 Perşembe Günü Resmî Gazetenin 31927 sayılı sayısında ilgili kanunun MADDE 3'de Aynı Yönetmeliğin 5 inci maddesinin birinci fıkrasının (h) bendinde değişiklik gerçekleştirilmiştir. Bu değişiklik kapsamında tıbbi atıkların taşınmasına yönelik uygulamalara yer verilmiştir. Aynı kanunun değişiklik yapılan maddesinde "Tıbbi atıkların toplanması, taşınması, geçici depolanması ile sterilizasyona tabi tutulması ve bertaraf edilmesi süreçlerini kapsayan tıbbi atık yönetiminde görevlendirilen veya görevlendirilmesi öngörülen tüm personel, ilgili alanda MYK Mesleki Yeterlilik Belgesine sahip olmak zorunluluğu da getirilmiştir."

¹² Çevre ve Orman Bakanlığı Tıbbi Atıkların Kontrolü Yönetmeliği kapsamında 6'ncı bölümde yer alan 31 ile 58'nci maddeler arasında tıbbi atıkların bertarafına yönelik hususlar ayrıntılı olarak değerlendirilmiş ve yönetmelikle belirlenerek uygulanmaktadır.

lığını tehlikeye atma konusunda riskler taşımaktadır. Bu durum bir halk sağlığı sorununu oluşturmaktadır. Genel olarak değerlendirildiğinde ise toplum sağlığının bozulması hem ekonomik hem de sosyal dengenin bozulması anlamına gelmektedir.¹⁰

Tıbbi atık yönetiminin çevre koruma açısından önemi de büyüktür. Bu atıkların uygun olmayan yöntemlerle bertaraf edilmesi veya depolanması, toprak, su ve hava kirliliğine yol açma riskini taşımaktadır. Zehirli maddelerin sızması veya yakılması sonucu hava kalitesi bozulmakta, su kaynakları kirlenmekte ve toprak verimliliği azalmaktadır. Bu da ekosistemlere zarar ciddi zararlar vermektedir. Ayrıca biyoçeşitliliği tehlikeye atarak gelecek nesillerin yaşam kalitesini olumsuz yönde etkilemektedir.¹³

Tıbbi atık yönetiminin sürdürülebilirlik açısından taşıdığı önem, gelecek kuşakların sağlığı ve çevrenin korunması için kaçınılmazdır. Sürdürülebilirlik, kaynakların verimli ve etkili bir şekilde kullanılması, çevrenin tahrip edilmemesi ve toplumsal refahın artırılması anlayışını içermektedir.¹⁴ Tıbbi atık yönetimi, sürdürülebilirlik ilkeleriyle uyumlu bir şekilde gerçekleştirildiğinde, atıkların azaltılarak geri dönüştürülmesi ve kazandırılması, zararlı etkilerinin en aza indirilmesine imkân ve olanak sağlamaktadır. Bu da hem çevre hem de insan sağlığı için olumlu sonuçları ortaya çıkartmaktadır.¹⁵

Tıbbi atık yönetiminin önemi sadece sağlık sektörünün işleyişi açısından değil, aynı zamanda çevre koruma ve sürdürülebilirlik hedefleri bağlamında da büyük bir önceliktedir. Tıbbi atıkların etkili bir şekilde toplanması, taşınması, depolanması ve bertaraf edilmesi, insan sağlığını korumak, hastane enfeksiyonlarını önlemek ve çevreyi korumak için bir gereklidir. Bu nedenle, sağlık kuruluşlarının tıbbi

¹³ Aziz Küçük, "Tıbbi Atık Yönetiminin Ekonomisi", *Sayıştay Dergisi*, 2013, S. 90, s. 73-95.

¹⁴ XinYing Chew, Khai Wah Khaw, Alhamzah Alnoor, Marcos Ferasso, Hussam Al Halbusi, Yousif Raad Muhsen, "Circular Economy of Medical Waste: Novel Intelligent Medical Waste Management Framework Based on Extension Linear Diophantine Fuzzy FDOSM and Neural Network Approach", *Environmental Science and Pollution Research International*, 2023, C. 30, S. 21, s. 60473-60499.

¹⁵ Sang M. Lee, DonHee Lee, "Effective Medical Waste Management for Sustainable Green Healthcare", *International Journal of Environmental Research and Public Health*, 2022, C. 19, S. 22, s. 14820.

bi atık yönetimi konusunda duyarlılık göstermeleri, uygun ekipman ve yöntemleri kullanmaları, toplumsal sorumluluklarını yerine getirmeleri büyük bir önem taşımaktadır. Tıbbi atık yönetimi, sağlık sektörünün sürdürülebilirliğini sağlamak ve gelecek nesillere temiz bir çevre bırakmak için atılması gereken adımların başında gelmektedir. Bu nedenle tüm sağlık kurumları her yönden ihtiyatlı¹⁶ davranmak, başta insan sağlığı olmak üzere çevre sağlığını korumakla yükümlü kılınmıştır. Hiçbir sağlık kurumu ve çalışanı çevre sağlığını risk altına alabilecek bir davranış ile tutum içerisinde olmaz. Her türlü tedbir ve önlemleri alarak en hızlı şekilde uygulamakla yükümlüdür. Bu tedbir ve önlemlerin alınmaması halinde oluşabilecek her türlü zarar ve ziyanın tazmini konusunda ilgili sağlık kuruluş(lar)ı, yetkililer ve sağlık çalışanları aynı şekilde bu sorumluluktan yükümlü olduğunu bilmek zorundadır.¹⁷

I. SAĞLIK HİZMETLERİNİN SÜRDÜRÜLEBİLİRLİĞİ

Sağlık hizmetleri, bireylerin sağlığını korumak, tedavi etmek ve iyileştirmek amacıyla sunulan hayati öneme sahip hizmetleri içerisine alır. Her bireyin sağlıklı bir yaşam sürdürebilmesi için erişim sağladığı sağlık hizmetleri, toplumun genel refahını ve yaşam kalitesini büyük ölçüde etkiler. Ancak, günümüzde sağlık hizmetlerinin sürdürülebilirliği, çeşitli zorluklar ve dinamik faktörlerle şekillenen karmaşık bir konu haline gelmiştir.¹⁸

¹⁶ Çevre hukuku, çevrenin korunması ve sürdürülebilirliği için önem taşıyan bir dizi hukuki düzenlemeyi içerir. Bu düzenlemeler, çevresel risklerin minimize edilmesi, doğal kaynakların korunması ve insan sağlığının güvence altına alınmasını amaçlamıştır. İhtiyat ilkesi, çevre hukukunun temel ilkelerinden biridir ve belirsizlik veya bilimsel kesinlik bulunmayan durumlarda hareket etme yaklaşımını ifade eder. Bu ilkeye göre, potansiyel çevresel zararlar veya riskler söz konusu olduğunda, beklenen zararı önlemek veya minimize etmek amacıyla gerekli tedbirler alınmalıdır. Yani bilimsel veri eksik olsa da çevre ve insan sağlığı üzerinde olumsuz etkilerin olabileceği durumlarda, ihtiyat ilkesi gereği eylemde bulunulmalıdır. Bu, çevrenin korunması ve gelecek nesillere sağlıklı bir yaşam alanı bırakılması amacıyla önemli bir yaklaşımdır.

¹⁷ National Research Council, "Environmental Health and Safety Management System", Prudent Practices in the Laboratory: Handling and Management of Chemical Hazards, Updated Version, National Academies Press (US), Washington (DC), 2011, s. 9-29.

¹⁸ Simge Demir Bayram, "Sağlık Kamu Hizmetinin Dayanağı Olan ve Sağlık Hakkı-

Sağlık hizmetlerinin sürdürülebilirliği, sağlık hizmeti sunan sağlık kuruluşlarını, profesyonellerini, hizmeti alan bireyleri ile toplumun gelecekte de aynı kalitede ve etkinlikte sağlık hizmetlerine erişebilme kapasitelerini ifade topyekûn ifade eder. Sürdürülebilir sağlık hizmetleri finansal, insani, teknolojik ve çevresel faktörlerin uyum içinde değerlendirilmesi ve yönetilmesi ile mümkün olabilir.¹⁹

Sürdürülebilir sağlık hizmetleri, birçok boyutta ele alınabilmektedir. Finansal sürdürülebilirlik açısından, sağlık hizmetlerinin finansmanının uzun dönemde nasıl karşılanacağına odaklandığı görülmektedir. Sağlık hizmetlerinin maliyetleri, teknolojik gelişmeler ve nüfus artışı gibi faktörlerle her geçen gün artmaktadır. Bu nedenle, sağlık hizmetlerinin finansmanının sürdürülebilirliği, hükümetlerin, özel sektörün ve uluslararası kuruluşların işbirliği ile sağlanmasını artık zorunlu hale getirmiştir.²⁰ Çünkü en son 2020 yılı başı itibariyle tüm dünyayı etkisi altına alan COVID-19 pandemisi bu durumun en önemli örneklerinden birisini oluşturmaktadır.

İnsani kaynakların sürdürülebilirliği, nitelikli sağlık profesyonellerinin yetiştirilmesi, motive edilmesi ve çalışma koşullarının iyileştirilmesiyle yakından ilgilidir. Sağlık alanında uzmanlaşmış doktorlar, hemşireler, sağlık yöneticileri gibi nitelikli personelin sağlık hizmetlerinde istihdamının sağlanması, hizmet kalitesinin artırılması açısından hayati önem taşımaktadır.²¹ Fakat son yıllarda Türkiye’de yaşanan yetişmiş sağlık personelinin farklı dünya ülkelerine göç etmesi, Türk sağlık sistemindeki olumsuzlukların baş göstermesine neden olmuştur. Yaşanan randevu krizleri, toplum bireylerinin ihtiyaç duyduğu sağlık hizmet ile tedavi olanaklarına ulaşamıyor olması yaşanan krizin ne denli önemli olduğunu çok net ortaya koymaktadır.

nı Güvence Altına Alan Düzenlemeler ile İlkeler”, *Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi*, 2021, S. 2, 175-240.

¹⁹ Aroa Molero, Michele Calabrò, Maguelone Vignes, Bernard Gouget, Damien Gruson, “Sustainability in Healthcare: Perspectives and Reflections Regarding Laboratory Medicine”, *Annals of Laboratory Medicine*, 2021, C. 41, S. 2, s. 139-144.

²⁰ Özlem Özer, Hasan Hüseyin Yıldırım, “Türkiye Sağlık Sisteminin Finansal Sürdürülebilirliğine Yönelik Bir Uygulama”, *Mehmet Akif Ersoy Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi*, 2016, C. 8, S. 16, s. 149-161.

²¹ Minenur Sunter, “Sağlık Kurumlarında İnsan Kaynakları Yönetiminin Önemi”, *Verimlilik Dergisi*, 2019, S. 3, s. 143-160.

Teknolojik sürdürülebilirlik, sağlık hizmetlerinde kullanılan teknolojik altyapının güncellenmesi ve geliştirilmesini ifade etmektedir. Tıbbi cihazlar, dijital sağlık kayıt sistemleri gibi teknolojik unsurların etkin bir şekilde kullanılması, tanı ve tedavi süreçlerinin iyileştirilmesinde kritik bir rol oynamaktadır.²² Bu konuda son yıllarda hayata geçirilen şehir hastaneleri ve yapılanması önemli gelişmeler olarak gösterilebilir. Birçok sağlık biriminin bir araya getirilerek büyük sağlık kampüsünde toplanması gelecek açısından önemli yatırımlar olarak gösterilebilir. Fakat bu yöndeki uygulamaların kamu üzerinde oluşturduğu finansal ve ekonomik maliyetlerin toplum refahı üzerinde olumsuz etki yarattığı sonucu da göz ardı edilmemesi gereken hususlar arasında yer almaktadır. ²³ Toplum hizmetine sunulan bu büyük sağlık komplekslerinin verdiği sağlık hizmetlerine bağlı olarak ortaya çıkarttığı ciddi tıbbi atıklar bulunmaktadır. Yine bu atıkların kontrol ve imhası konusunda yeterlilikleri ve çevreye karşı duyarlılıkları da tartışma konuları arasında yer almaktadır. Kompleks sağlık kurumlarında sürdürülebilirlik kavramlarının tam anlamı ile uygulanmadığı kaygısı ise oldukça günceliğini korumaktadır.²⁴ Uluslararası yapılan uygulama ve literatüre kazandırılmış çalışmaların sonuçları incelendiğinde; büyük sağlık komplekslerinin kendi bünyesinde oluşturduğu tıbbi atık yönetimine bağlı olarak ortaya çıkan riskleri yok etmesine yönelik öneriler bulunmaktadır. Bu durum hem bu sağlık kurumlarının ortaya çıkarttığı risklere yönelik hızlı çözüm üretmeye hem de ekonomik anlamda kazanç sağlamaya yönelik olduğu da bu çalışmaların bulgu ve sonuçlarında yer almaktadır.²⁵

Çevresel sürdürülebilirlik ise sağlık hizmetlerinin çevresel etkilerinin minimize edilmesini amaçlamaktadır. Tıbbi atıkların yönetimi,

²² İsmail Şimşir, Buse Mete, "Sağlık Hizmetlerinin Geleceği: Dijital Sağlık Teknolojileri", *Journal of Innovative Healthcare Practices*, 2021, C. 2, S. 1, s. 33-39.

²³ Hilal Özen, "Dijital Sağlık Hizmetlerinin Sürdürülebilir Kalkınma Hedefleri Açısından Değerlendirilmesi", *OPUS Uluslararası Toplum Araştırmaları Dergisi*, 2021, C. 17, S. 38, s. 5440-5472.

²⁴ Yeliz Özeren, "Sağlık Kuruluşlarında Atık Yönetimi ve Tıbbi Atıkların Bertarafı: Bursa Örneği", Bursa Uludağ Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, Bursa, 2019.

²⁵ Jade Megan Chisholm, Reza Zamani, Abdelazim M. Negm, Noha Said, Mahmoud M. Abdel Daïem, Mahdieh Dibaj, Mohammad Akrami, "Sustainable Waste Management of Medical Waste in African Developing Countries: A Narrative Review", *Waste Management & Research: The Journal of The International Solid Wastes and Public Cleansing Association, ISWA*, 2021, C. 39, S. 9, s. 1149-1163.

enerji tüketiminin azaltılması, çevre dostu uygulamaların benimsenmesi gibi adımlar, sağlık hizmetlerinin çevreye olan etkisini azaltmaktadır.²⁶

Sağlık hizmetlerinin sürdürülebilirliği, toplumların sağlığını korumak, iyileştirmek için uzun vadeli stratejilerin oluşturulması ve uygulanmasını gerektirmektedir. Bu kapsamda hükümetler, sağlık kuruluşları, sivil toplum kuruluşları ve uluslararası aktörler işbirliği yaparak sürdürülebilir sağlık hizmetleri için gereken politika ve önlemleri belirlenmesine aktif hareket etmek zorundadır. Sürdürülebilir sağlık hizmetleri hem bugünün hem de gelecek nesillerin sağlığını korumanın ve toplumsal refahı artırmanın önemli bir aracı olarak kabul edilmelidir.

II. ÇEVRESEL KORUMA VE TOPLUM SAĞLIĞI

Çevresel koruma, doğal kaynakların sürdürülebilir bir şekilde yönetilmesi ve çevrenin zararlı etkilerden korunması amacıyla yapılan faaliyetleri kapsamaktadır. Bu faaliyetler hem ekosistemlerin sağlığını sürdürmeyi hem de insan sağlığını korumayı hedefler.²⁷ Çünkü çevrenin sağlıklı ve dengeli bir şekilde işlemesi, toplum sağlığını doğrudan etkilemektedir.

Çevresel faktörler, hava kalitesi, su temizliği, gıda güvenliği gibi toplum sağlığını belirleyen unsurların başında gelir. Kirli hava solunum yolu hastalıklarına neden olabilirken, kirli su tüketildiğinde ciddi sağlık sorunlarına yol açmaktadır. Bunun yanı sıra, kirli çevre koşulları kanser, alerjik reaksiyonlar, zehirlenmeler gibi pek çok sağlık sorununa da sebep olmaktadır.²⁸

Çevresel koruma, toplum sağlığı ile iç içe bir şekilde ele alınma-

²⁶ Selda Ünsal, Bekir Gövdere, "İşletmelerde Çevresel Sürdürülebilirliğin Sağlanmasında Sürdürülebilir Ambalaj Kullanımının Önemi", *Uygulamalı Sosyal Bilimler ve Güzel Sanatlar Dergisi*, 2023, C. 5, S. 11, s. 1-15.

²⁷ Yasemin Gedik, "Sosyal, Ekonomik ve Çevresel Boyutlarla Sürdürülebilirlik ve Sürdürülebilir Kalkınma", *Uluslararası Ekonomi Siyaset İnsan ve Toplum Bilimleri Dergisi*, 2020, C. 3, S. 3, s. 196-215.

²⁸ Ioannis Manisalidis, Elisavet Stavropoulou, Agathangelos Stavropoulos, Eugenia Bezirtzoglou, "Environmental and Health Impacts of Air Pollution: A Review", *Frontiers in Public Health*, 2020, C. 8, s. 14.

lıdır. Çünkü; temiz hava, su ve gıda kaynakları sağlıklı bir yaşamın temelini oluşturur. Çevre kirliliğinin kontrol altına alınması, atık yönetimi, doğal kaynakların sürdürülebilir kullanımı gibi çevresel koruma önlemleri, toplum sağlığının korunmasında kritik bir rol oynar. Bu bağlamda, çevre hukuku ve politikaları toplum sağlığına doğrudan etki eden önemli araçlar olarak değerlendirilir.²⁹

III. TIBBİ ATIKLARIN TANIMI VE SINIFLANDIRILMASI

Tıbbi atıklar, sağlık hizmetleri sunulan hastane ve diğer sağlık kurumlarında ortaya çıkan ve insan sağlığına zarar verebilecek özellikteki atıkları ifade eder. Bu atıklar, hastaneler, klinikler, laboratuvarlar, tıp merkezleri gibi sağlık kuruluşlarında üretilir. Tıbbi atıkların tanımı ve sınıflandırılması, çevre ve insan sağlığını koruma amacıyla oldukça önemlidir. ³⁰Tıbbi atıklar, çeşitli özelliklere göre sınıflandırılır.³¹ Bunlar;

- **Enfeksiyon Yapıcı Atıklar (Grup 1):** Enfekte olmuş hastaların bakımı sırasında ortaya çıkan atıklardır. Bu atıkların içerdiği mikroorganizmalar nedeniyle insan sağlığına ciddi tehlikeler oluşturabilirler.
- **Patolojik Atıklar (Grup 2):** İnsan veya hayvan dokuları, organları veya vücut sıvıları gibi biyolojik materyalleri içerir. Bu tür atıkların uygun şekilde yönetilmesi, mikroorganizmaların yayılmasını önlemek için önemlidir.
- **Kesici-Delici Atıklar (Grup 3):** İğne, şırınga, bistüri gibi kesici veya delici özellikteki ekipmanları içerir. Bu atıkların doğru şekilde toplanması ve imha edilmesi yaralanma riskini azaltır.
- **Kimyasal Atıklar (Grup 4):** Laboratuvarlar veya diğer sağlık kuruluşlarında kullanılan kimyasal maddeleri içerir. Toksik, yanıcı veya patlayıcı özelliklere sahip olabilirler.

²⁹ Eyüp Zengin, Aqil Esedov, "Çevre Sorunlarının Yerel Özellikleri ve Üsküdar Örneği", *Sosyal Siyaset Konferansları Dergisi*, 2010, S. 59, s. 149-178.

³⁰ Yeliz Özeren, "Sağlık Kuruluşlarında Atık Yönetimi ve Tıbbi Atıkların Bertarafı: Bursa Örneği", Bursa Uludağ Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, Bursa, 2019.

³¹ K.K. Padmanabhan, Debabrata Barik, "Health Hazards of Medical Waste and its Disposal", (Ed) Debabrata Barik, *Energy from Toxic Organic Waste for Heat and Power Generation*, Woodhead Publishing Series in Energy, 2019, s. 99-118.

- **Radyoaktif Atıklar (Grup 5):** Radyoterapi veya nükleer tıp gibi tıbbi prosedürler sonucunda ortaya çıkar. Radyasyon içerdikleri için özel bir şekilde yönetilmeleri gerekmektedir.

Tıbbi atıkların doğru şekilde toplanması, taşınması, depolanması ve bertaraf edilmesi, çevre ve insan sağlığının korunması açısından kritik bir öneme sahiptir. Bu nedenle Tıbbi Atıkların Kontrolü Yönetmeliği gibi mevzuatlar, atıkların güvenli bir şekilde yönetilmesini sağlamak amacıyla oluşturulmuştur.

IV. TIBBİ ATIK YÖNETİMİ AŞAMALARI

Tıbbi atık yönetimi, sağlık kuruluşlarında üretilen tehlikeli atıkların güvenli bir şekilde toplanması, taşınması, depolanması, işlenmesi ve bertaraf edilmesini içeren bir dizi aşamayı içerir.³² Bu aşamalar, çevre ve toplum sağlığının korunması için titizlikle uygulanmalıdır.

- **Toplama Aşaması:** Sağlık tesislerinde üretilen tıbbi atıklar, türlerine göre ayrı ayrı toplanmalıdır. Enfeksiyon yapıcı atıklar, patolojik atıklar, kesici-delici atıklar ve diğer atık grupları, özel renk kodlarına sahip konteynerlerde ayrı olarak toplanır.
- **Taşıma Aşaması:** Toplanan tıbbi atıklar, güvenlik önlemleri alınarak taşıma araçlarına yerleştirilmelidir. Taşıma esnasında sızıntı veya dökülme gibi durumlar engellenmelidir. Taşıma işlemi sırasında atıkların çevre ve toplum sağlığına zarar vermesi önlenmelidir.
- **Depolama Aşaması:** Tıbbi atıklar, geçici olarak uygun depolama alanlarında saklanmalıdır. Depolama alanları, çevre kirliliğini önlemek ve enfeksiyon riskini azaltmak için belirli standartlara uygun olmalıdır. Atıkların sızdırmaz kaplar içinde depolanması gerekmektedir.
- **İşleme Aşaması:** Tıbbi atıkların bazıları özel işleme tabi tutulmalıdır. Örneğin, kesici-delici atıkların sterilizasyonu veya özel konteynerler içinde toplanması gerekebilir. Kimyasal atıkların uygun şekilde nötralize edilmesi veya imha edilmesi gerekebilir.

³² Mustafa Attrah, Amira Elmanadely, Dilruba Akter, Eldon R. Rene, "A Review on Medical Waste Management: Treatment, Recycling, and Disposal Options", *Environments*, 2022, C. 9, S. 11, s. 146.

- **Bertaraf Aşaması:** Tıbbi atıkların güvenli bir şekilde bertaraf edilmesi büyük önem taşır. Bertaraf yöntemleri arasında yakma, otoklavlama (yüksek basınç ve ısı ile sterilizasyon), kimyasal işlemler ve özel depolama alanlarında gömme gibi yöntemler bulunabilir. Bertaraf yöntemi, atığın türüne ve özelliklerine göre seçilmelidir.
- **Kayıt ve Raporlama Aşaması:** Sağlık kuruluşları, ürettikleri tıbbi atıkların türlerini, miktarlarını ve bertaraf yöntemlerini kaydetmeli ve düzenli olarak ilgili otoritelere raporlamalıdır. Bu kayıt ve raporlar, atık yönetiminin izlenmesi ve denetlenmesi için önemlidir.

Tıbbi atık yönetimi aşamalarının doğru ve titizlikle uygulanması, çevre kirliliğinin önlenmesi, çalışanların ve toplum sağlığının korunması açısından kritik bir öneme sahiptir. Bu aşamalar, mevzuat ve uluslararası standartlar doğrultusunda gerçekleştirilmelidir.^{33 34}

V. TIBBİ ATIK TOPLAMA VE TAŞIMA

Tıbbi atık yönetiminin önemli aşamalarından biri tıbbi atık toplama ve taşıma sürecidir. Bu aşama, tıbbi atıkların güvenli bir şekilde toplanmasını ve uygun koşullarda taşınmasını içerir. Tıbbi atık toplama ve taşıma sürecinin doğru şekilde uygulanması, çevre ve toplum sağlığının korunması açısından hayati öneme sahiptir.³⁴

A. Tıbbi Atık Toplama

Tıbbi atıkların toplanması, atığın türüne ve tehlikesine göre özel konteynerlerin kullanılmasıyla gerçekleştirilir. Farklı tıbbi atık türleri ayrı ayrı toplanmalıdır. Enfeksiyon yapıcı atıklar, patolojik atıklar, kesici-delici atıklar ve farmasötik atıklar gibi gruplar, renk kodlarına sahip konteynerlerde ayrı olarak toplanır. Bu ayırım, atıkların düzgün bir şekilde işlenmesi ve bertaraf edilmesi için gereklidir.³⁵

³³ Lynda Andeobu, Santoso Wibowo, Srimannarayana Grandhi, "Medical Waste from COVID-19 Pandemic-A Systematic Review of Management and Environmental Impacts in Australia", *International Journal of Environmental Research and Public Health*, 2022, C. 19, S. 3, s. 1381.

³⁴ Handan Ertaş, Muhammed Ali Güden, "Hastanelerde Tıbbi Atık Yönetimi", *Sosyal Araştırmalar ve Yönetim Dergisi*, 2019, C. 2019, S. 1, s. 53-67.

³⁵ K.K. Padmanabhan, Debabrata Barik, "Health Hazards of Medical Waste and its

B. Tıbbi Atık Taşıma

Toplanan tıbbi atıklar, taşıma sırasında çevre ve toplum sağlığına zarar vermeden güvenli bir şekilde hareket ettirilmelidir. Bu aşamada dikkat edilmesi gereken bazı önemli faktörler bulunmaktadır.³⁶ Bunlar;

- **Ambalajlama:** Atıklar, taşıma için uygun sızdırmaz ve dayanıklı ambalajlar içinde taşınmalıdır. Bu ambalajlar, atıkların taşıma sırasında yayılmasını ve kontaminasyon riskini engeller.
- **Etiketleme:** Taşınan ambalajlar doğru ve anlaşılır bir şekilde etiketlenmelidir. Etiketlerde atığın türü ve tehlikesi gibi bilgiler yer almalıdır.
- **Taşıma Araçları:** Tıbbi atıkların taşınması için özel olarak tasarlanmış ve donatılmış taşıma araçları kullanılmalıdır. Bu araçlar, sızıntı, dökülme veya kirlenme riskini minimize edecek şekilde tasarlanmıştır.
- **Sürücü Eğitimi:** Taşıma işlemi sırasında sürücülerin uygun eğitim almış olmaları önemlidir. Atık taşıma prosedürlerine ve güvenlik önlemlerine tam uyum sağlamaları gerekmektedir.
- **Güzergâh Planlaması:** Taşıma güzergahı, yoğunluk, trafik ve güvenlik açısından dikkatlice planlanmalıdır. Halka açık alanlardan ve potansiyel risk bölgelerinden kaçınılmalıdır.
- **Acil Durum Planları:** Taşıma sırasında oluşabilecek acil durumlar için planlar önceden hazırlanmalıdır. Sızıntı, kaza veya yangın gibi durumlara karşı hazırlıklı olunmalıdır.

Tıbbi atık toplama ve taşıma sürecinin doğru ve titizlikle uygulanması, çevre kirliliğinin önlenmesi ve toplum sağlığının korunması açısından hayati önem taşımaktadır. Bu süreç, ulusal ve uluslararası standartlara uygun olarak gerçekleştirilmelidir.³⁷

Disposal", (Ed) Debabrata Barik, Energy from Toxic Organic Waste for Heat and Power Generation, Woodhead Publishing Series in Energy, 2019, s. 99-118.

³⁶ <https://www.sciencedirect.com/topics/earth-and-planetary-sciences/waste-transport>

³⁷ Handan Ertaş, Muhammed Ali Güden, "Hastanelerde Tıbbi Atık Yönetimi", *Sosyal Araştırmalar ve Yönetim Dergisi*, 2019, C. 2019, S. 1, s. 53-67.

VI. TIBBİ ATIK İŞLEME VE BERTARAF

Dünya Sağlık Teşkilatı (WHO), tıbbi atıkları geniş bir perspektiften ele alarak tanımlamıştır. Bu tanıma göre tıbbi atıklar, sağlık kuruluşları, araştırma kuruluşları, laboratuvarlar ve evde yapılan tıbbi bakım gibi çeşitli kaynaklardan çıkan atıkları kapsamaktadır. Bu atıkların ortak özellikleri, potansiyel olarak tehlikeli olmaları, enfeksiyon yapma riski taşımaları veya çevreye zarar verebilmeleridir.³⁸

Tıbbi atıkların doğru şekilde toplanması, taşınması, işlenmesi ve bertaraf edilmesi, çevresel ve insan sağlığı açısından büyük bir öneme sahiptir. Bu atıkların uygun şekilde yönetilmemesi, enfeksiyon yayılmasına, çevre kirliliğine ve sağlık risklerine neden olmaktadır. Tıbbi atıkların sınıflandırılması genellikle aşağıdaki kategoriler altında sınıflandırılmıştır.³⁹

- **Enfeksiyon yapıcı atıklar:** Hastane enfeksiyonları gibi neden olabilecek atıklar.
- **Patolojik atıklar:** Biyopsi veya ameliyat sonrası materyaller gibi insan dokularını içeren atıklar.
- **Kesici-delici atıklar:** Enjektörler, iğneler ve kesici aletler gibi kesici özellik taşıyan atıklar.
- **Kimyasal atıklar:** Laboratuvarlardan veya tedavi süreçlerinden kaynaklanan kimyasal maddeler.
- **Radyoaktif atıklar:** Radyoloji veya nükleer tıp gibi alanlardan çıkan radyoaktif materyaller.

Bu tanım ve sınıflandırmalar, tıbbi atıkların nasıl ele alınması gerektiği konusunda sağlık kuruluşları ve ilgili otoriteler için rehber niteliği taşımaktadır. Tıbbi atık yönetimi, hastaneler, sağlık merkezleri ve diğer sağlık kuruluşları için önemli bir güvenlik ve çevre konusu oluşturmaktadır.⁴⁰

³⁸ Mahmut Akbolat, Oğuz Işık, Cemile Dede, Mesut Çimen, "Sağlık Çalışanlarının Tıbbi Atık Bilgi Düzeylerinin Değerlendirilmesi", *Acıbadem Üniversitesi Sağlık Bilimleri Dergisi*, 2011, S. 3, s. 131-140.

³⁹ Ece Temel, "Aksaray İlinde Tıbbi Atık Yönetiminin İncelenmesi", Aksaray Üniversitesi, Fen Bilimleri Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, Aksaray, 2021.

⁴⁰ Yeliz Özeren, "Sağlık Kuruluşlarında Atık Yönetimi ve Tıbbi Atıkların Bertarafı: Bursa Örneği", Bursa Uludağ Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, Bursa, 2019.

Hastane atıkları, çeşitli kaynaklardan çıkan ve çeşitli tehlikeler içerebilen atıkların bir karışımını içermektedir. Bu atıkların doğru şekilde sınıflandırılması, toplanması, taşınması ve bertaraf edilmesi önemlidir.⁴¹ Verilen bilgiye göre hastane atıklarının bileşimlerini değerlendirdiğimizde ise;⁴²

- Genel atıklar: %80
- Patolojik ve enfeksiyon yapıcı atıklar: %15
- Kesici-delici özellikteki atıklar: %1
- Kimyasal veya farmasötik atıklar: %3
- Özel atıklar (radyoaktif, sitostatik, basınçlı kaplar, kırık termometre, kullanılmış akü ve pil gibi): < %1

Bu tür bir sınıflandırma, hastane atıklarının yönetimi için önemli bir temel oluşturmaktadır. Farklı atık türlerinin farklı tehlikeler içerebileceği göz önünde bulundurularak, uygun güvenlik protokolleri ve bertaraf yöntemleri belirlenmelidir. Doğru atık yönetimi hem sağlık personelinin güvenliğini hem de çevreyi koruma amacı taşımaktadır.⁴³

Tıbbi atıkların doğru şekilde toplanması ve ayrıştırılması için alınan önlemlere yönelik çok yönlü açıklamalar ve uygulamalar bulunmaktadır. Özellikle atıkların toplanmasında kullanılan taşıma materyallerinde renk kodlamaları ve özel konteyner gereksinimleri, atık yönetiminin etkili ve güvenli bir şekilde gerçekleştirilmesine yardımcı olmaktadır.⁴⁴

Sağlık kuruluşlarında tıbbi atıkların renk kodlu torbalar ve özel konteynerlerle toplanması, farklı türdeki atıkların ayrıştırılmasını ve bu atıkların uygun şekilde bertaraf edilmesini sağlamaktadır. Bu uy-

⁴¹ Dilek Yücel Tutar, "Tıbbi Atık Yönetimi İçin Yeni Bir Yaklaşım ve Ankara Örneği", Ankara Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Doktora Tezi, Ankara, 2004.

⁴² <https://www.artemisaritim.com/tibbi-atiklarin-siniflandirilmesi-ve-bertaraf-yontemleri>

⁴³ Salih H. M. Aljabre, "Hospital Generated Waste: A Plan for Its Proper Management", *Journal of Family & Community Medicine*, 2002, C. 9, S. 2, s. 61-65.

⁴⁴ Priya Datta, Gursimran Mohi, Jagdish Chander, "Biomedical Waste Management in India: Critical Appraisal", *Journal of Laboratory Physicians*, 2018, C. 10, S. 1, s. 6-14.

gulama hem sağlık personelinin güvenliğini hem de çevreyi korumayı amaçlamaktadır.⁴⁵

Özellikle tıbbi atık kabı veya kovası gereksinimleri, atıkların taşınması sırasında yayılma riskini en aza indirir. Dayanıklı, sızdırmaz ve su geçirmez malzemeden yapılmış olmaları, atıkların çevreye yayılmasını engeller. Üzerinde «Uluslararası Biyotehlike» amblemi ve «DİKKAT! TIBBİ ATIK» ibaresi bulunması, atık içeriğinin ve tehlikenin anlaşılmasına yardımcı olur.⁴⁶

Bu tür önlemler, tıbbi atıkların uygun şekilde yönetilmesi için çok önemlidir. Yanlış toplanmış veya atılmış tıbbi atıklar, enfeksiyon riski taşıyabilir ve çevre kirliliğine neden oluşturur. Bu nedenle sağlık kuruluşlarının bu kurallara uyması ve atık yönetimi konusunda titizlik göstermesi gerekir.⁴⁷

Tıbbi atıkların bertaraf yöntemlerine yönelik Türkiye’de yaygın olarak kullanılan yöntemlere baktığımızda; tıbbi atıkların doğru şekilde bertaraf edilmesi, enfeksiyon riskini önlenmesi ve çevre ile insan sağlığını korumaya yönelik uygulama ile yöntemler aşağıda ifade edilmiştir.⁴⁸

- **Mikrodalga/Buhar Sterilizasyon Yöntemi:** Tıbbi atıkların mikrodalga veya buharla sterilize edilmesi işlemidir. Bu yöntem, atıklardaki mikroorganizmaları öldürmeyi amaçlar.
- **Elektro-Termal Deaktivasyon Yöntemi (ETD):** Elektrik enerjisi kullanılarak tıbbi atıkların yüksek sıcaklıkta deaktivasyonunu sağlayan bir yöntemdir.
- **Plazma Ark İndirgeme Yöntemi (PAR):** Plazma, yüksek sıcaklıkta gaz haline getirilmiş bir halden oluşur. Bu yöntemde plazma, atıkları yüksek sıcaklıkta parçalamak için kullanılır.

⁴⁵ K.K. Padmanabhan, Debabrata Barik, “Health Hazards of Medical Waste and its Disposal”, (Ed) Debabrata Barik, Energy from Toxic Organic Waste for Heat and Power Generation, Woodhead Publishing Series in Energy, 2019, s. 99-118.

⁴⁶ Deniz Sünkür, “Tıbbi Atıkların Geri Dönüşüm Koşullarının Araştırılması”, Mersin Üniversitesi, Fen Bilimleri Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, Mersin, 2018.

⁴⁷ Dilek Yücel Tutar, “Tıbbi Atık Yönetimi İçin Yeni Bir Yaklaşım ve Ankara Örneği”, Ankara Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Doktora Tezi, Ankara, 2004.

⁴⁸ Hakkı Yeşilyurt, Tufan Nayır, Muhsin Akbaba, “Medical Waste Management in Turkey and in the World”, *The Turkish Journal of Occupational/Environmental Medicine and Safety*, 2015, C. 1, S. 2, s. 22-34.

- **Prolitik Gazifikasyon Yöntemi:** Tıbbi atıkların yüksek sıcaklıkta ayrıştırıldığı bir yöntemdir.
- **Elektron Işını Sterilizasyon Yöntemi:** Elektron ışınları kullanarak tıbbi atıklardaki mikroorganizmaları öldürmeyi amaçlayan bir yöntemdir.
- **Yakma:** Tıbbi atıkların yüksek sıcaklıkta yanması işlemidir. Bu yöntem enfeksiyon riskini ortadan kaldırırken hacim azaltmayı da sağlar.

Sterilizasyon-Düzenli Depolama yaklaşımı ise atıkların önce sterilize edildiği ve ardından düzenli olarak depolandığı bir yöntemdir. Bu, atıkların uzun süreli depolanmasını ve enfeksiyon riskinin ortadan kaldırılmasını amaçlamaktadır.⁴⁹

Yakma ve sterilizasyon-düzenli depolama, Türkiye’de yaygın olarak kullanılan tıbbi atık bertaraf yöntemlerindedir. Her bir yöntemin avantajları ve dezavantajları bulunmaktadır. Ve kullanılacak yöntem, yerel koşullar ve mevzuata uygunluk göz önünde bulundurularak belirlenmektedir. Tıbbi Atık Sterilizasyon Tesislerine gelen tıbbi atıkların yüklenmesi, sterilizasyonu, kontrol ve izlenmesi, parçalanması, bertaraf ve taşınması sistemine ilişkin uygulamalar da bulunmaktadır.⁵⁰ Bunlara yönelik bilgiler ise;

- **Atık Yükleme ve Taşıma:** Tıbbi atıklar konteynerlere yüklenir ve otomatik atık taşıma sistemi kullanılarak otoklavın içine taşınır. Bu sayede atıkların el değmeden ve güvenli bir şekilde taşınması sağlanır.
- **Sterilizasyon İşlemi:** Otoklavın içerisindeki sıcaklık 145°C’ye çıkarılarak sterilizasyon işlemi başlatılır. Bu yüksek sıcaklık, mikroorganizmaların ölmesini sağlar ve atıkların enfeksiyon riskini ortadan kaldırır. Toplam sterilizasyon süresi yaklaşık 45 dakika olarak belirtilmiştir.

⁴⁹ Andrea Wisniewski, Matt Zimmerman, Tyrone Crews Jr., Alex Haulbrook, David C. Fitzgerald, Joseph J. Sistino, “Reducing the Impact of Perfusion Medical Waste on the Environment”, *The Journal of Extra-Corporeal Technology*, 2020, C. 52, S. 2, s. 135-141.

⁵⁰ Mehmet Emin Birpınar, Mehmet Sinan Bilgili, Tuğba Erdoğan, “Medical Waste Management in Turkey: A Case Study of Istanbul”, *Waste Management*, 2009, C. 29, S. 1, s. 445-448.

- **Kontrol ve İzleme:** Tesis içinde miktar, basınç, sıcaklık ve atığın işleme maruz kalma süresi gibi faktörler sürekli olarak online olarak kontrol edilir. Bu, işlemin güvenli ve etkili bir şekilde yürütülmesini sağlar.
- **Parçalama İşlemi:** Sterilizasyon sonrasında atıklar steril atık parçalama ünitelerine yönlendirilir. Bu ünite, sterilize edilmiş atıkları daha küçük parçalara ayırarak hacimlerini azaltır.
- **Nihai Bertaraf:** Parçalanan steril atıklar, steril atık taşıma aracına otomatik olarak yüklenir. Ardından, çevreye zarar vermeyecek şekilde nihai bertaraf sağlanmak üzere düzenli depolama sahasına gönderilir.

Bu süreç, tıbbi atıkların güvenli şekilde bertaraf edilmesi için karmaşık bir altyapı gerektiren önemli bir adımdır. Atıkların sterilizasyonu, hacmin azaltılması ve çevreye zarar vermeden depolanması, enfeksiyon riskini minimize etmeyi ve çevre kirliliğini önlemeyi amaçlar.⁵¹

VII. TIBBİ ATIK DÜZENLEMELERİ VE STANDARTLARI

Tıbbi atık düzenlemeleri ve standartları, tıbbi atıkların doğru şekilde toplanması, taşınması, işlenmesi, bertaraf edilmesi ve çevreye güvenli bir şekilde bırakılması için belirlenen yönergeleri içerir. Bu düzenlemeler, enfeksiyon riskini azaltmak, çevre kirliliğini önlemek ve sağlık personelinin güvenliğini sağlamak amacıyla oluşturulur. Her ülkenin tıbbi atık yönetimi konusunda farklı mevzuat ve standartları olabilir.⁵¹

- **Ulusal Yasalar ve Yönetmelikler:** Her ülkenin, tıbbi atıkların yönetimi için ulusal yasalar ve yönetmelikleri bulunur. Bu yasalar, tıbbi atıkların nasıl toplanacağı, taşınacağı, işleneceği, depolanacağı ve bertaraf edileceği konularını düzenler.
- **Uluslararası Standartlar:** Uluslararası düzeyde, tıbbi atık yönetimi için çeşitli standartlar bulunmaktadır. Örneğin, ISO 14001 çevre yönetim sistemi standardı veya ISO 9001 kalite yönetim sistemi standartları tıbbi atık yönetimi kapsamında kullanılabilir.

⁵¹ Aziz Küçük, "Tıbbi Atık Yönetiminin Ekonomisi", *Sayıştay Dergisi*, 2013, S. 90, s. 73-95.

- **Sağlık Örgütleri ve Kuruluşlarının Kılavuzları:** Dünya Sağlık Örgütü (WHO), Çevre Koruma Ajansları ve benzeri sağlık ve çevre konularında uzman kuruluşlar, tıbbi atık yönetimi için kılavuzlar ve öneriler sunar.
- **Renk Kodlamaları:** Tıbbi atıkların farklı türlerinin ayırt edilebilmesi için renk kodlamaları kullanılır. Örneğin, patolojik atıklar için kırmızı, kesici-delici atıklar için sarı gibi renkler belirlenmiştir.
- **Sterilizasyon ve Dezenfeksiyon Standartları:** Tıbbi atıkların enfeksiyon riskini azaltmak için kullanılan sterilizasyon ve dezenfeksiyon yöntemleri için standartlar bulunur.
- **Bertaraf Standartları:** Tıbbi atıkların çevreye güvenli bir şekilde bırakılması için bertaraf standartları oluşturulur. Bu, yakma, sterilizasyon, depolama veya diğer yöntemlerle ilgili olabilir.
- **Emisyon Kontrolü Standartları:** Tıbbi atıkların işleme sırasında veya sonrasında çevreye salınan emisyonların kontrol edilmesi için standartlar belirlenir.

Tıbbi atık düzenlemeleri ve standartları, sağlık hizmeti sağlayan kuruluşların, tesislerin ve atık yönetimi hizmeti sunan firmaların uyulması gereken kuralları belirler. Bu kurallar, çevre ve insan sağlığını koruma amacını taşır. Tıbbi atık yönetiminde başarılı olmak için bu düzenlemelere ve standartlara uygunluğun sağlanması oldukça önemlidir.⁵²

VIII. TIBBİ ATIK YÖNETİMİNDE ULUSLARARASI HUKUKUN ROLÜ

Tıbbi atık yönetiminde uluslararası hukukun rolü, tıbbi atıkların güvenli ve etkili bir şekilde yönetilmesini ve çevre ile insan sağlığının korunmasını sağlamak amacıyla belirlenen normları ve rehberlikleri içerir. Uluslararası hukuk, tıbbi atıkların uluslararası düzeyde nasıl ele alınması gerektiğini belirler ve ülkeler arasında iş birliği sağlar. İşte

⁵² K.K. Padmanabhan, Debabrata Barik, "Health Hazards of Medical Waste and its Disposal", (Ed) Debabrata Barik, Energy from Toxic Organic Waste for Heat and Power Generation, Woodhead Publishing Series in Energy, 2019, s. 99-118.

uluslararası hukukun tıbbi atık yönetimindeki rolünü açıklayan bazı ana noktalar bulunmaktadır.⁵³ Bunlar;

- **Çevresel Koruma:** Uluslararası hukuk, tıbbi atıkların çevre üzerindeki olumsuz etkilerini önlemeyi ve azaltmayı amaçlar. Bu, atıkların uygun şekilde bertaraf edilmesini, salınımın kontrol altına alınmasını ve çevresel risklerin minimize edilmesini içerir.
- **Sağlık ve Güvenlik:** Uluslararası hukuk, tıbbi atıkların insan sağlığına olan potansiyel risklerini ele alır. Sağlık personeli, hastalar ve genel halkın korunması önemlidir. Bu nedenle atıkların doğru toplanması, taşınması ve işlenmesi sağlanır.
- **Uluslararası İş Birliği:** Tıbbi atık yönetimi, sadece tek bir ülkenin sorunu değil uluslararası boyutta bir konudur. Tıbbi atıkların sınır ötesi taşınması, çevresel etkileri ve halk sağlığına etkileri nedeniyle uluslararası iş birliği önemlidir.
- **Uygulama Standartları:** Uluslararası hukuk, tıbbi atık yönetimi için en iyi uygulama standartlarını belirler. Bu standartlar, tıbbi atık üreticileri, toplayıcıları ve bertaraf tesisleri için rehberlik sunar.
- **Bilgi Paylaşımı:** Uluslararası hukuk, tıbbi atık yönetimiyle ilgili en son bilgilerin paylaşılmasını teşvik eder. Bu, ülkelerin en iyi uygulamaları ve yenilikleri öğrenmelerine yardımcı olur.
- **Uygulanabilirlik ve İzleme:** Uluslararası hukuk, tıbbi atık yönetiminin etkinliğini ve uygulanabilirliğini değerlendirmek ve izlemek için çerçeveler sağlar.

Uluslararası hukuk, tıbbi atık yönetiminde ulusal düzenlemelerin ve standartların oluşturulmasını destekler. Özellikle çevreyle ve sağlıkla ilgili sorunları sınır ötesi boyutta ele alırken iş birliği ve standartlaşmanın sağlanmasını hedefler. Bu sayede tıbbi atık yönetiminin etkili ve tutarlı bir şekilde gerçekleştirilmesi amaçlanır.⁵⁴

⁵³ Sang M. Lee, DonHee Lee, "Effective Medical Waste Management for Sustainable Green Healthcare", *International Journal of Environmental Research and Public Health*, 2022, C. 19, S. 22, s. 14820.

⁵⁴ Handan Ertaş, Muhammed Ali Güden, "Hastanelerde Tıbbi Atık Yönetimi", *Sosyal Araştırmalar ve Yönetim Dergisi*, 2019, C. 2019, S. 1, s. 53-67.

IX. BASEL SÖZLEŞMESİ VE TIBBİ ATIKLARIN KONTROLÜ

Basel Sözleşmesi, tehlikeli atıkların sınır ötesi taşınması ve bertarafını düzenleyen uluslararası bir anlaşmadır. Sözleşme, tehlikeli atıkların çevre ve insan sağlığı üzerindeki olumsuz etkilerini azaltmayı amaçlayarak atık hareketlerini kontrol altına almayı hedefler. Tıbbi atıklar da bu kapsamda ele alınır ve sözleşme, tıbbi atıkların sınır ötesi taşınmasını düzenler.^{55 56}Tıbbi atıkların Basel Sözleşmesi'ndeki ana hükümleri ve kontrolü ise aşağıdaki şekilde özetlenebilir.

- **Tanımlama ve Sınıflandırma:** Sözleşme, tıbbi atıkları tehlikeli atıklar olarak sınıflandırır ve bu tür atıkların sınır ötesi taşınması ve bertarafı için özel kurallar getirir.
- **Sınır Ötesi Taşıma Kontrolü:** Sözleşme, tehlikeli atıkların sınır ötesi taşınmasının kontrol altına alınmasını hedefler. Bu kapsamda, atıkların sınır ötesi taşınması için özel izinler ve düzenlemeler getirilir.
- **Özel İzinler ve Bildirimler:** Sözleşme, tehlikeli atıkların sınır ötesi taşınması için özel izin ve bildirimlerin gerekliliğini vurgular. Ülkeler, bu atıkları kabul etmeye veya göndermeye karar verirken özel prosedürleri takip etmelidir.
- **Çevre ve Sağlık Koruma:** Sözleşme, tehlikeli atıkların bertarafında çevre ve insan sağlığının korunmasını önceler. Atıkların bertarafı, çevre üzerinde olumsuz etkileri en aza indirecek şekilde yapılmalıdır.
- **İş birliği ve Teknik Destek:** Sözleşme, ülkeler arası işbirliği ve teknik destek sağlamayı teşvik eder. Özellikle gelişmekte olan ülkelerin daha güvenli atık yönetimi kapasitesine ulaşmalarına yardımcı olunması amaçlanır.

Basel Sözleşmesi, tıbbi atıkların sınır ötesi taşınmasının ve bertarafının düzenlenmesinde önemli bir role sahiptir. Bu anlaşma, tıbbi atık-

⁵⁵ Yasemin Kaya, "Çok Taraflı Çevre Anlaşmalarının Uygulanabilirliği: Basel Sözleşmesi, Türkiye Örneği", Uludağ Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Doktora Tezi, Bursa, 2010.

⁵⁶ Kaustubh Thapa, Walter J. V. Vermeulen, Pauline Deutz, Olawale E. Olayide, "Transboundary Movement of Waste Review: From Binary Towards a Contextual Framing", *Waste Management & Research: The Journal for a Sustainable Circular Economy*, 2022, C. 41, S. 1, s. 52-67.

ların çevresel ve sağlık risklerini azaltmada uluslararası bir çerçeve sunar ve ülkeleri iş birliği yapmaya teşvik eder. Ülkeler, sözleşmeye taraf olarak kendi ulusal yasalarını ve düzenlemelerini uyumlu hale getirir ve tehlikeli atıkların sınır ötesi taşınması konusunda uluslararası standartlara uygun şekilde hareket ederler.⁵⁷

X. DÜNYA SAĞLIK ÖRGÜTÜ REHBERLERİ

Dünya Sağlık Örgütü (DSÖ), sağlıkla ilgili konularda rehberler ve standartlar geliştiren uluslararası bir kuruluştur. DSÖ'nün rehberleri, sağlık hizmetlerinin kalitesini artırmayı, hastalıkların önlenmesini ve küresel sağlık standartlarının iyileştirilmesini amaçlar.⁵⁸ DSÖ tarafından sağlıkla ilgili çeşitli konularda sunulan rehberlerden bazıları ise;

- **İlaçların Temel İlkeleri:** DSÖ, ilaçların üretimi, tedariki, dağıtımı ve kullanımı ile ilgili temel ilkeleri belirler. İlaç güvenliği, etkinliği ve erişilebilirliğini sağlamak için rehberler sunar.
- **Enfeksiyon Kontrolü ve Önleme:** DSÖ, enfeksiyon kontrolü ve önleme konularında rehberler sunarak hastane enfeksiyonlarının önlenmesi ve kontrolüne yardımcı olur.
- **Aşılar ve Aşılama:** DSÖ, aşılar ve aşılama programları hakkında rehberler sunarak bulaşıcı hastalıkların yayılmasını engellemeyi amaçlar.
- **Sağlık Hizmetlerinde Kalite ve Güvence:** Sağlık hizmetlerinin etkinliği, kalitesi ve güvenliği konularında DSÖ, sağlık hizmeti sunucularına rehberlik eder.
- **Acil Durum Hazırlığı ve Müdahale:** DSÖ, doğal afetler, salgın hastalıklar gibi acil durumlar için hazırlık ve müdahale rehberleri sunar.
- **Beslenme ve Beslenme Yetersizliği:** DSÖ, beslenme ve beslenme yetersizliği konusunda rehberlerle dünya genelinde yetersiz beslenmeye karşı mücadele eder.

⁵⁷ Evren Sapmaz Veral, "Uluslararası Tehlikeli Atık ve Kimyasallar Politikalarında Güncel Gelişmeler", *Ankara Üniversitesi Çevre Bilimleri Dergisi*, 2019, C. 7, S. 1, s. 1-11.

⁵⁸ Dilek Tarhan, Türkan Yıldırım, Gül Hakbilen, "Avrupa Birliği Ülkeleri ve Türkiye'de Hasta Güvenliği, Tıbbi Hatalardan Öğrenme Kültürü", *Sağlıkta Performans ve Kalite Dergisi*, 2021, C. 19, S. 2, s. 46-98.

- **Cinsel ve Üreme Sağlığı:** Cinsel sağlık, üreme sağlığı ve aile planlaması gibi konularda DSÖ, rehberlerle sağlıklı yaşamı teşvik eder.
- **Tüberküloz ve HIV/AIDS:** DSÖ, tüberküloz ve HIV/AIDS gibi yaygın bulaşıcı hastalıklarla mücadele etmek için rehberler sunar.
- **Çevre ve Sağlık İlişkisi:** DSÖ, çevre sağlığı, hava kirliliği ve su kalitesi gibi çevre sağlığı konularında rehberler sunar.
- **Sağlık Sistemleri Geliştirme:** Sağlık hizmetlerinin daha etkin ve erişilebilir olması için sağlık sistemleri geliştirme konularında DSÖ rehberler sunar.

Bu rehberler, sağlık profesyonelleri, hükümetler, sağlık kuruluşları ve diğer paydaşlar için önemli kaynaklar sağlar. DSÖ'nün amacı, dünya genelinde sağlık hizmetlerini iyileştirmek ve insan sağlığını korumaktır, bu nedenle sunulan rehberler büyük bir öneme sahiptir.⁵⁹

XI. DÜNYA SAĞLIK ÖRGÜTÜ VE TIBBİ ATIK YÖNETİMİNE İLİŞKİN REHBERLER

Dünya Sağlık Örgütü (DSÖ), tıbbi atık yönetimi konusunda bir dizi rehber ve kaynak sunmuştur. Bu rehberler, tıbbi atıkların güvenli ve etkili bir şekilde yönetilmesi, çevre ve insan sağlığının korunması amacıyla sağlık profesyonelleri, yöneticiler, sağlık kuruluşları ve diğer ilgili paydaşlar için hazırlanmıştır. DSÖ'nün tıbbi atık yönetimiyle ilgili bazı rehberlere ilişkin bilgiler aşağıda ifade edildiği gibidir.⁶⁰

- Tıbbi Atık Yönetimi El Kitabı (Safe Management of Wastes from Health-care Activities)

DSÖ tarafından hazırlanan bu el kitabı, tıbbi atık yönetimi konusunda genel bir rehber sunar. Tıbbi atıkların çeşitleri, toplama, taşıma, işleme, bertaraf, enfeksiyon kontrolü ve yönetim konularını kapsar. Yerel koşullar ve kaynaklara göre uyarlanabilir.

⁵⁹ Demet Gökmen Kavak, "Türkiye Sağlık Hizmetleri Kalite ve Akreditasyon Enstitüsü (TÜSKA) Sağlıkta Akreditasyon Standartları", *Sağlıkta Kalite ve Akreditasyon Dergisi*, 2018, C. 1, S. 1, s. 14-20.

⁶⁰ Aziz Küçük, "Tıbbi Atık Yönetiminin Ekonomisi", *Sayıştay Dergisi*, 2013, S. 90, s. 73-95.

- Tıbbi Atıkların Yönetimi ve Taşınması El Kitabı (Safe Management and Disposal of Health-Care Waste)

Bu el kitabı, tıbbi atıkların taşınması ve bertarafı konularında rehberlik sağlar. Atık taşıma ve bertaraf yöntemlerinin seçimi, atık depolama, atık yakma ve diğer bertaraf yöntemleri gibi konular ele alınır.

- Tıbbi Atık Yakma Tesisleri İçin Rehber (Guidance on best available techniques and best environmental practices for medical waste incinerators)

Bu rehber, tıbbi atık yakma tesislerinin en iyi mevcut teknikleri ve en iyi çevresel uygulamalarını ele alır. Atık yakma tesislerinin tasarımı, işletimi, emisyon kontrolü ve izleme gibi konuları kapsar.

- Tıbbi Atık Yönetiminde Eğitim ve Farkındalık Rehberi (Training and Awareness in Health-Care Waste Management)

Eğitim ve farkındalığın tıbbi atık yönetimindeki önemi üzerine odaklanır. Sağlık personeli, yöneticiler ve diğer paydaşlar için eğitim programlarının nasıl oluşturulacağı ve sürdürüleceği konusunda rehberlik sağlar.

Bu rehberler, DSÖ'nün tıbbi atık yönetimi konusundaki uzmanlığını yansıtan kaynaklardır. Sağlık kuruluşları, sağlık personeli ve atık yönetimi uzmanları, bu rehberleri kullanarak tıbbi atık yönetiminde en iyi uygulamaları takip edebilir, çevre ve insan sağlığını koruma amaçlı adımlar atabilirler.⁶¹

XII. ATIK YÖNETİMİNE İLİŞKİN ÜLKE DENEYİMLERİ VE UYGULAMALAR

Farklı ülkeler, atık yönetimi konusunda çeşitli deneyimlere ve uygulamalara sahiptir. Ülkelerin atık yönetimi stratejileri, çevre koşulları, teknolojik altyapıları ve kültürel faktörler gibi birçok etkene bağlı olarak farklılık gösterir.⁶² Bazı ülkelerin atık yönetimi deneyimlerinden ve uygulamalarından örnekler aşağıda ifade edilmiştir.

⁶¹ Seda Tuğba Baykara Mat, Ülkü Baykal, "Sağlık Kuruluşlarında Tıbbi Atık Yönetimi ve Sıfır Atık Yaklaşımı", *Journal of Health and Nursing Management*, 2020, C. 7, S. 3, s. 441-449.

⁶² Evren Sapmaz Veral, Hakan Yiğitbaşıoğlu, "Avrupa Birliği Atık Politikasında Atık Yönetiminden Kaynak Yönetimi Yaklaşımına Geçiş Yönelimleri ve Döngüsel Ekonomi Modeli", *Ankara Üniversitesi Çevre Bilimleri Dergisi*, 2018, C. 6, S. 1, s. 1-19.

Almanya

Almanya, atık yönetimi konusunda ileri düzeyde bir ülke olarak bilinir. Geri dönüşüm ve atık ayrıştırma sistemleri oldukça gelişmiştir. Hanehalkı atıkları, organik atıklar, plastik, cam ve metal gibi farklı atık türleri ayrı ayrı toplanır. Ülke, atık yakma tesisleri ve enerji üretiminden yararlanma konusunda da örnek uygulamalara sahiptir.

Japonya

Japonya, sınırlı alanı nedeniyle atık yönetimi konusunda özgün çözümler geliştirmiştir. Atık ayrıştırma ve geri dönüşüm sistemleri yaygındır. Evsel atıklar, organik atıklar, cam, metal, kağıt gibi farklı atık türleri ayrı ayrı toplanır. Atık yakma tesisleri ve biyogaz üretimi gibi teknolojiler kullanarak enerji üretimi sağlanır.

İsveç

İsveç, atık yönetiminde sıfır atık hedefine doğru ilerleyen bir ülke olarak dikkat çeker. Atık ayrıştırma ve geri dönüşüm sistemi gelişmiştir. Hanehalkı atıkları, biyokütle, kâğıt, cam, metal gibi farklı kategorilere ayrılır. Atık yakma tesisleri enerji üretimi için kullanılırken, atık miktarını en aza indirmek ve geri dönüşümü teşvik etmek hedeflenir.

Türkiye

Türkiye, atık yönetimi konusunda çeşitli adımlar atmış ve mevzuat geliştirmiştir. 2005 yılında çıkarılan Tıbbi Atıkların Kontrolü Yönetmeliği, tıbbi atıkların düzenli bir şekilde toplanması, taşınması, işlenmesi ve bertaraf edilmesi için rehberlik sağlar. Şehirsel atık yönetimi ve geri dönüşüm uygulamaları geliştirilmeye çalışılmaktadır.

Brezilya

Brezilya gibi gelişmekte olan ülkelerde atık yönetimi zorlukları mevcuttur. Kentleşme hızlı olduğundan atık hacmi büyüktür. Bazı bölgelerde geri dönüşüm ve atık ayrıştırma sistemleri sınırlıdır. Bazı bölgelerde atık bertarafı için açık alan depolama ve çöp yakma gibi yöntemler kullanılırken, sürdürülebilir atık yönetimi için çaba harcanmaktadır. Ülkelerin atık yönetimi deneyimleri ve uygulamaları, yerel koşullar ve kaynaklara bağlı olarak farklılık gösterir. Gelişmiş ülkelerde atık yönetimi daha ileri teknolojilerle desteklenirken, gelişmekte olan ülkelerde sürdürülebilir atık yönetimi konusunda daha fazla çalışmaya ihtiyaç duyulmaktadır.

XIII. TÜRKİYE'DE TIBBİ ATIK YÖNETİMİ

Türkiye'de tıbbi atık yönetimi, çevre kirliliğini önlemek, sağlık personeli ve genel halkın güvenliğini sağlamak amacıyla düzenlemelere ve uygulamalara tabidir. Türkiye'de tıbbi atık yönetimi hakkında bilgi verirken, Tıbbi Atıkların Kontrolü Yönetmeliği'nden (TAKY) ve uygulamalardan bahsedebiliriz.⁶³

• **Tıbbi Atıkların Kontrolü Yönetmeliği (TAKY)**

TAKY, Türkiye'de tıbbi atıkların toplanması, taşınması, işlenmesi, depolanması ve bertarafı ile ilgili esasları belirler. TAKY, Sağlık Bakanlığı tarafından hazırlanmış ve yayımlanmış bir yönetmektir. Tıbbi atıkların sınıflandırılması, toplanması için renk kodlaması, taşınması, işlenmesi, enfeksiyon kontrolü ve diğer konuları düzenler.⁶⁴

- **Atık Üreticileri:** Sağlık kuruluşları, laboratuvarlar, eczaneler ve diğer tıbbi atık üreticileri, TAKY'ye uygun şekilde atık yönetimi yapmak zorundadır. Tıbbi atıkları doğru şekilde sınıflandırıp toplamak, taşımak ve işlemekle yükümlüdürler.
- **Atık Toplama ve Taşıma:** Tıbbi atıkların doğru toplanması ve taşınması önemlidir. Farklı atık türleri ayrı ayrı toplanmalı ve taşınmalıdır. Renk kodlamalı torbalar ve özel konteynerler kullanılır.
- **Bertaraf Yöntemleri:** Türkiye'de tıbbi atıkların bertarafı için genellikle sterilizasyon, yakma ve düzenli depolama yöntemleri kullanılır.

Tıbbi atıkların bir kısmı mikrodalga veya buhar sterilizasyonu ile işlenir. Yakma tesisleri, tehlikeli atıkların yakılması ve enerji üretimi için kullanılır. Sterilizasyon sonrası bertarafı yapılan atıklar ise düzenli depolama sahalarına gönderilir.

- **Eğitim ve Farkındalık:** Sağlık personeli, tıbbi atık yönetimi konusunda eğitilir. Eğitim, atık üreticilerinin doğru uygulamaları benimsemelerine ve farkındalığın artmasına yardımcı olur.

⁶³ İzzet Aydemir, "Türkiye'de Çevre Bilinci Kapsamında Tıbbi Atık Üretim Süreçleri ve Yönetimi", *Bingöl Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi*, 2017, C. 7, S. 13, s. 295-311.

⁶⁴ Muhammed Kâmil Öden, "Biyomedikal ve Tıbbi Atıkların Yönetimine Dair Mevzuatın Uygulanmasının Araştırılması", *Karadeniz Fen Bilimleri Dergisi*, 2021, C. 11, S. 1, s. 86-103.

- **Denetim ve İzleme:** Sağlık Bakanlığı ve Çevre ve Şehircilik Bakanlığı, tıbbi atık yönetimi süreçlerini denetler ve izler.

Türkiye’de tıbbi atık yönetimi konusunda düzenlemeler ve uygulamalar sürekli olarak güncellenir ve geliştirilir. Bu, çevre sağlığının korunması ve sürdürülebilir atık yönetimi hedefleri doğrultusunda gerçekleştirilir.

XIV. DİĞER ÜLKELERİN TIBBİ ATIK YAKLAŞIMLARI

Farklı ülkeler, tıbbi atık yönetimi konusunda çeşitli yaklaşımlar benimsemekte ve farklı uygulamaları hayata geçirmektedir.⁶⁵ ⁶⁶Farklı ülkelerin tıbbi atık yönetimi yaklaşımlarından örnekler aşağıda gösterilmiştir.

İngiltere

İngiltere’de tıbbi atık yönetimi, Sağlık ve Sosyal Bakım Bakanlığı (Department of Health and Social Care) tarafından denetlenir. Atık ayrıştırma ve geri dönüşüm süreçleri oldukça gelişmiştir. Tıbbi atıkların çeşitli kategorilere ayrılması ve bu kategorilere göre farklı işleme yöntemlerinin kullanılması yaygındır.

Japonya

Japonya’da tıbbi atık yönetimi, sınırlı alanı nedeniyle özel bir öneme sahiptir. Tıbbi atıklar, organik atıklar, cam, metal gibi farklı kategorilere ayrı ayrı toplanır. Atık yakma tesisleri ve biyogaz üretimi gibi yöntemlerle enerji üretimi sağlanır.

Amerika Birleşik Devletleri

ABD’de tıbbi atık yönetimi, federal ve eyalet düzeyindeki düzenlemelere tabidir. Atık ayrıştırma ve geri dönüşüm süreçleri, eyaletlere göre farklılık gösterebilir. Tehlikeli atıkların yakılması ve düzenli depolanması gibi yöntemler kullanılır.

⁶⁵ Hatice Saadet Kalyoncu, “Avrupa Birliği Uyum Sürecinde Türkiye’nin Karşılaşılmalı Atık Yönetimi Stratejileri”, Anadolu Üniversitesi, Fen Bilimleri Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 2005.

⁶⁶ Evren Sapmaz Veral, Hakan Yiğitbaşıoğlu, “Avrupa Birliği Atık Politikasında Atık Yönetiminden Kaynak Yönetimi Yaklaşımına Geçiş Yönelimleri ve Döngüsel Ekonomi Modeli”, *Ankara Üniversitesi Çevre Bilimleri Dergisi*, 2018, C. 6, S. 1, s. 1-19.

Hindistan

Hindistan gibi gelişmekte olan ülkelerde tıbbi atık yönetimi zorluklarla karşılaşabilir. Atık ayrıştırma ve bertaraf sistemleri sınırlı olabilir. Gelişim ve farkındalık artışıyla birlikte sürdürülebilir atık yönetimi çabaları artmaktadır.

Avustralya

Avustralya, tıbbi atık yönetimi konusunda çeşitli eyalet düzeyindeki düzenlemelere sahiptir. Atık ayrıştırma ve geri dönüşüm uygulamaları yaygındır. Tehlikeli atıkların bertarafı için atık yakma tesisleri ve düzenli depolama kullanılır.

Ülkelerin tıbbi atık yönetimi yaklaşımları, çevre koşulları, kaynaklar, teknolojik altyapı ve kültürel faktörler gibi birçok etkene bağlı olarak değişebilir. Gelişmiş ülkelerde atık yönetimi daha ileri teknolojilerle desteklenirken, gelişmekte olan ülkelerde sürdürülebilir atık yönetimi konusunda daha fazla çaba gerekebilir.

XV. TIBBİ ATIK YÖNETİMİ VE SAĞLIK HİZMETLERİNİN GELECEĞİ

Tıbbi atık yönetimi ve sağlık hizmetlerinin geleceği, çevresel sürdürülebilirlik, teknolojik gelişmeler, enfeksiyon kontrolü ve sağlık hizmetlerinin evrimi gibi faktörlerden etkilenecektir. Tıbbi atık yönetimi ve sağlık hizmetlerinin geleceği hakkında bazı önemli noktalar bulunmaktadır.⁶⁷Bunlar;

- **Çevresel Sürdürülebilirlik:** Tıbbi atıkların yönetimi, çevresel sürdürülebilirliğe daha fazla odaklanacaktır. Atık ayrıştırma, geri dönüşüm ve enerji üretimi gibi çevre dostu yöntemler daha yaygın hale gelebilir.
- **Teknolojik Gelişmeler:** Teknoloji, tıbbi atık yönetimi ve sağlık hizmetlerinin geleceğini şekillendirecektir. Daha etkili sterilizasyon yöntemleri, atık izleme sistemleri ve veri analitiği gibi teknolojiler kullanılabilir.

⁶⁷ Özgür Tezel, "Sürdürülebilir Kalkınmada Atık Yönetimi ve İşletmelerde Yarattığı Dışsallıklar", Trakya Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Edirne, 2019.

- **Enfeksiyon Kontrolü:** Sağlık hizmetlerinde enfeksiyon kontrolü, tıbbi atık yönetiminin merkezinde olmaya devam edecek. Enfeksiyon riskinin azaltılması ve enfeksiyon kontrol protokollerinin geliştirilmesi önemli olacak.
- **Akıllı Hastaneler ve Sağlık Hizmetleri:** Akıllı hastaneler ve sağlık hizmetlerinin dijitalleşmesi, tıbbi atık yönetimi ve tıbbi atıkların izlenmesi konusunda yeni fırsatlar sunabilir.
- **Eğitim ve Farkındalık:** Sağlık personeli, yöneticiler ve toplum, tıbbi atık yönetiminin önemi konusunda daha fazla farkındalık kazanacak. Eğitim programları ve farkındalık kampanyaları yaygınlaşabilir.
- **İnovasyon ve Yaratıcılık:** Tıbbi atık yönetimi ve sağlık hizmetleri alanında inovasyon ve yaratıcılık, daha etkili ve sürdürülebilir çözümler üretmeye yönelik olacaktır.
- **Uluslararası İş Birliği:** Tıbbi atık yönetimi ve sağlık hizmetlerinin geleceği, uluslararası işbirliği ve deneyim paylaşımına dayanacaktır. Ülkeler arasında en iyi uygulamaların paylaşılması önemlidir.
- **Hukuki Düzenlemeler ve Standartlar:** Tıbbi atık yönetimi ve sağlık hizmetleri, daha kapsamlı ve güncel hukuki düzenlemelere ve uluslararası standartlara dayalı olacaktır.

Tıbbi atık yönetimi ve sağlık hizmetlerinin geleceği, sağlık ve çevre alanlarında yaşanan değişikliklere paralel olarak şekillenecektir. Sürdürülebilirlik, teknoloji ve enfeksiyon kontrolü gibi konular, bu alanlardaki gelişmeleri belirleyecek ana etkenler olacaktır.

SONUÇ

Tıbbi atık yönetimi, sağlık hizmetlerinin sürdürülebilirliği ve çevresel koruma açısından kritik bir öneme sahip olduğu yapılan literatür çalışmaları sonuçlarında görülmektedir. Sağlık kuruluşlarından kaynaklanan tıbbi atıkların doğru bir şekilde toplanması, işlenmesi ve bertaraf edilmesi, çevresel etkilerin minimize edilmesi ve toplum sağlığının korunması için hayati önem taşımaktadır. Uluslararası hukuk da bu alanda standartlar ve yönergeler sunarak tıbbi atık yönetiminin ulusal ve küresel düzeyde düzenlenmesine katkı sağlamaktadır. Tıbbi atıklar, sağlık tesislerinin faaliyetleri sonucu ortaya çıkan tehlikeli atık

grubu içerisinde yer almaktadır. Bu nedenle tüm sağlık kurum ve kuruluşları başta ulusal yönetmelikler olmak üzere uluslararası hukuk ile yönetmelikleri uygun hareket etmek zorundadır. Bu zorunluluk kapsamında göz ardı edilen hususlarda ya da oluşabilecek risklerden dolayı maddi ve manevi yükümlülüklerinin olduğunu asla göz ardı etmemelidir. Aynı şekilde sağlık hizmet sunucuları, yöneticileri ve çalışanları da bu kapsamda yükümlü ve sorumludur.

Bu atıkların uygun şekilde toplanması, taşınması, işlenmesi ve bertaraf edilmesi, toplum sağlığını tehdit eden enfeksiyon riskini azaltmanın yanı sıra çevresel kirliliği de engellenmelidir. Tıbbi atık yönetiminin etkili olması, hastanelerden kliniklere, laboratuvarlardan sağlık merkezlerine kadar sağlık kuruluşlarının iş birliği ve uyumunu gerektiren top yekûn uygulamaları içermektedir. Uluslararası hukuk, tıbbi atık yönetimi konusunda önemli normlar ve kılavuzlar sunmuştur. Özellikle “Tıbbi Atıkların Kontrolü ve Güvenli Yönetimi” konusundaki Basel Sözleşmesi ve Dünya Sağlık Örgütü’nün (WHO) rehberleri, ülkelerin tıbbi atık yönetimi konusundaki yaklaşımlarını şekillendirir. Bu belgeler, atık türlerini sınıflandırmadan, toplama ve taşıma yöntemlerine kadar çeşitli konuları ele almıştır. Tüm sağlık kurum, kuruluşları ve sağlık hizmeti sunan kişi ve kişilerin tamamı bu yönetmelik ile uygulamalara eksiksiz olarak uyumlu hareket etmekle yükümlüdür.

Uluslararası hukukun tıbbi atık yönetimi üzerindeki etkisi, ülkelerin yerel yasalarını oluştururken bu normlara uygun hareket etmelerini ve uygulamalarını kolaylaştırmakla birlikte uluslararası normlara da uygun hareket etmelerine rehberlik etmektedir. Bu bağlamda, sağlık kuruluşları ve atık yönetim şirketleri, uluslararası standartlara uygun bir şekilde atık yönetimi planları geliştirerek bunları uygulamak zorundadır. Bu zorunluluk hem ulusal hem de uluslararası bir hukuki yükümlülük getirmektedir.

Tıbbi atık yönetimi konusunda her sağlık kurumunun kendi içinde bir yönetim mekanizması oluşturması, bu mekanizmaları istenen ve zorunlu olan hukuk kuralları çerçevesinde süreklilik haline getirmesi, uygulaması ve stratejik olarak işletmesi gerekir. Tıbbi atık kontrolünün çevre ve insan sağlığı başta olmak üzere hayvan ve diğer canlı popülasyonunun geleceği, yaşam sürekliliğinin devamlılığı açısından

oldukça önemlidir. Bu nedenle tüm sağlık kurumları ile tıbbi atık yönetimi konusunda çalışanların etkin ve sürdürülebilir uygulamalarını bir kurumsal strateji politikası kapsamında kalite yönetimini de içine alacak şekilde canlı tutması gerekliliğini unutmamalıdır. Gelecekte, tıbbi atık yönetimi ve sağlık hizmetlerinin sürdürülebilirlik ve çevresel koruma odaklı yaklaşımlarla şekilleneceği açıktır. Ayrıca kamusal denetim ile uygulamalarının başta insan sağlığı olmak üzere çevre sağlığına yönelik uygulamaları denetlemesi, yaptırım ile cezalandırılmasına yönelik uygulamalarda hassasiyet göstererek, kamusal yükümlülüğünü sürdürülebilir halde canlı tutmalıdır.

Kaynakça

Kitap Bölümleri

- National Research Council, Environmental Health and Safety Management System, Prudent Practices in the Laboratory: Handling and Management of Chemical Hazards, Updated Version, National Academies Press (US), Washington (DC), 2011, s. 9-29.
- Padmanabhan K.K., Barik Debabrata, "Health Hazards of Medical Waste and its Disposal", (Ed) Debabrata Barik, Energy from Toxic Organic Waste for Heat and Power Generation, Woodhead Publishing Series in Energy, 2019, s. 99-118.

Makaleler

- Akbolat Mahmut, Işık Oğuz, Dede Cemile, Çimen Mesut, "Sağlık Çalışanlarının Tıbbi Atık Bilgi Düzeylerinin Değerlendirilmesi", *Acıbadem Üniversitesi Sağlık Bilimleri Dergisi*, 2011, S. 3, s. 131-140.
- Aljabre Salih H. M., "Hospital Generated Waste: A Plan for Its Proper Management", *Journal of Family & Community Medicine*, 2002, C. 9, S. 2, s. 61-65.
- Andeobu Lynda, Wibowo Santoso, Grandhi Srimannarayana, "Medical Waste from COVID-19 Pandemic-A Systematic Review of Management and Environmental Impacts in Australia", *International Journal of Environmental Research and Public Health*, 2022, C. 19, S. 3, s. 1381.
- Attrah Mustafa, Elmanadely Amira, Akter Dilruba, Rene Eldon R., "A Review on Medical Waste Management: Treatment, Recycling, and Disposal Options", *Environments*, 2022, C. 9, S. 11, s. 146.
- Aydemir İzzet, "Türkiye'de Çevre Bilinci Kapsamında Tıbbi Atık Üretim Süreçleri ve Yönetimi", *Bingöl Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi*, 2017, C. 7, S. 13, s. 295-311.
- Baykara Mat Seda Tuğba, Baykal Ülkü, "Sağlık Kuruluşlarında Tıbbi Atık Yönetimi ve Sıfır Atık Yaklaşımı", *Journal of Health and Nursing Management*, 2020, C. 7, S. 3, s. 441-449.

- Birpınar Mehmet Emin, Bilgili Mehmet Sinan, Erdoğan Tuğba, "Medical Waste Management in Turkey: A Case Study of Istanbul", *Waste Management*, 2009, C. 29, S. 1, s. 445-448.
- Briffa Jessica, Sinagra Emmanuel, Blundell Renald, "Heavy Metal Pollution in The Environment and Their Toxicological Effects on Humans", *Heliyon*, 2020, C. 6, S. 9, s. e04691.
- Chew XinYing, Khaw Khai Wah, Alnoor Alhamzah, Ferasso Marcos, Al Halbusi Hussam, Muhsen Yousif Raad, "Circular Economy of Medical Waste: Novel Intelligent Medical Waste Management Framework Based on Extension Linear Diophantine Fuzzy FDOSM and Neural Network Approach", *Environmental Science and Pollution Research International*, 2023, C. 30, S. 21, s. 60473-60499.
- Chisholm Jade Megan, Zamani Reza, Negm Abdelazim M., Said Noha, Daiem Mahmoud M. Abdel, Dibaj Mahdieh, Akrami Mohammad, "Sustainable waste management of medical waste in African developing countries: A narrative review", *Waste Management & Research: The Journal of The International Solid Wastes and Public Cleansing Association, ISWA*, 2021, C. 39, S. 9, s. 1149-1163.
- Datta Priya, Mohi Gursimran, Chander Jagdish, "Biomedical Waste Management in India: Critical Appraisal", *Journal of Laboratory Physicians*, 2018, C. 10, S. 1, s. 6-14.
- Demir Bayram Simge, "Sağlık Kamu Hizmetinin Dayanağı Olan ve Sağlık Hakkını Güvence Altına Alan Düzenlemeler ile İlkeler", *Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi*, 2021, S. 2, 175-240.
- Ertuş Handan, Güden Muhammed Ali, "Hastanelerde Tıbbi Atık Yönetimi", *Sosyal Araştırmalar ve Yönetim Dergisi*, 2019, C. 2019, S. 1, s. 53-67.
- Gedik Yasemin, "Sosyal, Ekonomik ve Çevresel Boyutlarla Sürdürülebilirlik ve Sürdürülebilir Kalkınma", *Uluslararası Ekonomi Siyaset İnsan ve Toplum Bilimleri Dergisi*, 2020, C. 3, S. 3, s. 196-215.
- Gökmen Kavak Demet, "Türkiye Sağlık Hizmetleri Kalite ve Akreditasyon Enstitüsü (Tüska) Sağlıkta Akreditasyon Standartları", *Sağlıkta Kalite ve Akreditasyon Dergisi*, 2018, C. 1, S. 1, s. 14-20.
- Gül Yusuf, İssi Mustafa, Gül Baykalır Burcu, "Araştırma Laboratuvarlarında Biyogüvenlik, Zoonotik Hastalıklar ve Tıbbi Atıkların Bertarafı", *Atatürk Üniversitesi Veteriner Bilimleri Dergisi*, 2013, C. 8, S. 1, s. 81-96.
- Janik-Karpinska Edyta, Brancaloni Rachele, Niemcewicz Marcin, Wojtas Wiktor, Foco Maurizio, Podogrocki Marcin, Bijak Michal, "Healthcare Waste—A Serious Problem for Global Health", *Healthcare (Basel, Switzerland)*, 2023, C. 11, S. 2, s.242.
- Kılıç Zeyneb, "Water Pollution: Causes, Negative Effects and Prevention Methods", *Istanbul Sabahattin Zaim University Journal of Institute of Science and Technology*, 2021, C. 3, S. 2, s. 129-132.
- Küçük Aziz, "Tıbbi Atık Yönetiminin Ekonomisi", *Sayıştay Dergisi*, 2013, S. 90, s. 73-95.
- Lee Sang M., Lee DonHee, "Effective Medical Waste Management for Sustainable Green Healthcare", *International Journal of Environmental Research and Public Health*, 2022, C. 19, S. 22, s. 14820.
- Molero Aroa, Calabrò Michele, Vignes Maguelone, Gouget Bernard, Gruson Damien, "Sustainability in Healthcare: Perspectives and Reflections Regarding Laboratory Medicine", *Annals of Laboratory Medicine*, 2021, C. 41, S. 2, s. 139-144.

- Öden Muhammed Kamil, "Biyomedikal ve Tıbbi Atıkların Yönetimine Dair Mevzuatın Uygulanmasının Araştırılması", *Karadeniz Fen Bilimleri Dergisi*, 2021, C. 11, S. 1, s. 86-103.
- Özen Hilal, "Dijital Sağlık Hizmetlerinin Sürdürülebilir Kalkınma Hedefleri Açısından Değerlendirilmesi", *OPUS Uluslararası Toplum Araştırmaları Dergisi*, 2021, C. 17, S. 38, s. 5440-5472.
- Özer Özlem, Yıldırım Hasan Hüseyin, "Türkiye Sağlık Sisteminin Finansal Sürdürülebilirliğine Yönelik Bir Uygulama", *Mehmet Akif Ersoy Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi*, 2016, C. 8, S. 16, s. 149-161.
- Sapmaz Veral Evren, "Uluslararası Tehlikeli Atık ve Kimyasallar Politikalarında Güncel Gelişmeler", *Ankara Üniversitesi Çevre Bilimleri Dergisi*, 2019, C. 7, S. 1, s. 1-11.
- Sapmaz Veral Evren, Hakan Yiğitbaşıoğlu, "Avrupa Birliği Atık Politikasında Atık Yönetiminden Kaynak Yönetimi Yaklaşımına Geçiş Yönelimleri ve Döngüsel Ekonomi Modeli", *Ankara Üniversitesi Çevre Bilimleri Dergisi*, 2018, C. 6, S. 1, s. 1-19.
- Sunter Minenur, "Sağlık Kurumlarında İnsan Kaynakları Yönetiminin Önemi", *Vermirlik Dergisi*, 2019, S. 3, s. 143-160.
- Şimşir İsmail, Mete Buse, "Sağlık Hizmetlerinin Geleceği: Dijital Sağlık Teknolojileri", *Journal of Innovative Healthcare Practices*, 2021, C. 2, S. 1, s. 33-39.
- Tarhan Dilek, Yıldırım Türkan, Hakbilen Gül, "Avrupa Birliği Ülkeleri ve Türkiye'de Hasta Güvenliği, Tıbbi Hatalardan Öğrenme Kültürü", *Sağlıkta Performans ve Kalite Dergisi*, 2021, C. 19, S. 2, s. 46-98.
- Thapa Kaustubh, Vermeulen Walter J. V., Deutz Pauline, Olayide Olawale E., "Transboundary Movement of Waste Review: From Binary Towards a Contextual Framing", *Waste Management & Research: The Journal for a Sustainable Circular Economy*, 2022, C. 41, S. 1, s. 52-67.
- Ünsal Selda, Gövdere Bekir, "İşletmelerde Çevresel Sürdürülebilirliğin Sağlanmasında Sürdürülebilir Ambalaj Kullanımının Önemi", *Uygulamalı Sosyal Bilimler ve Güzel Sanatlar Dergisi*, 2023, C. 5, S. 11, s. 1-15.
- Wisniewski Andrea, Zimmerman Matt, Crews Tyrone Jr., Haulbrook Alex, Fitzgerald David C., Sistino Joseph J., "Reducing the Impact of Perfusion Medical Waste on the Environment", *The Journal of Extra-Corporeal Technology*, 2020, C. 52, S. 2, s. 135-141.
- Yeşilyurt Hakkı, Nayır Tufan, Akbaba Muhsin, "Medical Waste Management in Turkey and in the World", *The Turkish Journal of Occupational/Environmental Medicine and Safety*, 2015, C. 1, S. 2, s. 22-34.
- Zengin Eyüp, Esedov Aqıl, "Çevre Sorunlarının Yerel Özellikleri ve Üsküdar Örneği", *Sosyal Siyaset Konferansları Dergisi*, 2010, S. 59, s. 149-178.

Diğer Kaynaklar

- Kalyoncu Hatice Saadet, "Avrupa Birliği Uyum Sürecinde Türkiye'nin Karşılaştırmalı Atık Yönetimi Stratejileri", *Anadolu Üniversitesi, Fen Bilimleri Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi*, Ankara, 2005.

Kaya Yasemin, "Çok Taraflı Çevre Anlaşmalarının Uygulanabilirliği: Basel Sözleşmesi, Türkiye Örneği", Uludağ Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Doktora Tezi, Bursa, 2010.

Özeren Yeliz, "Sağlık Kuruluşlarında Atık Yönetimi ve Tıbbi Atıkların Bertarafı: Bursa Örneği", Bursa Uludağ Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, Bursa, 2019.

Sünkür Deniz, "Tıbbi Atıkların Geri Dönüşüm Koşullarının Araştırılması", Mersin Üniversitesi, Fen Bilimleri Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, Mersin, 2018.

Temel Ece, "Aksaray İlinde Tıbbi Atık Yönetiminin İncelenmesi", Aksaray Üniversitesi, Fen Bilimleri Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, Aksaray, 2021.

Tezel Özgür, "Sürdürülebilir Kalkınmada Atık Yönetimi ve İşletmelerde Yarattığı Dışsallıklar", Trakya Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Edirne, 2019.

İnternet Kaynakları

<https://www.sciencedirect.com/topics/earth-and-planetary-sciences/waste-transport>

<https://www.artemisaritim.com/tibbi-atiklarin-siniflandirilmesi-ve-bertaraf-yontemleri>

BOŞANMANIN MİRASTAN FERAGAT SÖZLEŞMESİNE ETKİSİNİN DEĞERLENDİRİLMESİ

EVALUATION OF THE EFFECT OF DIVORCE ON THE INHERITANCE RENUNCIATION AGREEMENT

Hande DENİZ*

Özet: Bilindiği üzere mirastan feragat sözleşmesi, mirasbırakan ile müstakbel ve muhtemel mirasçısı arasında yapılan ve mirasçının mirasbırakana karşı ileride doğabilecek miras hakkından vazgeçmesini konu alan bir sözleşmedir. Ülkemizde özellikle ikinci evliliklerini yapan kişilerin, müstakbel eşleri ile evlenmeden önce mal rejimi sözleşmesi ve bununla birlikte mirastan feragat sözleşmesi yapmak istedikleri görülmektedir. Böylelikle eşler evlilik ilişkisinde maddi meseleleri bir kenara bırakmak ve önceki evliliklerinden olan çocuklarını, ileride ortaya çıkabilecek miras uyuşmazlıklarına karşı ekonomik açıdan garanti altına almak istemektedirler.

Mirastan feragat sözleşmesinin tarafı olan kişinin mirasbırakandan önce ölmesi, tarafların boşanması vs. gibi durumlarda sözleşmenin akibetinin ne olacağı, mirastan feragat sözleşmesi ivazlı olarak düzenlenmişse bu ivazın iade edilip edilmeyeceği konusunda açıkça düzenlenmemiştir. Çalışmamızda mirastan feragat sözleşmesi ile ilgili genel olarak bilgi verdikten sonra boşanmanın mirastan feragat sözleşmesine etkisini ve eşle yeniden evlenme halinde oluşan hukuki durumu değerlendireceğiz.

Anahtar Kelimeler: Mirastan Feragat Sözleşmesi, Ölüme Bağlı Tasarruf, Beklenen Hak

Abstract: As it is known, with the inheritance renunciation agreement made between the inheritor and the future and probable heir, the heir renounces the right of inheritance that may arise in the future against the inheritor. In our country, it is seen that especially people who are getting married for the second time want to make a marital agreement and an inheritance renunciation agree-

* Dr. Öğr. Üyesi, T.C. Doğuş Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı, hdeniz@dogus.edu.tr. ORCID: 0000-0002-9767-1948, Makalenin Gönderim Tarihi: 20.12.2023, Kabul Tarihi: 08.02.2024

ment with their future spouses before the marriage. Thus, spouses want to leave financial issues aside in the marriage relationship and economically guarantee their children from previous marriages against inheritance disputes that may arise in the future.

In such cases as the death of the person who is a party to the inheritance renunciation agreement before the inheritor, divorce of the parties, etc. what will be the outcome of the contract, if the inheritance renunciation agreement has been drawn up with consideration, whether this consideration will be returned are not clearly regulated in the law. In our study, after giving general information about the inheritance renunciation agreement, we will evaluate the effect of the divorce on inheritance renunciation agreement and the legal situation in case of remarriage to the spouse.

Keywords: Inheritance Renunciation Agreement Testamentary Disposition, Expected Right

GİRİŞ

Mirastan feragat sözleşmesi miras bırakanın sağlığındaiken mirasçısı ile yaptığı ve muhtemel mirasçının ileride doğacak mirasçılık sıfatından vazgeçmesini konu edinir. İster ivazlı ister ivazsız düzenlensin muhtemel mirasçı, mirasçılık sıfatını bu sözleşmenin akdedilmesi ile kaybeder.

Miras bırakan mirastan feragat sözleşmesini herhangi bir mirasçısı ile düzenleyebilir ancak bu sözleşme asıl etkisini saklı paylı mirasçılar bakımından gösterir. Zira mirastan feragat sözleşmesinin saklı paylı mirasçılarla yapılması durumunda miras bırakanın serbest tasarruf oranı da kendiliğinden artmış olur. Eş her ne kadar zümre mirasçısı olmasa da zümre mirasçıları ile birlikte mirasçı olur ve saklı payı bulunur. Miras bırakanın eşi ile mirastan feragat sözleşmesi düzenlemesinin önünde kanunen bir engel bulunmamaktadır.

Uygulamaya bakıldığında genellikle ikinci ve sonraki evliliklerde eş ile mirastan feragat sözleşmesi yapıldığı görülmektedir. Mirastan feragat sözleşmesinin tarafı olan kişinin miras bırakandan önce ölmesi, tarafların boşanması vs. gibi durumlarda sözleşmenin akıbetinin ne olacağı, mirastan feragat sözleşmesi ivazlı olarak düzenlenmişse bu ivazın iade edilip edilmeyeceği hususu kanunda düzenlenmemiştir. Çalışmamızda genel olarak mirastan feragat sözleşmesi ile bilgi verdikten sonra boşanmadan önce düzenlenen mirastan feragat sözleşmesinin boşanma ve eşle yeniden evlenme durumundaki etkisini değerlendireceğiz.

I. MİRASTAN FERAGAT SÖZLEŞMESİNİN ÖZELLİKLERİ

A. Genel Olarak

Türk Medeni Kanunu'nun (TMK) 528-530. maddeleri arasında düzenlenen mirastan feragat sözleşmesi, kanunda tanımlanmamıştır. Mirastan feragat sözleşmesi, miras bırakan ile muhtemel mirasçısı arasında, ivazlı veya ivazsız olarak yapılabilen ve muhtemel mirasçının ileride doğması olası mirasçılık sıfatından tam veya kısmi olarak vazgeçmesini konu alan bir miras sözleşmesidir.¹ Türk İsviçre hukukunda mirastan feragat sözleşmesinin özellikle Türk Medeni Kanunu sistematigi içindeki yeri dikkate alındığında miras sözleşmesinin bir türü olduğu kabul edilmektedir.² Mirastan feragat sözleşmesi olumsuz miras sözleşmesi olarak da adlandırılmaktadır.³

¹ Rona Serozan/Baki İlkay Engin, "Miras Hukuku ve Uygulama Çalışmaları", Güncellenmiş 8. Baskı, Ankara 2022, s.387 vd.; O. Gökhan Antalya, "Miras Hukuku", C:III, Genişletilmiş 5. Baskı, Seçkin, Ankara 2021, s.191, 279; Hakan Albaş, "Mirastan Feragat Sözleşmesi ve Hükümlerine İlişkin Bazı Sorunlar", *DEÜHFD*, 2007, C.9, Özel Sayı, s. 535; Necip Kocayusufpaşaoğlu, *Miras Hukuku*, 3. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul 1987, s. 300 vd.; O. Gökhan Antalya, "Mirastan Feragat Sözleşmesi", Alkım Yayınevi, İstanbul 1999, s. 28 vd.; Mustafa Dural/ Turgut Öz, *Türk Özel Hukuku Cilt IV Miras Hukuku*, 18. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul 2022, s. 197; Ali Naim İnan/Şeref Ertaş/Hakan Albaş, "Miras Hukuku", *Mevzuattaki Değişikliklere ve Uygulamalardaki Yeniliklere Göre Genişletilmiş ve Güncelleştirilmiş 11. Baskı*, Ankara 2022, s. 289; Mehmet Ayan, *Miras Hukuku*, 9. Baskı, Seçkin, Ankara 2016, s.146; Şeref Ertaş, "Mirastan Feragat", *DEÜHFD*, İzmir 2019, C.21, Prof. Dr. Durmuş Tezcan'a Armağan Özel Sayı, s. 2893; Zahit İmre /Hasan Erman, *Miras Hukuku*, 16. Basım, DER Yayınları, İstanbul 2022, s.194; Hasan İşgüzar/Mehmet Demir/Süleyman Yılmaz, *Miras Hukuku*, Yetkin, Ankara 2019, s.81; Bilge Öztan, *Miras Hukuku*, 12. Bası, Yetkin, Ankara 2021, s. 254; Fikret Eren/İpek Yücer Aktürk, *Türk Miras Hukuku*, Yetkin Yayınları, Ankara 2019, s. 180; Levent Bıçakçı, *Mirastan Feragat Sözleşmesi*, İstanbul 1999, s. 2-3; Mustafa, Dural, *Miras Sözleşmeleri (İsviçre, Alman ve Avusturya Hukuklarıyla Karşılaştırmalı Olarak)*, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1980, s. 43.

² Albaş, s. 535; Dural, s. 43.

³ Stephanie Hrubesch-Millauer, *CHK-Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Erbrecht, Art.457-640 ZGB*, Eds. Breitschmid, Peter/Jungo, Alexandra, 3. Auflage, Schulthess Juristische Medien AG, 2016, Art. 495, N.1; Antalya, s.190; Ayan, s.117; Ahmet Kılıçoğlu, *Miras Hukuku Genişletilmiş 12. Bası*, Turhan Kitabevi, Ankara 2022, s.151; Hüseyin Hatemi, *Miras Hukuku*, Gözden Geçirilmiş 10. Bası, Onikilevha, İstanbul 2022, s. 109; İşgüzar/Demir/Yılmaz, s. 81.

Mirastan feragat sözleşmesinin hangi şekilde yapılması gerektiği kanunda düzenlenmemiştir. 11.2.1959 tarih ve 16/14 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararı'nda mirastan feragat sözleşmesinin bütün miras sözleşmeleri gibi resmi vasiyetname şeklinde yapılması gerektiği açıkça belirtilmiştir.⁴ Bu durumda TMK m.532 vd. hükümleri miras sözleşmesinin iki taraflı özelliği dikkate alınarak uygulama alanı bulur.⁵

Mirastan feragat sözleşmesi miras bırakanın sağlığında muhtemel mirasçısı ile ileride doğması muhtemel miras hakkında vazgeçmesi amacı ile yapıldığından, mirastan feragat sözleşmesi feragat eden mirasçı bakımından sağlar arası işlem niteliği taşır. Doktrinde her ne kadar mirastan feragat sözleşmesinin bu sebeple dar anlamıyla bir ölüme bağlı tasarruf veya miras sözleşmesine benzemediği belirtilse de⁶ miras bırakan açısından geniş anlamda bir ölüme bağlı tasarruf niteliğini taşıdığı kabul edilmektedir.⁷

TMK m. 528 "Miras bırakan, bir mirasçısı ile karşılıksız veya bir karşılık sağlanarak mirastan feragat sözleşmesi yapabilir. -Feragat eden, mirasçılık sıfatını kaybeder. -Bir karşılık sağlanarak mirastan feragat, sözleşmede aksi öngörülmedikçe, feragat edenin altsoyu için de sonuç doğurur" şeklinde düzenlenmiştir.

⁴ "Mahkemece davanın dayanağı belgenin mirastan feragat sözleşmesi niteliğinde olduğu kabul edilmiştir. Davalının imzasını taşıyan belgenin düzenlendiği tarihte tarafların murisi sağ olup belgede imzası bulunmamakla birlikte yasada düzenlendiği gibi resmi şekilde yapılmamış olmasından dolayı mirastan feragat sözleşmesi (TMK m. 528 ve 545 ile 11.02.1959 tarih 16/14 sayılı YİBK) olarak nitelendirilemeyeceği açıktır." Yarg.14. HD., E. 2015/2635 K. 2015/9871 T. 5.11.2015 (Lexpera).

⁵ Antalya, s.192, 193; İnan/ Ertaş / Albaş, s. 290; Tarafların mirastan feragat sözleşmesinden dönmesine de TBK m. 13 değil, TMK m. 546 uygulanacaktır. Bkz. Ertaş, s. 2894.

⁶ Bu yönde Dural/Öz, s. 197; Serozan/Engin, s. 390; İmre/Erman, s. 194.

⁷ Hrubesch-Millauer, Art.495 ZGB N. 1; Serozan/Engin, s. 390; İmre/Erman, s. 194; Antalya, s. 283; Antalya, Feragat, s. 61 vd.; Dural/Öz, s. 197; Dural, s. 43; İsviçre Hukuku bakımından Weimar, ivazsız mirastan feragat sözleşmesinin saf ölüme bağlı tasarruf olduğunu kabul ederken, ivazlı feragat sözleşmesinin hem ölüme bağlı tasarruf hem de sağlararası işlemden oluşan ikili bir işlem niteliğinde olduğunu kabul etmektedir (Bkz. Peter Weimar, "Berner Kommentar, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Das Erbrecht, Die Erben: Die gesetzlichen Erben/Die Verfügung von Todes wegen", Art.457-516 ZGB, Eds. Hausheer, Heinz/Walter, Hans Peter, Stämpfli Verlag AG, Bern, 2009, Art.495 ZGB N. 2 vd.); Eren/Yücer Aktürk, s. 180.

TMK m. 528/I hükmünden de anlaşıldığı üzere, miras bırakanın saklı paylı olmayan mirasçısı ile de mirastan feragat sözleşmesi yapılabilir. Kanuni mirasçılar, atanmış mirasçılar ve hatta vasiyet alacaklılarıyla dahi mirastan feragat sözleşmesi yapılması mümkündür.⁸ Ancak saklı paylı mirasçı dışında bir kimseyle bu sözleşmenin yapılmasına gerek yoktur; zira miras bırakan saklı pay dışında malvarlığında zaten serbestçe tasarrufta bulunabilir. Bu nedenle mirastan feragat sözleşmesi asıl önemini saklı paylı mirasçılar ile yapılması bakımından gösterir.⁹

Mirastan feragat sözleşmesinin yapıldığı anda, henüz kazanılmış bir miras hakkı bulunmadığı açıktır. Zira miras açılmadıkça miras hakkının sadece beklentisinden bahsedilebilir. Mirasçılara bu aşamada sağlanan koruma da sınırlıdır. Saklı paylı mirasçılar bakımından saklı payları kanun hükümleri ile korunmuştur, miras bırakan saklı paylar üzerinde tasarrufta bulunamaz. Miras bırakan saklı paylar üzerinde tasarrufta bulunursa, saklı paylı mirasçıların bu tasarruflara karşı tenkis davası açma hakkı bulunur (TMK m.560). İradî mirasçılar bakımından, miras bırakan düzenlemiş olduğu miras sözleşmesinden kural olarak tek taraflı olarak dönemez. Ayrıca miras bırakanın miras sözleşmesi ile bağdaşmayan ölüme bağlı tasarruflarına ve sağlar arası bağışlamalarına itiraz edilebilir (TMK m.527/II). Kural olarak bu düzenlemelerin hiçbiri miras bırakanın terekesi üzerinde dilediği gibi tasarruf etmesini engellemez. Mirasçılar miras açıldığında terekede ne kalmış ise onu paylaşmak durumunda kalırlar.¹⁰

Mirastan feragat sözleşmesinde, mirasçının beklenen miras hakkının tamamından veya bir kısmından ya da belirli oranından feragat etmesinin mümkün olduğu kabul edilmektedir.¹¹ Kanunda yer alan

⁸ Weimar, Art.495 ZGB N. 4; İnan/Ertaş/Albaş, s. 290; Eren/Yücer Aktürk, s. 181.

⁹ Kocayusufoğlu, s. 301; Albaş, s. 538; Serozan/Engin, s. 389; İmre/Erman, s. 196; Dural/Öz, s. 199; Baki İlkay Engin, "Zümrede Halefiyet İlkesi Işığında Mirastan Feragatin Altsoya Etkisi (TMK 528 III Kuralının Anlamı), Prof. Dr. Sermet Akman'a Armağan, Filiz Kitabevi, İstanbul 2020, s. 349; Ayan, s. 146; Ertaş, s. 2895; Hatemi, s. 109; İşgüzar/Demir/Yılmaz, s. 81; Öztan, s. 254.

¹⁰ Albaş, s. 538.

¹¹ Hrubesch-Millauer, Art.495 ZGB N.1a; Philipp Studhalter, ZGB Kommentar Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Orell Füssli Kommentar (Navigator.ch), Eds. Jolanta Kren Kostkiewicz, Stephan Wolf, Marc Amstutz, Roland Fankhauser, 4. Aufl. Orell Füssli Verlag AG 2021, Art.495 ZGB N. 1; Albaş, s.540; Dural/Öz, s. 198; Eren/Yücer Aktürk, s.182.

mirastan feragatte ilişkin hükümlerde tam feragat esas alınmaktadır. Mirastan feragatin tam olması halinde, feragat eden mirasçı, kural olarak mirasçılık sıfatını kaybetmekteyken (TMK m.528/II), kısmi feragatte, feragat edenin mirasçılık sıfatı kural olarak devam eder, bu durumda terekedeki hak sahipliğinin feragat oranında azalması söz konusu olur.¹² Kısmi feragat sözleşmesi yapıldığında, mirasçının miras ya da saklı pay üzerinde hakkı belirli oranda devam eder.

Mirastan feragat sözleşmesinin temel amacı miras hakkının önceden tasfiyesidir. Feragat edenin feragati tam ve geçerli ise miras bırakanın ölümünde feragat eden miras bırakana mirasçı olamaz. Elbette ileride doğması muhtemel mirasçılık sıfatının yitirilmesi feragat edenin miras hukukundan kaynaklanan haklarını kaybetmesi anlamına gelip, miras bırakan ile feragat eden arasında borçlar hukukundan kaynaklanan bir hukuki ilişki varsa bu geçerliliğini koruyabilir.¹³ Mirastan tam feragat halinde feragat eden mirasçılık sıfatını kaybedeceği için, artık bu sıfatla miras sebebiyle istihkak davası, ölüme bağlı tasarrufların iptali davası gibi davaları açamaz.¹⁴

B. Mirastan Feragat Sözleşmesinin İvazlı ya da İvazsız Olarak Düzenlenmesi

Mirastan feragat sözleşmesi ivazlı veya ivazsız olarak yapılabilir. Mirastan feragatin miras bırakanın ölümü ile ortaya çıkan doğal sonucu, feragat ister ivazlı ister ivazsız yapılsın miras bırakandan önce ölen, mirastan yoksun olan, mirasçılıktan çıkarılan ya da mirası red-

¹² Kılıçoğlu, s. 153; Albaş, s. 536; İşgüzar/Demir/Yılmaz, s. 81; Albaş, mirastan feragatte, feragat eden her ne kadar TMK m. 528/II hükmü gereğince mirasçılık sıfatını yitirse de TMK m. 574. maddesinin açık ifadesinden karşılık alınarak yapılan feragat sözleşmelerinde, alınan karşılığı (ivaz), tenkis davası nedeniyle geri verilmekle yükümlü olduğunda, feragat eden mirasçının dilerse tenkis edilen değeri verebileceği veya almış olduğu karşılığı tamamen iade ederek, hiç feragat etmemiş gibi paylaşmaya katılabileceğinin düzenlendiğini, karşılık alınarak yapılan miras sözleşmeleri bakımından, feragat eden mirasçıların mirasta hak sahipliğinin sona ermesinin, aldığı karşılık tenkise tabi olduğunda feragat eden mirasçının aldığını tamamen geri vermeme olumsuz koşuluna bağlı olduğunu kabul etmek gerektiğini belirtmektedir. Bkz. Albaş, s. 536, dn. 3; Weimar, Art. 495 ZGB N. 5; İnan/ Ertuş /Albaş, s. 292; Ayan, s. 147.

¹³ Bıçakçı, s. 52.

¹⁴ Ertuş, s. 2898; Bu bakımdan mirasçılık belgesi de talep edememesi ve mirasçılık belgesinde kendine pay verilmemesi de gerekir.

deden mirasçı gibi mirasçılık sıfatının ve tüm bu sığata bağlı hakların yitirilmesi ve mirasçının miras bırakanın borçlarından da sorumlu olmamasıdır.¹⁵

İvazsız feragatte, mirasçı hiçbir karşılık almaksızın miras hakkından vazgeçer. Bu sözleşmede miras bırakan yalnızca karşı tarafın feragat beyanını kabul eder ve karşılığında sağlar arası borç altına girmez. İvazlı mirastan feragat sözleşmesinde ise mirasçı, miras bırakanın sağlığında aldığı ya da alacağı karşılık sonucu mirastan feragat eder. Miras bırakan, mirasçının yalnızca feragat beyanını kabul etmeyip, feragat edene karşı bir ivaz ödeme borcu altına da girer. İsviçre Medeni Kanunu Art. 495/I'de ivazlı feragat için "Erbauskaufl" ifadesi kullanılmaktadır yani "mirasın satın alınması" olarak ifade edilmektedir. Anlaşılacağı üzere, feragatin bu türünde feragat eden mirasçı ileride doğması muhtemel miras hakkını peşinen almış olmaktadır.

Mirastan feragatin ivazlı olup olmaması feragat edenin altsoyuna etki hususunda önem arz eder. TMK m.528/III'e göre: "Bir karşılık sağlanarak mirastan feragat, sözleşmede aksi öngörülmedikçe feragat edenin altsoyuna için de sonuç doğurur". Eğer miras bırakan ivazlı feragat sözleşmesi yapmışsa bu durumda aksi sözleşmede kararlaştırılmayı sürece feragat edenin altsoyuna etki eder.¹⁶ Feragat edenin altsoyunu doğrudan etkileyen bu durum ivazlı feragat sözleşmesinin en önemli hukuki sonucudur. Feragat edenin altsoyuna üzerindeki bu tesir, altsoyun miras bırakana hiçbir zaman mirasçı olamaması şeklinde kendisini gösterir.

İvazsız feragatte ise altsoy feragat sözleşmesinden etkilenmez. İsviçre Medeni Kanunu'nda ise (ZGB Art.495), feragat ivazlı da ivazsız da olsa, feragat edenin altsoyuna için sonuçları aynıdır. Buna göre altsoy her durumda feragatten olumsuz etkilenir ve ileride miras bırakana

¹⁵ Serozan/Engin, s.390; Hrubesch-Millauer, Art. 495 ZGB, N.6; Studhalter, Art. 495 ZGB, N.6; İnan/Ertas /Albaş, s. 292; Ayan, s. 147; Öztan, s. 255.

¹⁶ "Somut olayda mirasçı S. U. karşılık almak suretiyle miras hakkından vazgeçtiğinden bu durum altsoy için sonuç doğuracağından altsoyuna pay verilmeksizin mirasçılık belgesi düzenlenmesi gerekirken, mahkemece belirtilen hususlar gözetilmeden yazılı şekilde hüküm kurulması doğru görülmemiş, bu sebeple kararın bozulması gerekmiştir". Yarg.14. HD., E. 2015/2154 K. 2015/6570 T. 12.6.2015 (Lexpera).

mirasçı olamaz.¹⁷ Kanunun koyucunun TMK m. 528 hükmünü, karşılıklı ve karşılıksız feragat ayırımı yapmadan feragatin altsoya etkisini kabul eden İsviçre Medenî Kanunu'nun 495. maddesinden farklı düzenlemesi Türk toplumunun düşünce biçimine ve aile yapısına daha uygundur. Feragat karşılık sağlanarak yapılmış ise feragat sözleşmesinde belirtilmedikçe, feragat, feragat edenin altsoyuna etkili olur ve onların da mirasçılık sıfatlarını kaldırır. Feragat karşılık sağlanmadan yapılmışsa, feragat, feragat edenin altsoyunu etkilemez.¹⁸ Zira miras bırakanın elde ettiği ivaz malvarlığına dahil olur ve onun ölümü ile birlikte yine altsoyu bundan faydalanmış olur. Bu nedenle kanun koyucu ivazlı ve ivazsız feragat arasında bir ayrıma gitmiştir.

Bazı yazarlar m.528/III'te yer alan "aksi sözleşmede öngörülmedikçe" ifadesinden yola çıkarak ivazsız feragat sözleşmelerinde de feragat edenin altsoyunun mirasçı olmayacağını kararlaştırılabileceğini savunmaktadır.¹⁹ Bizim de katıldığımız diğer görüşe göre,²⁰ bu hükümdeki ifadeden karşıt kavram kanıtı yoluyla, bu yönde sonuç çıkarılamaz. Şöyle ki yasada açıkça yasaklayan hüküm olmamasına rağmen, yasanın saklı pay kurallarına yönelik düzenlemelerin özüne aykırı yorumdan sakınılmalıdır. TMK m.528/III'te sadece ivazlı feragatin aksinin öngörülebileceği düzenlenmiştir. İvazlı feragatte aksinin kararlaştırılması durumu altsoyun lehine bir durum yaratırken, ivazsız feragat bakımından kanunun kendisine tanıdığı bir haktan altsoyu mahrum bırakmak sonucu ortaya çıkmaktadır. Bu nedenlerle, ivazsız feragat sözleşmelerinde feragat edenin altsoyunun mirasçı olmayacağını kararlaştırılamayacağını düşünmekteyiz.

C. Mirastan Feragat Sözleşmesinin Düzenlenme Amacı

Mirastan feragat sözleşmesi mirasın ilerde nasıl paylaşılacağını planlayan miras bırakan için önemli bir araçtır.²¹ Feragat sözleşmesi farklı amaçlarla düzenlenebilir. Miras bırakan tasarruf oranını geniş-

¹⁷ Hrubesch-Millauer, Art. 495 ZGB N. 6; Kocayusufpaşaoğlu, s. 302.

¹⁸ Bkz. TMK m.528'in madde gerekçesi.

¹⁹ Kocayusufpaşaoğlu, s. 206; İmre, s. 268; İmre/Erman, s. 198; İşgüzar/Demir/Yılmaz, s. 83.

²⁰ Albaş, s. 540; Escher, A., N.8 zu Art. 495, s. 353; Oğuzman, s. 166; İnan/Ertaş/Albaş, s. 266; Dural/Öz, s. 201; Ayan, s. 149; Eren/Yücer Aktürk, s.185.

²¹ Engin, s.350.

letmek ve mirasının ölümünden önce tasfiye etmek maksadı ile muhtemel mirasçısı ile mirastan feragat sözleşmesi yapmak isteyebilir. Kanun koyucunun mirastan feragat sözleşmesini düzenlemesindeki birincil amacı budur. Uygulamada ticari işletme sahibi bir miras bırakanın ticari işletmeyi birden fazla kişi arasında bölüştürmemek için bu yola başvurduğu da görülür.²² Bilindiği üzere saklı pay kuralları kanunda emredici şekilde düzenlenmiş olup, miras bırakan belirli durumlar haricinde bunu bertaraf edemez. Daha doğru ifade ile miras bırakan terekesinde istediği gibi tasarrufta bulunabilecek ise de saklı paylı mirasçılarının varlığı halinde saklı paylı mirasçılarının tenkis davası açarak saklı paylarını talep etmeleri mümkündür. Bu nedenle kanun koyucu miras bırakana bazı durumlar bakımından tasarruf oranını artırma imkanları tanımıştır. Bunlardan biri TMK m. 510 vd. maddelerinde düzenlenen mirasçılıktan çıkarmadır. Miras bırakanın mirasçısını mirasçılıktan çıkarabilmesi için ya mirasçı, miras bırakan veya miras bırakanın yakınlarından birine karşı ağır suç işlemiş olmalı ya da mirasçı, miras bırakana veya miras bırakanın ailesi üyelerine karşı aile hukukundan doğan yükümlülüklerini önemli ölçüde yerine getirmemiş olmalıdır. Bu haller dışında miras bırakan mirasçısını mirasçılıktan çıkaramaz. Mirasçılıktan çıkarmanın miras bırakan tarafından ölüme bağlı tasarruf ile yapılması ve miras bırakanın mirastan çıkarma sebebini bu tasarrufta göstermesi gerekir. Bunun dışında miras bırakanın serbest tasarruf oranını genişletebileceği başka bir yol ise muhtemel mirasçısı ile mirastan feragat sözleşmesi yapmaktır. Diğer taraftan ikinci ya da sonraki evliliklerin akabinde bu sözleşmeye başvurulduğunu görüyoruz. Miras bırakanın önceki evliliğinden altsoyunun talebi ile sonraki eş ile nadiren ise sonraki eşin talebi ile ilk evlilikten olan altsoy ile mirastan feragat sözleşmesi yapıldığı görülmektedir. Özellikle ikinci ve ardıl evliliklerini yapan kişilerin müstakbel eşleri ile evlenmeden önce ya da evlenme sonrasında mirastan feragat sözleşmesi yapmak istedikleri görülmektedir. Böylelikle eşler evlilik ilişkisinde maddi konuları bir kenara bırakıp önceki evliliklerinden olan çocuklarını ya da duruma göre eşlerini ileride ortaya çıkabilecek miras uyuşmazlıklarına karşı korur. Hatta bazen ilk evlilikten olan çocuklar genellikle mirasa yeni bir ortak getirecek ikinci evliliğe

²² Serozan/Engin, s.388.

ve eşe sıcak bakmadığından mirastan feragat sözleşmesi onların endişelerini gidermekte ve evliliği kabul edilebilir kılmaktadır.²³ Son zamanlarda sperm bağışçısı babanın doğacak çocuğa karşı miras bırakan sıfatını ortadan kaldırmak amacı ile mirastan feragat sözleşmesi yapıldığı görülmektedir.²⁴

D. Mirastan Feragatten Yararlanacak Kişiler

Mirastan feragat sözleşmesinde, her zaman feragatten kimin yararlanacağı ve o kişi mirasçı olamazsa feragatin hükümden düşüp düşmeyeceği açıkça belirtilmeyebilir. Taraflar; sadece feragatin belirli kişi veya kişiler lehine yapılmasını kararlaştırıp bunların herhangi bir sebeple mirasçı olamaması durumunda, feragatin hükümlerini doğurmaya devam edip etmeyeceği hususunda açıklama getirmemiş olabilirler.²⁵ Diğer taraftan mirastan feragat sözleşmesinde taraflar, feragatin kimin lehine yapıldığı hususunda düzenleme yapmayı tamamen ihmal de edebilirler. Bu durumda TMK m. 529 hükmü devreye girer ve mirastan feragat sözleşmesinden kim ya da kimlerin yararlanacağı ile mirastan feragat sözleşmesinin hükümden düşüp düşmeyeceği söz konusu hüküm uyarınca tespit edilir.

TMK m. 529/I uyarınca, “Mirastan feragat sözleşmesi belli bir kişi lehine yapılmış olup bu kişinin herhangi bir sebeple mirasçı olamaması halinde, feragat hükümden düşer”. Feragat belirli kişi lehine yapılmışsa, feragat edenin payı bu kişiye ait olur. Söz konusu hükmün uygulanabilmesi için, mirastan feragat sözleşmesinde, feragatin seçilen kişi lehine yapıldığının belirtilmesi gerekmektedir.²⁶ Sözleşmeye dâhil edilmediği takdirde, miras bırakanın tek başına feragat eden yerine bir kişiyi feragatten yararlandırmak istemesi bu hükmün uygulanması için yeterli değildir.²⁷

TMK m. 529/I uyarınca feragat hükümden düşerse, feragat eden yeniden mirasçı sıfatı kazanır. Buna karşılık, birden fazla mirasçı lehi-

²³ Albaş, s. 543; Ertaş, s. 2897; Şirin Aydıncık Midyat, “Evlenmeden Önce Mirastan Feragat Sözleşmesi Yapılabilir mi?”, *İMHPD*, 2023, C. 8, S. 1, s. 215.

²⁴ Serozan/Engin, s.388.

²⁵ Weimar, ZGB Art. 496, s. 486.

²⁶ İmre/Erman, s. 199; Weimar, ZGB Art. 496, s. 486; Kocayusufpaşaoğlu, s.302.

²⁷ Weimar, ZGB Art. 496, s. 487.

ne feragat yapılmışsa, bunlardan yalnız bir kısmının mirasçı olamaması halinde ise aksi kararlaştırılmadıkça, feragat hükümsüz kalmaz. Bu durumda lehine feragat edilip de mirasçı olamayanların miras payının kime ekleneceği sözleşmede açıkça düzenlenmiş olabilir. Aksi takdirde bu payların mirasçı kalan diğer feragat lehtarlarına orantılı intikal etmesi gerektiği doktrinde belirtilmektedir.²⁸

TMK m.529/I hükmünün ivazlı feragatte de uygulanıp uygulanmayacağı doktrinde tartışmalıdır. Hâkim olan görüş²⁹ bu hükmün uygulama alanına ilişkin kanunda bir sınırlama bulunmadığından bu hükmün karşılık alınarak yapılan feragatte de uygulanması gerektiğini ileri sürer.

Feragat belirli bir kişi lehine yapılmış ve bu kişi sair sebepten mirasçılık sıfatını kazanamamış ise, onun yerine altsoyu geçemeyeceğinden feragat eden tekrar mirasçılık sıfatını kazanabilir. Zira burada feragat edenin miras payı iradi işlemle başkasına bırakılmaktadır. İradi mirasçılıkta ise kök içi halefiyet geçerli değildir. Bu durumdan TMK m. 529'un açık hükmü gereği sadece feragat eden yararlanır, feragat edenin altsoyu yararlanamaz.³⁰

Mirastan feragat sözleşmesinin belirli kişi lehine yapılmamışsa TMK m 529/II uygulanır. Buna göre "Mirastan feragat sözleşmesi belli bir kişi lehine yapılmamışsa, en yakın ortak kökün altsoyu lehine yapılmış sayılır ve bunların herhangi bir sebeple mirasçı olamaması halinde, feragat yine hükümden düşer." Kanun koyucunun hükmünde geçen "kök" ifadesiyle gerçek anlamda ortak kökü mü yoksa daha geniş olan zümreyi mi kastettiği açık değildir.³¹ Bu düzenlemedeki "ortak kök" ifadesinin zümre başı olarak anlaşılması gerektiği belirtilmektedir.³² İsviçre Medeni Kanunu'nda bu hükme karşılık gelen 496.

²⁸ Ertaş, s.2903; Eren/Yücer Aktürk, s. 189-190.

²⁹ Oğuzman, s. 168-169; İmre, s. 270; Dural/Öz, s. 204; Ertaş, s. 2903.

³⁰ Ertaş, s. 2904.

³¹ Eren/Yücer Aktürk, s. 190; Albaş, s. 547.

³² Albaş, s. 548. Mülga Türk Medeni Kanunu'nun bu hükme karşılık gelen 476. maddede hükmü "...Şahıs tayin etmeksizin aleliltlak diğer mirasçılar lehine yapılan feragat ancak en yakın asli müşterekin fûruuna hamlolunup daha uzak mirasçılara asla şamil olmaz." şeklinde idi. Önceki düzenlemedeki "en yakın asli müşterekin altsoyu" ifadesi, en yakın zümre başının altsoyu yani feragat edenle aynı zümredeki mirasçılar olarak anlaşılmaktaydı. Ayrıntılı bilgi için bkz. Neslihan Akça,

maddede yer alan “Stamm” kelimesinin “zümre” anlamında kullanıldığı kabul edilmektedir.³³ Herhangi bir zümrede yer almadığından, belirli kişi lehine yapılmamış feragatten sağ kalan eşin yararlanması söz konusu olmaz.³⁴ İvazsız feragatte ise, feragat edenin yerine, kökte halefiyet kuralı gereğince altsoyu geçer. Dolayısıyla, ivazsız feragatte feragatin kimin lehine olduğu açıklanmamış ise, TMK m. 528/ III gereğince feragat edenin yerine altsoyu geçer, dolayısıyla TMK. m.529/ II burada uygulanmaz.³⁵

E. Mirastan Feragatin Mirasçılar, Mirasbırakan, Saklı Paylı Mirasçılar ve Alacaklılar Bakımından Etkisi

Mirastan feragat sözleşmesinin asıl amacı saklı paylı mirasçıları mirastan uzaklaştırmaksa da saklı payı olmayan mirasçılarla da yapılması mümkündür. Miras bırakan ileride mirasçı olma ihtimali olan mirasçıları mirastan feragat sözleşmesi yaparak ileride yapılacak bir tasfiyenin dışında bırakabilir.

Yukarıda feragat sözleşmesinin ivazlı ve ivazsız şekilde düzenlenebileceğini belirtmiştik. Feragat sözleşmesinin ivazlı düzenlenmesi, saklı paylı mirasçıların ve bunların alacaklılarının ya da miras bırakanın alacaklarının menfaatine aykırı bir durum oluşturabilir. Miras bırakan ivazlı feragat yaparak malvarlığını azaltmış ve terekede alacaklılarına başvuracak bir değer bırakmamış olabilir. Yine ivazlı feragat yüzünden saklı paylı mirasçıların saklı payları ihlal edilmiş olabilir. Feragat eden ve mirasçıları, alacaklılara karşı feragat için ölümünden önceki beş yıl içinde miras bırakandan almış oldukları karşılıktan, mirasın açılması anındaki zenginleşmeleri tutarında sorumludurlar (TMK m.530). Saklı paylı mirasçılar ödenen bu ivazın saklı payları ihlal eden kısmının tenkisini talep edebilir (TMK m.565/b.II). Saklı payı

“Yasal Mirasçıların Mirastan Feragatinden Yararlanacak Kişilerin Tespiti ve Feragatin Hükümden Düşmesi”, *İNÜHFD*, 2019, C. 10, S. 1, s. 241 vd.

³³ Kocayusufpaşaoğlu, s. 304; Oğuzman, s. 169; Dural/Öz, s. 205; Piotet, bu durumda, feragat edenin bulunduğu zümredeki (paranteldeki) mirasçılara kalması konusunda tarafların anlaşmış olduğunu ifade etmektedir. Bkz. Piotet, § 28, s. 185. Detaylı bilgi için bkz. Kocayusufpaşaoğlu, s. 304; Antalya, Feragat, s. 178; Öztan, s. 276; Eren/Yücer Aktürk, s. 191.

³⁴ Kocayusufpaşaoğlu, s. 304.

³⁵ Ertas, s. 2904.

zedelenen mirasçı, iflâsı hâlinde iflâs dairesinin veya mirasın geçtiği tarihte kendisine karşı ellerinde ödemededen aciz belgesi bulunan alacaklıların ihtarına rağmen tenkis davası açmazsa, iflâs idaresi veya bu alacaklılar, alacaklarının elde edilmesi için gerekli olan oranda ve mirasçıya tanınan süre içinde tenkis davası açabilirler (TMK m.562/I).

İvazsız feragat, feragat edenin altsoyunu etkilemediğinden yukarıda bahsedilen sonuçlar meydana gelmez. Bu nedenle ivazlı feragatte feragat eden saklı paylı mirasçının saklı payı miras bırakanın tasarruf oranına eklenirken, ivazsız feragat konusu saklı pay miras bırakanın serbest tasarruf oranına eklenmez.³⁶

II. EŞ İLE MİRASTAN FERAGAT SÖZLEŞMESİ DÜZENLENMESİ

A. Genel Olarak

Mirastan feragat sözleşmesi elbette miras bırakan ile eşi arasında da akdedilebilir. Bu sözleşme ile eşlerden biri ya da her ikisi kısmen ya da tamamen mirastan feragat eder.

Miras bırakanın eşi, miras hakkında ve payından kararlaştırılan kişi veya kişiler lehine feragat edebilir. Bu durumda onun payı, lehine feragat ettiği kişi veya kişilere ait olur. Zira feragatin lehine yapıldığı kişi eşin miras payı oranında atanmış mirasçı sayılır. Bu kişi herhangi bir sebeple mirasçı olamazsa feragat hükümden düşer ve eş yeniden mirasçılık sıfatını kazanır.³⁷

Kimin lehine olduğunu belirtmeden de miras bırakanın eşi, miras hakkında ve payından feragat edebilir. Bu olasılıkta, mirastan feragat eden eşin miras payının kime ait olacağı meselesi gündeme gelir. Burada TMK m.529 /II'nin uygulanabilirliğinin incelenmesi gerekir. Bir görüşe göre³⁸ TMK m. 529/II hükmünün uygulanması mümkün değildir, zira evlilik birliğiyle eşler birbirine hısım olmaz, bu durumda mirastan feragat etmemiş olsaydı kimlerle mirasçı olacak idiyse miras bırakanın

³⁶ Serozan/Engin, s.393.

³⁷ Eşlerin çocukları lehine birbirlerinin mirasından feragat etmelerine sıkça rastlandığı; böyle bir olasılıkta çocuklar mirasçı olmadıklarında feragatin hükümden düşmüş sayılacağı yönünde bkz. Serozan/Engin, s. 393, dn.110.

³⁸ Albaş, s. 549.

eşinin onlar lehine mirastan feragat ettiği kabul edilmelidir, feragat eden eşin miras payı ise bunlar arasında yasal miras payları oranında paylaşılmalıdır, bu durum, yasal mirasçılık lehine yorum kuralının bir gereğidir. Başka görüşe göre³⁹ TMK m. 529/II'nin düzenleniş amacı feragatten yararlanacak kimselerin tespitinden ziyade feragat eden mirasçı dururken, mirasın bir sonraki zümreye geçmesini önlemektir. Eşin mirastan feragatinin TMK m. 529/II'ye göre hükümden düştüğü kabul edildiğinde hükmün bu amacı gerçekleşmiş olmaz. Zira feragat hükümden düştüğü için eş yeniden mirasçı olduğunda bir önceki zümrede mirasçı bulunmadığında miras yine bir sonraki zümreye geçer. Bu durumda miras, eş ve bir sonraki zümre arasında paylaşılır.

Kanaatimizce, eşler birbirine hısımlı olmadığından eş mirastan feragat etmemiş olsaydı kimlerle mirasçı olacak idiyse miras bırakanın eşinin onlar lehine mirastan feragat ettiği kabul edilmeli ve feragat eden eşin miras payı ise bu mirasçılar arasında yasal miras payları oranında paylaşılmalıdır. Her iki görüşe göre de TMK m. 529/II hükmünün eşin miras hakkından feragat ettiği durumu kapsamadığını kabul etmek, hükmün düzenleniş amacına daha uygundur.

B. Evlenmeden Önce Düzenlenmesi

Mirastan feragat sözleşmesinin yapılmasıyla mirastan feragat eden mirasçı, miras hakkını değil, mirasçılığın kazanılmasına ilişkin beklentisini kaybetmektedir. Bu sebeple TMK m.528 /II'de yer alan "Feragat eden, mirasçılık sıfatını kaybeder" şeklindeki ifadesinin yerinde olmadığı belirtilmektedir.⁴⁰

Türk hukukunda kanun koyucu, henüz doğmamış haklardan feragat edilmesinin ya da bu hakları konu alan diğer tasarrufların yapılmasının mümkün olup olmadığını açıklamamaktadır. Bazı hükümlerde bir haktan önceden feragat edilmesi açıkça yasaklanır. Örneğin temsil olunanın temsil yetkisini sınırlama ve geri alma hakkından önceden feragat etmesi (TBK m.42/II), alacaklıların tescile tabi kanuni ipotek haklarından önceden feragat etmeleri (TMK m.893/II), zamanaşımından önceden feragat edilmesi (TBK m.160/I), taksitle sa-

³⁹ Akça, s. 246.

⁴⁰ İmre, s. 267; Ayrıca Bkz. dn. 2'de yapılan açıklamalar.

tısta alıcının yedi gün içinde irade açıklamasını geri alma hakkından, takas hakkından, yerleşim yeri mahkemesinin yetkisinden önceden feragat etmesi (TBK m.255/I; TBK m.257/I; TBK m.262), kiraya veren ve kiracının takas haklarından önceden feragat etmeleri (TBK m.326), kefilin kefalet sözleşmesi hükümleri uyarınca kendisine tanınan haklardan önceden feragat etmesi (TBK m.582/III) kanun koyucu tarafından yasaklanmıştır.⁴¹

Evlenmeden önce ve sonra yapılan mirastan feragat sözleşmeleri arasında geçerlilik bakımından farklılıklar olduğu tartışılmaktadır.⁴² Son yıllarda, uygulamada bazı noterler ileride evlenmeden önce yapılan mirastan feragat sözleşmelerinin geçersiz sayılma ihtimali karşısında kendi sorumluluklarının da doğabileceği düşüncesiyle bunları düzenlemekten kaçınmaya başlamışlardır.⁴³ Nitekim Yargıtay da yakın tarihli bir kararında, müstakbel eşin feragat tarihi itibarıyla mirasçı sıfatının olmadığı ve doğmamış haktan feragat edilemeyeceği gerekçesiyle evlenmeden önce yapılan mirastan feragat sözleşmesinin hükümsüzlüğünü tespit etmiştir.⁴⁴ Gerçekten Yargıtay'ın da katıldığı

⁴¹ Meliha Sermin Paksoy, "Zamanaşımından Feragat (TBK 160)", On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2012, s. 27 dn. 121.

⁴² Ayrıntılı bilgi için bkz. Ali Suphi Kurşun "Eşler Arasında Yapılan Mirastan Feragat Sözleşmesi", *Legal Hukuk Dergisi*, 2017, C.15, S. 173, s. 2361-2388; Aydınçık Midyat, s. 218 vd.

⁴³ Aydınçık Midyat, s. 215.

⁴⁴ Yarg. 1. HD. E. 2015/15019, K.2018/14670, T.20.11.2018 (Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası) Kararda, "Somut olaya gelince, her ne kadar davacı 27.02.2007 tarih ve ... yevmiye numaralı ... 24. Noterliği'nde düzenlenen mirastan feragat sözleşmesi ile miras hakkından feragat etmiş ise de feragat tarihi itibarı ile mirasçı sıfatının olmadığı sabittir. O halde, noterde düzenlenen feragat sözleşmesi TMK m. 528 anlamında bir feragat sözleşmesi olmadığı gibi doğmamış haktan feragat edilemeyeceği, bu beyana hukuki sonuç bağlanamayacağı açıktır..." şeklinde değerlendirme yapılmıştır; kararın eleştirisi için bkz. Serozan/Engin, s.389; Yazar, evlendikten sonra eşler arasında yapılması mümkün görülen mirastan feragat sözleşmesinin Yargıtay tarafından evlenmeden önce geçersiz sayılmasının altında yatan esas sebebin tasarruf yetkisi eksikliği değil, bu sözleşmelerin TMK 23/II hükmüne aykırı görülmesi olduğunu belirtmektedir. Böylece Yargıtay müstakbel eşin, ileride evlendikten sonra dilerse kanunun verdiği yetki çerçevesinde serbestçe feragat edebileceği müstakbel mirasçılık sıfatından ve ileride doğması muhtemel miras hakkından evliliği gerçekleştirme kaygısıyla ve diğer eşin veya ailesinin baskısıyla önceden feragat etmesini TMK 23 hükmüne aykırı görmekte ve kendisini geleceğe yönelik olarak aşırı derecede sınırlamasını engellemek istemektedir. Ayrıca bkz. Aydınçık Midyat, s.288; Yazara göre, olumsuz miras sözleşmesinin

görüşe göre⁴⁵ mirastan feragat ancak mirasçılık için hak sahibi olunabilecek duruma geldikten sonra mümkündür, mirastan feragat şartıyla evlenme veya evlenme akdinden önce mirastan feragat etme geçerli değildir.

Bizim de katıldığımız diğer görüşe göre⁴⁶ sözleşmenin kurulması esnasında henüz kanuni mirasçı sıfatı taşımayan nişanlılar da feragat sözleşmesinin feragat eden tarafı olabilir. Mirastan feragat sözleşmesinin kurulduğu anda feragat beyanında bulunan tarafın olası mirasçısı sıfatı taşıması bir geçerlilik koşulu değildir. Bu husus sözleşmenin hüküm ifade etmesi için kanuni şart teşkil eder. Bu durumda eş sıfatının kazanılması yasal şartına bağlı olarak henüz eş sıfatı olmayan nişanlılar da mirastan feragat sözleşmesi düzenleyebilmelidir.

Aynı görüş biraz daha ileriye taşınıp henüz nişanlı olmayan fiili birliktelik yaşayan çiftlerin de mirastan feragat sözleşmesine başvurması kabul edilebilir. Bu durumda yine eş sıfatının kazanılması yasal şartına bağlı olarak çiftler evlenme öncesinde evlenme sözleşmesi ile birlikte veya ondan bağımsız mirastan feragat sözleşmesi düzenleyebilmelidir.

kurulduğu anda feragat beyanında bulunan tarafın olası mirasçısı sıfatı taşıması bir geçerlilik koşulu değildir. Bu husus sözleşmenin hüküm ifade etmesi için kanuni şart teşkil eder. Miras açıldığında feragat eden, feragat gerçekleşmemiş olsaydı mirasçı sıfatını kazanacak idiyse, sözleşme hükümlerini doğurur. Karara konu olan vakialara benzer hallerde işlem geçerliliğini, irade bozuklukları ve ahlaka aykırılık açısından değerlendirmek daha yerinde olacaktır. Bkz. Demirsatan, Barış, "Miras Sözleşmelerinde Aşırı Yararlanmanın Uygulanabilirliği", *DEÜHFD*, 2020, C. 22, S. 2, s. 1074, dn. 72.

⁴⁵ Şakir Berki, *Miras Hukuku*, Sevinç Matbaası, Ankara 1975, s. 49; "Davaya konu Bakırköy 4. Noterliği 29.04.2005 tarih 10242 yevmiye No.lu taahhütname ile davalı ... "Ben Nedime Nilay Çalışkan, Kazım oğlu, 1956 doğumlu, Bayram Tayfun Yılmaz ile nikahlandığımda aramızdaki evlilik herhangi bir sebeple biterse ve evlilik sonrası kendisinden hiçbir hediye ve miras talep etmeyeceğimi beyan ve imza ederim" içerikli beyanda bulunulmuştur. Dava konusu taahhütname TMK 528. maddesinde düzenlendiği üzere mirastan feragat sözleşmesi olarak nitelendirilemeyeceği gibi, bu taahhütname kanunun öngördüğü mirasçılıktan yoksunluk gibi mirasçılık sıfatının kaybedilmesine veya değişmesine neden olacak nitelikte de değildir." Yarg. 7. HD., E. 2022/3328 K. 2023/10 T. 9.1.2023 (Lexpera).

⁴⁶ Bkz. Antalya, Feragat, s. 35, 165; Serozan/Engin, s. 389; Engin, s. 349; Ertaş, s. 2897; Kılıçoğlu, s. 152; Demirsatan, s. 1074 dn. 72; Aydıncık Midyat, s. 227; İnan/Ertaş/Albaş, s. 290; Ertaş, s. 2897.

C. Evlenme Sonrasında Düzenlenmesi

Mirastan feragat sözleşmesinin evlenme sonrasında yapılmasının geçerliliği hususunda tartışma yoktur. Eşlerden biri ya da her ikisi müstakbel miras paylarından kısmen ya da tamamen feragat edebilirler. Evlenmeden önce yapılmak istenen mirastan feragat sözleşmesindeki gibi burada da eşlerin saiki önceki evlilikten olan çocuklarını korumak, evlenmeye onay almak ya da aradaki duygusal bağ bitmiş olmasına rağmen çeşitli sebeplerle evliliklerini sürdürmeyi istemek olabilir.

Mirastan feragat sözleşmesinin tarafı eş olduğunda bu sefer eş mirasçılık sıfatını kaybeder, miras bırakanın borçlarından sorumlu olmaz. Eşin mirastan ivazsız feragat etmesi halinde miras payının altsoya geçmesi kuralı mutlak olarak uygulanmaz. Bu kural zümre mirasçılığı bakımından geçerli olup, eşin muris ile ortak olmayan altsoyuna miras payı geçmez. Miras bırakanın bazı çocukları feragat eden eşten bazıları bir başka eşten ise feragat edenin miras payı miras bırakanın tüm çocuklarına eşit olarak geçer.⁴⁷ Mirastan feragatin ivazlıysa altsoy bu durumdan etkilenmez. Zira eşin altsoyu miras bırakanın da altsoyudur ve mirasçıdır. Mirastan feragat eden eşin önceki evliliğinden altsoyu varsa bu olasılıkta zaten soy bağı ile miras bırakana bağlı olmadığından mirasçı olması da söz konusu olmayacaktır. Bu sonuçlar hem evlenmeden önce yapılan hem de evlenmeden sonra yapılan mirastan feragat sözleşmeleri için geçerlidir.⁴⁸

Eşler çocukları lehine mirastan feragat edebilir. Ancak bu durumda herhangi bir sebeple lehine feragat etmiş oldukları çocuklarının mirasçı olamaması halinde TMK m.529/I gereği feragatin hükümden düşeceği göz ardı edilmemelidir. Bu olasılıkta eş zümre mirasçısı olmadığından TMK m.529/II hükmündeki karinelerin eş bakımından uygulanması söz konusu olmaz.

Eş ile mirastan feragat sözleşmesi yapılırken dikkat edilmesi gereken bir husus bulunmaktadır. Eşin mirastan feragat etmesi onun mal rejiminden doğan alacaklarını kendiliğinden ortadan kaldırmaz. Örneğin eşler arasında edinilmiş mallara katılma rejiminin geçerli olduğu bir evlilikte ölüm ile evliliğin sona ermesi sebebi ile mal rejiminin

⁴⁷ Dural/Öz, s. 201.

⁴⁸ Kurşun, s. 2372.

tasfiyesi istenir ise eşin katılma alacağını talep hakkı mirastan feragat sözleşmesinde açıkça kararlaştırılmadıysa kendiliğinden sona ermeyecektir. Eş mirastan feragat sözleşmesi yaparak miras payını kaybetmiş olsa da katılma alacağını talep edebilecektir.

Mirastan feragat sözleşmesinin resmi vasiyetname şeklinde noterde düzenlenmesi gerektiğinden, mal rejimini sözleşmesinin şekil şartlarına da uymak kaydı ile evlenmeden önce ya da evlilik devam ederken mirastan feragat sözleşmesi ile birlikte katılma alacağından vazgeçmesi kararlaştırılabilir. Bu şekilde her iki sözleşme bakımından kanunen aranan şekil şartı yerine getirilmiş olur. Dolayısı ile feragat eden eş miras hukukunda kaynaklanan haklarını kaybetmiş olsa da mal rejimi hukukundan kaynaklanan alacaklarını kaybetmeyebilir.⁴⁹

Eşler katılma alacağından edinilmiş mallara katılma rejimi devam ederken vazgeçebilir. Bu vazgeçme iradesi TMK m. 237/I gereği eşler arasında akdedilecek mal rejimi sözleşmesi ile ortaya konmalıdır. Mal rejiminin sona ermesinden tasfiye tamamlanana kadar muhtemel alacağın, tasfiye sonrası ise geçerli olarak doğmuş bir alacağın, geçerlilik şekline bağlı olmadan ibrası mümkündür.⁵⁰

III. BOŞANMANIN MİRASTAN FERAGAT SÖZLEŞMESİNE ETKİSİ VE EŞLERİN BİRBİRLERİYLE YENİDEN EVLENMESİ DURUMUNDA MİRASTAN FERAGAT SÖZLEŞMESİNİN GEÇERLİLİĞİ

A. Boşanmanın Feragat Sözleşmesine Etkisi

Mirastan feragat sözleşmesi çeşitli sebeplerle sonradan hükümden düşebilir. Bu husus geniş inceleme gerektirmekte olup çalışmamızda

⁴⁹ ; "...Yukarıda belirtilen Dairemizin ilke ve uygulamalarına göre, sağ kalan eşin mirasçılık sıfatı sona ermiş olsa da (mirastan feragat, mirası ret, mirastan çıkartma, mirastan yoksunluk gibi) yasal mal rejimi tasfiyesinden kaynaklanan katılma alacağı isteyebileceği, mirastan feragat ve mirasın reddinin, katılma alacağı bakımından feragat anlamına gelmeyeceği..." (Yarg.8. HD. T. 16.12.2019, E. 5848 K. 11381); Bkz. Mehmet, Akcaal, "Sağ Kalan Eşin Katılma Alacağı ve Bunun Mirasın Tasfiyesine Etkisi", *İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2020, C. 6, S. 2, s. 240.

⁵⁰ Mustafa, Dural/Tufan, Ögüz/Mustafa Alper, Gümüş, "Türk Özel Hukuku Cilt III Aile Hukuku", Filiz Kitapevi, İstanbul 2023, s. 262.

sadece boşanmanın feragat sözleşmesine etkisini inceleyeceğiz.

Eşlerin boşanması ile birlikte boşanmanın eşlerin miras haklarını etkileyen bazı sonuçları ortaya çıkar. TMK m. 181/I gereği, boşanan eşler, bu sıfatla birbirlerinin yasal mirasçısı olamazlar ve boşanmadan önce yapılmış ölüme bağlı tasarruflarla kendilerine sağlanan hakları, aksi tasarruftan anlaşılmadıkça, kaybederler. Dolayısı ile evlilik birliği ölümle değil de boşanmayla sona ererse, eşler boşanma kararının kesinleşmesinden itibaren artık birbirlerine mirasçı olamazlar. Ayrıca, boşanma halinde eşlerin birbirleri lehine yapmış oldukları ölüme bağlı tasarruflar da tasarruftan aksi anlaşılmadığı sürece, artık hüküm ifade etmez.

Kanun koyucunun evlenmenin sona ermesini, ölüme bağlı tasarrufların (miras sözleşmesi ya da vasiyetname ile yapılmış tasarrufların) kendiliğinden sona erme sebebi saymasının nedeni, eşlerin evli kaldıkları dönemde çeşitli tasarruflarla birbirlerine menfaat sağlamayı amaçlamaları karşısında boşanma sonrasında boşanma öncesi yapılan tasarruflardan boşanmış eşlerin yararlanmasına imkân vermeyi kural olarak doğru görmemesidir.⁵¹

Miras bırakanın iradesi boşanma halinde dahi eşinin iradi mirasçı olmasını istemesi ya da vasiyet konusu şeyi edinmesi yönünde olabilir. Eğer tasarruftan açıkça bu iradeye ulaşılmıyorsa boşanma ile eşler miras hukuku bakımından birbirlerine karşı sair hak talep edemez.

Boşanmanın feragat sözleşmesine etkisi doktrinde tartışmalıdır. Bir görüşe göre⁵² mirastan feragat sözleşmesinin eşler arasında yapıldığı ve murisin ölümünden önce boşanma ile evliliğin sona erdiği hallerde MK m. 146 /II (TMK m.181/I) gereği feragat sözleşmesi kendiliğinden hükümsüz hale gelmektedir. Başka görüşe göre⁵³ boşanma ile eşler arasındaki ölüme bağlı tasarruflar hükümsüz hale gelir (TMK.

⁵¹ Bıçakçı, s. 77.

⁵² Antalya, Feragat, s. 238; feragat eden önce ölürse mirastan feragatin hükümsüz hale geleceği görüşünde bkz. Berki, s. 49.

⁵³ Ertaş, s. 2905. Yazara göre, boşanma davası devam ederken feragat eden eş ölmüş ise, feragat edenin mirasçıları TMK m.181/II'ye göre devam edip sağ kalan eşin boşanmada daha ağır kusurlu olduğunu tespit ettirseler bile feragat sözleşmesi varlığını sürdüreceğinden, feragat eden eş TMK. m. 181/I uyarınca mirasçı olmayacaktır. Bkz. Ertaş, s. 2905.

181), mirastan feragat sözleşmesi ölüme bağlı tasarruf olmakla birlikte, bu kuralı mirastan feragat sözleşmesine uygulayıp feragat eden eşi boşandıktan sonra yeniden mirasçı kılmak doğru değildir. Diğer görüşe göre⁵⁴ mirastan feragat sözleşmesinde eşlerin birbirlerine vasiyetname ve miras sözleşmesi ile yapılan tasarruflardaki gibi bir menfaat sağlamayı amaçladığı söylenemez. Burada feragat eden eş gelecekteki beklenen mirasından vazgeçmektedir. Bu halde boşanmanın feragat sözleşmesine etki etmemesi gerekir. Son görüşe göre⁵⁵ ise eşlerden biri ölmeden evvel evlilik birliği sona ererse sağ kalan eş mirasçı olamayacağı için onun mirastan feragatinin de hüküm ifade etmemesi gerekir.

Kanaatimizce boşanmanın feragat sözleşmesine etkisi değerlendirilirken iki farklı gerekçelendirilme yapılabilir. İlk olarak, TMK m.181'e bakarsak boşanan eşler, bu sıfatla birbirlerinin yasal mirasçısı olamazlar ve boşanmadan önce yapılmış ölüme bağlı tasarruflarla kendilerine sağlanan hakları, aksi tasarruftan anlaşılmadıkça, kaybederler. Maddede eşlerin "ölüme bağlı tasarruflarla kendilerine sağlanan hakları" kaybetmeleri öngörülür. Mirastan feragat sözleşmesi olumsuz miras sözleşmesi olup, olumlu miras sözleşmesindeki gibi her zaman miras bırakanın karşı tarafı lehine kazandırmayı amaçlamaz. Özellikle de ivazsız mirastan feragat sözleşmesinde feragat eden bakımından kazanılan bir hak söz konusu olmayıp bilakis beklenen miras hakkından vazgeçme söz konusudur. Öte yandan mirastan feragat sözleşmesi geniş anlamda ölüme bağlı tasarruftur. Bu nedenle boşanma ile feragat sözleşmenin TMK m.181 gereği kendiliğinden geçersiz olacağı savunulabilir. İkinci olarak ise eş ile akdedilen feragat sözleşmesi yasal şarta bağlanmış gibidir. Şartın yani boşanmanın gerçekleşmediği dönemde eşin miras hukukundan doğan hakkı beklenti düzeyindedir.⁵⁶ Evlilik birliği sona erdiğinde, eş mirasçı sıfatını da taşıyamayacağından, feragat sözleşmesi de kendiliğinden sona erer. Boşanma kararının kesinleşmesi ile mirastan feragat sözleşme-

⁵⁴ Bıçakçı, s. 77.

⁵⁵ Kurşun, s. 2370.

⁵⁶ Beklenti, şarta veya kanuni şarta bağlı işlem vasıtası ile lehine tasarrufta bulunan kimsenin hukuken korunan durumunu ifade eder. Muhtemel mirasçıların mirasçı olmaya yönelik menfaatleri hukuken korunmakta ise beklentiden, korunmamakta ise alelade bir ümitten bahsedilebilir. Bkz. Haluk N. Nomer, Beklenen Haklar Üzerindeki Tasarrufların Hukuki Sonuçları, İstanbul 2002, s. 130.

sinin etkisi ileriye etkili sona erer.⁵⁷ Feragat edenin miras bırakan-
dan önce ölümü,⁵⁸ mirastan çıkarma sebeplerinin varlığı, boşanma
vs. gibi feragat edenin miras bırakana mirasçı olamayacağına belirli
olduğu tüm hallerde kanaatimizce feragat sözleşmesinin hükümsüz-
lüğü söz konusu olur. TMK m. 548/I (EMK m. 495) “mirasçı atanan
veya kendisine belirli mal bırakılan kişi miras bırakanın ölümünde
sağ değilse, miras sözleşmesi kendiliğinden ortadan kalkar” hükmü
kıyasen uygulanarak da benzer bir sonuca ulaşılabilir. Dural, nişanlı-
lar arasında yapılan miras sözleşmesinin nişanlanmanın sona ermesi
halinde ne olacağına ilişkin kanun hükmü olmadığını, miras sözleş-
mesi ile lehine tasarruf yapılan nişanlının miras bırakanın önce öl-
mesi halinde EMK m. 495 uygulanarak miras sözleşmesinin bu ne-
denle kendiliğinden sona ermesini önermektedir.⁵⁹

Sonuç olarak eşlerin boşanmaları ile birlikte mirastan feragat söz-
leşmesi hükümsüzleşir. Mirastan feragat sözleşmesinde boşanma ha-
linde dahi mirastan feragatin geçerli olması açıkça düzenlenmemişse
kanaatimizce boşanma ile bu sözleşmenin etkisi sona erer.

B. Eşlerin Birbirleri ile Yeniden Evlenmesi Durumunda Feragat Sözleşmesinin Geçerliliğinin Değerlendirilmesi

Mirastan feragat sözleşmesi incelendiğinde eşlerin boşanması ve yeniden evlenmesi durumunda eşlerin diğerine ya da birbirine mirasçı olamaması sözleşmede açıklanmış olabilir. Kanaatimizce bu düzenleme olmasa dahi bir kez boşanma ile hükümsüz hale gelen feragat sözleşmesi eşler yeniden evlense de kendiliğinden geçerli hale gelmez. Eşlerin yeniden feragat sözleşmesi düzenlemesi gerekir. Örneğin, eşler mal rejimi sözleşmesi akdetmiş, sonra da boşanmışlarsa mal rejimi sözleşmesi de boşanma ile sona erer (TMK m.225, 247, 271). Eşler yeniden birbiri ile evlense bile eski mal rejimi sözleşmesi geçerli olmaz. İstiyorlarsa yeniden mal rejimi sözleşmesi düzenlemeleri gerekir. Bu örnekteki gibi boşanma ile feragat sözleşmesi de kendiliğinden hükümsüz hale gelir.

⁵⁷ Koşul için bkz. Mustafa Alper Gümüş, Borçlar Hukukunun Genel Hükümleri, Yetkin, Ankara 2021, s. 1003 vd.

⁵⁸ Berki, s. 49; Yazar aksi görüşte bkz. Antalya, s. 300; BGE 101 II 34.

⁵⁹ Dural, s. 211.

Bir örnek ile konuyu somutlaştırmak isteriz. (A) ve (B) evlendikten sonra ivazsız mirastan feragat sözleşmesi düzenlemiştir. (B), (A)'nın mirasından ivazsız olarak feragat etmiştir. (A)'nın önceki evliliğinden bir kızı bir de oğlu bulunmaktadır. (A) ve (B) evlendikten iki sene sonra boşanmışlardır. Boşandıktan bir yıl sonra ise yeniden evlenmişlerdir. Evlilikleri beş sene sürdükten sonra (A) vefat etmiştir. Bu olayda miras paylaşımı hukuki sorun olarak ortaya çıkabilir. Zira taraflar evlendikten sonra mirastan feragat sözleşmesi düzenlemiş, sonra boşanmış ve yeniden evlenmişlerdir. (A)'nın ölümü üzerine eşlerin boşanmadan önce düzenledikleri mirastan feragat sözleşmesinin etkisi netleştirilebilir. Boşanmanın mirastan feragat sözleşmesine etkisinin olmadığı kabul edilir ise eş miras bırakana mirasçı olamaz ve miras bırakanın ilk evliliğinden çocukları mirasçı olur. Eğer boşanmanın mirastan feragat sözleşmesine etkisinin olduğu kabul edilir ise eş miras bırakanın ilk evliliğinden çocukları ile birlikte mirasçı olur. Kanaatimizce miras bırakan ve eşi boşanma sonrasında yeni bir mirastan feragat sözleşmesi yapmadıysa yukarıda verdiğimiz örnekteki gibi bir olayda sağ kalan eş miras bırakanın ilk evliliğinden olan çocukları ile birlikte mirasçılık sıfatını kazanır.

C. Feragat Sözleşmesinin Hükümsüz Olması Durumunda İvazın İadesi

Eş ile düzenlenen mirastan feragat sözleşmesinin ivazlı olması durumunda, boşanma ile birlikte ivazın iade edilip edilmeyeceği sorun olabilir. Mirastan feragat sözleşmesinin ivazlı olması durumunda bir görüşe göre⁶⁰ feragat sözleşmesinin sona ermesine rağmen verilen ivaz artık feragat eden eşten geri istenemez ancak tarafların mirastan feragat sözleşmesinde bunun aksini kararlaştırması mümkün olabilir. Diğer bir görüş⁶¹ mirastan feragat sözleşmesinin hükümsüz hale geldiğini ve dolayısıyla eşe verilen ivazın da geri istenebilmesini savunur. Yani burada sebepsiz zenginleşmeye ya da sözleşmesel tasfiye ilişkisi kapsamında bir talep hakkı ile ödenmiş ivaz geri istenmesi caizdir.

⁶⁰ Berki, s. 49; Bıçakçı, s. 77.

⁶¹ İmre, s. 312; Albaş, s. 551 (Yazarlar ivazın sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre geri alınabileceğini belirtmişlerdir); Antalya, Feragat, s.238 (Yazar ivazla feragat ile arasında iradi bir karşılık ilişkisi kurulmuşsa mirasbırakanın eski eşi ile kurduğu feragat sözleşmesinin hükümsüzlüğüne dayanarak taahhüt ettiği ivazı ödemekten kaçınabileceğini belirtmektedir.); Kurşun, s. 2384.

Kanaatimizce boşanma ile hükümsüz hale gelen mirastan feragat sözleşmesi için verilen ivaz geri istenemez. Miras bırakan verdiği bu ivazı, feragat edenin gelecekteki mirasçılık şansına karşılık vermiş ve onun mirasçı olmasını engellemiştir. Mirastan feragat eden mirasçı feragat bedelinin üzerinde alabileceği bir mirastan vazgeçmiş ya da ileride mirasçı olamayacağı halde halihazırda iyi bir karşılık almış olabilir. Dolayısıyla, taraflar için olumlu veya olumsuz değişikliklerin gerçekleşmesi riski feragat sözleşmesinin doğasında vardır ve taraflar bunun külfetine katlanmak zorundadır diyebiliriz. Doktrinde de bu şekilde riskli ve spekülatif bir işlemde temel hatasına, işlem temelinin çökmesine, sebepsiz zenginleşmeye dayanan bir hesaplasmaya yer verilemeyeceği belirtilmektedir.⁶²

Kural olarak ivazlı mirastan feragat sözleşmesi feragat edenin alt-soyunun mirasçılığını etkilemektedir (TMK m.528/III). Yalnız bu etki feragat edenin eş olması durumunda uygulanmaz. Elbette taraflar mirastan feragat sözleşmesine ivazın iadesine ilişkin hüküm koyabilir. Feragat sözleşmesinin hükümsüz kalması halinde ivazın iade edileceği kararlaştırılabilir.

SONUÇ

Mirastan feragat sözleşmesinin eş ile düzenlenmesi halinde eş mirasçılık sıfatını kaybeder, miras bırakanın borçlarından da sorumlu olmaz. Eşin mirastan feragat etmesi onun mal rejiminden doğan alacaklarını kendiliğinden ortadan kaldırmaz, edinilmiş mallara katılma rejiminde eş mirastan feragat sözleşmesinin yapılması ile miras payını kaybedecek olsa da katılma alacağını talep edebilir. Noterde aynı sözleşmede mirastan feragat ve muhtemel katılma alacağından feragat birlikte düzenlenebilir. Bu olasılıkta mirastan feragat eden eşin mal rejiminden doğan alacakları da kalkar.

Mirastan feragat edenin miras bırakandan önce ölümü, ıskat sebeplerinin varlığı, boşanma vs. gibi feragat edenin miras bırakana mirasçı olamayacağının belirli olduğu tüm hallerde, feragat sözleşmesinin hükümsüzlüğü söz konusu olur. Mirastan feragat sözleşmesi geniş anlamda ölüme bağlı tasarruftur. Bu nedenle boşanma ile

⁶² Serozan / Engin, s. 391.

feragat sözleşmenin TMK m.181 gereği kendiliğinden geçersiz olacağı savunulabilir. İkinci olarak ise eş ile akdedilen feragat sözleşmesi bozucu etkili yasal şarta bağlanmış gibidir. Evlilik birliği sona erdiğinde, eş mirasçı sıfatını da taşıyamayacağından, feragat sözleşmesi de kendiliğinden sona erer. Kanaatimizce eşlerin boşanmaları ile birlikte yasal şart devreye girerek mirastan feragat sözleşmesi hükümsüz hale gelir.

Kanaatimizce bir kez boşanma ile hükümsüz hale gelen feragat sözleşmesi eşler yeniden evlense de kendiliğinden geçerli hale gelmez. Eşlerin yeniden feragat sözleşmesi yapması gerekir. Bu nedenle eşler yeniden mirastan feragat sözleşmesi düzenlemez ise miras bırakanın ölümü tarihinde eş hayatta ise mirastan pay almalıdır.

Katıldığımız görüşe göre ivazlı mirastan feragat sözleşmesinde feragat hükümden düşmüşse verilmiş ivaz artık feragat eden eşten geri istenemez ancak taraflar mirastan feragat sözleşmesinde bunun aksini kararlaştırabilir.

Kaynakça

Kitaplar

- Antalya O. Gökhan, "Miras Hukuku", C: III, Genişletilmiş 5. Baskı, Seçkin, Ankara 2021.
- Antalya O. Gökhan, "Mirastan Feragat Sözleşmesi", Alkım Yayınları, İstanbul 1999. (Kıs.Feragat).
- Ayan Mehmet, Miras Hukuku, 9. Baskı, Seçkin, Ankara 2016.
- Berki Şakir, Miras Hukuku, Sevinç Matbaası, Ankara 1975.
- Bıçakçı Levent, Mirastan Feragat Sözleşmesi, İstanbul, Kazancı Matbaacılık, 1999.
- Dural Mustafa, Miras Sözleşmeleri (İsviçre, Alman ve Avusturya Hukuklarıyla Karşılaştırmalı Olarak), Fakülteler Matbaası, İstanbul 1980.
- Dural Mustafa/Öz, Turgut, Türk Özel Hukuku Cilt IV Miras Hukuku, Filiz Kitabevi, İstanbul 2022.
- Dural Mustafa/Öğüz, Tufan/Gümüş Mustafa Alper, Türk Özel Hukuku Cilt III Aile Hukuku, Filiz Kitabevi, İstanbul 2023.
- Eren Fikret/Yücer Aktürk İpek, Türk Miras Hukuku, Yetkin Yayınları, Ankara 2019.
- Gümüş Mustafa Alper, Borçlar Hukukunun Genel Hükümleri, Yetkin, Ankara 2021.
- Hatemi Hüseyin, Miras Hukuku, Gözden Geçirilmiş 10. Bası, Onikilevha, İstanbul 2022.

- Hrubesch-Millauer Stephanie, CHK- Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Erbrecht, Art.457-640 ZGB, Eds. Breitschmid, Peter/Jungo, Alexandra, 3. Auflage, Schulthess Juristische Medien AG, 2016.
- İmre Zahit /Erman Hasan, Miras Hukuku, 16. Basım, DER Yayınları, İstanbul 2022.
- İnan Ali Naim/Ertay Şeref/Albay Hakan, Miras Hukuku, Mevzuattaki Değişikliklerle ve Uygulamalardaki Yeniliklere Göre Genişletilmiş ve Güncelleştirilmiş 11. Baskı, Seçkin, Ankara 2022.
- İşgüzar Hasan/Demir Mehmet/Yılmaz Süleyman, Miras Hukuku, Yetkin, Ankara 2019.
- Kılıçoğlu Ahmet, Miras Hukuku Genişletilmiş 12. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara 2022.
- Kocayusufpaşaoğlu Necip, Miras Hukuku, 3. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1987.
- Nomer Haluk N., Beklenen Haklar Üzerindeki Tasarrufların Hukuki Sonuçları, İstanbul 2002.
- Öztan Bilge, Miras Hukuku, 12. Bası, Yetkin, Ankara 2021.
- Paksoy Meliha Sermin, Zamanaşımından Feragat (TBK 160), On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2012.
- Studhalter Philipp, ZGB Kommentar Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Orell Füssli Kommentar (Navigator.ch), Eds. Jolanta Kren Kostkiewicz, Stephan Wolf, Marc Amstutz, Roland Fankhauser, 4. Aufl. Orell Füssli Verlag AG 2021.
- Serozan Rona / Engin Baki İlkay, "Miras Hukuku ve Uygulama Çalışmaları", Güncellenmiş 8. Baskı, Seçkin, Ankara 2022.
- Weimar Peter, Berner Kommentar, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Das Erbrecht, Die Erben: Die gesetzlichen Erben / Die Verfügung von Todes wegen, Art.457-516 ZGB, Eds. Hausheer, Heinz / Walter, Hans Peter Stämpfli Verlag AG, Bern, 2009.

Makaleler

- Akça Neslihan, "Yasal Mirasçılarının Mirastan Feragatinden Yararlanacak Kişilerin Tespiti ve Feragatin Hükümden Düşmesi", *İNÜHFD*, Malatya 2019, C.10, S.1, s.237-247
- Akcaal Mehmet, "Sağ Kalan Eşin Katılma Alacağı ve Bunun Mirasın Tasfiyesine Etkisi", *İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, İstanbul 2020, C.6, S.2, 231-247.
- Albaş Hakan, "Mirastan Feragat Sözleşmesi ve Hükümlerine İlişkin Bazı Sorunlar", *DEÜHFD*, İzmir 2007, C.9, Özel Sayı, s.535-552.
- Aydıncık Midyat Şirin, "Evlenmeden Önce Mirastan Feragat Sözleşmesi Yapılabilir mi?", *İMİHFD*, İstanbul 2023, C. 8, S. 1, s. 211-237.
- Demirsatan Barış, "Miras Sözleşmelerinde Aşırı Yararlanmanın Uygulanabilirliği", *DEÜHFD*, İzmir 2020, C.22, S.2, s.1053-1088.

Engin Baki İlkay: "Zümrede Halefiyet İlkesi Işığında Mirastan Feragatin Altsoya Etikisi (TMK 528 III Kuralının Anlamı), Prof. Dr. Sermet Akman'a Armağan, Filiz Kitabevi, İstanbul 2020, s. 379-403.

Ertuş Şeref, "Mirastan Feragat", *DEÜHFD*, İzmir 2019, C.21, Prof. Dr. Durmuş Tezcan'a Armağan Özel Sayı, s. 2893-2909.

Kurşun Ali Suphi, "Eşler Arasında Yapılan Mirastan Feragat Sözleşmesi", *Legal Hukuk Dergisi*, İstanbul 2017, C.15, S. 173, s. 2361-2388.

İnternet Kaynakları

Kazancı İctihat Bilgi Bankası

Lexpera

ÖLÜM VE BEDEN ZARARLARINA İLİŞKİN TAZMİNAT TALEPLERİNDE ZAMANAŞIMI SORUNU

THE PROBLEM OF STATUTE OF LIMITATIONS FOR COMPENSATION CLAIMS FOR DEATH AND BODILY HARM

Özge HANCI*

Özet: Ölüm ve beden zararına yol açabilen objektif hukuka veya borca aykırı davranışlardan kaynaklanan tazminat taleplerinin tabi olduğu zamanaşımına ilişkin düzenlemeler uygulamada adaletsizliğe yol açmaktadır. Çünkü gelişen teknoloji sebebiyle değişen günümüzdeki üretim ve tüketim biçimleri, eskisinden farklı olarak sorumluya isnat edilen davranışın işlendiği anda değil, işlenmesinden uzun zaman sonra zarara yol açmaktadır veya meydana gelen zarar uzun zaman sonra fark edilebilmektedir. Depremde yıkılan veya ağır hasar gören yapılar sebebiyle meydana gelen ölüm ve beden zararında da durum farklı değildir. Zamanaşımı kurumunun amacının muaccel olan alacak hakkı için talepte bulunmaya yönlendirme olduğu dikkate alındığında zararın henüz doğmadığı veya zarar görenin elinde olmayan sebeplerle öğrenilemediği bir durumda alacağın zamanaşımına uğraması amaca uygun düşmez. Hak arama özgürlüğünün (mahkemeye erişim hakkının) etkisiz hale gelmemesi amacıyla zamanaşımını durduran sebepler çerçevesinde psikolojik engeller daha kapsamlı biçimde dikkate alınmalıdır. Ayrıca aynı amaçla TBK hükümleri Anayasaya uygun yorumlanmalı, geç meydana gelen zararlarda mutlak zamanaşımının mutlaklığı sınırlandırılarak zararın meydana gelmesinden veya öğrenilmesinden itibaren, mutlak zamanaşımı süresi dolmuş olsa bile, kısa (nispi) zamanaşımı süresi işleme başlanmalıdır.

Anahtar Kelimeler: Mutlak Zamanaşımı, Kısa Zamanaşımı, Beden Zararları, Geç Meydana Gelen Zarar, Geç Öğrenilen Zarar

Abstract: Legal regulations about statute of limitations concerning compensation claims, arising from tort or breach of obligations causing death or bodily harm, lead to injustice in practice. This

* Doç. Dr., drozgehanci@gmail.com, ORCID: 0000-0002-6472-0977, Makalenin Gönderim Tarihi: 01.09.2023, Kabul Tarihi: 15.01.2024

is because, unlike in the past, today's production and consumption patterns, which have changed due to the developing technology, cause damage not at the time when the behaviour attributed to the responsible person is committed, but long after it is committed, or the damage can be noticed after a long time. The situation is no different in the case of death and bodily harm caused by buildings collapsed or severely damaged in an earthquake. Considering that the purpose of the statute of limitations is to direct the creditor to make a claim for the due right, it is not compatible with this purpose that the right to be time-barred in a situation where the damage has not yet occurred or cannot be learned due to reasons beyond control of the injured party. In order not to render the right of access to the court ineffective, psychological obstacles should be taken into consideration more comprehensively within the framework of the reasons that suspend the statute of limitations. For the same purpose, the provisions of the TCO should be interpreted in accordance with the Constitution, and the short (relative) statute of limitations should start to run from the occurrence or learning of the damage, even if the absolute statute of limitations has expired.

Keywords: Absolute Statute of Limitations, Short Statute of Limitations, Bodily Harm, Late Damages, Late Recognised Damages

GİRİŞ

6 Şubat 2023 tarihinde ve devamında gerçekleşen, Türkiye'nin on bir ilini etkileyen depremlerde yıkılan yapılar sebebiyle kişilerin hem malvarlığı hem de kişi varlığı değerleri ağır biçimde zarar görmüştür. Depremde yapıların yıkılmış olması bu yapıların kötü yapılmış olması veya gereği gibi bakılmamış olmasından kaynaklandığı takdirde yapının yıkılmasından dolayı zarar gören kişiler başka kişi ve kurumlara karşı tazminat talebini ileri sürebilecektir.¹ Özellikle depremde meydana gelen kişi varlığı zararlarından yaralanma sebebiyle meydana gelen zararlar da kişiliğe dahil maddi varlığı bulunan bir değer etkilendiği için cismani zarar veya bedensel zarar olarak da ifade edilebilmektedir.²

¹ Yapı yıkılmamış olmakla birlikte afet bölgesinde yolların bozulmuş olması ve şehrin enkaz yığını haline gelmesi sonucunda kişilerin ulaşım, barınma, beslenme, güvenli suya erişim gibi temel gereksinimlerinin idare tarafından karşılanamaması, yıkılan yapılarda arama kurtarma hizmetinin zamanında ve etkin biçimde yerine getirilmemesi durumunda meydana gelen zarardan idarenin sorumluluğu saklıdır.

² Bkz. Haluk Tandoğan, Türk Mes'uliyet Hukuku (Akit Dışı ve Akdi Mes'uliyet), 1961 Yılı Birinci Basıdan Tıpkı Bası, Vedat, İstanbul 2010, s. 69; Kemal Oğuzman ve Turgut Öz, Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt 2, 9. Bası, Vedat, İstanbul 2012, s. 89-90.

Ölüm ve beden zararları, bazı hallerde sorumluluğa yol açan eylemin hemen ardından gerçekleşmeyip belli bir süre sonra meydana gelmektedir veya daha önce meydana gelmekle birlikte çok sonra fark edilebilmektedir.³ Zararın geç meydana geldiği hallerde de fiilin meydana getirdiği hak ihlali objektif sebeplerle geç fark edilebilmektedir.⁴ Deprem de yapının kötü yapıldığını veya kötü bakıldığını sonradan ortaya çıkaran, zararı geç meydana getiren olgulardan biridir. Bu nedenle ölüm ve beden zararına ilişkin zamanaşımı düzenlemelerinin günümüz koşullarına uygun olarak yeniden düzenlenmesine ihtiyaç bulunmaktadır. Çalışmada zamanaşımının varlık amacı ve benzer kavramlardan farkları da dikkate alınarak zamanaşımı süresi ile bunun işlemeye başladığı an ile ilgili yasal düzenlemeler karşılaştırılarak tartışılacaktır.

I. ZAMANAŞIMININ VARLIK AMACI VE BENZER KAVRAMLARDAN FARKLARI

A. Zamanaşımının Varlık Amacı

Türk Borçlar Kanunu (TBK) hükümleri gereğince bir borç ilişkisinden doğan her alacak – bazı durumlarda zamanaşımı süresi işleme- se dahi- zamanaşımına tabi kılınmıştır.⁵ Alacağın dayandığı hukuksal sebebe göre zamanaşımı süreleri değişse de alacağın her durumda zamanaşımına tabi olmasının birincil amacı hukuksal ilişkilerde belirlilik, öngörülebilirlik yoluyla hukuksal güvenlik sağlamaktır.⁶ Öğreti-

³ Claire Huguenin, Florent Thouvenin ve Tina Purtschert, "Vereinheitlichung des Fristenregimes: zu viel oder zu wenig?", *HAVE/REAS*, S. 1, 2012, s. 78-79.

⁴ Ayça Akkayan Yıldırım, "Geç Ortaya Çıkan Bedensel Zararların Tazmini Taleplerinde Uygulanacak Zamanaşımının Yeni Eğilimler Çerçevesinde Değerlendirilmesi", *İÜHFİM*, C. 79, S. 1, 2016, s. 185.

⁵ Fikret Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 24. Baskı, Yetkin, Ankara 2019, s. 1436. Borç ilişkisinin kendisinin zamanaşımına tabi olmadığı hususunda bkz. Kemal Oğuzman ve Turgut Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt 1*, 17. Bası, Vedat, İstanbul 2019, s. 620, 623.

⁶ Ayşe Havutçu, "Haksız Fiil Sorumluluğunda Zamanaşımı Sürelerinin Başlangıcı", *DEÜHFD*, C. 12, Özel Sayı, 2012, s. 582; Robert K. Däppen, "Art. 60, Art. 128a OR", *Basler Kommentar OR I*, hrsg. Corinne Widmer Lüchinger ve David Oser, 7. Auflage, Helbing Lichtenhahn Verlag, Basel 2020, Art. 60 N 9. Howald Moor ve diğerleri/İsviçre kararında da zamanaşımının amaçları arasında hukuksal güvenlik sağlama amacı yanında zaman geçtiği için nedensellik bağının kanıtlan-

de zamanaşımının yargının yükünün ağırlaşmasını önlemeye yönelik olduğu ve dolayısıyla zamanaşımı süresinin anlaşmayla uzatılmamasında kamu yararı olduğu, bunun kamu düzeniyle ilgili olduğu belirlense⁷ de zamanaşımının salt defa hakkı verdiği ve resen gözetilmediği düşünülürse asıl amaç yargının yükünü azaltmak değildir.⁸

Zarara yol açan eylemden ötürü doğan tazminat sorumluluğu yükümlülüğün yaptırımı niteliğinde olmakla birlikte aynı zamanda zarar gören ile sorumlu arasında borç ilişkisi meydana getirir. Bu nedenle zamanaşımı süreleri borcun kaynağına göre birbirinden farklı düzenlense de zamanaşımının işleyişine ilişkin genel hükümler haksız fiilden doğan borçlar için de geçerlidir. Aynı hakların bazılarının bağımlı bulunduğu borç zamanaşımına tabi olsa da aynı hakkın kendisi zamanaşımına uğramaz,⁹ çünkü aynı hak mutlak bir hak olup herkese karşı ileri sürülebilir. Buna karşılık alacak hakkı yalnızca borçluya ve onun haleflerine karşı ileri sürülebilir. Kanaatimizce zamanaşımında borç ilişkisinin taraflarının ve haleflerinin menfaatleri öne çıktığı¹⁰ için zamanaşımı süresinin kısaltılması ya da uzatılması yönünde anlaşma yapılması prensip olarak mümkün olmalıdır. Ancak bu anlaşmalar da ahlaka uygun ve özgürlükleri etkisiz hale getirmeyecek nitelikte olmalıdır. TBK'nın 148. maddesine göre bu ayırmada belirlenen zamanaşımı süreleri sözleşmeyle değiştirilemez ise de haksız fiilden doğan tazminat talepleri için geçerli zamanaşımı süresi bu ayırmada bulunmadığından değiştirilebilir niteliktedir.¹¹ Buna karşılık Avrupa Medeni Kanunu Çalışma Grubu ve Avrupa Topluluğu Özel Hukuk Araştırma Grubu tarafından birlikte hazırlanan Avrupa Özel Hukukunun İlkeleri, Tanımları ve Model Kuralları Taslak Ortak Referans Çerçevesi İlkeleri'nin (DCFR) 7:601 maddesine göre zamanaşımı süresi sözleş-

masındaki güçlükten kaynaklanan adaletsizliği önleme amacı sayılmaktadır. Bkz. EGMR Howald Moor u.a. gg. die Schweiz, 11.03.2014, Österreichisches Institut für Menschenrechte, <https://hudoc.echr.coe.int/fre?i=001-169034> Erişim Tarihi: 24.03.2023. Bu hususta ayrıca bkz. Ahmet Kılıçoğlu, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 24. Bası, Turhan, Ankara 2020, s. 1099-1100.

⁷ Oğuzman ve Öz, Cilt 1, s. 620-621; Eren, s. 1439.

⁸ Aynı yönde bkz. Akkayan Yıldırım, s. 189.

⁹ Bkz. Mehmet Erdem, "TBK m. 146", İstanbul Şerhi Türk Borçlar Kanunu Cilt 2, 3, ed. Turgut Öz vd., 3. Bası, Vedat, İstanbul 2019, N 23-27.

¹⁰ Bu konudaki tartışma ve farklı görüşler için bkz. Erdem, N 14.

¹¹ Kılıçoğlu, s. 1135; Eren, s. 937.

meyle değiştirilebilir ancak zamanaşımı süresi bu halde bir yıldan kısa ya da otuz yıldan uzun olamaz.¹²

Alacağın zamanaşımına uğramasına yol açan hususun alacaklının eylemsizliği ve dolayısıyla hakkını takip etmemesi olduğu dikkate alınırsa işlem hayatındaki öngörülebilirlik ve istikrar menfaati ile ahde vefaya olan menfaatin zamanaşımı kurumuyla dengelendiği anlaşılabilir.¹³ Özel hukukta zamanaşımı kurumunun varlık sebebi yasada açıkça ortaya koyulmasa da zamanaşımını kesen ve durduran sebepler incelendiğinde ortak olan hususun alacaklının hakkını takip etmeye yönelik davranışlarının zamanaşımını kesen sebepler sayıldığı, alacaklının borçluyu takip etmesini güçleştiren veya fiili olarak engel oluşturan olguların veya ilişkilerin ise zamanaşımını durduran sebepler sayıldığı görülür.¹⁴ Dolayısıyla alacaklının hakkını takip edebilecek durumda olup da bilerek takip etmemesi veya takip etmekte ihmalkâr davranması dava ve talep hakkının aşınmasına yol açmaktadır.

Öte yandan zamanaşımı alacak hakkını sona erdirmeyip yalnızca borçlunun ifaya zorlanabilmesine engel oluşturan nitelikte olmak üzere borçluya bir defa hakkı tanımaktadır. Bu halde borçlu borcunu ifadan kaçınma yönündeki defa hakkını kullanmadıkça alacağın takip edilmesine bir engel bulunmamaktadır, zamanaşımı borçlar hukukunda resen dikkate alınmaz.¹⁵ Bu bakımdan borcun ifasından kaçınma

¹² Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law Draft Common Frame of Reference (DCFR) Outline Edition Prepared by the Study Group on a European Civil Code and the Research Group on EC Private Law (Acquis Group) Based in part on a revised version of the Principles of European Contract Law, Edited by Christian von Bar, Eric Clive and Hans Schulte-Nölke and Hugh Beale, Johnny Herre, Jérôme Huet, Matthias Storme, Stephen Swann, Paul Varul, Anna Veneziano and Fryderyk Zoll, Munich 2009, s. 275, https://www.law.kuleuven.be/personal/mstorme/2009_02_DCFR_OutlineEdition.pdf Erişim Tarihi: 20.09.2023.

¹³ Bkz. Muharrem Tütüncü, "Yeni Türk Borçlar Kanunu'nda Haksız Fiil Zamanaşımı", *İKÜHFD*, C. 11, S. 1, 2012, s. 156. Eren de hukuk düzeninin zamanaşımının kabulü ile zamanaşımına düzeltici bir rol yüklediğini belirtmektedir. Bkz. Eren, s. 1434.

¹⁴ Bkz. Oğuzman ve Öz, Cilt 1, s. 629, 633-634; Eren, s. 1444. Zamanaşımını kesen sebepler alacaklının davranışlarından ibaret değildir ancak zamanaşımını kesen ve durduran sebepler alacaklının hakkını takip edip etmediği veya edemediği yönleriyle kesişmektedir.

¹⁵ Fatma Burcu Savaş, "Haksız Fiil Tazminatının Tabi Olduğu Zamanaşımı Süresinin İşlemeye Başladığı An", *TBB Dergisi*, S. 74, 2008, s. 125.

konusunda borçluya tanınan yetkinin kullanımı da alacaklının hakkını takip etmekte kayıtsız kalması da zararın doğmasıyla, zararın giderilmesini isteme hakkının eylemli olarak kullanılabilir hale gelmesiyle haklı sayılabilir.¹⁶

B. Zamanaşımının Benzer Kavramlardan Farkları

Zamanaşımı kurumunun kazandırıcı zamanaşımı, hak düşürücü süre ve varlık süresi ya da koruma süresinden önemli farkları bulunmaktadır. Kazandırıcı zamanaşımı aynı haklara ilişkin olarak uygulama alanı bulurken (aşındırıcı¹⁷) zamanaşımı hükümleri alacaklara ilişkin olarak uygulanır.¹⁸ Kazandırıcı zamanaşımı hükümlerinin uygulandığı hallerde mülkiyet hakkı sahibi hakkını kaybederken çekişmesiz ve aralıksız zilyet olmayı sürdüren kişi mülkiyet hakkını kazanmaktadır.¹⁹ Dava ve takip hakkını aşandıran zamanaşımı herhangi bir hakkı ortadan kaldırmaz ve bir başkasına da hak kazandırmaz.²⁰ Bununla birlikte kazandırıcı zamanaşımı ile alacakların tabi olduğu zamanaşımının ortak özelliği hukuksal güvenlik ve öngörülebilirlik menfaatini korumasıdır. Kazandırıcı zamanaşımında bir başkasının kurduğu ve sürdürdüğü zilyetlik ile yarattığı güven karşısında gerçek hak sahibinin hakkını bu işgale karşı korumaması, bu hususta ihmalkâr davranarak kayıtsız kalması, alacaklının alacağını takip etmekte kayıtsız kalmasına benzer biçimde değerlendirilmiştir. Buna

¹⁶ Aynı yönde bkz. Y. 4. HD E. 2004/7039 K. 2005/746 T. 03.02.2005, www.legal-bank.net Erişim Tarihi: 18.03.2023: "Bu bakımdan zamanaşımı alacağın varlığını değil, istenebilirliğini ortadan kaldırır. Bunun sonucu olarakta, yargılamayı yapan yargıç tarafından kendiliğinden gözönünde tutulamaz. Yasalarda öngörülen zamanaşımı sürelerinin işlemeye başlayabilmesi için öncelikle o hakkın istenebilir bir konuma gelmesi gerekir. Yasalarda bu istenebilir konuma, yerine getirilmesinin gerektiği gün, yani ödeme günü denmektedir. Bir hak, var olsa bile, o hakkın istenmesi için gerekli koşullar gerçekleşmemişse istenemez."

¹⁷ Kılıçoğlu, s. 1098. Öğretide düşürücü zamanaşımı olarak ifade edilmesinin yanıltıcı olabileceğine işaret edilmiştir. Bkz. Oğuzman ve Öz, Cilt 1, s. 619. Bu sebeple burada kazandırıcı zamanaşımından ayırt etmek üzere düşürücü yerine aşındırıcı biçiminde belirtilmiştir.

¹⁸ Eren, s. 1435.

¹⁹ Kılıçoğlu, s. 1098-1099. Bu bakımdan kazandırıcı zamanaşımı taraflardan biri için hak düşürücü niteliktedir. Bkz. Şeref Ertaş, "Sürekli Borç İlişkilerinde (Dauerschuldverhaeltnisse) Zamanaşımı", *DEÜHFD*, C. 16, Özel Sayı (Prof. Dr. Hakan Pekcanitez'e Armağan), 2014 (Basım Yılı: 2015), s. 3093.

²⁰ Bkz. Havutçu, s. 581.

karşılık zilyetliğin çekişmesiz ve aralıksız sürdürülmesi koşulu bulunduğu için kazandırıcı zamanaşımında zamanaşımını kesen veya durduran sebeplerden söz edilemez.

Hak düşürücü süre yenilik doğuran haklar için öngörülürken zamanaşımı alacaklar için öngörülür.²¹ Hak düşürücü sürede zamanaşımının aksine süre dolduğunda hakkın kendisi ortadan kalkar; oysa zamanaşımına uğramış bir hak ortadan kalkmaz, yalnızca dava ve takip hakkı aşınır, defi ileri sürmek suretiyle alacaklı geri çevrilebilir.²² Hak düşürücü sürenin varlık amacı da zamanaşımında olduğu gibi hukuksal ilişkilerde öngörülebilirlik ve hukuksal güvenlik sağlayabilmektir.²³ Fakat zamanaşımının aksine hak düşürücü sürede hakkın kullanımından olumsuz etkilenecek kişinin iradesi önemli değildir, hak düşürücü sürenin dolması resen gözetilen bir itiraz sebebidir.²⁴ Zamanaşımına uğrayan bir tazminat borcu ise eksik borca dönüşür ancak varlığını, geçerliliğini sürdürür.

Özel hukukta öngörülen sürelerden koruma süresine tabi olan haklar aynı haklar veya alacak hakkı değil, fikri ve sınai haklardır. Herkese karşı korunan haklardan fikri ve sınai haklar, aynı haklara benzer biçimde, zamanaşımına tabi kılınmamıştır, çünkü mutlak olarak korunan değerlerin hak sahibinin eylemsizliği ile etkisiz hale gelmesi kabul edilmemiştir. Fikri ve sınai haklar için Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu ile Sınai Mülkiyet Kanunu'nda öngörülen koruma sürelerinin varlık amacı zamanaşımından ve hak düşürücü sürede olduğu gibi hukuksal öngörülebilirlik sağlamak değildir. Koruma sürelerinin öngörülme sebebi fikri ve sınai hak sahibinin menfaati ile kamu yararı arasında denge kurmaktır. Bu bakımdan koruma süresinin dolmuş olması resen gözetilecek bir husustur ve bu yönüyle de zamanaşımından ayrılır.²⁵ Bazı aynı haklar da varlık süresine tabi kılınmış olup koruma süresine benzer bir nitelik taşır.²⁶

²¹ Erdem, N 19-20, 34; Oğuzman ve Öz, Cilt 1, s. 619-620; Tütüncü, s. 155.

²² Bkz. Kılıçoğlu, s. 1100-1101; Eren, s. 1434-1435.

²³ Ertaş, s. 3093.

²⁴ Eren, s. 1434; Kılıçoğlu, s. 1101; Oğuzman ve Öz, Cilt 1, s. 620; Erdem, N 37; Tütüncü, s. 154-155.

²⁵ Kılıçoğlu, s. 1102.

²⁶ Bkz. Erdem, N 43.

II. ÖLÜM VE BEDEN ZARARININ DOĞMASINI VEYA ÖĞRENİLMESİNİ GECİKTİREN SEBEPLER

A. Zararın Geç Meydana Gelmesine Yol Açan Olgular

Ölüm veya beden zararı meydana getiren hukuka aykırı eylemlerin bazılarında zarar hemen meydana gelip somutlaşırken bazılarında ise zarar eylemden çok daha sonra meydana gelmektedir.²⁷ Örneğin ateşli silahla yaralamada zarar hemen o sırada meydana gelirken kalitesiz malzemeyle yapılmış bir binanın yıllar sonra gerçekleşen depremde yıkılmış olması halinde zarar yapının kötü yapılmasından çok sonra meydana gelir. Nükleer santrallerdeki patlama veya sızıntı ya da radyoaktif maddelerin kullanımından, radyoterapiden ötürü doğan zararlar da hukuka aykırı eylemden çok daha sonra, geç bir vakte meydana gelebilmektedir.²⁸

Benzer biçimde bazı mesleklerin icra edilmesi sırasında işçilerin maruz kaldığı kimyasal veya asbest gibi kanserojen maddelerin yol açtığı meslek hastalıkları da belli bir maruz kalma döneminden çok sonra ortaya çıkabilmektedir.²⁹ İşverenin işçinin sağlığını koruma yükümlülüğünü ihlal etmesinin sonucunda meydana gelen beden zararı bu ihlalin hemen ardından gerçekleşmemektedir. Endüstriyel ilaç üretim sürecinde önüne geçilemeyen riskin bulunduğu kabul edilir ve bu riskin gerçekleşmesi halinde önleyici veya tedavi edici ilaçlar, kullanımdan hemen sonra değil, belli bir süre sonra beden zararına yol açabilir³⁰; özellikle gelişen tıp teknolojisiyle birlikte yeni nesil aşuların

²⁷ Bkz. Tütüncü, s. 174, 178-179.

²⁸ Oğuzman ve Öz, Cilt 2, s. 73.

²⁹ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin İsviçre aleyhine açılan bir davada asbestin kişilerde yol açtığı kötü huylu tümörden dolayı tazminat talebinin zararın ne zaman öğrenildiğinden bağımsız olarak on yılda zamanaşımına uğraması sebebiyle mahkemeye erişme hakkının (AİHS madde 6) ihlal edildiği yönündeki kararı "geç meydana gelen zararlar" ile ilgili düzenlemeleri gözden geçirme ihtiyacını öne çıkarmış ve İsviçre hukukunda zamanaşımıyla ilgili reform yapılmasında etkili olmuştur. Bkz. ECHR Case of Howald Moor and Others v. Switzerland, 11.03.2014, <https://hudoc.echr.coe.int/fre?i=001-169504> Erişim Tarihi: 15.03.2023; Botschaft zur Änderung des Obligationenrechts (Verjährungsrecht) vom 29. November 2013, BBl 2014 235, <https://www.fedlex.admin.ch/eli/fga/2014/65/de> Erişim Tarihi: 15.03.2023.

³⁰ Bkz. Erwin Deutsch, Medizinrecht, 3. Auflage, Springer, Berlin Heidelberg 1997, s. 528, 666-667.

ve ilaçların uzun dönemdeki yan etkileri hakkında yeterli bilgi mevcut değildir.³¹ Bunun yanında genetiği değiştirilmiş organizmaların tarımda kullanılmasının insan ve hayvan sağlığı üzerindeki uzun vadede etkileri yeterli ölçüde bilinmemektedir, bunların insan ve hayvan genlerini etkilemek suretiyle uzun vadede beden zararlarının doğmasına yol açması mümkündür.

Zararın eylemden çok sonra meydana gelmesine yol açan olguların sanayi devrimiyle ve giderek insan ve hayvan sağlığını, çevreyi tehdit eden üretim ve tüketim metotlarıyla yakın ilişkisi bulunmaktadır.³² Türk hukukunda inşaat yapımında uyulması gereken teknik kuralları içeren yasal düzenlemeler dahi yaşam ve sağlık hakkını güvence altına almaya elverişli değildir. Bu hususlar dikkate alındığında zarar ile eylem arasında zamansal mesafenin bulunduğu olguların genellikle kişi varlığını etkileyen, ölüm ve beden zararlarına yol açan olgular olduğu fark edilebilir.

Zararın daha geç doğmasına yol açan olgularda nedensellik bağının belirlenebilmesi yönünden sorumluluğa yol açan eylemin ya da olayın doğru tespit edilmesi gereklidir. Depremde yıkılan yapılar ile ilgili olarak devlet dışındaki kişilerin sorumluluğuna yol açan olgu tek başına yapının yıkılması değil, ayıplı biçimde veya mevzuata aykırı olarak yapılması ve yapıdaki tehlikenin giderilmemesi³³ ya da gerektiği gibi bakımının yapılmasıdır.

Bu halde yapının kötü yapılması veya bakılması ile yıkılması arasında kurulacak nedensellik bağı yanında yapının yıkılması ile beden zararı arasında da nedensellik bağının kurulması gerekir. Nükleer santralde gerçekleşen bir patlama veya sızıntı yönünden ise zarar ne

³¹ Bu konudaki tartışmalar için İbrahim Topçu ve Nazım Nasuhbeyoğlu, "Gen Düzenleme Teknolojileri Bağlamında COVID-19 Aşısı Çalışmaları ve Etik Sorunlar," *Anadolu Kliniği Tıp Bilimleri Dergisi*, C. 25, S. 3, 2020, s. 277 vd.

³² Aynı yönde bkz. Akkayan Yıldırım, s. 188.

³³ Yapıların kötü yapılmasında kusuru bulunan yüklenicinin eseri teslim etmesinin haksız fiili sonlandırmadığı, yapıdaki tehlikeyi giderme konusunda objektif yükümlülüğünün devam etmesi sebebiyle bundan kaçındığı sürece haksız fiilin devam ettiği ve bu nedenle zamanaşımı süresinin işlemeye başlamadığı kabul edilir. Ancak bu yükümlülük yüklenicinin mirasçılara intikal etmez. Bu hususta bkz. Özcan Günergök, "İsviçre Borçlar Kanunu'nun Haksız Fiilde Zamanaşımına İlişkin Yeni Düzenlemelerinin Türk Hukuku ile Karşılaştırmalı Değerlendirilmesi", *İstanbul Medeniyet Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 6, S. 11, 2021, s. 135-136.

zaman doğarsa doğsun haksız fiil sorumluluğu için esas olan husus santrali işletene isnat edilebilecek olay yani patlama ya da sızıntıdır, santralin işletilmesi izne dayansa da çevre ve canlıların sağlığı için zarar doğurmaya elverişli bir olay (patlama, sızıntı) hukuka aykırıdır.

B. Zararın Geç Öğrenilmesine Yol Açan Olgular

Roma hukukundan günümüze gelen hukuk kurallarına göre zararın eylemden çok daha geç gerçekleşebileceği tasavvur edilmediği gibi zararın veya zarara yol açan eylemin çok sonra fark edilmesine neden olabilecek olgular da hesaba katılmamıştır. Ölüm veya beden zararlarına yol açabilen hukuka aykırı eylemler kişilerin vücut bütünlüğünü fiziksel olarak aniden bozmayıp sağlığı zamana yayılmış biçimde bozabilir ve sağlıktaki bozulma ilerleyen dönemlerde kendini gösteren semptomlarla anlaşılabilir. Hukuka veya borca aykırı eylem sebebiyle meydana gelen zararın daha geç öğrenildiği olgular sıklıkla kişi varlığı zararlarında kendini göstermektedir. Bununla birlikte depremde görüldüğü üzere başta kötü yapılmış ayıplı bir yapı eserinin objektif değeri düşük olduğu halde mevzuata aykırı biçimde imar ve iskân izni verilmiş olduğunda yapının değerindeki düşüklük anlaşılır. Daha sonra depremle birlikte yapı yıkıldığında veya ağır hasarlı hale geldiğinde yapının normalde izin alamayacak durumda olduğu ve bu nedenle izin verilmeseydi hukuksal imkânsızlığın söz konusu olduğu, ekonomik değerinin enkazdan ibaret olduğu anlaşılır.

Bilimsel olarak yapılaşmaya uygun olmayan bir yerde yapılan yapı ya da teknik kurallara aykırı biçimde yapılmış bir yapı için imar affıyla imar ve iskân izni alması halinde de benzer biçimde ekonomik değeri enkazdan ibaret bir yapının bulunduğu yüklenici dışındaki yapı sahipleri tarafından ancak depremle birlikte anlaşılabilir. Bununla birlikte genellikle şey zararı açığa çıktığında zararın kapsamının belirlenmesi beden zararları ile kıyaslandığında güçlük arz etmez, beden zararlarında ise zararın doğduğu öğrenilse bile zararın kapsamı tedavinin zamana yayılması sebebiyle bu süreçte kişinin bünyesine göre zararın kapsamında öngörülemeyen biçimde değişiklik gerçekleşebilir, çalışma gücündeki kayıp çok sonra belirlilik kazanabilir.

Beden zararının daha geç öğrenilmesine yol açan olgular arasında sistematik olarak gerçekleştirilen şiddet döngüsü yanında ge-

netik geçişli hastalıklar ve cinsel yolla veya kan yoluyla bulaşabilen enfeksiyonlar sayılabilir. Sistemik olarak gerçekleştirilen şiddet ya da örseleme ile kastedilen yakın ilişki içinde bulunan, özellikle aynı evi geçmişte veya halen paylaşan veya romantik veya cinsel yakınlığı paylaşan kişiler arasında mevcut veya eski yakınlığın verdiği cesaretle girilen şiddet eylemleri toplumsal cinsiyet normlarının ve cezasızlık kültürünün etkisiyle normalleştirilebilmektedir, pek çok şiddet eyleminde mağdurlar şiddete uğradığını dahi fark edemezken ilişki bir şiddet döngüsüne evrilmektedir. Örselenmiş kadın sendromuyla öğretide açıklanan şiddet döngüsünde mağdurun şiddeti fark etmesi dahi güç olurken fark etse de buna karşı koyması, direnç göstererek ilişkiden çıkması veya hakkını araması herhangi bir kötü muameleye kıyasla çok daha güç olabilmektedir.³⁴

Gebelik süresince olağan biçimde yapılan taramalarla tespit edilebilen genetik geçişli hastalığın bu taramanın hekim tarafından gebeye önerilmemiş olması veya gebenin buna rıza vermemesi sebebiyle tespit edilmemesi halinde ya da olağan taramanın haricinde yöntemlerle tespit edilebilen genetik geçişli hastalıkların doğumdan çok sonra ortaya çıkması halinde de zarar geç öğrenilir³⁵. Bununla birlikte zararın bir başkasına isnat edilmesi ancak gebenin öyküsüne ve koşullarına göre yapılması beklenebilecek testlerle tespit edilebilecek hastalıklarla sınırlı biçimde mümkün olur.

Cinsel yolla bulaşan enfeksiyonlardan HPV'nin hemen değil bulaştıktan çok sonra vücutta semptomların görünür hale gelmesi ya da kan yoluyla HIV'in geçişi halinde de kişinin bunu doğrudan HIV'e

³⁴ Lenore E. Walker, *The Battered Woman*, Harper and Row, New York 1979, s. 42-46, 55-69, 72-73; Del Martin, *Battered Wives*, 2. Edition, Volcano Press, The United States of America 1981, s. 76-85. New Jersey Yüksek Mahkemesi Cusseaux v. Pickett davasında örselenmiş kadın sendromu olarak nitelendirilen farklı zamanlarda gerçekleştirilen şiddet eylemlerini münferit haksız fiiller olarak değil süregelen bir haksız fiil gibi değerlendirmiş ve şiddet döngüsü sona ermeden tazminat talebinin zamanaşımına uğramayacağını kabul etmiştir. Bkz. Superior Court of New Jersey, Law Division, Bergen County, Cusseaux v. Pickett, 279 N.J. Super. 335 (Law Div. 1994), 652 A.2d 789, Decided Aug 4, 1994, Prg. 344-345, <https://casetext.com/case/cusseaux-v-pickett> Erişim Tarihi: 13.07.2023.

³⁵ ECHR Fourth Section, R.R. v. Poland, Application No. 27617/04, 26.05.2011, Final 28.11.2011, <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-104911> Erişim Tarihi: 19.03.2023.

işaret edebilecek bir semptom ortaya çıkmaması durumunda zarar geç fark edilir. Bu hallerde enfeksiyonun bulaşmasına yol açan hukuka aykırı davranıştan hemen sonra bulaşma olsa bile hastalığa yol açması zaman alabilmektedir veya hastalığa hemen yol açsa bile hissedilir veya ayırt edici bir semptom belirmeksizin hastalık giderek ağırlaştığında sonradan fark edilir hale gelebilmektedir.

AIHM'nin Eşim/Türkiye davasında verdiği karara konu olayda ise başvuran on yedi yıl önce gerçekleşen bir çatışmada kafatasına saplanan merminin yaralandığı sırada değil yıllar sonra şiddetli baş ağrıları meydana geldikten sonra teşhis edilmesi sonucunda ileri sürdüğü tazminat talebi zamanaşımı sebebiyle reddedilmiştir, bu halde zarar meydana geldiği halde başvurana yüklenemeyecek sebeplerle geç öğrenilebilmiştir.³⁶

III. FARKLI HUKUK DÜZENLERİNDE ZAMANAŞIMI SÜRESİ VE İŞLEYİŞİ

A. Zamanaşımı Süreleri

Ölüm ve beden zararlarına yol açan tazminat sorumluluğuna ilişkin zamanaşımı süreleri, Türk hukukunda tazminat sorumluluğunun hukuksal sebebine göre farklı şekilde düzenlenmiştir.³⁷ TBK madde 231, 244, 478 gereğince satış ve eser sözleşmesinde satıcının veya yüklenicinin borcunu ayıplı biçimde ifa etmesi halinde eğer ayıp ağır kusura dayanıyorsa zamanaşımı süresi yirmi yıl olurken eğer ağır kusura dayanmıyorsa taşınurlar için iki yıl, taşınmaz yapılar için beş yıldır. Kira sözleşmesinde özel bir süre öngörülmediği için genel zamanaşımı süresi, vekâlet sözleşmesinde TBK madde 147 gereği beş yıllık süre geçerlidir.

³⁶ AIHM başvuranı haklı bularak AIHS madde 6/1 hükmünün yani mahkemeye erişim hakkının ihlal edildiğine karar vermiştir. Bkz. AIHM İkinci Bölüm, *Eşim/Türkiye*, Başvuru No. 59601/09, 17.09.2013, <https://hudoc.echr.coe.int/fre?i=001-126355> Erişim Tarihi: 24.03.2023.

³⁷ İsviçre hukukunda 2020 yılında zamanaşımıyla ilgili reform kapsamında birbirinden farklı zamanaşımı sürelerinin yeknesak hale getirilmesi planlanmış ancak daha sonra bundan vazgeçilmiştir. BBl 2014 235. Reformla ilgili bilgi ve değerlendirmeler için Günergök, s. 125 vd. Avrupa hukukunda zamanaşımı sürelerinin yeknesak hale getirilmesi yönündeki eğilimle ilgili olarak bkz. Akkayan Yıldırım, s. 196-198.

Diğer yandan tazminat sorumluluğu Yapı Denetimi Hakkında Kanun'a dayanıyorsa zamanaşımı süresi yapının taşıyıcı kısımlarından ötürü zarar meydana geldiğinde on beş yıl, taşıyıcı olmayan kısımlarından ötürü zarar meydana geldiğinde iki yıl olarak öngörülmüştür. Eğer tazminat sorumluluğu haksız fiil hükümlerine dayanıyorsa zamanaşımı süresi kural olarak TBK madde 72 gereğince zararın ve sorumlunun öğrenilmesinden itibaren iki yıl³⁸, her durumda fiilin işlenmesinden itibaren on yıldır. Eğer ceza kanunlarında haksız fiile konu olan suç için daha uzun bir zamanaşımı süresi öngörülüyorsa tazminat sorumluluğunun tabi olduğu zamanaşımı bundan daha kısa olmaz.³⁹ Türk Hukukunda hukuksal sebep ayrımı yapılmaksızın ölüm ve beden zararları bakımından özel bir zamanaşımı süresi öngörülmemiştir ve böylece eylemden daha geç meydana gelen veya daha geç öğrenilen zararlar da dikkate alınmamış, eylemden hemen sonra gerçekleşerek öğrenilebilen zararlarla aynı hukuksal sonuçlara tabi tutulmuştur.⁴⁰

Avrupa özel hukukunun uyumlulaştırılması kapsamında yapılmış çalışmalardan Avrupa Haksız Fiil Hukuku İlkelerinde haksız fiilden doğan tazminat talepleri için zamanaşımı süresinin özel olarak öngörülmemesi ve Taslak Ortak Referans Çerçevesi (DCFR) İlkelerinde⁴¹ zamanaşımı süresinin ayrıntılı biçimde düzenlenmesi, borcun kaynağına göre değil, meydana gelen zarar türüne ya da talep hakkının fiili olarak ne zaman kullanılabileceğine göre zamanaşımı süresinde ayırım yapılması yönünde bir eğilim bulunduğunu göstermektedir.⁴²

³⁸ Mülga BK döneminde bir yıl olan kısa zamanaşımı süresinin iki yıla yükseltilmesine dair tartışmalar ve bu sürenin dahi karşılaştırmalı hukuktaki gelişmelere göre yetersiz kalması hakkında bkz. Tütüncü, s. 165-166.

³⁹ Bu hususta bkz. Hayrunnisa Altın, "Haksız Fiillere Ceza Kanunlarındaki Zamanaşımının Uygulanması", *AÜHFD*, C. 69, S. 1, 2020, s. 2 vd., 18; Savaş, s. 142 vd.

⁴⁰ Aynı yönde bkz. Tütüncü, s. 178-179.

⁴¹ Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law Draft Common Frame of Reference (DCFR) Outline Edition Prepared by the Study Group on a European Civil Code and the Research Group on EC Private Law (Acquis Group) Based in part on a revised version of the Principles of European Contract Law, Edited by Christian von Bar, Eric Clive and Hans Schulte-Nölke and Hugh Beale, Johnny Herre, Jérôme Huët, Matthias Storme, Stephen Swann, Paul Varul, Anna Veneziano and Fryderyk Zoll, Munich 2009, https://www.law.kuleuven.be/personal/mstorme/2009_02_DCFR_OutlineEdition.pdf Erişim Tarihi: 16.01.2024.

⁴² Principles of European Tort Law (PETL), European Group on Tort Law, <http://www.egtl.org/PETLEnglish.html> Erişim Tarihi: 05.03.2023.

Taslak Ortak Referans Çerçevesi (DCFR) İlkelerinin 7:201 maddesine ve Avrupa Sözleşme Hukuku İlkelerinin 14:201 maddesine göre borcun ifasını talep hakkı için öngörülen zamanaşımı süresi genel ilke olarak üç yıl olarak belirtilmiş olmakla birlikte her iki metinde de bir sonraki maddeye göre yargı kararına veya hakem kararına dayanan talep hakları için zamanaşımı süresi on yıl biçiminde öngörülmektedir. Bu düzenlemeler yönünden borcun kaynağının haksız fiil veya sözleşme olması arasında bir ayırım bulunmamaktadır.

Taslak Ortak Referans Çerçevesi (DCFR) İlkelerinin III.-7:307 maddesine ve Avrupa Sözleşme Hukuku İlkelerinin 14:307 maddesine göre zamanaşımı süresinin işleyişini askıya alan veya erteleyen sebepler bulunsa bile tazminat talepleri için kural olarak zamanaşımı süresinin on yıldan uzun olmayacağı, ölüm ve beden zararlarından dolayı tazminat talepleri için ise bu sürenin otuz yıldan daha uzun olmayacağı öngörülmüştür.⁴³

Zarar türüne göre zamanaşımı süresinin düzenlenmesi eğilimi Avrupa'da bazı ülkelerin yasal düzenlemeleri üzerinde etkili olmuştur. Fransız Medeni Kanunu'nun 2226. maddesine göre işkence ve barbarlık eylemleri ile çocuklara karşı işlenen her tür şiddet ve cinsel saldırı eylemleri yönünden özel bir zamanaşımı süresi tayin edilerek bu süre yirmi yıla çıkarılmıştır. Alman Medeni Kanunu'nun § 195 paragrafına göre olağan zamanaşımı süresi⁴⁴ üç yıl olarak öngörülürken § 197 paragrafının birinci fıkrasının birinci bendine göre yaşamın, vücut bütünlüğünün, sağlığın, özgürlüğün veya cinsel dokunulmazlığın kasıtlı ihlaline dayanan tazminat talepleri otuz yıllık zamanaşımı süresine tabi kılınmıştır.⁴⁵ Yasanın § 199 paragrafının ikinci fıkrasına göre

⁴³ Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law Draft Common Frame of Reference (DCFR) Outline Edition Prepared by the Study Group on a European Civil Code and the Research Group on EC Private Law (Acquis Group) Based in part on a revised version of the Principles of European Contract Law, Edited by Christian von Bar, Eric Clive and Hans Schulte-Nölke and Hugh Beale, Johnny Herre, Jérôme Huet, Matthias Storme, Stephen Swann, Paul Varul, Anna Veneziano and Fryderyk Zoll, Munich 2009, s. 273, https://www.law.kuleuven.be/personal/mstorme/2009_02_DCFR_OutlineEdition.pdf Erişim Tarihi: 20.09.2022.

⁴⁴ Oğuzman ve Öz de kısa zamanaşımı süresini normal zamanaşımı süresi olarak ifade etmektedir. Bkz. Oğuzman ve Öz, Cilt 2, s. 69-70.

⁴⁵ Jürgen Ellenberger, "§ 197, 199 BGB", Palandt Bürgerliches Gesetzbuch, 77. Auflage, Beck, München 2018, § 197 Rn. 2.

ise yaşamın, beden bütünlüğünün, sağlığın veya özgürlüğün ihlaline dayanan tazminat talepleri için otuz yıllık mutlak zamanaşımı süresi öngörülmüştür. Böylece özel yaşam şiddeti dahil olmak üzere şiddet eylemleri daha uzun bir zamanaşımı süresine tabi tutulduğu gibi haksız fiil ve borca aykırılık ayırımı yapılmadan düzenlenmiştir.⁴⁶

TBK'nun kaynağı olan İsviçre Borçlar Kanunu'nun haksız fiilden dolayı tazminat taleplerine ilişkin zamanaşımı hakkındaki 60. maddesinde de 01.01.2020 tarihinde yürürlüğe giren yasa değişikliğiyle birlikte bazı değişiklikler yapılmıştır, bu doğrultuda kısa zamanaşımı süresi üç yıla çıkarılırken maddenin ikinci fıkrasına göre ölüm ve yaralanma halinde maddi ve manevi tazminat talepleri için uzun zamanaşımı süresi yirmi yıla çıkarılmıştır.⁴⁷ Bu düzenlemelerde doğrudan kişi varlığının hedef alındığı eylemlerden ötürü tazminat taleplerinde - haksız fiil veya borca aykırılık ayırımı yapılmaksızın - daha uzun nitelikte zamanaşımı süresi belirlenmiştir.⁴⁸ Ayrıca İsviçre Borçlar Kanunu'nun 60. maddesinin ikinci fıkrasında tazminat alacağının en erken ceza kovuşturmasına ilişkin zamanaşımı gerçekleştiğinde zamanaşımına uğrayacağı öngörülmüşse⁴⁹ de ceza davası zamanaşımının esas alınmasının isabetli olup olmadığı şüphelidir.⁵⁰

⁴⁶ Bkz. Havutçu, s. 582, 602.

⁴⁷ Yasa tasarısında bu sürenin otuz yıla çıkarılmasının önerildiği, ancak kabul edilen yasa değişikliğinde yirmi yıl olarak değişiklik yapıldığı anlaşılmaktadır. BBl 2014 235, Prg. 1.2, 1.6. Daha uzun bir süre belirlenmesinin gerekçeleri arasında eylemden çok sonra gerçekleşen zararlarda (Spätschaden) tazminat talebinin zamanaşımına uğramasının önüne geçme amacı bulunmaktadır. BBl 2014 235, Prg. 1.1.2, 1.1.4. Bu zararlar genellikle kişilerin beden bütünlüğünü, sağlığını etkileyen niteliktedir.

⁴⁸ Ceza davasının sonuçlanması halinde ceza davası zamanaşımı süresinin değil, TBK madde 72'de belirtilen sürelerin esas olacağı, bu halde sürenin ceza davasının sonuçlandığı tarihten itibaren işleyeceği kabul edilmektedir. Oğuzman ve Öz, Cilt 2, s. 76.

⁴⁹ Düzenlemenin yeni halinde açıkça belirtilmese de hükmün yorumundan ceza davası zamanaşımı süresinin daha uzun olması gereği anlaşılabilmektedir. Bkz. Däppen, Art. 60 N 11. Bu konuda ayrıca bkz. ve krş. Murat Sarıkaya, "İsviçre Borçlar Hukuku'nda Zamanaşımına İlişkin 1 Ocak 2020 Yürürlük Tarihli Değişiklikler ve Türk Hukuku Bakımından Düşündürdükleri: Özellikle Geç Ortaya Çıkan Bedensel Zararlarda Düzenleme İhtiyacı", *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, C. 26, S. 2, 2020, s. 1207-1208; Günergök, s. 140-142.

⁵⁰ Ceza davası zamanaşımının ne şekilde uygulanacağı konusundaki görüş farklılıkları ve sonuçları hakkında bkz. Altın, s. 25 vd.

B. Zamanaşımı Süresinin İşlemeye Başladığı An

Ölüm ve beden zararlarına yol açan tazminat sorumluluğuna ilişkin zamanaşımı sürelerinin işlemeye başladığı an tazminat talebinin dayandığı hukuksal sebebe göre farklılık arz etmektedir. Türk hukukunda sözleşmeye dayanan tazminat taleplerinde, örneğin eser veya satış sözleşmesinde ayıptan ötürü sorumluluk için zamanaşımı eserin veya satılanın tesliminden itibaren işlemeye başlar. Bu bakımdan sözleşmeye dayanan tazminat talepleri için zamanaşımı, TBK madde 149 gereği alacağın muaccel olduğu, talep edilebilir hale geldiği andan itibaren işlemeye başlar.⁵¹

Buna karşılık haksız fiile dayanan tazminat talepleri için zamanaşımı kısa ve uzun zamanaşımı olarak ikiye ayrılırken kısa zamanaşımı süresinin işlemeye başladığı an uzun zamanaşımı süresinin işlemeye başladığı andan farklı biçimde ele alınmıştır. Kısa zamanaşımı süresi zararın ve failin öğrenilmesinden itibaren işlerken uzun zamanaşımı süresi ve ceza davası zamanaşımı süresi her durumda zarara yol açan hukuka aykırı fiilin işlenmesinden (son bulmasından) itibaren işler.⁵² Bu nedenle kısa zamanaşımı süresi nispi, uzun zamanaşımı süresi mutlak zamanaşımı süresi olarak ifade edilmektedir.⁵³

Zarara yol açan hukuka aykırı fiilin işlendiği anın esas alınmasının temel sebebi zararın da o anda doğduğu varsayımıyla tazminat talebinin böylece doğup muaccel olduğu kabulüdür. Zararın daha geç doğması durumunda bu varsayım haklı çıkmaz, bu halde tazminat talepleri sürülebilir olmadığı halde alacağın zamanaşımına uğraması amaca uygun düşmeyecektir. Fiil işlendiğinde henüz zarar doğmamışsa alacağın muaccel olduğu kabul edilemez. Ancak haksız fiilden doğan tazminat talebinde muaccel olma gerekliliğine nazaran hukuksal güvenlik menfaatinin üstün tutulduğu anlaşılmaktadır.⁵⁴ Uzun zamanaşımında "fiilin işlendiği anı" esas alan ve mutlak sınır öngören yasal düzenleme-

⁵¹ Bu hususta ayrıca bkz. Eren, s. 1437; Oğuzman ve Öz, Cilt 1, s. 626; Kılıçoğlu, s. 1105.

⁵² Oğuzman ve Öz, Cilt 2, s. 73-74; Kılıçoğlu, s. 610-611; Eren, s. 1438; Ellenberger, § 199 Rn. 44-45; Akkayan Yıldırım, s. 191-192. Krş. Tandoğan, s. 357.

⁵³ BBl 2014 235. Ayrıca bkz. Havutçu, s. 583; Eren, s. 937; Savaş, s. 127-128.

⁵⁴ Bkz. Tütüncü, s. 178, 185. Mülga BK hükmünün mutlak bir süre öngördüğü ve zarar daha sonra doğsa bile zamanaşımı süresinin fiilin işlenmesinden itibaren işlemeye başlayacağı yönünde bkz. Savaş, s. 135.

nin lafzı ile amacı birbiriyle çatışma halindedir⁵⁵ ancak düzenlemedeki bu tercihin bilinçli olduğu gerekçesiyle gerçek olmayan bir kanun boşluğunun bulunduğu düşünülebilmektedir.⁵⁶ TBK Tasarısı'nda yirmi yıl olarak öngörülen mutlak zamanaşımı süresinin on yıla düşürülmesinin gerekçesi Adalet Komisyonu'nun raporunda haksız fiilin işlendiği anın zararın meydana geldiği an olduğu ve dolayısıyla sürenin uzatılmasına ihtiyaç bulunmadığı biçiminde açıklanmıştır.⁵⁷ Ancak TBK Tasarısı'nın gerekçesinde mülga yasadaki hükmün zamanaşımı süresinin zararın gerçekleşmesi anından itibaren başlayacağı yönünde yoruma sebep olduğu, bu yoruma engel olmak üzere maddede ifade değişikliğine gidildiği ve zarardan bağımsız olarak fiilin işlendiği anın esas alındığı belirtilmektedir.⁵⁸ Bu bakımdan yasama faaliyeti bir bütün olarak gözden geçirildiğinde yasa hükmüyle gerekçesi ve komisyon raporu arasında bir çelişki meydana gelmiştir.

Depremde yıkılan yapılar sebebiyle mülga BK döneminde açılan davalarda Yargıtay tarafından fiilin (kötü yapım) işlenmesi yerine depremin gerçekleştiği tarihin yani zararın meydana geldiği ya da objektif olarak tespit edilebildiği tarihin zamanaşımının işlemeye başlaması için esas alınması⁵⁹ yüksek yargının hükümdeki boşluğu gerçek boşluk

⁵⁵ Krş. Günergök, s. 137.

⁵⁶ Eren, uzun zamanaşımı süresinin fiilin işlenmesinden itibaren işlemesi sebebiyle tazminat davasının açılmadığı halleri açıklarken bu düzenlemenin zarar gören açısından tatmin edici olmadığını belirtir. Bkz. Eren, s. 940-941. Öğretide genel olarak bu yaklaşımın hâkim olduğu yönünde bkz. Havutçu, s. 584 vd.; Günergök, s. 134-136. Aksi yönde bkz. Veysel Başpınar ve Mehmet Altunkaya, "Depremden Doğan Zararların Tazmininde Zamanaşımının Başlaması ve Süresi", *AÜHFD*, C. 57, S. 1, 2008, s. 118 vd.

⁵⁷ Bkz. Alpaslan Akartepe, "Türk Borçlar Kanunu'nun Haksız Fiilden Doğan Borç İlişkileri Alanında Getirdiği Yenilikler ve Değişiklikler". *Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 16, S. 1-2, 2012, s. 180-181.

⁵⁸ Bkz. Akartepe, s. 182; Savaş, s. 127-128, 140.

⁵⁹ Y. HGK E. 2003/4-400 K. 2003/393 T. 04.06.2003; Y. 4. HD E. 2003/4407 K. 2003/5412 T. 28.04.2003; Y. 4. HD E. 2004/2110 K. 2004/8595 T. 30.06.2004, www.legalbank.net Erişim Tarihi: 18.03.2023: "Yasalarda öngörülen zamanaşımı sürelerinin işlemeye başlayabilmesi için öncelikle o hakkın istenebilir bir duruma gelmiş olması gerekir. ... Buna göre hukuka aykırı eylemin varlığına karşın, zarar gerçekleşmemişse, zamanaşımı süresinin başlaması söz konusu olamaz." Ayrıca bkz. Havutçu, s. 580; Tütüncü, s. 180 vd. İş göremezlik sebebiyle açılan davalarda da Yargıtay'ın on yıllık zamanaşımı süresinin eylem anında değil iş göremezlik oranının olduğu anda işlemeye başlayacağını kabul ettiği, bunun zarar

olarak değerlendirdiğini göstermektedir. AİHM'nin Howald Moor ve diğerleri/İsviçre davasında verdiği kararda uyuşmazlığın asıl konusunun on yıllık zamanaşımı süresinin ne zaman işlemeye başladığı ile ilgili olduğu ortaya koyulmuştur.⁶⁰ Öğretide uzun zamanaşımı süresi dolduktan sonra zarar meydana geldiğinde bu andan itibaren kısa zamanaşımı süresinin işlemesi ve böylece talep hakkının kullanılabilir hale gelmesi yönünde düzenleme yapılması önerilmektedir⁶¹.

Her ne kadar uzun zamanaşımı süresinin işlemeye başladığı an ile ilgili yasal düzenleme açık olsa da henüz talep edilebilir olmayan tazminat alacağının zamanaşımına uğraması zamanaşımı kurumunun amacına uygun düşmediği gibi Anayasaya da uygun düşmemektedir.⁶² Hak arama özgürlüğünü (mahkemeye erişim hakkını) etkisiz hale getiren bu düzenleme AİHS madde 6'ya aykırı düşmektedir.⁶³ AİHS'nin hükümleri, Anayasa madde 90/5 gereği temel hak ve özgürlüklere ilişkin olması bakımından çelişen yasa hükmüne üstün tutulur, bu nedenle TBK madde 72 hükmü Anayasaya uygun yorumlanarak uygulanmalıdır. Hükümdeki mutlak zamanaşımının uygulama alanı amaca ve Anayasaya, AİHS'ye uygun biçimde sınırlandırılmalı, zarar doğmadıkça veya öğrenilemedikçe alacağın zamanaşımına uğramayaacağı kabul edilmeli, mutlak zamanaşımı süresi dolduktan sonra doğmuş veya öğrenilebilmiş zararlar için kısa zamanaşımı süresi mutlak zamanaşımı süresi dikkate alınmadan işlemeye başlamalıdır.⁶⁴ Dolayısıyla normlar hiyerarşisine uygun bir yorum yoluyla mutlak zamanaşımı süresinin mutlaklığına sınırlandırma getirilmelidir.⁶⁵

doğmadıkça eylemin tamamlanmadığı görüşüne dayandığı belirtilmektedir. Bkz. Savaş, s. 135-136. Bu görüşün eleştirisi için bkz. Tütüncü, s. 193.

⁶⁰ EGMR Howald Moor u.a. gg. die Schweiz, 11.03.2014, Österreichisches Institut für Menschenrechte, <https://hudoc.echr.coe.int/fre?i=001-169034> Erişim Tarihi: 24.03.2023.

⁶¹ Bkz. Sarıkaya, s. 1216-1217; Günergök, s. 137-139; Savaş, s. 141. Aksi yönde bkz. Akkayan Yıldırım, s. 213-214.

⁶² Adalet Komisyonu Raporundaki gerekçe yasanın yorumunda bağlayıcı değildir.

⁶³ AİHM Howald Moor ve diğerleri/İsviçre davası ile Eşim/Türkiye davasında mahkemeye erişim hakkına zamanaşımıyla getirilecek kısıtlamanın ölçülü olma zorunluluğuna işaret etmektedir.

⁶⁴ Alacaklının zararın farkında olmasından itibaren zamanaşımı süresinin işlemeye başlaması kabul edildiğinde sürenin uzun tutulmasına ihtiyaç da kalmamaktadır. Bu konudaki tartışmalar için Akkayan Yıldırım, s. 198-199.

⁶⁵ Howald Moor ve diğerleri/İsviçre davasında AİHM tarafından verilen karar üye-

DCFR İlkelerinin III.-7:203 maddesine göre genel zamanaşımı süresi borçlunun ifayı gerçekleştirme gereken zamandan itibaren veya tazminat talep hakkını veren eylemin gerçekleştiği andan itibaren işler. Borçlunun bir şeyi yapma veya yapmaktan kaçınma konusunda devam eden bir yükümlülük altında olduğu hallerde genel zamanaşımı süresi yükümlülüğün her ihlalinde işlemeye başlar. Alman Medeni Kanunu'nun § 199 paragrafına göre (üç yıllık) olağan zamanaşımı süresi talep hakkının doğduğu ve alacaklının talep hakkını doğumuna yol açan koşulları ve borçlunun (sorumlunun) kim olduğunu öğrendiği veya dikkat gösterseydi öğrenebileceği andan itibaren işlemeye başlar.

Böylece kısa zamanaşımı süresinin işlemeye başladığı an açısından öğrenme anı yeterli sayılmayarak talep hakkının doğmuş olması ayrıca ve özellikle belirtilmiştir. Aynı paragrafın ikinci ve üçüncü fıkralarına göre otuz yıllık zamanaşımı süresi fiilin işlenmesinden, yükümlülük ihlalinden veya zarara yol açan diğer olaylardan itibaren işlemeye başlarken on yıllık zamanaşımı süresi öğrenme durumu dikkate alınmaksızın talep hakkının doğumundan itibaren işlemeye başlar.

İsviçre Borçlar Kanunu'nun haksız fiilden doğan tazminat taleplerine ilişkin olarak 60. maddesine göre maddi veya manevi tazminat talebine ilişkin kısa zamanaşımı süresi zarar görenin zararı ve tazminat yükümlüsünü öğrenmesinden itibaren, uzun zamanaşımı süresi ise zarara yol açan davranışın gerçekleştiği veya sona erdiği günden itibaren işlemeye başlar.⁶⁶ Ayrıca İsviçre Borçlar Kanunu'nda sözleşmeye dayanan tazminat taleplerine ilişkin zamanaşımı süresine ilişkin hükümlere 01.01.2020'de yürürlüğe giren yasa değişikliğiyle 128a maddesi eklenmiş ve bu hükümde ölüm ve yaralanmaya yol açan sözleşmeye aykırılık hallerinde tazminat talebinin zararın ve tazminat yükümlüsünün öğrenilmesinden itibaren üç yıl, her durumda zarara

rine mutlak zamanaşımının tümüyle kaldırılıp kaldırılmayacağı tartışılması gerektiği belirtilmiştir. Bkz. Corinne Widmer Lüchinger, "Verjährung und Asbest – ein unheilvolles Junktim", Neue Zürcher Zeitung, 06.05.2015, s. 21.

⁶⁶ 01.01.2020'de yürürlüğe giren yasa değişikliğiyle kişi zararları bakımından zamanaşımı süresi yirmi yıla çıkarılmış olsa da mutlak zamanaşımı süresinin işlemeye başladığı an değiştirilmediği için söz konusu yirmi yıllık sürenin de kişi zararlarında yetersiz kalabileceği belirtilerek söz konusu düzenleme eleştirilmiştir. Bkz. Däppen, Art. 60 N 10b.

yol açan davranışın gerçekleştirildiği veya sona erdiği tarihten itibaren yirmi yıl sonunda zamanaşımına uğrayacağı öngörülmüştür.⁶⁷ Böylece Alman hukukunda olduğu gibi İsviçre hukukunda da ölüm ve bedensel zararların tazmini yönünden zamanaşımı süreleri haksız fiil ve borca aykırılık ayırımı yapılmadan yeknesak biçimde düzenlenmiştir.⁶⁸

DCFR İlkelerinin III.-7:301 maddesine göre alacaklıdan borçlunun kimliğini veya tazminat talep hakkının bulunduğu hallerde zarar türü dahil olmak üzere hakka yol açan olguları bilmesinin makul olarak beklenememesi durumunda zamanaşımının işleyişi askıya alınır yani durur. Benzer biçimde DCFR İlkelerinin III.-7:305 maddesine göre alacaklı ehliyetsiz olup temsilciden de yoksun olursa zamanaşımı süresi ehliyetsizlik sona erdikten veya temsilci atandıktan sonra bir yıl geçmedikçe dolmayacaktır.

Son olarak DCFR İlkelerinin III.-7:303 maddesine göre alacaklının hâkimiyet alanı dışında ve alacaklının kaçınması veya üstesinden gelmesi makul olarak beklenemeyecek bir engel sebebiyle alacaklının hakkını ileri sürmek üzere takipte bulunamadığı sürece zamanaşımının işleyişi askıya alınır. Ancak bu düzenleme engelin zamanaşımı süresinin son altı ayı içinde ortaya çıkması veya devam etmesi halinde uygulanır. Engelin süresi veya niteliği dikkate alındığında zamanaşımının askıya alınması sona erdikten sonra işlemeye devam edecek sürede alacaklının hakkını ileri sürmek için işlem yapmasını beklemenin makul olmayacağı anlaşılırsa, zamanaşımı süresi engelin ortadan kalktığı tarihten itibaren altı ay geçmeden sona ermez. Bu maddede yer alan engeller psikolojik engelleri de kapsar. Dolayısıyla hakkın kullanılmasını fiilen güçleştiren tüm olgular dikkate alınarak bu tür durumlarda zamanaşımı süresinin işleyişinin askıya alınması yani durması öngörülmüştür.

Alman Medeni Kanunu'nun (BGB) § 208 paragrafına göre ise cinsel dokunulmazlığın ihlaline ilişkin talep hakları için zamanaşımı sü-

⁶⁷ Borca aykırılıktan doğan sorumlulukta nispi zamanaşımı bulunmazken 01.01.2020'de yürürlüğe giren yasa değişikliğiyle birlikte haksız fiil sorumluluğunda olduğu gibi tazminat isteminin nispi zamanaşımına tabi tutulması alacaklının aleyhine olması sebebiyle hükmün kötüleşmesi olarak değerlendirilmiştir. Bkz. Däppen, Art. 128a N 1.

⁶⁸ Bu konuda ayrıca bkz. Sarıkaya, s. 1206 vd.

resi alacaklının 21 yaşını doldurduğu zamana dek işlemez. Cinsel dokunulmazlığın ihlali sebebiyle talep hakkının alacaklısı zamanaşımının işlemeye başladığı sırada borçlu ile yaşam ortaklığı içinde yaşıyorsa bu ortaklık, ilişki sona erene dek zamanaşımı süresi işlemez. BGB § 210 paragrafına göre DCFR İlkelerine benzer biçimde ehliyetsiz ve yasal temsilcisi olmayan bir kişinin alacaklı olduğu talep hakları için zamanaşımı kişiye temsilci atanmasından itibaren altı ay geçmeden işlemez. Şiddet döngüsü sebebiyle geç fark edilen beden zararlarının eşler arasındaki alacaklar için zamanaşımı durduğu için daha sonra tazmin edilmesi talep edilebilirse de eski eşleri veya evlilik birliği içinde olmayan kişileri etkileyen şiddet döngüsünde ortaya çıkan örselenmiş kadın sendromu sebebiyle şiddete karşı geç tutum alınması - zamanaşımını durduran sebeplerin sınırlı sayıda olması sebebiyle⁶⁹ - tazminat talebinin zamanaşımına uğramasına yol açabilmektedir. Çünkü Türk Borçlar Kanunu'nda kısa zamanaşımı süresinin işlemeye başlaması için zararın öğrenilmesi yeterlidir, kişinin bunu fark ettikten sonra hakkını arama konusunda cesaret gösterebilmesi toplumsal cinsiyet eşitsizliği ve buna bağlı olarak ayrımcı yargısal pasiflik sebebiyle zorlaşır. Bu nedenle DCFR İlkelerinde olduğu gibi zamanaşımını durduran sebeplerin genişletilerek psikolojik engellerin daha geniş biçimde öngörülmesi önerilmektedir.

SONUÇ

Alman Medeni Kanunu ile İsviçre Medeni Kanunu'nda beden zararları için mutlak zamanaşımı süresinin zararın doğmasından itibaren değil zarara yol açan davranışın gerçekleştirilmesinden, yükümlülük ihlalinden itibaren işlemesi kabul edilmiş, gecikmeli biçimde meydana gelen veya öğrenilen zararlar düşünülerek ancak bununla sınırlamaksızın zamanaşımı süresi uzun tutulmuştur.⁷⁰ Ne var ki yirmi veya otuz yıl içinde zararın gerçekleşeceği veya dürüstlük kuralı çerçevesinde öğrenilebileceği varsayımı her zaman gerçeklerle bağdaşmayabilir.

⁶⁹ Tarafların kanunda öngörülen zamanaşımını durduran veya kesen sebepler dışında anlaşmayla yeni sebepler öngörmeleri borçlunun durumunu ağırlaştıracağı için yasaklanmıştır. Bkz. Eren, s. 1439.

⁷⁰ İsviçre hukuku öğretisinde de bu hususa dikkat çekilmiş, geç meydana gelmeyen veya öğrenilmeyen zararlar için yasa değişikliğinde öngörülen yirmi yıllık sürenin fazla uzun olduğu, geç meydana gelen veya öğrenilen zararlar için ise çok kısa olabildiği belirtilmiştir. Bkz. Huguenin, Thouvenin ve Purtschert, s. 79.

Üstelik geç meydana gelen zarar ayrımı yapılmadan tüm zararlar için zamanaşımı süresinin otuz yıl gibi uzun bir süre olarak belirlenmesinin haklı bir sebebi bulunmamaktadır. Bu nedenle ölüm ve beden zararları için zararın geç meydana gelmesi veya öğrenilebilmesi halinde mutlak zamanaşımı süresinin geçmiş olmasına bakılmaksızın kısa zamanaşımı süresi işlemeye başlamalı ve böylece geç meydana gelen veya öğrenilebilen zararların giderilmesini istemek mümkün olmalı, AİHM kararında da vurgulandığı üzere hak arama özgürlüğü (mahkemeye erişim hakkı) etkisiz hale gelmemelidir.

Ancak her durumda beden zararlarının zarara yol açan eylemden daha geç meydana gelebildiği veya geç öğrenilebildiği gözetilerek Türk Borçlar Kanunu'nda değişiklik yapılarak hem sözleşmeden doğan hem haksız fiilden doğan talepler için zamanaşımı süreleri yirmi yıla çıkarılmalı ve yasadaki öngörülmeleyen psikolojik engeller de dikkate alınarak zamanaşımını durduran sebepler daha geniş ve soyut biçimde düzenlenmelidir.

Kaynakça

Makaleler

- Akartepe Alpaslan, "Türk Borçlar Kanunu'nun Haksız Fiilden Doğan Borç İlişkileri Alanında Getirdiği Yenilikler ve Değişiklikler". *Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 16, S. 1-2, 2012, s. 159-19Akkayan Yıldırım Ayça, "Geç Ortaya Çıkan Bedensel Zararların Tazmini Taleplerinde Uygulanacak Zamanaşımının Yeni Eğilimler Çerçevesinde Değerlendirilmesi", *İÜHFM*, C. 74, S. 1, 2016), s. 185-219
- Altın Hayrunnisa, "Haksız Fiillere Ceza Kanunlarındaki Zamanaşımının Uygulanması", *AÜHFD*, C. 69, S. 1, 2020, s. 1-32
- Başpınar Veysel ve Altunkaya Mehmet, "Depremden Doğan Zararların Tazmininde Zamanaşımının Başlaması ve Süresi", *AÜHFD*, C. 57, S. 1, 2008, s. 95-131
- Ertaş Şeref, "Sürekli Borç İlişkilerinde (Dauerschuldverhaeltnisse) Zamanaşımı", *DEÜHFD*, C. 16, Özel Sayı (Prof. Dr. Hakan Pekcanitez'e Armağan), 2014 (Basım Yılı: 2015), s. 3093-3104
- Günergök Özcan, "İsviçre Borçlar Kanunu'nun Haksız Fiilde Zamanaşımına İlişkin Yeni Düzenlemelerinin Türk Hukuku ile Karşılaştırmalı Değerlendirilmesi", *İstanbul Medeniyet Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 6, S. 11, 2021, s. 125-154
- Havutçu Ayşe, "Haksız Fiil Sorumluluğunda Zamanaşımı Sürelerinin Başlangıcı", *DEÜHFD*, C. 12, Özel Sayı, 2012, s. 579-605
- Huguenin Claire, Thouvenin Florent ve Purtschert Tina, "Vereinheitlichung des Fristenregimes: zu viel oder zu wenig?", *HAVE/REAS*, S. 1, 2012, s. 76-79

- Sarıkaya Murat, "İsviçre Borçlar Hukuku'nda Zamanaşımına İlişkin 1 Ocak 2020 Yürürlük Tarihli Değişiklikler ve Türk Hukuku Bakımından Düşündürdükleri: Özellikle Geç Ortaya Çıkan Bedensel Zararlarda Düzenleme İhtiyacı", *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, C. 26, S. 2, 2020, s. 1203-1219
- Savaş Fatma Burcu, "Haksız Fiil Tazminatının Tabi Olduğu Zamanaşımı Süresinin İşlemeye Başladığı An", *TBB Dergisi*, S. 74, 2008, s. 121-148
- Topçu İbrahim ve Nasuhbeyoğlu Nazım, "Gen Düzenleme Teknolojileri Bağlamında COVID-19 Aşısı Çalışmaları ve Etik Sorunlar", *Anadolu Kliniği Tıp Bilimleri Dergisi*, C. 25, S. 3, 2020, s. 274-284
- Tütüncü Muharrem, "Yeni Türk Borçlar Kanunu'nda Haksız Fiil Zamanaşımı", *İKÜHFD*, C. 11, S. 1, 2012, s. 151-195
- Widmer Lüchinger Corinne, "Verjährung und Asbest - ein unheilvolles Junktim", *Neue Zürcher Zeitung*, 06.05.2015, s. 21

Kitaplar

- Däppen Robert K, "Art. 60, Art. 128a OR", Basler Kommentar OR I, hrsg. Corinne Widmer Lüchinger ve David Oser, 7. Auflage, Helbing Lichtenhahn Verlag, Basel 2020
- Deutsch Erwin, *Medizinrecht*. 3. Auflage, Springer, Berlin Heidelberg 1997
- Ellenberger Jürgen, "§ 197, 199 BGB", Palandt Bürgerliches Gesetzbuch. 77. Auflage, Beck, München 2018
- Erdem Mehmet, "TBK m. 146", İstanbul Şerhi Türk Borçlar Kanunu Cilt 2, 3. Editörler: Turgut Öz vd., 3. Bası, Vedat, İstanbul 2019
- Eren Fikret, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 24. Baskı, Yetkin, Ankara 2019
- Kılıçoğlu Ahmet, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 24. Bası, Turhan, Ankara 2020
- Martin Del, *Battered Wives*, 2. Edition, Volcano Press, The United States of America 1981
- Oğuzman Kemal ve Öz Turgut, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt 1*, 17. Bası, Vedat, İstanbul 2019
- Oğuzman Kemal ve Öz Turgut, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt 2*, 9. Bası, Vedat, İstanbul 2012
- Tandoğan Haluk, *Türk Mes'uliyet Hukuku (Akit Dışı ve Akdi Mes'uliyet)*, 1961 Yılı Birinci Basıdan Tıpkı Bası, Vedat, İstanbul 2010
- Walker Lenore E, *The Battered Woman*, Harper and Row, New York 1979

Mahkeme Kararları

- AİHM İkinci Bölüm, Eşim/Türkiye, Başvuru No. 59601/09, 17.09.2013, <https://hudoc.echr.coe.int/fre?i=001-126355> Erişim Tarihi: 24.03.2023
- ECHR Case of Howald Moor and Others v. Switzerland, 11.03.2014, <https://hudoc.echr.coe.int/fre?i=001-169504> Erişim Tarihi: 15.03.2023

- ECHR Fourth Section, R.R. v. Poland, Application No. 27617/04, 26.05.2011, Final 28.11.2011, <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-104911> Erişim Tarihi: 19.03.2023
- EGMR Howald Moor u.a. gg. die Schweiz, 11.03.2014, Österreichisches Institut für Menschenrechte, <https://hudoc.echr.coe.int/fre?i=001-169034> Erişim Tarihi: 24.03.2023
- Superior Court of New Jersey, Law Division, Bergen County, Cusseaux v. Pickett, 279 N.J. Super. 335 (Law Div. 1994), 652 A.2d 789, Decided Aug 4, 1994, Prg. 344-345, <https://casetext.com/case/cusseaux-v-pickett> Erişim Tarihi: 13.07.2023
- Y. 4. HD E. 2004/7039 K. 2005/746 T. 03.02.2005, www.legalbank.net Erişim Tarihi: 18.03.2023
- Y. HGK E. 2003/4-400 K. 2003/393 T. 04.06.2003, www.legalbank.net Erişim Tarihi: 18.03.2023
- Y. 4. HD E. 2003/4407 K. 2003/5412 T. 28.04.2003, www.legalbank.net Erişim Tarihi: 18.03.2023
- Y. 4. HD E. 2004/2110 K. 2004/8595 T. 30.06.2004, www.legalbank.net Erişim Tarihi: 18.03.2023

İnternet Kaynakları

- Botschaft zur Änderung des Obligationenrechts (Verjährungsrecht) vom 29. November 2013, BBl 2014 235, <https://www.fedlex.admin.ch/eli/fga/2014/65/de> Erişim Tarihi: 15.03.2023
- Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law Draft Common Frame of Reference (DCFR) Outline Edition Prepared by the Study Group on a European Civil Code and the Research Group on EC Private Law (Acquis Group) Based in part on a revised version of the Principles of European Contract Law, Edited by Christian von Bar, Eric Clive and Hans Schulte-Nölke and Hugh Beale, Johnny Herre, Jérôme Huet, Matthias Storme, Stephen Swann, Paul Varul, Anna Veneziano and Fryderyk Zoll, Munich 2009, s. 273, https://www.law.kuleuven.be/personal/mstorme/2009_02_DCFR_OutlineEdition.pdf Erişim Tarihi: 20.09.2022
- Principles of European Tort Law (PETL), European Group on Tort Law, <http://www.egtl.org/PETLEnglish.html> Erişim Tarihi: 05.03.2023

TÜRKİYE BAROLAR BİRLİĞİ'NİN 17-18 ARALIK 2022 TARİHLİ OLAĞAN GENEL KURULU'NDA YAPILAN MESLEK KURALLARINA İLİŞKİN DEĞİŞİKLİKLERİN DEĞERLENDİRİLMESİ

EVALUATION OF THE REGULATIONS REGARDING THE PROFESSIONAL RULES AT THE ORDINARY GENERAL ASSEMBLY OF THE TURKISH BAR ASSOCIATION ON 17-18 DECEMBER 2022

M. Serhat SARISÖZEN*

Özet: Türkiye Barolar Birliği Meslek Kuralları'nın bazı maddeleri, 17-18 Aralık 2022'de toplanan Türkiye Barolar Birliği'nin Olağan Genel Kurulu'nda değiştirilmiştir. Bu kapsamda kılık kıyafet kuralında, karşı taraf avukatına belge verme zorunluluğunda, stajyer avukatlarla ilişkilere yönelik düzenlemede değişiklik yapılmış; bağlı çalışan avukatlarla ilişkiler ise ilk defa TBB Meslek Kuralları'nda yer bulmuştur. Bu çalışma vesilesiyle medeni usul hukukumuzun bir parçası olan avukatlık hukukunun önemli bir mevzuat metnini oluşturan Meslek Kuralları'nda yapılan değişiklikler ele alınacak ve başkaca nelerin değiştirilebileceğine ilişkin önerilerimiz sunulacaktır.

Anahtar Kelimeler: Meslek Kuralları, Meslek etiği, Avukatlık Hukuku, Disiplin, Türkiye Barolar Birliği

Abstract: Some articles of the Professional Rules of the Union of Turkish Bar Associations dated 1971 were amended at the Ordinary General Assmebly of the Union of Turkish Bar Associations held on 17-18 December 2022. In this context, changes were made in the dress code, the obligation to give documents to the other party's lawyer, and the regulation regarding relations with trainee lawyers; relations with affiliated lawyers were included in the TBB Professional Rules for the first time. On the occasion of this study, the changes made in the Professional Rules, which constitute an important legislative text of the attorneyship law, which is a part of our civil procedure law, will be discussed and our suggestions on what other changes can be made will be put forward.

Keywords: Professional Rules, Professional Ethics, Attorneyship Law, Discipline, The Union Of Turkish Bar Associations

* Prof. Dr., Ada Kent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Usul ve İcra- İflas Hukuku Anabilim Dalı, sarisozen@hotmail.com, ORCID: 0000-0002-5025-4821, Makalenin Gönderim Tarihi: 16.10.2023, Kabul Tarihi: 24.01.2024

GİRİŞ

Avukatların uyması gereken meslek kurallarının bir kısmı Avukatlık Kanunu'nda; bir kısım ise Avukatlık Kanunu'nun 117. maddesinin 7 numaralı bendi uyarınca Türkiye Barolar Birliği'nin 8-9 Ocak 1971 tarihli Dördüncü Genel Kurul Toplantısı'nda kabul edilmiş ve TBB Bülteni'nin 26.1.1971 tarih ve 5 numaralı sayısında yayınlanarak yürürlüğe girmiştir. Meslek kuralları, mesleğin düzen ve geleneklerini korumak yerleştirmek ve yasaların avukatlara yüklediği görevlerin onurlu bir şekilde yerine getirmesini sağlamak amacıyla oluşturulmuştur.¹ Meslek Kuralları, "Genel Kurallar", "Yargı Organlarıyla ve Adli Mercilerle İlişkiler", "Meslektaşlar Arası Dayanışma ve İlişkiler", "İş Sahipleriyle İlişkiler", "Avukatların Barolarla ve TBB ile İlişkileri" ve "Yürürlük, Uygulama Alanı" olmak üzere 6 bölümden oluşmaktadır. Oldukça eski tarihli olan düzenlemelerin bir kısmı 17-18 Aralık 2022'de toplanan Türkiye Barolar Birliği'nin 37. Olağan Genel Kurulu'nda değiştirilmiştir. Yapılan değişikliklere ilişkin olarak bağlı çalışan avukatların ve stajyer avukatların çalışma koşullarına ilişkin düzenlemeler öne çıkmakta olup; bunun dışında kılık kıyafet kuralına, karşı taraf avukatına örnek vermeye ilişkin kurallarda değişiklik yapılmış; Danıştay tarafından iptal edilen maddeler, metinden kaldırılmıştır.

I- KILIK KIYAFET KURALINDA YAPILAN DEĞİŞİKLİK

Meslek Kuralları m. 20 uyarınca "Avukatlar ve avukat stajyerleri, mesleğe yaraşır bir kılık ve kıyafetle mahkemelerde görev yaparlar. Duruşmalara, Türkiye Barolar Birliği'nce şekli saptanmış cübbe ile çıkarlar". Meslek Kuralları'nda geçtiği ifadeyle "mesleğe yaraşır" kıyafetle duruşmaya katılmanın iki yönü vardır: İlki adliyenin ciddiyetine ve yapılan işin ağırlığına yakışır bir kıyafet giyilmesi; diğeri ise bu seçilen uygun kıyafetin üstüne, şekli Barolar Birliği tarafından saptanmış olan cübbenin giyilmesidir. Meslek Kuralları bağlamında hukukumuzda avukatların duruşmalarda cübbe giymesi zorunludur. Alman Avukatlık Meslek Kuralları Tüzüğü m.20 de benzer şekilde "Avukat,

¹ Lamih Çelik, "Meslek Kurallarında Avukat - Mahkeme İlişkileri", *TBB Dergisi*, S.74, Y.2008, s. 283.

mahkeme önünde meslek kıyafeti olarak cübbe giyer”² hükmüne yer vermiştir.

Avukatlık Kanunu’nun 7249 sayılı Kanun’la değiştirilen “Avukatların resmi kılık ve kıyafeti” başlıklı 49. maddesine göre, “Avukatlar, mahkemelere Türkiye Barolar Birliği tarafından şekli belirlenen cübbeyle çıkmak zorundadır. Avukatlara, staj dönemi de dahil olmak üzere, baro ve Birliğin iş ve işlemleri ile mesleğin icrası kapsamında kılık ve kıyafetle ilgili herhangi bir zorunluluk getirilemez”. Cübbenin içine ne giydiği hâkimin karışabileceği bir husus değildir. Vekilin -cübbesini giymemesi ise HMK m.151 bağlamında, uygun olmayan tutum ve davranış olarak değerlendirilebilir ve buna göre hâkim, öncelikle vekili uyarır sonrasında gerekli karar³ alır.

Cübbenin yırtık, yamalı, sökük, renkleri solmuş ve eskimiş olmasının mesleğin onuruyla örtüşmediği ifade edilmekte olup;⁴ benzer şekilde avukatlar, TBB’nin barolara gönderdiği örneklerle uygun şekilde cübbesini diktirmek zorunda olup; cübbelerin renk ve biçim tutarlılığı barolarca denetlenmeli ve bu ölçülere uygun olmayan cübbelerin giyilmesine izin verilmemelidir.⁵

TBB Meslek Kuralları’nın Türkiye Barolar Birliğinin 17- 18 Aralık 2022 tarihinde yapılan XXXVII. Olağan Genel Kurul kararıyla değiştirilmeden önceki m. 20 hükmü, “Erkek avukatlar, iklim ve mevsim koşullarının elverdiği ölçüde kravat takarlar” ifadesini de içeriyordu. Öte taraftan İstanbul Barosu İç Tüzüğü m.33 uyarınca, “Avukat, genel olarak giyinmekte de mesleğin vakar ve haysiyetine aykırı hallerden sakınmak zorundadır. Erkek avukatların kravatsız veya yakası açık ve kadın avukatların meslek ve kisve ile bağdaşmayan çanta, elbise ile adliye binalarında bulunmaları yasaktır” hükmünü görmekteyiz.⁶

² Michael Kleine-Cosack (Çev. Şevdiye Köksal), Bundesrechtsanwaltsordnung (BRAO) mit BORA und FAO Kommentar, München 2003, Evrensel Bakış İçin Avukatlık Yasaları I, İzmir Barosu Yayını, İzmir 2004, s. 120.

³ Cumhuriyet, Avukatlık ve Noterlik Hukuk, Ankara 2022, s. 119; M. Serhat Sarisözen, “Vekilin Uygun Olmayan Tutum ve Davranışlarının HMK m.79 ve 151 Kapsamında Sonucu”, *Terazi Hukuk Dergisi*, S.197, Ocak 2023, s. 106 vd.

⁴ Cumhuriyet, s. 120; Haşim Mısır, Avukatlık Disiplin Hukuku, B.3, Ankara 2016, s. 424.

⁵ Cumhuriyet, s. 121.

⁶ Genel bilgi için bkz. Atilla Özen, Avukatlık Hukuku, B.4, Ankara 2021, s. 320 vd.

Resmi kıyafet olan cübbenin tek başına kılık ve kıyafeti belirlemediği, bunun yanında avukatlık meslek ve vakarına uygun başka öğelerin de bu kılık ve kıyafetin tamamlayıcısı olduğu ifade edilmektedir.⁷ Her ne kadar TBB Meslek Kuralları 20'de erkek avukatların kravat takacağı belirtilmiş olsa da Avukatlık Kanunu m.49/ II'de avukatlara, staj dönemi de dahil olmak üzere, baro ve Barolar Birliği'nin iş ve işlemleri ile mesleğin icrası kapsamında cübbe haricinde kılık ve kıyafetle ilgili herhangi bir zorunluluk getirilemeyeceği belirtildiğinden, avukatın cübbe haricinde herhangi bir kıyafet giymeye zorlanması mümkün olamaz.⁸

Nitekim 17- 18 Aralık 2022 tarihinde yapılan XXXVII. Olağan Genel Kurul kararıyla m. 20, "Avukatlar ve avukat stajyerleri, mesleğe yaraşır bir kılık ve kıyafetle mahkemelerde görev yaparlar. Duruşmalara, Türkiye Barolar Birliği'nce şekli saptanmış cübbe ile çıkarlar" şeklinde değiştirilmiştir. Yapılan değişiklikle temiz, kıyafet vurgusu ile erkek avukatların kravat takacaklarına ilişkin hüküm kaldırılmıştır. Mesleğe yaraşır kıyafetten ne anlaşılması gerektiği kişiden kişiye, ülkeden ülkeye değişiklik gösterebilir. Örneğin KKTC'de avukat ve stajyerlerinin koyu lacivert veya koyu gri renkte takım elbise giymesi; koyu renkte kravat takması zorunluluğu bulunmaktayken⁹ ülkemizde isabetli şekilde bu yönde kısıtlayıcı düzenlemelere yer verilmemiştir. Nitekim örnek verdiğimiz KKTC'de hakimler, kravatlarının desenini beğenmemesi durumunda bile avukatları duruşma salonundan çıkartabilmektedir. Gerçekten de avukatın ne giydiği,¹⁰ ne renk giydiği yönünde bir

⁷ Özcan Çine, Avukatlık Hukuku, Ankara 2014, s. 234-235.

⁸ Rüzgaresen, s. 120.

⁹ Rufat Sharıflı Sayın, "KKTC'de Avukatlık ve Meslek Etiği", Avukatlık Hukuku Sempozyumu, Ankara 2023, s. 123 vd.

¹⁰ Anayasa Mahkemesi'ne de intikal eden bir olayda başvuru, Ankara Barosuna kayıtlı avukat olarak çalıştığını, bir duruşmaya başörtülü olarak katılması nedeniyle hâkimin duruşmanın yapılamayacağını belirterek müvekkiline kendisini bir başka avukatla temsil ettirmesi için süre vermesi ve duruşmayı ertelemesinin din ve vicdan özgürlüğü, savunma hakkı ve mahkemeye erişim hakkı, çalışma hakkı ve ayrımcılık yasağına aykırılık oluşturduğunu iddia etmiştir. Anayasa Mahkemesi GK, B. 2014/256 T. 25.6.2014 tarihli kararı ile şu sonuca varmıştır: "Somut olayda, başvuruçunun dini inançlarının bir gereği olarak kullandığı başörtüsü ile duruşmalara katılmasının engellenmesinde makul ve nesnel bir temel gösterilmediği gibi başvuruçunun taktığı başörtüsünün başkalarının hak ve özgürlüklerini yararlanmalarına engel ve toplumsal çatışma ve gerilimlerin kaynağı olduğu yö-

belirleme yapılması çabası doğru bir yaklaşım değildir. Kanaatimizce burada metinden tıpkı “temiz kıyafet” vurgusunun kaldırılmasında olduğu gibi ve aynı gerekçe ile “mesleğe yaraşır kıyafet” vurgusunun da kaldırılmasında fayda olduğunu değerlendiriyoruz. Aksi takdirde neyin mesleğe yaraşır kıyafet olabileceği değerlendirmesini yapabilmek çok kolay olmayacaktır. Son derece belirsiz bir kavram kullanmak yerine ilgili meslek kuralını sadece cübbe giyilmesi ile sınırlı tutmak daha doğru olacaktır.

Buna karşın yapılan değişiklikler Avukatlık Kanunu’nun 49.maddesiyle uyumlu olup, daha alt düzeyde olan bir metnin kanuna aykırı olma hali yapılan değişiklikle sonlandırılmıştır. Öte taraftan avukatların, duruşmalara “temiz bir kıyafetle” çıkacağı vurgusu gerçekten yerinde olmayıp zaten kendilerinden beklenen bu olduğundan ve bu düzenlemenin etik kurallarla herhangi bir ilgisi olmadığından metinden çıkartılması doğru olmuştur. Benzer şekilde kadın-erkek avukatlar arasında bir ayırım yapmak suretiyle erkek avukatların giyeceği kravatın metne yazılması, buna karşın mevsimsel olarak buna da bir istisna getirilmesi de doğru değildi. Söz gelimi Erzurum’daki avukatın mesleki kurallar bağlamında kravat takması istenirken, Bodrum’da avukatlık yapan bir meslektaşının böyle bir zorunluluğa neden tabi tutulmadığı sorgulanabilecek bir husustur. Bu bağlamda yapılan sadeleştirme isabetli olmuştur.

II- KARŞI TARAF VEKİLİNE BELGE ÖRNEĞİ VERME

Meslek Kuralları’ nın “Avukat, dava türü ve usulü ne olursa olsun, mahkemeye verdiği layiha ve önemli belgelerin birer örneğini (istenirse de) karşı taraf vekili meslektaşına verir” hükmü, “Avukat, duruşma esnasında mahkemeye ibraz ettiği ve elektronik ortamda erişim imkânı bulunmayan dilekçe ve belgelerin birer örneğini bu konuda ayrıca bir talebe gerek olmaksızın karşı taraf vekili meslektaşına verir” şeklinde değiştirilmiştir.

nünde hiçbir iddia ve somut olgulara dayalı veri de ortaya konulabilmiş değildir. Sonuç olarak, başörtülü bir avukat, duruşmalara girmesinin engellenmesi suretiyle başörtüsü takmayanlara göre dezavantajlı duruma düşürülmüştür. Bu gerekçelerle, Anayasa’nın 24. maddesiyle birlikte ele alınan Anayasa’nın 10. maddesinin ihlal edildiğine karar verilmesi gerekir” (Lexpera İçtihat Programı E.T: 20.1.2024).

Yapılan değişiklikler kapsamında avukatın, duruşma esnasında mahkemeye ibraz ettiği dilekçe ve bu dilekçelerin eki niteliğindeki belgelerin birer örneğini hazırlayarak yanında duruşmaya getirmesi ve diğer tarafın avukatına verme zorunluluğu kaldırılmamıştır. Bununla birlikte diğer taraf vekili elektronik ortamda bu belgelere erişim imkânına sahip olacaksa birer örneğini karşı taraf vekiline vermesi artık gerekmeyecektir.

Yapılan değişikliğin her belgeden iki nüsha hazırlama zorunluluğundan kaynaklandığı ifade edilmekte olup,¹¹ UYAP uygulaması dikkate alınarak ilgili meslek kuralı günümüz koşullarına uyarlanmıştır. Gerçekten de uzun süredir fiilen uygulanmayan ve mahkemelerin zaten dava dilekçesi ve bunların eki mahiyetinde olan sisteme yüklenen belgelerin fiziken de çıktısının alınmasına gerek bulunmamaktadır. Oysa maddenin önceki halinde belge, elektronik ortamda bulunsa bile bu belgelerin verilmemesi meslek kuralının ihlali ve dolayısıyla disiplin suçu olarak değerlendirilmek durumundaydı. Bunun dışında özellikle kâğıt formatından kaynaklanan farklıklar nedeniyle taranamayan belgelerin veya yazılı belge dışında olan ve UYAP'ın desteklemediği formattaki ses ve görüntü içeren belgelerin kopyalarının verilmesi uygulamasına devam edilecektir.

III- STAJYER AVUKATLARLA İLİŞKİLER

Meslek Kuralları'nın 33. maddesine getirilen düzenleme ile avukatlık mesleğinin niteliğinin yükselmesinde önem taşıyan staj eğitiminin güçlendirilmesi hedeflenmiştir. Esasında olması gereken büyük aksamaların yaşandığı avukatlık stajının bütünüyle ele alınması ve değiştirilmesi olmakla birlikte, şüphesiz Meslek Kuralları'nın staj kurumunu bütünüyle ele alıp düzenlemesi beklenemeyeceğinden bu değişikliğin kanunla yapılması gerekir.

Meslek Kuralları'nın "*Yanına stajyer almayı kabul eden avukat, stajyerlerin iyi yetişmesi için gerekli dikkati ve ilgiyi gösterir ve olanaklarını hazırlar*" hükmünü içeren 33. maddesine, "*Stajyer avukatın çalışma şeklini ve süresini zorunlu staj eğitimi programına göre belirler*" hükmü eklen-

¹¹ Konu hakkındaki açıklama için bkz. <https://www.barobirlik.org.tr/Haberler/tbb-37-olagan-genel-kurulu-meslek-kurallari-nda-degisiklik-yapti-83356> (E.T: 21.2.2023).

miştir. Bu çerçevede avukat adayları tarafından en çok dile getirilen yakınlardan biri olan, staj eğitim programlarına katılmaya engel nitelikteki büro görevlendirmelerinin yapılmasının önüne geçilmek istenmiştir.¹² Maddede yer alan “yanına stajyer alma” ifadesinin sorunlu bir ifade olduğunu ifade etmekte fayda vardır. Madde düzenlenirken, bu ifade yerine, “Stajyer yetiştirmeyi kabul eden avukat” ifadesinin kullanılması şüphesiz çok daha doğru olurdu.

Meslektaş adayının zorunlu staj eğitimi aldığını bilen bir avukatın, stajyerinin çalışma şekli ve süresini belirlerken bunu zorunlu staj eğitimi programına göre yapmasının, Meslek Kuralları’nda düzenlenmesine neden gerek kalındığı aslında üstünde düşünülmesi gereken bir husustur. Öte taraftan bu düzenlemeyle dahi bürodaki işleri staj eğitimine göre önceliklendiren avukatı Meslek Kuralları’nda yapılan bu değişikliğin zorlayıp zorlayamayacağını tespiti zordur; fakat yine de bu düzenlemenin Meslek Kuralları’na alınması isabetli olmuştur.

Bununla birlikte stajyer avukatın alması gereken uygulama eğitimi sadece adliyedeki eğitimle de sınırlı değildir. Büronun rutin işleri dışında avukatın bu eğitime nasıl destek vereceği ve 1 yıl içinde meslektaşı olacak stajyere karşı davranış ve yükümlülüklerine ilişkin bir düzenlemeye Meslek Kurallarında yer verilmemiştir. Bu konudaki düzenlemeler 19.12.2001 Tarihli Resmî Gazete’de yer alan Türkiye Barolar Birliği Staj Yönetmeliği’nde¹³ yer almıştır. Yönetmelik’in “Avukatın Yükümlülüğü” başlıklı 17. maddesine göre: “Avukat, stajyerini hukukun üstünlüğü ilkesine, meslek ilke ve kurallarına bağlı, hukuk bilgilerini somut olaylara uygulayabilecek nitelikte, bağımsız ve özgür bir avukat olarak yetiştirmekle yükümlüdür. Bu yükümlülük kapsamında avukat, stajyeri Avukatlık Kanunu’nun 23 üncü maddesinde belirtilen duruşmalar ile cezaevi görüşmeleri ve ifade ve sorgu işlemlerine birlikte gitmek, mahkemeler ve idari makam-

¹² Bkz. <https://www.barobirlik.org.tr/Haberler/tbb-37-olagan-genel-kurulu-meslek-kurallari-nda-degisiklik-yapti-83356> (E.T: 21.2.2023).

¹³ Yönetmelik’in amacı, 1. maddede kapsayıcı bir biçimde şu şekilde gösterilmiştir: “Avukatlık stajının hukuk bilgilerini bilimsel verilerden ayrılmaksızın ve bilimin yöntemlerini kullanarak somut olaylara uygulayabilen, yargılama süresince yargılama faaliyetinin yönetimine ve kararın oluşumuna etkin biçimde katılabilen, meslek ilke ve kurallarına bağlı, hak arama özgürlüğünün yaşama geçmesi için uğraş veren, insan haklarına saygılı, demokrasi ve hukukun üstünlüğünden ayrılmayan, bağımsız ve özgür avukatların yetişmesi için hukuksal, sanatsal, eğitsel olanakların sağlanmasıdır”.

lardaki işleri takip etmek, dava dosyalarını ve yazışmaları düzenlemek imkânını sağlayarak eğitir. Stajyere bu işler dışında bir iş yüklenemez. Avukat, stajyerin Baro eğitim çalışmalarına katılmasını, devamını ve başarısını denetlemekle yükümlüdür”.

Avukatlar için bir yükümlülük olarak düzenlenen yukarıdaki hükme rağmen birçok büroda adeta sekreter gibi kullanılan, getir-götür işleri, fotokopi çekmek gibi meslekle uzaktan yakından ilgisi olmayan işlerin de aslında stajyer avukata yaptırıldığı ortadadır. Birçok avukatın stajyerini sekreterden daha ucuz bir işgücü olarak görmesi ve bu amaçla hukuk fakültesi mezunlarını birer yıllık süreler için çalıştırmalarının artık sonlanması gerekmektedir. Buna ilişkin mevcut hükümlere aykırılık durumunda disiplin sürecinin daha etkin yönetilmesi ve kanuni bir düzenlemenin yapılarak avukat ile stajyeri arasındaki ilişkinin daha kapsamlı bir şekilde ele alınması, staj kurumunun işleyişi açısından şüphesiz daha faydalı olacaktır.

IV- BAĞLI ÇALIŞAN AVUKATLAR HAKKINDA DÜZENLEME

TBB Meslek Kuralları'nda yapılan değişiklikler içinde bağlı çalışan avukatlar hakkında yapılan düzenleme önem arz etmektedir. Avukatlıkta şirketleşmenin çok sınırlı olduğu, şubeleşmenin ise hukuken mümkün olmadığı ülkemizde büro açmanın ve başta büro giderlerine katlanmanın maliyetini her hukukçu karşılayamamakta; bu nedenle avukatlar birleşerek ortak bir hukuk bürosu açmak ya da başka bir avukatın yanında sigortalı olarak çalışmak yoluna gitmektedir. Avukatlık Kanunu çerçevesinde yürütülen bağlı çalışmaya ilişkin olarak son yıllarda özellikle büyük şehirlerde, bağlı çalışan avukat sayısının büyük bir ağırlık kazanması nedeniyle ortaya çıkan düzenleme ihtiyacı Genel Kurul tarafından yeni bir madde ihdasıyla karşılanmıştır.¹⁴

Meslek Kuralları'na getirilen 33/A maddesi ile meslektaşlar arasında farklı uygulama sorunlarının karşılanması hedeflenmiştir. Buna göre: *“Bağlı çalışılan avukat ile bağlı çalışan avukat arasında mesleki anlamda eşitlik ilkesi geçerlidir. Bu ilişki, unvanın ve işin gerektirdiği saygı ve güvene uygun biçimde düzenlenir. Bağlı çalışılan avukat, bağlı çalışan avukata*

¹⁴ Bkz. <https://www.barobirlik.org.tr/Haberler/tbb-37-olagan-genel-kurulu-meslek-kurallari-nda-degisiklik-yapti-83356> (E.T: 21.2.2023).

yönelik davranışlarında meslek kurallarını ve avukatın bağımsızlığını gözetir; mesleki gelişimi için gerekli imkânları tanır. Bağlı çalışılan avukat, bağlı çalışan avukatın iş tanımını ve ücretini; meslektaşlık bilincine, mesleğin itibarına ve işin niteliğine göre belirler”.

Yapılan değişiklikler her avukata göre farklı uygulanacaktır. Objektif bir içeriğe sahip olmadığı, bir boyutu ile işçi-işveren ilişkisi niteliği taşıdığı için, bağlı çalışanı işe alan ve her an iş akdini bir vesileyle sonlandırabilecek avukatla bağlı çalışan avukat arasındaki eşitliğin nasıl sağlanabileceği ve bunun nasıl mümkün olabileceği belirsizdir. Mahkemeler nezdinde ve müvekkili temsil etme bağlamında zaten eşit olan iki avukatın, bürodaki iç ilişkide eşitliğin sağlanması için nasıl bir çalışma ortamını tesis edecekleri düzenlenmemiştir. Öte taraftan “ücretin meslektaşlık bilinciyle” düzenlenmesi isabetli bir ifade tercihi olmakla birlikte asgari ücretin ne kadarlık bir miktar üstününün mesleğin itibarı ve işin niteliğine uygun düşeceği her avukat tarafından farklı değerlendirilebilecek hususlardır.

V- ÜCRETE İLİŞKİN DAVA AÇACAK AVUKATIN DURUMU

Meslek Kuralları'nın “Ücret davası açacak avukat, önce Baro Yönetim Kurulu'na bilgi verir. Bu konuda Baro Yönetim Kurulu'nun görüşünü bildirme yetkisi vardır” hükmünü içeren 47. maddesi yürürlükten kaldırılmıştır.

Kullanılmayan maddenin yürürlükten kaldırılma sebebi olarak, avukat ile müvekkil arasındaki ilişkinin Kişisel Verilerin Korunması Kanunu'na aykırı olabilecek ve mahkemeye erişim hakkının kullanılması için bir sınırlama getirecek nitelikte olması gösterilmiştir.¹⁵ Gerçekten de ücret alacağına ilişkin dava açmadan önce avukatların baroya bilgi vermedikleri; baroların da böyle bir bildirim yapılmadığı için meslek kuralı ihlali sebebiyle avukatlara bir disiplin yaptırımını uygulamadıkları görülmektedir. Konu maddenin yürürlükten kaldırılması suretiyle meslek kurallarının sadeleştirilmesi yerinde olmuştur.

¹⁵ Bkz. <https://www.barobirlik.org.tr/Haberler/tbb-37-olagan-genel-kurulu-meslek-kurallari-nda-degisiklik-yapti-83356> (E.T: 21.2.2023).

VI- YAPILAN DİĞER DEĞİŞİKLİKLER

Meslek Kuralları'nın 22. maddesinde geçen, “Avukat savunma için zorunlu olmadıkça davanın uzaması sonucuna varacak isteklerden kaçınır” cümlesindeki “zorunlu” ifadesi, ihtiyaç derecesi düşürülmek suretiyle yerini “gerekli” kelimesine bırakmıştır. Avukatlar, duruşmaları uzatmamakla ve gerçeğin ortaya çıkmasını sağlayacak ölçülülükte açıklama yapmakla yükümlüdür.¹⁶

Meslek Kuralları'nın 23. maddesinde geçen “Hâkimin reddi, savcuların ve başkaca adalet görevlilerinin reddi veya şikâyet edilmesi konusunda ve genellikle konuşmalarında ve yazılarında avukat, kanunun gerektirdiği gerekçeleri amacı aşmayacak biçimde açıklar. Ret veya şikâyet dileklerinin bir örneği de baroya verilir” hükmü, Danıştay 8. Dairesi'nin 15.10.2015 tarih ve 2015/3582-8680 sayılı bozma sonrası iptal edildiğinden, mülga madde, metinden çıkartılmıştır.

Meslek Kuralları'nın 27/I numaralı maddesinde geçen “Hiçbir avukat, herhangi bir meslektaşı özellikle hasım vekili meslektaşı hakkında küçük düşürücü nitelikteki kişisel görüşlerini açıkça belirtmez” hükmü muhafaza edilmek suretiyle, 27/II numaralı paragrafta geçen: “Bir avukat, başka bir avukata karşı asıl ya da vekil sıfatıyla takip edeceği davayı kendi barosuna bir yazı ile bildirir. Bu kural, bilgi verme yükümlülüğü ile bağlı olarak baroların ve Türkiye Barolar Birliği'nin üçüncü şahısların aleyhine veya üçüncü şahısların barolar ve TBB aleyhine açacağı davalar için de geçerlidir” hükmü Danıştay 8. Dairesi'nin 17.01.2017 tarih ve 2016/12242E. 2017/31K. sayılı bozma sonrası iptal kararı ile ilk cümle iptal edildiğinden, ikinci cümle de iptal edilen düzenleme ile ilişkili olduğundan madde metninden çıkartılmıştır. 27.maddenin üçüncü paragrafında geçen “Resmi ya da özel kuruluşlarda bağımlı olarak birlikte çalışan avukatlar, kadro görevleri ne olursa olsun, adalet ve eşitlik ilkelerinden ayrılmamaya ve iş dağıtımını, denetimi ve her türlü iş ilişkilerinde meslek dayanışmasına ve onuruna uymayan davranışlardan kaçınmaya özen göstermekle yükümlüdürler” hükmü ise muhafaza edilmiştir.

TBB Meslek Kuralları'nın 48. maddesinde geçen, “Baro Başkanlığı, Baro Yönetim ve Disiplin Kurulu üyelikleri ile Türkiye Barolar Birliği

¹⁶ Muhammet Özkes, Pekcanitez Usul Medeni Usul Hukuku, C.II, B.15, İstanbul 2017, s. 1353.

Başkanlığı, Yönetim Kurulu üyeliği, Türkiye Barolar Birliği Disiplin Kurulu Başkanlığı ve üyeliği görevleri bir kişide birleşemez" hükmü değiştirilmiştir. Disiplin Kurulu'ndan önce "Denetleme" kelimesinin eklenmesi suretiyle ve metinde geçen "*Türkiye Barolar Birliği*" ifadesinin çıkartılması suretiyle yeniden düzenlenmiştir. Yapılan değişiklikle TBB ve baro organlarındaki görevlerin bir kişide birleşmeyeceğine ilişkin kurala denetleme kurulu üyelikleri de dahil edilmiş ve madde şu şekli almıştır: "*Baro Başkanlığı, Baro Yönetim, Disiplin ve Denetleme Kurulu üyelikleri ile Türkiye Barolar Birliği Başkanlığı, Yönetim Kurulu üyeliği, Disiplin ve Denetleme Kurulu üyeliği görevleri bir kişide birleşemez*". Her ne kadar madde gerekçesinde görülemese de yapılan değişikliğin nedeni, Meslek Kuralları'nın hazırlandığı 1971 yılından sonra denetim fonksiyonu için ayrı bir kurula duyulan ihtiyaç ve bu kurulun varlık kazanmasıdır.

VII- YAPILMASI GEREKEN DİĞER DEĞİŞİKLİKLER

A. Hâkim ve Savcılarla İlişkilerde Karşılıklı Saygı Kuralı

TBB Meslek Kuralları'nın, "Yargı Organlarıyla ve Adli Mercilerle İlişkiler" başlıklı ikinci kısmında yer alan ilk kural m.17'de düzenlenmiş olup; bu kural uyarınca: "*Hâkim ve savcılarla ilişkilerinde, avukat, hizmetin özelliklerinden gelen ölçülere uygun davranmak zorundadır. Bu ilişkilerde karşılıklı saygı esastır*". Bu hüküm Avrupa Birliği Meslek Kuralı m.4.3 ile paralel olup; ilgili kurala göre: "*Bir avukat, mahkemeye karşı gerekli saygı ve nezaketi gösterirken, müvekkilinin çıkarlarını; kendi çıkarlarını ve kendisi veya üçüncü şahıslar bakımından ortaya çıkabilecek sonuçlarını düşünmeksizin, onurlu ve korkusuz bir biçimde savunacaktır*".¹⁷ Bu kurallar avukatın hakim huzurunda saygı ve nezaketten ayrılmadan müvekkilinin çıkarlarını ne şekilde savunabileceğini açıklayan kurallardır.¹⁸ Meslek Kurallarının 17. maddesindeki düzenleme kapsamında mahkemeye saygının, dışsal bir zorlamadan kaynaklanmadığı ifade edilmiştir.¹⁹

¹⁷ Avrupa'da Avukatlık Mesleğine İlişkin Temel İlkeler ve Avrupa'da Avukatların Tabi Olduğu Meslek Kuralları: https://d.barobirlik.org.tr/mevzuat/avukata_ozel/meslek_kurallari/CCBE_avukatlik_meslek_kurallari.pdf (E.T. 24.10.2022).

¹⁸ Bkz. Semih Güner, Avukatlık Hukuku, B.6, Ankara 2015, s. 550; Çelik, Avukat – Mahkeme İlişkileri, s. 284.

¹⁹ Çine, s. 227.

Avukatın, yargı mensuplarıyla ilişkisi gerek duruşma içinde gerekse dışında gerekli ölçütlere uygun olmak zorundadır. Bu ölçütün ne olacağına ilişkin kural duruşma disiplini içinde konuyu anlatan HMK m.79'da düzenlenmiştir. "Vekilin veya vekâlet verenin duruşmada uygun olmayan tutum ve davranışı" başlıklı Hukuk Muhakemeleri Kanunu m.79'un 1.fıkrası, vekilin duruşma sırasında uygun olmayan tutum ve davranışta bulunması durumunda, vekilin nasıl bir sonuçla karşılaşacağını düzenlemektedir. Buna göre: "Vekil, duruşma sırasında uygun olmayan tutum ve davranışta bulunursa, hâkim tarafından uyarılır; vekil uyarıya uymaz ve fiil disiplin suçu veya adli suç teşkil eder nitelikte görülürse, duruşma salonunda bulunan kişilerin kimlik bilgileri, adresleri de yazılarak olay tutanağa geçirilir ve duruşma ertelenir. Vekil hakkında gerekli yasal işlem yapılmak üzere mahkemece vekilin kayıtlı olduğu baroya ve gerekiyorsa Cumhuriyet başsavcılığına bildirimde bulunulur". HMK m.79, duruşma disiplinine ilişkin olarak tarafa nazaran, avukata bir ayrıcalık tanımıştır. Hangi davranışların uygun olmayan tutum ve davranışlar olduğunun saptanması için gerek Avukatlık Kanunu ve Meslek Kuralları'nı, gerek karşılaştırmalı hukuktaki avukatlık mevzuatlarını, gerekse benzer konularda verilmiş mahkeme kararlarını incelemek gerekmektedir.

Avukatın mahkemelerle olan ilişkisinde saygı ve nezaket kurallarına uygun hareket etmesi gerekir.²⁰ Avukat, mahkemeye ve yargılama faaliyetini yürüten hakime saygının hakim in kişiliğinden bağımsız, hukuka ve adalete saygı olduğunu bilerek hareket etmelidir.²¹ Duruşmalar sadece hakim için değil, aynı zamanda avukatlar için de mesleki faaliyet alanının bir parçası olup; bu saygınlığın zedelenmesi, mahkemenin, yargılamanın, adaletin ve aynı zamanda avukatlık mesleğinin saygınlığının zedelenmesi anlamına gelir.²² Nitekim Avukatlık Kanunu m.34 uyarınca²³ avukat, avukatlık unvanının gerektirdiği

²⁰ Meral Sungurtekin Özkan, Avukatlık Mesleği, Avukatların Hak ve Yükümlülükleri, B.4, İzmir 2013, s. 570; Güner, s. 550-551; Çine, s. 223.

²¹ Özkes, Pekcanitez Usul, s. 1354.

²² Özkes, Pekcanitez Usul, s. 1353.

²³ Avukatlık Kanunu m.34: "Avukatlar, yüklendikleri görevleri bu görevin kutsallığına yakışır bir şekilde özen, doğruluk ve onur içinde yerine getirmek ve avukatlık unvanının gerektirdiği saygı ve güvene uygun biçimde davranmak ve Türkiye Barolar Birliğince belirlenen meslek kurallarına uymakla yükümlüdürler".

saygı ve güvene uygun biçimde davranma yükümlülüğü altındadır. İnceleme konumuz dışında da TBB Meslek Kuralları'nda doğrudan ve dolaylı olarak avukatların, uyması gereken kurallara ilişkin başkaca düzenlemeler bulunmaktadır. TBB Meslek Kuralları m.4 uyarınca, "Avukat, mesleğin itibarını zedeleyecek her türlü tutum ve davranıştan kaçınmak zorundadır". Alman Avukatlık Kanunu m.43'te de benzer yönde düzenleme bulunmaktadır. Alman Avukatlık Kanunu m. 43 uyarınca, "Avukat, mesleğini özen ve doğruluk içinde icra etmekle yükümlüdür. Avukat, mesleğinin sınırları içinde ve dışında avukatlık unvanının gerektirdiği saygı, güven ve onuruna yaraşır biçimde hareket etmekle yükümlüdür".²⁴

Doktrinde mahkeme, yargı gibi "kutsal" bir işin gerçekleştirildiği yer olarak tarif edilmekte olup; duruşmalara bizzat giren taraflar da vekiller de mahkeme önünde bunu bilerek hareket etmek durumundadır.²⁵ İşbirliği ve nezaket kuralları ile hareket edildiği ölçüde yargılama-amacına uygun ve sağlıklı yürütülebilecektir.²⁶ Delil olan yemin edilirken veya tanıklara yemin ettirilirken hakim de dahil olmak üzere hazır bulunan herkes ayağa kalkar; yine hüküm tefhim edilirken duruşma salonunda bulunan herkes ayağa kalkarak hükmü dinler (HMK m.258/II).²⁷ Yeminin manevi etkisini arttırmak amacıyla herkesin ayağa kalktığı doktrinde ifade edilmiştir.²⁸ Bu kurallar yargılamanın saygınlığına yönelik kurallar olup, kişisel tercihlerle veya doğrudan kişilere saygıyla ilgili değildir.²⁹ Kıta Avrupası Hukuk Sisteminde ve ülkemizde avukatlar yemin ve hüküm tefhimi dışında da duruşma esnasında söz alırken ayağa kalkmakta olup; bu davranış hem avukatların kürsüye karşı saygılarının hem de kendi saygınlıklarının sembolü olarak görülmüştür.³⁰

²⁴ Kleine-Cosack, s. 30.

²⁵ Ejder Yılmaz, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, C.2, B.4, Ankara 2021, s. 2130.

²⁶ Özekes, Pekcanitez Usul, s. 1354.

²⁷ Ayrıca bkz. Özekes, Pekcanitez Usul, s. 1342; Lamih Çelik, TBB Disiplin Kurulu Kararları Işığında Avukatlık Meslek Kuralları, B.3, Ankara 2016, s. 175.

²⁸ Ejder Yılmaz, Yemin, B.3, Ankara 2021, s. 210.

²⁹ Özekes, Pekcanitez Usul, s. 1342; Özekes'in de vurguladığı gibi "...ayağa kalkılması gereken durumda hâkimin taraflara jest yaparcasına kalkmaması da olur şeklinde bir tavır takınması ya da salonda bulunanların kalkmaması yargılama kurallarına uygun değildir".

³⁰ Çine, s. 227; Roma Hukuku döneminde Quintilian, hâkim söz verdiği zaman, avukatın yerinden yavaşça kalkmasının ve ayakta duruşunun mesleğin itibarı gereği olduğunu, bu esnada başı dik, ciddi ve kendinden emin olması gerektiğini

Hangi tutum ve davranışın avukatların yüklendikleri görevlere ve bu görevin kutsallığına yakışır bir özen, doğruluk ve onur içinde yerine getirilmiş sayılacağı; benzer şekilde hangi davranışların avukatlık unvanın gerektirdiği saygı ve güvene uygun davranış olarak değerlendirileceği ve bu tutum ve davranışların Meslek Kurallarına uygun olup olmadığı her somut olayda özel olarak değerlendirilecektir.

Alman Avukatlık Kanunu'nun, Genel mesleki yükümlülük başlıklı m. 43 hükmü uyarınca, "Avukat, mesleğini özen ve doğruluk içinde icra etmekle yükümlüdür. Avukat, mesleğinin sınırları içinde ve dışında avukatlık unvanının gerektirdiği saygı, güven ve onuruna yaraşır biçimde hareket etmekle yükümlüdür".³¹ Alman Hukuk Muhakemeleri Kanunu'na baktığımızda ise ZPO 136 uyarınca yargılamanın yürütülmesi, mahkeme kararının hazırlanmasına ilişkin adli bir faaliyettir. Bu hüküm, yargılamaların yasal ve amaca uygun bir şekilde yürütülmesini sağlamayı amaçlamakta olup kural olarak bu, mahkemenin sorumluluğundadır.³²

TBB Meslek Kuralları'nın 17. maddesinde kısmen bir belirsizlik olduğu görülmektedir. Her ne kadar hâkim ve savcılarla ilişkilere yönelik "karşılıklı saygı" vurgusu yapılsa da Meslek Kuralları'nın Türkiye Barolar Birliği tarafından hazırlandığı göz önüne alındığında hâkim ve savcılar için mesleki bir yükümlülük yüklemeyeceği açıktır. O nedenle maddede aslında hâkim ve savcının avukata saygı göstermesi durumunda avukatın da aynı şekilde davranması gerektiği istenmekte olup, aksi bir durumda saygılı davranmayabileceği sonucu çıkmaktadır. Oysa ki avukat, karşılığı olmasa dahi herhalükarda saygılı davranmak zorunda olup, kendisine karşı saygısızlık yapıldığında bunu gerçekleştiren hakim ya da savcı için işletilecek idari ya da cezai bir soruşturma açılması için yapılabilecek şikayet ayrı bir konudur. Bu nedenle 17. maddenin "Bu ilişkilerde karşılıklı saygı esastır" cümlesinin metinden çıkartılması isabetli olacaktır.

belirtmiştir (Bkz. Çine, s. 227).

³¹ Kleine-Cosack, s. 30; Ayrıca bkz. Tuncay Yılmaz / Şerife Yazıcı / Mirel Amon Paltura, Yabancı Ülkelerin Avukatlık Kanunları 2.Kitap, Ankara 2013, s. 224 vd.

³² Hans Joachim Musielak/Wolfgang Voit, Zivilprozessordnung: ZPO mit Gerichtsverfassungsgesetz Kommentar 19, neubearbeitete Auflage. 2022, ZPO § 136 Rn. 1.

B. Tanıkla İlgili Yasaklara İlişkin Kural

TBB Meslek Kuralları m.24 uyarınca, “Avukat, ilerde tanık olarak dinlenecek kimselerden, istisnai olarak bazı hususları öğrenmek mecburiyetinde kalmış olursa, onları etkilemiş olma şüphesi altına düşmekten kaçınmalıdır. Avukat, tanıklara tavsiyelerde bulunamaz, ne şekilde tanıklık edecekleri veya hâkim önünde nasıl hareket edecekleri hakkında talimat veremez”. Meslek Kuralları’nın 24. maddesi, tanığa ilişkin avukatın yapmaması gereken davranışların neler olacağını düzenlemiş olup; tanığın sorgusunda yapılmaması gerekenleri, HMK’ da “Tanık” delilinin ele alındığı, Dördüncü Bölüm, m.262’deki “Yasak Davranışlar” la birlikte ele almak gerekir. Buna göre: “Tarafların, tanığın sözünü kesmeleri, söz veya hareketle onu övmeleri veya tahkir etmeleri yasaktır. Buna aykırı davranan taraf veya vekili, hâkimin uyarısına rağmen davranışını devam ettirecek olursa, 79 veya 151 inci maddeler uyarınca işlem yapılır”.

Hukuk Muhakemeleri Kanunumuza 152. maddeyle giren “Soru yöneltme” kurumu³³ kapsamında avukat, tanığa doğrudan soru yöneltebilmektedir. Tanığın beyanda bulunurken sorulan soruya cevap vermemesi, ilgisiz cevaplar vermesi, başka konuları anlatması durumunda sözünün kesilmesi, yasak davranışlar arasında değerlendirilemez. Tanıktan beklenen, sorulan soruya cevap vermesi olup; tanık, sorulan soruya cevap veriyorken, diğer tarafın veya vekilinin, tanığın sözünü kesmesi şüphesiz uygun olmayan tutum ve davranış olması sebebiyle hâkimin müdahalesini gerektirir.

Hukukumuzda avukatın hangi durumlarda tanığa müdahale edebileceği ve sınırlarının ne olacağı düzenlenmemiş olup, Anglo-Amerikan Hukuku kökenli bir kurum olan “çapraz sorgu”da avukatın sınırlarının ne olabileceğine ilişkin gerek Federal Delil Kuralları gerekse ABD Barolar Birliği Model Kuralları’nda düzenlemeler bulunmaktadır. Örneğin ABD’de tanığın karakterine yönelik tanıklığa itiraz edilememesine karşın, bunun sınırları Federal Delil Kuralları m.608’de belirlenmiştir. ABD Hukukunda hâkim tarafından tanıklığın takdirinde esas alınan unsurlardan birisi de tanığın karakteri ve itibarıdır. Tanığın doğruluk ve güven konusunda toplumdaki ünü mahkemede is-

³³ Geniş bilgi için bkz. Serhat Sarisözen, Medeni Usul Hukukunda Soru Yönelme ve Çapraz Sorgu, Ankara 2016, s. 27 vd.

patlanabilir.³⁴ Karakter tanıklığı, bir tanığın karakter özelliklerini ya da yalancılığını ortaya çıkarmaya yönelik olarak başka bir tanığın düşüncelerinden ve tanıklığından yararlanılarak yapılan tanıklıktır.³⁵ ABD Federal Delil Kuralları'nın 405. maddesi, karakter tanıklığına izin vermektedir.³⁶ Burada tanığın, toplumdaki iyi ya da kötü ünü, duruşmaya konu edilmektedir.³⁷ Bununla birlikte, tanığın güvenilirliğinin önemli ve hassas bir konu olduğu kabul edilerek, karakter özellikleri üzerinde yapılacak sorgulama, sıkı kurallara bağlamıştır; sorgulama, tanığın dürüstlüğüyle sınırlandırılmış, genel karakter özelliklerinin tartışılmasına ve bu yönde delil sunulmasına izin verilmemiştir.³⁸

Türk medeni usul hukukunda ise yasal olarak bu konuya ilişkin bir düzenleme yapılmamıştır; bununla birlikte hukukumuzda da tanığın karakter özellikleri ve sahip olduğu toplumsal itibarı hakkında tanık dinletilebilir; burada tanıklığın konusunu, o tanığın kötü itibarı oluşturur; yani diğer tanık, tanıklık eden kişinin toplum içinde yalancı olarak bilindiğine bu hususta kötü bir itibarı olduğuna tanıklık edebilir.³⁹ Dolayısıyla tanığın, karakterine yönelik duruşma sırasında vekil tarafından sarf edilecek sözler, duruşma sırasında uygun olmayan tutum ve davranış olarak nitelendirilemez. İddia ve savunma hakkının bir uzantısı olarak görülmesi gerekir.

Hukukumuz açısından ABD Hukukunda olduğu kadar tanığın sorgulanmasında geniş bir düzenleme olmadığından hakimler uygulamada avukatların, tanığı ABD yargılama hukukundakine benzer şekilde sorgulamasını, uygun olmayan tutum ve davranış olarak muhte-

³⁴ Alexander Tanford, Keeping Cross-Examination Under Control, Trial Adv. 245, Indiana 1994, s. 286; Sarısözen, Çapraz Sorgu, s. 167.

³⁵ Anthony Bocchino/David Sonenshein, A Practical Guide to Federal Evidence: Objections, Responses, Rules, and Practice Commentary, Eighth Edition, Lousiville 2006, s. 133; Gordon Cleary/John Tarantino, Trial Evidence Foundations, Costa Mesa 2012, s. 3-60.

³⁶ Bkz. Ronald Clark/George Dekle/William Bailey, Cross-Examination Handbook, Persuasion, Strategies and Techniques, New York 2011, s. 182.

³⁷ Clark/Dekle/Bailey, s. 182-185 Paul Mark Sandler/James Kenway Archibald, Model Witness Examinations, Illinois 2003, s. 267; Michael Martin/Daniel Capra/Faust Rossi, New York Evidence Handbook: Rules, Theory, and Practice, New York 2002, s.219.

³⁸ Bkz. Mesut Ertanhan, Medeni Yargılama Hukukunda Tanık ve Tanıklık, Ankara 2005s. 300; Bocchino/Sonenshein, s. 134; Cleary /Tarantino, s. 3-60.

³⁹ Ertanhan, s. 301.

melen değerlendirebilir. Burada HMK m.262' de düzenlenen ve tanığın övülemeyeceği ve tahkir edilemeyeceğine ilişkin kuralın mutlak şekilde uygulanmasında bir tereddüt yoktur. Buna karşın vekillerin, uygun sorgulama teknikleriyle, tanığın ilgisiz beyanda bulunması durumunda, onun sorulan soruya cevap vermeye teşvik edilmesi bağlamındaki girişime ise dikkatle yaklaşılması ve her durumda vekile müdahale edilmemesi yerinde olacaktır.

Anglo-Amerikan Hukukunda avukatlar, kendi tanıklarını sorgu için hazırlar.⁴⁰ Sorgulamayı yapacak avukat, tanığını sadece doğrudan sorgu için değil, doğrudan sorgudan sonra yapılacak çapraz sorgu için de hazırladıktan sonra mahkemede dinletmelidir.⁴¹ Burada tanığın hazırlanması ile kastedilen, tanığın etki altına alınması olmamalıdır. Tanık, hangi hususların çekişmeli olduğunu bilemeyeceğinden veya ispata konu vakıa hakkında bilgi sahibi olamayacağından özellikle tanığın ilgisiz konulara yönelmemesi veya anlatması gereken hususu, yargılamanın seyri içerisinde heyecanlanarak atlamaması için tanığın hazırlanması mümkün olabilmelidir.

Tanıkların hazırlanması, gerçek delil kuvvetinin ortaya çıkarılmasını sağlayabileceği gibi, mahkemenin zaman kaybının da önüne geçecektir.⁴² Sonuç itibariyle, doğrudan sorgunun başarıya ulaşması için; tanığın, özgürce ifade vermesine engel olmadan, onu kontrol etmek gerekir. Bu kontrole avukat iyi bir hazırlık süreci sonucunda ulaşacaktır.

Sungurtekin Özkan'a göre, tanıklarla mahkeme dışında temasa geçme yasağı tanığın avukat tarafından etkilenmesini ve bu suretle gördüğü, algıladığı hususlarla ilgili objektif olmayan veya tamamıyla yanlış bir şekilde ifade vermeye teşvik edilmesini, kandırılmasını önlemeyi amaçlar.⁴³ Ertanhan'a göre de tanıklara sorular yönelmek hâkimin işidir ve bu iş usul kanunlarında öngörüldüğü gibi yapılır.⁴⁴ HMK. m. 152'nin yürürlüğe girmesinden sonra kanaatimizce bu ifade artık doğru olmayacaktır.

⁴⁰ Nicholas Herman, North Carolina Civil Trial Practice, New York 2012, s. 82.

⁴¹ John Nicholas Iannuzzi, Handbook of Cross Examination: The Mosaic Art, Third Edition, United States 2011, s. 135.

⁴² Ertanhan, s. 221.

⁴³ Sungurtekin Özkan, s. 567; Ayrıca bkz. Ertanhan, s. 221.

⁴⁴ Ertanhan, s. 221.

Bu başlıkta anlatılan Meslek Kuralları'ndaki hüküm değişmeden ya da tümüyle kaldırılmadan avukatların sorgulamaya hazırlanması müvekkiliyle görüşme, dosyadaki beyanları ve delilleri incelemesi şeklinde olabilecektir. Bu da sorgulamayla hedeflenenlerle bağdaşmaz. Avukatın sadece karşı tarafın tanığıyla değil kendi bildirdiği tanıkla dahi görüşmemesi hâkimin kontrolünü en üst düzeyde tutan usul sistemlerinde geçerli olabilir. Usul sistemlerinin birbirine yakınlığı ve liberalleştiği bir ortamda Meslek Kuralları'ndaki hükümün savunulabilecek bir tarafı yoktur. Bir taraftan avukatın yaptığı işe kamu hizmeti, yargılamanın üç erkenden biri deyip, sonrasında avukatın tanıklarla dahi görüşmesine imkân vermemek, bu yönde avukatlara güvenmemek rasyonel bir gerekçeyle açıklanamaz. Kaldı ki tanığın yargılamaya hazırlanmasını, onu yalancı tanıklığa hazırlamak gibi düşünemeyiz. Hayatında ilk defa tanıklık yapacak kişi, avukat tarafından özellikle ilgisiz konulara girmemesi ve başkasından duyduğu hususları mahkemede anlatmaması, kendi duyu organlarıyla elde ettiği bilgileri aktarması yönünde uyarılabilmeli, bu mümkün olmayacaksa tanık listesinden çıkarılabilmelidir. Böylece ilgisiz kişiler duruşmada dinlenmek durumunda kalmayacak, hâkimin iş yükü hafifleyecek ve yargılama hızlanacaktır. Şu anki sistemimizde avukat, tanıkla görüşemediğine göre avukatın kimi sorgulayacağına ilişkin bu teknik konuda avukat değil, müvekkil karar verici konumundadır. Oysa sorgulama teknik bir iş olduğundan karar verici avukat olmalıdır.

Avukatın, tanığı duruşmaya hazırlarken, onu etkilemesi ve özellikle yalancı tanıklığa teşvik etmesi ihtimalinde ise o zaman Meslek Kuralları devreye girmeli ve böyle bir durumda avukat hakkında disiplinl yaptırmalara işlerlik kazandırılmalıdır.

Sorgulamanın gereği gibi yapılabilmesi için avukatların son derece hazırlıklı olmaları gerekir. Meslek Kuralları'nın eski tarihli oluşu ve Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 2011'de yürürlüğe girdiği dikkate alındığında Meslek Kuralları'nın da HMK'ya ve HMK'nın arzuladığı sorgulama sistemine uygun şekilde revize edilmesi gerekmektedir. Bu revizyondan sonra avukatlar daha hazır halde yargılamaya gelebilecek ve maddi gerçeğe daha kolay ulaşılacaktır. Bu bağlamda Meslek Kuralları'nın 24. maddesi tümüyle yürürlükten kaldırılmalı, tanıkla görüşme yasağı yerine, tanıklarla görüşürken ve mahkemede

tanıklar sorgulanırken nelere dikkat edilmesi gerektiğinin açıklandığı bir düzenleme getirilmelidir. Bu düzenlemenin Kanun'la yapılmasında fayda vardır. Zira HMK m.152'de tek maddeyle yapılan düzenlemenin genişletilerek, avukatların kendi tanıklarına ve diğer tarafın tanıklarına karşı yapacakları hazırlıkta uymaları gereken kurallar etraflı bir şekilde ele alınmalı; ABD Federal Delil Kuralları'nda olduğu gibi, avukatın kendi bildirdiği tanığa yargılama sırasında yönlendirici sorular sormaması mutlak bir şekilde yasaklanmalı; diğer tarafın tanığına karşı yapılacak sorgulamada özellikle yalan beyanın ortaya çıkartılabilmesi için hangi durumda yönlendirici sorular sorulabileceği belirlenmelidir. Aksi takdirde mevcut düzenlemede olduğu gibi, avukat tarafından tanığa soru yöneltebileceği saptandıktan sonra sorunun ne şekilde sorulacağı saptanmadığında usulü açıdan belirsizlikler beraberinde gelmektedir.

C. Hâkim ve Savcı Dışında Diğer Adli Görevlilerle Olan İlişkilerde Özenli Olma Kuralı

TBB Meslek Kuralları m.25 uyarınca, *“Avukat, mahkeme kalemlerinde, icra dairelerinde ve her türlü mercilerde çalışan görevlilerle olan ilişkilerinde de meslek onuruna ve ağırbaşlılığına uygun tutum ve davranışlarını korur”*. Önceki maddelerde hâkim-savcıyla olan ilişkileri düzenleyen Meslek Kuralları, bu defa m.25 ile mahkeme kalemlerinde, icra dairelerinde ve başkaca mercilerde bulunan diğer görevlilerle olan ilişkilerinde de avukatın meslek onuruna uygun davranması gerektiğine işaret etmiştir.

Kanaatimizce ayrı bir maddeyle düzenlenmesi yerine TBB Meslek Kuralları m.25'in, m.17 ve m.23'ün yürürlükten kalkan hükmü ile birleştirilmesi ve maddenin şu şekilde kaleme alınması uygun olacaktır:

“Hâkim, savcı ve diğer görevlilerle gerek duruşma sırasında gerek dışında gerekse icra işlemlerinin yürütülmesine ilişkin kurulacak her türlü iletişimde ve gerektiğinde bu kişiler haklarında yapılacak her türlü müracaatta avukat, kanunun gerektirdiği gerekçeleri amacı aşmayacak biçimde açıklar ve meslek onuruna uygun tutum ve davranışlarda bulunur”.

D. Baro Başkanına Karşı Yükümlülükler

Meslek Kuralları'nın 28. maddesi, "Bir başka baro bölgesinde ilk kez bir davaya giden avukat, o yer Baro Başkanı'na nezaket ziyaretinde bulunmaya gayret eder"; 29. maddesi ise "Bir meslektaşının ölümü veya başkaca nedenlerle, Baro Başkanı'nca görevlendirilen avukat, kabul edilebilir bir neden göstermeksizin bu görevi reddedemez" hükümlerini içermektedir.

29. maddedeki düzenleme mesleki dayanışmaya yönelik olup, kuralın korunması isabetli olacaktır. Buna karşın artan avukat sayısı dikkate alındığında, özellikle İstanbul, Ankara gibi, yoğun avukat sayısına sahip illere seyahat eden avukatın o yer baro başkanına nezaket ziyaretinde bulunmasını istemek seyahat eden avukat için de baro başkanı için de gerçekleşmesi çok muhtemel bir beklenti olmayacaktır. Az sayıda avukatın faaliyet gösterdiği ve mektup dışında iletişim araçlarının bu derece gelişmediği bir dönemde yürürlükte olan 28. maddenin tümüyle yürürlükten kaldırılması yerinde olacaktır.

SONUÇ

Özellikle birçok kanunun değiştiği ve mesleğin artık eskisi gibi icra edilmediği göz önüne alındığında, elli yılı aşkın bir zaman önce hazırlanan TBB Meslek Kuralları'nın gözden geçirilerek yeniden hazırlanmasına duyulan ihtiyaç açıktır. Bu değişiklik Türkiye Barolar Birliği'nin de gündeminde olup; 17-18 Aralık 2022'de gerçekleştirilen 37. Olağan Genel Kurul'da Meslek Kurallarında birtakım değişiklikler yapılmıştır.

Yapılan değişikliklerden ilki kılık kıyafet kuralıyla ilgili olup; bu düzenleme Avukatlık Kanunu'nun 49. maddesiyle uyumlu olmuş, daha alt düzeyde olan bir metnin kanuna aykırı olma hali sonlandırılmıştır. Öte taraftan avukatların, duruşmalara "temiz bir kıyafetle" çıkacağı vurgusu gerçekten yerinde olmayıp zaten kendilerinden beklenen budur ve bu düzenlemenin etik kurallarla herhangi bir ilgisi olmadığından metinden çıkartılması doğru olmuştur. Benzer şekilde kadın-erkek avukatlar arasında bir ayırım yapmak suretiyle erkek avukatların giyeceği kravatın metne yazılması, buna karşın mevsimsel olarak buna da bir istisna getirilmesi de doğru değildi. Bu bağlamda yapılan sadeleştirme isabetli olmuştur.

Yapılan diğer değişiklikler kapsamında avukatın, duruşma esnasında mahkemeye ibraz ettiği dilekçe ve bu dilekçelerin eki niteli-

ğindeki belgelere elektronik ortamda ulaşılabiliyorsa birer örneğini hazırlayarak yanında duruşmaya getirmesi ve diğer tarafın avukatına verme zorunluluğu kaldırılmıştır. Yapılan değişiklik uzun süredir fiilen uygulanmayan ve mahkemelerin zaten UYAP'a yükledikleri belgelerin fiziken de çıktısının alınmasına gerek bulunmaması haliyle de uyumludur.

Diğer değişiklikler, stajyer avukatlar ve bağlı çalışan avukatlarla ilgili olup, Meslek Kuralları'nda stajyer avukatlarla ilgili getirilen düzenleme ile avukatlık mesleğinin niteliğinin yükselmesinde büyük önem taşıyan staj eğitiminin güçlendirilmesi hedeflenmiştir. Meslektaş adayının zorunlu staj eğitimi aldığını bilen bir avukatın, stajyerinin çalışma şekli ve süresini belirlerken bunu zorunlu staj eğitimi programına göre yapmasının, Meslek Kuralları'nda düzenlenmesine neden gerek kalındığı ve bu düzenlemeyle dahi ofisteki işleri staj eğitimine göre önceliklendiren avukatı Meslek Kuralları'nda yapılan bu değişikliğin zorlayabilecek olup olmadığı sorusunun cevabı şüphesiz zordur fakat yine de bu düzenlemenin Meslek Kuralları'nın içine alınması isabetli olmuştur. Bununla birlikte stajyer avukatın alması gereken uygulama eğitimi sadece adliyedeki eğitimle sınırlı değildir. Büroda ofis işleri dışında avukatın bu eğitime nasıl destek vereceği ve bir yıl içinde meslektaşı olacak stajyere karşı yapması gerekenler ve yapmaması gerekenlere ilişkin bir düzenlemeye Meslek Kurallarında yer verilmemiştir. Birçok ofiste adeta sekreter gibi kullanılan, getir-götür işleri, fotokopi çekmek gibi meslekle uzaktan yakından ilgisi olmayan işlerin de aslında stajyer avukata yaptırıldığı ortadadır. Birçok avukatın stajyerini sekreterden daha ucuz bir işgücü olarak görmesi ve bu amaçla hukuk fakültesi mezunlarını birer yıllık süreler için yanlarında çalıştırmalarının artık sonlanmasına ilişkin bir düzenlemenin yapılarak avukat ile stajyeri arasındaki ilişkinin daha kapsamlı bir şekilde ele alınması, staj kurumunun işleyişi açısından şüphesiz daha faydalı olacaktır.

TBB Meslek Kuralları'nda yapılan değişiklikler içinde bağlı çalışan avukatlar hakkında yapılan düzenleme önem arz etmektedir. Avukatlıkta şirketleşmenin çok sınırlı olduğu, şubeleşmenin ise hukuken mümkün olmadığı ülkemizde büro açmanın ve başta büro giderlerine katlanmanın maliyetini her hukukçu karşılayamamakta; bu nedenle avukatlar birleşerek ortak bir hukuk bürosu açmak ya da başka bir

avukatın yanında sigortalı olarak çalışmak yoluna gitmektedir. Son yıllarda, bağlı çalışan avukat sayısının büyük bir ağırlık kazanması nedeniyle ortaya çıkan düzenleme ihtiyacı Genel Kurul tarafından yeni bir maddeyle karşılanmıştır. Yapılan değişiklikler her avukata göre farklı uygulanacaktır. Öte taraftan “ücretin meslektaşlık bilinciyle” düzenlenmesi isabetli bir ifade tercihi olmakla birlikte asgari ücretin ne kadarlık bir miktar üstünün mesleğin itibarı ve işin niteliğine uygun düşeceği her avukat tarafından farklı değerlendirilebilecek hususlardır.

Meslek Kuralları'nda Aralık 2022'de yapılan bu değişiklikler dışında esasında Meslek Kuralları'nın bütünüyle ele alınarak yeni bir kurallar bütünü getirmekte fayda vardır. Bu kapsamda değişmesi gereken başlıca maddeler:

Meslek Kuralları'nın 17. maddesinde bir belirsizlik olduğu görülmektedir. Her ne kadar hâkim ve savcılarla ilişkilere yönelik “karşılıklı saygı” vurgusu yapılsa da Meslek Kuralları'nın Türkiye Barolar Birliği tarafından hazırlandığı göz önüne alındığında hâkim ve savcılar için mesleki bir yükümlülük yüklemeyeceği açıktır. O nedenle maddede aslında hâkim ve savcının avukata saygı göstermesi durumunda avukatın da aynı şekilde davranması gerektiği istenmekte olup, aksi bir durumda saygılı davranmayabileceği sonucu çıkmaktadır. Oysaki avukat, karşılığı olmasa dahi her hâlükârda saygılı davranmak zorunda olup, kendisine karşı saygısızlık yapıldığında bunu gerçekleştiren hâkim ya da savcı için işletilecek idari ya da cezai bir soruşturma açılması için yapılabilecek şikâyet ayrı bir konudur. Bu nedenle 17. maddenin “Bu ilişkilerde karşılıklı saygı esastır” cümlesinin metinden çıkartılması isabetli olacaktır.

TBB Meslek Kuralları m.24'te anlatılan Meslek Kuralları'ndaki hüküm değişmeden ya da tümüyle kaldırılmadan avukatların tanıkları sorgulamaya hazırlanması müvekkiliyle görüşme, dosyadaki beyanları ve delilleri incelemesi şeklinde olabilecektir. Bu da sorgulama sistemiyle hedeflenenlerle bağdaşmaz. Avukatın sadece karşı tarafın tanığıyla değil kendi bildirdiği tanıkla dahi görüşmemesi hâkimin kontrolünü en üst düzeyde tutan usul sistemlerinde geçerli olabilir. Usul sistemlerinin birbirine yaklaştığı bir ortamda bu Meslek Kuralları'ndaki hükmün savunulabilecek bir tarafı yoktur. Bir taraftan

avukatın yaptığı işi kamu hizmeti olarak görüp, sonrasında avukatın tanıklarla dahi görüşmesine imkân vermemek, bu yönde avukatlara güvenmemek rasyonel bir gerekçeyle açıklanamaz. Kaldı ki tanığın yargılamaya hazırlanmasını, onu yalancı tanıklığa hazırlamak gibi düşünemeyiz. İlgisiz kişiler duruşmada dinlenmek durumunda kalmayacak, hâkimin iş yükü hafifleyecek ve yargılama hızlanacaktır. Şu anki sistemimizde avukat tanıkla görüşemediğine göre avukatın kimi sorgulayacağına ilişkin bu teknik konuda avukat değil, müvekkil karar verici konumundadır. Oysa sorgulama teknik bir iş olduğundan karar verici avukat olmalıdır. Sorgulamanın gereği gibi yapılabilmesi için avukatların son derece hazırlıklı olmaları gerekir. Meslek Kuralları'nın eski tarihli oluşu ve Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 2011'de yürürlüğe girdiği dikkate alındığında Meslek Kuralları'nın da HMK'ya ve HMK'nın arzuladığı sorgulama sistemine uygun şekilde revize edilmesi gerekmektedir. Bu revizyondan sonra avukatlar daha hazır halde yargılamaya gelebilecek, bu bağlamda maddi gerçeğe daha kolay ulaşılacaktır. Kanaatimizce bu bağlamda Meslek Kuralları'nın 24. maddesi tümüyle yürürlükten kaldırılmalı, tanıkla görüşme yasağı yerine, tanıklarla görüşürken ve mahkemede tanıklar sorgulanırken nelere dikkat edilmesi gerektiği yönünde düzenleme getirilmelidir.

Artan avukat sayısı dikkate alındığında, özellikle İstanbul, Ankara gibi, yoğun avukat sayısına sahip illere seyahat eden avukatın o yer baro başkanına nezaket ziyaretinde bulunmasını istemek seyahat eden avukat için de baro başkanı için de gerçekleşmesi çok muhtemel bir beklenti olmayacaktır. Az sayıda avukatın faaliyet gösterdiği ve mektup dışında iletişim araçlarının bu derece gelişmediği bir dönemde yürürlükte olan 28. maddenin tümüyle yürürlükten kaldırılması isabetli olacaktır.

Kaynakça

Kitaplar

Bocchino Anthony/Sonenshein David, A Practical Guide to Federal Evidence: Objections, Responses, Rules, and Practice Commentary, Eighth Edition, Lousiville 2006.

Brunner Alexander/Gasser Dominik/Schwander Ivo, ZPO Schweizerische Zivilprozessordnung, Dike Verlag AG, AUFLAGE 2, 2016.

- Clark Ronald/Dekle George/Bailey William, *Cross-Examination Handbook, Persuasion, Strategies and Techniques*, New York 2011.
- Cleary Gordon/ Tarantino John, *Trial Evidence Foundations*, Costa Mesa 2012.
- Çelik Lamih, TBB Disiplin Kurulu Kararları Işığında Avukatlık Meslek Kuralları, B.3, Ankara 2016 (Çelik, Meslek Kuralları).
- Çine Özcan, *Avukatlık Hukuku*, Ankara 2014
- Ertanhan Mesut, *Medeni Yargılama Hukukunda Tanık ve Tanıklık*, Ankara 2005.
- Güner Semih, *Avukatlık Hukuku*, B.6, Ankara 2015.
- Herman Nicholas, *North Carolina Civil Trial Practice*, New York 2012.
- Iannuzzi John Nicholas, *Handbook of Cross Examination: The Mosaic Art*, Third Edition, United States 2011.
- Kleine-Cosack Michael
(Çev. Köksal Şevdiye), *Bundesrechtsanwaltsordnung (BRAO) mit BORA und FAO Kommentar*, München 2003, *Evrensel Bakış İçin Avukatlık Yasaları I*, İzmir Barosu Yayını, İzmir 2004.
- Martin Michael/Capra Daniel/Rossi Faust, *New York Evidence Handbook: Rules, Theory, and Practice*, New York 2002.
- Mısır Haşim, *Avukatlık Disiplin Hukuku*, B.3, Ankara 2016
- Musielak Hans Joachim/Voit Wolfgang, *Zivilprozessordnung: ZPO mit Gerichtsverfassungsgesetz Kommentar 19, neubearbeitete Auflage*. 2022.
- Özekes Muhammet, *Pekcanitez Usul Medeni Usul Hukuku*, C.II, B.15, İstanbul 2017.
- Özen Atilla, *Avukatlık Hukuku*, B.4, Ankara 2021.
- Rüzgaresen Cumhur, *Avukatlık ve Noterlik Hukuku*, Ankara 2022.
- Sandler Paul Mark/a Archibald James Kenway, *Model Witness Examinations*, Illinois 2003.
- Sarisözen M. Serhat, *Medeni Usul Hukukunda Duruşma Düzeni*, Ankara 2023.
- Sarisözen M. Serhat, *Medeni Usul Hukukunda Soru Yönelme ve Çapraz Sorgu*, Ankara 2016 (Sarisözen, Çapraz Sorgu).
- Sungurtekin Özkan Meral, *Avukatlık Mesleği, Avukatların Hak ve Yükümlülükleri*, B.4, İzmir 2013.
- Tanford Alexander, *Keeping Cross-Examination Under Control*, *Trial Adv.* 245, Indiana 1994.
- Yılmaz Ejder, *Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi*, C.2, B.4, Ankara 2021 (Yılmaz, Şerh II).
- Yılmaz Ejder, *Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi* C.3, B.4, Ankara 2021 (Yılmaz, Şerh III).
- Yılmaz Ejder, *Yemin*, B.3, Ankara 2021 (Yılmaz, Yemin).
- Yılmaz Tuncay/Yazıcı Şerife/Amon Paltura Mirel, *Yabancı Ülkelerin Avukatlık Kanunları 2. Kitap*, Ankara 2013.

Makaleler

Çelik Lamih, "Meslek Kurallarında Avukat-Mahkeme İlişkileri", *TBB D*, 2008/74 (Çelik, Avukat-Mahkeme İlişkileri).

Sarisözen M. Serhat, "TBB Meslek Kurallarının 'Yargı Organlarıyla ve Adli Mercilerle İlişkiler' Başlıklı İkinci Kısımının Değerlendirilmesi ve Bazı Maddelerin Değişimine Olan İhtiyaç", *TBB Dergisi*, 2023/164, s. 239-262 (Sarisözen, Meslek Kuralları).

Sarisözen M. Serhat, "Vekilin Uygun Olmayan Tutum ve Davranışlarının HMK m.79 ve 151 Kapsamında Sonucu", *Terazi Hukuk Dergisi*, S.197, Ocak 2023.

Sharıflı Sayın Rufat, "KKTC'de Avukatlık ve Meslek Etiği", Avukatlık Hukuku Sempozyumu, Ankara 2023

İnternet Kaynakları

<https://www.barobirlik.org.tr/Haberler/tbb-37-olagan-genel-kurulu-meslek-kurallari-nda-degisiklik-yapti-83356>

https://d.barobirlik.org.tr/mevzuat/avukata_ozel/meslek_kurallari/CCBE_avukatlik_meslek_kurallari.pdf

OSMANLI CEZA MUHALEMESİ HUKUKUNDA ŞÜPHELİ VE SANIĞIN SUSMA HAKKI

RIGHT TO REMAIN SILENT FOR THE SUSPECT AND DEFENDANT IN OTTOMAN CRIMINAL PROCEDURE LAW

Şaban Cankat TAŞKIN*

Özet: Kişinin kendini ve yakınlarını suçlayıcı beyanda bulunmaya ya da bu yönde delil göstermeye zorlanamaması “nemo tenetur” ilkesi olarak adlandırılmaktadır. Susma hakkı, bu ilkenin önemli bir unsuru olup adil yargılanma hakkının da temelidir. Susma hakkının tanınmadığı bir düzende adil yargılanmadan da bahsedilemez. Ayrıca böyle bir düzende işkence ve kötü muamelenin engellenmesi de çok zordur. Bu nedenle, susma hakkı hem kişi onurunun korunması ilkesi hem de hukuk devleti ilkesi ile yakın bağ içindedir.

Tarihi süreçte, şüpheli ve sanığa uzun bir süre susma hakkı tanınmamıştır. Ancak Aydınlanma Çağı ile birlikte bu hak, önce işkence ve kötü muamele yasağının kabul edilmesi ile tanınmaya başlamış; ardından yasal ve anayasal güvencelere bağlanmıştır.

Osmanlı ceza muhakemesi hukuku da bu süreçten geçmiştir. Bu nedenle Osmanlı ceza muhakemesi hukukunda şüpheli ve sanığın susma hakkı, Tanzimat öncesi ve Tanzimat sonrası olarak iki dönemde incelenebilir. Tanzimat öncesinde şüpheli ve sanığa diğer haklarda olduğu gibi susma hakkı da tanınmış değildir. Hatta bazı durumlarda işkence ve kötü muamele ile ifade alınabilmiş, bu yolla elde edilen beyan delil olabilmıştır. Susmadan şüpheli veya sanığın aleyhine sonuç çıkarılabilmıştır. Buna karşın Tanzimat sonrasında işkence ve kötü muamele tamamen yasaklanmış, delil yasakları daha etkin şekilde uygulanmıştır. Ancak Fransız Ceza Muhakemesi Kanunu'nun etkisiyle hazırlanan 1879 yılında Usul-i Muhâkemât-ı Cezâiyye Kanun-ı Muvakkati (UMCKM) kabul edilene kadar şüpheli ve sanık hakları konusunda yeterli yol kat edilememiştir. UMCKM ile de susma hakkı açıkça tanınmasa da önemli aşama kaydedilmiştir. Yine de UMCKM'nin susma hakkına ilişkin düzenlemelerinin Mecelle'nin sus-

* Dr. Öğr. Üyesi, İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza Hukuku ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı, cankattaskin@aydin.edu.tr, ORCID: 0000-0001-6312-472X, Makalenin Gönderim Tarihi: 20.12.2023, Kabul Tarihi: 12.02.2024

ma hakkına ilişkin düzenlemelerine göre geri kaldığı ifade edilebilir. Bu maddede, kişinin kendini ve yakınlarını suçlayıcı beyanda bulunmaya ya da bu yönde delil göstermeye zorlanamaması ilkesinin bir uzantısı ve önemli unsuru olan şüpheli ve sanığın susma hakkı Osmanlı ceza muhakemesi hukuku açısından değerlendirilmiştir.

Anahtar Kelimeler: Susma Hakkı, Nemo Tenetur İlkesi, Usul-i Muhâkemât-ı Cezâiyye Kanun-ı Muvakkati, Mecelle, Osmanlı Ceza Muhakemesi Hukuku

Abstract: The principle of “nemo tenetur” states that a person cannot be forced to make incriminating statements against himself or his relatives or to show evidence with this effect. The right to remain silent is an important element of this principle and is the basis of the right to a fair trial. In a system where the right to silence is not recognised, a fair trial cannot be mentioned. It is also very difficult to prevent torture and ill-treatment in such a system. Therefore, the right to remain silent is in close connection with both the principle of protection of personal honour and the rule of law.

Historically, the right to silence was not recognised for a long time. However, with the Age of Enlightenment, this right started to be recognised first with the adoption of the prohibition of torture and ill-treatment; and then it was tied to legal and constitutional guarantees.

The Ottoman criminal procedure law also went through this process. For this reason, the right to silence of the suspect and the accused in the Ottoman criminal procedure law can be analysed in two periods: before the Tanzimat Period and after the Tanzimat Period. Prior to the Tanzimat Period, neither the right to remain silent was recognised for suspect and accused nor the other rights. In some cases, statements have been obtained even through torture and ill-treatment, and the statements obtained this way have become evidence. Inferences could have been drawn against the suspect or accused from silence.

On the other hand, after the Tanzimat Period, torture and ill-treatment were completely prohibited and the prohibitions on evidence were implemented more effectively. Although the right to remain silent was not explicitly recognised with the UMCKM, significant progress was made. Nevertheless, it can be stated that the provisions of the UMCKM on the right to silence are behind the provisions of the Mecelle on the right to silence. In this article, the right of the suspect and the accused to remain silent, which is an extension and important element of the principle that the person cannot be forced to make incriminating statements or to show evidence in this direction, is evaluated in terms of Ottoman criminal procedure law.

Keywords: Right to Silence, Nemo Tenetur Principle, Provisional Code of Criminal Procedure, Mecelle, Ottoman Criminal Procedure Law

GİRİŞ

Ceza muhakemesi hukuku, suç işlendikten sonraki muhakeme sürecinin işleyişini düzenler. Muhakeme sürecinde, şüpheli ve sanık önemli muhakeme sùjeleridir.

Ancak şüpheli ve sanık tarihi süreçte her zaman muhakemenin önemli sùjeleri olarak kabul edilmemiştir. Tarihi süreçte, özellikle tahkik sisteminde şüpheli veya sanıktan işkence ya da kötü muamele ile ifade alınabilmesi kabul edilmiştir. Ne var ki sonradan, özellikle Aydınlanma Çağı ile birlikte işkenceye karşı ciddi tepki oluşmuş ve bu dönemden sonra işkencenin yasaklanmasıyla birlikte, işkence, kötü muamele ve zor kullanılarak alınan ifadeler delil olarak kabul edilmeye başlanmıştır.

Bu dönemde, öncelikle Anglo-Amerikan hukuk sisteminde kimse- nin kendisini veya yakınlarını suçlamaya ya da bu yönde delil göstermeye zorlanamaması (nemo tenetur) ilkesi kabul edilmiştir. Sonradan Kıta Avrupası hukuk sisteminde de aynı ilke benimsenmiştir.

İlke, geniş anlamda kimsenin kendisini veya yakınlarını suçlamaya ya da bu yönde delil göstermeye zorlanamaması olarak anlaşıl- maktayken, dar anlamıyla susma hakkı olarak ifade edilebilir. Ancak bu makalede, ilke dar anlamıyla ele alınmış, susma hakkıyla bağlantısı olduğu ölçüde geniş anlamıyla birlikte değerlendirilmiştir.

Osmanlı ceza muhakemesi hukukunda şüpheli veya sanığa sus- ma hakkının tanınmaması esastır. Osmanlı ceza muhakemesi hukuku, bu yönüyle tahkik sistemine benzemektedir. Bu ilk dönem, makalede Tanzimat öncesi dönem olarak adlandırılmıştır. Bu dönemde şüpheli veya sanığa susma hakkı tanınmazdı. Hatta bazı kanunnameler ile iş- kence veya kötü muamele yoluyla şüpheli veya sanıktan ifade alınma- sı kabul edilmişti.

Özellikle Tanzimat ve Islahat Fermânları'nın¹ etkisiyle, Osmanlı Devleti'nde şüpheli ve sanık hakları gelişme göstermiş, susma hak- kı tanınmıştır. Hatta bu dönemde 1879 yılında Usul-i Muhâkemât-ı

¹ "Fermân" sözcüğünün yazılış şekli Osmanlı-Türkçe Sözlük'ten alınmıştır. O ne- denle kavramın yazılışı da bu makalede bu şekilde benimsenmiştir. Ferit Devel- lioğlu, Osmanlıca-Türkçe Ansiklopedik Lûgat, Aydın Kitabevi 34. Baskı, Ankara 2020, s. 298.

Cezâiyye Kanun-ı Muvakkati (UMCKM) olarak adlandırılan, Osmanlı Devleti'nin ilk ceza muhakemesi kanunu kabul edilmiştir. Bu kanun 50 sene yürürlükte kalmıştır. Bu ikinci dönem ise, makalede Tanzimat sonrası dönem olarak adlandırılmıştır.

Bu nedenle Osmanlı ceza muhakemesi hukukunda susma hakkını Tanzimat öncesi ve Tanzimat sonrası dönem olarak iki ayrı evrede incelemek gerekir. Bu makalede de susma hakkı iki dönemdeki farklılıklar ele alınarak değerlendirilmiştir.

Ancak, Osmanlı Dönemi'ndeki uygulamada susma hakkı, günümüzdekinden farklıdır. Bazı durumlarda şüpheli veya sanığın (özellikle Tanzimat öncesi dönemde) işkence ya da kötü muamele yoluyla konuşmaya zorlanması, susmasından sonuç çıkarılması söz konusu olmuştur. Tanzimat sonrası dönemde susma hakkı tanındığı görülmekteyse de bu dönemde susma hakkı günümüzdeki anlamından farklı şekilde yorumlanmış ve uygulanmıştır. Osmanlı Devleti'nde hukuk İslam Hukuku'na dayandığı için, kimsenin kendisini veya yakınlarını suçlamaya ya da bu yönde delil göstermeye zorlanamaması hakkı ile susma hakkının uygulanmasında İslam Hukuku kuralları öncelikle nazara alınmıştır.

Aşağıda, önce susma hakkı (nemo tenetur ilkesi) tanımlanmıştır. Kavramın tanımlanmasından sonra, Osmanlı ceza muhakemesi hukukunda susma hakkının daha iyi anlaşılması için Dünya tarihinde süreçte bu hakkın nasıl geliştiği üzerinde durulmuştur. Ardından hakkın Osmanlı Hukuk sistemindeki gelişim süreci ele alınmış, Osmanlı Dönemi de Tanzimat öncesi dönem ve Tanzimat sonrası dönem olarak iki başlık altında incelenmiştir.

Son olarak, susma hakkının 1876 Anayasası'ndaki görünümüne de Tanzimat sonrası dönem başlığı altında değinilmiştir. Bu alt başlık altında ayrıca, susma hakkının günümüzdeki uygulanış şekli ile Osmanlı Dönemindeki uygulanış şekli arasındaki farklılıklar değerlendirilmiştir.

I. KAVRAM VE TANIM

Susma hakkı, Türk Dil Kurumu (TDK) sözlüğünde *“bir soruşturma sırasında sanığın, ceza yönünden aleyhine sonuç doğuracak sorulara cevap*

vermeme hakkı” olarak tanımlanmış olup,² kimsenin kendisini veya yakınlarını suçlamaya zorlanamaması (nemo tenetur) ilkesinin³ içerisinde kabul edilen bir haktır.⁴

Nemo tenetur ilkesinin kaynağı *ius commune* (genel hukuk) öğretisidir⁵. Kavram, “nemo tenetur se ipsum accusare” (kimse kendini suçlamak zorunda değildir) sözcüğünden türemiş ve zaman içerisinde şimdi kullanıldığı haliyle “nemo tenetur” olarak yerleşmiştir⁶. Susma hakkı da nemo tenetur ilkesinin içerisinde yer almaktadır. Bu yönüyle susma hakkının nemo tenetur ilkesinden türediği ve nemo tenetur ilkesinin hem kişinin kendini ve yakınlarını suçlayıcı beyanda bulunmaya ya da bu yönde delil göstermeye zorlanamaması hakkının hem de susma hakkının temeli olduğu ifade edilebilir.⁷

Nemo tenetur ilkesi “nemo tenetur se ipsum accusare” (kimse kendini suçlamak zorunda değildir); ve “nemo tenetur prodere se ipsum” (kimseden kendine ihanet etmesi beklenemez veya kimsenin kendi aleyhine delil üretmesi istenemez) kavramlarını içinde barındırmaktadır.⁸ Aynı şekilde “hiç kimsenin bir suçlayıcı kişi ve bir suçlama

² <https://sozluk.gov.tr/>, E.T: 28.03.2023.

³ Kavramın Latince uzun yazılışı ile çevirisi şöyledir: “Licet nemo tenetur seipsum prodere, tamen proditus per famam tenetur seipsum prodere, tamen proditus per famam tenetur seipsum ostendere utrum possit suam innocentiam ostendere et seipsum purgare” (“Though no one is bound to become his own accuser, yet when once a man has been accused (pointed at as guilty) by general report, he is bound to show whether he can prove his innocence and to vindicate himself.”) (Hiç kimse kendi kendini suçlayıcı beyanda bulunmaya zorunlu olmasa da bir kimse suçlu olarak gösterildiğinde, kendisinin masumiyetini kanıtlayıp kanıtlamayacağını göstermek ve kendini haklı çıkarmak zorundadır.) (İngilizcesinden çeviri tarafımdan yapılmıştır). Aktaran: Albert Alschuler, “A Peculiar Privilege in Historical Perspective: The Right to Remain Silent”, *Michigan Law Review*, Year: 1995: Volume: 94, s. 2641, dipnot: 59.

⁴ Murat Aydın, *Ceza Muhakemesi Hukukunda Kendini İtham Etmeme Hakkı*, Adalet Yayınevi, Ankara 2016, s.35

⁵ Alschuler, s. 2638; Helmut Conig, “The Comparative and International Law”, *Journal of Southern Africa*, November 1986, Volume: 19, No: 3, Published by: Institute of Foreign and Comparative Law, s. 488.

⁶ Rezzan İtişgen, *Kişinin Kendini Suçlamaya Zorlanamaması İlkesi (Nemo Tenetur İlkesi)*, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul 2012, s.3,4; Aydın, s.35.

⁷ E. Luis Chiesa, “Beyond Torture: The Nemo Tenatur Principle in Borderline Cases”, *Boston College Third Worl Law Journal*, Year: 2010, Vol:30-35, s.35.

⁸ Alschuler, s. 2638.

olmadan cezalandırılmayacağı” (nemo punitur sine accusatore) ilkesi ile “hiç kimsenin kendi hatasını veya ayıbını ortaya çıkarmaya zorlanamayacağı” (nemo tenetur detegere turpitudinem suam) ilkesi de nemo tenetur ilkesinin farklı görünümleridir.⁹

Nemo tenetur ilkesi, şüpheli veya sanığın (keza tanığın) kendisi veya yakınları aleyhine delil göstermeye veya beyanda bulunmaya zorlanamayacağını ortaya koyduğu gibi, suçsuzluğunu ispat yükümlülüğü altında bırakılmayacağını da belirtir. Farklı şekilde ifade edecek olursak, nemo tenetur ilkesi gereğince, şüpheli veya sanığın soruşturma ve kovuşturma mercileriyle iş birliği içerisinde bulunmaya zorlanamaması gerekir. Aksi yöndeki davranış hukuka aykırı olacaktır. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) de, kararlarında şüpheli ve sanığın adli makamlarla aktif iş birliği içerisinde olmasının beklenemeyeceği, ayrıca susma hakkını kullanmanın şüpheli veya sanık için bir hak olduğu ve bu hakkını kullanmasının sanığın aleyhine yorumlanamayacağı yönünde içtihat geliştirmiştir.¹⁰ Yargıtay’ın da benzer yönde kararları bulunmaktadır.¹¹

Ceza muhakemesi hukukunda susma hakkı dar ve geniş anlamda anlaşılmalıdır.¹² Susma hakkı dar anlamıyla ele alındığında şüpheli veya sanığın beyanda bulunmaya zorlanamaması; geniş anlamıyla ele alındığında ise şüpheli veya sanığın kendi aktif hareketi ile kendi

⁹ Alschuler, s. 2639.

¹⁰ Feyyaz Gölcüklü, “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nde Adil Yargılama”, *AÜSBF Dergisi*, Yıl: 1994, Cilt: 49, Sayı:1, s.215.

¹¹ “Keza, sanığın savunmasının aksinin kanıtlanması ondan beklenemez. Kaldı ki, CMUK’un 135. maddesi uyarınca susma hakkı bulunmaktadır. Susma hakkını kullanan sanığın sükût ikrardan gelir deyişine dayanarak suçunu kabul ettiği söylenemeyeceği gibi savunmasını kanıtlaması da beklenemez. Sanığa yüklenen suçun sübuta erdiği kuşkuyla yer vermeksizin ortaya çıkarılmalıdır.” (Yargıtay CGK., 22.03.2005 T, 2004/4-220 E., 2005/32 K. sayılı kararı). “Sanığın savunmasının aksini kanıtlanması ondan beklenemez, kaldı ki CMUK.135. maddesi uyarınca sanığın susma hakkı bulunmaktadır. Yargıtay CGK., 19.04.1993 T, 1993/6-81 E., 1993/110 K. sayılı kararı). “Susma hakkını kullanan sanığın, “sükût ikrardan gelir” deyişine dayanılarak suçu kabul ettiği söylenemeyeceği gibi, savunmasını kanıtlaması da istenemez. Sanığa yüklenen suçun sübuta erdiği, yapılan yargılama sonunda şüpheye yer vermeksizin ortaya çıkartılmalıdır. Ceza yargılamasında şüphenin bulunduğu yerde mahkûmiyet kararına yer yoktur.” (Yargıtay CGK.,19.04.1993 T, 1993/6-81 E., 1993/110 K. sayılı kararı).

¹² İtişgen, s. 4.

aleyhine delil göstermeye zorlanamaması olarak anlaşılabilir.¹³ Geniş anlamdaki susma hakkının kapsamına şüpheli veya sanığın yalan söyleme hakkının da dahil edilebilmesi mümkündür.¹⁴

Dar anlamıyla susma hakkı, İngilizce’de “Right to silence/right to remain silence” olarak ifade edilmektedir. AİHM resmi karar çevirilerinde ise genellikle kendini suçlamaya karşı korunma veya kendini suçlandırmama hakkı “privilege against self incrimination” veya ifade ya da sorgu işlemi sırasında sessiz kalma şeklinde kullanılan dar anlamdaki susma hakkı “right to silence” kavramlarıyla tanımlanmaktadır.

1982 Anayasası susma hakkını geniş anlamıyla kabul etmiş ve 38/5 maddesinde hakkı “Hiç kimse kendisini veya kanunda gösterilen yakınlarını suçlayan bir beyanda bulunmaya veya bu yolda delil göstermeye zorlanamaz” diyerek, susma hakkını da içerecek şekilde teminat altına almıştır.

Buna karşın Ceza Muhakemesi Kanunu’nun (CMK) 147/1-e maddesinde susma hakkı “e) *Yüklenen suç hakkında açıklamada bulunmamasının kanunî hakkı olduğu söylenir*” denerek dar anlamıyla ifade edilmiştir.¹⁵ Öte yandan CMK 191/3-c’deki “c) *Sanığa, yüklenen suç hakkında açıklamada bulunmamasının kanunî hakkı olduğu ve 147’nci maddede belirtilen diğer hakları bildirilir*” şeklindeki düzenleme de sanığın kovuşturma aşamasında açıklamada bulunmama hakkının varlığını ortaya koymaktadır.

Bu nedenle anayasal düzenlemenin hem konu hem de kişi bakımından daha geniş ve teminatlı olduğu söylenebilir. Zira Anayasa 38/5 hükmü gereği tanık, mağdur, şüpheli veya sanık olup olmadığına bakılmaksızın hiç kimse kendisini veya kanunda gösterilen yakınlarını suçlayan bir beyanda bulunmaya ya da delil göstermeye zorlanamayacakken, CMK bu hakkı sadece şüpheli veya sanığın beyanlarıyla sınırlı tutmuştur. Bu makalede, Osmanlı ceza muhakemesi hukukunda şüpheli ve sanığın susma hakkı incelendiği için, susma hakkı dar an-

¹³ Manfred Pieck, “Witness Privilege Against Self-Incrimination In The Civil Law,” *Villanova Law Review*, Year: 1960, Vol: 5, Iss: 3, s.375.

¹⁴ Aydın, s. 37.

¹⁵ Ahmet Yalçın, *Suçsuzluk Karinesi*, Adalet Yayınevi, Ankara 2021, s. 299.

lamıyla sadece şüpheli veya sanığın beyanlarıyla sınırlı olarak değerlendirilmiştir. Kavram olarak da CMK'daki açıklamada bulunmama hakkı kavramı yerine, yerleşik kavram haline gelen "susma hakkı" kavramının kullanılması tercih edilmiştir.

II. TARİHİ SÜREÇTE SUSMA HAKKI

A. Genel Olarak

Nemo tenetur ilkesi ile susma hakkının, günümüz hukukundaki temelleri Anglo-Amerikan hukuk sisteminde atılmıştır. Hakkın günümüzdeki anlamıyla yerleşmesi Amerika Birleşik Devletleri'ndeki (ABD) Miranda Kararı ile mümkün olmuştur.¹⁶

Ancak susma hakkının Osmanlı ceza muhakemesi hukukundaki görünümü incelenirken, kronolojik olarak hakkın dayanağını oluşturan Anglo-Amerikan hukuk sisteminin ve bilhassa İngiltere'deki gelişim sürecinin kısaca değerlendirilmesinde yarar olabilir.

Osmanlı ceza muhakemesindeki ve modern anlamdaki susma hakkına temel oluşturan ilk belgenin 1689 tarihli Bill of Rights (Haklar Bildirgesi) ile bu belgeyi temel alan 1776 tarihli ABD Haklar Bildirgesi olduğu söylenebilir. Nitekim, 1776 tarihli Bildirge, ABD Anayasası'na da temel oluşturmuştur.¹⁷ Buna karşın susma hakkının Kıta Avrupası hukuk sisteminde benimsenmesi ancak 18'inci yüzyılın ortalarını bulmuştur.¹⁸

İslam Hukuku'nda ve Osmanlı Hukuku'nda susma hakkı farklı zaman ve şekillerde ortaya çıkmıştır. Cumhuriyet Dönemi'nde ise Kıta Avrupası sisteminin yaklaşık iki yüz yıllık birikimi esas alınarak düzenlemelere gidilmiştir.

Ne var ki bu makale sadece Osmanlı ceza muhakemesi hukukunda şüpheli ve sanığın susma hakkı ile sınırlı olduğu için, Cumhuriyet Dönemi düzenlemeleri detaylıca incelenmemiştir. Makalede, Tanzimat öncesi ve Tanzimat sonrası dönemlerdeki susma hakkı; Mecelle'deki

¹⁶ Miranda v. Arizona, 384 U.S. 436 (1966), <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/384/436/>, E. T: 16.08.2023.

¹⁷ Aydın, 2016, s. 1.

¹⁸ Aydın, s. 53.

ve UMCKM'deki düzenlemeler ile tarihi süreç detaylıca değerlendirilmiştir.

B. Susma Hakkının Dünya Tarihindeki Gelişimi

Tarihi süreçte susma hakkının ilk izlerine ve uygulamasına kilise hukuku ile müşterek hukuk (common law) döneminde rastlandığı söylenebilir.¹⁹

Kanonik hukuk (kilise hukuku) döneminde sanığa susma hakkı ilk kez kendisi aleyhinde beyanda bulunmama hakkı şeklinde tanınmış ise de²⁰ o dönemin kurallarında işkence ve kötü muamele yoluyla elde edilen beyanın delil olarak kullanılıp kullanılmayacağı yönünde fikir birliği olmadığı söylenebilir.²¹ Ancak kanonik hukuk döneminde, rahiplikten azledilme korkusuyla, şüpheli veya sanıktan beyan alınırken işkence uygulanmaması tercih edilmiştir.²²

Ne var ki kanonik hukukta susma hakkının izlerine ve kısmen de olsa uygulamasına rastlansa da klasik felsefede susma hakkının ana ilkelerinin bilinmediği söylenebilir.

Klasik dönem Roma Hukuku'nda da susma hakkının ne zaman benimsendiği yönünde belirsizlik mevcuttur. Zira Roma Hukuk sisteminin genel hukuk ilkelerini (ius commune) ne zaman kabul ettiği yönünde net bir bilgi mevcut değildir.²³ Bu nedenle, kanonik hukukta ve özellikle Klasik Roma Hukuku'nda susma hakkının kabul edilmesinin, sanığın kilise mahkemelerinde yargılanması sırasında itirafa zorlanmasının yasaklanması ile başladığı söylenebilir.²⁴

¹⁹ Roy Mitchell Moreland, "Historical Background and Implications of the Privilege Against Self-Incrimination" *Kentucky Law Journal*, Year: 1956, Vol.: 44, Iss.: 3, Article 1, s. 268; Aydın, s.36-39. Buna karşın başka bir kaynakta ilkenin ilk kez Yahudi Hukuku'nda Talmud'da ayrıntılı şekilde düzenlendiğini öne süren bir görüş de bulunmaktadır. Timur Demirbaş, *Soruşturma Evresinde Şüphelinin İfadesinin Alınması*, Seçkin Yayıncılık, 6. Baskı, Ankara 2022, s.151.

²⁰ Demirbaş, s.151.

²¹ Mehmet Cemil Ozansü, *Erken Modernlikte Ceza Sorumluluğunun Kamusallaşması ve Rasyonelleşmesi*, On İki Levha Yay. İstanbul 2014, s.229.

²² Ozansü, s. 229.

²³ Alschuler, s. 2639.

²⁴ Alschuler, s. 2639. Kilise hukukunda susma hakkının ortaya çıkış süreci için bkz aynı eser s. 2640,2641.

Osmanlı Devleti'nin özellikle Tanzimat sonrasındaki Batılılaşma hareketleri Avrupa'yı temel almıştır.²⁵ Bu nedenle, özellikle Tanzimat sonrasından Cumhuriyet'in kuruluşuna kadarki dönemde Osmanlı Devleti'ndeki susma hakkının temellerinin anlaşılması için Roma Hukuku'nda susma hakkının nasıl düzenlendiği ve sanıktan zor yoluyla beyan alınabilmesinin mümkün olup olmadığı incelenmelidir.

Roma Hukuku'nda susma hakkının Klasik Dönem Roma Hukuku, İmparatorluk Dönemi Roma Hukuku ve Cumhuriyet Dönemi Roma Hukuku arasında bazı farklılıklar olduğu görülmektedir.

Modern ceza muhakemesi hukukunda olduğu gibi, Roma Hukuku da ceza muhakemesinde maddi gerçeğe ulaşmayı amaç edinmiştir.²⁶ Ancak modern ceza muhakemesi hukukundan farklı olarak Klasik Dönem Roma Hukuku'nda maddi gerçeğe ulaşmak için yargıcın her türlü araştırmaya gidebilmesi hatta şüpheli veya sanıktan kırbaçlama, mallarına el koyma tehdidinde bulunma, köle seviyesine düşürme, dövme, hapis veya para cezasına çarptırma gibi adına "coercitio" denilen bazı yollara başvurulması hukuka uygun kabul edilmekteydi.²⁷

Buna karşın İmparatorluk Dönemi Roma Hukuku şüpheli ve sanık hakları açısından Klasik Roma Dönemi'ne göre daha sorunludur. Zira İmparatorluk Dönemi'nde de şüpheli ve sanıktan işkence yoluyla ifade alınabilmesi mümkündü. Ancak bu dönemde şüpheli ve sanığa susma hakkı tanınmazdı.²⁸

Klasik Roma Hukuku'nda itham sisteminde olduğu gibi, sanığın suçlamayı reddedebilmesi mümkündü.²⁹ Roma ceza muhakemesi hukukunda ana kural olarak sanığın, suçlamalar karşısında sessiz kalma hakkı olmadığı, devletin gerektiğinde sanıktan zor kullanarak beyan

²⁵ Mustafa Şentop, "Tanzimat Dönemi Kanunlaştırma Faaliyetleri Literatürü", *Türkiye Araştırmaları Literatür Dergisi (TALİD)*, Yıl: 2005, C:3, S:5, s.649, hatta yazar, Batılı devletlerin baskısını reformlardaki en önemli sebepler arasında görmektedir. Şentop, 651.

²⁶ Sevgi Kayak, "Roma Ceza Yargılama Hukukunda Sorgulama ve Cezalandırma Yöntemleri", Prof. Dr. Belgin Erdoğan'a Armağan, (Derleyen: M. Murat İnceoğlu), Der Yayınları, İstanbul 2011, s.166.

²⁷ Kayak, s.166, s.171.

²⁸ Kayak, s.171.

²⁹ Aydın, s. 52.

alabileceği kabul edilmekteydi.³⁰ Keza Roma Hukuku'nda şüpheli veya sanığın susma hakkını kabul eden açık bir düzenleme yoktu. Ciddi suçlarda sanıktan suçu itiraf etmesi beklenir; bunu yapmazsa zorla veya işkence yoluyla beyanı alınabilirdi.³¹

İfade almak için uygulanabilecek olan işkence konusunda, özellikle Roma Cumhuriyet Dönemi'nde sınıflar arası farklılıklar gözetilmiş, bu bağlamda soylularla Roma vatandaşlarına suçu itiraf etmeleri için işkence uygulanmazken, kölelerin işkence görmeden doğruyu söylemeyeceklerine inanıldığı için, kölelerden itiraf almak için işkence kölelere acımasızca uygulanmıştır.³² Ancak İmparatorluk Dönemi'nde sınıflar arası fark gözetilmeksizin suçun aydınlatılması adına işkence her kesime yayılmış; hatta efendisi öldürüldüğünde azatlı kölelere dahi işkence uygulanmıştır.³³

İmparatorluk Dönemi'nde tanıklara uygulanan işkence ile şüpheli veya sanıklara uygulanan işkencenin ağırlığı farklılık göstermiştir. Keza köle sınıfındaki şüphelilere daha ağır işkence yöntemleri uygulanırken, hür sınıftaki şüpheli ve sanıklara daha hafif işkence yöntemleri uygulanmıştır. Çocuklarla hamile kadınlar ise işkence uygulamasından muaf tutulmuştur.³⁴

Roma Hukuku'nda işkence sonucunda elde edilen beyanlar, ceza muhakemesinde delil olarak kullanılmıştır. Ancak Roma Hukuku bu tür delilleri güvenilir bulmadığı için, işkence yoluyla elde edilen delil ve beyanların muhakemede kullanılmasında, bu delil ve beyanların bulunduğu ifade tutanaklarının mühürlü ve kapalı şekilde yargıca sunulması, yargıcın delillerin kullanılıp kullanılmayacağını takdir etmesi esasını benimsemiştir.³⁵

Sanıkların suçlu olup olmadıklarının tespiti için Klasik Dönem Roma Hukuku'nda olduğu gibi, eski İran ceza muhakemesi hukukun-

³⁰ Aydın, s. 52.

³¹ Patrick Granfield, "The Right To Silence: Magisterial Development", *Theological Studies*, Year: 1965, Vol: 26, s.403.

³² Halide Gökçe Türkoğlu, *Roma Hukukunda Suç ve Ceza*, Güncellenmiş 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, İstanbul 2017, s.173, 174.

³³ Kayak, s. 171, 172.

³⁴ Kayak, s. 172, 173.

³⁵ Kayak, s. 175, 176.

da da olayın tanığı bulunmaması durumunda sanığa işkence edilerek sanıktan beyan alınması ya da sanıktan muhakeme sırasında suçu işlemediğine ilişkin yemin etmesi istenirdi.³⁶

İşkence yoluyla beyan elde edilmesi usulü, Kıta Avrupası hukuk sisteminde 18'inci yüzyılın sonlarına kadar uygulanmışsa da 1725 yılında kilise tarafından sanık haklarının tanınması, ardından Roma Bölge Meclisi tarafından dini içerik taşıyan ceza yargılamalarında sanığın ifadesinin doğruluğuna ilişkin yemin etmesi esasının kaldırılması ile neredeyse tamamen ortadan kalkmıştır.³⁷ Bu gelişme, susma hakkının Kıta Avrupası hukuk sisteminde benimsenmesine öncülük etmiştir.³⁸

1200'lü yıllara kadar İngiliz Hukuku'nda şüpheli veya sanığa susma hakkı tanınmaz; hatta şüpheli veya sanıktan suçu işlemediğine dair mahkeme önünde yemin etmesi istenirdi.³⁹ Eğer şüpheli veya sanık yemin edemeyecekse, kendisinden "compurgator" adı verilen tanıkları mahkeme huzuruna getirmesi istenirdi. Bu tanıklar, şüpheli veya sanığın atılı suçu işlemediğine dair mahkemenin önünde yemin ederlerse şüpheli veya sanık suçlanamaz ve yargıç işin esasına girmeden sanık hakkında beraat kararı verirdi.⁴⁰ O dönemde müşterek hukukta susma hakkı kabul edilmez; susan sanığın konuşmasını sağlamak için, sanık konuşana kadar (geçici olarak) sanığa işkence edilmesine izin verilirdi.⁴¹

O dönemdeki yemin uygulaması, tanıkları veya sanığı yalan yere yemin etmeye yönelttiği ve bilhassa sanığı "acımasız üçlem" (cruel

³⁶ Ergün Şahin, "Ceza Yargılamasının Tarihçesi", *TAAD*, Yıl:5, Sayı:18, Temmuz 2014, s.365.

³⁷ "...Ve neden insan ya Tanrı'ya saygısızlık etmek ya da kendini yıkmak gibi çelişkili korkunç bir seçime zorlansın? O yüzden, sanığı bu türden bir ant içmeye zorlayan bir yasa, ona ya uşak bir Hristiyan ya da kurban olmayı buyuran bir yasadır". Cesare Beccaria, *Suçlar ve Cezalar Hakkında*, (İtalyanca Aslından Çeviren: Sami Selçuk), İmge Kitabevi, 3. Baskı, Ankara 2013, s.10.

³⁸ Granfield, s.410; Aydın, s.53.

³⁹ Moreland, s.268.

⁴⁰ Alschuler, s. 2643; Moreland, s. 268; Aydın, s. 41;

⁴¹ Ozansü, s. 293,294.

trilemna)⁴² çıkmazına soktuğu gerekçesiyle eleştirilmiş⁴³ ve 1200'lü yılların sonlarına doğru compurgator uygulamasına daha çok tepki gösterilmiştir.⁴⁴ Neticede bu uygulamadan vazgeçilmişse de yerine "soruşturma veya sorgu yemini" adı verilen bir usul benimsenmiş ve bu yöntem gereği, suçu işlemediğine dair yemin eden sanığa olayla ilgili bazı sorular sorularak yanıtlarından çıkarımda bulunularak suçu işleyip işlemediğine ilişkin kanaate varılması esası benimsenmiştir. Ancak sonradan bu usulün de ciddi sorunlara yol açtığı fark edilmiştir.⁴⁵ Bu dönemde, muhakeme sırasında sanıktan ve diğer muhakeme taraflarından söylediklerinin doğru olduğuna ilişkin yemin alınır; sanığa hakları okunmaz ve sanığa neyle suçlandığı bildirilmezdi. Bundan ötürü, o dönemde şüpheli veya sanığa susma hakkının tanınması söz konusu olmadığı gibi, şüpheliye ve sanığa konuşması için baskı yapılması da olağan sayılırdı.⁴⁶

Susma hakkının anayasal düzeyde tanınmasının temeli olarak 1217'de İngiltere'de kabul edilen Magna Carta Libertatum (Büyük Özgürlükler Sözleşmesi) gösterilebilir.⁴⁷ Ancak Sözleşme'de susma hakkı açıkça tanınmamış olsa da hakkın temelini oluşturan adaletin geciktirilemeyeceği, satılamayacağı, kimsenin adaletten men edilemeyeceği⁴⁸ ile yargıç kararı olmadan kimsenin kişi özgürlüğünden yoksun bırakılamayacağı, kimsenin kötü muameleye tabi tutulama-

⁴² Acımasız üçlem, ya sanığı mahkeme huzurunda yalan söyleyerek, o dönemin anlayışı gereği ölümcül bir günah işlemeye ya susma hakkını kullanarak (cevap vermeye direnerek) çok ağır bir suç olan mahkemeye itaatsizlik etmeye ya da suçu işlediğini itiraf ederek cezalandırılmaya mecbur bırakıyordu. Levy, s. 5; Alschuler, s. 2645; Nuran Haydar, Susma Hakkı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2019, s.37.

⁴³ Alschuler, s. 2645; Aydın, s.1.

⁴⁴ Moreland, s. 268.

⁴⁵ Moreland, s. 269.

⁴⁶ Alschuler, s. 2641; Aydın, s.43.

⁴⁷ Meltem Karanlık, Susma Hakkı, Yüksek Lisans Tezi, Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul 2019, s. 15.

⁴⁸ Madde 39: "Kendi zümresinden olanlar ya da ülkenin ilgili yasalarına uygun olarak verilen bir karar olmadıkça hiçbir özgür kişi tutuklanamaz, hapse atılamaz, mal ve mülkü elinden alınamaz, sürgüne yollanamaz ya da herhangi bir biçimde kötü muameleye maruz bırakılamaz". <https://www.istanbulbarosu.org.tr/files/docs/Magna2017-2.pdf> (E. T: 29.03.2023).

yacağı kuralları⁴⁹ susma hakkının temellerini atmıştır.⁵⁰ Bu yolla da Sözleşme, kendisinden sonraki belgelere, susma hakkı ile adil yargılanma hakkının tanınması bakımından öncül oluşturmuştur.⁵¹

1246'da İngiltere'de kilise, engizisyon yargılamasında uygulanan sanığın yemin etmesini zorunlu tutmuştur. Kilisenin bu tavrı, Kral II. Henry tarafından kilisenin Krallığın eski geleneklerine aykırı davranıldığı ve halkın özgürlüğüne aykırı hareket ettiği gerekçesiyle kınanmış ve bunun ardından on dördüncü yüzyıl başlarında İngiltere'de sanığın yeminli ifade verme usulü Parlamento tarafından yasaklanmıştır.⁵²

Yeminli ifade usulünün Koloni Amerika'sında uygulanması da İngiltere'de 1618 yılında yayınlanan eserlerde eleştirilmiştir.⁵³ Nitekim 1641 yılında John Lilburne⁵⁴ adlı bir siyasetçi, yargılandığı bir davada jürinin ve yargıcın sorularını, verilecek yanıtların kendi aleyhine olabileceğini düşündüğü gerekçesiyle yanıtlamak istemediği için mahkemeye itaat etmediği gerekçesiyle ölüm cezasına çarptırılır.⁵⁵ Sonradan

⁴⁹ Madde 40: "Kimseye hakkı ya da adaleti satmayacağız, menetmeyeceğiz ya da geciktirmeyeceğiz". <https://www.istanbulbarosu.org.tr/files/docs/Magna2017-2.pdf> (E. T: 29.03.2023).

⁵⁰ Leonard W. Levy, "The Right Against Self-Incrimination: History and Judicial History", *Political Science Quarterly*, Year: 1969, Vol. 84, No. 1, s.4.

⁵¹ Müge Vatanserver, *Osmanlı Ceza Hukukunda Adil Yargılama İlkesi*, Doktora Tezi, Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İzmir 2018, s.26.

⁵² Levy, s. 4.

⁵³ Keza 19'uncu yüzyılda Amerika'da yayınlanan bazı hak kılavuzlarında Bill of Rights'takine benzer şekilde "Hiç kimse kendi aleyhine tanıklık etmeye zorlanamaz. Bu nedenle, bir suçlu adalet önünde sorgulanmak üzere yemin ettirilirse, yeminin aleyhine okunmayacağı kabul edilir" ve "hükümlünün yeminli olarak sorgulanmaması gerekir. Aksi durum hükümlünün baskı altında kalmasına yol açar ve kimsenin kendisini suçlayıcı beyanda bulunmaya zorlanamayacağı kuralının ihlalini oluşturur" denerek yeminli ifade uygulamaları eleştirilmiştir. Alschuler, s. 2648, s. 2649.

⁵⁴ 1614'te Londra'da doğmuş, 1657'de Eltham'da ölmüştür. "Özgür Doğmuş John" lakabıyla anılmıştır. Yaşadığı dönemde kilisenin özgürlük dışı uygulamalarını eleştirmiş, ordunun ve parlamentonun hukuk dışı uygulamalarıyla da mücadele etmiş, sosyal ve anayasal düzeyde yenilikler yapılması için çalışmıştır. Yasa dışı bulunan eylemleri nedeniyle 1645-1647 yılları arasında hapis yatmıştır. Düşününürün geniş biyografisi için bkz <https://www.britannica.com/biography/John-Lilburne>, E. T: 24.08.2023.

⁵⁵ Rachel Foxley, "More precious in your esteem than it deserveth? Magna Carta and seventeenth-century politics", *Magna Carta: history, context and influence*, (Editor: Goldman, Lawrence), University of London Press: Institute of Historical

John Lilburne'un cezası İngiltere Parlamentosu tarafından kaldırılır ve ceza 3000 Sterlin'e çevrilir. Parlamento ayrıca ceza muhakemesinde engizisyon yöntemleriyle işkencenin uygulanmasını da yasaklar; böylece susma hakkının Lilburne Davası ile İngiliz ceza muhakemesi hukukuna dahil edildiği söylenebilir.⁵⁶

Orta Çağ Avrupası'nın engizisyon sistemiyle anılan ceza ve ceza muhakemesi alanındaki en önemli yazılı belgesi olan 1530 tarihli Carolina (Constitutio Criminalis Carolina: CCC),⁵⁷ 24'üncü maddesiyle şüpheli veya sanıktan beyan almak için acı çektirilmesine izin vermektedir.⁵⁸

Carolina uygulamasında, şüpheliye yargıcın önünde ikrarda bulunması durumunda kendisine işkence edilmeyeceği, ancak ikrarda bulunmazsa ifadesinin işkence veya zor kullanılarak alınacağı ihtar edilir, şüpheliye karar vermesi için süre verilirdi.⁵⁹ Carolina, 58'inci maddesinde işkencenin "ölçülü" uygulanmasını önerir⁶⁰ ve işkencenin derecesinin suç şüphesinin yoğunluğuna göre yargıç tarafından sert ya da hafif yöntemlerle ya da sık yahut seyrek aralıklarla uygulanmasına karar verileceğini belirtirdi. Yargıcın bu konudaki takdir hakkı oldukça genişti. Zira yargıç, sorgu sırasında şüpheli veya sanık işkence uygulanmadan kendiliğinden itirafta bulunmuş olsa dahi, beyanların

Research, London 2018, s. 70.; Levy, s. 12, 13; Alschuler, s. 2653; dn: 98. Ayrıca bkz Haydar, s. 41.

⁵⁶ Alschuler, s. 2643. Moreland, s. 270; 273.

⁵⁷ "1521 ile 1529 yılları arasında hazırlanan bu kanun, Kutsal Roma İmparatorluğu'nun Meclisi (Reichstag) tarafından onaylandı ve 1532'de İmparator Charles V'nin otoritesiyle yayınlandı." <https://pages.uoregon.edu/dluebe/Witches442/ConstitutioCriminalis.html>, E. T: 18.05.2023. Carolina, itham sistemi ağırlıklı olan bir belge olmakla birlikte tahkik sisteminden de izler taşımaktadır. Ozansü, s. 274, 275.

⁵⁸ Ozansü, s. 214, 302.

⁵⁹ Beccaria bu uygulamayı şu sözleriyle eleştirmiştir: "Bu gerçek, belirsiz biçimde de olsa en sonunda işkenceden uzak duran yasa koyucularınca da sezinlenmiştir. Nitekim, işkence sırasında yapılan itiraf, daha sonra ant içilerek doğrulanmamışsa geçerli sayılmamakta; ancak sanık suçunu doğrulamazsa işkence yeniden başlamaktadır." (Beccaria, s. s.92).

⁶⁰ Carolina'ya göre işkencenin makul ve kabul edilebilir sınırlar içerisinde ve son çare olarak uygulanması, yasal anlamda yeterli dayanakların bulunması; bundan ötürü başka yöntemler denenmesine rağmen sonuç alınamazsa, beyan almak için işkenceye başvurulması söz konusu olabilirdi. <https://pages.uoregon.edu/dluebe/Witches442/ConstitutioCriminalis.html>, E. T: 18.05.2023.

gerçeği yansıtmadığı kanaatine varacak olursa, Carolina'nın 32'nci maddesinden aldığı yetkiyi kullanarak şüpheli veya sanığı gerçeği söylemesini sağlamak için ağır bir işkence türü olan "azap sorgusu"na alabilir ve şüpheli ya da sanığa "arınma yemini" teklif edebilirdi.⁶¹

Ayrıca yine Carolina, işkence uygulayacak olan kişi ile şüphelinin baş başa bırakılmamasını, işkencenin acımasızca uygulanmaması gerektiğini düzenleyen hükümler içermektedir. Ayrıca Tanrı'ya olan saygı gereği pazar günlerinde işkence yapılması yasaktı. Şüpheli ikarda bulunur bulunmaz işkenceye hemen son verilir.⁶²

Daha sonra engizisyon muhakemesinin usulünü uygulayan mahkemeler kaldırılmış ve böylece sanığın yeminli dinlenmesi usulüne son verilmiştir. Ne var ki sanığa müdafî atanmayarak, sanığın yemin baskısı altında olmadan konuşması sağlanmaya çalışılmıştır.⁶³

⁶¹ Ozansü, s. 304, 305.

⁶² Ozansü, s. 304. Thomas Hobbes bu yöndeki uygulamayı eleştirmiştir. 1561 tarihli "Leviathan" adlı eserinde suç ve cezaları tartışırken "...hiçbir yasa bir insanı kendini korumaktan vazgeçmeye zorlayamaz" diyerek, insanların suçlamalar karşısında konuşmak zorunda olmadığına işaret etmiştir. Aynı eserinde düşünür "işkence ederek öldürmek, sadece öldürmekten daha büyük bir suçtur" diyerek işkencenin insanlık suçu olduğuna işaret etmiştir. Düşünür işkence ve zor kullanma yoluyla ifade alınmasına "...hiç kimsenin sözleşme gereği şiddete direnmeme yükümlülüğü altında olduğu düşünülemez; ve dolayısıyla hiç kimse, başka birine, kendisi üzerinde şiddet uygulama hakkını vermiş olamaz" diyerek karşı çıkmıştır. Düşünür ayrıca kimsenin kendisini veya yakınlarını suçlayıcı beyanda bulunmaya veya bu yönde delil göstermeye zorlanamayacağını; bu şekilde veya işkence ile elde edilen delillerin de muhakemede kullanılmayacağını belirtmiştir. Thomas Hobbes, Leviathan, Kazım Taşkent Klasik Yapıtlar Dizisi, (Çeviren: Semih Lim), 24. Baskı, Yapı Kredi Yayınları, Ankara 2022, s. 226, 230,232.

"Çünkü, herkesin yargıç olduğu doğa durumunda suçlamaya yer yoktur: devletin varlığında ise, suçlamanın ardından, güce dayalı olduğu için, insanın direnmek zorunda olduğu cezalandırma gelir. Aynı şey, bir baba, eş veya velinimet gibi, mahkûm olmaları sonucunda insanın yoksulluğa düşeceği kişilerin suçlanması için de doğrudur. Çünkü, böyle bir suçlayıcının ifadesi, kendi isteğiyle verilmemişse, doğal olarak bozuktur ve bu nedenle kabul edilmemelidir: ve bir insanın ifadesi kabul edilmeyecekse, o insan böyle bir ifade vermek zorunda değildir. İşkence ile elde edilen suçlamalar da ifade olarak kabul edilmemelidir. Çünkü işkence, gerçeğin daha sonraki araştırma aşamalarına ışık tutmak için yapılır: ve bu durumda yapılan itiraf, işkencecilerin bilgi edinmesine değil, işkence edilen kişilerin rahatlamasına yarar: ve dolayısıyla yeterli bir ifade olarak kabul edilmemelidir: çünkü itiraf eden kişi kendisini doğru veya yanlış bir suçlama ile teslim ederse, bunu kendi canını koruma hakkına dayanarak yapar". (Hobbes, s.112).

⁶³ Aydın, s. 43.

Susma hakkının İngiltere’de güçlenmesi 1730’lu yıllarda sanığa müdafî yardımından yararlanma hakkının tanınması, gerçek anlamda yerleşmesi ise 1780’li yıllarda müdafîlik kurumunun savunmadaki etkinliğinin güçlenmesi ile mümkün olabilmiştir.⁶⁴

Common Law hukuk sisteminde, hukuka aykırı yollarla elde edilen sanık beyanının ceza muhakemesinde delil olarak kullanılması bakımından en önemli davalardan biri 1783 tarihli R. V Waricksall Davası’dır.⁶⁵ Davada hırsızlık ürünü olan eşya almakla suçlanan sanığın ikrarı reddedilmesine karşın, ikrardan yola çıkılarak ikametgâhında yatağının altında bulunan çalıntı eşyalar delil olarak kabul edilmiştir.⁶⁶ Bu davada sanık, susma hakkını kullanmayı ya da suçlamaları inkâr etmeyi düşündüğü halde, kendisine ceza almaması karşılığında menfaat teklif edildiğini ve suçlamaları bu menfaat karşılığında kabul ettiğini belirtmiştir. Bunun üzerine mahkeme sanığın bu beyanının özgür irade ile verilmediği gerekçesi ile delil olarak kabul etmemiştir.⁶⁷ Bu dava, günümüz ceza muhakemesi hukukunun temel ilkelerinden olan sanığın beyanının özgür iradeye dayanması ilkesinin temellendirildiği ilk davalardan biri olma özelliğini de taşımaktadır.⁶⁸

Common Law hukuk sisteminde şüpheli ve sanığa tanınan hakların 18’inci yüzyılın sonları ile 19’uncu yüzyılın başlarında yasal metinlere girmeye başladığı ifade edilebilir.⁶⁹ Örneğin, her ne kadar susma hakkı açıkça zikredilmemişse de 1776 tarihli Virginia İnsan

⁶⁴ John H Langbein, “The Historical Origins of The Privilege Against Self-Incrimination At Common Law”, *Michigan Law Review*, Year: 1994, Vol: 92, No:5, s. 1048.

⁶⁵ R v. Warickshall, 1783, 1 Leach CC 263, 168 ER 234.

⁶⁶ Meltem Dünder, “İngiliz ve Türk Ceza Muhakemesi Hukuklarında Hukuka Aykırı Deliller”, Doktora Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul 2014, s. 298, dn: 661.

⁶⁷ Oliver M. Wesley, “Prohibition, Stare Decisis, and Tehi Lagging Ability of Science to Influence Criminal Procedure”, *The Journal of Criminal Law and Criminology*, Fall.2015, Vol: 105, No.4, s.1009.

⁶⁸ Aydın, s. 44.

⁶⁹ Aydın, s. 43.

Hakları Bildirgesi⁷⁰ ile 1791 tarihli Haklar Bildirgesi,⁷¹ nemo tenetur ilkesiyle,⁷² susma hakkının kullanılmasını güçlendiren müdafî yardımından yararlanma hakkını zikretmiştir.⁷³

1789 tarihli Fransız İnsan Hakları Bildirgesi ve 1791 tarihli Fransa Anayasası susma hakkını açıkça düzenlemiş olmamakla birlikte adil yargılanma hakkına ilişkin düzenlemeler içermektedir.⁷⁴ Fransa’da susma hakkının yasal dayanağa kavuşması bakımından 1880 tarihli Fransız Ceza Sırgulaması Kanunu önemli role sahiptir. Zira adı geçen Kanun’un 85’inci maddesinde yargıcın sanığa suçlamalara karşı sessiz kalma hakkını kapsamlıca anlatacağı belirtilmiştir.⁷⁵

⁷⁰ “Madde 8: Tüm ciddi yolsuzluk durumlarında ve cezai hallerde, kişi kendisine yapılan suçlamanın gerekçesini ve niteliğini sorma, suçlamayı yapanlarla ve tanıklarla yüzleşme, kendi lehine olan delilleri isteme, kendi çevresinden seçilmiş olanlar oybirliğiyle karar vermedikçe suçlu sayılmayacaktır ve tarafsız bir jüri önünde, hızla yargılanmayı talep etme hakkına sahiptir; kişi kendi aleyhine delil göstermeye zorlanamaz. Ülkenin bu konuda bir yasası ya da kendisine eşit kişilerin bir kararı olmadıkça kimsenin özgürlüğü elinden alınamaz.” <http://dusunce-tarihi.kapadokya.edu.tr/makale/virginia-insan-haklari-bildirisi-1776.html>, E.T: 6.4.2023; aynı yönde bkz Vatansever, s.31.

⁷¹ “Madde VI: Bütün cezai kovuşturmalarda sanık, suçun işlendiği eyalet ve bölgenin tarafsız bir jürisi tarafından, ki bu bölge önceden yasayla belirlenmiş olacaktır, hızlı ve açık bir şekilde yargılanma ve suçlamanın niteliği ve nedeni hakkında bilgilendirilme; aleyhindeki tanıklarla yüzleştirilme, lehine tanık toplamak için zorunlu işlemlere tabi tutulma ve savunması için avukat yardımından yararlanma hakkına sahiptir.” www.DeepL.com/Translator (free version) tarafından çevrilmiştir: 25.08.2023). <https://billofrightsinstitute.org/primary-sources/bill-of-rights>, E.T: 25.8.2023.

⁷² “Madde V: Savaş ya da kamu tehlikesi zamanında fiili hizmette bulunan kara ya da deniz kuvvetlerinde ya da milis kuvvetlerinde ortaya çıkan durumlar dışında, büyük bir jürinin sunumu ya da iddianamesi olmadıkça, hiç kimse ölümcül ya da başka türlü yüz kızartıcı bir suçtan sorumlu tutulamaz; Hiç kimse aynı suçtan dolayı iki kez can ya da beden tehlikesine maruz bırakılamaz; herhangi bir ceza davasında kendi aleyhine tanıklık etmeye zorlanamaz; hukuka uygun bir yargılama süreci olmaksızın yaşamından, özgürlüğünden ya da mülkiyetinden yoksun bırakılamaz; adil bir tazminat ödenmeksizin kamunun kullanımı için özel mülkiyeti alınmaz.” www.DeepL.com/Translator (free version) tarafından çevrilmiştir: 25.08.2023). <https://billofrightsinstitute.org/primary-sources/bill-of-rights>, E.T: 25.8.2023.

⁷³ Moreland, s. 272.

⁷⁴ Vatansever, s.32.

⁷⁵ Granfield, s. 419.

Susma hakkı ABD’de 1789 yılındaki beşinci anayasa değişikliği ile anayasal dayanak kazanmıştır.⁷⁶ Bu tarih, susma hakkının günümüzdeki çağdaş görünümüne evrildiği tarih olarak ifade edilebilir. Başka bir deyişle, modern anlamdaki susma hakkı ve nemo tenetur ilkesinin beşiği ABD’dir.⁷⁷

Susma hakkının Anglo-Amerikan Hukuk sistemindeki asıl gelişimi ise 1829 yılında örgütlenmiş, devletin denetim ve gözetimindeki polis teşkilatının kurulmasından sonradır.⁷⁸

12 Ağustos 1898 tarihi de susma hakkının yasal temele dayandırılması açısından önemli bir tarihtir. Zira bu tarihte İngiltere’de Cezai Deliller Kanunu (Criminal Evidence Act) kabul edilmiştir.⁷⁹ Kanun’la, ifade ve sorgu için şüpheli/sanık sıfatıyla çağrılan kişiye, yasada istisnai olarak sayılan haller dışında, suçlama konusu fiil ya da hakkındaki suçlamalar hakkında herhangi bir soru sorulamayacağı hükme bağlanmıştır.⁸⁰ İfadesine veya sorgusuna başvurulacak olan kişiye, bu nitelikteki soruları yanıtlamama hakkı da Kanun’la tanınmıştır.⁸¹ Böylece, susma hakkının günümüzdeki görünümüne çok yakın şekliyle kanunlaştığı söylenebilir. Kanun’da, suçlanan kimsenin ifade vermesi durumunda yemin edeceği düzenlenmiştir.⁸² Bu yöntemle, suçlanan kişinin beyanlarından çıkarımda bulunarak masum insanların beraat etmesi amaçlanmıştır.⁸³

⁷⁶ Demirbaş, s. 151.

⁷⁷ Moreland, s. 274.

⁷⁸ Haydar, s. 42; Aydın, s. 42.

⁷⁹ <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/Vict/61-62/36/section/1/enacted> ,E.T: 26.08.2023.

⁸⁰ “(f) Suçlanan veya tanık olarak bu kanuna göre çağrılan kimseye, suçlandığı fiil veya hakkındaki ithama ilişkin soru sorulamaz ve sorulursa da cevap vermesi istenemez. Meğer ki...” (Çeviri tarafımdan yapılmıştır), 1898 c. 36Section 1, <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/Vict/61-62/36/section/1/enacted> ,E.T: 26.08.2023.

⁸¹ Haydar, s. 43; Aydın, s. 45.

⁸² “h) Bu kanundaki hiçbir madde, 1848 tarihli Ağır Suçlar Kanunu on sekizinci bölümünün [11 & 12 Vict. c. 42.] hükümlerini etkilemez veya suçlanan kişiye yeminsiz beyanda bulunma hakkı vermez.” (Çeviri tarafımdan yapılmıştır). 1898 c. 36Section 1, <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/Vict/61-62/36/section/1/enacted> ,E.T: 26.08.2023.

⁸³ Haydar, s. 43.

Anglo-Amerikan Hukuk sisteminde ve bilhassa İngiltere’de 20’nci yüzyılda modern ceza muhakemesi usulleri uygulanmaya başlanmış; bu bağlamda kolluk görevlilerinin hak okumadan ve susma hakkını hatırlatmadan aldığı ifadelerin delil olarak değerlendirilemeyeceğine yönelik ilkeler kabul edilmiştir. Bu konudaki ilk ilkesel kurallar 1912’de düzenlenmiş ve 1912-1918 yılları arasında uygulanan tavsiye niteliğindeki rehber kurallar (Yargıç Kuralları) yayınlanmıştır.⁸⁴ Ardından 1918 yılında Londra Yüksek Mahkemesi (Majesty’s Justice) tarafından, bağlayıcı nitelik taşımasa da rehber olan, “Polisler İçin Suç Soruşturma Rehberi” hazırlanmıştır. Bu kurallar bağlayıcı olmadığı için yargıçlar tarafından uyulması zorunlu kurallar olmasa dahi, rehberden alınan ifadelerin hükme esas alınmaması bakımından yargıçlar takdir haklarını kullanmıştır.⁸⁵ 1918’e kadar uygulanan rehber ilkeler, daha sonra asıllarına bağlı kalınarak, temyiz mahkemesindeki yargıçlar tarafından geliştirilip güncellenmiştir.⁸⁶

İngiltere’de 18 Mayıs 1917 tarihinde yürürlüğe giren Kilise Hukuku Kanunu ile sanığın bilgi vermeye ve konuşmaya zorlanması yasaklanmıştır. Kanun, sanığın ancak kendi isteğiyle konuşabileceği, sanığın sorulara yanıt vermeye zorlanamayacağı, yargıcın soruları kanuni sınırlar içerisinde sorabileceği, sorulara yanıt istemeyen sanığın susmasından aleyhine sonuç çıkarılamayacağı konularını düzenlemiştir.⁸⁷

Susma hakkı, modern şekline yakın şekliyle Kıta Avrupası hukuk sistemine ancak 18’inci yüzyılda girmeye başlamıştır. 18’inci yüzyıla kadar Avrupa’da sanığın suçsuz olabileceği düşünülmez, suçsuzluk doğal duruma ters bir olgu olarak kabul edilirdi.⁸⁸ Başka bir deyişle, o dönemin anlayışında asıl olan suçsuzluk değil, suçluluktur. Zira 18’inci yüzyıla kadar Avrupa’da katı biçimde uygulanan tahkik sistemi, şüp-

⁸⁴ T.E St. Johnston, “Judges’ Rules and Police Interrogation in England Today”, *Journal of Criminal Law and Criminology*, Year: 1966, Vol: 57, Issue: 1, s. 86. Yargıç kuralları hakkında detaylı bilgi için bkz aynı eser, s.86,87.

⁸⁵ St Johnson, s.86.

⁸⁶ St. Johnson, s. 86, 87.

⁸⁷ Granfield, s. 415, 416.

⁸⁸ Abdulaziz Bayındır, “Osmanlı’da Yargının İşleyişi”, 29 Eylül 2009, Tarih Araştırmaları, <https://www.suleymaniyevakfi.org/tarih-arastirmalari/osmanlida-yarginin-isleyisi.html>, E.T: 26.8.2023. (Bayındır, Yargı).

heli veya sanığa susma hakkı da dahil olmak üzere hiçbir teminat tanımayan, hatta şüpheli veya sanıktan beyan alabilmek için işkenceyi dahi uygun gören, ancak yargıçların da hata yapma olasılığı yüksek olan bir sistemdi.⁸⁹

Şüpheli ve sanığın ifade vermeye zorlanması Avrupa'da 18'inci yüzyılın ortalarına kadar devam etmiştir. Bu uygulamanın 1749 yılında dahi Avrupa'da uygulandığını gösteren en ilgi çekici örnek Papa'nın fetvasıdır. Papa, fetvasında sanıkların suçlarını ikrar etmemelerinin büyük günah olduğunu ifade ederek susma hakkının kullanılmasını engellemeye çalışmıştır.⁹⁰ Hatta 19'uncu yüzyılın ortalarına kadar, sanıktan elde edilen itirafların ne şekilde elde edildiğine çoğu kez dikkat edilmeden mahkumiyete karar verildiği ve hüküm için asıl dayanak olarak gösterildiği görülmektedir.⁹¹

Avrupa'da Aydınlanma Çağı'nın etkisiyle gelişen özgürlükçü fikirler neticesinde, yaşanan Fransız İhtilali'nin sonucunda işkence ve bu yolla beyan elde edilmesi tamamen yasaklanmıştır. İşkencenin ve bu yolla beyan elde edilmesinin yasaklanmasında Voltaire, Montesquieu⁹² ve Beccaria⁹³ gibi aydınların rolü ve eleştirileri önemlidir.

Nitekim bu dönemde Voltaire ve Beccaria gibi düşünürlerin de etkisiyle 1754-1756 yılları arasında önce Prusya Kralı II. Frederick Prusya'da; ardından II. Catherine Rusya'da işkenceyi ve işkence yoluyla sanıktan beyan alınmasını yasaklamıştır. Hatta II. Catherine,

⁸⁹ Nurullah Kunter/Feridun Yenisey, Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, 11. Baskı Beta Yayınları, İstanbul 2000, s. 59.

⁹⁰ Granfield, s. 412; İtişgen, s. 74.

⁹¹ Aydın, s. 54.

⁹² "Doğuda yaşayanlar, kadınları, iğrenç bir işkence için eğitilmiş fillerin önüne yarırmak suretiyle, kanunu kanunla mı bozmak istemişlerdi acaba? Romalılar eski bir gelenek gereğince, erginlik çağına gelmeyen kızları ölüm cezasına çarptırmazlardı.; Tiberius buna da bir çare bulmuş, genç kızları işkenceye göndermeden önce celladın koynuna attirmişti..." Montesquieu, Kanunların Ruhu Üzerine-I, (Çeviri: Fehmi Baldaş), 2. Baskı, Toplumsal Dönüşüm Yayınları, İstanbul 1998, s. 286.

⁹³ "İşkencenin bizzat kendisi, onun mağdurları olan kimselerde gerçek bir aşağılanmaya/onursuzluğa yol açmaktadır. O halde, bu yöntemle yine de olsa olsa ancak aşağılanmışlık/onursuzluk daha da çoğaltılarak aşağılanmışlığa/onursuzluğa son verilecek demektir. Oysa onursuzluğun/aşağılanmışlığın yeni bir onursuzlukla/aşağılanmışlıkla silindiği yolundaki inanç saçmadır." (Beccaria, s. 88). "İşkence İsveç'te kaldırılmıştır. Avrupa'nın en akıllı, en bilge hükümdarları tarafından da kaldırılmıştır." (Beccaria, s. 91).

Beccaria'nın düşüncelerini ve görüşlerini temel alan bir ceza muhakemesi kanunu taslağı hazırlanmıştır. Keza 1786 yılında İtalya'da Grand Duke Leopold, sanık haklarını ön planda tutan bir ceza muhakemesi kanunu hazırlanmıştır. Yine 1859 yılında İtalya'da sanık lehine pek çok yerel düzenlemeye gidilmiştir. 1865 yılında da İtalyan Ceza Kanunu'nun kabul edilmesiyle birlikte modern anlamdaki sanık eklenli insani düzenlemelerin önü açılmıştır⁹⁴.

Alman Hukuku'nda susma hakkının modern anlamda kabul edilmesi 1849 tarihli Alman Ceza Muhakemesi Kanunu ile mümkün olabilmektedir. Adı geçen kanun gereği yargıç sanığa, kendisine sorulan sorulara yanıt vermeme hakkı olduğunu hatırlatmak zorundadır.⁹⁵ Ne var ki bu kanunun ardından Almanya'da kabul edilen 1869 tarihli Hamburg Ceza Muhakemesi Kanunu ile sanığa susma hakkı tanınmamış, tam aksine suçlamalarla ilgili bilgi verme zorunluluğu getirilmiştir. Keza 1877 tarihli İmparatorluk Ceza Muhakemesi Kanunu da susma hakkını tam anlamıyla kabul etmiş değildir. 1877 tarihli Kanun döneminde ifade ve sorgu işlemlerini yürütmekle yetkilendirilmiş olan sorgu yargıcına, sanığın suçlama hakkında açıklamada bulunmak isteyip istemediğini sorma görevi verilmişti.⁹⁶ Fakat bu göreve aykırılık etkili bir yaptırım içermediğinden sorgu yargıcının ya da kolluk yahut savcının sanığı (zorlama, baskı kurma, yanıltma gibi) çeşitli yöntemlerle ifade vermeye zorlaması kuramsal olarak mümkündür. O nedenle uygulamada 1950 yılına kadar sanığa susma hakkı etkin şekilde hatırlanmamıştır. 1950 yılında ise Alman Ceza Muhakemesi Kanunu'na (Alman CMK-StPO) eklenen 136/a maddesi⁹⁷ ile zorlama, korkutma veya yasa

⁹⁴ Granfield, s. 419.

⁹⁵ Demirbaş, s. 152; Albin Eser, "Alman ve Türk Ceza Muhakemesi Hukukunda Sanığın Hukuki Durumu", *Yargıtay Dergisi*, Yıl:1990, Cilt: 16, Sayı: 3, s.319.

⁹⁶ Eser, s. 320.

⁹⁷ "StPO 136/a- Yasak sorgu usulleri:

(1) Kötü davranma, yorma, vücuda yapılan müdahaleler, ilaç vermek, işkence, aldatma veya hipnoz suretiyle, şüphelinin iradi karar verme ve iradi faaliyette bulunma özgürlüğü engellenemez. Zorlama, sadece Ceza Muhakemesi Hukukunun izin verdiği hallerde mümkündür. Bu hükümlere göre izin verilmeyen bir tedbir uygulamakla tehdit ve kanunda öngörülmemiş bir yarar vaat etmek yasaktır.

(2) Şüphelinin hatırlama kabiliyetini veya idrak etme kabiliyetini engelleyen tedbirler uygulanamaz.

(3) 1 ve 2'nci fıkralardaki yasaklar, şüphelinin rızası olsa dahi geçerlidir. Bu yasaklar ihlali ile elde edilen ifadeler, sanık değerlendirmeye rıza gösterse dahi delil

dışı vaat yoluyla alınan ifadelerin şüpheli ya da sanığın rızası olsa dahi muhakemede değerlendirilemeyeceği yönünde kural konarak, susma hakkı konusundaki çelişkili uygulamalar sonlandırılmıştır.⁹⁸

Şu hâlde tarihi süreçte susma hakkının normatif temelinin Anglo-Amerikan hukuk sisteminde ortaya çıktığı, ardından Kıta Avrupası hukuk sisteminde gelişerek, günümüzdeki modern şekline büründüğü ifade edilebilir.⁹⁹

C. Susma Hakkının Osmanlı Hukukundaki Gelişimi

Susma hakkının Osmanlı Hukukundaki gelişiminin incelenmesinde Tanzimat öncesi dönem ile Tanzimat Fermânı sonrasındaki dönemin birbirinden ayrılması gerekir. Tanzimat öncesi dönemde şüpheli ve sanık hakları tanınmış değildir. Bu nedenle, bu dönem susma hakkı yönünden de hukuki sorunlar içeren bir dönemdir.

İkinci dönem ise Tanzimat Fermânı sonrasındaki dönemdir. Bu dönemde ise Batı'nın etkisiyle şüpheli ve sanık hakları kabul edilmiş, susma hakkı da temellenmeye başlamıştır. Hatta ceza muhakemesi hukuku kurallarını derli toplu düzenleyen ilk kanun da bu dönemde kabul edilmiştir. Aşağıda bu iki dönem, susma hakkına ilişkin yönleriyle değerlendirilmiştir.

(1) Tanzimat Öncesi Dönemde Osmanlı Ceza Muhakemesi Hukukunda Susma Hakkı

Osmanlı ceza ve ceza muhakemesi hukukunun temeli İslam Hukuku'dur.¹⁰⁰ Ancak Osmanlı Devleti İslam Hukuku'nu temel almakla birlikte, İslamiyet öncesindeki Türk devlet gelenekleri de Os-

olarak değerlendirilemez." Feridun Yenisey / Salih Oktar, *Alman Ceza Muhakemesi Kanunu Strafprozeßordnung (StPO), Almanca Metin-Türkçe Çeviri*, 2. Baskı, Beta Yay., İstanbul 2015, s.213.

⁹⁸ Eser, s. 320.

⁹⁹ Aydın, s.2.

¹⁰⁰ Mehmet Akman, *Osmanlı Devleti'nde Ceza Yargılaması*, Eren Yay., İstanbul 2004, s.15; Feyza Nur Duran, *Osmanlı Ceza Hukukunda ve Türk Ceza Hukukunda Adil Yargılanma İlkesi, Yüksek Lisans Tezi*, Necmettin Erbakan Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Konya 2022, s.22; ayrıca bkz. Rabia Beyza Candan, "1840 Tarihli Ceza Kanunname-i Hümayunu İncelemesi", *Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Yıl: 2015, C:1, S:1, s.68; Vatanserver, s. 54.

manlı Hukuk sistemi üzerinde etkisini sürdürmüştür. Yine de Osmanlı maddi ceza hukukunda ve ceza muhakemesi hukukunda İslam Hukuku'nun şer'i kuralları uygulanmıştır.¹⁰¹

Osmanlı Devleti esasen bir İslam Devleti olduğu için hukuki konularda İslam Hukuku kuralları uygulanırdı.¹⁰² Ancak, özellikle Tanzimat ve sonrası dönemde, Osmanlı ceza hukukunda lâik hukukun kuralları da uygulanmıştır.¹⁰³

Osmanlıca'da "sükût-i istifham" olarak ifade edilen¹⁰⁴ susma hakkının daha iyi anlaşılabilmesi için, sanığın ikrarı ile sanığın yemin etmesi uygulamasının daha yakından incelenmesinde yarar vardır.

İkrar, Osmanlı ceza muhakemesi hukukunda önemli bir delildi.¹⁰⁵ Hatta öyle ki müdafî ve sanık savunmasını ikrar üzerine kurgulardı.¹⁰⁶ Osmanlı ceza muhakemesi hukukunda ikrara o derece önem verilmiştir ki mahkûmiyet ikrara dayandırılabilirdi.¹⁰⁷ Ancak ikrarın geçerli olabilmesi için şüpheli veya sanığın reşit, akli dengesinin yerinde olmasının yanı sıra, ikrarın, yargıcın (kadı) huzurunda ve baskı altında kalınmadan verilmesi de şarttı.¹⁰⁸

İkrar eğer kadı huzurunda verilmemişse tek başına delil olarak kabul edilmez, hukuki sonuç doğurmayacağı için ek delillerle desteklenmesi gerekirdi.¹⁰⁹ Ayrıca ikrarın temel mantık kurallarına ve yasalara

¹⁰¹ Vatansver, s. 86.

¹⁰² Vatansver, s. 86; Duran, s.22; ayrıca bkz Şentop, s.648.

¹⁰³ Uriel Heyd, "Eski Osmanlı Ceza Hukukunda Kanun ve Şeriat", (Çev: Selâhaddin Eroğlu), *Ankara Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi*, Yıl: 1983, C: 26, S: 1-4, s. 640.

¹⁰⁴ Osmanlıca'da susma "samt" olarak ifade edilmektedir. Sorgu sırasında susma için ise "sükût-i istifham" (sorgu sessizliği) kavramları kullanılabilir. Devellioğlu, s.1131.

¹⁰⁵ Yasemin Kurtoğlu, *Tanzimat Dönemi Osmanlı Hukukunda İspat Vasıtaları*, Doktora Tezi, Bursa Uludağ Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Bursa 2022, s.18; Vatansver, s. 199.

¹⁰⁶ Vatansver, s. 197, 199.

¹⁰⁷ Aydın, s. 57.

¹⁰⁸ Vatansver, s. 197, 200; ayrıca bkz Kurtoğlu, s. 20. Ancak buna karşın örneğin Girit ceza muhakemesi hukukunda ikrarın geçerli sayılması için yargıç huzurunda yapılma şartı aranmazdı. Girit Usuli-i Muhakemat-ı Ceza Kanunnamesi (GUMCK md 36), Tuba Ayan, *Osmanlı Dönemi Girit Ceza Yargılaması Hukuku: 1880 Tarihli Girit Ceza Yargılama Kanunları*, Yüksek Lisans Tezi, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul 2005, s. 66.

¹⁰⁹ Kurtoğlu, s. 23; Abdulaziz Bayındır, *İslâm Muhâkeme Hukûku (Osmanlı Devri*

da uygun olması geçerli sayılması için aranan koşullar arasındaydı. Keza ceza muhakemesi hukukunda kölelerin ikrarı da geçerli sayıldı.¹¹⁰

Sanığın, kul hakkına ilişkin davalar haricinde, Allah hakkına karşı işlenen davalar da dahil olmak üzere, muhakemenin her aşamasında hatta cezanın infazına kadar ikrarından dönebilmesi mümkündür.¹¹¹ Eğer sanık ikrarından dönmüşse, ikrara ilişkin önceki beyanının ceza muhakemesinde delil olarak kullanılabilmesi mümkün olamazdı.¹¹² Ayrıca ikrarın serbest ve özgür iradeye dayanılarak verilmesi koşulu gereğince, işkence veya kötü muamele ile alınan ikrarın hukuka aykırı olduğu ve bu durumun ikrar delilinin sıhhatini etkileyeceği kabul edilirdi.¹¹³ O nedenle de hukuka aykırı yolla elde edilen delillerin ceza muhakemesinde kullanılamaması Osmanlı ceza muhakemesi hukukunda da kabul edilmişti.¹¹⁴

Sanığın yemin edebilmesi veya sanığa yemin teklif edilebilmesi de bazı koşullara bağlanmıştı. Buna göre yemin teklif edilebilmesi veya sanığın yemin edebilmesi için yürümekte olan (derdest) bir davanın bulunması, sanığın hakkındaki suçlamaları inkâr etmesi, iddia sahibinin yemin dışında başka bir delille iddiasını ispatlayamaması, yeminin kadı huzurunda yapılması, yeminin bizzat sanık tarafından verilmesi, davanın konusu itibarıyla yemin vermeye elverişli olması (Allah haklarına ilişkin davalardan olmaması) koşullarının birlikte gerçekleşmesi gerekirdi.¹¹⁵

Osmanlı ceza muhakemesi hukukunda (bilhassa Tanzimat sonrası dönemde) özellikle kovuşturmaya sözlü muhakeme ilkesi egemen olduğu için, susma hakkının tanındığı ve uygulandığı görülmektedir.

Uygulaması), Süleymaniye Vakfı Yayınları, İstanbul 2015, s.166. (Bayındır, Muhakeme).

¹¹⁰ Kurtoğlu, s. 20.

¹¹¹ Kul hakkına ilişkin davalarda ise, karşı tarafın da hakkı olduğu düşünülerek ikrardan dönülmesine izin verilmezdi. Kurtoğlu, s. 24.

¹¹² Vatansever, s. 199.

¹¹³ Ne var ki Osmanlı ceza muhakemesinde bazı durumlarda işkence veya kötü muamele yoluyla delil ya da beyan elde edildiği de görülmüştür. Çalışmamızın ilerleyen paragraflarında bu konuya değinilmiştir.

¹¹⁴ Vatansever, s. 200, 319.

¹¹⁵ , s. 93, 94; Bayındır, s. 229-234.

Ancak susma hakkı, kişinin kendini ve yakınlarını suçlayıcı beyanda bulunmaya ya da bu yönde delil göstermeye zorlanamaması hakkıyla birlikte değerlendirilmiş ve geniş anlamıyla ele alınmıştır.¹¹⁶ Bu bağlamda sanık hem sorulara yanıt vermekten kaçınabilir hem de kendisi aleyhine delil vermeye zorlanamazdı. Ayrıca, kural olarak şüpheli veya sanığın susmasından da aleyhe sonuç çıkarılabilmemesi mümkün olamazdı.¹¹⁷

Yukarıda da açıklandığı üzere, kural olarak sözlü muhakeme usulünün uygulandığı Osmanlı ceza muhakemesi hukuku, sanığın ikrarını delil olarak kabul etmekteydi. Ancak sanık, sorulara yanıt verip vermeme konusunda tam bir serbestiyeye sahipti.¹¹⁸

Yine yukarıda da işaret edildiği üzere, ikrar, ceza muhakemesinde kadı önünde ve baskı, işkence ve kötü muamele altında verilmemiş olması; açıkça beyan edilmiş olması kaydıyla geçerli bir delil olarak kabul edilirdi.¹¹⁹ Ayrıca sanığın konuşması ve bariz açıklama yapması gereken hallerde susması ile olayı kabul ettiğine dair açık belirtilerin bulunması, örneğin başını öne eğmesi yahut açıkça evet ya da hayır dememesi suçu ikrar ettiği anlamında yorumlanırdı.¹²⁰ Ancak, Osmanlı medeni muhakemesinde, günümüzdekine çok benzer şekilde ikrarın muhakemeyi sonuçlandırdığı kabul edilmişti.¹²¹ Medeni muhakemede olduğu gibi, Osmanlı ceza muhakemesinde de ikrar muhakemeyi ku-

¹¹⁶ , s. 32; Abdullaziz Bayındır, "Örneklerle Osmanlı'da Ceza Yargılaması", 29 Eylül 2009, Tarih Araştırmaları, <https://www.suleymaniyevakfi.org/tarih-arastirmalari/orneklerle-osmanlida-ceza-yargilamasi.html> , Erişim Tarihi: 6.7.2023, (Bayındır, Ceza Yargılaması).

¹¹⁷ Vatanserver, s. 220.

¹¹⁸ Vatanserver, s. 199; Ayan, s. 66.

¹¹⁹ Vatanserver, s. 197, s.200; s. 64.

¹²⁰ Atalay, s. 261; Aydın, s. 59.

¹²¹ İkrar, İslam Hukukunda da günümüz hukukunda olduğu gibi davayı veya hukuki ilişkiyi medeni muhakeme bakımından sonlandırır. (Şakir Berki/ Hayrullah Hâmidî, İslam Hukukunun Ana Prensipleri, "Kur'anda Hukuk", 2. Baskı, Yargıçoğlu Matbaası, Ankara 1962, s. 146). Mecelle'nin 1817'nci maddesinde bu durum "Davalı, ikrar ederse hâkim onu ikrarıyla ilzâm eder ve eğer inkâr ederse hâkim davacıdan delil göstermesini ister" denerek ifade edilmiştir. Bu nedenle, Mecelle ikrarın muhakemeyi sonuçlandıracağını hükme bağlamıştır (Yusuf Sancak/Emre Kıyak "Günümüz Türkçesiyle Mecelle'nin On Altıncı Kitabı, Kitabü'l Kazâ, Günümüz Düzenlemeleriyle Karşılaştırmalı Bir İnceleme", SÜHFD, Yıl: 2014, C:22, S:2, s.74).

ral olarak sonuçlandırır. Ancak sanık suçu ikrar etmeyip de suçsuz olduğuna dair yemin ederse suçun sabit olmadığı;¹²² yemin etmekten kaçınırsa, hakkındaki iddiaları (ithamı) kabul etmiş sayılırdı.¹²³ Sanığın (davalının) iddiaları reddetmesi durumunda ise ispat yükünün iddia edene geçmesi esası benimsenmişti.¹²⁴

Tanzimat sonrası Osmanlı ceza muhakemesi hukukunda sanığa susma hakkı tanındığına yukarıda değinilmiştir. Bu kapsamda sanığın kendisine yüklenen suçu inkâr etme hakkı da bulunmaktaydı. Sanık, eğer üzerine atılı suçu inkâr ederse (kasâme istisnası dışında) ispat yükü karşı tarafa geçerdi.¹²⁵ Ayrıca ceza muhakemesi sürecinde sanıktan suçu işlemediğine ilişkin yemin etmesi istenebilirdi.¹²⁶ Sanık yemin etmekten kaçınırsa kısa süreli tazyik hapsine çarptırılırdı.¹²⁷ Buna karşın sanık kesin bir itirafta bulunmayıp ne suçlu olduğunu ne suçsuz olduğunu beyan ederse, bu durum sanığın aleyhine yorumlanarak sanıktan suçu işlemediğine ilişkin ek deliller sunması istenirdi.¹²⁸

İslam Hukuku'nda temel kural şüpheli veya sanığın suçsuzluğudur. Bu kural Mecelle'nin¹²⁹ sekizinci maddesinde "berâet-i zimmet

¹²² Kurtoğlu, s.82.

¹²³ Aydın, s. 57; Akman, s. 93.

¹²⁴ Aydın, s. 57.

¹²⁵ İslam Hukuku'nda kasâme, kasten öldürme suçunun ispatında kullanılan kendine özgü bir ispat vasıtasıdır. Bu ispat vasıtasının işleyişi gereğince, bir yerleşim yerinde (mahalle ya da köy) ya da bir özel mülkte, cinayet izleri taşıyan meçhul bir ceset bulunursa; maktulün yakınlarının vakayı şikâyet etmesi durumunda o yerleşim yerinde yaşayan elli kişiye, maktulün kendileri tarafından öldürülmediğine dair yemin verdirilirdi. Bu elli kişinin kim olacağına da maktulün yakınları karar verirdi. Maktulü onların öldürmediğine ve öldüreni de bilmedikleri üzerine yemin edilmesi durumunda, katil de bulunamazsa, o yörenin halkı öldürülenin diyetini hep birlikte öderdi. Yeminden kaçana ise, yemin edene veya suçu itiraf edene kadar hapis uygulanırdı. Sürecin işleyişine ise o yerin en kıdemli reisi (kabile reisi) karar verirdi. (Detaylı bilgi için bkz Akman, s.95-99; Vatanserver, s. 173-176, Bayındır, Muhakeme, s. 89-90, Kurtoğlu, s. 88; Akgündüz, s. 123).

¹²⁶ Akman, s.93.

¹²⁷ Bayındır, Muhakeme, s. 90.

¹²⁸ Vatanserver, s. 319.

¹²⁹ "Mecelle esasen şer'i bir eserdir. Mecelle'deki Batı etkisi sadece Mecelle'nin varlık sebebi ile madde madde yazılışında görülür." (Orhan Gökçe; "Tanzimat Dönemi Kanunlaştırma Faaliyetleri", Genç Hukukçular Hukuk Okumaları, (tarihsiz), s. 30 <https://www.muhamrembalci.com/hukukdunyasi/makaleler/birikimlerV/571.pdf>, E.T: 7.6.2023.

asıldır" (Her insan için borçsuz ve suçsuz olmak asıldır) şeklinde ifade edilmiştir.¹³⁰ Bu ilke gereğince herkes suçsuz ve borçsuz kabul edilir. Kişinin suçlu veya borçlu olduğunu, sanığın değil iddia edenin kanıtlanması gerekir.¹³¹ Başka bir deyişle, bu ilke şüpheli veya sanığı iddia karşısında güçlü kılar.¹³² Bu nedendir ki susma hakkıyla yakın ilişki içerisinde olan masumiyet karinesinin de Osmanlı ceza muhakemesi hukukunda kabul edildiği söylenebilir. Nitekim masumiyet karinesi Osmanlı ceza kanunnameleri¹³³ ile de teminat altına alınmıştı.¹³⁴ Osmanlı ceza kanunnameleri gereğince ne padişah ne de kadının suç kanıtlanmayan bir kimseye ceza verebilmesi mümkün değildi.¹³⁵

Daha önce de değinildiği üzere Osmanlı ceza muhakemesi hukukunda, muhakeme sonuçlansa dahi, kural olarak hukuka aykırı yollarla elde edilen deliller hükme esas alınmazdı. Şüpheli ve sanığın susma hakkı ile lehine olan delillerin toplanmasını istemeyebileceği hatırlatılır ve şüpheli veya sanığa bu hak da tanınırdı.¹³⁶

Osmanlı ceza muhakemesi hukukunda asıl olan işkence ve kötü muamelenin yasak kabul edilmesi idi. Ayrıca hüküm, hukuka uygun şekilde elde edilen delillere dayandırılırdı. Muhakemeyi yürüten kadı, eğer sorgu sırasında korkutma veya zorlama ile elde ettiği ikrara dayanarak hüküm vermişse, hükmü veren kadının sonucu kısasa varabilecek şekilde cezalandırılması mümkün olabilirdi.¹³⁷

¹³⁰ Akman, s.20; Atalay, s.259-260; Ali Haydar Efendi, s.33; Mecelle'nin İlk 100 Maddesi: Külli Kaideler https://cdn.istanbul.edu.tr/FileHandler2.ashx?f=mecelle_kulli.kaideler.pdf, E.T: 24.5.2023. Ayrıca bkz Vatansver, s. 157, Duran, s.40,41.

¹³¹ Bayındır, Muhakeme, s.147.

¹³² Said Nuri Akgündüz, Tanzimat Dönemi Ceza Hukuku Uygulaması, Doktora Tezi, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul 2010, s.24 (Akgündüz, Tanzimat-Ceza). Şahin, s. 372; Bayındır, Muhakeme, s.147, 165, 166, 228, Akman, s.21. Vatansver, s. 158, 300.

¹³³ Bu yazılış şekli Osmanlı-Türkçe Sözlük'ten alınmıştır. Hatta adı geçen sözlükte kavram "kanun-nâme" şeklinde yazılmıştır. (Devellioğlu, s. 561). Ancak Türkçe yazım bilgisine uyumlu olması için çalışmamızda "kanunname" şeklinde kullanılmıştır.

¹³⁴ Detaylı bilgi için bkz Vatansver, s. 161,162.

¹³⁵ Vatansver, s. 160.

¹³⁶ Atalay, s.254.

¹³⁷ Akman, s. 81; Atalay, s.262; Duran, s.51,52. "Suçunu ikrar eden sanık (mukır) üzerinde her türlü baskı, işkence ve kötü muamele ikrarın geçerliliğini bozar. Kadı, sanığı itirafa zorlamamalıdır." (Akman, s.64). Osmanlı'da işkence hakkında geniş bilgi için bkz Akman, s. 83-87.

Buna karşın, bazı Osmanlı kanunnamelerinde ikrar elde etmek için sanığa işkence edilebileceği belirtilmiştir.¹³⁸ Bu yolla, işkence uygulanarak, zor kullanılarak ya da baskı altında alınan şüpheli veya sanık beyanlarının da muhakemede tali delil olarak kullanılabilmesinin önü açılmıştır.¹³⁹

Örneğin IV. Mehmet'in, hırsızlık suçu şüphelilerinin suçlarını itiraf etmelerini sağlamak için işkenceye maruz bırakılabileceğine ilişkin kararname o dönemde eleştirilmiştir.¹⁴⁰ Aynı şekilde, Kanuni Sultan Süleyman da yayınladığı Kanunname'nin 41 ve 46'ncı maddelerinde, hırsızlık konusu malı elinde bulunduran şüphelinin bu malı ne şekilde ve nereden temin ettiğini izah etmesi gerektiği, izah edemeyen veya bu konuda ikna edici açıklama getiremeyen şüphelinin ise suçu işlemiş kabul edileceği belirtilerek, şüphelinin itiraf etmesinin sağlanması adına ona işkence edilebileceği ifade edilmiştir.¹⁴¹ Kanunname gereğince, bu durumdaki şüphelinin işkence sırasında ölmesi durumunda işkence uygulayan görevlilerin yasal sorumluluğu olmayacaktır.¹⁴² Şu halde, Tanzimat sonrası dönemin aksine, Tanzimat öncesi dönemde şüpheli veya sanığın susma hakkı olmadığı ve şüpheli veya sanıktan işkence ya da zor yoluyla ifade alınabilmesinin mümkün olduğu söylenebilir.¹⁴³

¹³⁸ Osmanlı dönemindeki bazı kararlara bakıldığında, kişilerin birbirlerine karşı ya da kamusal gücü kullanan kişilerin şüpheli veya sanıklara karşı, özellikle ikrar elde etmek için uyguladıkları eziyet verici eylemlerin işkence veya örf/örf-i maruf olarak tanımlandığı görülmektedir. (Geniş bilgi için bkz Mustafa Avcı, "Hukuk Tarihimizde Hukuka Aykırı Deliller Sorunu: İşkence (Örf-i Maruf) Uygulaması", *Türk Dünyası Araştırmaları Dergisi*, Yıl: 2003, S: 147, s. 45-76; ayrıca bkz Betül Dal, *İslam Muhakeme Usulünde İşkence*, Yüksek Lisans Tezi, Sakarya Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Sakarya 2001, s.21).

¹³⁹ Heyd, s. 644; Vatansever, s. 197, 210, 215.

¹⁴⁰ Coşkun Üçok, "Osmanlı Kanunnamelerinde İslam Ceza Hukukuna Aykırı Hükmümler", *AÜHF*, Yıl: 1947; C: IV, S:1-4, s. 66,67.

¹⁴¹ Osmanlı'da özellikle hırsızlık suçunda, çalınan malın yerinin sanığa itiraf ettirilmesi için işkence uygulaması yaygın bir sorgu yöntemi idi. Akman, s. 83.

¹⁴² Üçok, s. 58, 59; Aydın, s. 57, 58.

¹⁴³ 2. Bayezid, Yavuz Sultan Selim, Kanuni Sultan Süleyman ve 4. Mehmed dönemlerindeki kanunnamelerle işkence uygulamasına izin verilmiştir. (Detaylı bilgi için bkz Dal, s.90)

(2) Tanzimat Sonrası Dönemde Osmanlı Ceza Muhakemesi Hukukunda Susma Hakkı

Osmanlı ceza muhakemesi hukukunda susma hakkının daha iyi anlaşılması adına Osmanlı anayasal düzenlemelerinin ve anayasal düzenlemelerin dayanağını oluşturan Tanzimat Fermânı (Gülhane Hatt-ı Hümayûnu) ile Islahat Fermanı'nın düzenlemelerinin incelenmesi önem taşımaktadır.

3 Kasım 1839'da kabul edilen Tanzimat Fermânı¹⁴⁴ ve 18 Şubat 1856'da kabul edilen Islahat Fermânı, Osmanlı Ceza Muhakemesi Hukuku'na susma hakkının yerleşmesi bakımından önemlidir. Zira Tanzimat Fermânı Osmanlı Devleti'nin modernleşmesinde çok önemli bir belgedir.¹⁴⁵

Tanzimat, Osmanlı Devleti'ndeki hukuki, sosyal, ekonomik gerilemeyi sonlandırarak, devleti eski gücüne kavuşturmak amacıyla Sultan Abdülmecid tarafından ilan edilmiş olan ve

Batı'nın etkisiyle¹⁴⁶ gerçekleştirilen bazı reformlara verilen ortak addir.¹⁴⁷ Tanzimat Fermanı, ilan edildiği 1839'dan 1876 yılında I. Meşrutiyet'in ilanına kadar yürürlükte kalmıştır.¹⁴⁸

¹⁴⁴ <https://www.tarihduragi.com/2016/10/tanzimat-fermani-osmanlica-ve-turkce-metni.html> ,E.T: 09.06.2023.

¹⁴⁵ "3 Kasım 1839'da ilan olunan Gülhane Hattı'nın devlet anlayışımızda ve devlet idaresinde modernleşmenin hakiki başlangıcı ve temeli olduğuna şüphe yoktur". Halil İnalçık "Sened-i İttifak ve Gülhane Hatt-i Hümayûnu", *Türk Tarih Kurumu Belleten Dergisi*, Yıl: 1964, C:28, S:112, s.602.

¹⁴⁶ Tanzimat'ın ilanında Mısır sorunu nedeniyle Osmanlı Devleti'nin özellikle Rusya tarafından, Ortodoksları koruma gerekçesiyle iç işlerine karışılması neticesinde, Osmanlı'nın Rusya'ya karşı Avrupa'ya yakınlaşması etkili olmuştur. Bunun yanı sıra Osmanlı Devleti, varlığını sürdürebilmek için geniş kapsamlı reformlara ihtiyaç duymaktaydı. Batılı ülkelerin desteğine karşılık ülkede yaşayan Hristiyan halka eşitlik ve güvence tanınması yolundaki talepler Tanzimat'ın ilanında etkili olmuştur. (Geniş bilgi için bkz Mehmet Aktel, "Tanzimat Fermanı'nın Toplumsal Yansıması", *Süleyman Demirel Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Dergisi*", Yıl:1998, S:3 (Güz), s. 178, 179. Konu hakkında ayrıca bkz Halil İnalçık, "Tanzimat'ın Uygulanması ve Sosyal Tepkileri", *Türk Tarih Kurumu Belleten Dergisi*, Yıl: 1964, C:28, S:112, s.624).

¹⁴⁷ Ahmet Gökçen, *Tanzimat Dönemi Osmanlı Ceza Kanunları ve Bu Kanunlardaki Ceza Müeyyideleri*, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul 1987, s. 1

¹⁴⁸ Aktel, s. 177. Ancak Tanzimat döneminin başlangıcını II. Mahmut'a hatta III. Selim'e kadar çekenler; bitişini ise 1908'de ilan edilen II. Meşrutiyet'e kadar uzatanlar da bulunmaktadır. (Geniş bilgi için bkz Aktel, s. 177,178).

Tanzimat Fermanı'nın hukuki sorunları yeterince çözemediğinin anlaşılması üzerine 18 Şubat 1856'da Sultan Abdülmecid tarafından Islahat Fermanı ilan edilmiştir.¹⁴⁹ Her iki fermân da susma hakkını ve hiç kimsenin kendisini ve kanunda gösterilen yakınlarını suçlayan bir beyanda bulunmaya veya bu yolda delil göstermeye zorlanamaması ilkesini açıkça düzenlememiştir. Ancak her iki ferman da ifade ve sorgu işlemleri sırasında işkence, eziyet, kötü muamele uygulanamayacağı düzenlenmiş; buna aykırı emir verenlerin cezalandırılacağı ifade edilmiştir.¹⁵⁰ Bu düzenlemeler dahi, kısmen de olsa kişi hak ve özgürlüklerinin tanınması, işkence ve kötü muamelenin yasaklanması, susma ve aleyhine delil göstermeye zorlanamama hakkına doğru evrilme bakımından önemli bir aşamadır.

Osmanlı Devleti'nin ilk (ve tek) Anayasası olarak da nitelendirilebilecek olan¹⁵¹ 1876 tarihli Kanûn-ı Esâsî'nin¹⁵² 26'ncı maddesinde

¹⁴⁹ Gökçen, s.20. Ancak Islahat Fermanı'nın ilan edilmesindeki asıl etken, Tanzimât Fermânı'ndaki hak ve özgürlüklerin yetersizliği değil, o dönemde yapılması düşünülen değişiklikleri, karara bağlayacak eyalet temsilcilerinden oluşan meclisin kurulamamış olmasıdır. (Recâi Galip Okandan, *Umumî Âme Hukuku, Fakülte-ler Matbaası, İstanbul 1976, s.313*).

¹⁵⁰ Kemal Gözler, *Türk Anayasa Hukuku, Ekin Kitabevi Bursa 2000, s. 16, 21*. Islahat Fermanı'nın 23'üncü maddesinde işkence, eziyet ve kötü muamelenin cezalandırılacağı açıkça şöyle ifade edilmiştir: "ve hukûk-ı insâniye-yi hukûk-ı adalet ile tevfiğ etmek için mazanne-i su' olanları veyahûd tedibât-ı cezâiyyeye müstehak bulunanları haps ve tevkiflerine mahsûs olan kâffe-i mahbes ve mahal-i sairede usûlü hapsiyenin mümkün mertebe müddet-i kalile zarfında ıslâhına mubaşeret olunması ve her halde hapishanelerde bile cânib-i saltanat-ı seniyyemden vazı kılınan nizâmât-ı inzibatiyyeye muvâfık olan muamelattan maada hiçbir gûna mücâzât-ı cismaniye ve eziyet ve işkenceye müşâbih kâffe-i muamele dahi kâmilen lağv ve iptal kılınması ve bunun hilafında vuku bulacak hareket şediden men ve zecr olunacağından maada bunun icrâsını emreden memûrîn ile bilfiil icrâ eyliyen kesânün dahi ceza kanunnamesi iktizasınca tekdîr ve tedip olunması" Bu madde ile cezaevleri ve diğer adli kurumlarda hızlı ıslahat sürecine girilmesi, bedenî cezaların devlet tarafından yapılacak düzenlemelerle karar altına alınarak keyfi uygulamaların önüne geçilmesi, işkencenin kesin bir şekilde yasaklanması, bu konularda koyulacak kurallara uymayanların cezalandırılması karar altına alınmıştır." (Musa Gümüş, "Anayasal Meşrûti Yönetime Medhal: 1856 Islahat Fermanı'nın Tam Metin İncelemesi", *Bilgi Türk Dünyası Sosyal Bilimler Dergisi*, Yıl: 2008, S: 47, s.225,226); Vatanserver, s. 324.

¹⁵¹ Bülent Tanör, *Osmanlı-Türk Anayasal Gelişmeleri, Yapı Kredi Yayınları, İstanbul 1998, s. 134*.

¹⁵² "Kanun-u Esâsî"nin doğru yazılışı aslında "Kanun-ı Esâsî"dir. Farsça sıfat tamamlarındaki iki kelimenin arasına giren işaret Türkçe'ye -i veya -i sesiyle akta-

işkence ve kötü muamele açıkça yasaklanmıştır.¹⁵³ Buna bağlı olarak da şüpheli veya sanıktan işkence, kötü muamele veya zor kullanılarak alınan beyanın hukuka aykırı olduğu kabul edilmiştir. Ancak 1876 Anayasası'nda susma hakkı ile kendini ve yakınlarını suçlayıcı beyanda bulunmaya ya da delil sunmaya zorlanamama hakkına ilişkin açık bir düzenleme yer almamaktadır.

Yukarıdaki süreçten anlaşıldığı kadarıyla, Osmanlı ceza muhakemesi hukukunda ana kural işkence ve kötü muamele yoluyla ifade almanın yasak olması şeklinde ise de özellikle Tanzimat öncesi Osmanlı ceza muhakemesi hukukunda bazı durumlarda (örneğin yukarıda değinilen IV. Mehmet'in ve Kanuni Sultan Süleyman'ın yayınladığı kanunnamelerde) işkence, kötü muamele veya zor kullanılarak ifade alınabileceği düzenlenmiştir. Ayrıca, Tanzimat öncesi dönemde sanığın suçlamaları açıkça inkâr veya ikrar etmediği sürece suçsuz olduğunu kanıtlamak için tanık ve delil göstermeye zorlanması, sanığın susma hakkını kullanmasından çıkarımda bulunulabilmesi gibi uygulamalar, özellikle Tanzimat öncesi ceza muhakemesi hukukunda kabul edilen susma hakkının Tanzimat sonrası ceza muhakemesi hukuku ile günümüz ceza muhakemesi hukukundan farklı kabul edildiğini ortaya koymaktadır.

Osmanlı'nın modern dönemi olarak nitelendirilebilecek olan Tanzimat ve Islahat Fermânları ile başlayan dönemde işkence veya zor, korkutma yoluyla ifade alınması kesin olarak yasaklanmıştır.¹⁵⁴

Tanzimat sonrası dönemin etkisiyle gelişmeye başlayan temel hak ve özgürlükler sonucunda Osmanlı Devleti'nde 1879 tarihinde modern anlamdaki ilk ceza muhakemesi kanunu olan UMCKM kabul edilmiş-

rılabilir. Ancak ses uyumuna göre u veya ü şeklinde de söylenebilir. Buna göre "Kanun-ı Esasi" şeklinde yazılıp "Kanun-u Esasi" şeklinde okumak gerekir. Kanımızca "Kanun-u Esasi" şeklinde yazım yerleşmiştir. Buna dokunmamak uygun olur." (Kemal Gözler, Türk Anayasa Hukuku, Ekin Kitabevi, Bursa 2000, s.23, dn: 83). Ancak ifade edilmelidir uygulamada "Kanûn-ı Esâsî" yazılışı yerleşmiştir. Bu yazılış şekli Osmanlı-Türkçe Sözlük'te de aynen benimsenmiştir. (Devellioğlu, s. 561).

¹⁵³ "Madde 26.-İşkence ve sair her nevi eziyet katiiyen ve külliyeen memnundur" <https://www.anayasa.gov.tr/tr/mevzuat/onceki-anayasalar/1876-k%C3%A2n%C3%BBn-i-es%C3%A2s%C3%AE/>, E.T: 27.09.2023.

¹⁵⁴ Fatih Birtek, Ceza Muhakemesinde İkrar, Adalet Yayınevi, 2. Baskı, Ankara 2018, s. 63.

tir.¹⁵⁵ Yaklaşık 50 yıl boyunca yürürlükte kalan 1879 tarihli Kanun, bu süreçte pek çok kez değişikliğe uğramış ve 20 Nisan 1929 tarihli 1412 sayılı CMUK'un 20 Ağustos 1929'da yürürlüğe girmesi ile birlikte yürürlükten kalkmıştır.¹⁵⁶ Bu nedenle, 1879 tarihli Kanun Cumhuriyet Dönemi'nin de ilk ceza muhakemesi kanunu olarak kabul edilebilir.¹⁵⁷

Osmanlı Hukuku'ndaki ilk ceza muhakemesi kanunu olan 1879 tarihli UMCKM kabul edilene kadar ceza muhakemesi hukuku alanında Mecelle uygulanmıştır.¹⁵⁸ Mecelle, esasen hukuk muhakemesine ilişkin kuralları düzenlemekle birlikte, uyuşmazlıklarla bağdaştığı ölçüde ceza muhakemesi hukuku alanında da 1879 yılına kadar uygulanmıştır.¹⁵⁹ Hatta 1879 tarihli kanun kabul edildikten sonra Mecelle şer'iyeye mahkemelerinde UMCKM ile birlikte uygulanmaya devam etmiştir.¹⁶⁰

Esasen şer'i bir eser olan Mecelle,¹⁶¹ altmış yedinci maddesinde "susan kişi söz söylemiş sayılmaz. Fakat konuşması gereken yerde susan sö-

¹⁵⁵ 25 Haziran 1879 tarihli Muhâkemât-ı Cezâiye Kanunnamesi. Ancak Osmanlı Hukukunda ilk ceza muhakemesi düzenlemesi bu kanun değildir. Bundan önce 1840 tarihli Cezâ Kanunnamesi, 1856 tarihli Islahat Fermanı düzenlemelerine dayanılarak 1859 yılında kabul edilen Muhâkemât Nizamnamesi, 1286/1870 tarihli Divan-ı Ahkâm-ı Adliyye Nizâmname-i Dâhilisi'nin üçüncü faslı ile yine aynı yıl kabul edilen Dersaadet ve Mülhakatının İdâre-i Muhakemesine Dair Nizamname'nin dördüncü faslı da ceza usulü hükümleri içermektedir. Fakat 1879 tarihli Kanun, ceza muhakemesi hukukuna ilişkin kuralları derli toplu düzenlediği için önemlidir.

Faruk Y. Turinay, "1879 tarihli Ceza Muhakemesi Kanunu (Usul-i Muhâkemât-i Cezâiyye Kanun-i Muvakkati) Üzerine Bir İnceleme", *Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi*, Yıl: 2021, Cilt: 11, Sayı: 1, s. 193.

¹⁵⁶ Değişiklikler ve kanun hakkında detaylı bilgi için bkz Sena Esma Tezcan, *Türk Ceza Yargılama Usulünde İlk Kanun: 1879 tarihli Usul-i Muhakemat-ı Cezaiye Kanun-ı Muvakkati ve Mahkemelerin Görev ve Yetkisi*, Yüksek Lisans Tezi, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul 2022, s. 42-46.

¹⁵⁷ Kurtoğlu, s.248.

¹⁵⁸ Kurtoğlu, s.245, ayrıca bkz , s.93.

¹⁵⁹ Kurtoğlu, s.245; aynı yönde bkz Tezcan, s. 27; ayrıca bkz Ayan, s.8.

¹⁶⁰ Said Nuri Akgündüz, "Tanzimat Dönemi Osmanlı Ceza Hukukunun Kaynakları", *Abant İzzet Baysal Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi*, Yıl: 2016, C:4, S:8, s. 12. (Akgündüz, Tanzimat); Şentop, s.657.

¹⁶¹ "Mecelle esasen şer'i bir eserdir. Mecelle'deki Batı etkisi sadece Mecelle'nin varlık sebebi ile madde madde yazılışında görülür". (Orhan Gökçe; "Tanzimat Dönemi Kanunlaştırma Faaliyetleri", *Genç Hukukçular Hukuk Okumaları*, (tarihsiz), s. 30 <https://www.muhamrembalci.com/hukukdunyasi/makaleler/birikimlerV/571.pdf> ,E.T: 7.6.2023.

zünü söylemiş sayılır; sükût ikrardan gelmez” diyerek susma hakkını tanımaktadır.¹⁶²

Ancak Osmanlı Devleti’nde Tanzimat Dönemi’ne kadar ceza muhakemesi hukukuna ilişkin düzenlemelerin kanunnamelerle düzenlenmesi esası benimsenmemiştir.¹⁶³ Bu nedenle, Tanzimat öncesi dönemde Osmanlı Devleti’nde ceza muhakemesi hukuku alanındaki kuralların belirlilik ilkesinden uzak, keyfi ve yoruma açık olduğu ifade edilebilir.¹⁶⁴

UMCKM, sanık haklarına ilişkin önemli düzenlemeler içermektedir. Kanun, mehazı olan Fransız Ceza Muhakemesi Kanunu’ndan bazı ufak değişiklikler dışında neredeyse aynen alınmıştır.¹⁶⁵ Şu hâlde, UMCKM’nin Osmanlı ceza muhakemesi hukukunun çağdaş görünümüne kavuşmasında önemli rolü olduğu söylenebilir.¹⁶⁶

Kanun’un 265-291’inci maddeleri sanığın ceza muhakemesindeki haklarını düzenlemektedir. Kanun’da susma hakkı açıkça zikredilmemiştir. Ancak, Kanun’un 264’üncü maddesi susma hakkını zımnen de olsa tanımaktadır. Kanun’un 266’ncı maddesinde sanığın aleyhindeki delillere karşı, suçlamalardan kurtulmak amacıyla yeni deliller bildirme hakkı olduğuna, sanığın hakkındaki iddiaları inkâr edebileceğine değinilmiştir.¹⁶⁷ Öyleyse, UMCKM’nin, günümüzdeki şekliyle olmasa da susma hakkını zımnen de olsa tanıdığı ifade edilebilir.

UMCKM’nin konu hakkındaki 264’üncü maddesinde *“Reis müttehemin vekilince vicdanının ve kanuna lazım olan riayetin hilafında bir şey söylememesini ve kemal-i edep ve itidal ile beyan-ı hal eylemesini ihtar*

¹⁶² “Sakite bir söz isnad olunmaz. Lâkin ma’raz-ı hacette sükût beyandır”. Mecelle’nin İlk 100 Maddesi: Külli Kaideler, https://cdn.istanbul.edu.tr/FileHandler2.ashx?f=mecelle_kulli.kaideler.pdf, E.T: 24.5.2023.

İbrahim Orkun Atalay, *“Osmanlı Ceza Yargılaması Usulü Hukuku Üzerine Bir Deneme”*, EÜHFD, Yıl: 2007, C: XI, S:3-4, 261. Geniş izahat için ayrıca bkz. Ali Haydar Efendi, *Dürerü’l-Hukkâm Şerhu Mecelleti’l-Ahkâm*, (Mecelle Şerhi), (Osmanlıca Aslından Çeviren: Raşit Gündoğdu-Osman Erdem), 1. Cilt, Osmanlı Yayınevi, İstanbul (tarihsiz), s. 92; Ayrıca bkz Aydın, 2016, 59.

¹⁶³ Vatanserver, s. 56.

¹⁶⁴ Duran, s. 25.

¹⁶⁵ Tezcan, s.29,32,37; Kurtoğlu, s. 242, Akgündüz, s. 5.

¹⁶⁶ Turinay, s. 175.

¹⁶⁷ Duran, s. 77.

edecektir." denerek susma hakkına işaret edilmiştir.¹⁶⁸ Kanaatimizce, UMCKM'nin 264'üncü maddesi de susma hakkını dolaylı yoldan tanımıştır. Zira düzenleme sanığa değil, sanığın müdafisine (kanundaki kavrama göre vekiline) hitap etmektedir. Düzenleme gereğince, sanığın vekili tarafından vicdani ve yasal gerekliliklerin dışında bir şey söylenmemesi ve olgunluk kurallarıyla sakince durumunu anlatması yönünde ihtar edilmesini başkan belirtir. Dolayısıyla hakkın sanığa dolaylı olarak iletildiği ve kuralın sanığa dolaylı yoldan hitap ettiği ifade edilebilir.

Kanun, sanığa susma hakkını açıkça tanımaması bakımından Mecelle'den ayrılmaktadır. Zira Mecelle'de sanığa susma hakkı tanınmıştı.¹⁶⁹ Bu nedenle Mecelle'nin, sanığa susma hakkını tanınmasından UMCKM'nin ilerisinde olduğu ifade edilebilir. UMCKM ise Mecelle'ye atıfta bulunmamakla Osmanlı ceza muhakemesi hukukunu Batı'ya dayandırmanın temellerini atarak, modern dönemin öncülü olmuştur.¹⁷⁰

SONUÇ

Kişinin kendini ve yakınlarını suçlayıcı beyanda bulunmaya ya da bu yönde delil göstermeye zorlanamaması, "nemo tenetur" ilkesi olarak adlandırılmaktadır. Susma hakkı, bu ilkenin önemli bir unsuru olup, adil yargılanma hakkının da temelidir. Susma hakkının tanınmadığı bir düzende adil yargılanmadan da bahsedilemez. Ayrıca böyle bir düzende işkence ve kötü muamelenin engellenmesi de çok zordur. Bu nedenle, susma hakkı hem kişi onurunun korunması ilkesi hem de hukuk devleti ilkesi ile yakın bağ içindedir.

Ne var ki tarihi süreçte, özellikle tahkik sisteminin geçerli olduğu dönemlerde, şüpheli veya sanıktan beyan alınması için işkence ve kötü muameleye dahi izin verilmiştir. Hatta zaman zaman Kilise Hukuku'nda ya da Roma Hukuku'nda örneklerine rastlandığı üzere,

¹⁶⁸ Ahmet Gökçen, "1296 (1879) Tarihli Usul-i Muhakemat-ı Cezaiye Kanun-ı Muvakkatı", SÜHFD, Yıl: 1994, C:4, S:1-2, s.245.

¹⁶⁹ Mecelle Madde 67: "Sakite bir söz isnad olunmaz. Lâkin ma'raz-ı hacette sükût beyandır", Mecelle'nin İlk 100 Maddesi: Külli Kaideler, https://cdn.istanbul.edu.tr/FileHandler.2.ashx?f=mecelle_kulli.kaideler.pdf, E.T: 24.5.2023.

¹⁷⁰ Kurtoğlu, s. 246.

işkence ve kötü muamele yoluyla alınan beyanlar, bazı koşullarla da olsa, muhakemede delil olarak kullanılmıştır.

Keza, yine tarihi süreçte, susma hakkından şüpheli veya sanık aleyhine sonuç çıkarıldığı dönemlere de rastlanmıştır. Ne var ki günümüzde de bazı AİHM içtihatlarında şüpheli veya sanığın susmasından onun aleyhine sonuca varıldığı görülmektedir.¹⁷¹

Osmanlı ceza muhakemesi hukukunda şüpheli veya sanık hakları iki dönem halinde incelenmelidir. Bu dönemler Tanzimat öncesi dönem ve Tanzimat sonrası dönem olarak adlandırılabilir. Bu iki dönem, şüpheli ve sanık hakları bakımından ayrı ayrı incelenmelidir.

Osmanlı ceza muhakemesi hukukunda, Tanzimat öncesi dönem şüpheli ve sanık hakları bakımından sorunludur. Bu dönemde İslam Hukuku uygulanmakla birlikte, zaman zaman kanunnameler ile şüpheli veya sanıktan işkence ya da kötü muamele yoluyla ifade alınması, bazı koşullarla da olsa mümkün kılınmıştır. Hatta bu yolla elde edilen beyanın muhakemede kullanılıp kullanılmayacağına takdiri kadıya bırakılmıştır. Bu dönemde susma hakkının kullanılması, şüpheli veya sanık aleyhine yorumlanabilmiştir.

Ne var ki Batılılaşma süreci Osmanlı'yı da etkilemiştir. Bu süreçte kabul edilen Tanzimat ve Islahat Fermânları, susma hakkını tam anlamıyla tanımasa da işkence ve kötü muameleyi yasaklamakla, susma hakkı ile kişinin kendini ve yakınlarını suçlayıcı beyanda bulunmaya ya da bu yönde delil göstermeye zorlanamaması ilkesinin yasal temellerinin atılmasının öncülü olmuştur. Böylece Tanzimat sonrası dönemin başladığı söylenebilir.

Nitekim Tanzimat sonrası dönemde, Mecelle hazırlanmıştır ve UMCKM kabul edilmiştir. Mecelle'de: "*Sakite bir söz isnat olunmaz. Lâkin ma'raz-ı hacette sükût beyandır*" (Mecelle m. 67) denerek susma hakkı açıkça zikredilmiştir. Buna karşın UMCKM'de susma hakkı

¹⁷¹ John Murray v. Birleşik Krallık, 08.02.1996, Mahkeme (Büyük Daire), Başvuru No: 18731/91, p.47, <https://insanhaklari.gen.tr/Karar.aspx?b=18731%2f91&t=08.02.1996>, E. T: 10.08.2023. Benzeri yönde bkz Averill v. Birleşik Krallık, 06.06.2000, Başvuru No: 36408/97, p.44, hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22docname%22:%5B%22AVERILL%22%22%22documentcollectionid%22:%5B%22GRANDCHAMBER%22%22%22CHAMBER%22%22%22itemid%22:%5B%22001-58836%22%22%22%7D, E.T: 02.08.2023.

açıkça ifade edilmemişse de Kanun'un 265-291'inci maddeleri sanığın ceza muhakemesindeki haklarını düzenlemektedir. Ancak, Kanun'un 264'üncü maddesi susma hakkını zımnem de olsa tanımaktadır. Kanun'un 266'ncı maddesinde sanığın savunması sırasında lehine olan delillerin toplanmasını da isteyebileceğine değinilmiştir. Öyleyse, UMCKM'nin günümüzdeki uygulanış şekliyle olmasa dahi, dolaylı yolla da olsa susma hakkını tanıdığı ifade edilebilir.

UMCKM, sanığa susma hakkını açıkça tanımaması bakımından Mecelle'den ayrılmaktadır. Zira Mecelle'de sanığa susma hakkı tanınmıştı. Buna karşın, Mecelle'nin sanığa susma hakkı açıkça tanınması yönüyle UMCKM'den ileride olduğu ifade edilebilir.

Osmanlı Devleti'nin ilk (ve tek) Anayasası olarak da nitelendirilebilecek olan 1876 tarihli Kanun-ı Esâsî'nin 26'ncı maddesinde işkence ve kötü muamele açıkça yasaklanmıştır. Buna bağlı olarak da şüpheli veya sanıktan işkence, kötü muamele veya zor kullanılarak alınan beyanın hukuka aykırı olduğu kabul edilmiştir. Ancak 1876 Anayasası'nda susma hakkı ile kendini ve yakınlarını suçlayıcı beyanda bulunmaya ya da delil sunmaya zorlanamama hakkına ilişkin açık bir düzenleme yer almamaktadır.

Sonuç olarak, Osmanlı ceza muhakemesi hukukunda, özellikle Tanzimat sonrası dönemde, şüpheli ve sanığa susma hakkının tanındığı ifade edilebilir. Ancak bu hak günümüzdeki anlamıyla mutlak olarak kabul edilmemiş ve Anayasal güvenceye (Anayasa 38/5) bağlanmamıştır. Nitekim günümüzde susma hakkının kimlik bilgileri dışında mutlak olduğu (CMK 147/1-a)¹⁷² ve susma hakkının kullanılmasından şüpheli veya sanık aleyhine sonuca ulaşılamayacağı kabul edilmektedir.¹⁷³ Yine de Osmanlı ceza muhakemesi hukukunda susma hakkının gelişiminin incelenmesi, hakkın hukukumuzdaki düzenlenişinin anlaşılması bakımından önemlidir.

¹⁷² Birtek, s. 198. Şüpheli ve sanığa kimlik bilgilerini açıklama yönünde mecburiyet yüklenemeyeceğine ilişkin aksi yöndeki görüş için bkz Eser, s. 325; "Bizce, sanık hiçbir soruya cevap vermeğe mecbur tutulmamalıdır. Müdafaası için kimliğini de gizleyebilmelidir." (Kunter/Yenisey, s.388).

¹⁷³ "Ancak; CYY 147. maddesinde tanınan susma hakkı kullanan sanık hakkında, "... susma hakkıyla siyasi bir duruş içine girdiği ..." biçiminde yasal olmayan gerekçeyle taktiri indirim nedeninin uygulanmamış olması" (Yargıtay 4. CD, 02.12.2008 T, 2008/10723 E., 2008/21522 K. sayılı kararı)

Kaynakça

Kitaplar

- Akman Mehmet, Osmanlı Devleti'nde Ceza Yargılaması, Eren Yay., İstanbul 2004.
- Ali Haydar Efendi, Dürerü'l-Hukkâm Şerhu Mecelleti'l-Ahkâm, (Mecelle Şerhi), (Osmanlıca Aslından Çeviren: Raşit Gündoğdu-Osman Erdem), 1. Cilt, Osmanlı Yayınevi, İstanbul (tarihsiz).
- Aydın Murat, Ceza Muhakemesi Hukukunda Kendini İtham Etmeme Hakkı, Adalet Yayınevi, Ankara 2016.
- Bayındır Abdulaziz, İslâm Muhâkeme Hukûku (Osmanlı Devri Uygulaması), Süleymaniye Vakfı Yayınları, İstanbul 2015.(Bayındır, Muhakeme).
- Beccaria Cesare, Suçlar ve Cezalar Hakkında, (İtalyanca Aslından Çeviren: Sami Selçuk), İmge Kitabevi, 3. Baskı, Ankara 2013.
- Berki Şakir/Hâmidî Hayrullah, İslam Hukukunun Ana Prensipleri, "Kur'anda Hukuk", 2. Baskı, Yargıçoğlu Matbaası, Ankara 1962.
- Birtek Fatih, Ceza Muhakemesinde İkrar, Adalet Yayınevi, 2. Baskı, Ankara 2018.
- Demirbaş Timur, Soruşturma Evresinde Şüphelinin İfadesinin Alınması, Seçkin Yayıncılık, 6. Baskı, Ankara 2022.
- Devellioglu Ferit, Osmanlıca-Türkçe Ansiklopedik Lûgat, Aydın Kitabevi, 34. Baskı, Ankara 2020.
- Gözler Kemal, Türk Anayasa Hukuku, Ekin Kitabevi, Bursa 2000.
- Haydar Nuran, Susma Hakkı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2019.
- Hobbes Thomas, Leviathan, Kazım Taşkent Klasik Yapıtlar Dizisi, (Çeviren: Semih Lim), 24. Baskı, Yapı Kredi Yayınları, Ankara 2022.
- Kunter Nurullah/Yenisey Feridun, Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, 11. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul 2000.
- Montesquieu, Kanunların Ruhu Üzerine-I, (Çeviri: Fehmi Baldaş), 2. Baskı, Toplumsal Dönüşüm Yayınları, İstanbul 1998.
- Okandan Recai Galip, Umumî Âme Hukuku, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1976
- Ozansü Mehmet Cemil, Erken Modernlikte Ceza Sorumluluğunun Kamusallaşması ve Rasyonelleşmesi, On İki Levha Yay, İstanbul 2014.
- Tanör Bülent, Osmanlı-Türk Anayasal Gelişmeleri, Yapı Kredi Yayınları, İstanbul 1998.
- Türkoğlu Halide Gökçe, Roma Hukukunda Suç ve Ceza, Güncellenmiş 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, İstanbul 2017.
- Yalçın Ahmet, Suçsuzluk Karinesi, Adalet Yayınevi, Ankara 2021.
- Yenisey Feridun/Oktar Salih, Alman Ceza Muhakemesi Kanunu Strafprozeßordnung (StPO), Almanca Metin-Türkçe Çeviri, 2. Baskı, Beta Yay., İstanbul 2015.

Tezler

- Akgündüz Said Nuri, Tanzimat Dönemi Ceza Hukuku Uygulaması, Doktora Tezi, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul 2010 (Akgündüz, Tanzimat-Ceza).
- Ayan Tuba, Osmanlı Dönemi Girit Ceza Yargılaması Hukuku: 1880 Tarihli Girit Ceza Yargılama Kanunları, Yüksek Lisans Tezi, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul 2005.
- Dal Betül, İslam Muhakeme Usulünde İşkence, Yüksek Lisans Tezi, Sakarya Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Sakarya 2001
- Duran Feyza Nur, Osmanlı Ceza Hukukunda ve Türk Ceza Hukukunda Adil Yargılanma İlkesi, Yüksek Lisans Tezi, Necmettin Erbakan Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Konya 2022.
- Dündar Meltem, "İngiliz ve Türk Ceza Muhakemesi Hukuklarında Hukuka Aykırı Deliller", Doktora Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul 2014.
- Gökçen Ahmet, Tanzimat Dönemi Osmanlı Ceza Kanunları ve Bu Kanunlardaki Ceza Müeyyideleri, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul 1987.
- İtişgen Rezzan, Kişinin Kendini Suçlamaya Zorlanamaması İlkesi (Nemo Tenetur İlkesi), Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul 2012.
- Kurtoğlu Yasemin, Tanzimat Dönemi Osmanlı Hukukunda İspat Vasıtaları, Doktora Tezi, Bursa Uludağ Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Bursa 2022.
- Karanlık Meltem, Susma Hakkı, Yüksek Lisans Tezi, Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul 2019.
- Tezcan Sena Esmâ, Türk Ceza Yargılama Usulünde İlk Kanun: 1879 Tarihli Usul-i Muhakemat-ı Cezaiye Kanun-ı Muvakkati ve Mahkemelerin Görev ve Yetkisi, Yüksek Lisans Tezi, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul 2022.
- Vatansever Müge, Osmanlı Ceza Hukukunda Adil Yargılama İlkesi, Doktora Tezi, Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İzmir 2018.

Makaleler

- Akgündüz Said Nuri, "Tanzimat Dönemi Osmanlı Ceza Hukukunun Kaynakları", *Abant İzzet Baysal Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi*, Yıl: 2016, C:4, S:8, 1-16. (Akgündüz, Tanzimat).
- Aktek Mehmet, "Tanzimat Fermanı'nın Toplumsal Yansıması", *Süleyman Demirel Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Dergisi*, Yıl:1998, S:3 (Güz), 177-184.
- Alschuler Albert, "A Peculiar Privilege in Historical Perspective: The Right to Remain Silent", *Michigan Law Review*, Year: 1995, Volume: 94, 2625-2672.
- Atalay İbrahim Orkun, "Osmanlı Ceza Yargılaması Usulü Hukuku Üzerine Bir Deneme", *EÜHFD*, Yıl: 2007, C: XI, S:3-4, 239-272.

- Avcı Mustafa, "Hukuk Tarihimizde Hukuka Aykırı Deliller Sorunu: İşkence (Örf-i Maruf) Uygulaması", *Türk Dünyası Araştırmaları Dergisi*, Yıl: 2003, S: 147, 45-76.
- Bayındır Abdulaziz, "Osmanlı'da Yargının İşleyişi", 29 Eylül 2009, *Tarih Araştırmaları*, <https://www.suleymaniyevakfi.org/tarih-arastirmalari/osmanlida-yarginin-isleyisi.html> ,E.T: 26.8.2023. (Bayındır, Yargı)
- Bayındır Abdullaziz, "Örneklerle Osmanlı'da Ceza Yargılaması", 29 Eylül 2009, *Tarih Araştırmaları*, <https://www.suleymaniyevakfi.org/tarih-arastirmalari/orneklerle-osmanlida-ceza-yargilamasi.html> ,E. T: 6.7.2023, (Bayındır, Ceza Yargılaması).
- Candan Rabia Beyza, "1840 Tarihli Ceza Kanunname-i Hümayunu İncelemesi", *Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Yıl: 2015, C:1, S:1, 63-81.
- Chiesa E. Luis, "Beyond Torture: The Nemo Tenatur Principle in Borderline Cases", *Boston College Third Worl Law Journal*, Year: 2010, Vol:30-35, 35-66.
- Conig Helmut, "The Comparative and International Law", *Journal of Southern Africa*, November 1986, Volume: 19, No: 3, Published by: Institute of Foreign and Comparative Law, 483-489.
- Eser Albin, "Alman ve Türk Ceza Muhakemesi Hukukunda Sanığın Hukuki Durumu", *Yargıtay Dergisi*, Yıl:1990, Cilt: 16, Sayı: 3, 313-338.
- Foxley Rachel, "More precious in your esteem than it deserveth? Magna Carta and seventeenth-century politics", *Magna Carta: history, context and influence*, (Editor: Goldman, Lawrence), University of London Press: Instute of Historical Research, London 2018, 61-77.
- Granfield Patrick, "The Right To Silence: Magisterial Development", *Theological Studies*, Year: 1965, Vol: 26, 401-420.
- Gökçen Ahmet, "1296 (1879) Tarihli Usul-i Muhakemat-ı Cezaiye Kanun-ı Muvakkatı", *SÜHFD*, Yıl: 1994, C:4, S:1-2, 203-288.
- Gökçe Orhan, "Tanzimat Dönemi Kanunlaştırma Faaliyetleri", *Genç Hukukçular Hukuk Okumaları*, (tarihsiz), 27-35. <https://www.muhammedbalci.com/hukukdunyasi/makaleler/birikimlerV/571.pdf> , E.T: 7.6.2023.
- Gölcüklü Feyyaz, "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde Adil Yargılama", *AÜSBF Dergisi*, Yıl: 1994, Cilt: 49, Sayı:1, 199-234.
- Gümüş Musa, "Anayasal Meşrûti Yönetime Medhal: 1856 Islahat Fermanı'nın Tam Metin İncelemesi", *Bilgi Türk Dünyası Sosyal Bilimler Dergisi*, Yıl: 2008, S: 47, 215-240.
- Heyd Uriel, "Eski Osmanlı Ceza Hukukunda Kanun ve Şeriat", (Çev: Selâhaddin Eroğlu), *Ankara Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi*, Yıl: 1983, C: 26, S: 1-4, 633-652.
- İnalçık Halil, "Tanzimat'ın Uygulanması ve Sosyal Tepkileri", *Türk Tarih Kurumu Belleten Dergisi*, Yıl: 1964, C:28, S:112, 623-690.
- İnalçık Halil "Sened-i İttifak ve Gülhane Hatt-i Hümayûnu", *Türk Tarih Kurumu Belleten Dergisi*, Yıl: 1964, C:28, S:112, 602-622.
- Kayak Sevgi, "Roma Ceza Yargılama Hukukunda Sorgulama ve Cezalandırma Yöntemleri", Prof. Dr. Belgin Erdoğan'ın Armağanı, (Derleyen: M. Murat İnceoğlu), Der Yayınları, İstanbul 2011, 155-186.

- Langbein John H, "The Historical Origins of The Privilege Against Self-Incrimination At Common Law", *Michigan Law Review*, Year: 1994, Vol: 92, No:5, 1047-1085.
- Levy Leonard W., "The Right Against Self-Incrimination: History and Judicial History", *Political Science Quarterly*, Year: 1969, Vol. 84, No. 1, 1-29.
- Moreland Roy Mitchell, "Historical Background and Implications of the Privilege Against Self-Incrimination" *Kentucky Law Journal*, Year: 1956, Vol.: 44, Iss.: 3, Article 1, 267-276.
- Pieck Manfred, "Witness Privilege Against Self-Incrimination In The Civil Law," *Villanova Law Review*, Year: 1960, Vol: 5, Iss: 3, 375-406.
- Sancak Yusuf/Kıyak Emre, "Günümüz Türkçesiyle Mecelle'nin On Altıncı Kitabı, Kitabü'l Kazâ, Günümüz Düzenlemeleriyle Karşılaştırmalı Bir İnceleme", *SÜHFD*, Yıl: 2014, C:22, S:2, 45-105.
- St. Johnston T.E., "Judges' Rules and Police Interrogation in England Today", *Journal of Criminal Law and Criminology*, Year: 1966, Vol: 57, Issue: 1, 85-92.
- Şahin Ergün, "Ceza Yargılamasının Tarihçesi", *TAAD*, Yıl:5, Sayı:18, Temmuz 2014, 349-385.
- Şentop Mustafa, "Tanzimat Dönemi Kanunlaştırma Faaliyetleri Literatürü", *Türkiye Araştırmaları Literatür Dergisi (TALİD)*, Yıl: 2005, C:3, S:5, 647-672.
- Turinay Faruk Y., "1879 Tarihli Ceza Muhakemesi Kanunu (Usul-İ Muhâkemât-I Cezâiyye Kanun-I Muvakkati) Üzerine Bir İnceleme", *Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi*, Yıl: 2021, Cilt: 11, Sayı: 1, 169-228.
- Wesley Oliver M., "Prohibition, Stare Decisis, and The Lagging Ability of Science to Influence Criminal Procedure", *The Journal of Criminal Law and Criminology*, Fall.2015, Vol: 105, No.4, 993-1030.
- Üçok Coşkun, "Osmanlı Kanunnamelerinde İslam Ceza Hukukuna Aykırı Hükümler", *AÜHFD*, Yıl: 1947; C: IV, S:1-4, 48-73.

İnternet Kaynakları

- <https://www.anayasa.gov.tr/tr/mevzuat/onceki-anayasalar/1876-k%C3%A2n%C3%BBn-i-es%C3%A2s%C3%AE/>, E.T: 27.09.2023.
- https://cdn.istanbul.edu.tr/FileHandler.2.ashx?f=mecelle_kulli.kaideler.pdf ,E.T: 24.5.2023.
- <https://sozluk.gov.tr/>, E.T: 28.03.2023.
- <https://www.istanbulbarosu.org.tr/files/docs/Magna2017-2.pdf>, E.T: 29.03.2023.
- <https://www.britannica.com/biography/John-Lilburne>, E. T: 24.08.2023.
- <http://dusuncetarihi.kapadokya.edu.tr/makale/virginia-insan-haklari-bildirisi-1776.html>, E.T: 6.4.2023.
- <https://billofrightsinstitute.org/primary-sources/bill-of-rights>, E.T: 25.8.2023.
- <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/Vict/61-62/36/section/1/enacted> ,E.T: 26.08.2023.
- <https://pages.uoregon.edu/dluebe/Witches442/ConstitutioCriminalis.html> ,E. T: 18.05.2023.

<https://www.tarihduragi.com/2016/10/tanzimat-fermani-osmanlica-ve-turkce-metni.html> ,E.T: 09.06.2023.

Diğer Kaynaklar

Mecelle'nin İlk 100 Maddesi: Külli Kaideler https://cdn.istanbul.edu.tr/FileHandler2.ashx?f=mecelle_kulli.kaideler.pdf , E.T: 24.5.2023.

Mahkeme Kararları

Averill v. Birleşik Krallık, 06.06.2000, Başvuru No: 36408/97, p.44, hudoc.echr.coe.int/eng#{%22docname%22:[%22AVERILL%22],%22documentcollectionid%22:[%22GRANDCHAMBER%22,%22CHAMBER%22],%22itemid%22:[%22001-58836%22]} , E.T: 02.08.2023.

John Murray v. Birleşik Krallık, 08.02.1996, Mahkeme (Büyük Daire), Başvuru No: 18731/91, p.47, <https://insanhaklari.gen.tr/Karar.aspx?b=18731%2f91&t=08.02.1996>, E. T: 10.08.2023.

Miranda v. Arizona, 384 U.S. 436 (1966), <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/384/436/> ,E. T: 16.08.2023.

R v. Warickshall ,1783, 1 Leach CC 263, 168 ER 234.

Yargıtay CGK., 22.03.2005 T, 2004/4-220 E., 2005/32 K. sayılı kararı

Yargıtay CGK., 19.04.1993 T, 1993/6-81 E., 1993/110 K. sayılı kararı

Yargıtay 4. CD, 02.12.2008 T, 2008/10753 E., 2008/21522 K. sayılı kararı