

TÜRKİYE BAROLAR BİRLİĞİ DERGİSİ

UNION OF TURKISH BAR ASSOCIATIONS REVIEW

ISSN 1304-2408



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

Yayımdan Sorumlu Başkan Yardımcısı/ Vice-

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

Genel Yayın Yönetmeni / Executive Editor

Av. Özlem Bilgilioğlu

Eşgüdüm Kurulu / Board of Coordination

Av. Gürkan Altun

Av. Veli Küçük

Av. Gökhan Bozkurt

Av. Özlem Bilgilioğlu

Yayın Kurulu

Özlem Bilgilioğlu

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 Nuhuğlu

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 Başkanlığı

Yayın İşleri Müdürlüğü

Oğuzlar Mah. Av. Özdemir Özok Sokak No: 8

06520 Balgat - ANKARA

Tel: (0312) 292 59 00 (pbx) Faks: (0312) 286 55 65

web:www. barobirlik.org.tr

e-posta: yayin@barobirlik.org.tr

Abonelik / Subscription

Yıllık abone bedeli: 300 TL.

Sayfa Tasarımı ve Ofset Hazırlık /

Page Design and Offset Preparation

Türkiye Barolar Birliği Yayın İşleri

Basım Yeri / Printed by

Göktaş Ofset Yayıncılık

Matbaacılık Tic. Ltd. Şti

Zübeyde Hanım Mah. İstanbul Cad.

Sedef Sk. No : 1

İskitler / Altındağ – Ankara

Matbaa Sertifika No : 47538

Basım Tarihi / Printing Date : 19. 12. 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 almak üzere Dergi'nin Kasım- Aralık/2021 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

HAKEMLİ MAKALELER

- 1 Özde DEREBOYLULAR BAYRAKTAR**
Geçmişten Günümüze Ölüm Cezası, İnfaz Yöntemleri ve Ölüm Koridoru Olgusu
Death Penalty from Past to Present Its Execution Methods and Death Row Phenomenon
- 49 Ayşegül POLAT**
Cumhuriyet'ten Bugüne Eşitlik İlkesi: Cinsiyet Bağlamında Bir Değerlendirme
Principle of Equality from The Republic Period to Today: An Evaluation in The Context of Gender
- 87 Ender TÜRK**
Türk Anayasa Yargısında Sözün Bittiği Yer: Karar Verilmesine Yer Olmadığı (KVYO) Kararı
The Point Where Words Fail in Turkish Constitutional Jurisprudence: The No Ground for A Ruling (NGR) Decision
- 131 Kemal SARUHAN - Yunus SARUHAN**
12-15 Yaş Arası Suça Sürüklenen Çocukların Kusur Yeteneğinin Tespitinde Yaşanan Sorunlar
Problems In Determining The Criminal Liability of Children between The Age of 12-15
- 169 Cengiz Ozan ÖRS**
Sit Kavramı ve Bir Alanın Sit Olarak Belirlenmesi (İdare Hukuku Açısından Bir İnceleme)
The Concept of Site and The Designation of An Area as A Site (A Study in Terms of Administrative Law)
- 247 Selin SERT SÜTÇÜ**
Evlilik Birliğini Temsil Yetkisinin Gaiplikle Sona Ermesi ve Sonuçları
Termination of The Authority to Represent The Marital Union by Absence and Its Consequences
- 283 Cem ÖZCAN**
El Yazılı Vasiyetnamede İmzanın Yeri Hakkında Bir İsviçre Federal Mahkemesi Kararının Değerlendirilmesi
Evaluation of A Swiss Federal Court Decision on The Place of The Signature in A Holographic Will

- 303 Emre CUMALIOĞLU - Yasemin KALKANCI - Sena ÖBEK**
Avukatın Hapis Hakkına İlişkin Yargıtay Kararlarının Eleştirisi
The Critique of Supreme Court's (Yargıtay) Decisions on Attorney's Lien
- 359 Hasibe Ülkü YAY - Fatma BAŞIBÜYÜK - Hatun KORKMAZ**
Kayseri Barosu Örneği ile Kamu Kurumu Niteliğindeki Meslek Kuruluşları
Professional Organizations Having the Characteristics of Public Institutions with
the Example of Kayseri Bar Association
- 393 İlknur KAYA**
İsviçre ve Fransız Hukuku Bakımından Kamu Düzenine ve Genel Ahlaka Aykırı
Markalar
Trademarks Contrary to Public Order and Public Morals under Swiss and French
Law
- 423 Görkem Selim ŞAHİN**
Grevin Ertelenmesi
Postponement of Strike

başkan'dan

GEÇMİŞTEN GÜNÜMÜZE ÖLÜM CEZASI, İNFAZ YÖNTEMLERİ VE ÖLÜM KORİDORU OLGUSU

DEATH PENALTY FROM PAST TO PRESENT ITS EXECUTION METHODS AND DEATH ROW PHENOMENAN

Özde DEREBOYLULAR BAYRAKTAR*

Özet: Ölüm cezası, kadim dönem ilkel topluluklarından günümüz modern hukuk sistemlerine kadar uygulanagelmiş, yaşam hakkına yönelik cezalar içerisinde yer alan bedensel bir cezadır. Neredeyse insanlık tarihiyle yaşıt olan ölüm cezasının, hangi suçlara karşılık hükmedildiği, infaz yöntemi ve amacı bakımından zamana ve ülkelere göre farklılık göstermiştir. Bugün, pek çok ülkenin mevzuatında yer almayan bu ceza türü bazı ülkelerde, farklı infaz biçimleriyle halen uygulanmaktadır. Çalışmamızın amacı, tarihte bazı toplumlardaki ölüm cezası uygulamalarının değerlendirilmesi, günümüzde hala bu cezaya mevzuatlarında yer veren bazı ülkelerin ele alınmasıdır ve ölüm koridoru olarak bilinen ve ölüm cezasına çarptırılan kişinin uzun bir süre cezasının infaz edilmesini beklemesini kapsayan süreç ele almaktır. Çalışma bu yönüyle üç ana başlıktan oluşmaktadır. Bu kapsamda Roma ve Osmanlı dönemlerinde ölüm cezası verilen suçlar ve çeşitli infaz yöntemleri ele alınmış olup; gündel bölümde ise mevzuatında olmasına rağmen uzun yıllardır bu cezayı infaz etmeyen Rusya Federasyonu ve ölüm cezasını aktif olarak uygulamakta olan Amerika Birleşik Devletleri ele alınmıştır. Ölüm koridoru ve buna bağlı travma kavramları ABD uygulaması ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin kararları çerçevesinde ele değerlendirilmiş ve çalışma ölüm cezasına ilişkin bir değerlendirme sunularak tamamlanmıştır.

Anahtar Kelimeler: Ölüm Cezası, İnfaz Yöntemi, Ölüm Koridoru Olgusu, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi

Abstract: The death penalty is a corporal punishment that has been applied from ancient primitive societies to today's modern legal systems and is among the penalties against the right to life. The

* Yrd. Doç. Dr., Yakın Doğu Üniversitesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı, ozde.dereboylular@neu.edu.tr, ORCID: 0000-0002-8729-3613, Makalenin Gönderim Tarihi: 24.04.2024, Kabul Tarihi: 13.11.2024

crimes for which the death penalty has been imposed, the method and purpose of its execution, have varied over time and across different countries, being almost as old as human history itself. Today, this type of punishment, which is not included in the legislation of many countries, is still implemented in some countries with different methods of execution. The aim of our study is to evaluate the application of the death penalty in some sovereignties throughout history, to examine some countries that still include this penalty in their legislation today, and to address the process known as death row, which involves a person sentenced to death waiting for a long period before their execution is carried out. In these aspects, the study consists of three main sections. In this context, the crimes to which death penalty was given and various execution methods in the Roman and Ottoman periods have been discussed; In the current section, the Russian Federation, which has not executed this penalty for many years despite it being in its legislation and the United States of America, which actively implements the death penalty have been discussed. The concepts of death row and related trauma have been discussed within the framework of U.S. practice and the decisions of the European Court of Human Rights and the study was concluded by presenting an evaluation of the death penalty.

Keywords: Death Penalty, Execution Methods, Death Row Phenomenon, European Convention on Human Rights, European Court of Human Rights

GİRİŞ

Victor Hugo, *Bir İdam Mahkumunun Son Günü* romanının ön sözünde şöyle der: "... ölüm cezası ellerinden kolayca bırakmadıkları bir bıçaktır".¹ Ölüm cezası, insanlık tarihinin ilk dönemlerinden bu yana hemen hemen bütün hukuk sistemlerinde yerini almıştır. Bununla birlikte, ölüm cezası için infaz yöntemleri çeşitlilik göstermiştir. Ölüm cezası lehinde ve aleyhindeki tartışmalar öteden beri devam etmektedir. Bugün pek çok ülke mevzuatından ölüm cezasını kaldırmış olmasına rağmen bu cezayı hala uygulayan ülkeler de vardır. Dolayısıyla, bu konu etrafındaki tartışmalar canlılığını korumaktadır.

Ölüm cezasının, cezalar sisteminden çıkartılıp çıkartılmaması çok uzun yıllardır tartışma konusudur. Bu konu üzerinde en yoğun tartışmalardan biri, 1764 yılında Beccaria'nın ölüm cezasının kaldırılması fikrini açıklamasından sonra başlamıştır.² Ölüm cezasının lehinde ve

¹ Victor Hugo, *Bir İdam Mahkumunun Son Günü*, Can Yayınları, İstanbul 2014, s. 15.

² Beccaria, "acaba insanlara hemcinslerini boğazlatmak hakkı nereden geliyor? Ölüm cezası hiçbir hukuki esastan neşet etmiş değildir. Ölümün verdiği raşe, ne

aleyhinde pek çok görüş ileri sürülmüştür. Örneğin, Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Yüksek Komiseri Volker Türk'ün 2023'te İnsan Hakları Konferansı'nın 53. oturumunda: "Ölüm cezası ortak deneyimimize göre, silinmesi gereken geçmişten kalan bir kalıntıdır" şeklindeki sözlerine güncel bir örnek olması bakımından yer verebilirsek de benzer görüşleri yinelemenin bu çalışmanın konusu olmadığını da belirtmeliyiz.³

Uluslararası Af Örgütü'nün (*Amnesty International*) 15 Mayıs 2023'te yayınladığı ölüm cezaları ve infazlara ilişkin küresel raporunda, ölüm cezası rakamlarının son beş yılın en yüksek seviyesinde olduğu uyarısında bulunulmuştur. 2022 yılında dünya genelinde, Çin hariç, 883 kişinin ölüm cezası infaz edilmiştir. Uyuşturucu uyarıcı madde suçlarından İran'da 255, Suudi Arabistan'da 57 kişi ölüm cezasına çarptırılırken; 11 ülkede LGBTQ + topluluğu ölüm cezasının infaz riskiyle karşı karşıyadır.⁴ Örneğin, Uganda bu topluluğa yönelik bir yasa çıkarırken, Afganistan'da Taliban geçtiğimiz aylarda "kadınların kontrol altında tutulabilmesi için" recm cezasının yeniden uygulanmaya başlayacağını duyurmuştur. Öte yandan, ABD her yıl düzenli olarak infazları gerçekleştirmeye devam ederken yeni infaz yöntemleri de denemektedir.⁵ 20 yıl önce ölüm cezasını her koşulda mevzuatından kaldıran Türkiye'de "ölüm cezası geri gelmeli!" sloganları toplumsal infial yaratan olayların ardından üst düzey yetkililer tarafından bile dile getirilmekteyken;⁶ yaklaşık 20 yıldır infaz gerçekleştirmeyen Rusya'da mart ayında gerçekleşen terör saldırısı sonrasında cezanın yeniden uy-

derece şiddetli olursa olsun, nisyana mukavemet edemez. Şayet bu nisyana besleyen şey, beşeri ihtisaslar olursa bu mukavemet sifıra münce olur" demek suretiyle ölüm cezasının kaldırılmasını hararetle savunmuştur. Mehmet Köroğlu, "Hukuk Tarihi Açısından Ölüm Cezası ve İnfaz Şekilleri", *İslam Hukuku Araştırmaları Dergisi*, S. 17, (2011), 309-322, s. 320.

³ The Lancet, The Breach of Human Rights and Breach of Ethics of Care, (2023), [https://www.thelancet.com/journals/lancet/article/PIIS0140-6736\(23\)01004-8/fulltext](https://www.thelancet.com/journals/lancet/article/PIIS0140-6736(23)01004-8/fulltext) (E.T. 23.4.2024).

⁴ The Lancet, The Breach of Human Rights and Breach of Ethics of Care, (2023).

⁵ Bkz. Death Penalty Information Center, Methods of Execution, <https://deathpenaltyinfo.org/executions/methods-of-execution>, (E.T. 5. 9. 2024).

⁶ Bkz. Habertürk, "Çocuklara Tecavüzde İdam Cezası Geri Gelmeli mi?", (2023), <https://www.haberturk.com/yazarlar/gulin-yildirimkaya/615121-cocuklara-tecavuzde-idam-cezasi-geri-gelmeli-mi>, (E.T. 5. 9. 2024); BBC News Türkçe, "İdam Cezasını Kaldırdıktan Sonra Geri Getiren Ülke Var mı?", (2018), <https://www.bbc.com/turkce/haberler-turkiye-38029311>, (E. T. 5. 9. 2024).

gulanmasını isteyenlerin sesleri yükselmiştir.⁷ Tüm bunlar, ölüm cezasına ilişkin tartışmaların canlı kalmasına ve bu cezanın kaldırılmasına ilişkin mücadelenin devam etmesine neden olmaktadır.

Daha en başından ifade etmeliyiz ki, ölüm cezası insanlık dışıdır ve temel yaşam hakkının ihlalidir. Kimin suçlandığına, suçun niteliğine ve infaz yöntemine bakılmaksızın her koşulda reddedilmelidir. Çalışmamızın amacı, ölüm cezasına ilişkin geçmişten günümüze bir değerlendirme sunmaktır. Aşağıda, çalışmamızın tarihi kısmında, inceleyeceğimiz Roma ve Osmanlı İmparatorluklarında gerçekleştiren infazlardan anlaşılmaktadır ki, ölüm cezasının uygulanmasıyla hedeflenen yalnızca suç işleyen kişiyi öldürmek değildi. Bu cezaya çarptırılan kişiye, aynı zamanda en yüksek seviyede acı çektirmek, kullanılan infaz metoduna bağlı olarak insan onurunu zedeleyerek onu tümüyle itibarsızlaştırmak ve bu şekilde halkı korkutmak da hedeflenmekteydi. Bugüne baktığımızda ise farklı ülkelerde, hatta aynı ülkenin içinde pek çok değişik infaz yönteminin kullanıldığını ve yeri geldiğinde hükümlünün adeta bir denek gibi kullanılmasından çekinilmediğini görmekteyiz. Tüm bunların yanında, ölüm cezasının bugün pek çok ülkede uygulanmıyor olması ise umut vericidir.

I. GEÇMİŞTE ÖLÜM CEZASI VE İNFAZ YÖNTEMLERİ

Eski Mısır'da Firavunlar döneminde ölüm cezasının sıklıkla uygulandığı bilinmektedir. Ölüm cezasına çarptırılan suçlardan bazıları, kutsal eşyalara el sürmek, kutsal hayvanları öldürmek, büyü yapmak, Firavunun benimsediği ekonomik düzene karşı suç işlemek, aile ve toplum kurallarına aykırı davranmak, bir kadının zina yapması gibi suçlar örnek gösterilmektedir.⁸ Mısır'da en bilinen infaz yöntemlerinden biri, kişinin dikenlere atıldıktan sonra yakılmasıydı. Benzer şekilde Antik Yunan'da da ölüm cezasının sıklıkla uygulandığı bilinmektedir. Devlete karşı suçlar, kalpazanlık, kasten öldürme, çocuk düşürme, zina ve daha pek çok suç karşılığında ölüm cezası verilmekteydi.⁹

⁷ Bkz. NTV, "Rusya, İdam Cezasını Geri Getirmeyi Tartışıyor", (2024), https://www.ntv.com.tr/dunya/rusya-idam-cezasini-geri-getirmeyi-tartisiyor,Fwg_dsWblUSqng0MmlRAcw, (E.T. 5. 9. 2024).

⁸ Köroğlu, Hukuk Tarihi Açısından Ölüm Cezası ve İnfaz Şekilleri, s. 310.

⁹ Köroğlu, Ölüm cezası ve İnfaz Şekilleri, s. 310.

A. Roma İmparatorluğu Döneminde

Hukuk tarihinde önemli bir yere sahip olan ve bugünün hukuk sistemlerinin kaynağını teşkil eden Roma hukukunda, son ceza (*sunum supplicium*) anlamına gelen ölüm cezası belirli suçların karşılığında yaygın olarak uygulanmaktaydı.¹⁰ Romalılar maksimum acının, maksimum caydırıcılığı olduğuna inandığından, infaz yöntemleri mümkün olduğunca acı çektirmeyi amaçlamaktaydı.¹¹ Antik Roma'da ölüm cezası oldukça yaygındı ve günümüzde karşılığında hapis cezasının uygulandığı pek çok suç için kullanılmaktaydı. Yaptırımı ölüm cezası olan suçlar arasında ordudan kaçma, kölelikten kaçma ve hatta bugün pek çok modern ülkede suç teşkil etmeyen zina eylemi de vardı. Roma'da ölüm cezasına ilişkin ilk resmi Roma belgesi, bilinen en eski Roma hukuku kanunu olan M.Ö. 450 tarihli On İki Levha'dır (*Twelve Tables of 450 BC*).¹² On İki Levha Kanunları ölüm cezasını iki katedride ele almaktaydı. Bunlardan birincisi, kamu hukuku cürümleri ve devlete karşı işlenen suçlar; ikincisi ise kişilere karşı işlenen suçlar ve öldürmeyi.¹³ Her iki durumda da cezalandırma yetkisi devlete aitti.¹⁴ Ne var ki, gerek mahkumiyet kararının verilmesinde gerekse cezanın takdir edilip infaz edilmesinde kamu oyunun tepkisi ve kamu vicdanının rahatlatılmasının rolü büyüktü ve bu yüzden de kamuoyunda

¹⁰ Romalılarda çeşitli dönemlerde pek çok suça karşılık ölüm cezası verilmekteydi. İç savaşlar döneminde bu cezaya daha sık rastlandığı görülmektedir. İmparatorluğun son dönemlerinde ise ölüm cezasının kapsamının daha da genişletildiği pek çok yasa çıkarılmıştır. Bkz. Köroğlu, Ölüm Cezası ve İnfaz Şekilleri, s. 313. Gökçe Halide Türkoğlu, Roma Hukukunda Suç ve Ceza, Albi Yayınları, İzmir 2014, s. 111.

¹¹ Türkoğlu, Roma Hukukunda Suç ve Ceza, s. 111.

¹² Köroğlu, Ölüm Cezası ve İnfaz Şekilleri, s. 313.

¹³ Köroğlu, Ölüm Cezası ve İnfaz Şekilleri, s. 313.

¹⁴ İmparatorluk dönemine ait Roma hukuku ve ölüm cezası, Justinianus'un derlediği M.S. 2. Yüzyılda yaşayan Ulpian ve Paulus Pudentissimus'ta pek çok bilgi içeren 6. Yüzyıl Digest'inin yanı sıra Suetonius, Cicero, Livy, Pliny, Justi Martyr gibi Roma dönemi yazarlarından alıntılar aracılığıyla incelenebilir. İmparatorluk zamanına gelindiğinde kanunlar, yalnızca Roma'nın vatana ihanet, öldürme, zina, iftira, hırsızlık ve kundakçılık dahil olmak üzere en iğrenç suçlar olarak kabul ettiği suçların infazını zorunlu kılacak şekilde yumuşatılmıştı. Öte yandan, toplumda iğrenç olarak kabul edilen zina ve cinsel saldırı gibi suçların yaptırımı ölüm cezası olmakla birlikte, cezanın uygulanıp uygulanmamağı failin toplumsal statüsüne bağlı olabilmekte ve infaz sıradan vatandaşlar tarafından gerçekleştirilebilmekteydi.

büyük tepki ve nefret toplayan kişilere uygulanan cezalar daha ağır ve daha çok acı verecek olup, bu kişiler halkın gözünde, kamuya açık alanlarda infaz edilirdi.¹⁵

Roma döneminde ölüm cezasına tabi olan suçların listesi; vatandaş olmayanlar, yabancılar ve köleler için daha da kapsamlıydı. Örneğin, yabancılar, dolandırıcılık suçundan dolayı ölüm cezasına çarptırılırlarken, vatandaşlar aynı ceza ile cezalandırılmamaktaydı. Vatandaşlara ve özellikle de seçkinlere, genellikle vatandaş olmayan ve kölelere göre daha hafif cezalar verilmekteydi. (*Justinian Digest*). Ancak seçkinler bile vatana ihanet ve öldürme suçlarını işlemeleri halinde ölüm cezasına çarptırılmaktaydı. Hatta antik Roma'da en acımasız şekilde cezalandırılan suçlardan olan, vatana ihanet ve aile bireylerinden birinin öldürülmesiydi. Bu durum, Roma kültüründe devletin ve ailenin önceliğine olan inancında yatmaktadır. İnfaz yöntemi de vatandaşlar arasında farklılık göstermekte ve daha az aşırı olarak tanımlanabilse de ihanet vakalarında bir Romalı çarmıha gerilebilmekte, kırbaçlanarak öldürülebilme ve hatta diri diri yakılabilmekteyken, aile bireylerinden birini öldürme vakalarında ise aşağıda inceleyeceğimiz *poana cullei* (kötülük cezası) adı verilen özel bir tür ölüm cezası uygulanmaktaydı. Ölüm cezaları, *carnifex* olarak adlandırılan cellatlar tarafından yerine getirilmekteydi. Ölüm cezasının gerçekleştirildiği pek çok yöntemde infaz edilecek kişinin çıplak olması gerekirdi ve bu nedenle kadınların infazları herkesin gözü önünde gerçekleştirilmezdi.¹⁶

Roma'da ölüm cezası uygulamasının bir hayli fazla olduğuna yukarıda değinmiştik. Aynı zamanda infaz yöntemleri de çok çeşitliydi ve bu cezaya çarptırılan kişinin sosyal sınıfına göre de değişiklik göstermektedir. Örneğin, Munatius'un, Marsyas heykelindeki taçı alarak kendi başına yerleştirilmesi tanrılara hakaret olarak algılanmış ve hakkındaki yargılama sonucunda suçlu bulunarak ölüm cezasına çarptırılmıştır. Köklü ve varlıklı bir aileden geldiği için Munatius'a ölüm şeklini seçebilme olanağı tanınmıştır.¹⁷ Benzer şekilde, başarılı

¹⁵ Kamuoyu baskısının yanı sıra, batıl inançlar ve kehanetler de insancılığın (humanitas) göz ardı edilmesinde rol oynamaktaydı. Bkz. Türkoğlu, Roma Hukukunda Suç ve Ceza, s. 111, 113.

¹⁶ Türkoğlu, Roma Hukukunda Suç ve Ceza, s. 111-112.

¹⁷ Türkoğlu, Roma Hukukunda Suç ve Ceza, s. 124.

ve saygın bir subay olan Cornelius homoseksüellikten mahkum edildikten sonra af talep ederek teminatlar göstermiş ancak af talebi reddedilmiş, kendisine tanınan tek ayrıcalık ölüm şeklini seçmek olmuştur.¹⁸ Roma hukukunda belli başlı infaz yöntemlerinin arasında balta ile başın kesilmesi (*percussio securi*),¹⁹ Tarpea kayalıklarından atılmayla (*deiectio e rupi Tarpeia*)²⁰, canlı olarak yakılarak (*vivicombustio*),²¹ çuvala konularak (*poena cullei*), öldüresiye dövülerek (*arbor infelix*), çarımha germe (*crucifixion*), vahşi hayvanlara parçalatılarak (*damnatio ad bestias*) öldürme gibi yöntemler vardı. Roma hukukundaki infaz yöntemlerinin tümünü bu çalışma kapsamında ele almak mümkün değildir. Oniki Levha Kanunu, Roma hukuku hakkında fikir sahibi olmamızı sağlamaktadır. Örneğin, gece vakti başkasının arazisinde, hayvanlarını otlatırken yakalanan kişi, bu Kanun'a göre asılarak öldürülmeliydi (*suspensum*). Bazen, hapishanedeki mahkumun boğdurulması (*strangulatio*) veya nehre atılması (*proiectio in profluentem*) gibi yöntemlere de başvurulduğu bilinmektedir. Çok nadir de olsa karşılaşılan bir başka uygulama ise, 320 yılında imparator Constantine tarafından çıkarılan bir emirnamede yer alan, vesayeti altındaki küçüğün sevgilisi ile buluşmasına yardım eden vasinin, şeytani işlere yardım ve teşvik etmesinden dolayı, ağzı ve boğazı eritilmiş kurşun dökülerek kapatılma ile cezalandırılmasıdır. M.S. 217 yılında iki asker, ev sahiplerinin hizmetçisi ile birlikte olmalarından dolayı yargılanmış ve suçlu bulunarak henüz kesilen ve daha canlı olan iki öküzün içine başları dışarıda kalacak şekilde konma cezasına mahkum edilmiştir. Çalışmanın

¹⁸ Türkoğlu, Roma Hukukunda Suç ve Ceza, s. 124.

¹⁹ Bu infaz yöntemi, bilhassa Roma'nın ilk dönemlerinde ve özgür Roma vatandaşlarına uygulanan standart bir uygulamaydı. İnfaz, Campus Maritus'da Mars rahiplerinin önünde gerçekleştirildi. Baltanın, infazda kullanılan ilk araç olarak gelenekselleşmesinin altında dini sebepler bulunduğu bilinmektedir. İmparator Constantinus zamanında, asdam kaçırma suçunu işleyenlerin cezası da şekilde infaz edilmiştir. Türkoğlu, Roma Hukukunda Suç ve Ceza, s. 112-113.

²⁰ Özellikle hırsızlık yaparken suçüstü yakalananlar kayalıklardan atılarak öldürülmekteydi. Türkoğlu, Roma Hukukunda Suç ve Ceza, s. 113.

²¹ Bu cezanın özellikle, asker kaçaklarına, devlet sırlarını açıklayanlara ve efendilerinin hayatlarını tehlikeye atanlara uygulanırdı. Caligula döneminde uygulanan bu dehşet infaz yöntemi, Romalılar arasında çok popüler olan Antellanea fabulae olarak bilinen, terbiyesiz ve kaba şakalar içeren bir çeşit tiyatro oyununu yazan bir yazara uygulandığı bilinmektedir. Marcus Aurelius'u tahttan indirmek için suikast düzenleyen Ovidius da canlı olarak yakılma cezasına çarptırılmıştır. Türkoğlu, Roma Hukukunda Suç ve Ceza, s. 114, 119, 120.

izleyen bölümünde bu yöntemlerden çarmıha germe, çuvala konma ve vahşi hayvanların önüne atılmaya ilişkin üzerinde daha detaylı açıklama yapılacaktır.²²

1. Çarmıha Germe (*Death by Crucifixion*)

Çarmıha germe,²³ Roma İmparatorluğu'nda ve Pers İmparatorluğu gibi komşu Akdeniz kültürlerinde uygulanan, bir kişinin büyük bir tahta haç veya kazığa çivilendiği veya bağlandığı ve ölünceye kadar asılı bırakıldığı eski bir infaz yöntemidir.²⁴ Çarmıha germede ölüm, çok yavaş gerçekleştiğinden asılma, vahşi hayvanların önüne atılma, canlı yakılma gibi cezalardan çok daha acımasız bir cezaydı. Üstelik, duyulan bu acının yanı sıra, bu cezayı daha korkunç hale getiren uygulamalar ve aşağılamalar da söz konusuydu.²⁵ Bu uygulamanın temel amacı, suç işleyen kişileri ve muhalifleri öldürmek için korkunç bir tablo oluşturmak ve böylece kitleleri kanunları çiğnemekten caydırmaktı. Dolayısıyla çarmıha germe, çoğu zaman halka açık alanlarda, özellikle de birçok kişinin devletin korkutucu gücünü görmesini sağlamak için pek çok kişinin geçtiği Appian yolunun yakınında gerçekleştirilirdi.²⁶ Mahkum edilmiş bir kişinin çarmıhta ölmesi birkaç gün sürebilmekteydi.²⁷ Her çarmıha gerilme, uzun, acı verici ve aşağılayıcıydı. Pek

²² Detaylı bilgi için bkz. Paul Plass, *The Game of Death in Ancient Rome: Arena Sport an Political Suicide*, The University of Wisconsin Press, Wisconsin 1995; Türkoğlu, *Roma Hukukunda Suç ve Ceza*, s. 110-124.

²³ "Çarmıha germe" terimi, geç Latince *crucifixionem'*den (normative *crucifixio*) türetilmiştir.

²⁴ Çarmıha gerilerek öldürülme, en acımasız ve utanç verici ölüm şekillerinden biri olarak kabul edildiğinden antik çağlarda sıklıkla kullanılan bir yöntemdi. Örneğin, M.Ö. 6 Yüzyılda Pers İmparatorluğu'nda sistematik bir biçimde uygulanmaktadı. Bkz. Cilliers, Louise, "The History and Pathology of Crucifixion", *South African Medical Journal*, (2003), 93(12), 938-941, s. 938.

²⁵ Türkoğlu, *Roma Hukukunda Suç ve Ceza*, s. 116.

²⁶ Şüphesiz tarihteki en ünlü çarmıha gerilme, görünüşte Roma imparatorunun gücüne ve hegemonyasına meydan okuyan, "Yahudilerin Kralı" olduğunu iddia ettiği için Romalılar tarafından öldürülen Nasıralı İsa'dır. Bugün Roma Katolik Klisesi'nin en belirgin ve bilinen sembolü haçtır ve bu haç çarmıha gerilen İsa'yı temsil etmektedir (Protestan Hristiyanlar ise genellikle İsa'nın figürü olmayan bir haç kullanmayı tercih ederler).

²⁷ Çarmıha gerilme sonucu ölüm bazen birkaç saat kadar bazense dört güne kadar sürebilmekteydi uzun bir zamanda gerçekleşmekteydi. Aşırı kanama ve dehidrasyonun yanı sıra, en yaygın ölüm nedeni, çok faktörlü patolojiye bağ-

çok durumda ceset, leş kuşları tarafından temizlenmek üzere çarımıhta bırakılmakta ve böyle kişiye bir cenaze töreni yapılmasının dahi engellenmesi için vahşi hayvanlara yem olarak atılmaktaydı.²⁸

Çarımıha germinin son derece utanç verici bir ölüm metodu olarak görülmesi nedeniyle Romalılar, kendi vatandaşlarını, özellikle de yüksek zümredekileri, çarımıha germeme eğilimindeydi.²⁹ Bunun yerine köleler, gözden düşmüş askerler, yabancılar ve özellikle siyasi aktivistler sıklıkla bu cezaya çarptırılmaktaydı.³⁰ Mahkumlar, genellikle bir iç karışıklık döneminin ardından toplu olarak çarımıha gerilirdi. Örneğin, M.Ö. 73-71 yılları arasında Spartacus'ün önderlik ettiği köle isyanının ardından yaklaşık altı bin takipçisi Roma şehri ile Capua yolu boyunca çarımıha gerildi. M.S. 70 yılında, Kudüs yerle bir edildiğinde muhaliflerin, Romalı yetkililerin isyankar eylemlerine tolerans göstermeyeceğini anlamalarını sağlamak için daha fazla toplu çarımıha gerilme uygulandığı bilinmektedir.³¹ Romalılar çarımıha germeyi M.S. 4. Yüzyılda I. Konstantin tarafından kaldırılıncaya kadar 500 yıl boyunca uygulamışlardır.

lydı. Buna, hipovolemik, kalp durması ve solunum hareketinin bozulmasından kaynaklanan ilerleyici asfiksi de dahildir. Romalı muhafızlar, mahkûm ölene kadar infaz yerini terk edemedikleri için bazen demir bir sobayla bacıklarını kırarak mahkûmun sonunu hızlandırıyorlardı. Kimi zaman ise daha da ileri gidilerek mahkûmun, vücudunun örneğin dil gibi bir kısmı kesiliyor veya kör ediliyordu. Bunun tam aksi ise mahkûmun ölmesinin daha acılı ve uzun sürmesi istendiğinde ellerinin çarımıha çivilenmek yerine bağlanmasıydı. Bkz. Türkoğlu, Roma Hukukunda Suç ve Ceza, s. 116; Barry Damian Smith, *The Trauma of the Cross: How the Followers of the Jesus Came to Understand the Crucifixion*, Paulist Press, 1999, s. 14.

²⁸ Nitekim, bulunan ilk çarımıha gerilme örnekleri bugünün İran sınırları içindedir. İnanışa göre dünya toprakları kutsaldır ve bu yüzden kötü şöhretli, adi bir suçlunun gömülmesi toprağa saygısızlıktır. Bu nedenle de cesedin kalıntılarının kuşlar ve köpekler tarafından yok edilmesi en doğrusudur. Bkz Smith, *The Trauma of the Cross: How the Followers of the Jesus Came to Understand the Crucifixion*, s. 15; Türkoğlu, Roma Hukukunda Suç ve Ceza, s. 117.

²⁹ Laura Geggel, "Jesus Wasn't the Only Man to be Curcified. Here is the History Behind this Brutal Practice", (2019), <https://www.livescience.com/65283-crucifixion-history.html>, ET. 10.3.2024

³⁰ Geggel, *Jesus Wasn't the Only Man to be Curcified*.

³¹ Geggel, *Jesus Wasn't the Only Man to be Curcified*.

2. Hayvanlarla Birlikte Bir Çuvalın İçinde Suya Atılma (*Poena Cullei*)

Roma'da ölüm cezasının yaygın bir uygulama olduğunu yukarıda belirtmiştik. Öyle ki, bazı suç tiplerine özgü özel infaz yöntemleri dahi bulunmaktaydı. Nitekim *poena cullei*, bunlardan biridir ve kendi aile bireylerinden birini öldüren bir kişiye (*parricidium*) uygulanan infaz yöntemi idi.³² Roma'da aile, toplumun en temel hücresi olarak görülmekteydi. Aile, aynı zamanda evlat edinenleri ve hatta hizmetkarları da kapsayan geniş bir kurumdu ve *patria potestas*'ı kendisine bağımlı olan herkesin hayatlarını elden çıkarmasına izin veren *paten familia*'nın mutlak otoritesi altındaydı. Onu öldürmenin, kişisel olduğu kadar toplumsal alanda da bir vahşet eylemi olduğuna ve devletin buna göre hareket etmesi gerektiğine inanılmaktaydı. Dolayısıyla, *parricidium*'dan mahkum edilenlere son derece acımasız olan bu infaz yöntemi uygulanmaktaydı.³³

Bu infaz yöntemide mahkum edilen failin yüzü kurt derisiyle kaplanarak; havayı ve toprağı kirletmesini önlemek için ayağına sandaletler giydirilerek kendisi için dikilen çuvalın hazırlanmasını beklemek üzere tutsak olarak bekletilir, çuval hazır olduğunda ise mahkumla birlikte içerisine köpek, maymun, yılan, horoz konularak suya atılır-

³² Max Radin, "The Lex Pompei and the Poena Cullei", *The Journal of Roman Studies*, (1920), S. 10, 119-130, s. 120; Türkoğlu, Roma Hukukunda Suç ve Ceza, s. 115.

³³ Bu cezanın uygulama sıklığı ve yöntemi dönemden döneme farklılıklar göstermiştir. Tam olarak belgelenen en eski vaka M.Ö. 100 yılı civarında olmakla, bilim insanları cezanın ortaya çıkışının bu tarihten yaklaşık 100 yıl önceye dayandığını düşünmektedir. Çuvallara canlı hayvanların dahil edilmesine dair ilk belgeler ise, erken imparatorluk dönemine aittir ve bu belgelerde yalnızca yılanlardan bahsedilmekteydi. M.S. 2. Yüzyıl'da, imparator Hadrianus döneminde ise *poena cullei*'nin en bilinen türü olan, çuvalın içine horoz, köpek, maymun ve engerek yılanının yerleştirildiği uygulamaya rastlanmaktadır. Hadrianus döneminde bu ceza, ebeveynlerini öldürenlere karşı uygulanabilecek özel bir infaz türü haline getirilmiştir. Bu suçu işleyenler için öngörülen bir diğer infaz yöntemi ise, arenada yırtıcı hayvanların önüne atılmalarıydı. Daha sonraları, M.S. 3. Yüzyılda imparator Konstantin'in tahta çıkışına kadar *poena cullei*'nin kullanım dışı kaldığı belirtilmektedir. 200 yılı aşkın bir süre sonra, imparator Justinianus bu infaz yöntemini dört hayvanın da çuvala konulmasıyla tekrar uygulamaya koydu ve sonraki 400 yıl boyunca Bizans hukukunda ebeveynlerini öldürenler için yasal ceza olarak kalmıştır. Daha sonra bu cezanın yerini, mahkûmun diri diri yakılması almıştır. Radin, *The Lex Pompei and the Poena Cullei*, s. 119-123.

di.³⁴ Daha sonra bu çuval, bir siyah öküzün ya da atın ayağına bağlanarak denize sürüklenirdi.³⁵

Mahkumla birlikte çuvala konulan hayvanların her biri antik Roma'da bir semboldü. Romalılara göre bu hayvanlar bir aradayken varoluşun en kötü yönlerini temsil ederlerdi. Örneğin, hem korkulduğu hem de aşağılandığı için genellikle çuvalın içine konulacak yılan olarak engerek yılanı seçilirdi; çünkü Romalılar, engereklerin doğum sırasında annelerini öldürdüklerine inanırlardı.³⁶ Bu inanıştan dolayı da kendi ebeveynlerinden birini öldüren fail ile engerek yılanı arasında güçlü bir bağlantı vardı. Çuvala konulan bir diğer hayvan ise köpekti ve antik Roma'da köpekler bugünkü gibi şefkatle yaklaşılmazdı. Köpekler genellikle, en aşağısını temsil eden pis ve küçümsenen hayvanlar olarak görülmekteydi. Hatta öyle ki bir Roma vatandaşına edilebilecek en kötü hakaretlerden biri onu bir köpek ile kıyaslamaktı.³⁷ Çuvalın içine konulan üçüncü hayvan maymundu ve maymunlar Romalılar tarafından insanın daha aşağı seviyedeki bir versiyonu olarak görülmekteydi.³⁸ Romalılar, kendi aile bireylerinden birini öldüren bir failin insan dışı bir varlık olduğunu düşündüğünden bu hayvan da bu suçu işleyen kişilerle ilişkilendiriliyordu. Çuvalın içine konulan son hayvan ise genç bir horozdu. Günümüzde tarihçiler, bu hayvanın antik Roma'da neyi simgelediğini ve anlamını tartışmaya devam etmektedir ancak; genel olarak Romalıların horozların hiçbir ailevi bağa sahip olmadığına inandığından dolayı bu hayvanın seçildiği tahmin edilmektedir.³⁹ Bu nedenle horoz, kendi aile bireylerini isteyerek öldüren bireyin zihniyetini yansıtan bir semboldü.

³⁴ Cicero bu uygulama hakkında şöyle yazmıştır: "Bu nedenle baba katillerinin canlıyken bir çuvala dikilip nehre atılmasını şart koştular. Ne olağanüstü bir bilgelik gösterdiler beyler! Baba katilini tüm doğa aleminden ayırmış, onu bir hamlede gökyüzünden, güneşten, sudan ve topraktan mahrum bırakmış ve böylece ona hayat veren adamı öldürenin kendisinin de cezalandırılmasını sağlamış gibi görünmüyorlar mı? Bu adamlar, kemiklerine toprak değmeden ölürler, hiç temizlenmeden dalgalarla savrulup giderler ve sonunda onlara, kayalıkların üzerinde bile, ölüme dinlenme yeri tanınmadan kıyıya atılırlar..." Facts and Details, Punishments in Ancient Rome, <https://factsanddetails.com/world/cat56/sub408/entry-6360.html#chapter-9>, ET. 20.10.2023.

³⁵ Türkoğlu, Roma Hukukunda Suç ve Ceza, s. 115.

³⁶ Radin, The Lex Pompei and the Poena Cullei, s. 124.

³⁷ Radin, The Lex Pompei and the Poena Cullei, s. 124.

³⁸ Radin, The Lex Pompei and the Poena Cullei, s. 124.

³⁹ Radin, The Lex Pompei and the Poena Cullei, s. 124.

3. Vahşi Hayvanlar Tarafından Parçalanarak Öldürme (*Damnatio ad Bestias*)

Damnatio ad bestias, mahkum edilen kişinin arenada vahşi hayvanlar tarafından öldürüldüğü bir diğer Roma hukuku infaz yöntemi idi.⁴⁰ Bu şekilde infaz edilenler ya bir yere bağlanarak tamamen savunmasız olarak ya da tahtadan bir silahla hayvanların önüne çıkarılmaktaydı. Antik Roma'ya ilk olarak M.Ö. 2. Yüzyılda gelen bu infaz şekli, *Bestiarii*⁴¹ adı verilen bir tür kanlı spor dalı olarak görülmekte ve Roma'nın alt sınıfları için eğlence olarak kabul edilmekteydi. Hatta bazen izleyenlerin daha çok heyecanlanıp eğlenmesi için mahkum aslanla dövüşmek zorunda bırakılırdı.⁴² Cinayet işleyenler, eşkiyalık ve hırsızlık yapanlar bu cezaya çarptırılırdı.⁴³ M.S. 80 yılında Colosseum'un açılış oyunlarının bir kısmını aslan gibi vahşi hayvanlar tarafından öldürülmek oluşturmuyordu. M.S. 1. ve 3. Yüzyıllar'da ise, bu infaz yöntemi en kötü olarak nitelendirilen suçlulara, kaçak kölelere ve Hristiyanlara da uygulanmıştır.⁴⁴

Bu infaz yönteminde kullanılan hayvanlar arasında aslanlar, ayılar ve öfkeli boğalar sayılabilir. Hatta mahkumlar bazen bir atın kuyruğuna bağlanmak suretiyle sürüklenerek öldürülmekteydi. Aslanlar

⁴⁰ Spectacles in the Roman World, *Damnatio ad Bestias*, <https://pressbooks.bccampus.ca/spectaclesintheromanworldsourcebook/chapter/damnatio-ad-bestias/> (E.T. 10.3.2024); Türkoğlu, Roma Hukukunda Suç ve Ceza, s. 114.

⁴¹ *Damnatio ad bestias* terimi genellikle geniş anlamda kullanılsa da tarihçiler bu uygulamayı iki çeşide ayırmaktadır: İlki, hayvanların önüne bırakılan insanların tamamen savunmasız olduğu, objicere bestis olarak bilinen türü, ikincisi ise, arenaya çıkarılan kişinin hayvanla savaşmak için eğitilmiş olduğu türüdür.

⁴² Türkoğlu, Roma Hukukunda Suç ve Ceza, s. 114.

⁴³ Türkoğlu, Roma Hukukunda Suç ve Ceza, s. 114.

⁴⁴ Esasen erken dönemde uygulanan *damnatio ad bestias*'ın amacı kesin olarak bilinmemektedir. Özellikle aslanların doğal yaşam yerleri olan Afrika ve Asya'nın bazı yerleri gibi bölgelerde bu uygulamanın bir infaz biçimi yerine dini bir ritüel olarak kullanıldığı düşünülmektedir. Uygulamanın bir infaz biçimi olarak Büyük İskender'in seferlerinin tarihçileri tarafından bahsedildiği görülmektedir. Örneğin Orta Asya'da İskender'in huzurunda ölüme mahkûm edilen bir kişi adına konuşan Lysimachus isimli bir Makedon'un kendisinin de bir aslanın önüne atılarak cezalandırılmasına karar verilir ancak rivayete göre Lysimachus, aslanı çıplak elleriyle yenerek İskender'in gözdelelerinden biri olur. Öte yandan paralı asker savaşı sırasında Kartacalı General Hamilcar Barca, esirleri vahşi hayvanların önüne atarken, Hannibal ise Pön savaşlarında ele geçirilen Romalıları birbirleriyle savaşmaya zorlamış ve hayatta kalanları fillerle dövüştürmüştür.

Roma'ya bu infaz yöntemini uygulayabilmek için özellikle getiriliyordu. Keza ayılar ise Gaul, Almanya ve hatta Kuzey Afrika'dan getirilmekteydi. Bu infaz biçimi de yukarıda ele aldıklarımız gibi halka açık olarak gerçekleştirilmekteydi ve halk çoğu zaman büyük alkışlar ve tezahüratlarla izlemekteydi.⁴⁵ Romalı yetkililer için mahkumlar, hayvanlardan daha değerli olarak görülmüyordu. Bu infaz biçiminin bir amacı ise suç işleyen kişilerin, kendi kendilerini nasıl canavar haline getirdiklerini göstermekti. Tüm bunlardan dolayı Romalı yetkililer, bu acı kaderi kesinlikle hak ettiklerini ve hiçbir sempatiyi hak etmediklerini düşünmekteydiler. Hatta Roma evlerinin duvarlarında mahkumların arenada hayvanlar tarafından öldürülüşünü tasvir eden sanat eserleri dahi bulunmaktadır.⁴⁶

Yukarıda değindiğimiz üzere Hristiyanlara karşı *damnatio ad bestias* M.S. 1. Yüzyıl'da uygulanmaya başlamıştır.⁴⁷ Nero döneminde (64 yılındaki Roma yangınından sonra) Hristiyanların tunica molasta adı verilen hayvan derilerine sarılarak köpeklerin önüne atıldığı bilinmektedir⁴⁸. Bu uygulama daha sonra arenaya taşınarak daha büyük hayvanlar kullanılarak yapılmaya başlandı. *Damnatio ad bestias* Hristiyanlara yönelik uygulanarak onların genellikle bu yöntemle cezalandırılan en kötü suçlularla eşitlemeyi amaçlıyordu.

B. Osmanlı İmparatorluğu Döneminde

Osmanlı hukukunda ölüm cezası verilen suçlar iki gruba ayrılarak incelenmektedir. Bunlardan ilki, kaynağı Müslümanlığın kutsal kitabı olan Kuran olan Şeri hukuka göre teşkil edenler; ikincisi ise, örfi hukuka göre suç teşkil eden eylemlerdir.⁴⁹ Osmanlı'da bazı suçların

⁴⁵ Spectacles of the Roman World, *Damnatio Ad Bestias*.

⁴⁶ Spectacles of the Roman World, *Damnatio Ad Bestias*.

⁴⁷ Hristiyanlığı benimseyenler Roma'da görülen kuraklık, kıtlık, sel, deprem ve salgın hastalık gibi türlü olumsuzluktan ve felaketten sorumlu tutularak bu cezaya çarptırılmışlardır. Türkoğlu, *Roma Hukukunda Suç ve Ceza*, s. 113-115. Ne var ki, çağdaş uzmanlar arasında arenada bu yöntemle ölüme mahkûm edilenler arasında Hristiyanların öne çıkmasının eski zamanlarda fazlasıyla abartıldığı yönünde yaygın bir görüş de vardır.

⁴⁸ Facts and Details, *Punishments in Ancient Rome*.

⁴⁹ Ece Yüksel, "Osmanlı Cellatları", *Yeditepe Üniversitesi Tarih Bölümü Araştırma Dergisi*, S. 1, C. 1, (2017), 78-84, s. 79; Tekin İdem, "Cumhuriyet Döneminde Kadın Mahkumlara Verilen İdam Cezaları", *Manas Sosyal Araştırmalar Dergisi*, S. 2, C. 11, (2022), 727-743, s. 730.

cezası hemen her dönem çıkarılan Kanunnamelerle düzenlenerek kısmen de olsa keyfiliğin önlenmesi hedeflenmişse de padişahın ve diğer yüksek mevkilerdeki kişilerin hiçbir sınırlama olmadan keyfiyetle ölüm cezasına hükmettiği bilinen pek çok örnek vardır.⁵⁰ Ölüm cezasına hükmetme yetkisi ise, padişahın yanı sıra, vezir-i azama, kaptan-ı deryaya, kaymakam-ı Rihab-ı Humanyun'a sefer halindeki görevli vezirlerine verilmiştir.⁵¹

Osmanlı döneminde ölüm cezasına çarptırılan pek çok suç vardı. Bunlar genellikle, devlet yetkililerini öldürmek, padişahın hayatına karşı suikast düzenlemek, padişahın hayatını tehlikeye atmak, eşkiyalık ve yol kesicilik yapmak, kalpazanlık, casusluk, bir başkasının kadınına zorla kaçırmak, zina, hırsızlık, öldürme ve yaralama gibi eylemlerdi.⁵² Osmanlı'da bazı suçların neticesinde ölüm cezası sadece gayrimüslimlere verildiği de bilinmektedir. Bu uygulama, Roma'da ölüm cezasının sosyal sınıflara göre değişkenlik göstermesine benzerdir. Bu tür eyleme örnek olarak, sarayın önünde türkü söylemek, karaborsacılık yapmak, belirlenen fiyatın üstünde mal satmak gösteri-

⁵⁰ Yüksel, *Osmanlı Cellatları*, s. 79.

⁵¹ Yüksel, *Osmanlı Cellatları*, s. 79.

⁵² Mehmet Koç, "Osmanlı'da Ölüm Cezası Verilen Zina, Hırsızlık, Öldürme ve Yaralama Suçları", *İslam Hukuku Araştırmaları Dergisi*, S. 33, (2019), 261-287. Yüksel, *Osmanlı Cellatları*, s. 79; İmran Tekeli, "Yabancı Seyyahların Gözüyle Osmanlı Toplumunda Suç ve Ceza", *Osmanlı Mirası Araştırmaları Dergisi*, S. 8, C. 4, (2017), 183-202. Elbette ölüm cezasına çarptırılan suçlar imparatorluğun her döneminde bunlarda sınırlı değildi. Örneğin, Osmanlı hukuka göre, rüşvet suçlarına verilen ceza tamir cezası olmasına rağmen, kadıların bu konudaki takdir yetkisinden dolayı bu suçu işleyen kişiye sopa veya sürgün cezası verilebileceği gibi devletin geleceğini tehlikeye düşürdüğü için ölüm cezası ölüm cezası dahi verilebilmekteydi. Örneğin, Anadolu'nun sahil kesimlerinde yetişen bazıları birçok hile ve rüşvetle yabancı gemilere satılması olayı İstanbul halkını rahatsız etmiş ve rüşvet yoluyla bu tahılları satan kişiler tespit edilerek idam edilmiştir. Osmanlı'da çok uzun yıllar uygulanan ve kardeş katli olarak bilinen, nizam-ı alem için kardeş katli, padişahın saltanatının tehlikeye girmemesi için diğer kardeşlerini öldürtmesi ise bir başka örnektir. Eksik gramajlı ekmek satan fırıncılar, fuhuş yapmak, müslüman olmayanların camiye izinsiz girmesi de dönem dönem ölüm cezasına çarptırılmıştır. Bkz. Neslihan Fulin, "Osmanlı'da Rüşvet ve Cezası", *Akademik Tarih ve Araştırmalar Dergisi*, S. 1, C. 1, (2019), 26-35, s. 32; Yüksel, *Osmanlı Cellatları*, s. 79. Ayrıca Osmanlı'da hırsızlık suçu ve cezası hakkında detaylı bilgi için bkz. Yasemin Baba, "Klasik Dönem Osmanlı Hukukunda Hırsızlık Suçunun Hüküm ve Sonuçları", *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, S. 1, C. LXXI, (2013), 79-106.

lebilir.⁵³ Bunlar yanında Osmanlı'da ölüm cezası verilen birtakım sıra dışı suçlar da vardı. Bunlardan başlıcası, yangın çıkarmaktı. Yangın çıkarmak Osmanlı'da büyük bir cürümdü. Bunun nedeni, evlerin ahşaptan yapılıyor olması nedeniyle yangın meselesinin ciddiye alınması gerekliliğindendi. Öte yandan, kalpazanlık suçu da Osmanlı'da tolere edilmeyen suçlardandı. Kalpazanların ölüm cezasına çarptırılmasına ilişkin emredici hüküm bizzat Fatih Sultan Mehmet'in kanunnamelelerinde bulunmaktaydı.⁵⁴ Osmanlı'da ölüm cezasına çarptırılan bir başka cürüm ise tütün ve içki içmektir. Dördüncü Murad döneminde bu kişilere siyaseten katl cezası verilmesinin başka dönemlerde örneği yok denecek kadar az olduğu bilinmektedir.⁵⁵ Çölde susuzluk çekileceğinin söylenti olarak yayılması ve geceleyin fenersiz dolaşmak da dönem dönem ölüm cezasına çarptırılmıştır.⁵⁶

Osmanlı'da ölüm cezaları genellikle iple boğarak (*salb*) gerçekleşmekteydi.⁵⁷ Bunun yanında daha nadir kullanılan yöntemler olan kafa kesme⁵⁸, denize atma, genellikle müslüman öldüren gayrimüslimlere

⁵³ Yüksel, Osmanlı Cellatları, s. 79.

⁵⁴ "Ve mezkûr kulum her kimde gümüş sezer ise, araya, bulunduğundan sonra baturmayub alub darbhâneme göndere ve dahi teftiş ede. Her kanda kalbazan bulunursa, ol yerün kadısı ve subaşısı katına iledüp anlar dahi teftiş edüb göreler. Şer' ile kalbazanlığı sâbit olursa hükm edeler, mezkûr kulum boğazından asub rızkını beğlik ede, kimesne mâni olmaya." Bkz. Independent Türkçe, Kadim Mısır'dan Osmanlı'ya İdam Cezasının Kısa Tarihi, (2021), <https://www.indyturk.com/node/438911/haber/kadim-m%C4%B1s%C4%B1rdan-osmanl%C4%B1ya-idam-cezas%C4%B1n%C4%B1n-k%C4%B1sa-tarihi>, (E.T. 13. 4. 2024).

⁵⁵ Independent Türkçe, Kadim Mısır'dan Osmanlı'ya İdam Cezası.

⁵⁶ Yüksel, Osmanlı Cellatları, s. 79.

⁵⁷ Kirişle boğma cezasının ise sadece soylu kişilere uygulandığı bilinmektedir. Osmanlı soyluları ve eski Bizans soyluları yalnızca bu yöntemle infaz edilirdi. Schweigger, eski Bizans hanedanından soylu bir Rum'un infazını şöyle anlatır: "Deniz gümrüklerini toplayan bu kişi aynı zamanda saraya kırk ve değerli asarlık malzeme de temin etmekteydi. Eflak ve Moldovya'da çıkan bir isyandan sorumlu tutulmuştur. İnfazdan sonra ölenin bütün taşınır ve taşınmaz mallarını Kılıç Ali Paşa açık artırma ile satmıştır. Bu adamın 1578'de boğdurulması, hamisi olan veziriazama gözdağı verme isteği olarak değerlendirilmiştir" Bkz. Tekeli, Yabancı Seyyahların Gözüyle Osmanlı Toplumunda Suç ve Ceza, s. 191.

⁵⁸ Seyahatnamelerde, kendisine verilen görevi layığıyla yerine getirmeyen paşaların ve diğer üst düzey devlet yetkililerinin, açıklanmaması gereken devlet sırlarını ifşa edenlerin, hapisanelerden mahkumlarını kaçısını engellemeyen görevlilerin ve kimi zaman da mürtetlerin kafasının kesilerek infaz edildiğini belirtilir. Tavernier seyahatnamesinde, İran seferinde padişah IV. Murad'ın Kandiye Savaşı için

uygulanan son derece acı verici bir yöntem olan vücudu çengellere geçirmek, yine çok nadir uygulanmış ve genellikle eşkiyalık cürümüne istinaden uç bölgelerde kullanılan kazığa oturtma⁵⁹ gibi yöntemlerin de kullanıldığı da seyahatnamelerde geçmektedir.⁶⁰ Bunlar yanında imparatorluğun son dönemlerinde kurşuna dizme yöntemi de kullanılmıştır. Osmanlıların ender uyguladıkları ve az sayıda kaynağa yansıyan diğer infaz biçimleri, kuyuya ve denize atma, çuvala koyarak asma, vahşi hayvanlara atma ve topa koyarak uçurma idi.⁶¹ Osmanlı'daki infaz yöntemlerinin Roma'dakilerle benzerlik gösterdiği görülmektedir.

Seyyahlar, Türklere verilen cezaların müslüman olmayanlara verilenlerden daha ağır olduğunu belirtmişlerdir. Örneğin, hırsızlık yapanlara genellikle idam cezası verilmekteydi. Yine hırsızlık suçunun karşılığında, Türklerin, kendi milletlerinin onurunu kurtarmak için zindanda

talep ettiği 12 bin askeri geç gönderen paşanın başını kestirttiğini yazmıştır. Bkz. Tekeli, *Yabancı Seyyahların Gözüyle Osmanlı Toplumunda Suç ve Ceza*, s. 189.

⁵⁹ Kazığa oturtma cezası, casusluk yapanlara, vatana ihanet edenlere, halka işkence edenlere ve erkek çocuklarına işkence edip tecavüz edenlere verilir. Gerlach seyahatnamesine şöyle yazmıştır: “Bir soyguncu çetesine mensup iki Rum, İstanbul yakınlarında insanlara saldırdıkları ve soyduktan sonra acımasızca öldürdükleri için bugün idama mahkûm edildiler. Çete on yedi kişiden ibaretmiş. Cellat idamda kullanılacak olan kazıkların uçlarını Hristiyanlara yağlatmış ve saraydan Edirnekapı dışına kadar taşıtmış. Kent kapısının dışına çıktıklarında, önlerine çıkan Hristiyanlara mahkûmların gömüleceği çukurları kazdırmış, diğerlerini de mahkûmları kazığa geçirmekte yardımcı olmakla görevlendirmiş... Kazığa geçirilecek olan mahkûmun ayaklarına ipler bağlamışlar, sonra kazığı makatına saptamışlar ve kazık zavallı mahkûmun tüm vücudundan geçip yukarı çıkana kadar Hristiyanlara ipleri çekirmişler”. Bkz. Tekeli, *Yabancı Seyyahların Gözüyle Osmanlı Toplumunda Suç ve Ceza*, s. 191.

⁶⁰ Örneğin, Tournefort, Venediklilere sığınan yağmacı Rumların yakalandıklarında kazığa oturtulduklarını ya da çengele asıldıklarını belirtmektedir. Bir başka örnek ise, Müslüman bir kadınla zina yapan ve uyarılara rağmen Müslüman olmayı reddederken zina yapmaya devam eden gayrimüslimlere, çengel cezasının verilmesidir. Stephen Gerlach ise 1578’de Müslümanlıktan dönen birinin kancaya asıldığını söylemektedir. Bkz. Tekeli, *Yabancı Seyyahların Gözüyle Osmanlı Toplumunda Suç ve Ceza*, s. 185-186.

⁶¹ Tarihi kaynaklara göre, kuyuya atma, sahtekarlığı afişe olan mültezimlere ve maddede çalışan diğer görevlilere uygulanan bir yöntemdi. Denize atma ve çuvala koyup asmanın ise özellikle fuhuş yapan kadınlara uygulanmaktaydı. Bir imamın kızını taciz eden eski bir yeniçerinin ise topla havaya uçurulduğu tarihi kaynaklara geçmiştir. Bkz. Erdoğan, *Suç ve Ceza: Osmanlı Toplumunda Bireysel Suçlar ve Cezalar*, s. 369; Tekeli, *Yabancı Seyyahların Gözüyle Osmanlı Toplumunda Suç ve Ceza*, s. 196.

boğdurulup taş doldurulmuş bir çuvala konularak denize atıldığı seyahatnamelerde geçmektedir. Buna karşılık bu suçu işleyen rumlara sopa cezası uygulanır ya da ilk ağaca asıldıkları bilinmektedir.⁶²

İslam hukukuna göre zina suçu failin taşlanarak öldürülmesini (recm) gerektirir. Zina suçunu diğer suçlardan ayıran en önemli özellik, suçun ispatında aranan özel şartların olmasıdır. Suçun ispatı, ikrar ve dört şahitle olur. Zina suçu sabit, failer muhsan ise recm cezası uygulanır. Osmanlı'da zina suçuna, suçlunun mensup olduğu dine göre farklı cezalar verilmiştir.⁶³

Osmanlı'da recm cezasına ilişkin bir fetva örneği şöyledir: *"Bir tairfe karye karye gezip avretlerine ve kızlarına ve cariyelerine zina ettirmeyi adet edinseler şer'an ne lazım gelir? el-Cevap: Cumhuru ile fevkalhadd darp-ı se-dirden sonra salahları sahir oluncaya dek zindandan çıkarılmayıp zinası sabit olan avretler cemian recm olunmak lazımdır"*.⁶⁴ Dolayısıyla, Osmanlı'da unsurları oluşan zina suçuna recm cezasının uygulanacağı söylenebilir. Ne var ki, recm Osmanlı'da ender görülen bir infaz yöntemi idi. En bilindik recm hadisesi, 1680 yılında Yahudi bir erkekle zina halindeyken bulunan bir kadının Rumeli Kazaskeri'nin fetvasıyla recm edilmesidir.⁶⁵ Balıkesir ve Bursa kayıtlarında da recm cezasına hükmedildiğine ilişkin örnekler bulunsa da bu cezaların uygulanıp uygulanmadığı net değildir.⁶⁶ Zina suçunun unsurlarının ispatlanamadığı durumlarda

⁶² Tekeli, *Yabancı Seyyahların Gözüyle Osmanlı Toplumunda Suç ve Ceza*, s. 185.

⁶³ Tekeli, *Yabancı Seyyahların Gözüyle Osmanlı Toplumunda Suç ve Ceza*, s. 196.

⁶⁴ Detaylı bilgi için bkz. Koç, *Osmanlı'da Ölüm Cezası Verilen Zina, Hırsızlık, Öldürme ve Yaralama Suçları*, s. 272-275; Ahmet Erdoğan, *Suç ve Ceza: Osmanlı Toplumunda Bireysel Suçlar ve Cezalar (1559-1609)*, Yayınlanmamış Doktora Tezi, (2019), s. 107-108, s. 165-166.

⁶⁵ Koç, *Osmanlı'da Ölüm Cezası Verilen Zina, Hırsızlık, Öldürme ve Yaralama Suçları*, s. 272-275.

⁶⁶ Koç, *Osmanlı'da Ölüm Cezası Verilen Zina, Hırsızlık, Öldürme ve Yaralama Suçları*, s. 272-275. 16. Yüzyıl'da İstanbul'a gelen Fresne Canaye seyahatnamesinde İslam dini üzerinde uzmanlaşarak saygınlık kazanmış bir din adamının, uzun yıllar önce Sırbistan ve Bosna'ya giderek Hristiyanlığı yaymaya çalıştığı, vaazlar vererek çok sayıda taraftar topladığı ve hatta Yeniçeriler arasında oldukça popüler birinden bahsetmektedir. Sefer sırasında Mehmed paşanın bu din adamını yanına çağırarak görüşlerini dinlediği ve hiddetlenerek ertesi gün At Meydanı'nda recmedilmesini emrettiğini ancak din adamının yandaşlarının durumdan haber alıp isyan çıkarabilecekleri bilgisi yayılınca, ertesi gün beklenmeden hapisshanede adamın kafasının kesildiği kayıtlara geçmiştir. Bkz. Tekeli, *Yabancı Seyyahların Gözüyle Osmanlı Toplumunda Suç ve Ceza*, s. 190.

ise recm cezası uygulanmamış, ancak bu durumlarda bazen siyaseten katl uygulanmıştır. Örneğin, 1573 tarihli bir kayıтта, yahudi bir erkekle zina yapan evli bir müslüman kadın, ibret olması için denize atılmış, yahudi erkek ise çengele vurularak idam edilmiştir.⁶⁷

İlk kez hırsızlık suçu işleyenler için “hırsızlık eden erkek ve kadının, yaptıklarına karşılık bir ceza ve Allah’ tan bir ibret olmak üzere ellerini kesin” ayetini benimsenmişti.⁶⁸ Suçun tekrür etmesi halinde ise ölüm cezasının da uygulandığı bilinmektedir. Nitekim, 16. ve 17. Yüzyıl Osmanlı şeyhülislamlarının fetvalarında tekrür eden hırsızlık suçlarında siyaseten katl cezasının uygulanacağı ifade edilmiştir.⁶⁹

C. Giyotin

Giyotin, baş kesme yoluyla ölüm cezası vermek için kullanılan bir alettir. Alet, çapraz bir kirişle taçlandırılmış ve eğik kenarlı bir bıçağı yönlendirecek şekilde oluklanmış iki dik direktten oluşur; bıçağın arkası, yere serilmiş bir kurbanın boynuna kuvvetlice düşmesini ve boynunu kesmesini sağlayacak şekilde ağırlaştırılmıştır.⁷⁰

Giyotine benzer infaz araçları Fransız Devrim’inden çok önce kullanılmaktaydı. Örneğin, *Planke* adı verilen bir kafa kesme cihazı, Orta Çağ’da Almanya ve Belçika’nın Flanders bölgesinde, İngiltere’de ise *Halifax Gibbet* olarak bilinen ve kullanımı antik çağlara kadar uzanan

⁶⁷ Tekeli, *Yabancı Seyyahların Gözüyle Osmanlı Toplumunda Suç ve Ceza*, s. 195. Osmanlı’da zina suçu ve cezası hakkında detaylı bilgi için bkz. Cihan Osmanağaoğlu, “Klasik Dönem Osmanlı Hukukunda Zina Suçu ve Cezası”, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, S. 1, C. LXVI, (2008), 109-178.

⁶⁸ Koç, *Osmanlı’da Ölüm Cezası Verilen Zina, Hırsızlık, Öldürme ve Yaralama Suçları*, s. 272-275.

⁶⁹ Koç, *Osmanlı’da Ölüm Cezası Verilen Zina, Hırsızlık, Öldürme ve Yaralama Suçları*, s. 270. Ayrıca hırsızlık suçuna ilişkin bir başka kaynakta şu bilgiye rastlanmıştır: “Hırsızlık suçunun ekseriyetle idam gibi ağır bir ceza ile cezalandırılması uygulaması Eski Türk hukukunda da yer almaktaydı. İslamiyet öncesi Türk Devletleri’nde hırsıza dayak cezası ile idam cezası arasında ağırlığı değişen cezalar verilebilmekteydi Türklerin İslam inancını benimsemelerinden sonra kurulan Türk Devletleri’nde ise bu suçun, örfi hukuka bağlı olarak, idam cezası ile cezalandırıldığı görülmektedir. Hırsızlara verilen idam cezaları genellikle kılıçla ikiye bölme şeklinde uygulanmaktaydı”. Bkz. Erdoğan, *Suç ve Ceza: Osmanlı Toplumunda Bireysel Suçlar ve Cezalar*, s. 107-108.

⁷⁰ Britannica, “Guillotine Execution Device”, <https://www.britannica.com/topic/guillotine>. (E.T. 8. 9. 2024).

kafa kesen bir baltası vardı.⁷¹ Fransız giyotininin ise yine benzer iki makineden esinlendiği tahmin edilmektedir. Bunlar, İtalya'da Rönesans döneminde kullanılan *Mannaia* ve 16. ve 18. Yüzyıllar arasında yaklaşık 120 bin kişinin infazında kullanılan *Scottish Maiden*'dir.⁷² Giyotin, en fazla Fransız Devrimi ile ilişkilendirilse de Nazi Almanya'sında da bir infaz yöntemi olarak kullanılmış olup, 1933-1945 yılları arasında çoğu siyasi muhalif olan yaklaşık 16.500 kişi bu şekilde infaz edilmiştir.⁷³ Fransız giyotininin kökleri, Dr. Joseph-Ignace Guillotin'in Fransız hükümetinin daha "nazik" bir infaz yöntemi benimsenmesini önerdiği 1789'un sonlarına dayanır. Dr. Joseph'in kendisinin esasen ölüm cezasına karşı olduğu bilinmekteydi. Ne var ki, kılıç ve baltayla gerçekleştirilen baş kesmeler yerine yıldırım hızında infazı gerçekleştirebilen giyotinin daha acısız ve dolayısıyla daha insancıl olacağını savunmaktaydı.⁷⁴ Kendisi daha sonra bugün bildiğimiz şeklindeki giyotinin ilk prototipinin geliştirilmesine bizzat nezaret etmiştir. Resmi olarak ilk kez 1792'de kullanılan giyotin, o dönemde binlerce devrim karşıtının sonu olmuştur. İlk başlarda halk tarafından korkuyla karşılanan giyotin, çok geçmeden ilgi odağı haline gelmiştir. İnfazları seyretmek için binlerce insan Devrim Meydanı'na (Place de la Revolution) akın etmekteydi. İnfazları izlemek için gidenler için hediyelik eşyalar satan standlar kurulmakta, infaz edileceklerin isimleri bir liste şeklinde asılmakta ve hatta yakınlarda *Cabaret de la Guillotine* isimindeki bir lokanta bile bulunmaktaydı.⁷⁵ Giyotin, popüleritesini 18. yüzyılın sonlarına doğru kaybetse de Fransa'da İkinci Dünya Savaşı'nın başladığı 1939 yılına kadar kamusal alanda kafa kesme kesme uygulaması devam etmiştir.⁷⁶

⁷¹ Britannica, Guillotine Execution Device.

⁷² Evan Andrews, "8 Things You May Not Know About the Guillotine", (2023), <https://www.history.com/news/8-things-you-may-not-know-about-the-guillotine>, (E.T. 8.9.2024).

⁷³ Andrews, 8 Things You May Not know About the Guillotine.

⁷⁴ Richard Cavendish, "Death of Joseph-Ignace Guillotin", *History Today*, S. 3, C. 64, (2014), <https://www.historytoday.com/archive/months-past/death-joseph-ignace-guillotin>. (E.T. 8. 9. 2024).

⁷⁵ Bu dönemde bazı insanların neredeyse her gün infazları izlemeye gittiği, hatta bazı insanların idam sehpasının yanında oturup örgü ördüğü bilinmektedir. Bu insanlara "tricoteuses" denilmekteydi. Çocukların da infazları izlediği hatta minyatür giyotinlerin popüler bir oyuncak olduğu da bilinmektedir.

⁷⁶ Andrews, 8 Things You May Not know About the Guillotine.

II. GÜNÜMÜZDE ÖLÜM CEZASINI UYGULAYAN ÜLKELER VE İNFAZ YÖNTEMLERİ

A. Genel Olarak

Uluslararası Af Örgütü'nün verilerine göre, ölüm cezası dünyada 55 ülkede uygulanmakta olup, bu ülkelerin 9'unda failin yalnızca birden fazla kasten öldürme veya savaş suçundan hüküm giymesi durumunda ölüm cezası verilmektedirken, 23 ülkede ise son 10 yıl içerisinde bu ceza infaz edilmemiştir.⁷⁷ Bazı devletler, ölüm cezasına ilişkin verileri dünya kamuoyuna paylaşmamaktadır.⁷⁸ Hatta öyle ki, Çin ve Vietnam'da ölüm cezasının infazına ilişkin veriler devlet sırrı olarak nitelendirilmektedir.⁷⁹ Diğer pek çok ülkede ise konu hakkında kısıtlayıcı devlet uygulamaları mevcuttur. Bu nedenlerden ötürü, başta Uluslararası Af Örgütü ve STK'lar olmak üzere, bu alanda çalışma yapanların sağlıklı veri toplaması güçleşmektedir. Örneğin, Çin'in her yıl binlerce infaz gerçekleştirdiği tahmin edilse de bu veri doğrulanmamaktadır.⁸⁰

Uluslararası Af Örgütü'nün 2022 yılında yayınladığı raporuna göre dünya çapında infaz edildiği bilinen kişi sayısı artış göstermiş-

⁷⁷ BBCNews Türkçe, İdam Cezası Kaç Ülkede Uygulanıyor, En Fazla Hangi Ülkelerde İnfaz Ediliyor? (2024), <https://www.bbc.com/turkce/articles/c035pl6g1yeo#:~:text=Uluslararası%20Af%20%C3%96rgütü%20BCt%20BC'ne%20g%C3%B6re%202011%20%C3%BClkede%20devamlı%20olarak%20idam,ancak%20bu%20ba%C4%9F%C4%B1ms%C4%B1z%20kaynaklardan%20do%C4%9Frulanam%C4%B1yor.> (E.T. 10. 4. 2024).

⁷⁸ Benzer şekilde kapalı bir kutu olan Kuzey Kore'de de ölüm cezasının düzenli olarak uygulandığı düşünülmekte ancak doğruluğu teyit edilememektedir.

⁷⁹ Uluslararası Af Örgütü, Küresel Raporu, Ölüm Cezaları ve İnfazları, 2022, s. 6.

⁸⁰ Uluslararası Af Örgütü, 2022 yılı raporunda Çin ile ilgili şu notu düşmektedir: "2009'da Uluslararası Af Örgütü, Çin'de ölüm cezasının kullanımına ilişkin tahmini sayıları yayımlamayı durdurdu. Bu karar, Çin yetkililerinin Uluslararası Af Örgütü'nün sayılarını yanlış şekilde sunmasıyla ilgili endişeler nedeniyle alındı. Uluslararası Af Örgütü, bilgiye erişimdeki kısıtlamalar nedeniyle Çin ile ilgili yayınlayabildiği sayıların gerçeğin çok altında olduğunu her zaman açıkça belirtti. Çin henüz ölüm cezasıyla ilgili herhangi bir sayı yayımlamadı. Ancak eldeki bilgiler, her yıl binlerce kişinin infaz edildiğini ve ölüme mahkûm edildiğini göstermektedir. Uluslararası Af Örgütü, Çin makamlarına Çin'de ölüm cezasının kullanımına ilişkin bilgi yayımlama çağrısını yineliyor." Uluslararası Af Örgütü, Küresel Raporu, Ölüm Cezaları ve İnfazları, 2022, s. 6.

tir.⁸¹ Bunun yanında, yine aynı yıl birçok ülkede ölüm cezasından uzaklaşmak yönünde kararlı adımlar atıldığı da görülmektedir.⁸² Örneğin, aynı yıl Kazakistan, Sierra Leone, Orta Afrika Cumhuriyeti ve Papua Yeni Gine tüm suçlar için ölüm cezasını kaldıran yasal değişiklikleri onaylamış, Ekvator Ginesi ve Zambiya ise adi suçlar için ölüm cezasını kaldırmıştır.⁸³ Tüm bu gelişmelere rağmen, 2022 yılında, Çin hariç, 883 infaz gerçekleştiği bilinmektedir.⁸⁴ Çin dışında ölüm cezasını en çok uygulayan ülkelerin başında ise İran, Mısır, Suudi Arabistan ve ABD gelmektedir.⁸⁵

Avrupa kıtası ise bugün neredeyse ölüm cezasından arındırılmış bir bölgedir. Hem Avrupa Birliği (AB) hem de Avrupa Konseyi uzun zamandır ölüm cezasına şiddetle karşı çıkmakta ve bu cezanın başta Avrupa ve tüm dünyada kaldırılması için mücadele etmektedir. Avrupa'da infaz gerçekleştirmeye devam eden tek ülke ise Belarus'tur.⁸⁶ Belarus, kasten öldürme ve terör suçundan hüküm giymiş kişilere bu cezayı vermektedir ve infazlar arkasından başına ateş edilerek gerçekleştirilmektedir. 2023 yılında geçirilen bir yasayla ise bu suçların yanı sıra, terör propagandası yapmak, silahlı kuvvetleri ve paramiliter birimleri itibarsızlaştırmak, devlet sırlarını koruma kurallarını ihlal etmek gibi son derece muğlak ifadelerle vatana ihanetten hü-

⁸¹ Ölüm cezasını infaz eden ülke sayısı 2021'de 18 iken, bu sayı 2022'de 20'ye çıkmıştır. Örneğin Afganistan 2018'den, Myanmar 1982'den, Kuveyt 2017'den, Singapur 2019'dan sonra ilk kez bu cezayı infaz etmiştir. 2021'de infaz gerçekleştiren Birleşik Arap Emirlikleri, Umman ve Botswana gibi ülkeler ise 2022'de infaz gerçekleştirmemiştir. Detaylı bilgi için bkz. Uluslararası Af Örgütü, Küresel Raporu, Ölüm Cezaları ve İnfazları, 2022, s. 7.

⁸² Zambiya Devlet Başkanı Hakainde Hichilema 2022 yılındaki bir konuşmasında ölüm cezasına ilişkin şu açıklamayı yapmıştır: "Ölüm cezası mahkumlarından 30'unun cezasını müebbet hapse çevirdik. [Zambiya hükümeti] ülkemizdeki ölüm cezasını sona erdirmek için bir büyük bir karar aldı. Ölüm cezasından uzaklaşmaya ve herkes için adaleti sağlamaya devam edeceğiz. Yaşamın korunmasına [ve] rehabilitasyona odaklanacak ve bu süreci yürütmek için Parlamento ile birlikte çalışacağız." Uluslararası Af Örgütü, Küresel Raporu, Ölüm Cezaları ve İnfazları, 2022, s. 7.

⁸³ Uluslararası Af Örgütü, Küresel Raporu, Ölüm Cezaları ve İnfazları, 2022, s. 7.

⁸⁴ Uluslararası Af Örgütü, Küresel Raporu, Ölüm Cezaları ve İnfazları, 2022, s. 9.

⁸⁵ BBC News Türkçe, İdam Cezası Kaç Ülkede Uygulanıyor.

⁸⁶ Belarus'un 2022'de bir kişiyi infaz ettiği, bir hükümlünün ise infazı beklediği bilinmektedir. Uluslararası Af Örgütü, Küresel Raporu, Ölüm Cezaları ve İnfazları, 2022, s. 11.

küm giyen devlet yetkililerine de ölüm cezası verilebilmesinin önünü açmıştır.⁸⁷ Avrupa Birliği, 19 Ekim 2023'te Belarus'a dünya çapındaki eğilime uyması için moratoryum çağrısında bulunmuş, bunun cezanın tamamen kaldırılmasına yönelik ilk adım olabileceğini belirtmiştir.⁸⁸ Bu çağrı Minsk Bölgesel Mahkemesi'nin kasten öldürmeden hüküm giyen bir kişinin ölüm cezasına çarptırılmasının ardından yapılmıştır.

B. İnfaz Yöntemleri

Bugün ölüm cezasını uygulayan ülkelerde infaz yöntemlerinin çeşitlilik gösterdiği gözlemlenmektedir. Örneğin, bazı ülkeler bu cezayı asarak öldürme şeklinde gerçekleştirmektedir.⁸⁹ ABD, Çin ve Vietnam gibi ülkeler öldürücü iğne yöntemi ile infazı gerçekleştirmekteyken, ateş ederek öldürme de bir diğer infaz yöntemidir.⁹⁰ Suudi Arabistan ise baş keserek infazı gerçekleştirmektedir.⁹¹

2021 ve 2022 yıllarında, kişinin, göğüs ya da boyun hizasına dek toprağa gömülmesi ve akabinde ölüncüye kadar taşlanması anlamına gelen *recm* yoluyla infazın gerçekleştiğine dair bir veri ise kaydedilmemiştir.⁹² Korkunç ve insanlık dışı bir yöntem olan *recm* cezasının İran İslam Cumhuriyeti'nde hükmedildiği ancak hakimlerin zaman

⁸⁷ The Guardian, Russia Ally Belarus Brings in Death Penalty for High Treason, (2023), <https://www.theguardian.com/world/2023/mar/09/russia-ally-belarus-brings-in-death-penalty-for-high-treason>, (E. T. 21.4.2024).

⁸⁸ EU Neighbourhood East, New Death Sentence in Belarus: EU Reaffirms Unequivocal Opposition to Death Penalty in All Cases, (2023), <https://euneighbourseast.eu/news/latest-news/new-death-sentence-in-belarus-eu-reaffirms-unequivocal-opposition-to-death-penalty-in-all-cases/> (E.T. 21.4.2024).

⁸⁹ Bu infaz biçimini uygulayan ülkelere Japonya, İran, Bangladeş, Mısır, Irak, Singapur, Güney Sudan, Suriye ve Myanmar örnek gösterilebilir. Bkz. Uluslararası Af Örgütü, Küresel Raporu, Ölüm Cezaları ve İnfazları, 2022, s. 11.

⁹⁰ Yemen, Filistin, Kuveyt, Afganistan, Rusya Federasyonu, Belarus, Çin ve Somali gibi ülkelerin ateş ederek öldürme yöntemiyle infazı gerçekleştirdiği bilinmektedir. Bkz. Uluslararası Af Örgütü, Küresel Raporu, Ölüm Cezaları ve İnfazları, 2022, s. 11.

⁹¹ Uluslararası Af Örgütü, Küresel Raporu, Ölüm Cezaları ve İnfazları, 2022, s. 11.

⁹² Recm hakkında detaylı bilgi için bkz. Savrul Eslam Tahiri, "Afganistan Medreselerinde Okutulan Eserler Hakemliğinde Medyada Popüler Bir Tartışma Konusu Olarak Recm - Afganistan Örneği", *Universal Journal of Theology*, S. 2, C. 5, (2020), 358-386; Mustafa Göregen/Gönül Turan, "Yahudilikte Zina Suçunun Karşılığı Olan Recm'in İnsan Hayatı ve Ailenin Kutsallığı Bağlamında İncelenmesi", *Kafkas Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi*, S. 10, C. 5, (2018), 70-92.

zaman cezanın infazının asılarak öldürme şeklinde uygulanmasına karar verdiği bilinmektedir.⁹³ 2016 yılında İran'lı yazar ve insan hakları savunucusu Golrokh Ebrahimi, recm cezası ile ilgili kaleme aldığı bir hikayeden ötürü, "islamın kutsal değerlerini aşağılamak ve sistem karşıtı propaganda yapmak" tan suçlu bulunarak 6 yıl hapis cezasına çarptırılmıştır.⁹⁴ Recm cezası ile ilgili üzerinde durmak istediğimiz bir husus vardır. Çalışmanın izleyen bölümünde ele alınacak olan Roma dönemindeki infaz yöntemlerinin amaçlarından biri, ölüm cezasına çarptırılan kişilerin daha fazla acı çekmesini sağlamaktır. İşte recm de tam olarak böyle bir yöntemdir. Bir insanın ölmeden önceki son dakikalarında hem aşağılanmasını hem de müthiş acılar çekerek son nefesini vermesine neden olmaktadır. Sırf bu yönüyle bile son derece ilkel ve korkunçtur. Öyle ki, infaz esnasında kullanılacak taşların boyutlarına kadar yasal olarak düzenlenen bu infaz biçiminde çok küçük ya da kişinin hemen ölmesine neden olabilecek büyüklükte taş kullanılması gerektiği belirtilmektedir.⁹⁵

2022 yılında Sudan'da 20 yaşındaki Sudan'lı bir kadının Sudan Ceza Kanunu'nun 146. maddesi uyarınca zina suçundan mahkum edildiği ve recm cezasına çarptırılmıştır. Bu cezanın uygulanmaması için kadın örgütleri ülkede protestolar düzenlemiş, cezanın tamamen kaldırılması ve recm ile ölüm cezasına çarptırılan kadınların derhal serbest bırakılması için çağrıda bulunmuştur.⁹⁶ Sudan'da recm cezası-

⁹³ Euronews, İran'da Eşini Aldatan Koca ve Sevgilisine Zinadan Ölüm Cezası, (2021), [https://tr.euronews.com/2021/11/06/iran-da-esini-aldata-koca-ve-sevgilisine-zinadan-olum-cezas#:~:text=%C4%B0ran'da%20zina%20su%C3%A7lular%C4%B1%20recm,ki%C5%9Finin%20%C3%B6l%C3%BCm%20cezas%C4%B1%20infaz%20edildi.\(E.T.10.4.2024\).](https://tr.euronews.com/2021/11/06/iran-da-esini-aldata-koca-ve-sevgilisine-zinadan-olum-cezas#:~:text=%C4%B0ran'da%20zina%20su%C3%A7lular%C4%B1%20recm,ki%C5%9Finin%20%C3%B6l%C3%BCm%20cezas%C4%B1%20infaz%20edildi.(E.T.10.4.2024).)

⁹⁴ BBC News Türkçe, İran'da Recm Hakkında Yazan Yazara Hapis Cezası, (2016), <https://www.bbc.com/turkce/haberler-dunya-37581953> (E.T. 10. 4. 2024).

⁹⁵ BBC News Türkçe, İran'a 'Recmi Durdur' Çağrısı, (2008), [\(https://www.bbc.co.uk/turkish/news/story2008/01/080115_stoneiran.shtml#:~:text=Uluslararası%C4%B1%20Af%20%C3%B6rg%C3%BCt%C3%BC%2C%20%C4%B0ran%20y%C3%B6netimine,%C3%B6ld%C3%BCrme%20cezas%C4%B1n%C4%B1%20kald%C4%B1rma%20%C3%A7a%C4%9Fr%C4%B1s%C4%B1nda%20bulundu.&text=%C3%96rg%C3%BCt%C3%BCn%20son%20raporunda%20korkun%C3%A7%20bir,%C3%A7ekmesi%20i%C3%A7in%20tasarland%C4%B1%C4%9F%C4%B1%20dile%20getirildi.\(E.T.10.4.2024\)](https://www.bbc.co.uk/turkish/news/story2008/01/080115_stoneiran.shtml#:~:text=Uluslararası%C4%B1%20Af%20%C3%B6rg%C3%BCt%C3%BC%2C%20%C4%B0ran%20y%C3%B6netimine,%C3%B6ld%C3%BCrme%20cezas%C4%B1n%C4%B1%20kald%C4%B1rma%20%C3%A7a%C4%9Fr%C4%B1s%C4%B1nda%20bulundu.&text=%C3%96rg%C3%BCt%C3%BCn%20son%20raporunda%20korkun%C3%A7%20bir,%C3%A7ekmesi%20i%C3%A7in%20tasarland%C4%B1%C4%9F%C4%B1%20dile%20getirildi.(E.T.10.4.2024))

⁹⁶ Diken, Sudan'da Bir Kadına Recm Cezası, 2022, <https://www.diken.com.tr/sudanda-bir-kadina-recm-cezas/> (E.T. 10.4.2024).

na son olarak 2013 yılında yine bir kadının çarptırıldığı ancak kararın Yüksek Mahkeme tarafından bozulduğu bilinmektedir. Brunei’de ise 2019 yılında eşcinsel ilişkilere recm cezasını getiren bir yasal düzenlemenin yürürlüğe girdiği bilinmektedir. Uluslararası Af Örgütü adına Küresel Meseleler Direktör Yardımcısı Stephen Cockburn endişesini şu şekilde dile getirmiştir: *“Bu menfur cezalandırmaların Brunei’de yassallaşmasından son derece kaygılıyız. Yeni ceza kanunu, uzuv kesmek ya da taşlayarak öldürmek gibi, telaffuz edilemeyecek ölçüde zalimane cezalandırmalara izin veriyor. Böyle cezalandırma yöntemlerinin dünyada yeri yoktur, olamaz”*.⁹⁷ Brunei’nin ölüm cezalarını mevzuatta tutmasına karşın, uygulamada başvurmadığı bilinmektedir.

B. Mevzuatında Ölüm Cezası Olan Ülkeler

1. Rusya Federasyonu

Rusya’nın Avrupa Konseyi’nden çekilmesinin ardından eski cumhurbaşkanı ve üst düzey güvenlik yetkilisi Dimitry Medvedev şöyle söylemiştir: *“Bu, aynı zamanda, ülkede özellikle ciddi suçların önlenmesi amacıyla, ölüm cezası gibi bir dizi önemli kurumun yeniden canlandırılması için de iyi bir fırsattır. Bu ceza ABD ve Çin’de en tehlikeli suçlular için hali hazırda aktif şekilde kullanılmaktadır”*.⁹⁸ Moskova yakınlarında bir konser salonunda 22 Mart 2024 tarihinde gerçekleştirilen ve 139 kişinin öldüğü ve en az 182 kişinin yaralandığı terör saldırısının ardından ölüm cezası tartışmaları tekrar alevlenmiştir.⁹⁹ Medvedev Telegram’dan yaptığı bir duyuruda: *“Onları öldürmeli miyiz? Kesinlikle evet ve bunu yapacağız”* demiştir.¹⁰⁰ Medvedev, ölüm cezasına ilişkin moratoryu-

⁹⁷ Bianet, Af Örgütü’nden Brunei’deki Recm Yasasına Tepki, (2019), -nden-brunei-deki-recm-yasasına-tepki-207127 (E.T. 10.4.2024).

⁹⁸ The Moscow Times, Ex-President Medvedev Backs Death Penalty for Wartime Saboteurs, (2022), <https://www.themoscowtimes.com/2022/11/03/ex-president-medvedev-backs-death-penalty-for-wartime-saboteurs-a79279>, (E.T. 21.4.2024).

⁹⁹ Esasen bu tartışmaların neredeyse hiç bitmediği ve toplumsal infial yaratan olayların ardından özellikle siyasetçiler tarafından dönem dönem yeniden gündeme getirildiği belirtilmelidir.

¹⁰⁰ The Moscow Times, Kill Them All; Ex-Russian President Medvedev Says of Concert Hall Gunmen, (2024), <https://www.themoscowtimes.com/2024/03/25/kill-them-all-ex-russian-president-medvedev-says-of-concert-hall-gunmen-a84612>, (E.T. 21.4.2024).

mun kaldırılması çağrısında bulunan ve sayıları giderek artan üst düzey yetkililer arasında yer almaktadır.¹⁰¹ Öte yandan, Putin'in de bu tartışmaların neresinde yer aldığına kısaca değinmek yerinde olacaktır. Devlet başkanı, geçtiğimiz yıllarda defaten ölüm cezasına karşı olduğunu belirtmiştir.¹⁰² Kremlin sözcüsü Dimitri S. Peskov ise, konser salonu katliamı sonrası yaşanan tartışmalara ilişkin olarak “*şu anda bu tartışmaların içinde yer almıyoruz*” diyerek bir anlamda Kremlin'in güncel duruşunu ortaya koymuştur.¹⁰³ Rusya'da ölüm cezasına ilişkin tartışmalar sürerken hukuki durumu değerlendirmenin faydalı olacağını düşündüğümüzden çalışmanın bu bölümünde Rusya'da ölüm cezasına ilişkin mevcut hukuki durum ele alınacaktır.

Mevzuatlarında kasten öldürme, nitelikli kasten öldürme, birden fazla kişiyi öldürme gibi suçlar için ölüm cezası halen yürürlükte olmasına rağmen, son 10 yıl veya daha uzun süredir bu cezaya mahkum edilen kimsenin cezasının infaz edilmediği ve bu yönde yerleşik denilebilecek uygulamaya sahip olan ülkeler de vardır. Bu ülkelere Ceza-yir, Kenya, Laos, Liberya, Güney Kore, Tacikistan, Tunus, Mali gibi ülkeler gösterilebilir.¹⁰⁴ Rusya Federasyonu da bu ülkelerden biridir. Son infaz, 2 Ağustos 1996 tarihinde gerçekleştirilmiştir; bu da demek olu-

¹⁰¹ Bu grubun karşısında ise cezanın yeniden uygulamaya konmasının hata olduğunu düşünenler vardır. Örneğin, hükümet danışma grubu olan Sivil Oda'nın sekreteri Lidia Mikheeva'ya göre, “ölüm cezasının uygulamada da olsa kaldırılması Rusya tarihindeki en önemli başarılarından biridir. Vahşet ve barbarlık dönemine girmek istemiyorsak bu tartışmaları tekrar başlatıp başlatmak istemediğimizi durup düşünmeliyiz”. The New York Times, Russia Has No Formal Death Penalty. Some Watts to Change That., (2024), <https://www.nytimes.com/2024/03/27/world/europe/russia-death-penalty-moratorium.html> (E.T. 21.4.2024); 2022 yılında dönemin Anayasa Mahkemesi başkanı da “mevcut olağanüstü duruma rağmen genel olarak son yıllarda izlediğimiz insancillaştırma yolundan uzaklaşmanın büyük bir hata olacağını düşünmekteyim” Bkz. The New York Times, Russia Has No Formal Death Penalty. Some Wants to Change That.

¹⁰² Örneğin 2002'de “ben karar verdiğim sürece Rusya'da ölüm cezası olmayacak”, 2007'de “ölüm cezası anlamsız ve verimsizdir”, 2022'de ise “ölüm cezası hakkındaki fikrim değişmemiştir” sözleriyle konu hakkında fikrini ortaya koymuştur. Bkz. The New York Times, Russia Has No Formal Death Penalty. Some Watts to Change That.

¹⁰³ Reuters, Kremlin: We Are Not Joining Death Penalty Debate After Concert Hall Attack, (2024), <https://www.reuters.com/world/europe/kremlin-we-are-not-joining-death-penalty-debate-after-concert-hall->, (E.T. 21.4.2024).

¹⁰⁴ Uluslararası Af Örgütü, Ölüm Cezaları ve İnfazları 2022, s. 41

yor ki Rusya’da neredeyse 30 yıldır ölüm cezası infaz edilmemiştir. Ne var ki, ölüm cezası sorunu kesin bir çözüme kavuşturulmuş değildir ve gerek Anayasa gerekse ceza kanununda varlığını korumaktadır.¹⁰⁵

1993 tarihli Rusya Federasyonu Anayasası’na baktığımızda: “Herkes yaşam hakkına sahiptir. Ölüm cezası; bu ceza kaldırılıncaya kadar sanığa, davasının jürinin katılımıyla gerçekleştirilen mahkemede görüşülmesi hakkının tanınması şartıyla, insan yaşamına yönelik en ağır suçlara göre, istisna ceza olarak federal yasa ile uygulanabilir”.¹⁰⁶ Bu düzenleme bir kişinin ölüm cezasına çarptırılabilmesinin aynı zamanda sınırlarını belirlemektedir. Her şeyden önce bu cezasının *istisnai* olduğu belirtilmekte, bu cezanın kaldırılıncaya kadar uygulanabileceği belirtilerek geçiciliğine gönderme yapılmakta, yalnızca federal yasa ile uygulanabilir olduğu belirtilmekte ve yalnızca insan yaşamına yönelik en ağır suçları işleyen bir kişiye jürinin katılımıyla gerçekleşecek bir yargılama hakkının tanınması sonucu verilebileceği vurgulanmaktadır.¹⁰⁷ Ceza Yasası, 5 suç tipi için ölüm cezasına izin vermektedir. Bu suçlar, soykırım (m. 357), nitelikli kasten öldürme (m. 105/2), yargılama veya ön soruşturma faaliyeti yürüten adli personelin veya onların bir davanın herhangi bir aşamasıyla veya cezanın infazıyla ilgili görev yerine getiren yakınlarının yaşamına karşı yapılan saldırı (m. 295), kamu görevlisi veya kamuya mal olmuş kişilerin yaşamına karşı onların görevini yapmasını engellemek amacıyla yapılan saldırı (m. 277) ve kolluk görevlilerinin yaşamına karşı yapılan saldırı (m. 317) fiilleridir.¹⁰⁸ Yasa’ya göre,

¹⁰⁵ Sovyetler Birliği dönemi ölüm cezasını sıklıkla uygulayan bir ülkeydi ve Birlik dağıldıktan sonra kurulan Rusya Federasyonu bu cezayı gerek anayasa gerekse kanunlarda tutmaya devam etti. Konu hakkında tarihi bilgi için bkz. Ger Van den Berg, “The Soviet Union and the Death Penalty”, *Soviet Studies*, S. 35, C. 2, (1983), 154-174.

¹⁰⁶ Alexey Lyubimov, “On the Death Penalty in Russia”, *Criminal Law Review*, S. 52, (2014), 65-70, s. 66; Zeynep Özkan, “Rusya Federasyonu Anayasal Düzeninde Ölüm Cezası ve Anayasa Mahkemesi’nin Rolü”, *Uluslararası Afro Avrasya Araştırmaları Dergisi*, S. 7, C. 4, (2019), 123-143, s. 124.

¹⁰⁷ Olga Semukhina/John Galliher, “Death Penalty Politics and Symbolic Law in Russia”, *International Journal of Law, Crime and Justice*, S. 37, C. 4, (2009), 131-154, s. 135; Özkan, Rusya Federasyonu Anayasal Düzeninde Ölüm Cezası ve Anayasa Mahkemesi’nin Rolü, s. 127.

¹⁰⁸ Lyubimov, On the Death Penalty in Russia, s. 65; Semukhina,/Galliher, Death Penalty Politics and Symbolic Law in Russia, s. 136; Özkan, Rusya Federasyonu Anayasal Düzeninde Ölüm Cezası ve Anayasa Mahkemesi’nin Rolü, s. 129; Hüseyinoğlu, Rusya Federasyonu, s. 435-435.

kadınlara, suçu işlediği tarihte 18 yaşını doldurmamış olanlara ve 65 yaşını tamamlamış erkekler ölüm cezasına çarptırılmaz.¹⁰⁹ İnfaz Kanunu, ölümlerin halka kapalı şekilde ateş edilerek gerçekleştirileceğini belirtmektedir.

1996 yılına gelindiğine Avrupa Konseyi'ne katılım sürecinde olmanın etkisiyle, o dönemki devlet başkanı Boris Yeltsin ölüm cezasının yerine getirilmesine ilişkin moratoryumu resmi olmayan şekilde ilan etmiş ve 3 yıl içinde de tamamen ortadan kaldırmayı taahhüt etmiştir.¹¹⁰ 1999 yılında Rusya Anayasa Mahkemesi, Anayasa'nın ölüm cezası kararı verilebilmesi için jürili duruşma gerektirmesi ve jürili muhakemenin Rusya Federasyonu'nun tamamında yapılamaması nedeniyle ölüm cezası vermenin imkansızlığını kabul eden bir karar yayınlamıştır.¹¹¹ 2009 yılına gelindiğinde Mahkeme, Avrupa Konseyi kurallarına uygun olarak moratoryumun yürürlükte kalacağına yönelik bir başka karar vermiştir.¹¹² Bunun temel nedenlerinden bir diğerinin

¹⁰⁹ Özkan, Rusya Federasyonu Anayasal Düzeninde Ölüm Cezası ve Anayasa Mahkemesi'nin Rolü, s. 127; Hüseyinoğlu, Rusya Federasyonu, s. 439.

¹¹⁰ Özkan, Rusya Federasyonu Anayasal Düzeninde Ölüm Cezası ve Anayasa Mahkemesi'nin Rolü, s. 127.

¹¹¹ "... Anayasa'nın Geçici Hükümlere ilişkin Bölümü'nün 6. maddesine göre, ilgili davalarda jüri katılımıyla gerçekleştirilecek bir yargılama usulüne ilişkin federal yasa yapılıncaya kadar eski yargılama usulü geçerlidir. Anayasa'nın bu hükmü ve 20/2. maddesi hükmü birlikte ele alındığında, geçiş aşamasının tamamlanmasına ilişkin Anayasa'da kesin bir süre öngörülmediği, yasa koyucunun mevcut yasal düzenlemelerde değişiklik yapmak zorunda olduğu açıktır. Bununla birlikte Yüksek Sovyet kararı, yasa koyucunun, Anayasa'nın 20/2. maddesi ve Geçici Hükümlere ilişkin Bölümü'nün 6. maddesindeki gerekler doğrultusunda ölüm cezasını gerektiren suçları işleyenlerin yargulamalarında jürinin katılımının gerçekleştirilmesini tüm Rusya genelinde öngören federal bir yasa yapmasına engel değildir. Rusya Federasyonu'nun 1993 Anayasası'nın kabulü ile birlikte yasa koyucu, Anayasa'nın 20/2. maddesi ve Geçici Hükümlere ilişkin Bölümü'nün 6. maddesindeki gerekler doğrultusunda, özellikle federal yasalarda ölüm cezasını gerektirdiği düzenlenen yaşama karşı ağır suçlar işleyen kişilerin cezai sorumlulukları bakımından yasal olanaklarında ortaya çıkan geçici süreli eşitsizlikleri gidermeye elverişli uygun usüli mekanizmaları sağlamak zorundadır. Çünkü bu gereklilik doğrudan doğruya Anayasa'nın 20. maddesinden kaynaklanmaktadır." Rusya Federasyonu Anayasa Mahkemesi'nin 1999/3-P sayılı, 2 Şubat 1999 tarihli kararı, s. 4-5. Bkz. Lyubimov, On the Death Penalty in Russia, s. 67; Özkan, Rusya Federasyonu Anayasal Düzeninde Ölüm Cezası ve Anayasa Mahkemesi'nin Rolü, s. 131; Hüseyinoğlu, Rusya Federasyonu, s. 439.

¹¹² Rusya Federasyonu Anayasa Mahkemesi'nin 1344-O-P sayılı 19 Kasım 2009 tarihli kararı, s. 9. Buna karşılık Mahkeme AIHS'e Ek 6 No'lu Protokol'ün bu kararda

de, 10 yılı aşkın bir süredir kullanılmayan ölüm cezasının geri getirilmeyeceğine yönelik toplumda oluşan beklenti olduğu söylenebilir.

Rusya'da bugün bir kez daha test edilen ölüm cezasının geri dönüp dönmeyeceğine ilişkin bir kesinlik yoktur. Bu aşamada sorulması gereken sorular şunlardır: İnfazların yeniden başlayabilmesi mümkün müdür? Bunun gerçekleşmesinin istenmesi halinde ne gereklidir. Birkaç hafta önce Duma sözcüsü Vyacheslav Volodin Rusya'nın Avrupa Konseyi'nden çekilmiş olmasına dayanarak Anayasa Mahkemesi'nin moratoryumu kaldırmasının önünde bir engel olmadığını belirtmiştir.¹¹³ Rusya Federasyonu Anayasa Mahkemesi'nin ölüm cezasının uygulanmazlığına ilişkin kararı halen yürürlükte olsa da modern Rus tarihinde, Anayasa Mahkemesi'nin siyasi çıkarları yasal gerekliliklerden üstün tutmaya hazır olduğunu gösteren pek çok kararı olmuştur. Bu nedenle Anayasa Mahkemesi'nin savaş, olağanüstü koşullar veya toplumun çıkarlarını gerekçe göstererek tutumunu değiştirmesi kimseyi şaşırtmayacaktır. Avrupa Konseyi'nden çekilen Rusya'da, Çeçenistan'ın da 1 Ocak 2010 tarihinden itibaren jürili yargılamanın başlamasıyla birlikte mevzuat bakımından da bir engel kalmadığı söylenebilirse de vahşiliğin sadece vahşiliği doğurduğu inancından hareketle Rusya'da bunun gerçekten gerçekleştirilip gerçekleştirilmeyeceğini zaman gösterecektir.

2. Amerika Birleşik Devletleri

ABD ölüm cezasını uygulamaya devam eden ülkelerdendir. Bugün, ABD'de 11'i tüm suçlar için olmak üzere toplam 23 eyalette

etkisi olduğunu kabul ederken tek etken olmadığını da belirtmekten geri durmamıştır. Mahkeme'ye göre: "... 6 No'lu Protokol bugüne kadar onay aşamasının tamamlanmamış olması nedeniyle iç hukukta ölüm cezasının doğrudan kaldırılmasını sağlayacak normatif hukuki düzenleme olarak kabul edilemez" derken aynı zamanda "Protokolün usulüne uygun şekilde yürürlüğe girmesinin sağlanmamış olması, yaşam hakkının hukuki düzenlemesinin temel unsuru olarak tanınmasına engel değildir" diyerek bu kararı verirken Protokol'den destek aldığını da belirtmiştir. Rusya Federasyonu Anayasa Mahkemesi'nin 1344-O-P sayılı 19 Kasım 2009 tarihli kararı, s. 12-16. Bkz. Özkan, Rusya Federasyonu Anayasal Düzeninde Ölüm Cezası ve Anayasa Mahkemesi'nin Rolü, s. 134; Lyubimov, On the Death Penalty in Russia, s. 68.

¹¹³ The New York Times, Russia Has No Formal Death Penalty. Some Watts to Change That.

ölüm cezası kaldırılmıştır.¹¹⁴ Ölüm cezasını mevzuatında muhafaza eden 27 eyaletten 14'ünde ise en az son 10 yıldır infaz gerçekleştirilmemektedir.¹¹⁵ Ne var ki, Trump yönetimi döneminde, Temmuz 2020 ile Ocak 2021 arasında 13 hükümlünün infazı gerçekleştirilerek infazlara yeniden başlanmıştır. 2022 yılında ise 6 eyalet infaz gerçekleştirdi.¹¹⁶ Bu infazların tümü öldürücü iğne ile gerçekleştirilmiştir. Güney Karolina'da kurşuna dizme yoluyla gerçekleştirilmesi beklenen infaz ise Güney Karolina Yüksek Mahkemesi tarafından durdurulmuştur.¹¹⁷ Güney Karolina, Oklahoma, Utah ve Mississippi ile birlikte idam mangası yönteminin kullanılmasının yasal olduğu 4 eyaletten biridir. Söz konusu olaydaki hükümlü 2001 yılından beridir infaz edilmeyi beklemektedir. Aşağıda ele alacağımız ölüm koridorundaki travmatik bekleyiş burada da söz konusudur. Yasa'ya uygun olarak infazından 14 gün önce hükümlüye, hangi infaz yöntemini seçeceği sorulmuş ve iki seçenek sunulmuştur. Bunlar elektrikli sandalye ve idam mangasıdır.¹¹⁸ Güney Karolina eyaletinde öldürücü dozda iğne ile öldürmek için gerekli ilaçlar bulunmadığı için hükümlünün bu şekilde infaz edilmesinin mümkün olmadığı ilgili makamlar tarafından bildirilmiştir. Söz konusu olaydaki hükümlü hala beklemektedir.

2022 yılında infaz tehdidiyle karşılaşan kişilere ilişkin bazı vakalarda adil yargılama sorunları, ırk ayrımcılığı ve önyargı, psiko-sosyal ve zihinsel engelli kişilere yönelik korumalarında ihlali de dahil olmak üzere, uluslararası insan hakları hukuku standartları uyarınca ölüm cezasının kullanımı hakkında belirlenen kısıtlamaların ihlal edildiği bilinmektedir.¹¹⁹ Örneğin, Ekim 2022'de Benjamin Cole isimli paranoid

¹¹⁴ Uluslararası Af Örgütü, Ölüm Cezaları ve İnfazları 2022, s. 19.

¹¹⁵ Uluslararası Af Örgütü, Ölüm Cezaları ve İnfazları 2022, s. 19.

¹¹⁶ Uluslararası Af Örgütü'nün raporuna göre, Alabama'da 2, Arizona'da 3, Oklahoma ve Teksas'da 5'er, Mississippi'de 1 ve Missouri'de 2 kişi olmak üzere toplam 18 kişi infaz edildi. 2021 yılı sonunda ölüm cezasına mahkûm edildiği bilinen ise 2276 kişi vardır.

¹¹⁷ CNN US, South Carolina's Highest Court Stays Firing Squad Execution Set for Next Week, (2022), <https://edition.cnn.com/2022/04/20/us/south-carolina-execution-firing-squad-stay/index.html> (E.T. 9. 4. 2024).

¹¹⁸ Hükümlünün infazının bu yolla gerçekleştirilmesi halinde eyalette bu yöntemle infaz edilen ilk kişi olacaktır. CNN US, South Carolina Death Row Inmate Chooses to be Executed by Firing Squad over the Electric Chair, (2022), <https://edition.cnn.com/2022/04/15/us/richard-moore-death-row-firing-squad/index.html> (E.T. 9.4.2024)

¹¹⁹ Uluslararası Af Örgütü, Ölüm Cezaları ve İnfazları 2022, s. 20.

şizofreni tanısı konmuş hükümlü, 2004 yılından beri süren bekleyişin ardından zehirli iğneyle infazı gerçekleşmiştir.¹²⁰

ABD'nin Alabama eyaletinde, 25 Ocak 2024 tarihinde ilk kez bir kişinin nitrojen gazıyla öldürülmesi ise pek çok tartışmayı yeniden alevlendirmiştir. Hükümlü, Eugene Smith, 1989 yılında bir vaizin eşini öldürmekten suçlu bulunarak ölüm cezasına çarptırılmıştı. İlk olarak Kasım 2022'de infaz gerçekleştirilmeye çalışılmış ancak başarılı olunamamış, ikinci denemede Smith'e, hava sızdırmaz bir maske takılarak saf nitrojeni içine çekmeye zorlanmış ve bu inaktif gazın vücudundaki oksijeni tüketmesi sonucu hayatını kaybetmiştir. Hüküm tarihinden ilk infaz denemesine kadar 33 yıl boyunca cezaevinde infaz edilmeyi beklemesini bir an için bir kenara bırakacak olsak bile 2022'deki başarısız denemenin ardından tam tamına 2 yıl daha ölümü beklemesi çok ağır ve insanlık dışı bir muameledir. Tüm bu sürecin yanında infaz metodu da son derece tartışmalıdır. Tıbbi uzmanlar ve bu yönteme karşı olanlar, "*sinir sistemini etkileyecek şiddetli kasılmadan, bitkisel hayatta kalacak şekilde sağ kalmasına, hatta maskede sızıntı olup odadaki diğer kişileri de öldürme olasılığına kadar karşılaşılabilecek felaketlere*" karşı uyarıda bulunmuşlardır. BM İnsan Hakları Yüksek Komiserliği ise, daha önce kullanılmamış bu infaz yönteminin işkence ya da diğer acımasız, in-

¹²⁰ İnfazının ardından avukatlarından biri şöyle söylemiştir: "Benjamin Cole, ciddi zihinsel sorunları olan bir insandı. Benjamin'de teşhis edilmesi zor olan paranoid şizofreni ve beyin hasarı vardı ve teşhis ve tedavi edilemeyen bu hastalık, onun yıllar sonra idam edileceği suçu işlemesine neden oldu. Ölümünü beklerken Benjamin, bir yanılsama ve karanlık dünyanın içine girdi. Her ne kadar onu temsil etsem de yıllar boyunca ne benimle ne de meslektaşarımla anlamlı bir etkileşime giremedi. Zihinsel sağlığı gibi Ben'in fiziksel sağlığı da bu süreçte kötüleşti ve giderek daha kopuk hale geldi. Bunlar onu, gerçeklikten daha da uzaklaştırdı, hücrsinden çıkmayı reddetmesi, çok az ve zorlukla hareket etmesi ve nadiren konuşur hale gelmesi kaçınılmaz oldu. Ben, neden infaz edildiğini anlayabilecek kapasiteden dahi yoksun bir insandı." Uluslararası Af Örgütü, A Man with Mental Disability Executed: Benjamin Cole, (2022), <https://www.amnesty.org/en/documents/amr51/6140/2022/en/> (E. T. 12. 4. 2024). Missouri eyaletinde 2021 yılında benzer bir şekilde zihinsel engelli bir hükümlünün cezası infaz edilmiştir. İnfazın durdurulması için Papa Francis ve iki Kongre üyesi devreye girmiş, daha önemlisi zihinsel engellilerin ölüm cezasına çarptırılmasının anayasaya aykırı olduğuna işaret eden mahkeme kararı gerekçe gösterilerek itiraz edilmesine rağmen itiraz gerçekleşmiştir. New York Times, Missouri Executes Death Row Prisoner Despite Pleas From Pope and Others, (2021), <https://www.nytimes.com/2021/10/04/us/pope-francis-ernest-lee-johnson-execution.html>, (E. T. 12. 4. 2024).

sanlık dışı, aşağılayıcı uygulama anlamına gelebileceğine dair uyarıda bulunarak infazın durdurulması için çağrıda bulunmuştur.¹²¹ İnfazın gerçekleştiğinin kamuoyuna duyurulmasının ardından ise bir kınama metni yayınlanmış ve bu yöntemi: “İnsanlarda ilk kez ve deneysel olarak, hayvanlara acı çektirdiği kanıtlanmış bu infaz yönteminin kullanılması en basit ifadeyle zalimane dir” şeklinde ifade etmiştir.¹²² Bilimsel kanıt olmasına rağmen bu infaz yönteminin kullanılmasını savunan yetkililerin öngördüğü “hızlı, acısız ve insani ölüm” yerine, Smith’in ölümünün 20 dakikadan fazla sürdüğü bildirilmiştir. İnfaza tanık olanların, Smith’in sedyede kıvrılırken bilincinin birkaç dakika boyunca açık kaldığını, nefes nefese olduğunu ve kendisini tutan bağları çekerken uzun süre acı içinde şiddetle titrediğini bildirmiştir.¹²³ Avrupa Birliği de infazın ardından yaptığı yazılı açıklamada ölüm cezasına her zaman ve koşulda karşı olduğunu, bu cezanın yaşam hakkının ihlali ve insan onurunun tamamen inkarı olduğunu, cezanın suça karşı caydırıcı olmadığını ve adalettaki hataları geri döndürülemez hale getiren nihai nihai bir cezaı temsil ettiğini belirtmiş, ABD’de cezasının infazını bekleyen 196 kişinin bu süreçte aklandığını vurgulamıştır.¹²⁴

ABD’de, en güncel infaz 10 Nisan 2024’te Missouri’de gerçekleşmiştir. 2006 yılında iki kişiyi öldüren Brian Dorsey olayın üstünden neredeyse 20 yıl geçtikten sonra, Yüksek Mahkeme’nin davaya bakmama kararını açıklamasının ardından saatler sonra, öldürücü iğne ile infaz edilmiştir.¹²⁵ 17 yıl boyunca ölüm koridorunda beklemiş ve

¹²¹ United Nations, United States: UN Experts Horrified by Kenneth Smith’s Execution by Nitrogen in Alabama, (2024), <https://www.ohchr.org/en/press-releases/2024/01/united-states-un-experts-horrified-kenneth-smiths-execution-nitrogen-alabama> (E.T. 12. 4. 2024).

¹²² UN Experts Horrified by Kenneth Smith’s Execution by Nitrogen in Alabama.

¹²³ UN Experts Horrified by Kenneth Smith’s Execution by Nitrogen in Alabama.

¹²⁴ European Union External Action, US: Statement by the Spokesperson on the Recent Execution, 2024, https://www.eeas.europa.eu/eeas/us-statement-spokesperson-recent-execution_en (E.T. 12. 4. 2024).

¹²⁵ Hükümlünün avukatlarından Kirk Henderson “Merhameti hakeden biri varsa, o, kesinlikle ve tamamen rehabilite olmuş olan Brian’dır. Cezasının infaz edilmesi o denli kusurludur ki jüri üyelerinden beşi onun öldürülmemesi gerektiğini düşünmektedir. Brian’i infaz etmek, hiçbir meşru cezai amaca hizmet etmeyen, anlamsız bir zulümdür” Bkz. CBS NEWS, Missouri Death Row Inmate Brian Dorsey Executed Arter Supreme Court Rejects Bide to Interneve, 2024, <https://www.cbsnews.com/news/brian-dorsey-execution-supreme-court/> (E.T. 12.4.2024).

kayda değer bir rehabilitasyon elde etmiş birinin ölüm cezasının infaz edilmesinde cezalandırmanın maksadı yönünden ne elde edildiği son derece tartışmalıdır.

III. ÖLÜM KORİDORU VE ÖLÜM KORİDORU TRAVMASI OLGULARI

Çalışmanın bu bölümünde ölüm koridoru olgusu ve travması kavramları örneklerle açıklanacak, akabinde ise Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin bu husus hakkındaki düzenleme ve kararlarına yer verilecektir. Ölüm koridoru olgusu, ölüm cezasına ilişkin en çok tartışılan hususlardan biridir. Esasen bu kavramları tanımlamak kolay değildir. Bunun nedeni; atıfta bulunan bu koşulların gerçekten var olup olmadığı konusunda tartışmaların sürmesidir.¹²⁶ *Ölüm koridoru travması*, ölüm cezasına çarptırılan bir kişinin bu cezanın infaz edilmesini uzun süreler beklemesinden dolayı yaşadıkları zihinsel kaygı da dahil olmak üzere bu bekleyiş sırasında yaşanan koşulların zararlı etkileri anlamına gelen bir kavramdır.¹²⁷ Bu iki kavram zaman zaman birbiri yerine kullanılmakta olup, ölüm koridoru, özellikle ölüme beklerken hücre hapsi gibi koşullara atıfta bulunur. Ölüm koridoru travması şu şekilde tanımlanmaktadır: *"bu deneyimden kaynaklanan psikolojik zararlar, veya ölüm cezasının infaz edilmesini beklerken yaşamının benzersiz stresiyle, infaza kadar geçirilen zorlu koşullarda ve uzun sürelerden kaynaklanabilecek bir dizi psikolojik etki"*.¹²⁸

En yalın ifadeyle ölüm koridoru, bir hükümlünün infaza kadar geçen sürede hücre hapsinde tutulması durumunda maruz kalacağı ağır ve travmatik koşulların birleşimidir. Amerikan öğretisinde bu koşullar üç kategoriye ayrılarak incelenmektedir. Bunlardan ilki, başlı başına

¹²⁶ Çalışmanın izleyen bölümünde yer verilecek olan Soering/Birleşik Krallık bu konu hakkında genel bir tanım oluşturmaya çalışarak yardımcı olmaktadır.

¹²⁷ Bu konuda çalışmalar yapan bazı sosyolog ve psikologlar tarafından ölüm koridoru olgusuna bağlı travmanın varlığını kanıtlar nitelikte çalışmalar ortaya koysa da Amerikan Psikiyatri Derneği (American Psychiatric Association) kabul edilmiş mental bir hastalık değildir.

¹²⁸ Amy Smith, "Not Waiwing But Drowning: The Anatomy of Death Row Syndrome and Volunteering For Execution", *The Boston University Public Interest Law Journal*, S. 17, (2008), 237-254, s. 242; Karen Harrison/Anouska Tamony, "Death Row Phenomenon and Death Row Syndrome and Their Effect on Capital Cases in the USA", *Internet Journal of Criminology*, (2010), s. 2.

hapis cezasının sert ve insanlık dışı koşullarıdır. İkincisi, bu koşullar altında geçen sürenin uzunluğu ve üçüncüsü ise, ölüm cezasıyla ilişkili psikolojik yansımalarıdır.¹²⁹ Hapis cezasının sert ve insanlık dışı koşullarında karşımıza çıkan en önemli husus, hücre hapsi yani tecrittir. (*solitary confinement*). Hücre Hapsinin Kullanımı ve Etkilerine İlişkin İstanbul Bildirisi (*The İstanbul Statement on the Use and Effects of Solitary Confinement*) tecriti: “bireyin günün 22 ile 24 saati boyunca hücrelerinde fiziksel olarak tecrit edilmesi” şeklinde tanımlamaktadır.¹³⁰ Tecrit uygulaması, sadece Amerika’da ve ölüm cezası mahkumlarına uygulanan bir şey değildir ve hükümlü üzerindeki olumsuz etkileri üzerinde pek çok çalışma vardır. Yapılan pek çok çalışma, hücre hapsi dışı koşullardaki hapis cezasıyla karşılaştırıldığında hücre hapsinin, psikotik olmayan psikiyatrik hastalıkların gelişimi açısından önemli bir risk faktörü olduğunu ortaya koymaktadır. Bu uygulamanın olumsuz etkileri bu çalışmanın kapsamını aşar nitelikte olduğundan konu üzerinde daha fazla açıklama yapılmayacak ve ölüm koridoru travmasına neden olabilecek diğer etkenler hakkında açıklamalarla devam edilecektir.

Ölüm koridoru ve bunun sonucunda ortaya çıkan travma, tek başına hücre koşullarından kaynaklanmaz; diğer pek çok etkenin de bir araya gelmesiyle oluşur. Ölüm cezası mahkumlarını diğer ömür boyu hapis ve şartlı tahliyesiz ömür boyu hapis cezası alanlardan ayıran belki de en önemli husus; ölüm cezası altında ve bu sürenin infazın ne zaman gerçekleşeceğini bilmeden yaşamaktır.¹³¹ Örneğin, ABD’deki ölüm cezası hükümlülerinin cezanın infaz edilmesini en az 10 yıl, bazıların ise 20 yıldan fazla beklemeleri gerekmektedir.¹³² Kaliforniya Yüksek Mahkemesi 1971 tarihli *People v. Anderson* kararında bu husu-

¹²⁹ Harrison/Tamony, *Death Row Phenomenon*, s. 2. Smith ise bu bileşenleri, zamansal bileşen, fiziksel bileşen ve deneyimsel bileşen olarak tanımlar. Bkz. Smith, *The Anatomy of Death Row Syndrome and Volunteering For Execution*, s. 240.

¹³⁰ Bkz. <http://solitaryconfinement.org/istanbul> (E.T. 15.4. 2024).

¹³¹ Harrison/Tamony, *Death Row Phenomenon*, s. 5

¹³² Bu sürenin bundan yüz yıl önce ortalama birkaç hafta olduğu bilinmektedir. Bkz. Smith, *The Anatomy of Death Row Syndrome and Volunteering For Execution*, s. 248; Patricj Hudson, “Does the Death Row Phenomenon Violate a Prisoner’s Human Rights under International Law?”, *EJIL*, S. 11, (2000), 833-856, s. 834. Ayrıca sürenin artışının grafik üstünde görülebilmesi için bkz. Death Penalty Information Center, *Time on Death Row*, (2022), <https://deathpenaltyinfo.org/death-row/death-row-time-on-death-row>, (E.T. 16.4.2024).

sun ağırlığı hakkında şöyle demiştir: “Ölüm cezasının ağırlığı, yalnızca infazın kendisinde ve infazın yarattığı acı olayda değil, infaz öncesinde hukuka uygun süreç için gerekli olan adli ve idari prosedürlerin yürütüldüğü uzun süreli hapis cezasının insanlıktan çıkarıcı etkilerinde de yatmaktadır. Penologlar ve tıp uzmanları, infazı yerine getirilmesine kadarki sürecin çoğunlukla psikolojik işkence teşkil edecek kadar aşağılayıcı ve insan ruhu açısından gaddarca olduğu hususunda hemfikirdir”.¹³³ Bu belirsizliğin bir sonucu olarak hükümlülerin maruz kaldığı ağır stresi tanımlayan sosyo-psikolojik pek çok çalışma, bu sürecin yoğun zihinsel acıya neden olduğunu ortaya koymaktadır.¹³⁴ Ölüm koridoru olgusunu 3 etmenin bir araya gelmesi olarak tanımlayan Smith, hükmün verilmesi ve infaz arasında geçen süreyi, zamansal bileşen; hükümlünün tutulduğu koşulları ise, fiziksel bileşen olarak tanımlarken, deneyimsel bileşen olarak tanımladığı ve bu olgu için olmazsa olmaz olduğunu belirttiği son bileşen ise ölüm cezası altında yaşamının ağırlığı olan deneyimsel bileşen olduğunu belirtmektedir.¹³⁵

Kavramsal sınırlara rağmen ölüm koridoru olgusunun hükümlüler üzerindeki olumsuz etkileri ortadadır. 2005 yılının şubat ayında Connecticut eyaletinde infazını bekleyen Michael Ross, belirlenen infaz tarihinin ertelenmesi üzerine tüm temyiz başvurularından feragat

¹³³ People v Anderson 493 P 2d (Kaliforniya 1972), prg. 894-895.

¹³⁴ Konu hakkındaki saha çalışmaları, hücre hapsinin fiziksel zorluklarına ek olarak ziyaretleri kısıtlanmış, eğitim hakları ellerinden alınmış, dini ibadet ve dinlenme tesislerine erişimi olmayan bu kişilerin “adeta öldürülecek canlı bedenler gibi muamele gördüğü”nü ortaya koymaktadır. Bu cezaya mahkûm olan kişilerin içinde bulunduğu durumun, ölümcül hastalığı olan kişilere benzediği söylenebilirse de tüm bu etkenlerle birleşince durumlarının içinde tutuldukları koşullar nedeniyle daha da kötüleştiğini söylemek mümkündür. 1990 yılında 1984 yılından beridir infazını bekleyen bir hükümlüyle yapılan birebir görüşmede hükümlü, o güne kadar kendisi için planlanan 7 infaz günü olduğunu, bunların her birinde hayatının son günü olacağını düşündüğü ancak gerçekleşmediği için daha da acı çektiğini, bulunduğu cezaevinde kendisi gibi infazı bekleyen biri daha olup olmadığını bilmediğini, bu durumda olan bir arkadaşının olmasını da aslında istemediğini çünkü onun da her an öldürülebileceğini bildiği için bunun onu daha da strese sokacağını, haftanın üç günü sadece birer saat avlu iznine çıktığını ve bu süreçte bile avluda elleri kelepçeli ve izole şekilde olduğunu söylemiştir. Bkz. Richard Hood, The Death Penalty. A Worldwide Perspective, Clarendon, Oxford 1996. Konu hakkında benzer diğer pek çok örnek için bkz. Harrison/Tamony, Death Row Phenomenon, s. 5-9

¹³⁵ Smith, The Anatomy of Death Row Syndrome and Volunteering For Execution, s. 240.

ederek infazın bir an önce gerçekleştirilmesi için gönüllü olduğunu defalarca açıklamıştır.¹³⁶ Bu koşullar altında feragatnamenin meşru olmayabileceğini öne süren dava hakimi, avukatları Ross'un ehliyetsiz olduğu ihtimalini araştırmaya çağırılmış, avukatlar ise medyaya yaptıkları açıklamada Ross'un ölüm koridoru sendromundan muzdarip olduğunu ve hapis cezasının zor koşullarının yanında ölüm cezasıyla yaşamının psikolojik belirsizliğiyle psikolojisinin beklendiği şekilde olumsuz tepki verdiğini söylemişlerdir.¹³⁷ Ross'un yasal haklarından feragat etmeye yetkin olduğunun tespit edilmesinin ardından, 18 yıl boyunca beklediği infazı 13 Mayıs 2005'te gerçekleştirilmiştir. Ross davası, ABD'de temyizden feragat etme yetkisinin belirlenmesi ve infaz için gönüllü olma isteğiyle ayrılmaz bir şekilde bağlantılı hale gelmiştir. Araştırmalarımızı yaparken karşılaştığımız oldukça güncel bir örnek de, Alabama eyaletinde 6 yıl önce ölüm cezasına çarptırılmış bir hükümlü olan Derrick Dermanın infazın bir an önce gerçekleşmesi için gönüllü olarak yasal haklarından feragat ettiği haberidir.¹³⁸ ABD'de infaz için gönüllü olarak yasal haklarından feragat edenlerin sayısı oldukça fazladır.¹³⁹ Geniş ölçüde kabul gören bu gönüllülük uygulaması, hükümlülerin infaz için yıllarca bekleyerek acı çekmek yerine, yasal süreçte bir miktar kontrol sahibi olmalarına izin vermekte ve bu uygulamanın giderek daha yaygın hale geldiği görülmektedir. Elbetteki infaz için gönüllü olmanın altında yatan pek çok muhtemel sonuç vardır; ancak bu kişilerin pek çoğunun hali hazırda uzun süredir infazın gerçekleştirilmesini bekleyen kişiler olması da ölüm koridoru sendromunun bu karardaki en büyük etkenlerden biri olduğunu söyleyebilmeye olanak tanımaktadır.

¹³⁶ Andrew Cohen, When a Killer Wants to Die: Why? (2005), <https://www.cbsnews.com/news/killer-wants-to-die-why/>, (E. T. 16.4.2024).

¹³⁷ Cohen, When a Killer Wants to Die.

¹³⁸ Emma Tucker/Isabel Rosales/Rebekah Riess, Alabama Man Convicted of Killing 5 People Asos to be Executed: It's the Right Thing to Do, (2024), <https://edition.cnn.com/2024/04/11/us/alabama-death-row-inmate-execution-appeals/index.html>, (E.T. 16.4.2024). Örnekleri çoğaltmak mümkündür. Bkz. Tampa, Steven Lorenzo Sentenced to Death for 2 Tampa Murders, (2023), <https://www.tampabay.com/news/tampa/2023/02/24/steven-lorenzo-death-sentence-tampa-murders-seminole-heights/>, (E.T. 16.4.2024);

¹³⁹ 2023 yılında yapılan bir liste için bkz. Death Penalty Information Center, Execution Volunteers, (2023), <https://deathpenaltyinfo.org/executions/executions-overview/execution-volunteers>, (E.T. 16.4.2024).

Doktrinde sıklıkla tartışılrsa da bugüne kadar hiçbir Amerikan mahkemesi ölüm koridoru olgusunu tartışmamış ancak yukarıda değindiğimiz 1972 tarihli Kaliforniya Yüksek Mahkemesi kararı infazın ertlenmesine ilişkin verdiği kararında benzer bir kavram olan *infaza kadar olan sürede oluşan gecikme sancısına* (*the pain on delay of death row*) yer vermiştir. Bu konunun uluslararası düzeyde tartışıldığı ilk karar ise Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin *Soering/Birleşik Krallık* kararıdır ve dönüm noktası niteliğindeki bu karar tartışılmadan bu konu hakkında yapılan bir tartışma tamamlanmış sayılamaz. O nedenle, çalışmanın bu kısmında bu karar ele alınacaktır.

Soering kararıyla ilgili açıklamalarımıza geçmeden önce kısaca Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Ek Protokol metinlerinde ölüm cezasına ilişkin ne tür düzenlemeler olduğuna bakmakta fayda vardır. AİHS'in *yaşam hakkı* başlıklı 2. maddesinde "*Herkesin yaşam hakkı yasayla korunur. Yasanın ölüm cezası ile cezalandırdığı bir suçtan dolayı hakkında mahkemece hükmedilen bu cezanın infaz edilmesi dışında, hiç kimsenin yaşamına son verilmez*" şeklindeki düzenlemeyle Sözleşme'nin yürürlüğe girdiği 3 Eylül 1953 tarihinde ölüm cezasına ilişkin bir yasak getirmediği görülmektedir. 1983 yılında yürürlüğe giren 6 No'lu Ek Protokol savaş zamanı dışında ölüm cezasını¹⁴⁰, 2002 yılında yürürlüğe giren 13 No'lu Ek Protokol ise ölüm cezasını her tür durumda kaldırmak yolunda son bir adım atarak, savaş dönemi dahil olmak üzere bu cezayı yasaklamaktadır.¹⁴¹ Bu Protokollere çekince koymak mümkün değildir.

AİHS'in yürürlüğe girdiği dönemde ölüm cezasının uygulanması yasaklanmamış olduğu halde, şu an varılan noktada ölüm cezasının infazını kademeli olarak kaldıran Ek Protokolleri usulüne uygun olarak onaylayan Devletler açısından, ölüm cezasının uygulanması artık mümkün değildir. Sözleşme'ye ek 13 No'lu Ek Protokol hiçbir şart al-

¹⁴⁰ 1983 yılında yürürlüğe giren 6 No'lu Ek Protokolün 1. maddesi, "Ölüm cezası kaldırılmıştır. Hiç kimse bu cezaya çarptırılmaz ve idam edilemez" şeklindeyken, 2. maddesi ise "Bir devlet, yasalarında savaş veya yakın savaş tehlikesi zamanında işlenmiş olan fiiller için ölüm cezasını öngörebilir; bu ceza ancak yasanın belirlediği hallerde ve onun hükümlerine uygun olarak uygulanabilir. İlgili devlet, söz konusu yasanın bu duruma ilişkin hükümlerini Avrupa Konseyi Genel Sekreteri'ne bildirir" şeklindeki düzenlemeyle savaş zamanında ölüm cezasını düzenlemektedir.

¹⁴¹ Durmuş Tezcan/Mustafa Ruhan Erdem/Oğuz Sancakdar/Rifat Murat Önok, İnsan Hakları El Kitabı, Seçkin, Ankara 2024, s. 109 vd.

tında ölüm cezasının uygulanmayacağını kesin bir dille ve tartışmaya kapalı olarak ortaya koymaktadır.¹⁴² Eğer bir taraf devlet, bu Protokole rağmen ölüm cezasını tekrar ihdas ederse, bunun tek bir yolu vardır, o da Sözleşme düzeninden çekilmektir.¹⁴³

Victor Hugo'nun *Bir İdam Mahkumunun Son Günü* romanı, beş haftadır idam edilmeyi bekleyen bir mahkûmun son gününü konu alır. Eser bu yönüyle, ölüm koridoru olgusunun edebi bir portresini çizmektedir. İşte 1988 yılında Avrupa İnsan Hakları Komisyonu'na yapılan *Soering* başvurusu tam da bu durumla ilgilidir. Başvuran kasten öldürme suçu sanığı Soering, İngiltere'den ABD'ye iade edilmesi durumunda ölüm cezasına çarptırılacağı ve bu cezanın infaz edilmesine kadar çok uzun bir süre beklemek zorunda kalacağını ve bu türden ağır bir muamelenin Sözleşme'nin 3. maddesinin ihlali anlamına geleceğini iddia etmiştir.¹⁴⁴ Bu konuyu Sözleşme'nin işkence yasağını düzenleyen 3. maddesi çerçevesinde ele alan Mahkeme,¹⁴⁵ ölüm kori-

¹⁴² Sözleşme'ye Ek 13 No'lu Protokol ise 2003 yılında yürürlüğe girmiştir. Bu Protokolün birinci maddesi 6 No'lu Protokolün 1. maddesiyle aynıdır ancak bu Protokol'ün temel özelliği ölüm cezasını her koşulda kaldırmasıdır. 2004 yılında Protokol'ü imzalayan Türkiye Cumhuriyeti, 6 Ekim 2005 tarih ve 5409 sayılı Onaya Uygun Bulma Kanunu ile iç hukukunun parçası haline getirmiştir. Protokol, Türkiye bakımından 1 Haziran 2006 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Bugün itibarıyla Protokol'ü 45 devlet imzalamış ve onaylamıştır. Azerbaycan ise, 8 Mart 2023'te imzalamış ancak henüz onaylamamıştır. Tüm imzacı devletler için bkz. <https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list?module=signatures-by-treaty&treatynum=187> (E.T. 16.5.2024).

¹⁴³ Abdurrahman Saygılı, "Yaşam Hakkı Üzerine Düşünceler", *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, S. 10, C. 2, 539-547, s. 544.

¹⁴⁴ "Başvurucu, Devlet Bakanlığı'nın kendisini Birleşik Devletlere geri gönderme kararının uygulanmasının bir sonucu olarak maruz kalacağı koşullar ard arda geldiğinde, iade edilmesinin Sözleşme'nin 3. maddesini ihlal edecek türden ağır bir muamele oluşturacağını ileri sürmüştür. Başvurucu özellikle, bir ölüm cezası verildikten sonra yapılan üst başvuru ve denetim usullerindeki gecikmeler sırasında, giderek artan bir gerilime ve psikolojik travmaya tabi tutulacağını belirtmiştir. Kendisinin dediğine göre yargıç veya juri cezayı belirlerken, tanığın suçun işlendiği tarihteki yaşını veya zihinsel durumunu dikkate almak zorunda değildir; yaşı, rengi ve milliyeti nedeniyle şiddete ve cinsel saldırılara uğramayı beklediği Mecklenburg Cezaevi'ndeki ölüm koridoru'nda çok ağır koşullarda tutulacaktır ve sürekli olarak kendisini infaz töreninde infaz edilirken hayal edecektir." AİHK'in 8. 7. 1988 tarihli *Soering/Birleşik Krallık kararı*, BN. 14038/88, prg. 105.

¹⁴⁵ Sözleşme'nin 3. maddesine göre, "Hiç kimse işkence veya insanlık dışı veya küçük düşürücü muameleye veya cezaya maruz bırakılamaz." İşkence ve benzeri muamelelere maruz kalmama, herkes için vazgeçilmez ve mutlak olarak korun-

doru olgusundan yola çıkarak 3. maddenin ihlaline hükmetmiş, ölüm cezasının kendisinin Sözleşme'ye aykırı olduğunu incelemeye gerek görmeyip sadece infaz koşulları üzerinde durarak, somut olayda bunların 3. maddeye aykırılık teşkil edeceğine karar vermiştir. Soering'in ABD'ye iade edilmesi durumunda çok büyük olasılıkla ölüm cezasına çarptırılacağı ve ABD'nin bu cezanın infaz edilmeyeceğine dair yeterli güvenceyi de vermediğinin altını çizen Mahkeme, konumuz açısından çok önemli birkaç hususun altını çizmiştir. Öncelikle, 3. madde anlamında "insanlık dışı ya da aşağılayıcı muamele" den söz edebilmek için muhakkak fiziksel acının şart olmadığı; mahkûmun maruz kalacağı şiddet nedeniyle hissedeceği korkunun yol açtığı zihinsel kaygının da maddenin ihlaline yol açacağını belirtmiştir. Bu durumda Soering, ABD'ye iade edilmesi halinde "süregiden bir ölüm gölgesi altında yükselen bir tansiyon ve gerilimle yaşayacaktır" vurgusunu yapan Mahkeme, olaydaki koşullar altında gerçekleşecek bir iadenin Soering'i "ölüm bekleyişi olgusu"yla karşı karşıya bırakacağından ve bu durumun Soering'de yol açacağı ağır psikolojik etkilerin insanlık dışı muamele teşkil edeceğinden ötürü, iadenin gerçekleşmesinin 3. maddeye aykırılık teşkil edeceğine karar vermiştir.¹⁴⁶

Çalışmamızın bu bölümünün temelinde ölüm koridoru olgusu üzerinde durulmuş olsa da yeri gelmişken AİHM'in yakın tarihli pek çok kararında ölüm cezasının başlı başına kendisinin insanlık dışı ve küçük düşürücü mahiyette değerlendirilebileceğine ve dolayısıyla kişinin bu cezayla karşılaacağı ülkeye iade edilmesinin Sözleşme'ye aykırılık teşkil edeceğine karar verdiği pek çok karar verdiği de belirtilmelidir.¹⁴⁷ Bu kararlardan bazıları Türkiye aleyhine yapılmış baş-

ması gereken (non derogable right) bir haktr. 3. madde yalnızca en yoğun acılar veren işkence kavramını kapsamakla kalmaz, aynı zamanda fiziksel bütünlükten insan onuruna karşı pek çok saldırı türüne karşı güvence getirir. AİHS'in 3. maddesi hakkında detaylı bir inceleme için bkz. Derya Altınok Vilemin, "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Hürriyeti Bağlayıcı Cezalarda Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 3'üncü Maddesi ile İlgili İhlal Kararları Üzerine Değerlendirmeler", *Fasikül Hukuk Dergisi*, S. 111, C. 11, (2019), 553-577.

¹⁴⁶ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin İngiltere'ye karşı 7.7.1989 tarihli Soering kararı, BN. 14038/88, prg. 100-106. Kararın detaylı analizi için bkz. Stephen Breitenmoser/Gunter Wilms, "Human Rights v. Extradition: The Soering Case", *Michigan Journal of International Law*, S. 11, C. 3, (1990), 846-886.

¹⁴⁷ Örneğin, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin İngiltere'ye karşı 2.3.2010 tarihli Al-Saadon kararı, BN. 61498/08.

vurulardır. Örneğin, *Jabari/Türkiye* kararında, başvurucunun İran'a sınır dışı edilmesi kararının AİHS'in 3. maddesini ihlal ettiği sonucuna varılmıştır. Mahkeme'ye göre İran'da isnat olunan suçtan recm cezasına çarptırılma tehlikesi olduğu için başvurucunun bu ülkeye gönderilmesi AİHS'in 3. maddesini ihlal eder.¹⁴⁸

IV. TÜRKİYE VE KUZEY KIBRIS TÜRK CUMHURİYETİ'NDE MEVCUT DURUM

A. TÜRKİYE

Cumhuriyet tarihinde TBMM tarafından onaylanan ve infazı gerçekleştirilen 15'i kadın 712 kişi vardır.¹⁴⁹ Türkiye'de son infaz 1984 yılında gerçekleştirilmiş olup, bu tarihten sonra verilen hükümlerin infazı gerçekleştirilmemiş, ölüm cezasına çarptırılanların dosyalarının bekletilmesi yoluyla infazın gerçekleştirilmemesi yoluna gidilmiştir.¹⁵⁰ Türkiye'de infazlar asarak gerçekleştirilmiştir ve Cumhuriyet'in ilk yıllarında halka açık gerçekleştirildiği örnekler de vardır.¹⁵¹

Çalışmanın kapsamını daha fazla genişletmemek amacıyla yalnızca 1982 Anayasası ve Türkiye'de ölüm cezasının tamamen kaldırıl-

¹⁴⁸ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Türkiye'ye karşı 11.7.2000 tarihli *Jabari* kararı, BN. 40035/98. Benzer şekilde *Mamatkulov ve Askarov/Türkiye* kararında, Özbekistan'a iadesi istenen kişilerin, orada ölüm cezasına çarptırılacaklarına dair ciddi bir risk olmasından bahisle başvuruçular iadenin gerçekleşmesinin AİHS'in 3. maddesini ihlal edeceğini iddia etmişlerdir. Türkiye ise, Özbekistan hükümetinden ölüm cezasına hükmedilmeyeceği, işkence veya insan dışı muameleye maruz bırakılmayacakları ve ölüm cezasına çarptırılırsa bile bu cezanın infaz edilmeyeceğine ilişkin güvence aldıkları için iadenin gerçekleştirildiğini savunmuştur. Mahkeme, 3. maddenin ihlal edileceğine dair yakın ve ciddi bir risk olduğu ispatlanmadığı için bu maddeden ihlal vermemişse de 34. maddenin ihlal edildiğine karar vermiştir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Türkiye'ye karşı 4.2.2005 tarihli *Mamatkulov ve Askarov* kararı, BN. 46827/99 VE 46951/99.

¹⁴⁹ Cumhuriyet tarihinde ölüm cezasına çarptırılan kadınlar hakkında detaylı bir çalışma için bkz. Tekin İdem, "Cumhuriyet Döneminde Kadın Mahkumlara Verilen İdam Cezaları", *Manas Sosyal Araştırmalar Dergisi*, S. 2, C. 11, (2022), 727-743.

¹⁵⁰ Bu konuda TBMM'de bekletilen 500 kadar ölüm cezası dosyası 1991 yılında çıkarılan bir afa 10 yıl ağır hapse döndürülmüştür. Durmuş Tezcan, "Türkiye'de Ölüm Cezasının Kaldırılmasında Türk Ceza Kanunu Reform Komisyonu'nun Rolü", *Fa-sikül Hukuk Dergisi*, S. 36, C. 4, (2012), 11-12, s. 11.

¹⁵¹ İdem, Cumhuriyet Döneminde Kadın Mahkumlara Verilen Ölüm Cezaları, s. 727-730.

masına giden süreci kısaca ele alacak olursak, 1990'lı yılların sonu ve 2000'li yılların başındaki demokratikleşme ve AB uyum süreçlerinin Türkiye'de ölüm cezasının kaldırılması sürecinde oldukça etkili olmuştur. Türkiye, ölüm cezasıyla ilgili, ilk olarak Avrupa Konseyi'nin hazırlayıp imzaya açtığı Ek Protokollerden önce 6 No'lu Protokol'ü 26.3.2003 tarih ve 4913 sayılı Kanun'u imzalayarak ve ardından 13 No'lu Protokol'ü 6.10.2005 tarih ve 5409 sayılı Kanun'u imzalayıp yürürlüğe koyarak tüm koşullarda ölüm cezasını kaldırmıştır.¹⁵² Bunlara uyumlu olarak da 2001 ve 2004 Anayasa değişikliklerinde Anayasa'nın 17 ve 38. maddelerinde değişikliklere giderek bu gelişmelere ayak durulmuştur.

Türkiye'nin gündeminde ölüm cezasının geri getirilmesine dair tartışmalar zaman zaman gündeme gelmektedir.¹⁵³ Bu tartışmalar özellikle toplumsal infial yaratan olaylar sonrasında alevlenmektedir. Belirtilmesi gerekir ki, her şeyden önce, AİHS m. 15'e dayalı bir "*yü-kümlülükleri askıya alma*" beyanı, savaş sırasında işlenen fiiller hariç olmak üzere, yaşama hakkını kapsamayacaktır.¹⁵⁴ Bu bakımdan, OHAL veya sıkıyönetim ilanı gibi durumlarda dahi ölüm cezası yasağının

¹⁵² Tezcan/Erdem/Sancakdar/Önok, İnsan Hakları El Kitabı, s. 109-110.

¹⁵³ Örneğin, 2017 yılında Cumhurbaşkanı ölüm cezasıyla ilgili şu ifadeleri kullanmıştır: "Parlamentoya bu talep gelir, Parlamento kabul eder veya etmez. Ederse bununla ilgili adımlar atılır ama etmezse o zaman da söyleyecek hiçbir şeyimiz yok. Burada bir gerçeğini vurgulayalım. Bakını şu anda biz 53 senedir Avrupa Birliği'nin kapısındaız. Biz idam cezasını kaldırdık da ne değişti". Bkz. BBC News Türkçe, Erdoğan: İdam Cezasını Kaldırdık da Ne Değişti? (2017), <https://www.bbc.com/turkce/haberler-turkiye-36890707>, (E.T. 23.4.2024); 2019 yılında, "önüme gelirse imzalarım" diyerek insan hakları ve Avrupa Birliği gerekçeleriyle ölüm cezasının kaldırılmasını bir kez daha eleştirmiştir. Kadın cinayetlerine ilişkin ise "benim gölüm idamdan yana" diyerek kadın cinayetleri için ölüm cezasının getirilmesinden yana olduğunu belirtmiştir. Bkz. BBZ News Türkçe, İdam Cezası Tartışmaları: Siyasi Partiler Ne diyor, (2019), <https://www.bbc.com/turkce/haberler-turkiye-49521681>, (E.T. 24.4.2024). 2021 yılında bir siyasi parti lideri, "idam cezasının hukuk mevzuatımıza tekrar alınması, iğrenç ve ilkel suçların işlenmesini caydırabilecektir" diyerek ölüm cezasının geri getirilmesi gerektiğini belirtmiştir. Bkz. Independent Türkçe, Devlet Bahçeli: İdam Cezasının Hukuk Mevzuatımıza Tekrar Alınması, İğrenç ve İlkel Suçların İşlenmesini Caydırabilecektir, (2021), <https://www.indyturk.com/node/237421/siyaset/devlet-bah%C3%A7eli-idam-cezas%C4%B1n%C4%B1n-hukuk-mevzuat%C4%B1m%C4%B1za-tekrar-al%C4%B1nmas%C4%B1-i%C4%9Fren%C3%A7-ve-ilkel>, (E.T. 24.4.2024).

¹⁵⁴ Tezcan/Erdem/Sancakdar/Önok, İnsan Hakları El Kitabı, s. 109-110, 905 vd.

geçerli olacağı belirtilmelidir. Türkiye’de ölüm cezası geri getirilmek istenirse bu ancak Sözleşme’den çekilmek gibi ekstrem bir adım atılarak mümkün olabilir. Ancak böyle bir senaryoda dahi AİHS m. 58/1 çerçevesinde 6 aylık bir ihbar süresi sonunda bu ihbar geçerli olacaktır. Böylesi bir durumda bile 58. maddenin 2. fıkrasına göre, “*Bu fesih işlemi, feshin etki doğurduğu tarihten önce gerçekleşmiş ve yükümlülüklerin ihlali niteliğinde sayılabilecek olabilecek bir olan bir olayla ilgili olarak, söz konusu Yüksek Sözleşmeciler Taraf’ın bu Sözleşme’den doğan bu yükümlülüklerinden kurtulması sonucunu doğuramaz*” denildiğinden geçmişte meydana gelmiş olaylar açısından, uluslararası hukuku ihlal etmeksizin ölüm cezasının uygulanabilmesi mümkün değildir.¹⁵⁵

B. Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti

Kıbrıs adasında 1962’den beridir ölüm cezası uygulanmamıştır. 1983 yılında kurulan Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti’nin (KKTC) 1985 tarihli Anayasası ve Fasil 154 Ceza Yasası’nda ise ölüm cezası adeta *unutulmuş maddeler* olarak varlığını sürdürmektedir

KKTC Anayasası’nın Hayat ve Vücut Bütünlüğü Hakkı başlıklı 15. maddesinin ilk iki fıkrası şu şekildedir: “(1) Herkes, hayat ve vücut bütünlüğü hakkına sahiptir. (2) Yasanın ölüm cezası ile cezalandırdığı bir suçtan dolayı hakkında yetkili bir mahkemece verilen bir hükmün yerine getirilmesi dışında kimsenin hayatına son verilemez. Yasa böyle bir ceza-yı, ancak savaş halinde vatana ihanet, devletlerarası hukuka göre korsanlık ve tedhiş suçları için veya müebbet hapis cezası gerektiren bir suçtan mükerrer mahkumiyet halinde koyabilir”. Bu düzenlemeye göre, yasa böyle bir ceza-yı ancak üç durumda uygulanabilmektedir. Bunlar, savaş halinde vatana ihanet suçu, uluslararası hukuka göre korsanlık ve terör suçları ve müebbet hapis cezası gerektiren bir suçtan mükerrer mahkumiyettir. Türkiye ile bir karşılaştırma yapmak gerekirse, burada ilk dikkat çeken hususun ölüm cezasının zamanına göre oldukça sınırlı tutulmuş olmasıdır. Zira, Türkiye’de 2001 Anayasa değişikliğine ka-

¹⁵⁵ 2018 yılında Avrupa Konseyi, ölüm cezasının geri gelmesi halinde Türkiye’nin Avrupa Konseyi üyeliğinin sonlandırılacağı uyarısında bulunmuştur. Bkz. Euro-news, Avrupa Konseyi Yine Uyardı: İdam Cezası Geri Gelirse Türkiye’nin Üyeliği Biter, (2018), <https://tr.euronews.com/2018/08/10/avrupa-konseyi-yine-uyardi-idam-cezasi-geri-gelirse-turkiye-nin-uyeligi-biter> (E. T. 22. 4. 2024).

dar Türkiye’de böyle bir sınırlama yoktu. 2001 Anayasa değişikliği, savaş, çok yakın savaş ve terör suçları dışında ölüm cezasını kaldırmıştır (AY. m. 38/7). Savaş ve çok yakın savaş tehdidi, ölüm cezasının AİHS’e Ek 6 No’lu Protokolde yer alan istisnalarıydı. Buna karşılık terör suçu istisnasına bu Protokolde yer verilmemişti. KKTC Anayasası ise, bu tür suçları dahi “devletlerarası hukuka göre korsanlık ve tedhiş” olarak daha dar tutmuştur. Ancak yukarıda da değindiğimiz üzere bugün tüm Avrupa’da ölüm cezası koşulsuz ve istisnasız olarak kaldırılmıştır. Nitekim 2014 Anayasa değişikliği girişiminde ölüm cezası her koşulda kaldırılmak istenmiştir. Bu değişiklik girişimi halkoylamasında reddedilmiş ve ölüm cezasının her koşulda kaldırılması ve daha pek çok değişiklik hayata geçirilememişse de, Ceza Yasası’nda ceza türleri arasında yer alan ölüm cezası (m. 27) 20/2014 Sayılı Yasa ile kaldırılmış ve aynı değişiklik yasası ile daha önce “ceza yasasında bazı suçlar için öngörülmüş bulunan ölüm cezaları yaşam boyu hapse dönüştürülmüştür” ifadesi eklenmiştir. Anayasa’ya eklenen geçici 13. madde ile ise “Anayasanın 15. maddesinin (2). fıkrasında öngörülen ölüm cezaları dışında, yürürlükteki mevzuatta ölüm cezasını gerektiren suçlar için öngörülen ölüm cezaları, bu Anayasanın yürürlüğe girdiği tarihten başlayarak, müebbet hapse dönüştürülür” ifadesi eklenmiş ve bu cezanın uygulama alanı sınırlandırılmıştır. Dolayısıyla, 15. maddenin 2. fıkrasında ölüm cezası varlığını istisnai de olsa korumaktadır diyebiliriz. Şu anda Kuzey Kıbrıs’taki cezaevlerinde ölüm cezasına çarptırılan bir hükümlü bulunmamaktadır.

Türkiye ve Kıbrıs’ın kuzeyinde 2023 yılında yapılan güncel bir ankette, ankete katılan Kıbrıslı Türklerin büyük çoğunluğu ölüm cezasının savunulamaz olduğu yönünde fikir beyan ederken, ankete katılan Türk vatandaşları ise ölüm cezası hakkında çok daha az muhalefet göstermiştir.¹⁵⁶

SONUÇ

Profesör Callahan, Romalılar hakkında şöyle yazmıştır: “Romalıların vahşet konusunda mükemmel bir dehası vardı. Onlar, köprü inşa etmekte

¹⁵⁶ Robert McGee/Yanira Petrides, “Current Thinking on Some Social and Moral Issues: A Comparative Study of Turkey and Cyprus”, *Uluslararası Sosyal, Siyasal ve Mali Araştırmalar Dergisi*, S. 1, C. 4, (2024), 1-14, s. 10.

ve insanları öldürmekte iyiydiler ve bu ikinci hususta Akdeniz havzasındaki hiç kimsenin daha önce görmediği kadar iyiydiler”.¹⁵⁷ Roma’daki ceza sistemine bakıldığında verilen cezaların eşitsiz ve acımasız olduğu görülür; ancak yetersiz kaynakların bulunduğu antik çağın diğer uygarlıklarında da Roma’dakine benzer sosyal sınıfların, sert cezalandırma yöntemlerinin ve ölüm cezalarının olduğunu diğer kavimlerin kayıtlı tarihlerinden anlaşılabilir. Çalışmamız kapsamında incelediğimiz gerek Roma, gerekse Osmanlı’da uygulanan çoğu infaz yönteminin yalnızca mahkum edilen kişiyi sadece hayattan koparmak değil, aynı zamanda yaşayanlara gözdağı vererek benzer davranışlarda bulunmamaları için korkutma amacı taşıdığını bu nedenle de son derece “yaratıcı” yöntemlere başvurulduğunu söyleyebiliriz. Durkheim’a göre, bir toplum ne kadar az gelişmişse ve merkezi iktidar ne kadar mutlak ise cezalar da o ölçüde sertleşmektedir.¹⁵⁸

İnsan hakları konusunda taviz vermeyen ülkeler bu cezayı artık gayri insani olarak görmekteyken, ne yazık ki yaşam hakkıyla bağdaşmayan bu cezayı dünya üzerinde halen uygulayan ülkeler mevcuttur. Suç işlemeyi caydırdığına dair bir kanıt olmaması ve masum bir insanın öldürülmesinden sonra bunun anlaşılması durumunda geri döndürülemez olması nedeniyle kabul edilemez bir risk yaratmaktadır. Ölüm cezasının uygulama alanını genişletmek ve yeni infaz yolları türetmek yerine, devletler bu cezanın kaldırılmasına yönelik kesin adımlar atmalıdır.

Ölüm cezasını uzun zaman önce kaldıran Türkiye’de ve mevzuatta olmasına rağmen moratoryum ve Anayasa Mahkemesi kararlarıyla bu cezayı çok uzun yıllardır uygulamayan Rusya gibi ülkelerde dahi ölüm cezasının geri getirilmesi konusunda talep ve tartışmalar dönem dönem gündeme gelmektedir. KKTC’de ölüm cezasına ilişkin bir tartışma ortamı olmadığını, olsa bile taraftar bulmayacak kadar cılız olacağını, belirtmek isteriz. Ne var ki, Anayasa’da istisnai de olsa bulunması düşündürücüdür. Ölüm cezasının ve infaz yöntemlerinin belki de en çok tartışıldığı ülke ise bu cezayı halen uygulayan ABD’dir. Bu konudaki tüm çarpık düzenlemelerin ve uygulamaların tek ve kesin

¹⁵⁷ Facts and Details, Punishments in Anciment Rome.

¹⁵⁸ Cahit Can, Hukuk Sosyolojisinin Antropolojik Temelleri ve Genel Gelişim Çizgisi, Siyasal Kitabevi, Ankara 2011, s. 56.

çözümü, söz konusu cezanın tamamen ortadan kaldırılmasıdır. Zira, bu ceza lehine ileri sürülen hiçbir gerekçe haklı görülemez.

Çalışmayı, Beccaria'nın 18. Yüzyıl'da kaleme aldığı Suçlar ve Cezalar Hakkında kitabındaki, "*İnsanları hiç de iyi bir konuma getirmemiş olan ölüm cezasının bu yararsız yaygınlığı, iyi örgütlenmiş bir devlette ölüm cezasının gerçekten yararlı ve adil olup olmadığını incelemeye sürükledi, beni. Kendi benzerlerini öldürmeleri, boğazlamaları nasıl bir hak olabiliyor ki, insanlar bunu ellerinde tutabiliyorlar?*" ifadeleriyle bitirmek belki de en anlamlısı olacaktır.¹⁵⁹

Kaynakça

Kitaplar

- Aziz Mehmed, Osmanlı Ceza Hukuku, Oniki Levha, İstanbul 2020.
- Beccaria Cesare, Suçlar ve Cezalar Hakkında, (Çeviren: Sami Selçuk), İmge Kitabevi, Ankara 2013.
- Can Cahit, Hukuk Sosyolojisinin Antropolojik Temelleri ve Genel Gelişim Çizgisi, Siyasal Kitabevi, Ankara 2013.
- Dönmezer Sulhi/Erman Sahir, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, Genel Kısım, Cilt II, Beta, İstanbul 1999.
- Erdoğan Ahmet, Suç ve Ceza: Osmanlı Toplumunda Bireysel Suçlar ve Cezalar (1559-1609), Yayınlanmamış Doktora Tezi, (2019).
- Hood Richard, The Death Penalty. A Worldwide Perspective, Clarendon, Oxford 1996.
- Hugo Victor, Bir İdam Mahkumunun Son Günü, Can Yayınları, İstanbul 2014, 15.
- Schlink Bernhard, Geçmişe İlişkin Suç ve Bugünkü Hukuk, Dost Kitabevi Yayınları, Ankara 2012.
- Tezcan Durmuş/Erdem Mustafa Ruhan/Sancakdar Oğuz/Önok Rifat Murat, İnsan Hakları El Kitabı, Seçkin, Ankara 2024.
- Türkoğlu Halide Gökçe, Roma Hukukunda Suç ve Ceza, Albi Yayınları, İzmir 2014.

Makaleler

- Altınok Villemin Derya, "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Hürriyeti Bağlayıcı Cezalarda Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 3'üncü Maddesi ile İlgili İhlal Kararları Üzerine Değerlendirmeler", *Fasikül Hukuk Dergisi*, S. 111, C. 11, (2019), 553-577.
- Baba Yasemin, "Klasik Dönem Osmanlı Hukukunda Hırsızlık Suçunun Hüküm ve Sonuçları", *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, S. 1, C. LXXI, (2013), 79-106.

¹⁵⁹ Cesare Beccaria, Suçlar ve Cezalar Hakkında, (Çeviren: Selçuk Sami), İmge Kitabevi, Ankara 2013, s. 135.

- Breitenmoser Stephen/Wilms Gunter, "Human Rights v. Extradition: The Soering Case", *Michigan Journal of International Law*, S. 11, C. 3, (1990), 846-886.
- Cilliers Louise, "The History and Pathology of Crucifixion", *South African Medical Journal*, (2003), 93(12), 938-941.
- Craig Keener, "Brood of Vipers", *Journal for the Study of the New Testament*, S. 28/1, (2022) 3-11.
- Fulin Neslihan, "Osmanlı'da Rüşvet ve Cezası", *Akademik Tarih ve Araştırmalar Dergisi*, S. 1, C. 1, (2019), 26-35.
- Göregen Mustafa/Turan Gönül, "Yahudilikte Zina Suçunun Karşılığı Olan Recm'in İnsan Hayatı ve Ailenin Kutsallığı Bağlamında İncelenmesi", *Kafkas Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi*, S. 10, C. 5, (2018), 70-92.
- Harrison Karen/Tamony Anouska, "Death Row Phenomenon and Death Row Syndrome and Their Effect on Capital Cases in the USA", *Internet Journal of Criminology*, (2010).
- Hudson, Patrick, "Does the Death Row Phenomenon Violate a Prisoner's Human Rights under International Law?", *European Journal of International Law*, S. 11, (2000), 833-856, s. 834.
- Hüseyinoğlu Emin, "Rusya Federasyonu Ceza Hukukunda Ölüm Cezası", *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, S. 2, (2020), 427-444.
- Hüseyinoğlu Emin/Dağ Asiye Nursen, "Ölüm Cezası Hakkında Güncel Bir Değerlendirme", *Akademik Düşünce Dergisi*, S. 5 (Bahar), (2022),47-84.
- İdem Tekin, "Cumhuriyet Döneminde Kadın Mahkumlara Verilen İdam Cezaları", *Manas Sosyal Araştırmalar Dergisi*, S. 2, C. 11, (2022), 727-743.
- Koroğlu Mehmet, "Hukuk Tarihi Açısından Ölüm Cezası ve İnfaz Şekilleri", *İslam Hukuku Araştırmaları Dergisi*, S. 17, (2011), 309-322.
- Lyubimov Alexey, "On the Death Penalty in Russia", *Criminal Law Review*, S. 52, (2014), 65-70.
- McGee Robert/Petrides Yanira, "Current Thinking on Some Social and Moral Issues: A Comparative Study of Turkey and Cyprus" *Uluslararası Sosyal, Siyasal ve Mali Araştırmalar Dergisi*, S. 1, C. 4, (2024), 1-14.
- Saygılı Abdurrahman, "Yaşam Hakkı Üzerine Düşünceler", *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, S. 10, C. 2, (2019), 539-547.
- Semukhina Olga/Galliher John, "Death Penalty Politics and Symbolic Law in Russia", *International Journal of Law, Crime and Justice*, S. 37, C. 4, (2009), 131-154.
- Smith Barry Damian, "The Trauma of the Cross: How the Followers of the Jesus Came to Understand the Crucifixion", *Paulist Press*, 1999.
- Smith Amy, "Not Waiwing But Drowning: The Anatomy of Death Row Syndrome and Volunteering For Execution", *The Boston University Public Interest Law Journal*, S. 17, (2008), 237-254.
- Somer Pervin, "Roma İmparatorluğu'nda Seçim Yolsuzlukları ve Ambitus", *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, Prof. Dr. Bülent Tahiroğlu'na Armağan, (2017), 33-54.
- Osmanağaoğlu Cihan, "Klasik Dönem Osmanlı Hukukunda Zina Suçu ve Cezası", *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, S. 1, C. LXV1, (2008), 109-178.

- Özkan Zeynep, "Rusya Federasyonu Anayasal Düzeninde Ölüm Cezası ve Anayasa Mahkemesi'nin Rolü", *Uluslararası Afro Avrasya Araştırmaları Dergisi*, S. 7, C. 4, (2019), 123-143.
- Tahiri Savrul Eslam, "Afganistan Medreselerinde Okutulan Eserler Hakemliğinde Medyada Popüler Bir Tartışma Konusu Olarak Recm- Afganistan Örneği", *Universal Journal of Theology*, S. 2, C. 5, (2020), 358-386.
- Tekeli İmran, "Yabancı Seyyahların Gözüyle Osmanlı Toplumunda Suç ve Ceza", *Osmanlı Mirası Araştırmaları Dergisi*, S. 8, C. 4, (2017), 183-202.
- Tezcan Durmuş, "Türkiye'de Ölüm Cezasının Kaldırılmasında Türk Ceza Kanunu Reform Komisyonu'nun Rolü", *Fasikül Hukuk Dergisi*, S. 36, C. 4, (2012), 11-12.
- Tucker Emma/Rosales Isabel/Riess Rebekah, "Alabama Man Convicted of Killing 5 People Asos to be Executed: It's the Right Thing to Do", (2024).
- Türkoğlu Özdemir, Gök "Roma Hukukunda Rüşveti Engellemeye Yönelik Düzenlemeler", *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Özel Sayı (2007), 1179-1213.
- Van den Berg Ger, "The Soviet Union and the Death Penalty", *Soviet Studies*, S. 35, C. 2, (1983), 154-174.
- Yüksel Ece, "Osmanlı Cellatları", *Yeditepe Üniversitesi Tarih Bölümü Araştırma Dergisi*, S. 1, C. 1, (2017), 78-84.
- Wilinski A, "Roma Ceza Hukuku ve Ceza Usul Hukukuna Bir Kuşbakışı", (Çeviren Erdoğan B) *Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, S. 1, (1983), 329-335.

İnternet Kaynakları

- BBC News Türkçe, "İran'a Recmi Durdur" Çağrısı, (2008), <https://www.bbc.co.uk/turkish/news/story> (E.T. 10.4.2024).
- BBC News Türkçe, İran'da Recm Hakkında Yazan Yazara Hapis Cezası, (2016), <https://www.bbc.com/turkce/haberler-dunya-37581953>, (E.T. 10. 4. 2024).
- BBC News Türkçe, Erdoğan: İdam Cezasını Kaldırdık da Ne Değişti? (2017), <https://www.bbc.com/turkce/haberler-turkiye-36890707>, (E.T. 23.4.2024).
- BBC News Türkçe, İdam Cezası Tartışmaları: Siyasi Partiler Ne diyor, (2019), <https://www.bbc.com/turkce/haberler-turkiye-49521681>, (E.T. 24.4.2024).
- BBC News Türkçe, İdam Cezası Kaç Ülkede Uygulanıyor, En Fazla Hangi Ülkelerde İnfaz Ediliyor?, (2024), <https://www.bbc.com/turkce/articles/c035pl6g1yeo#:~:text=Uluslararası%20Af%20C3%96rg%3BCt%3BC'ne%20g%3B6re%2011%20C3%BC%20devam%20olarak%20idam,ancak%20bu%20bu%20bu%20C4%9F%20C4%B1ms%20C4%B1z%20kaynaklardan%20do%20C4%9Ffrulanam%20B1yor.> (E.T. 10. 4. 2024). Bianet, Af Örgütü'nden Brunel'deki Recm Yasasına Tepki, (2019), [-nden-brunei-deki-recm-yasasina-tepki-207127](https://www.bianet.org/brunei-deki-recm-yasasina-tepki-207127) (E.T. 10.4.2024).
- CBS NEWS, Missouri Death Row Inmate Brian Dorsey Executed Arter Supreme Court Rejects Bide to Interneve, 2024, <https://www.cbsnews.com/news/brian-dorsey-execution-supreme-court/> (E.T. 12.4.2024).
- CBS NEWS, Missouri Death Row Inmate Brian Dorsey Executed Arter Supreme Court Rejects Bide to Interneve, 2024, <https://www.cbsnews.com/news/brian-dorsey-execution-supreme-court/> (E.T. 12.4.2024).

- Cohen Andrew, When a Killer Wants to Die: Why?, (2005), <https://www.cbsnews.com/news/killer-wants-to-die-why/>, (E. T. 16.4.2024).
- Death Penalty Information Center, Time on Death Row, (2022), <https://deathpenalty-info.org/death-row/death-row-time-on-death-row>, (E.T. 16.4.2024).
- Diken, Sudan’da Bir Kadına Recm Cezası, 2022, <https://www.diken.com.tr/sudanda-bir-kadina-recm-cezasi/> (E.T. 10.4.2024).
- EU Neighbourhood East, New Death Sentence in Belarus: EU Reaffirms Unequivocal Opposition to Death Penalty in All Cases, (2023), <https://euneighbourseast.eu/news/latest-news/new-death-sentence-in-belarus-eu-reaffirms-unequivocal-opposition-to-death-penalty-in-all-cases/> (E.T. 21.4.2024).
- Euronews, Avrupa Konseyi Yine Uyardı: İdam Cezası Geri Gelirse Türkiye’nin Üyeliği Biter, (2018), <https://tr.euronews.com/2018/08/10/avrupa-konseyi-yine-uyardi-idam-cezasi-geri-gelirse-turkiye-nin-uyeligi-biter> (E. T. 22. 4. 2024).
- Euronews, İran’da Eşini Aldatan Koca ve Sevgilisine Zinadan Ölüm Cezası, (2021), <https://tr.euronews.com/2021/11/06/iran-da-esini-aldata-kocave-sevgilisine-zinadan-olum-cezas#:~:text=%C4%B0ran'da%20zina%20su%C3%A7lular%C4%B1%20recm,ki%C5%9Finin%20%C3%B6l%C3%BCm%20cezas%C4%B1%20infaz%20edildi>. (E.T. 10.4.2024).
- European Union External Action, US: Statement by the Spokesperson on the Recent Execution, 2024, https://www.eeas.europa.eu/eeas/us-statement-spokesperson-recent-execution_en (E.T. 12. 4. 2024).
- Geggel, Laura, “Jesus Wasn’t the Only Man to be Crucified. Here is the History Behind this Brutal Practice”, (2019), <https://www.livescience.com/65283-crucifixion-history.html>, ET. 10.0.2023.
- Independent Türkçe, Devlet Bahçeli: İdam Cezasının Hukuk Mevzuatımıza Tekrar Alınması, İğrenç ve İlkel Suçların İşlenmesini Caydırabilecektir, (2021), <https://www.indytrk.com/node/237421/siyaset/devlet-bah%C3%A7elidam-cezas%C4%B1n%C4%B1n-hukuk-mevzuat%C4%B1m%C4%B1za-tekraral%C4%B1nmas%C4%B1-i%C4%9Fren%C3%A7-ve-ilkel>, (E.T. 24.4.2024).
- Reuters, Kremlin: We Are Not Joining Death Penalty Debate After Concert Hall Attack, (2024), <https://www.reuters.com/world/europe/kremlin-we-are-not-joining-death-penalty-debate-after-concert-hall->, (E.T. 21.4.2024).
- The Guardian, Russia Ally Belarus Brings in Death Penalty for High Treason, (2023), <https://www.theguardian.com/world/2023/mar/09/russia-ally-belarus-brings-in-death-penalty-for-high-treason>, (E. T. 21.4.2024).
- The Moscow Times, Ex-President Medvedev Backs Death Penalty for Wartime Saboteurs, (2022), <https://www.themoscowtimes.com/2022/11/03/ex-president-medvedev-backs-death-penalty-for-wartime-saboteurs-a79279>, (E.T. 21.4.2024).
- The Moscow Times, Kill Them All; Ex-Russian President Medvedev Says of Concert Hall Gunmen, (2024), <https://www.themoscowtimes.com/2024/03/25/kill-them-all-ex-russian-president-medvedev-says-of-concert-hall-gunmen-a84612>, (E.T. 21.4.2024).

New York Times, Missouri Executes Death Row Prisoner Despited Pleas From Pope and Others, (2021), <https://www.nytimes.com/2021/10/04/us/pope-francis-ernest-lee-johnson-execution.html>, (E. T. 12. 4. 2024).

The New York Times, Russia Has No Formal Death Penalty. Some Watts to Change That., (2024), <https://www.nytimes.com/2024/03/27/world/europe/russia-death-penalty-moratorium.html> (E.T. 21.4.2024).

Uluslararası Af Örgütü, A Man with Mental Disability Executed: Benjamin Cole, (2022), <https://www.amnesty.org/en/documents/amr51/6140/2022/en/> (E. T. 12. 4. 2024).

Uluslararası Af Örgütü, Küresel Raporu, Ölüm Cezaları ve İnfazları, 2022.

United Nations, United States: UN Experts Horrified by Kenneth Smith's Execution by Nitrogen in Alabama, (2024), <https://www.ohchr.org/en/press-releases/2024/01/united-states-un-experts-horrified-kenneth-smiths-execution-nitrogen-alabama> (E.T. 12. 4. 2024).

CUMHURİYET'TEN BUGÜNE EŞİTLİK İLKESİ: CİNSİYET BAĞLAMINDA BİR DEĞERLENDİRME

PRINCIPLE OF EQUALITY FROM THE REPUBLIC PERIOD TO TODAY: AN EVALUATION IN THE CONTEXT OF GENDER

Ayşegül POLAT*

Özet: Modern dünyanın en önemli ilkelerinden biri olarak kabul edilen eşitlik ilkesi gerek uluslararası sözleşmelere gerekse ulusal birçok düzenlemeye konu teşkil etmiştir. Eşitlik ilkesi, Türk Hukuku'nda da dünden bugüne hem anayasalarda hem de birçok kanunda yer verilen bir ilke olmuştur. İnsan hakları sistematüğinde birçok temelde eşitliğin sağlanması amaçlanmışsa da çalışma kapsamında eşitlik ilkesi cinsiyet temelinde incelenmiştir. Ataerkil düzende kadınlar aleyhine şekillenen eşitliğin yeniden inşa edilmesi ve cinsiyet eşitliğinin sağlanması adına meydana gelen normatif değişimler ve eşitsizliği katmerleştirmesine rağmen varlığını koruyan düzenlemeler hukuk dalları nezdinde ayrı ayrı ele alınmıştır.

Anahtar Kelimeler: Cinsiyet Eşitliği, Eşitlik İlkesi, İnsan Hakları, Türk Hukuku

Abstract: The principle of equality, which is deemed as one of the most significant principles of the modern world, has been the subject of many international conventions and national regulations. The principle of equality has been adopted into constitutions and many laws from past to present in the Turkish Law. Although the system of human rights has aimed to establish equality in many aspects, our study discussed the principle of equality on the basis of gender. This paper separately addressed the normative changes that occurred in order to reconstruct equality shaped against women in the patriarchy and establish gender equality, and regulations that maintained their existence despite the aggravating inequality on the basis of legal branches.

Keywords: Gender Equality, Principle of Equality, Human Rights, Turkish Law

* Arş. Gör., Kafkas Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Siyaset Bilimi ve Kamu Yönetimi Bölümü Hukuk Bilimleri Anabilim Dalı, av.aysegulpolat@gmail.com, ORCID: 0009-0000-5227-2129, Makalenin Gönderim Tarihi: 09.08.2024, Kabul Tarihi: 08.11.2024

GİRİŞ

Oldukça eski bir tarihe uzanan eşitlik, bugünün modern dünyasında önemli bir ilke olarak kabul edilmektedir. Kavram, hukuk sistemlerinde tartışılan, hukuki reformların alt yapısını oluşturan ve devlet yönetimine hâkim olan bir ilke olmanın yanında, diğer insan haklarının taşıyıcısı ve teminatı olma özelliğini de sürdürmeye devam etmektedir. Hukuk karşısında bireylerin eşit olması gerektiği fikri eşitlik ilkesinin gerek anayasalarda gerekse kanunlarda yer edinmesine olanak sağlamıştır. Özellikle İkinci Dünya Savaşı sonrası insan haklarının ağır tahribata uğraması hak temelli çalışmaların hızlanmasına neden olmuş ve uluslararası belge ve sözleşmelerde eşitlik ilkesinin görünürlüğü artmıştır.

Kadın haklarının, insan haklarının ayrılmaz bir parçası olarak kabul edilmesi ve feminist mücadelenin kitleselleşmesi, cinsiyet eşitliği ve toplumsal cinsiyet rollerinin tartışılmasının önünü açmıştır. Bugün gelinen noktada cinsiyet eşitliği bağlamında kayda değer bir ilerleme sağlanmış olsa da halen daha mutlak bir kadın erkek eşitliğinden bahsetmek mümkün değildir. Söz konusu çalışmada, Cumhuriyet'ten bugüne eşitlik ilkesiyle doğrudan ya da dolaylı ilişkili olarak hukukumuzda yer alan normatif düzenlemeler cinsiyet eşitliği ekseninde ele alınarak incelenmiştir.

I. EŞİTLİK İLKESİNE KISA BİR BAKIŞ

Genel tanımı olmamakla birlikte çok yönlü bir yapıya sahip olan eşitlik, iki veya daha fazla nesnenin sayısal ve nitelik açısından birbirinde eksik ya da fazla olmama durumunu ifade etmektedir.¹ Kavram her dönemde farklı tanımlanmış olması dolayısıyla göreceli bir yapıya sahiptir. Bu nedenle de şekil ve kapsam bakımından farklı birçok hukuki norma konu olmuştur.² Hukuksal eşitlik, özgürlük türü olmamasına karşın özgürlüğü gerçekleştiren ve güvence altına alan bir temel ilke olarak karşımıza çıkmaktadır.³ Zira özgürlük ve eşitlik kavramları

¹ Merih Öden, *Türk Anayasa Hukukunda Eşitlik İlkesi*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2003, s.17

² Ulaş Karan, *Uluslararası İnsan Hakları Hukuku ve Anayasa Hukuku Işığında Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık Yasağı*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2017, s.36

³ İbrahim Kaboğlu, *Özgürlükler Hukuku-1 İnsan Haklarının Genel Kuramına Giriş*, İmge Yayınevi, Ankara, 2013, s.17

birbirinin tamamlayıcısı olup, bireylerin özgürlükleri ancak bu özgürlüklerden eşit bir şekilde yararlanma imkanına sahip olmaları durumunda anlamlı olacaktır.⁴

Eşitlik düşüncesinin gelişiminde en önemli adımlardan birisi Rönesans ve Reform hareketleri olmuş ve bu dalgalar sayesinde eşitlikçi toplum anlayışı yayılmaya başlamıştır.⁵ Ortaçağ toplumunun eşitsizlik üzerine inşa edilen egemen ilişkileri bu hareketler ile birlikte yerini birey odaklı bir düşünce yapısına bırakmıştır.⁶ 1776 yılında kabul edilen Amerikan Bağımsızlık Bildirgesi ile bütün insanların eşit haklara sahip oldukları ifade edilirken⁷ siyasal liberalizmin gelişimi hızlanmış ve Fransız Devrimi'nin temelleri atılmıştır.⁸ Her ne kadar kadın hakları anlamında doğrudan bir mücadele aracı olmasa da eşitlik temeline dayalı olarak meydana gelen Fransız Devrimi, cinsiyet eşitliği anlamında tarihi bir rol oynamış ve İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi'nin de temellerini oluşturmuştur.⁹ Ne var ki, tüm bireylerin eşit haklara sahip olduğu bilincinin bütün yurttaşlar yönünden oturması yakın zamana değin sürmüştür.¹⁰

Eşitlik ilkesine ilişkin en çok kullanılan ayırım, şekli ve maddi eşitlik ayırımıdır. Şekli eşitlik, tüm bireylerin sahip olduğu koşulların eşit olduğu varsayımından yola çıkarak eşit bireylerin eşit muamele görmesi temeline dayanan eşitlik anlayışıdır.¹¹ Ancak bireylerin farklılıklarını yok sayarak sadece benzer durumlarını dikkate alan bu anlayış eşitliği sağlama noktasında yetersiz kalabilmektedir.¹² Kaldı ki birey-

⁴ Münci Kapani, *Kamu Hürriyetleri, Yetkin Yayınları, Ankara, 2013, s.12*

⁵ Öden, s.65

⁶ Atıl Cem Çiçek, Selçuk Aydın, Bülent Yağci, "Modernleşme Sürecinde Kadın: Osmanlı Dönemi Üzerine Bir İnceleme," *KAÜ İİBF Dergisi, Kars 2015, C.6, S.9, s.274.*

⁷ Cem Eroğlu, *Çağdaş Devlet Düzenleri, Kırılmaç Yayinevi, Ankara, 2006, s.69,70*

⁸ Halis Çetin, *Çağdaş Siyasal Akımlar, Orion Kitabevi, Ankara, 2007, s.36*

⁹ Şükran Ertürk, *Uluslararası Belgeler ve Avrupa Birliği Direktifleri Işığında Çalışma Hayatımızda Kadın Erkek Eşitliği, Belediye-İş Sendikası AB'ye Sosyal Uyum Dizisi, Ankara, 2008, s.17*

¹⁰ Şeref Ünal, *Temel Hak ve Özgürlükler ve İnsan Hakları Hukuku, Yetkin Yayınları, Ankara, 1997, s.70*

¹¹ İdil Işıl Gül, Ulaş Karan, *Ayrımcılık Yasağı Kavramı, Hukuk, İzleme ve Belgeleme, Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2011, s.6*

¹² Canan Ünal, *İş Hukukunda Yaş Ayrımcılığı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2018, s.31*

lerin hangi şartlar altında aynı ya da benzer sayılacağı da belirsizdir. Şekli eşitlik anlayışına ilişkin eleştiriler maddi eşitlik anlayışını ortaya çıkarmıştır. Maddi eşitlik, bireyleri aynı varsaymak yerine farklılıklarına odaklanan eşitlik anlayışı olarak karşımıza çıkmaktadır.¹³ Bugün için benimsenen eşitlik anlayışı da bireylerin farklılıklarını olumsuz bir durum gibi değerlendirerek ortadan kaldırmak yerine kabullenip farklılıklara saygı duyulması gerektiğini temel almaktadır.¹⁴ Maddi eşitlik anlayışı farklı durumda bulunan kişilere farklı davranılmasını kabul etmekle birlikte, farklı muamelenin eşitsizlikleri giderme amacına hizmet etmesi gerektiğini savunmaktadır. Ancak bu noktada da ölçülülük ilkesinin göz önünde bulundurulması gerekmektedir.¹⁵

Eşitlik ilkesini tamamlayan ve sosyal devletin bir gereği olan fırsat eşitliği kavramı ise, sunulan olanaklardan herkesin eşit bir şekilde faydalanması olarak tanımlanmaktadır.¹⁶ Zira devletlerin sosyal yükümlülüğü, öncelikle zayıf olanların desteklenmesi esasını gerektirmektedir.¹⁷ Fırsat eşitliği, bireylerin aynı noktadan eşit şartlarda başlangıç yapabilmesini amaçlamaktadır.¹⁸ Başlangıçtaki durumu eşitlemek yerine sonuçları eşitlemeyi ön planda tutan sonuçlarda eşitlik anlayışı ise, eşitliğin en radikal hali olarak karşımıza çıkmaktadır. Başlangıçtaki eşitsizlik durumunu sonuç itibariyle toplumsal bir eşitliğe dönüştürmeyi hedeflemektedir.¹⁹

Eşitlik ilkesiyle ilişkili bir diğer kavram olan eşitlik hakkı; kanun önünde eşitlik, hukuk içinde eşitlik, eşit korunma ve haklardan eşit bir şekilde faydalanma hususlarına içeren bir kavram olarak karşımıza çıkmaktadır. Anayasa'nın 10. maddesinde *Kanun Önünde Eşitlik* başlığı ile ele alınan hüküm, hakkın en yaygın kullanılan şekli olarak kabul edilmektedir. Söz konusu hükümde hukukun uygulanması sırasında eşitliğin sağlanması hedeflenmiş şekilde bir eşitlik anlayışının benim-

¹³ Gül, Karan, s.7

¹⁴ Karan, 2017, s.44

¹⁵ Karan, 2017, s.45

¹⁶ Türk Dil Kurumu, Türkçe Sözlük, <https://sozluk.gov.tr/> ErişimTarihi:14.04.2024

¹⁷ Zafer Gören, "Genel Eşitlik İlkesi", *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, İstanbul 2016, C.22, S.3, s.3286

¹⁸ Bryan Turner, *Eşitlik*, çev., Bahadır Şina Şener, Dost Kitabevi, Ankara, 2013, s.36,37

¹⁹ Turner, s.37

sendiği görülmektedir.²⁰ Madde hükmünde idareye iş ve eylemlerinde eşit davranma yükümlülüğü getirilmiş olup, bu bağlamda idare, eşitlik ilkesini işlevsiz hale getirmeyecek şekilde takdir yetkisini kullanmaya özen gösterilmelidir.²¹ Hakla ilişkili olan bir diğer kavram ise, hukuk içinde eşitlik kavramıdır. Bu kavram kanun önünde eşitlik anlayışının bir tamamlayıcısı olarak kabul edilmektedir.²² Aralarında çok önemli fark olmamakla birlikte kanun önünde eşitlik uygulayıcılar açısından yükümlülük öngörürken, hukuk içinde eşitlik anlayışı kanun koyucular nezdinde bir yükümlülük getirmektedir.²³ Eşitlik hakkının bir diğer alt başlığı olan hukuken eşit korunma ilkesi ise, kanun önünde eşitlik anlayışından farklı olarak bireyler arasındaki farklılıkları da göz önünde bulundurarak eşit olmayanların sonuçta eşitlenmesini amaçlamaktadır.²⁴ Bu bağlamda kavram, fırsat eşitliği ve sonuçlarda eşitlik kavramlarıyla da yakından ilişkilidir. İlke, bireylerin hukuki menfaatlerini eşit bir şekilde korurken aynı zamanda ayrımcılık ve farklılaştırmaya karşı menfaatlerin zedelenmesini de önlemeyi temin etmektedir.²⁵ Son olarak değinilecek alt ilke, hukuktan eşit faydalanma ilkesidir. Kavramla amaçlanan hakların düzenlenmesi, kullanılması, ileri sürülmesinde veya haklara erişimde eşitliğin sağlanmasıdır.²⁶ İlke ile fırsat eşitliğinin bir adım ötesine geçilerek, sonuçlarda eşitliğin sağlanması hedeflenmiştir.²⁷

II. TÜRK HUKUKUNDA EŞİTLİK İLKESİNİN GELİŞİMİ

Osmanlı Devleti'nde başlayan eşit yurttaşlık tartışmaları anayasacılık hareketlerini hızlandırmış ve fermanların ilan edilmesine olanak sağlamıştır. Ancak dönemin eşitlik anlayışı kadın erkek eşitliği anlayışından çok uzak olup, ırk ve din temelli bir yaklaşıma sahiptir. İlk

²⁰ Karan, 2017, s.62

²¹ Öden, s.140

²² Ünal, 2018, s.36

²³ Ulaş Karan, "Uluslararası İnsan Hakları Hukuku Işığında Türk Hukukunda Ayrımcılık Yasağı" İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü (Yayınlanmamış Doktora Tezi), İstanbul 2012, s.101

²⁴ Karan, 2012, s.102,103

²⁵ Öden, s.150,151

²⁶ Ayşegül Polat, "Cinsiyet Temelinde Ayrımcılık Yasağı" Yaşar Üniversitesi Lisansüstü Eğitim Enstitüsü (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), İzmir 2024, s.42

²⁷ Karan, 2012, s.106

anayasamız olan Kanun-i Esasi'de de ne yazık ki, cinsiyet eşitliğine ilişkin bir hüküm bulunmamaktaydı.²⁸ 1921 ve 1924 Anayasalarımızda da eşitlik ilkesi ve kadın erkek eşitliğine ilişkin bir hüküm bulunmaktayken, kadınların seçme seçilme hakkını elde etmeleriyle birlikte, 1924 Anayasası'nda 1934 yılında yapılan değişiklik²⁹ ile bu hak temelinde kadın erkek eşitliği sağlanmıştır.

1961 Anayasası'nın 12. maddesinde *eşitlik* başlığı altında yer alan eşitlik ilkesi, bir hak olarak düzenlenmiştir. Sınırlı sayıda temelle sayılmış olan ilkede 1982 Anayasası'nda değişiklik yapılarak, benzeri sebepler ifadesi ile ayrımcılık temelleri genişletilmiştir. Ayrıca bir hak olmaktan ziyade devlet yönetimine egemen bir ilke olarak *kanun önünde eşitlik* başlığı altında yeniden düzenlenmiştir.³⁰ Hükme 2004 yılında kadın erkek eşitliği ilkesi eklenmiş³¹ ve devlete bunu sağlama yükümlülüğü getirilmiştir. Böylece cinsiyet eşitliği adına anayasal güvence sağlanmıştır. Pozitif ayrımcılığa ilişkin olarak 2010 yılında yeni düzenlemeler eklenmiş³² olup dezavantajlı grup ve bireyler için de bir koruma mekanizması getirilmiştir. Bu şekilde Anayasa'da güvence altına alınan eşitlik ilkesinin kapsam ve koruma alanı genişletilmiştir.

Anayasa Mahkemesi (AYM) de vermiş olduğu bir kararında "*Anayasa'da öngörülen eşitlik, "yasa önünde eşitlik" olup herkesin aynı hak ve yükümlülüklerle sahip olması anlamında değildir. Eşitlik, her yönüyle aynı hukukî durumda olanlar arasında söz konusudur. Hukuk felsefesine girmiş bir deyimle, "eşitlerin eşitliği" anlamındadır. Farklı durumda olanlara, yani eşit olmayanlara, farklı kurallar uygulanması, yani "eşit olmayanların eşitsizliği"; eşitlik ilkesine aykırılık oluşturmaz*" şeklindeki yorumu ile eşitlik anlayışını ifade etmiştir.³³

²⁸ Kemal Gözler, *Anayasa Hukukuna Giriş*, Ekin Yayınevi, Bursa, 2021, s.163-167

²⁹ 5 Aralık 1934 tarihli ve 2599 sayılı "Teşkilatı Esasiye Kanunu'nun 10. ve 11. maddelerinin Değiştirilmesi Hakkında Kanun" ile yapılmıştır.

³⁰ Karan, 2017, s.61; Ergun Özbudun, *Türk Anayasa Hukuku*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2022, s.154

³¹ Ek fıkra: 07.05.2004 "Kadınlar ve erkekler eşit haklara sahiptir. Devlet, bu eşitliğin yaşama geçmesini sağlamakla yükümlüdür."

³² Ek fıkra: 07.05.2010 "Bu maksatla alınacak tedbirler eşitlik ilkesine aykırı olarak yorumlanamaz."

Ek fıkra: 07.05.2010 "Çocuklar, yaşlılar, özürlüler, harp ve vazife şehitlerinin dul ve yetimleri ile malul ve gaziler için alınacak tedbirler eşitlik ilkesine aykırı sayılmaz."

³³ AYM, 1988/7 E. 1988/27 K. ve 27.09.1988 tarihli kararı

Eşitlik ilkesinin yansıması olarak karşımıza çıkan bir anayasal hüküm de kamu hizmetine girmede eşitlik hakkıdır. 1982 Anayasası kamu hizmetine girme hakkı kapsamında da ayrımcılığı yasaklamış³⁴ ve her Türk vatandaşının ayırım yapılmaksızın kamu hizmetine girme hakkını güvence altına almıştır. Hükümün ilk fıkrası bir eşitlik hakkı getirirken, ikinci fıkra kamu hizmetine girme özelinde ayrımcılığı yasaklayan bir düzenleme olarak karşımıza çıkmaktadır. Ancak belirtmek gerekir ki cinsiyetin belirleyici olduğu durumlarda hükme bir istisna getirilebilmektedir. Örneğin Devlet Opera ve Balesi'ne personel alımında balet ya da balerin özelinde cinsiyet belirtilerek ilana çıkmış olması ayrımcılık olarak nitelendirilmeyecektir.³⁵

Anayasa'daki hükümlere ek olarak eşitlik ilkesini güçlendirip somutlaştırarak temel insan haklarının korunmasına katkı olarak değerlendiren 6701 sayılı Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu Kanunu 20 Nisan 2016 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Kanun, idarelere eşit davranma yükümlülüğü getirirken eşitlik hakkının ihlaline sebebiyet verecek işleyiş ve uygulamalara karşı önleyici tedbir alma noktasında da yükümlülük yüklemektedir. İdare, yasalarca kendine tanınmış olan yetkileri kullanırken tesis ettiği işlemlerde aynı hukuki pozisyonda olanlara aynı muamelede bulunmakla mükelleftir.³⁶

II. KADININ EŞİT MEDENİ HAKLARA ERİŞİM SERÜVENİ

Kabul edildiği döneme göre ileri sayılabilecek eski Medeni Kanun (MK), bugünkü kadın erkek eşitliği algısından oldukça uzakta ve kadın hakları bakımından eşitlikçi, sosyal anlayışın gerisinde hükümler içermekteydi.³⁷ Ancak kanunda yer alan hükümler değerlendirilirken, bugünün bakış açısı ve değer yargıları yerine kanunun kabul edildiği dönemin koşullarının göz önünde bulundurulması daha isabetli ola-

³⁴ Gül, Karan, s.93

³⁵ Meltem Kutlu Gürsel, "Kamu Görevine Girişte Kadın-Erkek Eşitliği İlkesi Konusunda Bir Değerlendirme", *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, İzmir 2002, C.4, S.2, s.1065,1066

³⁶ Turan Yıldırım, Muhammed Göçgün, "İdarenin Düzenleyici İşlemlerinde Eşitlik İlkesi", *İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, İstanbul 2016, C.3, S.2, s.44,58

³⁷ Demet Özdamar, *Türk Hukukunda Özellikle Türk Medeni Kanunu Hükümleri Karşısında Kadının Hukuki Durumu*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2002, s.76

caktır.³⁸ Buradan yola çıkarak da, eski MK'nın dönemin şartlarına göre devrimci nitelikte olduğunu söylemek yanlış olmayacaktır.

1999 yılında yeni Türk Medeni Kanunu (TMK) için hazırlanan kanun tasarısı ile diğer ülkeler nezdinde de yapılan değişiklikler ve tartışmalar da göz önünde bulundurularak özellikle evlilik hukukuna ilişkin köklü değişiklikler öngörülmüş ve yeni düzenlemeler 4721 sayılı kanun ile yürürlüğe girmiştir. Yeni TMK'da gerek çağın gerekse toplumun ihtiyaçları göz önünde bulundurularak kadın erkek eşitliğinin sağlanması adına çağdaş, yenilikçi ve laik nitelikte yeni düzenlemeler yapılmıştır.³⁹

MK'da kadın erkek eşitliğini sağlamaya yönelik yapılan değişikliklerden biri miras hukukuna ilişkin olup kadın mirasçı ile erkek mirasçı arasındaki farkın kaldırılması amaçlanmıştır. Eski MK'nın 598/3. maddesinde⁴⁰ miras kalan tarımsal işletmelerin intikali konusunda bir ayırım yapılmış ve kadın ile erkek mirasçı arasında bir fark yaratılmıştır. Kanun koyucunun hükmü bu şekilde düzenlemesindeki temel amacı, tarım işletmelerinin küçük parçalara ayrılmasının önüne geçilmesidir.⁴¹ Ancak kadın aleyhine bir uygulamaya neden olan bu hüküm, eşitlik ilkesine ayırılık teşkil ettiğinden TMK'nın 661. maddesinde yeniden düzenlenerek kadın erkek arasındaki fark kaldırılmıştır. Söz konusu hüküm 2014 yılında tamamen kanundan çıkarılmıştır.

Yeni TMK ile birlikte eşitlik ilkesine uyum süreci kapsamında yeniden düzenlenen bir diğer hüküm de evlilik yaşına ilişkindir. Bireyin düşünmesi, karar vermesi veya sorumluluk alabilir duruma gelmesi ancak belli bir zihinsel ve fiziksel olgunluğu gerektirmekte olup evlilik kurumunun da bu olgunluk sonucunda verilen karar ile kurulması daha sağlıklı bir toplumsal oluşumu beraberinde getirecektir.

³⁸ Ahmet Kılıçoğlu, "Medeni Kanun Açısından Kadın Erkek Eşitliği", *Ankara Barosu Dergisi*, Ankara 1991, S.1, s.9

³⁹ Ayhan Uçar, "4721 sayılı Medeni Kanun ile Evliliğin Genel Hükümleri Alanında Yapılan Bir Kısım Değişiklikler Üzerine Düşünceler", *Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Erzincan 2002, C.4, S.1-4, s.317

⁴⁰ 743 sayılı Medeni Kanun Madde 598/3: "Müteveffanın oğullarında hiçbiri, işletme hususunu bizzat üstüne almak istemezse kızları veya bunların kocaları işletmeye muktedir olmak şartıyla malların kendilerine tahsisini isteyebilirler."

⁴¹ Özdamar, 2002, s.220

Eski MK'nın 88. maddesinde⁴² kadın ve erkek için farklı evlenme yaşı öngörülmüş olup evlilik yaşının küçük ve farklı tutulması, evlilik dışı birleşmelere başvurunun önünün kesilmek istenmesi şeklinde gerekçelendirilmiştir. Eski kanunda toplumsal ve biyolojik özellikler nedeniyle kaynak kanundan farklı bir şekilde düzenlenen bu hüküm, yeni TMK'nın 124. maddesi⁴³ ile her iki cins bakımından da eşit olarak düzenlenerek eşitlik ilkesi bakımından önemli bir adım daha atılmıştır.⁴⁴ Ancak belirtmek gerekir ki, söz konusu düzenleme eşitliği sağlama noktasında amaca uygun ve elverişli olsa da asgari yaşa ilişkin bu düzenlemenin açık bir şekilde yaptırıma bağlanmadığı görülmektedir.

Eşitlik ilkesine aykırı olarak eski MK'da yer alan bir diğer hüküm de Kanun'un 152. maddesiydi.⁴⁵ Hükümde aile reisinin koca olduğu düzenlenmekteydi. Bu hüküm beraberinde ailenin oturacağı konutu seçme, birliği yönetme, çocuk ve eşin bakımını üstlenme rollerini beraberinde getirmekteydi. Hüküm aynı zamanda kadına da kocaya yardım etme ve evin bakımını sağlama yükümlülüğü getirerek⁴⁶ ataerkil düzenin bir yansıması olarak toplumsal cinsiyet rollerinin pekiştiricisi rolünü üstlenmekteydi. Kocanın evin reisi olduğu yönündeki anlayış, eşit hak ve yükümlülükler sahip olması gereken eşlerin birine tanınan üstünlüğün açık göstergesi olup bu yaklaşım Alman ve İsveç Medeni Kanunlarını takiben TMK'da da terkedilmiştir.⁴⁷ Zira erkeğe tanınan bu üstünlük eril bir toplumsal sosyal yapının ürünü olarak karşımıza çıkmaktaydı.⁴⁸ 4721 sayılı TMK'nın 186. maddesiyle⁴⁹ birlikte eşitsizlik

⁴² 743 sayılı Medeni Kanun Madde 88: "Erkek on yedi, kadın on beş yaşını ikmal etmedikçe evlenemez."

⁴³ 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu Madde 124: "Erkek veya kadın on yedi yaşını doldurmadıkça evlenemez."

⁴⁴ Sera Reyhani Yüksel, "Türk Medeni Kanunu Bakımından Kadın-Erkek Eşitliği", *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Ankara 2014, C.18, S.2, s.182

⁴⁵ 743 sayılı Medeni Kanun Madde 152: "Koca birliğin reisidir. Evin intihabı karı ve çocukların münasip iâşesi, ona aittir."

⁴⁶ 743 sayılı Medeni Kanun Madde 153/2: "Kadın, müşterek saadeti temin hususunda gücü yettiği kadar kocasının muavin ve müşaviridir. Eve kadın bakar."

⁴⁷ Kılıçoğlu, s.10,11

⁴⁸ Yüksel, 2014, s.189

⁴⁹ 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu Madde 186: "Eşler oturacakları konutu birlikte seçerler. Birliği eşler beraberce yönetirler. Eşler birliğin giderlerine güçleri oranında emek ve malvarlıkları ile katılırlar."

yaratan söz konusu hüküm yeniden düzenlenmiş ve eşlere aile birliğinin yönetimi bakımından eşit hak ve yükümlülükler getirilmiştir.

Aile reisliği anlayışının bir yansıması olarak eski MK'nın 154. maddesinde⁵⁰, evliliği temsile yetkili kişi koca olarak tanımlanmıştır. Hükümün devamındaki maddelerde de kocanın yetkili olmasının bir sonucu olarak şahsi sorumluluğundan söz edilmekteydi. Yeni TMK birliğin temsiline ilişkin kadın erkek eşitliğini sağlamaya yönelik düzenlemeler⁵¹ getirirken aynı zamanda temsil yetkisinin kaldırılması, sınırlandırılması veya yetkinin geri verilmesi hususlarında da eşitlik ilkesini hayata geçirecek yeni hükümlere⁵² yer vermiştir.⁵³ Evliliğin temsiline ilişkin yeni düzenlemeler ile birlikte eşlerin birlikte temsil yetkileri kabul edildiğinden, üçüncü kişilere karşı müteselsil sorumlulukları söz konusu olmuştur.

Eşlerin hukuki işlemlerine ilişkin olarak da yeni TMK'da değişiklik yapılmış olup eşlere eşit şekilde hukuki işlem yapabilme yetkisi verilmiştir.⁵⁴ Karı koca arasında cebri icra yasağı ve kadının erkek eş lehine yapabileceği bazı tasarrufların geçerliliğine ilişkin hakim izni öngören düzenlemeler⁵⁵ de eşitlik ilkesine aykırılık teşkil ettiğinden yeni TMK'ya alınmamıştır.⁵⁶ Bu çerçevede eşler birbirlerine karşı olan alacakları için icraya başvuru yapabilecek ancak hacze iştirak ettikleri alacaklı diğer üçüncü kişilere karşı öncelikleri bulunmayacaktır.⁵⁷ Ayrıca yeni düzenlemede hukuki işlem serbestisi öngörüldüğünden koca lehine yapılacak herhangi bir tasarruf için de sulh hukuk hakiminin onayının alınmasının bir işlevselliği kalmamıştır.⁵⁸

⁵⁰ 743 sayılı Medeni Kanun Madde 154: "Birliği koca temsil eder. Mallarını idare konusunda karı koca hangi usulü kabul etmiş olursa olsun koca, tasarruflarından şahsen mesul olur."

⁵¹ 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu Madde 188: "Eşlerden her biri, ortak yaşamın devamı süresince ailenin sürekli ihtiyaçları için evlilik birliğini temsil eder."; Madde 189: "Birliği temsil yetkisinin kullanıldığı hâllerde, eşler üçüncü kişilere karşı müteselsilen sorumlu olurlar."

⁵² Bkz. 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu Madde 190,191

⁵³ Özdamar, 2002, s.227

⁵⁴ 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu Madde 193: "Kanunda aksine hüküm bulunmadıkça, eşlerden her biri diğeri ve üçüncü kişilerle her türlü hukukî işlemi yapabilir."

⁵⁵ Bkz. 743 sayılı Türk Medeni Kanunu Madde 167,168,169

⁵⁶ Uçar, 2002, S.321; Özdamar, 2002, s.229

⁵⁷ Özdamar, 2002, s.312

⁵⁸ Uçar, 2002, s.321

TMK'da hukuki işlem serbestisine ilişkin istisnalar öngörölmüş olup, bunlardan biri de aile konutu müessesidir. Aile konutu kavramı kanunda tanımlanmamış olmakla birlikte genel hatlarıyla eşlerin çocukları ile ortak yaşam alanları olan, aile faaliyetlerini yürüttükleri ve acı tatlı her türlü anıyı paylaştıkları konut olarak kullanılmaya elverişli taşınır veya taşınmaz yer olarak tanımlanabilir.⁵⁹ Eski kanun ev seçimini kocaya tanımış olmakla birlikte buna ilişkin kadına herhangi bir hak tanımamaktaydı. Yeni kanun ile birlikte aile konutuna ilişkin yapılacak işlemlerde eşlere sınırlandırma getirilmiştir.⁶⁰ Eşler hangi mal rejimini seçmiş olursa olsun birbirlerinin rızası olmadan ev üzerinde herhangi bir tasarrufta bulunamayacakları hüküm altına alınmıştır. Müşterek konutu birlikte seçen eşlerin konut üzerinde ortak karar ile hareket edebilmeleri isabetli olmuştur.⁶¹ Kadın erkek eşitliğini temel alan yeni TMK, aile konutu müessesesiyle birlikte eşler arasında eşit hak prensibini bir kez daha koruma altına almıştır. Kanun koyucu bir yandan birey ve toplum çıkarlarını dengelerken diğer yandan bu dengenin aile içerisinde de oluşmasını sağlamak adına aile konutuna ilişkin yeni bir hüküm düzenlemiş ve böylece mülkiyet hakkına ilişkin hukuki işlem özgürlüğüne kamu yararını gözeterek bir sınırlama getirmiştir.⁶²

Karının meslek ve sanatı kenar başlığı ile eski kanunda yer alan kadının çalışmasını kocanın iznine bağlayan hüküm, kadın erkek eşitliğine aykırılık teşkil ettiği gerekçesi ile 1990 yılında AYM tarafından iptal edilmiştir.⁶³ Söz konusu hüküm eşitlik ilkesine aykırılık teşkil etmenin yanında hem çalışma hakkının ihlaline sebebiyet vermekte hem de uzun yıllar evli kalan kadına boşanma sonrasında kocası yüzünden iş hayatından uzak kalmanın zorluğunu yaşatmaktaydı.⁶⁴ Konuya ilişkin olarak eşitlik ilkesinin izlerini taşıyan yeni düzenleme ise, TMK'nın

⁵⁹ Ayhan Uçar, "4721 sayılı Medeni Kanun ile İhdas Edilen Yeni Bir Müessese: Aile Konutu Müessesesi", *Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Erzincan 2006, C.X, S.1-2, s.403

⁶⁰ 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu Madde 194: "Eşlerden biri, diğer eşin açık rızası bulunmadıkça, aile konutu ile ilgili kira sözleşmesini feshedemez, aile konutunu devredemez veya aile konutu üzerindeki hakları sınırlayamaz."

⁶¹ Uçar, 2002, s.322,323

⁶² Uçar, 2006, s.395

⁶³ AYM, 1990/30 E. 1990/31 K. Ve 29.11.1990 tarihli Kararı

⁶⁴ Kılıçoğlu, s.14

192. maddesi⁶⁵ olup eşlerin iş ve meslek seçiminde tamamen özgür oldukları açık bir şekilde hüküm altına alınmıştır.⁶⁶ TMK'da yer alan bu düzenleme eşlere iş ve meslek seçme özgürlüğü tanırken aynı zamanda her iki eş bakımından da bir sınırlamayla iş veya meslek seçiminde özen yükümlülüğü getirerek eşlerin evlilik birliğinin menfaatlerini göz önünden bulundurmaları gerektiğini belirtmiştir.⁶⁷ Fakat bu yükümlülüğün eşlerin kişilik haklarını zedelemeyecek şekilde makul bir gereklilikle değerlendirilmesi gerektiği unutulmamalıdır.⁶⁸

TMK ile birlikte gelen yeniliklerden biri de kadının yerleşim yerine ilişkin düzenleme olmuştur. Yeni kanun ile birlikte evli kadının yerleşim yeri bakımından kocasına bağlı olma kuralı ortadan kaldırılmıştır. Eski MK'nın 21. maddesinde⁶⁹ evli kadının ikametgahının kocasının ikametgahı sayılacağı kural olarak düzenlenmişti. Bu kural kapsamında evli kadının bağımsız bir ikametgahı olamayacağı ve kocasına bağımlı olacağı kabul edilmişti. Yeni TMK ile yapılan düzenlemede⁷⁰ evli kadın yasal yerleşim yerine tabi kişiler arasında sayılmamıştır. Böylece kadına evli olsa dahi yerleşim yerini seçme özgürlüğü tanınmıştır.⁷¹ İkametgaha ilişkin bir diğer düzenleme ise, yeni kanunun 134. maddesi⁷² ile getirilmiş olup evlenecek kadın veya erkeğin

⁶⁵ 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu Madde 192: "Eşlerden her biri, meslek veya iş seçiminde diğerinin iznini almak zorunda değildir. Ancak, meslek ve iş seçiminde ve bunların yürütülmesinde evlilik birliğinin huzur ve yararı göz önünde tutulur."

⁶⁶ Özdamar, 2002, s.215

⁶⁷ Murat Doğan, "Türk Medeni Kanunu'nun Evliliğin Genel Hükümleri Bakımından Getirdiği Yenilikler", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Ankara 2003, C.52, S.4, s.119,120

⁶⁸ Sera Reyhani Yüksel, "Kadın ve Erkeğin Eşit Haklara Sahip Olması İlkesinin Aile Hukuku Alanında Uygulanması", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Ankara 2019, S.145, s.409

⁶⁹ 743 sayılı Medeni Kanun Madde 21: "Kocanın ikametgahı karının ve ana ve babanın ikametgahı velayetleri altındaki çocuğun ve mahkemenin bulunduğu yer vesayet altındaki kimsenin ikametgahı addolunur."

⁷⁰ 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu Madde 21: "Velâyet altında bulunan çocuğun yerleşim yeri, ana ve babasının; ana ve babanın ortak yerleşim yeri yoksa, çocuğun kendisine bırakıldığı ana veya babanın yerleşim yeridir. Diğer hâllerde çocuğun oturma yeri, onun yerleşim yeri sayılır."

⁷¹ Ayşe Havutçu, "Evli Kadının Yerleşim Yeri", *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, İzmir 2005, C.7, S.1, s.32-34

⁷² 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu Madde 134: "Birbiriyle evlenecek erkek ve kadın, içlerinden birinin oturduğu yer evlendirme memurluğuna birlikte başvururlar."

evlilik başvurusunu içlerinden birisinin yerleşim yerindeki evlendirme memuruna yapabilecekleri hükme bağlanmıştır. Bu şekilde eski kanunun 98. maddesinde⁷³ yer alan ve eşitlik ilkesine aykırılık teşkil eden kural terkedilmiştir.⁷⁴

Yargı kararlarına konu teşkil eden ve çok tartışılan bir diğer husus ise, evli kadının soyadı meselesidir. Zira aile birliği için ortak bir aile adının olmasının gerekip gerekmediği tartışması bir yana bırakılsa dahi ortak aile adı için sadece kadınların soyadını değiştirmek zorunda kalması her daim tartışma konusu olmuştur.⁷⁵ Kadının soyadına ilişkin ilk düzenleme 1926 tarih ve 743 sayılı MK'nın 153. maddesinde "*Karı, kocasının aile ismini taşır*" şeklinde yer almaktaydı. 1997 yılında yapılan değişiklik ile kural geçerliliğini devam ettirmekle birlikte kadına kocasının soyadından önce kendi soyadını taşıma hakkı verilmiştir. Söz konusu değişim kadın lehine görünse de eşitlik ilkesinin tam olarak sağlanması noktasında yetersiz kalmıştır. Maddenin iptaline ilişkin olarak AYM'ye yapılan başvuru⁷⁶ reddedilerek hüküm bu haliyle yürürlükte kalmıştır. Ne var ki bu düzenleme tüm eleştirilere rağmen 4721 sayılı TMK'nın 187. maddesinde⁷⁷ de aynen korunarak yürürlüğünü sürdürmüştür.⁷⁸ Kanunda yer alan bu düzenleme gerek iç hukukumuzda gerekse Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS) ve Kadınlara Karşı Her Türü Ayrımcılığın Ortadan Kaldırılma Sözleşmesi'ne (KKAOKS) aykırılık teşkil etmekte, eşlerin evlenme ve boşanma esnasında eşit hak ve yükümlülükler sağıp olması gerektiği teminatını sağlamamaktaydı.⁷⁹

⁷³ 743 sayılı Medeni Kanun Madde 98: "Beyan için evlenecek erkeğin ikametgahı belediyesine müracaat olunur."

⁷⁴ Ebru Ceylan, "Yeni Türk Medeni Kanunu'na Göre Kadının Hukuki Durumu", İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, İstanbul 2016, C.2, S.1, s.86

⁷⁵ Özge Yücel, "Medeni Hukuk Açısından Toplumsal Cinsiyet, Şiddet ve Ayrımcılık", İçinde, (ed.) Gülriş Uygur, Nadire Özdemir, *Hukuk ve Toplumsal Cinsiyet Çalışmaları*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2022, s.346

⁷⁶ AYM, 1997/61 E. 1998/59 K. ve 29.09.1998 tarihli Kararı

⁷⁷ 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu Madde 187: "Kadın, evlenmekle kocasının soyadını alır; ancak evlendirme memuruna veya daha sonra nüfus idaresine yapacağı yazılı başvuruya kocasının soyadı önünde önceki soyadını da kullanabilir. Daha önce iki soyadı kullanan kadın, bu haktan sadece bir soyadı için yararlanabilir."

⁷⁸ Doğan, s.124

⁷⁹ Ayşe Havutçu, Yasemin Kalkancı, "Anayasa Mahkemesi Bireysel Başvuru Kararları Işığında Kadının Soyadı", İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, İstanbul 2020, C.6, S.2, s.140,141

Kadının soyadına ilişkin sert algının kırılmış olmasına rağmen yeni kanunda kocanın soyadını taşıma zorunluluğunun ortadan kalkmaması⁸⁰ ve eşitliğin tam anlamıyla sağlanamaması konunun yargıya intikaline sebebiyet vermiş ve Ünal Tekeli davası⁸¹ ile birlikte pozitif hukuk nezdinde de tartışılmaya başlanmıştır.⁸² Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin (AİHM) konuya ilişkin olarak 2004 yılında vermiş olduğu ihlal kararı tartışmalara yeni bir boyut kazandırmıştır.⁸³ Türkiye aleyhine verilen bu karar sonrasında evli kadının soyadına ilişkin düzenlemenin yeniden kaleme alınması gerektiği savunulmuştur.⁸⁴ AİHM'nin kararı kanunda bir değişikliğe gidilmesini sağlayamamıştır. Hükmün iptali için AYM'ye yeniden açılan davada mahkeme, aile birliğini ve kamu düzenini gerekçe göstererek hükmün bir hak ihlali ne neden olmadığını ve Anayasa'ya aykırılık teşkil etmediğini ifade etmiştir.⁸⁵ AYM'nin esas hakkında inceleme yaptığı davalarda kararın Resmî Gazete'de yayımlanmasından itibaren on yıl geçmedikçe yeniden Anayasa'ya aykırılık iddiasında bulunamayacağından⁸⁶ kadının soyadı meselesi yakın zamana kadar bir norm denetimi incelemesine konu olmamıştır.

Konuya ilişkin olarak her ne kadar norm denetimi yapılmassa da 2010 yılında hukukumuza giren bireysel başvuru yoluyla evli kadının soyadı meselesi yeniden AYM nezdinde incelenmeye başlanmıştır. Mahkeme konuyu ilk olarak Sevim Akat Ekşi isimli vatandaşın başvurusu⁸⁷ üzerine ele alarak kadının sadece evlenmeden önceki soyadını kullanmak istemesinin yetkili makamlarca engellenmesinin manevi

⁸⁰ Serap Helvacı, "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin ve Anayasa Mahkemesinin Kararları Işığında Evli Kadının Soyadı", *Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni*, İstanbul 2015, C.35, S.1, s.158,159

⁸¹ AİHM, Ünal Tekeli/Türkiye, Başvuru No:29865/96, 16.11.2004 tarihli Kararı

⁸² Havutçu, Kalkancı, s.141

⁸³ Serap Helvacı, Gediz Kocabaş, "Fransız, Alman, İsviçre ve Türk Hukuklarında Kadının Soyadı", *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, İstanbul 2015, C.21, S.2, s.635

⁸⁴ Yüksel, 2014, s.186

⁸⁵ AYM, 2009/85 E. 2011/49 K. ve 10.03.2011 tarihli Kararı

⁸⁶ Türkiye Cumhuriyeti Anayasası Madde 152/4: "Anayasa mahkemesinin işin esasına girerek verdiği ret kararının resmî gazetede yayımlanmasından sonra on yıl geçmedikçe aynı kanun hükmünün anayasaya aykırılığı iddiasıyla tekrar başvuruda bulunulamaz."

⁸⁷ AYM, Sevim Akat Ekşi, Başvuru No:2013/2187, 19.12.2013 tarihli Kararı

varlığa ilişkin bir ihlal oluşturduğuna karar vermiştir. Mahkeme kararında uluslararası sözleşmelere de atıfta bulunarak konuyu AİHS'nin 14. maddesinde yer alan ayrımcılık yasağı bağlamında da değerlendirmiştir. Zira Avrupa AİHS iç hukukumuzda doğrudan uygulanma kabiliyetine sahiptir.⁸⁸ Bu karar sonrasında konuya ilişkin olarak yapılan bireysel başvurularda da AYM benzer gerekçeler ile Anayasa'ya aykırılık kararları vermiştir.⁸⁹

Kadının soyadına ilişkin yargı serüveninde önemli bir aşama olan 2015 tarihli Yargıtay Hukuk Genel Kurulu kararında⁹⁰ da soyadının bir insan hakkı olduğu ve kadın erkek eşitliği bağlamında aynı uygulamaya tabi olması gerektiği uluslararası sözleşmelere ve AİHM kararına atıf yapılarak ifade edilmiştir. Bütün bu karar ve tartışmaların akabinde AYM'ye yapılan somut norm denetimi yoluyla bir başvuru daha yapılmıştır. AYM'nin bireysel başvurularda vermiş olduğu ihlal kararlarına rağmen, konuya ilişkin yeni bir düzenleme yapılmamış olması sadece kadınlar yönünden değil aynı zamanda farklı bir aile soyadı kullanmak isteyen erkekler yönünden de bir hak ihlaline sebep olmaktadır.⁹¹ Mahkemenin 2023 yılında vermiş olduğu hükmün iptaline ilişkin karar⁹² ile birlikte yıllar boyu süren soyadı tartışmalarının kadın erkek eşitliği bağlamında çözülerek nihayete erdirilmesi için bir fırsat doğmuştur.⁹³ Anayasal ilkelerin ihlalinin yanında söz konusu maddenin yürürlükte kalması, kadınların hak talepleri için açacakları davalar ile yargının yükünü de arttırmaya devam edeceğinden⁹⁴ karar son derece isabetli olmuştur. Ancak sorunun tam olarak çözülebilmesi için uluslararası sözleşmeleri göz önünde bulundurarak, kadın erkek

⁸⁸ Özge Erbek Odabaşı, "Anayasa Mahkemesi ve Yargıtay Kararları Çerçevesinde Evli Kadının Soyadı", *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, İzmir 2017, C.19, S.1, s.88

⁸⁹ Bkz. AYM, Gülsim Genç, Başvuru No:2013/4439, 06.03.2014 Tarihli Kararı; AYM, Neşe Aslanbay Akbıyık, Başvuru No:2014/5836, 16.04.2015 tarihli Kararı; AYM, Ayşe Sena Sezgin Arslan, Başvuru No:2014/13367, 15.04.2015 tarihli Kararı

⁹⁰ YHGK, 2014/889 E. 2015/2011 K. ve 30.09.2015 tarihli Kararı

⁹¹ İmge Işıklar Ülgen, "Evlendikten Sonra Kadınların Münhasıran Kendi Soyadlarını Kullanması", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Ankara 2023, S.168, s.36

⁹² AYM, 2022/155 E. 2023/38 K. ve 22.02.2023 tarihli Kararı

⁹³ Zeynep Güler Özer, "Anayasa Mahkemesi'nin TMK m. 187'nin İptaline İlişkin Kararının Analizi ve Düzenleme Önerisi", *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, Ankara 2023, S.55, s.530

⁹⁴ Odabaşı, s.102

eşitliği anlayışı ile eşlerin ortak iradesini önemseyen ve özgürlüklerini koruyan yeni bir düzenlemeye ihtiyaç duyulmaktadır.⁹⁵ Zira hükmün iptali ile birlikte çözülmeye muhtaç birtakım sorunlar ortaya çıkmıştır. Örneğin TMK'nın 321. maddesinde düzenlenen çocuğun soyadına ilişkin hükmün nasıl uygulanacağı bir soru işareti oluşturmaktadır. Zira maddede çocuğun ailenin soyadını alacağı hüküm altına alınmış olup AYM'nin iptal kararı ile aile soyadına ilişkin bir hukuk boşluğu oluşmuştur.⁹⁶ İptal edilen hükmün yeni sorunlara yol açmaması için, kanun koyucunun konuya ilişkin en kısa zamanda yeni bir düzenleme yapması beklenmektedir.⁹⁷

Eski kanun döneminde var olup yeni TMK'ya aktarılan ve eşitlik ilkesi nezdinde değerlendirilmesi gereken bir diğer konu da boşanan kadın için öngörülen bekleme süresidir. Eski MK'nın 95. maddesinde⁹⁸ düzenlenen hüküm yeni kanun döneminde de korunarak boşanan kadın için üç yüz gün süreyle evlenme yasağı devam ettirilmiştir. Kanun koyucunun önceki yıllarda bu düzenlemeye ihtiyaç duymuş olması makul kabul edi-

⁹⁵ Ülgen, s.44

⁹⁶ Mustafa Şahin, "Anayasa Mahkemesi'nin İptal Kararı Ardından Türk Hukukunda Evli Kadının ve Çocuğun Soyadı", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Ankara 2024, S.170, s.32-33

⁹⁷ AYM'nin kadının soyadına ilişkin hükmü iptal etmesi ile birlikte oluşan boşluk, 9. Yargı Paketi'nin 15. maddesinde yer alan eski düzenlemeye paralel bir düzenleme ile giderilmek istenmiştir. Kamuoyunun yakından takip ettiği söz konusu düzenleme, kadın erkek eşitliği bağlamında yeniden tartışmalara neden olmuştur. AYM'nin 2011 yılında vermiş olduğu kararına gerekçe teşkil eden aile kurumunun bütünlüğü esasına benzer yönde değerlendirmeler ile eski düzenlemenin devam etmesi gerektiğini savunan siyasilere görüşlerinin yanında, çağın ve modern dünyanın bir gereği olarak soyadı özelinde de mutlak eşitliğin sağlanmasında geç bile kalındığı hususu, sivil toplumun bir meselesi haline gelmiştir. STK'ların eylem ve söylemlerinin de etkisi bu konuda güçlü bir kamuoyu oluşmasına olanak sağlamıştır. TBMM Kadın Erkek Fırsat Eşitliği Komisyonu'nun raporunda düzenlemeye ilişkin getirilen eleştiriler, AYM'nin iptal kararının nasıl etkisiz hale getirilmeye çalışıldığını gözler önüne sermektedir. (Rapor için Bkz. <https://cdn.tbmm.gov.tr/KKBSPublicFile/D28/Y2/T2/DosyaKomisyonRaporunuVerdi/355a4c58-ed8e-4761-b96b-c490a93c37a7.pdf> Erişim Tarihi: 17.11.2024) 28. Dönem 3. Yasama Yılı 16. Birleşim'inde teklifin 15. maddesi kanun metninden çıkarılmıştır. Teklifin bu haliyle kabul edilmemiş olması kadın erkek eşitliği adına güzel bir gelişme olarak kabul edilse de kadının soyadı meselesi çözülmeye muhtaç bir sorun olarak güncelliğini devam ettirmektedir.

⁹⁸ 743 sayılı Medeni Kanun Madde 95: "Kocasının vefatı veya boşanma sebebiyle dul kalan yahut evliliğinin butlanına hükmedilen kadın; vefattan, boşanmadan veya butlan hükmünden itibaren üç yüz gün geçmedikçe tekrar evlenemez."

lebilir ise de günümüz teknolojisi ve bilimsel ilerlemeler göz önünde bulundurulduğunda makul ve ölçülü bir sınırlama olduğu söylenemeyecektir. Zira bu gelişmeler ışığında soy bağı oldukça hızlı ve kolay yöntemlerle tespit edilmektedir.⁹⁹ TMK'nın 132. maddesinde¹⁰⁰ yer alan bu düzenleme benzer gerekçeler ile AİHM'ye de konu olmuş ve mahkeme kadınların gebe olmadıklarını ispat etmedikçe 300 gün süreyle evlenemeyeceklerine ilişkin hükmü, hem ayrımcılığa yol açması hem de özel hayatın ifşa edilmesine sebebiyet vermesi gerekçeleri ile sözleşmeye aykırı bulmuştur.¹⁰¹ Kanaatimizce de eşitlik ilkesine açık bir şekilde aykırılık teşkil eden ve kadına biçilen geleneksel kodlar ile toplumsal cinsiyet rollerini destekleyen bu düzenlemenin iptal edilmesi gerekmektedir.

TMK ile hukukumuzda getirilen yeniliklerden biri de edinilmiş mal rejimidir. Eski kanun döneminde uygulanan mal ayrılığı rejiminde boşanma sonrasında kadın ekonomik olarak zor duruma düşmekte ve kadın aleyhine bir mağduriyet oluşmaktaydı. TMK'nın 202-281. maddelerinde düzenlenen edinilmiş mal rejimi ile evlilik birliği içerisinde çalışma fırsatı bulamamış kadının, boşanma sonrasında muhtemel ekonomik güvencesizlik durumunun önüne geçilmek istenmiştir.¹⁰² Fakat bu noktada dikkat edilmesi gereken bir husus iş hayatının içinde olan kadının ev içi emeğinin bu rejim kapsamında görünmez olması durumudur. Çalışmayan kadınların ev içi emekleri bu rejim ile gözetilirken, çalışan kadınların emekleri ne yazık ki göz ardı edilmiştir. Bu durum kadınlar arasında istenmeyen bir haksız sonucun doğmasına sebebiyet vermektedir.¹⁰³ Belirtilmesi gereken bir diğer husus da edinilmiş mal rejiminin ancak 2002 tarihinden sonra gerçekleşen evliliklerde geçerli olmasıdır. Bu durum önceki yıllarda evlenmiş olan kadınlar bakımından da bir eşitsizlik yaratmaktadır. İç hukukumuzda yer alan söz konusu düzenleme KKAOKS ile de çelişmektedir.¹⁰⁴

⁹⁹ Yücel, s.344,345

¹⁰⁰ 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu Madde 132: "Evlilik sona ermişse, kadın, evliliğin sona ermesinden başlayarak üç yüz gün geçmedikçe evlenemez."

¹⁰¹ AİHM, Nurcan Bayraktar/Türkiye, Başvuru No:27094/20, 27/06/2023 Tarihli Kararı

¹⁰² Özdamar, 2002, s.289-291

¹⁰³ Akın Ünal, "Edinilmiş Mallara Katılma Rejimine Eleştirel Bir Bakış", *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Ankara 2019, C.23, S.4, s.124,125; Yüksel, 2014, s.194

¹⁰⁴ Demet Özdamar, CEDAW Sözleşmesi, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2009, s.45,47

III. GELENEKSEL CEZA HUKUKUNUN MODERNLEŞME SÜRECİ

Kadının insan haklarına dair yapılmak istenen iyileştirmeler, her daim bir direnç ile karşılaşmıştır. Özellikle cinsel suçlar bakımından yapılan düzenleme ve normlar toplumun tepkisi ile karşılaşmış olup bu tepki din, gelenek, kültür ve ahlak yargılarından bağımsız değildir. Ataerkilliği besleyen bu yapılar ceza hukukunun yapılanmasında da büyük rol oynamıştır.¹⁰⁵ Yıllar içinde gelişen insan hakları algısı ceza hukukunda da karşılık bulmuş ve dünden bugüne birçok düzenlemede kadın hakları ve eşitlik temelli değişiklik yapılmıştır.

İlk olarak belirtmek gerekir ki, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu (TCK) ile Anayasa'da yer alan eşitlik ilkesi tekrarlanarak kanun sistematüğinde yerini almıştır.¹⁰⁶ Ancak zaten Anayasa'da koruma altına alınan bir hak ve ilkenin bir kez daha kanunda yer almasında isabet görülmemiş olup kanundaki bu yenilik eleştiri konusu olmuştur.¹⁰⁷ Önceki kanunda olmayıp TCK'ya eklenen konuyu ilişkin bir diğer düzenleme de ayrımcılık suçu¹⁰⁸ olmuştur. Suça ilişkin olarak dikkat edilmesi gereken iki husus bulunmaktadır: Birincisi hükümde ayrımcılık temelleri sınırlı sayıda sayılmakta olup, kanunilik ilkesi gereği sayılan temeller dışındaki bir başka neden suça konu teşkil etmeyecektir. İkincisi ise, suçun bu sayılan temeller bağlamında işlenip işlenmediğinin tespit ve ispatı da ayrı bir zorluk oluşturmaktadır.¹⁰⁹ Zira diğer kanunların bazı

¹⁰⁵ Türkan Yalçın, *Türk Ceza Hukukunda Kadın*, Savaş Yayınları, Ankara, 2019, s.83

¹⁰⁶ 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu Madde 3/2: "Ceza kanununun uygulamasında kişiler arasında ırk, dil, din, mezhep, milliyet, renk, cinsiyet, siyasal veya diğer fikir yahut düşünceleri, felsefi inanç, milli veya sosyal köken, doğum, ekonomik ve diğer toplumsal konuları yönünden ayırım yapılamaz ve hiçbir kimseye ayrıcalık tanınmaz"

¹⁰⁷ Nur Centel, "Yeni Türk Ceza Yasası ve Kadın", s.6, <http://nurcentel.com/Makaleler/Yenitckvekadın.Pdf> Erişim Tarihi:24.01.2024

¹⁰⁸ 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu Madde 122: "(1) Dil, ırk, milliyet, renk, cinsiyet, engellilik, siyasi düşünce, felsefi inanç, din veya mezhep farklılığından kaynaklanan nefret nedeniyle; a) Bir kişiye kamuya arz edilmiş olan bir taşınır veya taşınmaz malın satılmasını, devrini veya kiraya verilmesini, b) Bir kişinin kamuya arz edilmiş belli bir hizmetten yararlanmasını, c) Bir kişinin işe alınmasını, d) Bir kişinin olağan bir ekonomik etkinlikte bulunmasını, engelleyen kimse, bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır."

¹⁰⁹ Ahmet Caner Yenidünya, "5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda Ayrımcılık Suçu", *Çalışma ve Toplum Ekonomi ve Hukuk Dergisi*, İstanbul 2006, C.4, S.11, s.112

hallerde izin verdiği ispat yükünün yer değiştirilmesi durumunun, TCK'da düzenlenmemesi de madde ile amaçlanan hukuki korumanın iyice zayıflamasına sebebiyet vermektedir.¹¹⁰ Maddenin suça uygulanışındaki tüm zorluklar bu suçtan alınan mahkumiyet sayısının yok denecek kadar az olmasına neden olmakta ve bundan dolayı suçun caydırıcı olma özelliğine ket vurmaktadır.¹¹¹

Cinselliğin genel adapla ilişkilendirilemeyeceği ve bireysel bir özgürlük sorunu olduğu düşüncesi, ceza hukuku sistematüğinde cinsel suçların genel adap ve aile nizamı başlığından çıkarılarak kişilere karşı suçlar başlığı altında cinsel dokunulmazlığa karşı suçlar kısmında düzenlenmesinin önünü açmıştır.¹¹² Eski TCK'nın 414 ve 416. maddelerinde düzenlenen ırza geçme suçu düzenlenirken 414/2, 417 ve 418. maddelerde suçun ağırlaştırıcı nedenleri ile ve nihayet 434 ve 438. maddelerinde suçun hafifletici sebepleri düzenlenmiştir.¹¹³ Cinsel şiddetin en çok görünen şekli olarak karşımıza çıkan ırza geçme suçu¹¹⁴ yeni TCK'da bütüncül bir şekilde ele alınarak cinsel saldırı suçu¹¹⁵ başlığı altında düzenlenmiştir. Hüküm önceki kanun döneminde güncel düzenlemeden farklı olarak failin yalnızca erkek olabileceğini düzenlemekteydi. Ayrıca cinsel organa başka bir nesnenin sokulması ya da oral ilişki de suçun özellikleri arasında sayılmamaktaydı. Bir diğer farklılık ise kadının rızasını almadan kocanın normal yoldan ilişki kurması suç kapsamında değerlendirilmemişti.¹¹⁶ Çağdışı kalmış bu hükmün kapsamının ve muhataplarının genişletilerek insan hak-

¹¹⁰ Ulaş Karan, "Türk Hukukunda Ayrımcılık Yasağı ve Türk Ceza Kanunu'nun 122. maddesinin Uygulanabilirliği", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Ankara 2007, S.73, s.160

¹¹¹ Gizem Kübra Özen Aykotalp, "Nefret ve Ayrımcılık Suçu", *Namık Kemal Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Tekirdağ 2021, C.2, S.2, s.448

¹¹² Veli Özer Özbek, Koray Doğan, Pınar Bacaksız, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2020, s.323

¹¹³ Sulhi Dönmezer, *Genel Adap ve Aile Düzenine Karşı Cürümler*, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1983, s.49

¹¹⁴ 765 sayılı Türk Ceza Kanunu Madde 414: "Her kim 15 yaşını bitirmeyen bir küçüğün ırzına geçerse beş seneden aşağı olmamak üzere ağır hapis cezasına mahkûm olur."

¹¹⁵ 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu Madde 102: "Cinsel davranışlarla bir kimsenin vücut dokunulmazlığını ihlâl eden kişi, mağdurun şikâyeti üzerine, beş yıldan on yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır."

¹¹⁶ Yalçın, s.99

larına uygun bir şekilde kanun sistematüğinde yeniden düzenlenmesi, kişi hürriyeti ve cinsel özgürlük bağlamında korunan hukuki menfaat açısından oldukça isabetli olmuştur. Ayrıca evlilik içi tecavüzleri özel alana müdahale olarak kabul ederek suç kabul etmeyen eski kanun dönemindeki algı, kadının kocaya tabi olduğu görüşünün zayıflaması ile birlikte değişerek TCK'nın 102/2. maddesinde şikâyete bağlı bir suç olarak sayılmıştır.¹¹⁷

Söz konusu suça ilişkin olarak çalışma konusu bağlamında ele alınması gereken diğer iki düzenleme de eski TCK'nın 434¹¹⁸ ve 438.¹¹⁹ maddeleridir. Kanun koyucu 434. maddeyi mağdurun evlenme ile birlikte acı ve kederinin giderileceği aynı zamanda toplum içerisinde karşılaşacağı olası kötü durumlardan korunacağı düşüncesi ile kabul etmiştir.¹²⁰ Söz konusu hükümle güdülen amaç aile menfaatinin üstünlüğü sağlamak ve meydana gelebilecek zararlarının önüne geçmektir.¹²¹ Aynı zamanda kadının toplumdan dışlanmasını engellemek ve bir daha evlenemeyeceği düşüncesini ortadan kaldırarak bu şekilde evliliğini kolaylaştırmaktır.¹²² Ancak kirlenmiş olduğu düşüncesinden hareketle kadının evlendirilmesi onun bir kez daha mağduriyetine sebebiyet vermekteydi. Fail açısından ise, bu hüküm bir cezalandırma aracı olmaktan ziyade suçluyu kurtarıcı olarak atfetme görevi görmekteydi.¹²³ Eşitlik anlayışından uzak olan bir diğer düzenleme de fuhşu meslek edinen kadınların cinsel saldırıya maruz kalmalarını hak gören 438. madde idi. Hükümün lafzından anlaşılıyor ki, seks işçiliği yapan kadınlara bedenleri üzerinde söz söyleme ve tasarrufta bulunma hakkı

¹¹⁷ Yalçın, s.104

¹¹⁸ 765 sayılı Türk Ceza Kanunu Madde 434: "Kaçırılan veya alıkonulan kız veya kadın ile maznun veya mahkumlardan biri arasında evlenme vukuunda koca hakkında hukuku amme davası ve hüküm verilmiş ise cezanın çektirilmesi tecil olunur.

¹¹⁹ 765 sayılı Türk Ceza Kanunu Madde 438: "Irza geçmek ve kaçırmak fiilleri fuhşu kendine meslek edinen bir kadın hakkında irtikâp olunmuş ise, ait olduğu maddelerde yazılı cezaların üçte ikisine kadar indirilir."

¹²⁰ Sedat Bakıcı, Genel Adap ve Aile Düzenine Karşı Cürümler, Adalet Yayınevi, Ankara, 1994, s.491

¹²¹ *Dönmezer, s.141*

¹²² Fahri Gökçen Taner, "Kadının Eşitlik Mücadelesi ve Cinsel Suçlarda Dönüşüm", İçinde, (ed.) Gülriz Uygur, Nadire Özdemir, Hukuk ve Toplumsal Cinsiyet Çalışmaları, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2022, s.252

¹²³ Yalçın, s.138

tanınmamış ve kullanılmaya hazır birer obje olarak görülmüşlerdir. Cinsel açıdan kolay ulaşılabilir olan kadınlar, köleleştirilmeye hazır birer meta olarak kabul edilmiştir.¹²⁴ Söz konusu hüküm kadınlar arasında bir ayrıştırmaya neden olduğu gibi, ayrıca aşağılayıcı olması sebebiyle birçok eleştirinin de muhatabı olmuştur.¹²⁵

Yeni TCK kapsamına alınmayan bir diğer düzenleme de eski kanunun 423. maddesinde¹²⁶ yer alan evlenme vaadiyle kızlık bozma¹²⁷ suçudur. Hüküm bekaret noktasında kadınlar arasında bir ayrımcılık yaparak, bakire olmayan kadının kandırılarak istismara uğramasını cezalandırmamaktaydı.¹²⁸ Yine evlenme yasağı olan kişiler arasında evlenmenin mümkün olmayacağı açık olduğundan evlenme sözü kandırıcı nitelikte sayılmamış ya da failin evli olduğunu bilen mağdurun bu evliliği biliyor olması, yine bir cezalandırılmama hali olarak kabul edilmiştir.¹²⁹ Tüm şartların cezalandırılmaya elverişli olduğu durumlarda dâhi mağdurun evlenme vaadiyle cinsel ilişkiye zorlandığının ispatı oldukça zor olduğundan bunun için kızlık zarı muayenesi yapılmak zorundaydı.¹³⁰ Bu durum kadın açısından onur kırıcı bir vaziyet oluşturmaktaydı. Uluslararası sözleşmelere de aykırılık teşkil eden bu hükmün, yeni yasaya alınmamış olması isabetli olmuştur.¹³¹

¹²⁴ Catharine A. Mackinnon, *Feminist Bir Devlet Kuramına Doğru*, (çev.) Türkan Yöney, Sabir Yücesoy, Metis Yayınları, İstanbul, 2020, s.164

¹²⁵ Yalçın, s.150

¹²⁶ 765 sayılı Türk Ceza Kanunu Madde 423: "Her kim on beş yaşını dolduran bir kızı alacağım diye kandırıp kızlığını bozarsa altı aydan iki seneye kadar hapsolünür."

¹²⁷ Yeni TCK kavram olarak kullanılmamakla birlikte eski kanun döneminde yer verilen kavram, toplumsal cinsiyet algısının kanun koyucu nezdinde oldukça sorunlu bir noktada olduğunun açık göstergesidir. Yasaların değiştirici ve dönüştürücü fonksiyonları göz önünde bulundurulduğunda, kanun koyucunun kullanmış olduğu terminolojinin hangi amaca hizmet ettiği eleştiriye muhtaçtır. Toplumsal algı üzerinde yadsınmaz bir etkiye sahip olan yasalar, sadece içerik yönünden değil aynı zamanda söylem olarak da ataerkil ideolojiyi besleyen bir mekanizmaya dönüşmemelidir. Bu anlamda hukukta cinsiyetçi bakış açısının ortadan kaldırılması için sadece TCK kapsamında kavramın kullanılmaması yeterli olmayıp, cinsiyetçi söylemden arındırılmış dil birliğinin tüm yasalar ve hukuk metinleri bağlamında sağlanması amaç haline getirilmelidir.

¹²⁸ Yalçın, s.123

¹²⁹ Bakıcı, s.264

¹³⁰ Yalçın, s.125

¹³¹ Centel, s.7

765 sayılı TCK'nın 429. maddesinde¹³² düzenlenen kız ve kadın kaçırma¹³³ suçuna ilişkin hükümde öncelikle mağdurun reşit olup olmama durumuna göre bir ayırım yapılmış, sonrasında ise, kadının evli olma durumu ağırlaştırıcı neden sayılarak buna göre bir ceza oranı belirlenmiştir.¹³⁴ Böylece bir erkeğin "malı" olarak görülen evli kadın, hukuken de daha fazla korunmaya değer görülmüştür. Suç ile korunun hukuki değer herkes için eşit özgürlük olması gerekirken kanun koyucu evli-evli olmayan kadın arasında bir eşitsizlik yaratmıştır.¹³⁵ Belirtmek gerekir ki ayrılık halinde henüz boşanma kararının kesinleşmemiş olması hali de yine ikinci fıkra nezdinde ağırlaştırıcı neden kapsamında değerlendirilmiştir.¹³⁶ Fakat evden ayrılan kadının, kocası ya da diğer ilgili kişiler tarafından zorla eve geri getirilmesi durumunda manevi unsurun oluşmaması nedeniyle suçun gerçekleşmediği kabul edilmiştir.¹³⁷ Yeni TCK'da suçun mağduru bakımından bir ayırım yapılmaksızın *kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu*¹³⁸ başlığı altında hukuken korunan değer yalnızca kişi özgürlüğüne bağlanmıştır.

Eski TCK'da eşitlik ilkesine aykırı şekilde düzenlenen bir diğer hüküm de zina suçuydu. Zina en eski çağlardan beri ağır cezalar ile

¹³² 765 sayılı Türk Ceza Kanunu Madde 429: "(1) Her kim cebir ve şiddet veya tehdit veya hile ile şehvet hissi veya evlenme amacıyla reşit olan veya reşit kılınan bir kadını kaçırsın veya bir yerde alıkoyarsa üç seneden on seneye kadar ağır hapis cezası ile cezalandırılır. (2) Kaçırılan kadın evli ise ağır hapis cezası yedi seneden aşağı olamaz."

¹³³ Böyle bir ayrımı ihtiyaç olarak gören kanun koyucu, öz değerinden kopararak ataerkinin kalıpları doğrultusunda kadına yeniden bir değer biçme yoluna gitmiştir. Kimliği ve bedensel bütünlüğü ikinci bir plana atılarak, kadınlar bekarete sahip olup olmaması ya da bir erkeğin egemenlik alanına girip girmemesi üzerinden bir isimlendirilme objesi haline dönüştürülmüştür. Bu bakış açısı toplumsal cinsiyet kalıplarını pekiştirerek, sadece cinsiyetler arası eşitsizliğe değil, aynı zamanda kadınlar arasında da bir değer ayrımı öngörerek hemcinsler arasında bir eşitsizliğe sebebiyet vermektedir.

¹³⁴ Detaylı bilgi için bkz. Mehmet Emin Artuk, Ahmet Caner Yenidünya, "Türk Ceza Hukukunda Kız, Kadın ve Erkek Kaçırma Suçları", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Ankara 2004, S.54, s.105-137

¹³⁵ Yalçın, s.132,133

¹³⁶ Bakıcı, s.366

¹³⁷ Bakıcı, s.367

¹³⁸ 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu Madde 109: "Bir kimseyi hukuka aykırı olarak bir yere gitmek veya bir yerde kalmak hürriyetinden yoksun bırakan kişiye, bir yıldan beş yıla kadar hapis cezası verilir."

cezalandırılması gereken bir suç olarak kabul edilmiştir.¹³⁹ Suçla korunan hukuki değer in toplumsal ahlak olduğunu savunan yazarlar varsa da aile içinde sadakat yükümlülüğünün korunduğuna ilişkin görüş de yaygındır. Bir kısım yazar ise, ferdi menfaatten ziyade kamusal değer taşıdığını ileri sürmektedir.¹⁴⁰ Eşitlik fikrinin yaygınlaşması ile birlikte zina suçunun sadece kadın tarafından işlenebileceği anlayışı zaman içerisinde -yine erkek lehine yorumlansa da- değişmiştir.¹⁴¹ Eski TCK'nın 440. maddesinde¹⁴² düzenlenen kadının zinasının ilk halinde sadece eylemi gerçekleştiren kadın cezalandırılırken, yapılan değişiklik ile kadının evli olmasını bilmesine rağmen eyleme katılan erkeğin de cezalandırılması öngörülmüştür. Kanununun 441. maddesinde¹⁴³ düzenlenen erkeğin zinasında ise, yalnızca devamlılık arz eden ilişki suç kapsamında değerlendirilirken geçici ilişkiler suç teşkil etmemektedir.¹⁴⁴ Zina suçuna ilişkin kocaya tanınan bu kanuni üstünlük, eşitlik ilkesinin ihlali olarak kabul edilmiş olup, Anayasa'ya aykırılık teşkil ettiği ifade edilmiştir.¹⁴⁵

Bugün için halen güncelliğini koruyan ve eşitlik algısından uzak olan bir ceza hukuku sorunu da namus cinayetleridir. Tarihi gelişimine bakıldığında, kavramın aslında sosyal ve ekonomik yapıya dayanan politik bir olgu olduğu görülmektedir. Namus olgusunun erkeğin kadın üzerindeki tahakkümünün bir aracı olarak eril toplumun örgütlenmesinde önemli bir rol üstlendiğini söylemek yanlış olmayacaktır.¹⁴⁶

¹³⁹ Dönmezer, s.395

¹⁴⁰ Zeki Hafizoğulları, *Zina Cürümleri*, Kazancı Hukuk Yayınları, İstanbul, 1983, s.32-35

¹⁴¹ Naci Şensoy, "Zina Cürmü", İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, İstanbul 1942, C.8, S.1-2, s.74

¹⁴² 765 sayılı Türk Ceza Kanunu Madde 440: "Zina eden karı hakkında altı aydan üç seneye kadar hapis cezası tertip olunur. Karının evli olduğunu bilerek bu fiilde ortak olan kimse hakkında da aynı ceza hükümlenir."

¹⁴³ 765 sayılı Türk Ceza Kanunu Madde 441: "Karısıyla birlikte ikamet etmekte olduğu hanede, yahut herkesçe bilinecek surette başka yerde karı koca gibi geçinmek için nikahsız kadın tutmakta olan koca hakkında üç aydan otuz aya kadar hapis cezası hüküm olunur."

¹⁴⁴ Yalçın, s.168,169

¹⁴⁵ Hafizoğulları, s.191,192

¹⁴⁶ Mehtap Hamzaoğlu, Emrah Konuralp, "Geleneksel Toplumlarda Namus Olgusu Ve Namus Cinayeti: Türkiye Örneği", İstanbul Üniversitesi *Kadın Araştırmaları Dergisi*, İstanbul 2019, C.1, S.18, s.54

765 sayılı TCK'nın 448 vd. maddelerinde namus cinayeti hükme konu olmuşsa da bu kavramı meşrulaştıran ve pekiştiren en önemli maddelerden biri 462. madde olmuştur. Hükümde namus saiki ile hareketin bir indirim sebebi olacağı düzenlenmiş olup, karısını, kızını ya da aile bireylerinden birini cinsel ilişki sırasında yakalayan kişinin cezasında indirim yapılacağı öngörülmüştür. Yeni TCK konuya ilişkin daha ileri bir düzenleme getirerek töre saiki ile hareket etme durumunu kasten öldürme suçunda ağırlaştırıcı bir neden olarak hüküm altına almıştır. Yeni düzenleme her ne kadar daha ileri görünse de kavram ile mücadele anlamında tek başına yeterli olmayacağından, namus ve töre cinayetlerinde haksız tahrik¹⁴⁷ hükümlerinin uygulanmaması hususuna dikkat çekmek gerekecektir.¹⁴⁸

Ceza hukukunda kadınlar aleyhine işleyen bir başka mekanizmayı da haksız tahrik¹⁴⁹ kurumu oluşturmaktadır. Kavram genel hatlarıyla; bireyin kendi kusuru olmaksızın başka birinin haksız hareketi sonucu hiddet duygusu ile vermiş olduğu tepkinin suç teşkil etmesi ile birlikte cezada indirim öngörülmesi şeklinde tanımlanabilir.¹⁵⁰ Eski kanunda

¹⁴⁷ Kanunda töre sözcüğünün seçilmiş olması namus cinayetleri bakımından indirimin uygulanabileceği gibi bir yanılgıya sebebiyet vermektedir. Zira Yargıtay'ın konuya ilişkin değerlendirmesine baktığımızda töre saiki kavramını dar yorumladığını, ancak kolektif bir karar olması halinde töre saikinden söz edilebileceğini, namus cinayetlerinde topluma mâl edilmeyecek bireysel bir kararın mevcut olacağı kabulü ile haksız tahrik indiriminin cömert bir şekilde uyguladığını görmekteyiz. Oysa gözden kaçırılan husus, namus kavramının da gelenek söylemlerden beslenen ve toplumsal algının kaynaklık ettiği bir olgu olduğu gerçeğinin ıskalanmasıdır. Eylem Ümit Atılğan, Haksız Tahrik Bir Erkeklik Hakkı, İletişim Yayınları, İstanbul, 2024, s.275-280

¹⁴⁸ Mehtap Hamzaoğlu, Emrah Konuralp, "Türk Hukuk Sisteminin Namusla İmtihanı: Ulusal Mevzuat Ve Uluslararası Düzenlemeler Açısından Namus Cinayetleri", *Marmara Üniversite Kadın ve Toplumsal Cinsiyet Araştırmaları Merkezi Dergisi*, İstanbul 2018, C.2, S.2, s.80

¹⁴⁹ Haksız tahrik hükümlerinin uygulanmasında erkeklik kavramının ne içerdiği ile ilgili bir tanımlama ihtiyacı duyulmaksızın, sadece erkek olmanın tahrik için yeterli olacağı ön kabulü mevcutken, kadının haksız tahrikten faydalanabilmesi için kadınlık onur ve iffeti, medeni hali, sanık ile olan münasebeti, çocuk sahibi olup olmaması gibi birçok kavram eleğinden başarılı bir şekilde geçmiş olması gerekmektedir. Haksız tahrik kurumunun norm boyutu ile cinsiyetler için eşit bir hak olarak düzenlenmesine karşın, uygulamada bir erkeklik hakkı olarak işlevsellik kazandığını görmekteyiz. Atılğan, s.100-102

¹⁵⁰ Yalçın, s.229; Abdulkadir Çadık, "Haksız Tahrikin Felsefi Temelleri", *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Konya 2018, C.26, S.3, s.187

olduğu gibi, yeni kanunda da, kendine yer bulan haksız tahrik düzenlemesinde bir yenilik yapılarak haksız fiil kavramı kullanılmış ve böylece hükmün töre cinayetlerinde uygulanmasının önüne geçilmeye çalışılmıştır.¹⁵¹ Zira namus ve töre cinayetlerinde haksız tahrik indiriminin yapılması bir nevi failin ödüllendirilmesi anlamı taşıyacağından buna ilişkin suçların artmasına sebebiyet verebilecektir.¹⁵²

Her dönem tartışılan konulardan biri olan kürtaj meselesi, ceza hukukuna da konu teşkil etmektedir. Devlet politikalarına göre şekillenen kürtaj sorunu dönem farklı uygulamalar ile karşımıza çıkmaktadır. Kürtaj, Cumhuriyet'in ilk yıllarında nüfus artırımı politikası çerçevesinde yasaklanırken nüfus planlamasını sağlamak için yürürlüğü giren Nüfus Planlaması Hakkında Kanun ile birlikte sınırlı şartlarda da olsa kürtajın yapılabileceği hüküm altına alınmıştır. Belirtmek gerekir ki kürtaj 1983 yılına kadar bir hak olmaktan ziyade zorunluluk hallerinde başvurulacak bir yol olarak öngörülmüştür.¹⁵³ 765 sayılı TCK'nın 468 vd. maddelerinde yer alan çocuk düşürtme suçu 5237 sayılı TCK'da da yer almış olup, önceki kanundan farkı olarak suç sonucu hamile kalan kadının durumu ayrıca hüküm altına alınmıştır. Belirtmek gerekir ki, kürtajın yasaklanması¹⁵⁴ hem kadın bedeninin denetlenmek istenmesi hem de soyun devamlılığında karar mekanizmasının erkeğin denetiminde tutulmak istenmesiyle yakından alakalıdır.¹⁵⁵ Vücut bütünlüklerini ve sağlıklarını, beslenme alışkanlıklarını,

¹⁵¹ Yalçın, s.229

¹⁵² Devrim Aydın, "Yeni Türk Ceza Hukuku'nda Haksız Tahrik", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Ankara 2004, C.54, S.1, S.245

¹⁵³ Yalçın, s.248

¹⁵⁴ Amerika'da kürtajı suç sayan düzenlemeye karşı açılan Roe v Wade davasında 1973 yılında verilen karar ile kadınların kürtaj hakkı yeniden düzenlenmiş ve kürtaj yasal hale getirilmişti. Bu karar sonrasında kadınlara gebeliğin ilk üç ayı için koşulsuz kürtaj hakkı tanınmıştır. 1992 yılında Planned Parenthood v Casey davası ile birlikte Yüksek Mahkeme, kadınlara gereksiz yük yüklenemeyeceği gerekçesi ile kürtaj süresini 24 haftaya çıkarmıştır. 30 Eylül 2024 tarihinde yürürlüğü giren yasa ile kadınların kürtaj hakkına ilişkin geri adım atılarak ancak altı haftaya kadar olan gebeliklerde kürtajın yasal olacağı hüküm altına alınmıştır. Bugün gelinen noktada; kadın bedeni üzerinde hakimiyet kurma arzusunun, farklı bölgelerde fakat benzer zihniyetle yeniden inşa edilmeye çalışıldığına tanıklık etmekteyiz.

¹⁵⁵ Evrim Durmaz, "Kadın Bedeninin Denetlenmesi Bağlamında Kürtaj Tartışmalarının Tarihi", *İçinde*, (ed.) Zeynep Özlem Üskül Engin, Dolunay Çörek, Göktürk Öcal, *Toplumsal Cinsiyet ve Hukuk*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2021, s.219

kariyerlerini ve beraberinde birçok alanı etkileyen doğurganlık yeteneği, kadınlara bir külfet olarak yüklenmektedir. Üstelik böylesi önem arz eden bir meselede de karar hakkı tanınmamaktadır. İnsan hakları temelinde kadının kendi bedeni üzerinde özgürce karar verebilmesi kadın hakları açısından da daha isabetli olacaktır.¹⁵⁶

IV. ÇALIŞMA HAYATINDA KADIN

Kadının çalışma hayatına girmesi ile birlikte, kadın ve erkek çalışanlar arasında kadın aleyhine gelişen eşitsizliği gidermek adına birçok düzenleme yapılmıştır. Özellikle kadının gebelik ve annelik durumu göz önünde bulundurulmak suretiyle yeni normlar düzenlenmiştir. Zaman içerisinde toplumsal cinsiyet rolleri terkedilerek emek-ücret ilişkisi üzerinden eşitlik ilkesine uygun düzenlemeler mevzuata alınmıştır.

Eşitlik ilkesinin İş Kanunu'ndaki (İK) yansıması olarak 5. maddede¹⁵⁷ düzenlenen eşit davranma ilkesi işverenin hareket alanını kısıtlayan ve çalışanlara karşı keyfi davranışı önleyen bir mekanizma olarak karşımıza çıkmaktadır.¹⁵⁸ Madde hükmünde sınırlı sayıda belirtilmeyen ayrımcılık temellerinden biri de cinsiyet ayrımcılığıdır. Hükümde genel nedenler arasında sayılmakla yetinilmemiş, sonraki fıkralarda cinsiyete ilişkin özel düzenlemeler yapılmıştır. İşe alımda, iş ilişkisi-

¹⁵⁶ Eda Gülsüm Karasaç, "Ceninin Yaşam Hakkı", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Ankara 2022, C.71, S.3, s.1073

¹⁵⁷ 4857 sayılı İş Kanunu 5. madde : "İş ilişkisinde dil, ırk, renk, cinsiyet, engellilik, siyasal düşünce, felsefi inanç, din ve mezhep ve benzeri sebeplere dayalı ayırım yapılamaz.

İşveren, esaslı sebepler olmadıkça tam süreli çalışan işçi karşısında kısmî süreli çalışan işçiye, belirsiz süreli çalışan işçi karşısında belirli süreli çalışan işçiye farklı işlem yapamaz.

İşveren, biyolojik veya işin niteliğine ilişkin sebepler zorunlu kılmadıkça, bir işçiye, iş sözleşmesinin yapılmasında, şartlarının oluşturulmasında, uygulanmasında ve sona ermesinde, cinsiyet veya gebelik nedeniyle doğrudan veya dolaylı farklı işlem yapamaz.

Aynı veya eşit değerde bir iş için cinsiyet nedeniyle daha düşük ücret kararlaştırılamaz.

İşçinin cinsiyeti nedeniyle özel koruyucu hükümlerin uygulanması, daha düşük bir ücretin uygulanmasını haklı kılmaz."

¹⁵⁸ Devrim Ulucan, "Eşitlik İlkesi ve Pozitif Ayrımcılık", *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, İzmir 2013, C.15, Özel Sayı, s.372,373

nin devamında ve sözleşmenin feshinde doğrudan ya da dolaylı fark etmeksizin, işverene cinsiyete ilişkin ayırım yapma yasağı getirilmiştir. Söz konusu düzenlemede bir istisna öngörülmüş olup, işin mahiyeti veya biyolojik nedenler dolayısıyla ayırım yapılması eşitlik kuralına aykırılık teşkil etmeyecektir.¹⁵⁹ Ancak vurgulamak gerekir ki, hükmün düzenlenme amacıyla orantılı olarak istisnanın dar yorumlanması daha isabetli olacaktır.¹⁶⁰

Önem arz etmesi bakımından cinsiyetler arası ücret eşitliği ise, ayrı bir fıkrada özel olarak düzenlenmiştir.¹⁶¹ Bu hükmün ise eşitlik ilkesinin sağlanması adına sadece kadın ve erkek işçi bazlı değil tüm işçiler nezdinde eşit işe eşit ücret şeklinde düşünülmesi gerekmektedir. Ücret eşitliği ile birlikte dikkat edilmesi gereken bir diğer nokta da ücret şeffaflığının sağlanmasıdır. İlkenin daha görünür olması ve cinsiyetler arası eşitliğinin daha şeffaf bir şekilde yürütülmesi için 23 Mart 2023 tarihinde 2023/970 Sayılı Ücret Şeffaflığı ve Yatırım Mekanizmaları Aracılığıyla Eşit İşe Eşit Ücret veya Kadın ve Erkek Arasında Eşit Değerde İş İlkesinin Uygulanması Güçlendirmeye Yönelik Yönerge¹⁶² Avrupa Konsey’inde kabul edilmiştir. Yönergenin kabulü ilkenin güçlendirilmesi adına önemli bir adım olup iç hukuktaki düzenlemelere de yansması isabetli olacaktır.

Eşit davranma borcunun uygulanabilmesi için bazı koşulların gerçekleşmesi gerekmektedir. Öncelikle işçi ile işveren arasında bir hukuki ilişki olmalı ve işçilerin aynı işyerinde çalışmaları gerekmektedir. Daha sonra ise işyerinde çalışan tüm işçileri ilgilendiren bir davranış veya uygulama mevcut olmalıdır. Bu koşulların birlikte bulunduğu

¹⁵⁹ Ahmet Terzioğlu, Fatmanur Aksöz, “Çalışma Hayatında Cinsiyet Ayrımcılığı ve Türk İş Hukukunda Kadınları Korumaya Yönelik Düzenlemeler,” *Çalışma ve Toplum Dergisi*, İstanbul 2022, C.1, S.72, s.279

¹⁶⁰ Sevgi Işık Erol, “Türk İş Hukukunda Kadın Çalışanlara Yönelik Koruyucu Düzenlemeler,” *Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Diyarbakır 2022, C.27, S.47, s.605

¹⁶¹ Kübra Doğan Yenisey, “İş hukukunda Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık Yasağı,” *Çalışma ve Toplum Dergisi*, İstanbul 2006, C.4, S.11, s.67

¹⁶² 2023/970 sayılı Ücret Şeffaflığı ve Yatırım Mekanizmaları Aracılığıyla Eşit İşe Eşit Ücret veya Kadın ve Erkek Arasında Eşit Değerde İş İlkesinin Uygulanması Güçlendirmeye Yönelik Yönerge, OJ L 132, 17.05.2023; Orijinal metin için bkz., <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:32023L0970>, Erişim Tarihi: 10.04.2024

şartlarda işverenin işçilere karşı eşit davranma yükümlülüğü söz konusu olacaktır.¹⁶³ Ancak belirtmek gerekir ki, sayılan koşulların aynı zaman diliminde gerçekleşmesi gerekmektedir. Başka bir deyişle, işverenin aynı zaman diliminde vuku bulan tutum ve davranışları kıyaslanmalıdır.¹⁶⁴ İş akdinin feshi ile işverenin eşit davranma borcu da ortadan kalkmış olacaktır.

Söz konusu hükmün 6. fıkrasında ayrımcılık bir yaptırıma tabi tutulmuş olup, işçinin 4 aya kadar ücret tutarı tazminat olarak öngörülmüştür. Ancak hüküm kapsamına yalnızca işin devam ettiği haller ile sona erme halleri alınmış olup, iş görüşmeleri, işe alma ya da akit koşullarının oluşturulması alınmamıştır.¹⁶⁵ Ayrımcılık tazminatına ek olarak İK'nın 99. maddesinde genel hükümlere aykırı davranışlar için cezai şart öngörülmüş olup, Kanunun 5. maddesindeki ilke ve yükümlülüklerle aykırı davranan işveren veya vekiline para cezası uygulanacağı hüküm altına alınmıştır.¹⁶⁶

İK'da cinsiyet temelli yapılan bir diğer düzenleme de çalıştırma yasağına ilişkindir. Kanunun 72 ve 73. maddelerinde yer altı ve su altı ile gece çalışmalarına ilişkin çalışma yasağı getirilmiştir. Yer altı ve su altında herhangi bir yaştaki kadının çalıştırılması mutlak suretle yasaklanmıştır. Söz konusu hüküm dayanağını her ne kadar Türkiye'nin de taraf oldu 45 no'lu Uluslararası Çalışma Örgütü (UÇÖ) Sözleşmesi'nden almışsa¹⁶⁷ da modern dünyanın gelişimi ile birlikte kadınların iş dünyasındaki görünürlüğü ve temsiliyetinin artması yeni düzenlemelere duyulan ihtiyacı da gündeme getirmiştir. Bu durum UÇÖ sözleşmelerinin de gözden geçirilmesine neden olmuş ve 176 no'lu Madenlerde Sağlık ve Güvenlik Sözleşmesi hazırlanmış ve Türkiye de 2015 yılında sözleşmeye taraf olmuştur. Sözleşme kadınlara

¹⁶³ Ali Pir Kaya, Çalışma Hukukunda Eşitlik ve Ayrımcılık, Umuttepe Yayınları, Kocaeli, 2020, s.124-127; Yasin Ulusoy, Senar Çağırğan Tuncer, "İş Hukukunda Eşit Davranma İlkesi," *Pamukkale Journal of Eurasian Socioeconomic Studies*, Denizli 2020, C.7, S.2, s.95-96.

¹⁶⁴ Murat Kandemir, Didem Yardımcıoğlu, "İş Hukukunda Eşitlik İlkesi," *Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Diyarbakır 2022, C.19, S30-31, s.13

¹⁶⁵ Kadriye Bakırcı, Uluslararası Hukuk, AB ve ABD Hukuku ile Karşılaştırmalı İş Hukukunda Cinsiyet Ayrımcılığı Yasağı İlkesinin İstisnaları ve Objektif Haklı Nedenler, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2012, s.38; Ulucan, s.376

¹⁶⁶ Kandemir, Yardımcıoğlu, s.35

¹⁶⁷ Ertürk, s.175

rın korunması gerektiği algısından uzaklaşarak iş sağlığı ve güvenliği kapsamında kadınlara alan açılması gerektiğini savunmaktadır. Ne var ki Türkiye sözleşmeye taraf olmasına rağmen, İK'daki yasağa ilişkin henüz bir değişiklik yapılmamıştır.¹⁶⁸

18 yaşını doldurmuş kadınların gece çalışmasına ilişkin ise, mutlak bir yasaklama yerine sınırlandırma getirilmiş olup yönetmeliğe atıfta bulunulmuştur. Kadın Çalışanların Gece Postalarında Çalıştırılma Koşulları Hakkında Yönetmelik'in 5. maddesinde kadınları gece vardiyası gerektiren işlerde günde 7.5 saatten fazla çalıştırılmayacağı hüküm altına alınmıştır. Ancak İK'da bu kurala bir istisna getirilerek turizm, sağlık ve özel güvenlik hizmetleri ile petrol araştırma, arama ve sondaj faaliyetlerinin yürütüldüğü işyerlerinde işçinin yazılı onayı ile bu kuralın uygulanma zorunluluğu kaldırılmıştır. (md.69/3) Yönetmeliğin 9. maddesi ile hamile veya emziren kadınların gece vardiyasında çalışmaları ise mutlak suretle yasaklanmıştır. Söz konusu hükümler her ne kadar kadını korumaya yönelik düzenlenmişse de alt metinlerinde kadınların analık ve ev içi sorumluluk gibi toplumsal cinsiyet rollerini barındırmaları dolayısıyla kadını kamusal alandan uzaklaştırmak ve çalışma özgürlüğünü kısıtlamak olarak da değerlendirilebileceği unutulmamalıdır.¹⁶⁹

Kadınların doğum ve lohusalık dönemine ilişkin de özel düzenlemeler getirilmiş olup, hem fiziksel hem de psikolojik olarak zorlanılan bu dönemin kadın açısından kolaylaştırılması ve bebek ile anne arasındaki bağın güçlendirilmesi amaçlanmıştır.¹⁷⁰ İK'nın 74/1. maddesinde hamile kadının doğumdan önce 8 hafta ve doğumdan sonra 8 hafta olmak üzere toplam 16 hafta çalıştırılmaması esas alınmıştır. Hüküm çoğul gebeliklerde bu süreye 2 hafta eklerken, evlat edinen anneleri de kapsama almış ve 3 yaşından küçük çocuğu evlat edinen kadına da analık hali izni tanınmıştır. Bir diğer izin süt hakkına ilişkin olup kanununun 74/7. maddesinde bir yaşından küçük çocuğu olan annelere günde 1,5 saat emzirme izni verileceği hüküm altına alınmıştır.

¹⁶⁸ Çağla Erdoğan, "İş Hukuku ve Toplumsal Cinsiyet", İçinde (ed.) Gülriz Uygur, Nadire Özdemir, Hukuk ve Toplumsal Cinsiyet Çalışmaları, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2022, s.487

¹⁶⁹ Melek Onarak Yüksel, Karşılaştırmalı Hukuk Işığında Türk İş Hukukunda Kadın Erkek Eşitliği, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2000, s.15

¹⁷⁰ Terzioğlu, Aksöz, s.282

Çalışma hayatında karşımıza çıkan ve eşitsizliğe neden olan bir diğer husus da işyerinde cinsel ve psikolojik tacizdir. İlk olarak belirtmek gerekir ki cinsel tacize İK'da direkt olarak yer verilmemiş olup kavram, iş sözleşmesinin haklı nedenle feshine ilişkin bir neden olarak düzenlenmiştir. Yalnızca işveren tarafından gerçekleştirilen taciz değil, aynı zamanda başka bir işçi tarafından gerçekleştirilmesine karşın işverenin tacize karşı eylemsizliği de cinsel taciz sebebiyle haklı nedenle feshe konu teşkil edecektir. Tacizin işyerinde ya da mesai saatleri içerisinde gerçekleşmesinin de bir önemi bulunmamaktadır. Söz konusu düzenleme ve uygulama ile elde edilmek istenen işçi bakımından tam korumanın sağlanması ve tehlikenin bertaraf edilmek istenmesidir.¹⁷¹

Cinsel taciz neticesinde işçinin ayrımcılık tazminatı talep edip edememe durumunun da değerlendirilmesi gerekmektedir. Eğer işçi işveren tarafından tacize uğramışsa bu durumda tazminata hak kazanacağı muhakkaktır. Ancak başka bir işçi tarafından tacize uğraması durumunda işverene bildirim yapıp yapmaması önem arz etmektedir. Zira işverene bildirim yapılmış ve buna rağmen herhangi bir önlem alınmamışsa artık üçüncü kişinin taciz eyleminden dolayı işverenin ayrımcılık yaptığı söylenebilecek ve işçi ayrımcılık tazminatına hak kazanacaktır. İşçinin bildirim yapmamış olması durumunda işverenin ayrımcı davranışı söz konusu olmayacaktır.¹⁷²

Bir diğer ayrımcılık yaratan durum ise, işyerinde psikolojik tacizdir. Psikolojik taciz işyerindeki üst tarafından gerçekleşebileceği gibi herhangi bir çalışan tarafından da gerçekleşebilmektedir. Kavram; aşağılama, küçük görme, kötü muamele, şiddet gibi davranış biçimlerini de içine alan geniş bir yelpazede değerlendirilmektedir. Ayrıca belirtmek gerekir ki, psikolojik taciz yalnızca ayrımcılığın yasaklandığı temellerden birine dayanmak zorunda olmayıp herhangi bir temelde de ortaya çıkabilmektedir.¹⁷³

Eşitlik ilkesine aykırılık teşkil eden bir diğer düzenleme de kadına evlendikten sonra bir yıl içerisinde evlilik nedeniyle iş sözleşmesini fesih hakkı tanıyan düzenlemedir. Söz konusu düzenleme mülga 743

¹⁷¹ Terzioğlu, Aksöz, s.286

¹⁷² Gaye Burcu Yıldız, İşverenin Eşit İşlem Yapma Borcu, Yetkin Yayınları, Ankara, 2008, s.114,115

¹⁷³ Ünal, 2018, s.134

sayılı Medeni Kanunu'nun 159. maddesinde düzenlenen ve evli kadının çalışmasını eşinin rızasına bağlayan hükmün bir yansıması olarak ortaya çıkmıştır. Ancak belirtmek gerekir ki, TMK'da bahse konu düzenlemeye yer verilmemesine rağmen kıdem tazminatına ilişkin düzenlemenin yürürlüğü devam etmektedir.¹⁷⁴ Hükmün iptaline ilişkin AYM'ye başvuru yapılmışsa da mahkeme, kadının aile içinde yüklenmediği iş ve sorumlulukları nedeniyle kadınlar lehine hükümlerin konulmasının eşitlik ilkesine aykırılık teşkil etmeyeceğini ifade etmiştir.¹⁷⁵ Mahkeme her ne kadar söz konusu hükmü, kadının evlilik nedeniyle maddi yoksulluğa düşmesinin engellemesi fikrinden yola çıkarak karar vermişse de, ilk bakışta pozitif ayrımcılığın yansıması olarak görülen bu karar, gerçekte kadını iş hayatından uzaklaştırarak toplumsal cinsiyet rollerinin bir gereği olarak aile hayatı içindeki sorumluluklara hapseden düzenlemenin uygulanmaya devam edilmesine yol açmıştır.

Cinsiyet eşitliğinin sağlanması noktasında, İK'nun feshe ilişkin hükümlerinde de eşitlik ilkesine uygun düzenlemeler bulunmaktadır. Kanunda yer alan cinsiyet eşitliğine ilişkin bir düzenleme 18. maddede yer alan ve cinsiyet, medeni hal, aile yükümlülükleri, hamilelik, doğum gibi kadın kimliğini doğrudan ilgilendiren nedenlerin fesih için geçerli neden sayılmayacağını ifade eden hükümdür. Söz konusu hükümde açık bir şekilde cinsiyet faktörünün iş akdinin feshinde geçerli bir neden oluşturmayacağı düzenlenmiştir. Bir diğer düzenlemede ise işverenin hamilelik ve doğum nedenlerinden dolayı işverenin ancak işçinin çalışma süresine göre bildirim sürelerini 6 hafta aşmasından sonra fesih hakkını kullanabileceği düzenlenmiştir. (m. 25/I-b) Söz konusu hükmün devamında gebelik ve doğum hallerinde bu sürenin, 74. madde kapsamındaki sürenin bitmesi ile başlayacağı ifade edilmiştir.

Çalışma hayatı içerisinde cinsiyet eşitsizliğine sebebiyet veren bazı düzenlemeler de 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu'nun 6. maddesinde sigortalı sayılmaya ilişkin istisna hükümlerinde yer almaktadır. İlgili kanunun 6/1-a maddesi ücretsiz çalışan eşin sigortalı sayılmayacağını düzenlemiştir. Kanun hükmünde yer alan "eş" ibaresi her ne kadar kadın ve erkek eş arasında bir ay-

¹⁷⁴ Erdoğan, s.488,489

¹⁷⁵ AYM, 2006/156 E. 2008/125 K. ve 19.06.2008 tarihli kararı

rım yapılmaksızın düzenlenmişse de işveren kadınların oranının çok düşük olması hasebiyle hükmün dolaylı ayrımcılığa neden olduğu ve kadınlar aleyhine bir eşitsizlik yarattığı görülmektedir.¹⁷⁶ Zira düzenleme gereği erkek eş yanında çalışan kadın eşlerin prim ödeme yükümlülüğü olmadığından ve sigortalı sayılmadıklarından sigortalılara özel haklardan da faydalanmamaktadırlar.¹⁷⁷

Aynı kanunun 6/1-b hükmünde aynı konutta yaşayan ve üçüncü dereceye kadar hısımların konut içinde yapılan işler açısından sigortalı sayılmayacakları düzenlenmiştir. Hükmün düzenleniş amacı her ne kadar aile ekonomisini düzenlemek ve aile bireylerinin birbirinin işçisi olarak görünmemesini sağlamak ise de aile işçilerinin büyük çoğunluğunun kadın olması göz önünde bulundurulduğunda hükmün kadınların sosyal güvenliğe erişimlerine ket vurduğu dikkat çekmektedir.¹⁷⁸

Yine aynı Kanun'un 6/1-c maddesinde ev hizmetlerinde çalışanların sigortalı sayılmayacağı düzenlenmiştir. Hükmün bir ayda on günden az veya fazla çalışanlara göre bir ayırım yapmış olup, on günden az çalışanlar kısmi sigortalı sayılırken on günden fazla çalışanlar tam sigortalı olarak kabul edilmiştir. Ancak belirtmek gerekir ki, hükümden beklenen fayda sağlanamamış olup, ev hizmetlerinde çalışan çok fazla kadın olmasına rağmen primi yatırılanların sayısı oldukça düşüktür.¹⁷⁹ Ev içi hizmetlerde çalışan kadınların emeklerinin daha görünür olması için hükmün etkinliğinin artırılması ile birlikte, farkındalık çalışmalarının yapılması ve teşvik politikalarının güçlendirilmesi isabetli olacaktır.¹⁸⁰

¹⁷⁶ Orhan Ersun Civan, "Sosyal Güvenlik Hukuku ve Toplumsal Cinsiyet", İçinde (ed.) Gülriz Uygur, Nadire Özdemir, Hukuk ve Toplumsal Cinsiyet Çalışmaları, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2022, s.528

¹⁷⁷ Kübra Nur Öztürk, Ali Kemal Nurdoğan, "İşgücü Piyasasında Kadınlara Yönelik Ayrımcılık ve Eşitsizliğin Önlenmesinde Sosyal Güvenlik Sisteminin Etkisi," *Fırat Üniversitesi Uluslararası İktisadi ve İdari Bilimler Dergisi*, Elâzığ 2021, C.5, S.2, s.144

¹⁷⁸ Civan, s.530

¹⁷⁹ Sosyal Güvenlik Kurumu İstatistikleri, <https://www.sgk.gov.tr/Istatistik/Yillik/fcd5e59b-6af9-4d90-a451-ee7500eb1cb4/>, Erişim Tarihi: 26.07.2024

¹⁸⁰ Civan, s.534

SONUÇ

Eşitlik ilkesinin en çok tartışıldığı temellerden birini cinsiyet oluşturmaktadır. Eşit yurttaşlık düşüncesinin öne sürülmesi ile birlikte, tartışılmaya başlanan ve akabinde feminist dalgalarla geniş kitlelere ulaşan cinsiyet eşitliği kavramı, İkinci Dünya Savaşı'nın insan haklarına vermiş olduğu ağır tahribatın etkisiyle daha görünür ve tartışılır kılınmıştır. Kadın erkek eşitliğine ilişkin algının yayılması bu alana ilişkin hukuki normların oluşturulmasının da önünü açmış ve birçok uluslararası sözleşme ile ulusal düzenlemede cinsiyet eşitliği ilkesinin yer edinmesini sağlamıştır.

Bugün gelinen noktada, eşitlik ilkesine ilişkin düzenlemeler tam koruma sağlamasa da geçmişten bugüne cinsiyet eşitliği bağlamında iyi bir ilerleme sağlandığı ortadadır. Ancak belirtmek gerekir ki yalnızca eşitlik ilkesine aykırılık teşkil eden hükümlerin kaldırılması cinsiyet eşitsizliği ile mücadelede yeterli olmayacaktır. İlkenin gerek devletin organları gerekse bireyler bakımından detaylı bir şekilde düzenlenmesi gerekmektedir. Ataerki düzenin bir sonucu olarak kadınlar ve kız çocukları aleyhine ortaya çıkan eşitsizlik durumunun giderilmesi demokratik toplum düzeninin bir gereğidir. İnsan haklarının temel prensiplerinden bir olan eşitlik ilkesinin hayata geçirilmesi, devletin asli yükümlülüğü olarak kabul edilmelidir. Bu bağlamda devletlerin negatif ve pozitif yükümlülük kapsamında hem hukuk düzleminde hem de toplumsal alanda yeni düzenlemeler yapma zorunluluğu hasıl olacaktır.

Devletler arası iş birliğinin arttırılması ve uluslararası sözleşmelere uygun norm ve içtihat oluşturulması, kadın erkek eşitliği mücadelesinde ön açıcı olacaktır. Kamu ve hukuk politikalarının güçlendirilmesi ve toplumsal cinsiyet rollerini besleyen kalıp yargılardan arındırılması da eşitliğin sağlanması noktasında istenilen sonuca katkı sağlayacaktır. Sivil toplum kuruluşlarıyla iş birliği içinde olmak, çağa uygun eğitim politikaları üretmek ve farkındalık çalışmalarını arttırmak yine hedeflenen amaca ulaşmada destekleyici nitelikte olacaktır. Cinsiyet eşitliğinin tam anlamda gerçekleşebilmesi için, devletin tüm kurum kuruluşları ve yargı örgütüyle bir bütün halinde çalışması ve buna uygun politikalar üretmesi gerekmektedir.

Kaynakça

Kitaplar

- Atılğan Eylem Ümit, Haksız Tahrik Bir Erkeklik Hakkı, İletişim Yayınları, İstanbul, 2024.
- Bakırcı Kadriye, Uluslararası Hukuk, AB ve ABD Hukuku ile Karşılaştırmalı İş Hukukunda Cinsiyet Ayrımcılığı Yasağı İlkesinin İstisnaları ve Objektif Haklı Nedenler, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2012.
- Bakıcı Sedat, Genel Adap ve Aile Düzenine Karşı Cürümler, Adalet Yayınevi, Ankara, 1994.
- Çetin Halis, Çağdaş Siyasal Akımlar, Orion Kitabevi, Ankara, 2007.
- Dönmezer Sulhi, Genel Adap ve Aile Düzenine Karşı Cürümler, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1983.
- Eroğlu Cem, Çağdaş Devlet Düzenleri, Kırılancık Yayınevi, Ankara, 2006.
- Ertürk Şükran, Uluslararası Belgeler ve Avrupa Birliği Direktifleri Işığında Çalışma Hayatımızda Kadın Erkek Eşitliği, Belediye-İş Sendikası AB'ye Sosyal Uyum Dizisi, Ankara, 2008.
- Gözler Kemal, Anayasa Hukukuna Giriş, Ekin Yayınevi, Bursa, 2021.
- Gül İdil Işıl, Karan Ulaş, Ayrımcılık Yasağı Kavramı, Hukuk, İzleme ve Belgeleme, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2011.
- Hafızoğulları Zeki, Zina Cürümleri, Kazancı Hukuk Yayınları, İstanbul, 1983.
- Kaboğlu İbrahim, Özgürlükler Hukuku-1 İnsan Haklarının Genel Kuramına Giriş, İmge Yayınevi, Ankara, 2013.
- Kapani Münci, Kamu Hürriyetleri, Yetkin Yayınları, Ankara, 2013.
- Karan Ulaş, Uluslararası İnsan Hakları Hukuku ve Anayasa Hukuku Işığında Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık Yasağı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2017.
- Kaya Ali Pir, Çalışma Hukukunda Eşitlik ve Ayrımcılık, Umuttepe Yayınları, Kocaeli, 2020.
- Mackinnon Catharine A., Feminist Bir Devlet Kuramına Doğru, (Çev.) Türkan Yöney, Sabir Yücesoy, Metis Yayınları, İstanbul, 2020.
- Öden Merih, Türk Anayasa Hukukunda Eşitlik İlkesi, Yetkin Yayınları, Ankara, 2003.
- Özbek Veli Özer, Doğan Koray, Bacaksız Pınar, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2020.
- Özbudun Ergun, Türk Anayasa Hukuku, Yetkin Yayınları, Ankara, 2022.
- Özdamar Demet, Türk Hukukunda Özellikle Türk Medeni Kanunu Hükümleri Karşısında Kadının Hukuki Durumu, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2002.
- Özdamar Demet, CEDAW Sözleşmesi, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2009.
- Turner Bryan, Eşitlik, (çev.) Bahadır Şina Şener, Dost Kitabevi, Ankara, 2013.
- Ünal Canan, İş Hukukunda Yaş Ayrımcılığı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2018.
- Ünal Şeref, Temel Hak ve Özgürlükler ve İnsan Hakları Hukuku, Yetkin Yayınları, Ankara, 1997.

- Yalçın Türkan, *Türk Ceza Hukukunda Kadın*, Savaş Yayınevi, Ankara, 2019.
- Yıldız Gaye Burcu, *İşverenin Eşit İşlem Yapma Borcu*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2008.
- Yüksel Melek Onaran, *Karşılaştırmalı Hukuk Işığında Türk İş Hukukunda Kadın Erkek Eşitliği*, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2000.

Kitap Bölümleri

- Civan Orhan Ersun, “Sosyal Güvenlik Hukuku ve Toplumsal Cinsiyet”, İçinde (Ed.) Gülriz Uygur, Nadire Özdemir, *Hukuk ve Toplumsal Cinsiyet Çalışmaları*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2022.
- Durmaz Evrim, “Kadın Bedeninin Denetlenmesi Bağlamında Kürtaj Tartışmalarının Tarihi”, İçinde, (Ed.) Zeynep Özlem Üskül Engin, Dolunay Çörek, Göktürk Öcal, *Toplumsal Cinsiyet ve Hukuk*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2021.
- Erdoğan Çağla, “İş Hukuku ve Toplumsal Cinsiyet”, İçinde (Ed.) Gülriz Uygur, Nadire Özdemir, *Hukuk ve Toplumsal Cinsiyet Çalışmaları*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2022.
- Taner Fahri Gökçen, “Kadının Eşitlik Mücadelesi ve Cinsel Suçlarda Dönüşüm”, İçinde, (Ed.) Gülriz Uygur, Nadire Özdemir, *Hukuk ve Toplumsal Cinsiyet Çalışmaları*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2022.
- Yücel Özge, “Medeni Hukuk Açısından Toplumsal Cinsiyet, Şiddet ve Ayrımcılık”, İçinde, (Ed.) Gülriz Uygur, Nadire Özdemir, *Hukuk ve Toplumsal Cinsiyet Çalışmaları*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2022.

Makaleler

- Artuk Mehmet Emin, Yenidünya Ahmet Caner, “Türk Ceza Hukukunda Kız, Kadın ve Erkek Kaçırma Suçları”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Ankara 2004, S.54
- Aydın Devrim, “Yeni Türk Ceza Hukuku’nda Haksız Tahrik”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Ankara 2004, C.54, S.1
- Centel Nur, Yeni Türk Ceza Yasası ve Kadın, (çevrimiçi) (<http://nurcentel.com/makaleler/yenitckvekadin.pdf>)
- Ceylan Ebru, “Yeni Türk Medeni Kanunu’na Göre Kadının Hukuki Durumu”, *İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, İstanbul 2016, C.2, S.1
- Çadak Abdulkadir, “Haksız Tahrikten Felsefi Temelleri”, *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Konya 2018, C.26, S.3
- Çiçek Atıl Cem, Aydın Selçuk, Yağcı Bülent, “Modernleşme Sürecinde Kadın: Osmanlı Dönemi Üzerine Bir İnceleme,” *KAÜ İİBF Dergisi*, Kars 2015, C.6, S.9
- Doğan Murat, “Türk Medeni Kanunu’nun Evliliğin Genel Hükümleri Bakımından Getirdiği Yenilikler”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Ankara 2003, C.52, S.4
- Erol Sevgi Işık, “Türk İş Hukukunda Kadın Çalışanlara Yönelik Koruyucu Düzenlemeler,” *Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Diyarbakır 2022, C.27, S.47
- Gören Zafer, “Genel Eşitlik İlkesi”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, İstanbul 2016, C.22, S.3
- Gürsel Meltem Kutlu, “Kamu Görevine Girişte Kadın–Erkek Eşitliği İlkesi Konusunda Bir Değerlendirme”, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, İzmir 2002, C.4, S.2

- Hamzaoğlu Mehtap, Konuralp Emrah, "Türk Hukuk Sisteminin Namusla İmtihani: Ulusal Mevzuat ve Uluslararası Düzenlemeler Açısından Namus Cinayetleri", *Marmara Üniversite Kadın ve Toplumsal Cinsiyet Araştırmaları Merkezi Dergisi*, İstanbul 2018, C.2, S.2
- Hamzaoğlu Mehtap, Konuralp Emrah, "Geleneksel Toplumlarda Namus Olgusu ve Namus Cinayeti: Türkiye Örneği", *İstanbul Üniversitesi Kadın Araştırmaları Dergisi*, İstanbul 2019, C.1, S.18
- Havutçu Ayşe, "Evli Kadının Yerleşim Yeri", *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, İzmir 2005, C.7, S.1
- Havutçu Ayşe, Kalkancı Yasemin, "Anayasa Mahkemesi Bireysel Başvuru Kararları Işığında Kadının Soyadı", *İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, İstanbul 2020, C.6, S.2
- Helvacı Serap, "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin ve Anayasa Mahkemesinin Kararları Işığında Evli Kadının Soyadı", *Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni*, İstanbul 2015, C.35, S.1
- Helvacı Serap, Kocabaş Gediz, "Fransız, Alman, İsviçre ve Türk Hukuklarında Kadının Soyadı", *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, İstanbul 2015, C.21, S.2
- Kandemir Murat, Yardımcıoğlu Didem, "İş Hukukunda Eşitlik İlkesi", *Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Diyarbakır 2022, C.19, S30-31
- Karan Ulaş, "Türk Hukukunda Ayrımcılık Yasağı ve Türk Ceza Kanunu'nun 122. Maddesinin Uygulanabilirliği", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Ankara 2007, S.73
- Karasaç Eda Gülsüm, "Ceninin Yaşam Hakkı", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Ankara 2022, C.71, S.3
- Kılıçoğlu Ahmet, "Medeni Kanun Açısından Kadın Erkek Eşitliği", *Ankara Barosu Dergisi*, Ankara 1991, S.1
- Odabaşı Özge Erbek, "Anayasa Mahkemesi ve Yargıtay Kararları Çerçevesinde Evli Kadının Soyadı", *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, İzmir 2017, C.19, S.1
- Özen Gizem Kübra Aykotalp, "Nefret ve Ayrımcılık Suçu", *Namık Kemal Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Tekirdağ 2021, C.2, S.2
- Özer Zeynep Güler, "Anayasa Mahkemesi'nin TMK m. 187'nin İptaline İlişkin Kararının Analizi ve Düzenleme Önerisi", *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, Ankara 2023, S.55
- Öztürk Kübra Nur, Nurdoğan Ali Kemal, "İşgücü Piyasasında Kadınlara Yönelik Ayrımcılık ve Eşitsizliğin Önlenmesinde Sosyal Güvenlik Sisteminin Etkisi", *Fırat Üniversitesi Uluslararası İktisadi ve İdari Bilimler Dergisi*, Elâzığ 2021, C.5, S.2
- Şahin Mustafa, "Anayasa Mahkemesi'nin İptal Kararı Ardından Türk Hukukunda Evli Kadının ve Çocuğun Soyadı", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Ankara 2024, S.170
- Şensoy Naci, "Zina Cürmü", *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, İstanbul 1942, C.8, S.1-2
- Terzioğlu Ahmet, Aksöz Fatmanur, "Çalışma Hayatında Cinsiyet Ayrımcılığı ve Türk İş Hukukunda Kadınları Korumaya Yönelik Düzenlemeler", *Çalışma ve Toplum Dergisi*, İstanbul 2022, C.1, S.72

- Uçar Ayhan, "4721 Sayılı Medeni Kanun ile Evliliğin Genel Hükümleri Alanında Yapılan Bir Kısım Değişiklikler Üzerine Düşünceler", *Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Erzincan 2002, C.4, S.1-4
- Uçar Ayhan, "4721 Sayılı Medeni Kanun ile İhdas Edilen Yeni Bir Müessesesi: Aile Konutu Müessesesi", *Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Erzincan 2006, C.X, S.1-2
- Ulucan Devrim, "Eşitlik İlkesi ve Pozitif Ayrımcılık", *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, İzmir 2013, C.15, Özel Sayı
- Ulusoy Yasin, Tuncer Senar Çağırğan, "İş Hukukunda Eşit Davranma İlkesi," *Pamukkale Journal of Eurasian Socioeconomic Studies*, Denizli 2020, C.7, S.2
- Ülgen İmge Işıklar, "Evlendikten Sonra Kadınların Münhasıran Kendi Soyadlarını Kullanması", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Ankara 2023, S.168
- Ünal Akın, "Edinilmiş Mallara Katılma Rejimine Eleştirel Bir Bakış", *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Ankara 2019, C.23, S.4
- Yenidünya Ahmet Caner, "5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nda Ayrımcılık Suçu", *Çalışma ve Toplum Ekonomi ve Hukuk Dergisi*, İstanbul 2006, C.4, S.11
- Yenisey Kübra Doğan, "İş hukukunda Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık Yasağı", *Çalışma ve Toplum Dergisi*, İstanbul 2006, C.4, S.11
- Yıldırım Turan, Göçgün Muhammed, "İdarenin Düzenleyici İşlemlerinde Eşitlik İlkesi", *İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, İstanbul 2016, C.3, S.2
- Yüksel Sera Reyhani, "Türk Medeni Kanunu Bakımından Kadın-Erkek Eşitliği", *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Ankara 2014, C.18, S.2
- Yüksel Sera Reyhani, "Kadın ve Erkeğin Eşit Haklara Sahip Olması İlkesinin Aile Hukuku Alanında Uygulanması", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Ankara 2019, S.145

Mahkeme Kararları

- AİHM, Nurcan Bayraktar/Türkiye, Başvuru No:27094/20, 27/06/2023 Tarihli Kararı
- AİHM, Ünal Tekeli/Türkiye, Başvuru No:29865/96, 16/11/2004 Tarihli Kararı
- AYM, 1988/7 E. 1988/27 K. ve 27.09.1988 Tarihli kararı
- AYM, 1990/30 E. 1990/31 K. ve 29.11.1990 Tarihli Kararı
- AYM, 1997/61 E. 1998/59 K. ve 29.09.1998 Tarihli Kararı
- AYM, 2009/85 E. 2011/49 K. ve 10.03.2011 Tarihli Kararı
- AYM, 2022/155 E. 2023/38 K. ve 22.02.2023 Tarihli Kararı
- AYM, 2006/156 E. 2008/125 K. ve 19.06.2008 Tarihli kararı
- AYM, Sevim Akat Ekşi, Başvuru No:2013/2187, 19.12.2013 Tarihli Kararı
- AYM, Gülsim Genç, Başvuru No:2013/4439, 06.03.2014 Tarihli Kararı
- AYM, Neşe Aslanbay Akbıyık, Başvuru No:2014/5836, 16.04.2015 Tarihli Kararı
- AYM, Ayşe Sena Sezgin Arslan, Başvuru No:2014/13367, 15.04.2015 Tarihli Kararı
- YHGK, 2014/889 E. 2015/2011 K. ve 30.09.2015 Tarihli Kararı

İnternet Kaynakları

2023/970 Sayılı Ücret Şeffaflığı ve Yatırım Mekanizmaları Aracılığıyla Eşit İşe Eşit Ücret veya Kadın ve Erkek Arasında Eşit Değerde İş İlkesinin Uygulanması Güçlendirmeye Yönelik Yönerge, OJ L 132, 17.05.2023, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:32023L0970> Erişim Tarihi: 10.04.2024

Sosyal Güvenlik Kurumu İstatistikleri, <https://www.sgk.gov.tr/Istatistik/Yillik/fcd5e59b-6af9-4d90-a451-ee7500eb1cb4/> Erişim Tarihi: 26.07.2024

TBMM Kadın Erkek Fırsat Eşitliği Komisyon Raporu, <https://cdn.tbmm.gov.tr/KBSPublicFile/D28/Y2/T2/DosyaKomisyonRaporunuVerdi/355a4c58-ed8e-4761-b96b-c490a93c37a7.pdf> Erişim Tarihi: 17.11.2024

Türk Dil Kurumu, Türkçe Sözlük, <https://sozluk.gov.tr/> Erişim Tarihi: 14.04.2024

Diğer Kaynaklar

Karan Ulaş, "Uluslararası İnsan Hakları Hukuku Işığında Türk Hukukunda Ayrımcılık Yasağı" İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü (Yayınlanmamış Doktora Tezi), İstanbul, 2012.

Polat Ayşegül, "Cinsiyet Temelinde Ayrımcılık Yasağı" Yaşar Üniversitesi Lisansüstü Eğitim Enstitüsü (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), İzmir, 2024.

TÜRK ANAYASA YARGISINDA SÖZÜN BİTTİĞİ YER: KARAR VERİLMESİNE YER OLMADIĞI (KVYO) KARARI

THE POINT WHERE WORDS FAIL IN TURKISH CONSTITUTIONAL JURISPRUDENCE: THE NO GROUND FOR A RULING (NGR) DECISION

Ender TÜRK*

Özet: Anayasa Mahkemeleri kararlarıyla konuşur. Çünkü kararlar, Mahkemelerin sözlere dir. Mevki daşları gibi, Türk Anayasa Mahkemesi'nin sözcükleri de bizzat tesis ettiği kararlardır. "Karar verilmesine yer olmadığı" (KVYO) kararı ise bu anlamda "sözün bittiği yer" olarak nitelenebilir. Nitekim bu karara varıldığında, istem hakkında aslında herhangi bir karar tesis edilmemekte bir diğer ifadeyle artık sözcüklere gerek kalmamaktadır.

Türk anayasa hukukçuları, son yıllarda çok çeşitli anayasa ihlallerini tartışmak zorunda kaldı. Şüphesiz bunların en dikkat çekenlerinden biri de Hatay Milletvekili Can Atalay'a ilişkin olarak yaşanan son yargılama süreci oldu. Nihayetinde bu süreç, en sonunda tesis edilen milletvekilliğinin düşmesi (işlemi) AYM tarafından "yok hükmünde" sayılarak adeta sözün bittiği yeri ifade edercesine istem hakkında "karar verilmesine yer olmadığı" kararıyla sonuçlandı.

Bu vesileyle literatürümüzde pek de ilgi çekmeyen KVYO kararlarının incelenmesinin faydalı olacağı düşünüldü. Çalışmanın genelinde KVYO karar türünün oluşumu, gelişimi ve zaman içinde çeşitlenen türleri incelendi. Bu kapsamda ayrıca ilgili karar türünün doğasından kaynaklanan hukuki sorunların tespit edilmesine ve bunlara yönelik çözümler üretilmesine odaklanıldı. Böylelikle hukukta ve bilhassa anayasa hukukunda önemsiz gibi görünen detayların bile aslında ne kadar önemli olabileceği ve her konunun en ince ayrıntısına kadar araştırılması gerektiği sonucuna varılarak çalışma tamamlandı.

* Dr. Öğr. Üyesi, Doğuş Üniversitesi Hukuk Fakültesi, eturk@dogus.edu.tr, ORCID: 0000-0001-5248-0200, Makalenin Gönderim Tarihi: 11.9.2024, Kabul Tarihi: 11.11.2024

Anahtar Kelimeler: Karar Verilmesine Yer Olmadığı, KVYO, Anayasa Mahkemesi, Anayasa Yargısı, Anayasa Mahkemesi Kararı

Abstract: Constitutional Courts speak through their decisions. Hence, their decisions become the very words of the courts. Like its counterparts, the established decisions of the Turkish Constitutional Court become their words. Thus, the decision of “no ground for a ruling” (NGR) can be described as “the point where words fail”. Indeed, when this decision is reached, no actual substantive ruling is rendered on the request; that is to say, further words are no longer needed.

In recent years, Turkish constitutional law scholars have been compelled to discuss a wide range of constitutional violations. Undoubtedly, one of the most striking instances of this phenomenon has been the recent judicial proceedings concerning Hatay MP Can Atalay. In the end, this process culminated in the loss of parliamentary membership, an act which the Constitutional Court deemed “null and void”, leading to the conclusion with a decision of “no ground for a ruling”, as if to signify the point where words fail.

In this context, it was considered beneficial to examine the NGR decisions, which have not attracted much attention in our literature. Throughout the study, the formation, development, and the diversifying types of NGR decisions over time were analyzed. Additionally, it concentrated on identifying the legal issues arising from the nature of this decision type and developing solutions to address them. Thus, the study concluded with the realization that even the seemingly insignificant details in law, particularly in constitutional law, can be of great importance, and every subject must be thoroughly researched down to its finest details.

Keywords: No Ground for a Ruling, NGR, Constitutional Court, Constitutional Jurisprudence, Decision of the Constitutional Court

GİRİŞ

“Karar verilmesine yer olmadığı” (KVYO) kararları, özünde bir yargılama usulü konusudur. Söz konusu karar türü hem medeni hem idari yargılama hukukumuzda geniş bir uygulama alanına sahiptir. Nitekim medeni yargılama hukukunda, *davanın konusuz kalması halinde* esas (dava) hakkında karar verilmesine yer olmadığına karar verileceği 6100 sayılı Kanun’da açıkça düzenlenmiştir (HMK, m. 331/1).¹ 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu’nda ise bu konuda açık bir

¹ Medeni yargılama hukukunda KVYO kararlarına yönelik ayrıntılı bilgi için bkz.: Baki Kuru, Hukuk Muhakemeleri Usulü, İstanbul: Demir ve Demir Müşavirlik ve Yayıncılık, 6. Baskı, C. III, 2001, s. 3015 vd.; Melih Işık, Medeni Yargılama Hukukunda Davanın Konusuz Kalması, Yayımlanmamış Doktora Tezi, Antalya: Akdeniz Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2024, s. 380 vd.

düzenlemeye yer verilmemiştir. Ancak bu kararların idari yargılama hukukunda da sıklıkla karşılaşılan bir tür olduğuna öğretide dikkat çekilmektedir.²

Medeni ve idari yargılama hukukunda olduğu gibi, anayasa hukukumuzda da “karar verilmesine yer olmadığı” kararları aslında geniş bir uygulama alanına sahiptir. Anayasa Mahkemesi, kuruluş yıllarında herhangi bir düzenlemede kendisine açıkça yer verilme de bahse konu karar türünü ilk yıllarından itibaren benimsemiş ve zaman içinde verdiği çeşitli kararlarla o günden bugüne geliştirmiştir.

Medeni ve idari yargılama hukuku ile benzerlikler içerse bile, anayasa hukukumuzdaki KVYO karar türü şüphesiz kendine özgü özelliklere sahiptir. Öyle ki, Anayasa Mahkemesi kendi çalışma tarz ve esaslarını bizzat kendisinin hazırladığı İçtüzük ile düzenleyebilmektedir.³ Bu kuralın doğal bir sonucu olarak, Anayasa Mahkemesi kendi yargılama usulünü belirlerken belli ölçüde bir yönetsel bağımsızlıktan yararlanmaktadır.⁴ Türk anayasa yargısında ortaya çıkan KVYO kararları da söz konusu özerkliğin bir diğer önemli yansımasıdır. İşte bu çalışmada özerk bir inceleme alanı olarak, Türk anayasa yargısı ve Anayasa Mahkemesi içtihatları çerçevesinde KVYO karar türünün açıklanmasına odaklanılacaktır. Bu kapsamda öncelikle terim (I) ve tanım (II); ardından KVYO kararlarının oluşumu, gelişimi ve türleri incelenecektir (III). Nihayetinde ilgili kararların uygulamasında ortaya çıkan temel sorunlar ve bunlara yönelik çeşitli çözüm önerileri belirleterek çalışma tamamlanacaktır (IV).

² İdari yargılama hukukunda KVYO kararlarına yönelik ayrıntılı bilgi için bkz.: Selman Sacit Boz/Yunus Eraslan, “İdari Yargılama Usulünde ‘Karar Verilmesine Yer Olmadığı’ Kararları”, *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. XXIV, Y. 2020, Sa. 2, ss. 389-423.

³ 1961 Anayasası, m. 148/1: “Anayasa Mahkemesinin kuruluşu ve yargılama usulleri kanunla; Mahkemenin çalışma tarzı ve üyeleri arasındaki iş bölümü kendi yapacağı İçtüzükle düzenlenir.”. 1982 Anayasası, m. 149/5: “Anayasa Mahkemesinin kuruluşu, Genel Kurul ve bölümlerin yargılama usulleri, Başkan, başkanvekilleri ve üyelerin disiplin işleri kanunla; Mahkemenin çalışma esasları, bölüm ve komisyonların oluşumu ve iş bölümü kendi yapacağı İçtüzükle düzenlenir.”.

⁴ Kemal Gözler, *Türk Anayasa Hukuku*, Bursa: Ekin, 2018, s. 1010 vd.

I. TERİM

“Karar verilmesine yer olmadığı” (KVYO) karar türü, uygulamada genellikle burada aktarıldığı şekliyle nitelenmektedir. Anayasa Mahkemesi’nin bu konudaki tüm kararları incelendiğinde ise söz konusu karar türünün zaman zaman farklı şekillerde nitelenebildiği de dikkat çeker. Bahse konu terminoloji, kendi içinde “esasın incelenmesi” ve “hüküm” kısmı olarak ayrıca ikiye ayrılabilir. Bu bağlamda, KVYO kararlarının bazı Anayasa Mahkemesi kararlarının esas inceleme kısımlarında “karar alınmasına yer bulunmadığı” kararı,⁵ “karar alınmasına gerek olmadığı” kararı,⁶ “karar verilmesine gerek olmadığı” kararı,⁷ “karara bağlanmasına yer olmadığı” kararı⁸ ve “karar vermeye yer olmadığı” kararı⁹ olarak nitelendiği örnek olarak sunulabilir.

Öncelikle kararların esas inceleme kısımlarında dikkat çeken bu farklılaşma, bazı kararların hüküm kısmına da benzer şekilde yansımabilmektedir. Buna göre, KVYO kararlarının bazı Anayasa Mahkemesi kararlarının hüküm kısmında “karar alınmasına yer olmadığına” dair karar,¹⁰ “karar verilmesine gerek bulunmadığına/olmadığına” dair karar,¹¹ “karara bağlanmasına yer olmadığına/bulunmadığına” dair

⁵ Bkz.: E.1977/78, K.1977/118, 27/09/1977: “...Bu nedenle itiraz konusu Anayasa hükmü hakkında yeniden bir karar alınmasına yer bulunmadığı sonucuna varılmıştır.”

⁶ Bkz.: E.1987/6, K.1987/14, 22/05/1987: “... sözcükleri Mahkememizin 22/5/1987 günlü, Esas: 1987/3, Karar: 1987/13 sayılı kararıyla iptal edildiğinden aynı konuda yeni bir karar alınmasına gerek yoktur”.

⁷ Bkz.: E.1975/12, K.1975/15, 17/02/1975: “Anayasa Mahkemesince...konu üzerinde esas yönünden başkaca inceleme yapılmasına ve yeniden karar verilmesine gerek kalmamıştır”. Aynı yönde ayrıca bkz.: E.1976/48, K.1977/5, 27/01/1977; E.1986/17, K.1987/11, 22/05/1987; E.1996/34, K.1997/9, 31/01/1997; E.2003/11, K.2004/49, 07/04/2004.

⁸ Bkz.: E.1963/86, K.1965/63, 21/12/1965: “Bu sebeple; bu konuların incelenerek karara bağlanmasına yer olmadığı kararlaştırılmıştır”. Aynı yönde ayrıca bkz.: E.1969/43, K.1971/6, 19/01/1971; E.1974/45, K.1975/63, 25/03/1975.

⁹ Bkz.: E.1963/196, K.1963/102, 29/04/1963: “...Bu durumda dâva konusu hakkında karar vermeye yer yoktur”. Aynı yönde ayrıca bkz.: E.1970/63, K.1971/38, 13/04/1971; E.1975/2, K.1975/13, 17/02/1975.

¹⁰ Bkz.: E.1995/16, K.1995/48, 21/09/1995: “...incelenen (a) alt bendi, Anayasa Mahkemesi’nin 21.9.1995 günlü, Esas 1995/27, Karar 1995/47 sayılı kararıyla iptal edildiğinden bu konuda bir karar alınmasına yer olmadığına...karar verildi.”

¹¹ Bkz.: E.1987/6, K.1987/14, 22/05/1987: “...biçimindeki ibare 22/5/1987 günlü, Esas: 1987/3 ve Karar: 1987/13 sayılı kararla iptal edildiğinden aynı konuda ye-

karar¹² veya “karar vermeye yer olmadığına” dair karar¹³ şeklinde nitelenmiş olduğu ayrıca not edilmelidir.

Bununla birlikte, terminoloji konusunda uygulamada ortaya çıkan karmaşanın aslında 1961 Anayasası döneminde verilen kararlarda ağırlık kazandığı; 1982 Anayasası döneminde verilen kararlarda ise söz konusu karar türünün çok büyük çoğunlukla “karar verilmesine yer olmadığı” şeklinde nitelendiği ayrıca belirtilmelidir. Öyle ki, hüküm kısmında 1996; esasın incelenmesi kısmında ise 2004 yılından bu yana verilen kararlarda kural olarak yalnızca ilgili terimin benimsendiği dikkat çekicidir.¹⁴ Dolayısıyla bu çalışmada da bahse konu karar türü, “karar verilmesine yer olmadığı” (KVYO) kararı olarak nitelenmiş ve incelemenin bu terim üzerinden sürdürülmesi tercih edilmiştir.

II. TANIM

Türk anayasa hukuku literatüründe KVYO karar türünün görece az sayıda çalışmada yer verilen ve ayrıca incelenen bir niteliğe sahip olduğu gözlemlenmektedir.¹⁵ Dolayısıyla söz konusu karar türüne yönelik terminoloji ve tanım incelemeleri nispeten doldurulması gereken bir boşluğa işaret eder. Bu tespiti bir kenara not etmekle birlikte, KVYO karar türünün hiçbir çalışmada tanımlanmadığını öne sürmek-

niden karar verilmesine gerek bulunmadığına oybirliğiyle...”. Aynı yönde bkz.: E.1994/84, K.1995/33, 18/07/1995; E.1996/45, K.1996/44, 20/11/1996.

¹² Bkz.: E.1969/43, K.1971/6, 19/01/1971: “...dava konusu hükmü 19.1.1971 gününde 1969/48 esas sayılı davada 1971/5 karar sayısı ile iptal edilmiş olduğundan konunun ayrıca karara bağlanmasına yer bulunmadığına 19.1.1971 gününde oybirliğiyle karar verildi.” Aynı yönde ayrıca bkz.: E.1976/38, K.1976/46, 12/10/1976.

¹³ Bkz.: E.1970/63, K.1971/38, 13/04/1971: “Anılan maddenin ikinci fıkrası üzerine karar vermeye yer olmadığına, Avni Givda’nın ortada oylama konusu bulunmadığı yolundaki karşı oyu ile ve oyçokluğu ile”. Aynı yönde ayrıca bkz.: E.1975/192, K.1975/209, 13/11/1975.

¹⁴ KVYO kararlarının esas inceleme kısmında “karar verilmesine gerek olmadığına dair karar” olarak nitelenmesi bakımından bkz.: E.2003/11, K.2004/49, 07/04/2004. Hüküm kısmı açısından aynı yönde ayrıca bkz.: E.1996/45, K.1996/44, 20/11/1996.

¹⁵ Bazı istisnalar kapsamında örneğin bkz.: Şahnaz Gerek/ Ali Rıza Aydın, “İptal Davaları ve İtiraz Başvurularında Usulün Anayasal Denetime Etkisi”, Anayasa Yargısı İncelemeleri-1, Ankara: Anayasa Mahkemesi, 2006, ss. 340-343.; İsmail Köküsarı, Anayasa Mahkemesi Kararlarının Türleri ve Nitelikleri, İstanbul: On İki Levha, 2009, ss. 172-173.; Özen Ülgen, Anayasa Yargısında İlk İnceleme, İstanbul: Beta, 2013, s. 127 vd.

se mümkün değildir. Bu kapsamda öne çıkan örneklerden biri, İsmail Köküsarı'ya ait olan tanımdır. Yazar; KVYO karar türünü, Anayasa Mahkemesi kararlarından yola çıkarak “*itiraz konusu kural hakkında yeneden karar verilmesine yer olmadığı şeklindeki kararlar*” olarak niteleyip bu kararları “*daha önce iptal edilmiş bir kuralın tekrar Anayasaya aykırılık iddiası ile Anayasa Mahkemesinin önüne getirilmesi halinde, Mahkemenin sonraki iddiayı, aynı kuralın daha önceki bir kararla iptal edilmesi nedeniyle reddetmesi*” olarak tanımlamıştır.¹⁶

Anayasa Mahkemesi'nin bu konuda verdiği tüm kararlar göz önüne alındığında, yazarın yukarıda alıntılanan tanımının esasen yanlış olmamakla birlikte, bazı eksiklikler barındırdığı öne sürülebilir. Bu eksikliklerden ilki, KVYO kararlarının yalnızca *itiraz konusu kural hakkında* verilen bir karar türüne özgülenmiş olmasıdır. Aşağıda ayrıca inceleneceği üzere, KVYO karar türünün yalnızca *itiraz konusu kurallar hakkında* değil, *iptal davasına konu olmuş birçok kural hakkında* da kullanılabildiğini belirtmek mümkündür.¹⁷

İkinci eksiklik ise KVYO kararlarının yalnızca daha önce iptal edilmiş bir kuralın Anayasa'ya aykırılığı iddiasıyla tekrar Anayasa Mahkemesi'nin önüne getirilmesi halinde ortaya çıkan bir karar türüne özgülenmiş olmasıdır.¹⁸ Yine aşağıda ayrıca inceleneceği üzere, KVYO kararları yalnızca önceden iptal edilen hükümler bakımından değil; iptal edilmeksizin yürürlükten kaldırılan veya değiştirilen hükümler açısından da ortaya çıkan bir karar türü niteliğindedir.¹⁹ Nitekim son yıllarda verilen Anayasa Mahkemesi kararlarında, özellikle bu kapsamda ortaya çıkan KVYO kararlarının baskın olduğu ayrıca dikkat çekmektedir.²⁰

Bu konuda vurgulanabilecek son bir husus, KVYO karar türünün aynı zamanda bir *ret* kararı olarak nitelenmiş olmasıdır. Aşağıda yine ayrıca inceleneceği üzere, KVYO kararları kuşkusuz Anayasa

¹⁶ Köküsarı, *ibid.*, s. 172.

¹⁷ Bkz.: *Infra*, III. A-B.

¹⁸ Belirtmek gerekir ki, söz konusu yazar; ilgili tanımı aktarıldığı şekliyle yapmakla birlikte, sonraki açıklamalarında KVYO kararlarının sadece önceden iptal edilmiş olanlar hakkında değil, yürürlükten kalkan hükümler hakkında da verilebileceğini haklı olarak ayrıca vurgulamıştır (bkz.: Köküsarı, *op. cit.*, s. 173).

¹⁹ Bkz.: *Infra*, III. B.

²⁰ Bkz.: *Infra*, IV.

Mahkemesi'nin *ret* kararlarından farklı bir hukuki niteliğe sahiptir. Dolayısıyla bu karar türünün, Mahkeme'nin ilgili başvuru veya iddiaları *reddetmesi* olarak nitelenmesi mümkün değildir. KVYO kararlarının, *ret* veya *iptal* kararlarının aksine, istem hakkında herhangi bir karar *verilmemesi* olarak nitelenmesi daha yerinde olacaktır.²¹

Sonuçta, KVYO karar türünün sağlıklı bir tanımını yapabilmek için, bu karar türünün ortaya çıktığı durumların ayrıca incelenmesi ve diğer karar türlerinden farklarının ortaya konması gerekmektedir. Aşağıda bu inceleme ve farklılıklara odaklanılacak; böylelikle söz konusu karar türünün tanımında dikkat çeken eksiklikler giderilmeye çalışılacaktır.

III. KVYO KARARLARININ OLUŞUMU, GELİŞİMİ VE TÜRLERİ

KVYO karar türünün oluşumu bakımından, öncelikle anayasal veya yasal herhangi bir hükme dayanmadığı belirtilmelidir. Gerçekten 1961 Anayasası ile 1982 Anayasası hükümleri incelendiğinde bahse konu karar türüne ilişkin açık bir anayasal dayanak bulmak mümkün değildir. Benzer şekilde, her iki dönemin Anayasa Mahkemelerine İlişkin Kuruluş ve Yargılama Usulleri Hakkındaki Kanunlarda da bu konuda herhangi bir yasal dayanağa yer verilmediği gözlemlenmektedir.²² Bu kapsamda KVYO karar türünün başlangıcı ve oluşumu itibariyle tamamen Anayasa Mahkemesi içtihatlarından kaynaklandığı belirtilebilir.²³

Hal böyle olmakla birlikte, söz konusu karar türü halihazırda hukukten hiçbir metinde düzenlenmemiş de değildir. "İlk inceleme raporlarının hazırlanması" başlığını içeren Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü'nün 48'inci maddesinin üçüncü fıkrasında, Başkan tarafından görevlendirilecek raportörün...raporunda "işin esasına geçilmesine, başvurunun reddine, eksikliklerin giderilmesi için süre verilmesine, davanın açılmamış sayılmasına veya karar verilmesine yer olmadığına kararlarından birinin verilmesi yönünde" düşünce bildireceği açıkça düzenlenmiştir.²⁴ Bundan ön-

²¹ Bkz.: *Infra*, III. A-B-D.

²² Krş.: 22 Nisan 1962 tarihli 44 sayılı Kanun, Resmî Gazete, Sy. 11091, 25 Nisan 1962; 10 Kasım 1983 tarihli 2949 sayılı Kanun, Resmî Gazete, Sy. 18220, 13 Kasım 1983; 30 Mart 2011 tarihli 6216 sayılı Kanun, Resmî Gazete, Sy. 27894, 3 Nisan 2011.

²³ Aynı yönde bkz.: Köküarı, *op. cit.*, s. 172.

²⁴ Bkz.: Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü, Resmî Gazete, Sy. 28351, 12 Temmuz 2012.

ceki Anayasa Mahkemesi İçtüzükleri'nin hiçbirinde KVYO kararlarına ilişkin benzer bir düzenlemeye yer verilmediği göz önüne alındığında, ilgili hükmün KVYO kararlarına ilişkin ilk ve tek düzenleyici işlem²⁵ olduğu belirtilebilir.

Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü hükümleri bir kenara bırakılıp KVYO karar türünün asıl dayanağı olan Anayasa Mahkemesi kararları incelendiğinde ise söz konusu karar türünün esasen iki şekilde oluşup geliştiği tespit edilebilir. Bunlardan ilki, Anayasa Mahkemesi tarafından önceden iptal edilmiş bir hükmün tekrar başvuru konusu olduğu durumda ortaya çıkan KVYO kararlarıdır. Bunlar "önceden iptal gerekçesiyle ortaya çıkan KVYO" kararları olarak nitelenebilir.²⁶ İkincisi ise başvuru konusu düzenlemenin, anayasaya aykırılık başvurusu yapıldıktan sonra doğrudan veya değiştirilerek yürürlükten kaldırılmış olduğu durumda ortaya çıkan KVYO kararlarıdır. Bunlar da "sonradan ilga gerekçesiyle ortaya çıkan KVYO" kararları olarak nitelenebilir.²⁷ Ancak ilga gerekçesiyle KVYO kararı verilmesi durumlarında, bu kararın verilip verilmemesi iptal davası ve itiraz başvuru yoluna göre de değişebilmektedir. Bu sebepten olsa gerek, bazı yazarlar KVYO kararlarını iki yerine üç sınıfa ayırarak incelemektedir: Bunlardan birincisi, Anayasa'ya aykırılığı öne sürülen bir kuralın daha önce Anayasa Mahkemesi'nce iptal edilmiş olması; ikincisi, Anayasa'ya aykırılığı öne sürülen bir kuralın iptal davası açıldıktan sonra ilga edilmesi veya değiştirilmesi; üçüncüsü ise Anayasa Mahkemesi'ne itiraz yoluyla yapılan başvuru sonrasında ilgili kuralın ilgası veya değiştirilmesi sonucunda bu kuralın davada uygulanacak kural olmaktan çıkması hallerinde ortaya çıkan KVYO kararları olarak sınıflanabilmektedir.²⁸ Bu çalışmada ise benzer bir ayrıma yer verilmesi metodolojik nedenlerle uygun bulunmamıştır. Dolayısıyla KVYO kararları; aşağıdaki başlıklarda başvuru konusu "normun önceden iptal edildiği gerekçesiyle ortaya çıkan KVYO" ve "normun sonradan ilga edildiği gerekçesiyle ortaya çıkan KVYO" olarak ikiye ayrılarak incelenecektir.

²⁵ Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü'nün, AYM'nin düzenleyici bir işlemi olduğu yönünde ayrıca bkz.: Gözler, Türk Anayasa Hukuku, s. 1010.

²⁶ Ayrıntılı bilgi için bkz.: *Infra*, III. A.

²⁷ Ayrıntılı bilgi için bkz.: *Infra*, III. B.

²⁸ Gerek/Aydın, *op. cit.*, s. 340.

KVYO karar türünün esasen başvuru konusu normun önceden iptali veya başvuru sonrasında doğrudan yahut değiştirilerek ilgasından kaynaklanan bir oluşum süreci geçirdiği açıktır. Ancak bu karar türünün literatürde kendisine yer verilmeyen diğer bazı hallerde de ortaya çıkabildiği ayrıca tespit edilmelidir. Bunlar bahse konu iki temel durumun istisnaları olmakla birlikte, KVYO karar türünün hem oluşumu hem de gelişimi bakımından önem arz etmektedir. Bu kapsamda dikkat çekici ilk husus; KVYO karar türünün ortaya çıkışındaki ilk kararların başvuru konusu işlemin iptali veya ilgasından ziyade, önceki başvurunun reddinden kaynaklanmış olmasıdır. Gerçekten bu konudaki 1962 tarihli ilk iki kararda, başvuru konusu normların iptaline ilişkin istemler hakkındaki KVYO kararları, söz konusu normların halihazırda önceden iptaline, ilgasına veya değiştirilmiş olmasına değil; bu normlar hakkındaki başvuruların önceden *reddedilmiş* olmasına dayandırılmıştır.²⁹ 1982 Anayasası döneminde de benzer nitelikteki kararlara istisnai de olsa rastlamak mümkündür.³⁰

Bu kapsamda dikkat çekici ikinci bir husus ise KVYO karar türünün gelişimi bakımından önemlidir. Nitekim yukarıda sayılanlar dışında, bu karar türünün gelişiminde son yıllarda dikkat çeken iki yeni temel unsur ortaya çıkmıştır. “İşlemin norm niteliği taşımadığı gerekçesiyle ortaya çıkan KVYO” olarak adlandırabileceğimiz bu tür, başvuru konusu işlemin bir “kenar başlığı” olması halinde bunlar hakkında norm niteliği taşımadığı gerekçesiyle KVYO kararına başvurulduğunu ortaya koymaktadır. Diğer bir tür ise “hukuken var olmayan” işlemlere ilişkin olarak verilen KVYO kararlarıdır. “İşlemin yok hükmünde olduğu gerekçesiyle ortaya çıkan KVYO” olarak sınıflanabilecek bu tür de diğerleriyle birlikte aşağıda ayrıca incelenecektir.³¹

²⁹ Bkz.: E.1962/183, K.1962/40, 18/09/1962; E.1962/271, K.1962/112, 12/12/1962.

³⁰ Bkz.: E.1989/18, K.1989/31, 05/09/1989; E.2013/116, K.2014/135, 11/09/2014. Aynı kararın hüküm kısmında verilen ret nedeniyle yürürlüğün durdurulması bakımından KVYO kararı verilen bir örnek için ayrıca bkz.: E.2001/346, K.2003/63, 11/06/2003.

³¹ Bkz.: *Infra*, III. C-D.

A. “Normun Önceden İptal Edildiği Gerekçesiyle Ortaya Çıkan KVYO” Kararları

İptal gerekçesiyle ortaya çıkan KVYO kararını; Anayasa’ya aykırılığı iddia edilen bir kuralın daha önce Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilmiş olduğu durumlarda, aynı kuralın tekrar Mahkeme’nin önüne gelmesi sonucunda ortaya çıkan karar türü olarak tanımlamak mümkündür. Gerçekten bu gibi durumlarda Anayasa Mahkemesi; sonraki başvuruda tekrar iptal kararı vermek yerine, ilgili kural önceden iptal edilmiş olduğu için aynı konuda yeniden “karar verilmesine yer olmadığına” hükmetmektedir.³²

Bilindiği üzere, iptal davasında bir kuralın dava konusu olabilmesi için yürürlükte olması gerekmez de davanın sonuçlanabilmesi için açık veya örtülü olarak yürürlükten kalkmamış olması şarttır. Bu sebeple, Mahkeme’nin daha önce verdiği bir kararda dava konusu kuralı iptal etmiş olması, iptal davasının konusuz kalmasının başlıca nedenlerinden biri olarak kabul edilmektedir.³³ İtiraz yolunda ise bir kuralın başvuru konusu olabilmesi için, iptal davasından farklı olarak öncelikle davada uygulanacak bir kural olması ve böylelikle en azından dava konusu olay veya işlem tarihinde yürürlükte olması gerekmektedir.³⁴ Nitekim başvuru tarihinden önce iptal edilerek veya yürürlükten kaldırılarak davada uygulanacak kural olma niteliğini bu sebeple kaybetmiş normlar hakkında başvurunun konusu bulunmaması nedeniyle reddine karar verilmektedir.³⁵ Başvuru tarihinde davada uygulanacak kural olsa bile, sonrasında bunların Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilmiş olması halinde ise artık “iptal gerekçesiyle ortaya çıkan KVYO” kararı gündeme gelmekte ve itiraz başvurusunun konusuz kalması sebebiyle söz konusu karar türüne hükmedilmesi gerekmektedir.³⁶

³² Bkz.: E.1963/169, K.1963/113, 15/05/1963; E.1963/298, K.1963/283, 29/11/1963; E.1987/6, K.1987/14, 22/05/1987; E.1987/32, K.1988/14, 01/06/1988; E.2018/96, K.2023/222, 27/12/2023, §§ 352-353.

³³ Ülgen, op. cit., s. 127. İptal davası açılması bakımından yürürlük şart olmasa da Resmî Gazete’de yayımın şart olduğu hakkında ayrıca bkz.: E.2014/46, K.2014/38, 21/02/2014.

³⁴ Ibid., s. 278.

³⁵ Her iki yönde bkz.: E.1965/4, K.1965/6, 12/02/1965. İptal yönünden bkz.: E.1966/10, K.1966/22, 28/04/1966.

³⁶ AYM’nin itiraz yolunda “olayla sınırlı” karar verebildiği 1961 Anayasası döneminde dahi bir hükmü birden fazla kez iptal etmekten kaçınması ve KVYO kararı vermesi hakkında bkz.: E.1975/14, K.1975/170, 24/06/1975.

Bununla birlikte, Anayasa Mahkemesi'nin aynı konuda önceden almış olduğu iptal kararı sebebiyle ortaya çıkan KVYO kararları, esasen dava konusu kuralın iptali sonucunda yürürlükten kalkmış olduğu gerekçesiyle alınıyor değildir. Nitekim iptal edilen kuralların hükümleri, ancak iptal kararının Resmî Gazete'de yayımlandığı tarihte yürürlükten kalkabilir. Öyle ki, Anayasa Mahkemesi iptal hükmünün yürürlüğe gireceği tarihi, kararın Resmî Gazete'de yayımlandığı günden başlayarak bir yılı geçmeyecek şekilde ayrıca kararlaştırılabilir (m. 153/3). Dolayısıyla henüz iptal kararı Resmî Gazete'de yayımlanmadığından açık bir şekilde yürürlükten kalkmayan başvuru konusu kurallar hakkında KVYO kararı verilmesinin nedeni, ilgili kuralların yürürlükten kalkmış olması değil; halihazırda iptal edilmiş olması olarak kabul edilmelidir.³⁷ Bu sebepten olsa gerek, Anayasa Mahkemesi de iptal kararı Resmî Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren kurallar hakkındaki başvurularda, KVYO kararını hem bir önceki iptal kararına hem de onun yürürlüğe girdiği tarihe dayandırabilirken;³⁸ iptal kararı henüz yürürlüğe girmemiş kurallar hakkındaki başvurularda ise KVYO kararını bunların yalnızca önceden iptal edilmiş olmalarına dayandırabilmektedir.³⁹

Anayasa Mahkemesi'nin daha önce verdiği iptal kararına dayanarak aynı konuda yeniden karar verilmesine yer olmadığına dair karar verdiği hallerde, başvuru konusu kuralın anayasallık denetimi halihazırda yapıldığı için iptal davaları bakımından önemli bir sonuç doğmayacağı düşünülebilir.⁴⁰ Benzer şekilde, itiraz yolunda da başvuru konusu kuralın iptali halinde kararın hüküm bölümü itiraz başvurusunda bulunan mahkemeye gönderilir ve mahkemenin bu karara uyararak bakmakta olduğu davayı sonuçlandırması gerekir.⁴¹ İptal kararlarının yürürlüğe giriş tarihinin gecikmesinin veya ertelenmesinin doğurabileceği olumsuz sonuçlar bir tarafa bırakılırsa,⁴² her iki durumda da önceden

³⁷ Bu yönde bir örnek için bkz.: E.2011/61, K.2011/99, 16/06/2011.

³⁸ Örneğin bkz.: E.1988/25, K.1988/30, 27/09/1988. Aksi yönde bkz.: E.2022/69, K.2024/27, 01/02/2024, § 22 vd.

³⁹ Örneğin bkz.: E.1963/60, K.1963/165, 26/06/1963. Aksi yönde bkz.: E.2018/96, K.2023/222, 27/12/2023, § 352.

⁴⁰ Ülgen, op. cit., s. 130.

⁴¹ Gerek/Aydın, op. cit., s. 341.

⁴² Bu yönde ayrıca bkz.: ibid., ss. 341-343.

iptal edilmiş kurallar hakkında KVYO kararı verilmesinin önemli bir sonuç doğurmayacağı ve hatta usul ekonomisi bakımından bunun gerekli olduğu öne sürülebilir. Ancak iptal nedeniyle ortaya çıkan KVYO kararları açısından geçerli olan bu argüman, halihazırda anayasaya uygunluk denetiminden geçmemiş başvuru konusu kuralların doğrudan yahut değiştirilerek yürürlükten kaldırılması halinde ortaya çıkan KVYO kararları açısından geçerli değildir. Nitekim bu konuda uygulamada sorun yaratan asıl hususların, aşağıda ayrıca incelenecek olan KVYO karar türü bakımından ortaya çıktığı gözlemlenmektedir.

B. “Normun Sonradan İlgâ Edildiği Gerekçesiyle Ortaya Çıkan KVYO” Kararları

İlgâ gerekçesiyle ortaya çıkan KVYO kararını; Anayasa’ya aykırılığı iddia edilen bir kuralın, iptal veya itiraz başvurusu yapıldıktan sonra doğrudan veya değiştirilerek yürürlükten kaldırılması halinde, iptal davasında her durumda, itiraz yolunda ise davada uygulanacak kural niteliğini de kaybettiği takdirde ortaya çıkan karar türü olarak tanımlamak mümkündür.

Yukarıda da belirtildiği üzere, iptal davasında bir kuralın başvuru konusu olabilmesi için yürürlükte olması gerekmeseyse de davanın sonuçlanabilmesi için açık veya örtülü olarak yürürlükten kalkmamış olması şarttır. Dolayısıyla iptal davası sonuçlanmadan önce başvuru konusu kuralın doğrudan yahut değiştirilerek yürürlükten kaldırılması, iptal davasının konusuz kalmasının temel sebeplerinden bir diğerini oluşturmaktadır.⁴³ Gerçekten bu gibi durumlarda Mahkeme, doğrudan veya değiştirilerek yürürlükten kaldırılmış dava konusu kurallar hakkında “konusu kalmayan” iptal istemi oldukları gerekçesiyle KVYO kararı vermektedir.⁴⁴

İptal davasında bu gibi durumlarda istikrarlı bir şekilde görünür olan “ilgâ gerekçesiyle ortaya çıkan KVYO” karar türü, anayasaya ay-

⁴³ Ülgen, op. cit., s. 127.

⁴⁴ Bkz.: E.1963/77, K.1963/144, 19/06/1963; E.1986/17, K.1987/11, 22/05/1987; E.2022/34, K.2024/16, 23/01/2024, § 22-25. İptal davası açılmadan önce yürürlükten kalkmış kurallar hakkında başvurunun reddine karar verilmesi açısından ayrıca bkz.: E.1963/106, K.1963/270, 11/11/1963; E.2011/150, K.2013/30, 14/02/2013.

kırılık iddiası itiraz başvurusu kapsamında yapıldığında ise başvuru konusu işlemin davada uygulanacak kural olup olmamasına göre farklı sonuçlara uğrayabilmektedir. Nitekim çeşitli Anayasa Mahkemesi üyelerinin de dikkat çektiği üzere, “*Anayasa Mahkemesinin yerleşmiş uygulamalarına göre, itiraz başvurularında iptali istenilen Kural’ın sonradan değiştirilmiş olması, Anayasa’ya uygunluk denetimini etkilemez. Mahkeme elindeki davayı olay tarihinde yürürlükte bulunan Yasa’ya göre çözeceğinden kişilerin hak kaybına uğramamaları bakımından söz konusu Yasa’nın olaya uygulanacak kurallarının Anayasal denetiminin yapılmasındaki hukuki yarar açıktır*”.⁴⁵ Gerçekten itiraz başvurusuna konu bir kural, doğrudan yahut değiştirilerek yürürlükten kaldırılmış olsa bile, davada uygulanacak kural olma niteliğini sürdürüyor olabileceğinden bu denetimin sürdürülmesinde hukuki yarar bulunduğu tartışmasızdır.⁴⁶

Sonuçta bu gerekçeleri de gözeten Anayasa Mahkemesi, itiraz başvurusu sonrasında yürürlükten kaldırılan veya değiştirilen hükümler “davada uygulanacak kural” olma niteliklerini kaybettikleri takdirde KVYO kararına varabilmektedir.⁴⁷ Aksi halde, yani başvuru konusu hükümler davada uygulanacak kural olma niteliklerini kaybetmedikleri veya yapılan değişikliklerin bunu etkilemediği takdirde ise esasın incelenmesine devam edilmekte ve KVYO kararı verilmesine gerek kalmamaktadır.⁴⁸ Öyle ki, iptal davası açısından konusu kalmayan kurallar hakkında KVYO kararı verilmesi gerekse bile, itiraz yolunda inceleme sürdürülüp iptal kararına dahi varılması mümkün kabul edilmektedir.⁴⁹

⁴⁵ Bkz.: E.2002/54, K.2008/43, 17/01/2008 (Fulya Kantarcıoğlu Karşı Oyu); E.2004/53, K.2008/61, 21/02/2008 (Zehra Ayla Perктаş Karşı Oyu); E.2011/130, K.2012/146, 11/10/2012, (Zehra Ayla Perктаş Karşı Oyu).

⁴⁶ Gözler, op. cit., s. 1076; Ergun Özbudun, Türk Anayasa Hukuku, Ankara: Yetkin, 2019, s. 403.

⁴⁷ Örneğin bkz.: E.2001/259, K.2002/18, 15/01/2002; E.2001/227, K.2004/10, 10/02/2004; E.2003/3, K.2005/87, 23/11/2005; E.2004/73, K.2008/100, 02/05/2008; E.2010/63, K.2011/162, 08/12/2011; E.2018/160, K.2019/23, 10/04/2019, § 8. Bununla birlikte, AYM’nin benzer durumlarda başvuran mahkemenin yetkisizliği nedeniyle başvurunun reddine karar verdiği örnekler de yok değildir. Bu konuda ayrıca bkz.: E.2002/123, K.2005/86, 23/11/2005’den bu yönde aktaran için bkz.: Ülgen, op. cit., s. 263, dn. 1127.

⁴⁸ Bu yönde bkz.: E.2018/6, K.2021/60, 22/09/2021, § 4; E.2021/69, K.2022/50, 21/04/2022, § 8-9.

⁴⁹ Bu yönde bkz.: E.2014/86, K.2015/109, 25/11/2015, § 99-106.

Bununla birlikte, hangi başvuru yolundan kaynaklanırsa kaynaklasın; “normun sonradan ilga edildiği gerekçesiyle ortaya çıkan KVYO” kararları, söz konusu karar türünün uygulamasında dikkat çeken en sorunlu tarafı oluşturmaktadır. Buradaki temel neden ise gerçekleşen değişiklikler sonucunda işin esası hakkında artık herhangi bir karar verilmesine gerek kalmaması ve anayasallık denetiminden zamanında yararlanılmaması olasılığıdır. Bu konu ile ilgili uygulamadan kaynaklanan sorunlar, aşağıda uygulama kısmında ayrıca incelenecektir.⁵⁰

C. “İşlemin Norm Niteliği Taşımadığı Gerekçesiyle Ortaya Çıkan KVYO” Kararları

Şimdiye kadar incelendiği üzere, Türk anayasa yargısında KVYO karar türü, oluşumu ve gelişimi bakımından yukarıda anlatılagelen iki temel gerekçeye dayandırılmıştır. Bununla birlikte, ilgili karar türünü ortaya çıkarması bakımından son on yılda uygulamada iki temel gerekçe daha üretildiği dikkat çekmektedir. Bunlardan ilki ve burada incelenecek olanı, başvuru konusu işlemin “norm niteliği taşımadığı gerekçesiyle ortaya çıkan KVYO” kararları olarak sınıflandırılabilir.

Tespit edilebildiği kadarıyla, bu yöndeki ilk kararını 2014 yılında veren Anayasa Mahkemesi; başvuru konusu işlemin denetim yetkisi kapsamına giren herhangi bir kuralın ilgili maddesinin *kenar başlığı* olması halinde, bu işlemin bir *hukuk normu niteliği taşımadığı* gerekçesiyle iptal davasına konu edilmesinin mümkün olmadığını ve dolayısıyla madde başlıklarına yönelen iptal istemleri hakkında da KVYO kararı verilmesi gerektiğini içtihat olarak benimsemiş durumdadır.⁵¹ Mahkeme’nin bu konudaki ayrıntılı gerekçeleri ise şu şekildedir:

“Anayasa Mahkemesi’nin denetim yetkisinin kapsamına, kanun adı verilen normlar (kurallar) girmektedir. Kanun, Anayasa’nın yetkili kıldığı organ tarafından yazılı bir şekilde ve bu ad altında tespit edilmiş bulunan genel, sürekli ve soyut hukuk normlarıdır. Norm ise insan davranışını yönlendirmek amacıyla belirli bir şeyin yapılmasını yasaklayan ya da belirli bir şeyin

⁵⁰ Bkz.: *Infra*, IV.

⁵¹ Bu yönde bkz.: E.2013/95, K.2014/176, 13/11/2014; E.2014/146, K.2015/31, 19/03/2015; E.2017/162, K.2018/100, 17/10/2018, §§ 62-65 vd.; E.2016/144, K.2020/75, 10/12/2020, §§ 124-127; E.2019/13, K.2021/31, 29/04/2021, §§ 57-60; E.2022/50, K.2022/107, 28/09/2022, §§ 159-161; E.2018/117, K.2023/212, 07/12/2023, §§ 173-176; E.2018/96, K.2023/222, 27/12/2023, §§ 154-156.

yapılmasına izin veya yetki veren ve cebirle desteklenmiş irade açıklamalarıdır. Dolayısıyla hukuk normları daima emir, yasak, izin veya yetki içeren önermelerden oluşur. İnsan davranışını yönlendirmeyi hedeflemeyen, yani emir vermeyen, yasak koymayan, izin veya yetki vermeyen bir önerme, normatif nitelikte olmadığından hukuk kuralı sayılmaz.

Türk hukukunda ilk kez, İsviçre'den iktibas edilen 1926 tarihli Türk Medeni Kanunu ve Borçlar Kanunu'nda uygulanmaya başlanan maddelere kenar başlığı konması usulü, kanunun planını ayrıntılı olarak ortaya koyması, istenen maddenin hemen bulunmasına imkân sağlaması, ayrıca bazı kanunların kapsadığı maddelerin daha açık olarak anlaşılmasına ve gereksiz tartışma ve tereddütlerin önlenmesine yardımcı olması bakımından büyük fayda sağlamaktadır.

Yasamadan sadır olan işlemlerin norm sayılabilmesi için emir, yasak, izin veya yetki içeren önermelerden oluşması gerekmektedir. Önerme, belli bir doğruluk değeri bulunan ifadeler olup herhangi bir söz dizisinin önerme olabilmesi için öncelikle bir anlamının olması gerekir. Türkçe'de, bir söz dizisinin anlamlı olabilmesi için bir yargı bildirmesi, yani yüklemle sahip olması gerekmektedir. Madde kenar başlıkları ise yüklemsiz söz dizilerinden ibaret olduklarından bir anlamları da yoktur. Anlamı bulunmayan bu söz dizilerinin önerme niteliği bulunmamakta ve dolayısıyla bunlar hukuk normu da sayılmamaktadır. Kanun koyucunun iradesinin ürünü olsalar da hukuk normu niteliğinde olmayan madde kenar başlıklarının iptal davasına konu edilmesi mümkün değildir."⁵²

Anayasa Mahkemesi'nin yukarıda alıntılanan kararı ile benzer yöndeki diğer kararları göz önüne alındığında, bu konudaki gerekçesinin özünün; madde kenar başlıklarının "tek başlarına bir anlamları olmadığı" ve dolayısıyla "hukuk normu niteliği taşımadıkları" argümanlarına dayanmakta olduğu belirtilebilir.⁵³ Mahkeme'nin bu konudaki argümanları ilk bakışta makul gibi görünse de aslında temel noktalarda birkaç açıdan eleştiriye açıktır:

Bunlardan birincisi; söz konusu argümanın, anayasallık denetimi kapsamını daraltıcı bir özellik taşıdığı için öncelikle hukuk devleti ilkesi bakımından oldukça sorunlu bir niteliğe sahip olmasıdır. Gerçekten de Mahkeme, yukarıda belirtilen içtihat ve argümanları aracılığıyla, denetim yetkisi kapsamına giren herhangi bir işlemin herhangi bir maddesinin kenar başlıklarını denetim alanından dışlamakta ve

⁵² Bkz.: E.2013/95, K.2014/176, 13/11/2014. Aynı yönde ayrıca bkz.: ibid.

⁵³ Aynı yönde bkz.: E.2024/45, K.2024/61, 22/02/2024, § 29.

böylelikle kendi kendisine esas yönünden denetim gerçekleştiremeyeceği bir alan inşa etmektedir. Madde kenar başlıklarının anayasallık denetimine ilişkin açık bir yasak öngörülmediği halde, Mahkeme'nin denetim yetkisini bu şekilde sınırlaması, anayasa yargısında son yıllarda benimsenen kendi kendini sınırlama doktrinlerinin de bir diğer örneği olarak sınıflandırılabilir niteliktedir.⁵⁴

Bu konudaki eleştirilerden ikincisi; söz konusu argüman ve içtihadın hem anayasal açıdan hem de geçmiş içtihatlar bakımından çelişkili bir niteliğe sahip olmasıdır. 1982 Anayasası'nda madde kenar başlıklarının; sadece ilgili oldukları maddelerin konusunu ve maddeler arasındaki sıralama ile bağlantıyı göstereceği, bu başlıkların Anayasa metninden sayılmayacağı açıkça düzenlenirken bunların denetimine yönelik herhangi bir sınırlama getirilmemiştir (m. 176/2).

Öyle ki, 2010 yılında Anayasa Mahkemesi de 5982 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın Bazı Maddelerinde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun'un 8'inci maddesiyle 1982 Anayasası'nın 74'üncü maddesinin kenar başlığını değiştiren dava konusu hükümleri esastan incelemiş ve bu konudaki yeni içtihadına aksi yönde bir içtihat geliştirmiştir.⁵⁵ 2010 yılında Anayasa değişikliklerinin dahi kenar başlığını denetleyen Mahkeme'nin, yalnızca birkaç yıl sonra kanun maddelerinin kenar başlıklarının denetiminde kendini bu şekilde sınırlaması, içtihat istikrarı ve hukuk güvenliği bakımından da tartışmalı bir karar tekniği oluşturmuştur.

Bu konuda getirilebilecek bir diğer eleştiri ise Mahkeme'nin benimsediği argümanların özüne yönelik olabilir. Öncelikle belirtmeli ki, madde kenar başlıklarının norm niteliği taşıyıp taşımadığı "norm" kavramının nasıl tanımlandığına göre değişecektir. Norm kavramından ne anlaşılması gerektiği ise şüphesiz bu çalışmanın sınırlarını bir hayli aşacak niteliğe sahiptir.⁵⁶ Bununla birlikte, norm kavramına veri-

⁵⁴ Bu konuda ayrıntılı bilgi için ayrıca bkz.: Ender Türk, Anayasa Yargısında Yargısal Sınırlılık Doktrini, Ankara: Yetkin, 2023, ss. 188-551.

⁵⁵ Bu yönde bkz.: E.2010/49, K.2010/87, 07/07/2010.

⁵⁶ Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz.: Hans Kelsen, Pure Theory of Law, Çev. Max Knight, Berkeley: University of California Press, 2005, s. 3 vd. Türkçe literatürde ayrıca bkz.: Yahya Berkol Gülgeç, Normlar Hiyerarşisi, İstanbul: On İki Levha, 2016, s. 5 vd.

lecek anlama göre madde kenar başlıklarının norm olarak nitelenemeyeceği ve hatta bunların *Kelsen*'ci bir ifadeyle “*hukuken ilgisiz*” (*legally irrelevant*) olarak sınıflandırılabilmesi dahi öne sürülebilir.⁵⁷ Başka bir deyişle, Mahkeme'nin argümanlarının bu kapsamda savunulabilir bir niteliğe sahip olduğu belirtilebilir. Ancak kararlarda kullanılan argümanların doğru olma ihtimali, Mahkeme'nin bu konuda benimsediği genel yaklaşımın da doğru olduğu anlamına gelmez.

Anayasamıza göre Mahkeme'nin temel görev ve yetkisi; kanunların, Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin (CBK) ve Türkiye Büyük Millet Meclisi (TBMM) İçtüzüğü'nün Anayasa'ya şekil ve esas bakımından uygunluğunu denetlemek ve bireysel başvuruları karara bağlamak olarak düzenlenmiştir (m. 148/1). Anayasa'nın hiçbir hükmünde denetim konusu işlemlerin kenar başlıklarının denetimini kısıtlayıcı bir hükme ise yer verilmemiştir. Mahkeme'nin argümanları tam da bu nedenle anayasa yargısının denetim kapsamını daraltması bakımından kendi kendini sınırlayıcı; hukuk devleti açısından ise yersiz ve sakıncalı bir niteliğe sahiptir. Üstelik madde kenar başlıklarının hukuki niteliği de hukukumuzda halen tartışmalı bir görünüme sahiptir.⁵⁸ Örneğin yürürlükteki Türk Ticaret Kanunu'nda madde başlıkları Kanun metnine dahil kabul edilmişken (m. 1534/1); Anayasa'da ise aksi benimsenmiştir (m. 176/2).

Söz konusu içtihat, bu sebeplerle de ileride ortaya çözülmesi daha zor sorunlar çıkartmaya elverişli bir niteliğe sahiptir. Örneğin ilerideki zamanlarda Türk Ticaret Kanunu'nun herhangi bir maddesinin kenar başlığının Anayasa'ya aykırılık iddiasıyla Anayasa Mahkemesi'nin önüne getirilmesi halinde ne olacağı belirsizdir. Anayasa Mahkemesi o zaman da kanun metnine dahil sayılan kenar başlıklarını denetlemekten kaçınıp KVYO kararı verebilecek midir? Bu durumda da Mahkeme'nin argümanı bunların norm niteliğine sahip olmadığı yönünde olduğu takdirde, yasa koyucu tarafından kanun metnine dahil kabul edilmiş bir işlem Anayasa Mahkemesi ta-

⁵⁷ Bu yönde bkz.: Leslie Green, “The Normativity of Law: What is the Problem?”, https://www.uvic.ca/victoria-colloquium/assets/docs/Green_Normativity.pdf, s. 12, Erişim tarihi: 9.9.2024.

⁵⁸ Bu kapsamda bkz.: Murat Aybars Tunca, “Madde Başlıklarının Türk Hukukundaki Yeri”, *Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 13, Sy. 2, 2023, ss. 458-480.

rafından bu şekilde nitelendirilmemiş olacaktır. Şüphe yok ki, Mahkeme önüne gelen işlemin hukuki niteliğini bizzat belirlemede yetki sahibidir.⁵⁹ Ancak yarım asırdan uzun süreden beri ilkesel olarak benimsenen bu yetki, *var olan* yargısal denetim yetkisini sınırlamak yerine gerektiğinde genişletmek için kullanılmalıdır. Aksi halde anayasa yargısından beklenen faydaya ulaşmak mümkün olmayacaktır. Bunun sonucunda ise KVYO karar türü, denetim yetkisi kapsamına giren işlemlerin bu alandan dışlanması için bir araç olarak kullanılabilir hale gelebilir. Mahkeme'nin böylesi sakıncaları gidermek adına 2014 sonrası benimsediği tartışmalı içtihadını terk etmesi ve önceki içtihadına geri dönmesi gerekmektedir.

D. "İşlemin Yok Hükmünde Olduğu Gerekçesiyle Ortaya Çıkan KVYO" Kararları

Türk anayasa yargısında yakın zamanda ortaya çıkan KVYO kararlarından bir diğeri; başvuru konusu işlemin "hukuken var olmadığına" ya da daha teknik bir ifadeyle "yok hükmünde olduğunun" tespit edilmesi halinde, bunlar hakkındaki iptal istemlerinin de incelenemeyeceğini ortaya koyan karar türü olarak dikkat çekmektedir. Gerçekten bu gibi durumlarda Anayasa Mahkemesi; işlemin hukuken var olmadığını tespit ettikten sonra, bunlara ilişkin istemlerin incelenmesine de olanak bulunmadığını ve iptal talepleri hakkında KVYO kararı verilmesi gerektiğini halihazırda içtihat olarak benimsemiş görünmektedir.⁶⁰

Türk anayasa yargısında "yokluk", öğretide uzun zamandır tartışma konusu olan ve uygulamadaki seyrekliğine rağmen teoride birçok kez özel olarak irdelenmiş konulardan biri niteliğindedir.⁶¹ Nitekim uygulamada Anayasa Mahkemesi de bu yönde karar verebileceğini

⁵⁹ Bu yönde bkz.: E.1966/7, K.1966/46, 19/12/1966; E. .2007/62, K.2007/66, 05/07/2007; E.2024/45, K.2024/61, 22/02/2024, § 7.

⁶⁰ Bu yönde bkz.: E.2024/45, K.2024/61, 22/02/2024, §§ 31-32; E.2024/43, K.2024/65, 22/02/2024, §§ 31-32.

⁶¹ Örneğin bkz.: İbrahim Şahbaz, "Anayasa Yargısında Yokluk", *Ankara Barosu Dergisi*, Sy. 4, 1999, ss. 23-48; Osman Can, "Anayasa Yargısında Yokluk", Prof. Dr. Ergun Özbudun'a Armağan, C. 2, Ankara: Yetkin, 2008, ss. 175-213; Nur Uluşahin, "Yokluk Teorisinin Anayasa Hukukunda Yeri ve Uygulanabilirliği", Prof. Dr. Ergun Özbudun'a Armağan, C. 2, Ankara: Yetkin, 2008, ss. 675-737; Yılmaz Aliefendioğlu, "Anayasa Mahkemesi Kararları Işığında 'Yokluk' ya da 'Yok İşlem'", *TBB Dergisi*, Sy. 81, 2009, ss.1-14.

uzun zaman önce kabul etmiş ancak bu yetkiyi kullanmaktan yakın zamana kadar kaçınmıştır.

Anayasa Mahkemesi'nin "yokluk" konusundaki içtihat birikimi esasen 1970'li yılların başına kadar uzanmaktadır.⁶² 1982 Anayasası döneminde ise Mahkeme, başvuru konusu işlemin "yok hükmünde" olduğunu tespit edebileceğini kabul etmiş ve bu konudaki şartları belirlemeye başlamıştır.⁶³ Üstelik bu dönemde azınlıktaki bazı üyeler, çeşitli başvuru konusu kurallar hakkında açıkça "yok hükmünde olduklarının saptanması gerektiği" gerekçesiyle karşı oy kullanmış ve söz konusu yetki bu şekilde kararların "hüküm" kısmına dahi taşınabilmiştir.⁶⁴ Ancak yakın zamana kadar anayasallık denetimi kapsamında bir işlemin "yok hükmünde" olduğu üyelerin çoğunluğu tarafından benimsenmemiş ve böylesi bir tespit neticesinde nasıl bir hüküm tesis edileceği açıklığa kavuşturulamamıştır. Söz konusu belirsizliği ortadan kaldıran ise Hatay Milletvekili Can Atalay'a ilişkin olarak yaşanan tartışmalı yargı süreci sonunda varılan "yokluk" tespiti ve bunun sonucunda tesis edilen KVYO kararı olmuştur.⁶⁵

Bu konuda öncelikle şunu vurgulayarak başlamak gerekir ki, Hatay Milletvekili Can Atalay'a ilişkin olarak yaşanan yargılama süreci, ne yazık ki ülkemizde karşılaşılan Anayasa ve hukuk dışı fiili durumlar oluşturma girişimlerinin ne derece ileri gidebileceğine yönelik son yıllardaki en belirgin makro göstergelerden biri olmuştur.⁶⁶ Söz konusu sürecin makro bir Anayasa ve hukuk dışı fiili durum örneği

⁶² Bu yönde bkz.: E.1970/40, K.1971/73, 19/10/1971.

⁶³ Uluşahin, op. cit., s. 710. Kararlar için ayrıca bkz.: E.1992/26, K.1992/48, 17/09/1992; E.2007/72, K.2007/68, 05/07/2007; E.2007/99, K.2007/86, 27/11/2007; E.2008/16, K.2008/116, 05/06/2008; E.2014/57, K.2014/81, 10/04/2014, E.2018/42, K.2018/48, 31/05/2018, §§ 6-7; E.2018/77, K.2023/105, 31/05/2023, §§ 177-178.

⁶⁴ Bkz.: E.1996/4, K.1996/39, 17/10/1996 (Mustafa Bumin Karşı Oyu); E.1996/51, K.1998/17, 13/05/1998 ile E.1998/58, K.1999/19, 27/05/1999 (Yalçın Acargün, Mustafa Bumin, Mustafa Yakupoğlu, Fulya Kantarcıoğlu Karşı Oyları);

⁶⁵ Bkz.: E.2024/45, K.2024/61, 22/02/2024; E.2024/43, K.2024/65, 22/02/2024.

⁶⁶ Benzer girişimler halihazırda "anayasasızlaştırma" kavramı altında da incelenebilmektedir. Bu yönde ayrıntılı bilgi için bkz.: Kemal Gözler, "1982 Anayasası Hâlâ Yürürlükte mi? Anayasasızlaştırma Üzerine Bir Deneme (Versiyon 4)", <https://www.anayasa.gen.tr/anayasasizlastirma-v4.pdf> (30 Mayıs 2016), Erişim Tarihi: 9.9.2024; İbrahim Kaboğlu, Anayasasızlaştırma ve Demokrasi Umudu, İstanbul: Tekin, 2019; Tolga Şirin, Anayasa'dan Çıkış, İstanbul: İmge, 2023.

olması ise devletin her üç kuvvetinin de sürece dahil olmasından kaynaklanmıştır. Bu süreçte ilgili Anayasa Mahkemesi kararları⁶⁷, m. 153/son hükümlerine aykırı bir şekilde, tarihimizde ilk defa alt ve üst derece mahkemeleri tarafından açıkça uygulanmamış (yargı)⁶⁸; Türkiye Büyük Millet Meclisi'nce de benimsenmemiş (yasama)⁶⁹ ve dolayısıyla AYM tarafından alınan kararların gerekleri hiçbir şekilde uygulamaya geçirilememiştir (yürütme).⁷⁰

Yukarıda belirtilen sürecin hukuk dışılığı karşısında Anayasa Mahkemesi, uzun yıllardan beri kabul ettiği fakat uygulamaktan açıkça kaçındığı başvuru konusu işlemin “yok hükmünde” olduğunu tespit etme yetkisini; TBMM Genel Kurulu'nun 30/1/2024 tarihli 54'üncü Birleşiminde, Yargıtay 3. Ceza Dairesi'nin 3/1/2024 tarihli ve E.2023/12611, Değişik İş 2024/1 sayılı kararının ekte gönderildiğine dair ilgili Daire Başkanlığı yazısının okunması suretiyle Hatay Milletvekili Şerafettin Can Atalay'ın milletvekilliğinin düşmesi (işleminin) anayasallık denetiminde kullanmış ve hukuken var olmayan bu işlemle ilgili söz konusu iptal talebinin incelenmesine de imkân bulunmadığı gerekçesiyle karar verilmesine yer olmadığına dair hüküm tesis etmiştir.⁷¹

Sonuç olarak, Anayasa Mahkemesi yıllar içinde inşa ettiği işlemin “yok hükmünde” olduğunu tespit etme yetkisi ile buna ilişkin koşulların, söz konusu başvuru bakımından oluştuğu kanaatine varmıştır.⁷² Bu yıllar içinde, Mahkeme'ye göre anayasa yargısında yokluk; “*bir normun var olmadığını*” veya “*hukuk dünyasında hiç doğmamış olduğunu*” ifadesi olarak tanımlanmıştır.⁷³ Böylesi önemli bir tespitin yapılabilmesi içinse “yetki gaspı”, “görev gaspı” ya da “çok ağır şekil ek-

⁶⁷ Bkz.: Şerafettin Can Atalay (2) [GK], B. No: 2023/53898, 25/10/2023; Şerafettin Can Atalay (3) [GK], B. No: 2023/99744, 21/12/2023.

⁶⁸ Bkz.: Şerafettin Can Atalay (3) [GK], ibid., §§ 14-18; E.2024/43, K.2024/65, 22/02/2024, §§ 16-20.

⁶⁹ Bkz.: E.2024/45, K.2024/61, 22/02/2024, §§ 21-26; E.2024/43, K.2024/65, 22/02/2024, §§ 21-26.

⁷⁰ Sürecin diğer ayrıntıları için bkz.: Ibid., §§ 2-26.

⁷¹ Bkz.: E.2024/45, K.2024/61, 22/02/2024; E.2024/43, K.2024/65, 22/02/2024.

⁷² Bkz.: Ibid., §§ 4-5 vd.

⁷³ Bkz.: E.2007/72, K.2007/68, 05/07/2007; E.2018/77, K.2023/105, 31/05/2023, § 177. Aynı yönde daha erken kararlar için ayrıca bkz.: E.1970/40, K.1971/73, 19/10/1971; E.1992/26, K.1992/48, 17/09/1992.

sikliği” gibi sakatlık hallerinin ortaya çıkması gerektiği belirtilmiştir.⁷⁴ Bu kapsamda kanunlar bakımından “*parlamento iradesinin olmaması*”, “*Cumhurbaşkanının yayımlama iradesinin bulunmaması*” veya işlemin “*Resmî Gazete’de yayımlanmaması*” gibi durumlar ilk başlarda “yokluk” halini ortaya çıkaran koşullar olarak örneklenmiştir.⁷⁵ Ancak sonraki zamanlarda ise Mahkeme, bu koşullardan yalnızca ilkinin “yokluk” hali için kabul etmeye başlamış; diğer ikisini ise “yürürlük” ve “uygulanma” koşulu olarak dışlamıştır.⁷⁶ Nihayetinde yokluk halinin ortaya çıkabilmesi için başvuru konusu işlemin “*hukuk âleminde hiçbir zaman varlık kazanamamasına yol açacak ağırlıkta ve açıklıkta*” bir “*hukuka aykırılığı*” sonucunda ortaya çıkmış olması⁷⁷ ve bunların dışındaki sakatlık hallerinin ise yargısal denetime tabi oldukları sürece yokluğun tespiti yoluyla değil, işlemin iptali yoluyla giderilmeleri gerektiği ayrıca belirtilmiştir. Başka bir deyişle, bir işlemin varlığının zorunlu koşulları bulunmadığı takdirdeki hukuka aykırılıklarda “yokluk”; zorunlu koşulların bulunduğu takdirdeki hukuka aykırılıklarda ise “iptal” halinin söz konusu olacağı bildirilmiştir.⁷⁸

Yokluğun tespiti halinde başvuru konusu işlem “*hiç olmamış*”, “*hiç doğmamış*” veya “*hukuk âlemine (hiç) çıkmamış*” sayılacağı için,⁷⁹ bu yetkinin işlemin iptalini gerektiren herhangi bir hukuka aykırılıkta değil; bunun da ötesindeki ağır ve açık hukuka aykırılıklarda kullanılması şüphesiz yerinde ve gereklidir.⁸⁰ Nihayetinde böylesi bir hukuka aykırılığın söz konusu yargılama süreci sonunda ortaya çıktığı kanaatine varan Anayasa Mahkemesi’nce; ilgili bireysel başvuru kararlarının yargı ve yasama organlarınca uygulanmaması neticesinde, Hatay Milletvekili Can Atalay’ın “kesin bir mahkûmiyet” hükmüne dayanmayan bir işlemle milletvekilliğinin düşürüldüğü; böylelikle Anayasa ve hukuk dışı “*fiilî (de facto) bir durum*” oluşturulduğu; iptal talebine konu bu fiili durumun ise Anayasa’nın 84’üncü maddesinin ikinci fıkrasının

⁷⁴ Bkz.: E.1970/40, K.1971/73, 19/10/1971; E.1992/26, K.1992/48, 17/09/1992.

⁷⁵ Bkz.: E.2007/72, K.2007/68, 05/07/2007; E.2008/16, K.2008/116, 05/06/2008.

⁷⁶ Bkz.: E.2014/57, K.2014/81, 10/04/2014; E.2018/42, K.2018/48, 31/05/2018, §§ 5-6.

⁷⁷ Bkz.: E.2014/57, K.2014/81, 10/04/2014.

⁷⁸ Bkz.: E.2018/42, K.2018/48, 31/05/2018, §§ 6-7; E.2018/77, K.2023/105, 31/05/2023, §§ 177-178.

⁷⁹ Bkz.: E.1970/40, K.1971/73, 19/10/1971; E.1992/26, K.1992/48, 17/09/1992.

⁸⁰ Aksi görüşte bkz.: Can, op. cit., ss. 179-190; Uluşahin, op. cit., ss. 712-727.

kapsamına giren bir yasama işlemi olarak nitelenmesine olanak bulunmadığı ve dolayısıyla “yok hükmünde” olduğu tespit edilen bu işlemin iptal istemi hakkında da karar verilmesine yer olmadığı yönünde hüküm tesis edilmiştir.⁸¹

KVYO kararlarının, şimdiye kadar anlatılageldiği üzere; başvuru konusu işlemin önceden iptal edilmesi, sonradan (doğrudan veya değiştirilerek) ilga edilmesi yahut norm niteliği taşımaması dolayısıyla verildiği yukarıda incelenmiştir. Başka bir deyişle, bu kararlar; iptal veya ret kararlarının aksine, hakkında herhangi bir karar verilmemesi *görece* sorun yaratmayacak olan “konusuz” kalan başvurular kapsamında ya da en başından herhangi bir başvuruya konu olamayacağı kabul edilen işlemler kapsamında ortaya çıkmaktadır. Dolayısıyla bu işlemlerin hiçbirinde “yokluk” tespitini gerektirecek kadar ağır ve açık bir hukuka aykırılıkla karşı karşıya kalınmadığı belirtilmelidir. İlkinde, işlem halihazırda iptal edilmiş; ikincisinde, ilga edilmiş; üçüncüsünde ise işlemin norm niteliği zaten baştan kabul edilmemiş durumdadır. “Yokluk” halinde ise bambaşka bir hukuk dışılık ve fiili bir durum söz konusudur.

Varılmak istenen tartışmayı şu soruda özetlemek mümkündür: Yok hükmünde olduğu tespit edilmiş bir işlemin iptal istemi hakkında aynı zamanda KVYO kararı verilmesi hukuken yerinde bir tercih midir? Kuşkusuz burada çalışmanın kapsamını aşacak olması sebebiyle genel olarak kamu hukukunda yokluk teorisi ile uygulamasının ayrıntılarına girişilemeyecek olsa bile,⁸² en azından anayasaya aykırılık iddiasına konu bir işlemin yok hükmünde olduğunun tespiti halinde aynı işlemin iptal istemi hakkında KVYO kararı verilmesinin uygun olup olmadığının aydınlatılması için bu ikisi arasındaki ilişkinin biraz daha irdelenmesi faydalı olacaktır.

Bu kapsamda ilk olarak belirtmek gerekir ki, başvuru konusu bir işlemin ağır ve açık bir hukuka aykırılık sonucunda yok hükmünde olduğu tespit edildikten sonra, Anayasa Mahkemesi’nce bu işlemin iptal

⁸¹ Bkz.: E.2024/45, K.2024/61, 22/02/2024, §§ 23-26; E.2024/43, K.2024/65, 22/02/2024, §§ 23-26.

⁸² Bu kapsamda idare hukuku açısından özellikle bkz.: Celal Erkut, “İdare Hukukunda Yokluk Teorisi”, *İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi*, C. 9, Sy. 1-3, 1988, ss. 69-91. Anayasa hukuku açısından ayrıca bkz.: *Supra*, dn. 60.

istemi hakkında ayrıca karar verilmesine yer olmadığına dair bir hüküm tesis edilmesi ilk bakışta tartışmalı görünebilir. Bununla birlikte, Mahkeme'nin eski bir kararında da ifade ettiği gibi:

“Anayasa’da, iptal kararları idarî davalarda olduğu gibi düşünülmemiş ve iptal edilen kuralın baştan beri geçersiz duruma geldiği esası benimsenmemiştir. Türk Anayasal sisteminde, “Devlete güven” ilkesini sarsmamak ve ayrıca devlet yaşamında bir karmaşaya neden olmamak için iptal kararlarının geriye yürümezliği kuralı kabul edilmiştir. Böylece hukuksal ve nesnel alanda etkilerini göstermiş, sonuçlarını doğurmuş bulunan durumların, iptal kararlarının yürürlüğe gireceği güne kadarki dönem için geçerli sayılması sağlanmıştır.”⁸³

Dolayısıyla iptal kararlarının kural olarak geriye yürümezliği ilkesinin kabul edildiği anayasal sistemimizde (m. 153/5), *ab initio* “yok hükmünde” olduğu tespit edilen bir işlem hakkında iptal kararı verilmesinin bu ilkeyle bağdaşmayacağı öncelikle belirtilmelidir.⁸⁴

Bu kapsamda ikinci olarak belirtmek gerekir ki, anayasaya uygunluk denetimine konu bir işlemin “yok hükmünde” olduğunun tespiti, iptal kararları açısından geçerli olan *pro futuro* etkinin aksine *ab initio* sonuç doğuracağına göre, baştan itibaren geçersiz olduğu tespit edilen bir işlemin sonradan iptal edilmesi temel hukuk mantığıyla da şüphesiz çelişik olacaktır. Nitekim bu bağlamda; *Kelsen’e* göre de “Geçersiz bir kanun, baştan itibaren herhangi bir hukuki niteliğe sahip değildir; dolayısıyla, onun görünürdeki hukuki niteliğini ortadan kaldırmak için başka bir hukuki eyleme ihtiyaç yoktur. Eğer böylesi ikinci bir hukuki eylem gerekliyse, karşımızda geçersizlik değil, iptal edilebilirlik var demektir.”⁸⁵ Dolayısıyla bu bakımdan da yok hükmünde olduğu tespit edilen bir işlem hakkında iptal kararı yerine, ilgili iptal istemi hakkında KVYO kararı veril-

⁸³ Bkz.: E.1989/11, K.1989/48, 12/12/1989.

⁸⁴ İptal kararlarının geriye yürümezliği kuralı ve istisnaları için bkz.: Mehtap Demirrörs, *Anayasa Mahkemesi İptal Kararlarının Geriye Yürümezliği Sorunu*, Ankara: Astana, 2020.

⁸⁵ Bkz.: Hans Kelsen, “The Nature and Development of Constitutional Adjudication” (1929), Çev. Lars Vinx, *The Guardian of the Constitution: Hans Kelsen and Carl Schmitt on the Limits of Constitutional Law*, UK: Cambridge University, 2015, s. 37: “An act that is null lacks any legal character from the beginning, so that there is no need for another legal act to strip it of its pretended legal quality. If such a second legal act is required, we are faced with annullability, and not with nullity.”

mesinin daha uygun olduğu belirtilebilir. Nitekim “yok hükmünde” olduğu tespit edilen bir işlemin iptal talebine “konu” olmasının da doğal olarak mümkün olmaması gerekir.

Bu kapsamda ayrıca vurgulamak gerekir ki, Anayasa Mahkemesi’nin iptal istemi hakkında KVYO kararı vermesinin altında yatan bir diğer neden ise başvuru konusu işlemin “yok hükmünde” olduğuna dair tespit talebinin anayasal olarak açıkça düzenlenmemiş olmasıdır.⁸⁶ Gerçekten de Anayasa Mahkemesi’ne kural olarak bir işlemin anayasaya aykırılığı gerekçesiyle iptal talebiyle başvurulabilir ve yine kural olarak bu konuda iptal ya da ret kararı verilebilir.⁸⁷ Nitekim söz konusu başvuru da işlemin yok hükmünde olduğunun tespiti fakat aynı zamanda iptali talebiyle yapılmıştır.⁸⁸ Dolayısıyla başvuru konusu işlemin “yok hükmünde” olduğunun tespiti ve bu işlemin iptal istemi hakkında KVYO kararı verilmesinin bir diğer gerekçesi ise esasen belirtilen anayasal durumdan kaynaklanmış görünmektedir.

Bu kapsamda “iptal” yerine “ret” kararı verilmesi ise başvuru konusu işlemin Anayasa’ya uygunmuş gibi anlaşılmasına yol açabileceği için en başından ihtimal dışı kabul edilmelidir. Nitekim idari yargılama hukukumuzda da benzer tartışmalar yaşanmış ve yok hükmünde olan bir işlemin iptal isteminin reddine karar verilmesi yerine, bu konuda karar verilmesine yer olmadığına dair hüküm tesis edilmesinin hukuken daha yerinde olacağı öğretide haklı olarak vurgulanmıştır.⁸⁹ Sonuç olarak, anayasa yargımızdaki “yokluk” tespitine ilişkin bu ilk kararlarda, iptal veya ret yerine iptal istemi hakkında karar verilmesine yer olmadığına dair hüküm tesis edilmesinin teknik hukuk mantığı yönünden yerinde bir tercih olduğu belirtilmelidir. Söz konusu içtihadın ileride karşılaşılabilecek diğer “yokluk” hallerinde de tercih edilmesi bu sebeple uygun ve gerekli olacaktır.

Bu konuyu bitirirken son bir hususa daha dikkat çekmek gerekir: Hayatın akışı, her zaman öyle olması gerekse bile, ne yazık ki bazen hukuk kitaplarında öngörüldüğü gibi değildir. Bu nedenle, Anayasa

⁸⁶ KVYO kararlarının verilmesi halinde olduğu gibi, işlemin “yok hükmünde” olduğunun tespiti hali de anayasal olarak açıkça düzenlenmemiştir.

⁸⁷ 1982 Anayasası, m. 148 ve devamı.

⁸⁸ Bkz.: E.2024/45, K.2024/61, 22/02/2024; E.2024/43, K.2024/65, 22/02/2024.

⁸⁹ Bu yönde bkz.: Erku, op. cit., ss. 90-91.

Mahkemesi de önüne gelen meseleler hakkında zaman zaman anayasa olarak açıkça düzenlenmemiş çözüm ve yetkiler üretmek zorunda kalabilmiştir. Nitekim yukarıda incelenen işlemin yok hükmünde olmasının tespiti ve iptal istemi hakkında KVYO kararı verilmesi de bunun bir diğer örneğidir. Anayasa Mahkemesi'nin bu kararının nasıl uygulama kabiliyeti kazanacağı ise şüphesiz konuya ilişkin diğer kararları için de olduğu gibi, hukuk dışı koşulların hukuki alana taşınabilmesi neticesinde belirginleşecektir. Mahkeme'nin bu konudaki son kararı da uygulanmamaya devam ettikçe, hukuk dışı *fiili durumlar* etkisini sürdürecektir ve artık bizzat yasama organının *hukuki ve demokratik* meşruiyeti tartışma konusu olacaktır.

IV. KVYO KARARLARININ UYGULAMASI: OBJEKTİF BULGULAR EŞLİĞİNDE TEMEL SORUNLAR VE ÇÖZÜM ÖNERİLERİ

Yukarıda incelendiği üzere, Türk anayasa yargısında KVYO karar türünün ortaya çıkışı ve gelişimi esasen iki gerekçeye dayanmıştır: Bunlardan birincisi, “normun önceden iptal edildiği gerekçesiyle ortaya çıkan KVYO” (III.A); ikincisi ise “normun sonradan ilga edildiği gerekçesiyle ortaya çıkan KVYO” (III.B) olarak sınıflandırılmıştır. Başvuru konusu işlemin “norm niteliği taşımadığı gerekçesiyle ortaya çıkan KVYO” (III.C) ile “yok hükmünde olduğu gerekçesiyle ortaya çıkan KVYO” (III.D) türleri ise son on yılda ortaya çıkan içtihatların eseri olup, ilk iki türe oranla oldukça nadir niteliktedir. Bunların dışında, KVYO kararlarının bazı hallerde “önceden ret” nedeniyle ortaya çıkabildiğine de yukarıda ayrıca değinilmiştir. Yukarıda değinilmeyen fakat uygulamada nadir de olsa dikkat çeken KVYO kararları olarak “atıfta bulunulan hükümler gerekçesiyle ortaya çıkan KVYO”⁹⁰ ve “hü-

⁹⁰ Bazı durumlarda Anayasa Mahkemesi; başvuru konusu kuralın atıfta bulunduğu kurallar hakkında önceden iptal veya sonradan ilga gibi KVYO gerekçeleri ortaya çıktı ise başvuru konusu kuralların ilgili hükümleri hakkında da KVYO kararı verilebileceğine hükmetmektedir. Örneğin başvuru konusu kuralın atıfta bulunduğu kural önceden iptal edildiyse veya sonradan değiştirildiyse eğer, bu hükümlere atıfta bulunan başvuru konusu kuralların da uygulanma kabiliyeti/imbânı kalmadığı gerekçesiyle iptal talepleri hakkında karar verilmesine yer olmadığına dair hüküm tesis edilebilmektedir (Örneğin bkz.: E.2014/122, K.2015/123, 30/12/2015, §§ 115-117; E.2018/93, K.2021/69, 13/10/2021, §§ 116-117; E.2020/56, K.2023/108, 01/06/2023, §§ 122-124).

kümsüz hale gelen CBK gerekçesiyle ortaya çıkan KVYO⁹¹ olarak iki ayrı türe daha bu kapsamda dikkat çekilebilir. Tüm bunların dışında, uygulamada “yürürlüğün durdurulması istemleri” hakkında da birçok kez KVYO kararına başvurulabildiğini ayrıca not etmek gerekir.⁹²

Bu başlık ve çalışma kapsamında ise “yürürlüğün durdurulması istemi hakkında KVYO” türü hariç olmak üzere, öncelikle Anayasa Mahkemesi’nin norm denetimi kapsamında verdiği tüm KVYO kararlarının istatistiklerine yer verilecek ve bu konuda dikkat çekebilecek bazı objektif bulgular paylaşılacaktır. Bu kapsamda *önceden iptal gerekçesiyle* ortaya çıkan KVYO; *sonradan ilga gerekçesiyle* ortaya çıkan KVYO ve yukarıda bir kısmına değinilen *diğer gerekçelerle*⁹³ ortaya çıkan KVYO türleri olarak üçlü bir ayrıma gidilecektir. Bu bağlamda erişilen bulgular eşliğinde, uygulamada ortaya çıkan birtakım sorunlu yönlerin tespit edilmesi ve bunlara yönelik çeşitli çözüm önerilerinin getirilmesi hedeflenecektir.

Türk anayasa yargısında KVYO karar türünün uygulaması ve istatistiki verileri oldukça ilginç bulgular içermektedir. Bu kapsamda, 1961 Anayasası döneminden itibaren özellikle belli bir yıl aralığına kadar KVYO kararlarının genellikle *iptal gerekçesiyle* ortaya çıktığı; sonrasında *ilga gerekçesiyle* ortaya çıkan KVYO kararlarının ağırlık kazandığı; son on yıldaki uygulamada ise *diğer gerekçelerle* ortaya çıkan KVYO kararlarının da uygulamada daha fazla dikkat çektiği şimdiden belirtilebilir. İstatistiki verilerin ortaya koyduğu en ilginç ve çarpıcı kırılım ise şüphesiz *ilga gerekçesiyle* ortaya çıkan KVYO kararlarının 2002 yılı ve sonrasına ilişkin dönemde ağırlık kazanmaya başlamasıdır. Söz

⁹¹ Diğer bazı durumlarda ise Anayasa Mahkemesi, başvuru konusu kurallar sonradan ihdas edilen Kanun hükümleriyle aynı konu kapsamında çıkarılan CBK hükümleri olduğu takdirde, “Türkiye Büyük Millet Meclisi’nin aynı konuda kanun çıkarması durumunda, Cumhurbaşkanlığı kararnamesi hükümsüz hale gelir” (Anayasa, m. 104/17) hükmünden hareketle başvuru konusu CBK kurlarının hükümsüz hale geldiğine karar vermekte ve hükümsüz hâle gelen bu kurların iptal istemleri hakkında da karar verilmesine yer olmadığına dair hüküm tesis etmektedir (Bkz.: E.2020/4, K.2022/147, 30/11/2022, §§ 88-92).

⁹² Örneğin bkz.: E.2001/36, K.2003/3, 16/01/2003; E.2021/113, K.2024/29, 01/02/2024.

⁹³ Bu konuda ayrıca bkz.: E.1963/127, K.1965/47, 14/09/1965; E.1966/24, K.1967/8, 28/02/1967; 1968/15, K.1968/13, 06/05/1968; E.1968/17, K.1968/14, 06/05/1968; E.1968/18, K.1968/15, 06/05/1968.

konusu bulguların esasına ve dikkat çeken sorunlu yönlerine aşağıda ayrıca yer verilecektir.

1961 Anayasası döneminde, Mahkeme'nin norm denetimi kapsamında KVYO hükmüne vardığı kararları incelendiğinde bunların büyük çoğunluğunun sonradan ilga gerekçesiyle değil; önceden iptal gerekçesiyle ortaya çıkan KVYO kararları olduğu dikkat çekmektedir. Gerçekten bu dönemde KVYO hükmü tesis edilen toplam 296 Anayasa Mahkemesi kararından 248'inin *iptal gerekçesiyle*; 41'inin *ilga gerekçesiyle*; 7 tanesinin ise *diğer gerekçeler* sebebiyle ortaya çıktığı tespit edilmiştir. Kararların yıllara göre ağırlığı ise şu şekildedir.⁹⁴

YIL	İPTAL KVYO	İLGA KVYO	DİĞER KVYO
1962	-	-	2
1963	15	11	-
1964	8	4	-
1965	7	9	1
1966	4	4	-
1967	1	1	1
1968	2	-	3
1969	1	-	-
1970	-	-	-
1971	14	9	-
1972	4	-	-
1973	3	-	-
1974	1	-	-
1975	95	-	-
1976	6	-	-
1977	62	-	-
1978	19	1	-
1979	5	1	-
1980	-	-	-
1981	1	-	-
1982	-	1	-
TOPLAM	248	41	7

1982 Anayasası döneminde ise Mahkeme'nin norm denetimi kapsamında KVYO hükmüne vardığı kararları incelendiğinde bunların

⁹⁴ Krş.: Anayasa Mahkemesi Kararları, <https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/>, Erişim Tarihi 9.9.2024. (İlgili veriler, başvuru kapsamındaki en az bir hüküm hakkında KVYO tesis edilen karar sayısını yansıtmaktadır).

114 Türk Anayasa Yargısında Sözün Bittiği Yer: Karar Verilmesine Yer Olmadığı (KVYO) Kararı

çoğunluğunun önceden iptal gerekçesiyle değil; sonradan ilga gerekçesiyle ortaya çıkan KVYO kararları olduğu dikkat çekmektedir. Gerçekten bu dönemde KVYO hükmü tesis edilen toplam 433 Anayasa Mahkemesi kararından 199'unun *iptal gerekçesiyle*; 213'ünün *ilga gerekçesiyle*; 21 tanesinin ise *diğer gerekçeler* sebebiyle ortaya çıktığı tespit edilmiştir. Kararların yıllara göre ağırlığı ise şu şekildedir:⁹⁵

YIL	İPTAL KVYO	İLGA KVYO	DİĞER KVYO
1982	-	-	-
1983	-	-	-
1984	-	-	-
1985	-	-	-
1986	-	-	-
1987	1	2	-
1988	22	3	-
1989	6	-	1
1990	-	1	-
1991	12	1	-
1992	17	3	-
1993	1	-	-
1994	-	-	-
1995	4	-	-
1996	1	-	-
1997	25	-	-
1998	22	-	-
1999	2	-	-
2000	7	-	-
2001	11	4	-
2002	11	10	-
2003	5	6	1
2004	4	6	1
2005	5	15	-
2006	4	8	-
2007	-	4	1
2008	2	17	-
2009	-	15	-
2010	-	6	-
2011	1	10	-

⁹⁵ Krş.: Anayasa Mahkemesi Kararları, <https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/>, Erişim Tarihi: 9.9.2024. (İlgili veriler, başvuru kapsamındaki en az bir hüküm hakkında KVYO tesis edilen karar sayısını yansıtmaktadır).

2012	4	26	-
2013	4	16	-
2014	1	3	1
2015	1	2	3
2016	1	1	1
2017	-	3	1
2018	1	3	1
2019	5	9	-
2020	2	5	1
2021	2	4	2
2022	2	11	1
2023	9	17	4
2024	4	2	2
TOPLAM	199	213	21

İptal ve ilga gerekçesiyle ortaya çıkan KVYO türlerinin karşılaştırılmasında, ilga gerekçesiyle ortaya çıkan KVYO kararlarının iptal gerekçesiyle ortaya çıkan kararlara oranla sorunlu bir görünüme sahip olduğuna ve bunun nedenlerine yukarıda kısaca değinilmiştir.⁹⁶ Bu konuda 1961 ve 1982 Anayasası dönemleri arasında önemli uygulama farklılıkları olduğu da hemen yukarıda yer alan tablolardaki verilere göre izahtan varestedir. 1982 Anayasası döneminde ise en ilginç kırılımın 2002 yılı ve sonrasına ait olması oldukça çarpıcıdır. Nitekim bu dönem aralığının Adalet ve Kalkınma Partisi'nin (AKP) *istikrarlı* iktidarıyla tescillendiği göz önüne alındığında, sonuçların Anayasa Mahkemesi önündeki başvuru konusu işlemlerin henüz denetlenmeksizin doğrudan yahut değiştirilerek yürürlükten kaldırılması bakımından oldukça ilginç bir *istikrarsızlık* göstergesi olduğu da şimdiden ayrıca vurgulanmalıdır.

Bu konudaki yargısal uygulamaya biraz daha yakından bakılırsa, 1961 Anayasası döneminin tamamında 248 iptal ve 41 ilga gerekçesiyle KVYO kararı ortaya çıktığından, ilga kaynaklı KVYO kararlarının sebep olabileceği sorunların bu dönem bakımından herhangi bir ağırlık kazandığını öne sürmek oldukça zordur. Nitekim 1966 ilâ 1982 yılları arasında toplamda yalnızca 17 adet ilga gerekçesiyle ortaya çıkan KVYO kararı verildiği göz önüne alındığında, bu aralıkta her yıl orta-

⁹⁶ Bkz.: Supra, III. A ve III. B.

lama yalnızca 1 ilga kaynaklı KVYO kararına varıldığı tespiti yapılabilir. Aynı yıllar arasında toplamda 218 adet iptal nedeniyle ortaya çıkan KVYO kararıyla birlikte her yıl ortalama ~13 karar verildiği de göz önüne alındığında, ilgili dönemin bu kapsamda sorunlu bir tarafının bulunmadığı tespiti yapmak mümkün görünmektedir.

1982 Anayasası döneminin ilk yirmi yılında da benzer bir eğilimin sürdüğü gözlemlenmektedir. Öyle ki, 1987 ilâ 2001 yılları arasında 131 iptal ve 14 ilga gerekçesiyle KVYO ortaya çıkarken; 2002 yılından itibaren bu denge ilga kaynaklı KVYO kararları lehine olmak üzere keskin bir kırılım göstermeye başlamıştır. Bu bağlamda, 2002 ilâ 2024 (9 Eylül) arasında 68 iptal ve 199 ilga gerekçesiyle KVYO kararına varıldığı yapılan çalışmalar sonucunda ulaşılan istatistiki verilerle sabit durumdadır. Başka bir deyişle, 1987 ilâ 2001 arasında her yıl ortalama ~9 iptal ve ~1 ilga gerekçesiyle KVYO ortaya çıkarken; 2002 ilâ 2024 arasında ise her yıl ortalama ~3 iptal ve ~9 ilga gerekçesiyle KVYO ortaya çıkmıştır. Bu sonuç, 1982 Anayasası döneminin son 22 yılında ilga gerekçesiyle ortaya çıkan KVYO kararlarının geçmiş yılların ortalamasına oranla ~9 kat arttığını göstermektedir. Bu sebeple de ilga gerekçesiyle ortaya çıkan KVYO kararlarının neden olduğu sorunlar bakımından dikkat çeken bu dönemin mercek altına alınması olmazsa olmaz bir nitelik arz etmektedir.

Bu konuyu irdeleyen literatürdeki bazı görüşler ve çeşitli Anayasa Mahkemesi üyelerinin karşı oylarında öne sürdükleri eleştiriler gözetildiğinde, ilga gerekçesiyle ortaya çıkan KVYO kararlarının sebep olduğu temel sorunu tek bir başlık altında toplamak mümkündür. Bu ise iptal veya itiraz başvurusu sonrasında, başvuruya konu kurallara yönelik yapılan *herhangi* bir değişiklik sebebiyle başvurunun konusuz kalması ve dolayısıyla anayasaya uygunluk denetiminden beklenen faydaya zamanında erişilememesi sorunsalıdır. Nitekim bu konudaki yargısal uygulama incelendiğinde, özellikle 2008 ilâ 2014 yılları arasında yazılan karşı oylarda ilgili KVYO türüne yönelik bu kapsamda ilkesel bir karşı duruşun geliştiği tespit edilmiştir.⁹⁷

⁹⁷ İptal davaları kapsamında örneğin bkz.: E.2005/66, K.2009/102, 02/07/2009 (Osman Alifeyyaz Paksüt, Mustafa Yıldırım, Fulya Kantarcıoğlu, Zehra Ayla Perктаş, Şevket Apalak Karşı Oyları); E.2010/40, K.2012/8, 19/01/2012 (Fulya Kantarcıoğlu, Zehra Ayla Perктаş, Nuri Necipoğlu Karşı Oyları); E.2013/1,

Anayasa Mahkemesi, ilga gerekçesiyle ortaya çıkan kararlar bakımından özellikle iptal davalarında katı bir yaklaşım benimsemekte ve başvuru konusu işlemlere ilişkin sonradan *herhangi* bir düzenleme getirilmesi halinde KVYO kararı yönünde hüküm tesis edebilmektedir. Örneğin sonradan getirilen düzenleme *teknik bir düzeltmeden ibaret* veya önceki kuralın *anlam ve kapsamı değişmemiş* olsa bile, değişikliğin içeriğiyle ilgilenmeksizin ilga gerekçesiyle KVYO hükmüne varılabilmektedir.⁹⁸ Anayasa Mahkemesi'nin bu yaklaşımına katılmayan bazı üyeler, benimsenen anlayışın anayasaya uygunluk denetiminin asıl amacı olan "*anayasaya aykırı mevzuatın hukuk aleminden mümkün olduğunca ayıklanması*" ilkesine uygun olmadığını ve bunun aynı zamanda başvuru konusu "*kuralların içeriği aynen korunarak sürekli farklı ve yeni yasalara nakledilmesi suretiyle*" anayasallık denetimi dışına çıkarılması ihtimaline de kapı araladığını haklı olarak vurgulamışlardır.⁹⁹ Başka bir deyişle, başvuru konusu kurallara sonradan yapılacak *en küçük* ekleme veya *çıkarmalar*, "*o kuralların anayasal denetim dışında bırakılması sonucunu doğurur ki böyle bir durumu da anayasa yargısının amacı ve işleviyle bağdaştırmak olanaksızdır.*"¹⁰⁰ Tüm bu görüşler, başvuru konusu işlemleri yargısal denetim kapsamından çıkarmada sonradan ilga taktiğiyle KVYO kararlarının bir araç haline gelebileceğine vurgu yapmakta ve sorunun özüne dikkat çekmektedir.¹⁰¹

Karşı oylarda öne sürülen eleştirilere neden olan ve sonradan ilga gerekçesiyle ortaya çıkan KVYO kararlarından kaynaklanan sorunlara,

K.2014/161, 22/10/2014 (Osman Alifeyyaz Paksüt Karşı Oyu). İtiraz başvuruları kapsamında "*davada uygulanacak kural*" yönünden ise ayrıca bkz.: E.2002/54, K.2008/43, 17/01/2008 ve E.2002/71, K.2008/44, 17/01/2008 (Zehra Ayla Perктаş, Mehmet Erten, Necmi Özler, Şevket Apalak, Fulya Kantarcıoğlu Karşı Oyları); E.2004/53, K.2008/61, 21/02/2008 ve E.2005/35, K.2008/62, 21/02/2008 (Zehra Ayla Perктаş Şevket Apalak, Fulya Kantarcıoğlu Karşı Oyları); E.2007/89, K.2010/3, 14/01/2010 (Serdar Özgüldür, Şevket Apalak, Serruh Kaleli Karşı Oyu); E.2011/130, K.2012/146, 11/10/2012 (Zehra Ayla Perктаş ve Fulya Kantarcıoğlu Karşı Oyları).

⁹⁸ Bu yönde bir eleştiri için bkz.: E.2004/10, K.2009/68, 02/06/2009 (Osman Alifeyyaz Paksüt Karşı Oyu).

⁹⁹ Ibid.

¹⁰⁰ Bkz.: E.2004/10, K.2009/68, 02/06/2009 (Fulya Kantarcıoğlu Karşı Oyu). Aynı yönde ayrıca bkz.: Ibid., Zehra Ayla Perктаş Karşı Oyu.

¹⁰¹ Benzer yönde görüşler için ayrıca bkz.: Supra, dn. 97'deki iptal davaları kapsamındaki Kararlar ve Karşı Oylar.

uygulamadan da pek çok somut örnek verilebilir. Bu kapsamdaki örneklerden biri olarak; sonradan yapılan bir değişiklik, dava konusu fıkrada geçen “*muhasabe mutemedi*” yerine “*muhasabe yetkilisi mutemedi*” şeklini alan ve esasen kuralın anlam veya kapsamını değiştirmeksizin “teknik bir düzeltmeden ibaret” olan düzenlemeler hakkında KVYO kararı tesis edilmesinin eleştirildiği karşı oy anılabilir.¹⁰²

Benzer yönde ortaya çıkan başka bir örnek, 1160 sayılı ‘TBMM İktüzüğünde Değişiklik Yapılmasına Dair Karar’ın denetimi kapsamında sunulabilir. Anayasa Mahkemesi bu kararında, “*Anayasa değişiklikleri hariç, kanun tasarı ve tekliflerinin tümü açık oylamaya tabi işlerden değilse en az yirmi milletekilinin talebi halinde açık oyla, aksi takdirde bu oylamalar ile maddelerin oylamaları işaret oyuyla yapılır*” hükmünün iptal davasına konu olan “*bu oylamalar ile maddelerin oylamaları*” düzenlemeleri hakkında sonradan ilga gerekçesiyle KVYO kararına varmıştır.¹⁰³ Oysaki yapılan değişiklik, esasen 2017 Anayasa Değişikliklerine uyum sağlanması amacıyla iptal davasının konusunu dahi oluşturmayan “*tasarı ve*” ibaresinin ilgili hükümden çıkarılmasından ibarettir.¹⁰⁴ Başka bir deyişle, söz konusu değişiklik de aslında (yeni hükümet sistemine uyum sağlanması amacıyla ortaya çıkan) teknik bir düzeltmenin sonucudur ve iptal başvurusunun konusunu doğrudan etkilememektedir.

Bu kapsamda son bir örnek ise yapılan değişikliğin içerik olarak en ufak bir farklılık bile getirmediği durumlara ayrılabilir. 1 Şubat 2018 tarihli 7079 sayılı Kanun’un 4’üncü maddesiyle 10 Temmuz 1953 tarihli 6136 sayılı Ateşli Silahlar ve Bıçaklar ile Diğer Aletler Hakkında Kanun’un yedinci maddesinin birinci fıkrasına eklenen (7) numaralı bentte yer alan dava konusu ibare, yer aldığı madde 24 Ekim 2019 tarih ve 7190 sayılı Kanun’un 18’inci maddesiyle sonradan değiştirildiği gerekçesiyle KVYO kararının konusunu oluşturmuştur.¹⁰⁵ Ancak deği-

¹⁰² Bu yönde bkz.: E.2004/10, K.2009/68, 02/06/2009 (Osman Alifeyyaz Paksüt Karşı Oyu).

¹⁰³ E.2017/162, K.2018/100, 17/10/2018, § 84.

¹⁰⁴ Bkz.: “Anayasa değişiklikleri hariç, kanun tekliflerinin tümü açık oylamaya tâbi işlerden değilse en az yirmi milletekilinin talebi halinde açık oyla, aksi takdirde bu oylamalar ile maddelerin oylamaları işaret oyuyla yapılır.” 9 Ekim 2018 tarihli ve 1200 sayılı Türkiye Büyük Millet Meclisi İktüzüğünde Değişiklik Yapılmasına Dair Karar, m. 12).

¹⁰⁵ E.2018/96, K.2023/222, 27/12/2023, § 15-16.

şiklik öncesi ve sonrası düzenlemeler karşılaştırıldığında görülecektir ki, dava konusu ibare de dahil olmak üzere bendin ilgili kısımlarında en ufak bir içerik bile değişmemiş; dava konusu önceki metin, sonraki bir kanunla aynı içerikle yalnızca yeniden düzenlenmiştir.¹⁰⁶

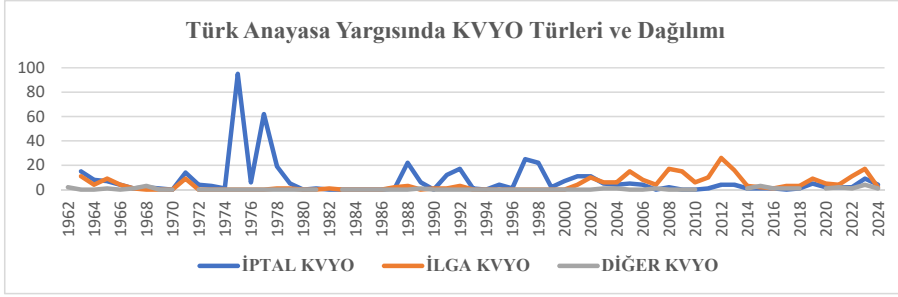
Kuşkusuz bu konudaki örnekler çeşitlendirilebilir. Ancak sonuç değişmeyecektir: Sonradan ilga gerekçesiyle ortaya çıkan KVYO kararları, başvuru konusu normların anayasaya uygunluk denetiminden kaçırılmasında kullanılan bir ara formül haline gelmiş gibi görünmektedir.

Söz konusu sorunun kaynağı bakımından ise kural koyucu organlar (yasama veya yürütme) ile denetim organı (Anayasa Mahkemesi) ikiye ayrılarak değerlendirilmelidir. Sorunun ortaya çıkışındaki temel neden, şüphesiz kural koyucu organlar olan yasama ve yürütmenin kısa zaman aralıkları içinde başvuru konusu düzenlemeleri ilga etmesi veya değiştirmesi; başka bir deyişle, hukuki güvenlik ilkesini de zedeleyebilecek şekilde istikrarsız hareket etmesidir. Bununla birlikte, bazı durumlarda denetim organı Anayasa Mahkemesi de karar vermekte gecikerek kural koyucu organlara bu yönde davranabilecekleri bir takdir alanı yaratmakta ve sorunun kaynaklarından bir diğerini oluşturabilmektedir.¹⁰⁷

Sorunun asli kaynağı bakımından, kural koyucu organların gerçekten bir *sorun* olarak *sonradan ilga gerekçesiyle* ortaya çıkan KVYO kararlarının bir öznesi olabileceği dönemin 2002 yılı ve sonrasına teka-bül ettiğine yukarıda değinilmiştir. Gerçekten her iki anayasal döneme ilişkin objektif veriler göz önüne alındığında, *sonradan ilga gerekçesiyle* ortaya çıkan KVYO kararlarının söz konusu kararın türleri arasında *istikrarlı* bir şekilde ağırlık kazandığı başka bir zaman aralığı göze çarpmamaktadır. İlgili verilerin yıllara göre şematize edilmiş hali, tüm bu tabloyu gözler önüne sermektedir:

¹⁰⁶ Krş.: 1 Şubat 2018 tarihli ve 7079 sayılı Kanun'un 4'üncü maddesi ile 24 Ekim 2019 tarihli ve 7190 sayılı Kanun'un 18'inci maddesinin ilgili hükümleri: "Yapılan soruşturma sonucu veya kesinleşmiş yargı kararı üzerine görevine son verilenler ile terör örgütlerine veya Milli Güvenlik Kurulunca Devletin milli güvenliğine karşı faaliyette bulunduğu karar verilen yapı, oluşum veya gruplara üyeliği, mensubiyeti veya iltisakı yahut bunlarla irtibatı olanlar hariç olmak üzere, en az bir dönem köy veya mahalle muhtarlığı ya da belediye başkanlığı yapmış bulunanlar,"

¹⁰⁷ Benzer yönde bir görüş için ayrıca bkz.: Ülgen, op. cit., s. 131.



İlga gerekçesiyle ortaya çıkan KVYO kararlarının özellikle 2002 ve sonrası yıllarda ağırlık kazanması, doğal olarak bu dönemin kural koyucu organlarını da yukarıda değinilen sorunsalın *olağan şüphelisi* haline getirmektedir. Ancak yalnızca bu verilere dayanarak ilgili organların *kötü niyetli* bir yaklaşımla başvuru konusu işlemleri anayasallık denetiminden kaçırdıklarına ilişkin kesin bir sonuca ulaşmak mümkün değildir. Bunun yerine şu tespit yapılabilir: Kural koyucular bakımından söz konusu dönemin *istikrarlı* bir AKP iktidarıyla tescillenmesi, anayasa yargısına bu şekilde yansımamıştır. Aksine, anayasa yargısına yansıdığı şekliyle bu dönem en *istikrarsız* ve dolayısıyla bu kapsamdaki en *denetimsiz* dönem niteliğindedir.

Bu dönemin kural koyucu organları bakımından ise yasama ve yürütmenin aynı oranda *istikrarsız* hareket ettiğini öne sürmek zordur. İptal davalarında ilga gerekçesiyle ortaya çıkan KVYO kararları incelendiğinde, yürütme organının (Bakanlar Kurulu/Cumhurbaşkanı) yasama organına (TBMM) oranla daha *istikrarsız* hareket ettiği ve çok kısa zaman aralıklarıyla başvuru konusu KHK ve CBK işlemlerini doğrudan veya değiştirerek yürürlükten kaldırabildiği tespit edilmiştir.¹⁰⁸ Şüphesiz bu durumun ortaya çıkmasında, her iki yürütme işleminin

¹⁰⁸ Nitekim özellikle 2012 ve 2023 yıllarında ilga gerekçesiyle ortaya çıkan KVYO kararlarının önceki yıllara göre artış göstermesinde, başvuru konusu hükümlerin KHK ve CBK niteliğinde olması ile başvuru sonrasında yürütme organının kısa zaman aralıkları içinde bunlar hakkında doğrudan yahut değiştirerek ilgasının önemli bir payı bulunmaktadır. Bu kapsamda örneğin bkz.: E.2011/85, K.2012/109, 18/07/2012; E.2011/126, K.2012/110, 18/07/2012; E.2011/147, K.2012/152, 11/10/2012; E.2011/106, K.2012/192, 29/11/2012; E.2018/128, K.2023/159, 28/09/2023; E.2018/120, K.2023/171, 11/10/2023; E.2018/118, K.2023/180, 26/10/2023.

de kanunlara nazaran daha hızlı bir şekilde düzenlenme imkânına sahip olmasının payı büyüktür. Ancak başvuru konusu işlem ile bu işlemi değiştiren düzenleme arasındaki tarihi aralığı genişlediğinde bile, birçok kez aynı oranda karar verme süresinin de genişlediği ve dolayısıyla sonucun değişmediği gözlemlenmiştir. Bu kapsamda dikkat çeken *tesadüfler zinciri*, kural koyucu organlar yanında denetim organına da odaklanmakta fayda olduğunu göstermektedir.

Sorunun ikinci kaynağı bakımından Anayasa Mahkemesi'nin rolüne odaklanıldığında ise bu dönemde iptal davaları kapsamında ilga gerekçesiyle ortaya çıkan KVYO kararlarının verildiği tarih ile başvuru konusu işlemlerin ilk inceleme tarihleri arasındaki zaman aralığının önemli bir veri olarak kabul edilebileceği öngörülmüştür. Nitekim başvuru konusu işlemin ilk inceleme tarihi ile bu işlemin iptal istemi hakkında KVYO kararına varıldığı tarih aralığı genişledikçe, kural koyucu organların da başvuru konusu işlemlere yönelik yeni düzenlemeler yapma olanaklarının artacağı açıktır. Anayasa Mahkemesi'nin ise bu kapsamda özellikle yürütme işlemlerinden bazı CBK ve KHK'ların denetiminde oldukça geç hüküm tesis ettiği tespit edilmiştir.¹⁰⁹ Mahkeme'nin istikrarlı bir şekilde bazı KHK ve CBK işlemlerinin denetiminde hüküm tesis etmekte gecikmesi, halihazırda kanunlara göre daha hızlı şekillerde değiştirilebilen bu işlemlerin zamanında denetlenebilmesi ihtimalini de çoğu kez ortadan kaldırmış ve böylelikle anayasallık denetiminden beklenen faydanın gerçekleşmesine engel oluşturmuştur.

¹⁰⁹ Gerçekten özellikle 2022 ve 2023 yıllarında, KHK ve CBK hükümlerinin denetimi kapsamında ilga gerekçesiyle ortaya çıkan KVYO kararlarının verildiği tarih ile bunların ilk inceleme tarihleri arasındaki zaman aralığının olağandan daha yüksek olduğu dikkat çekicidir. Örneğin CBK hükümlerinin denetimi açısından bu yönde bkz.: E.2019/22, K.2022/106, 28/09/2022 (1294 gün); E.2018/123, K.2022/138, 09/11/2022 (1484 gün); E.2019/17, K.2022/145, 30/11/2022 (1386 gün); E.2019/38, K.2022/148, 30/11/2022 (1393 gün); E.2018/149, K.2022/163, 29/12/2022 (1485 gün); E.2018/128, K.2023/159, 28/09/2023 (1768 gün); E.2018/120, K.2023/171, 11/10/2023 (1772 gün); E.2018/118, K.2023/180, 26/10/2023 (1768 gün). 703 sayılı KHK bakımından bu yönde ayrıca bkz.: E.2018/117, K.2023/212, 07/12/2023 (1930 gün). 703 sayılı KHK'nın denetlendiği E.2021/125, K.2023/213, 07/12/2023 künyeli Karar'da ise ilk inceleme tarihine yer verilmediğinden bu kapsamda bir hesaplama yapılamamıştır. Böylesine önemli bir kararda ilk inceleme ve tarihine ilişkin hiçbir bilgiye yer verilmemesi, kuşkusuz kabul edilemez bir eksiklik ve özensizlik niteliğindedir.

Bununla birlikte; tüm bu eleştirilere karşılık olarak, ilga nedeniyle ortaya çıkan KVYO kararlarının belki önemli bir sorun doğurmadığı; zira başvuru konusu kurallar değiştirilse dahi nihayetinde eski kuralların yerine gelen yeni kuralların anayasaya uygunluk denetiminden muaf olmadığı ve dolayısıyla ortada tartışılması gereken bir sorun bulunmadığı da öne sürülebilir. Anayasa yargısının amacı ve işlevi bakımından kural olarak bu argümana katılma olanağı bulunmadığı öncelikle belirtilmelidir. Ancak bir ihtimal bu argüman geçerli kabul edilse bile, bunun istisnaları olması gerektiği de ayrıca vurgulanmalıdır.

Bu istisnalardan en önemlisi, önceden başvuru konusu yapılmış işlem sonradan *denetim yasağı* öngörülmüş işlemlerden biriyle yeniden düzenlendiği takdirde, KVYO kararı yerine esas incelemenin devamına karar verilmesi gerektiği olmalıdır. Bu yönde bir örnek, başvuru konusu kanun hükümlerinin OHAL KHK hükümleriyle yeniden düzenlenmesi halinde ortaya çıkmıştır. Ancak bu durumda da bahse konu istisna önerisi benimsenmemiş ve başvuru konusu hükümde değişikliğe gidildiğinden iptal davasının konusunun kalmadığına karar verilmiştir.¹¹⁰ Bu örnek de gösteriyor ki, süresi içinde iptal davasının konusunu oluşturabilecek bir kanun hükmünde *denetim yasağı* öngörülmüş OHAL KHK ile yapılan *herhangi* bir değişiklik sonucunda KVYO kararına varılması, ilgili kanun hükümleri açısından da “*denetim yasağı* öngörülmüş *norm etkisi*” yaratmaktadır. Kuşkusuz böyle bir sonucun anayasa yargısının amacı ve işleviyle bağdaşması mümkün değildir.¹¹¹

2017 Anayasa Değişikliği sonrasında OHAL KHK hükümleri anayasal olarak yürürlükten kaldırılmış; ancak bunların yerine benzer kapsamda OHAL CBK hükümleri düzenlenmiştir. OHAL CBK işlemleri de “kanun” hükmündedir (m. 119/6) ve *denetim yasağı* öngörülmüş normlardan biri niteliğindedir (m. 148/1). Dolayısıyla yukarıda öngörülmüş olan örnek, ileride ilan edilebilecek herhangi bir olağanüstü hâl durumunda OHAL CBK hükümleriyle iptal davasına konu olabilecek kanun hükümlerinin değiştirilmesi halinde de benzer şekilde ortaya çıkabilecektir. Dolayısıyla bu durumda da sonuç değişmeyecek ve denetlenebilir olan kanun hükümleri, benimsenen içtihat neti-

¹¹⁰ Bkz.: E.2016/150, K.2017/179, 28/12/2017, §§ 74-76.

¹¹¹ Benzer yönde kapsamlı bir karşı oy yazan Osman Alifeyyaz Paksüt eleştirileri ve görüşleri için özellikle bkz.: Ibid, Osman Alifeyyaz Paksüt Karşı Oyu, §§ 3-11.

cesinde *denetim yasağı öngörölmüş norm etkisine* maruz kalabilecektir. Anayasa yargısının amacı ve işleviyle bağdaşması mümkün olmayan böylesi bir sonuç ile karşılaşılması için en azından bu durumlarda yargısal denetimi güçlendiren içtihat değişikliklerine ihtiyaç olduğu tartışmasızdır.¹¹²

Anayasa Mahkemesi'nin böylesi durumlarda yetki alanını koruyabilmesi içinse öncelikle ilga gerekçesiyle ortaya çıkan KVYO kararlarında benimsediği katı yaklaşımdan uzaklaşması gerekmektedir. Mahkeme, itiraz başvurularında “davada uygulanacak kural” içtihadı sayesinde katı yaklaşımını nispeten esnetebilmektedir.¹¹³ Ancak iptal davalarında böylesi bir imkân da bulunmamaktadır. Üstelik iptal davalarında başvuru konusu normda yapılan *herhangi* bir değişiklik, normun anlamını ve kapsamını esasen etkilemese bile istemin konusuz kalmasına sebep olabilmektedir.¹¹⁴ Nitekim hemen yukarıda değinilen kararda, dava konusu kanun hükmü aslında ne doğrudan ne de değiştirilerek yürürlükten kaldırılmış; ilgili fıkra ya yalnızca “‘*Türk Silahlı Kuvvetlerine’ ibaresinden sonra gelmek üzere ‘veya Sahil Güvenlik Komutanlığına’ ibaresi*” eklenerek davanın konusuz kalması sağlanmıştır.¹¹⁵ Başka bir deyişle, başvuru konusu normda yapılan *herhangi* bir değişiklik bile davanın konusuz kalmasına sebep olarak kabul edilmiştir. Anayasa Mahkemesi bu gibi durumlarda “*yapılan...değişiklik anayasallık denetimini etkileyecek nitelikte olduğundan kuralın değiştirilen ibareleri dışında kalan bölümüne ilişkin olarak bağımsız bir anayasal denetim yapılmasına imkân bulunmamaktadır*” gerekçesiyle konusu kalmayan hükme ilişkin iptal talebi hakkında KVYO kararına varabilmektedir.¹¹⁶ Öyle ki, bu içtihat doğrudan değişiklik konusu olmayıp atıfta bulunulan hükümlerdeki değişikliklerden kaynaklanan KVYO kararlarında dahi sürdürülebilmektedir.¹¹⁷

¹¹² OHAL KHK hükümleri bakımından aynı yönde bkz.: Ibid, Osman Alifeyyaz Paksüt Karşı Oyu, §§ 10 vd.

¹¹³ Bkz.: Supra, III. B.

¹¹⁴ Bu yönde bkz.: E.2004/10, K.2009/68, 02/06/2009 ve E.2016/150, K.2017/179, 28/12/2017, § 7 (Osman Alifeyyaz Paksüt Karşı Oyları).

¹¹⁵ Bkz.: E.2016/150, K.2017/179, 28/12/2017, §§ 74-76.

¹¹⁶ Örneğin bkz.: E.2018/120, K.2023/171, 11/10/2023, §§ 79-80; E.2018/118, K.2023/180, 26/10/2023, § 342; E.2018/96, K.2023/222, 27/12/2023, §§ 17, 19, 45. Benzer yönde ayrıca bkz.: E.2018/104, K.2020/39, 16/07/2020, §§ 30-31.

¹¹⁷ Örneğin bkz.: E.2020/56, K.2023/108, 01/06/2023, §§ 122-124.

Bununla birlikte, Mahkeme böylesi durumlarda artık her zaman *bağımsız bir anayasal denetim yapılmasına imkân bulunmadığı* yönünde karar vermemekte; aksine, dava konusuna ilişkin başvuru sonrasında getirilen yeni düzenlemelerin “*bağımsız bir anayasal denetim yapılmasına engel oluşturmadığı*” anlaşıldığında esasın incelenmesine de devam edebilmektedir.¹¹⁸ Anayasa Mahkemesi’nin bu yaklaşımı, benimsenen katı anlayışa esneklik getirmesi dolayısıyla anayasa yargısının amacı ve işlevine kuşkusuz daha uygundur. Ancak tüm bu kararlarda göze çarpan eksiklik, *bağımsız anayasal denetim* kavramının tam anlamıyla somutlaşmamış olmasıdır. Mahkeme bu eksikliği de giderebildiği takdirde, olası birçok karışıklık önlenmiş olacaktır.¹¹⁹

SONUÇ

Anayasa Mahkemeleri kararlarıyla konuşur. Çünkü kararlar, Mahkemelerin sözcüleri. Mevkidaşları gibi, Türk Anayasa Mahkemesi’nin sözcükleri de bizzat tesis ettiği kararlardır. “Karar verilmesine yer olmadığı” (KVYO) kararı ise bu anlamda ‘sözün bittiği yer’ olarak nitelenebilir. Nitekim bu karara varıldığında, istem hakkında aslında herhangi bir karar tesis edilmemekte; bir diğer ifadeyle artık sözcüklere gerek kalmamaktadır.

Türk Anayasa Mahkemesi, yarım asrı geçen dinamik anayasa hukuku yolculuğu sırasında birçok kez yeni sorunlarla karşılaşmış ve bunlara çözüm bulmak için yeni yetkiler üretmek zorunda kalabilmiştir. Mahkeme bu yetkileri üretip sahiplenirken ise bizzat kendi kararlarını kullanmış ve çoğunlukla siyasi tartışmalardan uzak durmaya gayret etmiştir. Can Atalay’a ilişkin yargısal süreç de benzer bir eğilimin devamıdır. Anayasa Mahkemesi; *derece mahkemeleri* (m. 154/1) tarafından uygulanmayan ve yasama organınca da benimsenmeyen kararları neticesinde, norm denetiminde ilk kez başvuru konusu bir işlemin “yok hükmünde” olduğunu tespit etmek ve bu işlemin iptal istemi hakkında da karar verilmesine yer olmadığına hükmetmek zorunda

¹¹⁸ Örneğin bkz.: E.2018/117, K.2023/212, 07/12/2023, § 946, 1061, 1230; E.2018/95, K.2023/221, 27/12/2023, § 76, 194, 248, 254, 286, 301, 312, 322, 345, 353, 373, 409, 439, 473; E.2018/118, K.2023/180, 26/10/2023, § 18, 38, 70, 403.

¹¹⁹ CBK denetimi kapsamında bu konularda detaylı bilgi için ayrıca bkz.: Hamit Yelken, Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Anayasal Denetimi, Ankara: Seçkin, 2022, ss. 298-306.

kalmıştır. Başka bir ifadeyle, kararlarıyla konuşan Anayasa Mahkemesi, adeta *sözün bittiği yeri* ifade edencesine artık yok hükmünde olan bu işlemin iptal istemi hakkında da karar verilmesine gerek görmemiştir. Konu hiç olmadığı kadar gündeme yansımışken, bu vesileyle anayasa hukukumuzda pek ilgi çekmeyen KVYO kararlarının incelenmesinin faydalı olacağı düşünülmüş ve bu çalışma ortaya çıkmıştır.

Bu çalışmada ulaşılan sonuçları birkaç noktada toparlamak mümkündür:

1. Öncelikle KVYO kararları da dinamik anayasa hukukunun bir yansımasıdır. Anayasa Mahkemesi bu karar türünü içtihat yoluyla benimsemiş ve yıllar içinde verdiği kararlarla farklı çeşitlerini geliştirerek güçlendirmiştir.
2. Son on yıla kadar temelde iki gerekçeyle (başvuru konusu normun önceden iptali veya sonradan ilgası) ortaya çıkan KVYO kararları, artık başvuru konusu işlemin “norm niteliği taşıması” veya “yok hükmünde olması” gerekçeleriyle de ortaya çıkan bir türe evrilmiştir.
3. Mahkeme'nin “yok hükmünde” olan bir işlemin iptali hakkında KVYO kararına varmasında herhangi bir sorun görünmese de “norm niteliği taşıyama” gerekçesiyle KVYO kararına varılması içtihadını gözden geçirmesi ve hatta terk etmesi gerekmektedir.
4. Son olarak, KVYO kararlarının uygulamasında 1962 ilâ 2002 yılları aralığında iptal gerekçesiyle ortaya çıkan türün baskın olduğu; 2002 sonrasında ise ilga gerekçesiyle ortaya çıkan türün ağırlık kazandığı tespit edilmiştir. Uygulamada iptal kaynaklı KVYO türünün baskın olması bir sorun doğurmasa da ilga kaynaklı türün ağırlık kazanması böyle değildir.
5. İlga kaynaklı KVYO kararlarının 2002 yılı ve sonrasındaki kural koyuculara *istikrarlı* bir şekilde hâkim olan AKP döneminde ağırlık kazanması, söz konusu iktidarı bu türden kaynaklı sorunların *olağan şüphelisi* haline getirmektedir. Ancak eldeki veriler bu konuda bilimsel olarak kesin bir sonuca varmak için yeterli değildir. Kesin olan şudur ki: *İstikrarlı* iktidar dönemi, anayasa yargısına bu şekilde yansımamıştır. Bilakis, anayasa

yargısına yansıdığı şekliyle bu dönem, anayasaya aykırılık başvurusu sonrasında en fazla kural değişikliğinin yapıldığı ve anayasaya uygunluk denetiminden beklenen faydaya ulaşamadığı en *istikrarsız* dönem niteliğindedir.

6. Bu kapsamda uygulamada dikkat çeken bir diğer sorun ise Anayasa Mahkemesi'nin özellikle iptal davaları kapsamında benimsediği katı KVYO yaklaşımından kaynaklanmıştır. Mahkeme'nin bu konuda son yıllarda daha dengeli bir yaklaşım benimsemeye başladığı ve tartışmalı yaklaşımını esnetebildiği gözlemlenmektedir. İlga kaynaklı KVYO kararlarının sebep olabileceği temel sorun; bu karar türünün, başvuru konusu hükümleri anayasallık denetiminden kaçırmak için kural koyucular tarafından kötü niyetli bir taktik olarak kullanılması ve anayasallık denetiminden beklenen faydaya zamanında erişilememesi ya da bunun tamamen engellenebilmesi olasılığıdır. Bunun önüne geçilebilmesi için, Anayasa Mahkemesi'nin ilga kaynaklı KVYO içtihadında benimsediği yaklaşımı esnetmeye devam etmesinden başka çare yoktur. Hukuk devletinin korunabilmesi ve sözlerin bitmemesi için, bu konudaki en büyük sorumluluk her zaman olduğu gibi Anayasa Mahkemesi'ndedir.

Kaynakça

Kitaplar

- Demirörs Mehtap, Anayasa Mahkemesi İptal Kararlarının Geriye Yürümezliği Sorunu, Ankara: Astana, 2020.
- Gözler Kemal, Türk Anayasa Hukuku, Bursa: Ekin, 2018.
- Gülgeç Yahya Berkol, Normlar Hiyerarşisi, İstanbul: On İki Levha, 2016.
- Kaboğlu İbrahim, Anayasasızlaştırma ve Demokrasi Umudu, İstanbul: Tekin, 2019.
- Kelsen Hans, Pure Theory of Law, Çev. Max Knight, Berkeley: University of California Press, 2005.
- Köküsarı İsmail, Anayasa Mahkemesi Kararlarının Türleri ve Nitelikleri, İstanbul: On İki Levha, 2009.
- Kuru Baki, Hukuk Muhakemeleri Usulü, İstanbul: Demir ve Demir Müşavirlik ve Yayıncılık, 6. Baskı, C. III, 2001.
- Özbudun Ergun, Türk Anayasa Hukuku, Ankara: Yetkin, 2019.
- Şirin Tolga, Anayasa'dan Çıkış, İstanbul: İmge, 2023.

- Türk Ender, *Anayasa Yargısında Yargısal Sınırlılık Doktrini*, Ankara: Yetkin, 2023.
- Ülgen Özen, *Anayasa Yargısında İlk İnceleme*, İstanbul: Beta, 2013.
- Yelken Hamit, *Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Anayasal Denetimi*, Ankara: Seçkin, 2022.

Makaleler

- Aliefendioğlu Yılmaz, "Anayasa Mahkemesi Kararları Işığında 'Yokluk' ya da 'Yok İşlem'", *TBB Dergisi*, Sy. 81, 2009, ss. 1-14.
- Boz Selman Sacit/Eraslan Yunus, "İdari Yargılama Usulünde 'Karar Verilmesine Yer Olmadığı' Kararları", *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. XXIV, Y. 2020, Sa. 2, ss. 389-423.
- Can Osman, "Anayasa Yargısında Yokluk", *Prof. Dr. Ergun Özbudun'a Armağan*, C. 2, Ankara: Yetkin, 2008, ss. 175-213.
- Erkut Celal, "İdare Hukukunda Yokluk Teorisi", *İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi*, C. 9, Sy. 1-3, 1988, ss. 69-91.
- Gerek Şahnaz/Aydın Ali Rıza, "İptal Davaları ve İtiraz Başvurularında Usulün Anayasal Denetime Etkisi", *Anayasa Yargısı İncelemeleri-1*, Ankara: Anayasa Mahkemesi, 2006, ss. 329-357.
- Kelsen Hans, "The Nature and Development of Constitutional Adjudication" (1929), Çev. Lars Vinx, *The Guardian of the Constitution: Hans Kelsen and Carl Schmitt on the Limits of Constitutional Law*, UK: Cambridge University, 2015, ss. 22-78.
- Şahbaz İbrahim, "Anayasa Yargısında Yokluk", *Ankara Barosu Dergisi*, Sy. 4, 1999, ss. 23-48.
- Tunca Murat Aybars, "Madde Başlıklarının Türk Hukukundaki Yeri", *Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 13, Sy. 2, 2023, ss. 458-480.
- Uluşahin Nur, "Yokluk Teorisinin Anayasa Hukukunda Yeri ve Uygulanabilirliği", *Prof. Dr. Ergun Özbudun'a Armağan*, C. 2, Ankara: Yetkin, 2008, ss. 675-737.

AYM Kararları

- E.1962/183, K.1962/40, 18/09/1962.
- E.1962/271, K.1962/112, 12/12/1962.
- E.1963/60, K.1963/165, 26/06/1963.
- E.1963/77, K.1963/144, 19/06/1963.
- E.1963/86, K.1965/63, 21/12/1965.
- E.1963/106, K.1963/270, 11/11/1963.
- E.1963/127, K.1965/47, 14/09/1965.
- E.1963/169, K.1963/113, 15/05/1963.
- E.1963/196, K.1963/102, 29/04/1963.
- E.1963/298, K.1963/283, 29/11/1963.
- E.1965/4, K.1965/6, 12/02/1965.
- E.1966/7, K.1966/46, 19/12/1966.
- E.1966/10, K.1966/22, 28/04/1966.

128 Türk Anayasa Yargısında Sözün Bittiği Yer: Karar Verilmesine Yer Olmadığı
(KVYO) Kararı

- E.1966/24, K.1967/8, 28/02/1967.
E. 1968/15, K.1968/13, 06/05/1968.
E.1968/17, K.1968/14, 06/05/1968.
E.1968/18, K.1968/15, 06/05/1968.
E.1969/43, K.1971/6, 19/01/1971.
E.1970/40, K.1971/73, 19/10/1971.
E.1970/63, K.1971/38, 13/04/1971.
E.1974/45, K.1975/63, 25/03/1975.
E.1975/2, K.1975/13, 17/02/1975.
E.1975/12, K.1975/15, 17/02/1975.
E.1975/14, K.1975/170, 24/06/1975.
E.1975/192, K.1975/209, 13/11/1975.
E.1976/38, K.1976/46, 12/10/1976.
E.1976/48, K.1977/5, 27/01/1977.
E.1977/78, K.1977/118, 27/09/1977.
E.1986/17, K.1987/11, 22/05/1987.
E.1987/6, K.1987/14, 22/05/1987.
E.1987/32, K.1988/14, 01/06/1988.
E.1988/25, K.1988/30, 27/09/1988.
E.1989/11, K.1989/48, 12/12/1989.
E.1989/18, K.1989/31, 05/09/1989.
E.1992/26, K.1992/48, 17/09/1992.
E.1994/84, K.1995/33, 18/07/1995.
E.1995/16, K.1995/48, 21/09/1995.
E.1996/4, K.1996/39, 17/10/1996.
E.1996/34, K.1997/9, 31/01/1997.
E.1996/45, K.1996/44, 20/11/1996.
E.1996/51, K.1998/17, 13/05/1998.
E.1998/58, K.1999/19, 27/05/1999.
E.2001/36, K.2003/3, 16/01/2003.
E.2001/227, K.2004/10, 10/02/2004.
E.2001/259, K.2002/18, 15/01/2002.
E.2001/346, K.2003/63, 11/06/2003.
E.2002/54, K.2008/43, 17/01/2008.
E.2002/71, K.2008/44, 17/01/2008.
E.2002/123, K.2005/86, 23/11/2005.
E.2003/3, K.2005/87, 23/11/2005.
E.2003/11, K.2004/49, 07/04/2004.

- E.2004/10, K.2009/68, 02/06/2009.
E.2004/10, K.2009/68, 02/06/2009.
E.2004/53, K.2008/61, 21/02/2008.
E.2004/73, K.2008/100, 02/05/2008.
E.2005/35, K.2008/62, 21/02/2008.
E.2005/66, K.2009/102, 02/07/2009.
E.2007/62, K.2007/66, 05/07/2007.
E.2007/72, K.2007/68, 05/07/2007.
E.2007/89, K.2010/3, 14/01/2010.
E.2007/99, K.2007/86, 27/11/2007.
E.2008/16, K.2008/116, 05/06/2008.
E.2010/40, K.2012/8, 19/01/2012.
E.2010/49, K.2010/87, 07/07/2010.
E.2010/63, K.2011/162, 08/12/2011.
E.2011/61, K.2011/99, 16/06/2011.
E.2011/85, K.2012/109, 18/07/2012.
E.2011/106, K.2012/192, 29/11/2012.
E.2011/126, K.2012/110, 18/07/2012.
E.2011/130, K.2012/146, 11/10/2012.
E.2011/147, K.2012/152, 11/10/2012.
E.2011/150, K.2013/30, 14/02/2013.
E.2013/1, K.2014/161, 22/10/2014.
E.2013/95, K.2014/176, 13/11/2014.
E.2013/116, K.2014/135, 11/09/2014.
E.2014/122, K.2015/123, 30/12/2015.
E.2014/46, K.2014/38, 21/02/2014.
E.2014/57, K.2014/81, 10/04/2014.
E.2014/86, K.2015/109, 25/11/2015.
E.2014/146, K.2015/31, 19/03/2015.
E.2016/144, K.2020/75, 10/12/2020.
E.2016/150, K.2017/179, 28/12/2017.
E.2017/162, K.2018/100, 17/10/2018.
E.2018/160, K.2019/23, 10/04/2019.
E.2018/6, K.2021/60, 22/09/2021.
E.2018/42, K.2018/48, 31/05/2018.
E.2018/77, K.2023/105, 31/05/2023.
E.2018/93, K.2021/69, 13/10/2021.
E.2018/95, K.2023/221, 27/12/2023.

130 Türk Anayasa Yargısında Sözün Bittiği Yer: Karar Verilmesine Yer Olmadığı (KVYO) Kararı

- E.2018/96, K.2023/222, 27/12/2023.
E.2018/104, K.2020/39, 16/07/2020.
E.2018/117, K.2023/212, 07/12/2023.
E.2018/118, K.2023/180, 26/10/2023.
E.2018/120, K.2023/171, 11/10/2023.
E.2018/123, K.2022/138, 09/11/2022.
E.2018/128, K.2023/159, 28/09/2023.
E.2018/149, K.2022/163, 29/12/2022.
E.2019/13, K.2021/31, 29/04/2021.
E.2019/17, K.2022/145, 30/11/2022.
E.2019/22, K.2022/106, 28/09/2022.
E.2019/38, K.2022/148, 30/11/2022.
E.2020/4, K.2022/147, 30/11/2022.
E.2020/56, K.2023/108, 01/06/2023.
E.2021/69, K.2022/50, 21/04/2022.
E.2021/113, K.2024/29, 01/02/2024.
E.2021/125, K.2023/213, 07/12/2023.
E.2022/34, K.2024/16, 23/01/2024.
E.2022/50, K.2022/107, 28/09/2022.
E.2022/69, K.2024/27, 01/02/2024.
E.2024/43, K.2024/65, 22/02/2024.
E.2024/45, K.2024/61, 22/02/2024.
Şerafettin Can Atalay (2) [GK], B. No: 2023/53898, 25/10/2023.
Şerafettin Can Atalay (3) [GK], B. No: 2023/99744, 21/12/2023.

İnternet Kaynakları

- Gözler Kemal, "1982 Anayasası Hâlâ Yürürlükte mi? Anayasasızlaştırma Üzerine Bir Deneme (Versiyon 4)", <http://www.anayasa.gen.tr/anayasasizlastirma-v4.pdf> (30 Mayıs 2016).
Green Leslie, "The Normativity of Law: What is the Problem?", https://www.uvic.ca/victoria-colloquium/assets/docs/Green_Normativity.pdf.

Diğer Kaynaklar

- Işık Melih, Medeni Yargılama Hukukunda Davanın Konusuz Kalması, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Antalya: Akdeniz Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2024.

12-15 YAŞ ARASI SUÇA SÜRÜKLENEN ÇOCUKLARIN KUSUR YETENEĞİNİN TESPİTİNDE YAŞANAN SORUNLAR

PROBLEMS IN DETERMINING THE CRIMINAL LIABILITY OF CHILDREN BETWEEN THE AGE OF 12-15

Kemal SARUHAN*
Yunus SARUHAN**

Özet: Modern ceza hukukunda kişiler kendilerine yüklenebilen kusurları sebebiyle sorumlu olmaktadır. Çocuklar da yetişkinler gibi kusurlarının bulunması şartı ile ceza sorumluluğuna sahip olmaktadır. Ancak ülkeler arasında farklılıklar bulunsa da hukuk sistemlerinde kusur yeteneğine ilişkin çocuklara yönelik özel düzenlemeler bulunmaktadır.

Ülkemizde on iki yaş altındaki çocukların kusur yeteneklerinin olmadığı varsayılırken çalışmamıza konu olan 12-15 yaş arası çocukların kusur yeteneklerinin değerlendirilmesi gerekmektedir. Bu değerlendirme sürecinde sosyal inceleme raporları yanında uzman hekim raporları da adli süreçte kullanılmaktadır.

Çalışmamızda kusur, kusur yeteneği ve çocuk kavramları Uluslararası ve Ulusal düzenlemeler çerçevesinde açıklanmıştır. 12-15 yaş arasındaki çocuğun kusur yeteneğinin tespitinin basit bilişsel ve ruhsal değerlendirme ile sınırlandırılmayacağı vurgulanmış ruhsal, bilişsel, sosyal ve gelişimsel açıdan kusur yeteneğinin tespiti süreci tartışılmıştır. Ülkemizde sosyal inceleme raporlarının hazırlanması ve suça sürüklenen çocukların kusur yeteneklerinin tespiti başta olmak üzere yaşanan sorunlar ve suça sürüklenen çocuğun üstün yararı gözetilerek atılması gereken adımlar vurgulanmıştır.

Anahtar Kelimeler: Suça Sürüklenen Çocuk, Ceza Sorumluluğu, Adli Psikiyatrik Değerlendirme, Çocuklara Özgü Güvenlik Tedbirleri, Kusur

* Uzm. Dr, Gebze Devlet Hastanesi, kemal.saruhan@hacettepe.edu.tr, ORCID: 0000-0002-1801-6268

** Hâkim Adayı, Adalet Bakanlığı, yunussrh10@gmail.com, ORCID: 0009-0004-4903-2836, Makalenin Gönderim Tarihi: 24.07.2024, Kabul Tarihi: 19.11.2924

Abstract: In modern criminal law, individuals are held accountable for their actions based on their culpability. Children, like adults, can be held criminally responsible if they have committed an offense. However, despite variations between countries, legal systems often have special regulations regarding the culpability of children.

In our country, it is assumed that children under the age of twelve are not culpable. However, the culpability of children aged 12-15, who are the subject of our study, needs to be evaluated. In this evaluation process, alongside social inquiry reports, expert medical reports are also used in the judicial process.

In our study, the concepts of culpability, culpability capacity, and child are explained within the framework of international and national regulations. It is emphasized that determining the culpability capacity of a child aged 12-15 cannot be limited to a simple cognitive and mental assessment. The process of determining culpability capacity is discussed in terms of psychological, cognitive, social, and developmental aspects. In our country, the preparation of social inquiry reports, the determination of the culpability capacity of juvenile delinquency, the problems encountered, and the steps that need to be taken while considering the child's best interests are highlighted.

Keywords: Juvenile Delinquency, Criminal Responsibility, Forensic Psychiatric Evaluation, Security Measuresforjuveniles, Culpability

GİRİŞ

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu 31. maddesinin 2. fıkrası ile 12-15 yaş aralığındaki çocukların ceza sorumluluğunu, işledikleri fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılama ve davranışlarını yönlendirme yeteneğine bağlı tutmuştur. Ancak bunun nasıl tespit edileceğine ilişkin açıklama yapmamıştır. Bu tespitin nasıl yapılacağına ilişkin yasal düzenlemeler Çocuk Koruma Kanunu ve Çocuk Koruma Kanununun Uygulanmasına İlişkin Usûl ve Esaslar Hakkında Yönetmelik'te (ÇKKY) mevcuttur. ÇKKY m.20/4 uyarınca kusur yeteneğinin tespiti amacıyla alınacak hekim raporu adli tıp uzmanı, psikiyatrist ya da zorunluluk hâlinde uzman hekimden tarafından hazırlanabilir. Burada ortaya çıkan sorun ise teknik bir konu olan ve tıbbi bilgiyi gerektiren bu tespitin yapılması sırasında uygulamada ortaya çıkan farklılıklar, alınacak raporların sonucunu etkilemekte ve bu durumda verilecek kararları etkilemektedir.

Suçta sürüklenen çocuğun kusur yeteneğinin değerlendirilmesinde çocuğun akıl hastalığının olup olmadığının değerlendirilmesi yeterli olmayıp çocuğun bilişsel, ruhsal ve sosyal gelişiminin dikkate alınması gerekmektedir. Nitelim Uluslararası Sözleşmelerde de suçta sürüklen-

nen çocuğun değerlendirilmesinde içinde bulunduğu sosyal çevrenin de değerlendirilmesi gerektiği vurgulanmıştır. Birleşmiş Milletler Çocuk Adalet Sisteminin Uygulanması Hakkında Asgari Standart Kurallarında (Pekin Kuralları) suça sürüklenen çocuğun sosyal ortamının araştırılması yani sosyal inceleme raporlarının hazırlanması gerektiğine vurgu yapılmıştır.¹ Ülkemizde de sosyal inceleme raporlarına ilişkin düzenlemeler bulunmaktadır. Ancak sosyal inceleme raporunun hazırlanırken kalıp sorular üzerinden yüzeysel olarak hazırlandığı ve adli süreç içerisinde raporların yeterince dikkate alınmadığı vurgulanmaktadır.² Suça sürüklenen çocuğun sosyal hayatı, içinde bulunduğu koşullar hakkında yeterli bilgi içermediğinden mahkemede oluşacak kanaati çocuk aleyhine olumsuz etkileyeceği unutulmamalıdır.

12-15 yaş aralığındaki çocuklar açısından alınması zorunlu olan SİR ve hekim raporunun yargılamanın hangi aşamasında alınması konusunda mevzuatımızda açık bir hüküm bulunmamaktadır. Bu yaş grubunda bulunan çocukların fiziksel ve zihinsel gelişim hızları dikkate alındığında raporların en kısa zamanda alınması düzgün bir yargılama yapılabilmesi için elzemdir.

Çalışmamızda kusur, kusurluluk ve kusur yeteneği kavramları hukuki ve gelişimsel perspektifinden değerlendirilecek ve 12-15 yaş aralığındaki çocukların kusur yeteneğin tespitinde uygulamada ortaya çıkan sorunlar ve bu sorunlara çözüm olabilecek öneriler ifade edilmiştir.

I. KUSUR İLKESİ, KUSURLULUK, KUSUR YETENEĞİ

A. Kusur İlkesi

Kusur ilkesi, failin işlemiş olduğu fiilden dolayı cezalandırılıp, kınanabildiği durumları ifade etmektedir.⁴ Bu ilke modern ceza hukukunda,

¹ cocukadaletsistemininuygulanmasi.pdf (barobirlik.org.tr) erişim tarihi 06.07.2024

² Semra Saruç/Derya Kayma Güneş, "Suça Sürüklenen Çocuklar Hakkında Hazırlanan Sosyal İnceleme Raporlarının Mahkeme Kararlarına Etkisi", *Toplum ve Sosyal Hizmet*, 2014, C.25 S.1, 2014, s. 109-132.

³ Zeki Karataş, Çocuk adalet sistemi kapsamında suça sürüklenen çocuklara yönelik uygulamaların nitel analizi, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Bursa 2016, s. 180-182.

⁴ Mahmut Koca/ İlhan Üzülmöz, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 16. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara 2023, s. 54.

ceza sorumluluğunun tespit edilmesinde kullanılan en temel prensiptir. Kusur ilkesi veya kusursuz ceza olmaz ilkesi hukuk devletinin vazgeçilmez unsurlarından birini oluşturmaktadır. Bu ilke uyarınca fail yalnızca kendi eylemlerinden kaynaklanan neticelerden sorumlu olmaktadır. Ayrıca bu ilke kusuru bulunmayan kimseye ceza verilemeyeceğini içerdiği gibi faile kusurlu eyleminden daha ağır bir cezanın verilmesini de engellemektedir.^{5 6} Bu ilke sayesinde ilkel ceza hukukundan farklı olarak fail yalnızca kendisine yüklenebilen kusurlardan dolayı sorumlu olmaktadır. Anayasa Mahkemesi'nin bir kararında da, "Çağdaş ceza hukukunun önde gelen özelliklerinden biri kusurlu sorumluluğu benimsemiş bulunmasıdır. ...ceza hukuku, «kusursuz suç olmaz» anlayışını çağdaş ceza hukukunun temel bir ilkesi olarak kabul etmiştir" denilerek kusur ilkesinin önemi vurgulanmıştır.⁷

Görüleceği üzere modern ceza sisteminde fail yalnızca kusurlu hareketleri sebebiyle cezalandırılabilen, meydana gelen suç kapsamında faile herhangi bir kusur yüklenemiyorsa fail cezalandırılmamaktadır.

B. Kusurluluk

Kusur veya Kusurluluk kavramı, Türk Ceza Kanunu'nda (TCK) doğrudan tanımlanmış olmasa da TCK ve ceza hükümlerini içeren kanun maddeleri kusurun ne olduğu konusunda yol göstermektedir. Kusur kavramı tanımlanmamışsa da kusur yeteneğini kaldıran veya azaltan sebepler ceza kanunda yer almaktadır. Hukuka aykırılık ve kusurluluk kavramlarının aynı olmadığını da burada belirtmekte fayda bulunmaktadır. Hukuka aykırılık, yalnızca fiil ile ilgili bir değerlendirmedir, fail hakkında kınanabilir bir durumun söz konusu olması ise kusurun konusunu oluşturmaktadır.⁸ Bu yüzden işlenmiş olan fiilin

⁵ Kayıhan İçel, "Çağdaş Ceza Hukukunun Evrensel İlkelerinin Kabahat Türündeki Eylemler Alanındaki Boyutları", *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi*, S.7, 2016, s. 623.

⁶ Murat Volkan Dülger, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2023, s.83.

⁷ Anayasa Mahkemesi, E.2006/72, K.2009/24, 19/02/2009, R.G. Tarih-Sayı:25.06.2009-27269, <https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/ND/2009/24>. 18.06.2024

⁸ Tuğrul Katoğlu, *Ceza Hukukunda Hukuka Aykırılık*, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2003, s. 105.

hukuka aykırı olması failin cezalandırılabilmesi için yeterli değildir. Hukuka aykırı fiille beraber failinde kusurunun bulunması gerekmektedir. Cezalandırma şartı olan kusurluluk her ceza yargılamasında olduğu gibi çocukların yargılanmasında da önemli bir yer edinmektedir. Bu sebeple kusurluluk kavramının tanımı yapmak faydalı olacaktır.

Doktrinde kusurluluk; *Dönmezer-Erman*,⁹ manevi unsur açısından bakıldığında, failin kusurlu hareketinden bahsediliyorsa fiil yönünden de fiilin kusurluluğunun kabul edilmesi, *Artuk-Gökçen-Yenidünya*,¹⁰ gerçekleşen fiil sebebiyle kişide oluşan iradenin tespiti ve bu tespit üzerine gerçekleşen eylem neticesinde failin cezalandırılması gerekip gerekmediği hususundaki kanaat, *Hakeri*,¹¹ failin hukuka uygun hareket etme şartları mevcut olmasına rağmen, hukuka aykırı davranışı tercih ederek gerçekleştirmiş olduğu fiil sebebiyle kınanabilmesi, *Özbek*¹² ve arkadaşları, fail tarafından gerçekleştirilen haksızlığın sübjektif olarak kendisine isnat edilebilmesi, *Özgenç-Üzülmez* ise işlenmiş olan haksızlıktan kaynaklı olarak kişi hakkında kınama yargısında bulunabilmesini şeklinde tanımlamışlardır. Doktrindeki tanımlardan da faydalanarak kusurluluk kavramını; failin hukuka aykırı olarak gerçekleştirmiş olduğu fiilleri sebebiyle ceza hukuku bağlamında sübjektif olarak sorumlu olması halini ifade etmektedir.

C. Kusur Yeteneği

Kişinin işlemiş olduğu haksız fiilden dolayı hakkında kusur yargısında bulunulabilmesi için evvelce kusur yeteneğine sahip olması gerekmektedir.^{13 14} Failin kusur yeteneğinin bulunması cezalandırılabilmesinin bir açıdan ön şartıdır.

⁹ Sulhi Dönmezer/Sahir Erman, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku Genel Kısım Cilt:2, Beta Yayıncılık, İstanbul 1997, s. 904.

¹⁰ Mehmet Emin Artuk/Ahmet Gökçen/Ahmet Caner Yenidünya, Ceza Hukuku Genel Hükümler 1, 2. Baskı, Turhan Kitapevi, Ankara 2006, s. 617.

¹¹ Hakan Hakeri, Ceza Hukuku Genel Hükümler Temel Bilgiler, 17. Baskı, Astana Yayıncılık, Ankara 2020, s. 263.

¹² Veli Özer Özbek/Koray Doğan/Pınar Bacaksız, Ceza Genel Hukuku Temel Bilgiler, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2023, s. 222.

¹³ İzzet Özgenç/ İlhan Üzülmez, Ceza Genel Hukuku, 5. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2022, s. 85- 86.

¹⁴ Timur Demirbaş, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 18. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2023, s. 371

Doktrinde kusur yeteneği ve isnat kabiliyeti aynı anlama gelecek şekilde kullanılmaktadır. Doktrinde; *Dönmezer-Erman*¹⁵, isnat yeteneği kavramını, fiilin bir kimsenin üzerine atılabilmesi, ona yüklenebilmesi için failde bulunması gereken niteliklerin tümü şeklinde tanımlanmıştır. *Erem-Danışman-Artuk*¹⁶, kusur yeteneğini, fiilden dolayı kişinin sorumlu tutulabilmesi için gerekli unsurlar topluluğu olarak açıklamıştır. Benzer şekilde *Yalçın-Timuçin*¹⁷, failin cezalandırılabilmesi açısından kendisinde bulunması gereken yeterlilikler olarak belirtmiştir. *Artuk-Gökçen-Yenidünya*¹⁸ ve *Hakeri*¹⁹ ye göre ise, kusur yeteneği, doğruyu yanlıştan, haklıyı haksızdan ayırabilme ve bunun neticesinde hareket edebilme kabiliyetidir. *Koca-Üzülmez* kusur yeteneğini fiilin haksızlık teşkil ettiğini anlayabilme ve davranışlarını buna göre yönlendirebilme yeteneği olarak tanımlanmıştır.²⁰ Görüleceği üzere bazı yazarlar kusur yeteneğini kişinin cezalandırılabilmesi için kendisinde bulunması gereken özellikler olarak tanımlamış, bazıları ise kişinin işlemiş olduğu fiilin haksızlık oluşturup oluşturmadığını algılayabilme yeteneği olarak tanımlamıştır.

Sonuç olarak kusur yeteneği haksızlık içeren ve hukuk düzeni tarafından doğru bulunmayan eylemin bunu gerçekleştiren kimse tarafından algılanabilmesi ve bunun üzerine hareket ettiği durumu ifade etmektedir. Bu noktada anlama ve isteme kabiliyetinden ne anlaşılması gerektiği önem kazanır. Anlama kabiliyeti kişinin yaptığı hareketin toplum içindeki değerini bilmesi ve birlikte yaşama şartlarına aykırı olduğunu anlaması olarak özetlenebilir. Hareketin toplumdaki değerini anlaması yeterli olup hareketin cezalandırılıp cezalandırılmadığını bilmesi gerekmez. İsteme kabiliyeti ise kişinin otonomiye sahip olması yani hareketlerini özerk bir şekilde tayin edebilme yeteneği olarak tanımlanmaktadır.²¹

¹⁵ Sulhi Dönmezer/Sahir Erman, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, Genel Hükümler, Cilt: 2, İstanbul 1997, s. 156.

¹⁶ Faruk Erem/Ahmet Danışman/M.Emin Artuk, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 14. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 1997, s. 438.

¹⁷ Türkan Yalçın/Timuçin Köprülü, Ceza Hukuku Genel Hükümler Uygulamalı Çalışmaları, 5. Baskı, Savaş Yayınevi, Ankara 2018, s. 274.

¹⁸ Artuk/Gökçen/Yenidünya, s. 618.

¹⁹ Hakeri, s. 264.

²⁰ Koca/Üzülmez, s. 315.

²¹ Hakan Hakeri, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 19. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2016, s. 379-380.

II. ÇOCUK KAVRAMI

Çocuk kavramının tanımı, her topluma, kültüre ve bunla ilgilenen bilim dalına göre değişmekte olup kesin ve genel geçer bir tanımı bulunmamaktadır. Çocuk kavramı çok kapsamlı olup çocuğun, gündelik dildeki veya diğer bilim dallarındaki kullanımı ile hukuk alanındaki kullanımı birbirlerinden farklılık arz etmektedir.²² Biz bu çalışmamızda ulusal ve uluslararası hukuk mevzuatı çerçevesinde çocuk kavramını tanımlayacağız.

A. Uluslararası Mevzuatta Çocuk Kavramı

Uluslararası anlaşmalar iç hukukumuzda belirlenen kurallara uygun olarak yürürlüğe girdikten sonra kurallar hiyerarşisinde hususi bir yer edinmektedir. Bu şekilde yürürlüğe giren uluslararası anlaşmalar temel hak ve özgürlüklere ilişkin konularda ulusal mevzuat ile farklı hükümler içermesi sebebiyle çıkacak bir uyuşmazlıkta uluslararası anlaşma esas alınmaktadır. Anlaşma ile tanınan çocuk hakları, hem devlet tüzel kişiliğini hem de özel kişileri pozitif hukukun bir parçası olduğundan bağlamaktadır.²³ Bu yüzden uluslararası anlaşmalarda bulunan çocuk kavramları da bizler için önemli bir yer edinmektedir.

Birleşmiş Milletler Çocuk Haklarına Dair Sözleşme (BMÇHDS)²⁴ 20 Kasım 1989 tarihinde Birleşmiş Milletler Genel Kurulu (BMGK) tarafından kabul edildikten sonra 2 Eylül 1990 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Türkiye ise 09.12.1994 tarihinde onaylanmış, 27.01.1995 tarihinde Resmi Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe sokmuştur. Bu sözleşme 1. maddesinde çocuk kavramının tanımına yer vermiştir. Buna göre çocuk, “*kanuna göre daha erken yaşta reşit olma durumu hariç, on sekiz yaşına kadar her insan çocuk sayılır*” şeklinde tanımlanmaktadır. Sözleşmenin bu maddesi çocukluk döneminin bitişini on sekiz yaş ile açıkça belirtmesine rağmen, çocukluğun başlangıcının ne zaman olacağına ilişkin bir açıklama yapmamıştır. Burada ortaya çıkan tartışma çocuğa sağlanan haklardan çocuk doğmadan önce cenin iken yararlanıp

²² Durdane Öztürk, Çocuk Hakları, 3. Baskı, Pegem Akademi, Ankara 2018, s. 19.

²³ Burcu Dönmez, Çocuk Yargılaması, 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2023, s. 27-28.

²⁴ <https://www.unicef.org/turkiye/%C3%A7ocuk-haklar%C4%B1na-dair-s%C3%B6zle%C5%9Fme>, 19.06.2024

yararlanmayacağıdır. Sözleşmenin çocukluğun başlangıcını belirlememesinin sebebi bu konuya ilişkin sözleşmeye taraf devletlerden gelebilecek eleştirilerden kaçınmak ve başlangıcın belirlenmesinde taraf devletlere imkân tanımak istenilmesidir.²⁵

Sözleşmenin 37. maddesinde on sekiz yaşından küçük kimseye müebbet hapis cezası ve idam cezasının verilemeyeceği ifade edilmiştir. Yine aynı maddede tutukluluk halinin istisnai bir şekilde uygulanması gerektiği vurgulanmıştır. Sözleşmenin 40/1 maddesinde ise çocuklara özgü güvenlik tedbirlerine de dayanak olan suça sürüklenen çocuğun topluma yeniden kazandırılması amacıyla hareket edilmesi gerektiği vurgulanmıştır. 40/3 maddesinde ceza ehliyeti için taraf devletlerin asgari yaş sınırı getirmeleri gerektiği vurgulanmakla birlikte özel bir yaş aralığı verilmemiştir.²⁶

Birleşmiş Milletler Genel Kurulu tarafından 29 Kasım 1985'te kabul edilen Birleşmiş Milletler Çocuk Adalet Sisteminin Uygulanması Hakkında Asgari Standart Kuralları (Pekin Kuralları) 4. maddede çocuğa ilişkin cezai sorumluluğun alt sınırına ilişkindir. İlgili maddede çocuğun cezai sorumluluğuna ilişkin alt sınır belirlenirken çocuğun duygusal, zihinsel ve entelektüel gelişiminin dikkate alınması gerektiği vurgulanmıştır. Ceza sorumluluğuna ilişkin asgari sınırın ülkelerin tarih ve kültüründen bağımsız düşünülmemeyeceği vurgulanmış ancak ortak makul bir yaş sınırının belirlenmesi için çaba gösterilmesi gerektiği vurgulanmıştır. Ulusal düzenlerimizle de uyumlu olarak kusur yeteneği, anlama ve isteme yeteneği ile kavramlaştırılmıştır.²⁷

Çocuk Haklarının Kullanılmasına İlişkin Avrupa Sözleşmesi²⁸ de ülkemiz için önem arz eden bir diğer uluslararası sözleşmedir. Sözleşme kurucu üyesi olduğumuz Avrupa Konseyi tarafından 25 Ocak 1996 tarihinde imzalanmış ve 1 Temmuz 2000 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Türkiye sözleşmenin 9 Haziran 1999 tarihinde tarafı olmuş ve 18 Ocak

²⁵ Rustem Umrov/Davut Yeşil, Violations Against Children's Rights in Turkey in Framework of the European Court of Human Rights, Uluslararası Çocuk Kongresi, Legal Yayıncılık, Samsun 2018, s. 98.

²⁶ <https://www.unicef.org/turkiye/%C3%A7ocuk-haklar%C4%B1na-daires%C3%B6zle%C5%9Fme>, 19.06.2024

²⁷ cocukadaletsistemininuygulanmasi.pdf (barobirlik.org.tr) erişim tarihi 06.07.2024

²⁸ https://cocukhaklari.barobirlik.org.tr/dokuman/mevzuat_uamevzuat/cocuk-haklarininkullanilmasinailiskin.pdf, 19.06.2024

2001 tarihinde onaylamıştır. Bu sözleşme çocuklara ceza muhakemesi alanında detaylı bir şekilde önemli haklar tanımaktadır.²⁹ Ayrıca aile hukuku ve adli, idari uyuşmazlıklarda çocukların taraf olmasına ilişkin hükümler barındırmaktadır. Sözleşmenin 1/1 maddesinde çocuk, on sekiz yaşına ulaşmayanlar olarak tanımlanmıştır. İlaveten sözleşmenin bu kişilere yani çocuk tanımının içerisinde kalanlara uygulanacağı belirtilmiştir.

B. Ulusal Mevzuatta Çocuk Kavramı

1982 Anayasası'nda çocuk kavramı tanımlanmamıştır. 1982 Anayasası'nın bazı maddelerinde "*küçük*", bazı maddelerinde ise "*çocuk*" kavramları kullanılmıştır. Ancak bu kavramların Anayasanın herhangi bir bölümünde tanımı bulunmamaktadır.³⁰

Türk Ceza hukukunda çocuk olmanın önemli neticeleri bulunmaktadır. Bu neticeler hem maddi ceza hukukunda hem de ceza usul hukukunda karşımıza çıkmaktadır. Çocuk kavramı ve buna bağlanan sonuçlar, toplumların kültürleriyle yakından ilişkilidir. Toplumların geçmişlerine bağlı olarak gelişen çocuk kavramı farklı ülkeler tarafından farklı şekilde tanımlanmakta ve buna göre iç hukuklarında neticeleri ortaya çıkarmaktadır.³¹ 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun (TCK) 6. maddesinin 1. fıkrasının b bendinde çocuk; "*henüz on sekiz yaşını doldurmamış kişi*" olarak tanımlanmıştır. Madde gerekçesinde BMÇHS hükümlerinin göz önünde bulundurulması neticesinde çocuk tanımına yer verildiği açıklanmıştır.³² Bu durum taraf olduğumuz uluslararası sözleşmelerin iç hukukumuzdaki mevzuat çalışmalarını etkilediğinin göstermektedir.

5271 Ceza Muhakemesi Kanunu'nda (CMK) çocuğun tanımına ilişkin herhangi bir düzenleme bulunmamaktadır. Fakat kanunun bazı maddelerinde çocuk kelimesi geçmekte bazı maddelerin de ise

²⁹ Dönmez, s. 39.

³⁰ Halil Polat, "Türk Hukukunda Çocukların Cezai Sorumluluğu ve Yargılamalarındaki Özellikler Üzerine Bir İnceleme," *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, S.90, Eylül-Ekim 2010, s. 67.

³¹ Handan Yokuş Sevik, *Uluslararası Sözleşmelerdeki İlkeler Açısından Çocuk Suçluluğu ile Mücadelede Kurumsal Yaklaşım*, Beta Yayıncılık, İstanbul 1998, s.2

³² İzzet Özgenç, *Türk Ceza Hukuku Mevzuatı*, Cilt: 1, 30. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2022, s. 148.

yaş veya yaş küçüklüğüne ilişkin ibareler kullanılmaktadır.³³ Kanaatimiz Türk Ceza Kanunu'nda çocuk tanımı yapıldığından tekrara düşmemek adına Ceza Muhakemesi Kanunu'nda kanun koyucu tarafından çocuk tanımına yer verilmemiştir. Çocuk kavramının kullanıldığı kısımlar suça sürüklenen çocuklardan ziyade, çoğunlukla mağdur çocuklardan bahsedilmek amacıyla kullanılmıştır.³⁴ Ancak bize göre kanunun sistematığıne uygun olacak şekilde çocuk kavramı bazı maddelerde suça sürüklenen çocuğu, bazı maddelerde ise mağdur çocuğu kastederek kullanılmıştır. Bu yüzden bu kavramların herhangi birinin çoğunlukla kullanıldığı şeklinde bir düşünce pek doğru olmayacaktır. Örnek olarak, CMK 102., 110/ A. ve 150. maddeleri amaçları gereği suça sürüklenen çocuklardan bahsetmiş, CMK 236. ve 239. maddeleri ise mağdur çocukları kastetmiştir.

5395 sayılı Çocuk Koruma Kanunu (ÇKK) 3. maddesinde çocuk kavramını tanımlamıştır. Bu tanıma göre çocuk: *"daha erken yaşta reşit olsa bile, on sekiz yaşını doldurmamış kişi"* olarak tanımlanmıştır. Çocuk tanımının devamında ÇKK'da iki ayrı çocuk bahsi geçmektedir. İlki korunmaya ihtiyacı olan çocuk, ikincisi ise suça sürüklenen çocuktur.³⁵ Kanunun böyle bir ayırım yapmasının sebebi çocukların işlenen bir suçta fiili işleyen kişi pozisyonunda olabileceği gibi suçun mağduru konumunda da olabileceğindedir. Bu şekilde ayırım yapılması ceza yargılaması açısından müspet bir durumdur. Kanuna göre korunma ihtiyacı olan çocuk: bedensel, zihinsel, ahlaki, sosyal ve duygusal gelişimi ile kişisel güvenliği tehlikede olan, ihmâl veya istismar edilen ya da suç mağduru çocukları tanımlanmak için kullanılmaktadır. Suça sürüklenen çocuk kavramı, kanunlarda suç olarak tanımlanan bir fiili işlediği iddiası ile hakkında soruşturma veya kovuşturma yapılan ya da işlediği fiilden dolayı hakkında güvenlik tedbirine karar verilen çocuklar için kullanılmıştır.³⁶ Çocuk Koruma Kanununun Uygulanmasına İlişkin Usûl Ve Esaslar Hakkında Yönetmeliğin tanımlar başlıklı 4. maddesi de ÇKK ile aynı şekilde tanımlamalarda bulunmuştur.

³³ Berrin Akbulut, "Ceza Mevzuatında Çocuk ve Çocukların Yakalanması, Gözaltına Alınması", *MÜHFHA Dergisi*, C.19 S.2, Nur Centel'e Armağan, 2013, s. 559.

³⁴ Dönmez, s. 53.

³⁵ Akbulut, s. 571.

³⁶ Dönmez, s. 54.

Çocuk kavramının tanımı konusunda uluslararası mevzuat ile ulusal mevzuatımızı karşılaştıracak olursak ulusal mevzuatımız çocukları daha geniş bir şekilde korumayı amaçlamaktadır. Birleşmiş Milletler Çocuk Haklarına Dair Sözleşme 1. maddesinde çocuğun “*kanuna göre daha erken reşit olma durumu hariç*” ifadesini kullanarak kişi on sekiz yaşından önce reşit olması halinde çocuk kavramının dışına çıkarılabilmesine imkân vermektedir. Ancak Çocuk Koruma Kanunu bir kimse daha erken yaşta reşit olması halinde dahi on sekiz yaşını doldurmamış ise çocuk olarak kalmaya devam edeceğini belirtmektedir. Bu durumun neticesi olarak ulusal mevzuattaki hükümler çerçevesinde şartları sağlayan bir kimse reşit olsa bile on sekiz yaşını doldurmadığı sürece ceza hukuku anlamında çocuk sayılacaktır.

III. KUSUR YETENEĞİNİN BELİRLENMESİNDE YAŞ KÜÇÜKLÜĞÜ

Bireyin algılama ve isteme yeteneği, fiziki gelişme ve zaman içerisinde toplumun değer yargılarını öğrenmesi ile gelişmektedir. Ayrıca bu gelişmelerle beraber birey zamanla hukuk kavramını öğrenmekte ve davranışlarını buna göre şekillendirme yeteneği güçlenmektedir.³⁷ Bu sebeple yaşı küçük olanlar, olaylar ve durumlar karşısında nasıl davranmaları gerektiğini bir yetişkin kadar bilememektedirler. Yaşı küçüklerin fiziksel ve zihinsel şartları dikkate alındığında bir yetişkin gibi cezalandırılmaları da ceza adaletine uygun düşmeyecektir.^{38 39}

Tarihte yaş küçüklüğü sebebiyle çocukların cezai sorumluluğunun bulunmaması kimi hukuk sistemlerinde yaşa dayalı olarak, kimi hukuk sistemlerinde ise ergenlik ile tespit edilmiştir. Roma hukukunda çocuğun ergenliğe girmesi ile ceza sorumluluğu başlarken, Kilise hukukunda yedi yaşın doldurulması ceza sorumluluğunun başlangıcı olarak kabul edilmiştir. Ancak yedi yaşını doldurmasına rağmen ergenliğe girmeyen çocukların bu durumunun araştırılması ve sonuca göre ceza verilmesi öngörülmüştür. Cermen hukuk sistemi, kilise hu-

³⁷ Özgenç/Üzülmez, s. 90.

³⁸ Hamide Zafer, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 6. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul 2016, s. 370.

³⁹ Özge Özkan, Suça Sürüklenen Çocukların Yargılanması, Adalet Yayınevi, Ankara 2022, s. 118-119.

kukuna benzer şekilde yaşa dayalı bir belirlemeye gitmiştir. Cermen hukukunda on iki yaşının doldurulması ceza sorumluluğunun belirlenmesinde kıstas olmuştur. İslam hukukunda ise ergenlik çağına erişilmesi ile ceza sorumluluğu başlamıştır. İslam hukukunda ergenlik çocuğun doğruyu yanlıştan ayırabileceği akli olgunluğuna erişmesidir.⁴⁰

765 sayılı eski Türk Ceza Kanunumuz ise 53. maddesinde on bir yaşının doldurulmasını cezai sorumluluğun başlangıcı olarak belirlemiştir. Görüldüğü üzere ceza sorumluluğunun belirlenmesi dönemden döneme farklılık arz etmektedir. Biz yürürlükte olan 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'na göre açıklamalarımızı yapacağız.

Türk Ceza Kanunu çocukların ceza sorumluluğunu yaşlarını dikkate alarak belirlemiştir. TCK m. 31 burada üçlü bir tasnife gitmiştir. Birinci yaş grubu 0-12, ikinci yaş grubu 12-15, üçüncü yaş grubu 15-18 yaş aralığında bulunan çocuklardan oluşmaktadır.⁴¹ Suça konu fiili işleyen çocuğun hangi yaş grubuna dâhil olduğunun tespitinde fiili işlediği an dikkate alınmaktadır.^{42 43}

Ceza sorumluluğunun belirlenmesi açısından fiili işleyen kimse- nin gerçek yaşı önemlidir. Kişi kimliğe gerçek yaşının dışında büyük ya da küçük yazılmış olabilir. Gerçek yaşının tespit edilmesi üzerine hangi yaş grubuna ilişkin hükümlerin uygulanacağı belirlenecektir. Bu gibi durumlarda gerçek yaşın tespit edilmesi için asliye hukuk mahkemesinde yaş düzeltme davası açılması gerekmektedir.⁴⁴ Kovuşturma aşamasında yaşın tespitine ilişkin bir sorun çıkar ise Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 218/2. maddesi gereğince ceza mahkemesi, nüfus hizmetleri kanununda belirlenen usule göre kendisi ceza sorumluluğun belirlenmesi amacıyla yaşı tespit edecektir. Yargıtay, mahkemenin bu yetkisine ceza sorumluluğun belirlenmesinde bir değişiklik ortaya çıkacaksa gitmesi gerektiğine karar vermiştir.⁴⁵ Ay-

⁴⁰ Naci Şensoy, "Eski Devirlerde ve İslamda Yaşın Cezai Mesuliyet Üzerindeki Tesiri", *İÜHFEM*, C.13, S.2, 1947.

⁴¹ Dönmez, s. 77.

⁴² Bahri Öztürk/M. Ruhan Erdem, *Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku*, 18. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2018, s. 286.

⁴³ Dülger, s. 604.

⁴⁴ Polat, s. 67.

⁴⁵ YCGK 30.01.2020 tarih ve 2016/14-73 E, 2020/40 K, "Ceza mahkemesine tanınmış olan yaş düzeltme yetkisi, düzeltme sonucunda yaşta meydana gelecek deği-

rica bu kısımda yaşı küçüklerin cezai sorumluluğunun belirlenmesi hakkında yapacağımız açıklamalar sağır ve dilsizler içinde geçerlidir. Sağır ve dilsizliğin bireyin ruhsal gelişimini olumsuz etkilediği ve bu sebeple diğer bireylere nazaran hayata daha geç adapte olmaları dikkate alınarak TCK m. 33'de kusur ehliyetleri özel olarak düzenlenmiştir.⁴⁶ Buradaki düzenleme sağır ve dilsizlerin durumları sebebiyle işledikleri fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını daha geç yaşta algıladıklarına ilişkindir.

A. Fiili İşlediği Sırada On İki Yaşını Doldurmamış Çocuklar

Türk Ceza Kanunu 31. maddesi, "*Fiili işlediği sırada on iki yaşını doldurmamış olan çocukların ceza sorumluluğu yoktur*" hükmünü içermektedir. Bu hüküm gereğince çocuk fiili işlediği sırada on iki yaşını doldurmamış ise cezai sorumluluğu bulunmayacaktır. Kanun bu yaş grubu içerisinde bulunanların kusur yeteneğinin olmadığını mutlak suretle kabul etmektedir. Fiilin işlendiği sırada çocuk on iki yaşını doldurmamış ise algılama ve hareket kabiliyetine bakılmayacak ve başkaca bir araştırma yapılmayacaktır.⁴⁷ Fakat bu durum fiili işleyen çocukların hukuki anlam ve neticelerden tamamen yoksun olduğunu göstermez. Burada kanun koyucunun ceza politikaları gereği on iki yaşını doldurmamış olan çocuklar hakkında kamu davası açılmayacak ve ceza kovuşturması yapılamayacaktır. Ancak TCK m.31/1 gereği kovuşturma yapılamaz ise de çocuklara özgü güvenlik tedbirleri uygulanabilir. Güvenlik tedbirine hükmedilmesi içerisinde yaptırım barındırmasından dolayı bu kararın verilebilmesi için muhakeme yapılması gerekmektedir.⁴⁹ Cumhuriyet savcısı TCK m.31/1 ve ÇKK m.15/3 gereği soruşturma devam ederken gerekli olması halinde

sikliğinin, ceza sorumluluğuna etkisi olmasına bağlıdır. Sanığın sübuttan beraatine karar verilecek durumda yaş düzeltilmesi yapılmamalı, yapılacak yaş düzeltmesi, cezanın artmasını veya azalmasını sağlamayacak ya da ceza sorumluluğunu tamamen kaldırmayacaksa bu yola gidilmemelidir."

⁴⁶ Hakeri, s. 276.

⁴⁷ Koca/Üzülmez, s. 321.

⁴⁸ İzzet Özgenç, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 19. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2023, s. 469.

⁴⁹ Feridun Yenisey/Ayşe Nuhoglu, Ceza Muhakemesi Hukuku, 11. Baskı, Sekin Yayıncılık, Ankara 2023, s. 251.

koruyucu ve destekleyici tedbirlerin çocuk hakkında uygulanmasını hâkimden talep edebilir. Çocuk hakkında her ne kadar kovuşturma yapılamazsa da şartları mevcutsa ve yetkili makamca tedbir uygulanması gerekli görülürse ÇKK'da mevcut olan tedbirler uygulanabilir. Uygulanabilecek güvenlik tedbirleri Çocuk Koruma Kanunu'nun koruyucu ve destekleyici tedbirler başlığını taşıyan 5. maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre koruyucu ve destekleyici tedbirler, "çocuğun öncelikle kendi aile ortamında korunmasını sağlamaya yönelik danışmanlık, eğitim, bakım, sağlık ve barınma konularında alınacak tedbirler" olarak tanımlanmıştır. Bu tedbirler, danışmanlık tedbiri, eğitim tedbiri, bakım tedbiri, sağlık tedbiri ve barınma tedbiri olmak üzere beş başlık altında sınıflandırılmıştır. Tedbirlerle suça sürüklenen veya korunmaya ihtiyacı olan çocukların üstün yararlarının gözetilerek fiziksel ve zihinsel durumlarının korunması amaçlanmaktadır.

B. Fiili İşlediği Sırada On İki Yaşını Doldurmuş Olup On Beş Yaşını Doldurmamış Çocuklar

TCK m. 31/2, fiili işlediği sırada on iki yaşını doldurulmuş ancak on beş yaşını doldurmamış çocuklar için gerçekleştirdiği fiilin anlam ve sonuçlarını kavrayamaması veya hareket kabiliyetinin yeterince gelişmemiş olması şartı ile bu yaş grubunda bulunan çocukların ceza sorumluluğunun olmayacağını kabul etmiştir. Fiili işleyen çocuklarda algılama ve hareketlerini yönlendirme yeteneği bulunmaması halinde isnat kabiliyeti de bulunmadığından herhangi bir kusur yüklenemeyecektir. Bu şekilde çocuğun on iki yaşını doldurmayan bir çocuktan farklı kalmayacaktır. Ancak TCK m. 31/2 devamı gereğince çocuklara özgü güvenlik tedbirleri uygulanacaktır.⁵⁰ Kanun bu tedbirlerin uygulanmasını zorunlu tutmuştur. On iki yaşını doldurmuş ancak on beş yaşını doldurmamış bu çocuklar işledikleri fiilin haksızlık oluşturacağını algılayabiliyor ve davranışlarını buna göre yönlendirebiliyorsa kusurlu olduğu kabul edilecektir. Kusuru bulunan çocuk hakkında ceza verilebilecektir. Fakat TCK m. 31/2 gereği bu çocuklar hakkında indirim yapılacaktır.^{51 52}

⁵⁰ Hakeri, s. 269- 270

⁵¹ Özgenç, s. 473

⁵² TCK m. 31/2 "İşlediği fiilin hukukî anlam ve sonuçlarını algılama ve bu fiille ilgili olarak davranışlarını yönlendirme yeteneğinin varlığı hâlinde, bu kişiler hakkın-

Kusur yeteneğinin belirlenmesinde çocuğun algılama ve davranışlarını yönlendirme kabiliyetinin genel olarak değil soruşturma/kovuşturma konusu her bir fiil için ayrı ayrı tespiti gerekmektedir.⁵³ Aynı şekilde Yargıtay işlenen fiille ilgili hekim raporu aldırılması gerektiğinden başka bir suça için ilişkin alınan rapor üzerine karar verilmesini bozma sebebi yapmıştır.⁵⁴ Hakeza neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçlarda kusur yeteneği sadece suça ilişkin değil ağırlaşan neticeye ilişkinde değerlendirilmesi gerekmektedir.⁵⁵

C. Fiili İşlediği Sırada On İki Yaşını Doldurmuş Olup On Beş Yaşını Doldurmamış Çocuklarda Kusur Yeteneğinin Tespit Edilmesi

12-15 yaş aralığındaki çocukların işledikleri fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılama ve bu fiille ilgili davranışlarını yönlendirme yeteneğinin tespiti son derece önemlidir. Çünkü bu çocukların kusur yeteneğinin varlığı halinde cezalandırılabilimleri söz konusu olacaktır. Bu sebepten ötürü kanun koyucu Çocuk Koruma Kanununun Uygulanmasına İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik'te (ÇKKY) alınması gereken raporları düzenlemiştir. Buna göre ÇKKY m. 20/2⁵⁶, 12-15 yaş aralığında bulunan çocuklar için sosyal inceleme raporunun aldırılmasını zorunlu tutmuştur. Sosyal inceleme raporunun temel düzenlemesi ÇKK m. 35'te bulunmakta, hangi makamların sosyal inceleme raporunu isteyebileceği ve raporun isnat yeteneğinin belirlenmesinde göz önünde bulundurulacağı belirtil-

da suç, ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasını gerektirdiği takdirde on iki yıldan on beş yıla; müebbet hapis cezasını gerektirdiği takdirde dokuz yıldan on bir yıla kadar hapis cezasına hükmolunur. Diğer cezaların yarısı indirilir ve bu hâlde her fiil için verilecek hapis cezası yedi yıldan fazla olamaz”.

⁵³ Koca/Üzülmez, s. 323; Hakeri, s. 271

⁵⁴ Gökten Koçoğlu/Süleyman Kaynar, Çocuk Koruma Kanunu ve Uygulamaları, 2. Baskı, Türkiye Adalet Akademisi Yayınları, Ankara 2024, s.91, Yargıtay 6. Ceza Dairesi 23/02/2021 tarih ve 2020/4694 E, 2021/4004 K

⁵⁵ Hakan Hakeri, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 19. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2016, s. 385

⁵⁶ ÇKKY m. 20/2 “Fiili işlediği sırada on iki yaşını bitirmiş on beş yaşını doldurmuş bulunan çocuklar ile on beş yaşını doldurmuş ancak on sekiz yaşını doldurmamış sağır ve dilsizlerin işledikleri fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılama yeteneğinin ve bu fiille ilgili olarak davranışlarını yönlendirme yeteneğinin olup olmadığının takdiri bakımından sosyal inceleme yaptırılması zorunludur.”

mektedir. ÇKKY m.21’de ise raporda bulunması gereken hususlar detaylı olarak açıklanmıştır. Özetle sosyal inceleme raporu çocuğun detaylı öyküsü ile birlikte psikosyal özelliklerin ortaya çıkarılmasını amaçlayan çocuğun yüksek yararı doğrultusunda çocuk adalet sistemine veri sağlayan sosyolegal belgeler olarak tanımlanabilir.⁵⁷ Sosyal inceleme raporu çocuğun ailesi olan ilişkisini, ekonomik ve kültürel durumunu, bireysel özellikleri, sosyal çevresi, okul ve iş ortamı gibi pek çok konuda bilgiler içerdiğinden mahkemeler için önem arz etmektedir. Yargıtay da vermiş olduğu kararda çocuğun doğumundan başlayarak geçirdiği gelişim aşamalarını betimleyen sosyal inceleme raporunun çocuk hakkında verilecek tedbir kararlarının isabetli olabilmesi açısından büyük önem taşıdığını belirtmiştir.⁵⁸ Bu bilgilerin çocuğun kusur yeteneğinin tespitinde önemli bir yer edinmesinden dolayı yalnızca hekim raporu alınması yeterli olmayacaktır. Ayrıca rapor belirlenecek tedbir türü açısından da önemli bir yol göstericidir.⁵⁹

Çocuğun işlediği fiil ile ilgili kusur yeteneğinin bulunup bulunmadığına ilişkin yol gösterici diğer kaynak hekim raporudur. Hekim raporunun aldirılmasına ilişkin TCK ve ÇKK’da herhangi bir düzenleme bulunmamaktadır. Hekim raporuna ilişkin düzenleme Çocuk Koruma Kanununun Uygulanmasına İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmeliğin 20. maddesinin 4. fıkrasında bulunmaktadır.⁶⁰ Bu düzenlemeye aynı maddenin ikinci ve üçüncü fıkrasında kalan hallerde başvurulacaktır. Buna göre on iki yaşını doldurmuş ancak on beş yaşını doldurmamış çocuklar için sosyal inceleme raporu yanında hekim raporu da zorunlu tutulmuştur. Yargıtay’da yerleşik içtihatlarıyla bu yaş grubu

⁵⁷ Derya Kayma/Ayşin Ç. Büyükbodur, “Sosyal İnceleme Raporlarında Ceza Sorumluluğu Değerlendirmesi” *Social Sciences Studies Journal*, 2022, 6(73), 5034-5041

⁵⁸ Koçoğlu/Kaynar, s. 25, Yargıtay Ceza Genel Kurulu 2016/6-986 E, 2018/554 K.

⁵⁹ Süleyman Özar, “Suça Sürüklenen Çocuğun Ceza ve Güvenlik Tedbiri Sorumluluğu”, *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, Ankara 2023, S.55, s. 121-122

⁶⁰ ÇKKY m. 20/4 “İkinci ve üçüncü fıkralardaki hâllerde, hâkim veya mahkeme, sosyal inceleme raporu ile birlikte çocuğun işlediği fiilin hukukî anlam ve sonuçlarını algılama ve bu fiille ilgili olarak davranışlarını yönlendirme yeteneğinin belirlenebilmesi amacıyla adli tıp uzmanı, psikiyatrist ya da zorunluluk hâlinde uzman hekimden görüş alır.”

için hekim raporu aldırılmasını zorunlu tutmuştur.⁶¹ ⁶² Yargıtay'ın hekim raporunu zorunlu tutmasının bir sebebi olarak bu yaş grubuna giren çocukların kusur yeteneğinin tespit edilebilmesinin bir hâkimde bulunması gereken genel hukuk bilgisi ile çözümlenemeyeceği, yapılacak tespit tıp bilgisini içeren teknik bir konuyu oluşturduğundan uzmanından rapor alınması gerektiğini belirtmiştir.⁶³ Alınacak raporda dikkat edilmesi gereken bir diğer husus ise fiilin işlendiği tarih dikkate alınarak çocuğun algılama ve davranışlarını yönlendirme yeteneğine ilişkin görüş bildirmektir.⁶⁴ Çünkü suça sürüklenen çocuğun işlemiş olduğu fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılama ve bu fiille ilgili davranışlarını yönlendirme yeteneği açısından fiilin işlendiği tarih önem taşımaktadır, kusur yeteneğinin daha sonradan ortadan kalması usul hukukunda yani ceza muhakemesinde sonuç doğuracaktır.⁶⁵

SİR ve hekim raporu, hâkim veya mahkeme için faydalanacağı birer bilirkişi raporudur. Bu raporlar çocuğun işlenen fiille ilgili kusur yeteneğinin bulunup bulunmadığı yönünde bir değerlendirmede bulunamaz.⁶⁶ Kusur yeteneğinin hâkim veya mahkemeye ait olduğuna ilişkin mevzuatımızda açık düzenlemeler mevcuttur. ÇKK m. 35/1 *"Sosyal inceleme raporu, çocuğun, işlediği fiilin hukukî anlam ve sonuçlarını algılama ve bu fiille ilgili olarak davranışlarını yönlendirme yeteneğinin*

⁶¹ Yargıtay 2. Ceza Dairesi 29.09.2021 Tarih ve 2020/19899 E. 2021/15555 K., "a-) Suç tarihinde 12-15 yaşları arasında bulunan suça sürüklenen çocuk ... E.'nin 5237 sayılı TCK'nın 31. maddesinin 2. fıkrası uyarınca işlediği hırsızlık suçundan fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılayıp algılamayacağı veya davranışlarını yönlendirme yeteneğinin yeterince gelişip gelişmediği konusunda uzman doktor raporu alınıp sonucuna göre suça sürüklenen çocuğun hukuki durumunun değerlendirilmesi gerektiğinin gözetilmemesi", <https://kazanci.com.tr/gunluk/2cd-2020-19899.htm> 18.06.2024

⁶² Mehmet Tan, Türk Ceza Kanunu Genel Hükümler, 1. Baskı, 2. Cilt, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2011, s. 1207, Yargıtay 2. Ceza Dairesi 29.09.2010 Tarih ve 2010/27537 E. 2010/26905 K., "Suçu işlediği sırada 12 yaşını doldurup, 15 yaşını doldurmamış bulunan suça sürüklenen çocuğun ceza sorumluluğunun tespiti yönünde, işlediği fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılama veya davranışlarını yönlendirme yeteneğinin yeterince gelişip gelişmediği hakkında uzman hekim raporu alınarak sonuca göre karar verilmelidir."

⁶³ Koçoğlu/Kaynar, s. 85, YCGK 18.04.2019 tarih ve 2018/13-154 E., 2019/345 K.

⁶⁴ Polat, s. 67

⁶⁵ Nur Centel/Hamide Zafer/Özlem Çakmut, Türk Ceza Hukukuna Giriş, 9. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul 2016, s. 394

⁶⁶ Özgenç, s.472; Dönmez, s.84

mahkeme tarafından takdirinde göz önünde bulundurulur” ve ÇKKY m. 20/3 “Fiili işlediği sırada on iki yaşını bitirmiş on beş yaşını doldurmamış bulunan çocuklar ile on beş yaşını doldurmuş ancak on sekiz yaşını doldurmamış sağır ve dilsizlerin işledikleri fiilin hukukî anlam ve sonuçlarını algılama yeteneğinin ve bu fiille ilgili olarak davranışlarını yönlendirme yeteneğinin olup olmadığını takdir yetkisi münhasıran mahkemeye aittir”. Görüleceği üzere yukarıdaki düzenlemeler gereği tespit yetkisi açıkça hâkimler ve mahkemelere verilmiştir. Bu konuda Yargıtay Ceza Genel Kurulu vermiş olduğu kararlarda SİR ve hekim raporunun mahkemenin vereceği kararda bağlayıcı olmadığı diğer deliller gibi bunların da serbestçe değerlendirileceği, çocuğun kusur yeteneğinin bulunup bulunmadığının mahkemece belirleneceğini hüküm altına almıştır.^{67 68} Ancak uygulamada mahkeme tarafından çocuğun *“işlediği fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılayıp algılamadığı” ve “davranışlarını yönlendirme yeteneğinin gelişip gelişmediğini”* sormaktadır. Yargıtay’da çocuğun işlediği fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılama ve davranışlarını yönlendirme yeteneğinin belirlenmesinin teknik bilgi gerektirdiği sebebiyle bu konunun hekime sorulması, daha sonra ceza sorumluluğunun takdir edilmesi gerektiğine karar vermiştir.⁶⁹ Literatürde de çocukların hukuki anlam ve sonuçları algılayıp adli rapor yazımı için verilen örnekte *“...fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılayamadığı ve bu fiil ile ilgili olarak davranışlarını yönlendirme yeteneğinin bulunmadığı tıbbi kanaatini bildirir rapordur”* şeklinde örnek verilmektedir.⁷⁰ Belirtildiği üzere hekim raporu ile çocuğun işlediği fiile ilişkin tıbbi bir tespit yapılmaktadır. Hekim raporunun bu şekilde düzenlenmesi CMK 67/3’e aykırılık teşkil etmeyecektir. Çünkü hekim burada hukuki bir değerlendirme yapmamakta, klinik ortamda çocuğu belirli testlere tabi tutarak tıbbi açıdan bir kanaat elde etmektedir. Zaten mevzuat hükümleri ve Yargıtay kararları alınan raporun göz önünde bulundurulması çocuğun

⁶⁷ Koçoğlu/Kaynar, s.82, YCGK 2018/13-154 E, 2019/345 K.

⁶⁸ Dülger, s. 606-607, YCGK 08.03.2023. 2023/6-23 E., 2023/138 K., “12-15 yaş grubunda bulunan suça sürüklenen çocukların işledikleri fiillerin hukuki anlam ve sonuçlarını algılama ve davranışlarını yönlendirme yeteneklerine sahip olup olmadıklarının tespitinde takdir yetkisi münhasıran mahkemeye ait olduğu”.

⁶⁹ Koçoğlu/ Kaynar, s.84, YCGK 04.04.2017 tarih ve 2014/13-518 E., 2017/208 K.

⁷⁰ Ali E. Tufan/Mustafa Sercan, “Çocuk ve Ergenlerde Adli Psikiyatri Uygulamaları”, ed. Niyazi Uygur, Adli Psikiyatri Uygulama Kılavuzu Kitabı, 3. Baskı, Türkiye Psikiyatri Derneği Yayınları, Ankara 2018, s.239

kusur yeteneğinin tespiti ve hukuki değerlendirmeyi mahkemenin yapacağı belirtmekte, alınan raporun bilirkişi raporu niteliğinde olduğunu tasrih etmektedir

D. Fiili İşlediği Sırada On Beş Yaşını Doldurmuş Olup On Sekiz Yaşını Doldurmamış Çocuklar

Bu yaş grubuna giren çocuklar hakkında kusur yeteneğine ilişkin düzenleme TCK m. 31/3 bulunmaktadır.⁷¹ Kanuna göre on beş yaşını doldurup on sekiz yaşını doldurmamış çocukların kusur ehliyetleri var kabul edilir ve bu sebeple cezai sorumlulukları bulunmaktadır. Bu durum madde gerekçesinde, bu yaş grubuna giren çocukların normal koşullarda işledikleri fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını kavrayabildikleri ancak davranışlarını yönlendirme yeteneklerinin yeterince gelişmemiş olabileceği şeklinde belirtilmiştir. Bu sebeple verilecek cezada indirim yapılması öngörülmüştür. TCK m. 31/3 göre bu yaş grubundaki çocukların ceza ehliyetinin tespiti ve yargılanması amacıyla herhangi bir tıbbi araştırma yapılması gerekmemektedir. Sosyal inceleme raporu ise ÇKK m. 35 gereği alınmalıdır. Ancak hâkim ve mahkeme raporun aldırılmasını gerekli görmezse bu durumu gerekçesiyle beraber kararında açıklar. Yargıtay'da vermiş olduğu kararda sosyal inceleme raporunun alınmasının zorunlu olmadığını, fakat alınmaması halinde gerekçe gösterilmesinin zorunlu olduğunu belirtmiş ve bu durumu bir bozma sebebi olarak kabul etmiştir.^{72 73}

E. Dünya'da Kusur Yeteneğinde Yaş Küçüklüğünün Uygulamaları

Çocuklara ilişkin hukuki düzenlemeler ülkeler arasında farklılıklar göstermektedir. Ülkenin hukuk tarihinin bunda etkisi olmakla

⁷¹ TCK m. 31/3, "Fiili işlediği sırada on beş yaşını doldurmuş olup da on sekiz yaşını doldurmamış olan kişiler hakkında suç, ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasını gerektirdiği takdirde on sekiz yıldan yirmi dört yıla; müebbet hapis cezasını gerektirdiği takdirde on iki yıldan on beş yıla kadar hapis cezasına hükümlenir. Diğer cezaların üçte biri indirilir ve bu hâlde her fiil için verilecek hapis cezası on iki yıldan fazla olamaz."

⁷² Koçoğlu/Kaynar, s.98, YCGK 20.11.2018 tarih ve 2016/6-986 E., 2018/554 K.

⁷³ Tan, s. 1207, Yargıtay 2. Ceza Dairesi 22.06.2010 Tarih ve 2010/438 E. 2010/493 K, "... Mahkemece sosyal inceleme raporuna gerek görülmediği takdirde ise gerekçenin kararda gösterilmesinin zorunlu olduğu gözetilmeden eksik kovuşturma ile yazılı şekilde hüküm kurulması".

birlikte kültürel farklılıklar da önemli bir etkidir. Anglosakson etkisi bulunan ülkelerde kusur yeteneğinin tespiti için düzenlenen en düşük yaş sınırı 7-10 arasında iken, Kıta Avrupa hukuku ve Sovyet etkisindeki ülkelerde bu sınır 13-15 yaşı bulmaktadır. Çocuk, ergen ve erişkin kavramları arasında net sınır çizmek mümkün değildir. Bunun da etkisi ile ülkeler arasında küçüğün kusur yeteneğine ilişkin kriterler farklılıklar içermektedir. Örneğin Suudi Arabistan'da kusur yeteneği açısından kız ve erkek çocuklar arasında ayırım yapılmış ve kusur yeteneğinin varlığı için puberte kıstas alınmıştır. Bu düzenlemede İslam hukukunun da etkisi bulunmaktadır.⁷⁴

Yaşa bağlı kusur yeteneğinin değerlendirilmesindeki ayrımlar da ülkeler arasında farklıdır. Örneğin Hollanda, İngiltere ve Japonya gibi ülkelerde kusur yeteneğine ilişkin asgari yaş bulunmakta olup asgari yaştan üstü için ayrıca ayırma gidilmemiştir. Ancak Avustralya, Yeni Zelanda ve Romanya gibi ülkelerde Türkiye'deki gibi kusur yeteneği için en düşük yaş belirlenmiş ancak bu yaştan üstündeki çocuklar da kendi içinde yaşa göre ayrılmıştır. Örneğin Romanya için bu ayırım 14-16 olup bu yaş ayrımındaki çocukların kusur yeteneğinin tespiti için ek değerlendirme yapılması gerekmektedir. Yaş küçüklüğü nedeniyle kusur yeteneğinin tespiti için yapılması gereken değerlendirme İtalya, Almanya gibi ülkelerde yaş sınırının üstündeki tüm çocuklara uygulanmaktadır. Ancak ülkemizde kusur yeteneğine ilişkin değerlendirme sadece 12-15 yaş arasında rutin aranmaktadır. Bir başka farklılık da kusur yeteneği değerlendirilen çocuklara ilişkin hukuki karinedir. Örneğin Güney Afrika'da 10-14 yaş arasındaki çocuklarda kusur yeteneği değerlendirilirken karine olarak kusur yeteneğinin bulunmadığı kabul edilir. Kusur yeteneği değerlendirilirken 10-14 yaş arasındaki çocuğun kusur yeteneğini olmadığına dair karinenin aksinin gösterilmesi gerekmektedir.⁷⁵ Türk Hukukunda ise ceza kanununda düzenlenen istisnai haller dışında bütün insanların kusur yeteneğine sahip ol-

⁷⁴ Don Cipriani, *Children's rights and the minimum age of criminal responsibility: a global perspective*, Routledge, 2016, s.105-109

⁷⁵ Anthony L. Pillay, "The Minimum Age Of Criminal Responsibility, International Variation, And The Dual Systems Model In Neurodevelopment", *Journal Of Child & Adolescent Mental Health*, 2019, 31(3), s.224-234.

duğu kabul edilmektedir.⁷⁶ Bazı ülkelerdeki bir başka ayırım da bazı özel suçlar için minimum yaşın farklı düzenlenmiş olmasıdır.⁷⁷ Ülke-mizde böyle bir ayırım bulunmamaktadır.

Kusur yeteneğine ilişkin Avrupa İnsan Hakları mahkemesinde sözleşmenin 3.maddesinin ihlal edildiğine dair İngiltere'nin taraf olduğu davada; mahkeme Taraf devletlerin asgari ceza ehliyet yaş sınırlarının farklı olduğu, İngiltere'de bu yaş sınırının 10 olarak öngörüldüğü her ne kadar Uluslararası sözleşmelerde çeşitli ilkeler yer almakla birlikte asgari yaşın belirlenmediği gerekçesi ile 3.maddenin ihlal edilmediğine karar vermiştir.⁷⁸

IV. YAŞ KÜÇÜKLÜĞÜNÜN KUSUR YETENEĞİNE ETKİSİNİN GELİŐİMSSEL AÇIDAN DEĞERLENDİRİLMESİ

Suçta sürüklenen çocuklara ilişkin bir başka kavram da ergenliktir. Zaman zaman ergenlikle eş/aynı anlamda kullanılsa da puberte, hormonal değişikliklerle birlikte çocukta erişkin fiziksel özelliklerin izlenmeye başlaması sürecini ifade etmektedir.⁷⁹ Çeşitli toplumlarda puberte başlangıç yaşı farklılıklar gösterebilmekte olup gen-çevre etkileşimine bağlı değişiklikler gözlenebilmektedir.⁸⁰ Ergenlik ise bu fiziksel değişikliklerle başlayan ancak fiziksel değişikliklerle sınırlı olmayan bilişsel ve sosyal olgunlaşmanın da gerçekteşiği çocukluktan erişkinliğe geçiş sürecini ifade etmektedir. Ergenlik, puberte ile başladığı kabul edilse de ergenliğin bitişi puberte süreci ile sınırlı değildir. Bu yüzden ergenliğin bitişini net olarak belirlemek mümkün olmadığı gibi ergenliğin bitişinin fiziksel bir belirteci de bulunmamaktadır. Ergenliğin net sınırlarını çizmek mümkün olmadığından ve çocuğun erişkin olarak kabulünün kültürel faktörlerle yakından ilişkisinin bulunmasından

⁷⁶ Hakan Hakeri, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 19. Baskı, Ankara, Adalet Yayınevi, Ankara 2016, s.380

⁷⁷ Pillay, s.224-234.

⁷⁸ T. Vs İngiltere 24724/94 karar tarihi 16 aralık 1999, paragraf 71, <https://hudoc.echr.coe.int/fre#%7B%22fulltext%22:%5B%22t%20v%20united%20kingdom%22%5D,%22cite%22:%5B%22001-58593%22%5D%7D>

⁷⁹ Alan D. Rogol/James N. Roemmich/Pamela A. Clark, "Growth at puberty", *Journal of Adolescent Health*, 31 no.6, 2002, s.192-200.

⁸⁰ Peter D. Gluckman/Mark A. Hanson, Changing times: the evolution of puberty, *Molecular And Cellular Endocrinology*, C.254-255, 2006, s.26-31.

ötürü *ergen/ergenlik* kavramına ilişkin literatürde farklı tanımlamalar bulunmakta ve ergenliğin başlangıç ve bitişi farklı yaş aralıkları ile sınırlandırılıp sınıflandırılmaya çalışılmaktadır.⁸¹ Ergenliğe ilişkin tanımlamalarda yaş aralıklarının arttığı gözlenmektedir. Zorunlu eğitimin uzaması, şehirleşmenin artması, işe başlama ve evlenme yaşının artması gibi faktörlerin çocuğun erişkinliğe geçişinin uzamasına neden olduğu düşünülmektedir.⁸² Referans olarak alınabilecek tanımlardan biri de Dünya Sağlık Örgütüne ait olup 10-19 yaş arasındaki kişiler ergen olarak sınıflandırılmaktadır.⁸³

Ergenlik döneminde ergen, fiziksel değişikliklerle baş etmesinin yanında, kendilik imajının gelişimi, sosyal uyum için gerekli davranışların gelişmesi, otonomi sağlanması ve kimliğin gelişimi gibi süreçleri de yaşamaktadır.⁸⁴ Tüm bu değişiklikler fiziksel değişime eşlik eden beyin gelişimi ve çevrenin etkileşimi ile ortaya çıkmaktadır. Beyin gelişimi ergenlik döneminde devam etmekte olup ergenin bilişsel fonksiyonları da bu süreçte değişmektedir.⁸⁵ Sinaptik budanma, dendritik dallanma ve miyelinizasyon gibi hücrel değişikliklerle birlikte beyinde yapısal değişiklikler sürmeye devam eder.⁸⁷ Üst bilişsel fonksiyonlarla yakından ilişkili prefrontal korteksin yirmili yaşların başına kadar gelişim ve olgunlaşmasını tamamlamadığı bilinmektedir.

⁸¹ Susan M. Sawyer/Peter S. Azzopardi/Daskhitha Wickremarathne/George C. Patton, *The Age Of Adolescence*, *The Lancet Child & Adolescent Health*, C.2 S.3, 2018, s. 223-228.

⁸² Jeffrey J. Arnett/ Susan Taber, "Adolescence Terminable And İnterminable: When Does Adolescence End?" *Journal of Youth And Adolescence*, C.23, 1994, s.517-537.

⁸³ <https://www.who.int/initiatives/global-accelerated-action-for-the-health-of-adolescent/aa-ha!-guidance-2d-edition> erişim tarihi 21.06.2024

⁸⁴ Fusun Çuhadaroglu, *Adolescent mental health: A subject usually neglected*, *Journal of Indian Association for Child and Adolescent Mental Health*, C.14 S.3, 2018, s.9-12. doi:10.1177/0973134220180302

⁸⁵ Deborah Christie/Russell Viner, *Adolescent development*, *BMJ*, C.330, 2005, (7486):301-4. doi: 10.1136/bmj.330.7486.301. PMID: 15695279; PMCID: PMC548185.

⁸⁶ Saray J. Blakemore/Stephanie Burnett/Ronald E. Dahl, "The Role Of Puberty İn The Developing Adolescent Brain", *Human Brain Mapping*, 2010, C.31 S.6, s.926-933.

⁸⁷ Nitin Gogtay/Jay N. Giedd/Leslie Lusk/Kiralee M. Hayashi/Deanna Greenstein/ A Catherine Vaituzis/Paul M Thompson, "Dynamic Mapping Of Human Cortical Development During Childhood Through Early Adulthood", *Proceedings of the National Academy of Sciences*, 2004, C.101 S.21, s.8174-8179.

⁸⁸ Özetle fiziksel gelişim ile beyin gelişimi yakından ilişkili olmakla birlikte özellikle karar verme, yargılama, dürtülerini kontrol etme ve planlanma gibi bilişsel işlevlerin tam olarak yerine getirilmesini sağlayacak beyin olgunlaşması fiziksel olgunlaşmadan sonra tamamlanmaktadır^{89 90}

Ergenlik dönemi erken, orta ve geç ergenlik olarak da üçe ayrılmaktadır. Erken ergenlikte soyut düşünmenin ve dolayısıyla ahlaki yargılamanın gelişmeye başladığı kabul edilmektedir. Orta ergenlikte ise soyut düşüncenin geliştiği kabul edilir ancak kendi düşünceleri konusunda ergenin esneklik göstermediği, inançlarına ve düşüncelerine sorgusuz bağlı olduğu bilinmektedir. Yine bu dönemde ergenin kimlik gelişiminin de bir parçası olan ebeveynlerden uzaklaşma ve otonomi kazanma sürecinde arkadaş grubuna bağlılığının arttığı ve arkadaş grubunun yargılarına ve değerlendirmelerine fazla önem verdiği ve düşünmeden hareket etmeye eğilimli olduğu bilinmektedir. Geç ergenlikle birlikte kişiliğin gelişiminin tamamlandığı, ahlaki ve soyut düşünme kapasitesinin erişkin düzeye geldiği varsayılır.⁹¹ Ergenliğe ilişkin bu ayrımların da yaş açısından net sınırı olmamakla birlikte araştırmamıza konu 12-15 yaş çocukların çoğunlukla orta ergenlikte olduğu kabul edilmektedir. Dolayısıyla bir çocuğa nazaran soyut düşünme becerilerinin ve de ahlaki yargılamanın geliştiği ancak bir erişkin düzeyinde bilişsel esnekliğe sahip olmadığı, akran etkisine açık olduğu ve dürtülerini kontrol etmekte zorluk yaşayabildiği unutulmamalıdır.⁹² Bu nedenle işlenen suçun niteliği, önceden planlı olup olmaması ve grup halinde olup olmaması önem taşımaktadır.

⁸⁸ Sara B. Johnson/Robert W. Blum/Jay N. Giedd, "Adolescent Maturity And The Brain: The Promise And Pitfalls Of Neuroscience Research In Adolescent Health Policy", *The Journal of Adolescent Health*, 2009, C.45 S.3, s.216-221.<https://doi.org/10.1016/j.jadohealth.2009.05.016>

⁸⁹ Daniel R. Weinberger/Brita Elvevåg/Jay N. Giedd, "The Adolescent Brain", *Washington, DC: National Campaign To Prevent Teen Pregnancy* 1, 2005, S.10-12.

⁹⁰ Sarah-Jayne Blakemore, "Imaging Brain Development: The Adolescent Brain", *Neuroimage*, C.61 S.2, 2012, s.397-406.

⁹¹ Deborah Christie/ Russell Viner, "Adolescent development" *Bmj*, 330, no. 7486, 2005, s.301-304.

⁹² Margo Gardner/Laurence Steinberg, "Peer Influence On Risk Taking, Risk Preference, And Risky Decision Making In Adolescence And Adulthood: An Experimental Study", *Dev Psychol*, 2005, C.41, s.625-35

V. KUSUR YETENEĞİNİN DEĞERLENDİRİLMESİ

Yukarıda da değinildiği üzere 12 yaşından küçük çocukların kusur yeteneğinin var olmadığı kabul edilir. Ancak erken ve orta ergenliği dönemine denk gelen 12-15 yaş arasındaki çocukların kusur yeteneğinin işlediği fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılayabilme ve bu fiille ilişkili davranışlarını yönlendirme yeteneğinin değerlendirilmesi hükmü TCK'da yer almaktadır. Kusur yeteneğinin belirlenmesi için kişinin ruhsal durum muayenesinin yapılması ve bilişsel, sosyal, duygusal ve ahlaki gelişiminin tespit edilmesi gerekmekte olup çocuğun detaylı bir şekilde değerlendirilmesi gerekmektedir.⁹³ Değerlendirmede dikkat edilmesi gereken bir husus da ergenin bir davranışın hukuki ve toplumsal normlara göre doğru/yanlış ayrımını yapmasının sadece bilişsel bir yetenekle yani zeka düzeyi ile ilişkili olmayıp aynı zamanda çevre ile etkileşim içerisindeki duygusal ve sosyal olgunlaşması ile de doğrudan ilişkili olmasıdır.⁹⁴ Bu değerlendirmede çocuğun fiilin toplumsal normlara uygun bir davranış olmadığını kavrayışı, yasalara uyma kapasitesi, dürtüselliği, psikososyal olgunluğu, akran baskısının olası etkilerine tepkisi, empati yapma becerisi, içinde bulunduğu aile ve akran grubunun normları, fiil dışındaki genel karakter yapısı, çevresel koşulları, kişilik özellikleri, olası ruhsal hastalığı, saldırganlığa karşı reaktif tutumu değerlendirilir.⁹⁵ Kusur yeteneği değerlendirilirken çocuğun içinde bulunduğu sosyal çevrenin dikkatle değerlendirilmesi önem arz etmektedir. Çocuk suçluluğunun toplumsal bir olgu olarak ele alınması gerektiği vurgulanmaktadır. Bazı çocukların kaotik aile ve sosyal ortam ile birlikte suçu normal olarak görmesi söz konusu olabilmektedir.⁹⁶ Düşük sosyoekonomik düzey, ebeveynin yokluğu, suçun yüksek olduğu bölgede büyüme ve suça maruz kalmanın suça sürüklenen çocuklar için risk faktörü olduğu bilinmektedir.⁹⁷ Özetle

⁹³ Anne Kramers-Olen, "Neuroscience, Moral Development, Criminal Capacity, And The Child Justice Act: Justice Or İnjustice?", *South African Journal of Psychology*, 2015, C.45 S.4, s.466-479. <https://doi.org/10.1177/0081246315603633>

⁹⁴ Pillay, s.224-234

⁹⁵ Peter Ash, "But He Knew It Was Wrong: Evaluating Adolescent Culpability", *Journal of the American Academy of Psychiatry and the Law Online*, 2012, C.40 S.1, s.21-32.

⁹⁶ Güngör Çabuk, "Çocuk Suçluluğu Bağlamında Çocuğu Suça İten Nedenler", *Sosyal Politika ve Sosyal Hizmet Çalışmaları Dergisi*, 2022, C.3 S.1, s.129-142.

⁹⁷ Alexander Trinidad/Laura Vozmediano/Cesar San-Juan, "Environmental Factors İn Juvenile Delinquency: A Systematic Review Of The Situational Perspectives' Literature", *Reviewing Crime Psychology*, 2020, s.240-266.

suça sürüklenen çocuğun kusur yeteneğine ilişkin değerlendirme için hem çocuğun gelişim seyri hem aile, okul ve arkadaş çevresi başta olmak üzere içinde yetişmiş olduğu çevre hem de ruhsal durumunun somut olayın niteliği de göz önüne alınarak değerlendirilmesi gerekmektedir.

Ancak tüm detaylı değerlendirmelere rağmen somut olayda kişinin kusur yeteneğini belirlemenin objektif ve kesin bir tekniği bulunmadığı unutulmamalıdır.⁹⁸ Hakeza kusur yeteneğinin var-yok gibi dikotomik bir ayırım ile tespit etmek daha da güç olup kişinin fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılayabilmesi de süreklilik gösteren bir niteliktedir.⁹⁹ Çocuğun ilgili fiilin hukuki anlam ve sonucunu algılayıp algılamadığını belirleyecek tartışmasız bir test olmadığı gibi kusur yeteneğinin değerlendirilmesine ilişkin de hatalara neden olabilecek unsurlar bulunmaktadır. Bunların başında suça sürüklenen çocuğun değerlendirildiği an ile ilgili fiil arasında geçen süredir. İşlenen fiil ile değerlendirme arasında geçen sürenin uzaması fiziksel, bilişsel ve duygusal gelişimin hızlı olduğu bu dönemde çocuğun gelişim basamaklarında farklı bir noktada olmasını sağlayabilir. İşlenen fiil ile çocuğun değerlendirilmesi arasında sürenin uzamasının olumsuz bir başka etkisi de bekleme süreci içerisinde çocuğun ebeveynleri veya çevresinde bulunan diğer yetişkinler tarafından işlediği fiil ile ilişkili kınanma ve davranışın toplum normlarına uygun olmadığına bu davranışının yerine nasıl davranması gerektiğine dair ikaz edilmiş olma ihtimalidir. Tüm bu bilgilendirme ve uyarıların çocuğun fiile ilişkin hukuki anlam ve sonuçlarına ilişkin yargılamasını da etkileyecek dolayısı ile adli değerlendirmenin çocuğun olay anındaki fiile ilişkin hukuki anlam ve sonuçlarına ilişkin yargılamasını değerlendirmesini olumsuz etkileyecektir. Değerlendirmenin sağlıklı olmasının önündeki bir diğer engel de soğuk ve sıcak bilişlere ilişkindir. Kısaca sıcak bilişler kişinin değer yargıları, duyguları ve motivasyonları ile ilişkili bilişsel süreçleri tanımlarken, soğuk bilişler ise duygu yükü bulunmayan bilişsel süreçlere atıf yapmaktadır.¹⁰⁰ Fiili işlediği sırada çocuğun bulunmuş olduğu

⁹⁸ Pillay, s.91-101. <https://doi.org/10.2989/17280583.2015.1040412>

⁹⁹ Ash, s.21-32.

¹⁰⁰ Thomas E. Gladwin/Bernd Figner. "“Hot” Cognition And Dual Systems: Introduction, Criticisms, And Ways Forward" In Neuroeconomics, Judgment, And Decision Making, Psychology Press, 2014, s.157-180

ruh hali ile değerlendirme sırasındaki ruh hali aynı olmayıp çocuğun fiili işlediği sırada dürtüselliği, akran baskısı veya diğer dinamikler nedeniyle yargılamasının bozulabileceği, değerlendirme sırasında ise işlediği fiilin hukuki anlam ve sonucuna ilişkin uygun yargılamada bulunabileceği unutulmamalıdır. Çocuğun kusur yeteneğini değerlendirmek adına sorumluluk alma, mizaç, empati becerisi ve muhakeme yeteneğini değerlendiren ölçekler geliştirilmiştir.¹⁰¹ Ancak çocuğun değerlendirmesi süresince davranışın doğru olup olmadığı onun için ne anlam ifade ettiğine dair bulgular ile gerçek yaşamda aynı durumda olduğundaki fiili nasıl anladığı ve hangi dinamiklerle harekete geçtiği farklılık gösterebilir. Özetle muayenede belli bir fiilin hukuken ve ahlaken uygun olmadığı ifade eden ergenin gerçek yaşam durumundaki biliş ve davranışları farklı olabilir.¹⁰²

A. Çocuklarda Suça İlişkin Özellikler ve Risk faktörleri

Suçta sürüklenen çocuklarda psikiyatrik bozukluklar sık izlenmektedir.¹⁰³ Ülkemizde yapılan bir çalışmada suçta sürüklenen 12-14 yaş grubu çocukların %66'sında psikiyatrik bozukluk tespit edilmiştir.¹⁰⁴ Dikkat eksikliği ve hiperaktivite bozukluğu (DEHB), davranım bozukluğu ve bilişsel yetersizlik en sık izlenen psikiyatrik bozuklukların başında gelmektedir.¹⁰⁵ Tanı kriterleri içerisinde başkalarına karşı saldırgan tutumların bulunması, kişiye veya mala karşı zarar verici tutumların yer aldığı davranım bozuklukları da SSÇ'lilerde sık izlenmesi şaşırtıcı değildir. Yine DEHB gibi dürtüselliğin tanı kriterleri içerisinde

¹⁰¹ Elizabeth Cauffman/Laurence Steinberg, "(Im) Maturity Of Judgment In Adolescence: Why Adolescents May Be Less Culpable Than Adults", *Behavioral Sciences & The Law*, 2000, C.18 S.61, s.741-760.

¹⁰² Pillay, s.224-234.

¹⁰³ R. C Andrade/V. A Silva/F. B. Assumpção Jr., "Preliminary Data On The Prevalence Of Psychiatric Disorders In Brazilian Male And Female Juvenile Delinquents", *Brazilian Journal Of Medical And Biological Research*, 2004, 37, s.1155-1160.

¹⁰⁴ Ümit Işık/Evrım Aktepe/Abdülbaki Akyıldız/Fulya Şimşek/Abdülkadir Yıldız, "Bir Üniversite Hastanesinde Değerlendirilen Suça Sürüklenen Çocukların Sosyodemografik ve Klinik Özellikleri: 2014-2018 Verileri", *Medical Journal of Süleyman Demirel University*, 2019, C.26 S.2, s.175-182.

¹⁰⁵ Çilem Bilginer/Serkan Karadeniz/Sevda Hızarcı/Berrire C. Yılmaz/Semra Kandil, "Suça Sürüklenen Çocukların Adli Psikiyatrik Değerlendirme ve Rapor Sonuçları: İki Yıllık Retrospektif Dosya Taraması", *Klinik Psikiyatri Dergisi*, 2021, C.24 S.2, s.217-227.

yer aldığı bir bozukluğun varlığı halinde çocuğun somut olayda fiilin meydana gelişinin değerlendirilmesi ve varsa dürtüsellikle ilişkili eylemlerinin DEHB ile ilişkisinin değerlendirilmesi önem arz etmektedir. DEHB TCK 32 kapsamında erişkinlik dönemi için ceza sorumluluğunu azaltan psikiyatrik bozukluklardan kabul edilmezse de 12-15 yaş arasındaki çocuk için somut olay da dikkate alınarak suçun oluşum özellikleri ve suç esnasındaki çocuğun davranışları da gözetilerek kusur yeteneğini kaldırıcı etkide olduğu belirtilmiştir.¹⁰⁶

SSÇ'lilerde zekâ geriliği sık izlenmekte aynı zamanda zekâ geriliği düzeyinde olmazsa da bilişsel becerilerinin ortalamaya göre daha düşük olduğu izlenmektedir.¹⁰⁷ Uygulamada 12-15 yaşındaki suça sürüklenen çocukta hafif düzeyde zekâ geriliğinin de ayırt etme gücünü bozduğu kabul edilmektedir.¹⁰⁸ Çocuğun yaşının küçük olması, zekâ düzeyinin düşük olması, planlanmadan suç işlenmesi ve dürtüselliklerinin bulunması hallerinde çocukta kusur yeteneğinin bulunmadığına yönünde kanaatlerin daha sık verildiği belirtilmektedir.¹⁰⁹ Suça sürüklenen çocuklarda psikiyatrik bozuklukların ve bilişsel yetersizliklerin sık izlenmesi ve bu bozuklukların çocuğun kusur yeteneğini doğrudan veya çocuğun bilişsel ve ruhsal gelişimini ketlemesi nedeniyle dolaylı olarak etkilemesi nedeniyle suça sürüklenen çocukların adli değerlendirmelerinde detaylı psikiyatrik ve bilişsel muayenelerinin yapılması gerekmektedir

B. Kusur Yeteneğinin Tespitinde Uygulamada Yaşanan Sorunlar

Suçta sürüklenen çocuğun değerlendirilmesi çocuğun ruhsal hastalığının veya zekâ geriliğinin olup olmadığı tespit edilmesi ile sınırlı tutulamaz. Uzman hekimin SSÇ'in kusur yeteneğinin değerlendirilmesinde suç olarak kabul edilen fiile ilişkin bilgi sahibi olması gerek-

¹⁰⁶ Tufan/Sercan, s. 221.

¹⁰⁷ Cindy C. Cottle/Ria J. Lee/Kirk Heilbrun, "The Prediction Of Criminal Recidivism In Juveniles: A Meta-Analysis", *Criminal Justice And Behavior*, 2001, C.28 S.3, s.367-394.

¹⁰⁸ Tufan/Sercan, s. 220

¹⁰⁹ Seda A. Sarı/Ayla U. Çiçek/Celal Bütün/Alı Yıldırım, "Sivas İlinde Suça Sürüklenen Çocuk Olguların Sosyodemografik ve Klinik Özellikleri", *Adli Tıp Bülteni*, 2019, C.24 S.3, s.177-182.

mektedir. Bunun yanında çocuğun içinde bulunduğu sosyal koşullar, aile dinamikleri, akademik durumunun da değerlendirilmesi gerekmektedir. Tüm bunlardan ötürü Sosyal İnceleme Raporu hayati önem taşımaktadır. Yargıtay da vermiş olduğu bir kararında sosyal inceleme raporu alınmadan, nöroloji uzmanı tarafından hazırlanan rapora dayanılarak hüküm kurulmasını yetersiz görmüş ve kararı bozmuştur.¹¹⁰ Ancak ülkemizde sosyal inceleme raporlarının yetersiz hazırlandığı, kusur yeteneğini araştıran uzman ve mahkemeler tarafından yeterince dikkate alınmadığına dair bulgular bulunmaktadır.^{111 112} Uygulamada raporlar hazır sorular üzerinden ilerlemekte ve bu yüzden çocuğun fiili işlerken içinde bulunduğu psikolojik ve sosyal durumu yansıtmaktan uzak kalmaktadır. Bu durumda yargılama için son derece önemli bir kaynak olan sosyal inceleme raporundan mahkemelerin yeterince faydalanamamasına sebebiyet vermektedir.¹¹³ Yukarıda da değinildiği üzere suça sürüklenen çocuklarda psikiyatrik bozukluklar sık izlenmektedir. Çeşitli psikiyatrik bozuklukların da suç fiillerine eğilimi arttırdığı bilinmektedir.¹¹⁴ Ülkemizde yapılan bir çalışmada suça sürüklenen çocuklarda psikiyatrik bozuklukların sık olduğu gösterilmiş buna ek olarak bu psikiyatrik bozuklukların tedavi altında olmadığı da vurgulanmıştır.¹¹⁵ Çocuk Koruma Kanunu'nda belirtildiği üzere çocuklara özgü güvenlik tedbirleri suça sürüklenen çocuğun korunması, haklarının ve esenliklerinin güvence altına alınmasını amaçlamakta-

¹¹⁰ Tan, s. 1207, Yargıtay 1. Ceza Dairesi, 2008/2777 E. 2008/6275 K., " 12 yaşını doldurmuş olup da 15 yaşını doldurmamış küçüklerin, işledikleri fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılama ve bu fiille ilgili olarak davranışlarını yönlendirme yeteneğinin varlığının tespitinde, küçüğün içinde bulunduğu aile, sosyal ve ekonomik koşullar ile psikolojik ve eğitim durumu hakkında sosyal çalışmacı uzmanı kişilere rapor hazırlanması, hazırlanan bu raporlar değerlendirilerek hakim tarafından ceza sorumluluğunun belirlenmesi gerekirken devlet hastanesinde görev yapan nöroloji uzmanından alınan yetersiz rapora dayanılarak hüküm kurulması"

¹¹¹ Saruç/Güneş, s.109-132.

¹¹² Karataş, s.180-182.

¹¹³ Özar, s. 121-122.

¹¹⁴ Naomi Goldstein/Oluseyi Olubadewo/Richard E. Redding/Frances Lexcen, "Mental Health Disorders: The Neglected Risk Factor In Juvenile Delinquency", Juvenile Delinquency: Prevention, Assessment, And Intervention, 2005, s.85-110.

¹¹⁵ Murat Eyüboğlu/Damla Eyüboğlu, "Psychiatric Disorders, Sociodemographic Features and Risk Factors in Children Driving to Committing Crime", *Klinik Psikiyatri Dergisi*, 2018, C.21 S.1, s.7-14.,

dir. Sosyal inceleme raporlarında veya uzman hekim raporlarında çeşitli tedbir kararlarının çocuğun üstün yararı için gerekli olduğu kanaati ile sonuçlandırılabilir. Ancak uygulamada sosyal inceleme raporlarında önerilen tedbir kararlarının birçoğunun hükme bağlanmadığı gösterilmiştir.¹¹⁶ Benzer sonuçlar uzman hekim raporları için de geçerli olup sağlık tedbiri önerilerinin birçoğunun uygulanmadığı, uygulananların ise geciktiği gösterilmiştir.¹¹⁷ Yine uygulamada sosyal inceleme raporlarının hazırlanmasının geciktiği bu nedenle hem adli değerlendirmenin sağlıklı olmayacağı hem de gereken müdahalelerin gecikeceği unutulmalıdır.¹¹⁸

Suç tarihine dikkat edilmeden hazırlanacak bir rapor hatalı hazırlanmış olacaktır. Çünkü bu yaşlar çocukların fiziksel ve ruhsal olarak hızla geliştiği yaşlardır. Buna paralel olarak çocuğun işlediği hukuki fiilin anlam ve sonuçlarını algılama yeteneği de değişmektedir. Hak kaybı yaşatmamak adına hekim raporunun fiilin işlendiği tarihe olabildiğince yakın bir tarihte alınması ve raporu hazırlayacak hekimin suç tarihine dikkat ederek hazırlaması gerekmektedir. Bu sebeple Cumhuriyet Savcısının hekim raporunu soruşturma aşamasında dosyaya dahil etmesi gerekmektedir. Ancak Yargıtay soruşturma aşamasında bu raporun alınmamasını iade sebebi olarak görmemiştir.¹¹⁹ Kanaatimizce soruşturma aşamasında bu raporun alınmaması iade nedeni oluşturma da yargılama süreleri dikkate alındığında mahkeme aşamasında raporun aldirılması halinde çocuğun yaşının ilerleyebileceği, bu yaş kategorisinde bulunan çocukların gelişim hızları dikkate alındığında hekimin ilerleyen dönemde hazırlayacağı raporun çocuğun aleyhine olabileceği ihtimali gözetilerek raporun soruşturma aşamasında savcılık tarafından gecikmesizin alınması doğru olacaktır.

Ülkemizde 12-15 yaş aralığında çocukların kusur yeteneğinin değerlendirildiği pek çok çalışma bulunmaktadır. Bu çalışmalarda değerlendiriciler arasında farklılıklar gözlenmektedir. Örneğin bir çalışmada Denizli İli Adli Tıp Şube Müdürlüğü ve Tıp fakültesi Adli Tıp Anabilim Dalına yönlendirilen suça sürüklenmiş çocukların %93.2'sinde

¹¹⁶ Saruç/Güneş, s.109-132.

¹¹⁷ Bilginer/Karadeniz/Hızarcı/Yılmaz/Kandil, s.217-227.

¹¹⁸ Karataş, s.170

¹¹⁹ Özar, s. 121, Yargıtay 2. CD. 03.10.2022 tarih ve 2022/7565 E., 2022/15974 K.

kusur yeteneğinin olduğu saptanmıştır.¹²⁰ Benzer oranlar Antalya'da, Elazığ'da ve Samsun'da yapılan çalışmalarda da ortaya çıkmıştır.¹²¹
¹²²¹²³ Adli Tıp Uzmanları tarafından yapılan değerlendirmelerden elde edilen sonuçların aksine Çocuk ve Ergen Ruh Sağlığı ve Hastalıkları bölümüne (çocuk psikiyatrisi) yönlendirilen çocuklara ilişkin yapılan çalışmalarda kusur yeteneğinin var olduğuna dair kanaat oranları belirgin düşük izlenmektedir. Örneğin bir çalışmada Tıp Fakültesinin çocuk psikiyatri polikliniğinde değerlendirilen suça sürüklenen çocukların sadece %14,4'ünün cezai ehliyetinin olduğu belirlenmiştir.¹²⁴ Tıp Fakültesi çocuk psikiyatri bölümünde yapılan bir başka çalışmada da %27,5'inin ilgili fiilin hukuki anlam ve sonucu algılayamadığı, %29,8'inin davranışlarını yönlendiremediği toplamda %49,1'inde kusur yeteneğinin gelişmediği kanaatine varılmıştır.¹²⁵ Devlet Hastanesi Çocuk Psikiyatri polikliniğine yönlendirilen suça sürüklenen çocukların %66,7'sinin fiilin hukuki anlam ve sonucu algılayamadığı, %9,8'inin ise hukuki anlam ve sonucu algılayabildiği ancak davranışlarını yönlendiremediği belirlenmiş olup sadece %23,5'inin işledikleri fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılama veya bu fiile ilgili olarak davranışlarını yönlendirme yeteneğinin geliştiği vurgulanmıştır.¹²⁶ Gerek Eğitim ve Araştırma Hastanelerinde veya gerek Üniversite Hastanelerindeki Çocuk ve Ergen Ruh Sağlığı ve Hastalıkları bölüm-

¹²⁰ Ayşe Kurtuluş/Nuray Salman/Gonca Günbet/Bora Boz/Cüneyt C. Cenger/Kemalettin Acar, "Denizli İlinde 12-15 Yaş Arasındaki Suça Sürüklenen Çocukların Sosyodemografik Özellikleri", *Pamukkale Medical Journal*, 2009, S.1, s.8-14.

¹²¹ Fatih Dirol/Gürol Cantürk/Hüdaverdi Küçükler, "1997-1999 yıllarında Elazığ İli Adli Tıp Şube Müdürlüğünde Farik ve Mümeyyizlik Muayenesi Yapılan Olguların Değerlendirilmesi" *Klinik Adli Tıp*, 2002, 2(2), s.43-6.

¹²² Berna Aydın/Ahmet Turla/Mehmet Kocakaya/Bekir Karaarslan, "Samsun'da 2004 Yılında Suç İşlediği İddia Edilen Çocukların Sosyodemografik Özellikleri", *Adli Psikiyatri Dergisi*, 2005, 2, s.5-13.

¹²³ Yaşar M. Karagöz/Mehmet Atılgan/Osman Ö. Sargın/Sema Demircin, "Antalya'da Suç İşlediği İddia Edilen Çocukların Sosyodemografik Özellikleri", 10. Ulusal Adli Tıp Günleri Paneller ve Poster Sunuları Kitabı, 2003, s.148-154.

¹²⁴ Zeynep Göker/Selma T. Hesapçioğlu/Sema Kandil, KTÜ Tıp Fakültesi Çocuk-Ergen Ruh Sağlığı ve Hastalıkları Polikliniğine Son İki Yılda Başvuran Adli Olguların Değerlendirilmesi, *Adli Tıp Dergisi*, 2006, S.20, s.1-5

¹²⁵ Burcu Çakaloz/Gülşen Ünlü/ Merve A. Terzioğlu/ Nazlı K. Çetin/Çiğdem Tekkanat, "Çocuklarda Suç Davranışı ile Sosyodemografik Özelliklerin Ve Zekanın İlişkisi", *Anadolu Psikiyatri Dergisi*, 2016, C.17 S.5, s.411-418.

¹²⁶ Eyüboğlu/Eyüboğlu, s.7-14.

lerince yapılan değerlendirmelerde benzer şekilde %70'in üzerinde kusur yeteneğinin bulunmadığı gösteren çalışmalar bulunmaktadır.¹²⁷
¹²⁸ ¹²⁹ Suça surklenen çocukların suçun hukuki anlam ve sonuçlarını algılama ve davranışlarını yonlendirme yeteneğinin değerlendirilmesi için aynı ilde ocuk psikiyatristlerinin ve adli tıp uzmanlarının değerlendirmelerinin karşılaştırıldığı bir çalışmada da benzer sonuçlar elde edilmiş ve farklı uzmanlık alanlarındaki kişilerin değerlendirmeleri arasında istatistiki olarak anlamlı düzeyde fark izlenmiştir.¹³⁰

Adli mercilerin suça surklenen çocukların kusur yeteneğinin değerlendirilmesi amacıyla farklı merkezlere ve bu merkezlerdeki farklı branşlara yonlendirebildiği bilinmektedir. Yapılan bir çalışmada niversite Hastanesinde suça surklenen çocukların neredeyse yarısının Adli Tıp yarısının ise ocuk ve Ergen Ruh Sağlığı ve Hastalıkları bölümlerine yonlendirildiği gözlenmektedir.¹³¹ Tıp Fakültesi Adli Tıp Anabilim Dalına veya Adli Tıp şube Müdürlüğüne yonlendirilen çocukların değerlendirmeleri ile Tıp Fakültesi, Eğitim Araştırma Hastanesi veya Devlet Hastaneleri ocuk ve Ergen Ruh Sağlığı ve Hastalıklarında değerlendirilen çocukların kusur ehliyetinin varlığına ilişkin oranları arasında belirgin farklılıklar bulunmaktadır. Kanaatimizce bu neticenin temel nedeni uzmanlıklar arasındaki eğitim formasyonlarının farklılığıdır. Adli tıp uzmanlık eğitimi suresince ocuk ve ergen ruh sağlığı ve hastalıkları branş rotasyonu 2 ay ile sınırlıdır. Nitekim

¹²⁷ Serhat Nasiroğlu/Bengi Semerci, "Mental Problems And Sociodemographic Characteristics In Children Driven To Committing Crimes And The Preparation Of Forensic Reports", *Psychiatry and Clinical Psychopharmacology*, 2017, C.27 S.2, s.132-138

¹²⁸ Alican Aygün, "Psiko-Yasal Değerlendirmesi Yapılan ocuk ve Ergenlerin Sosyodemografik ve Psikopatolojik Verilerinin Retrospektif İncelenmesi", Master's thesis, Bursa Uludağ University (Turkey), 2020. s.46

¹²⁹ Tuğba Yüksel, "Bir niversite Hastanesi ocuk Psikiyatrisi Polikliniğinde Değerlendirilen Suça Surklenen ocuklar", *Dicle Tıp Dergisi*, 2019, C.46 S.3, s. 559-565.

¹³⁰ Hatice Aksu/Sevcan K. Demirkaya/Börte G. Özgür/Berk Gün, "Aydın İlinde Bir Yıldaki ocuk ve Ergen Adli Olguların Değerlendirilmesi" *Anatolian Journal of Psychiatry/Anadolu Psikiyatri Dergisi*, 2013, C.14 S.4, s. 368-377

¹³¹ Mustafa T. şener/Onur B. Dursun/Esat F. Aydın/Semiha Arslan/Mustafa Güleç, "Adli Psikiyatri Değerlendirme İstemlerinde Adli Mercilerin Tercihleri: Bir niversite Hastanesi Deneyimi", *Düşünen Adam The Journal of Psychiatry and Neurological Sciences*, 2014, C.27 S.2, s.155-159.

Çocuk Psikiyatri uzmanları tarafından hazırlanan raporların çocuğun ruhsal değerlendirme, gelişimsel ve çevresel özelliklerinin daha detaylı ele alındığı belirtilmektedir.¹³² Yukarıda da değinildiği gibi 12-15 yaş arasındaki ergenin kusur ehliyetinin değerlendirilmesi detaylı ruhsal ve gelişimsel öykü ve muayenesinin yapılması gerekmektedir. Literatürde farklı branşlar arasındaki değerlendirme farklılığına ilişkin yeterli çalışma bulunmamasıyla birlikte nitel araştırmalarda Adli Tıp Uzmanı tarafından yapılan değerlendirmenin kısa olduğu, bilişsel kapasiteyi ölçecek basit sorularla sınırlı olduğu ve SİR raporlarının dikkate alınmadığı belirtilmektedir.¹³³¹³⁴ Bir başka çalışma ise çocuk psikiyatri uzmanlarının değerlendirmesinde çocuğun ailesinden ve okuldan da bilgilerin alındığı, çocuğun içinde bulunduğu sosyokültürel farklılıkların kusur yeteneğinin belirlenmesinde kullanıldığı belirtilerek multidisipliner yaklaşımın önemi vurgulanmıştır.¹³⁵ Merkezler arasındaki bu denli değerlendirme farklılıklarının bir diğer nedeni de kusur yeteneğinin değerlendirilmesinde görüşmeciler arasındaki tutarsızlığı önleyecek kesin ve objektif bir ölçütün olmayışıdır. Uygulamada hekim raporu öncelikle adliyede görevli adli tıp uzmanlarından talep edilmektedir. Fakat adli tıp uzmanlarının psikiyatri konusunda uzman olmadıkları dikkate alındığında yapılan incelemelerin pek de düzgün olamayacağı, alınacak raporların çocuk ve ergen psikiyatristlerinden alınması kusur yeteneğinin tespitinde daha faydalı olacaktır.

SONUÇ

Hem çocuğun hem de toplumun korunması açısından riskli çocukların değerlendirilmesi ve varsa psikiyatrik müdahalenin yapılması önem taşımaktadır. Çocuk koruma kanunu ile öngörülen çocuklara özgü güvenlik tedbirlerinin bir amacı da budur. Mükerrer suçun önlenmesi ve çocuğun korunması açısından çocuklara özgü güvenlik tedbirlerinin ihtiyaç halinde zamanında ve etkin bir şekilde uygulan-

¹³² Tuğçe C. Özçelik, "Suça Sürüklenen Çocuklarda Risk Etkenlerinin ve Medikolegal Değerlendirme Sonuçlarının İncelenmesi", Uzmanlık tezi, 2019, s.92-93

¹³³ Karataş,s.180-182.

¹³⁴ Coşkun Özbudak, "Oniki-Onbeş Yaş Arasındaki Çocukların İsnat Yeteneğinin Değerlendirilmesine Dair ATK ve Mahkeme Uygulamasına Eleştiri", *Ankara Barosu Dergisi*, 2023, C.81 S.3, s.335-356

¹³⁵ Aksu/Demirkaya/Özgür/Gün, s.368-377

ması önem taşımaktadır. Çocuklara özgü güvenlik tedbirlerinin uygulanmasında yaşanan sorunlar adli süreçlerle sınırlı tutulamaz. Ancak araştırmamızın dahilindeki adli süreçlerde suça sürüklenen çocuklara zamanında ve etkin bir şekilde çocuklara özgü güvenlik tedbirlerinin uygulanmasına sorunların yaşandığı gözlenmektedir.

Yukarıda da değinildiği üzere çocuğun fiillin işlendiği tarih ile adli değerlendirme arasında geçen sürenin uzaması adli değerlendirmeyi olumsuz etkileyeceği gibi çocuğun üstün yararına yönelik atılacak adımların da gecikmesine neden olabilir. Kusur yeteneğinin doğru tespiti açısından yapılacak kanuni düzenlemeler ile hekim raporunun soruşturma aşamasında Cumhuriyet Savcısı tarafından aldırılmasının zorunlu tutulması daha doğru olacaktır. Ancak hekim raporunun Cumhuriyet Savcısı tarafından alınmasına ilişkin herhangi bir düzenleme ÇKK ve ÇKKY'de bulunmamaktadır. ÇKKY m.20/4'e eklenecek hüküm ile Cumhuriyet Savcısının da açıkça hekim raporu aldirabilecek makamlar arasında yazılması uygun olacaktır. Fakat mevcut düzenlemelerle de Cumhuriyet Savcısının hekim raporu istemesi mümkündür. CMK m.63/3 uyarınca Cumhuriyet Savcısı soruşturma aşamasında bilirkişi raporu niteliğinde olan hekim raporunu aldirabilir. Hekim raporlarının ve Sosyal inceleme raporlarının soruşturma evresinde savcılar tarafından talep edilmesi hem adli değerlendirmenin sağlıklı olabilmesi hem de suça sürüklenen çocuğun korunmasına yönelik atılacak adımların gecikmemesi adına önemlidir.

Yukarıda değinildiği üzere uygulamada sosyal inceleme raporlarının yeterince dikkate alınmadığı ve uzman hekim raporları arasında değerlendirme farklılıkları bulunmaktadır. 12-15 yaş aralığındaki suça sürüklenen çocukların değerlendirilmesinde SİR raporları ile birlikte başta Adli Tıp Uzmanları ve Çocuk Psikiyatri uzmanları olmak üzere koordineli çalışmanın önemi ortadadır. 12-15 yaş aralığında bulunan suça sürüklenen çocuklar hakkında zorunlu olarak aldırılması gereken hekim raporunun uygulamada farklı sonuçlar doğuracak şekilde hazırlanması hukuki güvenlik ve öngörülebilirlik ilkelerini zedelemektedir. Suça sürüklenen çocukların kusur yeteneğinin belirlenmesinde önem arz eden hekim raporu açısından uygulamada birliğin sağlanması son derece önemlidir. Yargıtay'ın bu konuda hukuki istikrarın sağlanması ve adil bir yargılamanın gerçekleşmesi amacıyla içtihat geliştirmesi ve farklılıkların önüne geçmesi gerekmektedir.

Kaynakça

Kitaplar

- Artuk Mehmet Emin/Gökçen Ahmet /Yenidünya Ahmet Caner, Ceza Hukuku Genel Hükümler 1, 2. Baskı, Turhan Kitapevi, Ankara 2006.
- Centel Nur/Zafer Hamide/Çakmut Özlem, Türk Ceza Hukukuna Giriş, 9. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul 2016.
- Cipriani Don, Children's Rights And The Minimum Age Of Criminal Responsibility: A Global Perspective, Routledge, 2016.
- Demirbaş Timur, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 18. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2023.
- Dönmez Burcu, Çocuk Yargılaması, 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2023.
- Dönmezer Sulhi/Erman Sahir, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, Genel Hükümler, Cilt: 2,Filiz Kitapevi, İstanbul 1997.
- Dülger Murat Volkan, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2023.
- Erem Faruk/Danışman Ahmet/Artuk M. Emin, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 14. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 1997.özge
- Hakeri Hakan, Ceza Hukuku Genel Hükümler Temel Bilgiler, 17. Baskı, Astana Yayıncılık, Ankara 2020.
- Hakeri Hakan, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 19. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2016.
- Katoğlu Tuğrul, Ceza Hukukunda Hukuka Aykırılık, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2003.
- Koca Mahmut/Üzülmez İlhan, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 16. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara 2023.
- Koçoğlu Gökten/Kaynar Süleyman, Çocuk Koruma Kanunu ve Uygulamaları, 2. Baskı, Türkiye Adalet Akademisi Yayınları, Ankara 2024.
- Özbek Veli Özer/Doğan Koray/Bacaksız Pınar, Ceza Genel Hukuku Temel Bilgiler, 14. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2023.
- Özgenç İzzet, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 19. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2023.
- Özgenç İzzet, Türk Ceza Hukuku Mevzuatı, Cilt: 1, 30. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2022.
- Özgenç İzzet/Üzülmez İlhan, Ceza Genel Hukuku, 5. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2022.
- Özge Özkan, Suça Sürüklenen Çocukların Yargılanması, Adalet Yayınevi, Ankara 2022.
- Öztürk Bahri/Erdem M. Ruhan, Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku, 18. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2018.
- Öztürk Durdane, Çocuk Hakları, 3. Baskı, Pegem Akademi, Ankara 2018.
- Sevük H. Yokuş, Uluslararası Sözleşmelerdeki İlkeler Açısından Çocuk Suçluluğu ile Mücadelede Kurumsal Yaklaşım, Beta Yayıncılık, İstanbul 1998.

- Tan Mehmet, Türk Ceza Kanunu Genel Hükümler, 1. Baskı, 2. Cilt, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2011.
- Tufan A. Evren/Sercan Mustafa, Çocuk ve Ergenlerde Adli Psikiyatri Uygulamaları, 3. Baskı, Uygulama Kılavuzu Türkiye Psikiyatri Derneği Yayınları, Ankara 2018.
- Umrov Rustem/ Yeşil Davut, Violations Against Children's Rights in Turkey in Framework of the European Court of Human Rights, Uluslararası Çocuk Kongresi, Legal Yayıncılık, Samsun 2018.
- Yalçın Türkan/Köprülü Timuçin, Ceza Hukuku Genel Hükümler Uygulamalı Çalışmaları, 5. Baskı, Savaş Yayınevi, Ankara 2018.
- Yenisey Feridun/Nuhoğlu Ayşe, Ceza Muhakemesi Hukuku, 11. Baskı, Sekin Yayıncılık, Ankara 2023.
- Zafer Hamide, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 6. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul 2016.

Makaleler

- Aksu Hatice/Demirkaya K. Sevcan/Özgür G. Börte/ Gün Berk, "Aydın İlinde Bir Yıldaki Çocuk ve Ergen Adli Olguların Değerlendirilmesi", *Anatolian Journal of Psychiatry/Anadolu Psikiyatri Dergisi*, 2013, 14(4).
- Andrade Ricardo C./Silva Valdinar A./Assumpção Jr. Francisco B., "Preliminary Data On The Prevalence Of Psychiatric Disorders In Brazilian Male And Female Juvenile Delinquents", *Brazilian Journal of Medical and Biological Research*, 2004, 37, s. 1155-1160.
- Arnett, Jeffrey J./Taber, Susan, "Adolescence Terminable And Interminable: When Does Adolescence End?" *Journal of Youth and Adolescence*, 1994, 23(5), s. 517-537.
- Ash Philip, "But He Knew It Was Wrong: Evaluating Adolescent Culpability." *Journal of the American Academy of Psychiatry and the Law Online*, 2012, 40(1), s. 21-32.
- Aydın Berna/Turla Ahmet/Koçakaya Mehmet/Karaarslan Berrin, "Samsun'da 2004 Yılında Suç İşlediği İddia Edilen Çocukların Sosyodemografik Özellikleri", *Adli Psikiyatri Dergisi*, 2005, 2, s. 5-13.
- Akbulut Berrin, "Ceza Mevzuatında Çocuk ve Çocukların Yakalanması, Gözaltına Alınması", *MÜHFHA*, Nur Centel'e Armağan, 2013, 19(2)
- Bilginer Çilem/Karadeniz Serkan/Hızarcı Sevda/Yılmaz Berrine C./Kandil Semra, "Suça Sürüklenen Çocukların Adli Psikiyatrik Değerlendirme ve Rapor Sonuçları: İki Yıllık Retrospektif Dosya Taraması", *Klinik Psikiyatri Dergisi*, 2021, 24(2), s. 217-227.
- Blakemore Sarah-Jayne/Burnett Stephanie/Dahl Ronald E., "The Role Of Puberty In The Developing Adolescent Brain", *Human Brain Mapping*, 2010, 31(6), 926-933.
- Blakemore Sarah-Jayne, "Imaging Brain Development: The Adolescent Brain." *Neuroimage*, 2012, 61(2), s. 397-406.
- Büyükbodur Derya K. A. Ç., "Sosyal İnceleme Raporlarında Ceza Sorumluluğu Değerlendirmesi", *Social Sciences Studies Journal (SSSJournal)*, 2022, 6 (73), s. 5034-5041.
- Cauffman Elizabeth/Steinberg Laurence, "(Im) Maturity Of Judgment In Adolescence: Why Adolescents May Be Less Culpable Than Adults", *Behavioral Sciences & the Law*, 2000, 18(6), s. 741-760.

- Christie Deborah/Viner Russell, "Adolescent Development" *BMJ*, 2005, 330(7486), s. 301-304. doi: 10.1136/bmj.330.7486.301.
- Cottle Charles C./Lee, Robert J./Heilbrun, Kirk, "The Prediction Of Criminal Recidivism In Juveniles: A Meta-Analysis" *Criminal Justice and Behavior*, 2001, 28(3), s. 367-394.
- Çabuk Gülçin, "Çocuk Suçluluğu Bağlamında Çocuğu Suça İten Nedenler" *Sosyal Politika ve Sosyal Hizmet Çalışmaları Dergisi*, 2022, 3(1), s. 129-142.
- Çakaloz Burcu/Ünlü Gülşen/Terzioğlu M. Aktaş/Çetin Nazlı K./Tekkanat Çiğdem, "Çocuklarda Suç Davranışı ile Sosyodemografik Özelliklerin ve Zekanın İlişkisi", *Anadolu Psikiyatri Dergisi*, 2016, 17(5), s. 411-418.
- Çuhadaroglu Fusun, "Adolescent Mental Health: A Subject Usually Neglected" *Journal of Indian Association for Child and Adolescent Mental Health*, 2018, 14(3), doi: 10.1177/0973134220180302.
- Dirol Fikret/Cantürk Gülsün/Küçüker Hacer, "1997-1999 yıllarında Elâzığ İli Adli Tıp Şube Müdürlüğünde Farik ve Mümeyyizlik Muayenesi Yapılan Olguların Değerlendirilmesi" *Klinik Adli Tıp*, 2002, 2(2).
- Eyüboğlu Mehmet/Eyüboğlu Derya, "Psychiatric Disorders, Sociodemographic Features And Risk Factors In Children Driving To Committing Crime" *Klinik Psikiyatri Dergisi*, 2018, 21(1), s. 7-14.
- Gardner Melissa/Steinberg Laurence, "Peer Influence On Risk Taking, Risk Preference, And Risky Decision Making In Adolescence And Adulthood: An Experimental Study" *Developmental Psychology*, 2005, s. 41.
- Gladwin Thomas E./Figner Bernd, "Hot Cognition And Dual Systems: Introduction, Criticisms, And Ways Forward" In *Neuroeconomics, Judgment, and Decision Making*, *Psychology Press*, 2014.
- Gluckman Peter D./Hanson Mark A., "Changing Times: The Evolution Of Puberty" *Molecular and Cellular Endocrinology*, 2006, s. 254.
- Gogtay Nitin/Giedd Jay N./Lusk Lesley/Hayashi Kiralee M./Greenstein Deanna/Vaituzis Ana C./Thompson Paul M. "Dynamic Mapping Of Human Cortical Development During Childhood Through Early Adulthood" *Proceedings of the National Academy of Sciences*, 2004, 101(21), s. 8174-8179.
- Goldstein Naomi/Olubadewo Oluseyi/Redding Richard E/Lexcen Frances, "Mental Health Disorders: The Neglected Risk Factor In Juvenile Delinquency" In *Juvenile Delinquency: Prevention, Assessment, and Intervention*, 2005, s. 85-110.
- Göker Zehra/Hesapçioğlu S. Tülay/Sarp K. Sarp/Kandil S. T. (n.d.), "KTÜ Tıp Fakültesi Çocuk-Ergen Ruh Sağlığı ve Hastalıkları Polikliniğine Son İki Yılda Başvuran Adli Olguların Değerlendirilmesi".
- Polat Halil, "Türk Hukukunda Çocukların Cezai Sorumluluğu ve Yargılamalarındaki Özellikler Üzerine Bir İnceleme" *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 2010, S. 90
- Johnson Suzanne B./Blum Robert W./Giedd Jay N., "Adolescent Maturity And The Brain: The Promise And Pitfalls Of Neuroscience Research In Adolescent Health Policy" *The Journal of Adolescent Health*, 2009, 45(3), s. 216-221.
- Karagöz Mehmet Y./Atılğan Mustafa/Sargın Osman Ö./Demirçin Sema, "Antalya'da Suç İşlediği İddia Edilen Çocukların Sosyodemografik Özellikleri" 10. Ulusal Adli Tıp Günleri Paneller ve Poster Sunuları Kitabı, 2003, s. 148-154.

- Kayıhan İcel, "Çağdaş Ceza Hukukunun Evrensel İlkelerinin Kabahat Türündeki Eylemler Alanındaki Boyutları" *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi*, 2016, 7.
- Kramers-Olen A. L., "Neuroscience, Moral Development, Criminal Capacity, And The Child Justice Act: Justice Or İnjustice?" *South African Journal of Psychology*, 2015, 45(4), s. 466-479.
- Kurtuluş Ali/Salman Nesrin/Günbet Gülseren/Boz B./Cenger C. Derya/Acar Kerim, "Denizli İlinde 12-15 Yaş Arasındaki Suça Sürüklenen Çocukların Sosyodemografik Özellikleri" *Pamukkale Medical Journal*, 2009, (1), s. 8-14.
- Nasıroğlu S./Semerci B., "Mental Problems And Sociodemographic Characteristics İn Children Driven To Committing Crimes And The Preparation Of Forensic Reports" *Psychiatry and Clinical Psychopharmacology*, 2017, 27(2), s. 132-138.
- Özbudak Coşkun, "Oniki-Onbeş Yaş Arasındaki Çocukların İsnat Yeteneğinin Değerlendirilmesine Dair ATK ve Mahkeme Uygulamasına Eleştiri" *Ankara Barosu Dergisi*, 2023, 81(3).
- Pillay Anthony L./Willows Clive, "Assessing The Criminal Capacity Of Children: A Challenge To The Capacity Of Mental Health Professionals" *Journal of Child and Adolescent Mental Health*, 2015, 27(2), s. 91-101.
- Pillay Anthony L., "The Minimum Age Of Criminal Responsibility, İnternational Variation, And The Dual Systems Model İn Neurodevelopment" *Journal of Child & Adolescent Mental Health*, 2019, 31(3), s. 224-234.
- Rogol Alan D./Roemmich James N./Clark Pamela A., "Growth At Puberty" *Journal of Adolescent Health*, 2002, 31(6).
- Sarı Aybüke S./Çiçek Uzun A./Bütün Celal/Yıldırım Ali, "Sivas İlinde Suça Sürüklenen Çocuk Olguların Sosyodemografik ve Klinik Özellikleri" *Adli Tıp Bülteni*, 2019, 24(3), s. 177-182.
- Saruç Semra/Güneş Derya Kayma, "Suça Sürüklenen Çocuklar Hakkında Hazırlanan Sosyal İnceleme Raporlarının Mahkeme Kararlarına Etkisi" *Toplum ve Sosyal Hizmet*, 2014, 25(1), s. 109-132.
- Sawyer Susan M./Azzopardi Peter S./Wickremarathne Dinusha/Patton George C., "The Age Of Adolescence" *The Lancet Child & Adolescent Health*, 2018, 2(3), s. 223-228.
- Özar Süleyman, "Suça Sürüklenen Çocuğun Ceza ve Güvenlik Tedbiri Sorumluluğu" *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, 55, 2023.
- Şener M. T./Dursun O. B./Aydm E. F./Arslan S./Güleç M., "Adli Psikiyatri Değerlendirme İstemlerinde Adli Mercilerin Tercihleri: Bir Üniversite Hastanesi Deneyimi", *Düşünen Adam The Journal of Psychiatry and Neurological Sciences*, 2014, 27, s. 155-159.
- Şensoy Naci, "Eski Devirlerde ve İslamda Yaşın Cezai Mesuliyet Üzerindeki Tesiri." *İÜHFİM*, 1947, 13(2).
- Trinidad Andrea/Vozmediano Lucia/San-Juan Carolina, "Environmental Factors İn Juvenile Delinquency: A Systematic Review Of The Situational Perspectives' Literature" *In Reviewing Crime Psychology*, 2020, s. 240-266.
- Weinberger Daniel R./Elvevåg Brita/Giedd Jay N., "The Adolescent Brain." *Washington, DC: National Campaign to Prevent Teen Pregnancy*, 2005, 1, s. 10-12.

Yüksel Tuğba, "Bir Üniversite Hastanesi Çocuk Psikiyatrisi Polikliniğinde Değerlendirilen Suça Sürüklenen Çocuklar" *Dicle Tıp Dergisi*, 2019, 46(3).

Mahkeme Kararları

Anayasa Mahkemesi. (2009). E.2006/72, K.2009/24, 19 Şubat 2009, R.G. Tarih-Sayı: 25 Haziran 2009-27269. <https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/ND/2009/24>.

European Court of Human Rights. (1999). *T. v. The United Kingdom*, Application No. 24724/94, Judgment of 16 December 1999, para. 71.

Yargıtay Ceza Genel Kurulu Kararı. (2017). 04 Nisan 2017 tarih ve 2014/13-518 E., 2017/208 K.

Yargıtay Ceza Genel Kurulu Kararı. (2018). 20 Kasım 2018 tarih ve 2016/6-986 E., 2018/554 K.

Yargıtay Ceza Genel Kurulu Kararı. (2019). 18 Nisan 2019 tarih ve 2018/13-154 E., 2019/345 K.

Yargıtay Ceza Genel Kurulu Kararı. (2020). 30 Ocak 2020 tarih ve 2016/14-73 E., 2020/40 K.

Yargıtay 6. Ceza Dairesi Kararı. (2021). 23 Şubat 2021 tarih ve 2020/4694 E., 2021/4004 K.

Yargıtay 2. Ceza Dairesi Kararı. (2021). 29 Eylül 2021 tarih ve 2020/19899 E., 2021/15555 K.

Yargıtay 2. Ceza Dairesi Kararı. (2022). 3 Ekim 2022 tarih ve 2022/7565 E., 2022/15974 K.

İnternet Kaynakları

19.06.2024

cocukadaletsistemininuygulanmasi.pdf (barobirlik.org.tr) erişim tarihi 06.07.2024

https://cocukhaklari.barobirlik.org.tr/dokuman/mevzuat_uamevzuat/cocukhaklariininkullanilmasinaailiskin.pdf,

<https://www.unicef.org/turkiye/%C3%A7ocuk-haklar%C4%B1na-dairs%C3%B6zle%C5%9Fme>, 19.06.2024

<https://www.who.int/initiatives/global-accelerated-action-for-the-health-of-adolescent/aa-ha!-guidance-2d-edition> erişim tarihi 21.06.2024

Diğer Kaynaklar

Tezler

Aygün Alican, Psiko-yasal değerlendirme yapılan çocuk ve ergenlerin sosyodemografik ve psikopatolojik verilerinin retrospektif incelenmesi, Yayınlanmamış yüksek lisans tezi, Bursa Uludağ Üniversitesi, Bursa 2020.

Karataş Zeki, Çocuk adalet sistemi kapsamında suça sürüklenen çocuklara yönelik uygulamaların nitel analizi, Bursa Uludağ Üniversitesi, Yayınlanmamış yüksek lisans tezi, Bursa 2016.

Özçelik T. Cansu, Suça sürüklenen çocuklarda risk etkenlerinin ve medikolegal değerlendirme sonuçlarının incelenmesi, Yayınlanmamış uzmanlık tezi, İstanbul 2019.

SİT KAVRAMI VE BİR ALANIN SİT OLARAK BELİRLENMESİ (İDARE HUKUKU AÇISINDAN BİR İNCELEME)

THE CONCEPT OF SITE AND THE DESIGNATION OF AN AREA AS A SITE (A STUDY IN TERMS OF ADMINISTRATIVE LAW)

Cengiz Ozan ÖRS*

Özet: Sit kavramı, 2863 sayılı Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kanunu ve ikincil mevzuatında düzenlenen bir koruma alanı statüsüdür. Bir alanın sit statüsüne alınması yetkili kurulların alacağı sit tescil kararıyla olmaktadır. Bir idari işlem olarak doğal sit tescil kararları, diğer sit türlerine ilişkin tescil kararlarına göre farklı yetki ve usul kurallarına tabidir. Diğer sit türlerinin aksine, tabiat varlıklarını koruma bölge komisyonunun doğal sit tescil kararları onay ile tamamlandığından icrai olmayan işlemlerdir. Sit kararı, kamu yararı gereği korunması gerekli alanda sit korumasının başlamasını sağlar. Bu sit koruması, özel planlama kural ve araçları ile sit irtifaklarıyla gerçekleşmektedir. Diğer yandan, sit kararının ilgililerin mülkiyet hakkı üzerinde de önemli etkileri ve sonuçları bulunmaktadır. Mülkiyet hakkını kısıtlayıcı etkilere sahip olmasına rağmen 2863 sayılı Kanun'da bir düzenleme başlangıcı olmaksızın idarenin düzenleyici işlemleriyle sit alanları ile ilgili düzenlemeler getirilmiştir. Bu durum, normlar hiyerarşisi prensibi ve Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın 13'üncü, 35/2'nci ve 63/2'nci maddeleri bağlamında hukuka aykırılık sorunu taşımaktadır.

Anahtar Kelimeler: Koruma Alanı, Sit Alanı, Etkileşim Geçiş Sahası, Kırsal Sit, Kültürel Peyzaj, Sit Kararı, İcrai/İcrai Olmayan İşlem, Koruma Amaçlı İmar Planı, Kamu Yararı, Mülkiyet Hakkı

Abstract: The concept of site refers to a conservation area status regulated under Law No. 2863 on the Conservation of Cultural and Natural Assets and its secondary legislation. The designation of an area as a site status is made through a site registration decision by the authorized committees. As an administrative act, natural site

* Avukat, Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Doktora Öğrencisi, ozanors@izmir.av.tr, ORCID: 0000-0003-4517-7902, Makalenin Gönderim Tarihi: 16.09.2024, Kabul Tarihi: 25.11.2024

registration decisions are subject to different authority and procedural rules compared to registration decisions related to other types of site. Unlike other types of site, the registration decisions of the regional commissions for the protection of natural assets are non-executive acts, as they are completed with approval. The site decision initiates site protection in the area that needs to be preserved for public interest. This site protection is implemented through special planning rules and tools, as well as through site easements. On the other hand, the site decision also has significant impacts and consequences on the property rights of those concerned. Despite having restrictive effects on property rights, regulations related to site areas have been introduced through the regulatory acts of the administration without an initial provision in Law No. 2863. This situation poses a legal issue in the context of the principle of hierarchy of norms and Articles 13, 35/2, and 63/2 of the Constitution of the Republic of Türkiye.

Keywords: Conservation Area, Site Area, Interaction Transition Zone, Rural Site, Cultural Landscape, Site Decision, Executory/Non-Executory Act, Conservation Plan, Public Interest, Property Right

GİRİŞ

Arkeoloji, tarih, etnografi, estetik, ekoloji gibi disiplinler yönünden ifade ettikleri anlam ve önem nedeniyle bazı alanların korunması gerekir. Milli park, özel çevre koruma bölgesi, su havzaları, sit gibi alanlar bu cümledendir. Sit kavramı, 2863 sayılı Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kanunu ve ona dayanarak çıkarılan ikincil mevzuatta bir koruma alanı statüsü olarak düzenlenmiştir. Bu yönüyle hukuki açıdan sit kavramı, hukukça düzenlenen kültürel veya doğal öneme sahip ölçütleri taşıyan sınırları belirli bir alanın, kamu yararının gerektirmesi nedeniyle koruma alanı statüsüne sahip olması gerekliliğini ifade eder.

Bir alanın sit olarak belirlenerek 2863 sayılı Kanun ve ikincil mevzuatı çerçevesinde sit statüsüne alınması, yetkili kurulların alacağı sit tescil kararıyla olmaktadır. Sit kavramının hukuki açıdan incelenmesi, bir yerden sonra kavramdan idari bir işlem olarak sit kararına varmayı gerektirmektedir. İncelemeyse idare hukuku açısından ve idari işleminin öğeleri üzerinden yapılmalıdır. Sit kararının yetki ve şekil öğeleri, işlemin sahibi olan ehil irade ile bu iradenin ortaya çıkışını ve sürecini gösterirken, sebep, konu ve amaç öğeleri ise aynı zamanda sit kavramını da hukuki açıdan ortaya koymaktadır.

Konu unsuru olarak sit kararının önemli hukuki sonuçları bulunmaktadır. Sit kararı, sınırları belirlenen bir alanı sit statüsüne alarak

alandaki sit korumasının başlamasını sağlar. Bu sit koruması ise özel planlama kural ve araçları ile sit irtifaklarıyla gerçekleşmektedir. Sit kavramının başlıca dayandığı motivasyon, bu alanların imar hukukunun ve planlamanın genel kurallarıyla korunamayacak olmasıdır. Bir alanın sit olarak belirlenerek sit koruması altına alınması özel kural-lara tabi tutulmasını gerektirmiştir. Sit koruması için getirilen bu özel planlama kural ve araçları, başka hiçbir koruma alanı için söz konusu değildir.

Sit alanlarına özgü planlama kural ve araçları 2863 sayılı Kanun'un 17'nci maddesinde düzenlenmiş, korumadan ve planlamadan sorumlu idarelere yüklenen görevler belirli sürelerle bağlanmıştır. Sit alanlarının korunması amacıyla yapılması istenilen idari işlemler için 17'nci maddede süre koşulu getirilmesi korumanın gereği olduğu gibi mülkiyet hakkının kullanımının belirsizlik içinde bırakılmamasının da gereğidir.

Temel hak ve hürriyetlerden biri olan mülkiyet hakkı, özüne dokunulmaksızın ancak kamu yararı amacıyla, kanunla sınırlanabilir (Anayasa m.13; m.35/2). Bu temel prensibe uygun olarak, Anayasa'nın "tar-rih, kültür ve tabiat varlıklarının korunması" kenar başlıklı 63/2'nci maddesinde bu varlıklar ve değerlerden özel mülkiyet konusu olanlara getirilecek sınırlamaların kanunla düzenleneceği hüküm altına alınmıştır. Buna karşın, sit korumasına ilişkin mevzuatta mülkiyet hakkını sınırlandırıcı nitelikte olmasına rağmen normlar hiyerarşisi ve kanunla sınırlama prensibiyle bağdaşmayan, hukuka uygunluğu tartışmalı düzenlemeler bulunmaktadır. Bu düzenlemelere çalışmamızın ilgili kısımlarında değinilmiştir.

Yukarıda açıklamalar ışığında, bu çalışmanın birinci bölümünde sit kavramı ve unsurları, sit türleri, sit kavramından ayrı kavramlar olmakla birlikte sitin kavramsal çerçevesinin çizilmesinde göz önüne alınması gereken koruma alanı, kültür ve tabiat varlığı ile onu koruyucu nitelikteki korunma alanı, ören yeri ve etkileşim geçiş sahası kavramları sit kavramı açısından incelenmiştir. İkinci bölümde bir alanın sit olarak belirlenmesini sağlayan sit (tescil) kararı idari işlemin öğeleri üzerinden değerlendirilmiş, sit kararının hukuki niteliği tartışılmıştır. Üçüncü bölümde ise, önce sit kararının duyurulması ve bu arada ilan işleminin hukuki niteliği tartışılmış, son olarak sit kararının hukuki sonuçları incelenmiştir.

I. SİT KAVRAMI

A. Tanım

2863 sayılı Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kanunu'ndaki (KTVKK) tanımına göre sit, "tarih öncesinden günümüze kadar gelen çeşitli medeniyetlerin ürünü olup, yaşadıkları devirlerin sosyal, ekonomik, mimari ve benzeri özelliklerini yansıtan kent ve kent kalıntıları, kültür varlıklarının yoğun olarak bulunduğu sosyal yaşama konu olmuş veya önemli tarihi hadiselerin cereyan ettiği yerler ve tespiti yapılmış tabiat özellikleri ile korunması gerekli alanlardır" (m.3/a-8).

Sit, ülkemizin taraf olduğu bazı uluslararası sözleşmelerde de tanımlanmıştır. Sit, 1972 tarihli Dünya Kültürel ve Doğal Mirasın Korunması Sözleşmesine göre "tarihsel, estetik, etnolojik veya antropolojik bakımlardan istisnai evrensel değeri olan insan ürünü eserler veya doğa ve insanın ortak eserleri ve arkeolojik siteleri kapsayan alanlar" iken (m.1),¹ 1985 tarihli Avrupa Mimari Mirasının Korunması Sözleşmesine göreyse "topografik olarak tanımlanabilecek derecede yeterince belirgin ve mütecanis (homojen) özelliklere sahip, aynı zamanda tarihsel, arkeolojik, sanatsal, bilimsel, sosyal veya teknik bakımlardan dikkate değer, kısmen inşa edilmiş, insan emeği ile doğal değerlerin birleştiği alanlardır" (m. 1).

Sitin KTVKK'daki tanımıyla uluslararası sözleşmelerdeki tanımları arasında önemli farklar vardır. KTVKK'da, açıkça sayılmamakla birlikte sit türlerinden yola çıkılarak sit kavramının genel tanımına varılmıştır.² Bir diğer ifadeyle, burada sit türlerine ilişkin tanımların uç

¹ Sözleşmenin kabulünden üç yıl önce UNESCO 1969 Genel Konferansı'nın sonuç bildirgesindeyse sit kavramı "genişliği ve homojenliği ve genellikle sanatsal, estetik ya da etnografik değer ya da tarihi, edebi, efsanevi çağrışımları nedeniyle korunması ve geliştirilmesi zorunlu olan doğa ya da insanın oluşturduğu çevreler" şeklinde tanımlanmıştı. Bkz. UNESCO, Meeting of Experts to Establish an International System for the Protection of Monuments, Groups of Buildings and Sites of Universal Interest, Final Report, Unesco House, Paris, 21 - 25 July 1969, (UNESCO 1969), <http://whc.unesco.org/archive/1969/shc-md-4e.pdf>, (E.T.: 20.4.2023), p.11.

² Bkz. Bilge Umar, Altan Çilingiroğlu, Eski Eserler Hukuku, DEÜHF DSİY, Ankara 1990, s. 46; Sabih Kanadoğlu, Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Hukuku, 3. baskı, Seçkin, Ankara 2007, s. 54. Ayrıca bkz. Ahmet Gündel, Açıklamalı - İctihatlı Eski Eserler Hukuku, Seçkin, Ankara 1996, s. 20; Sibel Özel, "5226 sayılı 'Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kanunu ile Çeşitli Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun" Üzerine Bir Değerlendirme, İÜHF, İstanbul 2005, C. 63, S. 1-2, (5226 sayılı Kanun Üzerine), s. 117.

uca eklenmesiyle sit tanımı oluşturulmuştur.³ Buna karşın Sözleşmelerde sit tanımlanırken, sitin çeşitli disiplinler bakımından ifade ettiği değer, doğa ve/veya insan ürünü olma, homojenlik gibi unsurlar sayılmıştır. Sitin ilk kez⁴ tanımlandığı Mülga 25.4.1973 tarihli, 1710 sayılı Eski Eserler Kanunu'nda (EEK) sit "homojen oluşları ve özellikleri tarihi, estetik, artistik, bilimsel, ekolojik, etnografik, ebedi veya efsanevi önemleri bakımından korunmaları ve değerlendirilmeleri gereken, tabiatın veya tabiatla insanların müşterek eseri olan topografik bölgeler" olarak tanımlanmıştı (m.1/4).⁵ EEK'nın sit tanımı uluslararası sözleşmelerdekine daha yakın bir tanımdır. Sitin daha hukuksal bir tanımı ise öğretilerde *UMAR/ÇİLİNGİROĞLU* tarafından yapılmıştır. Buna göre sit, "özelliklerini ister doğaya ister doğayı insan emeğinin az ya da çok işlemesine borçlu olsun; tarihsel, bilimsel ve benzeri yönlerden taşıdığı özellikler nedeniyle tüm olarak korunup değerlendirilmesinde kamu yararı bulunan yeryüzü parçasıdır".⁶

B. Unsurları

Sitin kültürel veya doğal önem, alansal nitelik, homojenlik olarak üç ana unsuru göze çarpmaktadır.

³ Umar/Çilingiroğlu, s. 46.

⁴ Dördüncü ve son Asarı-ı Atika Nizamnamesi olarak EEK'nın yürürlüğe girişine kadar (R.G: 6.5.1973 - 14527) uygulanan, AYM'nin 6.7.1965 tarihli, E: 1965/16, K: 1965/41 sayılı kararı gereğince kanun niteliğinde olan 23.04.1906 tarihli Asarı-ı Atika Nizamnamesi, tarihi çevrenin alan ölçeğinde korunmasına ilişkin yetersiz hükümlere sahip olup doğa varlıkları ve doğal çevrenin korunmasına ilişkin düzenlemelere ise sahip değildi. Bkz. Ahmet Mumcu, "Eski Eserler Hukuku ve Türkiye", *AÜHFD*, Ankara 1969, C. 26, S. 3, (EEH 1969), s. 66 vd; Ahmet Mumcu, "Eski Eserler Hukuku ve Türkiye", *AÜHFD*, Ankara 1971, C. 28, S. 1, (EEH 1971), s. 65; Necva Akçura, "Türkiye ve Eski Eserler", *Mimarlık*, Ankara 1972, S. 106, (Türkiye ve Eski Eserler), s. 41; Besim Çeçener, "Kentleşme Açısından Eski Eser ve Çevre Korumasında İmar Mevzuatı", *Mimarlık*, Ankara 1972, S. 108, (Eski Eser ve Çevre Koruması), s. 47; Halit Çal, "Osmanlı Devletinde Asarı-ı Atika Nizamnameleri", *Vakıflar Dergisi*, Ankara 1997, S. XXVI, s. 391-400.

⁵ EEK'nın sit tanımında sayılan disiplinler UNESCO 1969 tanımında sayılan disiplinler ile büyük ölçüde örtüşmektedir. Bkz. dipnot 1.

⁶ Umar/Çilingiroğlu, s. 48. Benzer bir tanım için bkz. Kahraman Berk, "Türkiye'de Taşınmaz Kültür ve Tabiat Varlıklarının Hukuki Rejimi ile Uygulama Sorunları", *Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni*, İstanbul 1999, C. 19, S. 1-2, s. 203.

1. Kültürel veya doğal önem

Sitin Dünya Mirası Sözleşmesinde tarihsel, estetik, etnolojik veya antropolojik değerlerinden; Avrupa Mimari Mirasın Korunması Sözleşmesindeyse tarihsel, arkeolojik, sanatsal, bilimsel, sosyal veya teknik bakımlardan dikkate değer olduğundan bahsedilmiştir. Sit, farklı disiplinleri ilgilendiren kendine özgü özelliklerini yalnız doğaya borçlu olabileceği gibi doğa ile birlikte insan emeğine de borçlu olabilir.⁷ Bazen de sit, doğa ve insanın birlikte yaratılmasına katkıda buldukları birlik ve uyumdur.⁸ KTVKK'nın sit tanımında bir alanın sit niteliği yönünden aranan en önemli koşul, oluştukları ve geliştikleri dönemin sosyal, kültürel ve ekonomik ilişkilerinin yapı ve alanları içermesidir.⁹ Böylece sit, kültürel veya doğal öneme¹⁰ sahip alanlardır.

2. Alansal nitelik

Dünya Mirası Sözleşmesi ve KTVKK tanımlarında sitin alansal, Avrupa Mimari Mirasının Korunması Sözleşmesindeyse topografik¹¹ niteliğine yer verilmiştir. Sit, topografik bir bölge (alan); yani yeryüzü parçasıdır.¹² Sit, yüz ölçümsel bir alanı ifade ettiğinden çoğu kez "sit alanı" tamlamasıyla da ifade edilmiştir. Alansal niteliği sit ile taşınmaz kültür/tabiat varlığı ayrımında daha somut göreceğiz.

⁷ Umar/Çilingiroğlu, s. 46.

⁸ Muhlis Ögütçü, Çevre Kolluk İşlemleri, Yayınlanmamış Doktora Tezi, DEÜSBE, İzmir 2000, s. 37.

⁹ Emre Madran, Nimet Özgönül, Kültürel ve Doğal Değerlerin Korunması, Mimarlar Odası, Ankara 2005, (Kültürel ve Doğal Değerlerin Korunması), s. 15.

¹⁰ Kültürel veya doğal önemin kendisini gösterdiği sit ölçütleri için bkz. II. Bölüm (Sebeplere Ögesi).

¹¹ Fransızca sözcükler topographie ve topographique, eski Hellen dilinde "yer, alan, ülke" anlamlarına gelen topos sözcüğü ile yazmak, yazarak anlatmak anlamındaki graphein sözcüğünden esinlenerek türetilmişlerdir. Bkz. Umar/Çilingiroğlu, s. 47.

¹² Umar/Çilingiroğlu, s. 47. Yeryüzü parçası arazi kavramının da unsurudur. Arazi, toprak, iklim, topografya, ana materyal, hidroloji ve canlıların değişik oranda etkisi altında bulunan yeryüzü parçasıdır (5043 sayılı Toprak Koruma ve Arazi Kullanımı Kanunu m.2). Bir diğer tanıma göreyse arazi, sınırları hukuki ve geometrik yöntemlerle belirlenmiş yeryüzü parçasıdır (Tapu Sicil Tüzüğü m.9). Arazi kavramı sit türlerinde daha çok doğal siteleri ilgilendirir.

3. Homojenlik

Dünya Mirası Sözleşmesi ve KTVKK'nın aksine Avrupa Mimari Mirasının Korunması Sözleşmesi ve EEK tanımlarında sitin homojenlik niteliğinden bahsedilmiştir. Sitin homojen-mütecanis-bağdaşık¹³ niteliği, onun tüm olarak korunmasında, toplum için değerlendirilmesinde kamu yararının varlığını gösterir.¹⁴ Sitler, çevresiyle beraber tümlük oluşturan, ancak çevresiyle korunduğu zaman anlam taşıyan yerlerdir.¹⁵ Sitin homojen niteliği, onu oluşturan ev, anıtsal yapı, peyzaj elemanları, avlu duvarları vb. kültürel ve doğal değerlerin alan ölçüğünde dengeli ve eşit dağılmasını gerektirir.¹⁶ Bütünlüğün olmaması; yani içerdiği değerlerin belli noktalarda kümelenmesi nedeniyle korunması gerekmeyen alanların bu kümeler arasında yer alması durumunda alanın tümünün sit olarak belirlenmesi doğru olmaz.¹⁷ Homojenlik niteliği en çok kentsel sit türünde söz konusudur.

C. Sit Türleri

KTVKK'da yer verilen ve tanımlanan tek sit türü doğal sittir.¹⁸ Bununla beraber, Kanun'un sit tanımının yansıtan sözcüğünden sonra gelen kısımdaki kent = kentsel sit, kent kalıntısı = arkeolojik sit ve o arada kentsel arkeolojik sit,¹⁹ tarihi hadiselerin cereyan ettiği yerler = tarihi sit, tabiat özellikleri ile korunması gereken alanlar = doğal siti

¹³ Bkz. Umar/Çilingiroğlu, s. 47; Türk Dil Kurumu Güncel Türkçe Sözlük, sozluk.gov.tr, (E.T.: 20.05.2023).

¹⁴ Umar/Çilingiroğlu, s. 47.

¹⁵ Mumcu, EEH 1971, s. 63; Umar/Çilingiroğlu, s. 48; Aydın Zevkliler, Taşınmaz Malikinin Yetkileri Açısından İmar Kurallarına Aykırı ve Zarar Verici İnşaat, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Adalet Yüksek Okulu Yayınları No: 2, Ankara 1982, (Zarar Verici İnşaat), s. 369.

¹⁶ Emre Madran, "Taşınmaz Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Mevzuatının Gelişimi ve Yargısal Denetim", iç. Mekansal Planlama ve Yargı Denetimi, Der: Melih Ersoy, H. Çağatay Keskinok, Yargı Yayınevi, Ankara 2000, (TKTVK ve Yargısal Denetim), s. 162; Madran/Özgönül, Kültürel ve Doğal Değerlerin Korunması, s. 15.

¹⁷ Madran/Özgönül, Kültürel ve Doğal Değerlerin Korunması, s. 15-16.

¹⁸ EEK'da ise sit dışında tabii (doğal) sit, arkeolojik sit/ören yeri, tarihi sit türleri de tanımlanmıştı (m.1).

¹⁹ Kent ve kent kalıntısı denildiğinden, sit tanımı kentsel arkeolojik siti de içerir. Bkz. Umar/Çilingiroğlu, s. 46.

ifade eder.²⁰ Kanun'da örtülü olarak işaret edilen bu sit türleri, Korunması Gerekli Taşınmaz Kültür Varlıklarının ve Sitlerin Tespit ve Tescili Hakkında Yönetmelik'te (TKVSTTY) açıkça sayılmıştır (m.3). Doğal sit dışındaki sit türleri, kültürel sit çatı terimi altında toplanabilir.²¹ UNESCO belgelerinde ise kırsal sit ve kültürel peyzaj türlerine de yer verilmiştir.

Bu noktada, Kanun'da açıkça belirtilmeyen sit türlerinin düzenlenmesinin Yönetmelik'e bırakılmasının hukuka uygun olup olmadığının üzerinde durulması gerekir. Uluslararası sözleşmeler ve Mülga EEK'nun aksine sit türleri tanımlarının uç uca eklenmesiyle KTVKK'da sit tanımı oluşturulduğundan, bizce Kanun'un düzenleme başlangıcını yaparak çerçeveyi çizdiğinin²² kabulü gerekir. Bu nedenle, bu çer-

²⁰ Madran, TKTVK ve Yargısal Denetim, s. 160; Madran/Özgönül, Kültürel ve Doğal Değerlerin Korunması, s. 15. Ayrıca bkz. Umar/Çilingiroğlu, s. 46; Gündel, s. 20; Berk, s. 202-203.

²¹ Dünya Mirası Sözleşmesi site kültürel miras içinde yer verdiği için (m.1), sit kavramı Sözleşme uygulamasında kültürel sit terimiyle de ifade edilmiştir. Bkz. Bkz. <https://whc.unesco.org/en/convention/>, (E.T.: 24.04.2023); Dennis Rodwell, "The Unesco World Heritage Convention, 1972-2012: Reflections and Directions", *The Historic Environment*, Vol. 3, No. 1, April, 2012, (World Heritage Convention), p. 65; Nora Mitchell, Mechtild Rössl, *World Heritage Cultural Landscapes A Handbook for Conservation and Management*, Ed: Pierre-Marie Tricaud, UNESCO World Heritage Centre, Paris 2009, p. 19, 25, 54; Peter Bille Larsen, Gamini Wijesuriya, "Nature - Culture interlinkages in World Heritage: Bridging the gap", *World Heritage Review*, No. 75, 2015, p. 6, 9. 2008 tarihli ICOMOS Kültürel Miras Alanların Algılanması ve Sunumu Tüzüğüne göre kültürel sit peyzaj, yerleşim alanı, mimari kompleks, arkeolojik sit gibi alanları veya bilinmiş ayakta kalan yapılar ile tarihi ve kültürel önemleri nedeniyle korunan yerleri ifade eder. Bkz. The ICOMOS Charter for the Interpretation and Presentation of Cultural Heritage Sites 2008, p. 2. İnsan ürünü olup kültürü ilgilendirmeleri nedeniyle, doğal sit dışındaki sit türleri (kentsel, arkeolojik, kentsel arkeolojik, tarihi) "kültürel sit" çatısı altında toplanabilir. Kültürel sit teriminin bu yönde kullanımı için bkz. Serap Akipek, "Dünya Kültürel ve Doğal Mirasının Korunmasına Dair Sözleşme'nin Değerlendirilmesi", AÜHFD, Ankara 2001, C. 50, S. 4, s. 18; Ilgın Özkaya Özlüer (Haz.), Soru ve Yanıtlarla Kültür ve Tabiat Varlıklarının Korunması Rehberi, Ekoloji Kolektifi Derneği, İstanbul 2018, (Kültür ve Tabiat Varlıklarının Korunması), s. 10. Aslında kültürel sit çatı teriminin pratik bir faydası da vardır. Zira sit kararının yetki ögesinde göreceğimiz üzere, kültürel sit çatısı altında toplanan bu sit türlerinin ilanında hep Kültür Varlıklarını Koruma Bölge Kurulları (KVKBK) yetkilidir. KTVKK ve ona dayanarak çıkarılan ikincil mevzuatta ise kültürel sit terimi kullanılmamıştır.

²² Bkz. Turan Güneş, Türk Pozitif Hukukunda Yürütme Organının Düzenleyici İşlemleri, AÜSBFY, Ankara 1965, s. 135, 147.

çevenin içinin doldurularak doğal sit dışındaki sit türlerinin ilk defa Yönetmelik'te adlandırılarak tanımlanması, Kanun'un çizdiği sınırlar içindedir ve normlar hiyerarşisi ilkesine²³ uygundur.

1. Doğal Sit

KTVKK'daki tanımına göre doğal sit, "jeolojik devirlere ait olup, ender bulunmaları nedeniyle olağanüstü özelliklere sahip ve yer üstünde, yer altında veya su altında bulunan korunması gerekli alanlardır" (m.3-a/13) (Ek: 8/8/2011-KHK-648/41 md).²⁴

KTVKK'da doğal sit sınıflandırması ile ilgili bir düzenleme olmadığı gibi sınıflandırmanın Yönetmelikle yapılacağına ilişkin bir düzenleme başlangıcı da yoktur. Buna karşın düzenleyici işlemlerde doğal sit üç kategoriye ayrılarak sınıflandırılmıştır. Mülkiyet hakkının kullanımını ilgilendirmesine rağmen düzenleyici işlemler ile yapılan bu sınırlayıcı düzenlemelerin normlar hiyerarşisi ilkesi ve Anayasa'nın 13'üncü, 35/2'nci ve 63/2'nci maddeleri ile bağdaşmaması nedeniyle hukuka aykırı olduğunu düşünüyoruz.

²³ "Normlar hiyerarşisi' kuramına göre, hukuk düzeni, farklı kademedede yer alan Anayasa, kanun, yönetmelik ve diğer düzenleyici işlemlerden oluşan birçok normu içermekte ve her norm geçerliliğini bir üst basamakta yer alan normdan almaktadır. Normlar hiyerarşisine göre kanundan sonra gelen yönetmelik, genelge, tebliğ, talimat gibi düzenlemelerin ancak kanundaki düzenlenmenin açıklanması ile ilgili olacağı, bu metinlerde kanun ile yapılan düzenlemeyi genişletici veya daraltıcı mahiyette hükümlere yer verilemeyeceği hukukun genel ilkelerindedir". Bkz. Dnş. 10. D, T. 09.02.2023, E:2018/3428, K:2023/419.

²⁴ Dünya Mirası Sözleşmesinde ise doğal miras kapsamında fakat tanımlanmaksızın doğal sit terimine yer verilmiştir (m.2). Sözleşmenin kabul edilişinden dört yıl önceki UNESCO 1968 Konferansı sonuç bildirgesindeyse doğal sit, "estetik, pitoresk veya etnografik değerlere ya da tarihi, edebi veya efsanevi bağlantılara sahip doğal bütünlük gösteren geniş ölçekli yerler" olarak tanımlanmıştı. Bkz. UNESCO, Meeting of Experts to Co-Ordinate, With a View to Their International Adoption, Principles and Scientific, Technical and Legal Criteria Applicable to the Protection Of Cultural Property, Monuments and Sites, Final Report, Unesco House, Paris, 26 February-2 March 1968, (UNESCO 1968), <http://whc.unesco.org/archive/1968/shc-cs-27-8e.pdf>, (E.T.: 20.4.2023), p. 10, 21. UNESCO 1969 Konferansında ise, tüm ülkelerin üzerinde uzlaştığı bir kavram olmaması nedeniyle doğal sit terimi kullanılmamıştır. Bkz. UNESCO 1969, p. 29. Doğal sit EEK'da "korunması gerekli tabiat güzellik ve gariplikleri ile tabii ve jeolojik olayların meydana getirdiği güzel görünümlere, asırlık ağaç ve koruluklar" olarak tanımlanmıştı (m.1).

Doğal sit sınıflandırması Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Yüksek Kurulu'nun (KTVKYK) ilke kararlarında derece sistemiyle²⁵ yapılmaktaydı. 19.07.2012 tarihli ve 28358 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren Korunan Alanların Tespit, Tescil ve Onayına İlişkin Usul ve Esaslara Dair Yönetmelik'te (KATTY) ise kategori sistemi benimsenmiş olup doğal sitlerin a) kesin korunacak hassas alanlar, b) nitelikli doğal koruma alanları, c) sürdürülebilir koruma ve kontrollü kullanım alanları olarak üç kategoriye ayrıldığı düzenlenmiştir (m.6/2).²⁶

²⁵ KTVKYK'nın 28.6.1988 gün, 24 sayılı ilke kararında doğal sitler 1. derece ve 2. derece doğal sit olarak sınıflandırılmıştı. KTVKYK'nın 5.11.1999 gün, 659 sayılı Doğal (Tabii) Sitler, Koruma ve Kullanma Koşulları İlke Kararı ise doğal siteleri üçe ayırarak 1. derece, 2. derece ve 3. derece doğal sit olarak sınıflandırmıştır. KTVKYK'nın 19.6.2007 gün, 728 sayılı Doğal (Tabii) Sitler, Koruma ve Kullanma Koşulları ile ilgili İlke Kararında da üçlü ayırım devam etmiştir. Buna göre, 1. derece doğal sit "bilimsel muhafaza açısından evrensel değeri olan, ilginç özellik ve güzelliklere sahip olması ve ender bulunması nedeniyle kamu yararı açısından mutlaka korunması gerekli olan, korumaya yönelik bilimsel çalışmalar dışında aynen korunacak alanlardır" (m.1). 2. derece doğal sit "doğal yapının korunması ve geliştirilmesi yanında kamu yararı göz önüne alınarak kullanıma açılacak alanlardır" (m.2). 3. derece doğal sit "doğal yapının korunması ve geliştirilmesi yolunda, yörenin potansiyeli ve kullanım özelliği de göz önünde tutularak konut kullanımına da açılacak alanlardır" (m.3).

²⁶ Doğal sitin üç kategorisi KATTY ve Tabiat Varlıklarını Koruma Merkez Komisyonu'nun (TVKMK) 01.07.2022 gün, 113 sayılı Doğal Sit Alanları Koruma ve Kullanma Koşulları İlke Kararı'nda tanımlanmıştır. Kesin korunacak hassas alanlar KATTY.m.7'de "kaynak değerlerinin korunması için; alan kullanımı ve alana tüm etkilerin sınırlandırıldığı, gerektiğinde insanların bölgeye girişlerinin engellendiği, bilimsel araştırmalar, eğitim ya da çevresel izleme amacıyla özel önlemler alınarak korunacak, kara, su, deniz alanları olup Cumhurbaşkanı kararı ile ilan edilerek yapı yasağı getirilen mutlak korunması gereken alanlardır" biçiminde tanımlanmıştır. 113 sayılı İlke Kararı'nda ise daha ayrıntılı bir tanım olarak, "ulusal ve uluslararası öneme sahip tür, habitat ve ekosistemleri bünyesinde barındıran, biyolojik, jeolojik ve jeomorfolojik özellikleri açısından ekosistem hizmetlerine katkı sağlayan, insan faaliyetleri sonucu bozulma veya tahrip olma riski yüksek olan, bitki örtüsü, topoğrafya ve silüetin korunması ve gelecek nesillere aktarılması gereken ve Cumhurbaşkanı Kararı ile ilan edilen kara, su ve deniz alanlarıdır" denilmiştir. Nitelikli doğal koruma alanları "doğal yapısı değişmemiş veya az değişmiş, modern yaşam ve önemli ölçüde insan faaliyetleri tarafından etkilenmemiş, doğal süreçlerin hâkim olduğu, koruma amaçlarına uygun olarak yörede yaşayanların alanın mevcut kaynaklarını kullanmasını sağlayarak doğal hayata dayalı geleneksel yaşam şekillerinin korunduğu kara, su deniz alanlarıdır" (KATTY.m.8/1; Aynı yönde 113 sayılı İlke Kararı). Sürdürülebilir koruma ve kontrollü kullanım alanları ise "ulusal, bölgesel ve yerel seviyelerde doğal

2. Kentsel Sit

Kentsel korumanın öznesi tarihsel kent olup²⁷ kentsel koruma, kentin özgün karaktere sahip mimari ve tarihe öneme sahip inşa edilmiş çevresinin korunmasıdır.²⁸ Önceleri tarihi çevrenin tüm öğeleriyle bir bütün olarak korunması ve geliştirilmesi anlayışı yoktu. Koruma altına alınanlar anıtsal yapılar ve köşk, kasır vb. sivil mimarlık örnekleriydi.²⁹ 1960'larla birlikte yavaş yavaş tarihi, geleneksel değerleri olan çevreler, şehir ve kasaba dokuları, aralarında anıt olsun olmasın korunmaya başlanmıştır.³⁰ Fiziksel çevrenin öğeleri olan, tarihsel değere sahip tekil yapıların bir araya gelmesiyle korunacak kentsel dokular, mekanlar, sokaklar oluşmuştur.³¹ KTVKK'daki sit tanımında zımnen

kaynakların sürdürülebilir kullanımına ve kalkınmaya destek olan, insanlar ve doğa arasında dengeli ilişkilerin geliştirilmesine ve muhafaza edilmesine katkıda bulunan, ekonomik ve sosyal boyutları dikkate alarak doğal kaynakların sürdürülebilir koruma ve kontrollü kullanımına elverişli yerlerdir" (113 sayılı İlke Kararı, s. 3). KATTY ise, alanda izin verilen faaliyetler üzerinden sürdürülebilir koruma ve kontrollü kullanım alanı tanımı getirmiştir. Bkz. KATTY.m.9.

²⁷ Aykut Köksal, "Kentsel Koruma Bağlamının Tanım Sınırları", 2. Kentsel Koruma, Yenileme ve Uygulamalar Kolokiyumu, Ed: Mehmet Çubuk, MSÜ Matbaası, İstanbul 1995, s. 74.

²⁸ Melbourne and Metropolitan Board of Works, Metropolitan Strategy Implementation, Melbourne 1981, p. 83; Urban Design Lab, "What is Urban Conservation", <https://urbandesignlab.in>, (E.T.: 30.08.2024).

²⁹ Emre Madran, "Tarihi Çevrenin Tarihi Osmanlı'dan Günümüze Tarihi Çevre: Tavırlar-Düzenlemeler", *Dosya*, Ankara 2009, Sayı: 14.1, (Tarihi Çevrenin Tarihi), s. 13.

³⁰ Akçura, Türkiye ve Eski Eserler, s. 42; Cevat Erder, Tarihi Çevre Kaygısı Tarihine Giriş, ODTÜ, Ankara 1971, s. 2, 4, 7. Ayrıca bkz. İclal Dinçer, Oya Akın, "KTVK Kanunu Kapsamında Koruma Planı ve İdari Yapısı" 2. Kentsel Koruma, Yenileme ve Uygulamalar Kolokiyumu, Ed: Mehmet Çubuk, MSÜ Matbaası, İstanbul 1995, s. 128. Bu açıdan, anıt kavramını çevreleri kapsayacak şekilde genişleten 1964 Venedik Tüzüğü ile 1975 Amsterdam Bildirgesi oldukça önemlidir. Venedik Tüzüğü m. 1'de belirtildiği üzere, tarihi anıt kavramı sadece bir mimari eseri içine almaz, bunun yanında belli bir uygarlığın, önemli bir gelişmenin, tarihi bir olayın tanıklığını yapan kentsel ya da kırsal bir yerleşmeyi de kapsar. Bu kavram, yalnız büyük sanat eserlerini değil, ayrıca zamanla kültürel anlam kazanmış daha basit eserleri de kapsar. 1975 tarihli Amsterdam Bildirgesi'nde benzer olarak, "mimarlık mirası yalnız üstün nitelikli tek yapıları ve çevrelerini değil, tarihsel ve kültürel özelliği olan tüm kentsel ve kırsal alanları içerir. ... Koruma bugün tarihi park ve bahçelerin yanı sıra, tarihi kentler, kentlerin eski mahalleleri ve geleneksel karakteri olan kent ve köyler için de geçerlidir" denmiştir.

³¹ Mete Tapan, Koruma Bilinci, İstanbul 1995, s. 60.

işaret edilen kentsel sit TKVSTTY m. 3’de ve ilke kararında³² tanımlanmış olup “mimari, mahalli, tarihsel, estetik ve sanat özelliği bulunan ve bir arada bulunmaları ve bir bütün olarak o yerleşmenin ait oldukları dönemin yaşam biçimini gelecek nesillere aktarmaları sebebiyle teker teker taşıdıkları kıymetten daha fazla kıymeti olan, kültürel ve tabii çevre elemanlarının (yapılar, bahçeler, bitki örtüleri, yerleşim dokuları, duvarlar, sokak ve meydanlar, vb.) birlikte buldukları alanları” ifade eder.

3. Arkeolojik Sit

KTVKK’daki sit tanımında örtülü olarak işaret edilen arkeolojik sit,³³ insanlığın varoluşundan günümüze kadar ulaşan eski uygarlıkların yer altında, yer üstünde ve su altındaki ürünlerini, yaşadıkları devirlerin sosyal, ekonomik ve kültürel özelliklerini yansıtan her türlü kültür varlığının yer aldığı yerleşmeler ve alanları ifade eder (TKVSTTY m. 3).³⁴ Arkeolojik sitler, KTVKK’ya dayanarak çıkarılan TKVSTTY ve 658 sayılı İlke Kararı uyarınca üç dereceye ayrılmıştır.³⁵ Ancak bu sınıflandırma ile ilgili KTVKK’da hiçbir düzenleme başlangıcı yoktur. Bu nedenle, doğal sit sınıflandırmasındaki hukuka aykırılık sorunu burada da söz konusudur.

³² Kültür Varlıklarını Koruma Yüksek Kurulu’nun (KVKYK) 25.01.2017 gün, 681 nolu Kentsel Sitler, Koruma ve Kullanma Koşulları İlke Kararı.

³³ EEK’da ise arkeolojik sit, antik bir yerleşmenin veya eski bir medeniyetin kalıntılarının bulunduğu yer veya su altında bilinen veya meydana çıkarılan yerler olarak tanımlanmıştır (m.1).

³⁴ Aynı tanım için bkz. KTVKYK’nın 5.11.1999 gün, 658 sayılı Arkeolojik Sitler, Koruma ve Kullanma Koşulları.

³⁵ Arkeolojik sit dereceleri 658 sayılı İlke Kararı’nda tanımlanmıştır. I. derece arkeolojik sit, korumaya yönelik bilimsel çalışmalar dışında aynen korunacak alanlardır. II. derece arkeolojik sit, korunması gereken ancak koruma ve kullanma koşulları koruma kurulları tarafından belirlenecek, korumaya yönelik bilimsel çalışmalar dışında aynen korunacak sit alanlarıdır. III. derece arkeolojik sit, koruma-kullanma kararları doğrultusunda yeni düzenlemelere izin verilebilecek alanlardır. Görüldüğü üzere, 658 sayılı İlke Kararı’nda arkeolojik sit dereceleri, değer ve önemlerine değinilmeksizin yalnızca koruma/kullanma üzerinden tanımlanmıştır. Bkz. Madran, KTVK ve Yargısal Denetim, s. 189; Madran/Özgönül, Kültürel ve Doğal Değerlerin Korunması, s. 18.

4. Kentsel Arkeolojik Sit

Kentsel arkeolojik sitler, insan varlığının devam ettiği, yaşayan bir yerleşme içinde artık var olmayan bir kültüre ait izlerin, arkeolojik değerlerin görüldüğü alanlardır.³⁶ Varlığı önceden bilinen ya da sonradan ortaya çıkan arkeolojik kalıntılar, alanda yer alan kentsel dokuyla birlikte kentsel arkeolojik siti oluştururlar.³⁷ Bu alanlarda, tarihi kentlerin alt katmanlarında yer alan arkeolojik verilerin tarihi doku ile birlikte korunması söz konusudur.³⁸ Yönetmelik tanımına göre kentsel arkeolojik sit, KTVKK kapsamına giren arkeolojik sitlerle birlikte korunması gerekli kentsel dokuları içeren ve bu özellikleri ile bütünlük arz eden alanları ifade eder (TKVSTTY m 3). 702 sayılı İlke Kararındaysa³⁹ aynı tanımın sonuna “korumaya yönelik özel planlama gerektiren alanlar” ibaresi eklenerek bir tanım oluşturulmuştur.

Bu noktada kentsel arkeolojik sit ile karma sit⁴⁰ ilişkisine de değinmek gerekir. Kentsel arkeolojik sit biçiminde bir koruma statüsü düzenlenmemiş olsaydı, bu alanlar hem kentsel sit hem de arkeolojik sit olarak belirlenecekti. Bu yönüyle kentsel arkeolojik sit, mevzuatta tanımlanmış bulunan tek karma sit statüsüdür denebilir. Mevzuatta açıkça tanımlandığından ve koruma/kullanma koşullarına ilişkin ayrı bir ilke kararına da konu edildiğinden, bir noktadan sonra bu koruma statüsünü de diğer sit türleri (kentsel, arkeolojik, tarihi, doğal) gibi bir sit türü olarak kabul etmek gerektiğini düşünüyoruz.

5. Tarihi Sit

Kentsel, arkeolojik, kentsel arkeolojik sit türleri gibi tarihi sit de KTVKK'daki sit tanımında örtülü olarak işaret edilmiş ancak açıkça düzenlenmemiştir. Kanunun sit tanımındaki önemli tarihi hadiselerin cereyan ettiği yerler ibaresi tarihi siti ifade eder. TKVSTTY tanımına

³⁶ Madran/Özgönül, Kültürel ve Doğal Değerlerin Korunması, s. 29; Perihan Dönertaş, Yaşar Selçuk Şener, “Kentsel Arkeolojik Sitlerin Tanımlanması ve Kavramsal Olarak İrdelenmesi”, *Akademik Sanat*, Ankara 2023, S. 20, s. 67.

³⁷ Dönertaş/Şener, s. 64.

³⁸ Zeynep Ahunbay, “Arkeolojik Alanlarda Koruma Sorunları Kuramsal ve Yasal Açılardan Değerlendirme” *TÜBA-KED*, 2010, S. 8, (Arkeolojik Alanlar), s. 106.

³⁹ KTVKYK'nın 15.04.2005 günlü ve 702 sayılı Kentsel Arkeolojik Sit Alanları Koruma ve Kullanma Koşulları İlke Kararı. R.G.: 12.06.2005 - 25843.

⁴⁰ Karma sit için bkz. İlerisi.

göreyse (m.3) tarihi sit, insanlık tarihi, milli tarihimiz veya askeri harp tarihi açısından çok önemli tarihi olayların cereyan ettiği ve bu sebeple korunması gerekli yerleri ifade eder.⁴¹ Tarihi olayların yaşandığı yerlerin sayıca çok olduğu ülkemizde birçok tarihi sit alanı bulunmaktadır.

6. Kırsal Sit

KTVKK ve ikincil mevzuatında düzenlenmemekle birlikte, kırsal sit terimiyle⁴² ifade edilen ayrı bir sit türü bulunmaktadır. UNESCO 1968 Konferansında kırsal sit doğal siti ifade etmek için kullanılmıştır.⁴³ 1969 Konferansında ise bu görüş terk edilmiş, the terms urban sites or rural sites denilerek kentsel sit ve kırsal sit için ortak tanım verilmiştir.⁴⁴

Kırsal site konu yerler, yerleşme düzeni ve boyutları, dokuyu oluşturan yapıların türü, yapı tekniği ve malzemesiyle köy, bağ, yazlık niteliğindeki yerlerdir. Tarımsal üretime dayalı bir yerleşmedeki ahır, samanlık, serander vb. birimlerin yan yana geliş biçimi ile evlerin araziye yerleşme düzeni ilginç dokular oluşturabilir.⁴⁵ Kırsal sitler gereken hallerde doğal sit olarak belirlenmekteyse de kendine özgü bu değer

⁴¹ 11.03.2021 günlü ve 1700 sayılı Tarihi Sitler, Koruma ve Kullanma Koşulları İlke Kararında (R.G.: 30.03.2021 - 31439) ise kısmen farklı olarak "milli tarihimiz ve askeri harp tarihi açısından önemli tarihi olayların cereyan ettiği ve doğal yapısıyla birlikte korunması gerekli alanlardır" tanımı yapılmıştır.

⁴² Kırsal sit hk. bkz. Zeynep Ahunbay, Tarihi Çevre Koruma ve Restorasyon, 16. Baskı, Yem Yayın, İstanbul 2022, (Tarihi Çevre Koruma ve Restorasyon), s. 27; Madran/Özgönül, Kültürel ve Doğal Değerlerin Korunması, s. 33; Oğuz Sancakdar, Taşınmaz Kültür ve Tabiat Varlıkları Hukuku (Teorik ve Uygulamalı Bir Yaklaşım), Güncellenmiş 2. baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2012, (Taşınmaz Kültür ve Tabiat Varlıkları Hukuku), s. 34.

⁴³ Bkz. UNESCO 1968, p. 10.

⁴⁴ Kentsel sit ya da kırsal sit, tarihi ve sanatsal (artistik) yapı topluluklarını ve alanları ifade eder. Kentsel sit/Kırsal sit, çevresinden soyutlanmış ya da birlikte doku oluşturan yapı toplulukları olup önemli mimari özellikleri, homojenlikleri ya da peyzaj ile bütünleşerek oluşturdukları ortam nedenleriyle tüm olarak korunması gereken yapı topluluklarıdır. Bkz. UNESCO 1969, p. 11. Avrupa Mimari Mirasının Korunması Sözleşmesi'nde (1985) de yapı toplulukları (bina grupları) tanımında "... kentlerde veya kırsal bölgelerdeki mütecanis (homojen) bina grupları" denilmektedir (m.1/2). Kentsel ve kırsal sitler, kültürel ya da estetik öneme sahiptirler. Bkz. UNESCO, Recommendation concerning the Safeguarding of Beauty and Character of Landscapes and Sites, 11 December 1962, Paris, France, par. 1, www.unesco.org, (E.T.: 20.4.2023).

⁴⁵ Ahunbay Tarihi Çevre Koruma ve Restorasyon, s. 27.

ve potansiyelleri nedeniyle kırsal sitin ayrıca düzenlenmesi gerekir. Çünkü kırsal yerleşmelerin kendilerine özgü niteliklerini korumaları için yeterli tanım ve korumaya yönelik araçlara gereksinim vardır.⁴⁶ KTVKK ve ikincil mevzuatında kırsal site yer verilmediğinden, kırsal sit niteliği taşıyan alanlar kentsel sit ile birlikte ya da yalnızca sürdürülebilir koruma ve kontrollü kullanım alanı (eski sınıflandırmada III. derece doğal sit) olarak belirlenmektedir.⁴⁷

7. Kültürel peyzaj

Öznel ve belirsiz bir niteliğe sahip⁴⁸ peyzaj terimiyle ilgili hukuksal bir tanım ortaya konulmak istenirse, peyzajdan, farklı öğelerinin tanzim edilmesi, biçimlerinin içerdikleriyle ya da renklerinin etkisiyle pitoresk veya estetik bir bütün oluşturdukları ülke parçası anlaşılmalıdır. Bir peyzaj tamamıyla doğal öğeler içerebileceği gibi bütünlüğü içinde yapılar, harabeler hatta kentsel öğelere de yer verebilir. Peyzaj, doğal ya da insan eliyle işlenmiş olsun, insanın etrafındaki görüntüyü oluşturur.⁴⁹ Avrupa Peyzaj Sözleşmesindeyse peyzaj, “özellikleri, insan ve/veya doğal faktörlerin etkileşimi ve eylemi sonucunda insanlar tarafından algılandığı şekliyle oluşan bir alan” olarak tanımlanmıştır (m.1). Peyzaj, doğal ve kültürel bir değer olarak doğa ile kültürün kavşak noktasında bulunmaktadır.⁵⁰ Tüm peyzaj alanlarının kültürel öğeleri vardır. Ancak, bir alanın kültürel peyzaj niteliği kazanması için doğa ve insan birlikteliğinin zaman içerisinde önemli ürünler vermesi ve bu ürünlerin uyum içerisinde olması gerekir.⁵¹ Bu yönüyle kültürel peyzaj, peyzaja göre daha dar bir kavramdır. Kültürel peyzaj kavramının ortaya çıkışı, UNESCO Dünya Mirası Sözleşmesi uygulamasında görülmektedir.⁵²

⁴⁶ Madran/Özgönül, Kültürel ve Doğal Değerlerin Korunması, s. 33.

⁴⁷ İkinci duruma Muğla İlinin Menteşe İlçesine bağlı Kentsel Sit ve III. derece doğal sit statülerine sahip Karabağlar Yaylası örnek verilebilir.

⁴⁸ Bu konuda ve peyzaj kavramıyla ilgili ayrıntılı açıklamalar için bkz. Ögütçü, Çevre Kolluk İşlemleri, s. 41 vd.

⁴⁹ Aktaran Ögütçü, Çevre Kolluk İşlemleri, s. 42.

⁵⁰ Ögütçü, Çevre Kolluk İşlemleri, s. 42.

⁵¹ Madran/Özgönül, Kültürel ve Doğal Değerlerin Korunması, s. 34; TMMOB Mimarlar Odası, Kültürel Peyzaj, Haz: Emre Madran, Ali Haydar Alptekin, Ankara 2009, s. 100.

⁵² 1972’de Sözleşmenin kabul edilmesinden beri karma kültürel ve doğal miras, yapı toplulukları ve onların doğal çevresi tartışılmıştır. İlk yıllarda doğal ve kültürel miras arasındaki denge Sözleşmenin sit tanımındaki “doğa ve insanın ortak eserleri” ibaresinde ele alınmış; Dünya Mirası Komitesi yıllarca bu öğenin hangi terim

31.07.2021 günlü, WHC.21/01 sayılı Dünya Mirası Sözleşmesi Uygulama Rehberinde,⁵³ kültürel peyzaj düzenlenmiştir. Kültürel peyzajlar kültürel varlık olup Sözleşme'nin 1'nci maddesinde belirtilen "doğa ve insanın ortak eserlerini" temsil eder (prg.47-1). İnsan ile doğal çevre arasındaki etkileşimin çeşitli ürünlerini kapsayan kültürel peyzaj üç türe ayrılmaktadır (WHC.21/01, prg.47/3; prg. 47/B).

- 1) İnsan Tarafından Bilinçli Olarak Tasarlanan ve Yaratılan Peyzaj:
Bu peyzajlar, insan eliyle estetik nedenlerle oluşturulan ve dini ya da diğer anıtsal yapı ve yapı topluluklarını içerebilen bahçe ve büyük park peyzajlarını kapsar (WHC.21/01, prg.47/B-i). Bu alanlarda insanın müdahalesi üst düzeydedir.⁵⁴
- 2) Organik Olarak Oluşmuş Peyzaj: Başlangıçtaki sosyal, ekonomik, idari ve/veya dini gereksinim sonucu ortaya çıkan bu peyzajlar, doğal çevresiyle karşılıklı etkileşim sonucu bugünkü şeklini almış olup bu yönüyle bir oluşum sürecini ifade eder. Organik olarak gelişmiş peyzaj iki alt kategoriye ayrılır: a) *Kalıtımlı Peyzaj*: İster aniden ister belirli bir sürede olsun, gelişim sürecinin geçmiş bir zamanda sona erdiği fakat önemli ayırt edici özellikleri halen görülebilen peyzajlardır. b) *Süregelen Peyzaj*: Geleneksel yaşam biçimiyle yakından ilgili olmakla birlikte günümüz toplumundaki yerini sürdüren, zaman içindeki gelişimine dair önemli bulgular sunan ve gelişim sürecinin halen devam ettiği peyzajlardır (WHC.21/01, prg.47/B-ii). Çin'deki birkaç bin yıllık pirinç ekim terasları bu türe örnektir. Çevrelerindeki arazinin ve bu araziden ürün alınımının doğal ve geleneksel yönlerini hala koruyan ve sürdüren kırsal yerleş-

ile nitelendirilebileceğini tartışmıştır. Bkz. Mitchell/Rössler, p. 3. 1992 UNESCO Dünya Mirası Komitesi Konferansı'nın 16. oturumunda, sit tanımında yer alan "Doğa ve insanın ortak eserleri" ibaresini karşılayan sit türü olarak kültürel peyzaj terimi kabul edilmiştir. Bkz. Cultural Landscapes, History and Terminology, <https://whc.unesco.org/en/culturallandscape/#1>, (E.T.:16.4.2023); Sun Hua, "World Heritage Classification and Related Issues- A Case Study of the 'Convention Concerning the Protection of the World Cultural and Natural Heritage'", *Proceedia Social and Behavioral Sciences* 2, 2010, p. 6957; Mitchell/Rössler, p. 3.

⁵³ WHC.21/01 The Operational Guidelines for the Implementation of the World Heritage Convention. Bkz. <https://whc.unesco.org/en/guidelines/>, (E.T.: 14.05.2024).

⁵⁴ TMMOB Mimarlar Odası, Kültürel Peyzaj, s. 101.

meler de bu kategoride yer almaktadır.⁵⁵ Bu alanlara doğal ve geleneksel yönlerini tümüyle korumaları itibariyle özel kırsal yerleşmeler de denilmektedir.⁵⁶

- 3) Çağrışımsal *Kültürel Peyzaj*:⁵⁷ Doğal unsurun güçlü dinsel, artistik veya kültürel çağrışımları nedeniyle öneme sahip olan peyzajlardır (WHC 21/01, prg.47/B-iii). Burada doğanın tümüyle kendi biçimlendirmesiyle oluşma söz konusudur. Ancak, insanın dini, mitolojik, tarihi vb. referanslar vermesi nedeniyle doğallığa bir de kültür boyutu eklenmiştir.⁵⁸

Kültürel peyzaj tanımının iki unsurundan birinin kültür olması, bu alanların insan eliyle oluşmuş taşınmaz kültür varlığı içermesini gerektirmektedir. Ancak bu ölçüt mutlak olmayıp kültür varlığı soyut da olabilir.⁵⁹ İnsan tarafından bilinçli olarak tasarlanan ve yaratılan peyzaj birinciye örnekken çağrışımsal kültürel peyzaj ikinciye örnektir. Kültürel peyzaja KTVKK ve ikincil mevzuatında yer verilmediğinden, kültürel peyzajın birinci türü (İnsan Tarafından Bilinçli Olarak Tasarlanan ve Yaratılan Peyzaj) çoğunlukla doğal sit olarak tescil edilmekte, peyzajın içinde yer alan ve insan eliyle oluşan anıt, yapı vb. unsurlar ise “taşınmaz kültür varlığı olarak” tescil edilmektedir.⁶⁰ Kültürel peyzaj olabilecek alanlar doğal ve arkeolojik sit olarak da tescil edilebilmektedir.⁶¹

⁵⁵ Madran/Özgönül, *Kültürel ve Doğal Değerlerin Korunması*, s. 35.

⁵⁶ Bkz. TMMOB Mimarlar Odası, *Kültürel Peyzaj*, s. 102-103.

⁵⁷ Bu peyzaj türüne Dünya Mirası Sözleşmesi Uygulama Rehberinde “associative cultural landscape” denilmiş olup kaynaklarda “Birleşik Kültürel Peyzaj” da denilmiştir. Bkz. TMMOB Mimarlar Odası, *Kültürel Peyzaj*, s. 102. Ancak biz tanım ve anlamını göz önüne alarak “çağrışımsal” sözcüğünü kullandık.

⁵⁸ TMMOB Mimarlar Odası, *Kültürel Peyzaj*, s. 101. Buna örnek olarak Manisa ili sınırlarındaki Spil Dağı eteklerindeki Niobe (Ağlayan Kaya) örnek verilmiştir. Bkz. TMMOB Mimarlar Odası, *Kültürel Peyzaj*, s. 101. Mevzuatımızda kültürel peyzaj türü düzenlenmediğinden “Ağlayan Kaya” tabiat varlığı (doğal/tabii anıt) olarak tescillidir. Bkz. <https://www.kulturportali.gov.tr/turkiye/manisa/gezilecek-yer/nobe-dogal-aniti>, (E.T.: 14.05.2024).

⁵⁹ TMMOB Mimarlar Odası, *Kültürel Peyzaj*, s. 103.

⁶⁰ TMMOB Mimarlar Odası, *Kültürel Peyzaj*, s. 100. Bu duruma Ankara'nın Çankaya ilçesinde Güven(lik) Anıtının yer aldığı Güvenpark örnek verilebilir. Güvenpark 1. Derece Doğal Sit olarak tescil edilmiştir. Bkz. <https://www.cankaya.bel.tr/pages/580/Tarih-Kentler-Birligi/>, (E.T.: 15.05.2024). İstanbul'dan ise Yıldız Parkı ve Gülhane Parkı örnek verilebilir.

⁶¹ TMMOB Mimarlar Odası, *Kültürel Peyzaj*, s. 8. İzmir İli, Bergama İlçesinde bulunan Pergamon Antik Kenti (Ören Yeri), Bergama Çok Katmanlı Kültürel Pey-

D. Bir Alanın Birden Fazla Sit Statüsüne Sahip Olması: Karma/Çakışan Sit

UNESCO Dünya Mirası Sitleri listesinde üstün değere sahip hem doğal hem de kültürel sit özelliği gösteren sitlerin karma sitler ve kültürel peyzajlar olduğu belirtilmektedir.⁶² Bununla beraber, alandaki doğal ve kültürel değerlerin aralarında köprülenebilmesi biçiminde iki kavram arasında önemli bir fark bulunmaktadır.⁶³ Karma sitler doğal ve kültürel olmak üzere her iki değere de ihtiyaç duyarken, kültürel peyzajlar alanda doğanın ve kültürün birbirine bağlanması bakımından kendine özgü, olağanüstü bir kaynaşma içerir.⁶⁴

WHC 23/01 sayılı ve 24.09.2023 tarihli Dünya Mirası Sözleşmesi Uygulama Rehberinde karma kültürel ve doğal miras kavramına yer verilmiştir: “Varlıklar, Sözleşmenin 1’nci ve 2’nci maddesinde belirtilen hem kültürel hem de doğal miras tanımlarının bir kısmını veya tamamını karşılıyor ise, ‘karma kültürel ve doğal miras’ olarak kabul edilir” (prg.46). Burada tanımlanan karma sittir.⁶⁵ Karma site konu yerler öncelikle doğal sit özelliği göstermekte, bunun yanında kültürel ölçütleri de karşıladığından her iki değere sahip karma sit şeklinde değerlendirilmektedir.⁶⁶ Öğretide de karma(şık) sit terimi benimsenmekle birlikte, Dünya Mirası Sözleşmesindeki aksine sit özelliklerinden birinin mutlaka doğal sit olması aranmamıştır.⁶⁷ Karma sitin Dünya

zaj Alanı adıyla, 2014 yılında Dünya Mirası Komitesininin 38. Dönem Toplantısında Kültürel Peyzaj kategorisinde Dünya Mirası Listesine alınmıştır. Bkz. <https://kvmgm.ktb.gov.tr/TR-100413/bergama-cok-katmanli-kulturel-peyzaj-alani-izmir.html>, E.T.: 17.4.2023).

⁶² European Commission, Natural and Cultural Heritage in Europe: Working together within the Natura 2000 network, Publications Office of the European Union, Luxembourg 2019, p. 2.

⁶³ Larsen/Wijesuriya, p. 13.

⁶⁴ Larsen/Wijesuriya, p. 13.

⁶⁵ Letícia Leitão, “Bridging the Divide Between Nature and Culture in the World Heritage Convention: An Idea Long Overdue?”, *The George Wright Forum*, 2017, Vol. 34, No. 2, p. 201.

⁶⁶ Mitchell/Rössler, p. 51, 19.

⁶⁷ Bkz. Ahunbay Tarihi Çevre Koruma ve Restorasyon, s. 27-28; Madran/Özgönül, Kültürel ve Doğal Değerlerin Korunması, s. 32; Sancakdar, Taşınmaz Kültür ve Tabiat Varlıkları Hukuku, s. 34. Mükerrer tescil ya da değişik tescillerin örtüşmesi ifadesi için ayrıca bkz. Raşit Raci Bademli, Doğal, Tarihi ve Kültürel Değerlerin Korunması, ODTÜMF, Ankara 2006, s. 23, 33.

Mirası Sözleşmesindeki anlam ve kapsamıyla ele alındığı örnekler de yok değildir.⁶⁸

Gerek KTVKK gerekse ikincil mevzuatında karma site yer verilmiş, Korunan Alanlarda Yapılacak Planlara Dair Yönetmeliğin koruma amaçlı imar planı (KAİP) tanımının yapıldığı hükmünde "... doğal sit alanları ve kentsel, arkeolojik, tarihi sit alanları ile çakışan doğal sit ..." denmiştir (m.3/1-ğ). Dünya Mirası Sözleşmesi uygulamasında karma sit terimiyle ifade edilen, Yönetmelikte çakışan sözcüğü ile ifade edilmiştir. Kültür Varlıkları ve Müzeler Genel Müdürlüğü ise hazırladığı istatistiksel metinlerde karma sit terimini kullanmış, ancak bu terim Dünya Mirası Sözleşmesi uygulamasından oldukça farklı olarak bir alanda arkeolojik, kentsel ya da tarihi sit statülerinin birlikte yer alması olarak ele alınmıştır.⁶⁹ Yönetmelikteki çakışan ibaresi ile karma sitin istatistiksel metinlerdeki ele alınış şekli birlikte değerlendirilerek karma sit - çakışan sit ayrımı da yapılmıştır. Buna göre, birden fazla kültürel sit türünün birlikte bulunduğu alanlar karma sit olarak anılmaktayken kültürel sitlerin doğal sitlerle bir arada olduğu alanlara ise çakışan sit adı verilmektedir.⁷⁰ Bizce Dünya Mirası Sözleşmesinin karma site yüklediği anlam en isabetlisidir. Karma sit hem kültürel sit hem de doğal sit özelliklerini taşıyan alanları adlandırmada kullanılmalıdır. Bir alanın birden çok kültürel sit türü özelliğini taşıması ise çoklu kültürel sit olarak ifade edilebilir

E. Sitin Kavramsal Çerçevesi

1. Sit Açısından Taşınmaz Kültür ve Tabiat Varlığı

EEK'da sit, eski eser kavramı içerisinde ele alınmıştı (m.1). KTVKK'daysa taşınır/taşınmaz kültür/tabiat varlığı kavramları⁷¹

⁶⁸ Bkz. Akipek, s. 18; Funda Solmaz Şakar, "Kapadokya Doğal ve Kültürel Miras Alanlarının Koruma ve Planlama Süreçleri", *TÜBA-KED*, 2022, Sayı: 26, s. 21.

⁶⁹ T.C. Kültür ve Turizm Bakanlığı Kültür Varlıkları ve Müzeler Genel Müdürlüğü tarafından hazırlanan "illere göre sit alanları istatistiğinde" karma sit alanlarına a) Arkeolojik ve Kentsel Sit Alanı b) Arkeolojik ve Tarihi Sit Alanı c) Tarihi ve Kentsel Sit Alanı ç) Arkeolojik-Tarihi-Kentsel Sit Alanı örnek verilmiştir. Bkz. <https://kvmgm.ktb.gov.tr/TR-44973/turkiye-geneli-sit-alanlari-istatistikleri.html>, (E.T: 21.5.2023).

⁷⁰ Özlüer, Kültür ve Tabiat Varlıklarının Korunması, s. 11-12. Uygulamada çakışık sit terimi terimi de kullanılmıştır. Bkz. Adana KVKBK'nın 30.03.2022 günlü, 14635 sayılı kararı.

⁷¹ KTVKK.m.3'de kültür varlıkları ve tabiat varlıkları da tanımlanmıştır. Kültür varlığı ve tabiat varlığı kavramları için ayrıca bkz. Umar/Çilingiroğlu, s. 41 vd;

kullanılmış, sit, bunlardan ayrı bir kavram olarak düzenlenmiştir.⁷² Danıştay'a göre, korunması gerekli taşınmaz kültür ve tabiat varlıkları ile bunların korunma alanları sit alanlarından farklılık arz eder.⁷³ Yine Danıştay'a göre, kültür ve tabiat varlıkları sitten farklı olup korunması gerekli taşınmaz kültür ve tabiat varlıkları bir değeri ifade ederken, sit alanı mekânsal durumu; yani arz üzerindeki statüyü ifade eder.⁷⁴ Yargıtay Hukuk Genel Kurulu da 1995 tarihli kararında,⁷⁵ arkeolojik sit alanının kültür ve tabiat varlıkları ile bunların korunma alanlarını bünyesinde barındıran bir bütün, alan olduğunu belirtmiştir. Bir sit türü olarak doğal sit de taşınmaz tabiat varlığından ayrıdır. Tabiat varlığı mağara, anıt ağaç ve ağaç toplulukları gibi korunması gereken doğal varlıkları ifade ederken, doğal sit korunması gerekli doğal bir alanı ifade eder.⁷⁶ 22.01.2004 tarihli ve 42 sayılı İtalyan Kültürel ve Peyzaj Mirası Kanunu'nda⁷⁷ da sit ve (tekil) kültürel varlık ayrımı yapılmıştır (m.110). Buna karşılık, sitin eski eser; kültür/tabiat varlığı olduğu

H. Fevzi Karagözoğlu, İbrahim Sönmez, Turgay Karagözoğlu, Taşınır- Taşınmaz Eski Eserler Hukuku, Hukuk Merkezi Yayınları, Ankara 1989, s. 19-21; Sancakdar, Taşınmaz Kültür ve Tabiat Varlıkları Hukuku, s. 35 vd. Kültür varlığı kavramı için ayrıca bkz. Evindar Yeşilbaş, "Kültür Varlıkları Açısından Sanat Tarihinin Önemi ve Temel Meseleleri", iç. Kültürel Miras (Kültür Varlıkları) Hukuku, Seçkin, Ankara 2022, s. 99 vd; Yücel Oğurlu, "Kültür Varlıkları Konusunun Hukuk Disiplinindeki Yeri," iç. Kültürel Miras (Kültür Varlıkları) Hukuku, Seçkin, Ankara 2022, s 33 vd.

⁷² Kanun, 6. maddesindeki "sit alanı içinde bulunan taşınmaz kültür varlıkları" ibaresiyle, sit kavramını korunması gerekli kültür ve tabiat varlığı olarak görmemiştir. Bkz. Özel, 5226 sayılı Kanun Üzerine, s. 123-124. TKVSTTY'nun adından da görüleceği üzere Yönetmelik kültür varlıkları ile siteleri ayrı kavramlar olarak ele almıştır. Nitekim KAİP tanımında yer alan "bu Kanun uyarınca belirlenen sit alanlarında, alanın etkileşim-geçiş sahasını da göz önünde bulundurarak, kültür ve tabiat varlıklarının sürdürülebilirlik ilkesi doğrultusunda korunması amacıyla" ibaresi de bu ayrımı doğrulamaktadır.

⁷³ Bkz. Dnş. 6. D., T. 13.11.2015, E. 2015/4974, K. 2015/6691, *Danıştay Dergisi*, S. 141, 2016, s. 126-127.

⁷⁴ Bkz. Dnş. 6. D., T. 25.05.2021, E. 2017/5369, K. 2021/6750; Dnş. 6. D., T. 16.06.2021, E. 2019/11484, K. 2021/8418, <https://karararama.danistay.gov.tr>, (E.T.: 26.03.2022).

⁷⁵ YHGK., T. 12.4.1995, E. 1995/7-231, K. 1995/337. Bkz. Gündel, s. 60.

⁷⁶ Bkz. <https://tvk.csb.gov.tr/sss/dogal-sit>, (E.T.: 28.3.2023). Fransız Danıştay'ı Conseil d'Etat'nın 2 Mayıs 1975 tarihli "Mme Ébri" kararına göre, doğal anıt ile yüz ölçümü küçük bir öge ya da öge kümesi anlaşılırken, sit, çok daha geniş alanları kaplayabilir. Bkz. Ögütçü, Çevre Kolluk İşlemleri, s. 38.

⁷⁷ Code of the Cultural and Landscape Heritage. Bkz. <https://whc.unesco.org>, (E.T.: 21.03.2023).

yönünde görüşler⁷⁸ de bulunmaktadır. Bizce sit, kültür/tabiat varlığı olmayıp alanın statüsünü ifade eder.

2. Sit Açısından Koruma Alanı

Koruma alanı, İngiliz Planlama Kanununda “özel karakter ya da görünümüleriyle mimari veya tarihi öneme sahip, korunması veya geliştirilmesi istenilen alanlar” olarak tanımlanmıştır⁷⁹ Koruma alanları, dikkate değer çevresel (ekolojik) ya da tarihsel öneme sahip olmaları nedeniyle istenmeyen değişikliklere karşı yasayla korunan alanlardır.⁸⁰ Uluslararası Doğa Koruma Birliği’nin (IUCN) geliştirdiği korunan alan (protected area) kavramıysa ki bu da bir tür koruma alanıdır⁸¹, “doğayla birlikte onunla ilişkili ekosistem hizmetleri ve kültürel değerlerin uzun erimli korunmasını sağlamak için ayrılmış, özel ve yasal ya da diğer etkili yollarla yönetilen, açıkça tanımlanmış bir coğrafi alandır”⁸² Bu açıklamalar ışığında koruma alanı, geniş anlamıyla ve bir üst kavram olarak siti kapsar.⁸³

⁷⁸ Bkz. Orhan Alsaç, “Kültür ve Tabiat Varlıkları Koruma Kanunu Üzerine,” *Mimarlık*, Ankara 1984, S. 202, s. 9; Madran/Özgönül, Kültürel ve Doğal Değerlerin Korunması, s. 38; Umar/Çilingiroğlu, s. 41, 98; Gündel, s. 59; Ahunbay, Tarihi Çevre Koruma ve Restorasyon, s. 22-28.

⁷⁹ Planning (Listed Buildings and Conservation Areas) Act 1990 (prg.69/1). Bkz. <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1990/9/contents>, (E.T.: 26.04.2023).

⁸⁰ Wildlife Institute of India, “Sites of Conservation Importance”, <http://www.wii-enviis.nic.in>, (E.T.: 26.04.2023).

⁸¹ Korunan alan, doğal koruma alanı şeklinde de ifade edilmiştir. Bkz. İrem Ayrancı, Nuran Zeren Gülersoy, “Kentsel Koruma Alanlarının Yönetim ve Yönetim Planı Kavramı”, Dosya, 2009, S. 14.1, s. 75. Özkaya Özlüer, tabiat varlıklarının oluşturduğu koruma alanlarına özel bir ad verilerek korunan alan dendiğini, korunan alanların koruma alanı çeşitlerinden biri olduğunu belirtmektedir. Bkz. Ilgın Özkaya Özlüer, “Sit Alanlarının Planlanması”, Yayımlanmamış Doktora Tezi, AÜS-BE, Ankara 2018, (Sit Alanlarının Planlanması), s. 7. Çevre koruma alanı terimi için ayrıca bkz. İbrahim Kaboğlu, Çevre Hakkı, 3. baskı, İmge, Ankara 1996, s. 48.

⁸² Nigel Dudley (Editor), Guidelines for Applying Protected Area Management Categories, IUCN, Gland/Switzerland 2008, p. 8. KATTY’daysa korunan alan, “Biyolojik çeşitliliğin, doğal ve bununla ilişkili kültürel kaynakların korunması ve devamlılığının sağlanması amacıyla ilgili mevzuata göre yönetilen; milli parklar, tabiat parkları, tabiat anıtları, tabiatı koruma alanları, doğal sit alanları, sulak alanlar, özel çevre koruma bölgeleri ve benzeri koruma statüsü bulunan kara, su ya da deniz alanları” şeklinde tanımlanmıştır (m.4/1-ö).

⁸³ Doğan Kuban, Türkiye’de Kentsel Koruma, 2. basım, Tarih Vakfı Yurt Yayınları, İstanbul 2010, s. 97; Hasan Gök, Koruma Alanlarındaki İmar Uygulamaları, 2. baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2020, s. 11; Özkaya Özlüer, Sit Alanlarının Plan-

3. Sit Açısından Korunma Alanı

Koruma alanı/korunma alanı ayırımına değinilmelidir. Terim yönünden benzerliklerine rağmen aslında koruma alanı ve korunma alanı farklı kavramlardır. Karşılaştırmalı hukukta da koruma alanı (conservation area) /koruyucu alan (protective zone) şeklinde bir ayırım yapıldığı görülmektedir.⁸⁴ Mevzuatta,⁸⁵ öğretide⁸⁶ ve yargı kararlarındaysa⁸⁷ koruma alanı çoğu kere korunma alanı kavramını ifade eder şekilde kullanıldığından bu iki kavram çoğu kere karıştırılmaktadır.

a. Korunma alanının amacı, kapsamı ve hukuki sonuçları

Eğer kültür/tabiat varlığının fiziken korunması dışında çevresindeki etkisi de korunmak isteniyorsa, varlığın çevresinde bir tampon bölge/geçiş bölgesi niteliğinde bir alan oluşturularak o alandaki inşai ve fiziki müdahalelerin denetim altına alınması gerekir.⁸⁸ Bu alanların, varlığı odak alan bir anlayışla,⁸⁹ varlığın kendi özelliklerine ve konumuna göre ayrı ayrı belirlenmesi gerekir.⁹⁰ Düşey gelişmeler korunması gerekli varlıkları genel peyzaj ve perspektiflerde büsbütün etki-

lanması, s. 6, 61. Mekânsal Planlar Yapım Yönetmeliğinin bazı madde hükümlerinde de "sit ve diğer koruma alanları" denerek koruma alanı kavramı siti kapsar şekilde ele alınmıştır (m.19/2-ç; m.22/2). Yine Mekânsal Planlar Yapım Yönetmeliğinin çeşitli hükümlerinde sit kavramı alanın koruma statüsü bağlamında ele alınmıştır (m.23/6-ğ; m.27/1-b, f). Ayrıca bkz. Dnş. 6. D., T. 13.11.2015, E. 2015/4974, K. 2015/6691, *Danıştay Dergisi*, S. 141, 2016, s. 126. KTVKK'daki KAİP tanımında "koruma alanı içinde yaşayan hane halkları ve faaliyet gösteren iş yerleri" ibaresi bulunmaktadır (m.3/a-8). Buradaki koruma alanı ibaresiyle sit alanı kastedilmektedir. Aynı yönde bkz. Özkaya Özlüer, *Sit Alanlarının Planlanması*, s. 6.

⁸⁴ Bkz. Council of Europe, *Guidelines On Cultural Heritage*, p.19-20.

⁸⁵ KTVKK.m.8'de korunma alanı terimi kullanılırken m.9'daysa koruma alanı terimi kullanılmıştır. Mekansal Planlar Yapım Yönetmeliğinde koruma alanı siti kapsayan bir üst kavram olarak kullanılırken (m.19/2-ç; m.22/2), korunma alanı kavramı yerine de kullanılmıştır (m.24/8).

⁸⁶ Umar/Çilingiroğlu, s. 143; Karagözoğlu/Sönmez/Karagözoğlu, s.20; Besim Çeçener, *İstanbul'un Kültür ve İmar Sorunları*, 1. baskı, Mimarlar Odası İstanbul Büyükkent Şubesi, İstanbul 1995, (İstanbul'un Kültür ve İmar Sorunları), s. 143; Madran, *TKTVK ve Yargısal Denetim*, s. 164.

⁸⁷ AYM., T. 3.7.2014, E. 2014/50, K. 2014/124, R.G.: 12/12/2014- 29203; YHGK., T. 12.4.1995, E. 1995/7-231, K. 1995/337.

⁸⁸ Emre Madran (Der), Nimet Özgönül (Der), *Yasal Düzenlemelerde Taşınmaz Kültür ve Tabiat Varlıklarının korunması ve Yerel Yönetimler*, 2. baskı, T.C. Kültür ve Turizm Bakanlığı ve TMMOB Mimarlar Odası Ankara Şubesi, Ankara 2006, (TKTV Korunması ve Yerel Yönetimler), s. 18-19.

⁸⁹ Madran/Özgönül, *Kültürel ve Doğal Değerlerin Korunması*, s. 38.

⁹⁰ Umar/Çilingiroğlu, s. 143.

siz kılabileceğinden, bu alan sınırlarında verilecek yeni gabarilerin bu yapıların boyutlarıyla boy ölçüşmeyecek şekilde olması gerekir.⁹¹ Aksi halde, yapıların yoğunluğu, boyutları ve kat yüksekliği tescilli taşınmaz varlığın görkemini geride bırakır.⁹² Böylece bu alanlar, korunması gerekli varlıkla ilişkili, o varlığı etkileyen ya da ondan etkilenen, varlığın görünümünü koruyan, çevresinde onunla uyumsuz yapılaşmaları önleyici,⁹³ bu yönlerle o varlıklara tabi olması gereken çevre mekanlarıdır.⁹⁴

Korunma alanı, KTVKK'da "taşınmaz kültür ve tabiat varlıklarının muhafazaları veya tarihi çevre içinde korunmalarında etkinlik taşıyan korunması zorunlu olan alan" olarak tanımlanmıştır (m.3/a-5).⁹⁵ Korunma alanı, karşılaştırmalı hukukta koruyucu alan (protective zone) terimiyle de ifade edilmiştir. Koruyucu alan, "korunması gerekli taşınmaz kültür varlığını çevreleyerek onu bütünselliğini, örneğin görünürlüğünü, bozucu gelişim ya da etkilere karşı muhafaza eden bir alandır".⁹⁶ Dünya Mirası Sözleşmesi Uygulama Rehberinde⁹⁷ ise tampon bölge (buffer zone) terimi kullanılmıştır (par. 103-107).⁹⁸ Hangi terimle ifade olunursa olunsun bunlar, taşınmaz varlığın fiziken korun-

⁹¹ Kuban, s. 97, 147.

⁹² Bu duruma örnek olarak Güvenpark ile ilgili bkz. Arzu Kök, "Kızılay Meydanı ve Güvenpark", 01.06.2020, <https://mugladevrim.com.tr/kose-yazarlari/arzu-kok/kizilay-meydani-ve-guvenpark>, (E.T.: 26.06.2024).

⁹³ Madran/Özgönül, Kültürel ve Doğal Değerlerin Korunması, s. 38.

⁹⁴ Kuban, s. 97.

⁹⁵ TKVSTTY'ye göreyse, bir alanın KVKBK'ca taşınmaz kültür varlığının korunma alanı olarak tespit ve tescil edilebilmesi ölçütü olarak, korunması gerekli kültür varlıklarının korunması, görünümünün ve çevreleri ile uyumlarının muhafazası için yeterli olacak tescilli veya tescili yapılan taşınmazı silüet, görünüm ve benzeri hususlarda etkileyeceği düşünülen alanlardan olması hususları göz önünde bulundurulur (m.4/1-h).

⁹⁶ Council of Europe, Guidelines On Cultural Heritage, p.20.

⁹⁷ 31.07.2021 tarihli, WHC.21/01 sayılı Dünya Mirası Sözleşmesi Uygulama Rehberi.

⁹⁸ "Aday gösterilen varlığın etkin korunması amacına yönelik olarak, bir tampon bölge, varlığın korunmasına ilave bir katman oluşturmak üzere kullanımı ve geliştirilmesine uygulanan tamamlayıcı yasal ve/veya geleneksel kısıtlamaların olduğu ve aday gösterilen varlığı çevreleyen bir alandır. Bu alan, aday varlığın yakın çevresini, önemli manzaraları ve varlığa ve onun korunmasına bir destek olarak fonksiyonel öneme sahip diğer alanları veya öznitelikleri kapsamalıdır ..." (par. 104).

masından bağımsız, görünürlüğüne ve çevresindeki göz alıcılığının korunması için çeşitli yönlerden inşai ve fiziki faaliyetlerin denetim altına alındığı, yeterli bir mesafede bu varlıkları çevreleyen alanlardır.

664 sayılı İlke Kararı⁹⁹ ile “koru(n)ma alanı belirlenmemiş sit alanı dışındaki tescilli parsellerde, bu parsel komşu olan veya aralarından yol geçse dahi bu parsel cephne veren parsellerin koruma alanı olarak kabul edilmesine, bu alanlarda gelecekte yapılacak uygulamalarda aksaklıklara neden olunmaması için Koruma Kurulundan karar alınmadan herhangi bir uygulama yapılamayacağına” karar verilmiştir. Bir alanın korunma alanı olarak belirlenebilmesi için korunması gerekli varlığın türüne göre KVKBK/TVKBK¹⁰⁰ kararı gerekir (KTVKK m .8/1, EK Madde 4). Bunun istisnasıysa görüldüğü üzere 664 sayılı İlke Kararında düzenlenmiştir. Mülkiyet hakkını ilgilendiren bu sınırlayıcı düzenlemenin düzenleyici işlem niteliğindeki ilke kararında değil, KTVKK.m.8’de düzenlenmesi gerekir.

b. Sit kavramı üzerinden korunma alanının değerlendirilmesi

Koruma alanından farklı olan korunma alanı, sitten de farklı bir kavramdır. Şöyle ki; 1) Korunma alanı genellikle taşınmaz kültür varlığı niteliğindeki yapıya bağlı bir koruma bölgesi oluşturduğu için, bu bölge içerisinde sitin gerektirdiği nitelikler olmayabilir. 2) Korunma alanında belirlenecek kısıtlar yalnızca bağlı bulunduğu taşınmaz varlığı korumaya yönelikken sit koruma kararları, siti oluşturan tüm değerlerin korunmasına yöneliktir. 3) Korunma alanı içerisinde inşaat yapmak için koruma kurulu kararı gerektiği için, bu alanla ilgili daha önce herhangi bir koruma ve kullanma koşulu belirlenmesi gerekmez. Oysa sit alanlarında, sit ilanından sonra geçiş dönemi kuralları ve sonra KAİP hükümlerinin oluşturulması ve her türlü fiziksel eylemin bu düzenleyici işlemlere göre gerçekleştirilmesi gerekir.¹⁰¹

⁹⁹ KTVKYK’nın 5.11.1999 gün ve 664 sayılı “Sit Alanları Dışındaki Üzerinde Korunması Gerekli Taşınmaz Kültür Varlığı Bulunan Parsellerin Koruma Alanı” İlke Kararı.

¹⁰⁰ Korunma alanı, taşınmaz kültür varlıkları yönünden KVKBK’ca taşınmaz tabiat varlıkları yönünden Tabiat Varlıklarını Koruma Bölge Komisyonu’nca (TVKBK) belirlenmektedir.

¹⁰¹ Madran, TKTVK ve Yargısal Denetim, s. 164; Madran/Özgönül, Kültürel ve Doğal Değerlerin Korunması, s. 38.

Korunma alanı taşınmaz kültür/tabiat varlığının yakın çevresine ilişkin iken sitler ise kültür/tabiat varlıkları ile bunların korunma alanlarını içeren büyük yüz ölçümlü alanlardır. Niteliği gereği kentsel sit sınırlarının en az yapı adası ölçeğinde olması gerekir¹⁰² Böylece, sitler kural olarak tek parselden oluşmaz. Bunun istisnasıysa arkeolojik esere ulaşılması üzerine ilgili parsele yönelik olarak I. derece arkeolojik sit kararı alınması olabilir.¹⁰³

4. Sit Açısından Etkileşim Geçiş Sahası

Etkileşim-geçiş sahası; korunması gerekli kültür varlıklarını ve sit alanlarını doğrudan etkileyen, sit bölgeleriyle bütünlük gösteren, daha önceden sit sınırları içindeyken sit sınırları dışına çıkarılmış veya sit sınırları dışında tutulmuş korunacak sokak, meydan, yapı grupları ve benzerlerinin yer aldığı, sit bölgeleri arasında kalmış, sitleri doğrudan etkileyen veya koruma amaçlı imar planlarının hazırlanma aşamasında göz önünde bulundurulması gereken alanlardır (KTVKK.m.3-a/16).¹⁰⁴ Tanımdan etkileşim-geçiş sahasının sit kavramı içinde yer almayan, ancak sitin korunması bakımından önem arz eden, sit sınırının bitiş-

¹⁰² Zevkliler, EEK'daki sit tanımına atıfla, EEK'nın belirli bir parsel üzerindeki yapıyı ya da bu parseli yahut ta birkaç parseli değil, oldukça geniş bir bölgeyi sit olarak kabul ettiğini belirtmiştir. Bkz. Zevkliler, Zarar Verici İnşaat, s. 368. "... arkeolojik 'SİT' alanı; genelde çok geniş bir sahayı kapsamakta, kültür ve tabiat varlıkları ile bunların koruma alanları ise 'SİT' alanı içerisinde, ancak daha küçük yüzölçümüne sahip kısımlarında kalmaktadır". Bkz. YHGK., T. 12.4.1995, E. 1995/7-231, K. 1995/337, Gündel, s. 60. Nitekim KTVKYK'nın 663 sayılı ilke kararıyla "... Taşınmaz kültür varlıklarının ve korunması gerekli özellik gösteren binaların tespiti ve korunmalarına ilişkin konuların değerlendirilmesi aşamalarında; Her türlü yapı tarzında ve doku özellikli yerleşmelerde korumaya değer sivil mimari örneklerinin toplu şekilde bulunduğu hallerde, bir bütün içinde yer alan tek parsel ölçeğinde karar almadan önce bütünlüğü verecek yapı adası veya sokak ölçeğinde alanın tescil edilmesine, mevzuatta yer almayan tanımların (kültür sokağı vb.) verilmesine, Yakın çevresi önemli olmayan durumlarda ise doğal olarak parsel ölçeğinde karar alınabileceğine ..." karar verilmiştir. Bkz. KTVKYK'nın 5.11.1999 gün, 663 sayılı İlke Kararı. Burada alandan kastedilen kuşkusuz (kentsel) sit alanıdır.

¹⁰³ Ancak bu parselin çevresi için de 2. Derece ya da 3. Derece arkeolojik sit kararı alınabileceği düşünüldüğünde, derecelerden bağımsız olarak arkeolojik sitin de bir parsel ile ilişkili olmayacağı söylenebilir. Bu konuda bkz. İlerisi: Arkeolojik sit ölçütleri.

¹⁰⁴ (8.8.2011 tarihli ve 648 sayılı KHK'nin 41'nci maddesiyle 2863 sayılı Kanun'un 3'üncü maddesine eklenen 16'ncı bent). Ayrıca bkz. KTVKYK'nın 19.4.1996 günlü, 420 sayılı Planlama Sırasında Etkileme Geçiş Alanı Olarak Gözönüne Alınması Gerekli Görülen Alanlara (Planlama Sınırları) İlişkin Esaslar İlke Kararı.

ğinde bir tampon bölge olduğu görülmektedir AHUNBAY'ın belirttiği üzere, sit alanlarını, hemen bitişiğinde ortaya çıkabilecek olumsuz imar hareketlerinden korumak için eski ve yeni doku arasında tampon bölgeler oluşturulmasına gerek vardır. Böylece, sit alanının hemen bitişiğinde yoğun, yüksek yapılaşma oluşmaması için önlem alınmış olur.¹⁰⁵ Belirtmek gerekir ki, bir alanın sit olarak belirlenmesi üzerine etkileşim geçiş sahasının da belirlenmesi zorunlu değildir, şartları varsa belirlenir.

5. Sit Açısından Ören Yeri

Ören, "ait olduğu eski uygarlık hakkında fikir edinmemizi sağlayan kültür ve tabiat kalıntılarından oluşan alan"¹⁰⁶ anlamına geldiğinden ören yeri kavramını da karşılar. KTVKK'da ören yeri "tarih öncesinden günümüze kadar gelen çeşitli uygarlıkların ürünü olup, topoğrafik olarak tanımlanabilecek derecede yeterince belirgin ve mütecanis özelliklere sahip, aynı zamanda tarihsel, arkeolojik, sanatsal, bilimsel, sosyal veya teknik bakımlardan dikkate değer, kısmen inşa edilmiş, insan emeği kültür varlıkları ile tabiat varlıklarının birleştiği alanlar" şeklinde tanımlanmıştır (m.3-a/7).¹⁰⁷ Bu tanım, Avrupa Mimari Mirasının Korunması Sözleşmesi'nin Türkçe çevirisi olan 13.04.1989 tarihli ve 3534 sayılı Avrupa Mimari Mirasının Korunması Sözleşmesi'nin Onaylanmasının Uygun Bulunduğu Hakkında Kanun'dan aynen alınmışsa da (m.1) Sözleşme'nin TBMM'de görüşülmesi için yapılan çeviride sites sözcüğü ören yeri (sitler) olarak çevrilmiştir. Bu nedenle KTVKK'daki ören yeri tanımı aslında Sözleşme'nin sit tanımıdır.¹⁰⁸ Öğretide haklı olarak dikkat çekildiği üzere, ören yeri

¹⁰⁵ Ahunbay, Arkeolojik Alanlar, s. 107.

¹⁰⁶ Türk Dil Kurumu Güncel Türkçe Sözlük, <https://sozluk.gov.tr>, (E.T.: 29.07.2023). Ören; yıkıntı, özellikle kent ya da kale yıkıntıları anlamında kullanılan bir deyimdir. Bkz. Umar/Çilingiroğlu, s. 106.

¹⁰⁷ Ek:14.7.2004 – m. 5226/1 Ören yeri EEK'daysa arkeolojik sit ile eş anlamda kullanılarak, "antik bir yerleşmenin veya eski bir medeniyetin kalıntılarının bulunduğu yer veya su altında bilinen veya meydana çıkarılan yerler" şeklinde tanımlanmıştır (m. 1).

¹⁰⁸ Madran/Özgönül, Kültürel ve Doğal Değerlerin Korunması, s. 15. Şu kadar ki, KTVKK'ye ören yeri tanımında, Sözleşme'deki sit tanımının başına "tarih öncesinden günümüze kadar gelen çeşitli uygarlıkların ürünü olup" ibaresi getirilmiş, "doğal değerlerin" ibaresiyse "kültür varlıkları ile tabiat varlıklarının" ibaresiyle değiştirilmiştir.

yalnızca arkeolojik alana karşılık gelmesine rağmen Kanun'daki ören yeri tanımı Sözleşmenin sit tanımı olduğundan tüm kentsel, tarihi, arkeolojik ve doğal siteleri de ifade etmiştir.¹⁰⁹

Ören yerinin arkeolojik sit ile ilgisine gelince, 658 sayılı İlke Kararında¹¹⁰ I. ve II. derece arkeolojik sit alanları içerisinde yer alan ören yerlerinden bahsedilmiştir (m. 1/d; m. 2/b).¹¹¹ Bundan, ören yerlerinin (I. ve II. derece) arkeolojik sit sınırları içerisinde bulunan bir yer olduğu anlaşılmaktadır. Bizce ören yeri-arkeolojik sit ilgisi şöyle açıklanabilir: Arkeolojik sit, bir alan koruma statüsüyken, ören yeriyse bu alanlarda açığa çıkarılan kültür varlığı buluntularının çeşitli bilimsel ve teknik aşamalardan sonra yerinde sergilendiği, deyim yerindeyse bir açık hava müzesi olarak düzenlenen¹¹² mekândır. Bir alanın ören yeri niteliğine bürünmesi en sonda ulaşılan aşama olduğuna göre, ören yeri evleviyetle I. derece arkeolojik sit alanıdır. Ören yerinin yakın çevresindeyse II. ya da III. derece arkeolojik alanları olması da olasıdır.

II. BİR ALANIN SİT OLARAK BELİRLENMESİ İŞLEMİ: SİT KARARI

A. Terminoloji

KTVKK'da "sit alanlarının ... tescil kararları" denerek (m. 7/7), tescil kararı¹¹³ terimiyle işlemin adlandırıldığını görüyoruz. Tescil kavramı teknik anlamda taşınmazlar üzerindeki aynı hakların tapuya yazılmasını ifade eder.¹¹⁴ Yönetmeliklerdeyse konumuz yönünden tescil işlemi tanımlanmış olup sit tescil kararı, bir alanın sit olarak belirlenmesi yanında sit sınırları içinde kalan parsellerin tapu kütüğüne şerh

¹⁰⁹ Madran/Özgönül, Kültürel ve Doğal Değerlerin Korunması, s. 15.

¹¹⁰ KTVKYK'nın 5.11.1999 günlü ve 658 sayılı Arkeolojik Sitler, Koruma ve Kullanma Koşulları İlke Kararı.

¹¹¹ Aynı şekilde KTVKYK'nın 03.05.2006 gün ve 714 sayılı İlke Kararı'nda da I. ve II. derece arkeolojik sit alanlarındaki ören yerlerinden bahsedilmiştir.

¹¹² Ören yerlerinde çevre düzenleme projelerinin yapılacağı KTVKK'da açıkça belirtilmiştir (m.3/a-9).

¹¹³ Dnş. 14. D., T. 26.09.2012, E. 2012/4335, K. 2012/6049, *Damıstay Dergisi*, S. 132, 2013, s. 286.

¹¹⁴ Şeref Ertaş, Eşya Hukuku, 9. baskı, Barış Yayınevi, İzmir 2011, s. 145. Sit tescil kararındaki tescil terimini eşya hukukundaki mülkiyetin kazanılmasını sağlayan tescille de (TMK.m.705/1) karıştırmamak lazımdır.

konulmasını da içerir.¹¹⁵ Yargı kararları ve öğretide sit kararı¹¹⁶ terimi de sıkça kullanılmaktadır. Bunlarla birlikte, sit alanı kararı¹¹⁷ ve sit alanı tescil kararı¹¹⁸ da kullanılan diğer terimler olarak karşımıza çıkıyor. İşlem, sit belirleme kararı, bir alanın sit olarak belirlenmesi işlemi olarak da ifade edilebilir.

B. Sit Kararının İdari İşlemin Öğeleri Üzerinden Değerlendirilmesi

1. Yetki Öğesi

a. İdari makamda tarihsel değişim

İdare adına irade açıklayarak işlem yapmaya yetkili mercilere idari makam denir.¹¹⁹ Adı en son Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Bölge Kurulu (KTVKBK) olarak değiştirilen¹²⁰ Bölge Kurulları tüm sit

¹¹⁵ Kültürel sitler yönünden tescil, Bakanlıkça tespiti yapılan taşınmaz kültür varlıkları ile sitlerin korunması gerekli olanlarının, KVKBK kararıyla belirlenmesini ifade eder. Bkz. TKVSTTY.m.4. Doğal sitler yönünden ise tescil, Yapı yasağı önerilen doğal sit alanı, özel çevre koruma bölgesi, Ramsar alanı, milli park, orman alanı dışında yer alan; tabiat parkı, tabiat anıtı, tabiatı koruma alanlarının Cumhurbaşkanlığı kararı ile yapı yasağı önerilmeyen doğal sit alanı, tabiat varlığı, orman alanı dışında yer alan sulak alanların Bakan onayı ile belirlenmesi, bu alanların kadastral parsellere işlenmesi ve tapu siciline şerh konulmasını ifade eder. Bkz. KATTY.m.4.

¹¹⁶ Melikşah Yasin, "Koruma Amaçlı İmar Planlarının Yapılış Süreci", *e-akademi*, 2007, S. 59, prg. 21; Sancakdar, Taşınmaz Kültür ve Tabiat Varlıkları Hukuku, s. 512; Dnş. 14. D., T. 22.6.2011, E. 2011/5290, K. 2011/266, *Danıştay Dergisi*, S. 130, 2012, s. 52; Özlüer, Sit Alanlarının Planlanması, s. 5.

¹¹⁷ Serkan Seyhan, "Koruma Amaçlı İmar Planlarının Yapılış Usulü", İKÜHFD, C. 16, S. 2, s. 607; Muradiye Çevikçelik, "Türk İdare Hukukunda Arkeolojik Sit Alanı Kararı", İstanbul Hukuk Mecmuası, İstanbul 2021, C. 79, S. 4, s. 1360.

¹¹⁸ Seyhan, s. 608.

¹¹⁹ Kemal Gözler, İdare Hukuku Cilt I, 3. baskı, Ekin, Bursa 2019, (İdare Hukuku Cilt I), s. 845. Benzer yönde bkz. Bahtiyar Akyılmaz, İdari İşlemin Yapılış Usulü, Yetkin Yayınları, Ankara 2000, s. 35.

¹²⁰ KTVKK'nın ilk halinde Yüksek Kurul'un adı Taşınmaz Kültür ve Tabiat Varlıkları Yüksek Kurulu; bölge kurullarının adı ise Kültür ve Tabiat Varlıkları Bölge Kuruluydu. KTVKK'da 17.6.1987 tarihli, 3386 sayılı Kanun ile yapılan değişiklikle Yüksek Kurul'un adı Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Yüksek Kurulu; Bölge Kurullarının adı Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kurulu olarak değiştirilmiştir. KTVKK'da 14.7.2004 tarihli, 5226 sayılı Kanunla yapılan değişiklikle Koruma Kurullarının adı bu kere Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Bölge Kurulu olarak değiştirilmiştir.

türleri yönünden sit kararı almaya yetkiliyken¹²¹, KTVKK'da değişiklikler yapan 8.8.2011 tarihli, 648 sayılı KHK ile sit kararı almaya yetkili idari makam değişmiştir.

648 sayılı KHK'yla KTVKKBK'lardan doğal sit ve tabiat varlıklarıyla ilgili yetkiler alınarak bu kurullar KVKKBK'lara dönüştürülmüş; taşınır tabiat varlıkları hariç tabiat varlıkları, doğal sit alanları ve bunlara ilişkin korunma alanları yönünden görevli ve yetkili bakanlığın Çevre, Şehircilik ve İklim Değişikliği Bakanlığı olduğu düzenlenmiş, bu konularda karar almak ve Kanunda öngörülen diğer iş ve işlemlerde Bakanlığa yardımcı olmak üzere Bakanlık merkez teşkilatı bünyesinde TVKMK, taşrada yeteri kadar TVKKBK kurulmuştur (KTVKK Ek Madde 4/1-2). TVKKBK'lar Bakanlığın taşra teşkilatı olan Çevre, Şehircilik ve İklim Değişikliği İl Müdürlüğü bünyesinde yer almaktadır¹²². Değişiklikle TVKKBK doğal sit tescil kararı almaya yetkili olmuştur. Şu kadar ki, şekil unsurunda da göreceğimiz üzere, TVKKBK kararlarının Bakanlık onayıyla yürürlüğe konacağı düzenlenmiştir (KTVKK EK Madde 4/3). Bu yetki ve şekil kuralıyla ilgili KATTY'deyse sit kararında yapı yasağı olup olmaması şeklinde Kanun'da öngörülmemeyen bir ayırım yapılmıştır. Eğer kararda yapı yasağı varsa doğal sit tescil işlemi Bakan onayıyla değil, Bakanın teklifi ile Cumhurbaşkanına sunulurken Cumhurbaşkanının kararı alınmasıyla tamamlanır (m.17). Yönetmelikle getirilen bu düzenlemenin normlar hiyerarşisine ve idarenin (yetki-

¹²¹ Mülga EEK'dan KTVKK'da 648 sayılı KHK'yle yapılan değişikliklere kadar sit kararı alma yetkisindeki tarihsel süreci belirtmek gerekirse, Mülga EEK.m.8 uyarınca sit kararı almaya yetkili idari makam, 2.7.1951 tarihli ve 5805 sayılı Gayrimenkul Eski Eserler ve Anıtlar Yüksek Kurulu teşkiline ve vazifelerine dair Kanun ile kurulan Gayrimenkul Eski Eserler ve Anıtlar Yüksek Kurulu'ydu (GEEAYK). KTVKK'nın yürürlüğe girmesiyle GEEAYK'nın yerini Kültür ve Turizm Bakanlığı'na bağlı olarak kurulan Yüksek Kurul ve Bölge Kurulları almıştır (KTVKK.m.51). Yüksek Kurul-Bölge Kurulları ayırımını getiren KTVKK'nın yürürlüğe giren ilk metninde sit kararı almaya yetkili idari makam, yine bir Yüksek Kurul olan Taşınmaz Kültür ve Tabiat Varlıkları Yüksek Kuruluydu. KTVKK'da değişiklikler yapan 17.06.1987 tarihli, 3386 sayılı Kanunla sit kararı alma yetkisi Yüksek Kurul'dan alınarak Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kurullarına verilmiştir.

¹²² KVKKBK'lar aynı KVKYK gibi Kültür ve Turizm Bakanlığına bağlıdır (KTVKK.m.51). Bu nedenle, KVKKBK ve Müdürlükleri Bakanlığın taşra teşkilatı olan İl Kültür ve Turizm Müdürlüğü bünyesinde yer almazlar; doğrudan Merkeze bağlıdır.

nin) kanuniliği ilkesine aykırı olduğu söylenebilir.¹²³ Bakanlığın onay yetkisiyle ilgili İl Müdürlüklerine yetki devri yapılmıştır.¹²⁴

b. Yetki ögesinde hukuka aykırılık halleri

KVKBK ve TVKKBK'ların coğrafi yetki alanları belirlenmiştir. Yer yönünden yetkisizlik işlemin yokluğuna sebebiyet vermediğinden,¹²⁵ sit kararının yer yönünden yetkisiz idari makamca alınması iptal sebebidir.

KVKBK'lara KTVKK'yla verilen sit kararı alma ve diğer yetkiler münhasır yetki niteliğinde olduğundan KVKBK'lar bu yetkilerini bir başka kişi ya da makama, idareye (örneğin belediye) devredemez. Aksi halde alınan kararlar yetki yönünden hukuka aykırı olur (konu yönünden yetkisizlik).¹²⁶

KVKBK ve TVKKBK'larda idari ve teknik hizmetlerle ilgili görevleri¹²⁷ yerine getirmek üzere Müdürlük makamı bulunmaktadır. Şu kadar ki, KVKBK Müdürlüğünün aksine, TVKKBK'da Müdürlük bulunmamakta, idari ve teknik hizmetler, İl Müdürlüğünce yürütülmektedir (TVKKY.m.17, m.4/1-g). İl Müdürlüğü bünyesindeyse Tabiat Varlıklarını Koruma Şube Müdürlüğü bulunmaktadır. Bir alanın kültürel sit

¹²³ 1 nolu Cumhurbaşkanlığı Teşkilatı Hakkında Cumhurbaşkanlığı Kararnamesindeyse Bakanlıkça yapı yasağı önerilen tabiat varlıkları ve doğal sit alanları dahil orman rejimine tabi olmayan bütün koruma alanlarının Cumhurbaşkanınca tescil ve ilan edileceği düzenlenmiştir (m.109/2).

¹²⁴ "Bakanlığımız iş yoğunluğu da göz önünde bulundurulduğunda, iş ve işlemlerin aksatılmadan hızlı, etkin ve kolay yürütülmesini sağlamak amacıyla bürokrasiden kaynaklanan gecikmelerin önlenmesi için Tabiat Varlıklarını Koruma Bölge Komisyonu kararlarının, Komisyonun bulunduğu İl Müdürlüğünce onaylanması konusunda, Bakanlığımızca, Komisyonun bulunduğu ildeki Çevre ve Şehircilik İl Müdürüne yetki devri yapılmıştır". Bkz. <https://csb.gov.tr/sss/komisyonlar>, (E.T.: 28.04.2024).

¹²⁵ Yıldızhan Yayla, "Yer İtibariyle Yetki ve Yokluk", *Hukuk Araştırmaları*, İstanbul 1986, C.I, S.2, (Yer İtibariyle Yetki ve Yokluk), s.55; Celal Erkut, "İdare Hukukunda Yokluk Teorisi", İHİD, İstanbul 1988, C. 9, S. 1-3, (Yokluk Teorisi), s. 76. Aslında buradaki yer bakımından yetki tecavüzüdür. Bkz. Gözler, *İdare Hukuku Cilt I*, s. 934.

¹²⁶ Oğuz Sancakdar, Pınar Yağcı, Şükür Taşyıldız, Ezgi Çırak, *Kültür ve Tabiat Varlıkları Hukuku*, Adalet Yayınevi, Ankara 2021, s. 595.

¹²⁷ KTVKK.m.57/5; *Kültür Varlıklarını Koruma Yüksek Kurulu ve Kültür Varlıklarını Koruma Bölge Kurulları Yönetmeliği (KVKKY) m.17*; *Tabiat Varlıklarını Koruma Komisyonları Kuruluş ve Çalışma Usul ve Esaslarına Dair Yönetmelik (TVKKY) m.17, m.4/1-g*.

(kentsel, arkeolojik, kentsel arkeolojik, tarihi sit) olarak tescili kararı almaya yetkili idari makam KVKBK Müdürlüğü değil, KVKBK'dır. Müdürlüğün Kurul yerine sit kararı alması yetki unsuru yönünden hukuka aykırıdır.¹²⁸ Yetki unsurundaki sakatlık sonradan verilen onay veya icazetle giderilemeyeceğinden,¹²⁹ Kurulun sonradan toplanarak sit kararına icazet vermesi, sit kararını yetki yönünden hukuka uygun hale getirmeyecektir. TVKBK'nın doğal sit kararıysa ayrıca ele alınmalıdır. Bakanlığın onay yetkisi İl Müdürlüklerine devredildiğinden, İl Müdürlüğü TVKBK kararı olmadan doğrudan doğal sit kararı alabilir mi? Doğal sit kararının oluşmasında iki irade söz konusudur. Bu iradelerden birincisi sit tescil kararına yönelikken ikincisiyse tescil işlemini tamamlayan onaya yöneliktir. Asıl düşünsel irade sahibinin TVKBK olduğu da söylenebilir. Zira, TVKBK kendisine sunulan tespit raporuyla bağlı olmayıp raporu değerlendirmesi sonucu bir karar alacaktır (KATY m. 17/1-a). Onaya ilişkin iradenin doğrudan doğal sit tescil kararı alması, kararı yetki yönünden sakatlar.

Bu noktada hiyerarşi gücüne de kısaca değinmek istiyoruz. Hiyerarşi, aynı kamu tüzel kişiliği içinde astı üste bağlayan bir derece ve kademe silsilesinin mevcudiyetidir.¹³⁰ Hiyerarşi gücü, hiyerarşik üste astın işlemlerini tekemmülünden önce incelemek, emir ve direktif vermek, tekemmülünden sonra da değiştirme, düzeltme ve iptal etme yetkileri verir.¹³¹ İşlemi onayıp onamama da hiyerarşi gücündendir.¹³²

¹²⁸ Sancakdar'a göre, buradaki hukuka aykırılık konu yönünden yetkisizlik olup yetki tecavüzü oluşturur. Bkz. Sancakdar/Yağcı/Taşyıldız/Çırak, s. 809. Ayrıca bkz. Dnş. 14. D., T. 16.4.2018, E:2015/1060, K:2018/2707; Dnş. 14. D., T. 15.11.2018, E:2016/10657, K:2018/6669; Dnş. 6. D., T. 3.12.2019, E:2019/8083, K:2019/12771. Kararlar için bkz. Kazancı, (E.T.: 29.02.2024). Bu kararlara konu hukuki uyumsuzluklarda Müdürlükçe gerçekleştirilen işlemler sit kararı olmayıp ilgililerce taşınmazın sitten çıkartılması ya da taşınmazın korunması gerekli taşınmaz kültür varlığı tescilinin kaldırılması başvuruları üzerine başvuruların reddi işlemleridir. Danıştay söz konusu kararlarında, yetkide paralellik ve usulde paralellik ilkelerine gönderme yaparak KBK'ca değerlendirilerek bir karar verilmesi gerekirken bu konuda yetkisiz makam olan Müdürlük tarafından işlem tesis edildiğinden anılan işlemlerde yetki yönünden hukuka uyarlık bulunmadığına karar vermiştir.

¹²⁹ Lütfi Duran, İdare Hukuku Ders Notları, İstanbul 1982, (İdare Hukuku Ders Notları), s. 401; Erkut, İdare Hukukunda Yokluk Teorisi, s. 87.

¹³⁰ İsmet Giritli, Amme İdaresi Teşkilatı ve Personeli, İÜHFY no: 212, İstanbul 1963, s. 14.

¹³¹ Giritli, s. 15; Metin Günday, İdare Hukuku, 10. baskı (Aynı baskı), *İmaj Yayınevi*, Ankara 2015, s. 137, s. 83-84; Gözler, İdare Hukuku Cilt I, s. 253, 255.

¹³² Günday, s. 83.

Görülüyor ki, hiyerarşik gücün içerdiği denetim yetkisi hem hukukilik hem de yerindelik denetimidir.¹³³ Hiyerarşi ve hiyerarşi gücünden kaynaklanan hiyerarşi yetkileri olağan ve genel nitelikte olduğundan, bu yetkilerin kullanılabilmesi için açık yasal bir izne gerek yoktur.¹³⁴ TVKKB'ya ise Bakanlığın taşra teşkilatı (İl Müdürlüğü) içinde yer verildiğinden, KVKBK'nın aksine TVKKB'nın tabii olduğu hiyerarşi denetiminin yoğunluğu çok daha fazladır.¹³⁵ Bu nedenle, doğal sit tescil kararının onay ile tamamlanacağı düzenlenmemiş olsaydı bile TVKKB'nın bakanlık teşkilatındaki yerinden dolayı, hiyerarşik amir hiyerarşi gücünden kaynaklanan yetkilerini kullanarak doğal sit tescil kararını onamama, değiştirerek onama, iptal etme yetkilerini kullanabilecekti. Bu durum, sit tescil kararının bilimsel veriler ışığında alınan bir karar olması nedeniyle eleştiri konusu olabilirdi ki aynı eleştiri doğal sit tescil kararının onayla tamamlanmasının düzenlenmesi nedeniyle de söz konusudur. Sonuç olarak, doğal sit tescil kararının onay işlemiyle tamamlanmasının açıkça düzenlenmesiyle, onay yetkisi hiyerarşik yetki kapsamının dışında fakat idari işlemin gerçekleştirilmesinde bir şekil (usul) ve yetki şartı olarak öngörülmüştür.

2. Şekil

Şekil, özel hukuk işlemlerinin aksine idari işlemlerin esaslı bir unsurunu oluşturur.¹³⁶ Şekil dediğimiz zaman işlemin oluşu ve tamamlanması, iradenin hazırlanması, iradenin açığa vurulması için takip edilecek usul, merasim, formaliteler ve belgeler anlaşılır.¹³⁷

¹³³ Günday, s. 84; Gözler, İdare Hukuku Cilt I, s. 255.

¹³⁴ Günday, s. 83. Ayrıca bkz. Gözler, İdare Hukuku Cilt I, s. 256.

¹³⁵ "Oysa bu kurulların uzman kişiler ağırlıklı ve özerk ve bağımsız birimler şeklinde öngörülmesi, korunması gereken değerlerin özellikleri gereğidir". Bkz. Kaboğlu, s. 69. Ayrıca bkz. Çınar Atay, Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Olgusu, İzmir Ticaret Odası, İzmir 2001, s. 9.

¹³⁶ Sıddık Sami Onar, İdare Hukukunun Umumi Esasları I. Cilt, 3. bası, İstanbul 1966, s. 307; İl Han Özay, Günışığında Yönetim, Filiz Kitabevi, İstanbul 2017, (Günışığında Yönetim), s. 491; Günday, s. 142; Turgut Tan, İdare Hukuku, Gözden Geçirilmiş Güncelleştirilmiş 9. bası, Turhan Kitabevi, Ankara 2020, (İdare Hukuku), s. 913.

¹³⁷ Onar, s. 308; Ragıp Sarıca, İdari Kaza Cilt I İdari Davalar, İÜHFY: 91, İstanbul 1949, s. 85.

a. Yazılılık

İdari işlemin özünü oluşturan iradenin kural olarak yazılı biçimde ortaya çıkması gerekir. Sit kararı da yazılılık şekline tabidir. İdare yalnız işlem yaparken değil, bazen susmakla, gerekli işlemi yapmamakla da hukuka aykırı davranabilir.¹³⁸ İdarenin susmasına hukuki sonuç bağlandığı durumlarda yazılı olmayan şekle tabi işlem gerçekleşir. İdarenin zımni ret ve zımni kabul işlemleri yazılı olmayan işlemlerdir.¹³⁹ Bir idari başvuru karşısında idarenin sessizliğini korumasının ret kararına denk, olumsuz bir karar sayıldığı¹⁴⁰ durumlarda, zımni ret işleminden bahsedilir. Konumuz bakımından zımni ret, malik tarafından iptal davası süresinden sonra da yapılabilecek sitten çıkarma ya da derece/kategori değişikliği başvurularında söz konusu olabilir. İlgilinin taşınmazı sit özelliği göstermemesine rağmen sit sınırlarına alındıysa ya da arkeolojik ve doğal sitlerde sınıflandırma yanlış belirlendiyse, sit türüne göre KVKBK/TVKKB'ya yapılacak sitten çıkarma/sit statüsü değişikliği başvurusuna otuz gün içerisinde cevap verilmezse istek reddedilmiş sayılır (İYUK m. 10/2). İdarenin bu hareketsizliği menfi bir icrai karar kabul edildiğinden,¹⁴¹ dava açma süresi içerisinde iptal davası ikame edilebilir. Bu dava ancak malik tarafından açılabilir, kiracının dava açma ehliyeti yoktur.¹⁴²

b. Kolektif İradenin Açığa Vurulması

KVKBK/TVKKB kararları kolektif-ortaklaşa¹⁴³ işlemlerdir.¹⁴⁴ Kurul üyelerinin iradelerinin aynı anda, aynı konu ve amaca yönelerek açıklanmasıyla dışarıya karşı anonim olarak tek bir irade ve kurul kararı ortaya çıkar.¹⁴⁵ Kanunlar, idari faaliyette en önemli kararların

¹³⁸ Şeref Gözübüyük, *Yönetmelik Yargı*, 32. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara 2012, (Yönetmelik Yargı), s. 146.

¹³⁹ Ramazan Yıldırım, Serkan Çınarlı, *Türk İdare Hukuku Dersleri Cilt 2*, Gözden geçirilmiş ve genişletilmiş 4. baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2021, s. 115.

¹⁴⁰ Lütfi Duran, "İdari Müracaatlar ve Bunların Karşısında İdarenin Sükutu Meselesi", *İHFM*, İstanbul 1946, C. XII, (İdarenin Sükutu), s. 196.

¹⁴¹ Duran, *İdarenin Sükutu*, s. 198.

¹⁴² Dnş. 6. D., E:2003/3450, K:2004/6401, *Danıştay Dergisi*, S. 109, s. 198-199.

¹⁴³ Süheyp Derbil, *İdare Hukuku*, AÜHFY, Gözden geçirilmiş ve düzeltilmiş 5. baskı, Ankara 1959, s. 28.

¹⁴⁴ Onar, s. 352; Derbil, s. 28; Günday, s. 129; Sancakdar/Yağcı/Taşyıldız/Çırak, s. 803.

¹⁴⁵ Onar, s. 352; Günday, s. 129; Celal Erkut, *İptal Davasının Konusunu Oluşturma Bakımından İdari İşlemin Kimliği*, Danıştay Yayınları No: 51, Ankara 1990, (İda-

alınmasını kurullara bırakmıştır.¹⁴⁶ Kurul teşkilinden maksat müzakere-
redir. Müzakeresiz karar alınabileceğini açıkça düzenleyen özel kural
olmadıkça, her kurulda müzakere açılması şarttır.¹⁴⁷ Bir konu üzerinde
düşünceleri açıklama ve sonuçta belirecek kolektif iradenin oluş-
masına katkıda bulunmak üzere yüksek sesle düşünmek demek olan
müzakere, kurul kararlarının oluşmasındaki en önemli unsurdur.¹⁴⁸
KVKBK'ların çalışma şeklinin ise TVKBK'larınkine göre müzakereye
daha çok imkân tanıdığı görülmektedir.¹⁴⁹ Kurulların görev yapabil-
meleri bir tek kamu görevlisinden oluşan idari makamlara göre daha
ayrıntılı usullere bağlanmıştır.¹⁵⁰

c. Sit Kararında Usul

Şekil, iradenin dış dünyaya yansımasının maddi biçimini ifade et-
tiği gibi idari usulü de içerir.¹⁵¹ İdari işlem, idari usulü belirler.¹⁵² İda-
ri işlemin özünü oluşturan irade kimi durumlarda tek kişi tarafından
hemen açıklanırken, bazı hallerdeyse iradenin açıklanmadan önce iz-

ri İşlemin Kimliği), s. 23, 27; Murat Sezginer, İptal Davasının Uygulama Alanı
Bakımından Ayrılabilir İşlem Kuramı, Yetkin Yayınları, Ankara 2000, s. 40.

¹⁴⁶ Korunması gerekli taşınmaz kültür/tabiat varlıkları ve sitlerle ilgili hizmetlerin
bilimsel esaslara göre yürütülmesi gerektiğinden, bu işlem ve faaliyetlerin önce
EEK sonraysa KTVKK yürürlüğünde Kurullara bırakılması yerindedir. Ne var ki,
TVKBK kararları onayla tamamlanmaktadır.

¹⁴⁷ Mukbil Özyörük, İdare Hukuku Dersleri, Ankara 1972-1973, s. 205; Dnş. 5. D., T.
1.4.1970, E:1969/4127, K:1970/1162, *Danıştay Dergisi*, S. 1, 1971, s. 206.

¹⁴⁸ Özay, *Günüşiğinde Yönetim*, s. 489.

¹⁴⁹ KVKBK'ların toplantılarında konular gündeme uygun şekilde görüşülür ve ka-
rara bağlanır. Ancak aynı toplantıda konunun ikinci defa görüşülmesi üyelere
biri tarafından istenir ve üyelerin salt çoğunluğu tarafından kabul edilirse, bu du-
rum bir tutanağa bağlanarak karar yeniden değerlendirilebilir (KVKKY.m.12/8).
Bu düzenlemeye TVKBK'ların çalışma şeklinde yer verilmemiştir. KVKBK/
TVKBK'ların çalışma usulü Yönetmeliklerde belirlenmiştir. Gerek KVKBK gerekse
TVKBK toplantıya katılması gereken üyelerin salt çoğunluğuyla toplanır ve
toplantıya katılan üyelerin salt çoğunluğu ile karar alır. Ancak karar yeter sayısı
dörtten az olamaz. Bkz. KVKKY.m.12/2; TVKKY.m.12/3.

¹⁵⁰ Özyörük, s. 205.

¹⁵¹ Onar, s. 308; Özyörük, s. 201; Özay, *Günüşiğinde Yönetim*, s. 491; Günday, s. 144;
Tan, *İdare Hukuku*, s. 913; Erkut, *İdari İşlemin Kimliği*, s. 27; Akyılmaz, s. 66-67.
Şekil ve usulün idari işlemin farklı öğeleri olduğu görüşüyle usulün şekle göre
üst kavram olduğuyla ilgili daha fazla açıklamalar ve atıflar için bkz. Mehpare
Çaptuğ, *İdari Usul Hukukunda Hukuki Güvenlik İlkesi, Seçkin*, Ankara 2020, s.
28-30.

¹⁵² Akyılmaz, s. 32.

lenmesi gereken bir usul vardır. Bu durumlarda, önce bir hazırlık sürecinden geçtikten ve olgunlaştıktan sonra irade açıklanır.¹⁵³ Sit kararı da idari işlemlerin çoğu gibi bir hazırlık evresini içeren, belirli aşamaların izlenmesiyle ortaya çıkan bir idari işlemdir. Doğal sit ile kültürel sit kararları ayrı yönetmeliklerde yer yer benzeyen ve farklılaşan usul kurallarına bağlanmıştır.

aa. Hazırlayıcı İşlem Olarak Tespit

Doğal sitlerde TVKKBK'ları, kültürel sitlerde KVKBK'ları sit kararı almaya götüren süreç tespit çalışmalarıyla başlar.¹⁵⁴ Buna tescil hazırlık çalışmaları da denir.¹⁵⁵ Tespit çalışmaları, kültürel sitlerde Kültür ve Turizm Bakanlığınca; doğal sitlerde Çevre, Şehircilik ve İklim Değişikliği Bakanlığı Tabiat Varlıklarını Koruma Genel Müdürlüğüne yapılmaktadır. Tespit çalışmalarını kültürel sitlerde tespit ekibi, doğal sitlerde araştırma ekibi gerçekleştirir.¹⁵⁶

Sit tespiti sonunda birtakım belgeler¹⁵⁷ düzenlenir.¹⁵⁸ Kültürel sitlerde tespit işlemi, tespit çalışması ardından tescile esas olmak üzere bu belgelerin düzenlenmesiyle tamamlanır. Doğal sit tespit usulüyle farklıdır. İl Müdürlüğüne iletilen doğal sitlerle ilgili başvurular TVKKBK'da değerlendirildikten sonra TVKKBK alana ilişkin ardışık dört mevsimi kapsayan ekoloji temelli bilimsel araştırma çalışması talep eder. Ön değerlendirme raporu ve bilimsel araştırma çalışması, alanın özelliğine göre ilgili meslek gruplarından en az 5 kişiden oluşturulan bir araştırma ekibi¹⁵⁹ tarafından yapılır ve çalışma sonucunda araştır-

¹⁵³ Gözler, İdare Hukuku Cilt I, s. 964-965. Ayrıca bkz. Özay, Günışığında Yönetim, s. 491.

¹⁵⁴ Sit kararında usulün ilk aşaması olan tespit işlemi, Yönetmeliklerde düzenlenmiştir. Bkz. KATTY; TKVSTTY. Bu kısımdaki açıklamalarımız Yönetmelik hükümlerinden yola çıkılarak yapılmış olup ayrıca Yönetmelik maddelerine atıf yapılmayacaktır.

¹⁵⁵ Bademli, s. 19.

¹⁵⁶ Tespit çalışmalarının tespit/araştırma ekibinin yapması kural olmakla birlikte ayrıca bkz. TKVSTTY.m.3/1-o.

¹⁵⁷ Kültürel sit tespitlerinde sit fişi, panoramik ve detaylı fotoğraflar, harita, tespit ekibinin görüşünü içeren rapor ve tablolar gibi belgeler düzenlenir. Doğal sit tespitlerinde ise tespit raporu ve fişi, sınırları gösterir tapu bilgilerini içerir harita ve aplikasyon krokisi, varsa hava fotoğrafları, uydu görüntüleri, panoramik fotoğraflar gibi belgeler düzenlenir.

¹⁵⁸ Tespit ekibinin çalışmalarını belgelendirmesi, tescil aşamasında kurul tarafından yapılacak değerlendirme için önem taşır. Bkz. Çevikçelik, s. 1370

¹⁵⁹ Araştırma ekibi, alanın özelliklerine göre, Genel Müdürlük tarafından belirlenen, orman mühendisi, ziraat mühendisi, biyolog, şehir plancısı, su ürünleri mühendi-

ma raporu hazırlanır. İl Müdürlüğü Tabiat Varlıklarını Koruma Şube Müdürlüğüne, araştırma raporu kapsamında hazırlanan tespit raporu ve tespit fişi TVKKBK'ya sunulur.

Değerlendirilmek üzere kültürel sitlerde KVKKBK'ya, doğal sitlerde TVKKBK'ya sunulan tespit dosyası bir karara varmak için yeterliyse, alanın ya sit olarak tescili ya da tescilinin gerekli olmadığı yönünde karar alınacaktır. Tespit dosyası bir karara varmak için yetersiz ise KVKKBK/TVKKBK yapılmasını istediği çalışmalarını da göstererek tespiti yenilenmesini de isteyebilir.

Sit tescil kararının hazırlayıcı işlemi olan tespit işlemi icrai işlem olmadığından,¹⁶⁰ prosedürel süreçte işlem zincirinden ayrılarak iptal davasına konu edilemez ve ancak sit tescil kararına karşı açılacak iptal davasında hukuka aykırılığı ileri sürülebilir.¹⁶¹ Bu noktada TKVSTTY'nın şu hükmüne değinmek gerekir: "Tespiti yapılan taşınmaz kültür varlıkları ile sitlerin koruma bölge kurulunca tescili yapılmaya kadarki süreçte tahribatının önlenmesi amacıyla ilgili valilik, il özel idaresi, kaymakamlık, koruma bölge kurulu müdürlüğü ve/veya belediyece gerekli tedbirler alınır" (m.6/3). Malik, tespiti yapılan, fakat daha sit statüsünü kazanmayan alandaki taşınmaz için imar durumu başvurusu yaptığında bu hüküm uyarınca inşaat kısıtlamasıyla karşılaşabilecektir. Bu durumda tespit işlemi ilgilinin hukuksal durumunu etkileyeceğinden tespitin icrai işlem kabul edilmesi gerektiği düşüncesindeyiz. Böylece nihai işlem olan sit tescil kararı beklenmeden tespit işlemi iptal davasına konu yapılabilecektir. Önemle vurgulamak gerekir ki, tespitin bu icrailiği kültürel sitler yönündendir.

bb. İcrai İşlem Olarak Sit Kararı

Bir işlemin iptal davasına konu edilebilmesi için icrailik (yürütülebilirlik) niteliğine sahip olması gerekir. Bu kavram 2577 sayılı İYUK'ta kesin ve yürütülmesi gereken bir işlem terimiyle açıklanmıştır (m. 14/3-d). Ancak, kesin olma ile icrailik özellikleri özdeş nitelermeler de-

si, jeoloji mühendisi, peyzaj mimarı, çevre mühendisi, harita kadastro mühendisi ve ilgili diğer meslek gruplarından oluşturulmaktadır.

¹⁶⁰ Sancakdar, Taşınmaz Kültür ve Tabiat Varlıkları Hukuku, s. 517.

¹⁶¹ Bkz. Duran, İdare Hukuku Ders Notları, s. 399; A. Şeref Gözübüyük, Güven Dinçer, İdari Yargılama Usulü, Birinci bası, Turhan Kitabevi, Ankara 1996, s. 24; Gözler, İdare Hukuku Cilt I, s. 806-807.

ğildir.¹⁶² Kesin işlem, idari karar alma sürecinin tamamlanarak nihai işlemin ortaya çıkmasıdır.¹⁶³ İdari işlem artık doğmuş; hukuk dünyasına çıkarak hukuksal varlık kazanmıştır.¹⁶⁴ Kesinlik, işlemin uygulanmaya hazır, tamam (nihai) bir işlem olduğunu gösterir.¹⁶⁵ İşlemin kesinlik niteliği, kısaca nihai işlemin oluşmasını ifade eder.¹⁶⁶

KVKBK'ca alınan sit kararı kesinlik özelliğine sahiptir. Kesindir çünkü KVKBK işlemle ilgili nihai iradesini açıklamış ve işlemle ilgili yapılacak herhangi bir şey yoktur.¹⁶⁷ Bir üst makamın onayına sunulan bazı işlemlerse kesin olmayan işlemlerdendir.¹⁶⁸ TVKBK'nın doğal sit tescil kararı da kesinlik niteliğine sahip değildir. Zira TVKBK'larca alınan kararlar Bakanlık onayıyla yürürlüğe konur (KTVKK Ek 4/4. m).¹⁶⁹ Tescil işlemi tamamlanamayan durumlarda söz konusu alanın mevcut durumu devam eder (KATTY m. 17/1-d).

İşlemin kesinleşmesini öteleyen idari bir başvuru usulü olabilir. Zorunlu başvuru usulünün öngörüldüğü durumda idari işlemin katarılması genellikle tamamlanmış olmasına rağmen, başvuru yolunun tüketilmemiş olması, işlemin kesinleşmesini engeller.¹⁷⁰ KTVKK'da

¹⁶² Erkut, İdari İşlemin Kimliği, s. 118; Cemil Kaya, "Türk İdare Hukukunda İcrai Olmayan İdari İşlemler", *GÜHFD*, Ankara 2004, C. IX, S. 1,2, s. 256.

¹⁶³ Celal Erkut, "İdari Davaya Konu Olabilecek Kesin ve Yürütülebilir İşlem Kavramı", iç. I. Ulusal İdare Hukuku Kongresi, Birinci Kitap İdari Yargı, 1-4 Mayıs 1990, Danıştay Yayınları No: 53, Ankara 1991, (Kesin ve Yürütülebilir İşlem), s. 112.

¹⁶⁴ Sait Güran, "İdari İşlem", iç. Prof. Dr. Hayri Domaniç'e 80. Yaş Günü Armağanı II. Cilt, İstanbul 2001, s. 1279.

¹⁶⁵ Turgut Tan, "İdarenin Kesin İşlemleri ve 5917 sayılı Kanunun Uygulanması" *Amme İdaresi Dergisi*, Ankara 1969 C. 2, S. 4, (İdarenin Kesin İşlemleri), s. 109.

¹⁶⁶ Erkut, Kesin ve Yürütülebilir İşlem, s. 109.

¹⁶⁷ Burada Sezginer'in kesinlik ile ilgili ifadeleri KVKBK'ya uyarlanmıştır. Bkz. Sezginer, s. 46-47.

¹⁶⁸ Kaya, s. 257. 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanunu (R.G.: 18/10/1983 - 18195) m.12'ye göre, "... İl Trafik Komisyonu kararları valinin onayı ile yürürlüğe girer. ... İlçe Trafik Komisyonu kararları, İl Trafik Komisyonunca incelenip vali tarafından onaylandıktan sonra yürürlüğe girer". Ayrıca bkz. Kaya, s. 257.

¹⁶⁹ Yönetmelik'te ise yapı yasağı olup olmamasına göre Bakan onayı veya Cumhurbaşkanlığı kararı alınmasıyla doğal sit tescil işleminin tamamlanacağı düzenlenmiştir ((KATTY.m.17/1-ç, d).

¹⁷⁰ Erkut, Kesin ve Yürütülebilir İşlem, s. 113; Sezginer, s. 47. Ayrıca bkz. AYM., T.11.12.1986, E:1985/11, K:1986/29, R.G.: 18/94/1987 - 19435. Ayrıca bkz. Erkut, Kesin ve Yürütülebilir İşlem, s. 113, dn. 14.

KVKBK/TVKBK kararlarına karşı KVKYK/TVKMK'ya itiraz yolu öngörülmüştür (m.61/2,3; EK 4/4.md). Ancak bu ihtiyari bir itiraz yolu olduğundan,¹⁷¹ sit kararının kesinleşmesini ötelemez. İtiraz süresinin geçmesi beklenmeden sit kararına doğrudan iptal davası açılabilir.¹⁷²

Kesinlikten ayrı olan yürütülebilirlik niteliğiyle, kamu gücü ve kudretinin üçüncü kişiler üzerinde başka bir işlemin varlığına gerek olmaksızın doğrudan çeşitli hukuki sonuçlar doğurmak suretiyle etkisini göstermesidir.¹⁷³ İcrai işlem, idarenin tek yanlı irade açıklamasıyla hukuksal sonuç doğuran işlemleridir.¹⁷⁴ KVKBK'ların sit tescil kararları hukuki sonuç doğurma gücüne sahip olması nedeniyle icrai işlemdir. TVKBK'nın doğal sit tescil kararı içinse aynısını söyleyemiyoruz. Danıştay kararlarında¹⁷⁵ belirtildiği üzere, "bir idari işlemin kesin ve yürütülmesi zorunlu sayılabilmesi; hukuk düzeninde varlık kazanabilmesi için gerekli prosedürün son aşamasını geçirmiş bulunmasına, başka bir idari makamın onayına ihtiyaç göstermeksizin hukuk düzeninde değişiklikler meydana getirebilmesine ... bağlıdır". TVKBK'nın doğal sit tescil kararı da onay işlemi ile tamamlanmaktadır.

KVKBK/TVKBK kararları kolektif işlemlerdir. Birleşme işlemdeki iradelerden biri kolektif olabilir.¹⁷⁶ Birleşme işlemlerin geleneksel örneği Parlamenter Sistemdeki müşterek (üçlü) kararname¹⁷⁷ olmakla birlikte, vesayet onay ve denetimine tabi tutulan idari işlemler de birleşme işlemlerin örneğidir.¹⁷⁸ Doğal sit tescil işlemi onay ile tamamlan-

¹⁷¹ Ayrıca bkz. Sancakdar, Taşınmaz Kültür ve Tabiat Varlıkları Hukuku, s. 508; Sancakdar/Yağcı/Taşyıldız/Çırak, s. 774.

¹⁷² Bu konuda bkz. İlerisi: İlan işleminin hukuki niteliği.

¹⁷³ Erkut, İdari İşlemin Kimliği, s. 119.

¹⁷⁴ Sezginer, s. 43.

¹⁷⁵ Dnş. 3. D., T. 4.6.1986, E:1986/1733, K:1986/1500, *Danıştay Dergisi*, S. 64-65, s. 104; Dnş. 3. D., T. 13.10.1988, E: 1987/2893, K:1988/2355, *Danıştay Dergisi*, S. 74-75, s. 187. Ayrıca bkz. Erkut, Kesin ve Yürütülebilir İşlem, s. 110.

¹⁷⁶ Erkut, İdari İşlemin Kimliği, s. 27; Gözler, İdare Hukuku Cilt I, s. 796. "Örneğin birleşme işlemde bir araya gelen iradelerden birisinin Belediye Meclisinin iradesi olduğunu varsaydığımızda, Belediye Meclisinin iradesi kendi içinde kolektif bir nitelik taşıırken; bir araya geldiği diğer irade ile birlikte aynı zamanda birleşme işlemi oluşturur". Bkz. Erkut, İdari İşlemin Kimliği, s. 27.

¹⁷⁷ Günday, s. 129; Özay, Günışığında Yönetim, s. 476; Erkut, İdari İşlemin Kimliği, s. 26.

¹⁷⁸ Özay, Günışığında Yönetim, s. 476; Sezginer, s. 42.

dığından, kolektif işlemi içinde barındıran birleşme işlemidir.¹⁷⁹ Kolektif işlem olan TVKBB'nın tescil kararı icrai olmadığından (KATTY m. 17/d), işlem zincirinden ayrılamaz. Birden fazla irade söz konusuysa, idari işlemin tamamlanması için bu iradelerin birleşmesi gerekir.¹⁸⁰ Birleşme işlemlerde iradeler ise öngörülen sıraya göre açıklanmalıdır. Aksi durumda gereken her irade açıklanmış olsa bile işlem şekil yönünden sakat hale gelir.¹⁸¹

d. Tapu Kütüğüne “Sit” Kaydı Konması

İşlemin resmi bir kütüğe kaydedilmesi de şekildedir.¹⁸² Tescil olunan taşınmaz kadastral bilgileri ile birlikte, tapu siciline şerh düşülmek üzere ilgili tapu müdürlüğüne bildirilmektedir (KTVKK m. 7/5). Sit kararı alınan alan sınırları içerisinde kalan taşınmazlar hakkında tapu kütüğünün beyanlar hanesine, taşınmazın bir bölümünün ya da tamamının sit içinde kaldığı belirtilerek “sit” olduğuna dair kayıt konur (TKVSTTY m. 8). Tescil edilen doğal sit alanı içerisinde kalan taşınmazlar içinse tapu kütüğünün beyanlar hanesine “Doğal Sit-Kesin Korunacak Hassas Alan”, “Doğal Sit-Nitelikli Doğal Koruma Alanı” ve “Doğal Sit-Sürdürülebilir Koruma ve Kontrollü Kullanım Alanı” olduğuna dair kayıt konur (KATTY.m.16). Bu kayıt, kurucu değil, bildiricidir.¹⁸³

Şekil ve bu arada usul kuralları asli (birincil) şekil şartları ve tali (ikincil) şekil şartları olarak ikiye ayrılırlar.¹⁸⁴ Birincil şekil şartlarında sakatlık işlemin iptalini gerektirdiği halde ikinci şekil şartlarındaki sakatlık işleme sayılır ya da sonradan giderilebilir.¹⁸⁵ Kamulaştırma işlemi açısından şerh, işlemin sonucunu etkilemediğinden ikinci dere-

¹⁷⁹ Doğal sit kararları Özey'in ayrımında geniş anlamda birleşme işlemken Erku'ta ise birleşme işlemidir. Zira Erku'a göre Özey'in gerçek (dar) anlamda birleşme işlem olarak adlandırdığı vesayet onayına tabi işlemler birleşme işlem olarak adlandırılmaz, bunlar zincir işlemidir. Bkz. Erku, İdari İşlemin Kimliği, s. 25-26.

¹⁸⁰ Özyörük, s. 201.

¹⁸¹ Gözler, İdare Hukuku Cilt I, s. 795.

¹⁸² Bkz. Sarıca, s. 86; Oğuz Sancakdar, İdari Yargılama Hukuku Genel Esaslar, 3. baskı, Sorubankası.net Yayınları, İzmir 2019, (İdari Yargılama Hukuku), s. 170.

¹⁸³ Çevikçelik, s. 1374.

¹⁸⁴ Özyörük, s. 203; A. Şeref Gözübüyük, İdari Yargı, İkinci bası, Doğan Yayınevi, Ankara 1973, (İdari Yargı), s. 123; Tan, İdare Hukuku, s. 915; Gözler, İdare Hukuku Cilt I, s. 1003.

¹⁸⁵ Özyörük, s. 203.

cede şekil kuralı niteliğinde olup şerhe ilişkin kurala uyulmaması (KK m. 7/3) işlemin iptali sonucunu doğurmaz.¹⁸⁶ Sit kararı alındıktan sonra sit sınırları içindeki taşınmazların tapu kütüğünün beyanlar hanesine sit kaydı konmaması da ikincil şekil kuralındaki bir noksanlıktır. Bu sakatlık, sit kararının içeriğini etkilemediğinden iptalini gerektirmez, sonradan giderilebilir.

e. Gerekçe

İdari işlemlerin gerekçeli yazılmaları; yani işlemlerin dayanağını oluşturan nedenlerin işlem metninde belirtilmesi kural olarak şekil şartı değildir.¹⁸⁷ Gerekçeli yazılmalarının yasalarda öngörüldüğü durumlarda ise gerekçesinin yazılmamış olması işlemi şekil yönünden sakatlar.¹⁸⁸ Sebep öğesinin yasalarda belirlenmiş olması durumunda da işlemin gerekçeli olması gerekir.¹⁸⁹ İdari işlemlerde gerekçeli olmasının mevzuatta öngörüldüğü durumlarda bunu şekil şartı sayan Danıştay kararları olduğu gibi sonucu etkilemeyen şekil koşulu olarak gören Danıştay kararları da vardır.¹⁹⁰ KVKBK/TVKBK kararları Kanun, ilgili mevzuat ve ilke kararlarındaki dayanakları ile bilimsel gerekçeleri belirtilerek yazılır.¹⁹¹ Sit kararlarına¹⁹² bakıldığında, bu koşula pek uyulmadığı görülmektedir.

3. Sebep

a. Sebep yönünden tespit işlemi ve sit ölçütleri ilişkisi

İdareyi sit kararı almaya yönelten etkenler, yani işlemin sebebi, sit belirleme ölçütleri ile tespit işlemidir. Hazırlayıcı işlemler doğru-

¹⁸⁶ Meltem Kutlu Gürsel, Kamulaştırma Hukuku, Göden geçirilmiş ve güncellenmiş 3. baskı, Seçkin, Ankara 2019, s. 400-401.

¹⁸⁷ Günay, s. 145; Aynı yönde bkz. Duran, İdare Hukuku Ders Notları, s. 409.

¹⁸⁸ Günay, s. 145.

¹⁸⁹ Duran, İdare Hukuku Ders Notları, s. 409; Tekin Akıllıoğlu, "Yönetmelik İşlemlerde Gerekçe İlkesi", *Amme İdaresi Dergisi*, Ankara 1982, C. 15, S. 2, (Yönetmelik İşlemlerde Gerekçe İlkesi), s. 8; Tan, İdare Hukuku, s. 928. Sebep ve gerekçe kavramları arasındaki farklar için bkz. Akıllıoğlu, Yönetmelik İşlemlerde Gerekçe İlkesi, s. 8 vd; Gözler, İdare Hukuku I, s. 952.

¹⁹⁰ Bkz. Tan, İdare Hukuku, s. 921-922. Kararlar için ayrıca bkz. Tan, İdare Hukuku, dn. 408, 409, s.921-922.

¹⁹¹ KVKKY.m.12/2; TVKKY.m.12/3.

¹⁹² Bkz. <https://korumakurullari.ktb.gov.tr>

dan sit kararının sebep unsurunu oluşturmada da¹⁹³ tespit raporu değerlendirildikten sonra sit kararı alınması halinde, hazırlayıcı işlemler olarak tespit raporu ve ekleri sit kararının sebebini oluşturur. Sit kararının sebep unsuru sit belirleme ölçütleri ve tespit raporu olmakla birlikte, tespit raporu ancak sit ölçütlerine uygun olarak bir alanın sit statüsüne alınması gerektiğini ortaya koyuyorsa sit kararının sebebini oluşturur. Bu nedenle, sit kararının sebep unsurunda “objektif” yönün tespit raporu değil sit belirleme ölçütleri olduğu anlaşılmaktadır. Çünkü KVKBK/TVKBK tespit raporuyla değil, bir alanın sit olarak belirlenmesini gerektiren ölçütlerle bağlıdır. Tespit raporu bu ölçütlere uygunsa, kurul/komisyonun tespit raporuyla da bağlı olacağı kuşkusuzdur.

İdari işlemin sebep ve amaç unsurları arasında zorunlu bir bağ vardır.¹⁹⁴ Bu nedenle, sit kararının sebep unsurunun aynı zamanda işlemin amacı olan kültür ve tabiat varlıklarının alan ölçeğinde korunması olduğu da söylenebilir. KTVKK m. 3’deki sit ve doğal sit tanımlarında bu kavramların unsurları açıklanmış, bu unsurlar nedeniyle bu yerlerin korunması gerekli alanlar olduğu belirtilmiştir. Bu yerlerin neden korunması gerektiğiyle Yönetmeliklerde gösterilen ölçütlerle somutlaştırılmıştır. Bizce, sit kararının sebebi bir alanın korunması gerekliliğinden daha çok neden korunması gerekliliğidir ki bunu da sit ölçütlerinde kendini gösterir.

b. Sit ölçütleri

aa. Doğal sit ölçütleri

KTVKK’ya göre bir alanın doğal sit olarak belirlenebilmesi için jeolojik devirlere ait olma, ender bulunma, olağanüstü özelliklere sahip olma ölçütlerini¹⁹⁵ birlikte taşıması gerekir. Kanun’da olağanüstü özelliklere sahip olma, enderlik ölçütüne bağlanmıştır. Sayısal nitelik taşıyan enderlik ölçütü dışındaki diğer ölçütler hemen hemen hiçbir

¹⁹³ Bkz. Onar, s. 291.

¹⁹⁴ Bu konuda bkz. Günday, s. 156. İdari işlemlerin dayanağını oluşturan sebepler, soyut olarak kamu yararı anlayışına dayanır. Kamu yararı anlayışına dayanan bir sebep, idari işlemin sebebi olamaz. Bkz. bkz. Tan, İdare Hukuku, 927.

¹⁹⁵ “Doğal (tabii) sit”; jeolojik devirlere ait olup, ender bulunmaları nedeniyle olağanüstü özelliklere sahip yer üstünde, yer altında veya su altında bulunan korunması gerekli alanlardır (KTVKK.m.3/a-13).

bilimsel yön taşımayıp, sübjektiftir.¹⁹⁶ Oysa bir alanın doğal miras niteliği kazanması, o alanın kural dışı niteliklere sahip olma ve tehdit altında olma gibi iki temel niteliğe sahip olmasını zorunlu kılmaktadır. Dünya Mirası Sözleşmesi de ülkemizdeki doğal sitlerin belirlenmesinde bazı temel ölçütler vermektedir. Bu ölçütler arasında ülke düzeyinde özel bir öneme sahip olmak, yok olma tehlikesiyle karşı karşıya bulunmak, olağandışı olmak, çeşitli bilim dalları açısından diğer alanlarda bulunmayan önemli özelliklere sahip olmak bulunmaktadır.¹⁹⁷ KTVKK saydığı ölçütlerin somutlaştırılmasını KATTY'ya bırakmıştır (m.6/1¹⁹⁸). KTVKK'da sayılan üç ölçüt, doğal sitlerin oldukça özellikli doğal alanlar olması gerektiğini ortaya koymaktadır.

Doğal sit ölçütlerini düzenleyen KATTY, doğal sit kategorilerinin ölçütlerini de ayrı ayrı düzenlemiştir. Kesin korunacak hassas alanların belirleme ölçütlerine¹⁹⁹ bakıldığında, bu alanların KTVKK'nın

¹⁹⁶ Madran, KTKVK ve Yargısal Denetim, s. 194; Sancakdar/Yağcı/Taşyıldız/Çırak, s. 282.

¹⁹⁷ Madran, KTKVK ve Yargısal Denetim, s. 194.

¹⁹⁸ Doğal sit alanları aşağıdaki özelliklerden bir ya da birkaçını ihtiva eden alanlardır: a) ekosistem işlevlerini sürdürebilecek yeterli büyüklükte olan, b) tür, genetik, habitat ve ekosistem çeşitliliği açısından önemli biyolojik çeşitlilik değerlerine sahip, c) bölgesel, ulusal veya dünya ölçeğinde nesli tehdit ve tehlike altında olan, dar yayılımlı veya endemik türleri barındıran veya bu türlerin yaşamlarının belirli bir dönemini geçirdikleri habitatları içeren, ç) tehdit altındaki ekosistemlerin veya yok olma tehlikesi altında bulunan türlerin korunması açısından bu türleri temsil etme kabiliyetine sahip, d) kaynak ve peyzaj bütünlüğünü sağlayan sosyal, kültürel ve rekreasyonel değere sahip, e) İnsan müdahalesinin olmadığı veya sınırlı müdahalenin olduğu doğal yapısını muhafaza edebilen, f) Tipik, doğal, nadir özellikler taşıyan, g) İçerdiği tür ya da habitatları diğer tür ya da habitatlara göre daha ilgi çekici olan, ğ) Hidrolojik-hidrojeolojik açıdan ekolojik önemi bulunan yer üstü ve yeraltı su kaynaklarına sahip, h) Göçmen kuş türlerine ait bir habitatı temsil eden, ı) Mevcut ve potansiyel habitat tiplerini içine alacak biçimde ekolojik rehabilitasyon veya ekolojik restorasyon çalışmaları ve ıslah yöntemleri ile yeniden kazanılabilen, i) Biyolojik çeşitliliğin uzun vadeli devamlılığını sağlayacak doğal süreçleri ve türleri muhafaza eden.

¹⁹⁹ Kesin korunacak hassas alanların aşağıdaki kriterlerden bir veya birkaçını içermesi aranmaktadır: a) Bölgesel, ulusal veya dünya ölçeğinde olağanüstü ekosistemleri, türleri bulundurlar. b) Jeolojik, jeomorfolojik özellikleri korunmuştur. c) Genel olarak insan etkisi olmadan meydana gelmiştir. ç) İnsan faaliyetleri sonucu bozulma veya tahrip olma riski yüksektir. d) Alan kendine özgü koruma amaçlarına ters düşecek nitelikteki insan faaliyetlerini bünyesinde bulundurmaz. e) Ekolojik açıdan önemli yoğunlukta olması beklenen yerel türlerin büyük kısmını bünyesinde bulundurur. Doğal süreçler veya zamanla sınırlı müdahalelerle bu

doğal sit ölçütlerine en yakın doğal sit kategorisi olduğu görülüyor (m.7/2). Nitelikli doğal koruma alanları ölçütleri,²⁰⁰ bu doğal sit kategorisinin kesin korunacak hassas alanlar kadar olmasa da özgün ve doğal karakterini korumuş alanlar olduğunu gösteriyor (m.8). Doğal sitin en alt kategorisi olan sürdürülebilir koruma ve kontrollü kullanım alanları ölçütlerine²⁰¹ bakıldığında, bu yerlerin, alanın sürdürülebilir şekilde korunmasına uygun kullanımların gerçekleştirildiği, belli yoğunlukta peyzajı ile uyumlu insan yerleşimlerinin yer aldığı, göreceli olarak doğal alanlar olduğu söylenebilir (m.9/2). KTVKK'nın doğal sit tanımında sayılan üç ölçütün doğal sitlerin oldukça özellikli doğal alanlar olması gerektiğini ortaya koyması ile sürdürülebilir koruma ve kontrollü kullanım alanlarının tanımı ve özellikleri birlikte göz önüne alındığında, sürdürülebilir koruma ve kontrollü kullanım alanlarının düzenleyici işlemler olan Yönetmelik ve İlke Kararı

yoğunluklara dönüşebilme kabiliyetine sahiptir. f) Koruma amaçlarına ulaşmak için önemli ve sürekli müdahale istemeyen özellikleri vardır. g) Gerektiğinde ve mümkün olan durumlarda, alanın belirlenmiş koruma amaçlarına ulaşmasına yardımcı olacak arazi kullanımları ile çevrenmiştir. ğ) Basit müdahalelerle yönetilebilirlik özelliklerine sahiptir. h) Korunacak hedef tür veya türlerin üreme alanlarını ihtiva eder.

²⁰⁰ Nitelikli doğal koruma alanları aşağıdaki özelliklerden bir veya birkaçını içerir: a) Doğal karakterini korumuş, büyük memeliler dahil besin zinciri içerisinde avcı ilişkisini muhafaza eden, yerli bitki ve hayvan topluluklarını bulunduran, özgün ekosistem yapısına sahiptir. b) Modern yaşam ve önemli insan faaliyetleri tarafından etkilenmemiş, kırsal yaşam özellikleri taşır. c) Doğal alanların ekolojik bütünlüğünü sağlar. ç) Aşırı derecede ve uygunsuz insan kullanımı ve mevcudiyetinden uzaktır. d) Yaban hayvanlarının barınma, beslenme ve üreme gibi hayati ihtiyaçlarını temin edebileceği uygun yaşama şartlarını sağlar. e) Biyolojik çeşitliği, ekolojik süreçleri, ekosistem hizmetlerini, ekolojik barınakları muhafaza eder ve iklim değişikliklerine tampon sağlar. f) Korunacak hedef tür veya türlerin yıl içerisinde dönemlerine bağlı yaptıkları göç ve yayılma alanlarını ve göç yollarını ihtiva eder. g) Peyzaj değeri yüksektir.

²⁰¹ Sürdürülebilir koruma ve kontrollü kullanım alanları aşağıdaki özelliklerden bir veya birkaçını bünyesinde bulundurur: a) Peyzajı ile uyumlu insan yerleşimlerini içinde bulundurur. b) Doğal kaynak yönetim sistemleri ve ilgili kültürel değerleri, ekosistemleri ve habitatları içerir veya korunmasına katkı sağlar. c) İnsanlar ve doğa arasında dengeli ilişkilerin geliştirilmesine ve muhafaza edilmesine katkıda bulunur. ç) Uygulanabilir durumlarda yerel halkın sosyal ve ekonomik kazançlarına katkı sağlar. d) Ulusal, bölgesel ve yerel seviyelerde doğal kaynakların sürdürülebilir kullanımına ve kalkınmaya destek olur. e) Ekolojik, ekonomik ve sosyal boyutları dikkate alarak doğal kaynakların sürdürülebilir koruma ve kontrollü kullanımına elverişli alanlardır.

ile doğal sit kapsamına alınması²⁰² nedeniyle Kanun'un çizdiği doğal sit çerçevesinin dışına çıkılıp çıkılmadığı da üzerinde durulmaya ve tartışılmaya değer bir konudur.²⁰³

Doğal sit belirleme kararlarının doğal çevrenin kamu yararına korunması amacıyla alınmış kararlar olması nedeniyle, doğal sit alanları içerisinde yer alan parseller tek başına değil; bir bütünün parçası olarak çevresiyle birlikte değerlendirilir.²⁰⁴ SANCAKDAR bu ilkeyi, doğal sit alanı sınırlarının belirlenmesinde "parsel ölçeğine değil, alan ölçeğine bakılması" ilkesi olarak adlandırmıştır.²⁰⁵ Parselin doğal sit tanımına uygun özellikler gösterip göstermediği incelenirken parseli içeren doğal sit alanı bir bütün olarak ele alınmalı, parselin doğal sit alanından çıkartılması halinde alanın ne şekilde etkileneceği somut olarak ortaya konmalıdır.²⁰⁶

Peki koruyucu önlem niteliğinde doğal sit kararı verilebilir mi? Danıştay, ayrıntılı çalışmalar sonuçlandırılincaya kadar yapılaşmayı ve doğa tahribatını önlemek amacıyla alanın tümünün koruyucu önlem olarak 1. derece doğal sit olarak belirlenmesini hukuka uygun bulmuştur.²⁰⁷ Burada bir alan, ölçütleri taşımamasına rağmen kalıcı olarak 1. Derece doğal sit olarak belirlenmemiş, ayrıntılı çalışmalar so-

²⁰² Üç kategoriden oluşan mevcut doğal sit sınıflandırmasında sürdürülebilir koruma ve kontrollü kullanım alanları üçüncü ve en alt kategoriyi oluşturmaktadır. Üç dereceden oluşan önceki doğal sit sınıflandırmasında ise en alttaki derece III. derece doğal sit alanlarıydı. Bununla beraber, KTVKYK'nın 28.6.1888 günlü ve 24 sayılı İlke Kararında doğal sitler iki dereceden oluşmaktaydı. Anılan ilke kararı için bkz. Umar/Çilingiroğlu, s. 54-55.

²⁰³ KTVKK'da herhangi bir düzenleme başlangıcı olmamasına rağmen doğal sit ve arkeolojik sitlerin düzenleyici işlemler ile üç alt kategori/derecede sınıflandırılmasının hukuka aykırı olduğunu savunmuştuk. Burada işaret ettiğimiz hukuksal sorun ise, düzenleyici işlemler ile sürdürülebilir koruma ve kontrollü kullanım alanlarının doğal sit kapsamına alınmasının KTVKK'nın çizdiği doğal sit çerçevesinin dışına çıkılması olup olmadığıdır.

²⁰⁴ Dnş. 14. D., T. 22.6.2011, E. 2011/5290, K. 2011/266, *Danıştay Dergisi*, S. 130, 2012, s. 52. Ayrıca bkz. Dnş. 14. D., T. 26.09.2012, E. 2012/4335, K. 2012/6049, *Danıştay Dergisi*, S. 132, 2013, s. 285-286.

²⁰⁵ Sancakdar/Yağcı/Taşyıldız/Çırak, s. 575-577.

²⁰⁶ Bkz. Dnş. 6. D., 17.11.1999, E. 1998/5097, K. 1999/5793, Kazancı (E.T.: 14.07.2023). Aynı yönde bkz. Dnş. 6. D., T. 29.9.2020, E. 2019/9450, K. 2020/8311, Kazancı, (E.T.: 27.03.2023). Benzer yönde bkz. Dnş. 6. D., T. 28.10.2008, E. 2006/7285, K. 2008/7181, Kazancı, (E.T.: 14.07.2023).

²⁰⁷ Dnş. 6. D., T. 1.5.1995, E. 1994/4753, K. 1995/1817, Kazancı, (E.T.: 25.06.2022).

nunda derecelendirme yapıncaya kadar önlem niteliğinde bu karar alınmıştır. Aslında bu çözüm yoluna başvurulmasının yasal düzenleme eksikliğinden kaynaklandığı söylenebilir. Zira şekil unsurunda, kültürel sitler yönünden tespit işleminin olası tescil işlemine kadar alanın tahribatının önlenmesi için sonuçlar doğurduğunu görmüştük. Salt sağlıksız kullanım ve yapılaşmanın önlenmesi amacıyla bir alanın kalıcı olarak doğal sit olarak belirlenmesi hukuka aykırıdır.²⁰⁸

bb. Kentsel sit ölçütleri

TKVSTTY’de kentsel sit ölçütleri seçimlik olarak, “korunması gerekli kültür varlığı özelliği gösteren tek yapıların yoğunluk, mimari, tarihi bütünlük göstermesi ya da geleneksel kentsel dokuyu bir bütün halinde yansıtması” biçiminde düzenlenmiştir (m. 4/1-ç).

Birinci ölçüt uyarınca tek yapıların yoğunluk, mimari, tarihi bütünlük göstermesi gerekir. Çokluk değeri olarak da ifade edilen yoğunluk, belli bir yapı türünün alandaki sayısı ile ilgilidir. Çok rastlanan bir kültür varlığı türü ya da yapı tekniği, tarihsel bir dönemin tipik ve başat ögesi olarak önem kazanır.²⁰⁹ Tarihi yerleşim, onu oluşturan bileşenlerin yoğun ve homojen olarak bulunduğu bölgelerdir.²¹⁰ Mimari bütünlüğe gelince, tarihi yerleşimlerde mimari yapıların oran ve boyutları bütüne uygun olup tüm bileşenler uyum içindedir. Tarihi yerleşimde yer alan binaların sergiledikleri mimarlık üslupları, mekân tasarımları, yapım teknikleri ve ahşap oymacılığı, duvar resmi gibi bezemelerin kalitesi yörenin mimari kimliğini ve bütünlüğünü ta-

²⁰⁸ Madran’a göre, “bir alanın doğal sit ilan edilmesi, her zaman onun, ülke ölçeğinde taşınması gereken üstün değerlerinden kaynaklanmamakta; tescil işlemi başka araçlarla durdurulamayan bir yapılaşma eylemine karşı kullanılan bir araç olmaktadır. Bu ise, doğal sitlerin tespitindeki bilimselliği olumsuz biçimde etkilemektedir. Bu alanlar, nitelikleri ne olursa olsun, hızlı kentleşme ve ikinci konut olgusuna karşı bir kalkan olarak görülmekte, bu husus tespit ve sınıflandırmalarda aranması gerekli “nesnellik” ve “bilimsellik” yaklaşımlarına gölge düşürmektedir. Bkz. Madran, TKTVK ve Yargısal Denetim, s. 193. Sancakdar, “yapılaşma baskısını azaltma amacıyla doğal sit kararı alınıp alınamayacağı” olarak adlandırdığı bu sorunu amaç unsurunda ele almıştır. Sancakdar’ın belirttiği üzere, KTVKK’da sit alanları belirlenmesinde böyle bir ölçüt ve yetki verilmemiştir. Bir alanın sit olarak belirlenmesi ancak ve sadece o alanın sit niteliği ve ölçütlerini taşınması koşuluna bağlıdır. Bkz. Sancakdar/Yağcı/Taşyıldız/Çırak, s. 819 vd., 824.

²⁰⁹ Madran/Özgönül, Kültürel ve Doğal Değerlerin Korunması, s. 71.

²¹⁰ Ahunbay, Tarihi Çevre Koruma ve Restorasyon, s. 121.

nımlar.²¹¹ Tarihsel bütünlükse, yapı topluluğunu oluşturan toplumun yerleşmiş gelenekleri, yaşam biçimleri ve inanışlarıyla ilgili bir değerdir.²¹² İnsanların, yerin ve zamanın birleşimi, tarihsel kentin benzersiz kimliğini oluşturur.²¹³

İkinci ölçüt uyarınca ise, tek yapıların geleneksel kentsel dokuyu bir bütün olarak yansıtmaları gerekir. Geleneksel konutlar bir arada oluşlarıyla daha çok önem kazanırlar.²¹⁴ Tarihsel değer olarak bakıldığında her biri aynı derecede önemli olmasa bile, bir araya geldiklerinde ait oldukları devre ilişkin özellikler ortaya koyan yapılar ve bunların birbirleriyle olan mekânsal ilişkilerinden doğan açık alanların oluşturduğu tüm bir doku, kentsel korumanın konusudur.²¹⁵ Tarihsel kentsel doku, yerleşik konut alanlarını bazen de geleneksel çarşığı içeren, çoğunlukla kentin merkezine yakın önemli bir parçasını oluşturur.²¹⁶ Sokaklar, meydanlar, çıkmaz sokaklar, avlu-yapı-sokak ilişkileri, ağaçlar tümüyle ele alınması gereken tarihi kent bütünüdür.²¹⁷ Bu yönüyle tarihsel doku yol, yol sınırı, boyutsal nitelik gibi tarihsel çevrenin özelliklerini ifade eder.²¹⁸

²¹¹ Ahunbay, *Tarihi Çevre Koruma ve Restorasyon*, s. 121, 116. Mimari mirasın değeri, yalnızca görünümünde değil; aynı zamanda zamanına özgü yapı teknolojisinin benzersiz bir ürünü olarak tüm bileşenlerinin bütünlüğündedir. Bkz. ICOMOS charter Principles for the analysis, conservation and Structural Restoration of Architectural Heritage m.1/3.

²¹² Madran/Özgönül, *Kültürel ve Doğal Değerlerin Korunması*, s. 72.

²¹³ Dennis Rodwell "Sustainable Urban Heritage vs Heritage Orthodoxy", In. Albert, MT., Bernecker, R., Cave, C., Prodan, A.C., Ripp, M. (eds), 50 Years World Heritage Convention: Shared Responsibility - Conflict & Reconciliation, Heritage Studies, Springer, 2022, (Sustainable Urban Heritage) Rodwell, Sustainable Urban Heritage, p. 131. Benzer yönde bkz. Tapan, s. 60.

²¹⁴ N. Gül Asatekin, *Kültür ve Doğa Varlıklarımız Neyi, Niçin, Nasıl Korumalıyız*, Kültür ve Turizm Bakanlığı, Ankara 2004, s. 45; Sancakdar, *Taşınmaz Kültür ve Tabiat Varlıkları Hukuku*, s.31

²¹⁵ Zuhul Ulusoy, "Kentsel Korumanın Fiziksel ve Toplumsal Boyutu", 2. Kentsel Koruma, Yenileme ve Uygulamalar Kolokyumu, İstanbul 1995, Ed: Mehmet Çubuk, MSÜ Matbaası, s. 96. Ayrıca bkz. Oktay Ekinci, "Korumada 'planlama' ilkeleri", Cumhuriyet, 21.02.2002, s. 13.

²¹⁶ A. Ayça Bilsel, S. Güven Bilsel, Işık Aksulu, "Kentsel Koruma Planlamasında Projelendirme Sürecinde Sorunlar", 2. Kentsel Koruma, Yenileme ve Uygulamalar Kolokyumu, Ed: Mehmet Çubuk, MSÜ Matbaası, İstanbul 1995, s. 66.

²¹⁷ Asatekin, *Kültür ve Doğa Varlıklarımız*, s. 47.

²¹⁸ Kuban, s. 98. Washington Tüzüğü'nde belirtildiği üzere, parsel ve sokaklar kent dokusunu tanımlar. Bkz. ICOMOS Tarihi Kentlerin ve Kentsel Alanların Korunması Tüzüğü (Washington Tüzüğü) 1987, par.2/a.

Her iki ölçütte de bütün ve bütünlükten bahsedilmiştir. Her mimari ürün bir bütünün parçası olduğundan,²¹⁹ tarihsel kent de bir yapı oluşturur. Bu anlamıyla kentsel yapının en önemli özelliği, öğeleri arasındaki ilişkiler düzeniyle tanımlanan bir dizge oluşturmasıdır. Gestalt kuramına göre bütünün içindeki parçayla tek başına da var olan parça ayrı şeylerdir. Kentsel bütün içerdiği öğelerin toplamından farklı bir gerçeklik olarak öğelerin yığına indirgenemez. Bu yüzden korunması amaçlanan tarihsel kentte, koruma öznesi tek tek birim öğeler ya da öğeler yığını değil; bütünün tanımladığı dizgedir.²²⁰

cc. Arkeolojik sit ölçütleri

Arkeolojik sit ölçütleri, TKVSTTY’de arkeolojik sit ve dereceleri için ayrı ayrı düzenlenmiştir (m.4). Bir alanın arkeolojik sit olarak belirlenebilmesi için yazılı bilgilere, sathi kalıntılara veya bilimsel araştırmalara dayanması; çevresel gözlemler ile bilimsel varsayımlar veya topoğrafik açılardan yeterli niteliklere sahip olması gerekir. Bu ölçüt bir alanın arkeolojik sit olarak belirlenebilmesi için aranan genel ölçüttür. Alanın derecelendirmesi belirlenirken, a) Birinci Derece Arkeolojik Sitlerde; tarih öncesinden günümüze kadar gelen çeşitli medeniyetlerin ürünü olup, yaşadıkları devirlerin sosyal, ekonomik, mimari ve benzeri özelliklerini yansıtan kent kalıntıları ile yerleşim alanları ve sosyal yaşama konu olmuş; taşınmaz kültür varlıklarına ait kalıntılar ve buluntuların veya bunu destekleyen taşınır kültür varlığı buluntularının yoğun olarak yer aldığı alanlardan olması; b) İkinci Derece Arkeolojik Sitlerde; tarih öncesinden günümüze kadar gelen çeşitli medeniyetlerin ürünü olup, yaşadıkları devirlerin sosyal, ekonomik, mimari ve benzeri özelliklerini kısmen yansıtan yerleşim alanları ve sosyal yaşama konu olmuş alanlardan olması; ancak Birinci Derece Arkeolojik sitler kadar yoğun kültür varlığı kalıntı ve buluntusuna sahip olmayan veya kısmen modern yerleşme birimleri ile de doku bozulmaları görülen arkeolojik alanlardan olması; c) Üçüncü Derece Arkeolojik Sitlerde; ender rastlanılan buluntulardan ve/veya bilimsel araştırmalar, çevresel gözlemler ile bilimsel varsayımlar sonucunda kültür varlığı veya kalıntısı bulunma olasılığı olan alanlardan olması veya Birinci ve İkinci Derece Arkeolojik Sitlerle etkileşim içinde ve

²¹⁹ Asatekin, Kültür ve Doğa Varlıklarımız, s. 44.

²²⁰ Köksal, s. 74.

bu alanların korunmasında uzun ya da kısa vadede kamu yararı olan alanlardan olması aranmaktadır.

Arkeolojik sit dereceleri ölçütlerinden görüldüğü üzere, I. ve II. derece arkeolojik sit ile III. derece arkeolojik sit arasında alanda kalıntı ve buluntuya ulaşıp ulaşılmaması şeklinde önemli bir ayrım vardır. Bir alanın III. derece arkeolojik sit olarak belirlenebilmesi için bilimsel olarak arkeolojik eser barındırma potansiyeli taşıması yeterlidir. Ancak bu ölçüt I. ya da II. derece arkeolojik sit belirlemesine gerekçe yapılamaz. Bir başka deyişle, gözle görülür kalıntı/buluntu bulunmayan bir alanın I. ya da II. derece arkeolojik sit olarak belirlenmesi hukuka aykırıdır.²²¹ Kalıntı ve buluntulara ulaşılması durumunda arkeolojik sitin I. derece mi yoksa II. derece mi olacağı ise ulaşılan arkeolojik eserlerin yoğunluğu ile yerleşim nedeniyle doku bozulması olup olmadığına göre belirlenecektir.

Taşınmazın arkeolojik sit özelliği taşıyıp taşımadığının ve sit derecesinin tespiti yönünden uzman bilirkişi kurulu oluşturmak suretiyle keşif ve bilirkişi incelemesi yaptırılmak suretiyle hukuki uyumsuzluğun çözümlenmesi gerekli olmakla birlikte²²², arkeolojik sit dereceleri ölçütleri TKVSTTY’de objektif bir hukuk kuralı olarak düzenlendiğinden, bilirkişi raporunda hatalı bir kanaate ve sonuca varılıp varılmadığı

²²¹ “Bilirkişi ek raporunda parselin her ne kadar toprak altında arkeolojik eser barındırma potansiyeli taşısa da gözle görülür somut kalıntı olmaması nedeniyle sit kararının kaldırılabilceği veya kısmen koruma sağlanması adına parselin sit derecesinin düşürülüp 3. derece arkeolojik sit alanı ilan edilebileceği yönünde görüş bildirilmesi üzerine, ... dava konusu parselin de içinde bulunduğu alanın I. derece arkeolojik sit alanı özellikleri göstermediği sonucuna ulaşıldığından, dava konusu işlemde hukuka uyarlık görülmemiştir”. Bkz. Dnş. 6. D., T. 5.2.2020, E:2019/8611, K:2020/1114, Hukuktürk, (E.T.: 6.11.2024).

²²² Dnş. 6. D., T. 25.11.2020, E:2020/4450, K:2020/11501, Hukuktürk, (E.T.: 6.11.2024). Bununla beraber, aynı adadaki diğer taşınmazlar hakkında açılmış arkeolojik sit kararı iptal davaları olması durumunda anılan davalarda anılan raporlar görülmekte olan davada da değerlendirilebilecek bilirkişi raporu alınmasına ihtiyaç bulunmayabilecektir. Bkz. Dnş. 6. D., T. 5.2.2020, E:2019/8611, K:2020/1114, Hukuktürk, (E.T.: 6.11.2024). Bilirkişi heyetinde arkeolog bilirkişilere yer verilmesi gerekir. Danıştay, keşif ve bilirkişi incelemesinde yer alacak bilirkişi heyetinde arkeolog bilirkişilere yer verilmesi gerekirken bilirkişi heyetinin iki sanat tarihçisi ve bir şehir bölge plancısından oluşturulduğundan, karara esas alınabilecek nitelikte olmayan bu bilirkişi raporuna dayanılarak verilen İdare Mahkemesi kararında hukuki isabet bulmamıştır. Bkz. T. 5.2.2020, E:2019/7991, K:2020/1115, Hukuktürk, (E.T.: 6.11.2024).

özellikle III. derece arkeolojik sitler yönünden Mahkemece değerlendirilebilecek bir husus olup Mahkemenin mutlaka bilirkişi raporundaki kanaate dayalı bir karar vermesi gerekmemektedir.²²³

III. derece arkeolojik sitlere ayrı bir vurgu yapmak gerekmektedir. Yukarıda TKVSTTY m. 4 hükmünden gördüğümüz üzere, bir alanın III. derece arkeolojik sit ölçütünü taşıyabilmesi için seçimlik iki ölçütten en az birine sahip olması gerekir. Bunlardan birincisi kültür varlığı veya kalıntısı bulunma olasılığı olan bir alan olmasıdır. Bu olasılıktan bahsedebilmenin ise bazı dayanakları olması gerekir. Bu dayanaklar ender rastlanılan buluntular ve/veya bilimsel araştırmalar, çevresel gözlemler ile bilimsel varsayımlardır. İkinci ölçüt ise alanın I. ve II. Derece Arkeolojik Sitlerle etkileşim içinde ve bu alanların korunmasında uzun ya da kısa vadede kamu yararı olan alanlardan olmasıdır.

Bir alan, ölçütlerini karşılaması durumunda ya ilk elden ya da Mahkemece I. yahut II. derece arkeolojik sit kararının iptal edilmesinden sonra III. derece arkeolojik sit olarak belirlenebilir. Bir başka deyişle, gözle görülür, somut kalıntı bulunmaması nedeniyle I. ya da II. derece arkeolojik sit olarak belirlenemeyen bir alan otomatik olarak III. derece arkeolojik sit olarak da belirlenmemelidir. III. derece arkeolojik sitler kesin yapılaşma yasağına tabi olmayan, inşaat izni verilebilen

²²³ Yukarıda değindiğimiz Danıştay kararıyla (E:2019/8611, K:2020/1114) kararı bozulan Mahkeme, dava konusu taşınmazın içinde bulunduğu alanın I. derece arkeolojik sit alanı özelliklerini gösterdiği ve sit kararının devamında kültürel ve bilimsel açıdan kamu yararı bulunduğu kanaatine varılan bilirkişi raporu doğrultusunda sit kararının (I. derece arkeolojik sit) iptali istemiyle açılan davanın reddine karar vermiştir. Danıştay ise aynı alanda bulunan taşınmazlar ile ilgili ve yine dava konusu işlemin iptali istemiyle açılan diğer davalarda söz konusu bilirkişi ek raporları doğrultusunda verilen iptal kararlarının onandığını, bu davaların dava konusu parsel ile aynı adadaki taşınmazlar hakkında açılmış olması sebebiyle, bakılmakta olan davada yeniden bilirkişi raporu alınmasına ihtiyaç bulunmadığını belirterek dava konusu parselin de içinde bulunduğu alanın I. derece arkeolojik sit alanı özellikleri göstermediği sonucuna ulaşıldığından, dava konusu işlemde hukuka uyarlık görmemiş ve bozma kararı vermiştir. Mahkemenin davanın reddi kararına dayanak aldığı bilirkişi raporunda, gözle görülür somut kalıntı olmamasına rağmen hatalı olarak alanın I. derece arkeolojik sit özelliği gösterdiği kanaatine varılmıştır. Arkeolojik sit dereceleri ölçütleri TKVSTTY'de objektif bir hukuk kuralı olarak düzenlendiğinden, İdare Mahkemesi hatalı bilirkişi raporunu karara esas almak yerine dava konusu I. derece arkeolojik sit kararının iptaline karar verebilirdi.

alanlardır. Bununla beraber, 5.11.1999 günlü ve 658 sayılı Arkeolojik Sitler Koruma ve Kullanma Koşulları İlke Kararında III. derece arkeolojik sitlerle ilgili, korumanın sağlanmasına yönelik, Bölge Kurulunun yeniden alacağı bir kararla alanın derecesinin I. ya da II. derece arkeolojik sit olarak belirlenmesini sağlayabilecek şu hüküm bulunmaktadır: “Bu alanlarda Belediyesince veya Valilikçe inşaat izni verilmeden önce, ilgili müze müdürlüğü uzmanları tarafından sondaj kazısı gerçekleştirilerek, sondaj sonuçlarına ilişkin raporun, kültür varlığının bulunması halinde varsa kazı başkanının görüşleri ile birlikte müze müdürlüğünce koruma kuruluna iletilip kurul kararı alındıktan sonra uygulamaya geçebileceğine ...”

I. ve II. derece ile III. derece arkeolojik sitler arasında alanda gözle görülür kalıntı olup olmaması şeklindeki ayrım ile III. derece arkeolojik sitlerde inşaat izni verilmesinden önce sondaj kazısı gerçekleştirilmesi zorunluluğu birlikte değerlendirildiğinde, gözle görülür kalıntı olmayan bir alanın kesin inşaat yasağı getiren I. ve II. derece arkeolojik sit olarak belirlenmemesi mülkiyet hakkının kısıtlanmaması bakımından önemlidir. Kaldı ki, alanın III. derece arkeolojik sit olarak belirlenmesi durumunda inşaat izni verilmesinden önce sondaj kazısı gerçekleştirileceğinden, yerin altında gözle görülmeyen arkeolojik eserlerin açığa çıkarılması ve korunmasının sağlanması yönünden bir olumsuzluk olmayacaktır. Böylece, III. derece arkeolojik sit statüsü ve bunların korunması ve kullanılmasına ilişkin getirilen hukuki rejim, mülkiyet hakkından kaynaklı hakların kullanımına izin verebilmesi ile bu iznin verilmesinden önceki kazı sonucuna göre alanın sit statüsünün I. ya da II. dereceye geçişini sağlayabilmesi itibariyle, korumada beliren kamu yararı ile mülkiyet hakkı arasındaki makul ve adil dengenin sağlanması yönünden bizce önem arz etmektedir.

Bazı örneklerde parsel bazında arkeolojik sit kararları alınmış olabilir. Böyle bir durumun yaşandığı uyuşmazlıkta, mezar ve duvar kalıntılarının ortaya çıkarılması üzerine ilgili parsel I. derece arkeolojik sit olarak; yan yana, ard arda bulunan bazı parseller ise daha sonra III. derece arkeolojik sit olarak belirlenmiştir. Diğer yandan, bazı parsellere ilişkin kazı ve tespit çalışmaları da sürdürülmüştür. Alınan bilirkişi raporunda, alanın I. derece arkeolojik sit alanı olarak ilanı için gerekli ve yeterli koşulların olduğu, müze tarafından yapılan kazıların yetersiz olduğu, alanda daha geniş kapsamlı bir kazı çalışması yapılması

gerektiği belirtilmiştir. Alana yönelik bir başka bilirkişi raporunda ise, kalıntıların bir parselden diğerine devam etmesine rağmen kurulca alanın parsel bazında incelenerek, farklı zamanlarda farklı arkeolojik sit derecelendirmesine tabi tutulmasının bir tezat oluşturduğu şeklinde değerlendirmeler yapılmıştır. Danıştay ise, farklı zamanlarda Kurul Kararlarına konu olan yapı adası için parsel bazında hazırlanan her iki bilirkişi raporunun ışığında, alana bütüncül bir yaklaşımla bakılması, parsel bazında bir değerlendirme yapılması yerine, tüm alan göz önüne alınarak bir tespit yapılarak yeni bir heyetle yaptırılacak keşif ve bilirkişi incelemesi neticesinde bir karar verilmesi gerektiğinden, İdare Mahkemesi kararında hukuka uyarlık görmemiştir. Bizce, parsel bazlı değerlendirme yerine alana bütüncül bir yaklaşımla bakılması gerekmele birlikte, en az bunun kadar önemli olan husus da geniş kapsamlı sondaj ve kazı çalışması yapılması gerekliliğidir. Öyleyse araştırma, sondaj ve kazı, alana bütüncül yaklaşımın tamamlayıcı bir unsuru olarak görülmelidir. Bu cümleden, arkeolojik kalıntılara ulaşılması üzerine I. derece arkeolojik sit olarak belirlenen parselde bitişik parsellerde de bu kalıntıların devam ettiği varsayılsa hatta bu varsayım kesinlik derecesine yakın bile olsa, kalıntılar ortaya çıkarılmadıkça söz konusu parsellerin en fazla III. derece arkeolojik sit olarak belirlenebilmesi gerekir. Bu parseller de I. derece yahut II. derece arkeolojik sit olarak belirlenmek isteniyorsa kazı çalışması yapıp kalıntıların ortaya çıkarılması gerekir. Aksi takdirde parsel III. derece arkeolojik sit kapsamına alınarak inşaat izni verilmesinden önce koruma adına sondaj kazısı şartına tabi tutulacak; sonuca göre gerekirse parselin sit statüsü yeniden değerlendirilecek ve inşaat izni sonuca bağlanacaktır.

Peki gözle görülür kalıntıların yüzeysel nitelikte olması durumunda arkeolojik sit derecesi belirlemesi nasıl yapılmalıdır? Danıştay'a göre, yüzeysel kalıntılara istinaden sit derecesinin tespit edilmesi hukuka aykırıdır.²²⁴ Danıştay başka bir kararında da höyüğün alt kat-

²²⁴ Danıştay bir uyuşmazlıkta, sit derecesinin, 2. derece arkeolojik sitten 3. derece arkeolojik site düşürülmesi istemiyle davacı tarafından yapılan başvuru ile söz konusu taşınmazın sit sınırları dışına çıkarılmasına esas olmak üzere, masrafları kendisince karşılanmak üzere, ilgili Müze Müdürlüğü denetiminde arkeolojik sondaj yapılması istemiyle yapılan başvurunun reddine dair Kültür Varlıklarını Koruma Bölge Kurulu kararının iptali istemiyle açılmış davanın reddine ilişkin İdare Mahkemesi kararının temyiz incelemesinde 2863 sayılı Kanun'un "Araş-

manlarına ilişkin gerekli araştırmalar yapılmadan salt en üst katmanın bozulduğundan bahisle II. derece arkeolojik sit kararının iptaline karar verilmesini hukuka aykırı bulmuştur.²²⁵

dd. Kentsel arkeolojik sit ölçütleri

Bir alanın kentsel arkeolojik sit olarak belirlenmesinde arkeolojik alanlarla günümüzde sosyal yaşamın devam ettiği geleneksel kentsel dokunun bir arada bulunması hususu göz önünde bulundurulur (TKVSTTY m. 4).

ee. Tarihi sit ölçütleri

Bir alanın tarihi sit olarak belirlenmesinde yazılı bilgi-belgeler ve bilimsel araştırmalar sonucunda ulusal tarihimiz ve askeri harp tarihi açısından önemli tarihi olayların cereyan ettiği hususunun sabit olması göz önünde bulundurulur (TKVSTTY m. 4).

tırma, sondaj ve kazı izni" kenar başlıklı 35'nci maddesi ve 36'ncı maddesi ile Kültür ve Tabiat Varlıklarıyla İlgili Olarak Yapılacak Araştırma, Sondaj ve Kazılar Hakkında Yönetmelik'teki sondaj ve kazı tanımına değinerek ve "Uyuşmazlıkta, davacının talebinin, maliki olduğu taşınmazın sit derecesinin yeniden değerlendirilmesine esas olmak ve masrafları kendisince karşılanmak üzere, yeraltında bulunma ihtimali olduğu belirtilen kültür varlıklarının ortaya çıkarılması için ilgili Müze Müdürlüğü denetiminde sondaj yapılmasından ibaret olduğu; sondaj ve kazının ise, yukarıda yer verilen mevzuat hükümleri uyarınca, taşınır ve taşınmaz kültür varlıklarının ortaya çıkarılması için başvurulması öngörülen bilimsel metodlardan biri olduğu dikkate alındığında; idare tarafından, dava konusu işlemlerle, herhangi bir neden de gösterilmeksizin, söz konusu yönetime başvurulması isteminin reddedilerek, yüzeyel kalıntılara istinaden dava konusu taşınmazın sit derecesinin tespit edilmesinde hukuka uyarlık; aksi yöndeki İdare Mahkemesi kararında ise, hukuki isabet görülmemiştir" değerlendirmesiyle bozma kararı vermiştir. Bkz. Dnş. 14. D., T. 22.03.2018, E: 2015/8043, K:2018/838, Hukuktürk, (E.T.: 6.11.2024).

²²⁵ Danıştay, değişik uygarlıklara ait yerleşimlerin zamanla üst üste yığılması ile topraktan oluşan yassı büyük tepelikler olarak eski çağlardan günümüze kadarki yaşamlar ve uygarlıklar hakkında bilgi edinilmesini sağlayan yerleşimlerden olan höyüklerin tahribatının önüne geçmek yerine tahribatların varlığından hareketle diğer katmanlara ulaşmayı engelleyecek kararlar alınmasının arkeolojik sit özelliği taşıyan alanların bu özelliklerini yitirmesi sonucunu doğuracağı, tarihi ve kültürel değerlerin de korunmamasını beraberinde getireceği değerlendirmesiyle, höyüğün alt katmanlarına ilişkin gerekli inceleme ve değerlendirme yapılmadan salt en üst katmanın iskan nedeniyle bozulduğundan bahisle alanın II. derece arkeolojik sit olarak tesciline ilişkin işlemin iptaline karar verilmesinde hukuki uyarlık görmemiştir. Bkz. Dnş. 6. D., T. 27.05.2005, E:2003/6185, K:2005/3132, Hukuktürk, (E.T.: 6.11.2024).

4. Konu

İdari işlemin konusu işlemin doğurduğu hukuki sonuç, meydana getirdiği hükümdür.²²⁶ Sit kararı, sınırları belirlenmiş bir alanın sit statüsüne alınması sonucunu doğurur. Sit kararıyla birlikte artık alan sit statüsüne tabi olacağından, imar mevzuatından önce koruma mevzuatındaki özel kuralların uygulanması sayesinde alanın silüetine katılacak yeni yapılaşmaların yükseklik, malzeme, renk ve boyut açısından çevreye uyumluluğu denetim altına alınır.²²⁷ Sit kararı, planlamanın doğal akışı içerisinde korunamayacak değerlerin yitirmeye başlanması tehlikesinin önüne geçilmesini sağlar. Sit kararı, bir anlamda o alanda koruma adına yaşanan olumsuzlukları ortadan kaldırmak üzere o alana özel bir statü kazandırmak ve planlamasında da özel bir amaç belirlemektir.²²⁸

Sit kararının konusu, sınırları belirli bir alan üzerinde kamusal bir korumanın doğmasının sağlanmasıdır.²²⁹ Bu kamusal (sit) koruma, bir silsile içerisinde çeşitli koruma ve planlama araçlarıyla gerçekleştirilir. Bu koruma ve planlama araçları, yani sit kararının doğuracağı hüküm ve sonuçlar KTVKK m. 17'de düzenlenmiştir. Sit kararının hüküm ve sonuçlarını üçüncü bölümde göreceğiz.

5. Amaç

KTVKK'daki sit tanımında kamu yararının ne şekilde gerçekleşeceği belirtilerek özel amaç belirlenmiştir. Bu özel amaç, sit alanlarının korunması gerekliliğidir²³⁰. Daha uzun bir ifadeyle, sit alanının korunmasındaki kamu yararı; alanın görsel bütünlüğüyle beraber ele alınarak tarih öncesinden günümüze gelen medeniyetlerin yaşadıkları çağın sosyal, ekonomik ve mimari özelliklerini yansıtan kent veya kent kalıntıları, kültür varlıklarının yoğun olarak görüldüğü ve önemli tari-

²²⁶ Onar, s. 311; Özay, *Günüşiğında Yönetim*, s. 497; Gözler, *İdare Hukuku Cilt I*, s. 1045.

²²⁷ Ahunbay, *Tarihi Çevre Koruma ve Restorasyon*, s. 126, 125.

²²⁸ Elif Örnek Özden, Zekai Görgülü, "Planlama - Koruma İlişkisi Üzerine Yeni Bir Sistem Önerisi", *MEGARON*, İstanbul 2006, C. 1, S. 4, s. 243.

²²⁹ Bkz. Sancakdar/Yağcı/Taşyıldız/Çırak, s. 819.

²³⁰ Sit alanlarının korunmasında kamu yararı vardır. Bkz. Mumcu, *EEH 1971*, s. 51; Umar Çilingiroğlu, s. 48; Berk, s. 203; Dnş. 6. D., T. 27.04.2021, E. 2019/20224, K. 2021/6204, <https://karararama.danistay.gov.tr>, (E.T.: 26.03.2022).

hi hadiselerin cereyan ettiği yerleri veya çevre, ekoloji veya jeoloji gibi bilim dallarında uzmanlaşan kişiler tarafından alanın tabiat güzelliğinin korunması gerekliliğidir.²³¹

Sit kararının özel amacı, alanın sit statüsüne geçirilerek koruma altına alınması olmakla birlikte bu özel amacın bir sebebi olması lazımdır ki bu da işlemin sebep unsurudur. Sit kararının sebep unsurunun objektif yönüyle sit belirleme ölçütleridir. Ancak sit ölçütlerini taşıması durumunda bir alanın sit statüsüne alınarak korunması gerekliliğinden bahsedilebilir. Bu nedenle, ölçütlerini taşıyamamasına rağmen salt yapılaşmanın önlenmesi amacıyla bir alanın doğal sit olarak belirlenmesi sebep ve amaç unsurları yönünden hukuka aykırıdır. Sonuç olarak sitler, tarihsel, bilimsel ve benzeri yönlerden taşıdığı özellikler nedeniyle bütün olarak korunmasında kamu yararı bulunan toprak parçalarıdır.²³²

C. Sit Kararının Hukuki Niteliği

Maddi yönden düzenleyici işlem/birel işlem ayrımı basit olmasına karşılık, idari işlemlerin tümünün nitelendirilmesinde yetersiz kalmaktadır. Bu iki işlem türü arasında biri diğerine göre genelliğe veya bireliliğe yaklaşan işlemler bulunmaktadır ki giderek bunları düzenleyici ya da birel işlemler olarak ayırımsamak mümkün olmaz.²³³ Sit kararının bazı yönleri de genel düzenleyici işlem bazı yönleriye birel işlem özellikleri taşımaktadır.²³⁴

Sit kararı genel, sürekli, nesnel, bir defa uygulanmakla tükenmeyen bir işlemdir. Genel etkili ve nesnel olduğundan alandaki her nesneye (parsele) aynı şekilde uygulanır. Uygulanmakla tükenmez ve süreklidir çünkü uygulaması ancak kararın değiştirilmesi ya da kaldırılmasıyla son bulur. Bunlar sit kararının düzenleyici işleme benzeyen yönleridir.²³⁵

Şahsi tebliğleri mümkün kılamayacak kadar çok kimseleri ilgilendiren işlemlerin, kısaca genel nitelikli işlemlerin tebliği gerekmez; yayım

²³¹ Dnş. 6. D., T. 25.05.2021, E. 2017/5369, K. 2021/6750; Dnş. 6. D., T. 16.06.2021, E. 2019/11484, K. 2021/8418, <https://karararama.danistay.gov.tr>, (E.T.: 26.03.2022).

²³² Umar/Çilingiroğlu, s. 48; Berk, s. 203.

²³³ Erkut, İdari İşlemin Kimliği, s. 68.

²³⁴ Sancakdar/Yağcı/Taşyıldız/Çırak, s. 688; Özkaya Özlüer, Sit Alanlarının Planlanması, s. 156.

²³⁵ Sancakdar/Yağcı/Taşyıldız/Çırak, s. 688.

veya ilanları öngörülmüştür.²³⁶ Kural olarak birel işlemler yazılı bildirim (tebliğ); düzenleyici işlemler ise yayımlanır veya ilan edilirler.²³⁷ Sit kararlarının duyurulmasıysa düzenleyici işlemler gibidir. Sit kararları mallara tebliğ edilmeyerek Resmî Gazete’de yayımlanmakta ve Bakanlığın internet sayfasında bir ay süreyle duyurulmaktadır (KTVKK m. 7/7).

Sit kararı sınırları belirli bir alanı sit statüsüne aldığından soyut değil, giderek somut, birel koşul nitelik gösterir.²³⁸ Bununla beraber, genel ve soyut ile birel ve somut arasındaki sınır yalnızca işlemin yöneldiği öznenin sayısal olarak belli olup olmamasıyla belirlenemez. İşlemin sayıları belli ya da belirlenebilir öznelerle yönelik olup olmaması yanında düzenleme alanının kapalı ya da açık ve genişletilebilir nitelikte olup olmadığının da önemi vardır.²³⁹ Sit kararıyla belirlenen sit sınırı, yani sit kapsamına alınacak parsel sayısı yapılacak irdelemeler sonucunda hem genişletilebilir hem de daraltılabilir. Diğer yandan sit sınırı aynı kalmakla birlikte, arkeolojik ve doğal sit içindeki bazı parsellerde derece/kategori değişikliğine de gidilebilir. İşte bu açıklık ya da değiştirilebilirlik bizce sit kararını yeniden genelliğe yaklaştırmaktadır. *ULUSOY*’a göre, düzenleyici işlemler için belirleyici olan soyutluk değil genellik olup işlem somut da olsa genel kural koyucu özellik taşıyorsa düzenleyici işlem olarak kabul edilmelidir.²⁴⁰ Bununla beraber görülmektedir ki, aslında sit kararının yöneldiği özne tam olarak belirlenebilir de değildir.

Statülerin her biri genel, kişilik dışı, sürekli hukuksal durumlardır. Statülerin genel hukuksal durumlar olmaları, onları yaratan işlemlerin de genel (nesnel) olmalarını gerektirir.²⁴¹ Sit de nesneye ilişkin statüdür. Sınırları belirli bir alanı önceden belirlenmiş bir hukuki statüye aldığı için sit kararının koşul işlem olduğu ile sürülmüştür.²⁴² Yürürlüğe

²³⁶ Özyörük, s. 201.

²³⁷ Bu genel kuralın istisnaları da yok değildir. Bazı birel koşul işlemlerin Resmî Gazete’de yayımlanması öngörülmüş olabilir. Bkz. Özyörük, s. 201.

²³⁸ Sancakdar/Yağcı/Taşyıldız/Çırac, s. 688; Özkaya Özlüer, *Sit Alanlarının Planlanması*, s. 156.

²³⁹ Bahtiyar Akyılmaz, Murat Sezginer, Cemil Kaya, *Türk İdare Hukuku, Genişletilmiş ve Güncellenmiş 8. Baskı, Seçkin*, Ankara 2017, s. 402.

²⁴⁰ Ali D. Ulusoy, *Türk İdare Hukuku, Gözden geçirilmiş 6. baskı, Yetkin Yayınları*, Ankara 2023, s. 303.

²⁴¹ Derbil, s. 17; Özay, *Günüşiğında Yönetim*, s. 424.

²⁴² Özkaya Özlüer, *Sit Alanlarının Planlanması*, s. 160.

giren düzenleyici işlemlerin etkileri ancak birel işlemlerle gerçekleştirilir.²⁴³ Bir öznenin önceden düzenlenmiş bir statüye alınması da birel koşul işlemle olur.²⁴⁴ Bu yönüyle sit kararı koşul işleme benzer.

Sit kararının düzenleyici işleme benzeyen yönleri bir bütün olarak göz ardı edilemeyeceğinden ki bizce aslında işlemde ağır basan yön de budur, sit kararının birel koşul işlem olduğu görüşüne katılmıyoruz. Bizim de katıldığımız görüşe göre, sit kararı birel koşul işlem yönü de olmakla birlikte düzenleyici işlem yönü ağır basan karma işlemidir.²⁴⁵ Peki sit kararı karma işlemse, aynı zamanda genel karar mıdır? Genel kararın süreli ve uygulanmakla tükenme özelliği göz ardı edilmeyecekse, sürekli ve uygulanmakla tükenmeyen sit kararını genel karar saymamak gerekir.²⁴⁶ Birel işlemlerin aksine düzenleyici işlemler kazanılmış hak yaratmazlar.²⁴⁷ Sit kararları hak yaratıcı nitelikte olmayıp yükümlendirici işlemlerdir.²⁴⁸ Düzenleyici işlemler her zaman kaldırılabilir.²⁴⁹ Sit kararları da her zaman değiştirilebilir ya da kaldırılabilir.²⁵⁰ Danıştay, sit kararının genel düzenleyici işlem olduğu görüşündedir.²⁵¹

²⁴³ Özyörük, s. 35-36; Özay, *Günüşğında Yönetim*, s. 433-434.

²⁴⁴ Onar, s. 340; Derbil, s. 25; Özyörük, s. 36.

²⁴⁵ Sancakdar/Yağcı/Taşyıldız/Çırak, s. 688. Gözler'e göre de sit kararı ne birel ne de düzenleyici nitelikte olan bir ara işlemidir. Bkz. Gözler, *İdare Hukuku Cilt I*, s. 774. İçeriğinde hem genel hem de birel nitelikler barındıran işlemleri Özay karma işlemler, Gözler ise ara işlemler olarak adlandırmıştır. Bkz. Özay, *Günüşğında Yönetim*, s. 423; Gözler, *İdare Hukuku Cilt I*, s. 773. Karmaşık tasarruf hk. Ayrıca bkz. Derbil, s. 28.

²⁴⁶ Aksi yönde bkz. Hayrettin Yıldız, *Sırrı Düğer, "Genel Kararların Hukuki Rejimi"*, TAAD, Ankara 2020, S.42, s. 31, 34. Bir başka koruma alanı statüsü olan su koruma alanları tayin ve tespitinin de genel karar olduğu ifade edilmektedir. Bkz. Akyılmaz/Sezginer/Kaya, s. 406.

²⁴⁷ Turgut Tan, *İdari İşlemin Geri Alınması*, Aristo, İstanbul 2020, (Geri Alma), s. 94-95; Gözler, *İdare Hukuku I*, s. 771.

²⁴⁸ Sancakdar/Yağcı/Taşyıldız/Çırak, s. 689.

²⁴⁹ Tan, *Geri Alma*, s. 61.

²⁵⁰ Bir alan sit olarak belirlenirken sit bütünlüğü bakımından bazı parseller sit sınırlarına alınması gerekirken alınmamış ya da bazı parseller sit sınırları içerisinde olmaması gerekirken sit sınırı içine alınmış olabilir. Yahut örneğin doğal sit ile arkeolojik sitede sınırları geniş bir alan sit olarak belirlenirken alandaki bazı yerlerin derece/kategorileri yanlış belirlenmiş olabilir. Yargısal iptal yanında sit kararı almaya yetkili makam da her zaman yeniden değerlendirme (irdeleme) sonucu sınırlarda ya da derecelerde değişikliğe giderek bazı parseller yönünden sit kararını kaldırabilir ya da sit sınırını genişletebilir.

²⁵¹ Bu görüşe dolaylı ve örtülü olarak ulaşıyoruz: "... koruma kurulunun parsel ölçüğünde aldığı kararlarla daha büyük alanları kapsayan düzenleyici nitelikteki

III. SİT KARARININ DUYURULMASI VE HUKUKİ SONUÇLARI

A. Sit Kararının Duyurulması

Yetkili merciinin kabul ve imzasıyla idari işlemin esaslı unsuru irade açığa vurulmuş ve işlem tamamlanmış olur.²⁵² İdari işlemin ilgililerine uygulanarak haklarında hüküm ve sonuç doğurabilmesi içinse duyurulmaları gerekir.²⁵³ Bu özellikle yükümlendirici işlemlerde mutlakır.²⁵⁴ Sit kararları hem Resmî Gazete’de yayımlanmakta hem de Bakanlığın internet sayfasında bir ay süreyle duyurulmaktadır (KTVKK.m.7/7). İşlemin KTVKK.m.17’deki hukuki sonuç ve etkileri yayım ve ilanla²⁵⁵ başlar.

B. İlan İşleminin Hukuki Niteliği

İdari işlemin duyurulma usulleri şeklin (usul) ve işlemin tamamlanmasının koşulu değildir,²⁵⁶ meğer ki aksi şekil şartı olarak öngörülmüş olsun.²⁵⁷ Bunun bir örneği imar planları olup bir ay süreyle ilan,

kararlar arasında herhangi bir ayırım yapılmadığı” Bkz. Dnş. 6. D., T. 8.5.1998, E:1997/4028, K:1998/2403. “İlgililer bakımından sürekli, nesnel ve genel sonuçlar doğuran ve bu haliyle düzenleyici işlem niteliğindeki ‘Sırtlandığı Halep Çamı Tabiatı Koruma Alanı’ belirleme işlemiyle bu alanın sınırlarının belirtilmesine ilişkin işlemler ...”. Bkz. Dnş. 10. D., T. 31.5.2021, E:2019/12804, K:2021/2814. “Genel düzenleyici işlem niteliğindeki Yumurtalık Lagünü’nün tabiatı koruma alanı”. Bkz. Dnş. 10. D., T. 17.2.2014, E:2009/1713, K:2014/895. Danıştay, sit kararının ülke çapında uygulanacak düzenleyici işlem niteliği taşımadığını belirterek sit kararını düzenleyici işlem olarak gördüğünü örtülü olarak ortaya koymaktadır. Bkz. Dnş. 6. D., T. 14.12.2022, E:2022/5737, K:2022/11387. Kararlar için bkz. Kazancı, (E.T.: 29.02.2024).

²⁵² Özyörük, s. 201; Duran, İdare Hukuku Ders Notları, s. 411.

²⁵³ Güneş, s. 183; Özyörük, s. 201; Duran, İdare Hukuku Ders Notları, s. 411.

²⁵⁴ Tekin Akıllıoğlu, “Yönetmelik İşlemlerde Yürürlüğe Giriş Sorunu”, *Amme İdaresi Dergisi*, Ankara 1979, C. 12, S. 2, (Yürürlüğe Giriş), s. 34; Cihan Kanlıgöz, “İdari İşlemlerde Yazılı Bildirim”, *AÜHFD*, Ankara 1988, C. 40, S. 1, s. 175.

²⁵⁵ İlan duyuru, açıkça duyurma demektir. Bkz. <https://sozluk.gov.tr>, (E.T.: 08.06.2024).

²⁵⁶ Onar, s. 310-311; Güneş, s. 95; Özyörük, s. 201-215; Duran, İdare Hukuku Ders Notları, s. 410-411; Gözübüyük/Dinçer, s. 12; Güran, s. 1279; Gözler, İdare Hukuku Cilt I, s. 952; Aksi yönde bkz. Sarıca, s. 86; Akıllıoğlu, Yürürlüğe Giriş, s. 44.

²⁵⁷ Onar, s. 310-311. Aslında idari işlemlerin tamamlanma anı konusunda “imza kuramı” ve “yayın ve bildirim kuramı” olarak iki kuram vardır. İki kuram da idari işlemin ilgililerine ancak yazılı bildirim ya da yayımdan sonra uygulanabileceğini kabul eder. İki kuram arasındaki ayrışma ise işlemin tamamlanma anıdır. Ya-

işlemin kesinleştirilmesinin koşuludur (İmar Kanunu (İK) m. 8).²⁵⁸ Bir diğer örnekse, özel çevre koruma bölgesi (ÖÇKB) tescil işlemidir.²⁵⁹

Yürürlüğe girme olayına uygulanır duruma gelmek anlamını yüklediğimizden,²⁶⁰ idari işlemlerin kabul ve imza edilmekle değil, ilgililerine duyurulmakla yürürlüğe girdiğini savunuyoruz.²⁶¹ Görülüyor ki, yürürlüğe girmek işlemin ilgililerine duyurulması sonucu onlara karşı ileri sürülebilir, uygulanabilir hale gelmesidir.²⁶² İdari işlemin kabul ve imza edilmesiyle idareyi bağlar hale gelmesi, bu yürürlüğü önceleyen öncü bir yürürlük değildir.²⁶³

yın ve bildirim kuramında işlemin duyurulma yolları onun tamamlanma sürecinin (usulün) bir parçasıyken, imza kuramında işlem imza edilmekle tamam olur. İki kuramın bir diğer ayrıldığı yönse yürürlüğe girme olayına yüklenen anlamdır. Yayın ve bildirim kuramında işlem duyurma ile yürürlüğe girmekte ve uygulanmaya başlamakta, imza kuramında işlem imza anından başlayarak yürürlüğe girer ancak ilgililerine açıklandıktan sonra uygulanır. Akıllıoğlu, Yürürlüğe Giriş, s. 33-36.

²⁵⁸ AYM., T. 11.12.1986, E:1985/11, 1986/29, R.G.: 18/4/1987 - 19435; Dnş. 6. D., T. 11.3.2013, E:2010/9414, K:2013/1524, Kazancı, (E.T.: 08.06.2024). İK.m.8'de belediye sınırları içinde kalan yerler için belediye meclisleri, belediye ve mücavir alan dışında kalan yerler için valiliklerce onaylanan planlara karşı bir aylık ilan süresi içinde itiraz olunabileceği ve belediye meclisi ve valiliklerin itirazları on beş gün içinde kesin karara bağlayacakları hükmüne yer verilmiştir. Yargısal kararların bazılarında bir ay süreyle ilan edilmeyerek kesinleştirilmeyen imar planının İYUK.m.14 bağlamında idari davaya konu olabilecek kesin ve yürütülebilir işlem olmadığı belirtilmiştir. Bkz. AYM., T. 11.12.1986, E:1985/11, 1986/29, R.G.: 18/4/1987 - 19435; AYM., T. 9.6.2011, E:2008/87, K:2011/95, R.G.: 28.12.2011 - 28156; Dnş.1. D., T. 17.10.2001, E:2001/116, K:2001/146, Kazancı, (E.T.: 08.06.2024). Onaylandığı anda yürürlüğe girdiğinden, imar planlarının bu andan itibaren kesin ve icrai bir işlem haline geldiği, ilanın kesinleşmeyi öteleyen bir etkisinin olmadığı ile ilgili karşı yönde bkz. DİDDGK. T. 17.7.2003, E: 2003/326, K. 2002/588, Kazancı. Bazı kararlarda ise şekil (usul) şartı olarak bu eksiklik iptal sebebi olarak ele alınmıştır. Bkz. DİDK., T. 7.10.2010, E:2007/136, K:2010/1358, www.ictihat.gen.tr, (E.T.: 08.06.2024).

²⁵⁹ Bir alanın ÖÇKB olarak tescili işlemi Cumhurbaşkanı kararının Resmî Gazete'de yayımı ile tamamlanmaktadır (KATTY.m.18).

²⁶⁰ Gözler, İdare Hukuku Cilt I, s. 1163; Yıldırım/Çınarlı, s. 123-124. Benzer yönde bkz. Akyılmaz/Sezginer/Kaya, s. 401.

²⁶¹ Gözübüyük/Dinçer, s. 12; Güran, s. 1280; Gözler, İdare Hukuku Cilt I, s. 771; Yıldırım/Çınarlı, s. 123-124.

²⁶² Bkz. Güran, s. 1280; Gözler, İdare Hukuku Cilt I, s. 1163; Yıldırım/Çınarlı, s. 123-124.

²⁶³ Bu konuda bkz. Akıllıoğlu, Yürürlüğe Giriş, s. 41. Karşı yönde bkz. Duran, İdare Hukuku Ders Notları, s. 411. Bununla beraber, ilgililerin lehine olan (yararlan-

Sit kararlarının duyurulma usulü yayım ve bir ay süreyle duyurma/ilandır. (KTVKK m. 7/7). KTVKK m. 65’de de “tescil edilen sit alanları ve korunması gerekli taşınmaz kültür ve tabiat varlıkları ile korunma alanlarının bu Kanuna göre tebliğ veya ilan edilmiş olması” denmiştir. Ancak KTVKK m.1 7’de sit (tescil) kararından bahsedilmeyip “bir alanın sit olarak ilanı” dendiğinden, ilan olayının işlemin tamamlanmasıyla ilgili bir şekil şartı olup olmadığına da bakılmalıdır. Hemen belirtmek gerekir ki, ÖÇKB kararının aksine sit kararının yayım veya ilanla tamamlanacağına ilişkin bir düzenleme yoktur.

Genel düzenleyici işlemin yayımı, onun belirsiz sayıdaki kişilerin bilgisine sunulmasıdır. Duyurma, işlem metninin Resmî Gazete’de yayımı biçiminde olabileceği gibi ilan yoluyla da olabilir.²⁶⁴ İmar planlarının ve sit kararlarının bir ay süreyle ilan edileceği (duyurulacağı) düzenlenmiştir. Sit kararının duyurulmasında imar planına göre fark, ayrıca Resmî Gazete’de yayımının da öngörülmüş olmasıdır. *ERKUT*’a göre, kesinlik kavramı ile nihai işlem ölçütü ancak zorunlu başvuru usulünün öngörüldüğü durumlarda katı bir uygulama alanı bulabilir. Bu durumda idari işlemin kotarılması genellikle tamamlanmış olmakla birlikte öngörülen başvuru yolunun tüketilmemiş olması işlemin kesinleşmesini engeller.²⁶⁵ Sit kararlarına itirazda olduğu gibi imar planlarına itiraz da ihtiyaridir.²⁶⁶ İtiraz yolunun imar planlarının ke-

dırıcı) birel işlemlerin imzalandıkları andan itibaren yürürlüğe girdiği de kabul edilmektedir. Bkz. Gözler, İdare Hukuku Cilt I, s. 1167; Yıldırım/Çınarlı, s. 125. Ancak kimi durumlarda yürürlüğün negotium’un (işlemin hazırlık ve tartışılmasının) tamamlanmasıyla başlaması öngörülmüş olabilir. Bkz. Akıllıoğlu, Yürürlüğe Giriş, s. 43-44. Bunun bir örneği olarak imar planları belediye meclisince onaylanarak yürürlüğe girer (İK.m.8). Bkz. DİDDGK. T. 17.7.2003, E: 2003/326, K. 2002/588, Kazancı, DİİDK., T. 7.10.2010, E:2007/136, K:2010/1358, www.ictihat.gen.tr, (E.T.: 08.06.2024). Bu durumda yayım, ilan ve bildirim yalnızca dava açma süresini başlatır. Bkz. Akıllıoğlu, Yürürlüğe Giriş, s. 44. Ancak daha yayım ve bildirim yapılmadan, yani dava açma süresi başlamadan da öğrenme üzerine dava açılabilmesi kabul edilmektir. Bkz. Gözübüyük/Dinçer, s. 207; Gözler, İdare Hukuku Cilt I, s. 1173-1174; Yıldırım/Çınarlı, s. 124.

²⁶⁴ Yıldırım/Çınarlı, s. 124.

²⁶⁵ Erkut, Kesin ve Yürütülebilir İşlem, s. 113.

²⁶⁶ Bununla beraber İmar planları için getirilen itiraz yolu ile sit kararlarına itiraz yolu arasında önemli bazı farklar vardır. İmar planlarına itiraz süresi bir aylık ilan süresiyken, sit kararlarına ilandan itibaren altmış gün içinde itiraz edilebilir. Görüldüğü üzere, imar planlarına itiraz süresi ilan süresine eşitlenmişken, sit kararlarına itiraz süresiyle ilan süresinden ayrı ve daha uzundur. Bir diğer fark,

sinleşmesini ötelediği görüşü benimsenecek olursa, imar planları itiraz olmaması durumunda bir aylık ilan süresi sonunda, itiraz olması durumunda ise itirazların kesin karara bağlanmasıyla kesinleşecektir. Sit kararına itiraz ise altmış günlük itiraz süresi geçirilmemek koşuluyla ilan süresi bitiminden sonra kalan dava açma süresi içinde de kullanılabilir. Bizce, işlemin tamamlanması ve kesinlik niteliği üzerinde bir etkisi olmaması nedeniyle ilan ve itiraz sit kararının şekil (usul) şartı değildir. Sonuç olarak, sit ilanı olarak da ifade edilen sit kararının yayımı ve ilanı, tamamen idari işlemin ilgililerine duyurulması usulündendir.

C. Sit Kararının Hukuki Sonuçları

Bir alanın sit olarak belirlenmesinin idare hukuku ve eşya hukuku açısından idareler ve ilgililer üzerinde önemli etkileri olan sonuçları bulunmaktadır. Bu sonuçlar yetki, plan ve uygulamaları ile mülkiyet hakkı üzerinde olmakla üç başlıkta toplanabilir.²⁶⁷

1. Yetki Kullanımında Değişme ve Koruma Kurulları²⁶⁸ Kararlarına Uyma Zorunluluğu

Yetkinin kullanımında değişikliğe yol açan, İmar Kanunu'na göre özel kanun olan KTVKK'nın öncelikli uygulanmaya başlanmasıdır (İK m. 4/1). Bir alanın sit olarak belirlenmesi üzerine uygulamayı yönlendirme yetkisi, uyulması zorunlu kararlarıyla koruma kurullarına geçer. KTVKK, kamu kurum ve kuruluşları ve belediyeler ile gerçek ve tüzel kişilerin Koruma Yüksek Kurulu ve koruma bölge kurullarının kararlarına uymak zorunda olduğunu hüküm altına alarak (m. 61)²⁶⁹

itirazı inceleyen merci yönündendir. İmar planlarına itirazı işlemi onaylayan belediye meclisi/valilik incelerken, sit kararlarına itirazı KVKYK/TVKMK inceler. Bir diğer farksa imar planlarına itirazın on beş gün içinde kesin olarak, sit kararlarına itirazın en geç üç ay içinde karara bağlanmasıdır. Bkz. İK m.8; KTVKK.m.61/2,3; EK Madde 4/4; KVKKY.m.18; KATTY.m.17.

²⁶⁷ Bu çalışmada, sit kararının vergi hukuku ve ceza hukukunu ilgilendiren sonuçlarına değinmeyeceğiz. Bkz. KTVKK.m.21, m.65.

²⁶⁸ Koruma kurulları ile ifade ettiğimiz kültürel sitlerde KVKYK ve KVKBK'lar; doğal sitlerde TVKMK ve TVKBK'lardır (Bkz. KTVKK Ek Madde 4/4).

²⁶⁹ Mülga 5805 sayılı GEEAYK Kuruluş Kanununda da benzer bir hüküm bulunmaktaydı: "Hükümet teşkilleri ve tesisleri ile hakiki ve hükmi şahsiyetler kendilerini ilgilendiren hususlarda, kurul kararlarına uymaya mecburdurlar"

sit alanlarında özel bir yetki kuralı öngörmüştür. Şöyle ki; kararlara uyma zorunluluğu, ilgili idarelerin sit alanında KAİP yapımına (m.17), uygulamaya (m.57/1-g), inşai ve fiziki müdahaleye (m.9) ilişkin idari işlemlerdeki takdir yetkisini ortadan kaldırarak yetkilerini bağlı yetkiye indirir.²⁷⁰

KTVKK'nın yetkiye ilişkin getirdiği bu rejimin idari işlemin şekil (usul) unsurunda da değerlendirilmesi gerekir. Çünkü burada söz konusu olan başvurulması ve uyulması zorunlu danışma usulü²⁷¹ olup buna uygun görüş danışması²⁷² da denir. Ancak yine de yetki unsurdan çok uzaklaşamıyoruz çünkü “düşünsel irade” tam anlamıyla koruma kurulları ve komisyonlarındadır. İlgili idarelerse düşünsel iradenin uygun gördüğü içeriğiyle²⁷³ işlemi kabul ederek ya da onaylayarak uygulamaya koymakla²⁷⁴ yetkili ve yükümlüdürler. Nitekim Fransız Danıştay'ı, bir idari makamın bir başka organın uygun görüşü üzerine karar vermek zorunda olduğu durumlarda bu zorunluluğun yerine getirilmeden karar alınmasını yetkiyi etkileyen bir bozukluk olarak görmektedir.²⁷⁵ Böylece, uygun görüşün bir danışma değil, ortak karar alma usulü olduğu; uygun görüş veren makamın işlemin ortak yapıcısı haline geldiği söylenebilir.²⁷⁶ Ancak yine de vurgulanmalıdır

(m.5). Şu kadar ki anılan düzenlemede hükümet teşkilleri ve tesisleri de açıkça sayılmıştır.

²⁷⁰ Dnş. 6. D., T. 4.5.1993, E:1993/965, K:1993/1768, *Danıştay Dergisi*, S. 88, s. 275; Dnş. 6. D., T. 27.01.2021, E:2020/7060, K:2021/674, www.danistay.gov.tr, (E.T.: 27.03.2022).

²⁷¹ Bkz. Sezginer, s. 70-72; Günday, s. 146-147; Gözler, *İdare Hukuku Cilt I*, s. 970 vd.

²⁷² Gözler, *İdare Hukuku Cilt I*, s. 973.

²⁷³ “Ruhsat alınması öncesi 2863 sayılı Kanun gereğince alınması gereken izinlerin ruhsat isteminde bulunan ilgiliden beklenemeyeceğinden, bu usulü prosedürün Belediye tarafından yerine getirilerek alınan görüşe göre işlem yapılması gerekmektedir”. Bkz. Dnş. 6. D., T. 7.9.2020, E:2020/5418, K:2020/7172, Kazancı. KAİP'ta ise, ilgili idareler bu özel planı hazırlatıp incelenmek ve sonuçlandırılmak üzere bölge kuruluna vermek zorundadır. Planlar, bölge kurulunun uygun gördüğü haliyle yürürlüğe girer (KTVKK.m.17).

²⁷⁴ Bununla beraber, KTVKK m. 17'de 5226 sayılı Kanun ve 648 sayılı KHK ile yapılan değişikliklere göre, “Planlar koruma bölge kurulunun uygun gördüğü şekliyle ilgili idarelerce altmış gün içinde onaylanmak zorundadır. Bu süre içinde görüşülmeyen ya da onaylanmayan planlar kesinleşerek yürürlüğe girer.” Bu hükümden, koruma kurullarının giderek KAİP'in tek yapıcısı haline geldiği görülmektedir.

²⁷⁵ Bkz. Tan, *İdare Hukuku*, s. 920-921, dipnot 405.

²⁷⁶ Gözler, *İdare Hukuku Cilt I*, s. 976.

ki, işlemin yönünü ve içeriğini belirleyen; bir başka deyişle düşünsel iradenin sahibi makam, uygun görüş veren makamdır.

2. Planlar Üzerindeki Sonuçları

a. Plan uygulamasının durması

Bir alanın sit olarak belirlenmesinin planlar üzerindeki ilk sonucu, başka hiçbir işleme gerek olmaksızın alandaki her ölçekteki plan uygulamasının durmasıdır.²⁷⁷ İmar planı ya da plan uygulama işlemleri özelinde idari bir işlemin icrası, yargı kararı olmaksızın yetkili ve başka bir makamın yaptığı bir idari işlemle durmuş olmaktadır.²⁷⁸ Anayasa Mahkemesi'ne göre²⁷⁹ bu düzenleme, Anayasa'nın 63'üncü maddesi ile verilen koruma görevinin yerine getirilmesi ile ilgili tabii bir önlem ifade eder. Bu düzenleme sit alanlarına özgü bir koruma aracıdır. Örneğin, bir alanın 2634 sayılı Turizmi Teşvik Kanunu uyarınca turizm merkezi olarak belirlenmesi alandaki plan uygulamasını durdurmaz.²⁸⁰

Her ölçekteki plan uygulamasının durması, yürürlükten kalkma mıdır? Bizim de katıldığımız görüşe göre, KTVKK m. 17 hükümleri uyarınca, durdurma eyleminden kaldırmak anlaşılmalıdır. Çünkü kaldırılan imar planı uygulamalarının tekrar geri getirilmesi olası değildir. Yerine getirilecek şey KAİP olacaktır.²⁸¹ Böylece, sit kararı üzerine mevcut imar planları yürürlükten kalkar.²⁸² Hemen belirtmek gerekir ki, imar planları sit olarak belirlenen alanı da içeren daha geniş bir alana yönelikse, yürürlükten kalkan imar planlarının tüm hükümleri olmayıp yalnızca sit olarak belirlenen alanla ilgili hükümleridir. Sit kararı üzerine mevcut planların yürürlükten kalkması, Kanunla yetkide

²⁷⁷ Maddi metnin ilk hali "... bu alandaki imar planı uygulamasını durdurur" şeklindeydi.

²⁷⁸ Sancakdar, İmar Hukuku Genel Esaslar, s. 151.

²⁷⁹ AYM., T. 28.6.1988, E:1987/21, K:1988/25, R.G.: 08.01.1989-20043, s. 12.

²⁸⁰ Dnş. 6. D., T. 6.4.2010, E:2008/3984, K:2010/3389, *Danıştay Dergisi*, S. 125, s. 224-225.

²⁸¹ Besim Çeçener, "Sit Geçiş Dönemi- Koruma Amaçlı Plan- Kısmi Plan Değişikliği Konusunda Yanlış Yorumlar", *Mimarlık*, Ankara 2004, S. 316, (Sit-Kaip), s. 12. Çeçener'e göre, yine de ortada bir süre durdurma söz konusudur. Ama bu süre geçiş dönemi koruma esasları ve kullanma şartlarının belirlenmesine kadar olan süredir ve durdurma ibaresi bu süreyi belirtmek için kullanıldığı şeklinde yorumlanmalıdır. Bkz. Çeçener, Sit-Kaip, s. 12.

²⁸² Sancakdar, Taşınmaz Kültür ve Tabiat Varlıkları Hukuku, s. 331.

ve usulde paralellik ilkesine getirilen bir istisnadır. Bununla beraber, sit ilanı ile alanın plansız kalması üzerine alanda genel imar rejimine yönelik olan Plansız Alanlar İmar Yönetmeliği de uygulanmaz. Geçiş dönemi koruma esasları ve kullanma şartlarının belirlenmesine kadar alanda hiçbir uygulama yapılamayacaktır.

b. Üst ölçekli planların gözden geçirilmesi

Sit kararının ikinci sonucu, sit alanının etkileşim-geçiş sahası varsa 1/25.000 ölçekli plân kararları ve notları alanın sit statüsü dikkate alınarak yeniden gözden geçirilerek ilgili idarelerce onaylanmasıdır. Burada 1/25.000 üst ölçekli plan denilmişse de bahsedilen çevre düzeni planıdır. İmar mevzuatında sonradan, çevre düzeni planlarının 1/50.000 ve 1/100.000 ölçeklerinde hazırlanacağı düzenlenmiş olup 1/25.000 ölçekli hazırlanan planlar büyükşehir nazım imar planları olmuştur.²⁸³ Böylece yürürlükteki tüm üst ölçekli planların plan hükümleri ve notları sit kararına göre gözden geçirilecek ve sit sınırları üst ölçekli planlara işlenecektir.

c. Geçiş dönemi koruma esasları ve kullanma şartlarının belirlenmesi

Sit kararının üçüncü sonucu, sit kararının ilanından itibaren üç ay içinde geçiş dönemi koruma esasları ve kullanma şartlarının belirlenmesidir. Sit kararı ilanı ile KAİP'in yürürlüğe girmesi arasındaki geçiş evresi için koruma/kullanma kurallarını belirleyen ve adını da bu dönemden alan bu idari işlemin amacı, oldukça detaylı araştırmalar yapılarak hazırlanacak KAİP'in yürürlüğe girmesine kadar sit alanını kaçak yapılaşma²⁸⁴ gibi olumsuz müdahalelerden korumak ve bir ölçüde de bireylerin yapılaşma istemlerinin karşılanmasıdır.²⁸⁵ Ancak bu işlem

²⁸³ Bkz. Mekansal Planlar Yapım Yönetmeliği m.4/1-c; Geçici Madde 2; 5216 s. Büyükşehir Belediye Kanunu Geçici Madde 1.

²⁸⁴ Mülga Bursa Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kurulunun 13.2.1992 gün, 2285 sayılı ilke kararında KAİP'in yasal süresinde yapılmaması durumunda sit alanlarında kaçak yapılaşmayla koruma disiplininin bozulduğunun gözlemlendiği ve kişi mağduriyetinin önlenmesi açısından geçiş dönemi yapı şartlarında hangi ölçütlere uyulabileceğini belirleyen ilke kararı üretilmesi önerilmiştir. Bkz. <http://katalogtarama.cekulvakfi.org.tr/resimler/3/20/18318/rap0000265.pdf>, (E.T: 14.11.2023).

²⁸⁵ Besim Çeçener, "Doğal ve Kültürel Çevre Koruma Örgütü", *MİMARLIK*, Ankara 1977, S. 152, (Koruma Örgütü), s. 23; Yasin, prg. 22.

KAİP yerine de geçmemelidir. Eğer sit statüsü iskân amaçlı yapılaşmaya izin veriyorsa, yapılaşma hakkı bakımından belirli bir taban alanını geçmeyen iki katlı yeni inşaatlara izin verilmesi gerektiği, bu haklardan fazlasının verilip verilmeyeceğinin ise KAİP'e bırakılması önerilmiştir.²⁸⁶ Görülüyor ki, bu işlemle koruma eylemi ile mülkiyet hakkı arasındaki makul denge kurularak sürdürülebilir korumanın sağlanması amaçlanmaktadır. Geçiş dönemi koruma esasları ve kullanma şartları uygulamada sit kararından sonra ayrı bir karar alınarak yürürlüğe konabildiği gibi sit kararıyla birlikte de belirlenebilmektedir. Uygulamadaysa çoğunlukla alana özgü koruma ve kullanma kurallarının belirlenmediği,²⁸⁷ genel düzenleyici işlem olan²⁸⁸ ilgili sit koruma ve kullanma koşullarına ilişkin ilke kararlarına atıf yapılmakla yetinilmektedir.

d. Koruma amaçlı imar planının yapılması

Sit kararının dördüncü ve en önemli sonucu, alanın planlamasının özel (amaçlı) plan türü olan²⁸⁹ koruma amaçlı imar planlarıyla (1/5.000 ölçekli KANİP, 1/1.000 ölçekli KAUİP) yapılacak olmasıdır. Bu koruma planlamasının ilk aşaması sit tespit ve tescili olup²⁹⁰ KTVKK uya-

²⁸⁶ Çeçener, İstanbul'un Kültür ve İmar Sorunları, s. 6. Ayrıca bkz. Yasin, prg. 23. 681 sayılı Kentsel Sitler, Koruma ve Kullanma Koşullarına göre, "Geçiş dönemi koruma esasları ve kullanma şartlarının belirlenmesi aşamasında koruma amaçlı imar planı kararlarını etkileyebilecek nitelik ve yoğunluktaki uygulamalara izin verilmemesi ... esastır".

²⁸⁷ Kentsel sitlerde GDKEKŞ kent dokusunun detaylı olarak bilinmesinden sonra çıkarılmalıdır. Bkz. Çınar Atay, Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Olgusu, İzmir Ticaret Odası, İzmir 2001, s. 16. 681 sayılı Kentsel Sitler Koruma ve Kullanma Koşullarında belirtildiği üzere, GDKEKŞ belirlenme aşamasında kentsel sitin doku özelliklerine bağlı yoğunluk, yükseklik, mimari özellik, yapı malzemesi, renk vb koşulların tanımlanması esastır.

²⁸⁸ Doğal (Tabii) Sitler, Koruma ve Kullanma Koşullarının ülke çapında uygulanacak düzenleyici işlem niteliğinde olduğu hk. bkz. Dnş. 6. D., T. 9.2.2021, E:2021/506, K:2021/1528.

²⁸⁹ Bkz. Güven Bilsel, Ayça Bilsel, "Günümüzde 'İmar Planı' Olgusu, Niteliği ve Türel Ayrımı" iç. Türkiye'de İmar Planlaması, Der: Tamer Gök, ODTÜ Şehir ve Bölge Planlama Bölümü, Ankara 1980, s. 179-180; Yasin, prg. 62; Elif Orta, İmar Hukukunda Plan Hiyerarşisi ve Planların Çatışması, Legal, İstanbul 2006, s. 57 vd.; Ferruh Yıldız, İmar Bilgisi, Güncellenmiş ve Gözden Geçirilmiş 12. basım, Nobel, Ankara 2020, s. 113, 133 vd.; Yücel Ünal, Türk Şehir Planlama Hukuku 2020, Legal, İstanbul 2020, s. 10-11, 33.

²⁹⁰ Güzin Arslan, "Koruma Planlamasında İlk Aşama, Tespit ve Tescil", Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kurultayı, Kültür Bakanlığı Yayınları, Ankara 1990, s. 27; Nuran Zeren, "Koruma Amaçlı İmar Planı Yapım Süreci İlkeler, Yöntemler,

rınca sit alanlarında KAİP yapılması zorunludur (m.17).²⁹¹ Son nüfus sayımında nüfusu 10.000'i aşan yerleşmelerin imar planlarının yaptırılmaları zorunludur. Son nüfus sayımında nüfusu 10.000'i aşmayan yerleşmelerde imar planı yapılmasının gerekli olup olmadığına belediye meclisi karar verir (İK.m.7/2). Sit alanlarındaysa KAİP yapılıp yapılmamasında ilgili idarelerin takdir yetkisi bulunmamaktadır. Çünkü sit alanlarında KAİP yapılması nüfusa bağlı olmayıp bu özel plan türünün yapılma sebebi alanın sit olarak belirlenmiş olmasıdır.

İmar planlarının aksine KAİP yapılması için bir süre öngörülmüştür: "Belediyeler, valilikler ve ilgili kurumlar söz konusu alanda üç yıl içinde koruma amaçlı imar planı hazırlatıp incelenmek ve sonuçlandırılmak üzere koruma bölge kuruluna vermek zorundadır. Üç yıllık süre içinde zorunlu nedenlerle plan yapılamadığı takdirde koruma bölge kurulunca gerekçeli olarak bu süre uzatılabilir" (KTVKK m. 17-a/2).

Üç yılın bitiminde uzatma süresi kendiliğinden başlamamaktadır. Zorunlu nedenlerle plan yapılamamış olması gerekmektedir. Uzatma kararının ise gerekçeli olması gerekir. Madde metninin önceki halinde 2+1 yıl olan²⁹² KAİP hazırlama süresinin üç yıla çıkarılması ve uzatmanın da deyim yerindeyse süresiz hale gelmesi, idareleri bağlayıcı olması gereken bu sürenin niteliğini zayıflatmaktadır.²⁹³ İmar kısıtlılığına (kamulaştırmasız -hukuki- el atma) ilişkin kanun boşluklarında

Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kurultayı, Kültür Bakanlığı Yayınları, Ankara 1990, s. 35-36.

²⁹¹ Alsaç, KTVKK Üzerine, s. 10; Figen Akpınar, "İmar Planı, Koruma Amaçlı İmar Planı İkilemi ve Bütünleşmesine Yönelik Öneriler", 2. Kentsel Koruma, Yenileme ve Uygulamalar Kolokyumu, Ed: Mehmet Çubuk, MSÜ Matbaası, İstanbul 1995, s. 56.

²⁹² M.17'nin ilk halinde KAİP hazırlama süresi en geç iki yıl olup uzatma süresi öngörülmemişti. 5226 sayılı Kanunla yapılan değişiklikle iki yıllık sürenin bir yıl uzatılabileceği öngörülmüştür. M.17'de 648 sayılı KHK'yle yapılan değişiklikle iki yıllık süre üç yıla çıkarılmış, uzatmayı sınırlayan süre de kaldırılmıştır.

²⁹³ İdareleri bağlayıcı olan KAİP hazırlama süresinin uygulanma gücünü azaltan bir değişiklik daha bulunmaktadır. Şöyle ki; KTVKK.m.17'nin önceki halinde, yasal süresinde KAİP hazırlanmadığı takdirde, geçiş dönemi koruma esasları ve kullanma şartlarının uygulanması KAİP yapılıncaya kadar durmaktaydı. Maddenin 648 sayılı KHK ile değiştirilen mevcut halindeyse, KAİP hazırlama süresi uzatıldıysa, uzatma süresinde de geçiş dönemi koruma esasları ve kullanma şartlarının uygulanacağı öngörülmüştür.

Danıştay'ın kıyasen başvurduğu beş yıllık sürenin²⁹⁴ buradaki uzatma süresi dahil toplam KAİP yapım süresi için de uygulanması gerekir.

Uygulamada çoğunlukla KAİP'lerin uzun yıllarca hazırlanmadığı görülmektedir. Bu savsaklama, koruma gereklerine aykırı olduğu gibi mülkiyet hakkının ihlaline²⁹⁵ de yol açabilmektedir. Nitekim KAİP hazırlama süresi iki yılken Kültür ve Turizm Bakanlığının Koruma Amaçlı İmar Planlarının Yapımına İlişkin Tebliğiyle²⁹⁶ "... süresi içinde koruma amaçlı imar planlarının yapımının ülkemizin kültürel ve doğal değerleri tahribata uğramaması, sit alanı ile imar hakları kısıtlanan vatandaşların mağduriyetinin önlenmesi için ilgili idarelere hatırlatılması uygun görülmüştür". Ancak ilgili idareler bugün de sürelere uymamaktadır.

3. Mülkiyet Hakkı Üzerindeki Sonuçları

a. Genel açıklama

Şehirleşme ve imar, mülkiyet hakkına en görünür biçimde müdahale edildiği alandır.²⁹⁷ Keza kültür ve tabiat varlıkları ile tarihi ve doğal çevrenin korunması da. Bir alanın sit olarak belirlenmesi mülkiyet hakkını sınırlayıcı ve kısıtlayıcı sonuçlar doğurmaktadır.²⁹⁸ Malikin taşınmazı üzerine yapılar yapması, mülkiyetten doğan kullanma ve yararlanma yetkilerinden kaynaklandığından,²⁹⁹ sit kararı yapılaşma hakkı yönünden malikin bu yetkilerini kısıtlar. Bu kısıtlama, sit alanının korunmasında beliren kamu yararından kaynaklanmakla birlikte,

²⁹⁴ "... yasa koyucu, mülkiyet hakkını ilgilendiren konularda, idarenin beş yıl boyunca hareketsiz kalmasını, malikler lehine bazı haklar doğması bakımından yeterli görmüştür. Yasa koyucunun bu eğiliminin, uyumsuzluk konusu olayda da kıyasen uygulanması hukuka ve hakkaniyete uygun olacağından ...". Bkz. Dnş. 6. D., T. 10.4.2014, E:2011/5403, K:2014/3033.

²⁹⁵ AYM, doğal sit alanında yasada öngörülen süresinde KAİP yapma yükümlülüğünün yerine getirilmemesinin kullanım durumunda belirsizliğe yol açması nedeniyle başvuru hakkının mülkiyet hakkını ihlal ettiğine karar vermiştir. Bkz. AYM, Aydın Başatan Başvurusu, Başvuru No: 2019/9598.

²⁹⁶ R.G.: 23.07.2006 - 26237.

²⁹⁷ Esin Örcü, Taşınmaz Mülkiyetine Kamu Hukuku Yaklaşımı, İÜHFY, İstanbul 1976, s. 288.

²⁹⁸ AYM, T. 3.7.2014, E:2014/50, K:2014/124, R.G.: 12/12/2014-29203; Dnş. 6. D., T. 10.12.2014, E:2003/3450, K:2004/6401, *Danıştay Dergisi.*, S. 109, s. 199.

²⁹⁹ Zevkililer, Zarar Verici İnşaat, s. 60.

koruma ve kullanma arasındaki rasyonel ve bilimsel dengenin sağlanması, başka bir deyişle bu özel kamu yararı ile mülkiyet hakkı arasındaki adil dengenin³⁰⁰ gözetilmesi gerekir.

Anayasası'nın "Tarih, kültür ve tabiat varlıklarının korunması" kenar başlıklı 63'üncü maddesine göre, "Devlet, tarih, kültür ve tabiat varlıklarının ve değerlerinin korunmasını sağlar, bu amaçla destekleyici ve teşvik edici tedbirleri alır (f. 1). Bu varlıklar ve değerlerden özel mülkiyet konusu olanlara getirilecek sınırlamalar ve bu nedenle hak sahiplerine yapılacak yardımlar ve tanınacak muafiyetler kanunla düzenlenir (f. 2)". Anayasanın bu hükmü kültürel ve doğal varlıklarının korunmasında İdare'nin kamu hizmeti, kolluk, destekleme ve özendirme faaliyetlerine içerir.³⁰¹ Buradaki kolluk, kültür ve doğa varlıklarının korunmasına ilişkin özel idari kolluktur.³⁰² KTVKK'nın oluşturduğu özel kolluk sisteminde izin rejimi benimsenmiş (m.9, 57) olup inşai ve fiziki müdahaleler, koruma kurullarının; bazı sınırlı durumlardaysa (m.57/7,9) KUDEB izin ve denetiminde yapılmaktadır. Özet olarak sit kararı, devam eden inşaatlar ve yeni yapılaşmaların hukuki rejimini doğrudan etkiler.

b. Devam eden inşaatlar ve kazanılmış hak

Sit kararının ilanından önce başlayan fakat devam eden inşaatların durumu KTVKK'da düzenlenmiştir: "Koruma bölge kurulunca sit alanı olarak ilan edilen yerlerde; bu kararın ilanından önce imar mevzuatına ve onanlı imar plânlarına uygun olarak alınmış yapı ruhsatı ve eklerine göre subasman seviyesi³⁰³ tamamlanmış yapıların inşasına

³⁰⁰ Anayasa Mahkemesinin 2863 sayılı Kanun ile ilgili vermiş olduğu iptal kararında belirttiği üzere, "mülkiyet hakkına getirilen sınırlamalarda meşru bir amaca dayanılmalı ve kamusal yarar gözetilse bile kamusal yarar ile malikin bireysel yararı arasında makul bir dengenin gözetilmesi gerektiği açıktır". Bkz. AYM, T. 3.7.2014, E: 2014/50, K: 2014/124, R.G.: 12.12.2014-29203.

³⁰¹ Celal Erkut, 'Kültürel Mirasın Korunması Hukuku' iç. Prof. Dr. Yıldızhan Yayla'ya Armağan (Galatasaray Üniversitesi Yayınları, Armağan Serisi No:4, 2003), (Kültürel Miras), s. 285.

³⁰² Yıldızhan Yayla, İdare Hukuku, 2. basım, Beta, İstanbul 2010, (İdare Hukuku), s. 44; İsmet Girilti, Pertev Bilgen, Tayfun Akgüner, Kahraman Berk, İdare Hukuku, Güncellenmiş 6. basım, DER Yayınları, İstanbul 2013, s. 1152; Kemal Gözler, İdare Hukuku Cilt II, 3. baskı, Ekin, Bursa 2019, (İdare Hukuku Cilt II), s. 499.

³⁰³ Subasman, üst temel, oturmalık, yapı eteği anlamlarına gelir. Bkz. <https://www.yapipedia.com/son-eklenenler/su-basman-nedir>, (E.T.: 24.06.2024).

devam edilebilir, ancak bu maddenin (c) bendi uyarınca yapılanma hakkı aktarımını re'sen uygulamaya da ilgili idareler yetkilidir. Subasman seviyesi tamamlanmamış yapıların yapı ruhsatları iptal edilir. Kesin yapılanma yasağı bulunan sit alanlarında bu madde hükümlerinden faydalanılamaz" (m17/a-son). Görüldüğü üzere, subasman seviyesi tamamlanmamış yapıların yapı ruhsatları iptal edilmekle birlikte, inşaatın devamına izin verilmeyerek imar aktarımı yapılması da mümkündür. Bu nedenle, alınmış hukuka uygun yapı ruhsatı ve eklerine göre subasman seviyesinin tamamlanmış olması malike hukuksal kazanım sağlamamaktadır. Burada, birel sonuçların değişmezliği ve dokunulmazlığı ilkesinin bir istisnası olarak birel hukuksal kazanıma baskın kamu yararı gereğince müdahale edilebilecek, yeni hukuksal düzene intibakı sağlanacaktır.³⁰⁴ Ancak bu durumda malikin zararının tazminat olarak karşılanması da hukukun gereğidir. Sit kararının ilanından önce edinilen kazanılmış hakların ise korunması gerekir.³⁰⁵ Bu nedenle, ilandan önce bitirilmiş ve yapı kullanım izni alınmış yapılar sit kararından etkilenmez.

c. Sit irtifakları³⁰⁶

İmar irtifakları kentin genel menfaati adına özel taşınmaz mülkiyetinin unsurlarından faydalanma ve kullanma hakları üzerine konulan inşaat ve imar kısıtlamalarıdır. İnşaat yasakları ve bina inşa şekilleri üzerine kurallar gibi...³⁰⁷ Sit alanının sürdürülebilir korunması yolunda yeni yapılaşmalara getirilen mutlak/nisbi kısıtlamalar da bir tür idari irtifaktır (sit irtifakları). Anayasa m. 63/2 bu arada m.13 ve m. 35/2 gereğince mülkiyet hakkına getirilecek kısıtlamaların kanunla düzenlenmesi gerekir. Buna karşın, sit irtifakları KTVKK'da değil, yönetmeliklerde ve ilke kararlarında düzenlenmiştir. Özellikle 1951 yılından 1973 yılında EEK'nın yürürlüğe girişine kadar GEEAYK'nın

³⁰⁴ Güran, s. 1285.

³⁰⁵ Yasin, prg. 21.

³⁰⁶ İdari irtifakların başlıca ve en tipik şekilleri imar hukuku alanında yer aldığından bunlara imar irtifakları da denmektedir. Erkün, s. 35; Sadık Artukmaç, Türk İmar Hukuku, 1979, s. 327-329. Sit alanlarının sürdürülebilir korunması için getirilen irtifaklara ise "sit irtifakları" denebilir.

³⁰⁷ Erkün, s. 35-37; Artukmaç, s.328. Ayrıca bkz. Giritli/Bilgen/Akgüner/Berk, s. 1016-1017.

ilke kararlarıyla koruma irtifakları belirlenmesi, kendine özgü³⁰⁸ o dönemdeki kanun boşluğu ve koruma gerekliliği göz önüne alındığında makul karşılanabilirse de bugün için bu durumun artık mülkiyet hakkının sınırlanması rejimine aykırı olduğunu düşünüyoruz.

Sit olarak belirlenen alanda, inşaat hakkı kısmen ya da tamamen kısıtlanır. Doğal sitlerde kesin korunacak hassas alanlarda,³⁰⁹ arkeolojik sitlerde I. ve II. derecelerde kesin inşaat yasağı vardır. Yapılaşma imkanını ortadan kaldırdığından, sit irtifakları içinde en ağır kısıtlama kesin inşaat yasağıdır.³¹⁰

Sit alanı içinde taşınmaz kültür/tabiat varlığı bulunan parsellerde yeni yapılaşma kural olarak mümkün değildir. Bu varlıkların bulunduğu parseller dışındaki yeni yapılanmalarda ise yapı niteliklerine ilişkin idari irtifaklar mevcuttur. Kentsel sitlerde, sitin doku özelliklerine bağlı yoğunluk, kütle, konum, yükseklik, mimari özellikler, yapı malzemesi, renk vb. koşulların tanımlanması esastır.³¹¹ Bu nitelikler kısmen III. derece arkeolojik sitlerde de gözetilir.³¹² Sürdürülebilir koruma ve kontrollü kullanım alanlarında da doğayla uyumlu mimari üslup oluşturulmak isteniyorsa, alandaki yeni yapılaşmalarda yapı niteliklerine ilişkin sit irtifakları belirlenmelidir. Nitekim KATTY'ye göre bu alanlar peyzajı ile uyumlu insan yerleşimlerini içinde bulundurur (m.9/2-a). Yapı yasağı dışında tadilat ve tamirat, restorasyon, yapıların kullanımlarının değiştirilmemesiyle ilgili sit irtifakları da vardır (KTVKK m. 9,18³¹³). Ayrıca, korunması gerekli taşınmaz kültür varlığı parselleri, taşınmaz kültür varlıklarının mahiyetine tesir edecek şekil ve surette ayrılamaz ve birleştirilemez (KTVKK m. 18/6).

³⁰⁸ Kendine özgü dememizin nedeni o dönemde koruma eylemini ve anlayışını her türlü etkiden uzak şekilde bizzat GEEAYK'nin gerçekleştirmesi ve geliştirmesidir. Bkz. Mumcu, EEH 1971, s. 56-58.

³⁰⁹ Doğal sitin nitelikli doğal koruma alanı kategorisinde ise nisbi yapı yasağı olup bu alanlarda iskân amaçlı bina yapılamaz.

³¹⁰ Bu ağır kısıtlamanın sonuçlarının giderilmesi için maliklere trampa hakkı tanınmıştır (KTVKK.m.15/1-f).

³¹¹ Bkz. 681 sayılı Kentsel Sitler, Koruma ve Kullanma Koşulları İlke Kararı.

³¹² Bkz. 58 sayılı Arkeolojik Sitler, Koruma ve Kullanma Koşulları İlke Kararı.

³¹³ Ayrıca bkz. Bkz. 681 sayılı Kentsel Sitler, Koruma ve Kullanma Koşulları İlke Kararı.

SONUÇ

KTVKK'da sit tanımı dışında tanımlanan tek sit türü doğal sittir. Diğer sit türleri idarenin düzenleyici işlemlerinde adlandırılmış ve tanımlanmıştır. Bu sit türleri kentsel, arkeolojik, kentsel arkeolojik ve tarihi sittir. UNESCO belgelerinde yer alan kırsal sit ve kültürel peyzaj türlerine KTVKK ve ikincil mevzuatında yer verilmediğinden, bu sit türlerine konu olması gerekli bazı alanlar mevcut sit statüleriyle korunmaya çalışılmaktadır. Kırsal sit ve kültürel peyzaj türlerine de mevzuatta yer verilmesi yerinde olacaktır.

KTVKK'daki sit tanımı sit türleri tanımlarının uç uca eklenmesiyle oluştuğundan, Kanun düzenleme başlangıcını yaparak genel çerçeveyi çizmiştir. Bu sit türlerinin adlarının ve daha somut tanımlamalarının ilk defa açıkça yönetmelikte düzenlenmesi Kanun'un sit tanımıyla çizdiği genel çerçevenin sınırları içinde olduğundan, normlar hiyerarşisine ve hukuka uygundur. Bununla beraber, mülkiyet hakkını kısıtlayıcı etkilere sahip olmasına rağmen Kanun yerine yönetmelikler ve ilke kararlarıyla getirilen sit alanları ile ilgili birtakım düzenlemeler normlar hiyerarşisi ilkesi ve kanunla sınırlama prensibi bağlamında Anayasa m.13, m.35/2, m.63/2 ile bağdaşmadığından hukuka aykırıdır.

Bunlardan birincisi, Yönetmelik ile arkeolojik sitlerin ve doğal sitlerin sınıflandırılmasıdır. KTVKK'da bu konuda bir düzenleme ya da sınıflandırmanın Yönetmelikle yapılacağına ilişkin bir düzenleme başlangıcı olmamasına rağmen Yönetmelikler ile arkeolojik sitlerin üç dereceye, doğal sitlerin üç kategoriye ayrılması hukuka aykırıdır. İkincisi, sürdürülebilir koruma ve kontrollü kullanım alanlarının Yönetmelik ve ilke kararıyla doğal sit kapsamına alınmasıdır. KTVKK'nın doğal sitleri oldukça özellikli doğal alanlar olarak düzenlemesi ile sürdürülebilir koruma ve kontrollü kullanım alanlarının KATTY'de sayılan özellikleri birlikte göz önüne alındığında, sürdürülebilir koruma ve kontrollü kullanım alanlarının ikincil mevzuat ile doğal sit kapsamına alınmasının normlar hiyerarşisi prensibine ve böylece hukuka aykırı olup olmadığı üzerinde durulmaya ve tartışılmaya değer bir konudur. Son olarak üçüncüsü, sit irtifakları olarak yeni yapılaşmalara getirilen mutlak ya da nisbi kısıtlamaların mülkiyet hakkını sınırlayıcı nitelikte olmasına rağmen Kanun ile değil; yönetmelikler ve sit koruma ve kullanma koşullarına ilişkin ilke kararlarıyla düzenlenmesi kanunla sınırlama prensibine ve böylece hukuka aykırıdır.

Kültür varlıklarını koruma bölge kurullarının aksine tabiat varlıklarını koruma bölge komisyonlarına Bakanlığın taşra teşkilatı (İl Müdürlüğü) bünyesinde yer verildiğinden bölge komisyonlarının tabi olduğu hiyerarşi denetimi çok daha fazladır. Kültür varlıklarını koruma bölge kurullarınca alınan sit tescil kararları hukuki sonuç doğurma gücüne sahip olması nedeniyle icrai işlemdir. Tabiat varlıklarını koruma bölge komisyonlarınca alınan doğal sit tescil kararları ise onay ile tamamlandığından icrailik özelliğine sahip değildir. Doğal sit tescil işlemi, kolektif işlem olan komisyonun kararını içeren bir birleşme işlemidir.

Doğal sit kararının oluşmasında iki irade söz konusudur. Bu iradelere birincisi sit tescil kararına yönelikken ikincisiyse tescil işlemi tamamlayan onaya yöneliktir. Ancak asıl düşünsel irade sahibi bölge komisyonudur. Çünkü kültür/tabiat varlıkları ve sitlerle ilgili hizmetlerin bilimsel esaslara göre yürütülmesi gerekmektedir. Komisyon da sunulan tespit raporuyla bağlı olmayıp raporu değerlendirmesi sonucu bir karar almaktadır. Bilimsel veriler ışığında alınması gereken doğal sit tescil kararının onay işlemi ile tamamlanacağına düzenlenmesi, bu işlemin niteliğiyle bağdaşmamaktadır. Tabiat varlıklarını koruma bölge komisyonları da kültür varlıklarını koruma bölge kurulları gibi hiyerarşik silsile dışında özerk kararlar alabilen kurumlar olarak yeniden yapılandırılmalıdır.

Bir alanın sit olarak belirlenmesinin eşya hukuku (mülkiyet hakkı) açısından ilgililer üzerinde önemli etkileri bulunmaktadır. Bu etkileri gerçekleştiren sit alanlarına özgü sit koruma kural ve araçlarıdır. Sit ilanı üzerine alandaki plan uygulamasının durması, belirli sürelerde geçici düzenleyici işlem niteliğinde geçiş dönemi koruma esasları ve kullanma şartlarının ve kalıcı düzenleyici işlem niteliğinde koruma amaçlı imar planlarının yapılması zorunluluğu getirilmesi bunlardan bazılarıdır. Sit ilanının alandaki imar uygulamasını (yapılaşma haklarını) durdurduğu göz önüne alındığında, bu düzenleyici işlemlerin belirlenen sürelerde yapılması sayesinde ilgililer kesin inşaat yasağı olmayan sit alanlarında alanın silüetine ve koruma/kullanma dengesine uygun şekilde yapılaşma haklarını kullanabilecek ve kaçak yapılaşmayla koruma disiplini bozulmayacaktır. Buna karşın, uygulamada çoğunlukla KAİP'lerin hatta yer yer geçiş dönemi koruma esasları ve kullanma şartlarının bile uzun yıllarca hazırlanmadığı görülebilmek-

tedir. Bu savsaklama, koruma gereklerine aykırı olduğu gibi mülkiyet hakkı ihlaline de yol açmaktadır. KTVKK m. 17’de yapılan değişiklik- le, yasal süresinde KAİP yapılamaması halinde zorunlu hallerde ve gerekçeli olarak uygulanması gereken uzatma süresini sınırlayan sü- renin kaldırılması idareleri bağlayıcı bir süre olmasına rağmen KAİP hazırlama süresinin niteliğini zayıflatmaktadır. Bu nedenle, imar kısıt- lılığına ilişkin kanun boşluklarında Danıştay’ın kıyasen başvurduğu beş yıllık sürenin buradaki uzatma süresi dahil toplam KAİP yapım süresi için de uygulanması gerekir.

Kaynakça

Kitaplar

- Ahunbay Zeynep, Tarihi Çevre Koruma ve Restorasyon, 16. Baskı, Yem Yayın, İstanbul 2022, (Tarihi Çevre Koruma ve Restorasyon).
- Akyılmaz Bahtiyar, İdari İşlemin Yapılış Usulü, Yetkin Yayınları, Ankara 2000.
- Akyılmaz Bahtiyar, Murat Sezginer, Cemil Kaya, Türk İdare Hukuku, Genişletilmiş ve Güncellenmiş 8. baskı, Seçkin, Ankara 2017.
- Artukmaç Sadık, Türk İmar Hukuku, 1979.
- Asatekin N. Gül, Kültür ve Doğa Varlıklarımız Neyi, Niçin, Nasıl Korumalıyız, Kül- tür ve Turizm Bakanlığı, Ankara 2004.
- Atay Çınar, Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Olgusu, İzmir Ticaret Odası, İzmir 2001.
- Bademli Raşit Raci, Doğal, Tarihi ve Kültürel Değerlerin Korunması, ODTÜMF, An- kara 2006.
- Council of Europe, Guidelines On Cultural Heritage, 2012.
- Çaptuğ Mehpare, İdari Usul Hukukunda Hukuki Güvenlik İlkesi, Seçkin, Ankara 2020.
- Çeçener Besim, İstanbul’un Kültür ve İmar Sorunları, 1. baskı, Mimarlar Odası İst- anbul Büyükkent Şubesi, İstanbul 1995, (İstanbul’un Kültür ve İmar Sorunları).
- Derbil Süheyy, İdare Hukuku, AÜHFY, Gözden geçirilmiş ve düzeltilmiş 5. baskı, Ankara 1959.
- Dudley Nigel (Ed.), Guidelines for Applying Protected Area Management Categories, IUCN, Gland/Switzerland 2008.
- Duran Lütfi, İdare Hukuku Ders Notları, İstanbul 1982, (İdare Hukuku Ders Notları).
- Erder Cevat, Tarihi Çevre Kaygısı Tarihine Giriş, ODTÜ, Ankara 1971.
- Erkut Celal, İptal Davasının Konusunu Oluşturma Bakımından İdari İşlemin Kimli- ği, Danıştay Yayınları No: 51, Ankara 1990, (İdari İşlemin Kimliği).
- Ertay Şeref, Eşya Hukuku, 9. baskı, Barış Yayınevi, İzmir 2011.
- European Commission, Natural and Cultural Heritage in Europe: Working together

- within the Natura 2000 network, Publications Office of the European Union, Luxembourg 2019.
- Giritli İsmet, Amme İdaresi Teşkilatı ve Personeli, İÜHF no: 212, İstanbul 1963.
- Giritli İsmet, Pertev Bilgen, Tayfun Akgüner, Kahraman Berk, İdare Hukuku, Güncellenmiş 6. basım, DER Yayınları, İstanbul 2013.
- Gök Hasan, Koruma Alanlarındaki İmar Uygulamaları, 2. baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2020.
- Gözler Kemal, İdare Hukuku Cilt I, 3. baskı, Ekin, Bursa 2019, (İdare Hukuku Cilt I).
- Gözler Kemal, İdare Hukuku Cilt II, 3. baskı, Ekin, Bursa 2019, (İdare Hukuku Cilt II).
- Gözübüyük A. Şeref, İdari Yargı, İkinci bası, Doğan Yayınevi, Ankara 1973, (İdari Yargı).
- Gözübüyük A. Şeref, Güven Dinçer, İdari Yargılama Usulü, Birinci bası, Turhan Kitabevi, Ankara 1996.
- Gözübüyük Şeref, Yönetmelik Yargı, 32. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara 2012, (Yönetmelik Yargı).
- Günday Metin, İdare Hukuku, 10. baskı (Aynı baskı), İmaj Yayınevi, Ankara 2015.
- Gündel Ahmet, Açıklamalı - İçtihatlı Eski Eserler Hukuku, Seçkin, Ankara 1996.
- Güneş Turan, Türk Pozitif Hukukunda Yürütme Organının Düzenleyici İşlemleri, AÜSBFY, Ankara 1965.
- Kaboğlu İbrahim, Çevre Hakkı, 3. baskı, İmge, Ankara 1996.
- Kanadoğlu Sabih, Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Hukuku, 3. baskı, Seçkin, Ankara 2007.
- Karagözoğlu H. Fevzi, İbrahim Sönmez, Turgay Karagözoğlu, Taşınır - Taşınmaz Eski Eserler Hukuku, Hukuk Merkezi Yayınları, Ankara 1989.
- Kuban Doğan, Türkiye'de Kentsel Koruma, 2. basım, Tarih Vakfı Yurt Yayınları, İstanbul 2010.
- Kutlu Gürsel Meltem, Kamulaştırma Hukuku, Göden geçirilmiş ve güncellenmiş 3. baskı, Seçkin, Ankara 2019.
- Madran Emre, Nimet Özgönül, Kültürel ve Doğal Değerlerin Korunması, Mimarlar Odası, Ankara 2005, (Kültürel ve Doğal Değerlerin Korunması).
- Madran Emre (Der), Nimet Özgönül (Der), Yasal Düzenlemelerde Taşınmaz Kültür ve Tabiat Varlıklarının korunması ve Yerel Yönetimler, 2. baskı, T.C. Kültür ve Turizm Bakanlığı ve TMMOB Mimarlar Odası Ankara Şubesi, Ankara 2006, (TKTV Korunması ve Yerel Yönetimler).
- Melbourne and Metropolitan Board of Works, Metropolitan Strategy Implementation, Melbourne 1981.
- Mitchell Nora, Mechtild Rössler, World Heritage Cultural Landscapes A Handbook for Conservation and Management, Ed: Pierre-Marie Tricaud, UNESCO World Heritage Centre, Paris 2009.
- Onar Sıddık Sami, İdare Hukukunun Umumi Esasları I. Cilt, 3. bası, İstanbul 1966.
- Orta Elif, İmar Hukukunda Plan Hiyerarşisi ve Planların Çatışması, Legal, İstanbul 2006.

- Örücü Esin, Taşınmaz Mülkiyetine Kamu Hukuku Yaklaşımı, İÜHFY, İstanbul 1976.
- Özay İl Han, Günışığında Yönetim, Filiz Kitabevi, İstanbul 2017, (Günışığında Yönetim).
- Özlüer Ilgın Özkaya (Haz.), Soru ve Yanıtlarla Kültür ve Tabiat Varlıklarının Korunması Rehberi, Ekoloji Kolektifi Derneği, İstanbul 2018, (Kültür ve Tabiat Varlıklarının Korunması).
- Özyörük Mukbil, İdare Hukuku Dersleri, Ankara 1972-1973.
- Sancakdar Oğuz, Taşınmaz Kültür ve Tabiat Varlıkları Hukuku (Teorik ve Uygulamalı Bir Yaklaşım), Güncellenmiş 2. baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2012, (Taşınmaz Kültür ve Tabiat Varlıkları Hukuku).
- Sancakdar Oğuz, İdari Yargılama Hukuku Genel Esaslar, 3. baskı, Sorubankası.net Yayınları, İzmir 2019, (İdari Yargılama Hukuku).
- Sancakdar Oğuz, İmar Hukuku Genel Esaslar, SB.net Yayınları, İzmir 2020, (İmar Hukuku Genel Esaslar).
- Sancakdar Oğuz, Pınar Yağcı, Şükür Taşyıldız, Ezgi Çırak, Kültür ve Tabiat Varlıkları Hukuku, Adalet Yayınevi, Ankara 2021.
- Sarıca Ragıp, İdari Kaza Cilt I İdari Davalar, İÜHFY: 91, İstanbul 1949.
- Sezginer Murat, İptal Davasının Uygulama Alanı Bakımından Ayrılabilir İşlem Kurumu, Yetkin Yayınları, Ankara 2000.
- Tan Turgut, İdare Hukuku, Gözden Geçirilmiş Güncelleştirilmiş 9. bası, Turhan Kitabevi, Ankara 2020, (İdare Hukuku).
- Tan Turgut, İdari İşlemin Geri Alınması, Aristo, İstanbul 2020, (Geri Alma).
- Tapan Mete, Koruma Bilinci, İstanbul 1995.
- TMMOB Mimarlar Odası, Kültürel Peyzaj, Ankara 2009.
- Ulusoy Ali D., Türk İdare Hukuku, Gözden geçirilmiş 6. baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2023.
- Umar Bilge, Altan Çilingiroğlu, Eski Eserler Hukuku, DEÜHF Döner Sermaye İşletmesi Yayınları No:11, Ankara 1990.
- Ünal Yücel, Türk Şehir Planlama Hukuku 2020, Legal, İstanbul 2020.
- Yayla Yıldızhan, İdare Hukuku, 2. basım, Beta, İstanbul 2010, (İdare Hukuku).
- Yıldırım Ramazan, Serkan Çınarlı, Türk İdare Hukuku Dersleri Cilt 2, Gözden geçirilmiş ve genişletilmiş 4. baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2021.
- Yıldız Ferruh, İmar Bilgisi, Güncellenmiş ve Gözden Geçirilmiş 12. basım, Nobel, Ankara 2020.
- Zevkliler Aydın, Taşınmaz Malikinin Yetkileri Açısından İmar Kurallarına Aykırı ve Zarar Verici İnşaat, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Adalet Yüksek Okulu Yayınları No: 2, Ankara 1982, (Zarar Verici İnşaat).

Makaleler

- Ahunbay Zeynep, "Arkeolojik Alanlarda Koruma Sorunları Kuramsal ve Yasal Açılardan Değerlendirme" *TÜBA-KED*, 2010, S. 8, s. 103-118, (Arkeolojik Alanlar).
- Akçura Necva, "Türkiye ve Eski Eserler", *Mimarlık*, Ankara 1972, S. 106, s. 39-42, (Türkiye ve Eski Eserler).

- Akılloğlu Tekin, "Yönetmelik İşlemlerde Gerekçe İlkesi", *Amme İdaresi Dergisi*, Ankara 1982, C. 15, S. 2, s. 7-19, (Yönetmelik İşlemlerde Gerekçe İlkesi).
- Akılloğlu Tekin, "Yönetmelik İşlemlerde Yürürlüğe Giriş Sorunu", *Amme İdaresi Dergisi*, Ankara 1979, C. 12, S. 2, s. 33-44, (Yürürlüğe Giriş).
- Akipek Serap, "Dünya Kültürel ve Doğal Mirasının Korunmasına Dair Sözleşme'nin Değerlendirilmesi", *AÜHFD*, Ankara 2001, C. 50, S. 4, s. 13-39.
- Alsac Orhan, "Kültür ve Tabiat Varlıkları Koruma Kanunu Üzerine," *Mimarlık*, Ankara 1984, S. 202, s. 8-11.
- Ayrancı İrem, Nuran Zeren Gülersoy, "Kentsel Koruma Alanlarının Yönetim ve Yönetim Planı Kavramı", *Dosya*, Ankara 2009, S. 14.1, s. 73-79.
- Berk Kahraman, "Türkiye'de Taşınmaz Kültür ve Tabiat Varlıklarının Hukuki Rejimi ile Uygulama Sorunları", *Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni*, İstanbul 1999, C. 19, S. 1-2, s. 183-212.
- Çal Halit, "Osmanlı Devleti'nde Asar-ı Atika Nizamnameleri", *Vakıflar Dergisi*, Ankara 1997, S. XXVI, s. 391-400.
- Çeçener Besim, "Kentleşme Açısından Eski Eser ve Çevre Korumasında İmar Mevzuatı", *Mimarlık*, Ankara 1972, S. 108, s. 47-49, (Eski Eser ve Çevre Koruması).
- Çeçener Besim, "Doğal ve Kültürel Çevre Koruma Örgütü", *Mimarlık*, Ankara 1977, S. 152, s. 22-23, (Koruma Örgütü).
- Çeçener Besim, "Sit Geçiş Dönemi- Koruma Amaçlı Plan - Kısmi Plan Değişikliği Konusunda Yanlış Yorumlar", *Mimarlık*, Ankara 2004, S. 316, s. 12-13, (Sit-Kaip).
- Çevikçelik Muradiye, "Türk İdare Hukukunda Arkeolojik Sit Alanı Kararı", *İstanbul Hukuk Mecmuası*, İstanbul 2021, C. 79, S. 4, s. 1357-1390.
- Dönertaş Perihan, Yaşar Selçuk Şener, "Kentsel Arkeolojik Sitlerin Tanımlanması ve Kavramsal Olarak İrdelenmesi", *Akademik Sanat*, Ankara 2023, S. 20, s. 62-75.
- Duran Lütfi, "İdari Müracaatlar ve Bunların Karşısında İdarenin Sükutu Meselesi", *İHFM*, İstanbul 1946, C. XII, s. 130-199, (İdarenin Sükutu).
- Erkut Celal, 'Kültürel Mirasın Korunması Hukuku' iç. Prof. Dr. Yıldızhan Yayla'ya Armağan (Galatasaray Üniversitesi Yayınları, Armağan Serisi No:4, 2003), s. 285-292, (Kültürel Miras).
- Erkut Celal, "İdare Hukukunda Yokluk Teorisi", *İHİD*, İstanbul 1988, C. 9, S. 1-3, s. 69-91, (Yokluk Teorisi).
- Hua Sun, "World Heritage Classification and Related Issues- A Case Study of the 'Convention Concerning the Protection of the World Cultural and Natural Heritage'", *Procedia Social and Behavioral Sciences* 2, 2010, p. 6954-6961.
- Kanlıgöz Cihan, "İdari İşlemlerde Yazılı Bildirim", *AÜHFD*, Ankara 1988, C. 40, S. 1, s. 173-192.
- Kaya Cemil, "Türk İdare Hukukunda İcrai Olmayan İdari İşlemler", *GÜHFD*, Ankara 2004, C. IX, S. 1,2, s. 253-284.
- Larsen Peter Bille, Gamini Wijesuriya, "Nature - Culture interlinkages in World Heritage: Bridging the gap", *World Heritage Review*, No. 75, 2015, p. 142-153.
- Leitão Leticia, "Bridging the Divide Between Nature and Culture in the World Heritage Convention: An Idea Long Overdue?", *The George Wright Forum*, 2017, Vol. 34, No. 2, p. 195-210.

- Madran Emre, "Tarihi Çevrenin Tarihi Osmanlı'dan Günümüze Tarihi Çevre: Tavırlar-Düzenlemeler", *Dosya*, Ankara 2009, Sayı: 14.1, (Tarihi Çevrenin Tarihi), s. 6-15.
- Madran Emre, "Taşınmaz Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Mevzuatının Gelişimi ve Yargısal Denetim", İç Mekansal Planlama ve Yargı Denetimi, Der: Melih Ersoy, H. Çağatay Keskinok, Yargı Yayınevi, Ankara 2000, s. 156-200, (TKTVK ve Yargısal Denetim).
- Mumcu Ahmet, "Eski Eserler Hukuku ve Türkiye", *AÜHFD*, Ankara 1969, C. 26, S. 3, s. 45-78, (EEH 1969).
- Mumcu Ahmet, "Eski Eserler Hukuku ve Türkiye", *AÜHFD*, Ankara 1971, C. 28, S. 1, s. 41-76, (EEH 1971).
- Oğurlu Yücel, "Kültür Varlıkları Konusunun Hukuk Disiplinindeki Yeri," iç. Kültürel Miras (Kültür Varlıkları) Hukuku, Seçkin, Ankara 2022, s. 31-39.
- Örnek Özden Elif, Zekai Görgülü, "Planlama - Koruma İlişkisi Üzerine Yeni Bir Sistem Önerisi", *MEGARON*, İstanbul 2006, C. 1, S. 4, s. 234-255.
- Özel Sibel, "5226 sayılı 'Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kanunu ile Çeşitli Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun" Üzerine Bir Değerlendirme, İÜHFM, İstanbul 2005, C. 63, S. 1-2, s. 113-138, (5226 sayılı Kanun Üzerine).
- Rodwell Dennis, "Sustainable Urban Heritage vs Heritage Orthodoxy", In. Albert, MT., Bernecker, R., Cave, C., Prodan, A.C., Ripp, M. (eds), 50 Years World Heritage Convention: Shared Responsibility - Conflict & Reconciliation, Heritage Studies, Springer, 2022, p. 125-138, (Sustainable Urban Heritage).
- Rodwell Dennis, "The Unesco World Heritage Convention, 1972-2012: Reflections and Directions", *The Historic Environment*, Vol. 3, No. 1, April, 2012, p. 64-85, (World Heritage Convention).
- Seyhan Serkan, "Koruma Amaçlı İmar Planlarının Yapılış Usulü", *İKÜHFD*, C. 16, S. 2, s. 601-625.
- Solmaz Şakar Funda, "Kapadokya Doğal ve Kültürel Miras Alanlarının Koruma ve Planlama Süreçleri", *TÜBA-KED*, 2022, S. 26, s. 11-30.
- Tan Turgut, "İdarenin Kesin İşlemleri ve 5917 sayılı Kanunun Uygulanması", *Amme İdaresi Dergisi*, Ankara 1969 C. 2, S. 4, s. 99-115, (İdarenin Kesin İşlemleri).
- Yasin Melikşah, "Koruma Amaçlı İmar Planlarının Yapılış Süreci", *e-akademi*, 2007, S. 59.
- Yayla Yıldızhan, "Yer İtibariyle Yetki ve Yokluk", *Hukuk Araştırmaları*, İstanbul 1986, C.I, S.2, (Yer İtibariyle Yetki ve Yokluk), s. 55.
- Yeşilbaş Evindar, "Kültür Varlıkları Açısından Sanat Tarihinin Önemi ve Temel Meseleleri", iç. Kültürel Miras (Kültür Varlıkları) Hukuku, Seçkin, Ankara 2022, s. 97-115.
- Yıldız Hayrettin, Sırrı Düğür, "Genel Kararların Hukuki Rejimi", *TAAD*, Ankara 2020, S.42, s. 25-47.

Bildiriler

- Akpınar Figen, “İmar Planı, Koruma Amaçlı İmar Planı İkilemi ve Bütünleşmesine Yönelik Öneriler”, 2. Kentsel Koruma, Yenileme ve Uygulamalar Kolokyumu, Ed: Mehmet Çubuk, MSÜ Matbaası, İstanbul 1995.
- Arslan Güzin, “Koruma Planlamasında İlk Aşama, Tespit ve Tescil”, Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kurultayı, Kültür Bakanlığı Yayınları, Ankara 1990.
- Bilsel A. Ayça, S. Güven Bilsel, Işık Aksulu, “Kentsel Koruma Planlamasında Projeleendirme Sürecinde Sorunlar”, 2. Kentsel Koruma, Yenileme ve Uygulamalar Kolokyumu, Ed: Mehmet Çubuk, MSÜ Matbaası, İstanbul 1995.
- Bilsel Güven, Ayça Bilsel, “Günümüzde ‘İmar Planı’ Olgusu, Niteliği ve Türel Ayrımı” iç. Türkiye’de İmar Planlaması, Der: Tamer Gök, ODTÜ Şehir ve Bölge Planlama Bölümü, Ankara 1980.
- Diñer İclal, Oya Akın, “KTVK Kanunu Kapsamında Koruma Planı ve İdari Yapısı” 2. Kentsel Koruma, Yenileme ve Uygulamalar Kolokyumu, Ed: Mehmet Çubuk, MSÜ Matbaası, İstanbul 1995.
- Erkut Celal, İdari Davaya Konu Olabilecek Kesin ve Yürütülebilir İşlem Kavramı”, iç. I. Ulusal İdare Hukuku Kongresi, Birinci Kitap İdari Yargı, 1-4 Mayıs 1990, Danıştay Yayınları No: 53, Ankara 1991, s. (Kesin ve Yürütülebilir İşlem),
- Köksal Aykut, “Kentsel Koruma Bağlamının Tanım Sınırları”, 2. Kentsel Koruma, Yenileme ve Uygulamalar Kolokyumu, Ed: Mehmet Çubuk, MSÜ Matbaası, İstanbul 1995.
- Ulusoy Zuhul, “Kentsel Korumanın Fiziksel ve Toplumsal Boyutu”, 2. Kentsel Koruma, Yenileme ve Uygulamalar Kolokyumu, İstanbul 1995, Ed: Mehmet Çubuk, MSÜ Matbaası.
- Zeren Nuran, “Koruma Amaçlı İmar Planı Yapım Süreci İlkeler, Yöntemler, Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kurultayı, Kültür Bakanlığı Yayınları, Ankara 1990.

Tezler

- Öğütçü Muhlis, Çevre Kolluk İşlemleri, Yayınlanmamış Doktora Tezi, DEÜSBE, İzmir 2000.
- Özlüer Iğın Özkaya, “Sit Alanlarının Planlanması”, Yayınlanmamış Doktora Tezi, AÜSBE, Ankara 2018, (Sit Alanlarının Planlanması).

İnternet Kaynakları

- Çankaya Belediyesi, “Çankaya’da Sit Alanları ve Tescilli Yapılar”, <https://www.cankaya.bel.tr/pages/580/Tarihi-Kentler-Birligi/>, (E.T.: 15.05.2024)
- Ekinci Oktay, “Korumada ‘planlama’ ilkeleri”, Cumhuriyet, 21.02.2002, <https://egazete.cumhuriyet.com.tr>, (E.T.: 22.12.2023).
- Kök Arzu, “Kızılay Meydanı ve Güvenpark”, 01.06.2020, <https://mugladevrin.com.tr/kose-yazarlari/arzu-kok/kizilay-meydani-ve-guvenpark>, (E.T.: 26.06.2024).
- TDK Güncel Türkçe Sözlük, sozluk.gov.tr.
- Türkiye Kültür Portalı, “Niobe Doğal Anıtı – Manisa”, <https://www.kulturportali.gov.tr/turkiye/manisa/gezilecekyer/nobe-dogal-aniti>, (E.T.:)

246 Sit Kavramı ve Bir Alanın Sit Olarak Belirlenmesi
(İdare Hukuku Açısından Bir İnceleme)

- UNESCO, Meeting of Experts to Co-Ordinate, With a View to Their International Adoption, Principles and Scientific, Technical and Legal Criteria Applicable to the Protection Of Cultural Property, Monuments and Sites, Final Report, Unesco House, Paris, 26 February-2 March 1968, (UNESCO 1968), <http://whc.unesco.org/archive/1968/shc-cs-27-8e.pdf>, (E.T.: 20.4.2023).
- UNESCO, Meeting of Experts to Establish an International System for the Protection of Monuments, Groups of Buildings and Sites of Universal Interest, Final Report, Unesco House, Paris, 21 - 25 July 1969, (UNESCO 1969), <http://whc.unesco.org/archive/1969/shc-md-4e.pdf>, (E.T.: 20.4.2023).
- UNESCO, Recommendation concerning the Safeguarding of Beauty and Character of Landscapes and Sites, 11 December 1962, Paris, France, www.unesco.org, (E.T.: 20.4.2023).
- Wildlife Institute of India, "Sites of Conservation Importance", <http://www.wiienvs.nic.in>, (E.T.: 26.04.2023).
- Yapıpedia, "Su basman nedir?", <https://www.yapipedia.com/son-eklenenler/su-basman-nedir>, (E.T.: 24.06.2024).

EVLİLİK BİRLİĞİNİ TEMSİL YETKİSİNİN GAİPLİKLE SONA ERMESİ VE SONUÇLARI

TERMINATION OF THE AUTHORITY TO REPRESENT THE MARITAL UNION BY ABSENCE AND ITS CONSEQUENCES

Selin SERT SÜTÇÜ*

Özet: Evlilik birliğinin temsili, eşlerin evlilik birliği içerisinde, ailenin ihtiyaçlarını karşılamak adına, diğer eşi de sorumluluk altına alacak şekilde üçüncü kişilerle hukuki işlem yapabilmesi olarak tanımlanmaktadır. Evlilik birliğinin temsili sınırlandırılması ve kaldırılması Türk Medeni Kanunu'nda düzenlenmişken, kanun koyucu evlilik birliğinin temsili ölüm, boşanma ve gaiplik durumlarında ne şekilde sona ereceğine ilişkin özel bir düzenleme yapmamıştır. Gaiplik kararının alınması için, Türk hukukunda belirli sürelerin geçmesi ve belirli koşulların var olması gerekmektedir. Çalışma konumuz gaiplik kararının alınması için gereken bekleme sürelerinde evlilik birliğinin temsili nasıl gerçekleşeceği ve eş rızasına ihtiyaç duyulan hallerde nasıl bir yol izlenmesi gerektiğini tespit etmektir.

Anahtar Kelimeler: Evlilik Birliğinin Temsili, Gaiplik, Eş Rızası, Evlilik Birliğinin Temsili Sona Ermesi, Sorumluluk

Abstract: Representation of the marital union is defined as the ability of the spouses to enter into legal transactions with third parties in order to meet the needs of the family within the marital union, in such a way as to put the other spouse under responsibility. While the Turkish Civil Code regulates the limitation and abolition of the representation of the marital union, the legislator has not made a special regulation regarding the termination of the representation of the marital union in cases of death, divorce and absenteeism. In order to obtain an absentee decree, certain periods of time must pass and certain conditions must exist under Turkish law. The subject of our study is to determine how the representation of the union of marriage will be realized during the waiting periods required for the decision of absenteeism and how to follow the path in cases where spousal consent is needed.

* Doç. Dr., Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı, selinsert@akdeniz.edu.tr, ORCID: 0000-0001-7483-6394, Makalenin Gönderim Tarihi: 26.09.2024, Kabul Tarihi: 26.11.2024

Keywords: Representation of The Marital Union, Disappearance Spousal Consent, Termination of The Representation Of The Marital Union, Liability

GİRİŞ

4721 sayılı Türk Medeni Kanunu (TMK) m. 142 hükmüne göre; farklı cinsiyete sahip iki kişinin kanunda belirtilen şartlara uygun olarak evlenme niyeti ve yetkili memur önünde olumlu sözlü cevaplarını vermeleriyle evlilik birliği kurulmaktadır. Evlilik birliğinin kurulmasıyla, eşlerin evlilik birliğini temsil etme ve ortak hayatı paylaşma yükümlülüğü ortaya çıkacaktır. Evlilik birliğinin temsili, TMK'da evliliğin genel hükümlerinin düzenlendiği üçüncü bölümde, m. 188-m. 191 hükümleri arasında kendisine yer edinmiştir.

Evlilik birliğinin kurulmasıyla birlikte, birliğin sona ermesine kadar, eşlerin birbirlerine karşı evlilik birliğinden doğan hak ve yükümlülükleri devam edecektir. TMK m. 188 ile m. 192 hükümleri arasında evlilik birliğinin devamı boyunca sadece eşlerin birbirlerine karşı olan hak ve yükümlülüklerini değil, aynı zamanda evlilik birliği içerisinde ve birlik devam ederken de üçüncü kişilerle olan ilişkilerinde de sahip oldukları hak ve yükümlülüklerini düzenlemiştir. Eşlerin üçüncü kişilerle olan ilişkilerini düzenleyen hükümlerin başında TMK'nın m. 188 hükmünde düzenlenen evlilik birliğinin temsili kavramı karşımıza çıkmaktadır. Evlilik birliğinin temsili, eşlerden her birinin diğer eşin hukuk alanında da etkili olacak şekilde evlilik birliğinin ihtiyaçlarını karşılamak amacıyla üçüncü kişilerle hukuki işlem yapma yetkisinin kullanılması olarak ifade edilmektedir. Evlilik birliğini temsil yetkisiyle eşler, birbirlerinin hukuk alanlarını da etkileyecek hukuki işlemler yapabilecektir. Eşlerden birisinin evlilik birliğini temsil yetkisini kullanarak gerçekleştirdiği hukuki işlemlerden dolayı kural olarak diğer eş de müteselsilen sorumlu olacaktır.

İnceleme konumuz, evlilik birliğinin temsiline sona erme nedenleri içerisinde gaiplik müessesinin etkisinin tespit edilmesidir. Eşlerden birisinin gaiplik halinde, mahkeme tarafından gaipliğe karar verilmeye kadar, eşlerin evlilik birliğinin temsili amacıyla gerçekleştirdiği hukuki işlemlerin geçerliliği çalışmamız kapsamında tartışılacaktır.

I. EVLİLİK BİRLİĞİNİN TEMSİLİ KAVRAMI

Eşlerin ortak bir hayat kurma gayesiyle öngörülen yetkili makamlar önünde olumlu sözlü beyanlarını açıklamalarıyla kurulan evlilik birliği¹ eşlere bazı haklar ve yükümlülükler getirmektedir.²

Evlilik birliği eşlere; TMK düzenlemesine göre, sadakat (TMK m. 185), birlikte yaşama (TMK m. 185), evlilik birliğinin devamını sağlama (TMK m. 185) hususlarında çeşitli yükümlülükler yüklese de bu yükümlülüklerin yerine getirilmemesi evlilik birliğinin sarsılmasına ve bazı durumlarda sona ermesine yol açabilecektir.

Evlilik birliğinin temsili, eşlerin, ailenin ihtiyaçlarını karşılamak adına, diğer eşi de sorumluluk altına alacak şekilde üçüncü kişilerle hukuki işlem yapabilmesi olarak ifade edilmektedir.³ Evlilik birliğini temsil yetkisine ilişkin olarak TMK m. 189 hükmü düzenlemesinde kanun koyucu "işlem" ibaresine yer verdiğinden, evlilik birliğini temsil yetkisinin konusunu hukuki işlemler⁴ oluşturmaktadır. Hukuki işlem benzeri fiiller⁵ de evlilik birliğini temsil yetkisinin kapsamındadır. Hukuki işlem benzeri fiillere, hukuki işlemler ile ilgili düzenlemeler kı-

¹ Evlilik birliğini temsile ilişkin hükümler, evliliğin geçerli bir şekilde kurulmasıyla söz konusu olacaktır. Yoksa henüz evlenme gerçekleşmeden nişanlılık ya da evlilik öncesi dönemde evlilik birliğinin temsiline ilişkin hükümlerin uygulanması mümkün değildir. Ayşe Havutçu, Evlilik Birliğinin Temsili, Ankara, 2006, s. 98.

² Bilge Öztan, Aile Hukuku, Ankara, 2015, s. 256; Havutçu, s. 55.

³ Öztan, s.256-257; Turgut Akıntürk/Derya Ateş, Türk Medeni Hukuku, Aile Hukuku, C. II, İstanbul, 2016, s. 127; Mustafa Dural/Tufan Ögüz/Mustafa Alper Gümüş, Türk Özel Hukuku, C.III, Aile Hukuku, İstanbul, 2023, s. 165; Hüseyin Hatemi, Aile Hukuku, İstanbul, 2014, s. 86; Abdülkerim Yıldırım, Aile Hukuku, Ankara, 2014, s. 58; Ahmet M. Kılıçoğlu, Aile Hukuku, Ankara, 2015, s. 219; Bilal Köseoğlu/Köksal Kocaaga, Aile Hukuku ve Uygulaması, Ankara, 2009, s. 638; Serap Helvacı/Fulya Erlüle, Medeni Hukuk, Medeni Hukuka Giriş/ Kişiler Hukuku/Aile Hukuku, İstanbul, 2016, s. 178; Şebnem Akipek/Hayrinüssa Özdemir, Aile Hukuku, Ankara, 2024, s. 223; Mehmet Erdem/Aslı Makaracı, Aile Hukuku, Ankara, 2024, s.221; Özlem Tüzüner/Metin İkizler, Medeni Hukuk II, Aile Hukuku, Ankara, 2024, s. 219; Süleyman Yılmaz, Medeni Hukuk, C.III, Aile Hukuku, Ankara, 2023, s. 299.

⁴ Hukuki işlem, bir kimsenin hukuk düzeninin öngördüğü sınırlar içerisinde, kendisine hukuki sonuç bağlanmış irade açıklaması olarak tanımlanmaktadır.; Kemal Oğuzman/Turgut Öz, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul, 2014, s. 33-35; Fikret Eren, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara, 2019, s. 123.

⁵ Açıklamada bulunanın hukuki bir sonuç doğurma iradesine bakılmaksızın hukuk düzeninin sonuç bağladığı irade açıklamalarıdır.; Eren, s.167.

yasen uygulanacaktır. TMK m. 189/2 hükmünde “işlem” ifadesine yer verdiği için bu yetkinin eşlerin hem taahhüt hem de tasarruf işlemlerini kapsadığı sonucuna ulaşılabilecektir. Öğretide eşlerin temsil yetkisinin kapsamına tasarruf işlemlerinin dahil edilmemesi gerektiği de ifade edilmektedir.⁶

Evlilik birliğinin temsili; İsviçre Medeni Kanunu (ZGB) m. 166 hükmüne karşılık gelmektedir. Söz konusu hükme göre; “Her eş, ortak yaşam içerisinde devam eden ihtiyaçları için evlilik birliğini temsil eder. Eş, evlilik birliğini ancak ailenin diğer ihtiyaçları için temsil edebilir. Karşı taraf veya mahkeme tarafından kendisine yetki verilmişse; evlilik birliğinin menfaatleri işlemin ertelenmesine izin vermiyorsa ve diğer eş hastalık, diğer eşin yokluğunda veya benzeri sebeplerden dolayı işleme icazet vermiyorsa, eşlerden birisi evlilik birliğini temsil edebilecektir” düzenlemesine yer verilmiştir.⁷ Söz konusu düzenlemenin Türk Hukukuyla uyumlu ve paralel olduğu söylenebilecektir. Türk Hukukunda kanun koyucu “evlilik birliğinin temsili” kavramını kullanarak bu kavramla aile birliği kapsamında yüklenilen borçları düzenlemiştir.⁸ Evlilik birliğinin temsili, *sui generis* bir müessese olarak, eşlerden birinin diğer eşi etkileyecek yani diğer eşi de sorumluluk altına sokabilecek şekilde hukuki işlem yapmasıdır.⁹

Kanun koyucu TMK m. 189 hükmünde düzenleme yaparken, evlilik birliğinin temsil edilmesini aile içinde yüklenilen borçlardan sorumluluk kavramıyla ilişkilendirmiştir. Eşlerin sorumlu olmasının tek şartı, evlilik birliğinin devam ediyor olmasıdır. Eşlerin evlilik birliğini temsil edecek hukuki işlemler yapabilmesi için, temsil yetkisini kullanacak olan eşin fiil ehliyetine sahip olması koşulu aranacaktır. Evlilik birliğinin temsilinin konusu sadece evlilik birliğini doğrudan doğruya ilgilendiren muamelelerle sınırlandırılmıştır. Evlilik birliğinin ihtiyaç-

⁶ Havutçu, s. 55 vd.; Dural/Oğuz/Gümüş, s. 186-187; Ömer Uğur Gençcan, Evliliğin Genel Hükümleri, Ankara, 2019, s. 185.

⁷ Heinz Hausheer/Ruth Reusser/Thomas Geiser, Kommentar, Kommentar zum schweizersichen Privatrecht, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Das Familienrecht. Band II 1. Abteilung: Das Eherecht, 2. Teilband: Die Wirkungen der Ehe im allgemeinen, Art. ZGB, Bern, 1999, s.159-180.

⁸ Öztan, s. 258.

⁹ Öztan, s. 257; Havutçu, s.27; Mehmet Demir, “Türk Medeni Kanunu’na Göre Evlilik Birliğinin Temsili ve Aile Konutuna İlişkin İşlemler”, Prof. Dr. Turgut Kalpsüz’e Armağan, Ankara, 2003, s.694, d.p. 13; Dural/Oğuz/Gümüş, s. 171.

ları için yapılan işlemin geçerliliği kanunda belirtilen özel istisnalar hariç olmak üzere diğer eşin onayına tabi değildir. Üçüncü kişilerle işlem yapan eş bu durumu üçüncü kişilere bildirmek zorunda da değildir. Önemli olan üçüncü kişilerle gerçekleştirilen hukuki işlemlerde bu işlemin sınırının aşılmasıdır.¹⁰

A. Evlilik Birliğini Temsil Yetkisinin Kullanılma Şartları

Eşlerin evlilik birliğini temsil edebilmeleri için kanun koyucu TMK m. 188 hükmünde; eşlerin fiil ehliyetine sahip olmasını, eşlerin birlikte yaşamasını ve temsil yetkisinin birliğin temsil ihtiyaçları ile sınırlı olması şartlarını aramıştır. Bu şartlar aynı zamanda evlilik birliğinin korunması ve varlığını sürdürmesi bakımından da önemlidir.

1. Fiil Ehliyeti

Evlilik birliğini temsil yetkisini eşlerin kullanabilmelerinin ilk şartı; fiil ehliyetine sahip olmaktır. Eşlerin fiil ehliyetine tam olarak sahip oldukları durumda aksine bir düzenleme yoksa eşlerden her biri diğeri ve üçüncü kişilerle her türlü hukuki işlemi yapabilecektir.¹¹

Eşlerin evlilik birliğini temsil etmesinden bahsedebilmek için, eşin tam ehliyetli olması gerekmektedir. Ayırt etme gücüne sahip olmayan veya sınırlı ehliyetsiz olan eşin de temsil yetkisi olduğundan bahsedilemeyecektir. Tam ehliyetli eş, sınırlı ehliyetsiz olan eşin evlilik birliğini temsil etmesine muvafakat verebilecektir. Böyle bir yetki verilmediği sürece sadece tam ehliyetli olan eş evlilik birliğini temsile yetkili olacaktır.

2. Eşlerin Birlikte Yaşamaları

Evlilik birliğinin temsil yetkisinin kullanılmasının bir diğer şartı; eşlerin birlikte yaşamasıdır. Eşlerin birlikte yaşamaya ara vermiş ol-

¹⁰ Selahattin Sulhi Tekinay, *Türk Aile Hukuku*, İstanbul, 1982, s.303; Öztan, s. 260; Ferit Saymen/Halid Elbir, *Türk Medeni Hukuku, C.III, Aile Hukuku*, İstanbul, 1960, s. 130; Kılıçoğlu, s.224; Havutçu, s. 55.

¹¹ Havutçu, s.117; Dural/Oğuz/Gümüş, s. 184; Erdem/ Makaracı Başak, s. 220; Süleyman Yalman, "Evlilik Birliğinin Temsili ve Eşlerin Sorumluluğu", *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C.12, S.3-4, s.14; Öztan, s.265; Duraal/Öğüz/Gümüş, s. 171.

ması evlilik birliğinin temsil yetkisini de askıya aldıkları anlamına gelecektir.¹² Eşlerin, evlilik birliğini temsil yetkisinden tek taraflı olarak vazgeçmesi mümkün değildir.¹³

3. Temsil Yetkisinin Evlilik Birliğinin İhtiyaçlarıyla Sınırlandırılması

Evlilik birliğini temsil yetkisi kanun koyucu tarafından sadece evlilik birliğinin ihtiyaçları ile sınırlandırılmıştır. Eşlerin evlilik birliğinin temsilinde ihtiyaçlarını belirleyen şey ise sosyal ekonomik durumları yaşadıkları çevre ve diğer etkenlerdir.¹⁴

B. Evlilik Birliğinin Temsili Kapsamındaki Hukuki İşlemler

Evlilik birliğinin temsili kapsamında eşler, çeşitli hukuki işlemler yapabilecektir.¹⁵ Bu anlamda borçlandırıcı işlemlerle tasarruf işlemlerinin ayrı ayrı incelenmesi önem arz etmektedir.

1. Borçlandırıcı İşlemler

Evlilik birliğini temsil yetkisinin konusu, ailenin ihtiyaçlarının karşılanması amacıyla yapılan hukuki işlemlerdir. Bu bağlamda, evlilik birliğini temsil yetkisi, öncelikle borçlandırıcı işlemleri kapsamaktadır.¹⁶

Eşlerden her biri, evlilik birliğini temsil yetkisi kapsamında hem kendini hem de diğer eşi borç altına sokacak şekilde kanunun öngördüğü düzenlemeler çerçevesinde hukuki işlemler ve hukuki işlem benzeri fiiller gerçekleştirebilecektir. Eşlerden birinin yapacağı borçlandırıcı işlem diğer eşe de sorumluluk yükleyecektir. Eşlerin, ailenin ihtiyaçlarını karşılamak amacıyla üçüncü kişilerle yapacakları borç-

¹² Havutçu, s.112; Öztan, s. 266; Gençan, s.171; Yalman, s.17.

¹³ Havutçu, 48; s. Öztan, s.262.

¹⁴ Öztan, s.268; Dural/Oğuz/Gümüş, s.184; Akıntürk/Ateş, s.128; Yalman, s.18; Erdem/Makaracı Başak, s. 220.

¹⁵ Havutçu, s.51.

¹⁶ "Hukuki işlemin tarafı olan kişinin malvarlığının aktif kısmını doğrudan etkilemeyen, malvarlığının pasif kısmını artıran işlemlere, borçlandırıcı işlem (taahhüt işlemi) adı verilmektedir". Oğuzman/Öz, s.36; Eren, s. 179; Gökhan Antalya, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2019, s. 169.

landırıcı işlemler, konu itibariyle evlilik birliğini temsil yetkisi kapsamında değerlendirilecektir.¹⁷

Eşlerin birliği temsil yetkisi, sadece borçlandırıcı işlemin kurulma anı ile sınırlandırılmamıştır. Gerçekleşen borçlandırıcı işlemin sonuçları bakımından da eşlerin birliği temsil yetkisi devam edecektir. Eşlerden birinin gerçekleştirdiği borçlandırıcı işlem sonucundan doğan hak ve yetkilerin kullanılması da yine evlilik birliğini temsil yetkisi kapsamındadır. Örneğin, bir sözleşme sebebiyle eşlerden birinin edim ifası talep etmesi, temerrüt ihtarında bulunması veya seçimlik haklarını kullanması da evlilik birliğinin temsili kapsamında düşünülmeli ve geniş şekilde değerlendirilmelidir.¹⁸

2. Tasarruf İşlemleri

Evlilik birliğinin temsili kapsamında eşlerin ailenin ihtiyaçlarını karşılamak adına evlilik birliğini temsil edebilecekleri hüküm altına alınmıştır. TMK'nın m. 188 vd. hükümlerinde düzenlenen evlilik birliğini temsil yetkisine bakıldığında, birliği temsil yetkisi kapsamında eşlerin, borçlandırıcı işlem yapabilecekleri net bir biçimde ortaya konulmuş ancak tasarruf işlemleri¹⁹ bakımından da evlilik birliğini temsil yetkisinin kullanılıp kullanılmayacağı hususu aynı net ifadelerle açıklanmamıştır. Öğretide, evlilik birliğini temsil yetkisinin hukuki işlemler bakımından sadece borçlandırıcı işlemleri kapsadığı belirtilmiştir.²⁰ Öğretide bir başka görüş, kanun koyucunun TMK m. 189/2 hükmünde "işlem" kavramını bilerek tercih ettiğini ve bu kavramın hem taahhüt işlemlerini hem de tasarruf işlemlerini kapsadığını belirtmiştir.²¹ Her eşin olağan temsil yetkisine dayanarak her türlü tasarruf işlemini yapabileceği, bir malı devredebileceği, bir mal üzerinde sınırlı aynı hak tesis edebileceği, bir malı kiraya verebileceğini kabul etmektedir. Eşlerin evlilik birliği içerisinde kazandırıcı işlemler yapabileceği,

¹⁷ Öztan, s.257; Havutçu, s. 52; Hausheer/Reusser/Geiser, BK. Art.166, n.8.

¹⁸ Havutçu, s. 5.

¹⁹ "Bir kişinin malvarlığının aktifinde bulunan hakka doğrudan etki eden, o hakkı devreden, değiştiren, sınırlandıran ya da o hakkı ortadan kaldıran hukuki işlemlere, tasarruf işlemleri adı verilmektedir"; Eren, s. 181; Antalya, s.170; Oğuzman/Öz, s.36.

²⁰ Havutçu, s.61.

²¹ Öztan, s. 257-258.

alacak hakkı ve aynı hak iktisap edebileceği bu düzenlemenin tek istisnasının ise TMK m. 194 hükmündeki aile konutuna ilişkin düzenleme olduğu belirtilmiştir.²²

İsviçre Hukuku düzenlemelerine bakıldığında; evlilik birliğinin temsilini düzenleyen m.166 hükmünde; eşlerin, evlilik birliği içerisinde birlikte yaşarken devam eden ihtiyaçları için evlilik birliğini temsil ettiklerini hüküm altına almıştır. Kanun koyucu eşlerin evlilik birliğini temsil yetkisini kullanırken gerçekleştirebileceği hukuki işlemlerde tahhüt ve tasarruf işlemi ayrımı yapmamıştır.²³

Kanaatimizce, kanun koyucu evlilik birliğini temsil edilmesinde, borçlandırıcı işlem ile tasarruf işlemi ayrımı yapmamıştır. Aksi halde özel bir düzenleme ya da bir istisna hükmüne yer vermesi daha uygun olacaktır. Kanun koyucunun TMK m. 189/2 hükmünde işlemleri ayırmaması da bu durumun en önemli göstergesidir. Bu sebeple kanun koyucunun evlilik birliğini temsil kavramını hem tasarruf işlemlerini hem de borçlandırıcı işlemleri kapsayacak şekilde kullandığı kabul edilmelidir.

C. Evlilik Birliğinin Temsili Kapsamında Sayılmayan Hukuki İşlemler

Evlilik birliğini temsil yetkisinin konusu hukuki işlemler olmakla birlikte, eşler her türlü hukuki işlemi, birliği temsil yetkisiyle yapamayacaktır. TMK m. 188 hükmü gereğince, eşler, evlilik birliğini temsilen maddi hukuka ilişkin işlemleri yapabilecektir. Usul hukukuna ilişkin hukuki işlemlerin, evlilik birliğini temsil yetkisi ile yapılması mümkün değildir.

Kamu hukukunu ilgilendiren iş ve eylemlerde de eşlerden birinin yaptığı iş ve eylemin diğer eşi de etkileyip etkilemeyeceği hususu kamu hukuku kurallarına göre tespit edilecektir. Bu kapsamdaki hukuki iş ve eylemlerde evlilik birliğinin temsili söz konusu değildir.²⁴

²² Öztan, s. 258.

²³ Hausheer/Reusser/Geiser, BK. Art.166, n.8.

²⁴ Hausheer/ Reusser/ Geiser, BK. Art.166, n.61.

D. Evlilik Birliğinin Temsilinin Türleri

1. Olağan Temsil Yetkisi

TMK'nın evlilik birliğinin temsilini düzenleyen hükümlerine bakıldığında, eşlerin ortak hayatın maddi bir bağlantı içerisinde bulunduğu-burada yapılan işlemlerin sıklığının önemli olmadığı ifade edilmektedir- evlilik birliğinin günlük ve olağan ihtiyaçlarını sağlamaya yönelik hukuksal işlemleri yapmada kanun gereği her bir eş tek başına yetkili kılınmıştır.²⁵ Örneğin; eşlerden birinin günlük market harcaması gerçekleştirilmesi gibi.

Evlilik birliğinin olağan temsili günlük ve olağan ihtiyaçlar bakımından işlemi yapan eş yanında diğer eşin de sorumlu olmasını gerektirmektedir. Eşlerin birlikte sorumluluğu açısından, diğer eşin birlik giderlerine katılma oranına bakılmayacaktır. Bunun sebebi, evlilik birliğinin giderlerine katılma eşler arasında sonuç doğurması, evlilik birliğinin temsilinin ise işlem yapılan üçüncü kişileri korumaya yönelik olmasıdır.²⁶

Ailenin sürekli ihtiyaçlarının eşlerden sadece birisi tarafından yapılması bakımından eşlerin, evlilik birliği içerisinde herhangi bir anlaşma yapmış olmaları ya da üçüncü kişilerle hukuki işlem yapabilmeleri için açıkça izin vermesine gerek yoktur.²⁷ Sürekli ihtiyaçların giderilmesi için yapılan hukuki işlemlerde, işlemin tarafı olmayan diğer eşin örtülü rızasının varlığı kabul edilmelidir.²⁸

Olağan temsil yetkisinin kullanıldığı durumlarda işlemin tarafı olmayan eş, diğer eşle birlikte müteselsilen sorumlu olacaktır. Eşlerin temsil yetkisinin sınırlarını aşması halinde kural olarak, diğer eşin sorumluluğundan bahsedilemez ise de temsil yetkisi üçüncü kişilerce

²⁵ Öztan, s. 271-272; Havutçu, s. 69; Emel Badur, "Eşin Rızası", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, S. 109, 2013, s. 255; İlker Öztaş, "Evlilik Birliğinin Temsili ve Evlilik Birliğini Temsil Yetkisinin Sona Ermesi", *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, C.16, S.1-2, s. 255; Aziz Erman Bayram, "Eşlerin Evlilik Birliğini Temsil Yetkisinin Kaldırılması veya Sınırlandırılması", *Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C.1, S.1, s. 195; Yalman, s. 19; Akıntürk/Ateş, s. 128.

²⁶ Öztan, s. 271-272; Havutçu, s. 69.

²⁷ Badur, s. 255; Yalman, s. 19; Akıntürk/Ateş, s. 128.

²⁸ Öztan, s. 268; Akıntürk/Ateş, s. 128; Yalman, s. 19.

anlaşılamayacak derecede aşılsa üçüncü kişilere karşı eşlerin müteselsil sorumluluğunun devam ettiği kabul edilmelidir.²⁹

Eşlerin evlilik birliğinin olağan temsilinde müteselsil sorumluluğun kabul edilmesinin sonucu, ailenin sürekli ihtiyaçları kavramının dar yorumlanmasının zorunluluğudur.³⁰ Sorumluluğun sınırını belirleyen ailenin sürekli ihtiyaçları kavramı ne kadar daraltılırsa, diğer eşin müteselsil sorumluluğu da o kadar daralmış olacaktır. Kanaatimizce, ailenin sürekli ihtiyaçları kavramı belirlenirken tek bir ölçütün kabul edilmesi doğru olmayacaktır. Ailenin sürekli ihtiyaçları, evlilik birliğinin devamı sürecinde ortaya çıkan, sıklığı önem taşımayan, günlük, alışılmış ihtiyaçlar olarak ifade edilmektedir.³¹ Ailenin sürekli ihtiyaçları, aileden aileye benzerlik veya farklılık gösterebilecektir. Ailenin sürekli ihtiyaçlarını belirleyen; aile yapısı, ailenin sosyal yaşantısı, ailenin ekonomik durumu³² gibi bazı hususlara bağlı olarak değişkenlik gösteren bir olgudur. Bu sebeple ailenin sürekli ihtiyaçları kavramının dar yorumlanmasından ziyade somut olayın şartlarına göre yorumlanması ve değerlendirme yapılması daha doğru olacaktır.

2. Olağanüstü Temsil Yetkisi

TMK m. 188-m. 193 hükümleri incelendiğinde, ailenin sürekli ihtiyaçları dışındaki diğer ihtiyaçlar için, eşlerin evlilik birliğini birlikte temsil etmeleri gerektiği, bu hallerde eşlerin anlaşarak birlikte hareket etmelerinin zorunlu olduğu sonucu ortaya çıkmaktadır. Ailenin sürekli ihtiyaçları dışında kalan diğer ihtiyaçlara örnek olarak, aile konutunda kapsamlı tadilat yapılması,³³ müşterek çocukların özel okula

²⁹ Öztan, s. 271-272; Havutçu, s. 69.

³⁰ Öztan, s. 269; Öztaş, s. 255; Bayram, s. 195.

³¹ Hausheer/Reusser/Geiser, Art. 166, n. 48; Öztan, s. 269-270; Gençcan, s. 172; Dural/Öğüz/Gümüş, s. 185; Kılıçoğlu, s. 128; Havutçu, s. 71; Bayram, s. 195.

³² Öztan, s. 271; Dural/Öğüz/Gümüş, s. 185; Havutçu: s.77.

³³ "...Davacı taraf, davalıya karşı, dava konusu villanın kapsamlı bahçe düzenlemesi işinden kaynaklanan alacağına ilişkin olarak dava açmıştır. Yapılan inceleme sonucunda, Türk Medeni Kanunu'nun 188. maddesi uyarınca, eşlerden her birinin ortak yaşamın gerektirdiği ailenin sürekli ihtiyaçları bakımından temsil yetkisinin bulunduğu, ancak ailenin diğer ihtiyaçları bakımından eşlerin temsil yetkisinin kullanabilmesi için ise diğer eş veya hâkim tarafından yetkilendirme yapılmasını ya da olağanüstü bir durumun var olması gerektiği ifade edilmiş ve dava konusu kapsamlı bahçe düzenlemesinin ailenin sürekli ihtiyaçları kapsamında olmadığı

kaydının yapılması,³⁴ eşlerin ev kiralaması veya yazlık alması örnek verilebilecektir.

TMK m. 188/2-b.1 hükmü, eşlerden her birinin sadece ailenin sürekli ihtiyaçları için değil, günlük olağan ihtiyaçları ötesindeki diğer ihtiyaçlar için dahi diğer eşin temsil yetkisini kullanabileceğini ve bu şekilde hukuki işlemler yapabileceğini hüküm altına almıştır. Bu durumda, diğer eşin rızası gerçekleştirilmek istenen hukuksal işlem için şekil bir geçerlilik şartı olarak aransa dahi işlemin geçerli olması için ayrıca eşin rızasının aranmasına gerek olmayacaktır.³⁵

Kanımızca, evlilik birliği içerisinde eşlerden birinin olağanüstü temsil yetkisini evlilik birliği boyunca gerçekleştirecek tüm hukuki işlemler bakımından değil, sadece bir hukuki işleme yönelik olarak verilmelidir. Eşin genel olarak tüm hukuki işlemler için olağanüstü temsil yetkisini kullanması mümkün değildir. Her hukuki işlemin geçerlilik şartı, uygulama alanı ve hukuki işlemin uygulanabilmesi için aranan usul şartları farklılık gösterdiği için olağanüstü temsil yetkisinin evlilik birliği devam ederken bütün hukuki işlemleri kapsayacak şekilde diğer eşe verilmesi söz konusu olmamalıdır.

Eşlerden birisi diğer eşin iznine tabi bir işleme ilişkin olarak gerekli olan izni haklı bir sebep olmadan vermiyorsa diğer eş tek başına yetkilendirmek üzere TMK m. 197 hükmüne dayanarak hâkime başvurabilecektir.³⁶ Evlilik birliğinin menfaati bakımından acil olarak

belirtilmiştir...". Y., 15. HD., E. 2016/2342, K. 2017/3987, T. 16/11/2017, <https://karararama.yargitay.gov.tr/>, (e.t.23.09.2024)

³⁴ "...Davacı, eşinin kendi rızasını almadan müşterek çocuklarını davalının sahibi olduğu özel okula kaydettirdiğini, sözleşmeyi yalnızca eşinin imzaladığını, sözleşmenin tarafı olmadığını ve bu sebeple borçlu olmadığını tespitini istemiş ve dava açmıştır. Bölge Adliye Mahkemesi'nce eşlerin müteselsil sorumlu olduğu, eşlerden biri için bağlayıcı olan borcun diğer eşi de bağlayacağından bahisle davanın reddine karar verilmiştir. Yapılan inceleme sonucunda, Türk Medeni Kanunu'nun 237. maddesinde yer alan hükmün, eşlerin müteselsil sorumluluğuna sebep olmayacağı, icra takibine konu sözleşmenin davalı şirket ve dava dışı diğer eş tarafından imzalandığını, Aile Hukuku kurallarının sözleşmenin nispiliği ilkesine aykırı olacak şekilde yorumlanamayacağı gerekçeleriyle bozma kararı verilmiştir...". Y., 3.HD., E. 2020/7471, K. 2021/1796, T. 22/02/2021, <https://karararama.yargitay.gov.tr/>, (e.t.23.09.2024).

³⁵ Havutçu, s. 29.

³⁶ Akıntürk/Ateş, s. 128; Dural/Öğüz/Gümüş, s. 185; Havutçu, s. 73; Öztan, s. 269; Demir, s. 696.

yapılması gereken belirli bir işlem söz konusuysa ve eşin gerekli olan rızasını almak eşin hastalığı, başka bir yerde olması ve benzeri sebeplerle olanaklı değilse, hâkimden izin alınmasına gerek olmaksızın söz konusu işlem diğer eş tarafından tek başına yapılabilecektir.³⁷

II EVLİLİK BİRLİĞİNİN TEMSİL YETKİSİNİN SONA ERMESİ

A. Genel Olarak

Evlilik birliğinin temsilinin sona ermesi, geçerli bir evliliğin sona ermesi, gaiplik, ölüm karinesinin söz konusu olması veya TMK m. 190 hükmü gereği, hâkimin evlilik birliğini temsil yetkisini kaldırması veya sınırlandırması hallerinde söz konusu olacaktır.³⁸ Evlilik birliğini temsil yetkisi, eşlerin ortak hayatının sona ermesi ve evlilik birliğinin sona ermesi halinde tamamen ortadan kalkacaktır.³⁹

Eşlerden birinin ölümü, evliliğin ve evlilik birliğinin temsilinin olağan sona erme halidir. Evliliğin ve evlilik birliğinin temsilinin ölümle sona ermesi, TMK kapsamında ayrıca düzenlenmemiş çünkü ölümün doğal bir sona erme nedeni olduğu kabul edilmiştir.⁴⁰ Evliliğin ölümle sona ermesi halinde, eşlerin evlilik birliğini temsil yetkisi de ölüm anıyla birlikte kendiliğinden sona erecektir.

Eşlerden birinin gaipliğine karar verilmesi halinde, evlilik kendiliğinden sona vermeyecektir. TMK m. 131 hükmünde kanun koyucu, bir kimse hakkında gaiplik kararı verilmesinde, gaiplik kararı verilen kişinin eşine evliliğin sona ermesini de istiyor ise mahkemeden evliliğin feshini talep etmesi gerektiğini düzenlemiştir. Eşi gaiplik kararı verilen kişinin evliliğin feshi edilmesini isteme gibi bir zorunluluğu yoktur. İsterse eş evli kalmaya devam edecektir. Öğretide, gaiplik kararı alınmasının evlilik birliğini temsil yetkisine etkisine ilişkin olarak, gaipliğin evlilik birliğini kendiliğinden ortadan kaldırmadığı ancak evlilik birliğinin temsil edilmesinin gereği olarak eşlerin ortak yaşama olgusunun varlığının arandığını, eşlerden birinin gaipliği halinde ortak yaşama olgusu ortadan kalktığından, evlilik birliğinin

³⁷ Havutçu, s. 74; Akıntürk/Ateş, s.128.

³⁸ Öztaş, s. 265; Havutçu, s.95; Hausheer/Reusser/Geiser, Art. 166, n. 68.

³⁹ Öztaş, s. 267.

⁴⁰ Havutçu, s.95; Öztaş, s. 267.

temsil yetkisinin ortak yaşamın sona ermesiyle ortadan kalkacağı ifade edilmiştir.⁴¹ Kanaatimizce kanun koyucunun TMK m. 188 hükmünde belirttiği evlilik birliğinin temsilinin eşlerin ortak yaşamı boyunca devam edeceği düzenlemesi eşlerin ortak hayatı sona erdirmeye niyetleriyle ilişkilendirilmelidir. Gaip olan eşin, evlilik birliğini sonlandırma gibi bir niyeti olduğu sonucuna her zaman ulaşmamız mümkün olmadığından, ortak yaşamın sona erdiği sonucuna ulaşmamız da söz konusu olmamalıdır. Kanun koyucu TMK m. 131 hükmünde gaiplik kararının alınmasının evliliği kendiliğinden sona erdirmeyeceği, eşlerin gaiplik kararı alınmasıyla veya gaiplik kararıyla birlikte evliliğin feshini talep edebileceğini düzenlemiştir. Gaiplik kararı alınmaya kadar evlilik feshedilmediğinden, geçerli bir evliliğin varlığından ve dolayısıyla evlilik birliğinin temsilinden söz edilecektir. Geçerli olarak devam eden bir evlilikte kanunun aradığı diğer şartlar olan fiil ehliyetinin varlığı ve ortak yaşama şartlarının varlığıyla eşlerin temsil yetkisinin devam edeceğinin kabul edilmesi gerekecektir.

Evliliği sona erdiren bir diğer durum, boşanmadır. Boşanma, eşlerden biri veya her ikisinin talep etmesi halinde evlilik birliğinin mahkeme kararıyla sona erdirilmesidir. Kanun koyucu boşanma nedenlerini, TMK kapsamında m. 161-m. 167 hükümleri arasında düzenlemiştir. Mahkemenin hangi sebeple olursa olsun boşanmaya karar vermesiyle birlikte evlilik birliğinin temsili de sona erecektir. Aynı zamanda mahkeme boşanma davası devam ederken eşleri korumak amacıyla evlilik birliğini temsil yetkisinin sınırlandırılması veya kaldırılması hususunda karar verebilecektir. Evliliğin gaiplik kararı ile sona erdirilmesinde ise farklı bir durum söz konusudur. Bu farklı durumun sebebi, gaipliğe karar verilebilmesi için kanunda öngörülen sürelerin geçmesi gerekliliği ve mahkemeden evliliğin feshinin talep edilmesidir. Ayrıca gaipliğe karar verilebilmesi için mahkeme tarafından belirli ilan koşullarının da yerine getirilmesi gerekmektedir. Mahkeme evliliğin feshine karar verinceye kadar, evlilik geçerli bir evlilik olarak kalmaya devam edecektir. Bu sebeple de evlilik birliğinin temsili, mahkeme tarafından gaipliğe karar verinceye kadar devam edecektir.

Evliliği sona erdiren diğer bir neden olan boşanma durumunda, boşanma davasının açılmasıyla birlikte hâkim re'sen veya talep üye-

⁴¹ Öztaş, s. 267.

rine evlilik birliğini temsil yetkisinin kötüye kullanılmasını engelleyecek tedbirler alabilecektir. Kanun koyucu, TMK m. 190 hükmünde, evlilik birliğini temsil yetkisinin sınırlandırılması ve kaldırılmasına ilişkin düzenleme yapmıştır.⁴² Söz konusu hükme göre eşlerden birinin temsil yetkisini aştığı veya bu yetkiyi kullanmada yetersiz kaldığı durumlarda diğer eşin istemi üzerine temsil yetkisi kaldırılabilir veya sınırlandırılabilir. Temsil yetkisinin kaldırılması ya da sınırlandırılması talebinde bulunan eş, bu durumu üçüncü kişilere kişisel duyuru yoluyla bildirebileceği gibi, bu durumun hâkim kararıyla duyurulması talebiyle mahkemeye başvurması da mümkündür.

Evlilik birliğinde temsil yetkisinin kaldırılması veya sınırlandırılması kural olarak olağan temsil yetkisi açısından söz konusudur.⁴³ Olağanüstü temsil yetkisi eşlerden biri tarafından diğer eşe verilmişse verilen yetki her zaman geri alınabilecektir.

Temsil yetkisinin kaldırılması veya sınırlandırılması ancak mahkeme kararıyla gerçekleşecektir. Temsil yetkisinin kaldırılmasına veya sınırlandırılmasına ilişkin karar, koşullar değiştiğinde, eşlerden birinin istemi üzerine hâkim tarafından tekrar inceleme konusu yapılabilir. Temsil yetkisinin kaldırılması veya sınırlandırılmasına ilişkin karar ilan edildiyse, koşulların değişmesiyle birlikte yeni durumun da ilan edilmesi gerekecektir.

Evlilik birliğinde temsil yetkisinin sınırlandırılması veya kaldırılması İsviçre Medeni Kanunu m. 174 hükmünde "*Temsil Yetkisinin Kaldırılması* (Entzug der Vertretungsbefugnis)" başlığıyla düzenlemiştir. Söz konusu düzenlemeye göre; "*Eşlerden biri evlilik birliğini temsil etme yetkisini aşarsa veya bu yetkiyi kullanamayacak durumda olduğunu kanıtlanırsa, mahkeme, diğer eşin talebi üzerine, kendisini temsil etme yetkisini tamamen veya kısmen geri alabilir. Talepte bulunan evlilik birliğinin temsilinin kaldırılması veya sınırlandırılması talebine ilişkin kararını kişisel iletişim yoluyla üçüncü kişilere açıklayabilir. Bu kararın mahkeme yoluyla ilan edilmesi halinde iyi niyetli üçüncü kişilere karşı geçerli olacaktır*". Evlilik birliğini temsil yetkisinin kaldırılması veya sınırlandırılması, aynı zamanda ortak yaşam süren eşlerin, evlilik birliğinin korunması noktasında önlem

⁴² Akıntürk/Ateş, s. 131; Havutçu, s. 147; Yalman, s. 28.

⁴³ Akıntürk/Ateş, s. 131; Havutçu, s. 147; Yalman, s. 28; Hausheer/Reusser/Geiser, Art. 174, N. 5; Öztan, s. 281; Ayşen Şahinci, "Eşlerin Tasarruf Yetkisinin Sınırlandırılması", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 59, S. 2, 2010, s. 312.

niteliğindedir. Bu sebeple İsviçre Medeni Kanunu'nda temsil yetkisinin kaldırılmasına ilişkin düzenlemeler, evlilik birliğinin korunması ile ilgili önemler arasında yer almaktadır.⁴⁴ TMK'nda ise eşlerin birliği temsil yetkisinin kaldırılması ve sınırlandırılması ile ilgili hükümler, eşlerin evlilik birliğini temsili, evliliğin genel hükümlerinin yer aldığı bölümde düzenlendiği için kanun koyucu bu düzenlemeleri bir önlem olarak ifade etmemiştir.

TMK m. 190 hükmü eşlerin evliliği temsil yetkisinin hâkim tarafından kaldırılabileceği halleri düzenlemiştir; evliliği sona erdiren boşanma, ölüm, gaiplik gibi hallerde temsil yetkisinin ortadan kalkması durumuyla ilgili özel bir düzenlemeye yer vermemiştir. Boşanma davasının açılmasıyla hâkim eşlerden birisinin talebiyle veya kendiliğinden evlilik birliğinin temsiline ilişkin önlem olarak eşlerin mali anlamda korunmasını sağlayabilecektir.

B. Evlilik Birliğinin Temsilinin Gaiplikle Sona Ermesi

1. Gaiplik Kavramı

Gaiplik,⁴⁵ TMK'nın m. 32 hükmünde düzenlenmiştir. Söz konusu hükme göre "*Ölüm tehlikesi içerisinde kaybolan veya kendisinden uzun zamandan beri haber alınamayan bir kimsenin ölümü hakkında kuvvetli olasılık varsa, hakları ölüme bağlı olanların başvurusu üzerine mahkeme kişinin gaipliğine karar verebilir*" şeklinde düzenleme getirilmiştir. Mahkemenin yapılan başvuru üzerine gaiplik kararı vermesi hususunda takdir yetkisi mahkeme hâkimine bırakılmış olup; hâkim delil ve emareleri yeterli görmez ise gaiplik başvurusuna ilişkin olarak açılmış davanın reddine de karar verebilecektir.⁴⁶

⁴⁴ Hausheer/Reusser/Geiser, Art. 174, N. 5; Akıntürk/Ateş, s.131; Yalman, s.28.

⁴⁵ Hüseyin Günay, "Hukuk Muhakemeleri Kanunu Sonrası Gaiplik Üzerine Bir İnceleme", *Yargıtay Dergisi*, 2013, C.39, S.4, s. 91; "...Gaiplik, kanunda tahdidi olarak sayılan belli durumlarda, sağ mı ölü mü olduğu bilinmeyen kişi ile bu durumdaki hakları etkilenenleri koruma amacı ile kanun tarafından öngörülen şüphe ve belirsizliği ortadan kaldırmak amacıyla ölüm olayına karine teşkil eden ve sonucunu itibari ile ölüme bağlı hakların, aynen gaibin ölümü ispatlanmış gibi kullanılması sonucunu doğuran bir müessesedir..." Y. 8. Hukuk Dairesi 2017/8842 E. 2019/2901 K.ve 19.03.2019, <https://karararama.yargitay.gov.tr/>, (e.t.23.09.2024).

⁴⁶ Kılıçoğlu, s. 135; Yıldız Abik, "Gaipliğin Nişanlılık Üzerindeki Etkisi", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C.54, S.2, 2005, s. 159; Hüseyin Tokat, *Türk Hukukunda Gaiplik*, Ankara, 2018, s. 54.

İsviçre Medeni Kanun'u m. 35 hükmünde; "*gaiplik halinin hâkim kararı ile kişiliği sona erdirdiği*" düzenlenmektedir. Kanun koyucu ölüm tehlikesi içinde kaybolma koşulunu kişinin "*büyük ölüm tehlikesi*" şeklinde kaybolması olarak ifade etmiştir. Büyük ölüm tehlikesinin mutlaka geri dönülemeyecek bir doğa olayı, örneğin, deprem veya sel gibi olmasının zorunlu olmadığı, bir gezintiye çıkıp geri dönmemenin de bu kapsamda değerlendirilebileceği kabul edilmektedir.⁴⁷ İsviçre Medeni Kanunu m. 36/1 hükmüne göre "*Gaiplik kararı talebinde bulunulabilmesi için 'ölüm tehlikesinin üzerinden en az bir yıllık sürenin geçmiş olması'*" gerekmektedir. Uzun süreden beri haber alınamama halinde ise, "*son haber tarihinin üzerinden en az beş yılın geçme şartı*" aranmaktadır. Hükmün devamında kaybolan bir kişi hakkında gaiplik kararı verilebilmesi için ilan şartının gerçekleşmesi gerektiği belirtilmiş olup; "*iki ilan arasındaki sürenin ise en az bir yıl olması*" gerektiği belirtilmiştir. İsviçre Medeni Kanunu m.38/2 hükmünde; "*Gaiplik kararının, ölüm tehlikesinin gerçekleştiği veya kaybolan kişiden son haberin alındığı günden başlayarak hüküm doğuracağı*" belirtilmiştir. Aynı hükmün üçüncü fıkrasında ise evliliğin, gaiplik kararının kesinleşmesi ile sona ereceğine dair hüküm düzenleme altına alınmıştır.⁴⁸

Gaiplik müessesesi, 1896 tarihli Alman Medenî Kanunu'nun 13 ile 20'nci paragrafları arasında düzenlenmiştir.⁴⁹ Ulaşım ve kitle haberleşme araçlarındaki hızlı gelişim nedeniyle BGB §13-20 hükümleri yetersiz kalmış ve yenilik ihtiyacı ortaya çıkmıştır. Bu nedenle, 4.7.1939 tarihli Gaiplik, Ölümün Bildirilmesi ve Ölüm Zamanının Saptanmasına İlişkin Kanunla (Verschollenheitsgesetz) Alman Medeni Kanunu'nun 13 ile 20'nci paragrafları yürürlükten kaldırılmış ve yerine bu Kanun yürürlüğe girmiştir.⁵⁰

Gaiplik, Ölümün Bildirilmesi ve Ölüm Zamanının Saptanmasına İlişkin Kanun, gaiplik nedenlerini genel ve özel gaiplik nedenleri olmak üzere iki farklı halde düzenlenmiş olup, genel gaiplik nedenine dayanarak ölüm kararı alınabilmesi için, kişiden en az on yıldan beri

⁴⁷ Eda Şahin, "Gaipliğin Miras Hukuku Bakımından Hüküm ve Sonuçları", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 2019, S.144, s.253; Elvan Akdoğan Aslan, *Gaiplik Kararının Türk Özel Hukuk İlişkilerine Etkisi*, Ankara, 2023, s. 14.

⁴⁸ Şahin, s.249; Akdoğan Aslan, s. 14.

⁴⁹ Tokat, s. 7.

⁵⁰ Tokat, s. 7; Şahin, s. 251.

haber alınamaması ve kaybolanın nerede bulunduğu bilinmemesi gerekmektedir. Kaybolan kişiden haber alınamama süresinin başlangıç tarihi, hakkında ölüm kararı verilecek olan kişiden en son haber alınan yılın bitimi ile başlayacaktır. Uzun zamandan beri haber alınmayan kişi için verilecek ölüm kararında ise kişinin hayatta olduğunu biliniyor ise, en çok seksen yaşına kadar yaşayabileceği hesap edilmektedir. Bu duruma göre süre en az beş yıl olacaktır.⁵¹

Özel gaiplik durumları, Gaiplik, Ölümün Bildirilmesi ve Ölüm Zamanının Saptanmasına İlişkin Kanun'un m. 4-m. 7 hükümleri arasında dört ayrı başlık halinde düzenlenmiştir. Söz konusu düzenlemeye göre "özel gaiplik durumları"; "savasta kaybolma", "denizde kaybolma", "havada kaybolma" ve "diğer ölüm tehlikesi olaylarında kaybolma" şeklinde düzenlenmiştir. Bu Kanun'a göre özel gaiplik durumlarında da ölüm kararı verilebilmesi için farklı süreler tayin edilmiştir. Dolayısıyla gaiplik kararı verilebilmesi için tek bir süreden bahsedilmesi mümkün olmayacaktır.

Gaiplik kararı için, kişinin ölüm tehlikesini yaratan olay içerisinde kaybolması yeterli olmayıp, kanunun belirlediği sürenin de geçmesi gerekmektedir. TMK m. 33/1 hükmü düzenlemesine göre; "Gaiplik kararının istenebilmesi için, ölüm tehlikesinin üzerinden en az bir yıl veya son haber tarihinin üzerinden en az beş yıl geçmiş olması" gerekmektedir. Ölüm tehlikesi içerisinde kaybolma halinde, kaybolan kişinin gaipliğine karar verilmesi istemiyle başvurulabilmesi için bir yıllık süre aranmaktadır. Bir yıllık sürenin başlangıç tarihi, ölüm tehlikesi yaratan olay süreklilik arz etmiyorsa olayın gerçekleşmesinden itibaren,⁵² süreklilik arz ediyor ise de tehlikeli olayın sona ermesinden itibaren işlemeye başlayacaktır.⁵³ Uzun zamandır haber alınamama sebebiyle gaiplik kararı başvurusunda bulunabilmek içinse son haber alma tarihinden itibaren en az beş yılın geçmesi gerekmektedir.⁵⁴

⁵¹ Tokat, s. 46.

⁵² Jale Akipek/Turgut Akıntürk/Derya Ateş, Türk Medeni Hukuku, Başlangıç Hükümleri, İstanbul, 2022, s. 256.

⁵³ Akipek/Akıntürk/ Ateş, s. 256.

⁵⁴ "...4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun 32. maddesinde: "Ölüm tehlikesi içinde kaybolan veva kendisinden uzun zamandan beri haber alınamayan bir kimşenin ölümü hakkında kuvvetli olasılık varsa, hakları bu ölüme bağı olanların başvurusu üzerine mahkeme bu kişinin gaipliğine karar verebilir..." Y. 18. H.D. 2015/10885 E. 2016/6792 K. 28.04.2016" T. www.corpus.com.tr, (e.t.: 20.09.2024)

Gaiplik kararının alınabilmesi için sadece kanunun aradığı sürelerin⁵⁵ geçmesi yeterli değildir. Aynı zamanda kanun koyucu gaiplik kararının verilebilmesi için usule ilişkin bazı şartlar da aramıştır. Bir kişi hakkında gaiplik kararı verilebilmesi için, kanunun öngördüğü şartların sağlanmış olması, hakları ölüme bağlı olanların başvuruda bulunmuş olması, başvurunun görevli ve yetkili mahkemeye yapılmış olmasının yanında ilan zorunluluğu da getirilmiştir.⁵⁶ “*Kaybolan*” veya kendisinden “*uzun süredir haber alınamayan*” bir kişi hakkında gaiplik hükmü kurulabilmesi için bir diğer koşul da hakları ölüme bağlı kişilerin talepte bulunması ve bu taleplerinde hukuki yararın olmasıdır.⁵⁷

⁵⁵ “...Dava, TMK 32. madde gereği gaiplik kararı verilmesi istemine ilişkindir. Dosyadaki bilgi ve belgelerden; hakkında gaiplik kararı verilmesi istenen ... 01.07.1910 doğumlu olup, yüz yaşını aştığı ve kendisinden uzun zamandan beri haber de alınmadığı anlaşılmaktadır. Kendisinden uzun süredir haber alınmaması, ölümü hakkında kuvvetli ihtimalinin varlığına delalet eder. Dosyada Türk Medeni Kanunu'nun 33/2. maddesinde yapılması bildirilen ilan ile ilgili bilgi bulunmamaktadır. Mahkemece, gaipliğine karar verilecek kişi hakkında bilgisi bulunan kimseleri, belirli bir sürede bilgi vermeleri için usulüne göre yapılan ilanla çağırarak, bilgi veren olduğu takdirde o doğrultuda kanıtlar toplanıp sonucuna göre karar verilmesi, ilanların sonuçsuz kalması durumunda ise Türk Medeni Kanunu'nun 32/1. ve 33. maddesi koşullarının gerçekleştiğinin kabulü ile adı geçenin gaipliğine karar verilmesi gerekir...” Y. 8. H. D. 2017/6574 E. 2018/3098 K. 01.03.2018 T. www.corpus.com.tr, (e.t.: 20.09.2024)

⁵⁶ “...Ölüm tehlikesi içinde kaybolan veya kendisinden uzun zamandan beri haber alınamayan bir kimsenin ölümü hakkında kuvvetli olasılık varsa, hakları bu ölüme bağlı olanların başvurusu üzerine, mahkeme bu kişinin gaipliğine karar verileceğini ve ölüm tehlikesinin üzerinden en az bir yıl veya son haber tarihinin üzerinden en az beş yıl geçmiş olması ve mahkemece, gaipliğine karar verilecek kişi hakkında bilgisi bulunan kimselerin belirli bir sürede bilgi vermeleri için usulüne göre yapılan ilanla çağırılması ve bu sürenin ilk ilan yapıldığı günden başlayarak en az altı ay olduğunu hükme bağlamıştır...” Y. 2 . H. D. 2006/1221 E. 2006/7986 K. 22.05.2006 T. www.corpus.com.tr, (e.t.: 15.09.2024)

⁵⁷ “...Davacı kurum, kuruma bağlı “Çorum Huzurevi ve Rehabilitasyon Merkezinde” bakım ve koruma altında bulunan zihinsel özürürlü 1977 doğumlu Özlem Keser'in, 26.10.2004 tarihinde kuruluşu terk ettiğini, o tarihten beri kendisinden haber alınmadığını ileri sürerek, bu kişi hakkında gaiplik kararı verilmesini istemiştir. Buna göre istek, Türk Medeni Kanunu'nun 32. maddesine dayanmaktadır. Hukuki yarar, dava şartıdır. Yargılamanın her aşamasında res'en gözetilir. Gaiplik kararı, ölüme bağlı hakların, aynen gaibin ölümü ispatlanmış gibi kullanılmasını sağlar (TMK.md.35/1). Bu itibarla bu kararın verilmesini, hakları bu kişinin ölümüne bağlı olanlar isteyebilir (TMK. md.32/1). Davacı kurumun ilgili hakkında gaiplik kararı istemesinde korunmaya değer ne gibi bir hukuki yararının bulunduğu tespit edilmeden hüküm kurulması da doğru bulunmamıştır...” Y. 2. H. D. 2012/2302 E.2012/6212 K. ve 19.03.2012 T., www.corpus.com.tr (Erişim Tarihi: 29.06.2024).

“Ölüm tehlikesi içinde kaybolan veya kendisinden uzun zamandan beri haber alınamayan kişi” hakkında hâkim re’sen gaiplik kararı veremeyecektir. Hâkim talepte bulunanların bu taleplerini ve kanunun aradığı diğer koşulların gerçekleşip gerçekleşmediğini inceledikten sonra gaipliğe karar verebilecektir.

III. DEĞERLENDİRMELER

Gaiplik kararı verilebilmesi; Türk Hukuk Sisteminde ayrıca Alman ve İsviçre Hukuk Sistemlerinde belirli sürelerin geçmesi ve ilan edilme koşuluna bağlanmıştır. Mahkeme tarafından gaiplik kararı verilmesiyle gaiplik kararı, kayıp olan eşin ölüm tehlikesi içinde kaybolduğu veya uzun süreden beri haber alınmama tarihinden itibaren geçerli olacaktır. Gaiplik kararı, geçmişe etkili olsa da karar alınuncaya kadar geçmesi gereken süreler ve ilan süreleri arasındaki bekleme süresi göz önüne alındığında, hâkimin TMK m. 197 hükmüne dayanarak, diğer eş veya gaiplik kararının alınmasında kayıp olan eşin gaipliğine bağlı olanlar gaiplik kararı alınması talebiyle mahkemeye başvuru yaptığı andan itibaren evlilik birliğini temsil yetkisi kapsamında gerçekleştirecek tüm hukuki işlemler için müdahale de bulunması gerekmektedir. Diğer eş, mahkemeye başvurmadan önce eşinin gaip olup olmadığını bilmediğinden, diğer eş veya gaiplik kararının alınmasında kayıp olan eşin gaipliğine bağlı olanlar mahkemeye başvuruncaya kadar bu durumun evlilik birliğinin temsilini nasıl etkileyeceği değerlendirilecektir.

A. Ailenin -Sürekli- İhtiyaçlarının Karşılanması Amacıyla Yapılan Hukuki İşlemler

Eşin kayıp olması ancak henüz gaiplik kararı alınmaması veya alınmaması halinde evlilik feshedilinceye kadar evlilik birliği devam edeceğinden, evlilik birliğinin temsili bakımından eşin tek başına yapacağı olağan hukuki işlemler geçerli kabul edilmelidir.⁵⁸ Eşin tek başına gündelik hayatını devam ettirecek işlemlerde bulunması, ekmek alması, market alışverişinde bulunması mümkündür.⁵⁹

⁵⁸ Öztan, s. 268; Dural/Öğüz/Gümüş, s. 184-185; Akıntürk/Ateş, s. 129; Hatemi, s. 89; Gençcan, s. 172; Havutçu, s. 68; Yalman, s. 18-19.

⁵⁹ Hausheer/Reusser/Geiser, Art. 166, n. 48; Öztan, s. 269-270; Gençcan, s. 172; Dural/Öğüz/Gümüş, s. 185; Kılıçoğlu, s. 128; Havutçu, s. 71; Bayram, s. 195.

Evlilik birliği içerisinde eşlerin evlilik birliğinin temsili kapsamında ailenin bütün ihtiyaçlarının karşılanmasını ifade eden kapsamlı bir yetkisi yoktur. Eşlerin evlilik birliği içerisinde olağan temsil yetkisi ailenin sürekli ihtiyaçları olarak adlandırılan ihtiyaçlarla sınırlandırılmıştır.⁶⁰ Ailenin sürekli ihtiyaçlarının karşılanması eşlerin evlilik birliği içerisinde gerçekleştirmeleri gereken olağan ihtiyaçlar bakımından söz konusu olacaktır.⁶¹ Ancak eşlerden birinin evi tamamen yenilemesi, evde büyük onarım ve tadilatlar yapılması, araba alması gibi ihtiyaçlar sürekli ihtiyaç kapsamında değerlendirilmemeli, bu ihtiyaçlar olağanüstü temsil yetkisi kapsamında düşünülmelidir.

Sürekli ihtiyaçlar bir ailenin günlük olarak yerine getirmesi gereken iş ve işlemler olabileceği gibi, ailenin yapısı, sosyal ve ekonomik durumu ile örf ve adete göre tespit edilecektir. Ailenin sürekli ihtiyaçları kavramı aileden aileye değişebilecek, farklı zamanlarda dahi farklı değerlendirmelere tabi tutulabilecek bir kavram olduğundan her somut olaya ya da duruma göre değerlendirilmesi gereken bir husustur. Eşlerin malvarlığı, gelir düzeyi, geçmiş yaşanmışlıkları ve alışkanlıkları, aile yapısı, aile bireylerinin sayısı, eşlerin meslekleri, sosyal statüleri, ailenin yaşam tarzının da değerlendirilmesi ve böylece ihtiyacın sürekli olup olmadığının tespit edilmesi gerekmektedir.⁶²

Evlilik birliği içerisinde eşler arasında kabul edilen mal rejimi sözleşmesine bağlı olarak, eşlerin her birinin evlilik birliğinin sürekli ihtiyaçları bakımından temsil yetkisini kullanması bir sorun teşkil etmemesine rağmen hakkında henüz gaiplik kararı alınmamış olan eşin kişisel malvarlığı değerinden gaip olmayan eşin harcama yapması bir sorun teşkil edebilecektir.⁶³ Hakkında henüz gaiplik kararı alınmayan

⁶⁰ Öztan, s. 268; Dural/Öğüz/Gümüş, s. 184-185; Akıntürk/Ateş, s. 129; Hatemi, s. 89; Gençcan, s. 172; Havutçu, s. 68; Yalman, s. 18-19.

⁶¹ Örneğin; günlük gazeteye abonelik, arkadaş ve akrabalar için hediye alma, günlük gezme dinlenme vs. gibi.

⁶² Saymen/Elbir, s.131; Havutçu, s. 77; Öztan, s.272.

⁶³ Örneğin; eşlerin evlilik birliği içerisinde yaptıkları harcamalardan sonra kalan bozuk paraları koydukları bir kavanoz olsa ve eşlerden biri kayıp ama hakkında henüz gaiplik kararı verilmemiş olsa gaip olmayan eş bu parayı kullanarak ekme, süt gibi market harcamalarını yapabilecektir. Fakat kayıp olmakla birlikte hakkında gaiplik kararı alınmamış olan eşin kendi kişisel malvarlığı olarak kabul edilecek altın kol saatinin satılması ve bu parayla market alışverişin yapılması gibi bir durum varsa bu durumda gaip olmayan eşin, mahkemeye başvurarak

eşle birlikte gaip olmayan eşin yapılan harcamalardan müteselsil olarak sorumlu tutulmasının sonucu olarak mahkemeye başvurup tedbir kararının alınmasını sağlamak, hakkında henüz gaiplik kararı verilmemiş olan eşi de koruyacaktır.

B. Aile Konutuna İlişkin Yapılacak İşlemler

Evlilik birliği içerisinde eşlerden birininin kayıp olması ancak gaiplik kararının alınabilmesi için kanunun öngördüğü sürelerin geçmemiş olması durumunda, gaip olmayan eşin aile konutunun kira ile sağlanması durumunda kira ödemesinin mümkün olup olmadığı bir başka tartışma konusudur. Aile konutunun satın alınması veya kira sözleşmesiyle sağlanması durumunda; öğretilde hâkim görüşüne göre, aile konutu kiralanması ya da satın alınması işlemlerinin, ailenin barınma ihtiyacı kapsamında olduğu kabul edilmektedir.⁶⁴ Bu görüşüne göre, aile konutu olarak, konut kiralanması ya da satın alınması durumunda eşlerin müteselsil sorumluluğu esastır. Aile konutu ile ilgili kira sözleşmesinin feshi veya konutu ilgilendiren aynı hakları kısıtlayan hukuki işlemlerin de ailenin diğer ihtiyaçlarına konu olacağı ve olağanüstü temsil yetkisi kapsamında olduğu ifade edilmektedir.⁶⁵ Bunun sonucu olarak da eşlerden birinin kayıp olması halinde diğer eşin tek başına aile konutu kiralanması ya da satın alınması söz konusu olamayacaktır.

Öğretilde bir başka görüş, aile konutu niteliği taşıyan veya taşımasının, eşlerin ortak konutu belirlemesinin, evlilik birliğinin sürekli ya da diğer ihtiyaçları kapsamında temsili anlamına gelmediği, satın alınma ya da kiralama yoluyla aile konutu sağlanmasının ailenin ihtiyaçları kapsamında bir işlem olmadığı görüşü de savunulmuştur.⁶⁶ Bu görüşüne göre de eşlerden birinin kayıp olması halinde diğer eşin tek başına aile konutu kiralanması ya da satın alınması söz konusu olamayacaktır.

Kanaatimizce aile konutunu düzenleyen TMK m. 194 hükmü eşlerin barınma ihtiyacının giderilmesi ve bu ihtiyacın giderilmesi aşı-

hâkimin tedbir kararı alınmasını talep etmesi ve eşin bu karardan sonra harcama yapması daha doğru olacaktır.

⁶⁴ Hausheer/Reusser/Geiser, Art. 166, n. 54; Öztan, s. 272; Dural/Öğüz/Gümüş, s. 185; Akıntürk/Ateş, s. 128; Saymen/Elbir, s. 131; Öztaş, s.261.

⁶⁵ Demir, s. 170.

⁶⁶ Havutçu: s.81-83.

masında da diğer eşi korunması amacına hizmet etmektedir. Ortak yaşantının eşler arasında fiili olarak devam ettiği durumlarda evlilik birliğini temsil amacıyla yapılan hukuki işlemler de her iki eşin müteselsil sorumluluğu söz konusu olduğundan, aile konutunun satın alınması veya kirayla sağlanması evlilik birliğinin olağanüstü temsili kapsamında değerlendirilmemeli ve gaip olmayan eşin kirayı ödemesi veya aile konutu olarak kullanılmak amacıyla ev satın alması ailenin sürekli ihtiyacı kabul edilmelidir. Gaip olmayan eşin aile konutu niteliği taşıyan kiralananın kira bedelini ödemesi için TMK m. 197 hükmüne dayanarak hâkimden müdahale istemesine gerek yoktur. Gaiplik durumunda eşten haber alma, eşe ulaşma gibi bir durum söz konusu değildir. Bu sebeple eşin gaipliğine karar verilmeye kadar gaip olmayan eşin ailenin en temel ihtiyaçlarından birisi olarak kabul edilen barınmayı sağlaması veya devam ettirmesi, satın alma veya kiralama yoluyla aile konutu ihtiyacının giderilmesi sadece gaiplik kararına özel olarak değerlendirilmeli, ailenin sürekli bir ihtiyacı olarak kabul edilmeli ve gaip olmayan eşin evlilik birliğini bu anlamda olağan olarak temsil edebileceği kabul edilmelidir. Kayıp olan eşin gaipliğine karar verilmeye kadar diğer eşin aile konutunun kirasını ödemesi, aile konutu olarak kullanılmak üzere ev satın alması durumunda diğer eşin ödeme yapılacak parayı nasıl sağladığı da önemlidir. Eşlerin evlerinde veya başka bir yerde aile birliği tarafından kullanılmak üzere paralarının olması halinde, diğer eşin bu parayı alması ve kullanması sırasında TMK m. 197 hükmüne dayanarak hâkimden müdahale istemesine gerek yoktur. Diğer eş, kira veya satın alma yoluyla aile konutu ihtiyacını gidermek için bankadan para alacaksa durumun farklı şekillerde değerlendirilmesi gerekmektedir. İlk durumda; diğer eşin hesabında paranın olması halinde, TMK m. 197 hükmüne dayanarak hâkimden müdahale istemesine gerek olmadığı kabul edilmelidir. Kayıp olan eşin hesabından para çekilmesi veya eşlerin müşterek banka hesabından para çekilmesi gibi bir durum söz konusu olacaksa diğer eş TMK m. 197 hükmüne dayanarak hâkimden müdahale istemeli ve hâkimin kararına göre parayı çekmeli veya çekmemelidir. Kira veya satın alma yoluyla aile konutunun sağlanmasında banka kredisinden yararlanılması söz konusuysa, kredi çekilmesi için de TMK m. 197 hükmüne dayanarak hâkimden müdahale talebinde bulunulmalıdır.

Kanaatimizce eşin kayıp olması durumunda diğer eş aile konutuna ilişkin aidat veya yan gider ödenmesi gibi olağan giderleri ödeyebilmelidir. Bu harcamalar ailenin sürekli ihtiyaçları kapsamında değerlendirilmelidir. Aynı şekilde satın alma yoluyla aile konutu sağlanmışsa, satın alma için ödenmesi gereken vergi, harç ve benzeri diğer ödemelerin de yapılması olağan temsil yetkisi kapsamında sürekli ihtiyaç olarak değerlendirilmelidir.

Aile konutu olarak kullanılan taşınmazın kiralanmış olması halinde, kayıp olan eşin kiralanana ilişkin tahliye taahhüdünü imzalaması ve gaip olmayan eşin tahliye taahhüdünü imzalamamış olması halinde, gaiplik kararına kadar kiralanana taşınmazın kiralayana tarafından tahliyesi istenildiğinde kiralananın aile konutu olduğuna ilişkin bir tartışma söz konusuysa, aile konutunun tespiti davası açılması ve kiralananın aile konutu olduğunun belirlenmesi gerekecektir. Kiralananın aile konutu olabilmesi için aile konutunun niteliklerine ilişkin özellikleri taşıması yeterli olup, bir bildirim yapılmasına ya da şerh edilmesine gerek yoktur. Kiralananın aile konutu olup olmadığı konusunda belirleyici ölçüt, eşlerin bu yöndeki iradeleridir. Kiracının TBK m. 349⁶⁷ hükmüyle sağlanan korumadan yararlanabilmesi için, kira sözleşmesinin feshedilmek istendiği anda kiralananın aile konutu olarak kullanılması yeterlidir.

C. Kefil Olma

Eşin kayıp olduğu ancak evliliğin feshine ilişkin olarak bir mahkeme kararının bulunmadığı durumlarda, değerlendirilmesi gereken hususlardan bir diğeri, diğer eşin kefil olup olmayacağıdır. Öğretide bu hususu değerlendiren yazarlar, konuya farklı açılardan aynı sonuca ulaşarak çözüm bulmuşlardır. Ancak gaiplik kararı verilinceye kadar diğer eşin kefalet sözleşmesi imzalayıp imzalamayacağı hususu değerlendirilmemiştir.

⁶⁷ TBK m.349: "Aile konutu olarak kullanılmak üzere kiralanana taşınmazlarda kiracı, eşinin açık rızası olmadıkça kira sözleşmesini feshedemez. Bu rızanın alınması mümkün olmazsa veya eş haklı sebep olmaksızın rızasını vermektan kaçınırsa kiracı, hâkimden bu konuda bir karar vermesini isteyebilir. Kiracı olmayan eşin, kiraya verene bildirimde bulunarak kira sözleşmesinin tarafı sıfatını kazanması hâlinde kiraya veren, fesih bildirimini ile fesih ihtarına bağlı bir ödeme süresini kiracıya ve eşine ayrı ayrı bildirmek zorundadır".

Öğretide, eğer eşlerden birisi hakkında gaiplik kararı alınmışsa ve evliliğin feshine ilişkin henüz bir karar alınmamışsa, diğer eşin nasıl kefalet sözleşmesi akdedebileceği hususuyla ilgili olarak, Türk Borçlar Kanun'un rıza ile getirdiği koruma fikrine gerek kalmadığı ve diğer eşin rıza olmaksızın kefalet sözleşmesi akdedebileceği ifade edilmiştir.⁶⁸ Eşin rızasına gerek kalmadığı fikrini farklı gerekçelendiren diğer görüş, eşlerden biri hakkında gaiplik kararı verilmiş olması halinde, diğer eşin kefil olması için eşin rızasının aranıp aranmayacağı hususunda, TMK'nın m. 197 hükmü kapsamında değerlendirme yapılması gerektiğini belirtmiştir.⁶⁹ TMK m. 197 hükmü düzenlemesine göre, ayrı yaşama hakkı kanun koyucunun öngördüğü sonuçlar gerçekleştiğinde⁷⁰ kendiliğinden doğmakta olduğu kabul ediliyor ve bunun için bir mahkeme kararına ihtiyaç duyulmuyorsa, gaiplik durumunda da mahkeme kararına ihtiyaç olmaksızın gaip olan eşin diğer eşin yapacağı kefalet sözleşmesinde rızasının aranmaması gerektiğinin kabul edilmesi gerektiği savunulmuştur.⁷¹

TMK m. 197 hükmünde; eşlerden birinin ortak hayat sebebiyle kişiliği, ekonomik güvenliği veya ailenin huzuru ciddi biçimde tehlikeye düştüğü sürece ayrı yaşama hakkına sahip olduğu ifade edilmiştir. Söz konusu hükümde, kanun koyucu evlilik birliği içerisinde eşlerin ayrı yaşaması için belirlenen durumlar gerçekleşse dahi ailenin huzurunun da ciddi biçimde tehlikeye düşmesi koşulunu ayrı yaşama bakımından şart olarak aramıştır. Kanun koyucu ailenin huzurunun ciddi biçimde tehlikeye girdiği ya da girebileceği durumları belirtmemiştir. Kanun koyucunun

⁶⁸ Banu Bilge Sarıhan, "Kefalet Sözleşmesinde Şekil ve Eşin Rızası", *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C.30, S. 1, 221-258; Serkan Ayan, Kefalet Sözleşmesi, Ankara, 2018, s. 135.

⁶⁹ Meltem Bulut, Teminat Sözleşmelerinde Eşlerin Hukuki İşlem Özgürlüğüne Getirilen Sınırlamalar, Ankara, 2016, s. 51; Arif Kocaman/Kübra Kaya, "Kefalet Sözleşmesinde Eşin Rızası", *İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C.1, S.1., 2020, s. 14.

⁷⁰ Türk Medeni Kanunu m. 197 hükmü düzenlemesine göre; Eşlerden biri, ortak hayat sebebiyle kişiliği, ekonomik güvenliği veya ailenin huzuru ciddi biçimde tehlikeye düştüğü sürece ayrı yaşama hakkına sahiptir. Birlikte yaşamaya ara verilmesi haklı bir sebebe dayanıyorsa hâkim, eşlerden birinin istemi üzerine birinin diğerine yapacağı parasal katkıya, konut ve ev eşyasından yararlanmaya ve eşlerin mallarının yönetimine ilişkin önlemleri alır. Eşlerden biri, haklı bir sebep olmaksızın diğerinin birlikte yaşamaktan kaçınması veya ortak hayatın başka bir sebeple olanaksız hâle gelmesi üzerine de yukarıdaki istemlerde bulunabilir.

⁷¹ Bulut, s.51; Kocaman/ Kaya, s. 14.

aile huzurunu ciddi biçimde tehlikeye sokabilecek durumları belirlemediği, belirlemenin hâkim tarafından yapılmasını istediğine işaret etmektedir. Kanaatimizce gaiplik kurumuna baktığımızda gaipliğin uzun süreden beri haber alınmama veya ölüm tehlikesi içerisinde kaybolma durumlarında söz konusu olduğu ve bu durumların ailenin hem ekonomik güvenliğini hem de huzurunu ciddi biçimde tehlikeye düşürdüğü kabul edilmelidir. Evlilik birliği iki kişiyle kurulan ve sürdürülen bir birliktedir. Evlilik birliğinin tek bir eş tarafından sürekli şekilde temsilinin söz konusu olması ancak gerekli durumlar bakımından düşünülmeli ve değerlendirilmelidir. Bu sebeple gaiplik kararı alınuncaya kadar diğer eş açısından en güvenilir yol, kefalet sözleşmesi yapılabilmesi için, TMK m. 197/2 hükmünün uygulanarak, hâkimin gerekli tedbirleri alması için talepte bulunmak olacaktır. Gaiplik kararı verilmeye kadar hâkimin diğer eşin kefalet sözleşmesi yapmak istemesi halinde bu sözleşmeye izin vermesi veya vermemesi de TMK m. 197/2 kapsamında⁷² hâkimin bir müdahalesi olarak düşünülmelidir. Hâkim eşlerden birinin kayıp olması halinde, evlilik birliğinin temsil edilmesi bakımından kefalet sözleşmesi yapılmasının gerekli olduğu kanaatine varırsa, kefalet sözleşmesi yapılması mümkün olacaktır. Diğer eş dışında başka bir kefil bulunabiliyor veya hâkim diğer eş dışında birisinin kefil olmasının evlilik birliğinin temsil edilmesi bakımından evliliği koruyacağı düşüncesinde ise diğer eşin kefalet sözleşmesi yapmasına izin vermemelidir.

D. Kredili İşlemler

Eşlerin evlilik birliğinin temsili kapsamında gerçekleştirdiği kredili işlemlerin de değerlendirilmesi gerekmektedir. Kredili işlemler sa-

⁷² Y. 2. HD., 09.05.2006 T., E. 19253 K. 7175: "...Toplanan delillerden; davalının 10 yıl önce karısını ve çocuklarını terk ederek Alaplı ilçesinde bir başka kadınla yaşadığı, kredi kartı borcu yüzünden dükkanını sattığı ve kredi kartı borçlarını faizleri nedeniyle ödeyemez hale geldiği anlaşılmaktadır. Mahkemece; davalı adına kayıtlı, bir kısmı tam bir kısmı hisseli olan 47 parça taşınmaz üzerindeki davalının tasarrufunun davacı eşin rızasına bağlı tutulmasına, bu suretle davalının bu taşınmazlardaki tasarruf yetkisinin sınırlandırılmasına karar vermiştir. Dava konusu taşınmazlardaki davalı kocanın paylarının değerleri tespit edilerek ailenin ekonomik varlığının korunması veya evlilik birliğinden doğan mali bir yükümlülüğün yerine getirilmesinin gerektirdiği ölçüde sınırlama yapılması gerekirken tüm taşınmazlardaki tasarruf yetkisinin sınırlandırılması doğru görülmemiştir...". <https://karararama.yargitay.gov.tr/>, (e.t.23.09.2024)

dece bedel borcunun belirli bir vadeye bağlandığı işlemler olarak kabul edilmektedir.⁷³ Eşler evlilik birliği devam ederken, üçüncü kişilerle yaptığı hukuki işlemlerde, işlemin bedel borcunu işlem esnasında ödemiş olabileceği gibi, bedel borcunun bir banka ya da finans kurumu aracılığıyla ödenmesi ya da bedel borcunun ödenmesi için farklı ödeme araçlarının kullanılması söz konusu olabilecektir. Bedel borcunun işlem sırasında hemen peşin ödenmesiyle kısım kısım ödenmesi evlilik birliğinin temsilinde her iki eşin birden müteselsil sorumluluğuna sebep olabileceğinden, bedel borcunun ödenme şeklinin gaiplik kararı alınuncaya kadar gerçekleşen hukuki işlemlerin geçerliliğini nasıl etkileyeceği sorunu karşımıza çıkacaktır.

Mal bedelinin ödenmesinden önce malın teslim edildiği sözleşmeler uygulamada ön ödemeli satışlar ya da veresiye satışlar olarak nitelendirilmektedir.⁷⁴ Eşlerden birinin, ailenin sürekli ihtiyaçları kapsamında, üçüncü kişiyle veresiye işlem yapması ve üçüncü kişinin bu hukuki işlemin, ailenin sürekli ihtiyaçları kapsamında yaptığının bilinmesi durumunda, TMK m. 188 hükmü uyarınca eşlerin bu veresiye işlem sebebiyle müteselsil sorumluluğunun olacağı kabul edilmiştir. Ancak günümüzde yeni teknoloji ve pazarlama yöntemlerinin var olduğu mesafeli satışlar ya da iş yeri dışında kurulan sözleşmeler gibi hukuki işlemlerde satıcının veya sağlayıcının bu hukuki işlemin hangi amaçla yapıldığını bilmesi pek de mümkün olmayacaktır. Örneğin, aile ihtiyaçları kapsamında ailenin durumuna göre, sürekli ihtiyaçlardan sayılan bir küçük elektrikli mutfak aletinin ön ödemeli olarak alınması halinde,⁷⁵ TMK m. 188 hükmüne göre diğer eşin müteselsil sorumluluğu olacak ancak değeri yüksek olan bir arabanın ön ödemeli olarak alınması halinde ise eşlerin müteselsil sorumluluğu söz konusu olmayacaktır. Bu sebeple eş kayıp olan eş, bedeli yüksek bir ürünü ön ödemeli olarak satın almak istiyorsa hâkimden eş hakkında henüz gaiplik kararı verilmediği için TMK m. 197 hükmüne göre müdahale talep edecektir. Bu durumda objektif bir değerlendirme yapılması ve veresiye satışın aile ihtiyaçları kapsamında olup olmadığının de-

⁷³ Havutçu, s.84; Şebnem Akipek, Tüketici Kredisi, Ankara, 1999, s.7 vd.

⁷⁴ Murat Aydoğdu/ Nalan Tuncer, Tüketici Hukuku Özet Kitap, Ankara 2023, s. 333.

⁷⁵ Havutçu, s. 86-87.

ğerlendirilmesi daha doğru olacaktır.⁷⁶ Kanaatimizce veresiye satılan ürünün tek başına bedelinin yüksek veya düşük olması eşlerin evlilik birliği içerisinde bu ürünün bedelinin ödenmesinde müteselsil sorumluluğuna gidilmesi bakımından tek ölçüt olmamalıdır. Satın alınan veresiye ürünün ailenin sürekli ihtiyacı olup olmadığı, ailenin diğer ihtiyaçlarıyla ilişkisi, ailenin sosyal ve ekonomik durumu gibi hususlar durum ve koşullara göre değerlendirilmelidir.⁷⁷

Kredili satış kapsamında değerlendirilmesi gereken bir başka satış türü; taksitle satış sözleşmeleridir.⁷⁸ Taksitle satış sözleşmeleri hem Türk Borçlar Kanunu'nda hem de 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanun'da düzenlenmiştir. Taksitle satış sözleşmelerinin temelinde; alıcının malı teslim alması ancak mal bedelini satıcıya kısım kısım ödemesi durumu söz konusudur. Hangi kanuna tabi olursa olsun satın alınan eşyanın niteliği bu eşyanın ailenin sürekli ihtiyacı olup olmadığının tespitinde ölçüt olarak kullanılacaktır. Taksitle satın alınan eşya ailenin sürekli ihtiyacı olarak kabul edilemiyorsa, bu durumda satın alma için diğer eşin rızası aranmalıdır.⁷⁹Örneğin, aile ihtiyaçları kapsamında ailenin durumuna göre, sürekli ihtiyaçlardan sayılan bir mutfak eşyasının taksitli olarak alınması halinde,⁸⁰ TMK m. 188 hükmüne göre diğer eşin müteselsil sorumluluğu söz konusu olacaktır. Kanaatimizce taksitle satın alınan ürünün tek başına bedelinin yüksek veya düşük olması eşlerin evlilik birliği içerisinde bu ürünün bedelinin ödenmesinde müteselsil sorumluluğuna gidilmesi bakımından tek ölçüt olmamalıdır. Satın alınan veresiye ürünün ailenin sürekli ihtiyacı olup olmadığı, ailenin diğer ihtiyaçlarıyla ilişkisi, ailenin sosyal ve ekonomik durumu gibi hususlar durum ve koşullara göre değerlendirilmelidir.

Ödeme yöntemi olarak kullanılan en önemli araçlardan birisi de kredi kartlarıdır. Kredi kartlarının kullanımı aile içerisinde bireysel

⁷⁶ Havutçu, s. 88.

⁷⁷ Kayıp olan eşin ailenin ortak kullandığı arabayla birlikte kaybolması durumunda, kayıp eş her gün çocukları okula arabayla getirip götürüyor ve bu durum çocuklar için ailenin sürekli ihtiyacı olarak nitelendirilebiliyorsa diğer eşin veresiye olarak araba alması ailenin sürekli ihtiyacı olarak düşünülebilecektir. Bu durumda dahi diğer eş, TMK m.197 hükmüne dayanarak hâkimin müdahalesini talep etmeli ve hâkimin onayından sonra arabayı almalıdır.

⁷⁸ Aydoğdu/Tuncer, s. 313.

⁷⁹ Havutçu, s. 86-87.

⁸⁰ Havutçu, s. 86-87.

kart kullanımı şeklinde olabileceği gibi eşlerin ortak bir kredi kartı⁸¹ kullanmaları da mümkündür. Kredi kartı, bankalarca ve kimi kuruluşlarca kişilere verilen, günlük satın almalarda para ve çek kullanımını önlemeyi amaçlayan bir ödeme biçimi olarak yararlanılan, alınan malın ya da yaptırılan hizmetin bedelinin söz konusu kartı veren yer tarafından ödenmesi güvencesi taşıyan kart olarak ifade edilmektedir.⁸² Öğretide, kredi kartı ile yapılan tüm hukuki işlemlerin, TMK m. 188 uyarınca olağan temsil yetkisi kapsamında olmayacağı, kredi kartı kullanılarak yapılan işlemlerin her somut olayda ayrıca değerlendirilmesi gerektiği ifade edilmektedir.⁸³ Buna göre, üçüncü kişilerle yapılan hukuki işlem, ailenin sürekli ihtiyaçlarının giderilmesi amacıyla yapılmış ise, kredi kartıyla yapılan o işlem olağan temsil yetkisi kapsamında kalacaktır. Ancak, öğretide her ihtiyacın belirlenmesinin pratik açıdan mümkün olmayacağı ve kredi kartının türüne göre değerlendirme yapılması gerektiği görüşü de benimsenmiştir.⁸⁴ Kanaatimizce burada eşlerin ödeme yöntemi olarak kredi kartını kullanması halinde ortak bir kredi kartı varsa bu kartla yapılan harcamalardan dolayı eşlerin müteselsil sorumluluğuna gidilmesi gerektiği, eşlerin bireysel kredi kartı kullanımında ise kredi kartının türüne ve eğer tespit edilebiliyorsa yapılan harcamanın niteliğine göre bir değerlendirme yapılması daha doğru olacaktır. Kişisel harcamalar bakımından özel bir değerlendirme yapılmasına gerek yoktur. Kişisel harcama diğer eş tarafından yapılmış ise bu harcamadan dolayı sadece diğer eş sorumlu olacaktır. Yapılan harcamanın kişisel harcama olup olmadığı belli değilse, harcamanın ailenin sürekli ihtiyacı olup olmadığı, ailenin diğer ihtiyaçlarıyla ilişkisi, ailenin sosyal ve ekonomik durumu gibi hususlar durum ve koşullara göre değerlendirilmelidir. Uygulamada yapılan harcamanın banka tarafından değerlendirilmesi, bankanın yapılan harcamaya onay vermesi ya da vermemesi gibi bir durum söz konusu olmamaktadır. Banka sadece şüpheli gördüğü bir işlem varsa bununla ilgili banka müşterisine bilgi vermektedir. Kredi kartının li-

⁸¹ Şebnem Akipek, "Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanun Çerçevesinde Kredi Kartları", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 52, S. 3, s. 103-104; Sezer Çabri, *Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Şerhi*, Ankara, 2016, s. 378-379.

⁸² Ömer Teoman, *Hukuki Yönden Kredi Kartı Uygulaması*, Ankara, 1996, s.10 vd.

⁸³ Öztan, s. 269-270.

⁸⁴ Havutçu, s.88.

miti araba veya benzeri bir ürün almaya yetecek yeter yüksekse, banka, kredi kartını kullanan eşe harcamayı neden yaptığını sormamaktadır. Bu sebeple, kredi kartının limiti ölçüsünde yapılan harcamalarda, kredi kartından harcama yapılması bakımından bu harcamanın evlilik birliğinin olağan temsil yetkisi kapsamında yapıldığı kabul edilmeli ve eşlerin müteselsil sorumlu olduğu kabul edilmelidir. Ayrıca, kredi kartından harcama yapılması için de diğer eşin TMK m. 197 hükmü gereğince hâkimin müdahalesini talep etmesine gerek yoktur.

Eşlerin banka veya diğer kredi kuruluşlarında bulunan hesaplarından nakit para çekmesi halinde;⁸⁵ bu paranın hangi amaçla kullanılacağına tespit edilememesi halinde ailenin sürekli ihtiyaçları için çekilmediği, hangi amaçla kullanılacağına tespit edildiği hallerde ise eşlerin müteselsil sorumluluğuna gidilmesi gerektiği kabul edilmelidir.⁸⁶ Uygulamada, para çekilmesi bankanın otomat aracılığıyla gerçekleşiyorsa veya diğer eş bankaya girip nakit para çekme talebiyle başvuru yapıyorsa, paranın hangi amaçla çekildiğinin banka tarafından tespit edilmesi mümkün değildir. Banka, paranın hangi amaçla çekildiğini ve nerede, nasıl kullanılacağını sorgulamak zorunda da değildir. Bankadan otomat yoluyla veya bankaya girip para çekilmesi durumunda para çekilmesi işleminin evlilik birliğinin olağan temsil yetkisi kapsamında yapıldığı kabul edilmeli ve eşlerin müteselsil sorumlu olduğu kabul edilmelidir. Ayrıca, bankadan otomat aracılığıyla veya bankaya girip nakit para çekimi yapılması için de diğer eşin TMK m. 197 hükmü gereğince hâkimin müdahalesini talep etmesine gerek yoktur.

Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanun'un yürürlüğe girmesiyle birlikte bağlı krediler⁸⁷ kavramı da gelişmeye başlamıştır. Tüketicinin

⁸⁵ Bankadan nakit kredi çekilmesi işlemi, kural olarak evlilik birliğinin olağanüstü temsil yetkisinin kapsamındadır. İstisnai olarak, ifanın konusunun banka tarafından fark edilebilir olması ve doğrudan doğruya ailenin sürekli ihtiyaçlarının karşılanması amacıyla kullanılması durumunda, söz konusu işlemin olağan temsil yetkisi kapsamında kaldığı kabul edilebilecektir.; Öztaş, s.257; Öztan, s.270. Krş. Havutçu, s.93). Kredi kartıyla yapılan işlemler, ailenin sürekli ihtiyaçlarına yönelik olabileceği gibi ailenin diğer ihtiyaçlarına da yönelik olabilir. Bu nedenle, kredi kartı kullanılarak yapılan işlemlerin her bir işlemin özelliğine göre ayrı ayrı değerlendirilmesi gerekmektedir (Öztaş, s.257; Öztan, s.270. Krş. Havutçu, s.88).

⁸⁶ Havutçu, s.93.

⁸⁷ Aydoğdu/Tuncer, s.379; Çabri, s. 580.

Korunması Hakkında Kanun m. 30 hükmünde bağlı kredi sözleşmesi; tüketici kredisinin münhasıran belirli bir malın veya hizmetin tedarikine ilişkin bir sözleşmenin finansmanı için verildiği ve bu iki sözleşmenin objektif açıdan ekonomik birlik oluşturduğu sözleşme olarak tanımlanmıştır. Eşlerin evlilik birliğinin temsili kapsamında bağlı kredi kullanmaları hâlinde bağlı kredinin kural olarak eşlerin müteselsil sorumluluğuna sebep olmadığı yani evlilik birliğinin temsili kapsamında değerlendirilmemesi gerektiği, ancak aksinin her zaman ispat edilebileceği ve ispatın gerçekleşmesi halinde bağlı kredinin evlilik birliğinin temsili kapsamında değerlendirileceği kabul edilebilecektir.⁸⁸

Kanaatimizce, bağlı kredinin kullanılması sırasında krediyi kullandıran satıcı veya sağlayıcı kredinin ödenmesinde her iki eşin rızasını birlikte aramalıdır. Eşlerden birinin kayıp olması durumunda henüz gaiplik kararı da verilmediğinden, rıza gösteremeyen kayı eş açısından diğer eşten TMK m.197 hükmü gereğince, hâkime başvurarak gerçekleşecek bağlı kredi sözleşmesine onay vermesi talep edilemeli ve hâkimin müdahalesiyle onay vermesi halinde bağlı kredi sözleşmesi geçerli kabul edilmelidir.

E. Mahkeme Tarafından Gaipliğe Karar Verilmesi

TMK m. 32-m. 35 hükümlerinde, gaipliğin, ölüm tehlikesi içerisinde kaybolma veya uzun süreden beri haber alınamaması hallerinde söz konusu olabileceği, bu haller gerçekleşse bile aynı zamanda kanunun öngördüğü sürelerin geçmesi, sürelerin geçmesiyle mahkemeye başvuru yapılması, mahkemenin gaipliğe ilişkin iki veya daha fazla ilanda bulunması,⁸⁹ mahkeme tarafından ilandan bir sonuç alınmadığı kana-

⁸⁸ Havutçu, s.94.

⁸⁹ Y. 2.HD. T.,18.05.2006, E.2006/6791, K.2006/7768, "... Türk Medeni Kanunu'nun 33/son maddesi uyarınca en az iki ilan yapılması gerektiğinin düşünülmemesi isabetsizdir. ..." (www.hukukturk.com, e.t.: 20.11.2024). Y. 2.HD. 12.10.2009, E.2009/8438 K.2009/10009, Y. 2.HD. 01.12.2010, E.2009/16486 K.2010/19985. "... Gerçekten de Türk Medeni Kanunu'nun 588. maddesinde; "sağ olup olmadığı bilinmeyen bir kimsenin malvarlığı veya ona düşen miras payı on yıl resmen yönetilirse ya da malvarlığı böyle yönetilenin yüz yaşını dolduracağı süre geçerse, o kimsenin gaipliğine karar verilir. Gaiplik kararı verilebilmesi için gerekli ilan süresinde hiçbir hak sahibi ortaya çıkmazsa, aksine hüküm bulunmadıkça, gaimin mirası Devlete geçer. Devlet, gaibe veya üstün hak sahiplerine karşı, aynen gaimin mirasını teslim alanlar gibi geri vermekle yükümlüdür" düzenlemesine

atine varılması halindeyse gaiplik kararı verilecektir. Mahkeme, ilanın yapılmasıyla birlikte ya gaipliğe karar verilir ya da gaiplik talebinin reddine karar verecektir. Gaipliği istenen kişinin ilanla birlikte ortaya çıkması, cesedinin bulunması hallerinde mahkeme gaiplik kararı veremeyecektir. Mahkemenin gaipliğe karar vermesiyle birlikte kayıp kişi gaip olacaktır. TMK m. 35/2 hükmüne göre; “*Gaiplik kararı ölüm tehlikesinin gerçekleştiği veya son haberin alındığı günden başlayarak hüküm doğurur*” düzenlemesine göre, gaiplik kararı verilen kişi, ölüm tehlikesi içinde kaybolma veya son haber alma tarihinden itibaren ölmüş sayılacaktır. Mahkemenin ölüm günü belirtmesi bir zorunluluk değilse de gaiplik kararının hangi tarihten itibaren geçerli olacağını belirlemesi, gaiplik kararından etkilenecek diğer hukuki işlemlerin geçerliliği bakımından önemlidir. Gaiplik kararı geçmişe etkili olsa da karar alınıncaya kadar geçmesi gereken süreler ve ilan süreleri arasındaki bekleme süresi göz önüne alındığında, hâkimin TMK m. 197 hükmüne dayanarak, diğer eşin veya gaiplik kararının alınmasında kayıp olan eşin gaipliğine bağlı olanların gaiplik kararı alınması talebiyle mahkemeye başvuru yaptığı andan itibaren evlilik birliğini temsil yetkisi kapsamında gerçekleşecek tüm hukuki işlemler için müdahale de bulunması gerekmektedir. Diğer eş veya gaiplik kararının alınmasında kayıp olan eşin gaipliğine bağlı olanlar mahkemeye başvurmadan önce kayıp kişinin gaip olup olmadığını bilmediğinden, diğer eşin sadece ailenin sürekli ihtiyaçları kapsamında harcama yapılabileceği kabul edilmelidir. Kayıp olan eşin rızasına bağlı diğer hukuki işlemler ise çalışmamız kapsamında ayrıca değerlendirildiğinden bir daha değerlendirme yapılmamıştır.

SONUÇ

Evlilik birliği; TMK’nda belirtilen şekilde farklı iki cinsiyete sahip olan kişinin olumlu sözlü beyanları ve kanun tarafından aranan diğer

yer verilmiş ve aynı yasanın 33/2, 3.maddesi hükmünde de “mahkeme gaipliğine karar verilecek kişi hakkında bilgisi bulunan kimseleri, belirli bir sürede bilgi vermeleri için usulüne göre yapılan ilanla çağırır. Bu süre, ilk ilan yapıldığı günden başlayarak en az altı aydır” hükmü öngörülmüştür. Öyleyse, yukarıda değinilen düzenlemeler gözetildiğinde bir kimse hakkında gaiplik kararı verebilmesi için diğer koşulların yanında en az iki kez ilan yapılması zorunludur. Oysa, somut olayda, bir kez ilan yapılmış ve bununla yetinilmek suretiyle mahkemece sonuca gidilmiştir...”, (www.hukukturk.com, e.t.: 19.08.2024).

şartların sağlanmasıyla kurulmaktadır. Evlilik birliğinin kurulması, eşlere evlilik birliği içerisinde bazı hak ve yükümlülükler getirmektedir. Evlilik birliği eşlere evlilik birliğini birlikte temsil etme imkânı sağlamaktadır.

Evlilik birliğinin temsili, eşlerin, ailenin ihtiyaçlarını karşılamak adına, diğer eşi de sorumluluk altına alacak şekilde üçüncü kişilerle hukuki işlem yapabilmesi olarak ifade edilmektedir. Evlilik birliğinin temsilinde diğer eş de sorumluluk altına girdiği ve eşler evlilik birliği devam ettiği sürece müteselsil sorumlulukları devam ettiği için, kanun koyucu eşlerin evlilik birliği içerisinde ailenin -sürekli- ihtiyaçlarını karşılamak adına gerçekleştirebileceği hukuki işlemlerde olağan temsil yetkisi, sürekli ihtiyaçların dışındaki ihtiyaçlar bakımından ise eşlerin evlilik birliğini olağanüstü temsil yetkisini kabul etmiştir.

TMK m. 188 hükmünde eşlerin evlilik birliğini temsil yetkisini, m.189 hükmünde eşlerin evlilik birliğini temsil yetkisi kapsamında sorumluluğu, m.190 hükmünde temsil yetkisinin kaldırılması veya sınırlandırılmasını düzenlemiştir. Kanun koyucu m.191 hükmünde ise temsil yetkisinin geri verilmesini düzenlemiştir. Söz konusu düzenlemeler, evlilik birliğini temsil yetkisinin kullanılmasında eşlerin ya temsil yetkisini aşmasını ya da temsil yetkisini kullanma da yetersiz kalması halini düzenlemiştir. Evlilik birliğinin ölüm, boşanma kararının verilmesi gibi durumlarda kendiliğinden ortadan kalkacağı kabul edildiğinden bu hususlarda ayrıca özel bir düzenleme yapılmamıştır. Çalışma konumuz olan gaiplik durumunda evlilik birliğinin temsil yetkisinin gaiplik kararı verilebilmesi için kanunun aradığı bir yıllık ve beş yıllık süreler ve ilan şartları gibi durumlardan nasıl etkileneceği incelenmiştir.

TMK m. 32- m.35 hükümleri arasında gaipliğe ilişkin düzenlemeler yapmış, bu düzenlemelerde de bir kişinin gaipliğine karar verilebilmesi için ölüm tehlikesinin üzerinden bir yıl veya uzun süreden beri haber alınamama tarihinden itibaren beş yıl geçmesi ve mahkeme tarafından usulüne uygun şekilde ilan yapılması koşullarının varlığını aramıştır.

Gaiplik kararının alınabilmesi için gereken bir yıllık ve beş yıllık bekleme sürelerinde eşin evlilik birliğini temsil yetkisini kullanıp kullanmayacağına baktığımızda ise, TMK m.188 hükmü eşlerin her birinin ortak yaşamın devamı sürecinde evlilik birliğini temsil ettiği kabul

edildiğinden eşlerden birinin ya ölüm tehlikesi içerisinde kaybolması ya da uzun süreden beri haber alınmaması halinde eşler arasında ortak yaşamın devam etmediği ancak ortak yaşama fikrinin ortadan kalkmadığı kabul edilmelidir. Kanun koyucu TMK m.131 hükmünde gaiplik kararının alınmasının evliliği kendiliğinden sona erdirmediği, eşlerin gaiplik kararı alınmasıyla veya gaiplik kararıyla birlikte evliliğin feshini talep edebileceğini düzenlemiştir. Gaiplik kararı alınıncaya kadar evlilik feshedilmediğinden geçerli bir evliliğin varlığından ve dolayısıyla evlilik birliğinin temsilinden söz edilecektir. Gaip olmayan eşin evlilik birliğinin feshini talep etmemesi de ortak yaşama düşüncesini devam ettirdiği şeklinde değerlendirilmelidir.

Gaiplik kararı alınıncaya kadar gaip olmayan eşin ailenin -sürekli- ihtiyaçlarını gidermesi bakımından yetkili olduğu, eşin olağan temsil yetkisini kullandığı kabul edilmelidir. Aile konutuna ilişkin hukuki işlemler bakımından ise aile konutuna ilişkin gerçekleşen işlemlerin evlilik birliğini temsil yetkisinin olağan şekilde kullanıldığını kabul eden yazarlar olduğu gibi aile konutuna ilişkin işlemlerin evlilik birliğinin olağanüstü temsili kapsamında kaldığını kabul eden yazarlar da vardır. Kanaatimizce aile konutuna ilişkin işlemler, ailenin en önemli ihtiyaçlarından olan barınma ihtiyacını karşılamaya yöneldiğinden, eşin kayıp olması ancak henüz gaipliğine karar verilmemiş olması halinde ailenin -sürekli- ihtiyacı olarak nitelendirilmeli ve eşin olağan temsil yetkisi kapsamında eşinin gaipliğine karar verilinceye kadar aile konutuna ilişkin işlemleri yapabileceği kabul edilmelidir.

Gaiplik kararı alınıncaya kadar gaip olmayan eşin kefil olup olmayacağı ve özelinde kefaletin eş rızasını gerektirmesi sebebiyle eş rızasının alınmamasının gaipliğin uzun süreden beri haber alınmaması veya ölüm tehlikesi içerisinde kaybolma durumlarında söz konusu olduğu ve bu durumların ailenin hem ekonomik güvenliğini hem de huzurunu ciddi biçimde tehlikeye düşürdüğü kabul edilmeli ve buna göre değerlendirme yapılmalıdır. Bu sebeple, gaiplik kararı alınıncaya kadar gaip olmayan eş açısından en güvenilir yol kefalet sözleşmesi yapılabilmesi için TMK m.197/2 hükmüne dayanarak mahkemeden hâkimin müdahalesini istemektir.

Eşin gaipliği gaip olmayan eşin kredili işlemler yapmasına da sebep olabilecektir. Kredili işlemlerde de kredi kartlarıyla yapılan har-

camaların ailenin ihtiyaçları için yapıldığı bu sebeple evlilik birliğinin temsili kapsamında kalması gerektiği kabul edilmelidir. Gaip olmayan eşin kredili işlemlerde özellikle eş rızasının arandığı hallerde, TMK m.197/2 hükmüne dayanarak mahkemeden hâkim müdahalesinin istenmesi önem arz etmektedir.

Kaynakça

Kitaplar

- Antalya Gökhan, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2019.
- Akdoğan Aslan Elvan, Gaiplik Kararının Türk Özel Hukuk İlişkilerine Etkisi, Ankara, 2023.
- Akıntürk Turgut/Ateş Derya, Türk Medeni Hukuku, Aile Hukuku, C. II, İstanbul, 2016.
- Akipek Jale/Akıntürk Turgut/Ateş Derya, Türk Medeni Hukuku, Başlangıç Hükümleri, İstanbul, 2022.
- Akipek Şebnem, Tüketici Kredisi, Ankara, 1999.
- Akipek Şebnem/Özdemir, Hayrinüssa, Aile Hukuku, Ankara, 2024.
- Ayan Serkan, Kefalet Sözleşmesi, Ankara, 2018.
- Aydoğdu Murat/Tuncer Nalan, Tüketici Hukuku Özet Kitap, Ankara 2023.
- Bulut Meltem, Teminat Sözleşmelerinde Eşlerin Hukuki İşlem Özgürlüğüne Getirilen Sınırlamalar, Ankara, 2016.
- Çabri Sezer, Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Şerhi, Ankara, 2016.
- Dural Mustafa/Öğüz Tufan/Gümüş Mustafa Alper, Türk Özel Hukuku, C.III, Aile Hukuku, İstanbul, 2023.
- Dural Mustafa /Öğüz Tufan, Türk Medeni Hukuku, Kişiler Hukuku, C.II, İstanbul 2022.
- Erdem Mehmet /Makaracı Aslı, Aile Hukuku, Ankara, 2024.
- Eren Fikret, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara, 2019.
- Gençcan Ömer Uğur, Evliliğin Genel Hükümleri, Ankara, 2019.
- Hatemi Hüseyin, Aile Hukuku, İstanbul, 2014.
- Havutçu Ayşe, Evlilik Birliğinin Temsili, Ankara, 2006.
- Hausheer Heinz/Reusser Ruth/ Geiser Thomas, Kommentar, Kommentar zum schweizersichen Privatrecht, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Das Familienrecht. Band II 1. Abteilung: Das Eherecht, 2. Teilband: Die Wirkungen der Ehe im allgemeinen, Art. ZGB, Bern, 1999.
- Helvacı Serap/Erlüle Fulya, Medeni Hukuk, Medeni Hukuka Giriş/ Kişiler Hukuku/ Aile Hukuku, İstanbul, 2016.
- Kılıçoğlu Ahmet M., Aile Hukuku, Ankara, 2015.
- Köseoğlu Bilal/Kocaağa Köksal, Aile Hukuku ve Uygulaması, Ankara, 2009.

- Oğuzman Kemal/Öz Turgut, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul, 2014.
- Öztan Bilge, Aile Hukuku, Ankara, 2015.
- Saymen Ferit /Elbir Halid, Türk Medeni Hukuku, C.III, Aile Hukuku, İstanbul, 1960.
- Teoman Ömer, Hukuki Yönden Kredi Kartı Uygulaması, Ankara, 1996.
- Tüzüner Özlem/İkizler Metin, Medeni Hukuk II, Aile Hukuku, Ankara, 2024.
- Yıldırım Abdülkerim, Aile Hukuku, Ankara, 2014.
- Yılmaz Süleyman, Medeni Hukuk, C.III, Aile Hukuku, Ankara, 2023.
- Tekinay Selahattin Sulhi, Türk Aile Hukuku, İstanbul, 1982.
- Tokat Hüseyin, Türk Hukukunda Gaiplik, Ankara, 2018.

Makaleler

- Abik Yıldız, "Gaipliğin Nişanlılık Üzerindeki Etkisi", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C.54, S.2, 2005, s. 153-181.
- Akipek Şebnem, "Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanun Çerçevesinde Kredi Kartları", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 52, S. 3, s. 103-119.
- Badur Emel, "Eşin Rızası", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, S. 109, 2013, s. 251-302.
- Bayram Aziz Erman, "Eşlerin Evlilik Birliğini Temsil Yetkisinin Kaldırılması veya Sınırlandırılması", *Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C.1, S.1, s. 189-228.
- Demir Mehmet, "Türk Medeni Kanunu'na Göre Evlilik Birliğinin Temsili ve Aile Konutuna İlişkin İşlemler", Prof. Dr. Turgut Kalpsüz'e Armağan, Ankara, 2003, s. 691-707.
- Günay Hüseyin, "Hukuk Muhakemeleri Kanunu Sonrası Gaiplik Üzerine Bir İnceleme", *Yargıtay Dergisi*, 2013, C.39, S.4, s.87-134.
- Kocaman Arif /Kaya Kübra, "Kefalet Sözleşmesinde Eşin Rızası", *İstanbul Aydın Üniversitesi. Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C.1, S.1., 2020, s. 1-29.
- Öztaş İlker, "Evlilik Birliğinin Temsili ve Evlilik Birliğini Temsil Yetkisinin Sona Ermesi", *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, C.16, S.1-2, s. 247-284.
- Sarıhan Banu Bilge, "Kefalet Sözleşmesinde Şekil ve Eşin Rızası", *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C.30, S. 1, 221-258.
- Şahin Eda, "Gaipliğin Miras Hukuku Bakımından Hüküm ve Sonuçları", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 2019, S.144, s.249-275.
- Şahinci Ayşen, "Eşlerin Tasarruf Yetkisinin Sınırlandırılması", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 59, S. 2, 2010, s. 309-336.
- Yalman Süleyman, "Evlilik Birliğinin Temsili ve Eşlerin Sorumluluğu", *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C.12, S.3-4, s.7-30.

İnternet Kaynakları

- <https://karararama.yargitay.gov.tr/>
www.corpus.com.tr

EL YAZILI VASIYETNAMEDE İMZANIN YERİ HAKKINDA BİR İSVİÇRE FEDERAL MAHKEMESİ KARARININ DEĞERLENDİRİLMESİ

EVALUATION OF A SWISS FEDERAL COURT DECISION ON THE PLACE OF THE SIGNATURE IN A HOLOGRAPHIC WILL

Cem ÖZCAN*

Özet: El yazılı vasiyetname, 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nda resmi vasiyetname ve sözlü vasiyetname ile düzenlenmiş üç tür vasiyetnameden biridir. Kanun'un 538. maddesinde el yazılı vasiyetname şekil şartları da belirtilmek suretiyle düzenlenmektedir. Buna göre el yazılı vasiyetnamenin yapıldığı yıl, ay ve gün gösterilerek başından sonuna kadar mirasbırakanın el yazısıyla yazılmış ve imzalanmış olması zorunludur. İsviçre Federal Mahkemesi'nin incelemeye konu kararında el yazılı vasiyetnamede imzanın vasiyetnamedeki yeri ve özellikle imzanın vasiyetnamenin içine konulduğu zarfın üzerine atılmış olması tartışma konusudur. Bu nedenle gerek doktrin gerek yargı kararlarında tartışılan bu konuya odaklanılmaktadır.

Anahtar Kelimeler: Vasiyetname, El yazılı vasiyetname, İmza, Ölümüne Bağlı Tasarrufların İptali, Vasiyetçi

Abstract: Holographic will is one of the three types of will regulated in Turkish Civil Code No: 4721 with official will and oral will. Article 538 of the Civil Code regulates the holographic will by specifying some formal requirements. Accordingly, the holographic will must be written and signed in the hand writing of the testator from the beginning to the end, indicating the year, month and day it was made. In the decision under review by the Swiss Federal Court, the placement of the signature in the holographic will and, in particular, the fact that the signature is placed on the envelope containing the will, is a matter of debate. Therefore, this issue, which is discussed in both doctrine and judicial decisions, is being focused on.

Keywords: Will, Holographic Will, Signature, Annulment of Testamentary Dispositions, Testator

* Dr. Öğretim Üyesi, İzmir Ekonomi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı, özcan.cem@ieu.edu.tr, ORCID:0000-0001-6782-765X, Makalenin Gönderim Tarihi: 17.09.2024, Kabul Tarihi: 12.11.2024

GİRİŞ

El yazılı vasiyetname 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun (TMK) miras hukukunu düzenleyen üçüncü kitabında, 538. maddede düzenlenmiştir. Şekli anlamda ölüme bağlı tasarruflardan biri olan vasiyetname, resmi şekilde veya mirasbırakanın el yazısı ile ya da sözlü şekilde yapılabilir. İsviçre Medeni Kanunu'nda (İMK) olduğu gibi TMK'da da *numerus clausus* üç tür vasiyetnameden farklı vasiyetname yapmak mümkün değildir. Kanunda belirtilen bu üç vasiyetname türünden resmi vasiyetname ve el yazılı vasiyetname olağan vasiyetname türlerini oluşturur. TMK m.539 vd. hükümlerinde mirasbırakana olağanüstü durumlarda sözlü vasiyetname yapma olanağı da verilmiştir.

Türk Medeni Kanunu'nun 538. maddesi **uyarınca**; “*El yazılı vasiyetnamenin yapıldığı yıl, ay ve gün gösterilerek başından sonuna kadar mirasbırakanın el yazısı ile yazılmış ve imzalanmış olması zorunludur. El yazılı vasiyetname, saklanmak üzere açık veya kapalı olarak notere, sulh hakimine veya yetkili memura bırakılabilir*”. İsviçre Medeni Kanunu m. 505'te de aynı hüküm yer almaktadır.¹ TMK, el yazılı vasiyetnamenin geçerli olabilmesi için bazı şekil şartlarının vasiyetçi tarafından yerine getirilmesini aramaktadır. Bununla birlikte genel olarak el yazılı vasiyetnamenin, özellikle resmi vasiyetnameye kıyasla, hazırlanmasının daha kolay ve masrafsız olduğu bilinmektedir. TMK m.538'in aradığı şekle ilişkin şartların kanunkoyucu tarafından ana hatlarıyla tespit edilmesi, uygulamada yaşanabilecek bazı spesifik problemlerin yargı kararları ve doktrin görüşleriyle çözüme kavuşturulmasının beklendiğini göstermektedir. Bu anlamda el yazılı vasiyetnamede mirasbırakanın imzasını vasiyetnamenin son satırının altına değil de özellikle bunu içine koyduğu zarfın üzerine atmış olmasının bu ölüme bağlı tasarrufun geçersizliğine yol açıp açmayacağı üzerinde tartışılacak hukuksal sorunlardan biridir. İsviçre Federal Mahkemesi'nin 19.07.2023 tarihli kararında² hem el yazılı vasiyetnamenin geçerliliğine ilişkin şekil

¹ “Le testament olographe est écrit en entier, daté et signé de la main du testateur; la date consiste dans la mention de l'année, du mois et du jour où l'acte a été dressé. Les cantons pourvoient à ce que l'acte, ouvert ou clos, puisse être remis à une autorité chargée d'enrecevoir le dépôt” (İMK m. 505).

² TF 5A 133/2023. Kararın tam metni için bkz. La Semaine Judiciaire, 2024, s.77-85 (www.swisslex.ch, Erişim Tarihi 12.08.2024). Ayrıca kararın önemli noktalarının açıklandığı bir özet için bkz. Victor Sellier, “La Signature de l'Enveloppe Contenant le Testament”, <https://www.lawinside.ch/1367/> (Erişim Tarihi 18.12.2023).

şartlarına hem de mirasbırakanın imzasının vasiyetnamedeki işlevine yönelik önemli değerlendirmelerde bulunduğu görülmektedir. Bu nedenle çalışmada öncelikle karara konu olay ile yerel mahkemelerin kararları incelenecek ardından da Federal Mahkemenin konuya yaklaşımları el yazılı vasiyetnamenin genel özellikleri ve geçerlilik şartları dahilinde değerlendirilecektir.

I. İSVİÇRE FEDERAL MAHKEMESİ'NİN KARARINA KONU OLAN OLAY VE MAHKEMELERİN KARARLARI

Karara konu olayda, İsviçre'de 1953 senesinde dünyaya gelen mirasbırakan 2019'da geride altsoy bırakmadan vefat eder. Bu sırada mirasbırakanın yasal mirasçısı olarak sadece kız kardeşi hayatta bulunmaktadır. Durum böyle olmakla birlikte mirasbırakan, 5 Ağustos 2013 tarihinde bir el yazılı vasiyetname hazırlayarak bunu Bâle-Ville (Basel-Stadt) kantonu yetkili merciine tevdi etmiştir. İMK m.505 (TMK. m.538) hükmüne uygun olarak baştan sona kendi el yazısı ile hazırladığı vasiyetnamesinde mirasbırakan, kuzenini mirasının tamamı için mirasçı atadığını ayrıca kuzeninin oğlunu da yedek mirasçı olarak tayin ettiğini belirtmiştir.

Mirasbırakanın vefatının ardından vasiyetname açılıp incelendiğinde vasiyetçinin imzasının metnin son satırının altında yer almadığı görülmüştür. Vasiyetçinin kendi adı ve soyadını vasiyetnamenin en başına yazmakla birlikte metni kapatacak şekilde vasiyetnamenin son satırını imzalamadığı fakat bunun yerine el yazılı vasiyetnameyi bir zarfa koyduğu ve bu zarfın üzerine büyük harflerle "Vasiyetname" ibaresini ekledikten sonra kendi ad ve soyadını da yine büyük harflerle zarfın üzerine yazdığı tespit edilmiştir. Vasiyetçi, kapalı olarak teslim ettiği bu zarfın üzerine vasiyetnameyi düzenlediği yeri de eklemiştir.

Mirasbırakanın vefatının ardından, vasiyetnamenin bu durumunun görülmesiyle birlikte mirasbırakanın tek yasal mirasçısı konumunda bulunan kız kardeşi, 10 Temmuz 2020 tarihinde İMK m .520 (TMK m. 557/b.4) hükmü uyarınca vasiyetnamenin şekle aykırılık nedeniyle iptali için mahkemeye başvurur. Bu ölüme bağlı tasarrufun iptali davasını 27 Ekim 2021 tarihinde karara bağlayan ilk derece mahkemesi, vasiyetnameyi şekle aykırı bulmaz ve davayı reddeder. İlk derece mahkemesinin kararından memnun olmayan davacı kız

kardeş bu karara karşı istinafa gider. 5 Aralık 2022 tarihinde kararını açıklayan Bâle-Ville İstinaf Mahkemesi davacıyı haklı bulur ve el yazılı vasiyetnamenin son satırının altının imzalanmamış olmasını gerekçe göstererek ölüme bağlı tasarrufu şekle aykırılık nedeniyle iptal eder. İstinaf Mahkemesi’nce verilen bu iptal kararının ardından davalı, yani mirasbırakanın vasiyetnamesinde mirasçı atadığı kuzeni bu kararın bozulması amacıyla 18 Ocak 2023 tarihinde İsviçre Federal Mahkemesi’ne başvurur. Federal Mahkeme 19 Temmuz 2023 tarihinde verdiği kararla İstinaf Mahkemesi’ne hak vererek vasiyetnamenin şekle aykırılık nedeniyle iptalini onar.³

Anılan İsviçre Federal Mahkemesi kararının hukuki gerekçelerini incelemeye geçmeden önce el yazılı vasiyetnamenin şekline ve vasiyetçinin imzasının işlevlerine yönelik değerlendirmelerde bulunmakta yarar vardır.

II. GENEL OLARAK EL YAZILI VASİYETNAMENİN ŞEKİL ŞARTLARI VE ŞEKLE BAĞLILIĞIN SEBEPLERİ

Türk Medeni Kanunu’nun 538. maddesinde kanun koyucu el yazılı vasiyetnamede nitelikli yazılı şekil şartının vasiyetçi tarafından yerine getirilmesini aramaktadır.⁴ Bu hükümde **ihdas edilen** şekil vasiyetnamenin geçerliliğine ilişkindir. Başka bir deyişle TMK m. 538’de belirtilen şekle ilişkin kurallara aykırılık söz konusu olduğunda, incelenen Federal Mahkeme kararında da görüldüğü gibi TMK m. 557 (İMK.m.520) uyarınca ölüme bağlı tasarrufun iptali davası açılabilir.⁵

³ Federal Mahkeme önceden de vasiyetçinin zarf üzerine imza atmasıyla ilgili benzer bir karar vermiştir (ATF 40 II 190).

⁴ Paul-Henri Steinauer, *Le Droit des Successions*, 2.éd, Stampfli Verlag, Berne, 2015, s.373; Paul Piotet, *Droit Successoral*, 1.éd, Editions universitaires, Berne, 1975 s. 215; Doruk Gönen, *El Yazılı Vasiyetname*, 1.Baskı, Legal, İstanbul, 2007 s.27; Mustafa Dural/Turgut Öz, *Türk Özel Hukuku Cilt:4 Miras Hukuku*, 19.Baskı, Filiz, İstanbul, 2023, s.81, Rona Serozan/Baki İlkay Engin, *Miras Hukuku*, 8.Baskı, Seçkin, Ankara, 2022, s.303; Sezer Çabri, *Miras Hukuku Şerhi (TMK.495-574) Cilt I, On İki Levha*, İstanbul, 2018, s.564. Yargıtay’ın da muhtelif kararlarında vasiyetnamenin nitelikli yazılı şekli hususuna dikkat çektiği görülmektedir, Yarg.7.HD. E.2023/2441, K.2023/3672, T.6.7.2023 (www.kazancı.com.tr, Erişim Tarihi 08.08.2024).

⁵ Dural/Öz, s.232, Gönen, s.23.

A. El Yazılı Vasiyetnamede Aranılan Nitelikli Yazılı Şeklin Unsurları

Kanun hükmünde de açıkça ifade edildiği üzere el yazılı vasiyetnamenin şekil yönünden geçerli olabilmesi için vasiyetçi, vasiyetnameyi baştan sona kendi el yazısı ile yazmalıdır. Ayrıca vasiyetnamenin düzenlendiği tarih bizzat vasiyetçinin kendi el yazısı ile yazılmalı ve vasiyetçinin imzası da yine kendi el yazısı ile atılmış olmalıdır.⁶ Metnin yazımında vasiyetçi tarafından kullanılan dilin ya da alfabenin herhangi bir önemi bulunmamaktadır.⁷ Aynı şekilde el yazılı vasiyetnamenin üzerine yazılacağı maddenin veya yazı için kullanılacak malzemenin niteliğine ilişkin olarak da TMK.m.538'de emredici düzenlemeye yer verilmemektedir. Dolayısıyla vasiyetçi vasiyetnamesini kâğıt üzerine yazabileceği gibi dilerse kartpostalın hatta bir duvar veya tahtanın üzerine de yazabilir. Ayrıca vasiyetini mektup formatında da yazabilir.⁸ Diğer yandan metnin yazılmasında araç olarak kalem, duvara kazınması için çividen ya da tuvalin üzerine yazılması için fırçadan yararlanabilir.⁹ Esasen kanun koyucunun el yazısı şartını aramasının temel sebebi, el yazısının ayırt edici bir özelliğe sahip olması ve bu sayede vasiyetnamenin mirasbırakan tarafından hazırlandığının tereddüte mahal vermeyecek şekilde ispatlanabilir olmasıdır. Bu nedenle Kanun'daki "el yazısı" kavramı geniş yorumlanmaktadır.

⁶ Jean Guinand,/Martin Stettler, Audrey Leuba, Droit des Successions,Schulthess, Zurich, 2005, s.134; Fiorenzo Cotti/ Evelyne Gygax, Commentaire du Droit des Successions (Art.457-640 CC, art.11-24 LDFR), Stämpfli Verlag, Berne, 2012, s.254; Fikret Eren/İpek Yücer Aktürk, Türk Miras Hukuku, Yetkin, Ankara, 2023, s.110; Gökhan Antalya, Marmara Hukuk Yorumu Miras Hukuku, Cilt:III, Seçkin, Ankara, 2021, s.173; Ali Naim İnan,/Şeref Ertaş/Hakan Albaş, Seçkin, Türk Medeni Hukuku, Miras Hukuku, Ankara, 2024, s.179, Demet Belverenli, "El Yazılı Vasiyetnamede Şekil ve Şekle Aykırılığın Yaptırımı", *Hukuk ve Adalet Eleştirel Hukuk Dergisi*, C.8, S.19, 2016, s.108; Ömer Bağcı, El Yazısı ile Vasiyetnamede Düzenleme Yeri ve Tarihi (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2006, s.8; Steinauer, s. 375. Vasiyetçinin engelli olması nedeniyle ellerini kullanamaması halinde ağızla ya da ayağı ile yazmış olduğu metnin de geçerli kabul edilmesi gerekir (Piotet, s.215; Cotti/Gygax, s.255; Guinand/Stettler/Leuba, s.269; Antalya/Sağlam, s.254; Çabri, s.565).

⁷ Guinand/Stettler/Leuba, s.269; Çabri, s.949.

⁸ Steinauer, s.374; Piotet, s.216; Cotti/Gygax, s.253; Gönen, s.53.

⁹ Halil Akkanat, "El Yazısı ile Vasiyetnamede Vasiyetname Metninin Özellikleri", Prof. Dr. Hayri Domaniç'e Yaş Günü Armağanı, Cilt: II, Beta Yayıncılık, 2001, s.806-807; Dural/Öz, s.87,

El yazılı vasiyetnamenin şekli yönünden önem arz eden başka husus vasiyetnamede düzenleme tarihinin bulunmasıdır. Daha önce de ifade edildiği üzere vasiyetnamede düzenleme tarihi vasiyetçinin kendi el yazısı ile yazılmalıdır. Esasen el yazılı vasiyetnamede düzenleme tarihinin bulunması çeşitli faydaları olan bir uygulamadır. Her şeyden önce vasiyetçinin düzenleme tarihinde vasiyetname ehliyetine sahip olup olmadığını tespit etmeye yarar.¹⁰ Bunun dışında vasiyetçinin içerik yönünden birbiriyle bağdaşmayan birden fazla vasiyetname tanzim etmesi halinde bunlar arasında öncelik-sonralık ilişkisi kurularak önceki tarihli vasiyetnameden rücu edilip edilmediğini anlamakta da vasiyetname tarihinin önemi görülmektedir.¹¹ TMK.m.538 (İMK.m.505) hükmü düzenleme tarihinin gösteriliş biçimini belirtmektedir. Buna göre vasiyetçi düzenleme tarihini yıl, ay ve gün göstererek yazmalıdır. Diğer taraftan hem Türk hem de İsviçre doktrininde genel olarak kabul edilen görüşe göre düzenleme tarihinden gün, ay ve yıla ilişkin bilgilerin çıkarılması yeterlidir.¹² Bu anlamda vasiyetçinin “2023 yılının Ramazan Bayramının ikinci günü” veya “Fakülteden mezun olduğum gün” şeklinde ifadelerle yer vermesi geçerli kabul edilmelidir.¹³

İsviçre’de vasiyetname tarihine ilişkin kurallara uymamanın şekle aykırılığa yol açması noktasında bazı ek şartların getirildiği görülmektedir. Buna göre İsviçre Medeni Kanunu’na 1996 yılında eklenen 520a maddesine göre vasiyetname tarihinin yıl, ay ve gün olarak gösterilmediği ya da tarihin yanlış olduğu durumlarda vasiyetnamenin şekle aykırılık nedeniyle mahkemece iptal edilebilmesi için öncelikle tarihin başka yolla tespit edilemiyor olması gerekir. Bu sebeple iptalin söz konusu olabilmesi için ayrıca vasiyetçinin vasiyetname yapma ehliyetine veya birden fazla vasiyetname arasındaki öncelik-sonralık ilişkisine ya da başka herhangi geçersizlik haline ilişkin bir sorunu çözmede vasiyetna-

¹⁰ Mustafa Dural, El Yazısı ile Vasiyetname, İstanbul Üniversitesi Yayınları, 1967, s.34; Bağcı, s.58.

¹¹ Necip Kocayusufpaşaoğlu, Miras Hukuku, 3.Baskı, Filiz, İstanbul, 1987, s.127; Dilşah Büşra Kartal, “Vasiyetnamenin Geri Alınması”, *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, C.9, S.34, 2018, s.323-324; Ayтуğ Ceyhun Çakır, “El Yazılı Vasiyetnamede Düzenleme Tarihi”, *Legal Hukuk Dergisi*, C.12, S.136, s.107-108; Cotti/Gygax, s.257; Gönen, s.73.

¹² Eren/Yücer Aktürk, s.112; Çabri, s.576.

¹³ Dural/Öz, s.86.

me tanzim tarihini netleştirmek zorunluluk arz etmelidir.¹⁴ Aksi takdirde vasiyetname tarihinin yokluğu ya da yanlışlığı tek başına vasiyetnamenin geçersizliğine sebep olmaz. 1996 yılında İMK'nunda yapılan bu değişikliğin temelinde Federal Mahkeme'nin önceki yıllarda bu yönde vermiş olduğu kararların yattığı söylenebilir.¹⁵ El yazılı vasiyetnamede düzenleme tarihinin vasiyetname içindeki yerine ilişkin TMK'da herhangi bir sınırlamaya yer verilmemiştir. Dolayısıyla kural olarak vasiyetçi, vasiyetnamenin herhangi bir yerine **tarih** atmakta serbesttir.¹⁶

Mülga 743 sayılı Türk Kanunu Medenisi'nin yürürlükte olduğu dönemde el yazılı vasiyetname ile ilgili 485. maddede vasiyetnamenin düzenlendiği yerin de vasiyetçinin el yazısı ile belirtilmesi bir geçerlilik şartı olarak aranmaktaydı. Ancak 4721 sayılı TMK'nın 01.01.2002'de yürürlüğe girmesiyle birlikte 538. Maddedeki geçerlik kıstaslarından düzenleme yeri kaldırılmıştır.¹⁷

Türk Medeni Kanunu'nun 538. maddesinde üzerinde durulması gereken diğer bir konu da ikinci fıkrada yer almaktadır. Buna göre vasiyetçi arzu ederse vasiyetnameyi düzenledikten sonra saklanmak üzere açık ya da kapalı olarak notere, sulh hakimine veya yetkili memura tevdi edebilir. Burada şunu belirtmek gerekir ki söz konusu hüküm esas itibar ile bir şekil şartı özelliği taşımamaktadır.¹⁸ El yazılı

¹⁴ Steinauer, s.378; Cotti/Gygax, s.257; Guinand/Stettler/Leuba, s.272.

¹⁵ ATF 116 II 117.

¹⁶ Steinauer, s. 377; Gönen, s.80.

¹⁷ TMK m .538'in gerekçesine bakıldığında İMK'da 1996 yılında yürürlüğe giren ve el yazılı vasiyetnamede düzenleme yeri şartını ortadan kaldıran değişikliğin dikkate alındığı belirtilmektedir. Ayrıca madde gerekçesinde Fransız Medeni Kanunu'nda da düzenleme yerine ilişkin bir şarta yer verilmediğine işaret edilmektedir. Esasen İsviçre'de de el yazılı vasiyetnamede düzenleme yerinin yazılmasına ilişkin kuralın belirli bir döneme kadar farklı kantonlar arasındaki değişik uygulamalar nedeniyle kabul edildiği bilinmektedir. Eskiden bu ülkede bazı kantonlarda el yazılı vasiyetname hazırlamak geçerli kabul edilirken bazı kantonlarda sadece resmi vasiyetname yapılabiliyordu. Bu nedenle el yazılı vasiyetnamenin nerede düzenlendiği meselesi daha çok bu hukuki işleme uygulanacak hukuku tespit bakımından önem arz ediyordu. Nitekim Yargıtay da 1952 yılında verdiği bir içtihadı birleştirme kararında düzenleme yeri ile ilgili bu duruma dikkat çekmiştir, YİBHKG, E.1951/7, K.1952/2, T.27.02.1952 (www.lexpera.com.tr, Erişim Tarihi: 04.11.2024).

¹⁸ Yargıtay 3.HD, E.2018/4826, K.2019/3940, T.30.4.2019 (www.lexpera.com.tr, Erişim Tarihi 10.05.2024).

vasiyetnamenin vasiyetçi tarafından tevdi edilmemiş olması bir iptal sebebi teşkil etmez zira burada isteğe bağlı bir durum söz konusudur. Başka bir deyişle TMK m. 538/f.2 bir geçerlilik şartı değildir.¹⁹

Çalışmaya konu olan kararda İsviçre Federal Mahkemesi de el yazılı vasiyetnamenin geçerliliğinin sıkı şekil şartlarına tabi **kılındığını** hatırlattıktan sonra bu şekilciliğin nedenlerini açıklamak yoluna gitmiştir.

B. El Yazılı Vasiyetnamedeki Şekilciliğin Nedenleri

Hukukta şekil, hukuki işlemi oluşturan irade beyanının büründüğü kalıbı ifade etmektedir.²⁰ Hukukumuzda tarafların sözleşme yaparken kanunda aksine hüküm bulunmadıkça herhangi-şekle uymak zorunda olmadıkları 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu (TBK) m.12’de belirtilmektedir. Sözleşmeler hukuku alanında benimsenen şekil serbestisi ilkesi ölüme bağlı tasarruflarda geçerli değildir. Kanun koyucu TMK’da gerek miras sözleşmesi gerek vasiyetnamenin geçerliliğini detaylı şekil kurallarına bağlamıştır. Diğer taraftan, borçlar hukukundaki sözleşmelerin geçersizliğinden farklı olarak miras hukukundaki ölüme bağlı tasarruflarda şekil kurallarına uyulmaması kesin hükümsüzlük değil iptal edilebilirlik sonucunu doğurur. Bu nedenle şekle aykırı olarak düzenlenen el yazılı vasiyetnamenin hüküm doğurması istenmiyorsa TMK.m.557 uyarınca bunun iptali, bozucu yenilik doğuran iptal davasıyla sağlanmalıdır.²¹

Ölüme bağlı tasarruflardaki sıkı şekilciliğin temelinde farklı hukuki nedenlerin bulunduğu söylenebilir. Her şeyden önce bir hukuki işlemin geçerliliğinin ciddi şekil şartlarına bağlı tutulması, hukuki işlemi gerçekleştiren kişiyi daha dikkatli davranmaya ve daha fazla düşünmeye sevk eder.²² Dolayısıyla el yazılı vasiyetname için yuka-

¹⁹ Cotti/Gygax, s.259; Steinauer, s.379; Piotet, s.220; Gönen, s.101; Eren/Yücer Aktürk, s.119.

²⁰ İhsan Erdoğan, “Hukuki Muamelelerde Şekle Aykırılığın Sonuçları”, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C.1, S.1, 1997, s.118.

²¹ Dural/Öz, s.85, Gönen, s.43.

²² Çabri, s.945. Ölüme bağlı tasarrufların hukuki tesirinin mirasbırakanın ölümünden sonra ortaya çıkması ve bu anda da mirasbırakanın konuşacak durumda olmaması kanunkoyucuyu sıkı şekil şartları getirmeye itmiştir (Belverenli, s.115). El yazılı vasiyetnamede sıkı şekilciliğin gerekçelerine getirilen eleştiriler için bkz. Bağcı, s.10.

rıda ifade edilen şekil şartlarının zorunluluk arz etmesi vasiyetçiyi bu ölüme bağlı tasarrufu düzenlerken aceleci davranmaktan alıkoyar.

El yazılı vasiyetname için TMK hükümlerince getirilen şekle ilişkin şartlar bakımından vurgulanması gereken diğer önemli husus mirasbırakanın vasiyetname yapma iradesinin (*animus testandi*) var olup olmadığının anlaşılmasında şekil kurallarının önemli bir rol oynadığıdır. Gerçekten somut olayda vasiyetçinin hazırladığı bir metnin vasiyetname mi yoksa yalnızca bir vasiyetname projesi mi olduğunun tespitinde el yazılı vasiyetnamenin şekline ilişkin kurallara uyulup uyulmadığına bakılarak karar verilebilir.²³ İsviçre Federal Mahkemesi de kararında el yazılı vasiyetnamedeki sıkı şekil şartlarının temelinde bu belirtilen amaçların bulunduğunu tespit etmiştir. Federal Mahkeme'ye göre şekil kuralları vasiyetçiyi yaptığı işlemin ciddiyeti konusunda uyarma işlevini yerine getirirler. Bunun dışında vasiyetçinin vasiyetname yapma iradesine sahip olması ve buna bağlı olarak ortada gerçek bir vasiyetnamenin bulunması şekil kuralları sayesinde belirlenir. Ayrıca yine Federal Mahkeme'ye göre şekle yönelik kurallar vasiyetnamenin başka şahıslar tarafından tahrif edilmesinin önlenmesinde de etkili olurlar. Vasiyetnamenin baştan sona vasiyetçinin kendi el yazısı ile yazılması vasiyetnamenin başkaları tarafından değiştirilmesinin önüne geçer.²⁴

Doktrinde²⁵ el yazılı vasiyetnamenin avantaj ve dezavantajları kabul edilir. El yazılı vasiyetname, kolay hazırlanabilmesi, masrafsız oluşu ve vasiyetnamenin içerik bakımından gizliliğinin korunabilmesi gibi özellikleri ile vasiyetçiye faydalar sunmaktadır. Buna karşılık el yazılı vasiyetnamenin kaybolma veya tahrif edilme gibi risklere açık olması ya da gerçek bir vasiyetname ile vasiyetname projesinin birbirinden ayırt edilmesinde karşılaşılabilecek zorluklar bu hukuki işlemin mahzurlarıdır. Bu açıdan bakıldığında TMK m. 538 düzenlemesinin aslında el yazılı vasiyetnamenin sakıncalarını en aza indirmekle maksadıyla sıkı şekil şartları getirdiğini söylemek mümkündür. Bazı yazarlara²⁶ göre el yazılı vasiyetnamenin şekline ilişkin detaylı düzen-

²³ Cotti/Gygax, s.254.

²⁴ Droit (Hukuk) paragraf 3.

²⁵ Piotet, s.215; Dural/Öz, s.81-82; Çabri, s.562-563.

²⁶ Serozan/Engin, s.340; Belverenli, s.115.

lemelerin Noterlik Kanunu ya da benzeri başka bir kanuna bırakılmayıp doğrudan TMK'da ele alınması kanun koyucunun ölüme bağlı tasarrufların şekline verdiği önemi yansıtmaktadır.

III. VASİYETÇİNİN İMZASININ YERİNE GETİRDİĞİ İŞLEVLER VE İMZANIN VASİYETNAMEDEKİ YERİ

Türk Medeni Kanunu'nun 538. maddesi uyarınca el yazılı vasiyetnamenin geçerliliği için vasiyetçinin vasiyetnameyi kendi el yazısı ile imzalaması gerekmektedir. Bu nedenle TBK m. 15/f.2'de öngörülen imzanın el yazısı dışında bir aletle atılması imkanı el yazılı vasiyetname yönünden geçerli değildir.²⁷ Diğer yandan aynı maddede sözü edilen güvenli elektronik imzanın da el yazılı vasiyetnamede kullanılamayacağı sonucuna varmak gerekir.²⁸ Zaten vasiyetname metninin tamamının ve tarihin vasiyetçinin kendi el yazısı ile olması şartını arayan TMK m. 538 hükmü karşısında elektronik imzanın geçerli olabileceğini kabul etmek kanunun ruhuna aykırı düşerdi.²⁹ Bununla birlikte doktrinde karşıt görüşte olan yazarlar da bulunmaktadır. Bu yazarlara göre 5070 sayılı Elektronik İmza Kanunu³⁰ m. 5 hükmü uyarınca güvenli elektronik imza, elle atılan imza ile aynı hukuki sonucu doğurur. Ayrıca kanunların özel bir şekle veya merasime tabi tuttuğu hukuki işlemler güvenli elektronik imza ile gerçekleştirilemez. Dolayısıyla uygulamada güvenli elektronik imzanın resmi vasiyetname için kabul edilemeyeceği söylenebilirse de el yazılı vasiyetnamede bu tür bir imza kullanılabilir.³¹

Vasiyetçinin imzasının el yazılı vasiyetnamede sağladığı bazı faydalar ve yerine getirdiği birtakım işlevler bulunmaktadır. İsviçre Federal Mahkemesi'nin incelenen kararında da dile getirilen bu işlevleri imzanın vasiyetnamedeki yeri meselesini değerlendirmeye geçmeden önce ele almakta yarar vardır.

²⁷ Gönen, s.94.

²⁸ Dural/Öz, s.90.

²⁹ Gönen, s.94.

³⁰ R.G.23.01.2004, 25355.

³¹ Abdurrahman Savaş, "İnternet Ortamında Yapılan Tek Taraflı Hukukî İşlemler ve Özellikle Elektronik Vasiyetname", *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C.15, S.2, 2007, s.75-76, Belverenli, s.134.

A. El Yazılı Vasiyetnamede İmzanın İşlevleri

El yazılı vasiyetnamede imzanın birden fazla amaca hizmet ettiği söylenebilir. Her şeyden önce imza, el yazılı vasiyetnamede teşhis işlevini yerine getirmektedir. Esasen imzanın bütün hukuki işlemlerde görülen bu fonksiyonu el yazılı vasiyetnamede de kendini göstermektedir.³² Buna göre; metnin tamamını kendi el yazısı ile hazırladıktan sonra tarihi yine kendi el yazısı ile yazan vasiyetçinin imzasını da el yazısıyla atması onun kimliğini yansıtmaya bakımından önemlidir. Başka bir deyişle imza, vasiyetçinin vasiyetnameyi bizzat yazdığını ve vasiyetname içeriğinin onun son arzularına uygun olduğunu onaylayan özelliğe sahiptir. Bu bakımdan el yazılı vasiyetnamede imza kural olarak vasiyetçinin öz ad ve soyadı ile atılmalıdır.³³ Bununla birlikte vasiyetçinin, kimliği konusunda şüpheye yol açmamak kaydıyla başka şekilde imza atabileceği de kabul edilmektedir. Örneğin vasiyetçinin mektup şeklinde kaleme aldığı bir vasiyetnamede “Babanız” ya da “Eşin” gibi ifadelerle vasiyetnameyi kapatması da geçerli imza sayılır.³⁴ Yine vasiyetçinin toplumda tanındığı lakabı ya da müstear adıyla vasiyetini imzalaması mümkündür.³⁵

İmzanın el yazılı vasiyetnamedeki diğer işlevi vasiyetnameyi kapatmasıdır. Öncelikle vasiyetçi vasiyetnameyi imzalayarak irade beyanı ile bağlı olma niyetini ortaya koymaktadır. İmzanın vasiyetnameyi kapatma işlevi gerçek vasiyetnameyi projesinden ayırt etmeye yarar.³⁶ Diğer yandan imza, vasiyetnamenin nerede bittiğini anlamak bakımından da önemlidir.³⁷

El yazılı vasiyetname imzalanmamışsa TMK m. 538'deki sıhhat şekli gerçekleşmez. Böyle bir durumda şekle aykırılığın yaptırımı doktrinde³⁸ iki kademeli değerlendirilir. Buna göre somut olayda eğer vasiyetçinin imzalamadan meydana getirdiği metin vasiyetname projesi sayılıyorsa vasiyetçide vasiyetname yapma iradesi (*animus testandi*) bulunmadığı için ortada vasiyetname yoktur. Bu durumda ölüme

³² Dural, s.68; Kocayusufpaşaoğlu, s.193.

³³ Dural/Öz, s.90

³⁴ Gönen, s.95.

³⁵ Gönen, 95; Belverenli, s.155.

³⁶ Zahit İmre, Hasan Erman, Miras Hukuku, Der, İstanbul, 2010, s.75.

³⁷ Çabri, s.623.

³⁸ Gönen, s.99.

bağlı tasarrufun iptali için dava açılmasına lüzum olmaksızın yokluk kendiliğinden hukuki sonuç doğurur.³⁹ Diğer taraftan vasiyetçinin vasiyetname yapma iradesine sahip olmakla birlikte imza atmamayı unutmaması olasılığında vasiyetnamenin yokluğundan söz edilemez. Bu durumda vasiyetnamenin şekle aykırılık nedeniyle iptali gerekir. İmzasız metnin vasiyetname taslağı değil de gerçek vasiyetname olduğunu iddia eden bunu ispatla yükümlüdür.⁴⁰

Çalışma kapsamında incelenen İsviçre Federal Mahkemesi kararında da imzanın yukarıda belirtilen işlevleri üzerinde durulmuştur. Federal Mahkeme'ye göre el yazılı vasiyetnamede imza, vasiyetçinin hazırladığı metnin hukuki değere sahip olduğunu üçüncü kişilere göstermesine yarayan bir işarettir. Böylelikle vasiyetçinin son arzularının nelerden ibaret olduğu **ilgililerce** anlaşılmış olur. İMK m. 505'in (TMK m. 538) belirlemiş olduğu şekil kuralları kapsamında imza herşeyden önce vasiyetçinin *animus testandi'*ye sahip olduğunun kanıtını teşkil eder. Diğer yandan vasiyetçinin kimliğinin tam olarak anlaşılmasında da imzanın önemi büyüktür.⁴¹ El yazılı vasiyetnamede imzanın **vasiyetçiyi** teşhis ve vasiyetnameyi kapatma işlevlerini açıkladıktan sonra Federal Mahkeme, asıl hukuki sorunu teşkil eden imzanın vasiyetnamedeki yerine değinmektedir.

B. İmzanın Vasiyetnamedeki Yeri

El yazılı vasiyetnamede imzanın işlevlerinden birinin vasiyetnameyi kapatması olduğu düşünülecek olursa normal koşullar altında imzanın vasiyetnamenin son satırının altına atılması gerekir. Doktrinde⁴² hâkim görüş bu yöndedir. Bu görüşe göre imza, ancak son satırın altına atıldığı takdirde vasiyetnamenin içeriğindeki bütün tasarrufları kapsar biçimde bu ölüme bağlı tasarruftaki yerini alır. Böylece vasiyetname kapanmış olduğundan daha sonra imzanın altına yeni tasarruflar da ilave edilemez. Bu anlamda İMK.m.505'in Almanca metninde imza için "*Unterschrift*" kelimesinin kullanılması da bazı yazarlarca söz konusu görüşü desteklemek için ileri sürülmektedir.⁴³ Bu düşün-

³⁹ Gönen, s.99.

⁴⁰ Gönen, s.99.

⁴¹ Droit (Hukuk), paragraf 3.

⁴² Steinauer, s.379; Piotet, s.219; Dural/Öz, s.91.

⁴³ Piotet, s.219; İnan/Ertas/Albaş, s.188.

ceyi savunan yazarlara göre Almanca alt yazı anlamına gelen “*Unterschrift*” kelimesinin kullanılmış olması kanunkoyucunun bilinçli bir tercihinin sonucudur ve imzanın vasiyetnamenin son satırının altında yer alması gerekliliğinin bir işaretidir.

Ancak aksi görüşteki yazarlar⁴⁴ İMK m. 505’in Almanca metninde kullanılan “*Unterschrift*” kelimesinin imzanın mutlaka vasiyetnamenin son satırının altında yer alması gerektiği anlamı taşımadığını ileri sürmektedirler. Bu yazarlara göre *zaten* imza nereye atılırsa atılınsın Almanca’da “*Unterschrift*” kelimesi kullanılmaktadır. Dolayısıyla bu kelimedenden imzanın mutlaka en alta atılması gerektiği sonucuna varmak fazla lafzi yorum yapmak olur. Diğer yandan İsviçre Medeni Kanunu’nun Fransızca metninde imzanın mutlaka vasiyetnamenin son satırının altına atılması zorunluluğunu ifade eden bir ibare yoktur. Eğer İsviçre kanunkoyucusu imzanın muhakkak son satırın altında olmasını arsaydı bu durumu kanunun Fransızca metninde de dile getirirdi.⁴⁵

El yazılı vasiyetnamede imzanın yeri konusu ile ilgili olarak doktrinde bazı yazarlar⁴⁶ vasiyetnamenin kapanmasının imza dışında başka yollarla da sağlanabileceğini belirtmektedir. Buna göre vasiyetçi son satırın altını imzalamamakla birlikte son arzularının bitmiş olduğunu gösteren belirli bir ifadeye yer vererek ya da herhangi bir işaret kullanarak da el yazılı vasiyetnameyi kapatabilir. Örneğin vasiyetçinin son satırın altına çizgi çekmesi vasiyetnamenin kapanmış sayılması için yeterlidir. Elbette böyle bir durumda vasiyetçinin metin içinde şüpheye yer bırakmayacak şekilde *kendinden* söz etmiş olmalıdır.⁴⁷

El yazılı vasiyetnamenin birden fazla sayfa sürmüş olması durumunda bu sayfalar arasında bir devamlılık olduğu anlaşıldığı takdirde en son sayfanın altının imzalanmasının yeterli olduğu kabul edilmektedir. Ancak bu görüşü savunan yazarlar dahi her sayfanın ayrı ayrı imzalanmasının daha güvenli olduğunu belirtmektedir.⁴⁸

İncelemeye konu kararda İsviçre Federal Mahkemesi, olayda el yazılı vasiyetnamede imzanın yeri ile ilgili olarak iki temel soru sormuştur.

⁴⁴ İmre/Erman, s.74.

⁴⁵ Gönen, s.97.

⁴⁶ Dural, s.86-87.

⁴⁷ Gönen, 97; Dural, 86.

⁴⁸ Belverenli, s.137; Gönen, s.96.

Yüksek Mahkeme'ye göre öncelikle vasiyetçinin vasiyetnamenin en başına adını yazmasının imza şartını karşılayıp karşılamadığı ele alınmalıdır.⁴⁹ İkinci olarak vasiyetçinin zarfın üzerine adını büyük harflerle yazmasının İMK m. 505 (TMK m. 538) uyarınca imza olarak değerlendirilip değerlendirilemeyeceği meselesi üzerinde durulmalıdır.⁵⁰ Federal Mahkeme bu sorulardan ilkinde yanıt ararken 2008 yılında vermiş olduğu bir karara⁵¹da atıfta bulunmuştur. Buna göre el yazılı vasiyetnamede şekle ilişkin kurallar önemlidir. Her ne kadar miras hukukunda vasiyetname lehine yorum olarak da bilinen "*favor testamenti*" prensibi vasiyetçinin iradesine öncelik verilmesi ve vasiyetnamenin ayakta tutulması için gerekçe olarak ileri sürülebilirse de bu durum şekil kurallarının tümüyle bertaraf edilmesi için kullanılamaz.⁵² Bu nedenle vasiyetçinin vasiyetnamenin en başına kendinden söz etmek maksadıyla adını yazmış olması İMK m. 505 (TMK m. 538) anlamında imza sayılmaz. Bu ihtimalde, vasiyetçinin gerçek iradesinin bu yönde olduğu gerekçesi dinlenmez. Üstelik vasiyetnamenin en başına ad ve soyadın yazılması vasiyetçinin vasiyetnameyi mutlaka tamamlamış olduğu anlamına da gelmez. İmzaya ilişkin kurallar el yazılı vasiyetnamede teşhis işlevi dışında vasiyetnamenin kapanması işlevini de yerine getirirler. Dolayısıyla 2008 yılında verilmiş kararda da varılan bu sonuçtan dönmek için herhangi bir gerekçe bulunmamaktadır.⁵³

Yanıtı aranan **ikinci** soru vasiyetçinin ad ve soyadını büyük harflerle vasiyetnameyi içine koyduğu zarfın üzerine yazmış olmasının imza olarak kabul **edilip edilmemesidir**. İsviçre Federal Mahkemesi'ne göre vasiyetçinin alışılmış imzasını kullanmayarak sadece ad ve soyadını zarfın üzerine yazması **somut** olayda büyük önem taşımamaktadır. Bu olay özelinde asıl üzerinde durulması gereken konu imzanın vasiyetnamenin son satırının altına değil de zarfın üzerine atılmış olmasıdır. Yüksek Mahkeme'ye göre imzanın zarfın üzerine atılmış olması ancak belirli durumlarda İMK m. 505 (TMK m. 538) anlamında geçerli kabul edilebilir. Bu uygulamanın kanunda **aranan imzayı** karşılayabilmesi için vasiyetname metni ile imza arasında yeterli irtibatın bulunması gerekir.

⁴⁹ Droit (Hukuk), paragraf 4.2.

⁵⁰ Droit (Hukuk), paragraf 5.1.

⁵¹ ATF 135 III 206.

⁵² Droit (Hukuk), paragraf 5.2.

⁵³ Droit (Hukuk), paragraf 4.4

Başka bir deyişle zarfın üzerinde yer alan imzanın vasiyetnamenin asıl metnini tamamlayan şekilde atılması zorunludur. Olayda vasiyetçinin zarfın üzerine büyük harflerle “Vasiyetname” yazıp ad ve soyadını da oraya eklemiş olması imzanın vasiyetnamenin devamı olarak görülmesi yönünden yeterli değildir. Aslında vasiyetçi, zarfın üzerine ad ve soyadını yazarak bir nevi “işaretleme” ya da “etiketlemede” bulunmuştur.⁵⁴ Bunun da amacı vasiyetnamenin yetkili merci tarafından kabulünü kolaylaştırmaktır. Dolayısıyla ancak zarfın içindeki metnin vasiyetnamenin başlangıcı ve zarfın üzerindeki imzanın da onun devamı olarak görülebildiği hallerde kurala uygun yere imza atıldığından söz edilebilir. Federal Mahkeme’ye göre somut olayda vasiyetnamenin son satırının altında imza atmak için yeterli alan kalmış olmasına rağmen zarf üzerindeki ad ve soyadın imza addedilmesi mümkün değildir.⁵⁵

İsviçre Federal Mahkemesi’ne göre zarfın içinde yer alan imzadan yoksun vasiyetname metni ile zarfın üzerindeki ad-soyadı yazısı arasında irtibat kurulması için vasiyetname dışı unsurlardan yararlanılamaz. Bu bağlamda vasiyetnamenin içine konduğu zarfın vasiyetçi tarafından kapatılarak yetkili mercie tevdi edilmiş olması zarfın üzerindeki ad ve soyadın vasiyetçinin imzası olarak nitelendirilmesini sağlamaz. Çünkü somut olayda zarfın üzerindeki imzanın vasiyetçi tarafından vasiyetnameyi kapatmak maksadıyla atıldığı kesin olarak anlaşılamamaktadır. Dolayısıyla zarfın üzerine vasiyetçinin ad ve soyadının yazılması ve buraya zarfın içeriğine ilişkin bilgilerin ilave edilerek yetkili mercie tevdi edilmesi tek başına Kanun’un imza beklentisini karşılamaz.⁵⁶ Aynı şekilde mirasbırakanın ölümünden önceki son zamanlarında davalı ile yakın ilişki içinde olması vasiyetname dışı olgudur ve iptal davasında dikkate alınmaz. Başka bir deyişle böyle-sine vasiyetname dışı unsurlar vasiyetçinin zarfın üzerine yazdığı ad ve soyadının imza olarak yorumlanmasında kullanılamaz.⁵⁷

Sonuç olarak Federal Mahkeme, önüne gelen bu davada davacıya hak vermiş ve yukarıda açıklanan gerekçeler dahilinde, el yazılı vasiyetnamenin şekle aykırılığı nedeniyle iptali yönünde karar almıştır.

⁵⁴ Droit (Hukuk), paragraf 5.3.1.3.

⁵⁵ Droit (Hukuk), paragraf 5.3.1.3.

⁵⁶ Droit (Hukuk), paragraf 4.4.

⁵⁷ Droit (Hukuk), paragraf 5.4.

DEĞERLENDİRME VE SONUÇ

İsviçre’de el yazılı vasiyetname ülkemize kıyasla daha fazla tercih edilen bir ölüme bağlı tasarruf türüdür⁵⁸. El yazılı vasiyetnamenin hem faydaları hem de sakıncaları vardır. Bu hukuki işlemin etkin kullanılabilmesi ve sakıncalarının önüne geçilebilmesi için kanunkoyucu-birtakım şekil kuralları getirmiştir. Bu bağlamda el yazılı vasiyetnamede imzanın nereye atılması gerektiği sorununu değerlendirirken de şekle ilişkin kuralların konuluş amacını gözden uzak tutmamak gerekir.

Federal Mahkeme’nin incelenen davada vardığı sonuçlar değerlendirildiğinde öncelikle vasiyetçinin vasiyetnamenin en başına ad ve soyadını yazmasının imza olarak kabul edilmediği anlaşılmaktadır. Zaten böyle bir uygulamada imzanın vasiyetçiyi teşhis işlevini yerine getirdiği ileri sürülebilse bile vasiyetnameyi kapatma fonksiyonunun gerçekleştiğinden söz edilemez. İsviçre Federal Mahkemesi’nin bu konuda vardığı sonuç haklıdır. Diğer yandan, kararda özellikle üzerinde durulan imzanın vasiyetnamenin içine konduğu zarfın üzerine atılmasında da Federal Mahkeme eski görüşünden dönmemiştir. Zira İsviçre Federal Mahkemesi’nin geçmiş yıllarda verdiği bir kararda⁵⁹ el yazılı vasiyetnamede zarfın üzerine imza atılması konusu İMK.m.505 (TMK.m.538) yönünden tartışılmış ve Yüksek Mahkeme tıpkı incelenen bu kararda olduğu gibi bu uygulamanın maddede belirtilen imza şartını karşılamadığı sonucuna varmıştır. Bununla birlikte Federal Mahkeme’nin zarfın üzerine atılan her imzayı her zaman şekle aykırılık saymadığı ifade edilmelidir. Nitekim incelenen kararda da görüldüğü üzere zarfın üzerindeki imzanın vasiyetnamenin devamı olarak görülebildiği ve zarfın içindeki metin ile imza arasındaki irtibatın sağlanabildiği hallerde bunun İMK.m.505 (TMK.m.538) hükmüne uygunluk arz ettiği pekâlâ kabul edilebilir. Örneğin somut olayda vasiyetçinin “Bu zarfın içindeki benim vasiyetnamemdir” ifadesini yazarak zarfın üzerini imzalaması durumunda zarf ile metin arasında yeterli bağlantının kurulduğu kabul söylenebilir. Ancak Federal Mahkeme vasiyetnamenin son satırının altında imza için yeterli yer olup olmadığına da dikkat **etmiştir**. Esasen imzanın vasiyetnameyi kapatma işlevi-

⁵⁸ İsviçre’de düzenlenen vasiyetnamelerin % 90’ının el yazılı vasiyetname türünde olduğu belirtilmektedir, (Cotti/Gygax, s.316).

⁵⁹ ATF 40 II 190.

nin önemi düşünüldüğünde bu bakış açısı tutarlıdır. Çünkü vasiyetnamenin son satırının altına imzanın atılmadığı durumlarda vasiyetçi dışında başka şahısların burayı doldurarak vasiyetnameyi tahrif etme riski göz ardı edilemez. Elbette böyle bir durumda sonradan yapılan eklemelerin mirasbırakanın el yazısıyla yazılmadığı ispatlanırsa söz konusu ekler geçersiz olacaktır.

İsviçre Federal Mahkemesi incelenen kararında, yine önceki içtihadına⁶⁰ uygun olarak, *favor testamenti* prensibinin geçerlik şekli eksikliğinde uygulanmamasını belirtmiştir. Her ne kadar *favor testamenti*'nin yalnızca maddi içerik yönünden değil ama aynı zamanda şekle ilişkin unsurlar açısından da kabul edilmesi gereken bir prensip olduğu söylenebilirse de bunun el yazılı vasiyetnamede imza konusundaki böyle bir sorunda dikkate alınmaması yerindedir. Gerçekten vasiyetname lehine yorum olarak da bilinen *favor testamenti*'nin amacı şekil kurallarına uygun hazırlanmamış bir ölüme bağlı tasarrufu şekle uygun hale getirmek değildir.⁶¹ *Favor testamenti* çoğunlukla şekle uygun yapılmış olmakla birlikte eksik ya da yeterince açık olmayan bir irade beyanını düzeltmek amacıyla kullanılan miras hukukuna özgü yorum kuralıdır.⁶² Bu nedenle karara konu somut olayda davalı lehine bu yorum kuralı işletilerek vasiyetnamenin ayakta tutulmasının reddedilmesi isabetli olmuştur.

İmzanın vasiyetnamedeki yeri tartışılırken Federal Mahkemece vasiyetname dışı unsurların değerlendirmede dikkate alınmamasına önem atfedilmelidir. Yüksek Mahkeme zarfın üzeri imzalandıktan sonra vasiyetnamenin yetkili mercie tevdi edilmesinin kanunda belirtilen şekil kuralını yumuşatamamasına işaret etmektedir. Burada aslında vasiyetçinin *animus testandi*'ye sahip olduğu ve bunu da hazırladığı vasiyetnameyi tevdi etmekle gösterdiği şeklindeki iddialar Federal Mahkeme'ce dikkate alınmamıştır. Federal Mahkeme'nin kararı ilk bakışta şekil kurallarına gereğinden fazla bağlı kalma gibi görülebilirse de aslında bu tutum Yüksek Mahkeme'nin imzaya ilişkin eksik-

⁶⁰ ATF 135 III 206, ATF 40 II 190,

⁶¹ Caner Taşatan, "Vasiyetname Lehine Yorum İlkesi ve Bu İlkenin Türk Medeni Kanunu'na Yansımaları", *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C.23, S.1, 2021, s.599.

⁶² Dural/Öz, s.223.

liklerin vasiyetname dışı unsurlarla tamamlanamayacağı yönündeki geçmişten beri kabul ettiği görüşü ile tutarlılık arz etmektedir.

Genel olarak İsviçre kanun koyucusu, İMK m. 520a hükmüyle vasiyetnamede tarih konusunda esneklik getirmiştir. Değişikliğin tarihle sınırlı tutulmasından şu sonuç çıkarılabilir. Kanunkoyucu tarafından imza yönünden kolaylaştırma tutumunun benimsememiş olması bu konuda şekil kurallarına sıkı bağlılığın devam etmesinin istendiği şekilde yorumlanabilir. Dolayısıyla Federal Mahkeme'nin vasiyetçinin imzasında kanuna sıkı sıkıya bağlanması ve bu bakış açısını yerleşik içtihadı dönüştürmesi *ratio legis* ile uyumlu olabilir. Türk hukuku yönünden İsviçre Medeni Kanunu'nun tarih ile ilgili tanıdığı esneklik yargı kararları açısından yol gösterici olmalıdır. Ancak el yazılı vasiyetnamede imzanın yeri konusu, imzanın işlevleri de göz bulduğunda daha katı ele alınması gereken bir konu olarak karşımıza çıkmaktadır.

Kaynakça

Kitaplar

- Akkanat Halil, "El Yazısı ile Vasiyetnamede Vasiyetname Metninin Özellikleri", Prof. Dr. Hayri Domaniç'e Yaş Günü Armağanı, Cilt: II, Beta, İstanbul, 2001.
- Antalya Osman Gökhan, Marmara Hukuk Yorumu Miras Hukuku, Cilt:III, Seçkin, Ankara, 2021.
- Cotti Fiorenzo/Gygax Evelyne, Commentaire du Droit des Successions (Art.457-640 CC, art.11-24 LDFR), Stämpfli Verlag, Berne, 2012.
- Çabri Sezer, Miras Hukuku Şerhi (TMK.495-574) Cilt I, On İki Levha, İstanbul, 2018.
- Dural Mustafa, El Yazısı ile Vasiyetname, İstanbul Üniversitesi Yayınları, 1967.
- Dural Mustafa/Öz Turgut, Türk Özel Hukuku Cilt:4 Miras Hukuku, 19. Baskı, Filiz, İstanbul, 2023.
- Eren Fikret/Yücer Aktürk İpek, Türk Miras Hukuku, Yetkin, Ankara, 2023.
- Gönen Doruk, El Yazılı Vasiyetname, 1. Baskı, Legal, İstanbul, 2007.
- Guinand Jean/Stettler Martin/Leuba Audrey, Droit des Successions, Schulthess, Zurich, 2005.
- İnan Ali Naim/Ertas Şeref/Albaş Hakan, Türk Medeni Hukuku, Miras Hukuku, Seçkin, Ankara, 2024.
- İmre Zahit/Erman Hasan, Miras Hukuku, Der, İstanbul, 2010.
- Kocayusufpaşaoğlu Necip, Miras Hukuku, 3.Baskı, Filiz, İstanbul,1987.
- Piotet Paul., Droit Successoral, 1. éd, Editions universitaires, Berne, 1975.
- Serozan Rona/Engin Baki İlkay, Miras Hukuku, 8. Baskı, Seçkin, Ankara, 2022.

Steinauer Paul-Henri., *Le Droit des Successions*, 2. éd, Stampfli Verlag, Berne, 2015.

Makaleler

Belverenli Demet, “El Yazılı Vasiyetnamede Şekil ve Şekle Aykırılığın Yaptırımı”, *Hukuk ve Adalet Eleştirel Hukuk Dergisi*, C.8, S.19, 2016, ss.107-159.

Çakır Aytuğ Ceyhun, “El Yazılı Vasiyetnamede Düzenleme Tarihi”, *Legal Hukuk Dergisi*, C.12, S.136, s.105-128.

Erdoğan İhsan, “Hukuki Muamelelerde Şekle Aykırılığın Sonuçları”, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C.1, S.1, 1997, ss.114-123.

Kartal Dilşah Büşra, “Vasiyetnamenin Geri Alınması”, *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, C.9, S.34, 2018, s.317-339.

Savaş Abdurrahman, “İnternet Ortamında Yapılan Tek Taraflı Hukukî İşlemler ve Özellikle Elektronik Vasiyetname”, *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C.15, S.2, 2007, ss.51-91.

Sellier Victor, “La Signature de l’Enveloppe Contenant le Testament”, <https://www.lawinside.ch/1367/> (ErişimTarihi 18.12.2023).

Taşatan Caner, “Vasiyetname Lehine Yorum İlkesi ve Bu İlkenin Türk Medeni Kanunu’na Yansımaları”, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C.23, S.1, 2021, ss.571-605.

Yayımlanmamış Tezler

Bağcı Ömer, *El Yazısı ile Vasiyetnamede Düzenleme Yeri ve Tarihi (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi)*, Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2006.

İnternet Kaynakları

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

<https://www.kazancı.com.tr>

<https://www.lawinside.ch>

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

AVUKATIN HAPİS HAKKINA İLİŞKİN YARGITAY KARARLARININ ELEŞTİRİSİ*

THE CRITIQUE OF SUPREME COURT'S (YARGITAY) DECISIONS ON ATTORNEY'S LIEN

Emre CUMALIOĞLU**
Yasemin KALKANCI***
Sena ÖBEK****

Özet: Bir teminat müessesesi olan hapis hakkı alacaklıya, borçlunun taşınır malını veya kıymetli evrakını, borç ödenmediği takdirde paraya çevirerek alacağını tahsil etme imkânı veren aynı bir hakktır. Bu aynı hak Avukatlık Kanunu'nun 166/1 maddesinde avukatlara da tanınmıştır. Ancak, bu maddeyle ilgili öğretilerde ileri sürülen alıkoyma hakkı görüşüne ve Yargıtay'ın avukatın müvekkili ad ve hesabına tahsil ettiği para üzerindeki hakkı da hapis hakkı olarak nitelendiren içtihadına katılmıyoruz. Bu nedenle makalemizde hapis hakkını Yargıtay kararları ışığında inceleyecek, özellikle müvekkil adına tahsil edilen para ve avukatın masraf alacağı söz konusu olduğunda Avukatlık Kanunu'nda hapis hakkı olarak tanımlanan hakkın takas olabileceğini açıklayarak, Yargıtay'ın yerleşik içtihadının avukat ve müvekkil aleyhine yarattığı sonuçları göstermeye çalışacağız.

Anahtar Kelimeler: Avukatın Hapis Hakkı, Avukatlık Sözleşmesi, Avukat, Müvekkil, Tahsilat, Masraf, Ücret

Abstract: Lien, is a legal security institution, which grants the creditor a specific right to convert the movable property or negotiable instrument of the debtor into cash in order to collect the debt if it remains unpaid. This specific right is also granted to attorneys under Article 166/1 of the Attorneyship Law. However, we cannot agree with the doctrine's comments regarding the right of lien men-

* Bu makale araştırma ve yayın etiğine uygun olarak hazırlanmıştır.

** Doç. Dr., Yaşar Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı, emre.cumalioglu@yasar.edu.tr, ORCID: 0000-0003-3676-4419

*** Arş. Gör. Dr., Yaşar Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı, yasemin.kalkanci@yasar.edu.tr ORCID: 0000-0002-0225-4632

**** Arş. Gör., Yaşar Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı, sena.obek@yasar.edu.tr ORCID: 0000-0002-8850-227X, Makalenin Gönderim Tarihi: 31.07.2024, Kabul Tarihi: 16.11.2024

tioned in this article and the jurisprudence of the Supreme Court that qualifies the lawyer's right over the money collected on behalf and account of the client as a lien. Therefore, in our article, we will examine the attorney's lien in the light of the Supreme Court decisions, particularly explaining that when it comes to money collected on behalf of the client and the attorney's expense claim, the right defined as lien in the Attorneyship Law is actually right to set-off, and we will try to demonstrate the consequences created by the established jurisprudence of the Supreme Court are against the interests of attorney and client.

Keywords: Attorney's Lien, Attorneyship Contract, Attorney, Client, Debt Collection, Expenses, Fee

GİRİŞ

Avukatlık sözleşmesine genellikle; ihtarname, ibraname, sözleşme ve diğer (vd.) belgeleri hazırlamak, dava ve icra takiplerini yürütmek gibi işler konu olur. Avukat dava, icra takibi işlerinde vekil sıfatıyla hareket eder ve müvekkili ad ve hesabına karşı taraftan; taşınır, para vd. kıymetleri alarak ve zilyetliğinde bulundurur.¹ 1136 sayılı Avukatlık Kanunu'nda (Av. K.)², müvekkil avukata karşı üstlendiği ücret ve masraf ödeme borçlarını yerine getirmediğinde avukatın bu kıymetler üzerinde hapis hakkını kullanabileceği kabul edilmiştir (Av. K. m. 166/I). Bu hakkın kullanımı pek çok davaya konu olmakta, usulsüz kullanım halindeyse avukatın hukuki, cezai ve disiplin sorumluluğu doğmaktadır. İdeal olarak; sıkı güvene dayanan ve sözleşme ortadan kalktıktan sonra dahi güven bağı devam eden avukat-müvekkil ilişkisinde avukatın maddi konularda açık olması, zamanında ayrıntılı şekilde bilgi ve hesap vermesi, işini sadakatle yürütmesi beklenir. Ancak iş yoğunluğu, ekonomik zorluklar ve kültürel bazı engeller nedeniyle tarafların güven ilişkisini zedeleyici davranışları, örneğin müvekkil adına yapılan tahsilatları zamanında bildirmeyen avukatın sonrasında hapis hakkını kullandığı yönündeki savunmaları çeşitli davalara neden olmaktadır.

Hukuki, teknik anlamıyla hapis hakkı; alacaklıya, borçlunun rızası ile zilyetliğinde bulundurduğu ve borçluya verilmesi gereken, alacağıyla bağlantılı bir taşınır malı veya kıymetli evrakı, kendi alacağı muaccel

¹ Ayrıca avukat, iş sahibinin hukuki sorunlarını çözüme konusunda emek verme edimi yanında, sözlü ve yazılı hukuki danışmanlık da verebilir. Ancak sözlü ya da yazılı danışmanlık biçimindeki avukatlık hizmetinde vekil sıfatı söz konusu olmaz.

² Resmî Gazete (RG) 07.04.1969 Sayı (S.) 13168.

olmak kaydıyla, alacağı karşılanana kadar zilyetliğinde tutma ve alacağı ödenmediği takdirde paraya çevirme imkanı veren teminat amaçlı aynı bir haktır³ ve 4721 sayılı (S.) Türk Medeni Kanunu⁴ (TMK) m. 950-953. maddelerinde düzenlenmiştir. Av. K.'nın 39. ve 164. maddelerinde ise, avukatın hapis hakkı özel olarak anılmaktadır. Ancak Av. K.'da hapis hakkı terimi özensiz, teknik anlamı dışında kullanılmıştır. Örneğin, Av. K. m. 39'daki avukatın müvekkilinin⁵ verdiği evrak üzerinde sahip olduğu hakkın, teknik anlamda bir hapis hakkı olmadığı açıktır. Nitekim maddede bahsedilen belgeler; paraya çevrilebilecek (bir kıymet içeren) evrak değil, bir dava dosyasında bulunan alelade belgelerdir. TMK m. 951/I'e göreyse nitelikleri itibariyle paraya çevrilmeye elverişli olmayan taşınurlar üzerinde hapis hakkı söz konusu olmaz. Bu sebeple, avukata yalnızca bir alıkoyma imkanı sunan Av. K. m. 39'u çalışmamızın dışında tutacak ve Av. K. m. 166/I'de düzenlenen avukat lehine tanınan "hapis hakkı" olarak nitelenen hak üzerinde duracağız.

Belirtmek gerekir ki; Av. K. m. 166'nın başlığında geçen hapis hakkı teriminin, TMK'daki hapis hakkı kavramını işaret edip etmediği tartışmalıdır. Kanımızca, Av. K. m. 166/I; özellikle hapis hakkının alacaklının üstlendiği yükümlülüğe ve kamu düzenine aykırı olmamasını şart koşan TMK m. 951/II'nin (bu maddenin karşılığı 1926 tarihli mülga 743 sayılı Türk Kanunu Medenisi'nin⁶ 865. maddesidir)⁷ avukata yaratabileceği engeli ve avukatlık mesleğinin niteliği ile hapis hakkının bağdaşıp bağdaşmadığı tartışmalarını bertaraf etmek için kabul edilmiş olup taşınurlar bakımından teknik anlamıyla hapis hakkına gönderme yapmaktadır; tahsil edilen para bakımından ise takas söz

³ Bakınız (bkz.) Şeref Ertaş, Eşya Hukuku, Barış, İzmir 2021, s. 631 vd.

⁴ RG 08.12.2001 S. 24607.

⁵ İş sahibi, avukatın vekil sıfatı bulunmadığı durumlarda dahi müvekkil olarak adlandırıldığı için bu çalışmada biz de "müvekkil" terimini kullanacağız.

⁶ RG 04.04.1926 S. 339.

⁷ Bu noktada, TMK m. 951/II hükmünü makaledeki değerlendirmelere temel oluşturması için hatırlatmak isteriz. Nitekim bu madde, açıkladığımız görüşü desteklemektedir. Hükme göre; "Alacaklının üstlendiği yükümlülükle veya borçlunun teslim sırasında ya da daha önce verdiği talimatla veya kamu düzeniyle bağdaşmayan hâllerde de hapis hakkı kullanılamaz." Bu fıkra hapis hakkını alacaklının "üstlendiği yükümlülük" ve "kamu düzeni" kriterleriyle sınırlandırmaktadır. İşte tam bu nedenle, genel hapis hakkında yer alan bu sınırlamaların avukatın hapis hakkı kullanımını engellemesinin önüne geçilmek amacıyla Av. K.'da avukatın hapis hakkı olduğu vurgulanmıştır.

konusu olmalıdır. Bu nedenle taşınurlar bakımından Av. K. m. 166/I'in doğrudan TMK m. 950-953'te düzenlenen genel hapis hakkına gönderme yaptığını, bu hakka ilişkin düzenlemelerin avukatın hapis hakkına da doğrudan uygulanacağını kabul etmek gerekir.⁸

Makalemizde ağırlıklı olarak Av. K. m. 166/I'de müvekkil ad ve hesabına tahsil edilen para üzerinde hapis hakkının kullanılabilmesine yönelik kanımızca hatalı yerleşik Yargıtay içtihadını, kararlardaki çelişkilerle birlikte eleştireceğiz. Bu amaçla önce avukatın hapis hakkını açıklarken; bu hak bakımından dikkat edilmesi gereken bilgi-hesap verme ve sadakat borçları üzerinde kısaca duracağız (II-A). Ardından hapis hakkının unsurlarına ve kullanım usulüne (II-B) değineceğiz. Sonraki ana başlıkta ise bu konuda açılan davalarda; zamanaşımı, ispat, iade borcunda faiz ve tazminat konularına temas edecek (II-C), sonuç kısmında ise (III) değerlendirmelerimizi paylaşacağız. Çalışmamızın makale sınırlarını aşmaması için genel hapis hakkı ve takas konularına detaylı olarak değinmeyecek, yalnızca gerekli gördüğümüz durumlarda açıklama yapacağız. Önemle belirtelim ki, biz para üzerinde hapis hakkı olmayacağını savunmamıza rağmen, Yargıtay kararlarını doğru açıklayabilmek için bazı kısımlarda zorunlu olarak para üzerindeki hakkı, "hapis hakkı" olarak ifade ederken terimi tırnak içine almaya özen gösterdik.

I. İNCELEME

A. Avukatın Hapis Hakkını Kullanırken Özellikle Göz Önünde Bulundurması Gereken Borçları: Bilgi, Hesap Verme ve Sadakat

Av. K.'da avukata özel bir güvence imkanı sağlayan hapis hakkı tanınarak muaccel avukatlık ücreti ve masraf alacaklarını tahsil edememe riskinin önüne geçilmek istenmiştir. Ancak bu imkandan yarar-

⁸ Bu görüşümüzün doğruluğu madde gerekçesinden de anlaşılmaktadır: "165 ve 166'nci maddeler avukatlık ücretinin teminatını teşkil eden hükümler niteliğindedir. Nitekim anılan maddelerle ücret borçları bakımından müteselsil mesuliyet esası kabul edilmiş avukata hapis hakkı tanınmış ve avukatlık ücreti alacağının imtiyazlı olması öngörülmüştür." 23.01.1967 T. ve 71/64/372 sayılı (Sy.) Millet Meclisi Geçici Komisyon Raporu, Onuncu Kısım (Türkiye Barolar Birliği, "Metinler", C. 2, s. 12) https://www5.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TutaNak/MM_/d02/c032/mm__02032041ss0324.pdf (Erişim Tarihi (ET) 02.07.2024).

lanarak alacağını elde etmek isteyen avukatın, öncelikle müvekkiline karşı yerine getirmesi gereken birtakım borçları bulunmaktadır. Her şeyden önce avukatın müvekkilini, kendi hakları da dahil olmak üzere ilgili her konuda aydınlatması gerektiği; avukatın sadakat, bilgi ve hesap verme borcu altında olduğu unutulmamalıdır (6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu⁹ (TBK) m. 505, 506/II, 508/I ve bkz. Türkiye Barolar Birliği (TBB) Meslek Kuralları¹⁰), avukatın hapis hakkını usulüne uygun kullanabilmesi için bu borçlara aykırı davranmaması gerekir. Giriş kısmında değindiğimiz kültürel ve ekonomik zorluklar ile bilgisizliğe dayalı problemlerin yanında avukat-müvekkil arasındaki uyumsuzlukların önemli bir nedeni de ilişkide bilgi sahibi yan olan avukatın gerekli özeni o ya da bu nedenle göstermemesidir.

Avukat, müvekkilin istemi üzerine yürüttüğü işin hesabını vermelidir. Bu noktada hesap verme borcunun üstlenilen işin tamamlanmasından, vekalet ilişkisinin bitişinden sonra da devam edeceğinin¹¹ altını çizmek gerekir.¹² Bu borcun kapsamına işin maliyeti hakkında bilgi verilmesi de girer.¹³ Avukat görevi icabı müvekkil adına üçüncü kişilerden aldığı mal ve paralar,¹⁴ yaptığı harcamalar, avans ve masraflar

⁹ RG. 04.02.2011 S. 27836.

¹⁰ https://d.barobirlik.org.tr/mevzuat/avukata_ozel/meslek_kurallari/tbb_meslek_kurallari-2022.pdf (ET.22.05.2024).

¹¹ "...BK'nın 392. maddesinin 1. fıkrası hükmü uyarınca, müvekkilin istemi hâlinde vekil, vekâlet sözleşmesi konusu olan ve yapmış bulunduğu işin hesabını ona vermek durumundadır. Bu borç, sözleşmenin kurulması ile doğar ve mutlak surette sözleşmenin ifasına bağlı değildir, hâlin icabına göre sözleşmenin sona ermesinden sonra da devam edebilir." Yrg. HGK 19.03.2019 E. 2017/14-1750 K. 2019/321 (<https://karararama.yargitay.gov.tr/>. ET 01.05.2024). "...Vekil, ... kendisine verdiği görevi özen ve sadakatle ifa etmek yükümlülüğü altındadır. Öte yandan müvekkilin talebi üzerine, yapmış olduğu işin hesabını vermekle, her ne nam ile olursa olsun, almış olduğu şeyi müvekkile teslim etmekle yükümlüdür. Vekilin hesap verme yükümlülüğüne, üçüncü kişilerden aldığı değerler öncelikle dahildir. Vekilin hesap verme borcu, vekalet sözleşmesinin kurulmasıyla birlikte doğup, işin vekil tarafından yürütülmesi sırasında ve sona ermesinde de devam etmektedir." Yrg. 13 HD 10.03.2020 1149/3113 (nakleden (nak.) Erhan Günay, Vekalet Sözleşmesi Uyuşmazlıkları, Seçkin, Ankara 2021, s. 124).

¹² Bu konuya zamanaşımı konusunda değineceğiz bkz. aş. "II-C Zamanaşımı, İspat, İfade Borcunda Faiz, Tazminat".

¹³ Fikret Eren, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Yetkin, Ankara 2020, s. 743.

¹⁴ "...Oysa ki davacı avukatın, müvekkili olan davalının vekili sıfatıyla İzmir 4. İcra Müdürlüğü'nün 2005/8258 E. sayılı takip dosyası üzerinden müvekkili nam ve hesabına tahsil ettiği miktarları, 32, 34 gün gibi uzun sayılabilecek bir süre yedin-

hakkında hesap vermek ve bunlara ait belgeleri sunmak zorundadır;¹⁵ yaptığı işin hesabını vermeye ve müvekkili ad ve hesabına edindiği her şeyi iade etmeye, iade edinceye kadar da almış olduğu şeyleri saklamaya mecburdur.¹⁶

Avukatın tahsil ettiği parayı makul sürede müvekkile göndermesi gerekir, bu konuda günümüzdeki imkanlar dikkate alındığında, müvekkile ulaşamama gibi bir mazeretin kabul edilmesi güçtür.¹⁷ Kaldı ki, avukatın vekaletnamedeki adrese yapacağı her tebliğin müvekkile yapılmış sayılacağı, müvekkilin değişen adresini üç gün içinde avukata bildirme yükümlülüğü, adres değişikliği nedeniyle tebligat bildirimini ulaşmamasının sorumluluğunun müvekkile ait olacağı yasa düzenlenmiştir (Av. K. m. 175). Ancak bu yasal düzenlemeye rağmen tahsil ettiği parayı müvekkile gönderemeyen avukatın, parayı müvekkil adına bankaya yatırması, yerleşim yerinde ödemeli olarak göndermesi veya mahkemeden tevdi mahali tayin ettirmesi beklenir.¹⁸ Müvekkile

de tuttuğu, tahsilattan müvekkilini haberdar etmediği sabit olduğu gibi, hükme esas alman bilirkşi raporunda da kabul edildiği üzere, tahsilat sırasında muaccel olan bir miktar vekalet ücreti alacağından daha fazla bir miktarı alıkoymuştu da görülmektedir. O halde dava konusu olayda hapis hakkının, Avukatlık Kanunu ve meslek kuralları hükümlerine göre, usulüne uygun olarak ve gerektiği gibi kullanılmadığı açıktır. Yapılan tahsilatları, müvekkilini haberdar ederek iade etmeyen davalı avukatın, bu durumu öğrenen iş sahibi davalı tarafından 30.3.2007 tarihli ihtarla azledilmiş olması da, haklı azil niteliğinde olup avukat bu durumda sadece azil tarihi itibarıyla tamamlanmış işlere ilişkin vekalet ücretlerinin ödetilmesini isteyebileceğinden...” Yrg. 13. HD 21.12.2009 E. 2009/4635, K. 2009/15076 bkz. aynı yönde Yrg. 13. HD 26.11.2015 E. 2014/38870, K. 2015/34661; Yrg. 13. HD 07.12.2017 E. 2015/33484, K. 2017/12268 (<https://karararama.yargitay.gov.tr/>. ET 01.05.2024).

¹⁵ TBB Meslek Kuralları madde 43: “Müvekkil adına alınan paralar ve başkaca değerler geciktirilmeksizin müvekkile duyurulur ve verilir.” Ayrıca bkz. Yrg. HGK 04.05.20112011/13-161 E. 2011/276 K. (<https://legalbank.net/> ET 02.07.2024).

¹⁶ Yrg. HGK 19.03.2019 E. 2017/14-1750 K. 2019/321 (<https://karararama.yargitay.gov.tr/>. ET 01.05.2024).

¹⁷ Yrg. 5. CD 30.01.2014 E. 2012/14640, K. 2014/1065 (<https://mevzuat.sinerjias.com.tr/>. ET 02.07.2024).

¹⁸ M. Haşim Mısır, Avukatlık Sözleşmesi ve Ücret, Türkiye Barolar Birliği Yayınları: 380, Ankara 2020, s. 487; Lamih Çelik, “Meslek Kurallarında Avukatın Bilgi Verme Yükümlülüğü”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 2006, S. 67, s. 399 vd.; Konuyla ilgili disiplin kurulu kararları için bkz. TBB Disiplin Kurulu 02.05.2014 E. 2014/164 K. 2014/309 (nak. Mısır, s. 487 vd.). Tevdi yeri tayini hk. bkz. TBB Disiplin Kurulu 25.04.1998 E. 1998/37 K. 1998/61, *İstanbul Barosu Dergisi* S. 1999/3-4-5 (nak. Çelik, s. 412); TBB Disiplin Kurulu 06.06.2003 E. 2003/82 K. 2003/180, *İstanbul Barosu Dergisi* S. 1999/3-4-5 (nak. Çelik, s. 419). Diğer kararlar için bkz. Çelik, s. 399 vd.

ulaşamadığını avukat ispat etmelidir,¹⁹ aynı şekilde tahsil ettiği bedeli müvekkile verdiği için, özen, hesap verme borcunu hukuka uygun şekilde yerine getirdiğinin ispat külfeti²⁰ de avukata aittir.²¹

Konumuz bakımından avukatın önemli borçlarından biri de sadakat borcudur. Aslında bu borç ile bilgi verme borcu çok noktada içi içe geçer. Sadakat borcu gereğince, avukat müvekkilinin çıkarlarını en kapsamlı ve en üst düzeyde korumak, onun aleyhine sonuç doğuracak her türlü davranıştan kaçınmak zorundadır.²² Müvekkilin aleyhine olacak konularda ona bilgi vermeli, onu aydınlatmalı ve onun talimatına uygun hareket etmelidir.²³ Ayrıca müvekkili ile üçüncü kişiler ve/veya kendisi arasındaki muhtemel ve mevcut çıkar çatış-

¹⁹ Yrg. 13. HD 11.12.2015 E. 2014/25288 K. 2015/36563 (<https://mevzuat.sinerjias.com.tr/>. ET 02.07.2024).

²⁰ Bu konuda yemine başvurulabilir (Yrg. HGK 07.11.2007 E. 2007/13-828 K. 2007/818 (<https://mevzuat.sinerjias.com.tr/>. ET 02.07.2024)) ve alacağın tespitinde e-posta yazışmaları incelenir "...ücretin ödenmesi istenmiş, parantez içerisinde kalan bakiye açıklanırken 10.000,00 TL olan rakamdan itiraz dilekçesi yazılmasının sonrasında 2.000,00 TL ödendiği açıklaması bulunmakta olup, mahkemece belirtilen mail yazışmasının değerlendirilmediği anlaşılmaktadır. HMK'nın 199. maddesinde ... yazılıdır. Bu düzenleme ile mail yazışmaları da belge olarak kabul edilmiştir. O halde, mahkemece mail yazışmaları ve davacı tarafından yapılan ödemeler değerlendirilerek davacının borçlu olup olmadığına karar verilmesi gerekirken..." Yrg. 13. HD 10.06.2020 E. 2017/1014 K. 2020/4488 (<https://karararama.yargitay.gov.tr/>. ET 01.05.2024).

²¹ Yrg. HGK 25.01.2006 E. 2005/13-773 K. 2006/14; Yrg. 13. HD 08.09.2015 E. 2014/34285 K. 2015/26565 (<https://karararama.yargitay.gov.tr/>. ET 01.05.2024). "...Davalının savunmasının mahiyetine göre davacı avukat usulüne uygun şekilde müvekkilinin yazılı talimatları ile işlem yaptığını, başka bir anlatımla özen ve hesap verme borcunu gereği gibi ifa ettiğini ispata elverişli delil sunmalıdır. Ne var ki dosyaya bu yönde sunulan ve davalı tarafça kabul edilmeyen, imza ihtiva etmeyen, ilgili yetkilinin elektronik posta adresine gönderildiği ispatlanamayan elektronik postaların ve suretten ibaret sözleşme taslaklarının delil gücünün olmadığı, davacı avukatın çalışma ve bilgilendirmelerini usule ve aralarındaki sözleşmeye göre ifa ettiğinin ortaya konulamadığı açıktır. Hal böyle olunca davacının sözleşmeyle yüklendiği iş ve işlemleri gereği gibi ifa ettiği kabul edilemeyeceğinden azlin haklı olduğu gözetilerek bakiye ücret talebinin reddedilmesi gerekir. Sonuç olarak Hukuk Genel Kurulunca da benimsenen bozma kararına uymak gerekirken direnme kararı verilmesi usul ve yasaya aykırı bulunmuştur." Yrg. HGK 29.04.2021 E. 2019/13-18 K. 2021/537 (<https://www.kazanci.com/>. ET 10.06.2024).

²² Eren, s. 741.

²³ Eren, s. 737; Cevdet Yavuz/Faruk Acar/Burak Özen, Borçlar Hukuku Dersleri, Beta, İstanbul 2012, s. 633.

malarını haber vermeli ve müvekkilin açık talimatına göre hareket etmelidir.²⁴

Bu konularda avukatın hafif ihmali dahi sorumluluğu için yeterlidir. Yeri gelmişken belirtelim ki; avukatın kast, ağır ve hafif ihmali halinde sorumluluğunu kaldıran anlaşmalar hükümsüzdür (TBK m. 115/I, III ayrıca bkz. TBK m. 116).²⁵ Bahsettiğimiz borçlara aykırı davranılması²⁶ veya hapis hakkının usulsüz kullanımı²⁷ müvekkil bakımından haklı azil nedeni oluşturur.²⁸ Hesap veril-

²⁴ Yavuz/Acar/Özen, s. 634.

²⁵ Eren, s. 733, 741; Yavuz/Acar/Özen, s. 627.

²⁶ "...Davalı şirket tarafından, davacı avukatın muhatap olarak yer aldığı ... Noterliği'nin ... ihtarnamesi ile gerek şirket gerekse şirket ortakları adına takip ettiği dava ve icra takiplerine ilişkin olarak, avukatın müvekkiline bilgi verme yükümlülüğü kapsamında, bilgi ve belge talebinde bulunulmuş; davacı avukat ise ... cevabi ihtarnamesi ile avukatın her zaman bürosundan temin edilebilecek olan evrak ve bilgileri hiç bir zaman müvekkiline noter marifetiyle bildirmek gibi bir mükellefiyeti bulunmadığını, bu zamana kadar gerek internet yolu ile gerekse telefon ile her türlü bilgi ve belge talebinin karşılandığı bildirilerek takip edilen dosyalara ilişkin ödeme ve masraflar bilgisi verilmiştir. Bunun üzerine davalı şirkete, ... gönderilen ihtarnamede yapılan işlemlere ilişkin rapor, bilgi, belge, ayrıca yapılan tahsilâtlar ve harcamalara ilişkin belge ve bilgi talebi yinelenmiştir. ...Her ne kadar azilnamede birden fazla azil nedenine dayanılmış ise de; azilden önceki ihtarnameler ile davalıların bilgi ve belge talebinde bulunması ve davacının da söz konusu talebi karşıladığını iddia ve ispat etmemesi karşısında davacının bilgi ve belge verme yükümlülüğüne aykırı davrandığı ve bu hususta davalıların vekilleri olan davacıyı 24.08.2011 tarihinde haklı nedenle azlettikleri dosya kapsamından anlaşılmaktadır..." Yrg. 13. HD 03.11.2016 E. 2015/15144 K. 2016/20216. Bkz. aynı yönde Yrg. 13. HD 16.01.2014 E. 2013/17664, K. 2014/796 (<https://karararama.yargitay.gov.tr/>. ET 01.05.2024).

²⁷ "...Avukatın, müvekkili nam ve hesabına tahsil etmiş olduğu alacak ve değerlerden, ücret ve masraf alacağından fazla bir miktarını "hapis hakkı" adı altında elinde tutması, bu hakkın yasaya konuluş amacına aykırı olduğu gibi, avukatlık meslek kurallarına da aykırıdır ... Tahsil etmiş olduğu ... miktarı müvekkiline iade etmeyen davalı avukatın, tahsilatı tesadüfen öğrenmesinden sonra iş sahibi davacı şirket tarafından ... azledilmiş olması da, haklı azil niteliğinde olup, avukat bu durumda, sadece azil tarihi itibarıyla tamamlanmış işlere ilişkin vekalet ücretlerinin ödetilmesini isteyebileceğinden..." Yrg. 13. HD 04.05.2009 E. 2008/13260 K. 2009/5950. Bkz. aynı yönde 13. HD 05.10.2010 E. 2010/2876 K. 2010/12681; Yrg. 13. HD 23.09.2010 E. 2009/16245 K. 2010/11921; Yrg. 13. HD 24.05.2017 E. 2015/19231 K. 2017/6255 (<https://mevzuat.sinerjias.com.tr/>. ET 02.07.2024).

²⁸ "...Avukatın vekil olarak borçları Türk Borçlar Kanunu'nun 505. (Mülga Borçlar Kanunu'nun 389) ve devamı maddelerinde gösterilmiş olup, vekil, adı geçen Kanun'un 506. maddesine göre müvekkiline karşı vekaleti sadakat ve özenle ifa

mesinin istenmesi ise avukatın haklı nedenle istifasına gerekçe olmaz.²⁹

B. Hapis Hakkının Unsurları ve Kullanım Usulü

1. Genel Olarak

Avukat, hapis hakkını genel hapis hakkının kullanımında olduğu gibi belli şartlar gerçekleştiği takdirde kullanabilir. Avukatın, hapis hakkını kullanmasının usulüne uygun olup olmadığının tespitini yapabilmek için hapis hakkını kullanabileceği alacakların tespiti ile hapis hakkının kapsamı ve kullanım usulü üzerinde durulması gerekir. Hapis hakkının unsurları ve dayanakları; Yargıtay 3. Hukuk Dairesi'nin kararlarında, kapatılan ve önceden bu tür davalara bakan 13. Hukuk Dairesi'nin içtihadına paralel şekilde açıklanmaktadır.³⁰

etmekte yükümlüdür. Vekil, sadakat borcu gereği olarak müvekkilinin yararına olacak davranışlarda bulunmak, ona zarar verecek davranışlardan kaçınmak zorunluluğundadır. Buna göre avukat, üzerine aldığı işi özenle ve müvekkili yararına yürütüp sonuçlandırmakla görevli olduğu gibi, müvekkilinin kendisi hakkındaki güveninin sarsılmasına neden olacak tutum ve davranışlardan da titizlikle kaçınmak zorundadır. Aksi halde avukatına güveni kalmayan müvekkilin avukatını azletmesi halinde azlin haklı olduğunun kabulü gerekir. Avukat, görevini yerine getirirken gerekli özen ve dikkati göstermemiş, sadakatle vekaleti ifa etmemiş ise, müvekkilinin vekilini azli haklıdır." Yrg. 3. HD 24.09.2020 E. 2020/3251 K. 2020/4763; Yrg. 3. HD 05.10.2023 E. 2023/652 K. 2023/2572; Yrg. 3. HD 03.07.2023 E. 2022/6420 K. 2023/2016 (<https://www.kazanci.com/>. ET 10.06.2024, vurgu yapılmıştır).

²⁹ "...güven ilişkisi" vekalet akdinin en önemli unsurlarından biri olup, davacının hesap sorması onun yasal hakkıdır. Davalının ihtarnameyle hesap istenmesi nedeniyle güveninin sarsıldığını ileri sürerek vekaletten çekilmesi haksızdır." Yrg. 13. HD 18.02.2013 E. 2012/24338 K. 2013/376. Aynı yönde Yrg. 13. HD 18.02.2013 E. 2012/24338 K. 2013/3762 (nak. Mısır, s. 222, 223).

³⁰ "...Avukatlık Kanunu'nun 166. maddesinde tanımlanan hapis hakkı, sadece vekalet ücreti alacakları ve yapılan giderler oranında kullanılabilir. Avukatın, müvekkili nam ve hesabına tahsil etmiş olduğu alacak ve değerlerden, ücret ve masraf alacağından fazla bir miktarını "hapis hakkı" adı altında elinde tutması, bu hakkın yasaya konuluş amacına aykırı olduğu gibi, avukatlık meslek kurallarına da aykırıdır. Aynı şekilde hapis hakkını kullanan avukatın, müvekkilin nam ve hesabına tahsil ettiği alacakları geciktirmeksizin iş sahibine bildirmesi, hangi işten dolayı ve ne miktarda ücret ve masraf alacağı olduğunu açıklamayı ve konu ile ilgili karşı tarafı bilgilendirdikten ve gerektiği durumlarda yapılacak hesaplaşmadan sonra, alacağı oranında hapis hakkını kullanması gereklidir. Esasen bu durum, avukatın müvekkiline hesap verme yükümlülüğünün de tabii bir

Avukatın hapis hakkını düzenleyen Av. K. m. 166/I bir yedek hüküm³¹ olduğu için, hapis hakkının kapsamını ve kullanım usulünü sözleşmede belirlemek önemlidir,³² çünkü sözleşmede düzenleme yapılmaz ve doğru iletişim sağlanmazsa Yargıtay'ın tahsil edilen para bakımından yerleşmiş uygulaması karşısında avukatın bir gün zor duruma düşmesi ve ceza yargılamasında sanık, hukuk yargılamasında davalı, baro disiplin soruşturmasında şikâyet olunan kişi durumunda bulunması olasıdır.

Avukatın kendisine verilen tevkil yetkisine dayanarak işi yürütme-ye yönelik başka bir avukatı atadığı durumda, tevkille görevlendirilmiş avukatın Av. K. m. 166'daki hapis hakkını kullanıp kullanamayacağı sorusu akla gelebilir. Öncelikle belirtmek gerekir ki, Av. K. m. 171'de düzenlenen avukatın başkasını tevkil etmesi, alt vekalet veya ikame vekalet olarak nitelendirilebilir. Bu iki kurum asıl farklarını hukuki ilişkinin taraflarında gösterir. Buna göre, alt vekalette vekalet ilişkisi alt vekil ile asıl vekil arasında kurulmakta ve alt vekil ücret alacağı dahil tüm taleplerini kural olarak müvekkile değil asıl vekile yöneltebilmektedir.³³ Oysa ikame vekalet, alt vekaletten benzer şekilde yine asıl vekil ile üçün-

sonucudur. Nitekim, Avukatlık Kanunu'nun 34. maddesinde, "Avukatlar, yük-
lendikleri görevleri, bu görevin kutsallığına yakışır bir şekilde özen, doğruluk ve
onur içinde yerine getirmek ve avukatlık ünvanının gerektirdiği saygı ve güvene
uygun biçimde davranmak ve Türkiye Barolar Birliği'nce belirlenen meslek kural-
larına uymakla yükümlüdürler." hükmü bulunmaktadır." Yrg. 3. HD 01.10.2020
E. 2020/8341 K. 2020/5292; Yrg. 3. HD 24.09.2020 E. 2020/3251 K. 2020/4763; Yrg.
3. HD 18.05.2021 E. 2021/5013 K. 2020/5292; Yrg. 3. HD 18.05.2021 E. 2020/10306
K. 2021/5013 (<https://www.kazanci.com/>. ET 10.06.2024).

³¹ Yargıtay'a göre bu hüküm emredici kural değildir, taraflar sözleşme ile aksi-
ni kararlaştırabilirler. Bkz. Yrg. 13. HD 01.12.2016 E. 2015/30394 K. 2016/22574
(<https://mevzuat.sinerjias.com.tr/>. ET 02.07.2024).

³² "...Davacı ile davalı ... arasında imzalanan 21.11.2012 tarihli sözleşmenin 12. say-
fasında "Takas, mahsup veya hapis hakkının kullanılmasında bu sözleşmeden doğan
alacaklar bakımından yasaklanmıştır; velev ki, takas, mahsup veya hapis hakkına
konu olacak kesinleşmiş bir yargı kararına bağlı olsun" hükmü öngörülmüştür. ...
Buna göre tarafların serbest iradeleri ile kararlaştırdıkları sözleşmenin takas, mah-
sup ve hapis hakkının kullanılmasını yasaklayan söz konusu hükmü, Avukatlık
Kanunu'nun 166.1 maddesinin emredici nitelikte olmaması karşısında geçerli ve
tarafları bağlayıcı olup, bu nedenle mahkemece asıl davanın reddine, karşı dava-
da ise sözleşmedeki takas ve mahsubu yasaklayan hükme rağmen davalı avuka-
tın uhdesinde kalan miktarın mahsup edilmek suretiyle, bakiye alacak üzerinden
kısmen kabul kararı verilmiş olması yerinde değildir." Yrg. 13. HD 01.12.2016 E.
2015/30394 K. 2016/22574 (<https://mevzuat.sinerjias.com.tr/>. ET 02.07.2024).

³³ Şebnem Akipek, *Alt Vekalet, Yetkin*, Ankara 2003, s. 129.

cü kişinin yaptığı bir sözleşme ile kurulmasına rağmen bu ilişkide asıl vekil yalnızca müvekkilin temsilcisi olarak hareket etmekte ve ikame vekil tüm taleplerini vekalet ilişkisi içerisinde bulunduğu müvekkile yöneltebilmektedir.³⁴ Kanımızca, tevkilin alt vekalet ile gerçekleştirilmesi durumunda müvekkil ile hukuki ilişkisi bulunmayan alt vekil, müvekkile ait taşınırılar üzerinde avukata tanınan hapis hakkını kullanamaz, şartları sağlanmışsa yalnızca sözleşmesel muhatabı olan avukata karşı genel hapis hakkını kullanabilir. İkame vekil açısından ise durum farklıdır. İkame vekil müvekkil ile aralarındaki avukatlık sözleşmesinden kaynaklanan ücret alacağı ve yaptığı masraflara yönelik olarak müvekkile ait taşınırılar üzerinde Av. K. 166/I'deki hapis hakkını kullanabilir. Ancak, Av. K. m. 166/I'in yaptığı gönderme sebebiyle genel hapis hakkına ilişkin düzenlemelerin avukatın hapis hakkına da uygulanacağı göz önünde bulundurulduğunda, yapılan bu ayırımın pratik bir önemi olduğunu söylemek güçtür.

2. Üzerinde Hapis Hakkı Kullanılabilecek Varlıklar

a. Taşınırılar ve Kıymetli Evrak

Av. K. m. 166/I'e göre avukat, müvekkili tarafından kendisine verilen veya onun adına aldığı mal, para ve diğer her türlü kıymetleri, avukatlık ücreti ve yaptığı giderler ödeninceye kadar, kendi alacağı ile orantılı olarak elinde tutabilir (Av. K. m. 166/I ve ayrıca TBB Meslek Kuralları m. 45- önemle hatırlatalım ki, Av. K. m. 34 uyarınca avukatlar Türkiye Barolar Birliği'nce belirlenen meslek kurallarına uymakla yükümlüdürler). Ancak, hapis hakkı paraya çevrilmeye elverişli taşınırılar üzerinde kullanabilir. Niteliği gereği paraya çevrilmesi mümkün olmayan taşınırılar üzerinde hapis hakkının kullanılması mümkün değildir. Kanımızca maddede düzenlenen hak tam hapis hakkı olup paraya çevirme yetkisi tanınmamış eksik hapis hakkı değildir.³⁵ Madde gerekçesi de görüşümüzü desteklemektedir.³⁶

³⁴ Akipek, s. 123.

³⁵ Avukatın hapis hakkının, genel hapis hakkı olduğunu ve paraya çevirme yetkisi verdiğini ileri süren görüşler için bkz. Meral Sungurtekin Özkan, Avukatlık Mesleği Avukatın Hak ve Yükümlülükleri, Fakülteler, İzmir 2013, s. 276; Özcan Günergök, Avukatlık Sözleşmesi, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2009, s. 141; Murat Aydın, Avukatlık Ücreti, Seçkin, Ankara 2004, s. 141; Songül Karateke, Avukatlık Sözleşmesinde Ücret, Turhan, Ankara 2006, s. 110, 111.

³⁶ Bkz. yukarıda dn.8.

Andığımız maddede geçen mal tabiri, ilgili hükümlerin koruduğu üstün menfaat sebebiyle haczi mümkün olmayan malları kapsamaktadır.³⁷ Öncelikle başkasına devri mümkün olmayan mal ve hakların haczi mümkün değildir. Bununla birlikte; borçlunun yaşamını ve ekonomik varlığının devamını korumak amacıyla, 2004 sayılı İcra ve İflas Kanunu (İİK) m. 82-83 uyarınca bazı mal ve hakların haczi yasaklanmıştır. Paraya çevrilebilmeleri mümkün olmayan bu taşınırlar üzerinde hapis hakkının kullanılmayacak olması, düzenlemenin mantığıyla uyumlu bir sonuçtur. Bu durum aynı zamanda TMK m. 951/II'de yer alan kamu düzeniyle bağdaşmayan hallerde hapis hakkının kullanılmayacağına ilişkin kuralın bir örneğini oluşturur.³⁸

b. Para (Hapis Hakkı Değil, Takasın Söz Konusu Olması)

Her ne kadar Av. K. m. 166/I'de hapis hakkının konusu "para, mal ve diğer kıymetler" olarak sayılmışsa da paraya çevrilme imkanı bulunmayan para üzerinde hapis hakkı kullanılmayacağı açıktır. Çalışmamızda sunduğumuz Yargıtay kararlarının çoğunda ise avukatın müvekkilin kendisine verdiği veya müvekkil ad ve hesabına tahsil ettiği para üzerinde hapis hakkı kullanabileceği kabul edilerek bu hakkın usulüne uygun kullanıp kullanmadığı tartışılmaktadır. Oysaki TMK m. 950'de para hapis hakkına konu değerler içinde sayılmamıştır. Ek olarak; Türk-İsviçre hukukunda çoğunluktaki fikre göre karışan para, karıştığı paranın malikine ait olur ve bu durumda avukat tahsil ettiği paranın maliki olacaktır.³⁹ Karışan paranın eski maliki ise sebepsiz zenginleşmeye dayanan iade isteminde bulunabilir.⁴⁰ Birbirine karışan paraların ma-

³⁷ Sungurtekin Özkan, s. 278, 279.

³⁸ Cem Dinar, Türk Medeni Kanunu Kapsamında Hapis Hakkı, Vedat, İstanbul 2010, s. 65; Haczi caiz olmayan mallar ve haklar ve kısmen haczi caiz olan şeyler bakımından bunların haczedilebileceğine dair yapılan anlaşmaların geçersiz olduğu ve ilgili düzenlemelerin kamu düzenine ilişkin olduğu hakkında bkz. Yrg. 11. HD 23.05.2018 E. 2016/15029 K. 2018/3858 (<https://lexpera.com.tr/>. ET 02.07.2024).

³⁹ Karışan para üzerinde hapis hakkı kullanılmayacağı yönünde benzer görüş için bkz. Dinar, s. 25

⁴⁰ Konuyla ilgili bkz. Mehmet Akçaal, Eşya Hukuku, Yetkin, Ankara 2021, s. 589; Haluk Nami Nomer/Mehmet Serkan Ergüne, Eşya Hukuku, Oniki Levha, İstanbul 2020, s. 304; Serozan Rona, Eşya Hukuku I, Filiz, İstanbul 2014, s. 327, 328; A. Lale Sirmen, Eşya Hukuku, Yetkin, Ankara 2017, s. 497, 498; Tekinay Selahattin Sulhi, Menkul Mülkiyeti ve Sınırlı Ayni Haklar II/3, Filiz, İstanbul 1994, s. 23; Federal Mahkemeye göre şahsi nitelikte iade davası açabilir. Bkz. Tekinay, s. 23.

liklerinden hangisinin paranın tamamına malik olacağı sorunu vardır. Kanımızca, daha fazla miktardaki para kime aitse, diğerinin az miktardaki para üzerindeki mülkiyet hakkı sona erer. Azınlıktaki fikre göreyse parası karışan kişinin mülkiyet hakkı son bulmaz, TMK m. 776 uyarınca paylı mülkiyet ilişkisi kurulur⁴¹ ve iade talebi istihkak davasına konu olur.⁴² Paraların; örneğin seri numaraları bilindiği için, ayrılması imkanı varsa karışmadan söz edilemeyecek ve herkes kendi parasını alabilecektir.⁴³ Görüldüğü gibi, müvekkil adına tahsil ettiği paranın mülkiyetini karışma yoluyla kazanan avukatın kendi mülkiyetindeki para üzerinde hapis hakkını kullanması, bu sebeple de mümkün olmayacaktır. Müvekkil adına tahsil edilen para; ayrı bir hesapta, kasada veya bunlar gibi bir yerde tutulsa dahi takasa konu olmalıdır.

Yargıtay'ın bazı kararlarında, avukatın karşı yandan tahsil ettiği parayı vekalet ücretine mahsup ettiği yönündeki savunması hukuken Av. K. m. 166/I'deki hapis hakkının kullanıldığı şeklinde nitelendirilmektedir.⁴⁴ Yargıtay'ın diğer bazı kararlarında ise davalı avukatın takas-mahsup savunmasında bulunabileceği kabul edilmekte,⁴⁵ ancak

⁴¹ Sirmen, s. 492.

⁴² Burcuoğlu, "Paranın Başkasının Parası ile Karışması Üstüne Bir Deneme", Av. Dr. Faruk Erem Armağanı, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, Ankara 1999, s. 93 vd.; Akçaal, s. 589, dn. 62; Nomer/Ergüne, s. 304, dn. 131.

⁴³ Akçaal, s. 589.

⁴⁴ "...Davacı avukat ile davalılar arasında, 16.01.2003 tarihli ücret sözleşmesinin incelenmesinde, Sultanbeyli Asliye Hukuk Mahkemesi'nin 2002/118 Esas sayılı, Sultanbeyli Asliye Hukuk Mahkemesi'nin 2002/850 Esas ve Hayrabolu Asliye Hukuk Mahkemesi'nin 2002/70 D.İş. dosyası ile Hayrabolu İcra Müdürlüğü'nde alacaklısı Av. ... olan dosyalardaki vekalet ücretine karşılık olarak %25 ücret hususunda anlaşmaları görülmektedir. Davalılar, cevap dilekçelerinde, davacı avukatın, Kartal 3. Asliye Hukuk Mahkemesi'nin 2010/178 Esas sayılı dosyasında, karşı taraf ile bilgileri dışında sulh olduğunu ve tahsil ettiği 200.000,00 TL'yi haksız bir şekilde uhdesinde tuttuğunu, bu sebeple de davacı avukatı haklı azlettiklerini savunmuşlardır. Davacı avukat ise, bu iddiaya karşılık, bu bedelin, hak kazandığı vekalet ücretlerine mahsuben tahsil edildiğini savunmuştur. Davacı avukat, hukuki tanımıyla Avukatlık Kanunu'nun 166. maddesi gereğince "hapis hakkı"nı kullandığını savunduğuna göre, davada öncelikle hapis hakkının, nasıl ve hangi şartlarda kullanılması gerektiği üzerinde durularak, daha sonra ise somut olay itibarıyla bu hakkın, kanunun öngördüğü amaca uygun şekilde ve gereği gibi kullanılıp kullanılmadığı incelenmelidir." Yrg. 3. HD 18.05.2021 E. 2020/10306 K. 2021/5013 (<https://www.kazanci.com/>. ET 10.06.2024, vurgu yapılmıştır).

⁴⁵ "...Davalı avukat alacaklarını açılmış olan davada savunma olarak tesbiti ile, takas ve mahsubunu isteyebilir." Yrg. 13. HD 19.04.2012 E. 2012/5577 K. 2012/10889 (<https://mevzuat.sinerjias.com.tr/>. ET 02.07.2024).

mahsup yapılması gerektiği sonucuna hapis hakkına dayanılarak ulaşılmaktadır.⁴⁶ Müvekkil adına tahsil edilen paranın konu olabileceği takas ve mahsup arasında ayırım yapmak her zaman kolay değildir. Bazı Yargıtay kararlarında ayırt edici unsurlara ve örneklere yer veriliyor olsa da⁴⁷ yine pek çok Yargıtay kararında uyuşmazlığın “takas-

⁴⁶ “...Davacı, davalı avukatın vekaleten tahsil etmiş olup, iade etmediği 67.234,00 TL’lik harç bedelinin tahsili istemiyle eldeki davayı açmış, davalı ise, müvekkili olan davacıdan, tahsil etmiş olduğu miktarın üzerinde alacaklı olduğunu, dava konusu edilen harç bedelini de alacağına mahsuben hapis hakkı olarak yedinde tuttuğunu savunmuş ve bu konudaki delillerini ibraz etmiştir. Dosyaya ibraz edilen, ücret, masraf ve yolluk alacaklarının talebine ilişkin davalı tarafından davacıya gönderilen 31.12.2005 tarihli ihtara, davacı şirketçe verilen 01.01.2006 tarihli cevabi ...yazı içeriğine göre davalı avukata, mevcut ücret ve diğer alacakları nedeniyle, “alınacak iade harç bedeli” üzerinde hapis hakkını kullanabileceği konusunda muvafakat verildiği anlaşılmakta olup, bilirkişi ve mahkemenin kabulü de bu yöndedir. Ne var ki söz konusu yazı cevabında davalının, yapmış olduğu dosya masrafları ve yolluk alacakları nedeniyle de davacıdan alacaklı olduğu, bu durumun davacı şirketin de kabulünde olduğu görülmektedir. ...O halde 01.01.2006 tarihli yazı içeriğine göre, davalı avukatın yapmış olduğu masraflar ile yol ve konaklama ücretleri nedeniyle de davacıdan alacaklı olduğu ispat edilmiş olmakla mahkemece, yapılması mümkün olan mutad masraf ve harcama giderleri ile yol ve konaklama ücretlerinin de bilirkişi aracılığıyla belirlenerek, davalı alacağına dahil edilmesi gerekirken, belgeleri bulunmadığından bahisle sözü edilen alacakların hesaplama dışında bırakılmış olması usul ve yasaya aykırı olup, bozmayı gerektirir.” Yrg. 13. HD 10.04.2012 E. 2011/10226 K. 2012/9759 (<https://mevzuat.sinerjias.com.tr/>. ET 02.07.2024, vurgu eklenmiştir).

⁴⁷ “...Takas ve mahsup birbirinden farklı kavramlardır. Mahsupta, birbirinden ayrı ve bağımsız iki alacak mevcut olmayıp, alacak miktarından belli olgular dolayısıyla indirme talebi bulunmaktadır. Alacaktan indirilecek olan meblağ bir karşı alacak değildir. Mahsup, alacağın gerçek miktarını belirlemek üzere yapılan bir işlemdir. Mahsup itirazının karşı dava olarak ileri sürülmesine gerek olmadığı gibi, ayrı bir davada istenmesi zorunluluğu da bulunmamaktadır. Takasta, birbirinden bütünüyle ayrı ve bağımsız, karşılıklı iki alacak (borç) vardır. Ayrıca takas edilecek alacakların muaccel, dava edilebilir olması ve takas hakkının kanunla veya tarafların yapmış oldukları bir sözleşmeyle ortadan kaldırılmaması gerekir. Bu alacak sahiplerinden her biri takas ileri sürebileceği gibi, bu yola gitmeksizin alacaklarını ayrıca dava konusu edebilirler. Takas savunmasında bulunan taraf hem kendi, hem de karşı tarafın alacağını ortadan kaldırmayı istediğinden, her iki alacak üzerinden de etkin olur. Bu niteliği ile takas, inşai bir haktır. Mahsup ise bir inşai hak ya da def’i olmayıp, bir itirazdır. (YHGK’nın 24.05.1950 gün ve 74 E, 31 K sayılı ilamı bu yöndedir.) Örnek vermek gerekir ise, bir alacak davasında, davalı kendisinin de bir başka ilişkiden dolayı alacaklı olduğunu savunuyorsa bu bir takas savunmasıdır. Buna karşın, haksız mal edinme iddiasına dayalı bir geri alma davasında, davalı indirimi gerekli bir kısım giderleri olduğunu, ya da TBK’nın 227/2. ve 475/2. maddelerinde olduğu gibi, bir indirim yapılması gereğini savunursa, yapılması gereken iş mahsuptur.” Yrg. 23. HD 05.04.2016 E. 2015/1518 K. 2016/2131 (<https://mevzuat.sinerjias.com.tr/>. ET 02.07.2024).

mahsup" yoluyla çözüleceği ifade edilerek başvurulacak yöntemin takas mı yoksa mahsup mu olduğu netleştirilmemektedir. Somut olayda takas ve mahsubu birbirinden ayırmak zor olsa da hapis hakkında ayırmak nispeten daha kolaydır. Her şeyden önce, hapis hakkı teminat amaçlıdır.⁴⁸ Takas ise ifayı amaçlar. Diğer yandan mahsup, ifanın konusunu ve miktarını belirlemek için yapılan bir işlemdir. Hapis hakkını kullanan kişi kendi borcunu reddetmez, ifa etmek ister ama takasta karşılıklı alacaklar az olan miktarınca son bulur. Bu nedenle takas borcu sona erdiren bir hak; mahsupta ise karşı tarafın alacağından onun edindiği (fiili ya da farazi) yararlar (örneğin -ör.- TBK m. 325/II) ile önceden ifa edilmiş bazı kalemler (ör. TBK m. 100 vd.) veya iade edilmek zorunda olunanlar (ör. TMK m. 994/III), toplam miktardan indirilir.⁴⁹ Dolayısıyla kararlarda hukuki müesseselerin birbirine karıştırılmasının yanında takas-mahsup savunmasının hapis hakkı olarak nitelendirilmesi de doğru değildir.

Müvekkili tarafından avukat aleyhine açılmış davada avukat, ücret ve masraf alacakları için takas savunmasında bulunabileceği gibi, davadan önce de takas beyanında bulunabilir. Nitekim, kanunlarda bunu sınırlayan bir hüküm yoktur (takas hakkını sınırlandıran bir örnek için bkz. Av. K. m. 164/V⁵⁰). Bilindiği gibi birbirinden alacaklı iki taraftan biri, takas hakkını kullanmak suretiyle kendi alacak miktarından borcunun kısmen ya da tamamen indirilmesini ve borcun sona ermesini sağlayabilir.⁵¹ Avukat ile müvekkil arasındaki karşılıklı alacaklar takasa konu olabilir. Alacağın belirlenmesi için yapılan bir iş-

⁴⁸ Ertaş, s. 631.

⁴⁹ Takas ve hapis haklarının karşılaştırması için bkz. Fatih Karamercan, "Türk Borçlar Hukukunda Takas", *İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2018, C. 5, S. 1, s. 278.

⁵⁰ "...Diğer taraftan HMK'nın 330. maddesinde; vekil ile takip edilen davalarda mahkemece, kanuna göre takdir olunacak vekalet ücretinin taraf lehine hükmedileceği düzenlemesi bulunmakta ise de az yukarıda metnine yer verilen Avukatlık Kanunu'nun 164/ son fıkrasına göre, dava sonunda, kararla tarifeye dayanılarak karşı tarafa yüklenecek vekalet ücreti avukata aittir. Bu ücret, iş sahibinin borcu nedeniyle takas ve mahsup edilemez, hacz edilemez." Yrg. HGK 03.10.2020 E. 2019/13-15 K. 2020/749 (<https://www.kazanci.com/>. ET 10.06.2024). Yrg. HGK 07.04.2004 E. 2004/12-213 K. 2004/215 (<https://mevzuat.sinerjias.com.tr/>. ET 02.07.2024).

⁵¹ Takas hakkının kullanılmasıyla her iki borç daha az olan borç tutarınca sona erer (TBK m. 143/I).

lem bulunmadığından mahsuptan söz edilemez. Bunun önemli pratik sonucu; hakimin takas hakkını kendiliğinden göz önünde bulundurmaması ve yargılama taraflarından birinin takas def'ini ileri sürmek zorunda olmasıdır, itiraz niteliğindeki mahsubu ise hakimin re'sen dikkate alması gerekir.⁵²

TBK m. 144'te sayılan haller dışında takasın hüküm doğurması alacaklının rızasına bağlı değildir. Ayrıca alacakların çekişmeli olması ise takas hakkının kullanılmasını engellemez (TBK m. 139/II). Takas geçmişe etkili olarak her iki borcun takas edilebilecekleri anda sonuçlarını doğuracağı için faiz ve ceza koşulu gibi temerrüde bağlı sonuçlar ortadan kalkar (TBK m. 143/I).⁵³ Bu özellikler takası daha pratik bir imkân haline getirmektedir. Gökyayla'nın ifade ettiği üzere; verme borcunun konusunun para olduğu ihtimalde avukat, takas hakkını kullanarak müvekkilin para alacağını kısmen veya tamamen ortadan kaldırılabılır.⁵⁴ Avukat şekle bağlı olmayan, tek taraflı ve varması gerekli yenilik doğurucu⁵⁵ tasarrufi irade beyanı ile; müvekkil adına tahsil ettiği ve iade ile yükümlü olduğu parayı, müvekkilden olan ücret alacağı ile takas edebilir. Bu yaklaşım, hem para alacağının niteliğine uygun hem de pratik olması nedeniyle uyumsuzlukları azaltacaktır.

Konumuz bakımından her iki alacağın da para olması takas için alacakların türdeş olması koşulunu sağlar (TBK m. 139/I). Yine takas için gerekli olan alacakların karşılıklı olması koşulunun (TBK m. 139/I) sağlanması için, tarafların alacaklarının aynı hukuki ilişkiden doğması şart olmadığından avukatın hapis hakkı bakımından yapılan tartışmalar bertaraf edilmiş olur.

⁵² Yrg. 23. HD 05.04.2016 E. 2015/1518 K. 2016/2131 (<https://mevzuat.sinerjias.com.tr/>. ET 02.07.2024); Koller Alfred, "Die Verrechnung nach schweizerischem Recht", recht 2007-Zeitschrift für juristische Weiterbildung und Praxis, Heft 3, s. 102.

⁵³ Bkz. Pierre Tercier/Pascal Pichonnaz/Murat Develioğlu, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Oniki Levha, İstanbul 2016, s. 479. Dolayısıyla takas beyanı sonuçlarını ilerideki bir tarihte doğurabileceği gibi, geçmişe etkili olarak da doğurabilir.

⁵⁴ Emre Gökyayla, Avukatlık Sözleşmesinin Avukatın Azli ve İstifasıyla Sona Ermesi, Seçkin, Ankara 2007, s. 110.

⁵⁵ Bu irade beyanı bazen bozucu (çünkü borcu ve borç ilişkisini sona erdirebilir), bazen değiştirici (çünkü yalnızca alacak miktarı değişebilir) yenilik doğuran bir haktır. Konuyla ilgili bkz. Fahrettin Aral, Türk Borçlar Hukukunda Takas, Savaş, Ankara 1994, s. 1 vd.; Selahattin Sulhi Tekinay/Sermet Akman/Haluk Burcuoğlu/Atilla Altop, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Filiz, İstanbul 1993, s. 1020; Tercier/Pichonnaz/Develioğlu, s. 470.

Bunlardan başka TBK'ya göre takas için her iki alacağın muaccel olması gerekir (TBK m. 139/I ayrıca bkz. 188/II).⁵⁶ Ancak öğretide ve yargı kararlarında kabul edildiği gibi yalnızca takas beyanında bulunana alacağının muaccel olması yeterli olmalıdır.⁵⁷ Bu nedenle Yargıtay'ın avukatın para üzerinde "hapis hakkı" nı kullanabilmesi için ücret alacağının muaccel olması gerektiğine ilişkin uygulamasında korunan taraf olan müvekkilin bu menfaati takasta da korunmaya devam edecektir.

Takas uygulanacak olursa, aşağıda açıklayacağımız Yargıtay kararlarında hapis hakkının koşulu olarak kabul edilen müvekkili hesaplaşmaya davete gerek olmayacaktır. Aslında olması gereken de budur, taraflar arasındaki hesaplaşma teknik adıyla sözleşmeden doğan borçların tasfiyesini amaçlayan bir ibra sözleşmesidir. Bu sözleşmenin sonraki aşamada gerçekleştirilmesi doğası icabıdır.

Ayrıca burada, Türkiye Barolar Birliği Disiplin Kurulu'nun (TBBDK) nafaka alacağı üzerinde hapis hakkı kullanılırken diğer tahsilatlara kıyasla daha özenli davranılması gerektiğini kabul ettiği karara değinmek isteriz.⁵⁸ Kanımızca, nafaka alacaklarının haczi mümkün olmadığından⁵⁹ daha özenli davranılması gerektiği vurgulansa dahi

⁵⁶ İflas halinde, alacaklılar bakımından TBK m. 142'de, özel hüküm kabul edilmiştir (bkz. İİK m. 195/I). Borçlunun iflası halinde alacaklılar, muaccel olmasalar bile, alacaklarını, müflise olan borçları ile takas edebilirler.

⁵⁷ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 1017; Tercier/Pichonnaz/Develioğlu, s. 475, 476; Yrg. 11. HD 13.11.2012 E. 2011/12054 K. 2012/18025 (<https://kazanci.com/>. ET 01.05.2018).

⁵⁸ TBB Disiplin Kurulu 21.06.2013 E. 2012/891 K. 2013/541. TBB Disiplin Kurulu kararları uyarınca nafaka alacaklarında, hapis hakkının alınacak vekâlet ücreti ile orantılı kullanması kuralına özellikle dikkat edilmelidir. Müvekkilin nafaka gelirine muhtaç olduğu asla göz ardı edilmemelidir. TBB Disiplin Kurulu 02.12.2011 E. 2011/140 K. 2011/258 (nak. Atilla Özen, Avukatlık Sözleşmesi, Seçkin, Ankara 2001, s. 99-103).

⁵⁹ "...Niteliği itibari ile nafaka kişinin yaşamını sürdürmek için öncelikli ve zaruri olarak hükmedilen bir para olup, nafaka alacaklısının her ay hükmedilen nafakayı talep etmeyip birikmiş nafakayı tahsil etmesi bu paranın "alelade alacak niteliğine" dönüşmesi anlamım kazandırmaz. Çünkü, nafaka alacaklısı istediği an, hükmedilen nafakayı alma olanağına sahip olmalıdır. O halde, mahkemece birikmiş nafaka alacaklarının da haczi mümkün olmadığından şikâyetin kabulü ile haczin kaldırılmasına karar verilmesi gerekirken, şikâyetin reddi yönünden hüküm tesisi isabetsizdir." Yrg. 12. HD 15.01.2019 E. 2018/4928 K. 2019/242 (<https://mevzuat.sinerjias.com.tr/>. ET 02.07.2024). Kısmen haczi mümkün olan mal ve hakları düzenleyen İİK m. 83 maddesine göre, ilama dayalı olmayan nafakalar, borçlu ve ailesinin geçinmesi için gerekli olan miktar kesildikten sonra haczedilebilir.

para alacağı niteliğinde olan bu alacak üzerinde hapis hakkı kullanılabileceğini kabul eden bu yaklaşım hatalıdır. Takas hakkına ilişkin TBK m. 144/I/b.3'te de nafaka ve işçi ücreti gibi alacaklar, borçlunun ve ailesinin bakımı için zorunlu olan alacaklar olarak ifade edilmiştir. Bu alacaklar, öncelikle nitelikleri gereği ve sonrasında hem haciz yasağı hem TMK m. 951/II nedeniyle hapis hakkına konu olamaz. Ancak takasa ilişkin TBK m. 144/I/b.3 müvekkile daha geniş bir koruma sağlamaktadır. Nitekim bu bent kapsamına ömür boyu gelir sözleşmesinden doğan gelir alacağı, (tazminata dönüştüğünde para alacağı olacak) ölünceye kadar bakım sözleşmesinde bakım alacaklısının hakkı, bedensel zarara uğrayanın tazminat alacağı, ölüm halinde destekten yoksun kalanın alacağının dahil olduğu kabul edilir.⁶⁰

Para üzerinde hapis hakkı kullanılamayacağına ilişkin görüşümüze karşı bankaların mevduat üzerindeki hapis hakkı gösterilebilir. Gerçekten 5411 sayılı Bankacılık Kanunu'nun⁶¹ 61. maddesinde mevduat sahiplerinin mevduatlarını geri alma haklarının sınırları arasında TMK'nın rehinlere ve hapis hakkına ilişkin hükümleri sayılmış aynı sınırlar içinde takas da belirtilmiştir. Ancak öğretide Topaloğlu haklı olarak; mevduattaki paranın mülkiyeti bankaya geçeceği ve bankanın aynen değil mislen iade borcu olacağı için bankanın mevduattaki para üzerinde hapis hakkı kullanamayacağını ifade etmiştir⁶². Taşkın'a göreyse; andığımız maddede bankaya mevduat üzerinde tanınan hapis hakkının, mevduat sözleşmesinin niteliği ne olursa olsun,⁶³ TMK'daki hapis hakkı olarak değerlendirilmesi mümkün değildir⁶⁴. Ayrıca banka ile mudi arasındaki güven ilişkisi nedeniyle, bankanın mevduat üzerinde hapis hakkı kullanması TMK m. 951/II'ye aykırı olacaktır⁶⁵.

⁶⁰ Merve Yılmaz, "Türk Borçlar Kanununda Takas", *Adalet Dergisi*, 2011, S. 40, s. 140.

⁶¹ RG 01.11.2005 S. 25983 (Mükerrer).

⁶² Mustafa Topaloğlu "Banka Mevduatı Üzerinde Takas ve Hapis Hakkı", *Adana Barosu Bülteni*, Y. 4, S. 11, (Mart-Nisan) 2004, s. 2.

⁶³ Mevduatın, tüketim ödücü ve usulsüz tevdi, karma sözleşme görüşleri ve Roma Hukukundaki nitelemeler hakkında bkz. Muzaffer Karaaslan, Roma Hukukunda Bankacılık Faaliyetleri Kapsamında Düzensiz Vedia (Depositum Irregularare), Onikilevha, İstanbul 2023, s.172-174.

⁶⁴ Zeynep Damla Taşkın, Mevduat Rehni Özelinde Alacak Rehni, Oniki Levha, İstanbul 2023, s. 58. Taşkın'a göre bankanın mevduat üzerindeki hakkı alacak rehni niteliğindedir (Taşkın, s. 64).

⁶⁵ Topaloğlu, s. 2.

Burada, hapis hakkına ve takasa ilişkin hükümler kural olarak yedek hüküm olduklarından, sözleşme ile tanınan bir haktan söz etmek mümkün olabilir⁶⁶.

3. Hapis Hakkının Orantılı Kullanılması Meselesi ve Hapis Hakkına Konu Alacaklar

a. Hapis Hakkının “Orantılı” Kullanılması Meselesi

Avukatın hapis hakkını usulüne uygun kullanabilmesi için öncelikle alacağı hapis hakkı kullanılarak koruma altına alınabilecek alacaklardan olması gerekir. Buna göre, avukat hakkını yalnızca avukatlık hizmetinden kaynaklanan avukatlık ücret ve masraf alacağını temin etmeye ve bu hizmeti verirken yaptığı masrafların ödenmesini sağlamaya yönelik olarak kullanabilir.⁶⁷ Avukat, müvekkil ile Av. K.’nın kapsamı dışında kalan hukuki ilişkilerden kaynaklanan alacakları üzerinde hapis hakkını kullanamayacağı gibi bu hakkını avukatlık ücreti ve yapılan masrafların toplamını aşacak şekilde⁶⁸ de kullanamaz. Benzer şekilde, avukatlık ücreti veya yapılan masrafların bir kısmının ödenmiş ya da masraflar için avans verilmiş olduğu durumlarda hapis hakkı avukatın alacaklarından bu ödemeler düşülerek bulunacak miktar kadar kullanılabilir.⁶⁹

⁶⁶ Yargıtay genel işlem koşulu niteliğindeki bu hükümleri haksız şart olarak kabul etmemiştir. Yrg. HGK 31.01.2024 E. 2023/52 K. 2024/29 (<https://legalbank.net/belge/haftanin-karari-tuketici-kredisinin-imzalanmasi-sirasinda-kredi-borcunun-teminati-olarak-banka-nezdi/5358428> ET 31.07.2024).

⁶⁷ Hemen belirtmek gerekir ki, Avukatlık Kanunu’nun 166. maddesinde tanımlanan hapis hakkı, sadece vekalet ücreti alacakları ve yapılan giderler oranında kullanılabilir. Yrg. 3. HD 18.05.2021 E. 2020/10306 K. 2021/5013 (<https://www.kazanci.com/>. ET 10.06.2024).

⁶⁸ “...Hapis hakkı ile ilgili bu açıklamalardan sonra dava konusu olaya bakılacak olursa; davalı avukatın, müvekkili olan davacı şirketin vekili sıfatıyla İstanbul Dokuzuncu İcra Müdürlüğü’nün .. E. sayılı takip dosyası üzerinden 17.000 Dolar alacağı, müvekkili nam ve hesabına tahsil ettiği halde, yedinde tuttuğu anlaşılmakta olup... davalı avukatın, tahsilât sırasında muaccel olan bir miktar vekâlet ücreti alacağı bulunduğu kabul edilmiş olsa dahi, alacağından çok daha fazla bir miktarı alıkoyduğu da görülmektedir. O halde, dava konusu olayda hapis hakkının, AvK ve meslek kuralları hükümlerine göre, usulüne uygun olarak ve gerektiği gibi kullanılmadığı açıktır.” Yrg. 13. HD 04.05.2009 E. 2008/13260 K. 2009/5950; Yrg. 13. HD 24.05.2017 E. 2015/19231 K. 2017/6255 (<https://mevzuat.sinerjias.com.tr/>. ET 02.07.2024).

⁶⁹ Yrg. 13. HD 07.05.1991 E. 1721 K. 5157 (Eraslan Özkaya, Vekalet Sözleşmesi ve Kötüye Kullanılması, Seçkin, Ankara 2023, s. 683-683).

Avukat, hapis hakkını muaccel avukatlık ücreti ve yaptığı masraf alacakları ile orantılı⁷⁰ olacak şekilde kullanabilir. Buradaki hapis hakkının orantılı kullanımı, hapis hakkının kullanılabilmesi toplam miktarın belirlenmesinden farklıdır. Av. K. m. 166/I ve TBB Meslek Kuralları m. 45'in lafzında yer alan "oran" ve "nispet" ifadelerinin karşılık bulabilmesi için, öncelikle müvekkilin toplam alacağı ile avukat tarafından o an için müvekkil adına tahsil edilen miktar arasındaki oran bulunmalıdır. Böylelikle bu oranın, avukatın müvekkilden olan toplam alacağına uygulanması sonucunda avukatın tahsilat üzerinde kullanabileceği "hapis hakkı"nın miktarı tespit edilir.⁷¹ Bu noktada avukatın, icra dosyasına yapılan kısmi ödemenin tamamını avukatlık ücret alacağı olarak alması ve sonraki ya da ilk ödemedeki kalan tahsilatı müvekkile göndermesi doğru değildir. Nitekim kısmi tahsilatta

⁷⁰ "...Avukatlık Kanunu'nun 166 ve TBB Meslek Kurallarının 45. maddesi avukatın hapis hakkını düzenlemektedir. Bu düzenlemede yer alan 'nispet ve oran' ifadeleri, avukatın müvekkili adına tahsil ettiği para ve sair değerlerde kendi alacağı için orantılı bir şekilde hapis hakkını kullanmasının da gerekli olduğunu açık şekilde belirlemiştir. Tahsil edilen miktar ile avukatın alacağı arasında uygun bir dengeyin muhakkak bulunması, tahsil edilenin tamamının veya tamamına yakınının avukatın alacağı olarak değerlendirilmemesi için doğası sonucudur. Ayrıca tahsil edilen miktardan hangi iş ve ne kadarının avukatlık ücreti olarak alındığının avukat tarafından müvekkiline en kısa süre içinde yazılı olarak bildirilmesi gerekmektedir." TBB Disiplin Kurulu 21.05.2010 E. 2010/5 K. 2010/233 (nak. Mehmet Seyrek/M. Hakan Eriş, "TBB Disiplin Kurulu Kararları Yasaya Aykırı Olabilir mi? (Avukatlık ücretinin öncelikli oluşu ve hapis hakkı)", *İzmir Barosu Dergisi*, 2011, S. 3, s. 9); Aynı yönde bkz. TBB Disiplin Kurulu 06.06.2014 E. 2014/162 K. 2014/352 (<https://barobirlik.org.tr/DisiplinKararlariDetay/612/>. ET 02.07.2024).

⁷¹ "...Kurulumuzca yapılan değerlendirme neticesinde; şikâyetlinin müvekkili adına yapmış olduğu işlemlerde müvekkilinin zararına olacak şekilde herhangi bir durumun meydana gelmediği, hak ettiği vekâlet ücreti olan 24.234,33 TL'nin 4.801,92 TL'sini yapmış olduğu 28.781,92 TL'lik tahsilatla orantılı olacak şekilde aldığı ve gider olarak aldığı 1.500,00 TL'nin tamamını da müvekkili adına takip ettiği dava ve işler için kullandığı gibi alınan giderin bu işlemler için yeterli dahi olmadığı görülmekle şikâyetlinin vekil olarak üstlendiği işi gereken özen ve doğruluk ile orantılılık ilkelerine uygun olarak yürüttüğü anlaşılmalı Avukatlık Kanunu'na ve/veya Türkiye Barolar Birliği Meslek Kuralları'na aykırı herhangi bir işlem veya eylemine rastlanmamıştır." gerekçesiyle oy birliği ile şikâyetli hakkında disiplin cezası verilmesine yer olmadığına karar verdiği.. Dosya kapsamına ve yukarıda anılan düzenlemeler ve içtihatlarla göre, şikâyetlinin vekil olarak üstlendiği işi gereken özen ve doğruluk ile orantılılık ilkelerine uygun olarak yürüttüğü dikkate alındığında eylemin disiplin suçu oluşturmadığına ilişkin Baro Disiplin Kurulu kararı isabetlidir." TBB Disiplin Kurulu 28.04.2018 E. 2018/226 K. 2018/468 (<https://barobirlik.org.tr/DisiplinKararlariDetay/1086/>. ET 02.07.2024).

ücret alacağı o kısım için muaccel olur ve “hapis hakkı” ancak orantılı olarak kullanılabilir. Ancak Yargıtay’ın vermiş olduğu bazı kararlarda; “hapis hakkı”nın orantılı kullanımından anlaşılanın, alacak miktarının aşılmayacak şekilde kullanımı olduğu ortaya çıkmaktadır⁷².

Bize göre; avukatın tahsil edilen paradan masraf alacağını ve avukatlık ücret alacağını alması halinde “hapis hakkı” kullanımından değil, takastan söz etmek gerekir. Aslında takas hakkı kabul edildiğinde yukarıdaki açıklamalara gerek olmayacaktır, çünkü avukatın alacağı-nın borcu ile türdeş olması yeterli sayılacak ve alacakların aynı hukuki ilişkiden kaynaklanması zorunlu olmayacaktır. Ayrıca kısmi tahsilatta avukatlık ücreti o tahsilat miktarı üzerinden hesaplanacak ve hesaplanan miktar kadarıyla muaccel hale gelen ücret alacağı ve varsa masraf alacağı takasa konu olabileceği için ücret alacağı bakımından orantı kendiliğinden sağlanacaktır.

Örneğin,⁷³ avukat ile müvekkilin 200 bin TL alacak için icra takibi yapılması için anlaşmalarını ve ücret sözleşmesi yapmadıklarını varsayalım (ücret sözleşmesi yapılmış ve muacceliyet anı da belirlenmişse aşağıda belirttiğimiz esaslar sözleşmedeki hükümlere göre uygulanacaktır). Borçlu icra dosyasına bir miktar para yatırmış vergi ve harçlardan sonra dosyada 50 bin TL kalmışsa, avukatın o an için muaccel ücret alacağı (Avukatlık Asgari Ücret Tarifesi’ne -AAÜT- göre 50 bin TL’nin yüzde 16’sı olan) 8 bin TL’dir. Bu durumda avukat takas hakkını kullanarak 42 bin TL’yi müvekkile göndermelidir. Aynı örneğe Av. K. ve TBB Meslek Kurallarındaki orantıyı uygulayacak olursak toplam alacağın ¼’ü (50 bin/200 bin) tahsil

⁷² “...Hapis hakkı kullanılan veya kullanacak olan avukatın, müvekkilinin hesabına tahsil ettiği alacaklarını derhal gecikmeksizin iş sahibine söylemesi yahut bildirmesi, akabinde yapılacak hesaplamadan sonra alacağı vekâlet ücret ve gider oranında hapis hakkını kullanması gerekmektedir.” Yrg 13. HD 24.05.2017 E. 2015/19231 K. 2017/6255 (<https://karararama.yargitay.gov.tr/>. ET 02.07.2024); “...Bu durumda 1136 sayılı Avukatlık Kanunu’nun 166/1. maddesi ve yerleşik dairemiz içtihatları gözetildiğinde, hapis hakkının hukuki tanımından öncelikle vekilin ahzu kabza yetkili olması, sadece vekalet ücreti alacakları ve yapılan giderler oranında hapis hakkını kullanması ve avukatın müvekkili nam ve hesabına tahsil etmiş olduğu alacak ve değerlerden, ücret ve masraf alacağından fazla bir miktarını “hapis hakkı” adı altında elinde tutmaması gerektiği anlaşılmakta...” Yrg. 3. HD 16.01.2023 E. 2022/8187 K. 2023/1 (<https://www.kazanci.com/>. ET 10.06.2024).

⁷³ Bu örneğin iyi anlaşılabilmesi için aşağıdaki başlıkta ücret ve masraf alacaklarının muacceliyeti konuları okunmalıdır (bkz. aş. II-B-4 “3.Alacağın Muaccel Olması”).

edilmiştir. Avukatın toplam, ama tamamı muaccel olmayan ücret alacağı ise (200 bin x %16 =) 32 bin TL'dir. Bu miktara $\frac{1}{4}$ oranını uyguladığımızda avukatın muaccel olan 8 bin TL ücret alacağı için toplam tahsilat üzerinde "hapis hakkı"nı kullanacağı görülür. Bu durumda da müvekkile gönderilmesi gereken yine 42 bin TL'dir.

Kanundaki ve Meslek Kurallarındaki orantıda sorun avukat avans almayı, masrafı kendisi yaptığında ortaya çıkmaktadır. Masraf alacağının orantıya dahil edilmesi avukatın işe ortak olması anlamına gelir ki bu durum avukatlık mesleği ile bağdaşmaz. Masraf alacağı yapıldığı anda muaccel olacağı için orantı kabul edilse dahi ücret alacağı için kısmi tahsilat miktarı üzerinden orantı yapılmalı ve avukatın muaccel alacağına masraf alacağı eklendikten sonra kalan kısım müvekkile gönderilmelidir. Takas kabul edildiğinde ise bu tartışmaya gerek kalmayacaktır. Aynı örnekte avukatın işin başında avans almadığını ve takip öncesinde borçlu ile toplantı yapmak için 2 bin TL yol, yemek masrafı yaptığını hesaba katarsak toplam alacağı (32 bin ücret + 2 bin masraf =) 34 bin TL olacaktır. Avukatın toplam alacağına yukarıdaki orantıyı ($\frac{1}{4}$) uyguladığımızda tahsilatın 8500 TL'si üzerinde "hapis hakkı"nı kullanması 41.500 TL'yi müvekkile göndermesi gerekecektir. Bu durumda avukat kendisi yaptığı masrafı hiçbir zaman tamamen alamama ya da geç alma riskiyle karşı karşıya kalacaktır. Oysa takas hakkı kabul edildiğinde avukat muaccel olan tüm alacaklarını kısmi tahsilattan düşecek (50 bin - (8 bin ücret + 2 bin masraf alacağı) =) 40 bin TL'yi müvekkile gönderecektir. Dikkat etmek gerekir ki avukatın ücret alacağının tamamının muaccel olması alacağın tamamının tahsiline bağlı değildir çünkü alacak tamamen tahsil edilemeyip icra takibi aciz belgesi ile sona erdiğinde dahi avukatın ücret alacağının tamamı muaccel olacaktır. Bu nedenle avukat borçlunun ödeme kabiliyetinin olmaması riskini taşımayacaktır.⁷⁴

Hapis hakkının konusu taşınır mal olduğunda hakkın orantılı kullanılabilmesi için taşınırın bölünebilir nitelikte olması gerekir, aksi takdirde alacağın tamamen ödenene kadar hapis konusu taşınır bütün olarak hapsedilebilir.⁷⁵

⁷⁴ Bkz. aş. II-B-3-b-(1) "Ücret Alacağı".

⁷⁵ Genel hapis hakkıyla ilgili benzer görüş için bkz. Dinar, s. 129, 130.

b. Hapis Hakkına Konu Alacaklar

(1). Ücret Alacağı

Avukatın para olarak belirlenen ücret ve masraf alacakları üzerinde Yargıtay'ın kabul ettiği "hapis hakkı"nın ya da savunduğumuz takas hakkının usulünce kullanılabilmesi için bu ücret ve masraf alacaklarının nasıl tespit edileceğine değinmek gerekir.

Ücret, bazı istisnalar dışında avukatlık sözleşmesinin zorunlu unsurlarından olup,⁷⁶ avukatın işgörmeye borcunun nedeni ve karşılığıdır.⁷⁷ İşin sahibi olan müvekkil birden çok ise ücret ödeme borcundan tamamı müteselsilen sorumludur.⁷⁸ Avukatın ücret alacağı ve "hapis" hakkı'nın kapsamı taraflar arasında sözleşme yoksa, işin tamamlandığı yıla ait AAÜT'ye göre belirlenir (Av. K. m. 164/IV, AAÜT m. 1),⁷⁹ taraflar arasında açıkça kararlaştırılmadıkça baro tarifeleri üzerinden hapis hakkı kullanılamaz.⁸⁰ Ücret taraflar arasında kurulan ve geçerliliği şekle tabi

⁷⁶ "...Avukat ile müvekkil arasında imzalanan sözleşme vekalet sözleşmesi niteliğindedir. Ancak genel bir vekalet sözleşmesinden farklı olarak Avukatlık Kanunu gereğince "ücret", sözleşmenin zorunlu unsurudur. Avukat bu sözleşme ile hukuki yardımda bulunmayı, müvekkil ise yapılan hukuki yardım karşılığında bir ücret ödemeyi üstlenmektedir." Yrg. HGK 16.02.2021 E. 2017/13-589 K. 2021/95 (<https://www.kazanci.com/>. ET 10.06.2024).

⁷⁷ Av. K. m. 164/I'e göre avukatlık ücreti, avukatın hukukî yardımının karşılığı olan meblâğ veya değerdir. Avukatlık, bazı istisnai durumlar hariç, ücretsiz görülmez. Ücretsiz dava alınması halinde, durum baro yönetim kuruluna bildirilir (Av. K. m. 164/IV). Zorunlu ücret kuralının disiplin cezasına tabi olması, savunma görevinin kamusal niteliği karşısında tartışılabilir bir husustur. Bir avukata bağlı çalışan avukatlar bakımından ücret kavramının geniş yorumlanması gerektiği yönündeki görüş için bkz. Caner Taşatan, "Avukatın Hapis Hakkı", İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2021, Y. 7, S. 1, s. 208.

⁷⁸ Av. K. m. 165'e göre iş sahibinin birden çok olması halinde bunlardan her biri, sulh veya her ne suretle olursa olsun taraflar arasında anlaşmayla sonuçlanan ve takipsiz bırakılan işlerde her iki taraf ücretin ödenmesi hususunda müteselsil borçlu sayılırlar. TBK m. 511 uyarınca bir işin görülmesi için ortak menfaat sahibi kişiler birlikte vekalet verilerse, aksi kararlaştırılmadıkça ücret ödeme borcundan müteselsil sorumlular. Bkz. Vehbi Umut Erkan, "6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre Vekalet Sözleşmesinde Vekalet Veren Ücret Ödeme Borcu Dışındaki Diğer Borçları", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2013, C. 62, S. 2, s. 464, dn. 93.

⁷⁹ Buna ilişkin TBB Disiplin Kurulu Kararları için bkz. 16.03.2002 E. 2001/275 K. 2002/85; 16.06.1990 E. 1990/33 K. 1990/47; 14.05.2004 E. 2004/75 K. 2004/176 (nak. Çelik, s. 416).

⁸⁰ Bkz. TBB Disiplin Kurulu 10.09.2004 E. 2004/179 K. 2004/271 ve 01.05.2004 E. 2004/75 K. 2004/176 (nak. Mısır, s. 505 vd.).

olmayan bir anlaşmayla⁸¹ maktu ya da nisbi olarak⁸² veyahut her iki esasa göre (maktu ve nisbi olarak)⁸³ kural olarak serbestçe (Av. K. m. 163, 164) belirlenebilir, ancak ücretin belli bir miktarı kapsaması gerekir.⁸⁴ Diğer yandan ücreti belirleme konusundaki serbesti, genel hükümler

⁸¹ Her ne kadar avukatlık sözleşmesini geçerlilik bakımından şekle tabi olmasa da ücret konusundaki anlaşmanın yazılı olması gerektiği savunulmaktadır. 1136 sayılı Avukatlık Kanunu (Av. K.) m. 192 ile yürürlükten kalkmış bulunan 3499 sayılı Avukatlık Kanunu zamanında avukatlık ücret sözleşmesi geçerlilik şartı bakımından yazılı şekle bağlıydı (bkz. Feridun Müderrisoğlu, Avukatlıkta Vekalet ve Ücret Sözleşmesi, Ayyıldız, Ankara 1974, s. 373 ve devamındaki Yargıtay kararları). Ancak bu konudaki yasal düzenleme ve Yargıtay kararları eleştirilmekteydi (bkz. Haluk Burcuoğlu, "Avukatlık Sözleşmesi ve Avukatlık Ücreti ile İlgili Önemli Bazı Sorunlar", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 2003, S. 49, s. 52 vd.). 4667 sayılı Kanun ile Avukatlık Kanunu'nda önemli değişiklikler yapılmış, sözleşmenin geçerliliği bakımından şekil serbestisi kabul edilmiştir. Burcuoğlu'na göre, yürürlükteki Kanun bakımından; Av. K. m. 163/II/c.2 "İfa edilmiş sözleşmenin geçersizliği ileri sürülemez." hükmü ile kastedilen, tavanı aşan ücretin iadesinin istenemeyeceğidir (bkz. aynı yönde, Sungurtekin Özkan, s. 105, 106), geçersizlik kavramı hatalı kullanılmıştır, son cümledeki "Yokluk halleri hariç, avukatlık sözleşmesinin bir hükmünün geçersizliği, bu sözleşmenin tümünü geçersiz kılmaz." hükmü bu görüşü desteklemektedir. Burcuoğlu, Avukatlık Sözleşmesi, s. 64, 65. Başpınar da tavan bedeli aşan ücretlerin tavan bedel üzerinden ödeneceğinin kabul edildiğini belirtmektedir. Veysel Başpınar, Vekilin Özen Borcundan Doğan Sorumluluğu, Yetkin, Ankara 2004, s. 88. Gerçekten, Av. K. m. 163/II/son cümlede; yokluk halleri dışında avukatlık sözleşmesinin bir hükmünün geçersizliğinin, bu sözleşmenin tümünü geçersiz kılmayacağı, yani diğer hükümlerinin tarafları bağlayacağı belirtilmiştir. Diğer bir anlatımla bu gibi durumlarda, kısmi butlan söz konusu olacaktır ve TBK m. 27/II'nin aksine hâkim sözleşmenin tamamının geçersizliğine karar veremeyecektir (krş. 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu m. 1530/I). Yüksek mahkeme, ücret sözleşmesini tümüyle geçersiz sayan bir karardan, karar düzeltme talebi üzerine, sehven verildiğini belirterek dönmüştür Yrg. 13 HD 29.12.2008 E. 2008/13013 K. 2008/15799 (<https://www.lexpera.com.tr/ET02.07.2024>).

⁸² 4667 sayılı Kanun ile yapılan değişiklik ile, 164. madde yürürlüğe girdi. Bu madde ile avukatın vekil sıfatı olarak dava açma veya takip başlatma, yürütme şeklinde hukuki yardımının karşılığı alacağı ücret maktu veya nisbi olmak üzere iki farklı şekilde düzenlendi.

⁸³ Sözleşmede belirtilen orana uygun davranılmalıdır. Bkz. Yrg. 13 HD 07.12.2010 E. 2010/8558 K. 2010/16350 (<https://mevzuat.sinerjias.com.tr/ET02.07.2024>).

⁸⁴ Daha önce yürürlükte bulunan 3499 sayılı Av. K.'nın 129. maddesinde belirli bir meblağı içermeyen ücret sözleşmesinin hükümsüz olduğu belirtilmekteydi ve bu husus Yrg. İctihadı Birleştirme Kararına konu olmuştu. Bkz. Yrg. İBK 07.04.1954 E. 1953/12 K. 1954/9 (<https://legalbank.net/ET02.07.2024>). Ayrıca bkz. Yrg. HGK 22.01.1972 E. 1970/4-833 K. 43 (nak. Müderrisoğlu, s. 279-281). Ancak bu konudaki yasal düzenleme ve Yargıtay kararları eleştirilmekteydi (bkz. Burcuoğlu, Avukatlık Sözleşmesi, s. 52 vd.). Yargıtay'ın bazı kararlarında ise, mülga Av. K. m. 164'e aykırı sözleşmelerin geçerli olduğuna bu durumlarda asgari ücret tarifesine göre mahkemece takdir olunacak ücretin istenebileceğine hükmedilmişti. Bkz. Yrg. 13 HD 13.10.1996 5901/8735 (nak. Özkaya, s. 2013).

(TMK m. 23 ve TBK m. 27, 28) dışında bazı özel kurallarla sınırlandırılmıştır. Aşağıda anacağımız bu özel sınırlamalar kural olarak, avukatın vekil sıfatı olarak müvekkilini temsil görevini üstlendiği; dava, icra takibi gibi iş ve hukuki yardımları kapsamaktadır.⁸⁵ Ayrıca, Av. K.'da ücretin sözleşmede belirlenen iş ile sınırlandırıldığını belirtmek gerekir. Buna göre; karşılık dava, bağlantı ve ilişki bulunsa bile başka dava, icra kovuşturmaları veya her türlü hukuki yardımlar bakımından avukatın ayrı bir ücret isteme hakkı mevcuttur (Av. K. m. 173).

Önemle belirtmek gerekir ki, salt danışmanlık şeklindeki hukuki hizmetlerde ücrete ilişkin sınırlamalar genel hükümlere tabi olmalıdır, Yargıtay kararlarında da hukuk danışmanlığı yapan avukatın, ücretin AAÜT altında olduğuna ilişkin savunması dürüstlük kuralı (TMK m. 2) gereği dikkate alınmamaktadır.⁸⁶ Ücrete ilişkin anlaşmanın geçerliliği sözleşmenin kurulduğu tarihteki kanun hükümlerine göre değerlendirilir.⁸⁷ Detaylara geçmeden önce hatırlatalım ki avukat ücret

⁸⁵ Örneğin Av. K. m. 164/II'de "...dava veya hükümlenilecek şeyin değeri"nden söz etmektedir. Bu hüküm saymış olduğu hukuki yardımlarda alınacak ücrete üst sınır koymak istemektedir. Ancak sermayesi belli bir sınırdan üzerindeki anonim ortaklıklar ve kooperatifler gibi avukat bulundurma zorunluluğu altındaki tüzel kişilerin ödeyecekleri asgari aylık ücretler de AAÜT'de düzenlenmiştir.

⁸⁶ "...Davacı, Davalı'nın vekili olduğunu, aralarında ücret sözleşmesi düzenlendiğini, Davalı'nın dava ve icra dosyalarını takip ettiğini, sözleşmesinin Davalı tarafından feshedildiğini, sözleşmenin Avukatlık Yasası'na aykırı olduğunu, Avukatlık Kanunu ve asgari ücret sözleşmesine göre aylık ücretlerinin tahsilini istemiştir. ... Davacı sözleşme gereğince sözleşmenin feshine kadar itirazsız aldığı, verilen ücretin Avukatlık Kanun'na ve asgari ücret tarifesinin altında kaldığından bahisle talepte bulunması iyiniyet kurallarına aykırı olup, mahkemece, davanın reddine karar verilmesi gerekir." Yrg. 13. HD 25.10.2010 E. 2010/5956 K. 2010/13831 (<https://www.kazanci.com>

/ . ET 30.05.2013); Bkz. aynı yönde Yrg. 4. HD 07.11.1996 7576/9601; Yrg. 13. HD 13.03.2012 E. 2011/17058 K. 2012/2646 (nak. Mısır, s. 101); "... taraflar arasında düzenlenen sözleşme, hizmet hukuk müşavirliği niteliğinde bir sözleşme olup geçerlidir. Sözleşme ile belirlenen ücretin, Avukatlık Kanunu'nun 164/4 maddesinin 1.cümlesinde belirtilen anlamda ve Asgari Ücret Tarifesi altında bir ücret olması da sözleşmenin geçerliliğini etkilemez. O halde dava konusu uyuşmazlığın, tarafların serbest iradeleri ile yaptıkları ve geçerli olan bu sözleşmenin hükümlerine göre çözümlenmesi gerekir." Yrg. 13. HD 21.05.2013 E. 2012/17807 K. 2013/13166; Bkz. aynı yönde Yrg. 13. HD 08.04.2014 E. 2013/10794 K. 2014/10736 (<https://mevzuat.sinerjias.com.tr/>. ET 02.07.2024).

⁸⁷ "...Davacı avukatlara ödenmesi gereken vekalet ücretinin tespit edilebilmesi için öncelikle, uyuşmazlığa uygulanacak Avukatlık Kanunu hükümlerinin belirlenmesi zorunludur. Bilindiği üzere, 1136 sayılı Avukatlık Kanunu, 02.05.2001 tari-

davası açmadan önce baro yönetim kuruluna bilgi vermelidir (TBB Meslek Kuralları m. 47, Av. K. m. 34).⁸⁸

(aa). Ücretin Alt ve Üst Sınırları

Avukatlık ücretinin alt sınırı AAÜT’de belirlenen miktarlardır. Ancak avukat, AAÜT altında ücret talep etmişse sonradan fazla ücret talep etmesi dürüst davranma kuralına aykırı olur, avukatın ücretsiz iş göreceği taahhüdü bakımından da aynı esas geçerlidir.⁸⁹

Maktu ücret bakımından belli bir üst sınır olmamakla birlikte, dava değerine çok yakın veya üstünde belirlenen ücret ahlaka ve dürüstlük kuralına aykırı görülür.⁹⁰ Ayrıca ücretin dava konusu para dışındaki mal ve haklardan bir kısmının aynen avukata ait olacağı şeklinde belirlenmesi yasaktır (Davaya İştirak Yasağı -Av. K. m. 164/

hinde 4467 sayılı Kanun, 13.1.2004 tarihinde de 5043 sayılı Yasa ile değişikliğe uğramıştır. 13.01.2004 tarihinde yürürlüğe giren 5043 sayılı Kanun’un 7. maddesi ile 1136 sayılı Avukatlık Kanunu’na eklenen “Bu kanunun yürürlüğe girdiği tarihte, kesin olarak hükme bağlanmamış bütün ihtilaflarda bu kanunun değişik hükümleri uygulanır” hükmünü içeren geçici 21. madde, Anayasa Mahkemesi’nce 08.02.2008 tarihinde iptal edildiğinden, avukatlık ücretinden kaynaklanan uyuşmazlıklarda, sözleşmelerin kurulduğu tarihte yürürlükte olan Avukatlık Kanunu hükümlerinin uygulanması gerektiği kabul edilmelidir.” Yrg. 13. HD 06.12.2011 E. 2011/2300 K. 2011/18143 (<https://mevzuat.sinerjias.com.tr/>. ET 02.07.2024); Özellikle avukatlık ücretinin yüzde olarak belirlenmesi konusundaki kararlar değerlendirilirken sözleşme tarihine dikkat edilmelidir. “...Bilindiği üzere 02.05.2001 tarihinde kabul edilip, 10.05.2001 tarih ve 24398 sayılı Resmî Gazete’de yayınlanarak yürürlüğe giren 4467 sayılı Kanun’la, ... yapılan değişiklik sonucunda, ücretin nisbi olarak belirlenmesi durumunda “başarıya göre ücret belirleme” zorunluluğu kaldırılmış olup, sadece %25’i geçmemek koşuluyla vekalet ücretinin nisbi olarak belirlenmesi mümkün hale gelmiştir. Bu itibarla somut olayda taraflar arasındaki 05.09.2000 tarihli Avukatlık Ücret Sözleşmesi’nin başarıya göre değişme koşulunu taşımadığı için geçersiz olduğu anlaşılmaktadır.” Yrg. 13. HD 15.09.2014 E. 2013/26543 K. 2014/26903 (nak. Mısır, s. 68, 97). Ayrıca bkz. Yrg. 13. HD 26.04.2017 E. 2016/7025 K. 2017/5038 (nak. Mısır, s. 82 vd.).

⁸⁸ TBB Meslek Kuralları’nın 47. maddesine göre; “Ücret davası açacak avukat, önce Baro Yönetim Kurulu’na bilgi verir. Bu konuda Baro Yönetim Kurulu’nun görüşünü bildirme yetkisi vardır.” Av. K. m. 34 uyarınca Avukatlar, Türkiye Barolar Birliğince belirlenen meslek kurallarına uymakla yükümlüdürler.

⁸⁹ Avukat, iş görme edimi karşılığında ücret talep etmeyeceğini belirtmişse, sonradan dava açarak vekalet ücreti talep edemez. Bkz. Yrg. HGK 03.07.1971 3/651-49 (nak. Mısır, s. 100).

⁹⁰ Yrg. 13. HD 09.03.2009 E. 2008/11804 K. 2009/3099 (<https://www.kazanci.com/>. ET 12.03.2023).

III-).⁹¹ Bu düzenleme karşısında dava konusu malın belli bir kısmının avukata ait olacağı şeklindeki düzenleme kesin hükümsüz olacaktır (TBK m. 27/I).⁹²

Nisbi ücretin üst sınırı, dava veya hükmolunacak şeyin değeri yahut paranın yüzde yirmi beşidir (Av. K. m. 164/II).⁹³ Bu oranı aşan miktar geçersiz olsa da⁹⁴ tavanı aşan ödenmiş miktar geri istenemez (Av. K. m. 163/II). Kural, nisbi ücretin davada kesinleşen miktara

⁹¹ Bu kural ile avukatın davaya ortak olarak mesleğinin gereğini yerine getirmek dışında kalan amaçlarla hareket etmesi önlenmeye çalışılmıştır. Ancak bu tür yasaklarla meslek etiğinin temin edilemeyeceği yeterince tecrübe edilmiştir.

⁹² "...taşınmazın %10'unun tapusunun ya da rayiç değerinin ödenmesine ilişkin kararlaştırma hasılı davaya iştirak niteliğinde olup sözleşme ücrete ilişkin kararlaştırma şekli itibarıyla geçersizdir." Yrg. 13. HD 25.06.2009 E. 2009/3440 K. 2009/8818; "...Somut olayda, taraflar arasında düzenlenmiş bulunan 20.01.2001 tarihli Avukatlık Ücret Sözleşmesinin 2. maddesinde davalı, dava konusu parsellerden üç adedini davacıya vermeyi taahhüt etmiştir. 1136 sayılı Avukatlık Kanunu'na göre bu sözleşme hasılı davaya iştirak niteliğinde olup, geçersizdir." Yrg. 13. HD 01.06.2009 E. 2009/1638 K. 2009/7573; "...dava konusu sözleşmede olduğu gibi, "taşınmazlar kat karşılığı inşaat sözleşmesi ile müteahhide verildiğinde mal sahibine isabet edecek binaların bir katının satışı yapıldığında, bir dairenin satış bedeli, vekalet ücreti olarak ödeneyecektir." şeklindeki bir ücret sözleşmesinin...geçersiz olduğunun kabulü gerekir." Yrg. 13. HD 19.11.2013 E. 2012/25898 K. 2018/28624 (<https://mevzuat.sinerjias.com.tr/>. ET 02.07.2024).

⁹³ "...taraflar arasında imzalanan 01.08.2011 tarihli avukatlık sözleşmesinde dava sonunda hükmolunacak toplam miktarın %25'inin avukatlık ücreti olarak ödenmesi kararlaştırılmıştır. Kararlaştırılan bu miktar yasal sınırlar içinde olduğundan bu yöndeki kararlaştırma geçerlidir." Yrg. 13. HD 12.06.2013 E. 2013/5604 K. 2013/16004 (<https://mevzuat.sinerjias.com.tr/>. ET 02.07.2024); Mülga 3499 sayılı Avukatlık Kanunu'nun 129. maddesi uyarınca oransal olarak ifade edilen ücret sözleşmeleri geçersiz sayılıyor, davaya iştirak olarak kabul ediliyordu. Bkz. Yrg. 13. HD 04.07.2005 E. 2005/5297 K. 2005/11464 (<https://www.kazanci.com/>. ET 12.03.2023); Yrg. 13. HD 27.03.2008 E. 2006/13050 K. 2008/4281; Yrg. 13. HD 28.01.2014 E. 2013/22401 K. 2014/2146; Yrg. 13 HD 12.05.2009 E. 2009/5197 K. 2009/6457 (<https://mevzuat.sinerjias.com.tr/>. ET 02.07.2024).

⁹⁴ "...taraflar arasındaki sözleşmede "dava miktarının %30'u" oranında avukatlık ücreti belirlenmesine ilişkin kararlaştırma, Yasada belirlenen %25 oranını aştığı için geçersiz olduğu kabul edilmelidir. Yasada öngörülen %25 oranını aşan sözleşmenin, tavan miktarı olan %25 oranında geçerli olduğunun kabulüyle vekalet ücretinin de bu orana göre belirlenmesi gerekir. Mahkemece davacıya avukatlık ücret sözleşmesinin aslını sunması için kesin süre verilmesi davacının belge aslını sunup sunmamasına ve sunulması halinde imzanın davacıya ait olup olmamasına göre yukarıda açıklandığı şekilde hesaplama yapılarak bir karar verilmesi gerekir." Yrg. 3. HD 12.04.2021 E. 2020/5185 K. 2021/3943 (<https://www.kazanci.com/>. ET 10.06.2024).

oranlanarak hesaplanmalıdır.⁹⁵ Nisbi ücret olarak dava konusu malın “değerinin” belli bir oranının ücret olarak belirlenmesi mümkündür, Yargıtay da ücretin müvekkilin elde edeceği menfaat üzerinden orantılı olarak belirlenmesini kabul etmektedir.⁹⁶ Ancak bazı kararlar-

⁹⁵ Yrg. 13. HD 12.10.2016 E. 2016/8066 K. 2016/18370; Aksine sözleşme yoksa müddeabihe fer’iler eklenmez. “...Davacı, davalının vekili olarak açtığı kamulaştırmasız el atma nedeniyle tazminat davasını açmış ve kazanmış, verilen kararı icra takibine koymuş, daha sonra haksız olarak azledilmiş, vekalet ücreti ödenmediği için itirazın iptali talepli bu davayı açmıştır. Hükme esas alınan bilirkişi raporunda vekalet ücreti hesaplanırken, mahkeme kararı ile tahsiline hükmedilen 60.825,60 YTL üzerinden hesap yapılması gerekirken, icra takip dosyasındaki asıl alacağın ferileri ile birlikte toplam 72.301,96 YTL üzerinden hesaplanması, usul ve yasaya aykırıdır.” Yrg. 13. HD 10.10.2011 E. 2011/11188 K. 2011/14104 (<https://mevzuat.sinerjias.com.tr/>. ET 02.07.2024).

⁹⁶ “...Davacı avukatlar ile davalı A. N. A. arasında düzenlenen 15/09/2014 tarihli Avukatlık Hizmet ve Danışmanlık Sözleşmesinin 1. maddesinde; avukatın üzerine aldığı işin, müvekkilinin U... Ticaret ve Sanayi Ltd. Şti.’den çıkması için Asliye Ticaret Mahkemesinde şirketten çıkma davası ve bu dava ile ilgili veya ilgili sonuçlar doğuracak davaları açması, bu konu ile ilgili karşı tarafın açacağı davalara dahil olmak üzere davaları Yargıtay aşaması dahil olmak üzere sonuçlandırmak ve tahsilini sağlamak olduğu belirlenmiş olup, 3. maddesinde ise; “Bu anlaşma uyarınca, dava sonunda avukat, açılacak olan çıkma davasında, U... Ltd. Şti. hisselerinin müvekkile ait olan %20’lik hissesi için mahkemece belirlenecek ve tahsil edilecek olan değer, 0-5.000.000 TL (beş milyon TL) arası %1’i, 5.000.001 TL (beş milyon TL)- 10.000.000 (on milyon) arası %2’si, 10.000.001 TL (on milyon Türk Lirası) ve üzerinde olması halinde %5’i oranında nispi ücrete hak kazanacaktır. İş sahibi ile karşı taraf arasında sulh yapılması halinde işbu avukatlık ve danışmanlık sözleşmesi kapsamında avukat vekalet ücretini almaya hak kazanır. Diğer taraftan iş sahibi, avukatı azlederse veya davadan feragat ederse, yine işbu sözleşme çerçevesinde avukat vekalet ücretini almaya hak kazanır. Bu bedel asıl alacak + faiz + fer’iler üzerinden gerçekleşecek toplam rakam üzerinden alınacaktır. Avukatın, icra daireleri ve mahkemeler tarafından avukat lehine ve karşı taraf aleyhine hükmedilen ücreti vekaletlere yönelik hakları saklıdır.” şeklinde düzenleme yer almaktadır. 15/09/2014 tarihli sözleşmenin, Avukatlık Kanunu 163/1. maddesinde aranan belli bir hukuki yardımı kapsadığı, hangi hukuki yardım ve iş için ücretin kararlaştırıldığına belirli olduğu ve 3. maddesi dava konusu mal, alacak veya hak gibi kıymetlerden bir kısmının aynen avukata ait olacağı hükmünü taşımadığından hasılı davaya iştirak niteliğinde olmadığı, sözleşmenin geçerli olduğu, ayrıca, davacı avukatların, davalılar arasında düzenlenen sulh sözleşmesini İzmir 1. Asliye Ticaret Mahkemesi’nin 2014/886 esas sayılı dava dosyasına sunmalarının sulh sözleşmesini kabul ettikleri anlamına da gelmeyeceği anlaşılmaktadır. O halde dava konusu ihtilafın geçerli olan 15/09/2014 tarihli Avukatlık Hizmet ve Danışmanlık Sözleşmesi hükümlerine göre çözümlenmesi gerekmektedir. Mahkemece, geçerli olan sözleşme hükümlerine göre değerlendirme yapıp sonucuna uygun bir karar vermesi gerekirken, hatalı değerlendirme ile sözleşme-

da tahsil edilecek miktarın belli bir oranının kararlaştırılması davaya iştirak yasağına aykırı görülerek; bazı kararlarda ise “belirsiz” ücret olması nedeniyle geçersiz sayılmıştır (ücretin belli olması gerekir bkz. Av. K. m. 163/I, 164/IV).⁹⁷ Maktu ücret belirlenmişse yüzde yirmi beşlik sınır uygulanmaz.⁹⁸

(bb). Nisbi Ücretin Hakim Tarafından Belirlenmesi

Sözleşmede belirlenmediği, belirleme konusunda kimseye yetki verilmediği veya Av. K. m. 164/IV’teki diğer durumlarda ücret hâkim tarafından belirlenir (Av. K. m. 164/IV).⁹⁹ Değeri para ile ölçülemeyen dava ve işlerde ücret AAÜT’ye göre tespit edilir (Av. K. m. 164/IV,

nin geçersiz olduğundan bahisle yazılı şekilde hüküm kurulması usul ve yasaya aykırı olup bozmayı gerektirir.” Yrg. 3. HD 01.03.2022 E. 2021/5675 K. 2022/1667 (<https://www.kazanci.com/>. ET 10.06.2024).

⁹⁷ “...Avukatlık sözleşmesinin ... 5/b bendinde ise, davacı ile davalının tapu iptali davasında anlaşma ile dava sonuçlanırsa iş sahibi tarafından avukat ... ya dava sonuçlandığında gayrimenkullerin karar tarihindeki rayiç bedeli üzerinden %17,5 vekalet ücreti ödeneceği kararlaştırılmıştır. ... sözleşmenin (b) bendindeki düzenleme dava konusu taşınmazların bir kısmının aynen avukata ait olacağı hükmünü taşımadığından hasılı davaya iştirak niteliğinde değildir. Ancak Avukatlık Kanunu’nun 163. maddesi gereğince avukatlık sözleşmesinin belli bir hukukî yardımı ve meblâğı yahut değeri kapsamalıdır. Sözleşmenin (b) bendinde belirtilen “gayrimenkullerin karar tarihindeki rayiç bedeli” ibaresi belirgin ya da belirlenebilir bir meblağı ifade etmediğinden sözleşmenin bu bendi geçersiz olup, mahkemece geçerli bir sözleşme hükmü bulunmadığından sonuç olarak dava değeri olarak gösterilen ve harçlandırılan bedellerin avukatın emek ve mesaisine göre takdir edilen %10’u üzerinden hüküm kurulmasında hukuka aykırılık bulunmamaktadır.” Yrg. 13. HD 14.01.2016 E. 2015/17998 K. 2016/406 (<https://mevzuat.sinerjias.com.tr/>. ET 02.07.2024).

⁹⁸ “...Davacının dayandığı ücret sözleşmesinde vekalet ücreti maktuan 88.000,00 TL. olarak kararlaştırılmıştır. Avukatlık Kanunu’nun 164. maddesi hükmü uyarınca sözleşme belli bir miktarı kapsadığı için geçerlidir. Yüzde yirmi beşi aşmamak koşulu dava olunan veya hükmolunacak şeyin değerinin belli bir yüzdesinin avukatlık ücreti olarak kararlaştırılması halinde uygulanabilir. Oysa az yukarıda belirtildiği üzere sözleşme belli bir miktarı taşıdığı için Avukatlık Kanunu’nun 164. maddesinin ikinci fıkrasının olayımızda uygulama yeri yoktur.” Yrg. 13. HD 21.05.1996 3964-4646 (nak. Mısır, s. 75). Bkz. aynı yönde Yrg. 13. HD 06.07.1988 2305-3746 (nak. Aydın, s. 142).

⁹⁹ Yrg. 13 HD 30.03.2011 E. 2011/2960 K. 2011/4853 (<https://mevzuat.sinerjias.com.tr/>. ET 02.07.2024); Yrg. 13. HD 09.03.2009 E. 2008/11804 K. 2009/3099 (<https://www.kazanci.com/>. ET 12.05.2023). Nitekim mahkemelerde, tüm hukuki yardımlarda, taraflar arasındaki uyumsuzluğu sonlandıran her türlü merci kararlarında ve ayrıca kanunun gereği karşı tarafa yükletilmesi gereken avukatlık ücretinin tayin ve takdirinde Av. K. ve AAÜT uygulanır (m. 1/I). Türkiye Barolar Birliği tarafından kabul edilen bu tarife-nin yanında barolar da tavsiye niteliğinde asgari ücret tarifeleri yayımlamaktadır.

AAÜT m. 1). Dava veya işin değeri para ile ölçülebiliyorsa nisbi ücret hakim tarafından; yapılan işin niteliği, zorluğu, verilen emek, ekonomik değer, gerektirdiği uzmanlık, harcanan zaman, işe yapılan katkı ve benzer işlerde ödenen ücret göz önünde bulundurulularak takdir edilir. Hâkim; vekâlet verenin maddi durumuyla, teamül ile bağlı değerdir¹⁰⁰ ancak takdir yetkisi, davanın kazanılan bölümü için avukatın emeğine göre ilâmın kesinleştiği tarihteki müddeabihin değerinin yüzde onu ile yüzde yirmisi arasındaki bir miktar ile sınırlandırılmıştır (Av. K. m. 164/IV).¹⁰¹ Yargıtay, hâkimin bu takdir yetkisine göre belirleyeceği ücret için belirsiz alacak davası açılabileceğini kabul etmektedir.¹⁰²

¹⁰⁰ Yavuz/Acar/Özen, s. 608.

¹⁰¹ Yrg. HGK 17.05.2023 E. 2022/918 K. 2023/486 (<https://karararama.yargitay.gov.tr/>. ET 12.03.2024); Yrg. 13. HD 03.10.2005 E. 7970 K. 14434; Yrg. 13. HD 18.12.2012 E. 2012/23032 K. 2012/28919 (<https://mevzuat.sinerjias.com.tr/>. ET 02.07.2024); Yazılı sözleşme yoksa vekalet ücreti davanın harçlandırılmış değeri üzerinden hesaplanır. Bkz. Yrg. 3. HD 17.07.2023 E. 2022/6572 K. 2023/2167 (<https://www.kazanci.com/>. ET 10.06.2024).

¹⁰² "...Direnme yoluyla Hukuk Genel Kurulu önüne gelen uyuşmazlık; haksız azledilen davacı avukatın Avukatlık Kanunu'nun 164/4. maddesi çerçevesinde vekâlet ücreti alacağının tahsilini istediği eldeki davada, mahkemece davanın belirsiz alacak davası olarak nitelendirilip bu bağlamda dava değerini arttıran talep dilekçesindeki alacak miktarı yönünden zamanaşımının işlemeyeceği değerlendirilerek davanın kabulüne karar verilmesinin yerinde olup olmadığı noktasında toplanmaktadır. Belirsiz alacak davasının varlığından söz edebilmek için aranan ilk şart alacağın belirsizliği ya da Kanun'un lafzından hareketle oluşturulacak bir anlatımla, alacak miktarının belirlenebilmesinin davanın açıldığı tarihte alacaklıdan (davacıdan) beklenmemesi veya imkânsız olması şartı objektif ölçütlere göre belirlenmesidir. Tıpkı maddî veya manevî tazminat davalarında zararı ve kusuru takdir ederken hâkimin adalet ve hakkaniyet duygularıyla hareket edeceği hâllerde davanın açılması anında bir belirsizlikten söz edileceği gibi, eldeki davada da davacı avukatın hak ettiği vekâlet ücreti ancak mahkemenin takdir ve belirlemesiyle ortaya çıkacaktır. Zira Avukatlık Kanunu'nun 164. maddesinin 4. fıkrası "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" şeklinde açıklanan koşul ile alacağın belirsiz olması durumuna işaret etmektedir. Somut olayda taraflar arasında vekâlet ücretine ilişkin bir kararlaştırma olmaması nedeniyle ücret ancak mahkemece yapılacak tahkikat sonucunda belirleneceğinden davacının dava açarken vekâlet alacağının ne olduğunu bildiğinden yahut net olarak belirleyebildiğinden bahsetmek mümkün olmayacaktır. Alacak belirsiz olduğundan davacı yargılama sırasında HMK'nın 107/2. maddesi çerçevesinde talep sonucunu artırabilir; bu hâlde davanın ıslahı kurumundan bahsedilemez ve artılan talep yönünden davalının zamanaşımı def'i de dinlenmez. Talep artırımında bulunulmaz ise mahkeme alacağın miktarını tespit etmek ve taleple bağlı kalarak dava dilekçesinde gösterilen değer üzerinden ala-

Ücrete hükmedilirken avukatın hiç veya gereği gibi yerine getirmediği işler dikkate alınır; özellikle duruşma kaçırması, kendi hatası ile işin uzamasına yol açması hem ücret hem de masraf alacağına olumsuz etki yapar¹⁰³. Hâkimin alt sınırın üzerinde ücrete hükmetmesi için somut ve makul nedenler olmalıdır, avukatın yapması beklenen işleri yapması alt sınırın üzerinde ücrete hükmedilmesi için yeterli değildir.¹⁰⁴ Avukatın işin görülmesiyle doğrudan ilgili maddi bir menfaat varsa bunun ücretten mahsubu gerekir.

(2). Masraf Alacağı

Avukat geçerli bir sözleşmeye dayalı işin gereği gibi ifası amacıyla yaptığı masrafları veya masraflar için avans verilmesini müvekkilden talep edebilir (TBK m. 510, Av. K. m. 173/II, TBB Meslek Kuralları m. 42).¹⁰⁵ Masrafların avukat tarafından üstlenilmesi avukatlık mesleğine ve meslektaşlar arası rekabete aykırı görüldüğünden, masrafların talep edilmesi bir zorunluluk olarak da görülebilir.¹⁰⁶

TBK'da masrafların ne zaman ödeneceğine ilişkin bir düzenleme yoktur. Av. K. m. 173/III'e¹⁰⁷ göreyse; kural olarak avans işten önce verilmelidir, işin tamamlanması ve müvekkilin beklediği sonucun elde edilmesi gerekmez. Talebe rağmen avans verilmezse, avukatın istifasının haklı olduğu kabul edilir.¹⁰⁸

cağa hükmetmek durumundadır." Yrg. HGK 18.01.2022 E. 2020/13-279 K. 2022/3 (<https://www.kazanci.com/>. ET 10.06.2024).

¹⁰³ Yrg. 13. HD 06.02.2020 E. 2017/9047 K. 2020/1447 (<https://mevzuat.sinerjias.com.tr/>. ET 02.07.2024).

¹⁰⁴ "...Mahkemece %10 oranın aşılması halinde asli görev dışında somut dayanaklar gösterilmeli aksi halde bu oran aşılmamalıdır." Yrg. 3. HD 14.12.2021 E. 2021/1253 K. 2021/13012; Yrg. 13. HD 02.10.2019 E. 2019/4335 K. 2019/9240 (<https://lexpera.com.tr/>. ET 05.05.2024).

¹⁰⁵ Erkan, s. 455.

¹⁰⁶ Türkiye Barolar Birliği Disiplin Kurulu'na göre yargılama giderlerinin avukat tarafından üstlenilmesi; meslektaşlar arasında haksız rekabete yol açan, mesleki dayanışmaya zarar veren, meslek etiğine aykırı bir davranış olduğundan disiplin suçu oluşturur. Bkz. TBB Disiplin Kurulu 19.01.2002 E. 2001/197 K. 2002/24; TBB Disiplin Kurulu 19.07.2014 E. 2014/265 K. 2014/449 (nak. Çelik, s. 4).

¹⁰⁷ Av. K. m. 173/son hükmünün son cümlesine göre; bu düzenlemenin aksi kararlaştırılabilir, ancak aksi kararlaştırılabilecek olan üçüncü fıkradır. Bir başka ifadeyle; üçüncü fıkra tamamlayıcı yedek hükümdür.

¹⁰⁸ Aydın, s. 102; Yavuz/Acar/Özen, s. 561.

Yargıtay'ın istikrar kazanmış kararlarında avukatın işe ilişkin masrafları peşinen aldığı yönünde bir karine vardır, bunun aksinin, yani masraf-avans alınmadığının avukat tarafından ispatlanması gerekir.¹⁰⁹ Yüksek mahkeme avukatın sunduğu masraflara ilişkin ödeme makbuzlarını, karinenin çürütülmesi için yeterli görmemiştir.¹¹⁰ İstisnai bir kararda ise; avukatın istediği masrafların ödendiğine ilişkin makbuz ve belge sunulmadığı, bu konudaki soyut tanık beyanlarına itibar olunamayacağı belirtilerek azlin haksız olduğu sonucuna varılmıştır.¹¹¹ Yargıtay bu karineyi Av. K. m. 173/II'ye dayandırmaktadır.¹¹² Ancak

¹⁰⁹ "...İşin görülmesi için gerekli olan tüm masrafların iş sahibi tarafından işin başında avukata ödenmiş olduğu karine olarak kabul edilmeli, bunun aksini ileri süren, başka bir ifade ile müvekkilinden masraflar için avans almadığını iddia eden avukatın da, bu iddiasını ispat etmekle yükümlü olduğu kabul edilmelidir." Yrg. 3. HD 16.01.2023 E. 2022/8187 K. 2023/1; Yrg. 3. HD 16.01.2023 E. 2022/8187 K. 2023/13 (<https://www.kazanci.com/>. ET 10.06.2024). Bu kararda anılan, aynı yöndeki kararlar için bkz. Yrg. 3. HD 04.06.2021 E. 2020/5616 K. 2021/6006; Yrg. 3. HD 17.02.2021 E. 2020/5105 K. 2021/1576; "...Avukatlık Kanununun 173/2.... hükmü... gereğince, işin görülmesi için gerekli olan tüm masrafların iş sahibi tarafından işin başında avukata ödenmiş olduğu karine olarak kabul edilmeli, bunun aksini ileri süren, başka bir ifade ile müvekkilinden masraflar için avans almadığını iddia eden avukatın da, bu iddiasını ispat etmekle yükümlü olduğu kabul edilmelidir." Yrg. 13. HD 03.05.2016 E. 2016/2647 K. 2016/12131. Bkz. aynı yönde Yrg. 13. HD 26.04.2016 E. 2015/6376 K. 2016/11422; Yrg. 13. HD 24.10.2013 E. 2013/12078 K. 2013/25995; Yrg. 13. HD 03.05.2016 E. 2016/2647 K. 2016/12131; Yrg. 13. HD 11.04.2018 E. 2015/40736 K. 2018/4394 (<https://mevzuat.sinerjias.com.tr/>. ET 02.01.2024); Yrg. 13. HD 03.12.2012 E. 2012/13297 K. 2012/28701 (nak. Mısır, s. 223-225).

¹¹⁰ "...davacı avukatın davalı müvekkili için yaptığı dosya masraflarının davalı müvekkilinden aldığı avans ile yaptığı hususu karine teşkil etmekte olup bu karinenin aksi davacı avukatça ispatlanamamıştır. Sadece, ödeme belgelerinin elinde bulunması bu giderlerin avukat tarafından karşılandığını ispata yeterli değildir." Yrg. 13. HD 19.02.2015 E. 2014/13331 K. 2015/4858 (<https://mevzuat.sinerjias.com.tr/>. ET 02.07.2024).

¹¹¹ Yrg. 3. HD 16.10.2008 E. 2008/5679 K. 2008/11903 (<https://mevzuat.sinerjias.com.tr/>. ET 02.07.2024).

¹¹² "...Avukatlık Sözleşmesi ve Görüşme Tutanağı" başlıklı sözleşmenin 1. paragrafının son cümlesinde mevcut olan "Masraflar avukat tarafından (iş sonunda mahsup edilmek kaydıyla) karşılanacaktır." şeklindeki hüküm de taraflar yönünden bağlayıcıdır. Bu durumda dava masraflarının işin sonunda vekalet ücreti ile birlikte ödenmesi şartıyla avukat tarafından karşılandığının kabulü gerekir. O halde somut olayda, Avukatlık Kanunu'nun 173/2. maddesi gereğince, "masrafların işin başında iş sahibi tarafından ödendiği" konusundaki karinenin aksi davacı tarafından sözleşme hükmü ile ispat edilmiş olduğundan, mahkemece davacı avukat tarafından yapılan masrafların da davalı'dan tahsiline karar

bu hükümde; müvekkilin işe başlanmadan önce yeterli avansı vermesi gerektiği ifade edilmiş olup bu ifadeden ilgili masrafların her durumda müvekkil tarafından peşinen ödendiğine yönelik bir karinenin çıkarılması mümkün gözükmemektedir. Kaldı ki, kanuni bir karineden söz edebilmek için öncelikle bir karine temelinin varlığı ve bu temelin hukuk kuralında net bir şekilde ifade edilmesi gerekir.¹¹³ Kanımızca, Yargıtay'ın olmayan bir karine temeline dayanarak karine sonucu çıkarttığı ve ispat yükünü avukata yüklediği uygulama doğru değildir. Hayatın olağan akışında yeterli avansın önceden alınması söz konusu olmadığından, burada fiili bir karineye dayanılması da doğru bir yaklaşım olmayacaktır. Bu nedenle masraf alacağı konusunda genel ispat kurallarının uygulanması doğru olur.

Avukat, müvekkil adına teminat olarak yatırdığı ve iade aldığı parayı kural olarak müvekkile iade etmesi gerekmele birlikte bu para ile muaccel alacaklarını takas edebilir.¹¹⁴ Ayrıca belirtmek gerekir ki, avukat teminatı kendisi yatırmışsa bunu mutlaka yazılı olarak kanıtlayabiliyor olmalıdır, aksi takdirde hem teminat kendisinden çıkmış olur hem de teminatı müvekkile iade etmediği için sorumlu olur.¹¹⁵

verilmesi gerekirken, sözleşme hükmü göz ardı edilerek, masraflar konusundaki talebin reddine karar verilmiş olması, usul ve yasaya aykırı olup, bozmayı gerektirir." Yrg. 13. HD 13.10.2015 E. 2014/33147 K. 2015/29890 (<https://mevzuat.sinerjias.com.tr/>. ET 02.07.2024).

¹¹³ Baki Kuru/Burak Aydın, İstinaf Sistemine Göre Yazılmış Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı, Yetkin, Ankara 2021, s. 244 vd.; Rona Serozan, Medeni Hukuk Genel Bölüm/Kişiler Hukuku, Vedat, İstanbul 2018, s. 19 vd.; Fatma Tülay Karakaş, "Karine Kavramı, Kanuni Karineler ve Varsayımlar", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2013, C. 62, S. 3, s. 740, 741.

¹¹⁴ "...Davalı avukat alacaklarını açılmış olan davada savunma olarak tespiti ile takas ve mahsubunu isteyebilir. Mahkemece davalı tarafından takip edilen işlerden dolayı hak ettiği vekâlet ücreti ve giderleri olup olmadığı incelenerek sonuca uygun bir karar verilmesi gerekirken bu yön göz ardı edilerek eksik inceleme sonucu, yazılı şekilde hüküm kurulması usul ve yasaya aykırı olup bozmayı gerektirir." Yrg. 13. HD 19.04.2012 E. 2012/5577 K. 2012/10889 (<https://mevzuat.sinerjias.com.tr/>. ET 02.07.2024).

¹¹⁵ "...Davacı avukat, teminat parasının çekildiğinden davalının haberini bulunduğu ayrıca bu paranın kendisi tarafından yatırıldığını iddia etmiş ancak bu iddiasını yasal delillerle ispatlayamamıştır. Davalı taraf, teminat parasının çekildiğini yeni öğrendiğini savunmuştur. Davalı müvekkile ait paranın bilgisi dışında çekilmesi ve davalıya iade edilmemesi, davacı avukat için vekalet ve özen borcuna aykırı bir davranış olması nedeniyle azlin haklı sebeple yapıldığının kabulü gerekir." Yrg. 13. HD 24.12.2014 E. 2014/22124 K. 2014/41688; "...icra takipleri ile ilgili olarak öncesinde davalı şirket tarafından davacıya ihtiyati haciz kararı alınması için teminat olarak

4. Alacağın Muaccel Olması

a. Ücret Alacağının Muacceliyeti ve Temerrüt

(1). Sözleşmeye Dayanan Ücret Alacağının Muacceliyeti ve Temerrüt

Taraflar aksini kararlaştırmadıysa hapis hakkı, muaccel ücret ve masraf alacakları için kullanılabilir.¹¹⁶ İstisnai olarak müvekkilin taşımanın tesliminden sonra acze düşmesi ya da daha önce acze düşmüş olsa da avukatın bu durumu teslimden sonra öğrenmiş olması halinde müeccel alacaklar hapis hakkına konu olabilir (TMK m. 952/1).

Sözleşmeye dayanan ücret alacağı; şayet taraflar arasında özel bir düzenleme yapılmadıysa,¹¹⁷ davanın lehe ya da aleyhe kesin hüküm

kullanılmak üzere 18.02.2008 tarihinde 15.000,00.TL'nın verildiği, takiplerin kesinleşmesinden sonra 22.05.2008 tarihinde teminatın 6.000,00.TL tutarındaki kısmının iade edildiği, bakiye kısmı ise azil tarihine kadar davacı avukatın üzerinde tuttuğu dosyada mevcut bilirkişi rapor ve ek raporu ile sabit olduğu gibi bu yön mahkemenin de kabulündedir. Hâl böyle olunca davacı avukatın hapis hakkını Avukatlık Kanunu ve meslek kuralları hükümlerine göre, usulüne uygun olarak ve gerektiği gibi kullanmadığı, davacı avukatın üzerine aldığı vekalet görevinin gereklerini tam ve sağlıklı olarak yerine getirmediği ve davalının vekil olan davacıyı 09.07.2008 tarihinde yaptığı azilde haklı olduğunun kabulü zorunludur." Yrg. 13. HD 28.05.2014 E. 2013/28918 K. 2014/16608 (<https://mevzuat.sinerjias.com.tr/>. ET 02.07.2024); "...Davacı avukatların, davalıya vekâleten tahsil etmiş olduğu miktarı şirkete bildirmediği gibi, uhdesinde tuttuğu tüm dosya kapsamı ile anlaşılmaktadır. O halde davacı avukatların, davalı müvekkili tarafından 14.07.2011 tarihinde haklı olarak azledildiğinin kabulü gerekir." Yrg. 13. HD 26.04.2016 E. 2015/777 K. 2016/11475; Bkz. aynı yönde Yrg. 13. HD 24.12.2014 E. 2014/22124 K. 2014/41688 (nak. Mısır, s. 483).

¹¹⁶ Gökyayla, s. 105; Mehmet Akif Tutumlu/Murat Usta, Vekalet Ücreti Davası, Seçkin, Ankara 2017, s. 217; "...hapis hakkını kullanan avukatın, müvekkilin nam ve hesabına tahsil ettiği alacakları geciktirmeksizin iş sahibine bildirmesi, hangi işten dolayı ve ne miktarda ücret ve masraf alacağı olduğunu açıklaması ve konu ile ilgili karşı tarafı bilgilendirdikten sonra, alacağı oranında hapis hakkını kullanması gereklidir. Esasen bu durum, avukatın müvekkiline hesap verme yükümlülüğünün de tabii bir sonucudur.... hükümleri gereğince vekalet ücreti alacağının, üstlenilen işin bitmesi ile muaccel hale geldiğinin kabulü gerekir. Bu kabule göre avukat, aksine sözleşme yoksa, işi sonuna kadar takip edip sonuçlandırmadan ücretini isteyemeyeceği gibi bu noktada hapis hakkını da kullanamaz." Yrg. 13. HD 16.01.2014 E. 2013/17664 K. 2014/796; "...Bir işgörme sözleşmesi olan avukatlık sözleşmesinde ücret, aksine bir anlaşma olmadığı takdirde, işin sonuçlandırılması ile muaccel olur... Hukuki yardım konusu bir dava ise, davanın kesin hükme bağlanması, bir icra takibi ise takibin sonuçlanması ya da aciz vesikasına bağlanması, avukatlık ücret alacağını muaccel kılar." Yrg. 21. HD 06.12.2016 E. 2016/8633 K. 2016/14753 (<https://mevzuat.sinerjias.com.tr/>. ET 02.07.2024).

¹¹⁷ "...Davacı avukat istifa nedeni olarak vekâlet ücretinin süresinde ödenmemesi

ile sonuçlanmasıyla; icra takiplerinde ise tahsil ya da aciz vesikası alınmasıyla muaccel olur (net bir ifade olmamakla birlikte bkz. Av. K. m. 171/I, AAÜT m. 2¹¹⁸ ayrıca AAÜT m. 5/I'e göre; hangi aşamada olursa olsun, dava ve icra takibini kabul eden avukat, ücretin tamamına hak

sebebine dayandığından gelinen aşamada ücret borcunun muaccel hâle gelip gelmediği hususu tartışılmalıdır. Zira avukatın ücret alacağı taraflar arasındaki sözleşmenin kurulmasıyla birlikte doğmakta ise de alacağın istenilebilir hâle gelmesi için ödeme zamanın gelmesi yani muaccel olması gerekir. Avukatlık ücretinin ne zaman muaccel olduğunu düzenleyen açık bir hüküm bulunmamaktadır. Ancak 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 73. maddesindeki (1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu, m 62) davaya vekâletin hüküm kesinleşinceye kadar avukata davanın takibi için gereken bütün işlemleri yapma yetkisi veren düzenlemesi, Avukatlık Kanunu'nun 171/1. maddesindeki avukatın işi sonuna kadar takip zorunluluğu kuralı ve Avukatlık Asgari Ücret Tarifesinin 2. maddesinde yer alan, ücretin, kesin hüküm elde edinceye kadar olan dava, iş ve işlemlerin karşılığı olduğu şeklindeki belirleme karşısında, avukatlık ücretinin kural olarak üstlenilen işin bitmesi ile muaccel olduğunun kabulü gerekir. Kural bu olmakla birlikte, taraflar arasında yapılan sözleşmede, ücretin ne zaman isteneceği konusunda özel düzenleme yapılmış olabilir zira bu yönde sözleşme yapmayı yasaklayan bir yasa hükmü bulunmamaktadır. Bu yöndeki bir sözleşmeyle taraflar vekâlet ücreti için ödeme günü kararlaştırmışsa ücret sözleşmede belirtilen günde muaccel hâle gelecektir." Yrg. HGK 10.05.2023 E. 2022/445 K. 2023/440 (<https://www.kazanci.com/>. ET 10.06.2024).

¹¹⁸ "...Dava, alacak istemine ilişkindir. Uyuşmazlık, vekalet ücreti iddiasına konu alacaklar yönünden zamanaşımı süresinin hangi tarihte işlemeye başlayacağı, burada varılacak sonuca göre zamanaşımının gerçekleşip gerçekleşmediği noktasındadır. Uyuşmazlığa konu dava ve işlerin kesinleşme ve sair suretle tamamlandığı, davacı avukat tarafından en son yapılan işlemin 02.02.2006 tarihinde icra dairesince satışın düşürülmesine ve satış defterinin kapatılmasına karar verilmeyle sona erdiği, dolayısıyla bu tarih itibarıyla vekalet ücreti alacağının muaccel hale gelip zamanaşımı süresinin işlemeye başladığı açıktır." Yrg. HGK 25.11.2020 E. 2017/13-674 K. 2020/955 (<https://www.kazanci.com/>. ET 10.06.2024); "...Avukatın, ...vekâlet ücreti alacağının (akdi vekâlet ücretinin) muaccel olacağı zaman, ... sözleşmede açıkça kararlaştırılabilir. ... yazılı bir sözleşme ile aksi kararlaştırılmamışsa, akdi vekâlet ücreti, davada verilen kararın kesinleştiği tarihte muaccel olur. Avukata verilen iş bir icra takibi ise, takibin sonuçlanması ile ücret muaccel hâle gelir. İcra takibinin sonuçlanması ise iki şekilde mümkündür. Bunlar, alacağın tahsil edilmesi ya da aciz vesikasının alınmasıdır (Kurtoğlu, s. 98)." Yrg. HGK 17.05.2023 E. 2022/918 K. 2023/486 (<https://karararama.yargitay.gov.tr/>. ET 12.02.2024); "...Taraflar arasındaki hukuki ilişkide Avukatlık Kanunu'nun 174. maddesi uygulanmadığı takdirde ise BK'nun 396. maddesi uygulanmalı, henüz kendisine dava açılması talimatı ve vekaletname verilmeyen, dolayısı ile hukuki yardıma başlamayan davacı avukatın sözleşmenin anılan hükmünden yararlanarak ücreti talep hakkının varlığı kabul edilmemelidir." Yrg. 3. HD 27.05.2008 E. 2008/6473 K. 2008/9508 (nak. Mısır, s. 104, 105).

kazanır ifadesi yer alsa da bu düzenleme alacağın muacceliyetine değil, doğumuna işaret etmektedir).

Muacceliyet anının istisnası avukatın iş tamamlanmadan haklı nedenle istifası ya da haklı neden olmadan azledilmesidir. Bu hallerde istifa/azil tarihlerinde, yani ilgili iradenin karşı tarafa ulaşmasıyla sözleşmenin feshi gerçekleşecek, ücret alacağı muaccel olacak, örneğin iş tamamlanmamış olsa da avukat için tam ücretini haksız azil tarihi itibarıyla talep edebilecek ve azilden önce elde ettiği taşınırlar ve kıymetler üzerinde hapis hakkının kullanabilecektir.

Borçlu temerrüdü bakımından ise müvekkil, avukatın ihtarı veya ücretin tahsili için mahkemeye ya da icraya başvurmasıyla temerrüde düşer, bu andan itibaren temerrüt faizi ödemekle yükümlü olur.¹¹⁹ Ödenecek temerrüt faizi yasal faizdir.¹²⁰ Haklı nedene dayanmayan azilde ve haklı istifada ise, feshe ilişkin iradenin muhataba ulaşmasıyla müvekkil temerrüde düşer.¹²¹

¹¹⁹ “...Temerrüt faizinin istenilebilmesi için alacağın muaccel olması yeterli olmayıp, borçlunun ayrıca temerrüde düşürülmüş olması gerekir. Olayda davalının icra takibinden önce temerrüde düştüğü kanıtlanamadığına göre mahkemenin ayrıca alacak miktarlarına işlemiş faiz hesabı yaptırmak suretiyle işlemiş faiz yönünden de davayı kabul etmiş olması, usul ve yasaya aykırı olup, bozmayı gerektirir.” Yrg. 13. HD 08.04.2008 E. 2007/14863 K. 2008/4922 (<https://www.kazanci.com/ET/12.03.2024>); “...avukat müvekkiline iş bittiğini, ücret alacağının miktarını bildirip talep etmesiyle müvekkil temerrüde düşer ... avukat, müvekkiline iş bittiğini bildirmeksizin bu talebini yetkili mercilere taşırırsa, böyle bir durumda faizin başlangıcı söz konusu mercilere başvurma tarihi olur.” (nak. Yasemin Bağlı Tahiroğlu, Hukuk Yargılamasında Vekâlet Ücreti, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2019, s. 154).

¹²⁰ “...Taraflar arasında düzenlenen sözleşmeler mahkemenin kabulüne olduğu gibi geçerli olsa dahi sözleşmelerde yazılı %10 ve %20 aylık gecikme faizi fahiş olduğu gibi BK.nun 19.ve 20 maddeleri hükmü uyarınca davacı ancak alacağına yasal faiz isteyebilir.” Yrg. 13. HD 27.03.2008 E. 2006/13050 K. 2008/4281 (<https://www.kazanci.com/ET/12.02.2024>); Bkz. aynı yönde Yrg. 13. HD 06.04.2010 E. 2010/7108 K. 2010/4517 (nak. Mısır, s. 57 vd.); Yrg. 13 HD 07.05.2007 E. 2006/15482 K. 2007/6287 (<https://mevzuat.sinerjias.com.tr/ET/02.07.2024>).

¹²¹ “...Avukatın haksız azli durumunda vekâlet ücretini faizi müvekkilin avukatı azletmesi ve bu beyanın avukata ulaşması ile borç muaccel hale gelir ve ödemeyi yapmayan müvekkil temerrüde düşer. Bu durumda avukatı haksız azlettiğini bilen müvekkile ihtar çekilerek ayrıca temerrüde düşürülmesine gerek yoktur. nak. Bağlı Tahiroğlu, s. 155, 156. (ve orada anılan yazarlar)... Ancak, haksız azil halinde olduğu gibi, avukatın haklı olarak vekillikten istifa etmesi halinde de, ise

(2). Karşı Yan Vekalet Ücretinin Muacceliyeti ve Temerrüt

Karşı yan vekalet ücreti avukata aittir¹²² ve kural olarak karşı ta-

devam etme olanağı mevcut olmadığından, avukat, haklı istifa tarihi itibarıyla muaccel olan vekalet ücreti alacağına ödemesini talep edebilir.” Yrg. 13. HD 11.04.2018 E. 2015/40736 K. 2018/4394; “...Bununla birlikte avukatın üzerine aldığı iş sonuçlanmadan sözleşme sona ererse, sona erme ile birlikte avukatlık ücreti de muaccel olur. Haksız azil, haklı istifa hallerinde ücret alacağı da muaccel hale gelir. Aynı esas avukatın üstlendiği hukuki yardımı sonuçlandırmadan ölmesi veya ehliyetini kaybetmesi halinde söz konusu olup, bu durumlarda da ücret muaccel olur. (Tülin Kurtoğlu- AkdinVekalet Ücreti ve Avukatın Hukuki Sorumluluğu- Ankara 2016 - Sayfa 222)...” Yrg. 21. HD 06.12.2016 E. 2016/8633 K. 2016/14753; “...Dairemizin kökleşmiş içtihatlarına göre haklı azil halinde ancak azil tarihi itibarıyla sonuçlanıp, kesinleşen işlerden dolayı ücrete hak kazanır. Azil işlemi bir bütün olup bir dosyada azlin haklı, diğerinde haksız olduğu da kabul edilemez. Mahkemece, azlin haklı olduğuna ilişkin gerekçe yerindedir. Öyle olunca, davacı avukat tarafından azil tarihi itibarıyla tamamlanmış iş olmadığına göre davacı vekâlet ücreti isteyemez.” Yrg. 13. HD 09.02.2017 E. 2015/34132 K. 2017/1559; Bkz. aynı yönde Yrg. 13. HD 19.03.2014 E. 2013/30545 K. 2014/8067; Yrg. 13. HD 23.06.2014 E. 2014/3737 K. 2014/20850; Yrg. 13. HD 12.06.2014 E. 2013/17025 K. 2014/18794; “...Davacı avukatın, davalıların vekilliğini yaparken ahzükabz yetkisi olmamasına rağmen icra dosyasından para çekmesi bunu müvekkillerine bildirmemesi ve ödememesi sadakat ve güven borcuna aykırı davranış olduğu ve davalıların vekil olan davacıyı 01.02.2007, 02.11.2007 ve 13.11.2007 tarihlerinde yaptıkları azilde haklı olduğu mahkemece dosya kapsamına göre haklı olarak kabul edilmiştir...Dava konusu olayda, haklı azil söz konusu olduğundan bitmemiş dava ve takiplerden (tahsilatı yapılmamış olan) dolayı davacı davalılardan herhangi bir ücret isteyemez, bu hususta emek ve mesaisi göz önünde bulundurularak hakkaniyet adı altında mahkemece herhangi bir ücret belirlenemez. ...bozulmasına...” Yrg. 13. HD 04.05.2016 E. 2015/15292 K. 2016/12224 (<https://mevzuat.sinerjias.com.tr/>. ET 02.07.2024); “...Avukatın haklı istifası durumunda avukatın istifa beyanının müvekkile ulaşmasıyla vekâlet ücreti muaccel olur. Avukat istifasında haklılığını müvekkile ihtar ettiğinde, müvekkil kararlaştırılan vekâlet ücretini ödemekle yükümlüdür. Müvekkil ödeme yapmaması durumunda vekâlet ücretine bu tarihten itibaren faiz talep edilebilecektir. Avukat müvekkile bu konuda bir ihtar çekmez ve dava yoluna başvurursa dava tarihinden itibaren faiz talep edilebilecektir.” (nak. Bağlı Tahiroğlu, s. 156).

¹²² Karşı yan vekalet ücreti yargıla giderlerinden olup karşı taraf asil lehine hükmedilse de avukata aittir (Av. K. m. 164/V). Yargıtay, yargılama devam ederken davanın, alacağın ibrası nedeniyle konusuz kalması durumunda, karşı taraf vekâlet ücreti ve yargılama masraflarının ibra dışında kalacağını, bunlar hakkında hâkimin karar vermesi gerektiğini belirtmektedir. Bu nedenle, hasmı ile ibra sözleşmesi yapan taraf, sonradan karşı yan vekâlet ücreti ile karşılaşmak istemiyorsa ayrıca karşı yan vekili ile de sözleşme yapması gerekir.

Karşı taraf vekalet ücreti de avukata ait olduğu için, bu ücret müvekkilin borcu nedeniyle karşı tarafça takasa mahsuba konu edilemez. “...Davada haklı çıktığı

raftan tahsil edildiğinde muaccel olur. Burada bahsettiğimiz tahsil, avukatın değil müvekkilin karşı yandan tahsilidir, bu durumda müvekkilden talep edecek olan avukattır. Kanımızca, müvekkil, avukatın ihtarı veya ücretin tahsili için mahkemeye ya da icraya başvurmasıyla temerrüde düşer ve temerrüt faizi ödemekle yükümlü olur.

Müvekkilin karşı tarafla anlaşması ve sonrasında avukatı azlettiği veya tahsilatın müvekkilin kusuru ile imkânsız hale geldiği istisnai hallerde, dürüstlük kuralı gereği henüz tahsil edilmemiş fakat kesin-

için lehine yargılama gideri hükmedilen taraf, davayı bir avukat aracılığıyla takip etmiş ise, mahkemece takdir edilen vekalet ücreti, diğer yargılama giderlerine dahil edilerek, davada haksız tarafa yükletilir... Vekalet ücretinin hüküm altına alınabilmesi için tarafların talebi aranmaz ... Tüm bu açıklamalar karşısında: 1136 sayılı Avukatlık Kanunu'nun 164/son maddesinde, dava sonunda, kararla tarife dayanılarak karşı tarafa yüklenecek vekalet ücretinin avukata ait olacağı, bu hükmün vekil müvekkil arasında çıkacak ve iç ilişkiden kaynaklanan uyuşmazlıkları düzenlemek amacıyla öngörüldüğü, ayrıca, bu ücretin, iş sahibinin borcu sebebiyle takas ve mahsup edilemeyeceği, haczedilemeyeceği hükme bağlanmış olmakla şikayetçi belediye başkanlığı lehine hükmedilen avukatlık ücretinin, onun borcundan dolayı haczedilmesi doğru değildir." Yrg. HGK 29.04.2015 E. 2013/12-2065 K. 22015/1291 (<https://mevzuat.sinerjias.com.tr/>. ET 02.07.2024); Karşı yan vekalet ücretinin karşılıklı davacılar lehine aynı miktarda olması durumunda hâkim vekalet ücretine karar verilmesine yer olmadığı yönünde karar veremez. "...Tarafların karşılıklı davalarının bulunması ve her iki tarafın davasının da kabul edilmesi durumunda dahi yargılama gideri ve vekalet ücretinin takas veya mahsubuna karar verilemez ... Vekalet ücretinin taraf yararına hükmedilmesi bu ücretin avukata ait olduğu gerçeğini değiştirmez. Böyle bir durumda, asıl dava ile karşı dava kabul edildiğinden, asıl dava yönünden davacı-karşı davalı kadın yararına, karşı dava yönünden davalı-karşı davacı koca yararına Avukatlık Asgari Ücret Tarifesi uyarınca maktu vekalet ücreti takdir edilmesi ve her dava için davacısı olan tarafın sarf ettiği yargılama giderlerinin diğer taraftan tahsiline karar verilmesi gerekirken, yazılı şekilde her iki tarafın açtığı dava bakımından yapılan yargılama harç ve giderlerinin tarafların kendi üzerinde bırakılması ve vekalet ücreti takdirine yer olmadığına karar verilmesi doğru görülmemiştir." Yrg. 2. HD 16.04.2013 E. 2012/25558 K. 2013/10762 (<https://mevzuat.sinerjias.com.tr/>. ET 02.07.2024); "...Diğer taraftan HMK'nın 330. maddesinde; vekil ile takip edilen davalarda mahkemece, kanuna göre takdir olunacak vekalet ücretinin taraf lehine hükmedileceği düzenlemesi bulunmakta ise de az yukarıda metnine yer verilen Avukatlık Kanunu'nun 164/ son fıkrasına göre, dava sonunda, kararla tarife dayanılarak karşı tarafa yüklenecek vekalet ücreti avukata aittir. Bu ücret, iş sahibinin borcu nedeniyle takas ve mahsup edilemez, haczedilemez." Yrg. HGK 03.10.2020 E. 2019/13-15 K. 2020/749 (<https://www.kazanci.com/>. ET 10.06.2024).

leşmiş karşı yan vekalet ücreti muaccel olur.¹²³ Ayrıca haklı nedene dayanmayan azil ve haklı istifa hallerinde de ücret, tahsil edilme koşulu aranmadan muaccel olur,¹²⁴ müvekkilin aynı zamanda temerrüde

¹²³ “...Karşı tarafa tahmil edilecek vekalet ücretinin miktarı, dava ve icra takibinin sonuçlanması ile belli olur. Vekil edenin avukatına ödeme borcu da, bunun karşı taraftan tahsil edildiği anda doğar. Henüz karşı taraftan vekalet ücreti alacağını tahsil etmemiş olan müvekkilden, avukat bu ücret alacağını isteyemez. Ancak kural böyle olmakla birlikte, hâkim bu kurala sıkı sıkıya bağlı kalınmamalı, Avukatlık Kanunu’nun 164/son maddesine işlerlik kazandırarak şekilde her olayın özelliğine, durum ve şartlarına göre değerlendirme yapılmalı, özellikle MK’nın 2. maddesinde belirtilen hakkın kötüye kullanılmasına, dürüstlük kurallarının ihlaline izin verilmemeli, gerektiğinde müvekkilin bu alacağını karşı taraftan tahsil etmiş olduğu da kabul edilmelidir. Açıklanan bu nedenlerle somut olayda takip sonucunda karşı tarafa tahmini gereken vekalet ücreti, bilfiil tahsil edilmiş olmasa da davalı müvekkilin karşı tarafla anlaşması ve sonrasında da davacıyı azletmesi nedeniyle, tahsili davalının kusuru ile imkânsız hale geldiğinden, davacı avukatın Avukatlık Kanunu’nun 164/son maddesinde düzenlenen yasal vekalet ücretine de hak kazandığının kabulü gerekir.” Yrg. 13. HD 20.04.2010 E. 2008/15800 K. 2010/5308 (<https://www.kazanci.com/>. ET 02.02.2024); “...Somut olaya bakıldığında, ... davacının davalı adına takip ettiği . İcra Müdürlüğü’nün ... dosyasında, davalı tarafından takip dosyasındaki hacizli gayrimenkullerin satışından alacağı mahsuben dosya alacağını tahsil imkânı varken bunu kullanmadığı anlaşılmalı bu dosya yönünden davacının davalıdan karşı yan vekalet ücreti istemekte haklı olduğu anlaşılmaktadır. Mahkemeye bu dosya yönünden karşı yan vekalet ücreti talebinin kabulü gerekirken reddi usul ve yasaya aykırı olup bozmayı gerektirir.” Yrg. 13. HD 05.05.2010 E. 2009/11624 K. 2010/6191; Bkz. aynı yönde Yrg. 13. HD 13.05.2010 E. 2009/15493 K. 2010/6763; Yrg. 13. HD 17.02.2011 E. 2010/7032 K. 2011/2244; Yrg. 13. HD 24.12.2012 E. 2012/21217 K. 2012/29317 (<https://mevzuat.sinerjias.com.tr/>. ET 02.07.2024).

¹²⁴ “...Haksız olarak azledilen avukat, avukatlık ücretinin tamamına hak kazanır. (Avukatlık Kanunu 174/2. maddesi) Avukatın bu ücret alacağı kapsamında, müvekkili ile arasında geçerli bir ücret sözleşmesi yoksa, Avukatlık Kanunu’nun 163/son maddesi hükmünce avukatlık asgari ücret tarifesine göre hesap edilecek ücret ile, aynı yasanın 164/son maddesi gereğince aksine sözleşme yapılmadığı takdirde avukata ait olacağı açıklanan ve hasma tahmil edilmesi gereken ücretin bulunduğu duraksama olmamalıdır.” Yrg. 13. HD 24.11.1992 E. 1992/5978 K. 1992/9106 (<https://www.kazanci.com/>. ET 04.05.2024); “...Davacı avukatın icra dosyasının takibi sırasında haksız olarak azledilmesi nedeniyle akdi ve karşı yan vekalet ücretinin istenmesi için tahsil edilme şartı aranmayacağı gözönünde bulundurulurken, icra dosyasındaki akdi ve karşı yan vekalet ücreti ile Asliye Ceza Mahkemesi dava dosyası için akdi ve karşı yan vekalet ücretinin taraflar arasında yazılı ücret sözleşmesinin bulunmadığı ancak davacı avukatın talebi gözetilerek azil tarihinde yürürlükte bulunan Avukatlık Asgari Ücret Tarifesine göre vekalet ücretine hak kazandığı kabul edilerek sonucuna uygun bir karar verilmelidir.” Yrg. 13. HD 28.11.2013 E. 2013/15124 K. 2013/29427 (<https://mevzuat.sinerjias.com.tr/>. ET 02.07.2024).

düşüp düşmeyeceği¹²⁵ konusu ise kararlarda açık olarak ifade edilmiş değildir.

b. Masraf Alacağıın Muacceliyeti ve Temerrüt

Av. K. m. 173/II' de görülecek işe ilişkin tüm masrafların müvekkilin sorumluluğunda olduğu ve avukatın ilk istemi üzerine ödenmesi, eğer bu masrafları avukat yapacaksa yeterli avansın verilmesi gerektiği düzenlenmiştir. Öyleyse vekilin masraf alacağı, masrafın yapılmasıyla, avans alacağı ise talep edilmesiyle muaccel hale gelir, vekalet konusu işlerin sona ermesi şart değildir.¹²⁶ Müvekkil, masrafları yapıldıkları gündeki değerlerine göre kural olarak faizi eklenerek (TBK m. 510) para ile öder.¹²⁷

Bir fikre göre avukat kullanmadığı avansı faiziyle iade etmelidir.¹²⁸ Buradaki faiz temerrüt değil, masrafın yapıldığı veya avansın verildiği günden itibaren hesaplanacak¹²⁹ anapara faizidir. Katıldığımız fikre göre avukat, verilen avans için görevi sona erene kadar faiz ödemek zorunda değildir, verilen masrafın değerinin azalması müvekkilin sorumluluğundadır, görev sona erdiğinde vekil alacaklarıyla takas yapabilir, sonrasında ise vekalet görevinin sona erdiği andan itibaren he-

¹²⁵ Bilindiği gibi karşı vekalet ücreti için karşı yandan kural olarak karar tarihinden itibaren, kararın icrası için kesinleşmesi gereken hallere ise kesinleşme tarihinden itibaren temerrüt faizi istenebilir. "...Öte yandan; ilamda, faiz ve faizin başlangıcı konusunda bir hüküm bulunmaması halinde karar tarihinden itibaren yasal faiz istenebilir. Ancak, hükmün infazı için kesinleşmesi gereken hallerde, faizin, kararın kesinleşme tarihinden itibaren hesaplanması gerekir (İçtihadı Birleştirme Hukuk Genel Kurulu'nun 24.11.1995 tarih, 1994/2 E. - 1995/2 K. sayılı ve HGK'nun 05.04.2000 tarih, 2000/12-739 E. - 2000/746 K. sayılı ilâmlarında vurgulandığı üzere)..." Yrg. 12. HD E. 2018/6150 K. 2019/5015 (<https://karararama.yargitay.gov.tr/>. ET 13.03.2024).

¹²⁶ Yavuz/Acar/Özen, s. 560, 561; Fahrettin Aral/Hasan Ayrancı, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, 9. Bası, Yetkin Kitabevi, Ankara 2012, s. 410; Aydın Zevkliler/Emre Gökyayla, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Ankara 2015, s. 666.

¹²⁷ Aral/Ayrancı, s. 410; Zevkliler/Gökyayla, s. 666; Yavuz/Acar/Özen, s. 560.

¹²⁸ "Vekalet veren, vekil tarafından yapılmış olan bu gider ve avansların sadece sermayesini değil yapıldıkları tarihten hesap edilecek faizi de borçlu olur." Yavuz/Acar/Özen, s. 560, 561; "Türk Borçlar Kanunu madde 510/ I uyarınca, yapılan gider ve verilen avanslar için vekile faiz de ödenmesi gerekir. Söz konusu faiz ödenecek olan gider ve avansların bir parçası olup, temerrüt faizi niteliği taşımamaktadır." Erkan, s. 450.

¹²⁹ Suat Sarı, Vekalet Sözleşmesinin Tek Taraflı Olarak Sona Erdirilmesi, Beşir, İstanbul 2004, s. 28.

saplanacak temerrüt faizi ile birlikte iade etmelidir (bkz. TBK m. 508/II).¹³⁰

5. Alacağıın Hapsedilen Şey ile Bağlantılı Olması ve Avukatın Şeyin Zilyetliğini Müvekkilin Rızası ile Elde Etmesi

Hapis hakkının muhatabı, sözleşmenin tarafı olan müvekkildir.¹³¹ Hapis hakkının usulüne uygun olarak kullanılabilmesi için alacak ile hapis hakkının konusu şey arasında ilişki olması gerekir (TMK m. 950). *Önemli hususlardan biri ücret ve masraf alacaklarının üçüncü kişiye devri halinde hapis hakkının da devredilmiş olmamasıdır, çünkü burada devreden kişinin kişiliğine özgü bir bağlı hak mevcuttur (TBK m. 189/1). Devralan alacaklı, borçluya yazılı bildirim yapılması gibi (bize değil Yargıtay'a göre) avukatın hapis hakkına özgü yükümlülükler uyması gerekmeden genel hapis hakkını kullanabilir.*

Hapis hakkının konusu ile alacak arasında bağlantı olmalıdır (TMK m. 950) yani hak, ilgili iş nedeniyle doğan alacak için kullanılabilir, sözleşme ile aksi kararlaştırılmadıkça müvekkilin başka dosyadaki alacağı için kullanılamaz.¹³² Burada bakılması gereken husus ücretin hangi işler için kararlaştırıldığı olmalıdır. Şayet ücret birden fazla işin karşılığı olarak toptan belirlenmişse avukat her bir işten yapacağı tahsilat üzerinde hapis hakkını kullanabilmelidir, nitekim böyle bir durumda tüm tahsilatlar ücret alacağı ile bağlantılıdır. Bu konuda Yargıtay'ın, kanımızca hatalı olan yaklaşımına göre her bir dava için ayrı ayrı verilmiş vekaletnameler ayrı birer avukatlık sözleşmesi sayılır.¹³³ Tek taraflı olarak verilen bir temsil yetkisinden ibaret olan vekaletnameyi sözleşme olarak gören yaklaşıma katılmak mümkün değildir. Benzer şekilde, Yargıtay'ın vekaletnameleri düzenleniş tari-

¹³⁰ Bkz. Erkan, s. 458.

¹³¹ Yargıtay'ın bir kararında değindiği gibi; ortakları aynı gerçek kişiler olsa bile A şirketi adına tahsil edilen para üzerinde B şirketinin borcu için hapis hakkı kullanılamaz. Yrg. 13. HD 11.11.2010 E. 2010/2009 K. 2010/1495; TBB Disiplin Kurulu 02.08.2014 E. 2014/257 K. 2014/478 (nak. Mısır, s. 485 vd.).

¹³² Yrg. 4. CD 22.09.2014 E. 2014/6571 K. 2014/26577 (<https://mevzuat.sinerjias.com.tr/>. ET 02.07.2024); "...Avukatın iş sahibi tarafından verilen çekler üzerinde hapis hakkı vardır." TBB Disiplin Kurulu Kararı 20.11.1993 E. 1993/68 K. 1993/71, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, S. 1994/1, s. 247 (nak. Çelik, s. 416).

¹³³ Yrg. 5. CD 24.01.2016 E. 2015/11443 K. 2016/352 (nak. Mısır, s. 485 vd.).

hinden itibaren on yıl geçmekle hükümsüz sayan yaklaşımı da hukuki nitelendirme bakımından hatalıdır. Yargıtay ceza daireleri ise; bazı karalarında paragraf başında bahsettiğimiz kuralı uygularken avukat lehine toleranslı davranmakta ve müvekkilin birden çok işini takip eden avukatın ücret alacağına doğduğu işin dışında kalan bir işten dolayı yaptığı tahsilat üzerinde hapis hakkını kullanabileceğini kabul etmektedir.¹³⁴ Alacakla bağlantılı olsa dahi haczi mümkün olmayan mal ve haklar üzerinde hapis hakkı kullanılamaz (*nitelikleri itibarıyla paraya çevrilmeye elverişli olmayan taşınır lar üzerinde hapis hakkı kullanılamaz* -TMK m. 951-).¹³⁵

Avukatın hapis hakkını kullanacağı taşınır eşya üzerindeki zilyetliğini müvekkilin rızasıyla elde etmiş olması gerekir. Avukatın taşınır mala zilyetliği müvekkil tarafından kazandırılabilir gibi ahzu kabz yetkisini kullanması sonucu da elde edilmiş olabilir. Avukatın genel vekaletnameyle yetkilendirilmesi, özel bir yetki olmayan ahzu kabzı da kapsar.¹³⁶ Bu durumda avukat, ancak müvekkilin kendisini ahzu kabza yasaklaması halinde haksız zilyet durumuna düşecek ve teslim aldığı eşya üzerinde hapis hakkını kullanması usulsüz kullanım olacaktır.

Hapis hakkı avukatın müvekkil ile arasındaki sözleşme ilişkisine bağlı olduğu için kural olarak vekalet ilişkisi son bulduktan sonra kullanılamaz.¹³⁷ Zaten sözleşme ilişkisi sona erdiğinde avukatın ahzu

¹³⁴ Özen, s. 99-103. Ayrıca bkz. Yrg. 4. CD 22.09.2014 E. 2014/6571 K. 2014/26577 (<https://mevzuat.sinerjias.com.tr/>. ET 02.07.2024).

¹³⁵ Sungurtekin Özkan, s. 278, 279.

¹³⁶ "...Davaya vekalette özel yetki verilmesini gerektiren haller" başlıklı 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 74. maddesinde ahzu kabz yetkisine yer verilmemiş olmasının, avukatın bu yetkiye sahip olmadığı anlamına gelmediği, tam aksine bu yetki vekaletname ile birlikte vekile tanınan yetkiler arasında yer aldığından, aksi açıkça belirtilmedikçe, avukatın ahzu kabz yetkisine sahip olduğu kabul edilmelidir. 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun yürürlüğe girdiği 01/10/2011 tarihinden önce düzenlenmiş ve "ahzu kabz" yetkisi içermeyen vekaletnamelere dayanılarak 01/10/2011 tarihinde ve sonrasında vekaletnamede bulunmayan bir yetkinin, dolayısıyla "ahzu kabz" yetkisinin vekalet verenin iradesine aykırı bir şekilde kullanılmıyacağı da kuşkusuzdur." Yrg. 8. HD 24.05.2017 E. 2015/6701 K. 2017/7684 (<https://www.kazanci.com/>. ET 02.07.2024).

¹³⁷ "...Sanığın, vekâlet ilişkisinin bulunduğu dönemlerde müvekkili tarafından verilen veya onun namına tahsil ettiği ve bu nedenle uhdesinde tuttuğu para, mal ve diğer kıymetleri, alacağı nispetinde elinde tutabilmesi ve 1136 sayılı

kabz yetkisi de sona ereceğinden, müvekkil adına tahsilat yapması da mümkün olmaz ve aksine davranış, nitelikli zimmet suçunu oluşturabilir.¹³⁸

Taşınurlar bakımından yukarıdaki açıklamalar geçerli olmakla birlikte avukatın müvekkil adına tahsil ettiği ya da müvekkil tarafından kendisine verilen para üzerinde hapis hakkından söz edilemeyeceği için takas hakkının kullanımı söz konusu olur. Yargıtay para üzerinde “hapis hakkı”nı kabul ettiği için alacağın ilgili olduğu iş konusundaki tartışmalar devam etmektedir. Oysaki çalışmamızda açıkladığımız gibi para hakkında takas hakkı kabul edildiğinde bu tartışmalara gerek kalmayacaktır.

6. Bildirim ve Hesaplaşma (İbra)

Yargıtay’a göre, hapis hakkının usulüne uygun olarak kullanılabilmesi için, avukatın hapis hakkını hangi işlerden ötürü, hangi oran ve/veya miktarda kullandığını müvekkile makul sürede¹³⁹ yazılı olarak bildirmesi ve onu hesaplaşmaya davet etmesi gerekir (TBB Meslek Ku-

Avukatlık Kanunu’nun 166/1. maddesinde düzenlenen “hapis hakkını” bu suretle kullanması mümkün ise de; vekâlet ilişkisinin sona ermesinden sonra müvekkili nam ve hesabına para kabul ve tahsil etmeye yetkili bulunmaması karşısında, bu para üzerinde hapis hakkını kullanması mümkün değildir. Bu itibarla olayda hukuka uygunluk nedeninin gerçekleşmediği ve TCK’nun 26. maddesinin uygulanma koşullarının olmadığı anlaşılmaktadır.” Yrg. 4. CD 24.11.2014 E. 2014/37188 K. 2014/34037; Yrg. 13. HD 09.07.2015 E. 2014/32164 K. 2015/23709; Yrg. 13. HD 25.06.2013 E. 2012/26965 K. 2013/17391; Yrg. 4. CD 24.11.2014 E. 2014/37188 K. 2014/34037 (<https://mevzuat.sinerjias.com.tr/>. ET 02.07.2024).

¹³⁸ Yrg. 4. CD 24.11.2014 E. 2014/37188 K. 2014/34037; Yrg. 5. CD 24.12.2015 E. 2013/15290 K. 2015/17789 (<https://mevzuat.sinerjias.com.tr/>. ET 02.07.2024); TBB Disiplin Kurulu 25.10.2013 E. 2013/280 K. 2013/811; Yrg. 5. CD 14.01.2014 E. 2012/1294 K. 2014/377 (nak. Mısır, s. 484 vd.); Bu suç eski tarihli kararlarda emniyeti suiistimal (Yrg. 4. CD 14.02.2014 E. 2014/6571 K. 2014/26577); yeni tarihli kararlarda zimmet (Yrg. 5. CD 14.01.2016 E. 2015/11443 K. 2016/352) suçu olarak nitelenmektedir. Bkz. Mısır, s. 460 vd.

¹³⁹ Bilgi ve hesap verme makul sürelerde yerine getirilmelidir. Bu konuda her somut olayın özelliğine ve tüm yönlerine bakılmak suretiyle değerlendirme yapılması gerekmektedir. Özen, s. 99-103. Yrg. 13. HD 16.01.2014 E. 2013/17664 K. 2014/796. Yargıtay’a göre tahsil edilen paranın otuziki gün sonra müvekkile banka kanalıyla gönderilmesi makul değildir. Yrg. 13. HD 21.12.2009 E. 2009/4635 K. 2009/15076 (<https://mevzuat.sinerjias.com.tr/>. ET 02.07.2024).

ralları m. 43, 45). Yalnızca hapis hakkının kullanıldığına dair bildirim yeterli değildir, alacak vereceklerin net olarak yazılması gerekir.¹⁴⁰

Avukatın bildirim yükümlülüğüne ilişkin olarak farklı yönde kararlar mevcuttur. Örneğin, bir kararda, sözleşmede müvekkil adına tahsil edilecek miktardan vekalet ücretinin öncelikli olarak alınacağına kararlaştırılması halinde, hapis hakkını kullanırken avukatın ayrıca bildirim yapmasına gerek olmadığı ifade edilmiştir¹⁴¹. Aksi yöndeki kararda ise müvekkil adına tahsil edilecek miktardan vekalet ücreti ve varsa masrafların mahsup edileceği avukatlık sözleşmesinde kararlaştırılmış olsa dahi, avukatın bilgi verme yükümlülüğünün ortadan kalkmadığını belirtmiştir¹⁴². Kanımızca, avukat-müvekkil arasındaki

¹⁴⁰ Yrg. 13. HD 24.05.2017 E. 2015/19231 K. 2017/6255. Ayrıca bkz. Yrg. 13. HD 20.03.2017 E. 2015/39730 K. 2017/3350 (<https://mevzuat.sinerjias.com.tr/>. ET 02.07.2024); "...Avukat hapis hakkını kullanmadan önce, hangi alacağına karşılık, hangi paradan ne miktar hapis hakkını kullanacağını yazılı olarak müvekkiline bildirmek zorundadır." TBB Disiplin Kurulu 21.01.2006 E. 2005/384 K.2006/16 (nak. Mısır, s. 470 vd., vurgu yapılmıştır).

Hapis hakkının kullanılmasına ilişkin koşullar için bkz. Yrg. 13. HD 15.09.2014 E. 2014/5177 K. 2014/26945; Yrg. 13. HD 05.10.2010 E. 2010/2876 K. 2010/12681 (<https://mevzuat.sinerjias.com.tr/>. ET 02.07.2024); TBB Disiplin Kurulu 01.12.2012 E. 2012/576 K. 2012/645; TBB Disiplin Kurulu 07.07.2006 E. 2006/226 K. 2006/270 (nak. Özen, s. 99-103). TBB Disiplin Kurulu 24.01.2014 E. 2013/632 K. 2014/4 (nak. Filiz Berberoğlu Yenipınar, Avukatın Azli İstifası Vekalet Ücreti Tazminat, Seçkin, Ankara 2017, s. 37-39); TBB Disiplin Kurulu 15.9.1990 E. 1990/58 K. 1990/71, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, S. 1990/3, s. 421 (nak. Çelik, s. 416).

¹⁴¹ "...Hapis hakkı ile ilgili bu açıklamalardan sonra dava konusu olaya bakılacak olursa; taraflar arasında... imzalanan... sözleşmede davalı avukata vekâlet ücreti olarak davacılar adına bankaya yatacak olan kiralardan tahsilat yaparak ücretten mahsup etmesi hususunda yetki verildiği, tüm kiraların avukata ödeneceği, davacılar kiracılar tarafından verilecek kiraların avukata getirilip teslim edileceği ve avukatın bu hususta tam yetkili olduğu, vekâlet ücreti olarak davacılar düşecek daire ve dükkânların değeri üzerinden %10 vekâlet ücreti verileceği belirtilmektedir... taraflar arasında imzalanan 06.10.2009 tarihli sözleşme ile davacı müvekkiller tarafından davalı avukata adlarına yatacak kiralardan da vekâlet ücretini tahsil yetkisi açıkça tanınmış olup, tanınan bu yetki dolayısıyla davalı avukatın davacılar karşı ayrıca bilgilendirme yükümlülüğü bulunmamaktadır." Yrg. 13. HD 17.01.2019 E. 2016/4079 K. 2019/307 (<https://mevzuat.sinerjias.com.tr/>. ET 02.07.2024).

¹⁴² "...Her ne kadar taraflar arasında imzalanan sözleşmede kısmi tahsilatlardan öncelikle vekâlet ücreti ve o ana kadar ödenmemiş gider varsa bu miktarların mahsup edileceği kararlaştırılmış ise de, bu durumun davacı avukata icra dosyasından çektiği paralar ile ilgili olarak davalı müvekkiline azil tarihine kadar bilgi vermemesine neden olamayacağı, bu hususta davacı avukatın üzerine aldığı

ilişkinin temelini karşılıklı güvenin oluşturduğu ve avukatlık mesleğinin genel ilkeleri düşünüldüğünde, avukatın sözleşmede kendisine tanınan hakkı kullanırken dahi müvekkile bilgi vermesi gerekir. Fakat tahsilatın para olarak yapıldığı söz konusu örneklerde, her ne kadar “hapis hakkı”ndan söz edilmişse de takas söz konusudur. Yukarıda değindiğimiz gibi¹⁴³ para bakımından takas hakkı kabul edilecek olursa hesaplaşma zorunlu bir unsur olmayacaktır, ancak bu avukatın bilgi verme yükümlülüğünü ortadan kaldırmaz.

Hesaplaşma; alacak-vereceklerin kalem kalem yazılması ve tarafların mutabakatı ile olmalıdır, genel ifadeler hesaplaşma sayılmaz ve geçerli bir ibranameye vücut vermez.¹⁴⁴ Hesaplaşmadan kasıt ibra sözleşmesidir. İbra sözleşmesi, alacaklı ile borçlunun anlaşarak, ifa edilmemiş bir borcu kısmen ya da tamamen¹⁴⁵ sona erdirmelerini konu

vekalet görevinin gereklerini tam ve sağlıklı olarak yerine getirmedeği ve böylece davalının vekil olan davacıyı 30.04.2009 tarihinde yaptığı azilde haklı olduğu dosya kapsamından anlaşılmaktadır.” Yrg. 13. HD 01.07.2015 E. 2014/32872 K. 2015/22749 (<https://mevzuat.sinerjias.com.tr/>. ET 02.07.2024).

¹⁴³ Bkz. “Para (Hapis Hakkı Değil Takas-Mahsup’un Söz Konusu Olması)” (II-B-2-b).

¹⁴⁴ “...15.03.2010 tarihli ibranamede ise, hangi parsellere ilişkin belediyeden para tahsil edildiği, tahsil edilen paranın ne kadar olduğu, ibranameye konu hukuki ilişkinin ne olduğu hususlarında herhangi bir açıklama bulunmamaktadır. Bu kapsamda, adı geçen belge bir makbuz niteliğinde olup, ibraname şartlarını taşımadığından davacı avukatlar 24.03.2010 tarihli sözleşmeye aykırı davranmışlardır.” Yrg. 13. HD 07.12.2016 E. 2015/31871 K. 2016/22953; “...Davalı vekilin dayandığı ibraname bu açıklamalar doğrultusunda incelendiğinde, güven verici gerekli açıklıkta, anlaşılabilir değildir. Bir defa vekilin ne miktar para tahsil ettiği, ne kadar masraf, vekalet ücreti kesip davacıya ne miktar ödediği belli olmadığı gibi, davacının bunları bildiği hususu da kanıtlanmamıştır. Öyle olunca böyle bir ibranameye itibar edilemez. Davalı avukat tahsil ettiği paranın ne kadar olduğunu, bu paradan ne şekilde ve miktarda davacıya ödediğini ispat etmek zorundadır. Davalı ibraz ettiği delillerle tahsil ettiği kamulaştırma bedelinin ve davacıdan aldığı masraf avanslarının hesabını vermemiş paranın tamamını ödediğini kanıtlayamamıştır. Ne var ki davalı sair delil demek suretiyle yemin deliline dayanmıştır. Mahkemece, davalıya yemin teklif etme hakkı olduğu hatırlatılarak, hasıl olacak sonuca göre karar verilmesi gerekirken...” Yrg. 13. HD 19.11.2008 E. 2008/4706 K. 2008/13838 (<https://mevzuat.sinerjias.com.tr/>. ET 02.07.2024).

¹⁴⁵ İbra sözleşmesiyle yalnızca sözleşmede belirtilen borç sona ermekte ve ibranın taraflar arasındaki diğer borçlara etkisi olmaz. Aksi ispat edilmedikçe ibra konusu olan borcun tamamı için yapılmış sayılır (Kemal Oğuzman/M. Turgut Öz, Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt II, Vedat, İstanbul 2012, s. 577).

alır.¹⁴⁶ Yargıtay'ın hesaplaşmada aradığı kriterlere benzer şekilde öğretide bazı yazarlara ve bazı kararlara göre, borç kalemlerinin teker teker gösterilmediği, genel, muğlak¹⁴⁷ ifadeler içeren ibra sözleşmeleri geçersizdir.¹⁴⁸

C. Zamanaşımı, İspat, İade Borcunda Faiz, Tazminat

Avukatın müvekkili adına tahsil ettiği para ve diğer kıymetleri müvekkile verme borcunun zamanaşımı, vekilin hesap vermesi veya vekalet sözleşmesinin sona ermesiyle işlemeye başlar.¹⁴⁹ Nitekim yukarıda belirttiğimiz gibi avukatın sözleşmenin kurulmasıyla başlayan hesap verme borcu sözleşmenin sona ermesinden sonra dahi devam eder ve hesap verme borcu yerine getirilmedikçe zamanaşımı işlemeye başlamaz. Örneğin sözleşme sona ermesine rağmen avukatın kendi adına yaptığı tahsilattan müvekkilin haberi olmamışsa, zamanaşımı süresi de başlamayacaktır.¹⁵⁰

¹⁴⁶ Aydın Zevkliler/Şeref Ertaş/Ayşe Havutçu/Murat Aydoğdu/Emre Cumalıoğlu, *Borçlar Hukuku, Barış, İzmir 2013*, s. 354; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 985 vd; Eugen Bucher, *Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil ohne Deliktsrecht, Schulthess Polygraphischer Verlag, Zürich 1988*, s. 401; Peter Gauch/Walter R. Schluemp/Jörg Schmid/Susan Emmenegger, *Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil 2. Band, Schulthess Verlag, Zürich-Basel-Genf 2014*, s. 205; Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Wolfgang Wiegand, *Basler Kommentar Obligationenrecht I Art. 1-529 OR, Helbing Lichtenhahn Verlag, Basel 2011*, s. 715; Hans-Joachim Musielak, *Grundkurs BGB, Verlag C.H. Beck, München 2009*, s. 98; Felix Hütte/Marlena Hütte, *Schuldrecht Allgemeiner Teil, 2010*, s. 69; Emre Cumalıoğlu, "İbra Sözleşmesinin Konusunun ve Kapsamının Sınırları", *Uluslararası Antalya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2016, C. 4, S. 7, s. 106.

¹⁴⁷ Martin Schlüter, *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch: BGB, Band 3: Schuldrecht - Allgemeiner Teil II, C.H. Beck, München 2016*, § 397 Rn.7.

¹⁴⁸ Oğuzman/Öz, s. 579; Yrg. 9. HD 12.12.2005 E. 2005/13634 K. 2005/39085; Yrg. 9. HD 21.11.2005 E. 2005/34703 K. 2005/36619; Yrg. 9. HD 15.06.2005 E. 2004/29588 K. 2005/21441; Yrg. 9. HD 22.11.2004 E. 2004/10565 K. 2004/27739 (nak. Şahin Çil, *İş Hukukunda İbra Sözleşmesi (İbraname)*, Legal, İstanbul 2006, s. 146-148). Bu nedenle ibraya konu olan borcun kapsamı net bir şekilde belirtilmelidir. "Tüm borçlar sona ermiştir" şeklindeki genel ifadeler içeren, kapsamı tam olarak anlaşılamayan ibra sözleşmeleri dar yorumlanır (Oğuzman/Öz, s. 579; Heinz Georg Bamberger/Herbert Roth, *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch Band 1, C.H. Beck, München 2007*, s. 1755, 1757).

¹⁴⁹ Yrg. HGK 19.03.2019 E. 2017/14-1750 K. 2019/321 (<https://karararama.yargitay.gov.tr/>. ET 01.05.2024).

¹⁵⁰ "...Avukatlık sözleşmesinden doğan vekalet ücreti alacağı kural olarak beş yıllık zamanaşımı süresine tabidir. Ücret ödeme borcu muaccel hale gelmeden, ücret ala-

Bu nedenle zamanaşımın başlangıcının, hesap verme borcunun gereği gibi ifa edildiği ya da sözleşmenin sona ermesi kaydıyla müvekkilin alacağını öğrendiği an olarak belirtilmesi doğru olur. Zamanaşımı süresi beş yıldır (TBK m. 147/V), burada tazminat taleplerindeki bir ve beş yıllık zamanaşımı süreleri (Av. K. m. 40)¹⁵¹ uygulanmaz.¹⁵²

çağının tabi olduğu zamanaşımı süreside işlemeye başlamaz. Bu nedenle avukatın ücret alacağına geçerli olan beş yıllık zamanaşımı süresi ücretin muaccel olmasından itibaren başlar.” Yrg. 21. HD 06.12.2016 E. 2016/8633 K. 2016/14753; “...Zamanaşımının başlangıç tarihinin vekalet sözleşmesinin son bulma tarihi olduğu doktrinde baskın görüş olarak kabul edilmektedir. ... vekilin aldıklarını iade etmesine ilişkin olan verme borcu ve müvekkilin bunları talep hakkı vekalet sözleşmesinden doğan tüm alacaklar gibi beş yıllık zamanaşımına tabi bulunmaktadır... Vekalet ilişkisi devam ettiği sürece ve hatta vekalet ilişkisi sona erdikten sonra dahi hesap verme borcu devam eder. Hesap verme ve hesap sorma borcunun sürekli olması zamanaşımının işlemlerini engeller... Alacak doğduğu andan itibaren zamanaşımı işlemeye başlar ancak, burada önemle üzerinde durulması gereken bir husus var ki o da, alacağın da alacaklı tarafından bilinmesi gerektiği hususudur. Eldeki davada davacı; vekili tarafından taşınmazların satıldığını bilmediğinden ve davalı da hesap verme borcunu kendiliğinden yerine getirmek suretiyle, alacağın varlığından davacıyı haberdar etmediğinden, zamanaşımının taşınmazların satış tarihinden itibaren değil, davacının taşınmazların satıldığını öğrenme tarihinden yani bu alacağından haberdar olduğu andan itibaren işlemeye başlayacaktır.” Yrg. HGK 04.05.2011 E. 2011/13-161 K. 2011/276 (<https://mevzuat.sinerjias.com.tr/>. ET 02.07.2024).

¹⁵¹ Bir yıllık süre tazminat hakkının öğrenildiği andan beş yıllık uzun süre ise zararı doğuran olaydan itibaren hesaplanır (Av. K. m. 40). “...Avukatlık Kanunu’nun 40. maddesinde “İş sahibi tarafından sözleşmeye dayanılarak avukata karşı ileri sürülen tazminat istekleri, bu hakkın doğumunun öğrenildiği tarihten itibaren bir yıl ve her halde zararı doğuran olaydan itibaren beş yıl geçmekle düşer.” hükmü bulunmaktadır...Dava 16.05.2005 tarihinde açıldığına ve davalı süresinde zamanaşımı itirazında bulunduğu, davacı da zararı azil ile öğrendiğini bildirdiğine göre bir yıllık zamanaşımı süresinden sonra dava açılması nedeniyle davanın reddine karar verilmesi gerekirken yazılı şekilde hüküm kurulması usul ve yasaya aykırı olup bozmayı gerektirir.” Yrg. 13. HD 10.06.2008 E. 2008/366 K. 2008/8103 (<https://mevzuat.sinerjias.com.tr/>. ET 02.07.2024).

¹⁵² “...Dava, vekilin özen ve sadakatle iş görme ve hesap verme yükümlülüğüne aykırı davranması ve müvekkili olan davacı adına vekaleten yapmış olduğu tahsilatın ödenmeyerek zarara uğraması nedeniyle açılan alacak istemine ilişkindir... Tazminat talebinin dışında, somut olayda olduğu gibi avukatın vekaleten tahsil ettiği parayı iade etmemesi nedeniyle açılan bir alacak davasında ise Avukatlık Kanunu’nun 40. maddesi değil, vekalet sözleşmesine ilişkin zamanaşımını düzenleyen TBK’nın 147/5... maddesi hükmü uygulanmalıdır.” Yrg. 3. HD E. 2021/3934 K. 2021/8014 T. 7.9.2021 (<https://www.kazanci.com/>. ET 16.01.2024); Bkz. aynı yönde Yrg. 13 HD 10.03.2020 E. 2019/1149 K. 2020/3113 (<https://mevzuat.sinerjias.com.tr/>. ET 02.07.2024).

Müvekkil adına tahsil edilen para ya da edinilen diğer kıymetlerin iade edildiğini avukatın ispatlaması gerekir.¹⁵³ Aynı şekilde, özen yükümlülüğünü ifa ettiğini de avukat ispat etmelidir.¹⁵⁴ Paranın iade edildiğinin ispat edilememesinin ya da hapis hakkının doğru şekilde, usulüne uygun kullanılmamasının sonuçlarından ilki; avukatın, tahsil ettiği parayı faiziyle ödemesi (TBK m. 508/II) ve malın iade edilmemesi nedeniyle müvekkilin uğradığı zararların tazminidir. Parayı usulsüz şekilde elinde tutan avukat yasal temerrüt faizinden sorumludur, faizin başlangıcı ise dava tarihi değil, paranın tahsil edildiği gündür.¹⁵⁵ Avukat, müvekkil adına tahsil ettiği parayı iade etmesi gerektiğini bildiğinden; faiz borcunun doğması için, avukatın temerrüde düşürülmesine gerek yoktur.¹⁵⁶ Ayrıca müvekkil koşulları varsa, temerrüt faizini aşan miktar için aşkın zarar talep edebilir, burada avukatın kusuruyla

¹⁵³ Yrg. HGK 19.03.2019 E. 2017/14-1750 K. 2019/321 (<https://karararama.yargitay.gov.tr/>. ET 01.05.2024).

¹⁵⁴ "...Davalının savunmasının mahiyetine göre davacı avukat usulüne uygun şekilde müvekillinin yazılı talimatları ile işlem yaptığını, başka bir anlatımla özen ve hesap verme borcunu gereği gibi ifa ettiğini ispata elverişli delil sunmalıdır. Ne var ki dosyaya bu yönde sunulan ve davalı tarafca kabul edilmeyen, imza ihtiva etmeyen, ilgili yetkilinin elektronik posta adresine gönderildiği ispatlanamayan elektronik postaların ve suretten ibaret sözleşme taslaklarının delil gücünün olmadığı, davacı avukatın çalışma ve bilgilendirmelerini usule ve aralarındaki sözleşmeye göre ifa ettiğinin ortaya konulamadığı açıktır. Hal böyle olunca davacının sözleşmeyle yüklendiği iş ve işlemleri gereği gibi ifa ettiği kabul edilemeyeceğinden azlin haklı olduğu gözetilerek bakiye ücret talebinin reddedilmesi gerekir. Sonuç olarak Hukuk Genel Kurulunca da benimsenen bozma kararına uymak gerekirken direnme kararı verilmesi usul ve yasaya aykırı bulunmuştur." Yrg. HGK 29.04.2021 E. 2019/13-18 K. 2021/537 (<https://www.kazanci.com/>. ET 10.06.2024).

¹⁵⁵ "...somut olayda, davaya konu taşınmazların satış tarihindeki rayiç bedelinin, satış tarihinden itibaren işleyecek yasal faizi ile davalıdan tahsiline karar verilmesi gerekirken, yazılı şekilde satış tarihindeki değerini dava tarihinden itibaren yasal faizi ile birlikte davalıdan tahsiline karar verilmesi usul ve yasaya aykırı olup, bozmayı gerektirir." Yrg. 13. HD 21.03.2016 E. 2015/10560 K. 2016/7977 (<https://mevzuat.sinerjias.com.tr/>. ET 02.07.2024).

¹⁵⁶ "...vekil zimmetinde kalan paranın faizini de vermeye mecburdur. ...Olayda para yatırılmadığı için, davacıya yapılan ihale feshedildikten sonra, dava konusu yapılan para davalının eline ulaşmıştır. Daha önce ihale feshedildiğine göre vekilin derhal işin hesabını vermesi ve parayı müvekkiline geri ödemesi gerekir. O halde davalı parayı aldığı tarihten itibaren geri göndermeye yükümlü olduğundan, o tarihten itibaren temerrüt faizi ödemesi gerekir. Mahkemece bu yön gözetilmeden, temerrüt faizinin dava tarihinden başlatılması yasaya aykırıdır." Yrg. 13. HD 12.10.1988 2960/4652 (nak. Günay, s. 118).

temerrüde düşmediğini ispat etmesi ancak olağanüstü, beklenmedik durumlarda mümkün olabilir. Para dışındaki varlıklar için ise gecikme tazminatı talep edilebilir. Avukat andıklarımız dışında, yaptığı iş ve işlem ile müvekkiline zarar verirse bu zararı da karşılamalıdır.¹⁵⁷

SONUÇ

Avukat-müvekkil ilişkisi sıkı bir güven temeli üzerine inşa ediliyor ve avukatlık mesleği kamu düzeniyle doğrudan ilişkili bir meslek olarak icra ediliyor olsa da, fiiliyatta bu ilişki oldukça kırılgan bir yapıdadır ve bu durum avukatı müvekkiline karşı şüpheli ve dikkatli davranmaya itmektedir. Özellikle maddi konulardaki karşılıklı güvensizlik ve kültürümüzde yazılı anlaşma teklifinin güvensizlikten de öte saygısızlık olarak algılanması, hukuk kuralları ile yaşam arasında kopuklukları kaçınılmaz kılmaktadır. Sonuçta taraflar hukukun zorladığı yükümlülükleri ertelemekte ve bunun sonucunda hapis hakkının usulsüz kullanımından doğan davalar kaçınılmaz olmaktadır. İşte bunların bir sonucu olarak; bazı avukatlar müvekkilleri adına yaptıkları tahsilatları müvekkillerine haber vermeden, ücret ve masraf alacaklarının karşılığı olarak ellerinde tutmakta, sonrasında “hapis hakkımı kullandım, zaten masrafları da ben yapmıştım, ücretim de ödenmemişti” gibi mahkeme nezdinde kıymetsiz savunmalar yapmaktadır. Kanımızca bu hukuki sorunun kaynaklarından bazıları; taraflar arasında ücretin net olarak belirlenmemesi, masrafların önceden avans olarak alınmaması, ücret ve alacaklarının muacceliyetine dikkat edilmemesi, yazılı iletişime önem verilmemesi ve iş tamamlandıktan sonra bir araya gelip hesaplaşmanın yapılmamasıdır.

Av. K.’da “hapis hakkı” terimi, her zaman TMK m. 950-953’te düzenlenen “hapis hakkı” kavramını ifade etmemektedir. Örneğin Av . K. m. 39/II’de yer alan ve müvekkile ait belgeler üzerinde alıkoyma hakkı tanıyan düzenlemenin hapis hakkı ile ilgisi bulunmamaktadır. Av. K. m. 166’nın başlığında yer alan hapis hakkı ise yalnızca madde de geçen mallar ve diğer kıymetler bakımından teknik anlama uygun

¹⁵⁷ “...Davalı vekaleten işlem yaptığı satışta, satış bedelinden sorumlu olduğu kadar, adına hareket ettiği davacının zararına satış gerçekleştirilmesi söz konusu olmuşsa davacının bundan doğan zararından da sorumludur.” Yrg. 13. HD 14.01.2020 E.2019/6344 K. 2020/128 (<https://mevzuat.sinerjias.com.tr/>. ET 02.07.2024).

kullanılmıştır. Ancak uygulamada yaşanan sorunların çoğunun temelindeki, müvekkil adına tahsil edilen para bakımından maddedeki hapis hakkı terimi yanlıştır. Önceki tarihlerde 13. Hukuk Dairesi'nin ve sonrasında 3. Hukuk Dairesi'nin konuyla ilgili yerleşik uygulamasında para üzerinde hapis hakkı bulunduğu kabul edilmekte ve takas-mahsup haklarına değinilmeden TMK m. 950 vd.'ndaki hapis hakkına ilişkin unsurlara başka unsurlar eklenerek günlük hayattan kopuk bir hukuk yaratılmıştır.

Av. K. m. 166'nın gerekçesinde de avukata hapis hakkı tanındığı belirtilmiştir.¹⁵⁸ Böylelikle TMK m. 951/II karşısında karşılaşılabilecek hapis hakkı tartışmasını avukat lehine sonuçlandırmıştır. Ancak bu taşınırlar ve kıymetli evrak bakımından geçerlidir, maddedeki para ifadesi ise yanlıştır. Avukatın müvekkil adına tahsil ettiği ya da müvekkil tarafından kendisine verilen ve iade etmek zorunda olduğu para üzerinde kendi alacağı nedeniyle kullandığı hak takas hakkıdır. Avukatın müvekkilden aldığı ya da müvekkil adına tahsil ettiği parayı müvekkilden ücret ve masraf alacağını oluşturan bir miktar para ödenmediğinde teslim etmemesi ve alacağına karşılık elinde tutması takas hakkının kullanımudur. Buna karşın uygulamada avukatın takas-mahsup iddia ve savunmaları mahkemelerce hapis hakkı olarak nitelendirilmektedir. Oysaki bu durumlarda avukat teminat amacına değil borcu kısmen ya da tamamen sona erdiren ifa amacına dönük iddia-savunmada bulunmaktadır. Kaldı ki para, hakim fikre göre karışma nedeniyle avukatın mülkiyetine dahil olacaktır, kişinin kendi malı üzerinde hapis hakkı olmayacağına göre ve ilgili maddenin paraya çevirme yetkisi verdiği ihtimalinde paranın paraya çevrilmesi söz konusu olmayacağından para üzerinde hapis hakkının olamayacağı açıktır.

Av. K. m. 166/I'de taşınırlar ve diğer kıymetler bakımından düzenlenen hapis hakkı TMK m. 950 vd.'na gönderme yapmaktadır. Bu hükümde TMK'daki koşullardan farklı değerlendirilebilecek ifadeler, "kendi alacağı nispeti" ve "elinde tutabilir" ifadeleridir (ayrıca bkz. TBB Meslek Kuralları m. 45). Kendi alacağı oranında ifadesi bakımından Yargıtay kararlarında birlik yoktur. Para bakımından takas hakkı kabul edildiğinde kısmi tahsilatlarda orantı tartışmasına gerek olmayacağı gibi, muaccel masraf alacaklarının orantı nedeniyle zamanında

¹⁵⁸ Bkz. yukarıda dn.8.

tahsil edilememesi riskini de avukat taşımayacaktır. Bu konuda verdiğimiz örneklerin konuyu yeterince açıkladığını düşünüyoruz (bkz. II-B-3-a “Hapis Hakkının “Orantılı” Kullanılması Meselesi”).

Taşınurlar üzerinde orantılı hapis hakkının kullanılabilmesi için taşınırın bölünebilir olması gerekir aksi takdirde alacağın tamamı ödene kadar taşınırın bütünü üzerinde hapis hakkı kullanılabilmelidir. Hapis hakkının kapsamındaki orantılı ücret alacağına muaccel masraf alacakları da eklenir. İcra takibi söz konusu olduğunda aciz belgesi alınmasından itibaren avukatın ücret alacağının tamamı muaccel hale geleceğinden müvekkil bakiye sözleşmesel vekalet ücretinin tamamını ödemekle yükümlü olur.

Av. K. m. 166/I'deki “elinde tutabilir” ifadesinin taşınır mal ve diğer kıymetler bakımından avukata paraya çevirme yetkisi vermediği ifade edilmektedir. Böyle bir sonucu hükmün amacıyla bağdaştırmak mümkün değildir. Müvekkil adına edinilen taşınırı uzun süre muhafaza etmek, o malın ekonomiye kazandırılmasını önleyeceği gibi, bakım masrafları avukat bakımından önemli bir külfet oluşturabilecektir. Bu durumun müvekkile de bir faydası olmadığı aşikardır. Devlet'e vatandaşın malını paraya çevirme hakkı tanınırken, açık bir yasa hükmü olmamasına ve TMK m. 953/I paraya çevirme hakkını açıkça tanımamasına rağmen avukatlığın etik kuralları ve kamu görevi niteliği ileri sürülerek avukatın bu yetkiden yoksun bırakılması temelsizdir. Aksi fikir madde gerekçesinde de belirtilen¹⁵⁹ hapis hakkının teminat fonksiyonunu etkisiz hale getirmektedir.

Av. K.'daki hapis hakkı vekillik görevi üstlenen avukat tarafından kullanılabilir, yalnızca danışmanlık yapan avukat müvekkili adına işlem yapmadığı sürece bu hakkı fiilen kullanamaz. Avukatın hapis hakkı bakımından “alacağı ile bağlantılı olma” koşulu (TMK m. 950/I) vekalet ilişkisinin bütünlüğü (örneğin bir dosyadan azledilen avukatın, diğer dosyalardaki görevinin de son bulması) dikkate alınarak geniş yorumlanmalıdır. Tarafların iradelerinden, örneğin aralarındaki ibra sözleşmesinden açıkça anlaşılmadığı sürece başka bir davanın sonucu elde edilen taşınır üzerinde diğer dava nedeniyle ücret alacağı bulunan avukata hapis hakkı tanınmalıdır. Para bakımından takas

¹⁵⁹ Bkz. yukarıda dn.8

kabul edildiğinde, karşılıklı alacakların aynı hukuki ilişkiden doğma koşulu bulunmadığı için bu tartışmalara gerek kalmayacaktır.

Yargıtay'ın para üzerinde hapis hakkı olduğu görüşü kabul edilecek olursa haczin mümkün olmaması yanında TMK m. 951/I'in amaçsal yorumuyla ve bunu destekleyen ikinci fıkradaki kamu düzeni sınırlaması nedeniyle de nafaka alacağı ve kendisinin, ailesinin geçimine yarayan işçi alacakları üzerinde hapis hakkının kullanılması mümkün olmamalıdır. Aynı sonuca takasa ilişkin TBK m. 144/I/b.3 hükmünden de varılabilir. Ayrıca bu bendin kapsamına; destekten yoksun kalma tazminatı, cismani zarar nedeniyle hak edilen maddi tazminat, ömür boyu gelir alacağının da girdiği kabul edildiğinden, müvekkil daha geniş şekilde korunmuş olacaktır.

Yargıtay'ın kabul ettiği, avukatın işin yapılması için gerekli giderleri önceden aldığına ilişkin karinenin kanuni ya da fiili bir temeli yoktur. Av. K. m. 173/II'nin ifadesinden hareketle bir karinenin varlığından söz edilemez. Masraf alacağının ödenip ödenmediği konusunda genel ispat kuralları uygulanmalıdır. Avukatın kullanmadığı avansı iade borcunda ise faiz uygulanmamalıdır. Bu alacağa ancak vekalet ilişkisi son bulduğu tarihten itibaren adi temerrüt faizi işletilebilir. Avukat elinde kalan masraf avansını ücret alacağı ile takas edebilir.

Avukatın müvekkili adına tahsil ettiği para ve diğer kıymetleri müvekkile verme borcunun zamanaşımının (TBK m. 147/V uyarınca beş yıl) başlangıcı sözleşmenin sona erdiği an değil, sözleşmenin sona ermiş olması kaydıyla müvekkilin tüm alacaklarından haberdar olacağı şekilde avukatın hesap verme borcunu gereği gibi ifa ettiği an olmalıdır.

Kaynakça

Kitaplar

- Akçaal Mehmet, Eşya Hukuku, Yetkin, Ankara 2021.
Akipek Şebnem, Alt Vekalet, Yetkin, Ankara 2003.
Aral Fahrettin, Türk Borçlar Hukukunda Takas, Savaş, Ankara 1994.
Aral Fahrettin/Ayrancı Hasan, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Yetkin, Ankara 2012.
Aydın Murat, Avukatlık Ücreti, Seçkin, Ankara 2004.

- Bamberger Heinz Georg/Roth Herbert, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch Band 1, C.H. Beck, München 2007.
- Başpınar Veysel, Vekilin Özen Borcundan Doğan Sorumluluğu, Yetkin, Ankara 2004.
- Berberoğlu Yenipınar Filiz, Avukatın Azli İstifası Vekalet Ücreti Tazminat, Seçkin, Ankara 2017.
- Bucher Eugen, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil ohne Deliktsrecht, Schulthess Polygraphischer Verlag, Zürich 1988.
- Çil Şahin, İş Hukukunda İbra Sözleşmesi (İbraname), Legal, İstanbul 2006.
- Dinar Cem, Türk Medeni Kanunu Kapsamında Hapis Hakkı, Vedat, İstanbul 2010.
- Eraslan Özkaya, Vekalet Sözleşmesi ve Kötüye Kullanılması, Seçkin, Ankara, 2023.
- Eren Fikret, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Yetkin, Ankara 2020.
- Ertuş Şeref, Eşya Hukuku, Barış, İzmir 2021.
- Gauch Peter/Schluep Walter R./Schmid Jörg/Emmenegger Susan, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil 2. Band, Schulthess Verlag, Zürich-Basel-Genf 2014.
- Günay Erhan, Vekalet Sözleşmesi Uyuşmazlıkları, Seçkin, Ankara 2021.
- Honsell Heinrich/Vogt Nedim Peter/Wiegand Wolfgang, Basler Kommentar Obligationenrecht I Art. 1 - 529 OR, Helbing Lichtenhahn Verlag, Basel 2011.
- Hütte Felix/Hütte Marlana, Schuldrecht Allgemeiner Teil, Schmidt, 2010.
- Karaaslan Muzaffer, Roma Hukukunda Bankacılık Faaliyetleri Kapsamında Düzensiz Vedia (Depositum Irregulare), Oniki Levha, İstanbul 2023.
- Karateke Songül, Avukatlık Sözleşmesinde Ücret, Turhan, Ankara 2006.
- Kuru Baki/Aydın Burak, İstinaf Sistemine Göre Yazılmış Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı, Yetkin, Ankara 2021.
- Mısır M. Haşim, Avukatlık Sözleşmesi ve Ücret, Türkiye Barolar Birliği Yayınları: 380, Ankara 2020.
- Musielak, Hans-Joachim, Grundkurs BGB, Verlag C.H. Beck, München 2009.
- Müderrişoğlu Feridun, Avukatlıkta Vekalet ve Ücret Sözleşmesi ve İçtihatlar, Ayyıldız Matbaası, Ankara 1974.
- Nomer Haluk Nami/Ergüne Mehmet Serkan, Eşya Hukuku, Oniki Levha, İstanbul 2020.
- Oğuzman Kemal/Öz M. Turgut, Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt II, Vedat, İstanbul 2012.
- Özen Atilla, Avukatlık Sözleşmesi, Seçkin, Ankara 2001.
- Özkaya Eraslan, Vekalet Sözleşmesi ve Kötüye Kullanılması, Seçkin, Ankara 2013.
- Sarı Suat, Vekalet Sözleşmesinin Tek Taraflı Olarak Sona Erdirilmesi, Beşir, İstanbul 2004.
- Schlüter Martin, Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch: BGB, Band 3: Schuldrecht - Allgemeiner Teil II, C.H. Beck, München 2016.
- Serozan Rona, Eşya Hukuku I, Filiz, İstanbul 2014.
- Serozan Rona, Medeni Hukuk Genel Bölüm/Kişiler Hukuku, Vedat, İstanbul 2018.

Sirmen A. Lale, Eşya Hukuku, Yetkin, Ankara 2017.

Sungurtekin Özkan Meral, Avukatlık Mesleği Avukatın Hak ve Yükümlülükleri, Fakülteler, İzmir 2013.

Taşkın Zeynep Damla, Mevduat Rehni Özelinde Alacak Rehni, Oniki Levha, İstanbul 2023.

Tekinay Selahattin Sulhi, Menkul Mülkiyeti ve Sınırlı Ayni Haklar II/3, Filiz, İstanbul 1994.

Tekinay Selahattin Sulhi/Akman Sermet/Burcuoğlu Haluk/Altop Atilla, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Filiz, İstanbul 1993.

Tercier Pierre/Pichonnaz Pascal/Develioğlu Murat, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Oniki Levha, İstanbul 2016.

Tutumlu Mehmet Akif/Usta Murat, Vekalet Ücreti Davası, Seçkin, Ankara 2017.

Yavuz Cevdet/Acar Faruk/Özen Burak, Borçlar Hukuku Dersleri, Beta, İstanbul 2012.

Zevkliler Aydın/Ertaş Şeref/Havutçu Ayşe/Aydoğdu Murat/Cumalıoğlu Emre, Borçlar Hukuku, Barış, İzmir 201.

Zevkliler Aydın/Gökyayla Emre, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Turhan, Ankara 2016.

Tezler

Bağlı Tahiroğlu Yasemin, Hukuk Yargılamasında Vekâlet Ücreti, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2019.

Makaleler

Burcuoğlu Haluk, "Avukatlık Sözleşmesi ve Avukatlık Ücreti ile İlgili Önemli Bazı Sorunlar", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 2003, S. 49, s. 49-82. (Anılış: Avukatlık Sözleşmesi)

Burcuoğlu, "Paranın Başkasının Parası ile Karışması Üstüne Bir Deneme", Av. Dr. Faruk Erem Armağanı, *Türkiye Barolar Birliği Yayınları*, Ankara 1999, s. 79-100.

Cumalıoğlu Emre, "İbra Sözleşmesinin Konusunun ve Kapsamının Sınırları", *Uluslararası Antalya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2016, C. 4, S. 7, ss. 105-128.

Çelik Lamih, "Meslek Kurallarında Avukatın Bilgi Verme Yükümlülüğü", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 2006, S. 67, s. 399-420.

Erkan Vehbi Umut, "6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre Vekalet Sözleşmesinde Vekalet Veren Ücret Ödeme Borcu Dışındaki Diğer Borçları", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2013, C. 62, S. 2, s. 441-472.

Karakaş Fatma Tülay, "Karine Kavramı, Kanuni Karineler ve Varsayımlar", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2013, C. 62, S. 3, s. 729-760.

Karamercan Fatih, "Türk Borçlar Hukukunda Takas", *İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2018, C. 5, S. 1, s. 271-293.

Koller Alfred, "Die Verrechnung nach schweizerischem Recht", *recht 2007-Zeitschrift für juristische Weiterbildung und Praxis*, Heft 3, s. 101-113.

Taşatan Caner, "Avukatın Hapis Hakkı", *İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2021, Y. 7, S. 1, s. 187-210.

Topaloğlu Mustafa, "Banka Mevduatı Üzerinde Takas ve Hapis Hakkı", *Adana Barosu Bülteni*, Y. 4, S. 11, (Mart-Nisan) 2004, s. 2.

Seyrek Mehmet/Eriş M. Hakan, "TBB Disiplin Kurulu Kararları Yasaya Aykırı Olabilir mi? (Avukatlık ücretinin öncelikli oluşu ve hapis hakkı)", *İzmir Barosu Dergisi*, 2011, S. 3, s. 9-13.

Yılmaz Merve, "Türk Borçlar Kanununda Takas", *Adalet Dergisi*, 2011, S. 40, ss. 128-142.

İnternet Kaynakları

<https://barobirlik.org.tr/DisiplinKararlariDetay/1086/>

<https://barobirlik.org.tr/DisiplinKararlariDetay/612/>https://d.barobirlik.org.tr/mevzuat/avukata_ozel/meslek_kurallari/tbb_meslek_kurallari-2022.pdf/

<https://karararama.yargitay.gov.tr/>

<https://kazanci.com.tr/>

<https://legalbank.net/>

<https://mevzuat.sinerjias.com.tr/>

<https://www.hukukmedeniyeti.org.tr/>

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

https://www5.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/MM_/d02/c032/mm_02032041ss0324.pdf

KAYSERİ BAROSU ÖRNEĞİ İLE KAMU KURUMU NİTELİĞİNDEKİ MESLEK KURULUŞLARI*

PROFESSIONAL ORGANIZATIONS HAVING THE CHARACTERISTICS OF PUBLIC INSTITUTIONS WITH THE EXAMPLE OF KAYSERİ BAR ASSOCIATION

Hasibe Ülkü YAY**
Fatma BAŞIBÜYÜK***
Hatun KORKMAZ****

Özet: Kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları, ilgili mesleğin düzeni, disiplini, hak ve çıkarlarını sağlamak ve korumak üzere oluşturulmuş, devlet tüzel kişiliğinden ayrı bir hukuki kişiliğe, personel ve bütçe bağımsızlığına sahip olan ve merkezi idarenin sınırlı ve sayet denetiminde bulunan görece özerk kamu tüzel kişileridir. Bu çalışma, Türkiye’de kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarından biri olan baroların meslek ve meslek üyeleri üzerindeki etkisini ölçmeyi amaçlamaktadır. Çalışmada şu sorulara cevap aranmıştır: “Baroların kurumsal yapısı ve merkezi idare ile ilişkileri nasıldır?”, “Baroların kurumsal ve hukuki sorunları nelerdir?”, “Barolar ve meslek üyeleri arasındaki ilişkiler nasıldır?”, “Baroların ilgili mesleğin haklarını ve çıkarlarını korumada ve gelişimindeki rolü nedir?”.

Çalışmada, nitel araştırma yöntemleri kullanılmıştır. Bu kapsamda çalışmanın verileri yarı yapılandırılmış görüşme tekniği ile elde edilmiştir. Çalışmanın deseni durum çalışması olarak belirlenmiştir. Çalışmanın örneklemi Kayseri Barosu yetkilileri ve Kayseri Barosu’na bağlı 14 avukat olarak belirlenmiştir. Çalışmadan elde edilen veriler, nitel analiz tekniklerinden betimsel analiz tekniği ile analiz edilmiştir.

* Bu çalışma, TÜBİTAK 2209-A Lisans öğrenci projeleri kapsamında desteklenerek Hatun Korkmaz danışmanlığında Erciyes Üniversitesi’nde yürütülmüştür. Çalışma, Erciyes Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Etik Kurul Başkanlığı’nın 30 Mayıs 2023 tarihli kararı ve 213 başvuru numarası ile etik açıdan uygun bulunmuştur.

** Erciyes Üniversitesi, ulkuyay53@gmail.com, ORCID: 0009-0003-1477-068X

*** Erciyes Üniversitesi, fatmabasibuyuk657@gmail.com, ORCID: 0009-0000-1858-9624

**** Doç. Dr., Erciyes Üniversitesi Siyaset Bilimi ve Kamu Yönetimi Bölümü, hatun-korkmaz@erciyes.edu.tr., ORCID: 0000-0002-0641-4576, Makalenin Gönderim Tarihi: 30.07.2024, Kabul Tarihi: 20.11.2024

tir. Elde edilen bulgulara göre Kayseri Barosu'nun birçok hukuki, kurumsal ve maddi sorunu bulunmaktadır. Mesleğin gelişimi ve meslek üyeleri üzerinde ise sınırlı konuda etkisinin olduğu ortaya çıkmıştır.

Anahtar Kelimeler: Kamu Kurumu Niteliğindeki Meslek Kuruluşları, Barolar, Kamu Kurumları

Abstract: Professional organizations having the characteristics of public institutions, are relatively autonomous public legal entities that were established to ensure and protect the order, discipline, rights and interests of the relevant profession, have a separate legal personality from the state legal entity, personnel and budget independence, and are under limited tutelage control of the central administration. This study aims to measure the impact of bar associations, which are one of the professional organizations that are public institutions in Turkey, on the profession and its members. The study sought answers to the following questions: "What is the institutional structure of bar associations and their relations with the central administration?", "What are the institutional and legal problems of bar associations?", "What are the relations between bar associations and professional members?", "What is the role of bar associations in protecting and developing the rights and interests of the relevant profession?".

Qualitative research methods were used in the study. In this context, the data of the study was obtained by semi-structured interview technique. The design of the study was determined as a case study. The sample of the study was determined as Kayseri Bar Association officials and 14 lawyers affiliated with Kayseri Bar Association. The data obtained from the study was analyzed using the descriptive analysis method, one of the qualitative analysis methods. According to the findings, the bar association has many legal, institutional and financial problems. It has been revealed that it has a limited impact on the development of the profession and its members.

Keywords: Professional Organizations Having the Characteristics of Public Institutions, Bar Associations, Public Institutions

GİRİŞ

Günümüz toplumlarında bireylerin toplum içinde seslerini duyurabilmesi, karar alma süreçlerine dâhil olabilmesi, bilgi iletişim devrinin ve demokrasinin olmazsa olmaz gereklerindedir. Toplumsal yapı içinde ortaya çıkan çeşitli organizasyonlar bireyi, kendi hayatına dair kararların alınması sürecine dâhil etmesi, devlet ve birey arasında köprü oluşturması ve ilgili alanda toplumsal düzeni sağlamaya yardımcı olması yönüyle önemli bir fonksiyona sâhiptir. Bahsedilen organizasyonlardan biri de meslek kuruluşlarıdır. Anayasa'daki ismiyle Kamu Kurumu Niteliğindeki Meslek Kuruluşları, ilgili meslek üyelerini bir

araya getiren, mesleğin düzen ve disiplinini sağlayan, haklarını ve çıkarlarını koruyan organizasyonlar olarak ifade edilmektedir.¹

Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın 135. maddesinde kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları şöyle tanımlanmıştır: "Kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları, belli bir mesleğe mensup olanların müşterek ihtiyaçlarını karşılamak, mesleki faaliyetlerini kolaylaştırmak, mesleğin genel menfaatlere uygun olarak gelişmesini sağlamak, meslek mensuplarının birbirleri ile ve halk ile olan ilişkilerinde dürüstlüğü ve güveni hakim kılmak üzere, meslek disiplini ve ahlakını korumak maksadı ile kanunla kurulan ve organları kendi üyeleri tarafından kanunda gösterilen usullere göre yargı gözetimi altında, gizli oyla seçilen kamu tüzel kişileridir."² Meslek kuruluşları bir nevi bireyle devlet arasında bir köprü veya arabulucu rolündedir denebilir. Ayrıca, meslek kuruluşlarının yaygın örgütlenmesi, kamuoyunu, devlet politikalarını ve meslek gruplarını yönlendirme gücü, üyelerini meslek adabına uygun olmayan davranışlar karşısında cezalandırma gücü, söz konusu kurumları tartışmalı olarak gündemde tutmaktadır.³

Bu çalışmada meslek kuruluşlarının meslek üyeleri ve mesleğin gelişimi üzerindeki etkisi, Türkiye Barolar Birliği'ne (TBB) bağlı, Kayseri Barosu örneğinde ele alınmıştır. Bu kapsamda çalışmada şu sorulara cevap aranmıştır: "Baroların mesleğin gelişimine katkısı nasıldır?", "Baroların meslek üyeleri üzerindeki etkisi nedir", "Meslek üyelerinin barodan memnuniyet düzeyi nedir?", "Baroların mevcut kurumsal durumları, talepleri ve eksiklikleri nelerdir?". Bu ve benzeri sorularla çalışma kapsamında meslek kuruluşlarının etkisi ölçülmeye çalışılacaktır. Bu çalışma baroları kamu yönetimi perspektifinden kurumsal olarak ele almaktadır. Bu kapsamda çalışmada nitel araştırma tekniklerinden yarı yapılandırılmış görüşme yöntemi tercih edilmiştir. Çalışmanın deseni, durum çalışması olarak belirlenmiştir. Çalışma

¹ Kemal Gözler/Gürsel Kaplan, İdare Hukuku Dersleri, Ekin Yayınevi, Bursa 2020, s. 228

² <https://www.mevzuat.gov.tr/mevzuatmetin/1.5.1136.pdf>, (02.01.2024).

³ Refika Bakoğlu Deliorman/Ayşe Üstünoldu Kandemir, Kamu Kurumu Niteliğinde Meslek Kuruluşları ve Etik, Yolsuzluğun Önlenmesi için Etik Projesi: Kamu Etiği Akademik Araştırmaları (Avrupa Birliği İnsan Hakları Komisyonu ve Başbakanlık Kamu Görevlileri Etik Kurulu Projesi), Ankara: Fersa Ofset, 2009, 2, s. 15.

kapsamında baro yetkilileri ve baroya kayıtlı avukatlarla yarı yapılandırılmış görüşmeler yapılmıştır. Görüşmeler sonucunda elde edilen veriler nitel analiz tekniklerinden betimsel analiz yöntemi ile analiz edilmiştir.

Konu ile ilgili literatür incelendiğinde genel olarak meslek kuruluşlarını, özelde baroları inceleyen ulusal ve uluslararası çalışmaya rastlanmıştır fakat özellikle yurtiçi çalışmaların yeterli olmadığı kanaatine varılmıştır.⁴ Çalışmaların genellikle hukuki veya siyasi açıdan baroları incelediği görülmüştür. Bu çalışma ise barolara kamu yönetimi perspektifinden yaklaşmaktadır. Literatürde yer alan çalışmalara yöntem olarak bakıldığında da genellikle teorik düzeyde veya hukuksal zeminde incelemelerin gerçekleştiği görülmektedir. Bu çalışmada meslek üyelerine barolar ile ilgili düşüncelerini ifade etme fırsatı sunulmuştur. Ayrıca baro yetkilileri ile baroların genel kurumsal, hukuki ve mali durumları görüşülmüştür. Çalışmanın saha araştırmasına dayanması ilgili literatür açısından özgün değer taşımaktadır. Örneğin İnancı, birçok çalışmada avukatlık mesleği ve barolar ile ilgili araştırmalar yapmıştır. Yapılan bu araştırmalar genellikle hukuki zeminde ve eleştiriden öteye gitmemiştir. Bu çalışmada ise saha araştırmasına yer verilmiş, durum çalışması zemininde betimsel analiz tekniği uygulanmıştır. Konu ile ilgili bir diğer çalışma, Kanadoğlu'nun çalışması olmuştur. Kanadoğlu'nun çalışması da hukuki düzeyden barolar ve avukatlık mesleğinin özgürlüğünü tartışmıştır. Konu benzer olsa da yöntem ve kapsamın bu makaleden farklı olduğu görülmektedir. Konu ile ilgili bir başka çalışma ise Kalem ve Elveriş'in baroların ve

⁴ Osman Korkut Kanadoğlu, "Barolar ve Avukatların Meslek Özgürlükleri", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 2020, 146. sayı, s. 78; Haluk İnancı, "Türkiye'de avukatlık ideolojisi". *Toplum ve Bilim*, 2001, 87, s. 135; Haluk İnancı, "21. Yüzyılda Avukat ve Baro: Eleştirel Bir Değerlendirme", *Birikim Dergisi*, 2007, <https://birikimdergisi.com/guncel/143/21-yuzyilda-avukat-ve-baro-elistirel-bir-degerlendirme>, (10.09.2023); Seda Kalem/İdil Elveriş, "Siyaset Yapmak ya da Yapmamak: 2018 İstanbul Barosu Seçimlerine Bir Bakış", *Ankara Barosu Dergisi*, 2018, Cilt: 76 Sayı: 4, s. 163- 208; Zehreddin Aslan, "Meslek Kuruluşlarına Zorunlu Üyeliğin Üzerine Hukuki Bir Değerlendirme", *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, (15), 2014, s. 1229; Stephanie Chipeur, "The Advice Lawyers Give Themselves: The Canadian Bar Association's Campaign For Timekeeping In The Mid-Twentieth Century", *International Journal of the Legal Profession*, 2014, Volume 21; Elizabeth Chambliss And Bruce A. Green, "Some Realism About Bar Associations", *DePaul Law Review*, 2008, 57(425).

avukatların siyasi alandaki rolü üzerine bir değerlendirme çalışmasıdır. Kalem ve Elveriş'in çalışması, 2018 İstanbul Barosu Seçimlerini ele alarak barolar ve avukatlarla ilgili değerlendirmeler içermektedir. Dolayısıyla bu çalışmanın kapsamından ve yönteminden oldukça farklı bir çalışmadır. Aslan ise çalışmasında, meslek kuruluşlarında zorunlu üyeliği hukuki çerçeveden tartışmıştır. Aslan'ın çalışması da kapsam ve yöntem olarak bu çalışmadan oldukça farklıdır. Yabancı literatüre bakıldığında Chambliss ve Green çalışmalarında, Amerika Birleşik Devletleri'ndeki baroları ele almışlar ve baroların ve avukatların hukuk sisteminin iyileştirilmesindeki rolünü tartışmışlardır. Çalışma, kapsam ve yöntem olarak bu çalışmadan farklıdır. Leeper Piguero ve diğerleri,⁵ avukatlara barolar tarafından verilen ayrıcalıkların suistimalleri, konu ile ilgili şikâyet ve yürütülen soruşturmaları inceleyen çalışmalarında, avukatları ve baroları yine hukuki bir çerçeveden Amerika Birleşik Devletleri örneğinde ele almışlardır. Çalışma, bu çalışmadan kapsam ve yöntem olarak farklılık arz etmektedir. Chipeur, Kanada Barolar Birliği'nin meslek üyeleri üzerindeki etkisini tarihsel bir perspektiften ele almıştır.

Yerli ve yabancı literatüre bakıldığında benzer çalışmaların olduğu görülmektedir. Fakat bu çalışmaların konu, kapsam ve yöntem bakımından elimizdeki çalışmadan oldukça farklı oldukları ortaya çıkmıştır. Özellikle yerli literatürün bu konuda yeterli olmadığı kanaatine varılmıştır. Bu nedenle literatürdeki bu boşluğun doldurulması gerekliliği çalışmanın merkeze aldığı konulardan biridir. Zira hukuk devletinin tesis edilmesinde devleti oluşturan üç büyük güçten biri olan yargı gücü, önemli bir yere sahiptir. Yargının ilk basamağı olan avukatlık mesleği ve onun yönetiminden sorumlu olan baroların incelenmesi de bu minvalde önem taşımaktadır. Bu çalışmanın, bu boşluğu doldurmaya hizmet edeceği düşünülmektedir.

I. TÜRKİYE'DE MESLEK KURULUŞLARI VE BAROLAR

Kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları, Anayasa'nın 135. maddesinde; "Kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları ve üst

⁵ Nicole Leeper Piguero, Michele Bisaccia Meitl, Eve M. Brank, Jennifer L. Woolard and Lonan Lanza-Kaduce, "Exploring Lawyer Misconduct: An Examination of the Self-Regulation Process", *Deviant Behavior*, 2016, Volume 37(5).

kuruluşları; belli bir mesleğe mensup olanların müşterek ihtiyaçlarını karşılamak, mesleki faaliyetlerini kolaylaştırmak, mesleğin genel menfaatlere uygun olarak gelişmesini sağlamak, meslek mensuplarının birbirleri ile ve halk ile olan ilişkilerinde dürüstlüğü ve güveni hâkim kılmak üzere meslek disiplini ve ahlakını korumak maksadı ile kanunla kurulan ve organları kendi üyeleri tarafından kanunda gösterilen usullere göre yargı gözetimi altında, gizli oyla seçilen kamu tüzel kişilikleridir” şeklinde ifade edilmiştir.⁶

Kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarının genel olarak devlet tüzel kişiliği dışında farklı bir tüzel kişiliği bulunmaktadır. Bundan dolayı kendi başına karar alıp uygulama yetkileri, personel ve bütçe bağımsızlıkları bulunmaktadır. Bu özellikler onları, ilgili meslek ve meslek üyeleri üzerinde üst otorite konumuna getirmektedir. Örneğin meslek kuruluşları düzenleyici işlem yapmak ve üyelerine disiplin cezası vermek gibi kamu gücüne dayalı olarak muhatapların rızası hıfına işlem yapabilme yetkisine sahiptirler.⁷

Türkiye’deki meslek kuruluşlarından biri de barolardır. 1136 sayılı Avukatlık Kanunu’nun 76. maddesine göre barolar; “Avukatlık mesleğini geliştirmek, meslek mensuplarının birbirleri ve iş sahipleri ile olan ilişkilerinde dürüstlüğü ve güveni sağlamak; meslek düzenini, ahlâkını, saygınlığını, hukukun üstünlüğünü, insan haklarını savunmak ve korumak, avukatların ortak ihtiyaçlarını karşılamak amacıyla tüm çalışmalarını yürüten, tüzel kişiliği bulunan, çalışmalarını demokratik ilkelere göre sürdüren kamu kurumu niteliğinde meslek kuruluşlarıdır.” şeklinde ifade edilmiştir.⁸ Mevzuattaki tanımlardan da anlaşılacağı gibi kamu kurumu niteliğinde meslek kuruluşlarından biri olan barolar, mesleğin düzen ve disiplinini sağlamak, meslek ve meslek üyelerinin hak ve çıkarlarını sağlamak, korumak ve geliştirmek üzere kurulmuşlardır. Bununla birlikte barolar, meslek üyeleri ve merkezi idare arasında da köprü rolündedirler. Türkiye’deki diğer meslek kuruluşları gibi barolar da her ne kadar merkezi idare karşısında görece bağımsız olsalar da merkezi idarenin vesayet denetimi dışında

⁶ <https://www.mevzuat.gov.tr/mevzuatmetin/1.5.1136.pdf>, (02.01.2024).

⁷ Kemal Gözler /Gürsel Kaplan, Kısa İdare Hukuku, Ekin Yayınevi, Bursa 2022, s. 231.

⁸ <https://www.mevzuat.gov.tr/mevzuatmetin/1.5.1136.pdf>, (02.01.2024).

değildirler. Türkiye’de bütün barolar, TBB’ye bağlıdır ve TBB, Adalet Bakanlığı’nın ilgili kuruluşudur. Barolar, TBB ve Adalet Bakanlığı arasındaki vesayet ilişkisi, Avukatlık Kanunu’nun birçok maddesinde ifade edilmiştir. Örneğin Avukatlık Kanunu’nun 8. maddesinde bu ilişkiye dair şu ifadeler yer almaktadır: “Baro yönetim kurullarının adayın levhaya yazılması hakkındaki kararları, karar tarihinden itibaren on beş gün içinde Türkiye Barolar Birliği’ne gönderilir. Türkiye Barolar Birliği kararın kendisine ulaştığı tarihten itibaren bir ay içinde uygun bulma veya bulmama kararını ve itirazın kabul veya reddi hakkındaki kararlarını onaylamak üzere karar tarihinden itibaren bir ay içinde Adalet Bakanlığı’na gönderir. Bu kararlar Adalet Bakanlığı’na ulaştığı tarihten itibaren iki ay içinde Bakanlıkça karar verilmediği veya karar onaylandığı takdirde kesinleşir. Ancak Adalet Bakanlığı uygun bulmadığı kararları bir daha görüşülmek üzere, gösterdiği gerekçesiyle birlikte Türkiye Barolar Birliği’ne geri gönderir...”⁹ Bu ifade göstermektedir ki baroların kendilerine ait tüzel kişiliği olsa da bu tüzel kişiliğin bir sonucu olan görece özerklikleri, TBB’nin vesayet denetimi ile sınırlıdır. Bununla birlikte TBB’nin de kendine ait tüzel kişiliği vardır ve bu kapsamda sahip olduğu görece özerklik, devlet tüzel kişiliğinin bir parçası olan Adalet Bakanlığı’nın vesayeti ile sınırlandırılmıştır. Ayrıca, avukatlık mesleği genel olarak Avukatlık Kanunu’yla ayrıntılı olarak düzenlenmiş olsa da Avukatlık Kanunu’nun uygulanması amacıyla yürürlüğe giren Türkiye Barolar Birliği Avukatlık Kanunu Yönetmeliği ve Türkiye Barolar Birliği Avukatlık Ortaklığı Yönetmeliği gibi birçok yan mevzuatla da mesleğin yapı ve işleyişine ilişkin düzenlemeler mevcuttur.¹⁰ Günümüzde baroların merkezi idare ile ilişkileri, siyasi renkleri, meslek ve meslek üyeleri üzerindeki etkisi sıkça tartışılan konular arasındadır. Dolayısıyla baroların mevcut durumunun ve etkililiğinin ölçülmesi önemli ve araştırmaya değer bir konudur. Bu çalışma, bu konulara Kayseri Barosu örneğinde meslek üyeleri ve baro yetkilileri ile görüşmeler yaparak ortaya çıkarmayı amaçlamıştır.

⁹ <https://www.mevzuat.gov.tr/mevzuatmetin/1.5.1136.pdf>, (30.10.2024).

¹⁰ Nejat Aday, Avukatlık Mesleği ve Hukuk Devleti İlkesi, Prof. Dr. Hüyesin Hatemi’ye 80. Yıl Armağanı, editör: Yasemin Güllüoğlu Altun, Oniki Levha Yayınları, 2018, s. 64

II. YÖNTEM

Çalışma, Kayseri Barosu örneğini ele almıştır. Baroların mevcut durumu ele alınmak istendiği için araştırmanın genel tasarımı durum çalışmasına dayanmaktadır. Creswell'in tanımına göre göre durum çalışması, araştırmacının zaman içerisinde sınırlandırılmış bir veya birkaç durumu çeşitli veri toplama araçları (gözlemler, görüşmeler, görsel-işitseller, dokümanlar, raporlar) ile detaylı incelediği durumların ve duruma bağlı temaların tanımlandığı nitel bir araştırma yöntemidir.¹¹ Durum çalışması, mevcut durumda neler olduğuna ışık tutma, sistematik bir biçimde verileri toplama, analiz etme ve sonuçları ortaya koyma yöntemidir. Ortaya çıkan sonuç ise, mevcut durumun neden öyle olduğunun ve gelecek araştırmalar için daha detaylı olarak nelere odaklanmak gerektiğinin anlaşılmasıdır.¹² Araştırma verileri nitel araştırma tekniklerinden yarı yapılandırılmış görüşme tekniğiyle elde edilmiştir. Yarı yapılandırılmış görüşme tekniği, belirlenen temel bazı sorular üzerinden bir durumun detaylı irdelenmesi için araştırmacıya imkân veren bir veri elde etme yöntemidir.¹³ Bununla birlikte sık kullanılan nitel tekniklerden biri olan görüşme tekniği, görüşülen kişilere kendilerini birinci elden ifade edebilme fırsatı verirken, içinde buldukları durumlara ait duygu düşünce ve tecrübelerini anlama imkânı sunmaktadır.¹⁴ Bu projede bu tekniğin kullanılmasının nedeni, meslek kuruluşu olarak baronun etkisini, kurum yetkilileri ve meslek mensuplarının sesine kulak vererek ölçmeye çalışmaktır. Görüşme yönteminde geçerlilik düzeyi minimum on üç kişi olarak bilinmektedir. Dolayısıyla Kayseri Barosu'na bağlı meslek mensuplarından ve kurum yetkililerinden en az on üç kişiye ulaşılması hedeflenmiştir. Baro yetkilileri ile toplamda on altı kişi ile mülakat yapılmıştır. Sorular, baro yetkililerine ve avukatlara yönelik olmak üzere iki grup

¹¹ John W. Creswell, *Qualitative Inquiry and Research Design*, 2. Bası, SAGE, 2007, s. 74

¹² Lynn Davey, "The Application of Case Study Evaluations", *Elementary Education Online*, 2009, 8(2), s. 2.

¹³ Robert K Yin, *Case Study Research: Design and Methods*, 3. Bası, Thousand Oaks, CA: Sage Press, 2013, s. 2.

¹⁴ Grant McCracken, *The Long Interview*, Sage Publications Inc., Thousand Oaks., 1988, s. 38; Tekin Hasan Hüseyin ve Tekin Hasan, "Nitel Araştırma Yönteminin Bir Veri Toplama Tekniği Olarak Derinlemesine Görüşme", *İstanbul University Journal of Sociology*, 3, 2012, s. 105.

olarak hazırlanmıştır. Baro yetkililerine sorulan soruların kapsamı, baroların genel olarak hukuki ve kurumsal durumu, merkezi idare ile ilişkiler, avukatlar ve mesleğin gelişimi, düzen ve disiplin konusunda baronun etkisi kapsamında oluşturulmuştur. Avukatlara sorulan sorular ise genel olarak baro ile ilgili düşünceleri, baroların mesleğin gelişiminde ve avukatların haklarının ve çıkarlarının korunmasındaki rolü çerçevesinde oluşturulmuştur. Araştırma, yazarların bağlı olduğu üniversitenin 30 Mayıs 2023 tarihli kararı ve 213 başvuru numarası ile etik açıdan uygun bulunmuştur.

Yarı yapılandırılmış görüşme kapsamında baro yetkililerine ve avukatlara yönelik farklı soru grubu hazırlanmıştır. Baro yetkililerine şu sorulardan hareket edilmiştir:

- Kayseri Barosu'ndaki görevinizden ve yetkilerinizden bahsedermisiniz?
- Baronun bugüne kadar meslek mensuplarının hak ve yetkileri konusundaki çalışmalarından bahsedermisiniz?
- Baronun meslek ve meslek üyeleri ile ilgili yaptıkları düzenleyici işlemlerinden bahsedermisiniz?
- Sizce baro, mesleğin ve meslek mensuplarının haklarını koruma konusunda etkili midir? Neden?
- Baronun kurumsal eksikleri nelerdir? Nasıl giderilebilir?
- Baronun merkezi idare ile ilişkileri nasıldır?
- Baronun hukuksal, mali ve personel eksiklikleri nelerdir ve sizce nasıl giderilir?
- Baronun meslek mensupları ile ilişkilerini değerlendirirmisiniz?
- Baronun mesleğin gelişimi için etkili olduğunu düşünüyor musunuz? Açıklar mısınız?

Baroya kayıtlı avukatlara ise şu sorulardan hareket edilerek yarı yapılandırılmış mülakat yapılmıştır

- Baronun mesleki gelişiminize etkisinin olduğunu düşünüyor musunuz? Açıklayınız.
- Baronun mesleğin düzen ve disiplinini sağladığını düşünüyor musunuz? Açıklayınız.

- Baronun mesleğin çıkarlarını koruduğuna ve geliştirdiğini düşünüyor musunuz? Açıklayınız.
- Baronun ilgili alanda hizmet kalitesinin artışına etkisinin olduğunu düşünüyor musunuz? Açıklayınız.
- Baroda kararlar alınırken demokratik bir sürece dikkat ediliyor mu? Açıklayınız.
- Baroya bağlı olmaktan memnun musunuz? Açıklayınız.
- Barolar ile ilgili olumsuz veya eksik gördüğünüz yönler nelerdir?
- Baroların geliştirilmesi gereken yönleri nelerdir?
- Sizce baro, mesleğin ve meslek mensuplarının haklarını koruma konusunda etkili midir? Neden?

Bu kapsamda alan araştırması, Kayseri Barosu'nda gerçekleştirilmiştir. Öncelikle Kayseri Barosu Başkanı ve Yardımcısı ile görüşmeler tamamlanmış daha sonra ise Kayseri Barosu'na kayıtlı 14 avukatla görüşülmüştür. Görüşmelerin her biri en az 30 dk. sürmüştür. Çalışma, TÜBİTAK 2209-A Lisans öğrenci proje kapsamında gerçekleştirilmiştir. Bu kapsamda verilerin toplanması çalışmanın birinci ve ikinci yazarı olan lisans öğrencileri tarafından toplanmış ve deşifre edilmiştir. Verilerin analiz edilmesi ve makalenin kaleme alınması ise projenin danışmanı olan, makalenin üçüncü yazarı tarafından yapılmıştır. Belirlenen ana temalar ve sorular kapsamında elde edilen veriler öncelikle deşifre edilmiştir. Daha sonra nitel analiz yöntemlerinden betimsel analiz yöntemiyle analiz edilmiştir.

III. BULGULAR

A. Baroların Mevcut Hukuki ve Kurumsal Durumu

Bir şehir veya bir bölge avukatlarının bağlı olduğu meslek kuruluşu olarak tanımlanan baro, Fransızca kökenli bir kelimedir.¹⁵ Yargının üçüncü ayağı olarak bilinen baro, mesleğin disiplini, düzeni, çıkarları, haklarını korumamada önemli bir işlevi olmakla birlikte, meslek üyeleri ve merkezi idare arasında da aracı rolündedir. Baroların, diğer

¹⁵ <http://www.sozluk.gov.tr/>, (20.02.2024).

kamu kurumu niteliğinde meslek kuruluşları gibi hukuki bir kişiliğe sahiptir ve bunun sonucu olarak da kendi başına karar alıp uygulama yetkileri vardır. Yine kamu tüzel kişiliğine sahip olmanın bir sonucu olarak, bazı kamu gücü ayrıcalıkları bulunmakta ve bu ayrıcalığa dayalı olarak düzenleyici işlem yapma, disiplin cezası verme vb. bireylerin rızası hilafına işlem yapabilme gücü bulunmaktadır.¹⁶ Tüm bu özelliklerden yola çıkarak, baroların etkili ve verimli çalışabilmeleri hukuki yapıları ve kurumsal durumları ile yakından ilişkilidir.

Çalışma kapsamında baroların mevcut hukuki ve kurumsal durumları ile ilgili Kayseri Barosu yetkilileri ile görüşme yapılmıştır. Görüşmenin sonucunda elde edilen verilere göre konu ile ilgili sık tekrar edilen başlıklar, “mevzuatın güncel olmaması”, “fiziki şartların yetersiz oluşu” ve “mali yetersizlik” olmuştur. Baro başkanı, mevzuatın güncel olmaması hususunda şunları ifade etmiştir: “... kurumsal eksiklikler noktasında göreve geldiğimden beri TBB’de olsun Adalet Bakanlığı ile yapılan toplantılarda olsun sürekli dile getirdiğim konu 1969 tarihli olan Avukatlık Kanunu’nun güncel olmaması konusu. Çünkü 1969 yılından sonraki günümüze gelen bütün değişiklikler, sosyal yaşamdaki değişiklikler dijital çağ, meslektaşlarımızda ciddi gençleşme bunlar nazara alındığında bu Kanun’un ciddi yenilenmesi gerekiyor. 2001’de ciddi revize yapıldı ama ondan sonraki değişiklikler sürekli bir iki maddeyle sınırlı kaldı. İlk maddesinden başlayarak sonuna kadar Kanun’u değiştirmek gerekiyor. Hukuk noktasında ciddi eksiklikler vardır bu da kurumsal eksiklikleri etkilemektedir...” Konu ile ilgili Baro başkan yardımcısı ise şu ifadelerde bulunmuştur: “...baronun hukuksal Avukatlık Kanunu çok eski bir kanun onun günümüz şartlarına uyarlanması çok gerekli ve elzem bir durum. Teknolojik gelişimler nüfus ile ilgili durumlar vs. baktığınızda her an hukuka yeni şeyler dahil oluyor. Yeni bir suç türü, dava ortaya çıkabiliyor. Nihayetinde Avukatlık Kanunu’nda esas değişiklikler baronun hak ve yetkilerinin daha da sağlamaştırılması gerektiğini düşünüyorum. Mali olarak ise bir iki üç gibi baroların olması mali sıkıntılar yaşamasına ilişkin sıkıntı yaşanıyor...”

Baroların mevcut hukuki ve kurumsal durumu ile alakalı öne çıkan başlıklardan biri de “fiziki şartların yetersizliği” olmuştur. Herhangi bir kurumun etkili ve verimli faaliyet gösterebilmesinin bir yolu da fiziki şartların yeterli olmasından geçmektedir. Fiziki şartlar, hukuki ve

¹⁶ Gözler/Kaplan, 2022, s. 158.

mali şartlar kadar önemlidir. Kayseri Baro Başkan Yardımcısı, konu ile ilgili şu ifadede bulunmuştur: "...çok olabilir. Kayseri Barosu'nun ayrı bir binası yok. Normal şartlarda ayrı bir binasının olması gerekir bizim yerimiz adliye binası içerisinde ayrı bir yer olsa da fiziki şartlar insanları zorluyor. Özellikle giderek avukat sayımızın artması ile de bu durum sorun teşkil edecektir. Güncel olarak yaklaşık 400- 500 civarı stajyerimiz de bulunmaktadır. Bunlar da başka sıkıntıları beraberinde getiriyor yani birinci olarak fiziki şartlarda eksikliğimiz bulunmaktadır...". Baro Başkanı da Başkan Yardımcısını destekler şekilde şunları ifade etmiştir: "...Personel eksikliklerinde son dönemde meslektaşlarımız ekonomik sorunlarla ilgili avukatların ücretlerinin ödenmemesi avukatların yaptığı faaliyetler sonrasında tahsilatların yapılmaması, karşı taraf vekalet ücretlerinin tahsil edilememesi sorunları ile karşı karşıyadır. Çok fazla artan bina, telefon vs. bütün giderler fazla olunca çok meslektaşımız personel çalıştıramama durumu ile karşı karşıyadır. Kalifiye personel çok yoktur Kayseri'de avukatlar hem hukuki anlamda hem de mali anlamda güçlü olmaları gerekiyor..."

Baroların mevcut hukuki ve kurumsal durumu konusunda öne çıkan bir diğer konu ise "mali sorunlar" olmuştur. Kamu tüzel kişiliğinin önemli bir sonucu da idari ve mali bağımsızlıktır. Mali olarak yetersiz olan bir kurumun kendi iradesi ile karar alıp uygulaması güç olur. Birçok faaliyetin bütçeye göre gerçekleşebildiği günümüzde, bu konuda sorunların olması önemli bir kurumsal eksikliklerdir. Konu ile ilgili Kayseri Baro Başkanı şunları ifade etmiştir: "Mali yönden eksiklikler mevcut. Örnek olarak beş yıl altındaki kıdeme sahip meslektaşlardan aidat alınmaması gibi bir yasa değişikliği nisan ayı gibi yürürlüğe girdi. Bu bizim Genel Kurulda geçtiğimiz Ekim ayında yaptığımız bütçelerimize tüm Türkiye'deki barolar için dolayısıyla Barolar Birliğini tamamen sıkıntıya soktu. Bu noktada aidat bizim temel geçimimizdir. Avrupa'da çok yüksek aidatlar var. Kimse orada sorgulama içinde değil. Azerbaycan'da ciddi baro aidatları olduğunu biliyorum. Mali sorunlar bunlar ki bunun temelinde hukuksal sorunlarda da yetki ile ilgili kısıtlanmaya gidilmemesi gerekiyor. Yani ekonomi kısıtlanıyorsa otomatik yetkimizin de kısıtlanması ile karşı karşıya kalıyoruz..." Benzer ifadelerle Başkan Yardımcısı da konu hakkındaki düşüncelerini dile getirmiştir: Baro Başkan Yardımcısı: "...Kayseri özelinde ise 5 yıl ve altı göreve başlamış avukatlardan aidat alınmıyor olması. Ki bakıldığında Kayseri de avukatların büyük çoğunluğu genç nüfustan oluşuyor. Gelen ödeneklerde yaşamış olduğumuz sosyal ekonomik krizler nedeniyle bu

dönemlerde bir düşüş yaşadığını görüyoruz. Biz kendi başımıza zorunlu aidatları artıramıyoruz buna genel kurul karar veriyor. Bu da büyük külfet getiriyor. Mali olarak ileri ki zamanlarda genel kurulda bir düzenleme yapılması gerekiyor...” Baro Başkan ve yardımcısının ifadelerine bakıldığında mali sorunlar kurumsal yönden önemli bir yer tutmaktadır ve mali sorunların en büyük nedenlerinden biri de beş yıl ve altı göreve başlamış avukatlardan aidat alınmaması kuralıdır. 1136 sayılı Avukatlık Kanunu’nun 65. maddesine göre, *“Baro keseneğinin yıllık miktarı, genel kurulca belirlenir ve her yılın ocak ve temmuz aylarında iki eşit taksitte ödenir (Ek cümle:11/7/2020-7249/12 m.) Şu kadar ki, mesleğin ilk beş yılında baro keseneği alınmaz. Vadesinde ödenmeyen keseneğe T.C. Merkez Bankası reeskont işlemlerinde uygulanan faiz oranında yıllık temerrüt faizi uygulanır.”*¹⁷ Konunun yasa ile belirlenmiş olması ve baroların yasaya uygun olarak düzenleme yapma zorunluluğu bu sonucu doğurmuştur.

B. Baroların Mesleki Gelişimdeki Rolü

Barolar, avukatların ve avukatlık mesleğinin hukuki ve idari kolektif faaliyetini temsil eden meslek örgütleridir temsilcisidir. Meslek örgütü olarak baroların temel amaçlarından biri, mesleğin sürdürülebilirliğini sağlamaktır. Bunun için, avukatların mesleklerini etkin bir biçimde sürdürebilmeleri için gereken ortamı sağlamak ve bu ortam için de hukuk, insan hak ve özgürlükleri zeminini oluşturmaktır. Avukatlar mesleklerini bireysel olarak müvekkillerinin haklarını koruyarak sürdürürken, barolar ise mesleğin ortak sorunlarına çözüm bulmak ve mesleğin gelişmesi ve olgunlaşması doğrultusunda mücadele ederler.¹⁸ Somut hukuk normlarından Anayasa’ya göre barolar, meslek örgütü ve siyasal baskı grubudur.¹⁹ Avukatlık Kanunu’na göre de meslek örgütü ve bir hukuk kurumudur. Barolar avukatların etkili bir avukatlık hizmeti verebilmeleri için gereken avukatlık staj eğitimi, meslek içi eğitim, disiplin kontrolü, mesleğin ortak sorunlarının çözümü gibi faaliyetlerde sorumluluk sahibidir. Öte yandan, hukuk kurumu, siyasal baskı kurumu olarak, avukatlık mesleğinin ve avu-

¹⁷ 28/3/2023 tarihli ve 7445 sayılı Kanun’un 11’inci maddesiyle bu fıkranın ikinci cümlesinde yer alan “yarı oranında alınır.” ibaresi “alınmaz.” şeklinde değiştirilmiştir. “(Değişik: 18/2/2009- 5838/28 md.)

¹⁸ Haluk İnanıcı, www.birikimdergisi.com, (10.09.2023).

¹⁹ https://www.mevzuat.gov.tr/mevzuatmetin/1.5.2709.pdf, (08.01.2024).

katların çıkarlarını devlete karşı korumak ve sağlamakla yükümlüdür. Bununla birlikte, genel olarak hukukun üstünlüğünü, insan hak ve özgürlüklerinin korunması mücadelesinde de etkin rol oynamaktadır.

Baronun mesleki gelişime etkisini ölçmek amacıyla Kayseri Barosu'na kayıtlı avukatlarla yapılan görüşmeden elde edilen verilere göre birçok avukatın konu ile ilgili baroların etkin olduğunu, bazı avukatların ise etkin olmadığını, bazılarının da yeterli olmadığını belirten cevaplar verdikleri görülmüştür. Baroların bu konuda etkin olduğunu düşünen avukatların konuşmaları şöyledir:

Avukat 2: "...baronun staj dönemlerinde yaptığı eğitimlerle bize kattığı çok şey oldu bu eğitimler doğrultusunda mevzuat değişikliklerini güncel kıldık hem de uygulama da bazı durumların nasıl olabileceğini öğrendik yani staj döneminde aktif bir şekilde eğitimlerimiz oldu. Meslek sürecinde de bu tarz etkinliklerle eğitimlerle mesleğimize katkı sağlıyor. Etkinlikler genel de ayda bir oluyor. Önemli günlerde ise sürekli oluyor bir olay yaşandığında da o durum pas geçilmiyor. Bu noktada bize bilgilerde veriliyor."

Avukat 4: "...Etkisi var. Şöyle staj eğitimleri zorunlu eğitimlerimiz oldu bu zorunlu eğitimlerde bize faydalı bilgiler verildi. Hali hazırda avukatlık yapan meslektaşlarımız mesleğe giriş sürecinde de destek de bulundu. Uygulama da neler yapıldığı stajyer avukatlara anlatıldı. Eğitici seminerler vs. yapıldı."

Avukat 13: "...Kayseri Barosu olarak Aslında yeteri kadar eğitim veriliyor. Daha doğrusu hem Kayseri Barosu olarak hem de TBB olarak etkili olduğunu düşünüyorum ama katılım konusunda sıkıntı yaşadığımız doğru. Aslında Baronun bile eğitim olarak yeterli düzeyde eğitim verdiğini düşünmüyorum bakıldığında staj döneminde daha fazla eğitim veriliyor da avukatlara o zamana göre azalma olduğunu düşünüyorum."

Avukat 10: "...Meslek gelişimimize tabii ki etkisi var çünkü biz tek başımıza bir eğitim ve seminer gibi programlar düzenlemeyiz ama barolar bu konuda meslektaşların eksiği olan konuda eğitimler, seminerler sempozyumlar düzenleyebilir. Sırf benim aldığım sertifikaları eğitim 35 40 civarındadır. Bunun yanında bir de sertifikasız eğitimleri katacak olursak bayağı yoğun eğitim dönemi geçirmiş olduk. Burada baronun etkisi çok fazla."

Avukat 6: "...Elbette katkısı var komisyonlar üzerinden ciddi çalışmaları var. Kayseri Barosu üzerinden değil tüm barolar nezdinde faaliyetler var. Dolayısıyla mesleki gelişimimize katkılı olduğunu düşünüyorum ancak çıkar-

ları korumak ve mesleki gelişimi sağlamak anlamında daha aktif olsalar daha iyi olacaktır. Evet seminerler vs. veriliyor ama bunlar genel de üstünkörü yürütülüyor. Mesela seminerden çok atölye çalışmaları şeklinde birebir görüşmeler suretiyle yapılması gerektiğini düşünüyorum. Daha çok üniversite-deki eğitim süreci gibi yürütülüyor. Mesela bir olay anlatılırken tarihçesinden giriyorlar konu tanımlarına kadar olay indirgeniyor ama bu olayı üniversite de bitirmiş olmamız gerektiğini düşünüyorum.”

Avukat 8: “...Evet var şöyle. Staj eğitimimiz boyunca ilk 6 ay adliye de ikinci 6 ay baro avukatı yanı olmak üzere ayrılıyor. Bu 12 aylık staj süresi boyunca sürekli eğitimlerimiz oluyordu. Bu eğitimlere çeşitli akademisyenler, meslek büyüklerimiz geliyordu. Bu seminerler sayesinde çeşitli yönlerden gelişimimize olumlu etki sağladığını düşünüyorum.”

Avukat 14: “... Baromuz zaman zaman akademisyenleri davet etmekte, bu konularda konferanslar Seminerler yapmaktadır çeşitli konularda barolar birliği ile iş birliği şekilde eğitim programları yapılmaktadır. Bu bakımdan mutlaka meslektaşlarımıza katkısı vardır.”

Etkin olduğunu düşünen avukatların konuşmaları incelendiğinde hemen hemen hepsinin genellikle seminer ve staj dönemindeki eğitimler üzerinde yoğunlaştığı görülmektedir. Oysa mesleki gelişim yalnızca eğitim ve seminerle sağlanabilen bir konu değildir. Kanuni düzenlemeler, eksik görülen mesleki kurumsal yönlerin meslek üyeleri ile müzakere edilmesi, merkezi idare ile ilişkilerin güçlendirilmesi vb. hususlar da mesleki gelişim için önemli görülmelidir.

Baronun mesleki gelişimdeki etkisi konusunda bazı avukatlar kısmen etkili olduğunu düşündükleri ifadelerde bulunmuşlardır. Kısmen etkili bulan Avukat 3, 7, 11 ve 12'nin cevaplarına bakılırsa, genellikle yine eğitim, staj ve seminerler çerçevesinde örnekler bildirdikleri ortaya çıkmaktadır. Aşağıda, avukatların konu ile ilgili yapılan mülakatta ki ifadelerine yer verilmiştir.

Avukat 3: “...Kısmen etkili olduğunu düşünüyorum. Verilen eğitimler sempozyumlar düzenlenen birtakım konferansların ve yine bizim avukatlık sürecinde mesleki olarak arabuluculuk vs. bunlarla ilgili verilen eğitimlerin de etkisi olduğu söylenebilir.”

Avukat 7: “...Seminerlerimiz falan oluyor evet ama biz avukat olarak stajyer avukatların seminerlerine ya da eğitimlerine baktığımız da genellikle

Kayseri barosundan avukatlar katılıyorlar. Daha önceki dönemlerde üniversitelerden hocalar gelirdi o anlamda daha aktifti. Şu an da çok interaktif olduğunu düşünmüyorum."

Avukat 11: "...Baronun mesleki gelişime bir etkisi olduğu çok düşünmüyorum. Belki staj eğitim döneminde bir kısım desteği olmuş olabilir. Onun dışında mesleki mana çok fazla etkisi olduğunu düşünmüyorum. Seminerler vs. nasıldı? Aslında çok da takip etmiyorum."

Avukat 12: "...Baroya kayıtlı staj zorunluluğu vardı. Hukuk Fakültesi öğrencilerinin Avukat olmadan önce bu bir yıl staj süresini tamamlarken baro size eğitim veriyor ilk 6 ay adliye staj diğer 6 ay avukat stajı olarak geçiyor burada bağlantıları eğitim düzenlemeleri süreçleri baroda olur. Bununla ilgili konuşmacılar getirilir paneller yapılır mesleki eğitimler verilir klasiktir ama bunun dışında şöyle bir faydası oldu diyemem Kısacası eğitimler verir."

Avukat 5: "...Yok. Seminerlerimiz falan var ama düzenli olarak yapılmıyor. Mesleki gelişimime etkisi sınırlı."

Avukat 9: "...Benim zamanımda yoktu. Seminerler vs. yoktu ama şu an çok yoğun bir şekilde yapıyorlar. Benim zamanımda hatırladığım kadarıyla bize dönük bir şeyler yapmamışlardı."

Konu ile ilgili Avukat 1 ise, baronun mesleki gelişime etkisinin olduğunu fakat bunun yeterli olmadığını belirten şekilde ifadesini açıklamıştır: *Avukat 1: "...staj aşamasında yapmış olduğum birtakım toplantılarda ve örgüt olarak içinde bulunduğum faaliyetlerde birtakım yargıtay üyelerinin yapmış olduğu toplantılara iştirak etmişim. Dolayısıyla bir barodan bu noktada mesleki gelişime daha fazla katkıda bulunmasını beklerdim. Bu açıdan mesleki gelişime etkisi elbette var ama beklediğim etkiyi bulamadım. Benim uzmanlaşmak istediğim alanlarda o alanda daha etkili ve yetkili kişilerle temas kurabilme imkânı bunların bilgi ve tecrübelerine erişebilme imkânı sunmasını beklerdim. Akademik camiadan olabilir yargıtay üyelerinden olabilir. Tam olarak beklediğim katkı mesleğimi daha ileri noktalara götürmek adına kişisel olarak katkı da bulunduğunu düşünmüyorum..."*

C. Baroların Mesleğin Düzen ve Disiplinine Etkisi

Barolar ve diğer meslek odaları, mesleğin sürdürülebilirliğini, gelişimini sağlama ve hak ve çıkarlarını korumak kadar düzen ve disiplinini sağlama noktasında da önemli misyonlar yüklenmişlerdir. Sahip

oldukları kamu tüzel kişiliği ve kamu gücü ayrıcalıkları onlara ilgili meslek dalında düzenleyici işlem yapma ve gerektiğinde disiplin cezası verme gibi yetkiler tanımaktadır. Öyle ki kamu tüzel kişilikleri, kendi başına karar alıp uygulama yetkisine ve düzenleyici işlem yapma yetkisine sahiptir. Merkezi idare karşısında görece bağımsız olmaları, bu yetkinin kaynağını oluşturmaktadır. Ayrıca diğer tüm kamu tüzel kişileri gibi aldıkları kararlar, yargı yerlerince iptal edilinceye kadar doğru kabul edilir.²⁰ Bu, idari “işlemlerin hukuka uygunluk” ilkesinin bir sonucudur. Her ne kadar disiplin konusunda alınan kararlar ve diğer düzenleyici işlemler yargı denetiminde olsa da yargı mercileri iptal etmediği sürece hukuka uygun kabul edilmesi, onları bireyler karşısında üstün kılmaktadır

Avukat 6: “...Elbette yine burada komisyonlar var örneğin düzen ve disiplin tarafına girdiğimiz zaman haksız rekabet Komisyonu var meslektaşlarının haksız rekabete karşı eylemleri ile ilgili çalışan yine baro niyetindeki disiplin kurulları var meslektaşları meslektaşlara karşı yapılan işlemlerle müdahale eden bir kurum dolayısıyla düzen sağlamak babında aktif çalıştığımı düşünüyorum”

Avukat 7: “...Evet o anlamda Bora yönetiminin disiplin kurulduğunun vesaire iyi olduğunu düşünüyorum.”

Avukat 8: “...Bu konuda da olumlu düşünüyorum var onu zaten kendi içerisinde Disiplin Kurulu var Avukat Hakları İzleme Merkezi olsun Disiplin Kurulu olsun bu kurullar sayesinde avukatlara meslek etiği dışında yaptığı işlemleri anında şikâyete bağlı olarak ya da kendileri resen işlemlerini başlatıyorlar ve Avukatlık Kanunu kapsamında cezai işlemlerini uyguluyorlar ne kadar etkin yapılıyordur orasını içinde olmadığım için bilemeyeceğim ama etkisi var.”

Avukat 14: “...Mutlaka düzen noktasında etkisi vardır ama disiplin ayrı bir şeydir disiplin bizim mesleğimizde uygun olan bir terim de değildir Burası askeri muntika değil burası var odur serbest birbirinden bağımsız avukatların görev yaptığı yani bağlı olarak görev yapmış olduğu bir meslek kuruluşudur meslek etiğine ya da ahlakına aykırı olan davranışlarda mutlaka ihbarlar olursa Barolar bir yönde soruşturma yapmaktadır genellikle kararlara varmaktadır her bakımdan verim tamdır sonuçta görev yapan arkadaş-

²⁰ Gözler/Kaplan, 2022, s. 153.

larımızın hepsi hukukçu Avukat arkadaşımızdır cezalandırması gereken bir davranışları varsa mutlaka Bunlar cezalandırılır. Ben baromuzu bu bakımdan etkili yeterli düşünüyorum.”

Baronun mesleğin iç disiplin ve düzenini sağlamada etkisiz olduğunu düşünen avukatlar ise şöyle ifadelerde bulunmuşlardır:

Avukat 1: “...Düşünmüyorum Bu noktada çok fazla eksiği olduğunu ve üzerine kanun tarafından eklenen vazifeleri dahi yerine getirmediğini düşünüyorum Hiç olmamasından olması iyidir ama burada Türkiye'nin hemen her ilinden bulunan bir örgüt binlerce üyesi olan maddi olarak imkanları da olan bir örgüt var ve daha fazlasını yapabiliirdi diye düşünüyorum kanun tarafından kendisine yüklenen yükümlülükleri şu an yerine getirmiyor.”

Avukat 3: “...Düşünüyorum Kayseri Barosu için çok büyük bir sıkıntı görmedim.”

Avukat 11: “...Kesinlikle düşünmüyorum Bilakis disiplin konusunda Barolar çok yetersiz olduğunu düşünüyorum bunun da en büyük sebebi disiplin kurullarının bizzatıhi baro başkanı adayları ile birlikte aynı seçime girmeleri ve başkan adayları tarafından seçilmesi bu sebeple de genellikle disiplin kurullarında insanların daha çok sevdiği insanlarla iyi geçinin insanları aday gösterirler. Disiplin kurullarının da genellikle avukatlarla kötü olmak istemediğinden baronun da başkanın yönetimde ikili ilişkilerini korumaya mahkûm davranışlar sergilediğini düşünüyorum. Disiplin hukukunun baroda gerçekten etkili hale gelebilmesi için disiplin kurulunun baro yönetiminden ayrılması ve özerk yapısının olması gerekir. Bu hukukun da zaten en temel ilkesidir. Fakat Avukatlık Kanunu'muzda bugün yürütme dediğimiz baro yönetimi ile yargı dediğimiz disiplin hukuku maalesef beraber aynı anda iş gördüğü için disiplinin pek bir etkisi yoktur.”

Avukat 13: “...Bunu kesinlikle düşünmüyorum ama sadece Kayseri Barosu olarak değil Barolar Birliği'nin de bunu yaptığını düşünmüyorum.”

Avukat 12: “...Baronun mevzuatlar yönetmelikleri var. Bunlarla alakalı takipler yaptığı söz konusu fakat başarılı olduğunu düşünmüyorum. Aslında mesleğe odaklanamıyorlar mesleğin haysiyetini koruyamıyorlar. Kalite düşüyor. Bununla ilgili Elbette baroların itirazları var. Eski avukatlarla güncel avukatların öncelikleri sıkıntıları farklı yeterli düzenlemelerinin bu anlamda yapılmadığını düşünüyorum. Çok da yapılabileceğini de düşünmüyorum çünkü bu nüfus yoğunluğunda birazcık zor.”

Avukatlardan bazıları ise bu konuda baronun kısmen etkili olduğunu ifade etmiştir:

Avukat 2: “...Baro bence avukatların bir arada toplanarak hakim olduğu bir doğrultuda gitmesini sağlıyor çünkü binlerce staj başvurusu oluyor barodan yapılan eğitimlerle düzenlemelerle stajların düzgün bir şekilde ilerlemesi mümkün oluyor o yüzden katkısı büyük..”

Avukat 5: “...Kısmen sağlıyor.”

Avukat 9: “...Hiç olmamasından iyi ama olması gereken yerden çok uzak nedeni şu bir kere başkan 2 yıllığına seçiliyor bu oldukça kısa bir dönem projelerini gerçekleştirmeleri açısından bunda en az 4-5 yıla çıkarılması lazım başkanın profesyonel olması lazım başkanlığın ücretli olması lazım Çünkü bir yandan avukatlık mesleği icraat icra ediyor aynı zamanda Bora başkanlarının belli bir yaştan aşağıya 25 ya da 30 yılını doldurması lazım sağlık sorunlarının olmaması lazım aynı şekilde yönetim kurulu üyelerinin de huzur haklarının olması lazım bu haklar sağlandıktan sonra bunları sorumluluk verilmesi lazım nedir bu sorumluluk belirli bir meselenin burada geçirilmesi ve denetlenmeleri lazım baro ikinci bir iş değil birinci iş olarak bakılacak bunun sağlanması lazım öncelikli olarak.”

Avukatların bağımsızlığın korunması baroların en önemli görevlerindenidir. Kamu tüzel kişileri olarak barolar, avukatlık mesleği ve avukatlar üzerinde devlet tüzel kişiliğinden ayrı bir tüzel kişilik olarak denetim makamı rolündedirler.²¹ Ülkemizde barolar da dahil olmak üzere meslek kuruluşları, faaliyet gösterdikleri alanda tekel konumundadırlar. Bu kurumlar, meslek mensupları üzerinde mesleki faaliyete izin verme, mesleki standartlarını belirleme ve disiplin cezası verme gibi kamusal yetkilere sahiptirler. Bu noktada hem mesleğin koruyucusu hem de avukatların özgürlüğü önünde engel olma potansiyeline sahiptirler. Kanadoğlu'na göre, avukatlar memur değildir ve devletin vesayetine bağlı kılınamaz. Avukatlar, kamusal faydaya yönelik, bağımsız bir meslek icra etmektedir. Bu bağlamda avukatlık mesleğinin tanımında yer alması gereken unsurların başında bağımsızlık yer almaktadır. Nitekim, dünyanın birçok yerinde baroya üye olma zorunluluğu bulunmamaktadır. Bu konuda Anglo Sakson ve Kıta Avrupası sisteminin ayrıldığını görüyoruz. Örneğin ABD’de bazı eyaletlerde avukatlık yapmak için bir

²¹ Kanadoğlu, s.84.

baroya üye olmak zorunluyken, bazılarında gönüllülük esasına dayanır.²² Keza Anglo Sakson sisteminin önemli temsilcisi olan İngiltere’de de baroya üye olmak zorunlu değildir. Kıta Avrupası modeli dediğimiz bir başka isimle Fransız modelinde, Fransa’da her avukat bir yerel baroya üye olmak zorunda olmakla birlikte, birden fazla baroya üye olmak mümkündür. Keza bu modelde olan Almanya ve Türkiye’de de barolara üye olmak zorunluluğu bulunmaktadır.²³

D. Meslek Üyelerinin Haklarının ve Çıkarlarının Korunması

Baroların avukatlık mesleği üyelerinin haklarının ve çıkarlarının korunması konusunda atılan en önemli adımlardan birisi, Türkiye Barolar Birliği Yönetim Kurulu’nun 03.01.2014 tarihli kararı ile TBB bünyesinde ilk kez Avukat Hakları Merkezi (AHM)’nin kurulması olmuştur. Merkez yönergesinde AHM’lerin amaçları, “ulusal ve uluslararası hukuk çerçevesinde; avukatların hak ve yetkilerini tam olarak kullanabilmelerini sağlayacak, avukatların yargılamadaki etkinliklerini arttıracak çalışmalar yapmak, Avukatlık mesleğini geliştirecek, saygınlığını, itibarını koruyacak faaliyetlerde bulunmak ve bu amaca yönelik projeler üretmek, bu projelerin uygulanmasını sağlamak, Mesleki faaliyetleri ve kimlikleri nedeniyle uğradıkları saldırı ve hak ihlallerinde avukatların yanında olmak ve kendilerine etkin destek vermek..” olarak belirlenmiştir.²⁴

Avukatlık Kanunu’nun 76. maddesinde ise baroların tanımında “...Avukatların ortak ihtiyaçlarını karşılamak amacıyla tüm çalışmalarını yürüten meslek kuruluşlarıdır ...” ifadesine yer verilmiştir. Barolar, kamu kurumu niteliğinde meslek kuruluşu olmalarının yanı sıra aynı zamanda temel hak ve özgürlüklerin yaşama geçirilmesi, hukuk devletin yerleşmesi, bağımsız ve adil yargılamanın düzenlenmesi konusunda siyasal baskı grubu oluşturduğunu belirten yazarlar dayanak olarak Anayasa’nın 135. maddesini göstermektedirler.²⁵

²² Ramazan Arıttürk, “Barolar ve Türkiye Barolar Birliği’nin Örgütlenme Modeli ve Yeniden Yapılanması”. *Çekmece İZÜ Sosyal Bilimler Dergisi*, 2020, n8(16), s. 69; Quintin Johnstone, “Bar Associations: Policies and Performances”, *Yale Law & Policy Review*, Vol. 15, 1996, s. 193.

²³ Kanadoğlu, s.92

²⁴ <https://ahm.barobirlik.org.tr/Hakkimizda>, (15.03.2024).

²⁵ Noyan Özkan, “Savunmanın Örgütlenmesi ve Stratejik Planlama”, *TBB Dergisi*, 2004, S. 54,17, s. 328.

Konu ile ilgili Kayseri Barosuna bağlı avukatlarla yapılan görüşme sonucunda Baronun bu konuda etkili olduğunu ifade eden avukatların söylemleri aşağıda verilmiştir.

Avukat 2: "...Etkilidir. Çünkü meslek haklarına ilişkin aleyhimize bir durumu olduğunda bununla ilgili önlemleri almak, başvuru yapmak konusunda gayet etkili ve hızlı davranıyor. Müdahale etmede hızlı sonuçları çoğu zaman ülkenin durumuna göre değişiyor. Buradan kaynaklı çok olumsuzluk olduğunu düşünmüyorum."

Avukat 4: "...Ben etkili olduğunu düşünüyorum. Bu sadece baroda bitmiyor baronun belli başlı mekanizmaları var. Avukat haklarıyla alakalı ya da farklı komisyonları var. Oradaki insanlar da benim arkadaşlarım meslektaşlarım oluyor bu insanlar da gerçekten çaba sarf ediyor ve gerçekten gönül vererek bu işin içine giriyor. Sonucu iyi ya da kötü ellerinden gelen her şeyi yaptıkları için yanımızda olduklarını hissettiriyorlar."

Avukat 10: "...Muhakkak etkilidir çünkü yapılan eylemlerde karşımıza çıkacak problemlerde ülkenin genelini etkileyen olumsuz sorunlardan barolar sesini çıkartıyor yürüyüşler yapıyor. Sesimizi duyurmaya çalışıyorlar. Öncelikle halkın sonrasında ise meslektaşlarını seslerini duyurmak önceliyorlar. İnsanların tek başına oldukları konulardaki kişinin ya da kurumlara karşı cılız bir ses çıkarırlar fakat birlikte olduklarını örgütlenme yapısı olan barolarda ise bu ses kalın bir sese dönüşür yankı olur insanlar söylediklerine dikkat etmek zorunda kalabilir..."

Avukat 13: "...Etkilidir bundan yaklaşık 2 yıl önce adliyede saldırı oldu ve sadece bir Yumruk atıldı tutuklamasına gerektirecek bir şey çok yoktu ama o gün avukat hakları komisyonunda orada bulundum 8-9 avukat olarak Sulh Ceza Mahkemesine duruşmaya girdik. Ve o avukatımızı savunduk, o kişinin tutuklamasına sebep olduk. Bu arada sadece CMK dan atanan bir avukat olsaydı veya yumruğu yiyen avukatımız, avukat istemiyorum kendimi savunurum deseydi o gün hâkimin üzerinde çok baskı olmayacaktı. Bu baskı olmaması neticesinde de o kişinin tutuksuz yargılanmasına sebep olacaktı. Tabii ki bu noktada baroların olmasını mesleğimiz açısından önemli."

Konu ile ilgili baronun etkili olmadığını düşünen veya kısmen etkili olduğunu düşünen avukatların söylemleri aşağıda verilmiştir.

Avukat 1: "...Çok etkili olduğunu düşünmüyorum. Bu temel de bir yaklaşım sergilenmiyor. Bugün Taksiciler Derneği kadar meslektaşları korumada

başarılı olmamıştır. Dolayısıyla burada insanlar mesleğini ve meslektaşını önceleyen bir yaklaşım sergileselerdi çok daha farklı olurdu.”

Avukat 3: “...Baronun avukatlarına çok sahip çıktığını düşünmüyorum özellikle son 5 yıldır bu böyle. Meslek örgütünde bir zayıflama var. Her meslek grubunda da bir yozlaşma var bu Adliyenin içinde de var. Dolayısıyla avukatlar bundan kötü etkileniyor ama onunla ilgili baronun da tam anlamıyla bir koruma sağlamadığını düşünüyorum. Bu barolar birliğinden de kaynaklı olabilir.”

Avukat 6: “...Baronun haklarını koruma noktasında çok etkili olduğunu düşünmüyorum ve inanmıyorum.”

Avukat 11: “...Hiç etkili değil. Maalesef etkili olmadığını düşünüyorum. Hakkında 50 tane soruşturma olan avukat hala mesleğe devam edebiliyor. Aldığı cezaların bir sorumluluğu vs. yok. Baro bir meslek kuruluşu olarak meslek haklarını koruyamıyor...”

Avukat 14: “... Avukatların haklarını barolar tarafından korunmadığını ya da korunabileceğini ya da baroların öyle bir durumda olduğunu düşünmüyorum...”

AHM, Avukatlık Kanunu ve Avukatlık Kanunu'nun uygulanması amacıyla düzenlenen Türkiye Barolar Birliği Avukatlık Kanunu Yönetmeliği gibi birçok yan mevzuatla da mesleğin hak ve çıkarlarına ilişkin ayrıntılı düzenlemeler bulunmaktadır. Bazı yazarlara göre bu düzenlemeler ile avukatlık mesleğinin bir yandan geniş hak ve yetkilerle donatıldığı, öte yandan baro tarafından sıkı bir şekilde denetlenerek önemli yükümlülükler yüklendiği düşünülmektedir.²⁶ Örneğin Ankara Barosu'na göre Türkiye Barolar Birliği bugüne dek saldırıya uğrayan veya yargılanan avukatlar hakkında çok az sayıda açıklama yapmıştır. Bazı il barolarında bulunan insan hakları merkezleri de avukatlara karşı açılan davaları takip etmek veya avukatlara karşı yapılan hak ihlallerini güçlü bir şekilde gündeme getirmek konusunda yetersiz kalmışlardır. Buna karşılık yine Ankara Barosu'nun ifadesine göre il baroları yargılanan avukatları genel olarak pek dikkate almıyor olsa da bazı baroların, bazı durumlarda önemli çabalar gösterdikleri görülebiliyor.²⁷

²⁶ Nejat Aday, “Avukatlık Mesleği ve Hukuk Devleti İlkesi”, Prof. Dr. Hüyesin Hatemi'ye 80. Yıl Armağanı, editör: Yasemin Güllüoğlu Altun, Oniki Levha Yayınları, 2018, s. 64.

²⁷ <http://www.ankarabarusu.org.tr/HaberDuyuru.aspx?DUYURU&=1943> (7.12. 2023).

E. Zorunlu Aidat

Kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları, meslek disiplini, düzeni ve ahlakını korumak gibi amaçlarla kurulan kamu tüzel kişiliğine sahip kuruluşlardır. Meslek kuruluşlarına tanınan bazı kamu gücü ayrıcalıklarının sonucu olarak meslek üyelerine yönelik zorunlu üyelik ve zorunlu aidat gibi düzenlemeler getirilmiştir.²⁸ Kamu gücü ayrıcalığı kısaca, bireylerin rızası hilafına işlem yapabilme gücüdür.²⁹ Dolayısıyla ilgili meslek adayı, meslek odasına üye olmadan o mesleği ifa edemezler ve belirlenen zorunlu aidatı ödemekle mükelleftirler.

Çalışma kapsamında Kayseri Barosu'na kayıtlı avukatlarla yapılan görüşmelerde zorunlu aidat ve zorunlu üyeliğin öne çıkan başlıklardan biri olduğu görülmüştür. Konu ile ilgili birçok avukata göre zorunlu aidat olmaması gereken bir düzenleme iken birçoğuna göre de gerekli bir düzenleme olarak ifade edilmiştir. Konu kapsamında özellikle aidat konusunda mesleğin ilk beş yılında aidat alınmaması kuralı avukatlar arasında rahatsız olunan önemli alt başlık olarak ortaya çıkmıştır. Örneğin, Avukat 13: *"...İlk beş yıllık avukatların da aidat ödemesi gerektiğini düşünüyorum..."* şeklinde görüşünü bildirmiştir. Konu ile ilgili Kayseri Baro Başkanı; *"...Beş yıl altındaki kıdeme sahip meslektaşlardan aidat alınmaması gibi bir yasa değişikliği nisan ayı gibi yürürlüğe girdi. Bu bizim Genel Kurulda geçtiğimiz Ekim ayında yaptığımız bütçelerimize tüm Türkiye'deki barolar için dolayısıyla Barolar Birliğini tamamen sıkıntıya soktu..."* şeklinde düşüncesini belirtmiştir.

Zorunlu aidat ile ilgili olumlu düşünen bazı avukatların ifadeleri aşağıdaki gibidir.

Avukat 3: *"...Olumsuz bir şey düşünmüyorum. Mecburen her meslek birliğinde bir aidat ödeniyor. Çok yüksek değil. Makul bir fiyat. Ekonomik koşullar için mantıklı..."*

Avukat 5: *"...Beni rahatsız etmiyor ama çok yüksek bir miktar olsaydı rahatsız edebilirdi."*

Avukat 6: *"...Olmaması gereken bir şey aslında. Şöyle üye olursak bunun*

²⁸ Zehreddin Aslan, "Meslek Kuruluşlarına Zorunlu Üyeliğin Üzerine Hukuki Bir Değerlendirme", *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, (15), 2014, s. 1229.

²⁹ Gözler/Kaplan, 2020, s. 42.

birtakım getirileri vardır. Ekonomik olsun toplumsal olsun bu durum derneklerde de oluyor. Dolayısıyla yaşaması için de aidat olmazsa olmazdır."

Avukat 8: "...Toplanması mantıklı bir durum çünkü geliştirilmesi gereken bir kurum ve bünyesinde çalışanların çıkarını gözeten bir kurum olduğu için karşılanması gereken bir ödenek..."

Avukat 10: "...Aidat konusunda olması gereken bir durum. Hatta baroya verilen aidatların yeterli olduğunu düşünmüyorum. Çünkü mali açıdan sıkıntı çekiyorlar."

Avukat 12: "...Aidat konusu olmalı bence aidat alınmalı yani."

Avukat 13: "...Aidat vermekle maddi açıdan fazla bir kayıp yaşanmaz, bence aidat ilk beş yıllık görevli olan avukatlardan da alınmalı."

Avukat 14: "...Daha fazla olması gerekir bence keşke bir sandık kurulsa da ödemeler oraya yapılırsa ve oradaki zaruri ihtiyaçların temini bakımından o sandık kullanılsa."

Avukatlardan zorunlu aidat konusunda olumsuz görüş bildirenlerin bazıları aidatların nereye harcandığının belli olmamasından dolayı olumsuz düşündüklerini ifade etmişlerdir. Örneğin Avukat 11; *"...Baronun çok fazla mesleki konularla ilgilendiğini düşünmüyorum. Bundan dolayı da verilen aidatlar nereye kullanılıyor etkin kullanılıyor mu bilmiyoruz."* Şeklinde konu ile ilgili düşüncesini açıklamıştır. Bununla birlikte Avukat 1: *"...Etkisiz bir yönetim. Vermiş olduğumuz aidatlar göze batacak bir miktar değil ama nereye harcandığı belli değil. Vermiş olduğumuz aidatların etkili bir şekilde kullanılmadığını düşünüyorum."* diyerek aynı yönde görüş bildirmiştir. Konu ile ilgili Avukat 4 ise şunları ifade etmiştir: *"...Ben olmasam bile insan bencillikten çıkıp toplumsal düşünmesi lazım. Mesela benim maddi durumum olabilir ödeyebilirim ama diğer arkadaşım ne ofis açabilir ne de bir şey yapabilir. Baronun böyle şeylerde imkân tanınması gerekiyor. Bu sadece 5 yılla sınırlı kalmamalı. Altıncı yılındaki bir avukatta eğer maddi durumu el vermiyorsa bu aidatı baro bir şekilde karşılamalı çünkü bu mesleği bir şekilde ifa etmeliyiz. Özgürlükçü bir meslek, hakları savunan bir meslek olarak görüyorsa para konusundan dolayı bir insan bu tarz mağduriyetler yaşamamalı."*

F. Siyasi Yönelim

Araştırma kapsamında Kayseri Barosu'na kayıtlı avukatlarla yapılan görüşmelerden elde edilen verilere göre öne çıkan başlıklardan

biri de baroların siyasi eğilimi olmuştur. Birçok avukat, Türkiye’de baroların siyasi ortamda öne çıkmasından rahatsız olduğunu ve bunun baroları işlevsiz hale getirdiğini ifade etmiştir. Konu ile ilgili bazı avukatların ifadelerine aşağıda yer verilmiştir:

Avukat 5: “...Baroların siyaset yapması olumsuz bir durum siyasi konularda yorum yapmalarını olumlu görmüyorum. Meslektaşının yanında olmalı mecliste önerge sunacak derecede kanunlara katkıda bulunacak derecede çalışmalar yapmalı.”

Avukat 6: “...Eksik gördüğümüz yönlerde baroları itibariyle hemen hemen gittiğim her ülkede baroları ziyaret etme imkânım oluyor hukuk yapısını gözlemlene imkânım oluyor. Oradaki baroların durumu ve eylemleri ciddi anlamda ülkenin gündemini belirleyecek nispette önem arz ediyor. Faaliyetlerin eksik olması biraz daha siyasi yönelimin ağır basması olumsuz ve eksik gördüğüm taraf. Bu konuda biraz daha geliştirilmesi gerektiğini düşünüyorum.”

Avukat 11: “...Kendi mesleki sorunları dışında siyaset ile çok uğraşıyorlar siyaset ile uğraşmaları hoşuma gitmiyor. Bu ister kendi görüşünü savunan Barolar olsun ister muhalif Barolar olsun barolar mesleğin sorunları ile ilgilenmesi gerekirken siyasi konularla ilgileniyorlar.”

Günümüzde meslek odalarından özellikle tabip odalarının, mühendis odalarının ve baroların muhalif olarak görüldüğü söylenebilir. Barolar özelinde bakıldığında ise, özellikle Türkiye genelinde baro yönetimlerinin giderek artan şekilde hükümete muhalif gruplara geçtiği gözlemlenebilir.³⁰ Çalışma kapsamında yapılan görüşmelerde Kayseri Baro Başkanı’nun merkezi idare ile ilişkiler sorusuna verdiği cevap şöyledir: “...Gerek valilikle gerek belediyelerle gerekse diğer kamu kurumundaki müdürlükler ile çok olumlu yapıcı ilişkilerimiz var. Çeşitli faaliyetleri yürütmek için yaptığımız müracaatlar da karşılıksız kalmadı. Mesela Kültür Müdürlüğüne müracaat ettiğimizde baronun emrinde olduğunu söyledi. Vali beyde gerek baromuzu ziyaret etti. Yardımcı olmak için elinden geleni yapacağını söyledi...” Baro başkanının ifadeleri, mevcut hükümete muhalif oluşturacak şekilde görülmesi de Türkiye geneli için aynı şeyi söylemek mümkün olmayabilir.

³⁰ Kalem/Elveriş, s. 168.

Baroların siyasetteki konumu tartışmalı bir konu olmakla beraber, Türkiye’de genel anlamda yargının ve özelde avukatlık mesleğinin, Cumhuriyet rejimini korumak ve savunmak gibi ideolojik bir amaçla kurulduğu kabul edilir.³¹ Yürürlükte bulunan 1136 sayılı Avukatlık Kanunu’nun 1969’da kabulüyle birlikte TBB’nin kurulması ve bu örgütün Adalet Bakanlığı tarafından yürütülen birtakım görevleri üstlenmesiyle, barolar üstündeki merkezi idarenin vesayeti azalma eğilimi göstermiştir. Bu düzenleme, devlet-meslek ilişkisinde bir değişimin sonucudur; zira 1950’lerde çok partili döneme geçilmesiyle ortaya çıkan görece çoğulcu ortam ve daha sonra 1961 Anayasası’nın bireysel ve sosyal haklara geniş yer vermesi, baskı gruplarının faaliyetlerine de yansımıştır.³² Kanun’un baroların kuruluş ve niteliklerini sayan 76. maddesinin ilk hali şöyledir: “Barolar, bu Kanun’da yazılı esaslar uyarınca meslek hizmetleri görmek, mesleki ahlak ve dayanışmayı korumak, avukatlığın genel menfaatlere uygun olarak gelişmesini sağlamak amacıyla kurulan tüzel kişiliğe sahip kamu kurumu niteliğinde meslek kuruluşlarıdır. Barolar, Kanun’da belirtilenler dışında herhangi bir işle ve siyasetle uğraşamazlar (...)”³³ Ancak düzenlemenin baroların siyasetten uzak durmasını sağlamak açısından yetersiz olduğu, 1136 sayılı Kanun’un kabulünü takip eden ve özellikle de 12 Eylül Askeri Darbesi öncesi dönemde aktif bir şekilde muhalif faaliyetlerde bulunmalarından anlaşılmaktadır.³⁴ Elveriş’e göre avukatlar, bir meslek grubu olarak siyasetle her zaman iç içe olmuşlardır. Mesleğin toplumsal olaylara yakınlığı düşünüldüğünde kaçınılmaz görünen bu ilgi, devlet ile meslek üyeleri arasında çatışma unsuru olmuştur.³⁵ Diğer yandan 1982 Anayasası, baroların 76. maddede yer alan kurumsal siyaset yasağını korumakla beraber memurlar ve sendikaların aksine avukatlar veya diğer serbest meslek üyeleri için siyasal yasaklar getirmemiştir. Avukatlık Kanunu’nun 76. maddesinin birinci fıkrası 1997 yılına kadar ilk haliyle korunmuş ancak o yıl ikinci fıkrası “Barolar, kuruluş amaçları dışında faaliyette bulunamaz-

³¹ İdil Elveriş, *Barolar ve Siyaset*, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, 2014, s. 153.

³² Aylin Özman “The State And Bar Associations In Turkey: A Study In Interestgroup Politics”, (Yayımlanmamış doktora tezi) Bilkent Üniversitesi, 1995, <https://repository.bilkent.edu.tr/items/dc29e304-ef99-4fdf-a505-b7441dd64766>, (02.03.2024).

³³ www.resmigazete.gov.tr/arsiv/13168.pdf, (10.03.2024).

³⁴ Umut Türem, “Globalization of Law And The Legal Profession In Turkey” (Yayımlanmamış YL Tezi). Boğaziçi Üniversitesi, 2001, s. 153.

³⁵ Elveriş, s. 170

lar” şeklinde değiştirilmiştir. Bu değişiklik ile barolar için açık siyaset yasağı kalkmıştır denebilir. Konu ile ilgili son değişiklik, 2001 yılında yapılmış ve 76. maddenin 1. fıkrası da bugünkü halini almıştır: “*Barolar, avukatlık mesleğini geliştirmek, meslek mensuplarının birbirleri ve iş sahipleri ile olan ilişkilerinde dürüstlüğü ve güveni sağlamak; meslek düzenini, ahlâkını, saygınlığını, hukukun üstünlüğünü, insan haklarını savunmak ve korumak, avukatların ortak ihtiyaçlarını karşılamak amacıyla tüm çalışmalarını yürüten, tüzel kişiliği bulunan, çalışmalarını demokratik ilkelere göre sürdüren kamu kurumu niteliğinde meslek kuruluşlarıdır*”. Tanımdaki bu değişikliklerle, meslek örgütünün sorumluluklarının hukukun üstünlüğü ve insan haklarını korumayı içerecek şekilde genişletilmesi, baroların sadece mesleğin menfaatlerini gözeten koruyucu bir örgüt olmanın ötesinde, farklı konularda da hukuki savunucu rolü üstlenmelerinin önü açılmıştır.³⁶ Hukuki çerçevesi bu şekilde düzenlenen baro-devlet ilişkisinde, baroların ne kadar siyaset yapabileceğine, neyin siyasetini yapabileceğine ve sınırların ne olacağına ilişkin tartışma halen devam etmektedir. Bu tartışmada sıklıkla baroların, “siyaset yapmaması” gerektiği vurgulanır. Bazıları ise siyaset yapmaması, bunun yerine “mesleğin siyasetini” yapması gerektiğini ifade eder.

G. Reklam Yasağı

19.3.1969 tarihli ve 1136 sayılı Avukatlık Kanunu’na dayanılarak oluşturulan ve 9.8.2024-32627 tarih ve sayı ile Resmî Gazete’de yayımlanan Reklam Yasağı Yönetmeliği’ne göre avukatların, “... kendilerini meslektaşlarının önüne geçirmeye, reklam yoluyla iş elde etmeye yönelik her tür girişim ve eylemlerden kaçınmak, iş elde etmek için reklam sayılabilecek her hangi bir girişim ve eylemde bulunmamak..” ifadesine yer verilmiştir. Aynı Yönetmeliğin 6. maddesinde de “*Başlıklı kağıtlar, her türlü kartvizitler ve diğer basılı ve elektronik belgeler, reklam niteliği taşıyacak aşırılıkta olamaz (Değişik: RG 9.8.2024-32627). Başlıklı kağıtlarda, her türlü kartvizitler, diğer basılı ve elektronik belgelerde sadece avukatlık ünvanı, varsa hukuk alanındaki akademik ünvan, adı ve soyadı, adres, telefon-faks numaraları, internet ve e-posta adresleri, kayıtlı e-posta adresi ile bağlı bulunulan Baro ve Türkiye Barolar Birliği sicil numaraları, vergi dairesi ile vergi sicil numarası ve kayıtlı bulunduğu baro ile Türkiye Barolar Birliği amblemi yer alabilir*”

³⁶ Kalem/Elveriş, s. 170.

(Değişik: RG 9.8.2024-32627) ifadesine yer verilmiştir. Adı geçen yönetmeliğin 11. maddesinde de “Bu Yönetmelik kapsamında olanlar; salt ün kazanmaya (Ek ibare:RG-9.8.2024-32627) , kendilerini meslektaşlarının önüne geçirmeye, reklam yoluyla iş elde etmeye yönelik her tür girişim ve eylemlerden kaçınmak, iş elde etmek için reklam sayılabilecek her hangi bir girişim ve eylemde bulunmamak, üçüncü kişilerin kendileri için reklam sayılabilecek bu tür eylem ve davranışlarına izin vermemek, engel olmak için gerekli önlemleri almakla yükümlüdürler” ifadesi görülmektedir.³⁷

Reklam yasağı konusu, çalışma kapsamında gerçekleştirilen yarı yapılandırılmış mülakatlarda avukatlar tarafından sık tekrar edilen konular arasında yerini almıştır. Avukatların birçoğunun reklam yasağına veya reklam yasağının denetimi konusuna tepkili olduğu görülmüştür. Reklam yasağı konusuna vurgu yapan avukatların ifadeleri aşağıdaki gibidir.

Avukat 1: “... Baronun mesela reklam yasağı ile mücadele etme gibi bir yükümlülüğü bulunmakta ve buna kendi üyesi de bulunan birçok avukata müdahalede bulunmuyor veya bulunamıyor Dolayısıyla dışarıda da en çok eleştirilen hususlardan birisi budur sosyal medyada meslektaşlar arasında veya Avukat olmayanlar tarafından da eleştirilebilir bir konudur gerekli atımlar yapılmıyor yapsalar da bu durumda olmazdı.”

Avukat 3: “...Beklam yasağı ile alakalı problemler bulunmakta. Bunlarla çok ilgilendiğini düşünmüyorum ve etkili bir mekanizmaya da sahip olmadı...”

Avukat 2: “...Reklam yasağı müdahale edilmesi gereken bir durum zaten. O konu da biraz eksik kalıyor. Son süreçte yapılan reklamlar olsun ya da diğer meslektaşların başka şeyleri olsun eksik kalıyor.”

Avukat 5: “...Reklam yasağı olsun o tarz durumlarda sağlayamıyor çünkü sayı çok fazla. Bununla birlikte savcılık mekanizması ile çalışmadığı için birlikte yürütemiyor bu işi uyarılarını yapıyor ama buna uyulmuyor gerekli cezalarında yeteri kadar vermiyor...”

Avukat 13: “...Çok fazla mesela reklam yasağına itibar etmeyen avukatlar var. Buna da herhangi bir şekilde dur diyecek bir Baro göremedik bun-

³⁷ TBB, “Türkiye Barolar Birliği Reklam Yasağı Yönetmeliği”, Resmî Gazete Tarihi: 9.8.2024, Resmî Gazete Sayısı: 32627.

dan önceki Baro başkanımız da daha çok uğraşıyordu reklam yasağına aykırı çok fazla düzlem varken son dönemde buna karşı yapılan bir adım göremiyorum...”

Avukatların konu ile ilgili ifadelerine bakıldığında birçok avukatın reklam yasağını gereksiz bulduğu ve şikâyet ettiği, bazılarının ise reklam yasağının gereği gibi denetlenmediğinden şikâyetçi olduğu ortaya çıkmıştır. Literatür incelendiğinde reklam yasağının gündemi önemli ölçüde meşgul ettiği desteklenmiştir. Örneğin Yavaş’a göre, günümüz rekabet ortamında avukatların reklam yapabilmesi olağan bir durum olarak görülse de avukatların yargılama faaliyetinin önemli bir halkası olarak bilinmesi ve kamu hizmeti ifa ettikleri düşünüldüğünde de kamu yararı açısından reklam yapma konusunda önemli sınırlamalara tabi olunması gerekir.³⁸ Öte yandan serbest rekabet zemininde mesleklerini icra etmeye çalışan avukatların rekabetten ve dolayısıyla da reklamdan vazgeçmeleri pek mümkün görünmemektedir ve birçok meslek grubunda olduğu gibi avukatlık mesleğinde de kazancın müvekkile bağlı olması nedeniyle müvekkil sayısını artırmak gayesi tartışmasız bir gerçektir.³⁹ Bu kapsamda, avukatın gelirini artırabilmek adına müvekkil portföyünü genişletmesi ve daha fazla alanda tanınmış olması da önem taşımaktadır. İlgili alanda tanınması adına avukatların çeşitli vasıtalarla reklam çalışmaları yapması kaçınılmazdır. Özellikle günümüzde avukatların sayısının hızla artması, daralan pazarda kendisine yer bulmak zorunda olan avukatlar için tanınırlık ve müvekkil sayısını artırma çalışmalarını zorunlu hale getirmiştir.⁴⁰ Bir başka ifade ile avukatlar için her geçen gün azalan pastadaki paylarını korumalarının bir yolu da reklamdan geçmektedir.

SONUÇ TARTIŞMA VE ÖNERİLER

Türkiye Cumhuriyeti 1982 Anayasası’nda “Kamu Kurumu Niteliğindeki Meslek Kuruluşları” olarak ifade edilen meslek odaları, dev-

³⁸ Murat Yavaş, “Türk Hukukunda Avukatın Reklam Yapma Yasağı”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, 2015, 21(2), s. 727.

³⁹ Meral Sungurtekin Özkan, *Avukatlık Mesleği Avukatın Hak ve Yükümlülükleri*, Barış Yayınları Fakülteler Kitabevi, 2012, s. 556.

⁴⁰ Selçuk Öztekin, “Türk Hukukunda Avukatların Tabi Olduğu Reklam Yasağı, Doç. Dr. Mehmet Somer’e Armağan”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2015, Cilt: 21 Sayı: 2, s. 727.

let tüzel kişiliği dışında kamu tüzel kişiliğine ve bunun sonucu olarak kendi başına karar alıp uygulama yetkisine sahiptirler. Genel olarak meslek odaları, mesleğin düzeni, disiplini ve gelişimini sağlama, meslek üyelerinin ve mesleğin haklarını ve çıkarlarını sağlama, koruma ve geliştirme gibi başlıca amaçları bulunmaktadır. Bununla birlikte meslek odaları, meslek üyeleri ve merkezi idare arasında da köprü vazifesindedir. Bir yönüyle sivil toplum örgütü olarak işlevselliğe sahip olan meslek odalarının demokratik hukuk devletini tesis etme noktasına önemli yeri bulunmaktadır.

Kamu Kurumu Niteliğindeki Meslek Kuruluşlarının meslek ve meslek üyeleri üzerindeki etkisini Kayseri Barosu örneğinde kamu yönetimi perspektifinde ve durum çalışması zemininde inceleyen bu çalışmada, baro yetkilileri ve avukatlık mesleğini ifa edenlere barolarla ilgili düşüncelerini ifade etme fırsatı sunularak yarı yapılandırılmış görüşme gerçekleştirilmiştir. Çalışma kapsamında Kayseri Baro Başkanı ve Baro Başkan Yardımcısı ve on dört avukat ile görüşülmüştür. Çalışmada avukat ve baro yetkililerine ayrı soru grubu hazırlanmıştır. Görüşmeler tamamlandıktan sonra deşifre edilmiş ve nitel analiz yöntemlerinden biri olan betimsel analiz tekniği ile analiz edilmiştir.

İlgili literatür incelendiğinde çalışmanın konusuna benzer yerli ve yabancı çalışmalara rastlanmıştır fakat bu çalışmanın konusu ve yöntemi ile aynı olan çalışmaya hiç rastlanmamıştır. Özellikle yerli literatürün bu konuda yeterli olmadığı kanaatine varılmıştır. Hukuk devletinin tesis edilmesinin en önemli yollarından biri de yargının güçlendirilmesidir. Yargının birinci ayağını oluşturan avukatlar ve onları bir nevi sevk ve idareden sorumlu olan baroların araştırılması önemli bir konudur ve yerli literatürdeki bu boşluğun doldurulması gerekmektedir. Bu çalışma tam da bu noktaya hizmet etmektedir. Çalışmanın birincil veriye dayanarak yetkili ve üyelere konu ile ilgili kendilerini ifade etme fırsatı sunması açısından özgün değerde olduğu düşünülmektedir.

Araştırma kapsamında barolarla ilgili şu başlıklar öne çıkmıştır: "Meslek üyelerinin haklarının ve çıkarlarının korunması", "Baroların mesleğin düzen ve disiplinine etkisi", "Baroların mesleki gelişimdeki rolü", "Baroların mevcut hukuki ve kurumsal durumu", "Zorunlu aidaat", "Siyasi yönelim". Araştırmanın bulgularına göre; baronun ku-

rumsal ve hukuki olarak önemli eksikliklerinin olduğu ortaya çıkmıştır. Meslek ve meslek üyeleri üzerindeki etkisine bakılacak olursa, birçok noktada etkisinin olduğu fakat meslek üyelerinin çoğu tarafından bu etkinin yeterli düzeyde görülmediği ön plana çıkmıştır. Özellikle mesleki gelişim konusunda sınırlı noktalarda etkisinin olduğu sık tekrar edilen hususlardan biri olmuştur. Araştırma kapsamında öne çıkan başlıklardan bir diğeri ise baronun siyasi yönelimi ve reklam yasağı konuları olmuştur. Baronun siyasi yönelimi birçok avukat tarafından olumsuz olarak görüldüğü dile getirilmiş ve baronun işlevselliğini de olumsuz etkilediği ifade edilmiştir. Bununla birlikte reklam yasağı ve yasağın tam ve gerektiği gibi uygulanmaması sıkça dile getirilmiştir. Bir başka konu ise zorunlu aidat ve zorunlu üyelik konusu çalışma kapsamında irdelenmiştir. Özellikle meslekte ilk beş yılını doldurmayan avukatlardan aidat ücretinin alınmaması kuralı hem baro yetkilileri tarafından hem de görüşme yapılan birçok avukat tarafından eleştirilmiştir. Buna karşılık bazı avukatlar ise aidatın gerekli ve yerinde bir karar olduğunu ifade etmiştir.

Çalışma kapsamında karşılaşılan en önemli zorluklardan biri, etik kurul raporu alım sürecinde bürokratik prosedürün uygulanması olmuştur. Bir diğeri zorluk ise, saha araştırmasında görüşmeye katılacak gönüllü avukatlara ulaşma noktasında olmuştur. Bu konuda görüşmeye katılan diğeri avukatlardan yardım istenmiştir. Elde dilen bu sonuca göre genel olarak meslek odalarının özellikle baroların meslek ve meslek üyeler üzerindeki olumlu etkisinin geliştirilmesi için şu öneriler sunulmaktadır:

Baro yetkilileri ve bazı avukatların da dile getirdiği gibi 1136 sayılı Avukatlık Kanunu güncellenmelidir. Bir kurumun etkililiği, rasyonel kararların alınması ve uygulanmasına bağlı olduğu kadar, üzerinde yükseldiği hukuki zeminle de yakın ilişkilidir. Eğer Kanun güncel değil ve dönemin ihtiyaçlarını yakalama noktasında yetersiz ise güncellenmesi gerekmektedir.

Baroların geçmişten günümüze süregelen siyasi kimlikle ve çatışmalarla ön plana çıkmaları, zaman zaman onların çalışmalarını olumsuz etkilemektedir. Bu konu, yapılan görüşmelerde de sık tekrar edilen konular arasında yerini almıştır. Bu konuda baroların üyelerle birlikte imaj yenileme çalışmaları yapılmalıdır.

Araştırma kapsamında baronun meslek ve meslek üyelerinin gelişimi konusunda zorunlu staj ve seminerlerle sınırlı kaldığı ortaya çıkmıştır. Bu konuda daha etkili çalışmalar yapılabilir. Örneğin atölye ve örnek olay çalışmaları, aidiyetin gelişimi açısından sosyal programlar vs. düzenlenebilir.

Araştırma kapsamında baronun çok sayıda kurumsal problemlerinin olduğu ortaya çıkmıştır. Bu konuda baro yetkilileri ve üyelerinin demokratik yollarla kurumsal sorunlara çözüm üretmesi önerilmektedir.

Çalışma ile ilgili diğer araştırmacılara, konunun Türkiye genelinde araştırılması ve anket, odak grup görüşmesi vb. farklı analiz tekniklerinin kullanılması önerilmektedir.

Kaynakça

Makaleler

- Aritürk Ramazan, "Barolar ve Türkiye Barolar Birliğinin Örgütlenme Modeli ve Yeniden Yapılanması". *Çekmece İZÜ Sosyal Bilimler Dergisi*, 2020, 69, 8(16).
- Aslan Zehreddin, "Meslek Kuruluşlarına Zorunlu Üyeliğin Üzerine Hukuki Bir Değerlendirme", *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, (15), 2014, 1229-1240.
- Chambliss Elizabeth And Green, Bruce A., "Some Realism About Bar Associations", *Depaul Law Review*, 2008, 57(425).
- Chipeur Stephanie, "The Advice Lawyers Give Themselves: The Canadian Bar Association's Campaign For Timekeeping In The Mid-Twentieth Century", *International Journal of the Legal Profession*, 2014, Volume 21.
- Hasan Hüseyin Tekin ve Hasan Tekin, "Nitel Araştırma Yönteminin Bir Veri Toplama Tekniği Olarak Derinlemesine Görüşme", *İstanbul University Journal of Sociology*, 2012, 3, 101-16.
- İnanıcı Haluk, "21. Yüzyılda Avukat ve Baro: Eleştirel Bir Değerlendirme", *Birikim Dergisi*, 2007, <https://birikimdergisi.com/guncel/143/21-yuzyilda-avukat-ve-baro-elestirel-bir-degerlendirme>, (10.09.2023)
- İnanıcı Haluk, "Türkiye'de avukatlık ideolojisi". *Toplum ve Bilim*, 2001, 87, 135 - 163.
- Johnstone Quintin, "Bar Associations: Policies and Performances", *Yale Law & Policy Review*, 1996, 15, s. 193.
- Kalem Seda ve Elveriş İdil, "Siyaset Yapmak ya da Yapmamak: 2018 İstanbul Barosu Seçimlerine Bir Bakış", *Ankara Barosu Dergisi*, 2018, Cilt: 76 Sayı: 4, 163- 208.
- Kanadoğlu Osman Korkut, "Barolar ve Avukatların Meslek Özgürlükleri", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 2020, 146.

- Leeper Piquero Nicole, Meitl Michele Bisaccia, Brank Eve M., Woolard Jennifer L. and Kaduce Lonn Lanza, "Exploring Lawyer Misconduct: An Examination of the Self-Regulation Process", *Deviant Behavior*, 2016, 37(5).
- Lynn Davey, "The Application of Case Study Evaluations", *Elementary Education Online*, 2009, 8(2), s1-3.
- McCracken Grant, "The Long Interview", *Sage Publications Inc.*, 1988, Vol. 13, <http://dx.doi.org/10.4135/9781412986229>
- Özkan Noyan, "Savunmanın Örgütlenmesi ve Stratejik Planlama", *TBB Dergisi*, 2004, S. 54,17, s. 328.
- Öztek Selçuk, "Türk Hukukunda Avukatların Tabi Olduğu Reklam Yasağı, Doç. Dr. Mehmet Somer'e Armağan", *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2015, Cilt: 21 Sayı: 2, ss: 727 – 739.
- Yavaş Murat, "Türk Hukukunda Avukatın Reklam Yapma Yasağı", *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, 2015, 21(2), 727 – 740.

Kitaplar

- Aday Nejat, Avukatlık Mesleği ve Hukuk Devleti İlkesi, Prof. Dr. Hüseyin Hatemi'ye 80. Yıl Armağanı, editör: Yasemin Güllüoğlu Altun, Oniki Levha Yayınları, İstanbul, 2018,
- Bakoğlu Deliorman Refika ve Üstünoldu Kandemir Ayşe, Kamu Kurumu Niteliğinde Meslek Kuruluşları ve Etik, Yolsuzluğun Önlenmesi için Etik Projesi: Kamu Etiği Akademik Araştırmaları (Avrupa Birliği İnsan Hakları Komisyonu ve Başbakanlık Kamu Görevlileri Etik Kurulu Projesi), Ankara: Fersa Ofset, 2009.
- Creswell John W., *Qualitative Inquiry and Research Design*, SAGE, 2007.
- Elveriş İdil, *Barolar ve Siyaset*, İstanbul: İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, 2014.
- Gözler Kemal ve Kaplan Gürsel, *İdare Hukuku Dersleri*, Ekin Yayınevi, Bursa, 2020.
- Gözler Kemal ve Kaplan Gürsel, *Kısa İdare Hukuku*, Ekin Yayınevi, Bursa, 2022.
- Sungurtekin Özkan Meral, *Avukatlık Mesleği Avukatın Hak ve Yükümlülükleri*, Barış Yayınları Fakülteler Kitabevi, İzmir, 2012.
- Yin, Robert K., *Case Study Research: Design and Methods* (3rd ed.), Thousand Oaks, CA: Sage Press. 2013.

İnternet Kaynakları

- <http://www.ankarabarasu.org.tr/HaberDuyuru.aspx?DUYURU&=1943> (7.12. 2023).
- <http://www.sozluk.gov.tr/>, (20.02.2024).
- <https://ahm.barobirlik.org.tr/Hakkimizda>, (15.03.2024).
- <https://www.mevzuat.gov.tr/mevzuatmetin/1.5.1136.pdf>, (02.01.2024).
- <https://www.mevzuat.gov.tr/mevzuatmetin/1.5.2709.pdf>, (08.01.2024).
- www.resmigazete.gov.tr/arsiv/13168.pdf, (10.03.2024).
- TBB, "Türkiye Barolar Birliği Reklam Yasağı Yönetmeliği", Resmî Gazete Tarihi: 9.8.2024, Resmî Gazete Sayısı: 32627.

Tezler

Özman Aylin, "The state and bar associations in Turkey: A study in interestgroup politics", (Yayımlanmamış doktora tezi) Bilkent Üniversitesi, 1995, <https://repository.bilkent.edu.tr/items/dc29e304-ef99-4fdf-a505-b7441dd64766>, (02.03.2024).

Türem Umut, "Globalization of Law And The Legal Profession In Turkey" (Yayımlanmamış YL Tezi). Boğaziçi Üniversitesi, 2001, İstanbul.

İSVİÇRE VE FRANSIZ HUKUKU BAKIMINDAN KAMU DÜZENİNE VE GENEL AHLAKA AYKIRI MARKALAR

TRADEMARKS CONTRARY TO PUBLIC ORDER AND PUBLIC MORALS UNDER SWISS AND FRENCH LAW

İlknur KAYA*

Özet: İsviçre ve Fransız hukuklarında marka tescilinde mutlak ret nedenlerinden biri de kamu düzenine ve genel ahlaka aykırılıktır. İsviçre ve Fransız marka mevzuatında bu kavramlarla ilgili bir tanım bulunmamaktadır. Doktrinde ise kamu düzeni “toplum için gerekli olan kurumların düzgün işlemlerini sağlayan kurallar” olarak tanımlanmaktadır. Genel ahlak ise tarafların ya da hâkimin öznel görüşlerinden bağımsız, adil ve makul insanların ortalama görüş ve davranışları olarak açıklanmaktadır. Elbette zaman içinde ve toplumdan topluma değişmesi muhtemel olan bu kavramlar muğlak bir niteliğe de sahiptir. Bu nitelikler sebebiyle mahkemeler kamu düzeni ve genel ahlaka aykırılığı her somut olay bakımından takdir yetkilerini kullanmak suretiyle tespit etmektedir. Biz bu çalışmamızda İsviçre ve Fransız hukukunda kamu düzenine ve genel ahlaka aykırı markaları doktrindeki görüşler ve mahkeme kararları çerçevesinde inceleyeceğiz.

Anahtar Kelimeler: Kamu Düzeni, Genel Ahlak, Marka, Mutlak Ret Nedenleri, Nispi Ret Nedenleri

Abstract: One of the grounds for absolute refusal in trademark registration under Swiss and French law is incompatibility with public order and public morality. However, neither Swiss nor French trademark legislation provides a clear definition of these concepts. In legal doctrine, public order is defined as “rules ensuring the proper functioning of institutions essential for society.” Public morality, on the other hand, is explained as the average opinions and behaviors of fair and reasonable individuals, independent of the subjective views of the parties or the judge. Naturally, these concepts are

* Dr. Öğr. Üyesi, Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku Anabilim Dalı, ilknurkaya@anadolu.edu.tr, ORCID: 0000-0002-9218-5473, Makalenin Gönderim Tarihi: 12.09.2024, Kabul Tarihi: 14.10.2024

ambiguous and may vary over time and across different societies. Due to this ambiguity, courts exercise their discretion in determining whether a trademark violates public order and morality on a case-by-case basis. In this study, we will examine trademarks deemed to be contrary to public order and public morality within Swiss and French law, based on doctrinal opinions and court decisions.

Keywords: Public Order, Public Morality, Trademark, Absolute Grounds for Refusal, Relative Grounds for Refusal

GİRİŞ

Kamu düzenine ve genel ahlaka aykırılık pek çok ulusal mevzuatta ve uluslararası anlaşmalarda marka tescili açısından bir mutlak ret nedeni olarak düzenlenmiştir. Örneğin İsviçre Hukukunda kamu düzenine ve genel ahlaka aykırı markalara ilişkin temel düzenleme Markaların Korunması Hakkındaki Kanun'un (LPM)¹ 2,d maddesinde yer almaktadır. LPM'nin mutlak ret nedenleri başlıklı 2,d maddesine göre; "...kamu düzenine, genel ahlaka veya yürürlükteki kanunlara aykırı markalar, LPM'nin koruma kapsamı dışında kalmaktadır...". Fransız hukukunda markalarla ilgili temel düzenleme Fikri Mülkiyet Kanunu (Code de la propriété intellectuelle-CPI)² art. L. 711-2,7' de yer almaktadır. Maddeye göre; "...kamu düzenine aykırı olan veya tescili bir kanun hükmü sebebi ile yasak olan markalar geçerli olarak tescil edilemez ve tescil edilmiş ise hükümsüz ilan edilirler...". Bu hüküm Aralık 2019'a kadar yürürlükte olan CPI art. L. 711-3,b.'nin yeni halidir. "...Kamu düzenine, genel ahlak kurallarına aykırı olan veya tescili bir kanun hükmü sebebi ile yasak olan markalar geçerli olarak tescil edilemez ve tescil edilmiş ise hükümsüz ilan edilirler..." şeklinde düzenlenmiş olan eski hükümdeki "genel ahlak kurallarına aykırılık" ifadesine yeni düzenlemede yer verilmemiştir. Bundan başka hem İsviçre hem de Fransız hukuku bakımından geçerli olan Sınai Hakların Korunması Hakkındaki Paris Sözleşmesi'nin (CUP)³ 6,B,3. maddesi kamu düzenine ve genel ahlaka aykırı markalar hakkında hüküm ihtiva etmektedir. CUP art.6,B,3; "...Bu markaların genel ahlaka

¹ 8.08.1992 tarihli Markaların Korunması Hakkındaki Kanun için (Loi sur la protection des marques, LPM) RS 232.11.

² https://www.legifrance.gouv.fr/codes/texte_lc/LEGITEXT000006069414/ (Erişim tarihi 04.08.2024)

³ Sınai Hakların Korunması Hakkındaki Paris Sözleşmesi (Convention de Paris pour la protection de la propriété industrielle révisée à Stockholm le 14 juillet 1967, CUP) için bkz. https://wipolex-res.wipo.int/edocs/lexdocs/treaties/fr/paris/trt_paris_001fr.pdf (Erişim tarihi: 24.08.2024).

veya kamu düzenine aykırı ve özellikle halkı aldatacak nitelikte olmaları halinde, markalara dair kanuni mevzuattan bir hükmün bizzat kamu düzenine ilişkin olması hali dışında, sadece marka mevzuatının herhangi bir hükmüne uymadığı gerekçesiyle kamu düzenine aykırı olarak değerlendirilemeyeceği uygun bulunmuştur...” hükmünü içermektedir. Benzer şekilde Birlik Markasına ilişkin 14 Haziran 2017 tarihli ve 2017/1001 sayılı Avrupa Parlamentosu ve Konsey Tüzüğü’nün⁴ 7.f. maddesinde “kamu düzenine ve genel ahlaka aykırılık” mutlak ret nedeni olarak yer almaktadır.⁵

Söz konusu düzenlemelerin amacı; hukuk sisteminin birliğinin, siyasi ve sosyal barışın, kültürel değerler ile dini inançlar gibi kanun üstü değerlerin,⁶ çocukların,⁷ ekonomik düzenin, tüketicilerin⁸ ve azınlıkların⁹ korunmasını sağlamaktadır. Bundan başka özellikle kaba ve aşağılayıcı ifadeler içeren, suça, şiddete teşvik eden markaların teskilinin yasaklanması suretiyle ilgili ürün piyasasındaki tüketicilerin dikkatini çekerek ekonomik kazanç elde edilmesine mâni olunması da belirtilen hükümlerin amaçları arasında sayılmaktadır.¹⁰

Biz bu çalışmamızda öncelikle İsviçre ve Fransız hukuklarında kamu düzeni ve genel ahlak kavramlarını doktrinde yer alan görüşler bağlamında açıklayacağız. Daha sonra sözü edilen hukuk sistemlerindeki kamu düzenine ve genel ahlaka aykırı markalara dair mahkeme kararlarını inceleyeceğiz.

⁴ Tüzük için bkz. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/?uri=CELEX%3A32017R1001>(Erişim tarihi: 04.09.2024).

⁵ Sınai Hakların Korunmasına İlişkin Paris Sözleşmesi’nde ahlaka ve kamu düzenine aykırı markalar düzenlenmiştir. “Kamu düzeni” Üye Devletin temel ilkelere dayanarak oluşturulan, ahlak söz konusu Üye tarafından fiilen uygulanan iyi davranış standartlarından oluşmaktadır. Boris Catzeflis, Les Marques Contraires À L’ordre Public Ou Aux Bonnes Moeurs Étude Du Droit Des Marques Suisse Dans Une Perspective De Droit Comparé, Schulthess Editions Romandes, Zürich, 2022, s. 276.

⁶ Catzeflis, s. 202.

⁷ Özge Özsoy, Yargı Kararları Işığında Kamu Düzenine ve Genel Ahlaka Aykırı Avrupa Birliği Markaları”, TAAD, Temmuz 2020, S. 43, Y.11, s. 358.

⁸ Nicolas Binctin, Droit de la Propriété Intellectuelle. 6eme édition, LGDJ, Paris, 2020, s.583; Aynı yönde Hélène Gaumont-Prat. Droit de la Propriété Industrielle. 4eme édition, Lexisnexis, Paris, 2017, s. 224.

⁹ Sami Özgür Memişoğlu, Marka Hukukunda Mutlak ret Sebepleri, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2019, s.742; Catzeflis, s. 278-279 ve 408-409.

¹⁰ Memişoğlu, s.742.

I. KAMU DÜZENİ KAVRAMI

İsviçre Hukukunda *Engel*; kamu düzeni (ordre public) kavramını tanımlarken özellikle emredici hükümlerden yola çıkmanın yerinde olmadığını, kamu düzeni ile emredici hükümlerin her zaman örtüşmediğini, dar anlamda kamu düzeninin, özellikle devletin örgütlenmesi ve işleyişi, kamusal yetki ve otoriteler gibi yalnızca kamu hukukunun emredici kuralları ile aile hukuku, miras hukuku kuralları gibi toplumun genel çıkarlarını etkileyen özel hukukun emredici kurallarına karşılık geldiğini ifade etmektedir.¹¹ Yazar'a göre kamu düzeni, "toplumun menfaatleri doğrultusunda yürürlüğe konulan kanuni düzenlemelerin toplamı" olarak tanımlanmalıdır.¹² Aksi görüşte olan *Dessemontet'e* göre LPM art. 2, d anlamında kamu düzeni "İsviçre Borçlar Kanunu'nun (CO) 19,¹³ maddesinde düzenlenmiş olan "kamu düzenine" karşılık gelmektedir. Bir başka deyişle her iki düzenlemedeki "kamu düzeni" tüm emredici normları işaret etmektedir.¹⁴ Diğer taraftan İsviçre'nin diplomatik ilişkilerindeki öncelikli menfaatleri, markaların tesciline engel teşkil etmemelidir. Çünkü aksini düzenleyen yasal bir hüküm olmadığı sürece, marka mülkiyetinden kaynaklanan hak anayasal güvence ile korunmaktadır.¹⁵ *Catzeflis*, kamu düzeninin dev-

¹¹ Yazar, borçlar hukuku kurallarının kural olarak sadece tarafların menfaatleriyle ilgili olduğunu ifade etmektedir. Fakat dürüstlük kuralı temelinde yer alan sözleşme özgürlüğü, sözleşmeye bağlılık ve güven ilkesi kamu düzenine ilişkin hususlardır. Çünkü toplum, bu ilkelerle ulaşılan hukukun etik amaçlarının korunmasında ve geliştirilmesinde büyük menfaat sahibidir. Ancak kefalet sözleşmesinin istisnalarına veya kanuni ipotek hakkına dair düzenlemeler emredici olmakla birlikte kamu düzenine ilişkin değildir. Pierre Engel, *Traité Des Obligations En Droit Suisse, Dispositions Générales du CO, 2ème Éd, Stämpfli Verlag AG, Berne, 1997*, s. 113.

¹² Engel, s. 113.

¹³ Co art. 19'a göre; bir sözleşmenin konusu, kanunun sınırları dahilinde serbestçe belirlenebilir. Ancak sözleşmenin konusunun emredici bir hukuk kuralının ihlali veya ahlaka, kamu düzenine veya kişilik haklarına aykırı olması bunun istisnasını teşkil eder.

¹⁴ Bu sebeple Yazar, kamu düzeninin yalnızca devletin menfaatinin korunmasına hizmet eden kamu hukuku kuralları ile ilgili olduğu görüşüne katılmamaktadır. Kamu düzeninin sadece devletin menfaatinin korunmasına hizmet eden kamu hukuku kuralları ile ilgili olduğu görüşünde olan yazarlar için bkz. François Dessemontet, *La Propriété Intellectuelle Et Les Contrats De Licence, CEDIDAC, Lausanne, 2011*, s. 337.

¹⁵ Dessemontet, s. 337.

letin menfaatlerini koruyan yazılı olan veya olmayan İsviçre hukuk düzeninin temel ilkeleri olarak tanımlanması gerektiğini ifade etmektedir. Yazar'a göre bu ilkeler Devletin korumakla yükümlü olduğu bir kollektivite olarak orada yaşayan nüfusun menfaatlerini de içermektedir. Söz konusu temel ilkeler yazılı olmamakla birlikte kodifiye edilebilir niteliktedir.¹⁶

İsviçre doktrinde kamu düzeninin tanımlanması hususunda 2011 yılında İsviçre Federal Fikri Haklar Kurumu (IPI) tarafından yayımlanan Ulusal ve Uluslararası Marka Tescili, Ticaret Markalarının İncelenmesi ve İtiraz Prosedürü Hakkında Kılavuz'a¹⁷ da atıf yapılmıştır.¹⁸ IPI'nın Kılavuz ilkelerinde İsviçre hukukunun temel ilkelerini ihlal eden markaların kamu düzenine aykırı olduğu belirtilmiştir. Bu kapsamda örneğin; yabancı uyrukluların hassasiyetlerini rencide eden, İsviçre'nin itibarını zedeleyen, diplomatik ilişkileri bozan, ulusal menfaatleri tehlikeye atan, görev süreleri boyunca ve süreleri sona erdikten sonraki bir yıl içinde hakimlerin veya siyasi görevlilerin isimlerini rızaları olmaksızın içeren markalar kamu düzenine aykırıdır.¹⁹ Buradan yola çıkarak İsviçre doktrinde, ülkede yaşayan kişilerin saygınlıklarını zedeleyen ve vatandaşların barış içinde bir arada yaşamasına mâni olan, İsviçre'nin veya yabancı bir devletin itibarını zedeleyen ve dolayısıyla bu ilişkileri bozan, ırkçı, insan onuruna aykırı olan ya da hayvan haklarına saldırı teşkil eden markaların kamu düzenine aykırı olduğu ifade edilmiştir.²⁰

Fransız hukukunda markalarla ilgili temel düzenlemenin yer aldığı CPI art. L. 711-2,7'de "*kamu düzenine aykırı olan veya tescili bir kanun*

¹⁶ Catzeflis, s. 280.

¹⁷ https://www.ige.ch/fileadmin/user_upload/schuetzen/marken/f/directives_marques_consultation/directives_revisees_fr_en_mode_de_changes.pdf (Erişim tarihi: 28.08.2024).

¹⁸ Ivan Cherpillod, Le Droit Suisse Des Marques, CEDIDAC, Lausanne, 2007, s. 102; diğer yazarlar için bkz. Belirtilen yazarlar için bkz. Catzeflis, s. 204

¹⁹ Kılavuzda "Didier Burkhalter" veya "Barack Obama" isimleri ile "11 Eylül 2001" gibi markaların kamu düzenine aykırı olduğu belirtilmiştir. Bkz. IPI Direktifi, s. 176-177.

²⁰ Örneğin tuvalet kâğıdı için "Adholff"; dezenfektan için "Antigerman"; konserve için Vietnam Savaşı, Kızılderi cinayetleri ile Domuzlar Körfezi çıkarması resimlerini içeren "Great Disaster of America", giysiler için "Mari Juana"; acı içkiler için "Un Suisse" markaları kamu düzenine aykırıdır. Catzeflis, s.206.

hükmü sebebi ile yasak olan markalar geçerli olarak tescil edilemez ve tescil edilmiş ise hükümsüz ilan edilirler..." hükmü bulunmakla birlikte yeni düzenlemede "genel ahlak kurallarına aykırılık" ifadesine yer verilmemiştir. Ancak bu durum markalar açısından "genel ahlaka aykırılığın" tamamen yadsındığı anlamına gelmemektedir.²¹ Hatta doktrinde "genel ahlaka aykırılığın" kanun metninden çıkarılmasının ve genel ahlakın "kamu düzeni" ile bütünleştirilmesinin eleştiriye açık olduğu, CUP art. 6 ve Birlik Markasına Dair AB Tüzüğü'nün 7. maddesinde olduğu gibi bu iki kavramın ayrı ayrı düzenlenmesi gerektiği söylenmektedir.²²

Fransız hukukunda *Malaurie* kamu düzeni kavramını "toplum için gerekli olan kurumların düzgün işlemlerini sağlayan kurallar" olarak tanımlamaktadır.²³ *Carbonnier*'e göre kamu düzeni, toplumun üzerine inşa edildiği bir kayadır.²⁴ *Jeuneau* kamu düzenini; "hukukun üstünlüğü ile yönetilen bir toplumun temeli olarak, normların ve sözleşmelerin ötesinde bir üstün değerler düzeni olarak açıklamaktadır. Yazar söz konusu üstün değerler kavramını ise toplumun genel menfaatinin bireylerin menfaatlerinden üstün olması ile ilişkilendirmektedir.²⁵ *Binctin* kamu düzenini; yazılı olan veya olmayan tüm emredici nitelikteki kuralların, ekonomik düzenin veya tüketicilerin korunmasına ilişkin düzenlemelerin ihlal edilmemesinin güvencesi olarak açıklamaktadır.²⁶

Doktrindeki içeriği pek de belirli ve net olmayan tanımlar, kamu düzeninin genellikle toplumun genel menfaatinin korunmasına katkıda bulunan ve "toplumun temellerini" koruyan kurallar olduğu fikri etrafında toplanmakla birlikte, bunlar bazı nedenlerden dolayı yeterli bulunmamaktadır. Öncelikle söz konusu kavrama dair tanımlar tama-

²¹ Catzeflis, s.180.

²² Catzeflis, s.180-181.

²³ Philippe Malaurie, *L'Ordre Public Et Le Contrat: Étude De Droit Civil Comparé, France, Angleterre, U.R.S.S*, Thèse, Editions Matot-Braine, Reims, 1953, s. 69.

²⁴ Jean Carbonnier, "Exorde", *L'ordre Public À La Fin Du XX^e Siècle* (Thierry Revet, Coll. Thèmes et Commentaires), Dalloz, Paris, 1996, s. 1.

²⁵ Adeline Jeuneau, *L'ordre Public En Droit National Et En Droit De l'Union Européenne*, Lextenso, Paris, 2018, s. 160-161; Aynı yönde diğer görüşler için bkz. Ferdi Youta, "Ordre public et contrats administratifs", *L'Actualité juridique Droit administratif*, 15 avril 2024, n.14, s. 783, www.dalloz.fr (Erişim tarihi: 28.08.2024).

²⁶ Binctin, s. 583.

men muğlaktır²⁷ ve bir kuralın kamu düzeni ile ilgili olup olmadığının belirlenmesinde neredeyse hiç yardımcı olmazlar. Üstelik toplumun işleyişi ve devamı için zaruri olmayan pek çok kamu düzeni kuralı bulunmaktadır. Ayrıca bu tanımlar son derece sübjektiftir, çünkü sadece yasal düzenin en temel değerlerinin veya menfaatlerinin belirlenmesini değil, aynı zamanda bunların önem sırasına göre sıralanmasını da gerektirmektedir. Dahası önerilen tanımlar, sadece kamu düzeni kurallarının sosyal düzenin inşasına ve sürdürülmesine katkıda bulunduğu, tarafların aksini kararlaştırabildiği tamamlayıcı kuralların ise sosyal düzenin inşasında hiçbir etkiyi haiz olmadığı gibi sorunlu bir izlenim ortaya çıkarmaktadır.²⁸

Fransız hukukunda kamu düzeni geleneksel olarak devleti ve toplumu korumayı amaçlayan politik kamu düzeni (*ordre public politique*)²⁹, kişiler arasında servet ve hizmet alışverişini düzenlemeyi amaçlayan ekonomik kamu düzeni (*ordre public économique*)³⁰ olarak iki başlıkta incelenmekte, ekonomik kamu düzeni ise yönlendirici kamu düzeni (*ordre public de direction*)³¹ ve koruyucu kamu düzeni

²⁷ Binçtin, s. 583; Gaumont-Prat, s. 224; Jeauneau, s. 69; Isabelle Roujou de Boubée, “Signes Illicites Ne Pouvant Constituer Des Marques Valables”, *JurisClasseur, Marques-Dessins et modèles*, Fasc.7115, n. 42, www.lexis360intelligence.fr (Erişim tarihi: 08.08.2024); Antoine Gouézel, “Ordre Public Et Bonnes Moeurs En Droit Des Contrats”, *JurisClasseur Civil Code Art. 6*, Fasc. Unique, n.12, www.lexis360intelligence.fr (Erişim tarihi: 08.08.2024); Youta, s. 783.

²⁸ Youta, s. 783.

²⁹ Politik kamu düzeni devlet, aile ve bireyler olmak üzere üç temel hususu düzenlemeyi amaçlar. Bu bağlamda Devletin anayasal, idari ve adli örgütlenmesini sağlayan kurallar politik kamu düzeni kurallarıdır. Bunlar kamu düzeninin “sert çekirdeği” olarak da adlandırılır. Toplumun en temel taşlarından biri olan ailenin korunmasına ilişkin kurallar da politik kamu düzeni içinde yer almaktadır. Yine insan onuru ve saygınlığının korunmasını sağlayan, kişiliği koruyan temel haklar politik kamu düzeni içinde kabul edilmektedir. Gouézel, n. 23 vd.

³⁰ Servet ve hizmetlerin değişimini düzenlemeyi amaçlayan ekonomik kamu düzeni, istikrarsız ve değişken bir yapıya sahiptir; çünkü kendisi de değişmekte olan ekonomik durumla ve Devletin her zaman iyi bir şekilde oluşturulmamış olan ekonomi doktriniyle bağlantılıdır. Zira Devlet sadece yasaklar koymakla kalmaz, aynı zamanda örneğin bir sözleşmenin taraflarına nasıl hareket etmeleri gerektiğini de buyurur. Gouézel, n.28.

³¹ Yönlendirici kamu düzeni kuralları toplumun tamamın menfaatiyle ilgili olan, örneğin parasal politikaya veya rekabet piyasalarının korunmasına ilişkin kuralardan oluşur. Gouézel, n. 29.

(ordre public de protection)³² temelinde ikiye ayrılarak değerlendirilmektedir. Bununla birlikte böyle bir ayırımın ve bunun sonucunda ortaya çıkan farklı hukuki sonuçların³³ kavramı belirsizleştirdiği ve özellikle ihlali yalnızca sözleşmenin nispi hükümsüzlüğüne yol açan kamu düzeni kurallarının varlığının belirtilen ayırımı savunmayı güçleştirdiği düşünülmektedir.³⁴ Bu nedenle “kamu düzeni kuralları” ile “emredici kurallar” arasında bir ayırım yapılması yeterlidir. Zira genel menfaati korumayan emredici kurallar, sosyal düzenin korunması için zaruri olan kamu düzeni kuralları gibi sınıflandırılmayı hak etmemektedir. Aksi görüşte olan bazı yazarlar bu ayırımın “uygunsuz bir karmaşıklığa yol açacağını ifade etmekte ve kamu düzeni kurallarını emredici kurallarla eşitlemekte tereddüt etmemektedir.”³⁵

Görüldüğü üzere gerek İsviçre gerekse Fransız hukukunda çerçevesi pek de belirli olmayan ve böylece görkemini kendisini çevreleyen gizemden kaynaklandığı söylenen³⁶ muğlak bir kavram³⁷ olarak kamu düzeninin tanımı hususunda görüş birliği bulunmamaktadır.

³² Koruyucu kamu düzeni ise, Henri Lacordaire’e ait olduğu düşünülen “güçlü ve zayıf, zengin ve fakir söz konusu olduğunda, köleleştiren özgürlük özgürleştiren kanundur” cümlesiyle izah edilmekte ve tüketiciler, işçiler gibi özellikle hukuki ilişkinin zayıf tarafında olan toplumun belirli kesimlerinin menfaatlerini güvence altına almayı hedefleyen kamu düzeni kurallarının koruyucu kamu düzeni kuralları olduğu söylenmektedir. Gouëzel, n.34.

³³ Fransız hukukunda yönlendirici kamu düzeni ile koruyucu kamu düzeni arasındaki ayırım medeni hukukun sözleşmesel kamu düzeni teorisine dayanmaktadır. Kurallar hiyerarşisi Medeni Kanun’un (CC) 1179. maddesinde düzenlenen hükümsüzlük hallerini de içermekte, bu bağlamda mutlak butlan yönlendirici kamu düzenine ilişkin kuralların yaptırımı iken, nispi butlan daha çok koruyucu kamu düzenine ilişkin kuralların yaptırımı olmaktadır. Youta, s. 784.

³⁴ Youta, s. 784.

³⁵ Doktrinde yer alan tartışmalar için bkz. Jacques Ghestin “L’ordre Public, Notion À Contenu Variable En Droit Privé Français”, *Les Notions À Contenu Variable En Droit*, (Ed. Chaïm PERELMAN et Raymond VANDER ELSTC. Perelman and R. Vander Elst) Bruylant, Bruxelles, 1984, s.77, <https://bib.kuleuven.be/rbib/collectie/archieven/boeken/perelman-travaux-notionsvariable-1984.pdf>, (Erişim Tarihi: 08.08.2024).

³⁶ Engel, s. 113.

³⁷ İsviçre hukukunda Catzeflis, 249; Dessemontet, s. 337; Engel, s. 113; Fransız hukukunda Binctin, s. 583; Gaumont-Prat, s. 224; Jeaneau, s. 69; Roujou de Boubée, n.42; Gouëzel, n.12; Youta, s. 783.

Elbette kavramın toplumdaki topluma ve zaman içinde giderek değişmesi muhtemeldir.³⁸ Kavrama ilişkin bu nitelikler ise hakimlerin takdir yetkilerini kullanırken, her somut olay temelinde değerlendirme yapmalarını, kamu düzenine aykırı kabul edilen bir hususun zaman içinde değişmiş olup olmadığını tespit etmelerini gerektirmektedir.³⁹

İsviçre ve Fransız hukuklarındaki mahkeme kararları incelendiğinde mahkemelerin uyuşmazlığı çözerken, bir toplumdaki öznel düşünce ve tutumları ile başvuruyu gerçekleştiren kişinin amacını değil⁴⁰, başvuru konusu markanın sözlük anlamı ile bu markanın hedef tüketici kitlesi (bazen de toplumun tamamı) tarafından nasıl anlaşıldığını dikkate aldığı görülmektedir.⁴¹ Bu bağlamda; toplumun düzgün işleyişi için gerekli ilkelerin ihlalini, şiddeti, suçu, ırkçılığı, uyuşturucu tüketimini teşvik eden, politik veya dayanışmacı ifadeler içeren markaların kamu düzenine aykırı olduğu konusunda tereddüt bulunmamaktadır.⁴²

II. GENEL AHLAK KAVRAMI

İsviçre hukukunda Engel, genel ahlakı (*bonnes moeurs*)⁴³ tıpkı kamu düzeni gibi muğlak, zamana ve toplumdaki topluma değişiklik gösteren, yalnızca müstehcen davranışlarla ilgili olmayan, tarafların ya da hâkimin öznel görüşlerinden bağımsız, adil ve makul insanların ortalama görüş ve davranışları olarak açıklamaktadır.⁴⁴

³⁸ Catzeflis, 249; Memişoğlu, s. 748.

³⁹ Jeuneau, s. 265; Memişoğlu, s. 746-747; Catzeflis, 249; Gouëzel, n.12.

⁴⁰ Memişoğlu, s. 746-747.

⁴¹ Fransız hukukunda Binçtin, s. 583; Gaumont-Prat, s. 224; Roujou de Boubée, n.42; Gouëzel, n.12; İsviçre hukukunda Catzeflis, 249

⁴² İsviçre hukukunda Catzeflis, 249; Dessemontet, s. 337; Fransız hukukunda Binçtin, s. 583; Gaumont-Prat, s. 224; Jeuneau, s. 69; Roujou de Boubée, n.42; Gouëzel, n.12.

⁴³ "Mœurs" (ahlak) sözcüğüne "bonnes" (iyi) sıfatının eklenmesi, her ahlaki veya etik ilkenin kavramı oluşturamayacağını ve sadece belirli bir değere sahip olan veya ulaşılabilen ilkelere atıfta bulunulması gerektiğini gösterir. Bu ilkelerin açıklanması veya tanımlanması, Kanunun lafzının önerdiği bu niteliğin kısmen yansıtılmasını mümkün kılacaktır. Nitekim Le Grand Robert de la langue française'te "bonnes moeurs", "ahlak (morale) tarafından dayatılan ve tarafların sözleşmeleriyle dışına çıkamayacakları kurallar bütünü"; "morale" ise "belirli bir toplumdaki ahlaki alışkanlıklar ve değerler bütünü" olarak tanımlanmaktadır. Catzeflis, s. 389; Açıklanan nedenlerle biz de çalışmamızda "genel ahlak" kavramını kullanmayı tercih ediyoruz.

⁴⁴ Engel, s.115

*Dessemontet'*e genel ahlaki marka hukuku bakımından daha da netleştirmeye çalışarak, tescili nedeniyle nüfusun bir kesiminin duygularını rencide edebilecek nitelikte olan markaların genel ahlaka aykırı olduğunu belirtmektedir. Aynı durum, kamu yararına veya herhangi bir toplum tarafından benimsenen etik ilkelere aykırı olan bir marka için de geçerli olacaktır.⁴⁵ *Catzeflis* genel ahlaki, bir toplumda yaşayan nüfusun çoğunluğu tarafından bağlayıcılığı kabul edilen ve bu çoğunluk tarafından etkin bir şekilde saygı gören, yazılı olmayan ve fakat kodifiye edilebilir nitelikte olan kanun-üstü standartlar, temel ilkeler veya değerler olarak tanımlanmaktadır.⁴⁶

IPI kılavuz ilkelerinde genel ahlak tanımı yer almamakla birlikte, bu kavramın zaman içinde önemli ölçüde değiştiği, yine de kamu düzenine veya genel ahlaka aykırılık açısından Latin alfabesi dışındaki alfabeler ile oluşturulan da dahil olmak üzere yabancı dillerdeki tüm kelimelerin dikkate alınması gerektiği belirtilmektedir. Özellikle kışkırtıcı ve saldırgan biçimde müstehcen⁴⁷ çağrışımlar yapan, dini duyguları veya inançları rencide eden markalar genel ahlaka aykırıdır. Genel ahlaka aykırılığın değerlendirilmesinde ise, sadece mal veya hizmetlerin hedef kitlesindeki alıcılarının bakış açısı değil, İsviçre'nin görüşü de belirleyicidir. Ayrıca bir marka yalnızca nüfusun çoğunluğunun değil, İsviçre'de yaşayan azınlıkların da ahlaki, dini veya kültürel duygularını incitiyorsa genel ahlaka aykırıdır.⁴⁸

⁴⁵ Yazar, giysiler için "Marijuana"; likör için "Kidnapper" bir yayın için "Week-end sex" markalarının ahlaka aykırı olduğunu ifade etmektedir. *Dessemontet*, s.338.

⁴⁶ *Catzeflis*, s. 409.

⁴⁷ Her müstehcen veya kaba ifade genel ahlaka aykırı değildir. Bunların aynı zamanda incitici, saldırgan veya provokatif olması da gereklidir. Örneğin "seks" kelimesini içeren tüm ticaret markaları ahlaka aykırı olarak değerlendirilmemektedir. Nitekim Paris İstinaf Mahkemesi verdiği bir kararında (Cour d'appel de Paris, 19.10.2005, n. 04/17766) "Désir Sexe" ticaret markasının pornografik web sitesini belirtmek için tescil edilebilir olduğuna, çünkü bu kelimelerin tek başlarına saldırgan, provokatif, incitici bir niteliği haiz olmadığına, sonuç olarak genel ahlaka aykırılık bulunmadığına karar vermiştir. *Memişoğlu*, s. 802; *Roujou de Boubée*, n.17.

⁴⁸ Bir işaretin dini duyguları rencide etme olasılığının bulunduğu durumlarda, ilgili dini topluluğa mensup ortalama bir kişinin bakış açısı dikkate alınmalıdır. Söz konusu dinin ana motifini veya önemli bir şahsiyetin adını kullanarak dini bir çağrışım yapan markaların tescili reddedilir. Bu tür markalar, ürün veya hizmetlerden bağımsız olarak, "ticari amaçlarla kullanılmaları" nedeniyle ilgili topluluğun üyelerinin dini duygularını rencide edebileceği için genel ahlaka aykırıdır.

Fransız hukukunda tarihsel süreç içinde genel ahlak anlayışı bir yandan elit kesimin görüşüne dayanan “idealist” bir yaklaşım ile çoğunluğun davranışı olarak anlaşılan “ampirik ahlak” anlayışı temelinde tanımlanmaya çalışılırken, diğer yandan belirli bir davranış türüne atfedilen bir dizi değere uygunluk olarak da açıklanmıştır.⁴⁹ Mahkemeler ise geleneksel olarak, belirli bir zamanda ve belirli bir yerde dürüst insanların görüş ve davranışlarına atıfta bulunmayı sürdürmüşlerdir.⁵⁰

Fransız hukukunda genel ahlak anlayışı, toplumdaki değişimlere paralel olarak zaman içinde değişmiştir. Dolayısıyla kavram “bir toplumun belirli bir zamanda bağlı olduğu temel ahlaki değerler ve standartlar” olarak tanımlanırken, zaman içinde değişebilen ve toplumdan topluma farklılaşan bu değerler ve standartlar, değerlendirme sırasında o toplumda hâkim olan sosyal mutabakat ışığında belirlenmiştir. Bir toplumun bir zaman diliminde neyi ahlaki açıdan kabul edilebilir olarak gördüğünü objektif bir şekilde tespit etmek için ise, o toplumu karakterize eden kültürel, dini veya felsefi çeşitliliğin göz önünde bulundurulması gerekmektedir.⁵¹

İsviçre ve Fransız marka hukuku birlikte incelendiğinde, kamu düzeni ile genel ahlak kavramlarının zaman zaman aralarında ayırım

Tarafsız bir şekilde kullanılmasının dini topluluk bakımından yadırganmadığı hallerde, markanın tescil edilmesi mümkündür. Örneğin, alkollü içecekler söz konusu olduğunda Katolik azizlerin isimleri kullanılabilir. Aynı durum mücevherler üzerindeki dini semboller için de geçerlidir. Alkollü içecekler için “Mohammed”; CD’ler, DVD’ler, eğlence hizmetleri ve müzik performansları için “Buddha Bar”; araçlar, ulaşım, konaklama ve yemek hizmetleri için “Siddharta”; genel ahlaka aykırıdır. IPI kılavuzu, s. 176.

⁴⁹ Jeaneau, s. 162 ve 291.

⁵⁰ Günümüz toplumunda özel hayata saygı hakkının önemli ölçüde gelişmesiyle Devletin bu alanda koymak istediği sınırlar giderek artan kısıtlamalarla ilerlemektedir. Fransız Mahkemeleri özel hayat ile ilgili hususlara dair hüküm verme konusunda kendilerini giderek daha az meşru görmektedir. Fakat CC art. 6’nın “sözleşmelerin kamu düzeni ve genel ahlaka ilişkin kanunlara aykırı olamayacağı” düzenleyen hükmü varlığını korumaktadır. Belirtilen maddeye dayanan Paris Asliye Hukuk Mahkemesi 06.01.2021 tarihinde verdiği kararında, kanun ve düzen güçlerine karşı fiziksel şiddet kullanımını içeren eylemleri (sarı yekelelerin eylemleri) desteklemek amacıyla “sarı yekeleli boksör” fonunun kurulmasının kamu düzenine ve genel ahlaka aykırı olduğuna hükmetmiştir. Gouëzel, n.40-41.

⁵¹ Gouëzel, n.40.

yapılmaksızın bir arada kullanıldığı, bir markanın hem kamu düzenine hem de genel ahlaka aykırı bulunarak tescilinin reddine dair kararlar verildiği görülmektedir.⁵² Bununla birlikte kışkırtıcı ve saldırgan biçimde müstehcen ifade veya küfür içeren markaların genel ahlaka aykırı olduğu hususunda şüphe bulunmamaktadır.⁵³ Diğer taraftan toplumdaki belirli bir kesimin (azınlıkların) dini duygularını, inançlarını rencide eden markalar da genel ahlaka aykırı kabul edilmektedir.⁵⁴ Zira belirtilen duygu veya değerleri hedef alan bir markanın tescili için başvuruda bulunulması toplumun belirli kesimlerinin dini duygularını veya inançlarını incitmek suretiyle toplumsal barış ve huzurun bozulmasına neden olabilir. Ayrıca bu başvuru aynı toplumun kalan kısmı için olağan üstü bir şaşkınlığın ortaya çıkmasına, böylece markanın negatif yönde olsa da bilinir, tanınır, tercih edilir olmasına sebep olabilir. Elbette belirtilen yollar vasıtasıyla ticari kazanç elde edilmesinin umulması genel ahlaka aykırılık teşkil edecektir.

III. KAMU DÜZENİNE AYKIRI MARKALARA DAİR MAHKEME KARARLARI

İsviçre ve Fransız hukukundaki mahkeme kararları incelendiğinde kamu düzeni ve genel ahlak ayırımı bakımından; toplumun düzgün işleyişi için gerekli ilkelerin ihlalini, şiddeti, suçu, ırkçılığı, uyuşturucu tüketimini teşvik eden, politik veya dayanışmacı ifadeler içeren markaların kamu düzenine aykırı, kışkırtıcı ve saldırgan biçimde müstehcen olan veya dini inanç veya duyguları hedef alan markaların ise genel ahlaka aykırı kabul edildiği görülmektedir.⁵⁵ Aşağıdaki başlıklarda bu kararlar incelenecektir.

⁵² Catzeflis, s. 290.

⁵³ Fransız hukukunda Binctin, s. 583; Gaumont-Prat, s. 224; Roujou de Boubée, n.42; Gouëzel, n.12; İsviçre hukukunda Dessemontet, s.338; Catzeflis, s. 290.

⁵⁴ Catzeflis, s. 290.

⁵⁵ Catzeflis, s. 278-279 ve 408-409; Daha açık ifadeyle toplumsal barışı zedeleyen, kişilerin temel hak ve özgürlüklerin ihlali olarak nitelenebilecek, suçu ve suçlu-yu öven markalar kamu düzenine aykırıdır. Genel ahlak ise, belirli bir dönemde yaşayan nüfus tarafından asgari düzeyde benimsenen etik ilkeler olarak tanımlanabilir. Bu durumda marka hukuku bağlamında genel ahlaka aykırılık, toplumun belirli kesimince kabul gören "özel değerlere" saldırı teşkil etmesi halinde söz konusu olabilir. Memişoğlu, s. 744-745.

A. Toplumun Düzgün İşleyişi İçin Gerekli İlkelerin İhlalini Teşvik Eden Markalar

İsviçre’de “Concept+” ticari markasının özellikle kozmetik, ilaç ve içecekler için uluslararası tescili için başvuruda bulunulmuştur. İsviçre Federal Fikri Mülkiyet Enstitüsü (IPI)⁵⁶ markanın “Kızıl Haç Ambleminin ve Adının Korunmasına İlişkin 25 Mart 1954 Tarihli Federal Kanun’a” (LPENCR)⁵⁷, LPM art. 2,d’ye ve CUP art. 6’ya aykırı olduğu gerekçesiyle başvuruyu reddetmiştir. Federal İdare Mahkemesi ise kamu düzenini “ülke içinde düzeni, güvenliği, barışı ve diğer devletlerle iyi ilişkileri güvence altına alan hukuk düzeninin ve devlet kurumlarının temel ilkeleri” olarak tanımladıktan sonra, uluslararası insancıl hukukun koruyucusu olarak Kızılhaç ile İsviçre arasındaki yakın geleneksel bağlar bulunduğuna, LPENCR’nin ihlalinin diplomatik ilişkiler, barış ve güvenlik gibi “kamu düzeninin temel ilkelerini” etkilediğine, Kızılhaç ambleminin ticari amaçlarla izinsiz kullanımının, amblemin özellikle silahlı çatışmalarda askeri ve sivil tıbbi hizmetler, hastaneler ve ambulansların yanı sıra insani yardımda görev alan personel ve bunların ekipmanları için koruyucu bir sembol olma işlevini zayıflatacağına, başvuru konusu markanın federal haçın kırmızı ve beyaz renklerini de içerdiğine ve bu yönüyle halkı yanıltabilecek nitelikte olduğuna karar vermiştir.⁵⁸

Oysa “Cercle+” kararı aksi yönde olmuştur. Televizyon setlerinin, dergilerin ve televizyon ve görsel-işitsel programların abonelik hizmetleri için tescil edilmek istenen “Cercle+” markası için IPI, CUP art. 6. ve LPM art. 2 ve Kamu Armaları ve Diğer Kamusal İşaretlerin Korunması Hakkında Federal Kanun’un (aLPAP) 1.maddesine⁵⁹ dayanarak ret kararı vermiş, bunun üzerine İsviçre Federal Fikri Mülkiyet Temyiz Komisyonu’na (CREPI)⁶⁰ itiraz başvurusunda bulunulmuştur. CREPI mevzuat hükümlerinin İsviçre ulusal amblemini korumaya

⁵⁶ Institut Fédéral de la Propriété Intellectuelle

⁵⁷ LPENCR art. 7 al 1, 2: “Bu kanun hükümleri uyarınca tescili yasak olan işletme adları ticaret siciline tescil edilemez. Bu kanuna aykırı markalar ve tasarımlar da tescil edilemez”; 25 Mart 1954 tarihli Federal Kanun için bkz. RS 232.22

⁵⁸ TAF B-2781/2014 için bkz. Catzeflis, s. 216.

⁵⁹ LPM art. 1 uyarınca, Konfederasyon arması, federal haç ve bunlarla karıştırılabilecek işaretler marka olarak tescil edilememektedir.

⁶⁰ Commission fédérale de recours en matière de propriété intellectuelle.

hizmet ettiği ölçüde kamu düzeniyle ilgili olduğunu, siyah dikdörtgen bir zemin üzerinde beyaz olarak sunulan “+” işaretinin İsviçre Federal Haçı’na benzediğini, ancak halkı yanıltacak nitelikte olmadığını⁶¹, markanın beyaz zemin üzerinde kırmızı haç şeklinde olması halinde benzerliğin söz konusu olabileceğini belirterek “Cercle+” markasının tesciline karar vermiştir.⁶²

2016 yılında Fransa Cumhurbaşkanı’nın eski hayat arkadaşı tarafından kaleme alınan “Merci pour ce moment” kitabında yer alan “les sans dents (dişsizler)” ifadesi marka olarak tescil edilmek istenmiştir. Ancak Fransız Ulusal Sınai Mülkiyet Kurumu (INPI)⁶³ markanın tescili talebini reddetmiş, Paris İstinaf Mahkemesi 26.02.2016 tarihinde verdiği kararı⁶⁴ ile ret kararını onamıştır. Dava sırasında davacı, markanın kitabın yarattığı tartışmayla ilgili olduğu kabul edilse bile hem ulusal mahkemelerin hem de Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin ifade özgürlüğü ve hiciv hakkını kişilere tanıdığını ileri sürmüştür. Paris İstinaf Mahkemesi ise, tescil başvurusunun yapıldığı tarihi (kitabın yayınlanmasından 4 gün sonra) ve tescil başvurusu ile ilgili mal ve hizmetlerin genel halka yönelik olduğunu dikkate alarak, davacının iddiasının aksine, tescil başvurusu yapılan markanın Cumhurbaşkanı’na atfedilen aşağılayıcı sözlere göndermeden başka bir şey olarak algılanamayacağına karar verilmesi gerektiğini vurgulamıştır. Zira kamu düzeni, çeşitli anlamları arasında toplumsal düzene saldırı niteliği taşıyan davranışları düzenlemeye yöneliktir. İfade özgürlüğüne saygı gösterilmesinin sınırlarından biri sosyal düzenin zedelenmesidir. Bu bağlamda, “kamu düzeni hem Devletin ve kurumlarının korunmasını hem de bireylerin şeref ve haysiyetlerine yönelik saldırıları ve ayrımcı davranışları cezalandıran ceza kanunlarına uyulmasını içermelidir”. Dolayısıyla somut dava bakımından davacının marka olarak tescil ettirmek istediği “les sans dents” markası, temel işlevine uygun olarak, belirttiği mal ve hizmetleri ayırt etmekten

⁶¹ 1934 tarihinde revize edilen CUP’un eski 6. maddesi “ahlaka veya kamu düzenine aykırı olan, özellikle de halkı yanıltma ihtimali olan markaların” tescili reddedilebilir veya hükümsüz kılınabilir” şeklinde idi.

⁶² Décision de la Commission fédérale de recours en matière de propriété intellectuelle du 30 septembre 1998 (Cercle +), sic! 1999, s.38-39, www.swisslex.ch (Erişim tarihi: 01.09.2024).

⁶³ Institut national de la propriété industrielle

⁶⁴ Cour d’appel de Paris, Pôle 05 ch.2, 02.26.2016, n.14/20555, www.dalloz.fr (Erişim tarihi:08.08.2024).

uzak, hatta toplumun düzgün işleyişi için gerekli olan ilkelere aykırı davranmaya teşvik edici nitelikte bulunmuştur. Fransız Doktrini de başvuru konusu markanın Cumhurbaşkanıya atfedilen aşağılayıcı sözlerle yönelik olduğu görüşünü benimsemiş, ifade özgürlüğü adına hoş görülebilir olanın, marka hukuku kapsamında kabul edilemez nitelikte olduğu belirtilmiştir.⁶⁵ Ayrıca markanın tescil edilmesi, geniş bir kitleye yönelik olan malların Cumhurbaşkanlığı'nın resmi onayıyla pazarlandığı algısının oluşmasına neden olabilecektir. Bu durum ise markanın kamu düzenine aykırı olmasının yanında tüketicileri yanıltıcı nitelikte olduğunun da göstergesidir.⁶⁶

Paris Asliye Hukuk Mahkemesi 22.04.2005 tarihinde verdiği kararında "kamu düzeni" ile "toplumun tamamı için ekonomik sonuçları olan yasak ve yükümlülükleri" bir arada değerlendirmiştir. Mahkeme süt ürünleri için tescil edilmiş olan "beurre liquide" (sıvı tereyağı) markasının "Sürülebilir Yağlara İlişkin Standartları Belirleyen 5 Aralık 1994 tarihli ve 2991/94 Sayılı Avrupa Birliği Tüzüğü'ne"⁶⁷ aykırı olduğuna ve "kamu düzeninin ekonomik mevzuatın yasak ve yükümlülükleri ile bağlantılı olduğuna karar vermiştir. Bu sebeple "beurre" (tereyağı) sözcüğünün "liquide" (sıvı) niteleyicisiyle ilişkilendirilmesinin yalnızca mevzuata değil, aynı zamanda kamu düzenine de aykırı olduğuna ve markanın CPI art. L. 711-3, b uyarınca belirttiği tüm ürünler için iptal edilmesi gerektiğine hükmedilmiştir⁶⁸.

Fransız Ceza Kanunu'nun (CPF)⁶⁹ 433-17⁷⁰ maddesi mesleki bir unvan, diploma veya niteliğin hukuka aykırı şekilde kullanılmasının

⁶⁵ Jean-Pierre Clavier/ Nathalie Martial-Braz/Célia Zolynski, "Droit Des Marques", *Recueil Dalloz*, 09.02.2017, N.6, s. 318, www.dalloz.fr (Erişim Tarihi: 08.08.2024).

⁶⁶ Roujou de Boubée, n. 12, www.lexis360intelligence.fr (Erişim Tarihi: 08.08.2024).

⁶⁷ <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/PDF/?uri=CELEX:31994R2991&from=ET> (Erişim tarihi: 06.09.2024).

⁶⁸ Roujou de Boubée, n.16.

⁶⁹ https://www.legifrance.gouv.fr/codes/texte_lc/LEGITEXT000006070719/ (Erişim tarihi: 18.08.2024).

⁷⁰ Kamu makamları tarafından verilen mesleki unvanın veya resmi bir diplomanın veya kullanım koşulları kamu makamları tarafından belirlenen bir niteliğin hukuka aykırı olarak kullanılması bir yıl hapis ve 15.000 Euro para cezası ile cezalandırılır. Bu bölümde öngörülen suçu işleyen gerçek veya tüzel kişiler hakkında, İş Kanunu'nun L. 6313-1 maddesi kapsamında beş yıl süreyle mesleki eğitim veremeden men edilme yaptırımı uygulanır.

yaptırımlarını düzenlemektedir. CPI art. L. 711-2’de mesleki bir unvan, diploma veya niteliğin marka tescili bakımından mutlak ret nedeni olduğuna ilişkin açık bir hüküm bulunmamaktadır. Fakat CPF art. 433-17 hükmünün bu tür bir başvurunun, Kanuna ve kamu düzenine aykırılık sebebiyle reddedilmesi için yeterli olduğu kabul edilmektedir. Nitekim Fransız Yargıtay’ı “kamu otoritesi tarafından verilen bir mesleğe ait unvanın, bu unvanın sahibi olmaksızın, ticaret markası olarak kullanılmasının kamu düzenine aykırı olduğunu” belirterek “notaires37” markasının tescilinin reddine ilişkin kararı onamıştır.⁷¹

B. Politik İfade veya Dayanışmacı Bir Slogan İçeren Markalar

13.11.2015 tarihinde Paris’te meydana gelen terör eylemlerinin hemen arkasından 14.11.2015 tarihinde sosyal medyada da sıkça kullanılan “Pray For Paris (Paris için dua et)” ve “Je suis Paris (Ben Paris’im)” sloganlarının marka olarak tescil edilmesi için başvurular yapılmaya başlanmıştır. INPI bu markaları ve benzerlerini kamu düzenine aykırılık teşkil ettiği gerekçesiyle tescil etmemeye karar vermiştir. Kurum’un internet sitesinde 20.11.2015 tarihinde yapılan açıklamada;⁷² terör olaylarıyla ilgili olarak toplumda oluşan algı göz önüne alınarak, belirtilen markaların ekonomik bir aktör tarafından edinilmemesi gereken ifadeleri içerdiği sonucuna ulaşıldığı belirtilmiştir. Bordeaux İstinaf Mahkemesi 24.10.2016 tarihinde verdiği kararı⁷³ ile terör saldırılarının ardından söz konusu sloganların sosyal ağlarda neredeyse anında yayılmasının ardından en az 140 başvuru yapıldığı ve bunların ticari amaçlar için kullanılmasının denendiği, geçici itirazlara ve ardından ret kararlarına konu olabileceği düşüncesiyle INPI’nın tüm marka başvurularını tescil etmeme kararı aldığı ifade edilmiştir. Ancak açıkla-

⁷¹ Cass.com., 16.04.2013, n.12-17.633, www.dalloz.fr (Erişim tarihi: 18.08.2024); Diğer tarafatan “Baron” ve “Barones” gibi unvanların kullanılmasının, bu soylu unvanın kullanımına Devlet Başkanı tarafından izin verilmemiş olsa bile, unvan gaspı suçunu oluşturmadığına ve bu nedenle “Baron Philippe de Rothschild” ve “Baronne Philippine de Rothschild” ticaret markalarının kamu düzenine aykırı olmadığına karar verilmiştir. Cass.com., 26.02.2002, n.99-11.240, www.dalloz.fr (Erişim tarihi: 18.08.2024).

⁷² <https://www.inpi.fr/marques-pray-paris-ou-je-suis-paris-2> (Erişim tarihi: 06.08.2024); Propriété industrielle bulletin documentaire, 2016, 1061, III, 915.

⁷³ Cour d’appel de Bordeaux, 24.09.2016, n.15/07214, www.dalloz.fr (Erişim tarihi: 18.08.2024).

madan bir gün önce Dominique G. marka tescili için başvuruda bulunmuş, Kurum ise Dominique G.'ye hem şekli hem de maddi sebeplerle başvurudaki eksiklikleri gidermesi veya karara itiraz etmesi için iki ay süre vermiştir. Dominique G. karara itiraz etmemiş fakat, Kurum'a başvurarak online başvuru esnasında ödediği 200 Avro'nun geri ödemesi talebinde bulunmuştur. Mahkeme CPI art. R 411-17'de⁷⁴ yalnızca kabul edilemezlik halleriyle sınırlı olmak üzere başvuru ücretinin geri ödenebilmesinin mümkün olduğunun düzenlendiğini, somut olayda başvurunun Kurum'un ilanından önce yapılmış olduğunu, ancak başvuru konusu markanın belirtilen malları ayırt etme niteliğini haiz olmasının muhtemel olmaması, ayrıca kamu düzenine de aykırı olması sebebiyle tedbiren bir basın açıklamasının yapılmış olduğunu, daha sonra resmileştirilen karara da itiraz edilmediğini belirterek, başvuru ücretinin davacıda kalmasına karar vermiştir.

Fransız doktrininde söz konusu marka başvuruları ile ilgili olarak, bunların kendi başlarına herhangi bir kuralı ihlal etmediği, kaba veya çirkin olmadığı belirtildikten sonra yine de kamu düzeni ile ahlaka aykırılıktan bahsedilebileceği vurgulanmıştır⁷⁵. Fransa'da yaşanan korkunç olaylara tepki olarak benimsenen sloganların bir dayanışma ifadesi olduğu, bunlar için ticari amaçlarla tekel hakkı elde edilmek istenmesinin yüksek sembolik değerlerinin düşmesine neden olacağı ve sonuç olarak kamu düzenin bozulacağı söylenmiştir.⁷⁶ Doktrinde sosyal ağlarda ve çeşitli etkinliklerde kullanılan sloganların ticari amaçlar için kullanılmasının Fransız halkı için şok edici olduğu, ancak başvuru sahiplerinin fırsatçılığı ve ahlaka aykırı sayılabilecek davranışlarını da ortaya çıkarmış olduğu ifade edilmiştir. Ayrıca marka ile saldırının mağduru olan ailelere destek sağlayan bir hareket arasında bağlantı olduğu yanılığına düşülmesi de muhtemel görülmüş, böylece markaların halkı yanıltıcı nitelikte olduğu belirtilmiştir.⁷⁷

⁷⁴ Maddeye göre; "... kabul edilemezlik durumunda, aşağıdaki ücretler geri ödenir: ..ticaret markaları veya hizmet markaları için başvuru ücreti, ürün veya hizmet sınıfı yenileme ücreti..."

⁷⁵ Jean-Pierre Clavier/ Nathalie Martial-Braz/ Célia Zolynski. "Droit Des Marques". *Recueil Dalloz*. 18.02.2016. N. 7, s. 396, www.dalloz.fr (Erişim tarihi. 08.08.2024).

⁷⁶ Clavier/ Martial-Braz/ Zolynski, s. 396.

⁷⁷ Clavier/ Martial-Braz/ Zolynski, s. 396; *Propriété industrielle bulletin documentaire*, 2016, 1061, III, 915.

Kamu düzenine (ve ahlaka) aykırı nitelikteki markaya dair bir başka karar Türkiye'nin AB üyeliği ile ilgilidir. INPI "Non à la Turquie en Europe" (Avrupa'da Türkiye'ye Hayır) markasına dair başvuruyu kamu düzenine aykırı bularak tescil talebini reddetmiştir. Paris İstinaf Mahkemesi 09.06.2004 tarihli kararında INPI'nın kararını onaylayarak, söz konusu markanın ayırt edici niteliği haiz olmadığına, bu yönüyle marka hukukunun amacına aykırı olduğuna, somut olayda tamamen siyasi bir sömürü ayrıcalığı oluşturmayı amaçlayan bir sloganın bulunduğuna, başvuru sahibinin marka hakkını kötüye kullanarak, bu tartışmanın şartlarından biri üzerinde özel bir hak elde etmeye çalıştığına ve böylece Türkiye'nin Avrupa Birliği'ne katılımına ilişkin özgür demokratik tartışma ortamını engellemek istediğine, tüm bu sebeplerle markanın tescil edilmesinin ifade özgürlüğüne de aykırılık teşkil edeceğine hükmetmiştir.⁷⁸

C. Şiddeti, Suçu, Irkçılığı Teşvik Eden Markalar

2001 yılında "Bin Ladin" markası gözlük çerçeveleri, mücevherler, saatler ve giysiler tescil edilmiştir. Ancak 2002 yılında IPI, terör saldırıları nedeniyle İsviçre halkının markaya ilişkin algısının değiştiği gerekçesiyle tescil kararını iptal etmiştir. CREPI ise markanın tescili ile bir hakkın kazanıldığını, Federal Mahkeme içtihatlarına göre özellikle önemli bir kamu yararının olduğu hallerde bu tür kararların iptal edilebildiğini, her ne kadar markanın nüfusun geniş bir bölümünün duygularını rencide edici nitelikte olabileceği düşünülse de, tescil edilen markanın Arap dünyasında yaygın bir soyadı olarak kullanıldığını, kararın verildiği tarihte Usame bin Ladin'in 11 Eylül 2001 saldırılarına karıştığına açıkça tespit edilmediğini ve bu olayla kendisi arasında bir bağlantıyı destekleyen kanıtlar olsa bile, bunun Arap dünyasında yaygın olan bir soyadının marka olarak kullanılmasının açık bir şekilde saldırganlık olarak değerlendirilebileceği anlamına gelmediğini, IPI'nın kararında kamu yararının tescilin iptalini hangi sebeplerle zorunlu kıldığını açık olarak gerekçelendirmediğini ve menfaatler dengesinin başvuruda bulunan lehine olduğunu belirterek marka tescilinin iptali kararını iptal etmiştir.⁷⁹

⁷⁸ Roujou de Boubée, n.12.

⁷⁹ Catzeflis, s. 220.

Avrupa Birliği Fikri Mülkiyet Ofisi (EUIPO)⁸⁰ ise; hedef kitesinin markayı bir terör örgütü ile ilişkilendireceğini, bu yasadışı örgütün işlediği suçların kamu düzenine aykırılık teşkil ettiğini, bir suç veya terör örgütüne veya üyelerine atıfta bulunan ve dolayısıyla onları yücelten veya eylemlerini önemsizleştiren markaların da kamu düzenine aykırı olduğuna hükmetmiştir.⁸¹

Şiddeti, suçu, teşvik eden markalar kadar ırkçı ifadeler barındıran markalar da kamu düzenine aykırıdır. Paris Asliye Hukuk Mahkemesi 18.10.2000 tarihinde verdiği kararında aksi niteliklere sahip markaların tescilinin mümkün olmadığını belirttiikten sonra, dava konusu başvuru bakımından markanın ırkçılığı teşvik eden bir niteliğinin olmadığını belirtmiştir.⁸² “Code Noir” (siyah şifre) markasının kamu düzenine aykırılığı sebebiyle iptaline karar verilmesi için açılan davada, markanın kullanımının ırkçılık, kölelerin anısına, onların soyundan gelenlerin onuruna saldırı teşkil ettiği ileri sürülmüştür. Paris İstinaf Mahkemesi, “Code” sözcüğünün presleme tekniğinin gizliliğine “Noir” sözcüğünün ise münhasıran siyah üzüm kullanımına atıfta bulunduğu, herhangi bir şekilde insan onurunu rencide etmediğine, sadece bir bölgeye bağlı bir geleneğe atıfta bulunduğu karar vermiştir.

D. Uyuşturucu Madde Tüketimini Teşvik Eden Markalar

Paris İstinaf Mahkemesi “Cannabia” kararında, Fransa’da kullanımını yasak olan bir uyuşturucu maddeyi bira, meyve şurupları, şaraplar, alkollü içkiler ve likörler gibi bu maddeyi içermesi muhtemel gıda ürünleriyle bağlantılı olarak olumlu bir şekilde sunduğu için kamu düzenine aykırı bulmuştur.⁸³ Kararda; bir markanın amacının mal veya hizmetleri kamuya tanıtmak olduğu, “Cannabia” adının gör-

⁸⁰ Office de l’Union européenne pour la propriété intellectuelle (EUIPO).

⁸¹ Ordonnance du Tribunal de première instance du 19 mai 2006-Falcon Sporting Goods/OHMI (BIN LADIN) (affaire T-488/04); Memişoğlu, s. 759; Özsoy, s. 363-364.

⁸² Cour d’appel de Paris, Pôle 05 ch. 02, 30.01.2015, n.13/15325, www.dalloz.fr (Erişim tarihi: 18.08.2024).

⁸³ Cour d’appel de Paris, Pôle 05 ch. 04, 18.10.2000, n. 1999/22759, www.dalloz.fr (Erişim tarihi: 18.08.2024).

sel ve fonetik olarak “Cannabis”⁸⁴ terimine çok yakın olduğunun tartışmalı olmadığı, ortalama bir tüketicinin bu markaya ilişkin algısının nasıl olduğunun değerlendirilmesi gerektiği hükme bağlanmıştır. Esasen Fransız hukukunda “Cannabis” (kenevir) sözcüğü farklı kenevir çeşitlerini de ifade etmekte ve bitkinin sabit ağırlıktaki bir numunedeki THC ağırlığının 0’ı geçmemesi koşuluyla, ekimine, ithalatına, ihracatına ve endüstriyel ve ticari kullanımına Kamu Sağlığı Kanunu’nun (Code de la santé publique) R 5181 maddesi anlamında izin verilmektedir. Ancak yine de bu sözcük ortalama bir Fransız tüketici için kullanımı yasak olan uyuşturucu maddeyi çağrıştırmaktadır. Bu sebeple mahkeme kararında böyle bir maddeyi içermesi muhtemel gıda ürünlerini belirtmek için hem görsel hem de fonetik olarak “Cannabis”i çağrıştıran bir işaretin marka olarak kullanılmasının, kamuoyunda uyuşturucu olarak sınıflandırılan maddeye uygulanan yasağın kaldırıldığı fikrinin oluşmasına sebep olabileceği ve bu durumun kamu düzenine aykırı olduğu belirtilmiştir.⁸⁵

Diğer taraftan bir markada yer alan kelimelerin kamu düzenine aykırı olup olmadığına değerlendirilmesinde, çok katı bir şekilde yalnızca sözlük anlamları değil, aynı zamanda mecazi anlamları ve her somut olayda marka seçimine yön veren diğer ticari veya ahlaki amaçlar dikkate alınmaktadır. Nitekim Paris İstinaf Mahkemesi’nin 07.05.1979 tarihli kararında tescili istenen markanın kelime karşılığı ile mecazi anlamı bir arada incelenmiştir. Parfüm ve benzeri ürünler için tescili istenen Opium (afyon) markasının kamu düzenine aykırı olmadığı, Fransız halkının sözcüğü mecazi anlamıyla gerçek zorluklardan uzaklaşmak ve hayallere kaçmak şeklinde anladığı belirtilmiştir.⁸⁶ Ka-

⁸⁴ Conte v. EUIPO (Cannabis Store Amsterdam) kararı için bkz. Özsoy, s. 364.

⁸⁵ Benzer şekilde, Rennes İstinaf Mahkemesi, kenevir bazlı içecekleri tanımlamak için kenevir yaprağı çizimiyle gösterilen “Chanvrette” markasının kamu düzenine aykırı olarak değerlendirilmesi gerektiğine karar vermiştir. Zira aksinin kabulü orta derecede bilgili tüketicinin kenevirin psikotropik bir madde olarak tüketiminin Fransa’da artık yasaklanmadığı yanılıgısına kapılmasına yol açabilecektir. Yine INPI “Extasy, if you taste it you’ll be addict” (Extasy tadına bakarsanız bağımlı olursunuz) slogan markasının alkollü içecekler için tescili talebini kamu düzenine aykırı olduğu gerekçesiyle reddetmiş ve Paris İstinaf Mahkemesi (Cour d’appel de Paris, 26.09.2008, n. 08/04025) bu kararı onamıştır. Roujou de Boubée, n.16.

⁸⁶ Catzeflis, s.182.

rarda aynı adı taşıyan uyuşturucu maddesinin değil, bununla ilgili olmayan ürünlerin söz konusu olduğu, bu ürünlerin hayallere kaçışı çağrıştıran “Opium” adı altında pazarlanmasının, hiçbir şekilde uyuşturucu kullanımına teşvik veya aynı maddeler lehine propaganda anlamına gelmediği ve sonuç olarak kamu düzeninin ihlal edilmediği vurgulanmıştır.⁸⁷

Fransız doktrininde bir görüşe göre “cannabia” ve “opium” kararları değerlendirilirken kelime anlamları dikkate alınmalı ve mecazi anlam dışlanmalıdır.⁸⁸ Bir diğer görüşe göre ise markaların hedef kitlesinin dikkate alınması daha uygun olacaktır. Zira opium ifadesinin uyuşturucu maddeye yaptığı atıf dolaylıdır. Çünkü afyon içmek daha ziyade on dokuzuncu yüzyıla ait oryantalist bir imgeye aittir. Bu durum markanın reklamını yapmak için kullanılan posterlerden anlaşılmaktadır. Ancak “cannabia” davasında alkollü içecekler söz konusudur, bu içeceklerin hedef kitlesi daha ziyade gençlerdir. Tescil başvurusu yapılan marka ile başvuru konusu içecekler ve uyuşturucu madde arasındaki bağlantı doğrudan olduğu gibi, bunun hedef kitleyi uyuşturucuya yöneltme olasılığı da çok yüksektir.⁸⁹

IV. GENEL AHLAKA AYKIRI MARKALARA İLİŞKİN MAHKEME KARARLARI

Fransız Yargıtayı elbise ve şampanyalar için tescil edilen “Putamadré” markası için verdiği kararında, İspanyolca kökenli bu sözcükleri Fransız halkı ve genç tüketicilerde yarattığı algı bakımından kamu düzeni ve genel ahlaka aykırılık bağlamında değerlendirmiştir.⁹⁰ Kararda “Putamadré” kelimelerinin yabancı dilde bir ifade oluşturmalarına rağmen, bir Fransız tüketici için birebir çevirisinin açık olduğuna, çünkü çağrışımlarının Fransız diline çok yakın olduğuna, bu iki kelimenin birleşiminin, anneyi ahlak yoksunu basit bir kadın olarak nitelendirme eğiliminde olduğuna, bu kaba ve aşağılayıcı, hatta küfür içeren birleşimin, bir çocuğa hayat veren kadına değer verilmesini ve saygı

⁸⁷ Roujou de Boubée, n.16.

⁸⁸ Jérôme Passa, *Droit de la propriété industrielle* Tome 1, Paris, LGDJ, 2009, n.140.

⁸⁹ Sylviane, Durrande, “Le refus d’enregistrer la marque “Cannabia” pour atteinte à l’ordre public”, *Recueil Dalloz*, N. 13, 28.03.2002, s. 1131, www.dalloz.fr (Erişim Tarihi:19.2024).

⁹⁰ Cass.com., 29.03.2011, n. 10-12.046, www.dalloz.fr (Erişim tarihi: 18.08.2024).

gösterilmesini savunan toplumsal ahlakın gerektirdiği tüm kurallara aykırı olduğuna, ayrıca markanın özellikle genç ve sportif bir kitleye yaygın olarak dağıtılan kıyafetlere büyük harflerle, göze çarpan bir şekilde yapıştırıldığına, sözcüğün Fransa'daki kamu düzeni ve genel ahlaka aykırılık bakımından değerlendirilmesi gerektiğine, kamu düzeni ve genel ahlaka aykırılık kavramının belirli bir ülkede belirli bir zamanda algılanan ve sosyal düzen kuralları bakımından kabul edilebilir olanı ifade ettiğine, Fransız halkının bu işareti sadece hoş olmayan ifadeler içeren sözcüklerden oluşan bir marka olarak algılamasının mümkün olmadığına, markanın bu sınırları da aşan şekilde nahış, aşağılayıcı ve hatta kaba bir karaktere sahip olduğuna karar vererek markanın hükümsüzlüğüne hükmetmiştir.

Benzer şekilde giyim, ayakkabı, reklam ve eğitim hizmetleri için kullanılmak amacıyla seçilen ancak kışkırtıcı ve saldırgan biçimde müstehcen bir ifade olan "Band Gang in Paris"⁹¹ markası genel ahlaka aykırı bulunmuştur. Markayı tescil etmeyi kabul eden INPI yaklaşık on yıl sonra 10.11.2020 tarihinde kararını geri almış ve markanın geçersizliğini ilan etmiştir.⁹² INPI kamu düzenine veya ahlaka aykırı bir işaretin ticaret markası olarak tescil edilemeyeceğini düzenleyen CPI art. L. 711-2, b'ye ve "şiddet içeren, pornografik nitelikte olan, insan onurunu ciddi şekilde zedeleyen, küçükleri fiziksel olarak tehlikeye atan oyunlara teşvik eden nitelikteki bir mesajın her ne şekilde ve hangi araçla olursa olsun üretilmesini, taşınmasını veya yayılmasını" suç olarak tanımlayan CPF art. 227-24'ye dayanarak verdiği kararında, bu türden kaba ve bayağı ifadelerin ortalama tüketici için uygunsuz, müstehcen ve itici ifadeler teşkil ettiğini belirtmiştir. Ayrıca kararda ihtilafli markanın kapsadığı malların giyim alanına girdiği ve bu nedenle, işaretin anlamını anlamaya çalışması muhtemel olan küçükler de dahil olmak üzere çok geniş bir kitleye yönelik mallar olduğunun unutulmaması gerektiği de vurgulanmıştır.

⁹¹ Kararda markanın cinsel şiddet anlamına gelen "gang bang" sözcüğünden türetildiği belirtilmiştir.

⁹² INPI, 10.11.2020, NL20-0024 için bkz. <https://pibd.inpi.fr/article/nullite-de-la-marque-gang-bang-paris-pour-contrariete-lordre-public-ou-aux-bonnes-moeurs> (Erişim tarihi: 06.09.2024).

İsviçre hukukunda da kışkırtıcı ve saldırgan biçimde müstehcen ifadeler içeren markalar genel ahlaka aykırı kabul edilmektedir. 2013 yılında İsviçre’de ev eşyaları, cam eşyalar, giysiler ve ayrıca iş yönetimi ve/veya reklam danışmanlığı, iş organizasyonu yönetimi, eğitim ve koçluk hizmetleri için “mindfuck” markasının tescili için başvuru da bulunulmuştur. IPI’nın başvuruyu reddetmesinin ardından Federal İdare Mahkemesi LPM art. 2, d’nin özellikle siyasi ve sosyal barışı, iş etiği ilkelerini korumayı amaçladığını, genel ahlaka aykırılık bakımından ve CO art. 19, 2 ve art. 20’nin dikkate alınabileceğini hükme bağlamıştır. Ayrıca Mahkeme genel edep duygusunu veya bir bütün olarak hukuk düzeninin işaret ettiği etik ilkeleri ve değer yargılarını ihlal eden markaların genel ahlaka aykırılık teşkil ettiğini ve markanın Almanya, Avusturya ve Lihtenştayn’da tescil edilmiş olmasının tek başına IPI kararının iptalini haklı çıkarmayacağını belirtmiştir.⁹³

Diğer taraftan İsviçre hukukunda müstehcen ifadeler içeren markalarla birlikte ayrıca ahlaki, dini, kültürel duygular ile sosyal etik kuralları ihlal eden markalar da genel ahlaka aykırı kabul edilmektedir. Nitekim ulaşım, konaklama ve yemek hizmetleri için “Siddhartha” markası tescil edilmek istenmiş, ancak IPI, CUP art. 6,B,3 ve LPM art. 2,c,d’ye dayanarak başvuruyu reddetmiştir. CREPI de söz konusu markanın bir tanrıya atıfta bulunduğu, sadece nüfusun büyük kesimlerinin değil, aynı zamanda azınlıkların da dini duygularını rencide eden markaların genel ahlaka aykırı olduğuna karar vermiştir.⁹⁴ CREPI “Siddhartha” sözcüğünün Budizm’in kurucusu dışında bir kişinin ilk adı olarak kabul edilmiş olsaydı, tescilinin mümkün olabileceğini ancak İsviçre’deki Budistlerin algısının bu yönde olmadığını, dini bir işaretin ve ismin içeriğinin değil, bunun ticari kullanım için seçilmesinin genel ahlaka aykırı olduğunu belirtmiştir.⁹⁵

⁹³ TAF B-883/2016 için bkz. Catzeflis, s. 329; Ayrıca bkz. Doris Meyer Debonneville. *Développements récents en droit des marques. Revue du droit de la propriété intellectuelle, de l’information et de la concurrence.* s.99.

⁹⁴ Décision de la Commission fédérale de recours en matière de propriété intellectuelle du 05 octobre 2000 “Siddhartha” için bkz. <https://www.sic-online.ch/de/entscheide-decisions> (Erişim tarihi: 01.09.2024).

⁹⁵ Catzeflis, s. 324; Federal İdare Mahkemesi “Buddha Bar” kararında da bir markanın kanuna aykırı niteliğinin yalnızca içeriğinden kaynaklanmadığını, özellikle dini bir anlam taşıyan markalar söz konusu olduğunda, markanın kendi başına aykırılık teşkil etmediğini, aksine, dini isimler ve sembollerin etik bir değere sa-

2016 yılında İsviçre’de ulaşım araçları, mücevher eşyaları, müzik aletleri, şemsiyeler, çantalar, şapkalar, alkollü içecekler, tütün ve tütün ürünleri ile reklam, telekomünikasyon ve ulaşım hizmetleri için “Hirsch” markası tescil edilmek istenmiştir.⁹⁶ Geyik boynuzları arasında yayılan bir Latin haçı biçiminde temsil edilen söz konusu marka ile ilgili başvuru IPI tarafından reddedilmiş, İsviçre Federal Mahkemesi ise Latin haçının Hıristiyanlığın en önemli sembolü olarak kabul edildiğini, ibadet yerlerinin dışında da yer aldığını, moda aksesuarı olarak da dahil olmak üzere çeşitli şekillerde kullanıldığını, böylece artık yalnızca kutsal bir karaktere sahip olmadığını, hem dini bir sembol hem de seküler veya kültürel bir sembol olduğunu, bununla birlikte, Latin haçının dini önemini ve Hıristiyan ayinindeki merkezi rolünü koruduğunu, üstelik dini isimler ve sembollerin genellikle yüksek bir ahlaki değerlere karşılık gelmesi sebebiyle bunların marka olarak tescil edilememesinin sebebinin içerikleri değil, ticari kullanım için seçilmeleri olduğunu belirtmiştir.⁹⁷ Bununla birlikte Mahkeme bir işaretin marka olarak tescilinin dini duyguları rencide edip etmeyeceğinin her somut olay temelinde incelenmesi gerektiğini de hükme bağlamıştır. Nitekim mahkeme söz konusu işaretin uzun yıllardır Almanya’da marka olarak kullandığını, böylece dindar tüketicilerin boynuzlarında haç bulunan geyik tasvirini davacı ile ilişkilendirmesi ve buna alışmasıyla anlam değişikliği meydana geldiğini kaydetmiştir. İşaretin davacı tarafından marka olarak yoğun bir şekilde kullanılması dini karakterini ortadan kaldırmış ve işaretin anlamında bir değişikliğe yol açmıştır. Markanın davacı tarafından pazarlanan bitkisel alkollü içeceklerle bağlantılı olduğu da bilinmektedir. Bu nedenle Mahkeme Hıristiyan toplumunun ortalama üyelerinin dini duygularının, talep edilen mal ve hizmetlerden herhangi biri için incelenen işaret tarafından artık ihlal edilmediği ve markanın genel ahlaka aykırı olmadığı sonucuna varmıştır⁹⁸. Dolayısıyla söz konusu karar markalar bakımından kamu düzeni ve

hip olduğunu belirtmiştir. Dolayısıyla, dini bir işaretin içeriği değil, bunun ticari kullanım için seçilmesi genel ahlaka aykırıdır. Dini işaret veya sembollerin ticaret markası olarak pazarlanmasının, ilgili dine mensup kişilerin dini duygularını rencide etmesi muhtemeldir. Federal İdare Mahkemesi’nin belirtilen kararı için bkz. TAF B-438/2010 için bkz. www.swisslex.ch (Erişim tarihi: 01.09.2024).

⁹⁶ TAF B-1440/2019 için bkz. Catzeflis, s. 330-334.

⁹⁷ Catzeflis, s. 333.

⁹⁸ Catzeflis, s. 334.

genel ahlaka aykırılık kavramının zaman içinde, toplumdan topluma değişiklik gösterebileceği gibi, markanın uzunca bir zaman dilimi süresince kullanılmış olmasının tüketicilerin algısını değiştirmekte etkili olduğunu göstermektedir.

SONUÇ

İsviçre ve Fransız hukukunda kamu düzeni, muğlak, toplumdan topluma ve zaman içinde giderek değişmesi muhtemel bir kavram olarak, “toplumun düzgün işleyişi için gerekli kurallar” olarak tanımlanmaktadır. Genel ahlak ise “bir toplumun belirli bir zamanda bağlı olduğu temel ahlaki değerler ve standartlar” olarak açıklanmakta ve zaman içinde değişebilen bu değerler ve standartlar, değerlendirme sırasında o toplumda hâkim olan sosyal mutabakat ışığında belirlenmektedir.

İsviçre ve Fransız hukukundaki mahkeme kararları incelendiğinde kamu düzeni ve genel ahlak ayrımı bakımından; toplumun düzgün işleyişi için gerekli ilkelerin ihlalini, şiddeti, suçu, uyuşturucu tüketimini veya ırkçılığı teşvik eden, politik veya dayanışmacı ifadeler içeren markaların kamu düzenine aykırı, kışkırtıcı ve saldırgan biçimde müstehcen olan veya dini inanç veya duyguları hedef alan markaların ise genel ahlaka aykırı kabul edildiği görülmektedir. Mahkemeler incelemeyi yaparken, bir toplumdaki öznel düşünce ve tutumlar ile başvuruyu gerçekleştiren kişinin amacını değil, başvuru konusu markanın sözlük anlamı ile hedef tüketici kitlesi tarafından nasıl anlaşıldığını birlikte değerlendirerek sonuca ulaşmaktadır.

Örneğin 2016 yılında “Merci pour ce moment” kitabında yer alan “les sans dents (dişsizler)” ifadesi marka olarak tescil edilmek istendiğinde, Paris İstinaf Mahkemesi, “kamu düzeninin toplumsal düzene saldırı niteliği taşıyan davranışları düzenlemeye yönelik” olduğunu belirttiikten sonra, tescil başvurusunun yapıldığı tarihi dikkate alarak ifadenin Fransız halkı tarafından dönemin Fransa Cumhurbaşkanına aşağılamaya yönelik sözler olarak algılanacağını vurgulamış ve markanın tescil talebinin reddini onaylamıştır. Fransız Doktrini de markanın Cumhurbaşkanına atfedilen aşağılayıcı sözlere yönelik olduğu görüşünü benimsemiş, ifade özgürlüğü adına hoş görülebilenin, marka hukuku kapsamında kabul edilemez nitelikte olduğu belirtilmiştir.

2015 yılında Paris'te meydana gelen terör eylemlerinin ardından "Pray For Paris (Paris için dua et)" ve "Je suis Paris (Ben Paris'im)" sloganları marka olarak tescil edilmek istenmiş, INPI ve Bordeaux İstinaf Mahkemesi terör olaylarıyla ilgili olarak toplumda oluşan algıyı göz önüne alarak, bu markaların ekonomik bir aktör tarafından edinilmemesi gereken ifadeleri içerdiği sonucuna ulaşmış ve marka tescilinin reddine karar vermişlerdir. Fransız doktrini de başvurularla ilgili olarak, bu sloganların ticari çıkar elde etmek için kullanılmasının şok edici olduğunu, başvuru sahiplerinin fırsatçılığını gösterdiğini, bu sebeplerle tescil taleplerinin ahlaka da aykırı olduğunu, üstelik saldırının mağduru olan ailelere destek sağlayan bir hareketin var olduğu gibi yanlış bir kanı uyandırabileceğinden yanıltıcı nitelikte olduğunu vurgulamıştır.

Politik bir görüş barındırması sebebiyle kamu düzenine aykırı bulunan markalara ilişkin bir karar Türkiye'nin AB üyeliği ile ilgilidir. INPI ve Paris İstinaf Mahkemesi "Non à la Turquie en Europe" (Avrupa'da Türkiye'ye Hayır) markasının, ayırt edici nitelikten yoksun olduğu, somut olay açısından tamamen siyasi sömürü ayrıcalığı oluşturmayı amaçladığı, başvuru sahibinin marka hakkını kötüye kullanarak, bu tartışmanın şartlarından biri üzerinde özel bir hak elde etmeye çalıştığı ve böylece Türkiye'nin Avrupa Birliği'ne katılımına ilişkin özgür demokratik tartışma ortamını engellemek istediği gerekçelerine dayanarak kamu düzenine aykırı olduğuna karar vermiştir.

Şiddeti, suçu, uyuşturucu tüketimini teşvik eden markalar kamu düzenine aykırıdır. Rennes İstinaf Mahkemesi, kenevir bazlı içecekleri tanımlamak için kenevir yaprağı çizimiyle gösterilen "Chanvrette" markasının kamu düzenine aykırı olarak değerlendirilmesi gerektiğine, Paris İstinaf Mahkemesi, parfüm ve benzeri ürünler için tescili istenen Opium (afyon) markasının kamu düzenine aykırı olmadığını, Fransız halkının sözcüğü mecazi anlamıyla gerçek zorluklardan uzaklaşmak ve hayallere kaçmak şeklinde anladığını belirtmiştir. Kanımızca söz konusu karar yerinde değildir. Zira kelimenin gerçek anlamının her ülke ve dildeki karşılığı aynıdır. Diğer taraftan marka başvurusu için seçilen sözcüklerin mecazi anlamlarının göz önüne alınması giderek günlük dilde sıkça kullanılan ve kaba, nahos olarak algılanan sözcüklerin de marka olarak tescil edilmelerine veya bunlarının sayısının artmasına sebebiyet verebilir. Üstelik "opium" sözcüğünün katı/

sıvı gıda veya içecek için tescili ile parfüm için tescili arasında fark olmamalıdır. Çünkü hangi mal veya hizmet için tescil edilmek istenirse istensin toplumun hemen her kesimi için tehdit niteliğinde olan son derece tehlikeli düzeyde bağımlılık yaratan uyuşturuu maddelerin kullanımının ağıştırılması toplumun düzgün işleyişi için de onarılamaz zararlar meydana getirecektir. O halde “opium” sözcüğünde olduğu gibi bir uyuşturuu madde kullanımına veya suça teşvik eden sözcüklerin marka olarak tescil edilmelerine izin verilmemelidir.

“Mindfuck” ve “Band Gang in Paris” gibi saldırgan veya provokatif biçimde müstehcen kelimeler içeren markaların genel ahlaka aykırılık teşkil ettiği hususunda şüphe bulunmamaktadır. Ayrıca İsviçre Federal Mahkemesi “Siddhartha” markası ile ilgili kararında olduğu gibi, sadece nüfusun büyük kısmının değil, aynı zamanda azınlıkların da dini duygularını veya inançlarını rencide eden markaların genel ahlaka aykırı olduğuna ilişkin kararlar vermektedir. Diğer taraftan Mahkeme geyik boynuzları arasında yayılan bir Latin haçı biçiminde temsil edilen “Hirsch” markasının, uzun yıllardır dindar tüketiciler tarafından bilinmekte olduğuna, buna alışılmasıyla anlam değişikliği meydana geldiğine, davacı tarafından marka olarak yoğun bir şekilde kullanılmasının dini karakterini ortadan kaldırmış ve işaretin anlamında bir değişikliğe yol açmış olduğuna, Hıristiyan toplumunun ortalama üyelerinin dini duygularının, talep edilen mal ve hizmetlerden herhangi biri için incelenen işaret tarafından artık ihlal edilmediğine ve markanın genel ahlaka aykırı olmadığı sonucuna ulaşmıştır.

Kaynakça

Kitaplar

- Binctin Nicolas, Droit de la Propriété Intellectuelle 6^{eme} édition, LGDJ, Paris 2020.
- Catzeflis Boris, Les Marques Contraires  L’ordre Public Ou Aux Bonnes Moeurs, Schulthess Verlag, Zürich, 2022.
- Cherpillod Ivan, Le Droit Suisse Des Marques, CEDIDAC, Lausanne, 2007.
- Dessemontet François, La Propriété Intellectuelle et Les Contrats De Licence, Lausanne, CEDIDAC, 2011.
- Engel Pierre, Traité Des Obligations En Droit Suisse, Dispositions Générales du CO, 2me d., Stämpfli Verlag AG, Berne, 1997.
- Gaumont-Prat Hélène, Droit de la Propriété Industrielle, 4^{eme} édition, Lexisnexis, Paris, 2017.

Jeuneau Adeline, *L'ordre Public En Droit National Et En Droit De l'Union Européenne*, Paris, Lextenso, 2018.

Malaurie Philippe, *L'Ordre Public Et Le Contrat: Étude De Droit Civil Comparé*, France, Angleterre, U.R.S.S, Thèse, Reims, Editions Matot-Braine,1953.

Memişoğlu Sami Özgür, *Marka Hukukunda Mutlak ret Sebepleri*, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2019.

Passa Jérôme, *Droit de la propriété industrielle Tome 1*, Paris, LGDJ, 2009.

Makaleler

Carbonnier Jean, "Exorde", *L'ordre Public À La Fin Du XX^e Siècle* (Thierry Revet, Coll. Thèmes et Commentaires), Dalloz, Paris, 1996.

Ghestin Jacques, "L'ordre Public, Notion À Contenu Variable En Droit Privé Français", *Les Notions À Contenu Variable En Droit*, (Ed. Chaïm PERELMAN et Raymond VANDER ELSTC. Perelman and R. Vander Elst) Bruylant, Bruxelles,1984, <https://bib.kuleuven.be/rbib/collectie/archieven/boeken/perelman-travaux-notionsvariable-1984.pdf>, (Erişim Tarihi: 08.08.2024).

Clavier Jean-Pierre/Martial-Braz Nathalie/ Zolynski Célia, "Droit des marques", *Recueil Dalloz*, N. 7, 18.02.2016, www.dalloz.fr (Erişim Tarihi:08.08.2024).

Clavier Jean-Pierre / Martial-Braz Nathalie / Zolynski Célia. "Droit des marques". *Recueil Dalloz*, 09.02.2017, N.6, s. 318-328. www.dalloz.fr (Erişim Tarihi: 08.08.2024).

Durrande, Sylviane, "Le refus d'enregistrer la marque "Cannabia" pour atteinte à l'ordre public", *Recueil Dalloz*, N. 13, 28.03.2002, s. 1131, www.dalloz.fr (Erişim Tarihi:19.2024).

Gouëzel Antoine, "Ordre public et bonnes moeurs en droit des contrats", *JurisClasseur Civil Code Art. 6*, Fasc. Unique, www.lexis360intelligence.fr (Erişim tarihi: 08.08.2024).

Meyer Debonneville Doris, "Développements récents en droit des marques", *Revue du droit de la propriété intellectuelle, de l'information et de la concurrence*, sic! 2018, s.99-108, (Erişim Tarihi: 08.08.2024).

Özsoy Özge, "Yargı Kararları Işığında Kamu Düzenine ve Genel Ahlaka Aykırı Avrupa Birliği Markalar". *TAAD*, 2020, S. 43, Y.11, s. 351-368.

Roujou de Boubée Isabelle, "Signes Illicites Ne Pouvant Constituer Des Marques Valables", *JurisClasseur, Marques-Dessins et modèles*, Fasc.7115, www.lexis360intelligence.fr (Erişim tarihi: 08.08.2024).

Youta, Ferdi. "Ordre public et contrats administratifs", *L'Actualité juridique Droit administratif*, no.14, 15 avril 2024, s. 781-789. www.dalloz.fr (Erişim tarihi: 28.08.2024).

Mahkeme Kararları

Cour d'appel de Bordeaux, 24.09.2016, n.15/07214, www.dalloz.fr (Erişim tarihi: 18.08.2024).

Cour d'appel de Paris Pôle 05, ch.4, 18.10.2000, n. 1999/22759, www.dalloz.fr (Erişim tarihi: 18.08.2024).

Cour d'appel de Paris, Pôle 05 ch.2, 30.01.2015, n.13/15325, www.dalloz.fr (Erişim tarihi: 18.08.2024).

Cour d'appel de Paris, Pôle 05 ch.2, 02.26.2016, n.14/20555, www.dalloz.fr (Erişim tarihi:08.08.2024).

Cass.com., 26.02.2002, n.99-11.240, www.dalloz.fr (Erişim tarihi: 18.08.2024).

Cass.com., 16.04.2013, n.12-17.633, www.dalloz.fr (Erişim tarihi: 18.08.2024);

Cass.com., 29.03.2011, n. 10-12.046, www.dalloz.fr (Erişim tarihi: 18.08.2024).

Décision de la Commission fédérale de recours en matière de propriété intellectuelle du 30 septembre 1998 (Cercle), sic! 1999, s.36-39. www.swisslex.ch (Erişim tarihi:08.08.2024).

Décision de la Commission fédérale de recours en matière de propriété intellectuelle du 05 octobre 2000 (Siddhartha) için bkz. <https://www.sic-online.ch/de/entscheide-decisions> (Erişim tarihi: 08.08.2024).

Ordonnance du Tribunal de première instance du 19 mai 2006-Falcon Sporting Goods/OHMI (BIN LADIN) (affaire T-488/04).

TAF B-438/2010, www.swisslex.ch (Erişim tarihi: 01.09.2024).

İnternet Kaynakları

www.dalloz.fr

www.ige.ch

www.inpi.fr

www.legifrance.gouv.fr

www.lexis360intelligence.fr

www.sic-online.ch

www.swisslex.ch

<https://eur-lex.europa.eu>

GREVİN ERTELENMESİ

POSTPONEMENT OF STRIKE

Görkem Selim ŞAHİN*

Özet: Grev toplu iş uyuşmazlıklarında işverene baskı yapmak amacıyla uygulanan bir yöntemdir. Grev hakkı Anayasa'da yer alan temel hak ve hürriyetlerdendir. Ancak bazı durumlarda grev hakkının kullanılması toplumun menfaatlerine ağır zarar verebilir. Bu çalışmada grev hakkına idarenin bir müdahalesi olan grevin ertelenmesi kurumu ele alınmıştır. Kanuni bir grev eğer genel sağlığı ve milli güvenliği bozucu nitelikte ise idare, grev erteleme kararı alabilir. Bu karar her ne kadar erteleme olarak adlandırılrsa da aslında bir grev yasağı meydana gelir. Bu çalışmada Türkiye'deki grev erteleme kurumunun mevzuattaki ve uygulamadaki işleyişi ve sonuçları incelenmiştir.

Anahtar Kelimeler: Grev, Grev Hakkı, Kanuni Grev, Grev Yasağı, Genel Sağlık, Milli Güvenlik

Abstract: Strike is a method used to put pressure on employers in collective labor disputes. The right to strike is one of the fundamental rights and freedoms included in the Constitution. However, in some cases, exercising the right to strike may cause serious harm to the interests of society. In this study, the institution of strike postponement, which is an intervention of the administration on the right to strike, is discussed. If a legal strike is disruptive to general health and national security, the administration may decide to postpone the strike. Although this decision is called a postponement, it actually constitutes a strike ban. In this study, the functioning and results of the strike postponement institution in our country in legislation and practice are examined.

Keywords: Strike, Right to Strike, Legal Strike, Strike Ban, General Health, National Security

* Öğr. Gör., Aydın PMYO, gorkemselim@gmail.com, ORCID: 0009-0007-9800-8113, Makalenin Gönderim Tarihi: 28.08.2024, Kabul Tarihi: 22.10.2024

GİRİŞ

Bir iş mücadelesi aracı olan grev hakkı, sendika hakkının ayrılmaz parçasıdır. Bu sebeple Anayasa tarafından sosyal ve ekonomik bir hak olarak güvence altına alınmıştır. Grevin amacı toplu iş uyuşmazlığı esnasında işvereni baskı altına almak olsa da bazı durumlarda grev sebebiyle toplumun uğradığı zarar, işçilerin sağladığı menfaatin yanında ölçsüz kalır. Bu durum grev yasakları ve grev ertelemesi kurumlarının doğmasına sebep olmuştur. İdarenin grev hakkına bir müdahale aracı olan grev ertelemesi, temelini Anayasa'dan alan ve uzun süredir hukukumuzda olan bir kurumdur.

6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu uyarınca karar verilmiş veya başlanmış olan kanuni bir grev veya lokavt, genel sağlığı veya millî güvenliği bozucu nitelikte ise Cumhurbaşkanı bu uyuşmazlıkta grev ve lokavtı altmış gün süre ile erteleyebilir. Grev ertelemesi, grev yasaklarından farklı olarak her türlü iş ve iş yerinde uygulanabilir.

Bu çalışmamızda öncelikle grev kavramı, kanuni grev- kanun dışı grev ayırımı ve koşulları ele alınacaktır. Ardından grev ertelemesi kararının verilme sebepleri, hukuki niteliği ve koşulları incelenecektir. Son olarak grev ertelemesi kararının ardından işleyecek prosedür ve bu idari işleme karşı başvurulabilecek hukuki çarelere değinilecektir.

I. GREV

A. Kavram

Grev 19. yüzyılda dünyanın hemen hemen her yerinde yasaklanmış bir faaliyet iken 20. yüzyılda uzun mücadeleler sonucunda bir hak ve özgürlük olarak kabul edilmiştir.¹ Günümüzde grev hakkı sendika hakkı ile bir bütündür ve grev hakkı olmaksızın gerçek anlamda bir müzakere sürecinden bahsedilemez.²

¹ Muhammed Seyyid Yelek, "Türkiye'de Grev Hakkını Düzenleyen Kuralların ILO Normları ile Uyumunu", *Sosyal ve Beşerî Bilimler Araştırmaları Dergisi*, Muğla 2023, C. 24, S. 53, s. 89.

² Seracettin Göktaş/Gökhan Yılmaz, 6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu Şerhi, Seçkin Yayınları, Ankara 2024, s. 1012-1013.

İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'nin (İHAS) 11. maddesi sendika hakkını düzenlemiş olsa da doğrudan grev hakkını düzenlememiştir. İHAS sendikalara yalnızca üyelerinin çıkarlarını korumaları için 11. maddeye aykırı düşmeyecek koşullarda çalışma imkânı verilmesini güvence altına almıştır. İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi (İHAM) önceleri grev hakkının İHAS m. 11 kapsamında olmadığını ifade etmekteydi.³ Ancak bu görüşünü Demir-Baykara/Türkiye Davasında değiştirmiştir.⁴ Bu davada Mahkeme, işçilerin hak ve menfaatlerini koruyabilmeleri için sendika kurma ve toplu iş sözleşmesi yapma hakkına sahip oluklarını ve insan haklarının korunması bakımından gerekli standardın yakalanabilmesi için İHAS'ın günün koşullarına ve uluslararası hukuktaki tüm gelişmelere uygun olarak yorumlanması gerektiğini belirtmiştir.⁵

Türkiye'de grev, işçilere tanınan sosyal ve ekonomik bir anayasal haktır. Anayasa m. 54/1 hükmü toplu iş sözleşmesinin yapılması sırasında uyuşmazlık çıkması hâlinde işçilerin grev hakkına sahip olduklarını ifade etmiştir.⁶ Ancak grevi tanımlamamıştır. Grevin tanımı 6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu'nda⁷ (6356 sayılı Kanun) yapılmıştır. Grev, işçilerin topluca çalışmamak suretiyle işyerinde faaliyeti durdurmak veya işin niteliğine göre önemli ölçüde akşam etmek amacıyla aralarında anlaşarak veya bir kuruluşun aynı amaçla topluca çalışmamaları için verdiği karara uyarak iş bırakmalarıdır (6356 sayılı Kanun m. 58/1).

³ Schmidt ve Dahlström v. İsveç Kararı, 06.02.1976 T, Başvuru no: 5589/72 (<https://hudoc.echr.coe.int/eng>; e. t.: 12.05.2024)

⁴ Berna Öztürk, "Karşılaştırmalı Hukuk ve Türk Hukukunda Grev (Toplu Eylem) Hakkının Değerlendirilmesi: Üç Farklı Yargıtay Kararı Işığında Toplu Eylem Hakkı", *Çalışma ve Toplum Dergisi*, İstanbul 2016, C. 4, S. 51, s. 1805.

⁵ İHAM, Demir ve Baykara v. Türkiye Davası, 12.11.2008 T, Başvuru no: 34503/97. (Öztürk, s. 1805).

⁶ Doktrinde grev hakkının Anayasa'da detaylı olarak düzenlenmesinin hakkın yasa koyucu tarafından farklı ve daha özgürlükçü şekilde düzenlenmesinin engellenmesine yol açtığı ifade edilmiştir (Ayrıntılı açıklama için bkz. Burcu Ezer, *Grev Hakkına İlişkin Sınırlama ve Yasaklar*, Seçkin Yayınları, Ankara 2016, s. 149-150).

⁷ RG. 7.11.2012, S. 28460.

Grevin amacı işverene baskı yaparak toplu iş sözleşmesi akdedilmesini sağlamaktır.⁸ Grev hakkı ile örgütlenme hakkı ve toplu pazarlık hakları birbirlerini tamamlayan haklar olduğundan biri eksik olduğunda diğerleri anlamsız kalacaktır; grev hakkının olmadığı bir durumda toplu sözleşme hakkının da işçiler açısından pratikte bir etkisi olmayacaktır.⁹

B. Unsurları

1. Katılanların İşçi Olması

Grevden söz edebilmek için işi “işçilerin” bırakması gerekir. Bu sebeple hukuken işçi sayılmayan çırak ve stajyerlerin işi bırakması veya serbest meslek erbabının iş yerlerini açmaması grev sayılmaz.¹⁰

2. Çalışılması Gereken Bir İşin Bırakılması

İşin bırakılması, normal şartlarda hizmet borcunun ihlali anlamına gelse de grev sebebiyle işin bırakılması hukuken himaye edilir.¹¹ İşçilerin ara dinlenmeleri, tatil ve mazeret sebebiyle çalışmamaları veya rızalarına bağlı olan fazla çalışmadan kaçınmaları grev olarak değerlendirilmez.¹² İşin yavaşlatılması da grev sayılmaz.¹³ Ancak iş yerindeki faaliyetin önemli ölçüde aksatılması grev olarak nitelendirilir.¹⁴

⁸ Ahmet Nizamettin Aktay/Olgu Özdemir Ertürk, *Toplu İş Hukuku*, Seçkin Yayınları, İstanbul 2022, s. 268- 269; Suheyl Rebi Kurt, “Grev ve Lokavt Yasakları”, *Ankara Barosu Dergisi*, Ankara 2023, C. 81, S. 1, s. 5; Okan Yıldırım, *Türkiye’de Grev Ertelemeleri ve Türk Endüstri İlişkilerine Etkileri*, Legal Yayınları, İstanbul 2020, s. 69.

⁹ Yelek, s. 89.

¹⁰ Ömer Ekmekçi, *Toplu İş Hukuku*, On İki Levha Yayınları, İstanbul 2023, s. 542-543; Melda Sur, *İş Hukuku Toplu İlişkiler*, Turhan Yayınları, Ankara 2022, s. 443; Göktaş/Yılmaz, s. 1014; Nurşen Caniklioğlu, “6356 sayılı Kanuna Göre Grev Yasakları ve Grevin Ertelemesi”, *Çalışma ve Toplum Dergisi*, İstanbul 2013, C. 4, S. 39, s. 292-293; Kurt, s. 8; İlke Gürsel, “İdari Kararla Greve Müdahale”, *Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi*, İzmir 2016, C. 18, S. 4, s. 619.

¹¹ Sur, s. 440.

¹² Ekmekçi, s. 543; Kurt, s. 9; benzer görüş Göktaş/Yılmaz, s. 1014.

¹³ Ekmekçi, s. 543; Sur, s. 443; Aktay/Özdemir Ertürk, s. 270; Mehmet Mert Özkoç, *Türkiye’de Grev Ertelemeleri*, Türk Metal Sendikası Araştırma ve Eğitim Merkezi Yayınları, Ankara 2020, s. 11.

¹⁴ Göktaş/Yılmaz, s. 1014.

Grev niteliği itibariyle toplu davranış olsa da işyerindeki işçilerin tamamının veya belli bir oranının işlerini bırakma zorunluluğu yoktur.¹⁵ Usulünce uygulanan bir greve tek bir işçinin katılması da temelde kolektif olduğundan grev teşkil eder.¹⁶

3. Faaliyetin Durdurulması veya Önemli Ölçüde Aksatılması Amacı

İş bırakmadaki amacın topluca çalışmamak suretiyle iş yerindeki faaliyetin durdurulması veya niteliğine göre önemli ölçüde aksatılması olması gerekir.¹⁷ İş bırakmanın sınırlı veya kısa süreli olması eylemin grev olma niteliğini etkilemez, önemli olan işçilerin Kanun'daki tanıma uygun olarak işi bırakmalarıdır. Ancak iş bırakma çok kısa olmamalıdır.¹⁸ İş yerinden kalıcı olarak ayrılmak ise grev değil, iş sözleşmesinin feshi anlamına gelir.¹⁹ İşçiler grev yaparken eylemden sonra işbaşı yapma amacı taşınmalıdır.²⁰

Çalışmadan iş yerinde kalmak, örneğin "oturma grevi" yapmak kanuni grev kabul edilmemektedir.²¹ Hayati ve acil bir durum sebebiyle iş bırakmalar, örneğin yer sarsıntısı veya patlama sebebiyle işin bırakılması grev sayılmaz.²²

4. İşçilerin Anlaşarak veya Bir Kuruluşun Karar Vermesi

İşçilerin iş bırakma kararını aralarında anlaşarak veya bir kuruluşun aynı amaçla topluca çalışmamaları için verdiği karara uyarak vermiş olmaları gerekir.²³ Bahsedilen kuruluşun mutlaka bir sendika veya konfederasyon olması gerekmeyip bir derneğin veya siyasi partinin aynı amaçla verdiği karara uyulması da grev anlamına gelir.²⁴

¹⁵ Caniklioğlu, s. 293; Kurt, s. 9.

¹⁶ Sur, s. 448.

¹⁷ Ekmekçi, 543-544; Özkoç, s. 11; Gürsel, s. 621.

¹⁸ Caniklioğlu, s.293.

¹⁹ Kurt, s. 9-10.

²⁰ Gökteş/Yılmaz, s. 1012.

²¹ Caniklioğlu, s. 293; Kurt, s. 9.

²² Ekmekçi, s. 543-544; Gökteş/Yılmaz, s. 1014.

²³ Ekmekçi, s. 544; Sur, s. 448; Gökteş/Yılmaz, s. 1015; Kurt, s. 8; Özkoç, s. 11; Gürsel, s. 620.

²⁴ Ekmekçi, s. 544.

C. Kanuni Grev

1. Tanım

Kanuni grevin tanımı 6356 sayılı Kanun'da verilmiştir. 6356 sayılı Kanun m. 58/2 uyarınca kanuni grev, toplu iş sözleşmesi yapılması sırasında uyuşmazlık çıkması hâlinde, işçilerin ekonomik ve sosyal durumları ile çalışma şartlarını korumak veya geliştirmek amacıyla Kanun hükümlerine uygun olarak yapılan grevdir.

Kanuni grev için aranan şartlar gerçekleşmeden yapılan greve ise kanun dışı grev denir (6356 sayılı Kanun m. 58/3). Kanun'un grevi tanımladıktan hemen sonra kanuni grevi ve kanun dışı grevi de tanımlaması doktrinde, grevin yoruma kapalı tutulduğu ve mücadele aracı niteliğini daralttığı yönünde eleştirilmiştir.²⁵

2. Şartları

Kanuni grevden bahsedebilmek için aşağıdaki şartların hepsinin var olması gerekir.

a. Toplu İş Uyuşmazlığı Olmalı

Taraflar hukuka uygun bir toplu iş süreci yaşamış olmalı ve bu süreç sonucunda bir toplu iş uyuşmazlığı doğmuş olmalıdır.²⁶ Bireysel uyuşmazlıklar²⁷ ve toplu iş sözleşmesi imzalandıktan sonra ortaya çıkan toplu uyuşmazlıklar için de greve gidilemez.²⁸

²⁵ Ayrıntılı açıklamalar için bkz. Alpay Hekimler, "Türkiye'de Toplu İş Sistemi", Karşılaştırmalı Bir Perspektif ile Avrupa Birliği Üyesi Ülkelerde ve Türkiye'de Toplu Sözleşme Sistemleri, Ed. Alpay Hekimler, Legal Yayınları, İstanbul 2013, s. 375-376.

²⁶ Aktay/Özdemir Ertürk, s. 270; Ekmekçi, s. 547; Caniklioğlu, s. 293; Göktaş/Yılmaz, s. 1015; Hasan Ejder Temiz/ Ömer Ünal, "Türkiye'de Grev Hakkı ve Grev Ertelemeleri", *Mersin Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi*, Mersin 2020, C. S. 1, s. 49; Kurt, s. 4; Yıldırım, s. 61; Özkoç, s. 35; benzer açıklama Ezer, s. 153; mukayeseli hukukta da bu şart geçerlidir, bkz. Helena Barancova, "Slovakya'da Toplu Sözleşme Sistemi", Karşılaştırmalı Bir Perspektif ile Avrupa Birliği Üyesi Ülkelerde ve Türkiye'de Toplu Sözleşme Sistemleri, Ed. Alpay Hekimler, Legal Yayınları, İstanbul 2013, s. 316.

²⁷ Aktay/Özdemir Ertürk, s. 270; Caniklioğlu, s. 292.

²⁸ Kurt, s. 4.

Türk hukukunda grev ancak menfaat uyuşmazlığı hâlinde başvurulabilecek bir mücadele aracıdır; Türkiye’de mevcut bir hakkın ihlali sebebiyle grev yapılması, bir diğer deyişle hak grevi yasaktır.²⁹ Hak uyuşmazlığı halinde ancak 6356 sayılı Kanun m. 53 hükmünde³⁰ belirtilen yollara başvurulabilir. Greve sadece menfaat uyuşmazlığı halinde gidilebilmesi şartı, Uluslararası Çalışma Örgütü (ILO) denetim organlarının “grevin yalnızca toplu iş sözleşmesinin imzalanmasıyla çözülmesi beklenen muhtemel iş uyuşmazlıklarıyla sınırlı tutulmaması gerektiği” yönündeki görüşüne aykırıdır.³¹ Söz konusu kanun hükmünün “grev hakkına yönelik demokratik toplum düzenine aykırı, ölçüsüz, aşırı ve hakkın özünü zedeleyen bir sınırlama getirildiği, bu durumun Anayasa’ya ve tarafı olduğumuz uluslararası sözleşmelere aykırı olduğu” iddiasıyla Anayasa Mahkemesi’ne (AYM) başvurulsa da AYM, Anayasa’ya uygun olduğuna hükmetmiştir.³²

b. Grev Yasağı Bulunmamalı

Grev hakkı sendika hakkının vazgeçilmez bir unsuru olsa da sınırsız değildir.³³ Bazı durumlarda grev sadece işverenlerin ekonomik çıkarlarına değil, üçüncü kişilerin güvenlik ve sağlık gibi korunması gereken menfaatlerine veya kamu yararına ağır zarar verebilir. İşte bu durumlarda grevin yasaklanması gündeme gelir. Fakat grev yasağının olduğu işler ya da işyerleri belirlenirken grev hakkının yasaklanmasını meşru kılacak daha üstün bir sebebin bulunması gerekir.³⁴

²⁹ Aktay/Özdemir Ertürk, s. 270; Ekmekçi, s. 547; Caniklioğlu, s. 293; Temiz/Ünal, s. 49; Melda Sur, “6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanununun Uluslararası Normlar Açısından Değerlendirilmesi”, *Çalışma ve Toplum Dergisi*, İstanbul 2013, C. 4, S. 39, s. 346; Hekimler, s. 374; Özkoç, s. 35-36.

³⁰ 6356 sayılı Kanun m. 53 (Yorum davası ve eda davasında faiz): (1) Uygulanmakta olan bir toplu iş sözleşmesinin yorumundan doğan uyuşmazlıklarda sözleşmenin taraflarınca dava açılabilir. Mahkeme en geç iki ay içinde karar verir. Karar hakkında istinaf yoluna başvurulması hâlinde bölge adliye mahkemesi, uyuşmazlığı iki ay içinde kesin olarak karara bağlar.

(2) Toplu iş sözleşmesine dayanan eda davalarında, temerrüt tarihinden itibaren işletme kredilerine uygulanan en yüksek faiz oranı uygulanır.

³¹ Yelek, s. 96; Caniklioğlu, s. 298-299; Ezer, s. 154; Hekimler, s. 376; Özkoç, s. 35.

³² AYM, 2013/1 E, 2014/161 K, 22.10.2014 T. (anayasa.gov.tr, e.t.: 27.04.2024).

³³ Göktaş/Yılmaz, s. 1087; Caniklioğlu, s. 299; benzer açıklamalar için bkz. Kurt, s. 14 vd.

³⁴ Caniklioğlu, s. 299; benzer açıklamalar için bkz. Kurt, s. 14 vd.

Greve yasakları, greve hakkına yasama erkinin bir müdahalesidir.³⁵ 6356 sayılı Kanun ile hangi durumlarda ve iş kollarında greve gidilemeyeceği sayılmıştır. Greve yasakları kamu düzeni ile ilgili³⁶ ve sınırlı sayıda olduğundan kıyas yoluyla, mahkeme kararıyla veya taraflar arasındaki bir anlaşma ile genişletilemez.³⁷

6356 sayılı Kanun m. 62: “*Can ve mal kurtarma işlerinde; cenaze işlerinde ve mezarlıklarda, şehir şebeke suyu, elektrik, doğal gaz, petrol üretimi, tasfiyesi ve dağıtımı ile nafta veya doğalgazdan başlayan petrokimya işlerinde; Millî Savunma Bakanlığı ile Jandarma Genel Komutanlığı ve Sahil Güvenlik Komutanlığınca doğrudan işletilen işyerlerinde; kamu kuruluşlarınca yürütülen itfaiye ve hastanelerde greve ve lokavt yapılamaz.*

Cumhurbaşkanı, genel hayati önemli ölçüde etkileyen doğa olaylarının gerçekleştiği yerlerde bu durumun devamı süresince yürürlükte kalmak kaydıyla gerekli gördüğü işyerlerinde greve ve lokavtı yasaklayabilir. Yasağın kalkmasından itibaren altmış gün içinde altı iş günü önce karşı tarafa bildirmek kaydıyla greve ve lokavt uygulamasına devam edilir.

Başladığı yolculuğu yurt içindeki varış yerlerinde bitirmemiş deniz, hava, demir ve kara ulaştırma araçlarında greve ve lokavt yapılamaz”.

Her ne kadar “bankacılık hizmetleri” ve “şehir içi toplu taşıma hizmetleri” de zamanında greve yasağı kapsamında olsa da AYM’nin 22.10.2014 tarihli ve 2013/1 E, 2014/161 K. kararıyla³⁸ kaldırılmıştır.

6356 sayılı Kanun’daki yasaklarının yanında Sermaye Piyasası Kanunu’nun³⁹ 137/2 hükmü uyarınca; kurulan ve faaliyet gösteren borsalar ve teşkilatlanmış diğer pazar yerleri, merkezi takas kuruluşları, merkezî saklama kuruluşları ile Merkezi Kayıt Kuruluşu tarafında yürütülen hizmetlerde greve ve lokavt yapılamaz.

Ne var ki Türkiye’deki greve yasakları, ILO’nun standartları ile uyumsuzdur.⁴⁰ Greve hakkının kısıtlanması konusunda ILO Sen-

³⁵ Yıldırım, s. 34.

³⁶ Aktay/Özdemir Ertürk, s. 271.

³⁷ Kurt, s. 15; Gökteş/Yılmaz, s. 1088.

³⁸ RG. 11.11.2015, S. 29529.

³⁹ RG. 30.12.2012, S. 28513.

⁴⁰ Aktay/Özdemir Ertürk, s. 270-271; Sur, s. 460; Temiz/Ünal, s. 62; Yelek, s. 100; Ezer, s. 160; Cem Dişbudak/Serpil Bozkulak, “İktisat ve Hukuk İlişkisi Çerçeve-

dika Özgürlüğü Komitesi grev hakkının zorunlu hizmetler kapsamındaki işyerleri veya işkollarında sınırlanabileceğini kabul etmekte ve bu bağlamda hastane hizmetleri, elektrik hizmetleri, su temin hizmetleri, telefon hizmetleri, polis ve silahlı kuvvetler, itfaiye hizmetleri, okul çağındaki çocuklara yemek temini ve okulların temizliği, hava trafik kontrol hizmetleri zorunlu hizmetler kapsamında değerlendirmektedir. ILO konferanslarında, Türkiye’de kapsamı son derece geniş olan grev yasakları ve âdeta fiili yasak hâlini alan grev erteleme uygulamaları sıkça eleştiri konusu olmaktadır; nitekim 6356 sayılı Kanun m. 62’de ILO’nun zorunlu hizmetler kapsamına aldığı iş kolları veya işyerlerinin tamamına yakını grev yasakları bölümünde yer almaktadır.⁴¹

c. Mesleki Amaç

Kanuni grevden bahsedebilmek için grevin işçilerin ekonomik ve sosyal durumları ile çalışma şartlarını koruma ve düzeltme amacı taşıması gerekir.⁴² İşçilerin kanundan doğan haklarını kullanmak suretiyle, örneğin İş K. m. 34. uyarınca ücretlerinin zamanında ödenmemesi sebebiyle, çalışmaktan kaçınmaları mesleki amaç unsuru bulunmadığından grev olarak nitelendirilemez.⁴³

Siyasi amaçlı grevler ve dayanışma grevleri kanuni grev sayılmaz. Siyasi amaçlı grevler, dayanışma grevleri⁴⁴ ile genel grev, işyeri işgali, işi yavaşlatma gibi durumlar kanun dışı grev olup himaye edilmez.⁴⁵ Fransız hukukunda da siyasi amaçlı grevler himaye edilmez fakat

sinde Grev Hakkı ve Engellemelerinin Değerlendirilmesi”, *Hukuk ve İktisat Araştırmaları Dergisi*, 2023, C. 15, S. 1, s. 118; Kurt, s. 18; Hekimler, s. 376.

⁴¹ Temiz/Ünal, s. 62.

⁴² Ekmekçi, s. 547; Aktay/Özdemir Ertürk, s. 272; Sur, s. 450; Caniklioğlu, s. 291; Otto Kaufman, “Fransa’da Toplu Sözleşme Sistemi”, *Karşılaştırmalı Bir Perspektif İle Avrupa Birliği Üyesi Ülkelerde ve Türkiye’de Toplu Sözleşme Sistemleri*, Ed. Alpay Hekimler, Legal Yayınları, İstanbul 2013, s. 194; Yelek, s. 96; Kurt, s. 6; Yıldırım, s. 61; Hekimler, s. 374-375; Özkoç, s. 26; benzer bir şart Yunanistan’da da mevcuttur, bkz. Nicos Gavalas, “Yunanistan’da Toplu Sözleşme Sistemi”, *Karşılaştırmalı Bir Perspektif İle Avrupa Birliği Üyesi Ülkelerde ve Türkiye’de Toplu Sözleşme Sistemleri*, Ed. Alpay Hekimler, Legal Yayınları, İstanbul 2013, s. 404.

⁴³ Caniklioğlu, s. 292.

⁴⁴ Aktay/Özdemir Ertürk, s. 272; Sur, s. 551-453; Caniklioğlu, s. 291; Ezer, s. 155; Özkoç, s. 26.

⁴⁵ Aktay/Özdemir Ertürk, s. 270; Ekmekçi, s. 550; Yelek, s. 96; Kurt, s. 6. Aksi görüşler için bkz. Caniklioğlu, s. 298; Sur, Uluslararası Normlar, s. 346-347.

Fransa'da eğer dayanışma grevlerindeki amaç başkalarına destek vermek suretiyle işçilerin kendi çıkarlarını korumaksa yapılan eylem yasal bir iş mücadelesi aracı olarak kabul edilmektedir.⁴⁶ Fransa'da aynı durum işletme düzeyi üzerinde gerçekleştirilen dayanışma grevleri için de söz konusudur; örneğin bu durum "işsizliğe karşı genel grev", "daha yüksek ücretler" veya "sendikal hakların genişletilmesine yönelik eylemler" kapsamında ortaya çıkabilmektedir.⁴⁷ Slovakya'da dayanışma grevlerinin hukuka uygun sayılabilmesi için dayanışma grevi çağrısında bulunanların uyuşmazlığın çözümlenmesine gerçekten etki edebilecek nitelikte olmaları gerekir.⁴⁸ Yunanistan'da ise siyasi grevler himaye edilmese de dayanışma grevleri çoğunlukla himaye edilir.⁴⁹

ILO Örgütlenme Özgürlüğü Komitesi de bir grevin amacının işçilerin sosyoekonomik ve mesleki çıkarlarını ilerletme ve savunma olması gerektiğini ifade etmiştir, fakat grev hakkının yalnızca toplu iş uyuşmazlıklarıyla sınırlı tutulmaması gerektiğini; işçilerin ve sendikalarının, üyelerinin çıkarlarını etkileyen ekonomik ve sosyal konulardaki memnuniyetsizliklerini gerekirse daha geniş bir bağlamda ifade edebilmeleri gerektiğini belirtmektedir.⁵⁰

d. Barışçıl Yolların Denenmiş Olması

Kanuni grev için öncelikle barışçıl uzlaşma yolları denenmelidir.⁵¹ Taraflar altmış günlük müzakere süreci sonunda anlaşılamazsa arabuluculuk devreye girecek, uyuşmazlığın yine çözülememesi durumunda grev kararı alınabilecektir.⁵² Grev kararı görevli makamın resmi arabulucu tutanağının tebliğinden itibaren altmış gün içinde alınabilir (6356 sayılı Kanun m. 60/1).

e. Yetkili Sendika Tarafından Karar Alınması

Hukukumuzda "taraf sendika ilkesi" geçerlidir, bu ilkeye göre kanuni bir grev ancak bir işçi sendikası tarafından alınan bir karar uyarınca yapılabilir ve bu sendikanın o işyerinde toplu iş sözleşmesi

⁴⁶ Kaufmann, s. 194.

⁴⁷ Kaufmann, s. 194.

⁴⁸ Barancova, s. 317.

⁴⁹ Gavalas, s. 404.

⁵⁰ Caniklioğlu, s. 294; Yelek, s. 94.

⁵¹ Caniklioğlu, s. 294; Aktay/Özdemir Ertürk, s. 272; Kurt, s. 10; Yıldırım, s. 61; Özkoç, s. 36-37; mukayeseli hukukta da aynı şart aranır,

⁵² Aktay/Özdemir Ertürk, s. 272.

yapma yetkisi almış olması gerekir.⁵³ Bu durum, toplu görüşmede işçi tarafının ancak bir işçi sendikası olabileceği esası ile de uyumludur.⁵⁴

f. Yasal Usulün Yerine Getirilmesi

Kanuni grev için Kanun'da belirtilen prosedürün izlenmesi zorunludur. Eksiklik ve sakatlık grevin kanun dışı olmasına sebep olur.

Grev kararı sendikanın yetki belgesi kapsamındaki işyerleri için alınabilir; eğer işletme toplu iş sözleşmesine ilişkin uyumsuzluk varsa grev kararı tüm iş yerlerini kapsamalıdır.⁵⁵ Grev kararının alınması özel bir usule tabi olmadığından sendika kendi iç işleyişine göre grev kararı alabilir.⁵⁶ Sendika tüzüğünde grev kararını hangi organın alacağına ilişkin bir düzenleme yoksa yönetim kurulu karar alabilir.⁵⁷

Sendika grevin yapılacağı işyerinde grev kararını ilan eder (6356 sayılı Kanun m. 60/3). Grev kararını karşı tarafa bildirmek zorunda olmayıp ilan etmesi yeterlidir.⁵⁸ Grev kararlarının uygulanacağı tarih, sendika tarafından karşı tarafa tebliğ edilmek üzere notere ve bir örneği de görevli makama tevdi edilir. Sendika grevin uygulama tarihini ayrıca işyeri veya işyerlerinde derhâl ilan eder (6356 sayılı Kanun m. 60/5). İşletme toplu iş sözleşmesi kapsamındaki iş yerlerinde grevin uygulanma tarihi tüm işletmede aynı tarihte olmalıdır.⁵⁹

Grevin ilan tarihinden itibaren altı iş günü içinde, grev ilan edildiği tarihte o işyerinde çalışan işçilerin en az dörtte birinin işyerinin bağlı bulunduğu görevli makama yazılı başvurusu üzerine, görevli makamca talebin yapılmasından başlayarak altı iş günü içinde grev oylaması yapılmalıdır (6456 sayılı Kanun m. 61/1). Oylama talep edebilecek işçilerin sendika üyesi olmaları veya tam süreli çalışıyor olmaları da şart değildir.⁶⁰ Grev oylamasında oylamaya katılan işçilerin salt çoğunluğu esas alınır.⁶¹

⁵³ Caniklioğlu, s. 292; Kurt, s. 8; Aktay/Özdemir Ertürk, s. 272; Kurt, s. 8; Yıldırım, s. 61; Özkoç, s. 37; benzer bir şart Yunanistan'da da mevcuttur, bkz. Gavalas, s. 404.

⁵⁴ Caniklioğlu, s. 292.

⁵⁵ Ekmekçi, s. 551.

⁵⁶ Ekmekçi, s. 551; Özkoç, s. 37.

⁵⁷ Özkoç, s. 37.

⁵⁸ Ekmekçi, s. 551.

⁵⁹ Ekmekçi, s. 552.

⁶⁰ Aktay/Özdemir Ertürk, s. 275.

⁶¹ Aktay/Özdemir Ertürk, s. 274.

II. GREV ERTELEME KARARI

A. Genel Olarak

Grev hakkı, zarar verici bir haktır.⁶² Genelde bir hakkın sınırının başkalarına zarar vermeme ile çizilmiş olmasına rağmen grevde amaç bir başkasına zarar vermektir.⁶³ Ancak grev hakkının kullanılması bazı durumlarda işçilere yarar sağlarken kamuya ciddi ölçüde zarar verebilir. Grev hakkı endüstri ilişkilerinin önemli bir parçası olsa da bazı istisnai durumlarda temel hizmetlerden sayılmayan ve herhangi bir yasağa tabi olmayan bir greve müdahale edilebilir.⁶⁴

Grev ertelenmesinin ardında yatan olgular, devlet ve kamu güvenliğinin, kamu düzeninin, halk sağlığının, genel ahlakın ve grevle ilişkisi olmayanların haklarının korunmasıdır.⁶⁵ Grevin sayılan olgulara zarar verme ihtimali doğduğunda o grev ertelenmekte ve kamu menfaati ile grev hakkı arasında bir denge sağlanmaktadır.⁶⁶

Grev yasakları, sınırlı sayı ilkesi uyarınca sadece Kanun'da öngörülen yer ve işlerde söz konusu olabilirken grev ertelenmesi böyle bir sınırlama olmaksızın her türlü iş ve işyerlerinde uygulanabilir. Bu nedenle buradaki dengenin çok hassas bir şekilde kurulması zorunludur.⁶⁷ Grev ertelenmesi yoluna çok sık gidilmemesi, kararın gerekçelerle açıklanması ve yalnızca çok ciddi hâllerde verilmesi gerekir.⁶⁸ Ancak Türkiye'ye yönelik 2015 tarihli Avrupa Birliği İlerleme Raporu'nda temel nitelik taşımayan grevlerin ertelenmesinin grev hakkına yönelik haksız müdahale olduğu belirtilmiştir.⁶⁹ Doktrinde grev ertelenmesi kurumunun grev hakkının kullanılması anlamında 1963 yılındaki doğuşundan bu yana olumlu yönde en az değişime uğrayan kurum olduğu ifade edilmiştir.⁷⁰ Uzmanlar Komisyonu'nun 87 ve 98 sayılı raporlarında da Anayasa'da ve ilgili kanunlarda yer alan grev ertelenmesi düzenlemeleri eleştirilmiştir.⁷¹

⁶² Aktay/Özdemir Ertürk, s. 275; Gökteş/Yılmaz, s. 1012; Yıldırım, s. 9; Özkoç, s. 43.

⁶³ Gökteş/Yılmaz, s. 1012; Yıldırım, s. 9.

⁶⁴ Temiz/Ünal, s. 49; Yelek, s. 100-101; Caniklioğlu, s. 299; Yıldırım, s. 27.

⁶⁵ Yelek, s. 101; Caniklioğlu, s. 307; Özkoç, s. 44.

⁶⁶ Yelek, s. 101; Gökteş/Yılmaz, s. 1087; Caniklioğlu, s. 307; Özkoç, s. 44.

⁶⁷ Caniklioğlu, s. 307; Özkoç, s. 44.

⁶⁸ Sur, s. 473.

⁶⁹ Yıldırım, s. 67; benzer ifade Ezer, s. 158.

⁷⁰ Özkoç, s. 50.

⁷¹ Ezer, s. 158.

Anayasa, grev ve lokavtın ertelenebileceği hâllerin ve işyerlerinin kanunla düzenleneceğini ifade etmiştir (Anayasa m. 54/4). Bu sebeple 6356 sayılı Kanun ile idareye belli durumlarda kanuni grevi ve lokavtı erteleyebilme yetkisi tanımıştır. 6356 sayılı Kanun grev ertelemesini mülga olan 2822 sayılı Toplu İş Sözleşmesi Grev ve Lokavt Kanunu⁷² (2822 sayılı Kanun) ile benzer şekilde düzenlenmiştir.⁷³ Şöyle ki, karar verilmiş veya başlanmış olan kanuni bir grev veya lokavt, genel sağlığı veya millî güvenliği, bozucu nitelikte ise Cumhurbaşkanı bu uyumsuzlukta grev ve lokavtı almış gün süre ile erteleyebilir (6356 sayılı Kanun m. 63/1).

Görüldüğü üzere Kanun bu yetkiyi almış günlük süre ile sınırlandırmıştır. Süre erteleme kararının Resmî Gazete’de yayım tarihinden itibaren başlar (6356 sayılı Kanun m. 63/1). Erteleme süresi almış günden az veya çok olamaz.⁷⁴ Fakat Cumhurbaşkanı bu süre dolmadan grev erteleme kararını kaldırabilir.⁷⁵

B. Hukuki Niteliği

Grevin ertelenmesi, grev hakkına idare tarafından yapılan bir müdahaledir.⁷⁶ Hatta idarenin grev hakkına en yaygın müdahalesidir.⁷⁷ Grevi erteleme yetkisi cumhurbaşkanına aittir ve idari bir karardır.⁷⁸ Bu yetki münhasır bir yetki olduğundan Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı’nca veya diğer bakanlıklarca tek başına kullanılması mümkün değildir.⁷⁹ ILO Sendika Özgürlüğü Komitesi’nin “grev ertelemesine hükümetin değil, ilgili tüm tarafların güvenini kazanmış olan ve bağımsız bir organın karar vermesi gerektiğini” belirtmesine karşın erteleme yetkisi yine yürütmeye verilmiştir.⁸⁰ Katıldığımız görüş ABD’de olduğu gibi grev erteleme kararının başvuru üzerine mahkemeler ta-

⁷² RG. 07.05.1983, S. 18040.

⁷³ Gürsel, s. 625.

⁷⁴ Ekmekçi, s. 578; Caniklioğlu, s. 312.

⁷⁵ Sur, s. 476.

⁷⁶ Yıldırım, s. 35; Ezer, s. 56.

⁷⁷ Ezer, s. 57.

⁷⁸ Aktay/Özdemir Ertürk, s. 276.

⁷⁹ Caniklioğlu, s. 308.

⁸⁰ Caniklioğlu, s. 308; Sur, Uluslararası Normlar, s. 350; Yıldırım, s. 64.

rafından verilmesi gerektiğini yönündedir.⁸¹ ABD’de bu sistem, hazırlanan bir komisyon raporunun başsavcıya tevdi ve başsavcının başvurusu üzerine mahkemenin vereceği karar üzerine kuruludur.⁸² Aksi görüş ise bu yöntemin yavaş işleyebilmesi sebebiyle acil durumlarda uygulanamayacağını ifade etmiştir. Ancak her halükârda erteleme kurumuna sık başvurulmaması, kararın ayrıntılı gerekçelerle açıklanması ve yalnızca gerekli hallerde ertelemenin uygulanması gerekir⁸³.

Grevin ertelenmesi münferit olarak belirli bir grev için uygulanabilecek olup genel olarak bir iş kolunu veya bir ili kapsayacak şekilde karar verilemez.⁸⁴ İşletme toplu iş sözleşmesine ilişkin uyuşmazlıklar saklıdır.⁸⁵ Eğer somut olayda grev ile beraber lokavt da mevcutsa erteleme kararı hem grev hem de lokavt için alınmalıdır.⁸⁶

Grevin ertelenmesi aslında ertelenme adı arkasına gizlenmiş bir grev/lokavt yasağıdır.⁸⁷ Çünkü erteleme süresi sonunda taraflar anlaşamazsa grev kaldığı yerden devam etmez ya Yüksek Hakem Kurulu’na gidilir ya da işçi sendikasının yetkisi düşer.⁸⁸

C. Koşulları

Grev ertelenmesi bir dengeleme aracı olsa da grev hakkına müdahale ettiği için bu yola başvuru koşullarının çok sınırlı olması gerekir, aksi takdirde grev hakkının bir anlamı kalmaz.⁸⁹

1. Başlamış veya Başlayacak Bir Kanuni Grevin Varlığı

Grevin ertelenmesi için greve başlanmış veya grev kararının alınmış olması gerekir.⁹⁰ Sadece kanuni grevler ve kanuni lokavtlar için

⁸¹ Caniklioğlu, s. 308; Ezer, s. 159.

⁸² Caniklioğlu, s. 308.

⁸³ Sur, s. 473.

⁸⁴ Ekmekçi, s. 578; Caniklioğlu, s. 308.

⁸⁵ Ekmekçi, s. 578.

⁸⁶ Ekmekçi, s. 572.

⁸⁷ Ekmekçi, s. 578; Sur, s. 476; Ezer, s. 138; Dişbudak/Bozkulak, s. 118-119; Caniklioğlu, s. 312; Kurt, s. 21; Özkoç, s. 54; Gürsel, s.640; benzer görüş Temiz/Ünal, s. 50.

⁸⁸ Ekmekçi, s. 578; Caniklioğlu, s. 312.

⁸⁹ Caniklioğlu, s. 307.

⁹⁰ Ekmekçi, s. 571; Göktaş/Yılmaz, s. 1087; Caniklioğlu, s. 308; Kurt, s. 22; Yıldırım, 61; Gürsel, s. 627.

grevin ertelenmesi uygulanabilir, çünkü kanun dışı bir şeyin ertelenmesinden söz edilemez.⁹¹

2. Belirli Sakıncaların Varlığı

Kanun hangi durumlarda grev ertelenmesi kararı verilebileceğini açıkça belirtmiştir. Yalnızca genel sağlığa veya milli güvenliğe zarar verebilecek bir durumun varlığı hâlinde grev ertelenebilir. Birkaç istisna hariç bu iki sebep 1963 yılından beri grev erteleme gerekçeleri olarak hukukumuzda uygulanmıştır. Cumhurbaşkanı bu sebeplere ayrı ayrı veya birlikte dayanabilir.⁹²

Grev hakkının uygulanması kural, ertelenmesi istisna kabul edilmelidir.⁹³ Grev ertelenmesi grevi erkenden önleyici bir müdahale aracı olmak yerine son çare olarak uygulanmalıdır.⁹⁴ Genel sağlık ve milli güvenlik gerekçelerinin zorlayıcı bir toplumsal ihtiyaca işaret etmesi ve bu zorlayıcı nedenin inandırıcı biçimde ortaya konması⁹⁵ ve ölçülülük ilkesi açısından doğru değerlendirilmesi gerekir.⁹⁶ Zaten bir temel hak olan grev hakkının sınırlandırılabilmesi için ölçülülük ilkesine riayet edilmesi zorunluluğu Anayasa m. 13 hükmünden de çıkarılabilir. Ancak genel sağlık ve milli güvenlik kavramları soyut kavramlar olduklarından ya da geniş yorumlanmaya imkân sağlayan kavramlar olduklarından bazen yanlış yorumlanarak kullanılmıştır.⁹⁷ Bu durum ILO'nun eleştirilerine konu olmuştur.⁹⁸ Doktrinde uygulamadaki grev

⁹¹ Ekmekçi, s. 571; Göktaş/Yılmaz, s. 1087-1088; Caniklioğlu, s. 308; Yıldırım, 61; Gürsel, s. 626.

⁹² Ekmekçi, s. 578; Caniklioğlu, s. 311; Gürsel, s. 629; bkz. Danıştay, 10. D, 2003/6134 E, 2006/2551 K, 12.01.2004 T. (Özkoç, s. 74).

⁹³ Yıldırım, s. 53.

⁹⁴ Ezer, s. 159.

⁹⁵ Ekmekçi, s. 573; AYM, 2014/12166 E, 02.07.2015 T. (RG, 12.08.2015, S. 29443)

⁹⁶ Kurt, s. 22; Yıldırım, s. 53; Ezer, s. 59; Gürsel, s. 628; benzer görüş Sabahattin Yürekli, "Toplu İş Uyuşmazlıklarında Yüksek Hakem Kurulu Kararları", *İstanbul Medeniyet Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, İstanbul 2020, C. 5, S. 8, s. 124.

⁹⁷ Aktay/Özdemir Ertürk, s. 276; Ekmekçi, s. 573; Yelek, s. 102; Yıldırım, s. 54; Ezer, s. 158-159; benzer görüş Dişbudak/Bozkulak, s. 124-125; Caniklioğlu, s. 310-311; Hekimler, s. 380. Bu duruma örnek olarak 2000 yılında Lastik-İş sendikasının karar aldığı Pirelli, Goodyear ve Bridgestone şirketlerindeki grevlerin milli güvenliği bozucu nitelikte bulunarak ertelenmesi örnek verilebilir (Bkz. Bakanlar Kurulu'nun 05.05.2000 tarihli ve 2000/542 sayılı Grev Erteleme Kararı).

⁹⁸ Yelek, s. 102; Gürsel, s. 630.

erteleme kararlarının sadece genel sağlık ve milli güvenlik sebepleriyle sınırlı olarak uygulanmadığı, bu kavramların varılmak istenen sonuç için bir amaç olarak kullanıldığı ileri sürülmüştür.⁹⁹

Bir grevin genel sağlık ve milli güvenliği bozucu nitelikte olduğu konusunda idarenin geniş bir takdir yetkisi mevcuttur¹⁰⁰ ve bu takdir yetkisi kamu yararına uygun kullanılmalıdır.¹⁰¹ Erteleme kararı alınırken milli güvenlik ve genel sağlık kavramları dar yorumlanmalıdır.¹⁰² Erteleme sebebi doğru takdir edilmeli ve bugüne kadar yapılmış eleştiriler dikkate alınmalıdır; sadece erteleme nedeni değil gerekçesi de açıklanmalıdır.¹⁰³ Bu konuda AYM “...grev erteleme kararında ve daha sonra da derece mahkemelerinin uyuşmazlığa ilişkin kararlarında ülke ve devletin güvenliğine ilişkin özel tedbirlerin alınmasını gerektiren ciddi tehlikelerin varlığının ve bu tehlikenin somut grevin ertelenmesi için demokratik toplumda zorlayıcı bir toplumsal ihtiyaca karşılık geldiğinin gösterilmesi gerekir. Söz konusu gereklilik sendika hakkının kullanılmasına kamu makamlarının keyfi müdahalelerine karşı bireyin menfaatlerini korumak amacının bir sonucudur” ifadelerini kullanmıştır.¹⁰⁴

Fakat pek çok grev erteleme örneğinde idare milli güvenlik ve genel sağlık çekincelerini açıklamaktan çok kararların ekonomik gerekçelerine dayanmıştır.¹⁰⁵ Türkiye’deki grev ertelemeleri çoğunlukla cam, lastik, metal işkollarındaki grevlere yönelik olmuştur.¹⁰⁶ 2014-2019 arasındaki ertelenen 11 grevin 8’i bu iş kollarında yer almaktadır.¹⁰⁷

2016 yılında bir KHK ile¹⁰⁸ “büyükşehir belediyelerinin toplu taşıma hizmetleri” ve “ekonomik ve finansal istikrarı bozabilecek nitelikte

⁹⁹ Ekmekçi, s. 573; Yıldırım, s. 64.

¹⁰⁰ Caniklioğlu, s. 311; Yıldırım, s. 53.

¹⁰¹ Caniklioğlu, s. 311.

¹⁰² Gürsel, s. 628.

¹⁰³ Yıldırım, s. 54.

¹⁰⁴ AYM, İkinci Bölüm, Başvuru no: 2015/14862, 09.05.2018 T, RG. 20.07.2018.

¹⁰⁵ Aziz Çelik, “Milli Güvenlik Gerekçeli Grev Ertelemeleri”, *Çalışma ve Toplum Dergisi*, İstanbul 2008, C. 3, S. 18, s. 118-120; Özkoç, s. 91; Gürsel, s. 629; bkz. Danıştay, 10. D, 2003/6134 E, 2006/2551 K, 12.01.2004 T. (Özkoç, s. 74); Danıştay, 10. D, 2014/3628 E, 16.07.2014 T (Legalbank, e.t. 15.05.2024)

¹⁰⁶ Temiz/Ünal, s. 63; Yıldırım, s. 174; bkz. Çelik, s. 113.

¹⁰⁷ Temiz/Ünal, s. 58.

¹⁰⁸ 31.10.2016 Tarihli ve 678 sayılı KHK m. 35.

olmak şartıyla bankacılık hizmetleri” alanlarındaki grevlerin de ertelenebileceği hükmü getirilmişti. Bu durumun bir diğer deyişle bir grevin ekonomik veya finansal istikrar gerekçesine dayanılarak ertelenmesinin bankacılık sektöründe çalışanların grev hakkının zedelenmesi anlamına geldiği, bankacılık sektöründe bulunan sendikaların toplu pazarlık gücünün zayıflamasına ve sendikaların bu süreçte etkisizleştirilmesine neden olduğu ileri sürülmüştür.¹⁰⁹ Grev hakkını ihlal eden bu değişiklik, 2019 yılında AYM tarafından¹¹⁰ iptal edilmiştir. Ancak diğer şartlar mevcutsa genel sağlık ve milli güvenlik sebebiyle bankalardaki grevler ertelenebilir; çünkü bankacılık sisteminde meydana gelecek zarar ülkenin finansal yapısı ve milli güvenliği ile de ilgilidir.¹¹¹

a. Genel Sağlık

Genel sağlık ile ilgili mevzuatımızda açıklama Umumi Hıfzıssıhha Kanunu¹¹² m. 1’de yapılmıştır: “Memleketin sıhhi şartlarını ıslah ve milletin sıhhatine zarar veren bütün hastalıklar veya sair muzır amillerle mücadele etmek ve müstakbel neslin sıhhatli olarak yetişmesini temin ve halkı tıbbi ve içtimai muavenete mazhar eylemek umumi Devlet hizmetlerindedir”. Doktrinde genel sağlık, toplumun bulaşıcı ve yaygın hastalıklardan korunması ve toplumsal yaşamın sağlıklı bir ortamda sürdürülmesi olarak tanımlanmıştır.¹¹³ Danıştay bir kararında genel sağlığı bozucu niteliği, toplumun önemli bir kesiminin sağlık yönünden veya buna bağlı olarak sosyal bakımdan ciddi bir tehlikeyle karşı karşıya kaldığı, giderilmesi olanaksız kayıp ve zararların söz konusu olduğu durumlar olarak açıklamıştır.¹¹⁴

¹⁰⁹ Temiz/Ünal, s. 52.

¹¹⁰ “Bankacılık hizmetleri ve şehir içi toplu taşıma hizmetleri Uluslararası Çalışma Örgütü tarafından kabul edilen toplum için yaşamsal nitelik taşıyan kamu hizmetleri arasında yer almadığını, demokratik bir toplumda temel hizmet sayılamayacak bir sektörde iktisadi kaygılarla Anayasa’nın tanıdığı grev hakkının sınırlanması kabul edilemez. Bununla birlikte itibarla dava konusu kuralla toplum için yaşamsal nitelikte olmayan büyükşehir belediyelerinin şehir içi toplu taşıma hizmetleri ile bankacılık hizmetlerinde karar verilmiş veya başlanmış olan kanuni bir grevin ertelenmesi yönünde getirilen sınırlama demokratik toplum düzeninin gerekleriyle bağdaşmamaktadır” (AYM, 2018/90 E, 2019/85 K, RG. 13.02.2020, 31038 S).

¹¹¹ Ekmekçi, s. 576-577.

¹¹² RG. 06.05.1930, 1489 S.

¹¹³ Yıldırım, s. 55.

¹¹⁴ Danıştay 10. D, 1995/6497 E, 1997/3777 K, 15.10.1997 T. (<https://www.ictihatlar.com.tr>, e.t.: 16.05.2024); AYM, Kristal İş Sendikası Başvurusu, Başvuru No. 2014/12166, 02.07.2015 T. (anayasa.gov.tr, e.t.: 27.04.2024).

Genel sağlık kavramının tanımı çok geniş olsa da grev hakkının korunması ilkesi uyarınca dar yorumlanması gerekir.¹¹⁵ Grevin ertelenmesi için genel sağlığa yönelik tehlikenin ciddi ve yakın olması gerekir.¹¹⁶ Örneğin işyerinde üretilen mal veya hizmetin genel sağlığı tehlikeye düşürebilecek kadar zorunlu bir ihtiyaca cevap vermesi gerekir.¹¹⁷ Genel sağlığı bozucu nitelikteki grev ertelemelerinin, halk sağlığını ilgilendiren işkolları veya işyerlerine yönelik olması büyük önem taşır; aksi takdirde grev hakkı ihlal edilmiş olur.¹¹⁸

b. Milli Güvenlik

Milli güvenlik, grev ertelemelerinde en çok dayanan gerekçedir.¹¹⁹ Milli Güvenlik Kurulu Genel Sekreterliğinin Teşkilat ve Görevleri Hakkında Cumhurbaşkanlığı Kararnamesinin¹²⁰ 2/1-d bendinde milli güvenlik “*devletin anayasal düzeninin, millî varlığının, bütünlüğünün, milletlerarası alanda siyasi, sosyal, kültürel ve ekonomik dâhil bütün menfaatlerinin ve ahdi hukukunun her türlü dış ve iç tehditlere karşı korunması ve kollanması*” olarak tanımlanmıştır. Milli güvenlik yalnızca milli savunma olarak dar yorumlanabileceği gibi kamu düzeni ve devletin iç dış güvenliği ile ilgili tüm sorunları kapsayacak şekilde geniş de yorumlanabilir.¹²¹ Mili güvenlik ile ilgili tehdidin ciddi olması gerektiğinden bir varsayıma dayanılarak erteleme kararı verilmemesi gerekir; ayrıca milli güvenliğe ilişkin tehlikenin varlığına hangi somut ve inandırıcı gerekçelerle kanaat getirildiğinin açıklanması da isabetli olur.¹²²

Danıştay, bir kanuni grevin milli güvenliği bozucu nitelikte görülebilmesi için ülke ve devletin özel savunma ve güvenlik altına alınmasını zorunlu kılacak ciddiyette tehlikelerin ortaya çıkması gerektiğini ifade etmiştir.¹²³

Milli güvenlik, ülkenin silahlı kuvvetleri ile savunulmasından ibaret değil, milli menfaatler ve ekonomik güvenlik ile de ilişkili olup

¹¹⁵ Caniklioğlu, s. 311; Yıldırım, s. 55.

¹¹⁶ Yazar ayrıca madde metninde de bu koşula yer verilmesi gerektiğini ifade etmiştir. Bkz. Caniklioğlu, s. 311; Yıldırım, s. 55-56.

¹¹⁷ Caniklioğlu, s. 311; Yıldırım, s. 56.

¹¹⁸ Temiz/Ünal, s. 50.

¹¹⁹ Temiz/Ünal, s. 51; Özkoç, s. 51.

¹²⁰ RG. 15/7/2018, S. 30479.

¹²¹ Yıldırım, s. 58.

¹²² Caniklioğlu, s. 312; Gürsel, s. 632.

¹²³ Danıştay 10. D, 2003/6134 E, 2006/2551 K, 19.04.2006 T. (Özkoç, s. 53).

sadece devletin bekasını değil aynı zamanda refahını da kapsamaktadır.¹²⁴ Danıştay ise Kristal-İş sendikası tarafından alınan bir grev kararının milli güvenlik sebebiyle ertelenmesi üzerine; kanuni bir grevin yasada ön görülen anlamda milli güvenliği bozucu nitelikte görülebilmesi için devletin özel olarak savunma ve güvenlik altına alınmasını zorunlu kılacak ciddi tehlikelerin ortaya çıkması gerektiğini, grevin yapıldığı işyerleri ve yapılan işin niteliği dikkate alındığında ertelenen grevin milli güvenliğe bir tehlike arz etmediği sonucuna ulaşmış ve idarenin savunmasında öne sürdüğü ekonomik sebeplerin grevin ertelenmesini yasal kılacak nitelikte bulunmadığını ifade etmiştir.¹²⁵

Danıştay aksi yönde bir karar olarak, grevin uygulandığı işyerlerinde Türkiye'nin cam üretiminin % 90'ının yapıldığı ve davalı idareye gönderilen Ekonomi Bakanlığının, Milli Savunma Bakanlığının, Sağlık Bakanlığının ve Milli Güvenlik Kurulu Genel Sekreterliğinin yazılarında, uygulanan grevin genel sağlık ve milli güvenliği bozucu etkisinin olduğu yönünde görüş bildirdiklerini dikkate alıp Kristal-İş Sendikası'nın ileri sürdüğü hususların erteleme kararının yürütmesinin durdurulmasını gerektirecek nitelikte görmemiştir.¹²⁶

Milli Güvenlik kavramının muğlak olması ve gerçekleşecek bir grevin erteleme gerekçesi olarak kullanılması, çıkılacak her grevin milli güvenliğe tehdit veya milli güvenliği bozucu olarak gösterilme ihtimalinin grev hakkını sınırlayabileceği ileri sürülmüştür.¹²⁷

III. KARARIN SONUÇLARI VE HUKUKİ ÇARELER

A. Kararın Sonuçları

1. Grevin Durması

Erteleme süresince grev uygulamasına başlanamaz, başlanmış olsa dahi greve devam edilemez. Bu dönem "soğutma dönemi" olarak adlandırılmakta ve tarafların uzlaşmaları amaçlanmaktadır.¹²⁸

¹²⁴ Ekmekçi, s. 577.

¹²⁵ Danıştay, 10. D, 2003/6134 E, 2006/2551 K, 12.01.2004 T. (Özkoç, s. 74).

¹²⁶ Danıştay, 10. D, 2014/3628 E, 16.07.2014 T. (Legalbank, e.t. 15.05.2024)

¹²⁷ Temiz/Ünal, s. 51.

¹²⁸ Canıklıoğlu, s. 312.

6356 sayılı Kanun'daki grev ertelenmesi hükümlerinin Anayasa'ya uygunluğu tartışılan bir konudur. AYM grevin ertelenmesinin Anayasa'ya aykırı olmadığını ifade etmiştir:¹²⁹ “Karar verilmiş veya başlanmış olan kanuni bir grev veya lokavtın Bakanlar Kurulu tarafından ertelenebilmesi grev hakkına ve lokavta bir müdahale niteliğinde olup bu durum genel sağlığı veya millî güvenliği bozucu niteliğe sahip uyuşmazlıkların önüne geçilmesi amacını taşımakta olduğundan anayasal açıdan meşru bir amaca dayanmaktadır.

Grev hakkı ve lokavt bakımından getirilen erteleme gereğini genel sağlık ve millî güvenlik sebepleri oluşturmaktadır. Böyle bir nedene dayalı olarak kanun koyucunun grev hakkı ve lokavtı ertelemeye yönelik olarak tedbir alınabilmesine imkân tanıyan düzenleme yapması demokratik toplum düzeninin gereklerine aykırılık oluşturmaz.

Yürütülecek iş ya da hizmetin durması, nüfusun tümünün ya da bir kısmının yaşamını, can güvenliğini veya sağlığını tehlikeye atabilecek, kısacası zorunlu ve temel hizmet niteliği ağır basan işlerse, grev ve lokavtın yasaklanabilmesi veya ertelenebilmesi anayasal çerçevede korunmaktadır.

Dava konusu kural ile Bakanlar Kuruluna verilmiş olan yetki mutlak bir yetki olmayıp grevin ertelenmesi yoluna gidilebilmesi için karar verilmiş veya başlanmış olan bir grevin genel sağlığı veya millî güvenliği bozucu nitelikte olması şarttır. Diğer yandan Bakanlar Kurulunca kullanılacak olan yetki, grevi yasaklama yetkisi olmadığı gibi süresiz bir yetki de değildir ve altmış gün ile sınırlıdır. Ayrıca Bakanlar Kurulunun söz konusu işlemleri yargı denetimine açık olup, uyuşmazlık yargı organları nezdinde de çözümlenebilme imkânına sahiptir. Buna göre kural ile getirilen düzenlemenin grev hakkına ölçüsüz bir müdahale teşkil ettiği söylenemez”.

Her ne kadar kararda, yetkinin sınırsız olmadığı ve altmış gün için kullanılabileceği belirtilmişse de sürenin sonunda grev devam etmez. Grevin ertelenmesi kurumu, kesin grev yasağı meydana getirir.¹³⁰ Avrupa Birliği, 17 Nisan 2018 tarihli raporunda grevlerin ekonomik istikrar ve hizmetin devamı gibi gerekçelerle erteleyerek grev ertelemelerinin bir fiili yasağa dönüşmesini eleştirmiştir.¹³¹ Gerçekten

¹²⁹ AYM, 2013/1 E, 2014/161 K, 22.10.2014 T. (anayasa.gov.tr, e.t.: 27.04.2024)

¹³⁰ Ekmekçi, s. 572; Sur, s. 476; Dişbudak/Bozkulak, s. 123; Ezer, s. 138.

¹³¹ https://www.ab.gov.tr/siteimages/pub/komisyon_ulke_raporlari/2018_turkiye_raporu_tr.pdf.

de erteleme durumunda ertelemeye neden olan durum ortadan kalktığına greve devam edilmesi gerektiği hâlde grev hakkı fiili olarak ortadan kalkmaktadır.¹³² Bu durum grev hakkının amacına aykırı bir durum meydana getirmektedir. Katıldığımız görüşe göre, grev erteleme süresinin bitişinde taraflara grev ertelemesine yol açan sebebin devam edip etmediğinin tespiti için mahkemeye başvuru hakkı tanınması gerekir. Eğer mahkeme grevin ertelenmesine yol açan nedenlerin erteleme süresi sonunda ortadan kalkmış olduğuna kanaat getirirse greve devam edebilme olanağının tanınması isabetli olacaktır. Ancak mahkeme, sebeplerin hala devam ettiği ve daha da devam edeceğinin tespit etmişse taraflardan birine Yüksek Hakem Kurulu'na başvuru olanağı tanınmalıdır.¹³³

2. Arabuluculuk

Grev erteleme kararıyla yürürlüğe girmesinin ardından arabuluculuk süreci başlar. Arabuluculuk, toplu menfaat uyuşmazlıklarının giderilmesinde barışçıl bir çözüm yoludur.¹³⁴ Görüşmek ve müzakerelerde bulunmak amacıyla tarafları bir araya getiren, sistematik teknikler uygulayarak, tarafların birbirlerini anlamalarını ve bu suretle çözümlerini kendilerinin üretmesini sağlamak için iletişim sürecinin kurulmasını sağlayan, çözüm üretilmemesi hâlinde çözüm önerisi getirebilen, uzmanlık eğitimi almış tarafsız ve bağımsız üçüncü bir kişinin katılımıyla ve ihtiyarî olarak yürütülen uyuşmazlık çözüm yöntemidir (Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu¹³⁵ m. 21-b). Toplu iş uyuşmazlıklarında arabuluculuk, genel olarak 6356 sayılı Kanun m. 50'de düzenlenmiştir.¹³⁶ Grev erteleme

¹³² Sur, s. 476; Dişbudak/Bozkulak, s. 123.

¹³³ Caniklioğlu, s. 314.

¹³⁴ Ahmet Terzioğlu, "Türk Toplu İş Hukukunda Barışçıl Çözüm Yolu Olarak Arabuluculuk", *Econharran*, Şanlıurfa 2021, C. 5, S. 8, s. 132.

¹³⁵ RG. 22.6.2012, S. 28331.

¹³⁶ 6356 sayılı Kanun m. 50: (1) Uyuşmazlık yazısını alan görevli makam altı iş günü içinde taraflardan en az birinin katılımı ile veya katılım olmazsa resen, resmî listede bir arabulucu görevlendirir. Tarafların resmî arabulucu listesindeki bir arabulucu ismi üzerinde anlaşma sağlamaları hâlinde, belirlenen kişi görevli makam tarafından o uyuşmazlıkta arabulucu olarak görevlendirilir.

(2) Arabulucu, tarafların anlaşmaya varması için her türlü çabayı harcar ve ilgililere önerilerde bulunur.

(3) Arabulucunun görevi kendisine yapılacak bildirimden itibaren on beş gün

üzerine gerçekleşecek arabuluculuk faaliyeti olağanüstü arabuluculuk olarak adlandırılır.¹³⁷

Erteleme sürecinde Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanı bizzat arabuluculuk yapabileceği gibi başka bir kişiyi de arabulucu olarak görevlendirebilir (6356 sayılı Kanun m. 63/2). Greve kamu otoritelerinin müdahalesi olarak değerlendirilebilecek bu durum, doktrinde eleştirilmiş ve ihtiyatla kullanılması gerektiği ifade edilmiştir.¹³⁸

6356 sayılı Kanun m. 50/1'in aksine Bakan burada liste dışından da arabulucu seçebilir.¹³⁹ Liste dışından seçilen kişinin özellikle tarafsızlık ve bağımsızlık gibi resmi arabulucuda aranan nitelikleri haiz olması gerekir.¹⁴⁰ Seçilen arabulucu erteleme süresince uyuşmazlığın çözümünü için her türlü çabayı göstermelidir (6356 sayılı Kanun m. 63/2).

Arabulucu, tarafların anlaşmasını sağlarsa toplu iş sözleşmesi kurulmuş olur ve toplu iş sözleşmesi taraf temsilcilerince imzalanır, iki nüshası altı iş günü içinde çağrıyla yapan tarafça görevli makama tevdi edilir. Görevli makam sözleşmenin bir nüshasını Bakanlığa gönderir (6356 sayılı Kanun m. 48/1 ve 50/4). Anlaşma sağlanamazsa, arabulucu tarafından üç iş günü içinde uyuşmazlığı belirleyen bir tutanak düzenlenir ve uyuşmazlığın sona erdirilmesi için gerekli gördüğü önerileri de ekleyerek görevli makama tevdi eder. Görevli makam, tutanağı en geç üç iş günü içinde taraflara tebliğ eder (6456 sayılı Kanun m. 50/5).

sürer. Bu süre tarafların anlaşması ile en çok altı iş günü uzatılabilir ve görevli makama bildirilir.

(4) Arabulucu, tarafların anlaşmasını sağlarsa 48. madde hükümleri uygulanır.

(5) Arabuluculuk süresinin sonunda anlaşma sağlanamamışsa, arabulucu üç iş günü içinde uyuşmazlığı belirleyen bir tutanak düzenler ve uyuşmazlığın sona erdirilmesi için gerekli gördüğü önerileri de ekleyerek görevli makama tevdi eder. Görevli makam, tutanağı en geç üç iş günü içinde taraflara tebliğ eder.

(6) Taraflar ve diğer bütün ilgililer, arabulucunun anlaşmazlık konusu ile ilgili istediği her türlü bilgi ve belgeyi vermekle yükümlüdür.

(7) Görevli makam, uyuşmazlığın kapsamını ve niteliğini de dikkate alarak arabulucuya ödenmesi gereken ücreti yönetmelikte belirtilen alt ve üst sınırlar içerisinde belirler.

¹³⁷ Sur, 422; Gürsel, s. 639.

¹³⁸ Sur, Uluslararası Normlar, s. 345.

¹³⁹ Aktay/Özdemir Ertürk, s. 277; Sur, s. 422; Caniklioğlu, s. 312.

¹⁴⁰ Sur, s. 422

Taraflar erteleme sürecinde uyuşmazlığın özel hakem tarafından çözülmesini kararlaştırabilirler (6356 sayılı Kanun m. 63/2). Özel hakem, ihtiyari bir yol olup başvurulması zorunlu değildir. Taraflar özel hakem olarak Yüksek Hakem Kurulunu da seçebilirler (Toplu İş Sözleşmesinde Arabulucuya ve Hakeme Başvurma Yönetmeliği m. 27/2). Özel hakeme başvuru konusunda yazılı bir anlaşma yapılırsa artık arabuluculuk, grev ve lokavt, kanuni hakemlik hükümleri uygulanmaz (6356 sayılı Kanun m. 63/3). Taraflar arasında halihazırda geçerli bir toplu iş sözleşmesi varsa koymuş oldukları bir hükümle taraflardan birinin başvurusu üzerine özel hakeme gidileceği önceden kararlaştırılabilir (6356 sayılı Kanun m. 52/2). Eğer toplu iş sözleşmesinde özel hakeme ilişkin uygulanacak hüküm yoksa 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun¹⁴¹ özel hakeme ilişkin hükümleri uygulanacaktır (6356 sayılı Kanun m. 52/2). Özel hakemin vermiş olduğu kararlar toplu iş sözleşmesi hükmünde olacaktır (6356 sayılı Kanun m. 63/3).

3. Yüksek Hakem Kurulu

Tahkim, tarafların aralarındaki uyuşmazlıkları gidermek için başvurabildikleri ihtiyari bir yoldur. Ancak 6356 sayılı Kanun zorunlu tahkime de yer vermiştir. Zorunlu tahkime tarafların arzu ve iradelerine bakılmaksızın kanun hükmü gereği mecburen gidilmektedir.¹⁴²

Anayasa m. 54/5 hükmünde grev ve lokavtın yasaklandığı veya ertelendiği durumlarda erteleme sonunda uyuşmazlığın Yüksek Hakem Kurulu tarafından çözüleceği, Yüksek Hakem Kurulunun kararlarının toplu iş sözleşmesi hükmünde ve kesin olduğu emredilmiştir.

Altmış günlük erteleme süresinin sonunda anlaşma sağlanamazsa, uyuşmazlık taraflardan birinin altı iş günü içinde yapacağı başvurusu üzerine Yüksek Hakem Kurulu tarafından çözülür. Aksi takdirde işçi sendikasının yetkisi düşer (6356 sayılı Kanun m. 63/3). Yüksek Hakem Kurulunun uyuşmazlığa resen el koyması mümkün olmadığından ancak taraflardan birinin başvurusu üzerine uyuşmazlık Yüksek Hakem Kurulu'na intikal eder.¹⁴³ Yüksek Hakem Kurulu'na başvuru yapılması

¹⁴¹ RG. 04.02.2011, 27836 S.

¹⁴² Yürekli, s. 114.

¹⁴³ Yürekli, s. 127.

zorunluluğu Anayasa'da öngörülen esasa uygun olsa da grevin işçiler açısından taşıdığı hayati önem karşısında yerindeliği tartışılabilir.¹⁴⁴

Yüksek Hakem Kurulu kararları yeni bir toplu iş sözleşmesine ilişkin olabileceği gibi mevcut bir toplu iş sözleşmesinin bazı değişikliklerle yeniden yürürlüğe konulması veya yenilenmesi şeklinde olabilir; ancak Kurul'un kararları yalnızca tarafların anlaşamadıkları konulara münhasır olmalıdır.¹⁴⁵

Yüksek Hakem Kurulu kararlarının kesin olması, kararlar aleyhine herhangi bir mercie başvurmanın mümkün olmaması yani kararlarına itiraz edilememesi,¹⁴⁶ Kurul kararlarının kesinleşmesi için herhangi bir makamın onayına gerek olmaması, kararların aleyhine idari makamlara başvurulamayacağı ve kararın tekrar Yüksek Hakem Kurulu'na incelenerek değiştirilemeyeceği anlamına gelir.¹⁴⁷

Kurul kararlarının toplu iş sözleşmesi hükmünde ve kesin olması için ön koşul, Kurul'un görevli ve yetkili olduğu konularda karar almış olmasıdır. Kurulun görev ve yetkisinin bulunmadığı konularda toplu iş sözleşmesi bağitlaması, taraflarca yargı yoluna başvurmayı engellemeyeceği gibi bu durum, Kurul tarafından oluşturulan toplu iş sözleşmesinin geçersizliğinin tespitini istemeye de engel değildir.¹⁴⁸

B. Hukuki Çareler

Grev ertelemelerine karşı başvurulabilecek hukuki çareler; iptal davası, toplu sözleşme masasına geri dönme, işletme/işyeri düzeyi mücadele ve Yüksek Hakem Kurulu'na başvurudur.¹⁴⁹

2822 sayılı Kanun m. 33'te yer alan "*Bakanlar Kurulunun erteleme kararları aleyhine Danıştay'da iptal davası açılabilir ve yürütmenin durdurulmasına karar verilmesi istenebilir*" ifadesine 6356 sayılı Kanun'da yer verilmemiştir. Ancak Anayasa m. 125 uyarınca idarenin her türlü eylem ve işlemine karşı yargı yolu açık olduğundan

¹⁴⁴ Yürekli, s. 124.

¹⁴⁵ Yürekli, s. 141.

¹⁴⁶ Yarg. 22. HD, 2014/16453 E, 2014/22444 K, 15.07.2014 T. (Lexpera, e.t.: 15.05.2024)

¹⁴⁷ Yürekli, s. 138-139; Caniklioğlu, s. 314.

¹⁴⁸ Yürekli, s. 138; Yarg. 22. HD, 2014/16453 E, 2014/22444 K, 15.07.2014 T. (Lexpera, e.t.: 15.05.2024)

¹⁴⁹ Temiz/Ünal, s. 59; Özkoç, s. 72.

grevin ertelenmesi kararının da yargı denetimine tabi olduğu sonucuna varılır.¹⁵⁰

Grev ertelemesi kararı idari bir karar olduğundan aleyhine açılacak davalar da idari yargıda görülecektir.¹⁵¹ Kanun'da öngörülmesine de açılan davalarda görevli mahkeme Danıştay olup yürütmenin durdurulması veya kararın iptali talep edilebilir.¹⁵²

Grev ertelemesi altmış gün süreyle sınırlı olduğundan ve bu sürenin ardından Yüksek Hakem Kurulu'nda görüşmelere başlanacağından yürütmenin durdurulması talebi ivedilikle karara bağlanmalıdır.¹⁵³ AYM, iptal davalarında yürütmenin durdurulması kararının elzem olduğu kanaatindedir.¹⁵⁴ Yürütmenin durdurulması talebi kabul edilirse greve devam edilebilecektir.¹⁵⁵ Fakat grev kararı henüz uygulamaya konulmamışsa grev kararının karşı tarafa yeniden tebliğ gerekir; bu tarihten itibaren altmış günlük süre içinde ve altı iş günü önceden haber vermek suretiyle grev uygulanabilir.¹⁵⁶

İptal davası, idari işleve dair işlemlerin, çıkarları zedelenenler tarafından; yetki, sebep, konu, amaç, şekil bakımından hukuka aykırı olanların iptali için açılan davadır.¹⁵⁷ Örneğin genel sağlık veya milli güvenlik kavramı ile ilgisi olmayan bir grev ertelemesi kararının sebep unsuru bakımından sakat olması sebebiyle iptali mümkündür.¹⁵⁸ İptal davası açılmışsa bir an önce karar verilmelidir, altmış günlük süre sona erdiğinde karar iptal edilse dahi erteleme süresi sonunda Yüksek Hakem Kurulu'nda toplu iş sözleşmesi yapılmışsa veya Yüksek Hakem Kurulu'na başvurulmayıp yetki belgesi hükümden düşmüşse, davanın lehe sonuçlanması toplu iş sözleşmesinin geçerliliğini etkilemez ve hükümden düşmüş yetki belgesine de geçerlilik kazandırır.

¹⁵⁰ Caniklioğlu, s. 309; Ezer, s. 137-138; Yıldırım, s. 72; Özkoç, s. 54.

¹⁵¹ Aktay/Özdemir Ertürk, s. 276; Ekmekçi, s. 578; Göktaş/Yılmaz, s. 1089; Sur, s. 472; Yıldırım, s. 71; Gürsel, s. 643.

¹⁵² Aktay/Özdemir Ertürk, s. 276; Ekmekçi, s. 578; Temiz/Ünal, s. 59; Yıldırım, s. 70; Sur, s. 472; Sur, Uluslararası Normlar, s. 350.

¹⁵³ Yıldırım, s. 74.

¹⁵⁴ AYM, Kristal-İş Sendikası Başvurusu, Başvuru no. 2014/12166, 02.07.2015 T. (anayasa.gov.tr, e.t.: 27.04.2024).

¹⁵⁵ Sur, s. 472; Yıldırım, s. 75.

¹⁵⁶ Sur, s. 472.

¹⁵⁷ Yıldırım, s. 72.

¹⁵⁸ Yıldırım, s. 59 ve s. 71.

maz.¹⁵⁹ Danıştay'ın iş yoğunluğu sebebiyle karar verme süresi altmış günlük süreyi aşabilmektedir; Danıştay ilgili dava hakkında kararını açıklayana kadar işçi ve işveren tarafları arasında anlaşma sağlanması durumunda veya Yüksek Hakem Kurulu tarafından bağitlanan toplu iş sözleşmesinde Danıştay yürütmeyi durdurma kararı verse dahi yeniden greve çıkılması söz konusu olamaz.¹⁶⁰

6356 sayılı Kanun'da Danıştay'ın yürütmenin durdurulması veya iptal kararı vermesi halinde grev ve lokavtın nasıl uygulanacağına ilişkin bir düzenleme yer almamaktadır. İptal kararının ardından greve nasıl devam edilebileceği farklı ihtimallerde değerlendirilir.

- Grev kararı alınmış ve karşı tarafa tebliğ edilmeden ertelenmişse Erteleme kararı, grev kararı alınmasının ardından uygulanma tarihi karşı tarafa tebliğ edilmeden önce alınmışsa 6356 sayılı Kanun m. 60/1 hükmündeki usul çerçevesinde hareket edilmelidir; uyuşmazlık tutanağının işçi sendikasına tebliğinden grev kararının alındığı tarihe kadar işlemiş olan süre, erteleme kararı ile birlikte duracak, iptal kararı ile m. 60/1'deki altmış günlük süreden arta kalan süre tekrar işlemeye başlayacağından kalan bu süreye uyum şartı ile ve altı iş günü önceden karşı tarafa bildirilecek tarihte grevin uygulanmasına başlanabilecektir.¹⁶¹
- Grevin uygulanma tarihinin karşı tarafa tebliğ edilmesinden sonra fakat grevin uygulanmasına başlanmasından önce ertelenmişse İptal kararından itibaren işçi sendikasına yeni bir altmış günlük süre tanınır ve bu süre içinde karşı tarafa altı iş günü önceden bildirilecek tarihte grev uygulamaya konulabilir.¹⁶²
- Uygulanmasına Başlanmış Grev Ertelenmişse Erteleme kararının Danıştay tarafından kaldırılması halinde taraflar bildirim süreleri olmaksızın grev ve lokavt uygulamasına hemen başlayabilir.¹⁶³

¹⁵⁹ Ekmekçi, s. 578.

¹⁶⁰ Temiz/Ünal, s. 59.

¹⁶¹ Gürsel, s. 644; Yıldırım, s. 73.

¹⁶² Gürsel, s. 644-645; Yıldırım, s. 73; Sur, s. 472.

¹⁶³ Aktay/Özdemir Ertürk, s. 277-278; Caniklioğlu, s. 309; Temiz/Ünal, s. 59; Yıldırım, s. 73, Gürsel, s. 645.

SONUÇ

Grev hakkı, iş mücadelesi aracı olarak sendika hakkının vazgeçilmez bir parçasıdır. Bu sebeple sosyal ve ekonomik bir hak olarak 1982 Anayasası tarafından güvence altına alınmıştır. Grevden bahsedebilmek için katılanların işçi olması, çalışılan bir işin bırakılması, bu sebeple faaliyetin durması veya önemli ölçüde aksaması, son olarak grev kararının işçilerin aralarında anlaşarak veya bir kuruluş tarafından bu amaçla alınmış olması gerekir.

6356 sayılı Kanun hukuken himaye edilip edilmeme bakımından kanuni grev ve kanun dışı grev ayrımı yapmış ve bu kavramları tanımlamıştır. Ancak doktrinde bu tanımlamanın grev hakkının kapsamını daralttığı ileri sürülmüş ve eleştirilmiştir. Kanuni grev toplu iş uyuşmazlığı sebebiyle, grev yasağı bulunmayan hallerde, işçilerin ekonomik ve sosyal durumları ile çalışma şartlarının korunup düzeltilmesi amacını taşıyan, yetkili sendika tarafından kararlaştırılan ve Kanun'un emrettiği prosedürlerin izlendiği grevdir. Bu şartlara aykırı olan ve Türk hukukunda himaye edilmeyen grev ise kanun dışı grevdir. Türk hukuku yalnızca menfaat grevini benimsemiş olup hak grevlerini, dayanışma grevlerini ve siyasi grevleri kanun dışı grev saymaktadır.

Grev toplu iş uyuşmazlıklarında işvereni baskı altına alma amacı taşır. Genel kural bir hakkın sınırının başkasının hakkına zarar vermesi olmasına rağmen grev hakkının amacı işverene zarar vermektir. Ne var ki bazı durumlarda grevin toplumda meydana getireceği zarar, işçilere sağlayacağı menfaatten daha fazla olabilir. Bu durumda mevcut bir grev yasağı olmamasına rağmen grev hakkına müdahale edilebilir. Grev hakkına idarenin müdahalesi olan grev erteleme kurumuna ihtiyaç da bu noktada ortaya çıkar.

6356 sayılı Kanun m. 63 uyarınca, karar verilmiş veya başlanmış olan kanuni bir grev, genel sağlığı veya millî güvenliğini bozucu nitelikte ise Cumhurbaşkanı bu grevi altmış gün süre ile erteleyebilir. Grev erteleme kararı münhasıran Cumhurbaşkanı tarafından kullanılabilen bir yetkidir. Bu durum doktrinde ve uluslararası örgütlerce eleştirilmiştir. Kanaatimiz grev erteleme kararının idare tarafından değil, mahkemeler tarafından verilmesi yönündedir. Grev erteleme münferit olarak alınabilen bir karar olup genel olarak bir mülki çevrede kullanılamaz. Ertelenecek grevin başlamış veya başlayacak olması ve kanuni bir grev olması zorunludur.

Greve ertelenmesi, greve yasaklarından bağımsız bir kurum olup her türlü iş ve yerinde uygulanabilir. Fakat buradaki dengenin çok hassas bir biçimde kurulması gerekir. Greve ertelenmesi kurumu, bir temel hak ve hürriyet olan greve hakkının ölçülülük ilkesine ve menfaat dengesine aykırı olarak sınırlandırılmasını meşru kılmaz. Grevin ertelenmesi grevi önleyici bir müdahale aracı olarak kullanılmalıdır, aksi takdirde greve hakkının bir anlamı kalmaz. Greve hakkı esas, grevin ertelenmesi ise istisna kabul edilmelidir.

Grevin ertelenme sebepleri genel sağlık ve milli güvenlik olarak sınırlıdır. Herhangi bir şekilde genişletilmesi mümkün değildir. Bir grevin genel sağlık veya milli güvenliği bozucu nitelikte olup olmadığının tespitinde idarenin geniş bir takdir yetkisi mevcuttur ve bu takdir yetkisi kamu yararına uygun kullanılmalıdır. Son çare olarak kullanılması ve yalnızca çok ciddi hâllerde verilmesi gerekir. Genel sağlık ve milli güvenlik gerekçelerinin grevin ertelenmesine dayanak oluşturabilmesi için zorlayıcı bir toplumsal ihtiyaca işaret etmesi, bu zorlayıcı nedenin ikna edici biçimde ortaya konması ve ölçülülük ilkesi açısından doğru değerlendirilmesi gerekir. Erteleme kararı alınırken milli güvenlik ve genel sağlık kavramları dar yorumlanmalıdır. Ne var ki bu iki kavram soyut ve yoruma açık oldukları için uygulamada yanlış yorumlandığı görülmektedir. Erteleme sebebinin varlığı doğru takdir edilmeli ve yapılmış eleştiriler dikkate alınmalıdır. Grevin ertelenmesi kararı genel sağlık gerekçesine dayandırılıyorsa genel sağlığa yönelik tehdidin ciddi ve yakın olması gerekir. Milli güvenlik sebebine dayanılıyor ise ilgili tehdidin ciddi olması ve bir varsayıma dayanmaması gerekir. Erteleme kararına hangi somut ve inandırıcı gerekçelerle kanaat getirildiğinin açıklanması gerekir. Fakat uygulamada idare, pek çok greve ertelenmesini milli güvenlik ve genel sağlık gerekçelerini açıklamaktan ziyade kararların ekonomik gerekçelerine dayanarak vermiştir.

Grevin ertelenmesi halinde idare aslında bir greve yasağı meydana getirir. Çünkü greve ertelenmesi kararının ardından greve devam edilemez. Taraflar olağanüstü arabuluculuk yoluyla uzlaştırılmaya çalışılır. Altmış günlük erteleme süresi içinde uzlaşma sağlanamazsa uyuşmazlık Yüksek Hakem Kurulu tarafından çözülür. Aksi halde işçi sendikasının yetkisi düşer. Kurul'un kararları kesindir ve toplu iş sözleşmesi hükmündedir. Yüksek Hakem Kurulu'na başvuru yapılması

zorunluluğunun grevin hakkına uygun olmadığı kanaatindeyiz. Bu durum tarafları uzlaşmaya zorlayarak grev hakkının kullanımı zora sokmaktadır. Erteleme süresinin sonunda grev ertelenmesine yol açan sebebin hala var olup olmadığının belirlenmesi için taraflara mahkemeye başvurma hakkı tanınması, eğer mahkeme grevin ertelenmesine yol açan sebeplerin ortadan kalktığını tespit ederse greve devam edebilme olanağının tanınması gibi bir düzenleme grev hakkının amacına daha uygun düşecektir. Mahkeme, erteleme sebeplerinin hala devam ettiği ve daha da devam edeceğini tespit ederse taraflardan birinin Yüksek Hakem Kurulu'na başvurması imkânı sağlanmalıdır.

Her ne kadar Kanun'da yer almasa da idarenin her türlü eylem ve işlemine karşı yargı yolu açık olduğundan idari bir karar olan grevin ertelenmesi kararının da yargı denetimine tabi olacağı barizdir. Karara karşı idari yargıda yürütmenin durdurulması talep edilebilir veya iptal davası açılabilir. Fakat dava devam ederken erteleme süresi sonunda Yüksek Hakem Kurulu'nda toplu iş sözleşmesi yapılmışsa veya Yüksek Hakem Kurulu'na başvurulmayıp yetki belgesi hükümden düşmüşse, davanın lehe sonuçlanması toplu iş sözleşmesinin geçerliliğini etkilemez ve hükümden düşmüş yetki belgesine de geçerlilik kazandırmaz. Bu sebeple yürütmenin durdurulması talepleri ivedilikle karara bağlanmalıdır.

Kaynakça

Kitaplar

- Aktay Ahmet Nizamettin/Özdemir Ertürk Olgı, Toplu İş Hukuku, Seçkin Yayınları, İstanbul 2022.
- Ekmekçi Ömer, Toplu İş Hukuku, On İki Levha Yayınları, İstanbul 2023.
- Ezer Burcu, Grev Hakkına İlişkin Sınırlama ve Yasaklar, Seçkin Yayınları, Ankara 2016.
- Göktaş Seracettin/Yılmaz Gökhan, 6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu Şerhi, Seçkin Yayınları, Ankara 2024.
- Özkoç Mehmet Mert, Türkiye'de Grev Ertelemeleri, Türk Metal Sendikası Araştırma ve Eğitim Merkezi Yayınları, Ankara 2020.
- Sur Melda, İş Hukuku Toplu İlişkiler, Turhan Yayınları, Ankara 2022.
- Yıldırım Okan, Türkiye'de Grev Ertelemeleri ve Türk Endüstri İlişkilerine Etkileri, Legal Yayınları, İstanbul 2020.

Makaleler/Derlemeler

- Barancova Helena, "Slovakya'da Toplu Sözleşme Sistemi", *Karşılaştırmalı Bir Perspektif ile Avrupa Birliği Üyesi Ülkelerde ve Türkiye'de Toplu Sözleşme Sistemleri*, Ed. Alpay Hekimler, Legal Yayınları, İstanbul 2013, s. 295-323.
- Canıklıoğlu Nursen, "6356 sayılı Kanuna Göre Grev Yasakları ve Grevin Ertenemesi", *Çalışma ve Toplum Dergisi*, İstanbul 2013, C. 4, S. 39, s. 289-316.
- Çelik Aziz, "Milli Güvenlik Gerekçeli Grev Ertelemeleri", *Çalışma ve Toplum Dergisi*, İstanbul 2008, C. 3, S. 18, s. 87-135.
- Dişbudak Cem/Bozkulak Serpil, "İktisat ve Hukuk İlişkisi Çerçevesinde Grev Hakkı ve Engellemelerinin Değerlendirilmesi", *Hukuk ve İktisat Araştırmaları Dergisi*, 2023, C. 15, S. 1, s. 98-129.
- Gavalas Nicos, "Yunanistan'da Toplu Sözleşme Sistemi", *Karşılaştırmalı Bir Perspektif ile Avrupa Birliği Üyesi Ülkelerde ve Türkiye'de Toplu Sözleşme Sistemleri*, Ed. Alpay Hekimler, Legal Yayınları, İstanbul 2013, s. 395- 405.
- Gürsel İlke, "İdari Kararla Greve Müdahale", *Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi*, İzmir 2016, C. 18, S. 4, s. 617-653.
- Hekimler Alpay, "Türkiye'de Toplu İş Sistemi", *Karşılaştırmalı Bir Perspektif ile Avrupa Birliği Üyesi Ülkelerde ve Türkiye'de Toplu Sözleşme Sistemleri*, Ed. Alpay Hekimler, Legal Yayınları, İstanbul 2013, s. 345-393.
- Kaufmann Otto, "Fransa'da Toplu Sözleşme Sistemi", *Karşılaştırmalı Bir Perspektif ile Avrupa Birliği Üyesi Ülkelerde ve Türkiye'de Toplu Sözleşme Sistemleri*, Ed. Alpay Hekimler, Legal Yayınları, İstanbul 2013, s. 171-196.
- Kurt Suheyl Rebi, "Grev ve Lokavt Yasakları", *Ankara Barosu Dergisi*, Ankara 2023, C. 81, S. 1, s. 1-26.
- Öztürk Berna, "Karşılaştırmalı Hukuk ve Türk Hukukunda Grev (Toplu Eylem) Hakkının Değerlendirilmesi: Üç Farklı Yargıtay Kararı Işığında Toplu Eylem Hakkı", *Çalışma ve Toplum Dergisi*, İstanbul 2016, C. 4, S. 51, s. 1793-1836.
- Sur Melda, "6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanununun Uluslararası Normlar Açısından Değerlendirilmesi", *Çalışma ve Toplum Dergisi*, İstanbul 2013, C. 4, S. 39, s. 317-356. (Kısaltma: Sur, Uluslararası Normlar)
- Temiz Hasan Ejder/Ünal Ömer, "Türkiye'de Grev Hakkı ve Grev Ertelemeleri", *Mersin Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi*, Mersin 2020, C. S. 1, s. 47-66.
- Terzioğlu Ahmet, "Türk Toplu İş Hukukunda Barışçıl Çözüm Yolu Olarak Arabuluculuk", *Econharran, Şanlıurfa* 2021, C. 5, S. 8, s. 130-147.
- Yelek Muhammed Seyyid, "Türkiye'de Grev Hakkını Düzenleyen Kuralların ILO Normları ile Uyumu", *Sosyal ve Beşerî Bilimler Araştırmaları Dergisi*, Muğla 2023, C. 24, S. 53, s. 87-106.
- Yürekli Sabahattin, "Toplu İş Uyuşmazlıklarında Yüksek Hakem Kurulu Kararları", *İstanbul Medeniyet Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, İstanbul 2020, C. 5, S. 8, s. 113-149.

Mahkeme Kararları

AYM, 2013/1 E, 2014/161 K, 22.10.2014 T.

AYM, 2014/12166 E, 02.07.2015 T.

AYM, İkinci Bölüm, Başvuru no: 2015/14862, 09.05.2018 T.

AYM, Başvuru no. 2014/12166, 02.07.2015 T.

Danıştay 10. D, 1995/6497 E, 1997/3777 K, 15.10.1997 T.

Danıştay, 10. D, 2003/6134 E, 2006/2551 K, 12.01.2004 T.

Danıştay, 10. D, 2014/3628 E, 16.07.2014 T.

İHAM, 12.11.2008 T, Başvuru no: 34503/97.

Yarg. 22. HD, 2014/16453 E, 2014/22444 K, 15.07.2014 T.

