

# 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. Prof. Dr. Metin Feyzioğlu,  
Türkiye Barolar Birliği Başkanı

## Sorumlu Müdür / Managing Director

Av. İzzet Güneş Gürseler, TBB Genel Sekreteri

## Yayıncıdan Sorumlu Başkan Yardımcısı / Vice-

President Head of the Publishing Department  
Av. Başar Yaltı

## Genel Yayın Yönetmeni / Executive Editor

Av. Özlem Bilgiliöğlü

## Eşgüdüm Kurulu / Board of Coordination

Av. Başar Yaltı, TBB Başkan Yardımcısı  
Av. İzzet Güneş Gürseler, TBB Genel Sekreteri  
Av. Sabri Erdal Güngör, TBB Sayman Üye  
Av. Özlem Bilgiliöğlü

## Yayın Kurulu

Özlem Bilgiliöğlü  
Ali Acar  
Gizem Özkan  
Musa Toprak

## Danışma Kurulu / Board of Advisors

Prof. Dr. Rona Aybay  
Yakın Doğu Üniversitesi Hukuk Fakültesi

## Prof. Dr. Erzan Erzurumluoğlu

Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi

## Prof. Dr. Hayrettin Ökçesiz

Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi

## Prof. Dr. Erdal Onar

Bilkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi

## Prof. Dr. Hakan Pekcanitez

Galatasaray Ü. Hukuk Fakültesi

## Prof. Dr. Durmuş Tezcan

İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi

## Prof. Dr. Erdener Yurtcan

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

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

İki ayda bir (Ocak, Mart, Mayıs, Temmuz, Eylül, Kasım  
aylarında) yayımlanır. / Issued bimonthly (January,  
March, May, July, September, November).

Dergide yayımlanan yazılarda ileri sürülen görüşler  
yalnızca yazarlarına aittir. / Articles published in these  
series express solely the views of the authors.  
Dergide yayımlanan yazılar, kaynak gösterilmeden  
başka bir yerde yayımlanamaz. / Articles published in  
these series can not be republished without citation.

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

## İletişim Adresi / Communication Address

Türkiye Barolar Birliği Başkanlığı  
Yayın İşleri Müdürlüğü  
Oğuzlar Mah. Av. Özdemir Özok Sokağı No: 8  
06650 Balgat - ANKARA  
Tel: (0312) 292 59 00 (pbx) Faks: (0312)286 55 65  
web:www. barobirlik.org.tr  
e-posta: yayin@barobirlik.org.tr

## Abonelik / Subscription

Yıllık abone bedeli: 75 TL.

## Sayfa Tasarımı ve Ofset Hazırlık /

Page Design and Offset Preparation  
Türkiye Barolar Birliği Yayın İşleri

## Basım Yeri / Printed by

Şen Matbaa (0312) 229 64 54 - 230 54 50  
Özveren Sokağı 25/B Demirtepe - Ankara  
www.senmatbaa.com

# TÜRKİYE BAROLAR BİRLİĞİ DERGİSİ

## YAYIN KURALLARI

- 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.
- Dergiye gönderilecek yazıların; özgün, başka bir yerde yayımlanmamış veya yayımlanmak üzere gönderilmemiş olması gerekmektedir.
- a) Yazılar, bilgisayar ortamında hazırlanmalıdır.  
b) Yazıların ilk sayfasında makalenin adı, özeti ve anahtar sözcükleri; **Türkçe ve İngilizce olarak** yer almalıdır.  
c) Yazılar, ana bölümlerde 1,5 satır aralığı ile 12 punto; dipnotlarda tek satır aralığı ile 10 punto kullanılarak Times New Roman karakterinde yazılmalıdır.
- Dipnotlar** sayfa altında gösterilmelidir. Dipnot numaraları noktalama işaretlerinden sonra kullanılmalıdır. Dipnotta kaynak verilirken **yazar adı ve soyadının sadece baş harfleri büyük harf olmalı, eğer verilen kaynak makale ise makale adı çift tırnak içinde alınmalı, sadece eser adı İtalic** verilmeli, yayınevi, ili, baskı yılı ve sayfa sayısı sırası ile verilmelidir.

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

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

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

- Yazıların basılı nüshası CD ile birlikte künyedeki adrese ya da elektronik nüshası **yayin@barobirlik.org.tr** adresine gönderilmelidir.
- Yazılar, TBB Dergisi Yayın Kuralları’na uygun değilse reddedilir.
- Yazarların; ünvanlarını, görev yaptıkları kurumları, haberleşme adresleri ile telefon numaralarını ve e-posta adreslerini göndermeleri zorunludur.
- Yazılar, “kör hakemlik” sistemi uyarınca, yazarların adı yazı metninden çıkarılarak hake-me gönderilir. Yazarlara da yazının hangi hakeme gönderildiği konusunda bilgi verilmez. Hakem tarafından yazının yayımlanması uygun bulunmadığı takdirde bu durum yazara bildirilir. Hakem raporu düzeltme içeriyorsa; rapor, hakem adı belirtilmeksizin yazara gönderilir ve yazının hakem raporuna göre düzeltildikten sonra yayımlanabileceği bildirilir. Bu süreç hakemin yazının yayımlanmasını uygun bulmasına kadar devam eder.

- Türkiye Barolar Birliği Dergisi’nin yazı dili Türkçedir.

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

- Yazarlara ve hakemlere, talep etmeleri halinde “Türkiye Barolar Birliği Yayınlarının Hazırlanması, Basım ve Dağıtımını Yönetmeliği” çerçevesinde telif ücreti ödenir. Yazarlara üç adet, hakemlere bir adet dergi gönderilir.



## İÇİNDEKİLER / CONTENTS

### 7 BAŞKAN'DAN / FROM THE PRESIDENT

Darbe Teşebbüsünün Hedefi;  
Anayasada Nitelikleri Tanımlanmış Türkiye Cumhuriyeti ve Üniter Yapımızdır

### HAKEMLİ MAKALELER / REFEREED ARTICLES

#### 11 Ufuk YEŞİL

Fransa'da Din ve Vicdan Hürriyeti Bağlamında Dini Sembollerin Kullanımı / Usage of Religious Symbols in France within the Context of Freedom of Religion and Conscience

#### 49 Taylan BARIN

Kolluk Gözetim Komisyonu Hakkında Mevzuat Eksenli Kısa Bir Değerlendirme / A Short Examination Based on the Legislation on Monitoring Commission on Security Forces

#### 69 Necat BATUR

Ceza Yargılamasında Moleküler Genetik İnceleme / Molecular Genetic Analysis in Criminal Proceedings

#### 95 Haluk TOROSLU

Bilinçli Taksir Üzerine Bir Değerlendirme / A Brief Study on Conscious Negligence

#### 123 Recep DOĞAN

Yargıtay Kararlarında Töre Saikiyle Öldürme Suçu / Understanding the Concept of Customary Killing in the Light of Rulings of the Appeal Court

#### 167 Mustafa Yaşar DEMİRCİOĞLU

Düzenleyici İşlemin Konusunun Gayrimeşru Olması (Vakıf Üniversiteleri ile İlgili YÖK Düzenlemelerine Eleştirel Bir Yaklaşım) / Illegitimacy of the "Subject-Matter" of a Regulatory Statue (Critical Approach toward the YÖK -Turkish Council of Higher Education- Regulation on Foundation Universities)

#### 211 Engin SAYGIN

Haklı Beklentilerin Korunması İlkesine Yönelik Türk ve İngiliz İdare Hukuku Yaklaşımı Üzerine Karşılaştırmalı Bir Analiz / A Comparative Analysis of Turkish and English Administrative Law Approach Towards the Principle of the Protection of Legitimate Expectations

#### 235 Züleyha KESKİN

İdari Yargıda İstinaf Kanun Yolu / Intermediate Appeal System in Administrative Law

**263 Arif Barış ÖZBİLEN**

Üst Hakkı İradı ve Bu İradın Ödenmesine İlişkin Alacağın Güvencesi Olarak Kanunî İpotek Hakkı / Building Right Remuneration and Statutory Charge as the Guarantee of the Claim Related to the Payment of this Remuneration

**311 Onur ŞAHİN**

Kefalet ve Bağımsız Garanti Sözleşmelerinin Sona Erme Halleri / Termination of Surety and Guarantee Contracts

**339 Hakkı Mert DOĞU**

Kıbrıs Spor Hukuku'nda Teknik Adam Sözleşmesi / Technical Director Contract for Sports Law in Cyprus

**363 Tolga AKAY**

Osmanlı Devleti'nde Marka Hukukunun Gelişimi / The Development of Trade Law in the Ottoman State

# başkan'dan

## **DARBE TEŞEBBÜSÜNÜN HEDEFİ; ANAYASADA NİTELİKLERİ TANIMLANMIŞ TÜRKİYE CUMHURİYETİ VE ÜNİTER YAPIMIZDIR\***

Türkiye Cumhuriyeti, 15 Temmuz 2016 gecesini, tarihinin en büyük saldırısına uğramıştır. Demokrasinin kalbi Türkiye Büyük Millet Meclisi dahi, darbeye kalkışan demokrasi düşmanlarının, içeride milletvekilleri bulunduğu sırada havadan ve karadan saldırısına maruz kalmıştır. Çok sayıda güvenlik görevlisi ve sivil vatandaőımız katledilmiő; birçok devlet binası da tahrip olunmuőtur.

Darbe giriőiminde şehit olan tüm polis asker ve sivil vatandaőlarımızı rahmetle anıyoruz; yaralılarımızı acil őifalar diliyoruz.

Bu kalkıőmayı gerçekleőtirenlerin devlet içine sızmiő ve "Fethullah Gülen Cemaati" adıyla bilinen bir terör örgütü olduğu ifade edilmektedir. Yargı ve emniyet güçleri içine sızmiő bu yapının, yakın geçmişte, kendine bağlı hakim, savcı ve polisler eliyle, devlet kurumlarında ve bu arada Türk Silahlı Kuvvetleri'nde sahte delillerle büyük bir tasfiye gerçekleştirdiği ise tarafımızca bilinmektedir. Adı geçen örgütün, bu tasfiye sonunda boşalan yerlere kendi kadrolarının yerleőmesini sağladığı anlaşılmaktadır. Geçtiğimiz gün yaşanan kanlı kalkıőmanın, işte bu kadroların oluőturduduđu söz konusu terör örgütünün eseri olduğu yetkililerce belirtilmektedir.

\* 20 Temmuz 2016 tarihinde TBMM Başkanı Sayın İsmail Kahraman'ı, baro başkanları ile ziyaret vesilesiyle yapılan konuşma

Darbe girişimi; Devlete bağlı sağduyulu ve milli asker ve polislerin, iktidar ve muhalefet partileri ile yurt çapında yaygın demokratik kitle örgütlerinin, medyanın, Türkiye Barolar Birliği'nin, istisnasız tüm Baroların ve elbette vatandaşlarımızın kararlılıkla karşı durması sonucunda engellenmiştir.

Bundan sonra yapılması gereken, devletin içinde yuvalanmış olan bu terör örgütünün hukuk çerçevesinde ve ivedilikle devlet yapısından ayıklanmasıdır.

Hain darbe girişiminin, hiçbir şekilde milli ordumuza leke sürmesine izin verilemez. Bu noktaya nasıl gelindiğinden dersler alınarak, yargı, polis, ordu ve tüm devlet bürokrasisinde liyakat sistemi hayata geçirilmelidir. Darbe teşebbüsünden haberi olmayan ve sadece emir aldığı için kışlasından çıkan erlerimiz hakkında uygulanan özgürlük kısıtlamalarına ise bir an önce son verilmelidir.

Bütün terör örgütleri karşısında olduğu gibi adı geçen terör örgütüne karşı da devletin en etkili gücü, hukuk kurallarına uygun davranmaktan kaynaklanan meşruiyetidir. Bu sebeple, terörle mücadelede kalıcı başarı sağlanması için soruşturma ve kovuşturmaların adil yargılama kuralları çerçevesinde yürütülmesi zorunludur. Avukatların, şüphelilerle görüşme ve ifadeler alınırken hazır bulunma yetkileri başta olmak üzere savunma yetkilerini kullanmaları engellenmemeli, engellenenler hakkında işlem yapılmalıdır.

Darbeciler başarılı olsalardı yok sayacakları adil yargılama kuralları, darbeye kalkışan terör örgütünün mensubu olduğu iddia edilenler hakkında eksiksiz uygulanmalıdır. Bu, hukuk devleti olmanın vazgeçilmez şartıdır. Yapılan soruşturmaların şaibesiz olması ancak böyle sağlanabilir ve ancak bu şekilde halkımızın tamamı, açılacak davaların ve verilecek hükümlerin önceki dönemdekinin aksine birer kumpas olmadığına inanabilir.

Türkiye Barolar Birliği ve Türkiye'nin bütün Baroları olarak, Türkiye Büyük Millet Meclisi'ne, kamu kurumlarına, polis, asker ve sivil vatandaşlarımıza yapılmış bu saldırıyı; Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nda demokratik, laik ve sosyal hukuk devleti olarak ifadesini bulan Türkiye Cumhuriyeti'ne karşı yapılmış bir saldırı olarak görüyoruz.



Bu terör örgütünün yıllar içerisinde sinsice verdiği ve en sonunda kanlı darbe teşebbüsüyle yol açtığı büyük zararı hep birlikte gidereceğiz. Bundan hiç kimsenin şüphesi olmasın.

Öte yandan unutulmamalıdır ki, bu hain darbe girişimi vatandaşlarımızın bir bütün olarak karşı durması sonucunda püskürtülmüştür. Bundan sonra her vatandaşımızın, özellikle her siyasetçinin ve kanaat önderinin ayrıştırıcı ve halkı birbirine düşürmeye yönelik provokasyonlara karşı her zamankinden daha dikkatli olması gereklidir.

Bundan önce olduğu gibi bundan sonra da hukukun üstünlüğünden, Cumhuriyetimizin ilke ve değerlerinden, demokratik, laik, sosyal hukuk devletinden ve bunun güvencesi olan kuvvetler ayrılığı ilkesinden; adil yargılanma hakkının temel şartı olan yargı bağımsızlığından ve bağımsız savunmadan yana mücadelemizi aynı kararlılıkla sürdüreceğimizi bir kere daha ifade ediyoruz.

**Av. Prof. Dr. Metin Feyzioğlu**

**Türkiye Barolar Birliği Başkanı**



# FRANSA'DA DİN VE VİCDAN HÜRRİYETİ BAĞLAMINDA DİNİ SEMBOLLERİN KULLANIMI

## USAGE OF RELIGIOUS SYMBOLS IN FRANCE WITHIN THE CONTEXT OF FREEDOM OF RELIGION AND CONSCIENCE

Ufuk YEŞİL\*

**Özet:** İnsan hakları, insanın sırf insan olması nedeniyle doğuştan sahip olduğu vazgeçilemez ve devredilemez haklardır ve bu haklar insanlığın tarihsel süreç içerisinde elde ettiği insani ve kültürel değerlerin birikimini yansıtır. Tarihsel sürece bakıldığında insan haklarının bu günlere gelmesi adına yoğun mücadeleler verildiği ve doğudan batıya bütün medeniyetlerin bu mücadeleyi desteklediği görülmektedir. Çalışmada, bahsi geçen mücadelelerden en çetinine sahne olan Fransa'da din ve vicdan özgürlüğünün tarihi gelişimi, bu özgürlük bağlamında dini sembollerin kullanımı ve konuyla ilgili AİHM'in yaklaşımı incelenmiştir.

**Anahtar Sözcükler:** Din ve Vicdan Hürriyeti, Laiklik, Dini Sembol, Stasi Raporu

**Abstract:** Human rights are inalienable and non-transferable rights inherently possessed by humans simply because of being human and these rights reflect the accumulation of humanitarian and cultural values attained by humanity within the historical period. When the historical period is examined, it is observed that intense struggles have been waged for the advancement of human rights and all civilizations from east to west have supported this struggle. In this study, the historical development of freedom of religion and conscience and usage of religious symbols within the context of this freedom in France, where the hardest of the mentioned struggles took place, have been examined along with the approach of ECHR in respect thereof.

**Keywords:** Freedom of Religion and Conscience, Laicism, Religious Symbol, Stasi Report

\* Dr., Hakim, Uyuşmazlık Mahkemesi Genel Sekreteri, ufuk.yesil@adalet.gov.tr.

## GİRİŞ

Din ve inanç, insanın yaratıldığı günden beri var olan, her daim tartışılan, siyasal iktidarların halk nezdinde kabul edilip edilmemelelerinde, kişilerin toplumsal ve siyasi tutumlarında ve ahlak anlayışlarının şekillenmesinde belirleyici etkileri olan kavramlardır.<sup>1</sup>

İnsan hayatında bu kadar önemli yere sahip olan din ve vicdan kavramları demokrasi ve laikliğin geçerli olduğu her ülkede din ve vicdan özgürlüğü adı altında koruma altına alınmıştır. Bu özgürlük bir kısım ülkelerde negatif, bir kısım ülkelerde de pozitif hürriyet olarak kabul edilmektedir.<sup>2</sup>

Din ve vicdan özgürlüğü, kişiye istediği dini veya inancı kabul etmek, değiştirmek veya hiçbir din veya inancı tanımamak hakkı verir. Bu özgürlük sadece inanan kişinin değil, inançsızların, din düşmanlarının ve şüphecilerin de dünya görüşünü korur.

Din ve inanç özgürlüğü, bireylerin istedikleri din ve inancı benimsemiş, dini bir inanca sahip olmama ve dinlere karşı ilgisiz olmayı ve aynı şekilde dinin gereklerini yerine getirip getirmeme özgürlüğünü de kapsar.<sup>3</sup>

## I. ÖZGÜRLÜK KAVRAMI İLE DİN VE VICDAN ÖZGÜRLÜĞÜNÜN TANIMI

İnsanlar için çok önemli olan özgürlük; kişinin yapmak veya olmak istediği bir şey konusunda dışarıdan gelen ve doğal olmayan herhangi bir engelleme veya kısıtlama altında bulunmamasını ifade eder.<sup>4</sup>

Günümüzdeki ifadesiyle, fertlerin insan olması temeline dayanan insan hakları, özgürlük hakları olarak da nitelendirilir. Bu açıdan in-

<sup>1</sup> Zühtü Arslan, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde Din Özgürlüğü, Liberal Düşünce Topluluğu Yayınları, Ankara 2005, s. 1, ("Özgürlük").

<sup>2</sup> Adnan Küçük, "AB Üyesi Bazı Ülkeler ile Abd ve Türkiye'de Din Eğitimi ve Öğreniminin Hukuki Çerçevesi", Liberal Düşünce-Din Özgürlüğü, Liberte Yayınları, Ankara 2009, Sayı.55, s. 61, ("Çerçeve").

<sup>3</sup> Mustafa Erdoğan, Anayasa ve Özgürlük, Yetkin Yayınları, Ankara 2002 s. 140, ("Özgürlük").

<sup>4</sup> Mustafa Erdoğan, "Sivil Özgürlük Olarak Din ve Vicdan Özgürlüğü", Türkiye'de Din ve Vicdan Hürriyeti Çeşitlilik, Çoğulculuk, Barış, (Der.: Murat Yılmaz), Liberal Düşünce Topluluğu, Ankara 2005, s. 23, (" Vicdan").

san haklarının temel amacı, siyasi iktidarın kişiler üzerindeki baskısını en aza indirmek ve bu yolla kişilerin zorlamaya maruz kalmadan tercihte bulunabilme imkânlarını artırmaktır. Sivil haklar ise, bu özgürlük alanının en önemli kısmını teşkil eder.<sup>5</sup>

Din ve vicdan özgürlüğü, insanın insan olması nedeniyle kendisine tanınan ve tanınmadığı durumlarda kişinin insan onuruyla bağdaşır şekilde yaşamını devam ettiremeyeceği çok önemli bir haktır. Dini inanç, kişinin başka bir dünya ile de irtibatının tezahürü olarak, insanın beklentilerinin karşılanmaması halinde yaşadığı hayatı çekilmez hale getirebilecek vazgeçilmez bir değeri ifade eder. Bu nedenle de din, birçok insan için kendi hayatından ve yaşama hakkından daha önemli ve öncelikli bir yere sahiptir. İnsanın yüce bir kudretle kurmuş olduğu ulvi bir bağın neticesi olan dinin emir ve gereklerinin sosyal hayata aktarılması, kişinin bireysel ve toplumsal ilişkilerinin sağlıklı bir temele oturması bakımından vazgeçilmez önemi haizdir.<sup>6</sup>

Avrupa İnsan Hakları Komisyonu'na göre de, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin (AİHS) 9. maddesinde düzenlenen din ve vicdan hürriyeti öncelikle bireysel inançları ve dini kabul alanını korur.<sup>7</sup> Bu dokunulmaz alana; kişilerin istediği inanca sahip olabilmek ve aynı zamanda hiçbir inanca sahip olmama özgürlüğü girer ve bireyler inançlarını değiştirmeye, açıklamaya zorlanmadığı gibi bir inanca sahip olmak için herhangi bir makamdan izin almak zorunda da değildir.<sup>8</sup>

<sup>5</sup> Erdoğan, Özgürlük, s. 141 vd.

<sup>6</sup> Yüksel Günarslan, "Din ve Vicdan Özgürlüğü İle Laiklik Bağlamında Din Eğitimi ve Öğretimi", *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, Yıl.5, Sayı.19, Ankara 2014, s. 1148; Bekir Berat Özipek, "Din ve Vicdan Özgürlüğü: Türkiye İçin Bir Anayasal Çerçeve Önerisi", *Stratejik Düşünce Enstitüsü, SDE-Analiz Yayınları*, Ankara 2011, s. 3.

<sup>7</sup> Avrupa İnsan Hakları Komisyonu Birleşik Krallık Kararı, Başvuru No:10358/83, karar tarihi: 15.12.1983; [http://hudoc.echr.coe.int/eng#{"fulltext":\["United Kingdom, no. 10358/83, Commission decision of 15 December 1983"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/eng#{), "documentcollectionid2": [{"GRANDCHAMBER"}, {"CHAMBER"}], "itemid":["001-70956"]}, (Erişim) 05.01.2016.

<sup>8</sup> AIHM Buscariniv/SanMarino kararı, Başvuru No: 24645/94 karar tarihi: 18.02.1999, [Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması, Genişletilmiş 2.Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara 1996. s. 346.](http://hudoc.echr.coe.int/sites/tur/Pages/search.aspx#{)

## II. DİN VE VİCDAN ÖZGÜRLÜĞÜNÜN KAPSAMI

Din ve vicdan hürriyetinin bireye bakan iki yönü vardır. Bunlardan ilki, kişinin vicdani bir kanat ve düşünceye sahip olması, diğeri de bu kanat ve düşüncesini dışarıya aksettirmesidir. Din ve vicdan hürriyeti kişilerin hem fizik ötesi inanç ve düşüncelerini hem de kişisel ve toplumsal alana ilişkin görev ve düşüncelerini gerçekleştirme iradelerini korur. Korunan bu iradelere ilki vicdani özgürlükle, diğeri de inancın dışı vurumuyla ilgilidir.<sup>9</sup>

AİHS'in 9. maddesi din ve vicdan özgürlüğünü düzenlemiştir. Maddenin 1. fıkrasında, *"herkes düşünce, vicdan ve din özgürlüğüne sahiptir. Bu hak din veya inanç değiştirme özgürlüğü ile tek başına veya topluca, alenî veya özel olarak ibadet, öğretim, uygulama ve ayin yapmak suretiyle dinini veya inancını izhar veya ifade etme özgürlüğünü de içerir"* denilmiştir. İnanç özgürlüğünün öznesi sadece gerçek kişiler olabilirken, din özgürlüğünden tüzel kişiler veya tüzel kişiliği bulunmayan örgütler de yararlanabilir.<sup>10</sup>

AİHS'in 9. maddesi metninden de anlaşılacağı üzere din ve vicdan hürriyetinin dört unsuru vardır. Bunlar: Bir dine inanma ve inanmama, dinin gereklerini yerine getirme, dini inancı başkalarına telkin ve tebliğ etme ve dini eğitim-öğretim özgürlüğüdür.<sup>11</sup>

### A. BİR DİNE İNANMA VE İNANMAMA ÖZGÜRLÜĞÜ

Bu özgürlük, kişilerin bir dine inanmasını veya inanmamasını güvence altına alır. Dolayısıyla din ve vicdan özgürlüğü; bir dine inanlar kadar inanmayanları, dinden çıkanları ya da din değiştirenleri koruma altına alırken, bir dine inanlar arasında da mezhebine ve bağlı bulunduğu cemaate göre yapılacak ayrımcılığı yasaklar.<sup>12</sup>

### B. DİNİN GEREKLERİNİ YERİNE GETİRME ÖZGÜRLÜĞÜ

Dinin gereklerini yerine getirme özgürlüğü, inanç sahibi kişilerin

<sup>9</sup> Erdoğan, Vicdan, s. 24-25.

<sup>10</sup> Akif Emre Öktem, Uluslararası Hukukta İnanç Özgürlüğü, Liberte Yay., Ankara 2002, s. 304.

<sup>11</sup> Küçük, Çerçeve, s. 62.

<sup>12</sup> Berke Özenç, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve İnanç Özgürlüğü, Kitap Yayınları, İstanbul 2006, s. 8-29.

gerek bireysel hayatlarında gerekse sosyal ve toplumsal ilişkilerinde dini inançlarını gerektirdiği şekilde yaşama ve davranma özgürlüğünü içerir. Çünkü din ve vicdan özgürlüğü yalnızca bireylerin inançlarının ve vicdani kanaatlerinin güvence altına alınmasıyla gerçekleşmez.<sup>13</sup> Dinin gerekleri, bireysel ve toplu ibadetler ile dini ayinlerden oluşur ve din-vicdan özgürlüğünün inananlara sağladığı koruma, ibadet ve ayinlerini kamu önünde yapılabilmelerini de kapsar.<sup>14</sup>

### C. DİNİ İNANCI BAŞKALARINA TELKİN VE TEBLİĞ ETME ÖZGÜRLÜĞÜ

Bir kişinin korkutma ya da zorlama olmadan ve diğer kişinin düşünce özgürlüğüne saygılı davranarak, kendi dinî inancını başka bir kişiye tebliğ ve telkinde bulunması da din ve vicdan özgürlüğünün kapsamındadır.<sup>15</sup>

Herhangi bir dini inancın yayılması amacına matuf yürütülen propaganda faaliyetlerinin yasaklanması, engellenmesi veya cezai müeyyideye tabi tutulması din ve vicdan özgürlüğüne aykırıdır.<sup>16</sup> Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) 9. madde ile ilgili Yunanistan'a karşı verdiği Kokkinakis kararında dini telkinin "ikna" etme hakkını da kapsadığını belirtmiştir.<sup>17</sup>

<sup>13</sup> Erdoğan, Vicdan, s. 25.

<sup>14</sup> Öktem, s. 334.

<sup>15</sup> Şennur Ağırbaşı, "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Çerçevesinde Din ve Vicdan Özgürlüğü", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Sayı.101, Ankara 2012, s. 91.

<sup>16</sup> Zühtü Arslan, *Anayasa Teorisi*, Seçkin Yayınları, Ankara 2005, s. 112, ("Teori").

<sup>17</sup> AİHM bu kararında; "Yüzyıllar süren bir mücadele sonunda, büyük bedellerle kazanılan ve demokratik toplumun ayrılmaz bir unsuru olan çoğulculuk da bu özgürlüğe dayanmaktadır. Din özgürlüğü öncelikle bir kişisel vicdan meselesi ise de, aynı zamanda, başka şeylerin yanı sıra, "inancını açıklama" özgürlüğünü de ifade etmektedir. Sözlü ve yazılı şahadet, dini inançların varlığıyla bağlıdır. 9. maddeye göre, kişinin dinini açıklama özgürlüğü yalnızca topluluk içerisinde başkalarıyla birlikte, "kamusal alanda" ve aynı inancı paylaştan kişiler arasında uygulanabilir nitelikte olmakla kalmayıp, aynı inancı paylaşan kişiler arasında "özel tarzda" da beyan edilebilmektedir. Dahası, prensip olarak, kişinin örneğin "öğretim" yoluyla komşusunu ikna etmeye çalışma hakkını da kapsamaktadır; zira bu hakkın bulunmaması durumunda 9. maddede kutsallaştırılan, "kişinin dinini veya inancını değiştirme özgürlüğü" hükümsüz hale gelecektir" demiştir. AİHM Kokkinakis/Yunanistan kararı, Başvuru No: 14307/88, [http://hudoc.echr.coe.int/sites/tur/Pages/search.aspx#{"fulltext":\["14307/88"\],"documentcollectionid2":\["GRANDCHAMBER","CHAMBER","DECCOMMISSION"\],"itemid":\["001-62384"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/sites/tur/Pages/search.aspx#{), (Erişim) 10.3.2016.

## D. DİNİ ÖĞRETİM VE EĞİTİM ÖZGÜRLÜĞÜ

Din ve vicdan özgürlüğünün unsurlarından birisi de din eğitimi hakkıdır.<sup>18</sup> İnanma, dinin gereklerini yerine getirme, dini inançlarını yayma (tebliğ-telkin) gibi özgürlüklerin yanında, bu hürriyetin bir gereği de din eğitimi ve öğretimidir.<sup>19</sup>

Öğretim ve eğitim özgürlüğü, kamu okulları ile birlikte, dini yönü ağırlıklı olanlar da dâhil olmak üzere her türlü özel eğitim kurumunun kurulup faaliyet göstermesine imkân tanınmasını gerektirir. AİHM, Sözleşme'nin 9. maddesinde yer alan "öğretim" kelimesinin anlamının okullardaki dini eğitim faaliyetinden daha geniş olması gerektiğine karar vermiştir.<sup>20</sup>

Eğitim ve öğrenim hakkına daha açık bir şekilde Sözleşmenin 1 No'lu Ek Protokolü'nün 2. maddesinde yer verilmiştir. Maddede; "hiç kimse eğitim hakkından yoksun bırakılamaz. Devlet, eğitim ve öğretim alanında yükleneyeceği görevlerin yerine getirilmesinde, ana ve babanın bu eğitim ve öğretimin kendi dinî ve felsefî inançlarına göre yapılmasını sağlama haklarına saygı gösterir." denilmiştir.

Madde de birbirleriyle bağlantılı, biri diğerinin vazgeçilmezi olan iki hak düzenlenmiştir. Birisi eğitim ve öğrenim hakkı, diğeri de eğitim hakkından faydalananlara bu hakkın sunulmasında dinî ve felsefî inançlarına saygı gösterilmesinin gerekliliğidir.<sup>21</sup> Devlet din eğitimi konusunda ailenin tercihinin saygı göstermelidir. Bu nedenle aile çocuğunu din eğitimine katılmaktan alıkoymayacağı gibi istediği dinin eğitimini aldırma hakkına da sahiptir.<sup>22</sup> Buna karşın ebeveynin dini veya felsefi kanaatleriyle bağdaşmayan bir din eğitimi ve öğretiminin yaptırılması din ve vicdan özgürlüğüne aykırıdır.<sup>23</sup>

<sup>18</sup> Chris Sidoti, Article 18 Freedom of Religion and Belief, Human Rights and Equal Opportunity Commission, Canberra 1998, s. 15.

<sup>19</sup> Küçük, Çerçeve, s. 62.

<sup>20</sup> İnsan Hakları, Başbakanlık İnsan Hakları Başkanlığı Yayını, Ankara 2006, s. 62.

<sup>21</sup> Ahmet Ziya Çalışkan, "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında Eğitim ve Öğrenim Hakkı", EÜHFD, C. XI, S. 3-4, Erzincan 2007, s. 295.

<sup>22</sup> Durmuş Tezcan ve Mustafa Ruhan Erdem ve Oğuz Sancakdar ve Rifat Murat Önok, İnsan Hakları El Kitabı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2010, s. 354.

<sup>23</sup> İbrahim Turan, "Ulusal ve Uluslararası Hukuk Açısından Türkiye'de Din Eğitiminin Yasal Dayanakları" Ondokuz Mayıs Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi, S.32, Samsun 2012, s.82.



### III. DİN VE VİCDAN ÖZGÜRLÜĞÜNÜN SINIRLARI

#### A. GENEL OLARAK

AİHS'in 9. maddesinin 2. fıkrasında din ve vicdan özgürlüğüne hangi hallerde sınırlama getirilebileceği düzenlenmiştir. Bu maddeye göre sınırlama sadece yasayla yapılabilir. Kamu güvenliği ve düzeninin, genel sağlığın veya ahlakın ya da başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması amacıyla, demokratik bir toplumun gereklerine aykırı olmayacak tedbirlerle özgürlüğe sınırlama getirilebilir. Bu şartların her biri mutlak olup, sınırlama şartlarından birinin bulunmaması halinde yapılan müdahale sözleşmeye aykırılık teşkil eder.<sup>24</sup>

#### B. SINIRLAMANIN YASA İLE GETİRİLMİŞ OLMASI

AİHS'in 8 ile 11. maddeleri arasında güvence altına alınan hakların kullanılması sırasında yürütmenin keyfi müdahalelerinin önlenmesi amacıyla kullanılan kanunilik ilkesi, Sözleşmenin bu maddeleri bakımından ortak bir unsurdur.<sup>25</sup>

Din ve vicdan hürriyetlerini sınırlayabilecek müdahale hukuk tarafından öngörülebilmelidir. Mahkeme, hukuk tarafından öngörülmeye ifadeyle; bireylerin olaya uygulanacak kanun normu hakkında yeterli bilgiye sahip olmalarını aramaktadır.<sup>26</sup> "Hukuk" terimi ise sadece

<sup>24</sup> Ağırbaşlı, s. 95.

<sup>25</sup> "...Mahkemeye göre, "Yasa ile düzenlenmiş olma" ifadesindeki 'yasa' kelimesi, sadece yazılı hukuku değil, yazılı olmayan hukuk da kapsar. Buna göre, Mahkeme, [ulusal] mahkemenin kararının yazılı değil, içtihat hukukunun bir sonucu olması gerçeğine bir önem atfetmemektedir. İçtihat hukukunun verdiği yetkiye dayanarak getirilen bir sınırlamanın, sadece mevzuatta ifade edilmediği için "yasa ile öngörülmediğine" karar vermek, Sözleşme'yi hazırlayanların iradelerine açıkça aykırı olacaktır; [ve ayrıca] Sözleşme'ye taraf olan bir Anglo-Sakson hukuk sistemine sahip devleti (common law state) 10(2). madde ile getirilen güvenceden mahrum bırakabilir ...ve devletin hukuk sistemini kökünden zedeleyebilir." AİHM Sunday Times/İngiltere kararı, 30 Eur.Ct. H.R. (Ser.A) (1979), [http://hudoc.echr.coe.int/eng#{"fulltext":\["Sunday Times"\],"documentcollectionid2":\["GRANDCHAMBER","CHAMBER"\],"itemid":\["001-57584"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/eng#{), (Erişim) 20.3.2016; "...Yasaya uygun olarak" ifadesi, sadece ulusal hukuka atfı yapmaz, aynı zamanda yasanın niteliği ile de ilgilidir. Buna göre, yasa, Sözleşme'nin Başlangıç Bölümü'nde de açıkça ifade edildiği gibi hukuk devleti ilkesine de uygun olmalıdır." AİHM Malone/İngiltere kararı, Başvuru No: 8691/79, Eur.Ct.H.R. (02.08.1984); Osman Doğru, İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi İçtihatları, Legal Yayınları, C.1, İstanbul 2004, s. 764.

<sup>26</sup> "...İlk önce yasa yeterince ulaşılabilir olmalıdır: vatandaş belli bir duruma uygu-

şekli değil maddi içerik yönünden de yorumlanmıştır. Terimin kapsamına yasalardan daha alt düzeydeki kararname ve parlamentonun yetkilendirdiği mesleki düzenleme organlarınca alınan kural içerikli önlemleri de kapsayan yazılı ve yazılı olmayan kurallar bütünü girmektedir.<sup>27</sup>

### C. SINIRLAMANIN MEŞRU BİR AMACI OLMASI

Sözleşme'nin 9.maddesinin 2.fıkrasına göre, din ve vicdan özgürlüğü ancak *"kamu güvenliğinin, kamu düzeninin, genel sağlığın veya ahlakın, ya da başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması için demokratik bir toplumda zorunlu olması"* halinde sınırlandırılabilir ve devletler bir özgürlüğün sınırlanması sonucunu doğuran tasarrufun her hangi bir amaç nedeniyle meşru olduğunu ileri süremezler.<sup>28</sup>

Devletler, din ve vicdan hürriyetini sınırlayan tasarruflarının 9. maddenin 2. fıkrasında belirtilen meşru amaçlardan birisini elde etmek için gerçekleştirildiğini ispatla yükümlüdür. Bu nedenle, din ve vicdan hürriyeti ancak bu özgürlüğü güvence altına alan madde metninde belirtilen sınırlı sayıdaki meşru amaca dayalı olarak sınırlanabilir.<sup>29</sup>

---

lanabilir nitelikteki hukuk kurallarının koşulları hakkında bilgi sahibi olabilmelidir. İkinci olarak, bir hukuk kuralı, vatandaşa davranışlarını düzenleme olanağı vermeye yetecek kesinlikte formüle edilmediği müddetçe "yasa" olarak nitelendirilemez vatandaş, gerekirse uzman yardımı ile-, mevcut koşulların elverdiği ölçüde, belli bir davranışın neden olacağı sonuçları önceden kestirebilmelidir." AİHM Sunday Times/İngiltere kararı, 30 Eur.Ct.H.R. (Ser.A) (1979). [http://hudoc.echr.coe.int/sites/tur/Pages/search.aspx#{"fulltext":\[".8691/79"\],"documentcollectionid2":\["GRANDCHAMBER","CHAMBER","DECCOMMISSION"\],"itemid":\["001-57532"\]](http://hudoc.echr.coe.int/sites/tur/Pages/search.aspx#{)}, (Erişim) 22.3.2016.

<sup>27</sup> "...Bu terime hem yasalardan daha alt dereceli olarak çıkartılan mevzuat ve kendilerine parlamento tarafından verilen bağımsız kural koyma yetkisi çerçevesinde düzenleyici işlem yapma yetkisini haiz meslek kuruluşları tarafından yapılmış düzenleyici işlemleri içeren "yazılı hukuk", hem de yazılı olmayan hukuk dahildir. 'Yasa' terimi hem yasayı hem de yargıç yapımı hukuku/içtihat hukuku (judge-made law) kapsar şekilde anlaşılmalıdır." Leyla Şahin / Türkiye, B.N.44774/98 para.88 [http://hudoc.echr.coe.int/sites/tur/Pages/search.aspx# {"fulltext":\["44774/98"\],"documentcollectionid2":\["GRANDCHAMBER","CHAMBER","DECCOMMISSION"\],"itemid":\["001-70956"\]](http://hudoc.echr.coe.int/sites/tur/Pages/search.aspx#{)}, (Erişim) 23.3.2016; Osman Doğru ve Atilla Nalbant, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi Açıklama ve Önemli Kararlar, Pozitif Matbaa, Ankara 2013, s. 137-138.

<sup>28</sup> İbrahim Ö. Kaboğlu, Özgürlükler Hukuku, Ankara 1993, s. 188, ("Özgürlükler").

<sup>29</sup> Mehmet Semih Gemalmaz, Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunun Genel Teorisi-ni Giriş, 4.Baskı, Beta Yayınları, İstanbul 2003, s. 759, ("Teori"); Doğru ve Nalbant,

Mahkeme ve Komisyon, din ve inanç özgürlüğüne getirilen sınırlamanın yasa ile düzenlenmiş olup olmadığını değerlendirdikten sonra söz konusu sınırlamanın sayılan meşru amaçlardan birisine ulaşmak için demokratik bir toplumda gerekliliğini inceler.<sup>30</sup> Bu sebeple, din ve inanç özgürlüğüne getirilen sınırlamanın Sözleşme'ye aykırılığına karar verilmesinde sınırlama ile ulaşılmak istenen amacın doğru tespit edilmesi gerekir. Getirilen sınırlamanın haklılığına karar verilmesinde önemli bir yer tutan meşru amaçlar çok geniş ve kapsamı tam belli olmayan kavramlarla ifade edilmiş olup, bu kavramların anlamı Mahkeme ve Komisyon kararlarında netleşmektedir.<sup>31</sup>

Mahkeme ve Komisyon meşru amaçları yorumlarken, bu kavramlara olağan anlamlarından farklı bir anlam yüklememeli ve madde metninde öngörülme-yen bir amacın gerçekleştirilmesine izin vermemelidir.<sup>32</sup> AİHS'in 18. maddesi de bu konuda bir hüküm içermektedir. 18. maddeye göre; *"Bu Sözleşme'nin hükümleri gereğince sözü edilen hak ve özgürlüklere getirilen sınırlamalar ancak öngörülen amaç için uygulanabilir"*.

Sözleşmede yer alan meşru sınırlama nedenleri kapsamaları çok açık olmamakla birlikte, kamu yararına ve özel yarara yönelik sınırlama nedenleri olarak ikiye ayrılabilirler. Kamu güvenliği, kamu düzeni, genel sağlık veya genel ahlak kamu yararına yönelik sınırlama nedeni olarak değerlendirilirken, *"başkalarının hak ve özgürlükleri, yargı gücünün otorite ve tarafsızlığının sağlanması, şöhretlerinin korunması, gizli bilgilerinin açığa vurulmasının önlenmesi"* özel yarara yönelik sınırlandırma nedeni olarak değerlendirilebilir.<sup>33</sup>

#### D. SINIRLAMANIN DEMOKRATİK BİR TOPLUMDA GEREKLİ OLMASI

Özgürlüklerin sınırlandırılmasının çerçevesini belirleyen en önemli kriterlerden birisi de *"demokratik toplumda gereklilik"* ilkesidir.<sup>34</sup>

s. 138-139.

<sup>30</sup> Gölcüklü ve Gözübüyük, s. 298; Doğru ve Nalbant, s. 139.

<sup>31</sup> Kaboğlu, Özgürlükler, s. 56.

<sup>32</sup> Gemalmaz, Teori, s. 758.

<sup>33</sup> Durmuş Tezcan ve Mustafa, Ruhan Erdem ve Oğuz Sancakdar, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Işığında Türkiye'nin İnsan Hakları Sorunu, Seçkin Yayınevi, 2. Baskı, Ankara 2004, s. 91; Gözübüyük ve Gölcüklü, s. 373-374.

<sup>34</sup> İbrahim, Ö. Kaboğlu, Kolektif Özgürlükler, DÜHF Yayınları, No.8, Diyarbakır 1989. s. 271, ("Kollektif").

Gereklilik ilkesinin amacı, kamu yararının oluşturduğu taleple kişinin temel hak ve özgürlüklerinin korunmasının zorunluluğu arasında adil bir dengenin sağlanmasıdır.<sup>35</sup> Bu kriter, devletlerin 8 ve 11. maddeleri arasında güvence altına alınan özgürlüklere yönelik müdahalelerinin meşruluğunun tespitinde AİHM'e en geniş takdir yetkisini veren kriterdir.<sup>36</sup>

Demokrasi ve zorunluluk gibi tartışmaya açık iki hususu bünyesinde barındıran bu kriter AİHM ve Komisyon tarafından belirli ilke ve kavramlar aracılığıyla açıklığa kavuşturulmaya çalışılmaktadır. Örneğin, Komisyon zorunluluk kavramının mutlak terimlerle açıklanamayacağını vurguladıktan sonra bu kriterin değişik etkenler çerçevesinde değerlendirilebileceğini belirtmiştir. Mahkeme ve Komisyon tarafından bir müdahalenin "*demokratik bir toplumda gerekliliğine*" karar verilirken, yapılan müdahale ile ulaşılmak istenen amaç arasındaki "*orantılılık*" ve "*devlete tanınan takdir hakkı*" göz önünde bulundurulur.<sup>37</sup>

### 1. Orantılılık İlkesi

Bu ilke gereğince Mahkeme ve Komisyon, devletlerin özgürlüklere yaptığı müdahalenin sözleşmeye uygunluğunu denetlerken kısıtlama ile elde edilmek istenen amaç arasında orantı olup olmadığını inceler.<sup>38</sup> Eğer kullanılan araç ile ulaşılmak istenen amaç arasında kabul edilebilir bir orantı yoksa şikâyete konu işlem Sözleşme'ye aykırı kabul edilir.<sup>39</sup>

Sözleşme'de yer alan bir özgürlüğe yapılan müdahalenin "*orantılı*" olarak kabulü için bu müdahalenin bazı şartları taşıması gerekir. İlk olarak bir özgürlüğe müdahale yapılmasındaki amaç, söz konusu müdahaleyi meşru kılacak derecede önemli ve gerekli olmalıdır. İkinci olarak, meşru amaca ulaşmak için gerçekleştirilen müdahale keyfi ve

<sup>35</sup> Ağırbaşı, s. 96.

<sup>36</sup> Mohamed Elewa Badar, "Basic Principles Governing Limitations on Individual Rights and Freedoms in Human Rights Instruments", The International Journal Of Human Rights, Vol.7, No.4, Winter 2003, s. 271.

<sup>37</sup> Steven Greer, The Exceptions to Articles 8 to 11 of European Convention on Human Rights, Council of Europe, Human Rights Files, No.15, 1997, s. 14; Doğru ve Nalbant, s. 139.

<sup>38</sup> Yüksel Metin, Ölçülülük İlkesi, Karşılaştırmalı Bir Anayasa Hukuku İncelemesi, Seçkin Yayınevi, Ankara 2002, s. 19.

<sup>39</sup> Ağırbaşı, s. 98.

adaletsiz olmamalı ve rasyonel olmayan sebepleri ihtiva etmemelidir. Üçüncü olarak da, özgürlüğe yapılan müdahalede kullanılan araçlar yasal amaca ulaşmak için ihtiyaç duyulandan fazla olmamalıdır.<sup>40</sup>

Mahkeme, orantılılık ilkesi ile ilgili ilk sayılabilecek değerlendirmelerinden birisini Handyside/İngiltere başvurusunda yapmıştır.<sup>41</sup> Bu kararında Mahkeme, orantılılık ilkesini, “*demokratik bir toplumda gereklilik*” şartının bir sonucu olarak değerlendirmiştir.<sup>42</sup> Bu karardan sonra Mahkemenin orantılılık ilkesi ile demokratik bir toplumda gereklilik kriteri arasındaki ilişkiye yönelik değerlendirmesi değişmemiş ve bu yaklaşım Olsson/İsveç başvurusunda daha açık olarak şu şekilde ifade edilmiştir; “*Gereklilik kavramı müdahalenin zorlayan toplumsal bir ihtiyaca tekabül ettiğini ve özellikle bu müdahalenin güdülen meşru amaç ile oranlı olduğunu ifade eder.*”<sup>43</sup>

## 2. Devletlerin Takdir Yetkisi

AİHS’e taraf olan devletlerin farklı hukuk sistemleri ve uygulamaları bulunduğundan, Sözleşme’nin taraf devletlerin iç hukukundaki uygulanış şekli de farklılık gösterir. Taraf devletlerin bazılarında Sözleşme Anayasanın üstünde bir konumda bulunurken, bazı ülkelerde ulusal hukukun bir kaynağı olarak bile kabul görmemektedir. Devletler arasında var olan bu farklılık, insan haklarının uluslararası bir güvenceye kavuşturulması ile ülkelerin kendilerine ait anlayışa saygı gösterilmesi gerekliliği arasında bir dengenin sağlanmasını zorunlu kılmıştır.<sup>44</sup>

Takdir yetkisi, devletlerin olayları değerlendirirken ve uluslararası insan hakları belgelerinde düzenlenen hükümleri uygularken sözleşme kapsamındaki yükümlülükleriyle bağdaşır nitelikte ve kendileri için en uygun olan insan hakları uygulamasını belirli bir dereceye ka-

<sup>40</sup> Metin, s. 80.

<sup>41</sup> AİHM Handyside/İngiltere kararı, Başvuru No: 5493/72, [http://hudoc.echr.coe.int/eng#{"fulltext":\["5493/72"\],"documentcollectionid2":\["GRANDCHAMBER","CHAMBER"\],"itemid":\["001-57499"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/eng#{), (Erişim) 23.3.2016; Doğru, s. 161 vd.

<sup>42</sup> Metin, s.83.

<sup>43</sup> AİHM Olsson/İsveç kararı, Başvuru No:10465/83, [http://hudoc.echr.coe.int/sites/tur/Pages/search.aspx#{"fulltext":\["10465/83"\],"documentcollectionid2":\["GRANDCHAMBER","CHAMBER","DECCOMMISSION"\],"itemid":\["001-57548"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/sites/tur/Pages/search.aspx#{), (Erişim) 22.3.2016; Gözübüyük ve Gölcüklü, s. 373.

<sup>44</sup> Doğru ve Nalbant, s. 140 vd.; Greer, s. 15.

dar seçebilmelerini ifade eder.<sup>45</sup> Mahkeme'nin görevi, ulusal düzeyde alınan önlemlerin haklı ve orantılı olup olmadığını belirlemektir. Haklarla ilgili alınan önlemlere ilişkin değerlendirmenin sınırı ulusal merciler tarafından belirlenmekte, ancak bu mercilerin kararının Sözleşme koşullarına uygunluğunu AİHM denetlemektedir.<sup>46</sup>

### 3. 15. madde İle Getirilen Sınırlamalar

AİHS'in 15. maddesi uyarınca taraf devletler olağanüstü hallerde Sözleşme'de güvence altına alınan hak ve özgürlükleri askıya alma yetkisine sahiptir. Ancak devletlere tanınan bu yetki sınırsız değildir ve devletler bu yetkilerini "savaş" veya "ulusun varlığını tehdit eden genel bir tehlike" halinde kullanabilirler.

Mahkeme, Lawless/İngiltere başvurusunda, "ulusun varlığını tehdit eden genel tehlike halinin" ne anlama geldiğini belirtmiştir. Mahkemeye göre bu kavram, "bütün toplumu etkileyen ve Devleti oluşturan örgütlü yaşama tehdit oluşturan istisnai bir kriz veya genel tehlike durumunu" ifade eder.<sup>47</sup>

Sözleşme'ye tabi bir devlet 15. maddede kendisine tanınan yetkiyi ancak durumun gerektirdiği ölçüde kullanabilir. Diğer bir ifadeyle,

<sup>45</sup> Serkan Cengiz, "AİHM Kararlarının İç Hukuka Etkisi", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, S.79, Ankara 2008, s. 342.

<sup>46</sup> AİHM, Handyside/Birleşik Krallık Davasında AİHM, sözleşmeye taraf devletlere tanınan takdir yetkisinin sınırlarını şu şekilde çizmiştir; "Mahkeme Sözleşme devletlere sınırsız bir takdir yetkisi tanımamaktadır. Bu Devlet eylemlerinin sözleşme'ye uygunluğunu sağlamaktan mahkeme sorumludur; bir "kısıtlama" veya "ceza" ile bağdaşır nitelikte olup olmadığına ilişkin nihai hükmü verme yetkisi mahkemeye aittir. Ulusal takdir yetkisi Avrupa denetimi ile el ele yürümektedir. Böyle bir denetim, hem itiraz konusu yapılan tedbirin amacıyla, hem de "gerekliği" ile ilgilidir; yalnızca temel mevzuatı değil, aynı zamanda, bağımsız bir mahkeme tarafından alınmış olsa bile, o mevzuatı uygulayan kararı da kapsamaktadır. Buradan hareketle, yetkili ulusal mahkemelerin yerini almanın hiçbir biçimde Mahkeme'nin görevi olmadığı, Mahkeme'nin görevinin bu mahkemeler tarafından takdir yetkileri kullanılarak alınmış kararların kapsamında incelenmesi olduğu sonucu çıkmaktadır." AİHM Handyside/İngiltere kararı, Başvuru No: 5493/72. [http://hudoc.echr.coe.int/sites/tur/Pages/search.aspx#{"fulltext":\["5493/72"\],"documentcollectionid2":\["GRANDCHAMBER","CHAMBER","DECCOMMISSION"\],"itemid":\["001-62057"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/sites/tur/Pages/search.aspx#{), (Erişim) 24.3.2016; Ağırbaşlı, s. 98.

<sup>47</sup> AİHM Lawless/İngiltere Kararı Başvuru No: 332/57, karar tarihi: 07.4.1961, [http://hudoc.echr.coe.int/sites/tur/Pages/search.aspx#{"fulltext":\["332/57"\],"documentcollectionid2":\["GRANDCHAMBER","CHAMBER","DECCOMMISSION"\],"itemid":\["001-57517"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/sites/tur/Pages/search.aspx#{), (Erişim) 25.3.2016.

devletlerin hak ve hürriyetleri askıya alma yetkisi, ulusun varlığını tehdit eden şartlara sıkı sıkıya bağlıdır. Buna göre, devletin hak ve özgürlükleri askıya alması meşru sayılsa bile, alınan önlemleri mutlak zorunluluk çerçevesinde almış olması gerekir.<sup>48</sup>

Mahkeme, ulusun varlığını tehlikeye atan genel tehlike halinin bulunup bulunmadığı konusunda karar merciinin öncelikle taraf devletler olduğunu, ancak bu yetkinin sınırsız olmadığını ve ulusal takdir marjının kendi denetimine de tabi olduğunu karara bağlamıştır.<sup>49</sup>

15. maddenin ikinci fıkrasında hiçbir koşulda (savaş ve diğer olağanüstü hallerde) sınırlanamayacak hak ve özgürlükler sayılmıştır. Bu haklar; yaşam hakkı (md.2), işkence yasağı (md.3), kölelik yasağı (md.4/1) ve suç ve cezaların yasallığı ilkesi (md.7) dir. Bu madde de sayılmadığı için din ve inanç özgürlüğü, 15. madde kapsamındaki koşulların oluşması halinde askıya alınabilecektir.

#### IV. FRANSA'DA DİN ve VİCDAN HÜRRİYETİ

Din ve vicdan hürriyetinin unsurları ve sınırlama nedenlerine değindikten sonra çalışmanın ana konusu olan Fransa'da din ve vicdan hürriyetine, dini sembollerin kullanımına ilişkin düzenlemelere ve AİHM'in konuya yaklaşımına değinmek gerekirse; Fransa'da din ve vicdan hürriyetinden bahsedildiğinde akla ilk gelen husus laik ilkesidir. Fransa'da laikliğin tarihsel gelişimine ve uygulamasına geçmeden önce laiklik kavramının incelenmesinin fayda olduğu düşünülmektedir.

##### A. LAİKLİK

Yunanca'da "*halktan olan*" anlamına gelen "*laikos*" ve Latince'deki "*din işleriyle ilgisi bulunmayan*" anlamına gelen "*laicus*" kelimelerinin kökünü oluşturan, Yunancada ruhban olmayan halk manasına gelen "*laos*" kelimesinden türeyen "*laik*" deyimini, dilimize Fransızca'daki "*lai/laic/laique*" sıfatından geçmiştir.<sup>50</sup>

<sup>48</sup> Tezcan ve Erdem ve Sancakdar, s. 92.

<sup>49</sup> AİHM İrlanda/İngiltere kararı, Başvuru No.5310/71, karar tarihi: 18.01.1978, [http://hudoc.echr.coe.int/eng#{"fulltext":\["5310/71"\],"documentcollection id2":\["GRANDCHAMBER"\],"CHAMBER":\["CHAMBER"\],"itemid":\["001-57506"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/eng#{), (Erişim) 25.3.2016; Doğru, s. 194.

<sup>50</sup> Adnan Küçük, "Laikliğe İlişkin Tartışmalar ve İki Laiklik Modeli", Türkiye'de Din Özgürlüğü ve Laiklik, (Edi.: Hasan Yücel Başdemir), Liberte Yayınları, Ankara



Laiklik sadece burada belirtilen kavramlardan ibaret değildir. Öğretide de laikliğin değişik tanımları yapılmıştır.

ÖZBUDUN, laikliğin olumlu ve olumsuz olmak üzere iki yönü olduğunu, olumsuz yönünden daha çok din ve devlet işlerinin birbirinden ayrılmasının, olumlu yönünden ise din ve vicdan özgürlüğünün anlaşıldığını belirtmiştir.<sup>51</sup>

ALİEFENDİOĞLU, laikliği; egemenliğin kaynağını ilahi iradeden almaması, devletin dinler karşısında tarafsızlığı, din ve devlet işlerinin birbirinden ayrı olması, eşitlik, devletin ve toplumun hoşgörü esası üzerine kurulması, din ve vicdan özgürlüğünün varlığı, çağdaş yönetim ve çoğunluk iradesine saygı şeklinde tarif etmiştir.<sup>52</sup>

ERDOĞAN'a göre ise laiklik, devletin tarafsız olması ilkesinin bir sonucudur. Devletin tarafsızlığı ise ahlaki ve dini meselelerde ortak bir görüşe varmanın imkânsızlığının siyasi otorite yoluyla çözülemeyeceği gerçeğine dayanır. Laiklik bireyleri değil devleti sınırlayan bir ilkedir. Devlet belli bir din ya da ideolojiyi tercih etmez ve din-vicdan özgürlüğünü, dinin serbestçe icrasını ve dine inanmamayı da güvence altına alır.<sup>53</sup>

## B. LAİKLİĞİN FARKLI AÇILARDAN ANLAMLARI

### 1. FELSEFİ AÇIDAN ANLAMI

Felsefi açıdan laiklik, bilginin kaynağının tanrısal olmaktan çıkarılıp, tamamen beşeri ve rasyonel bir temele oturtulmasıyla ilgilidir. Bu anlayış metafizik ve teolojik inanışları insanın ürettiği rasyonel bilgiden ayırmakta, insanı anlama ve beşeri sorunları çözmeye rasyonel bilgiyi üstün tutmaktadır.<sup>54</sup> Diğer bir anlatımla felsefi açıdan laiklik, inancın yerine aklın egemenliğinin ve araştırmacı anlayışın kabulüdür.<sup>55</sup>

2011, s. 46, ("Laiklik").

<sup>51</sup> Ergun Özbudun, *Türk Anayasa Hukuku, Yetkin Yayınları*, Ankara 2012, s. 56-58.

<sup>52</sup> Yılmaz Aliefendioğlu, "Laiklik ve Laik Devlet", *Laiklik ve Demokrasi*, (Der. İbrahim Ö. Kaboğlu), İmge Kitabevi, Ankara 2001, s. 75-79.

<sup>53</sup> Mustafa Erdoğan, *Anayasal Demokrasi, Siyasal Kitabevi*, Ankara 2004, s. 274-275, ("Anayasal").

<sup>54</sup> Mustafa Erdoğan, *Demokrasi, Laiklik, Resmi İdeoloji*, Liberte Yayınları, Ankara 2000, s. 263, ("İdeoloji").

<sup>55</sup> İlkey Okdemir, *Din ve Vicdan Özgürlüğü ve Bağlamında Üniversitelerde Türban*



## 2. SOSYOLOJİK AÇIDAN LAİKLİK

Sosyolojik açıdan laiklik, dinin sosyal hayattaki etkisinin en aza indirilip toplumun büyük ölçüde sekülerize olmasını ifade eder. Bu da, toplumsal ilişkilerin dini kavramlardan arındırılarak insan aklına göre düzenlenmesini gerektirir.<sup>56</sup>

## 3. SİYASAL AÇIDAN LAİKLİK

Siyasal açıdan laiklik, devlet menfaatleriyle kutsal menfaatlerin çatışması durumunda devletin dini saldırılara karşı korunmasını ve bu şekilde de din ve vicdan hürriyetinin teminat altına alınmasını amaçlar. Başka bir deyişle laiklik, siyasal iradenin dine dayanmayıp ondan ayrı olması ve devlet otoritesinin meşruluğunu tanrıdan değil halktan almasıdır.<sup>57</sup>

## 4. HUKUKİ AÇIDAN LAİKLİK

Hukuki açıdan laiklik, din ve devlet işlerinin birbirinden ayrılması ve devletin din kurallarına değil pozitif hukuka ve akli esaslara dayanmasıdır.<sup>58</sup> Devletin ve dinin birbirinden ayrılması da bunun dışı yansımalarından biridir.<sup>59</sup>

## C. FRANSA'DA LAİKLİĞİN TARİHSEL GELİŞİMİ

Avrupa'da din ve devlet işlerinin tam olarak ayrıldığı ülke Fransa'dır. 1789 Fransız Devrimi ve bunun sonucunda hazırlanmış olan Fransız İnsan ve Yurttaş Hakları Beyannamesi, laiklik kavramının temellerinin atılmasında önemli bir rol oynamıştır.<sup>60</sup> Devrime kadar olan süreçte Fransız monarşisi koyu Hıristiyan olan bir kralla Katolik dini arasında sıkı bir ittifak rejimi idi. Kralın aynı zamanda

---

Sorunu, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Antalya 2005, s. 10; Aliefendioğlu, s. 74.

<sup>56</sup> Niyazi Berkes, Teokrasi ve Laiklik, Adam Yayınları, İstanbul 1997, s.25; Okdemir, s. 10.

<sup>57</sup> Mustafa Erdoğan, "Laiklik ve Türk Uygulaması Üstüne Notlar", Türkiye Günlüğü, Ankara 1999, S.13, s. 53-59, ("Notlar"); Aliefendioğlu, s.74; Okdemir, s. 11; Erdoğan, İdeoloji, s. 263.

<sup>58</sup> Okdemir, s. 11; Aliefendioğlu, s. 74.

<sup>59</sup> Erdoğan, İdeoloji, s. 264.

<sup>60</sup> Murat Aksoy, Başörtüsü-Türban (Batılılaşma, Modernleşme, Laiklik ve Örtünme), Kitap Yayınları, İstanbul 2005, s. 224; Tefik Sönmez Küçük, "Fransız Eğitim Sisteminde Dini Sembollerin Kullanılması", *Ankara Barosu Dergisi*, Sayı.201/1, Ankara 2010, s. 96, ("Dini Semboller").

dinsel bir işlevi de vardı; krallar Reims'te kutsanırdı ve 1789 yılına kadar yürürlükte kalan 1516 Antlaşmasıyla da Katolikliğin kral tarafından vurgulanması sağlanmıştı. Toplumda oluşan üç egemen sınıftan birisi din adamları sınıfıydı. Katolik Kilisesi doğum kayıtları, evlenme işlemleri ve defin işlemleri gibi medeni hale ilişkin işlemleri yapar, okulların ve hastanelerin işleyişini belirlerdi. Kilise vergiden muaf tutulur ancak her yıl krala bağış yapardı. Yargı sisteminde pek çok dini mahkeme bulunurdu.<sup>61</sup>

Devrimin zihinsel alt yapısını hazırlayan burjuvazi, mülkiyet hakkının kral ve kilisenin keyfi kullanımında olduğunu biliyordu. Dolayısıyla, burjuvazinin siyasi mücadelesi yalnızca aristokratik güçlere karşı değil kilisenin birçok alandaki etkinliğinin azaltılmasına da yönelikti.<sup>62</sup> Ticaretin önem kazanmasıyla etkinlik kazanan burjuvazi gücünü pekiştirmek, kilisenin etkinliğini kırmak için kendi yönlendirmesiyle hareket edebilecek ve tek yetkili mercii olacak kralların ortaya çıkmasına gayret gösterecekti. Ancak bunların yapılması halinde burjuvazinin amacına hizmet eden siyasi istikrarın devamlılığı sağlanabilirdi. Burjuvazi tarafından hedeflerinin önündeki en büyük engel kuşkusuz kilise idi<sup>63</sup>.

Fransız ihtilali, egemenliğini ve gücünü elden bırakmak istemeyen Kilise ile Kilisenin bu gücüne ve varlığına son vermek isteyen jakobenlerin çatışması sonucu gerçekleşmiştir. İhtilal neticesinde monarşi lağvedilmiş ve Katolik kilisesinin devletle olan bağı koparılmıştır.<sup>64</sup>

İhtilaldan sonra Fransız İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirgesi yayınlanmıştır. Bildirgenin 10. maddesi laiklik yolunda atılmış ilk adımdır. 10. madde de, "*Herkes, dini dahi olsa, düşüncelerini açıkladığından dolayı mağdur edilemez, meğerki bu düşünce tezahürü yasa ile korunan kamu düzenini bozsun*" denilmiştir. Bu hükümle, Katoliklerin dışında başta Protestanlar olmak üzere dini inanca sahip kişilere de din ve inanç özgür-

<sup>61</sup> Jean Duffar, "Fransa'da Laiklik, Dünyada Din Devlet İlişkileri", Gazeteciler ve Yazarlar Vakfı Yayını, İstanbul 2002, s. 45; Küçük, Dini Semboller, s. 96.

<sup>62</sup> Bihterin Vural Dinçkol ve Mehmet Akad, Genel Kamu Hukuku, Der Yayınları, İstanbul 2002, s. 352; Küçük, Dini Semboller, s. 96.

<sup>63</sup> Bihterin Dinçkol, 1982 Anayasası Çerçevesinde ve Anayasa Mahkemesi Kararlarında Laiklik, Kazancı Yayınları, İstanbul 1992, s. 13-16; Küçük, Dini Semboller, s. 96.

<sup>64</sup> Ahmet T. Kuru, Pasif ve Dışlayıcı Laiklik, (Çeviren: Eylem Çağdaş Babaoğlu), İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul 2011, s. 142.

lûğü tanınmıştır.<sup>65</sup> Ancak Bildirge'nin yayınlanmasından sonra kalıcı bir düzenleme yapılmadığı için Fransa on yıldan fazla din-devlet ilişkileri açısından tam bir kargaşa yaşamıştır. Yaşanan bu sıkıntılardan sonra Temmuz 1790'da Meclis, Fransız Katolik Kilisesi'nin Papa'dan çok Cumhuriyet'e bağlı kalmasını temin amacıyla Sivil Ruhbanlık Kanunu'nu kabul etmiş ve kanunla kiliselerin idari yapısında önemli değişikliklere gidilmiştir. Kanun'la; psikozların sayısı düşürülmüş, psikoz ve rahiplerin kilise üyeleri tarafından seçilmesi uygulaması getirilmiş, göreve başlamadan önce devlete ve millete bağlılık yemini etmeleri şartı öngörülmüş, kilisenin tasarrufunda bulunan mal varlıklarına el konulmuş, bu malların yerel idarelerce kullanılmasının önü açılmış ve rahiplerin maaşı devlet tarafından ödenmeye başlanmıştır.<sup>66</sup>

Bu düzenlemenin ardından 1791 yılında Fransa'nın ilk Anayasası kabul edilmiş ve Anayasaya *"her insan mensup olduğu dinin ibadetini yapma özgürlüğüne sahiptir"* hükmü eklenerek dini özgürlükler güvence altına alınmıştır. Bundan bir yıl sonra da Meclis boşanmayı yasalaştıran kanunu kabul etmiş, evlenme ile ilgili işlemler din adamlarından alınarak belediye görevlilerine verilmiş ve böylece nikah işlemleri sivil inisiyatif altına alınmıştır. Bu dönemde ihtilali gerçekleştirenler kiliseyi projeleri önünde en büyük engel olarak görmeye devam etmişler ve bu sebeple kamusal alanda dini törenleri ve gösterileri de yasaklamışlardır.<sup>67</sup>

1795 yılında ilk laik Fransız devleti ilan edilmiş ve Anayasa'nın 354. maddesine; *"Hiç kimse tercih etmiş olduğu dinin ibadetini yasalara uygun olarak yapmaktan men edilemez. Hiç kimse bir dini cemaate para yardımı yapmaya zorlanamaz. Cumhuriyet hiçbir dini cemaate para katkısında bulunmaz"* hükmü eklenmiştir.<sup>68</sup>

1795 ve 1799 yılları arasında laiklik konusunda önemli adımlar atılmış olsa da 1800'lü yılların başında Katolikler tekrar güç kazan-

<sup>65</sup> Küçük, Dini Semboller, s. 97; Aksoy, s.224.

<sup>66</sup> Ahmet Yıldız, Çeşitli Ülkelerde Din ve Devlet İlişkilerinin Düzenlenmesi, Türkiye Büyük Millet Meclisi Kütüphane ve Dokümantasyon Müdürlüğü Araştırma Servisi, Ankara 1993, s. 1; Aksoy, s. 224; Küçük, Dini Semboller, s. 97; Kuru, 142.

<sup>67</sup> Fransa'da Laisitenin Uygulanışına İlişkin Stasi Raporu, (Çev. Der. Turhan Ilgaz), Paragraf Yayınları, Ankara 2005, s. 38, ("Stasi Raporu"); Küçük, Dini Semboller, s. 97; Kuru, s. 143.

<sup>68</sup> Duffar, s. 47.

miş ve bu durum kilise ile devlet arasında sürekli gerilim yaşanmasına neden olmuştur.<sup>69</sup> Bu dönemde Katoliklerin güç kazanmasında en önemli faktör Napolyon Bonapart tır. Napolyon, 1801 yılında Papa VII. Pius ile devlet ve Katolik Kilisesinin ilişkilerini düzenleyen Konkordato adlı antlaşmayı imzalamıştır. İmzalanan bu antlaşma ile 1789 Fransız ihtilaliyle başlayan devrimci ve jakobenci döneme bir nevi son verilmiştir.<sup>70</sup>

Bu antlaşma 1905 yılına kadar yürürlükte kalmıştır. Antlaşmanın genel prensibi "*mezhepler hürriyetidir.*" Antlaşmayla; Katoliklik toplumun çoğunun inandığı din olarak kabul edilmiş, devlet Katolik din adamlarının maaşını ödediği gibi piskoposları atma yetkisine de sahip olmuş, din adamları göreve başlamadan devlete bağlılık yemini etmiş, tasarrufu elinden alınmış malları üzerinde kilisenin hak iddia edemeyeceği hükme bağlanmıştır.<sup>71</sup> Bu antlaşma bir tarafta muhafazakâr Katoliklerin, diğer tarafta laik cumhuriyetçilerin yer aldığı iki ayrı Fransa'nın ortaya çıkmasına sebep olmuştur.<sup>72</sup>

Napolyon'un yenilgisinden ve Bourbon Hanedan'ın yönetimi ele geçirmesinden sonra 1814 yılında Konkordato antlaşması tekrar gözden geçirilmiş ve Katoliklik yeniden resmi din hüviyetini kazanmıştır. 1816 yılında boşanma tekrar yasaklanmış ve bu yasak 1884 yılına kadar devam etmiştir. Fransız toplumunda yaşanan değişimlere paralel olarak 1830 yılında Konkordato yeniden ele alınmış ve Katoliklik resmi din olarak değil sadece Fransız toplumun çoğunluğunun dini olarak kabul edilmiştir.<sup>73</sup>

Fransa'da 1848 yılında ihtilal yaşanmış ve yaşanan ihtilaldan sonra Katolik Kilisesi eğitim üzerindeki kontrolünü sağlamlaştırmıştır. 1850'de kabul edilen kanun ile özel eğitim kurumlarıyla ilgili getirilmiş sınırlamalar kaldırılmış ve başta Katolikler olmak üzere diğer dini

<sup>69</sup> Aksoy, s. 224; Küçük, Dini Semboller, s. 97; Kuru, s. 143.

<sup>70</sup> Ahmet Yükleleyen ve Ahmet T. Kuru, Avrupa'da İslam Laiklik ve Demokrasi. (Fransa,Almanya.ve.Hollanda), Tesev Yay., İstanbul 2006, s. 21; Küçük, Dini Semboller, s. 96-97.

<sup>71</sup> Jacques Robert, Batı'da Din-Devlet İlişkileri, Fransa Örneği, (Türkçeleştiren: Prof. Dr. İzzet Er), İz Yayıncılık, İstanbul 1998, s. 46; Küçük, Dini Semboller, s. 98.

<sup>72</sup> Jean Baubert, Avrupa Birliği Ülkelerinde Dinler ve Laiklik, (Çeviren, Fazıl Arabacı), Ufuk Yayınları, İstanbul 2003, s. 97; Küçük, Dini Semboller, s. 96; Yükleleyen ve Kuru, s. 21.

<sup>73</sup> Küçük, Dini Semboller, s. 98; Baubert, s. 97; Kuru, s. 144.

grupların da okul açmalarına imkân tanınmıştır. 1864 yılında Papa, “her bireyin kendi aklıyla dinler arasında tercih yapabilme özgürlüğü” nün de yer aldığı seksen maddelik yanlış ve kınanmış düşünceyi halka duyurmuştur.<sup>74</sup>

Devlet idaresinde kısa sürede olsa Katolik egemenliğinin bulunması ve kiliseye verilen ayrıcalıkların ne gibi sonuçlar doğurabileceğini görmüş olan Cumhuriyetçiler geçmişte edindikleri tecrübeler ışığında 1879 yılında yapılan seçimi kazanmış ve yönetimi ele geçirmişlerdir. Cumhuriyetçilerin iktidara gelmesi Fransa’da laikliğin gelişmesi yolunda ikinci önemli adım olmuştur. Bu dönemde “din” unsuru ilk, orta ve yüksekokulların tamamının programından çıkartılmış, manevi ve dinsel eğitimin yerini yurttaşlık eğitimi almış, eğitim ücretsiz ve zorunlu hale getirilmiş, çocukların dini eğitim alabilmeleri için haftada bir gün okulların tatil edilmesine karar verilmiştir. 1881 yılında mezheplere ait mezarlıklar kaldırılmış, 1884’te boşanma hukuğu değiştirilmiş ve sivil erkekler için boşanma kanunu getirilmiştir.<sup>75</sup>

Bu dönem, laikliğin asıl fonksiyonunu ifa ettiği dönem olarak da kabul edilebilir. Bu dönemde laiklik ilkesinin gelişimi, eğitim ve öğretimin kendisini dini unsurlardan arındırması şeklinde göstermiştir.<sup>76</sup> Cumhuriyetçilerin sergiledikleri kilise karşıtı politikalar Fransız hukuk sistemini de önemli şekilde etkilemiş, günümüzde bile geçerli olan ve kilisenin toplumsal yaşama müdahalesini engelleyen kanunların çıkmasına zemin hazırlamıştır. Bu kanunlardan birisi 1 Temmuz 1901’de kabul edilen Dernekler Kanunu’dur. Bu kanun ile bütün dini cemaatlerin yetki talebinde bulunmaları şartı getirilmiş ve parlamentodan onama al(a)mayan cemaatlerin tamamı kanun dışı sayılarak mal varlıklarına el konulmuştur. Bu kanun nedeniyle yüzlerce cemaat kapanmış, binlerce din görevlisi de Fransa dışına sürülmüştür.<sup>77</sup>

<sup>74</sup> Duffar, s. 48; Baubert, s. 97; Kuru, s. 144-145.

<sup>75</sup> Peter Antes, “Fransa’da Sekülerizm ve Laiklik”, (Çev. Neziha Pala), Devlet ve Din İlişkileri -Farklı Modeller, Konseptler ve Tecrübeler, Konrad Adenauer Vakfı Yayınları, Ankara 2003, s. 10; Aksoy, s. 224, Kuru, s. 147; Duffar, s. 49; Küçük, Dini Semboller, s. 98.

<sup>76</sup> Bülent Tanör ve Necmi Yüzbaşıoğlu, 1982 Anayasasına göre Türk Anayasa Hukuku, Beta Yayınları, 14. Bası, İstanbul 2012, s. 90.

<sup>77</sup> T. Jeremy Gunn, Din Özgürlüğü ve Laisete, ABD ile Fransa Arasında Bir Karşılaştırma, (Edi. Atilla Yayla), (Çev. Hüseyin Bal, Ömer Faruk Altıntaş), Ankara 2005, s. 36; Kuru, s. 153; Küçük, Dini Semboller, s. 98-99.

Diğer bir kanun da 9 Aralık 1905 tarihinde kabul edilen Devlet-Kilise Ayrılığı Kanunu'nu dur. Bu Kanun ile devletin bütün dinler karşısında yansız olduğuna, 1 Ocak 1905'ten itibaren dini kurumların faaliyetlerine ilişkin bütçe ayırımının kaldırıldığına, kilisenin mülkiyetine el konulduğuna ve rahiplere ücret ödenmeyeceğine ilişkin hükümlere yer verilmiştir.<sup>78</sup> Kanun ile ibadet yerleri yapılması kamu düzeninin bozulmaması şartına bağlanmış, dini sembollerin ve işaretlerin, dini kurumlar ile mezarlıklar dışındaki kamu binalarına asılması yasaklanmıştır.<sup>79</sup>

1905 yılında çıkartılan kanunla, Fransız laikliği son şeklini almış ve kiliselere sağlanan devlet desteği sona ermiştir. Aslında bu düzenleme kiliseler açısından olumlu bir düzenlemedir. Zira kendi imkânlarıyla devletin sağladığından çok daha fazla para toplayabilmektedirler. Bu Kanunla, okullarda dini eğitim verilmesi ve halka açık alanlarda dini anlam ifade eden her türlü sembol yasaklanmıştır. Önceden de var olan, *"başkalarını rahatsız etmemek kaydıyla kişilerin inançlarını yaşayabilmeleri"* ilkesi bu kanunla da korunmuştur.<sup>80</sup>

1905 tarihli kanunla temeli atılan laisizm sistemi, 04.10.1958 tarihli V. Cumhuriyet Anayasasının da temelini oluşturmuştur. Bu Anayasayla getirilen önemli yeniliklerden birisi, din ve vicdan özgürlüğünün garanti altına alınmasıdır.<sup>81</sup> Laiklik, 1958 Anayasa'sının 1.maddesinde yer alan anayasal bir müessesedir. 1. madde de; *"Fransa, bütün vatandaşlarına kanun önünde köken, ırk ve din farkı gözetmeksizin eşit haklar sağlayan bölünmez, laik, demokratik ve sosyal bir cumhuriyettir"* denilmiştir.<sup>82</sup>

<sup>78</sup> Kanunun 2. maddesinde; *"Cumhuriyet, herhangi bir dini tanımadığı ve desteklemediği gibi, herhangi bir cemaatin ve din adamlarının maaşlarını da ödemez."* denilmiştir.

<sup>79</sup> Stasi Raporu, s. 38; Gunn, s. 38; Aksoy, s. 225; Dinçkol ve Akad, s. 352; Küçük, Dini Semboller, s. 99; Duffar, s. 51-54; Günarlan, s. 1156.

<sup>80</sup> Serdar Kaya, Dünyada Farklı Laiklik Uygulamaları: Fransa, Eylül, 2007, www.derinsular.com/pdf/php, (Erişim) 24.3.2016; Küçük, Dini Semboller, s. 99.

<sup>81</sup> J.R.Bernard, "State and Church in France: Regulation and Negotiation", Geojurnal 2007, s. 296; Küçük, Dini Semboller, s. 99; Robert, s. 51.

<sup>82</sup> Francis Messner, Avrupa Birliği Ülkelerinde Din-Devlet İlişkisi, Hukuki Yapı/ Din Eğitimi/Din Hizmetleri, (Editörler: Ali Köse ve Talip Küçükcan), İslam Araştırmaları Merkezi Yayınları, Yayın No:389, İstanbul 2008, s. 113; Günarlan, s. 1156; Okdemir, s. 16-17.

#### D. FRANSA'DA LAİKLİK ANLAYIŞI VE UYGULAMASI

Fransa'da laiklik ilkesinin tarihsel gelişimi düşünüldüğünde, bu kavramın bir uzlaşmacı geleneğin ürünü olması yanında, yüz yıllarca süren çatışmaların da ürünü olduğu görülmektedir.<sup>83</sup> Avrupa toplumu, laik bir devlet yapısına kavuşabilme uğruna yüz yıllarca süren savaşları göze almaktan çekinmemiş ve ancak bunun sonucunda din ile devleti birbirinden ayırabilmiştir. Avrupá'da uzun ve yorucu bir mücadele sonunda ve ağır bedeller ödenerek bu ayrım gerçekleşmiş ve bunun sonucunda halk, hak ve hürriyetlerine kavuşmuştur.<sup>84</sup>

Hak ve hürriyetlerin elde edilmesinde çekilen bu sıkıntılar laiklik ve din-vicdan özgürlüğü kapsamındaki kavramların daha sert yorumlanmasına neden olmuş ve bu durum en çok kendisini Fransa'da hissettirmiştir. Kilisenin devlet yönetimi üzerinde söz sahibi olması demokrasinin gelişmesine engel teşkil eden en önemli etken olmuştur. Yaşanan bu sıkıntılar ve mücadeleler sonucunda 1789 Fransız ihtilali sonrasında cumhuriyetçi jakobenlerin iktidara gelmesiyle keskin ve sert bir şekilde kilise-devlet ayrılığına gidilmiştir.<sup>85</sup>

Cumhuriyetçilerin uyguladığı laiklik anlayışı günümüzde, *militan laiklik*, *laiklikçilik*, *laisizm*, *cumhuriyetçi laiklik* gibi çeşitli kavramlarla adlandırılmaktadır.<sup>86</sup> Laikliğin katı ve sert bir şekilde gerçekleştiği bu modeli uygulayanlar, devlet adına dini kurumlara karşı amansız bir mücadele içine girmişlerdir. Bunlara göre laiklik, o güne kadar gelişme ve ilerlemenin önünde duran güçlerin yenilmesi ve siyaset sahnesinden çekilmesini sağlamıştır. Nitekim laikliğin doğdu yer olan Fransa'da, devrim sonrasında dine karşı şiddetli bir muhalefet oluşmuş, iktidarı ele geçiren jakobenler devrimi, toplumsal alanı dinden ve dinin egemenliğinden kurtarmanın bir aracı olarak görmüşlerdir. Ülkede siyasi ve dini kurumlar yapısal bir dönüşüme tabi tutulmuş, önceki rejimden kalan her cadde ve sokak ismi, kullanılan ay, gün ve

<sup>83</sup> Küçük, Dini Semboller, s. 99; Baubert, s. 99; Aksoy, s. 225.

<sup>84</sup> Serap Yazıcı, İnsan Hakları Açısından Laiklik, Kurtiş Yayınları, İstanbul 1994, s. 18; Küçük, Dini Semboller, s. 99.

<sup>85</sup> Yusuf Şevki Hakyemez, Militan Demokrasi Anlayışı ve 1982 Anayasası, Seçkin Yayınevi, Ankara 2000, s. 49; Küçük, Dini Semboller, s. 99-100.

<sup>86</sup> Küçük, Laiklik, s. 55.



bayramlar bile yeniden isimlendirilmiş, hiç bir dini kuruma maddi destek verilmemiş, tüm kamusal alanlar dini öğelerden arındırılmaya çalışılmış ve kamusal alan adeta yeniden oluşturulmuştur. Bütün bu çabaların amacı eski rejimin ve ruhban sınıfının egemenliğine son vermektir. Bundan dolayı yönetici jakobenler, laikliği en katı biçimiyle uygulamak ve bu konuda taviz vermemek için özel bir çaba göstermişlerdir.<sup>87</sup>

Bu dönemde Fransa'da katı laiklik anlayışı geçerli olsa da birçok Avrupa ülkesinde bu anlayışa karşı demokratik laik model uygulanmıştır. Bu model, her ne kadar özünde dini inancın zaman içinde gerileyeceği ve modernleşme ile birlikte yok olacağı düşüncesine dayanırsa da, ideolojik duruş olarak laiklikçilikten daha esnek bir modeldir. Almanya'nın başını çektiği bu ülkeler, Fransa'nın laiklik anlayışından farklı olarak dine karşı daha hoşgörülü olmaya, dinsel kurumlara müdahale etmemeye ve bunlar üzerinde egemenlik kurmamaya, hatta Kilisenin hiçbir işine karışmamaya özen göstermişlerdir. Avrupa ülkelerinin çoğunda uygulanan bu model, dinin kendiliğinden dünyevileşeceği ve belli bir süre sonra sosyolojik bir olgu olmaktan çıkarak yok olacağı düşüncesine dayanmıştır. Bu anlayışın bir neticesi olarak laiklik; hem dünyevi bir ideoloji olarak algılanmış, bireysel bir inanç konusu olmaktan öteye geçmeyerek din ve vicdan özgürlüğünün gerçekleşmesine katkı yapmış ve toplumsal hayatta din-devlet çatışmalarını en aza indirmiştir.<sup>88</sup>

Fransa'da özellikle devrim sonrası katı laiklik modeli uygulanmış ise de, zaman içinde laiklik kavramın toplumda benimsenmesi ve dinin ve din adamlarının devlet işlerine müdahale gücünün azalmasıyla birlikte Fransa'daki laiklik anlayışı da değişim göstermiştir. Örneğin devlet halen 1905'ten önce inşa edilen bütün kilise binalarının sahibi olduğu gibi onların korunması ve işletilmesinden de sorumludur. Üstelik hastane, cezaevi ve ordu gibi bazı kurumlardaki kilise personeli maaşlarını devletten almaktadır.<sup>89</sup> Eğitim sistemi tamamen din dışı ve

<sup>87</sup> Hakyemez, s. 210; Küçük, Laiklik, s. 54-55; Kuru, s. 26 vd.; Küçük, Dini Semboller, s. 99-100.

<sup>88</sup> Küçük, Laiklik, s.73 vd.; Küçük, Dini Semboller, s. 100-101; Kuru, s. 33 vd.

<sup>89</sup> Aksoy, s. 226; Bertnard, s. 296; Küçük, Dini Semboller, s. 100-101; Baubert, s. 101.



laik bir yapıda olmasına rağmen Katolik kilisesi öğrenci potansiyelinin neredeyse yüzde 5'ini elinde bulundurmakta, devlet yardımı almakta ve öğretmenlerin maaşını vermektedir.<sup>90</sup>

Fransa'da demokratik laiklik anlayışına kayma olduğunu gösteren diğer bir husus da, Fransız Danıştayının 2000'li yıllara kadar eğitim kurumlarında dini sembollerin kullanımının laikliğe uygun olduğuna dair verdiği kararları olmuştur.<sup>91</sup>

Fransa'da durumu diğer bölgelerden farklı olan ve cumhuriyetçi laik modelin hiç uygulanmadığı bir yer de mevcuttur. Bu yer Alsace-Moselle bölgesidir. Bu bölge Fransa'nın din-devlet ayrımını kabul ettiği dönemde Almanya'nın kontrolü altındayken 1918'de Fransa'ya katılmıştır. Katılmadan sonra halk bölgedeki mevcut durumu devam ettirme kararı almış ve Almanya için geçerli olan devlet-kilise ayırımındaki karşılıklı uzlaşma bu bölgede de geçerliliğini devam ettirmiş, Fransa'da bölgenin kendine has koşullarına uygun davranmıştır. Gerçekten, Fransa burada din adamları arasında herhangi bir ayırma gitmeden maaşlarını ödemiş ve sadece yüksek seviyedeki din adamlarının atanmasına müdahil olmuştur.<sup>92</sup> Alsace-Moselle bölgesinin dışında, Réunion, Martinique, Guadeloupe ve Fransız Guyanası gibi deniz aşırı Fransız topraklarında da laiklik konusunda istisnai uygulamaların olduğunu söylemek mümkündür.<sup>93</sup>

Fransız laikliğinin, demokratik laiklik anlayışına doğru kaydığını gösteren bu tür uygulamalar bulunsa da, özellikle 21. yüzyılın başlarıyla birlikte Fransa'da laiklik anlayışının tekrardan militan ya da cumhuriyetçi laiklik anlayışına kaydığı görülmektedir. Bu duruma sebep olarak 11 Eylül saldırısı, Afganistan, Irak ve Cezayir'de yaşanan savaşlar, yabancı kökenlilerin toplumsal yaşama katılımında yaşadıkları sıkıntılar ve dini duyarlılıkların artması gösterilmektedir.<sup>94</sup>

<sup>90</sup> Baubert, s. 101; Küçük, Dini Semboller, s. 101.

<sup>91</sup> Küçük, Dini Semboller, s. 101; Aksoy, s. 257.

<sup>92</sup> Yükleyen ve Kuru, s. 22; Küçük, Dini Semboller, s. 102.

<sup>93</sup> Bazı Avrupa Ülkelerinde Din Devlet İlişkisi, TBMM Araştırma Merkezi, Ankara 2011, s. 35.

<sup>94</sup> Küçük, Dini Semboller, s. 101; Aksoy, s. 257.

## D. DİNİ SEMBOLLERİN ANLAMI, HANGİ HAKKA YÖNELİK OLDUĞU VE BU HAKKIN KULLANIMIYLA İLGİLİ FRANSA'DA YAPILAN DÜZENLEMELER

Sembol, belli bir kültüre ait duygu, düşünce, tutum ya da eylemi ifade eden söz, nesne, sistem ya da kişiden veya bunların tamamından oluşan bütündür. Sembol bir nesne ya da ruhsal faktöre eklenmiş olan hissedilir nitelikli bir düşüncenin tezahürüdür. Dini sembol ise fertlerin yaşamlarında önem verdiği unsurları ifade eder. Bu sembollerin içine; dini sözcükler, nesnelere ve ayin türleri girer.<sup>95</sup>

Dini sembollerin insan hayatında yeri ve önemi vardır. Semboller bir anlamda dinin, hayatın içindeki göstergeleridir. Bütün dinler semboller sayesinde sosyal hayatta var olmaya devam eder. Zira bu semboller sayesinde her toplum kendi dinine ya da başka dinlere ait motif ve kültürleri öğrenme ve bilme imkânı bulur. Yani dini sembollerle, ait olduğu din arasında çok kuvvetli bir bağ vardır.<sup>96</sup>

AİHM uygulamasında, dini sembol ve kıyafetlerin kullanımıyla ilgili yapılan başvurular AHİS'in 9. maddesinde yer verilen din ve vicdan hürriyeti kapsamındaki "dinin gereklerini yerine getirme ve dini inançların açığa vurulması" kapsamında değerlendirilmektedir.<sup>97</sup> AİHM'in konuyla ilgili yaklaşımına ve verdiği kararlara geçmeden önce çalışmanın konusunu oluşturan Fransa'da dini sembollerin kullanımıyla ilgili yapılan düzenlemelere ve bu kapsamda da 2004 yılında yasalaşan Stasi raporuyla, 2010 tarihinde yasalaşan 1192 sayılı Yasa'ya değinilmesinde yarar vardır.

### 1. Eğitim Sisteminde Dini Sembollerin Kullanımı ve Stasi Raporu

Fransa'da din ve vicdan özgürlüğü ile ilgili tartışmalı konulardan birisi Fransız kamu kurumlarında dini sembollerin kullanımınıdır. Fransa'da konuyla ilgili asıl tartışmalar 1989 yılında Müslüman üç kız öğrencinin başörtüsü takmaları nedeniyle okuldan atılmalarıyla başla-

<sup>95</sup> Mehmet Aydın, İlahi Dinlerde (Yahudilik, Hristiyanlık ve İslam'da) Dini Semboller, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Konya 1996, s. 2.

<sup>96</sup> Aydın, s. 21.

<sup>97</sup> Jim Murdoch, Düşünce, Vicdan ve Din Özgürlüğü Hakkının Korunması, Avrupa Konseyi İnsan Hakları El Kitabı, Şen Matbaa, Ankara 2013, s. 52.

mıştır. Öğrencilerin okuldan atılma gerekçesi olarak, okullarda başörtüsü takmanın laiklik prensibine aykırılığı gösterilmiştir.<sup>98</sup> Başörtüsü meselesinin ortaya çıkması Eğitim Bakanı Lionel Jospin'in Danıştay'a başvurusuyla ortaya çıkmıştır. Danıştay konuyla ilgili verdiği kararında; başörtüsü takmanın din ve vicdan hürriyetinin bir parçası olduğunu, başörtüsü takanların okullarda propaganda yapmadıkları, kendi dinlerini yaymaya çalışmadıkları ve insanları kışkırtma aracı olarak kullanmadıkları sürece okuldan uzaklaştırılmayacaklarını karara bağlamıştır.<sup>99</sup>

Danıştay bu şekilde karar verse de, Milli Eğitim Bakanlığı 1994 yılında okul idarecilerine gönderdiği genelgede, "*çok dikkat çekici simgeler*" olarak kabul edilen başörtüsü haç ve kipa kullanımının öğrencilerin okuldan uzaklaştırılması için yeterli olduğunu ve okulların iç tüzüklerinde yer alan okuldan uzaklaştırma şartları arasına çok dikkat çekici simgelerin kullanımının da eklenmesini istemiştir. Bu mesele de Danıştay'ın önüne gelmiş ve Danıştay özellikle beden eğitimi derslerine dini inanç gerekçe gösterilerek katılmamanın ve okul sınırları içerisinde dini gösteri yapmanın eğitimin işleyişini ciddi şekilde aksattığı için kabul edilemez olduğunu ifade etmiş ve Müslüman kız öğrencilerin okuldan uzaklaştırılmasını onaylamıştır.<sup>100</sup>

Bu tartışmaların gölgesinde Cumhurbaşkanı Chirac 2003 yılında Fransız Ombudsman Bernard Stasi'ye Fransa'daki laiklik üzerine araştırma yapmak üzere bir komisyon kurduğunu bildirmiştir.<sup>101</sup>

Komisyonun hazırladığı raporda kural olarak iki ana konu üzerinde durmuştur. Bunlar; Fransa'da laikliğin geçirdiği tarihsel süreç ile dini sembollerin ve özellikle de başörtüsünün devlet okullarında kullanılmasının laiklik ilkesine uygun olup olmadığı ve başörtüsü takmaları konusunda kadınlara herhangi bir baskı yapıp yapılmadığıdır.<sup>102</sup> Raporda çok dikkat çekici bir dini sembolün okulda taşınması modern bilimin temelini oluşturan belli derslerin öğretilmesine karşı

<sup>98</sup> İsmail Gönenc, "Fransa'nın Din-Devlet Ayrımı Modeli ve Fransız Laikliği", *Toplum Bilimleri Dergisi*, C.4, S.7, Ankara 2010, s. 259; Küçük, *Dini Semboller*, s. 102; Gunn, s. 59-60.

<sup>99</sup> Küçük, *Dini Semboller*, s. 102-103; Gönenc, s. 259-260; Stasi Raporu, s. 66.

<sup>100</sup> Gunn, s. 63; Stasi Raporu, s. 67; Küçük, *Dini Semboller*, s. 103; Gönenc, s. 260.

<sup>101</sup> Stasi Raporu, s. 67; Gönenc, s. 260; Küçük, *Dini Semboller*, s. 103.

<sup>102</sup> Küçük, *Dini Semboller*, s. 103.

çıkan davranış olarak kabul edilmiş, bu durumun öğretim disiplini olumsuz etkilediği ve başörtüsü takmaları yönünde Müslüman kadınlara yönelik ailevi ve toplumsal bir baskının mevcut olduğu dile getirilmiştir.<sup>103</sup>

Komisyon, ilk olarak okullarda dini sembollerin kullanılmasının okul düzenini bozacağı varsayımından hareket etmiştir. Ancak Fransız Danıştayı daha önce verdiği kararlarında dini sembollerin kullanımının okul düzenini bozup bozmadığının her somut olayda araştırılması gerektiğini karara bağlamıştır. Komisyon ise yüksek mahkemenin ön görmediği bir tehlikeyi de dile getirerek dini sembollerin kullanılmasının yasaklanması gerektiğini belirtmiştir. Komisyonun raporundaki diğer bir varsayım da başörtüsü takan kadınlar üzerinde ailevi ve toplumsal bir baskının bulunduğudır. Bu ön kabul ile Komisyon başını örten genç kızların başlarını zorla örttüklerini kabul etmiş ancak dini inançları doğrultusunda başını örten kadınların olabileceğinden bahsetmemiştir.<sup>104</sup>

Komisyon, laiklik konusunda hazırlanacak yasa tasarısı ile dini semboller ve işaretlerle ilgili yapılacak düzenlemenin şu şekilde yapılmasını tavsiye etmiştir; *"vicdan özgürlüğüne ve sözleşmeye bağlı özel kurumların kendi özgürlüklerine saygı içinde, okul, kolej ve liselerde, dini ya da siyasi aidiyeti gösteren kıyafet ve işaretler yasaktır. Her türlü yaptırım orantılıdır ve öğrenci üstüne düşen mecburiyetlere uymaya davet edildikten sonra alınır. "Yasak kapsamındaki dinsel kıyafet ve işaretler, büyük haç, başörtüsü ve kipa gibi bariz şekilde fark edilebilen işaretlerdir. Madalya, küçük haç, Hz. Davud yıldızı, Aziz Fatma eli, Küçük Kuran gibi bariz şekilde fark edilebilir olmayan işaretler bu kapsamda değildir."*<sup>105</sup>

Tavsiye metninden de anlaşılacağı üzere, yasağın sadece devlet okullarında olması gerektiği dile getirilmiş ve dini simgelerin özel okullarda kullanımının yasaklanmasıyla ilgili bir öneride bulunulmamıştır. Bunun anlamı, yasağın özel okullarda uygulanmasına gerek olmadığıdır. Fransa'daki özel okulların dağılımına bakıldığında özel okulların % 95'inin Katoliklere, diğer kısmının ise Musevi veya Protestanlara ait olduğu ve Müslümanlara ait özel okul sayısının da sade-

<sup>103</sup> Stasi Raporu, s. 107-108; Küçük, Dini Semboller, s. 103-104.

<sup>104</sup> Küçük, Dini Semboller, s. 104.

<sup>105</sup> Aksoy, s. 258; Küçük, Dini Semboller, s. 104.

ce 2 olduğu düşünüldüğünde Müslüman kız öğrencilerin önünde iki seçenek bulunmaktadır; ya eğitimlerine devam edebilmek için başörtülerini çıkarmak ya da diğer dini özel okullara gitmek. Ancak aynı durum diğer dinlere inanan öğrenciler için geçerli değildir. Bu durum da bünyesinde açıkça bir eşitsizliği barındırmaktadır.<sup>106</sup>

Öneriyle ilgili ikinci tespit, üniversitelerin yasak kapsamında bulunmamasıdır. Komisyon bunun sebebini; üniversitelerde okuyan kişilerin yetişkin olmaları, felsefi, siyasi ve dini düşüncelerini serbestçe ifade edebilmeleri şeklinde açıklamıştır. Ancak, komisyon yetişkinlik kavramının göreceli bir kavram olduğunu dikkate almamış ve başını örten kızlar üzerinde eğer ciddi bir baskı varsa bu baskının üniversiteye gidildiği zaman kalkacağına ilişkin tezini de sağlam bir zemine oturtamayıp kendi içinde çelişkiye düşmüştür.<sup>107</sup>

Komisyonun önerisiyle ilgili diğer tespit de, yasağın kapsamında tüm dini sembollerin değil sadece "*dikkat çekici olan sembollerin*" bulunmasıdır. Dikkat çekici özelliğe sahip dini semboller başörtüsü, büyük haç ve kipadır. Kısacası yasaklanmak istenen asıl dini semboller başörtüsü ve kipadır. Çünkü raporda belirtilen madalya, küçük haç, Aziz Fatma eli, Davud yıldızı gibi semboller daha çok günlük hayatta takı olarak kullanılmaktadır.<sup>108</sup>

Rapordaki önerilerle ilgili son tespit, yasağın kapsamına hem öğrencilerin hem de öğretmenlerin girmesi gerektiğine ilişkindir. Ancak Fransa'da idarenin tarafsızlığı ilkesinden hareketle, kamu görevlilerinin dini sembol kullanamayacağı ile ilgili bir fikir birliği mevcuttur. Yani kamu görevlileri açısından çok bir anlamı olmayan öneride bulunmuş ve üstü kapalı şekilde yasak kapsamına dâhil edilmek istenen kesimin öğrenciler olduğu ifade edilmiştir.<sup>109</sup>

Ayrıca raporda Fransa'nın amacının ülkenin Müslüman halkına cumhuriyet yurttaşı olmayı öğretmek ve benimsetmek olduğu belirtilmiştir.<sup>110</sup>

Komisyonun Önerisi Fransa Meclisi tarafından 10 Şubat 2004'te

<sup>106</sup> Yükleyen ve Kuru, s. 26; Küçük, Dini Semboller, s. 105.

<sup>107</sup> Stasi Raporu, s. 111; Küçük, Dini Semboller, s. 105.

<sup>108</sup> Küçük, Dini Semboller, s. 106.

<sup>109</sup> Gönenç, s. 261; Küçük, Dini Semboller, s. 106; Stasi Raporu, s. 111.

<sup>110</sup> Stasi Raporu, s. 9.

kabul edilmiş ve 15 Mart 2004'te Cumhurbaşkanı Chirac tarafından imzalanarak yasalaşmıştır. Yasayla sadece dikkat çekici dini sembollerin kullanılması yasaklanmıştır. Bu semboller daha önce belirttiğimiz gibi başörtüsü, büyük haç ve kipadır.<sup>111</sup>

## 2. 11 Ekim 2010 Tarih ve 2010-1192 Sayılı Kanun'un Kabulü

Konuyla ilgili olarak Fransa'da kabul edilen ve tartışmaları da beraberinde getiren diğer bir düzenleme de 1192 sayılı Kanun'un kabulü olmuştur. Anılan Kanun hükümleri gereğince kamuya açık bütün yerlerde kadınların burka ve peçeli çarşaf giymeleri yasaklanmış ve bu yasağa uymayanlara 150 Euro para ya da mecburi yurttaşlık stajı cezası verilmesi öngörülmüştür. Söz konusu yasaktan önce konuyla ilgili Anayasa Konseyi'nin görüşü alınmış, Konsey Yasa'nın Anayasa'ya uygun olduğunu ancak ibadet alanlarında bu yasağın uygulanamayacağı, ibadet alanlarında uygulanmasının dini özgürlüklere müdahale olacağını belirtmiştir. Yasağın kapsamına bakıldığı zaman sadece kamusal alanlarda değil konut ve ibadethaneler dışında her yerde geçerli olduğu görülmektedir. Bu düzenlemenin yapılma nedeninin kamu güvenliği olduğu belirtilmiştir.<sup>112</sup>

## F. AİHM'İN KONUYA YAKLAŞIMI

AİHM, dini sembollerin kullanımıyla ilgili verdiği kararlarında, bu sembolleri ibadet veya dini bir uygulama olarak değil, dini referanslı davranışlar olarak kabul etmiştir. Böyle bir kabulün sonucu olarak da dini sembollerin kullanımı Mahkeme kararlarında güçlü bir güvenceye bağlanmamış ve bu konu ülkelerin takdir marjına bırakılmıştır. Bunun bir neticesi olarak da Mahkeme, davalı devlet mahkemelerince verilen kararlara çok müdahale etmemiş ve ilgili ülkelerde de tartışmalı olan bu konulara fazla girmek istememiştir.<sup>113</sup>

AİHM uygulamasında dini sembollerin kullanımıyla ilgili geti-

<sup>111</sup> Küçük, Dini Semboller, s. 106; Gönenc, s. 261.

<sup>112</sup> Ömer Behram Özdemir, "Fransa'da İslamofobik Söylemin Ana Akımlaşması ve Arap Baharı'nın Etkisi", Ortadoğu Yıllığı, Açılım Kitap, İstanbul 2013, s. 449-450; <http://www.ntv.com.tr/dunya/fransa-pece-yasagini-onayladi,rzE-9eUuwUqGnbk4cEQHfw>. (Erişim) 24.03.2016; Bazı Avrupa Ülkelerinde Din Devlet İlişkisi, s. 37.

<sup>113</sup> Doğru ve Nalbant, s. 131, 135.

rilen kriterler; sembolün ait bulunduğu din açısından gerekli olması, inandırıcı nitelikte bulunması ve tutarlılık göstermesidir. Bu kriterlerin objektif bir nitelik taşımaması nedeniyle AİHM'in benzer başvurularda farklı kararlar verdiği rastlanmaktadır.<sup>114</sup>

AİHM, özellikle Stasi Raporu'nun ve 1192 sayılı Kanun'un yasalaşmasından sonra dini sembollerin kullanımıyla ilgili yapılan başvurularda getirilen yasağın kamu güvenliği ve düzeninin sağlanması için gerekliliği ve bu sembollerin kullanımıyla ilgili getirilen yasak ve kısıtlamanın sürekliliği yani getirilen yasağın gerekçeleri üzerinde durmuştur. Konuyla ilgili olarak Fransa aleyhine yapılan başvurularda AİHM'in verdiği kararlara değinmek gerekirse:

### 1. Maan Singh Kararı

Dindar bir Sih olan başvurucu, sürücü belgesinde yer alan fotoğrafın başı açık olması gerektiğine dair kuralın özel hayatına ve dinvicdan özgürlüğüne yönelik bir müdahale olduğunu ve bu düzenlemenin Sih topluluğuna mensup kişiler için ayrı hükümler içermediğini belirterek AİHM'e başvurmuştur.

Mahkeme başvurunun kabul edilemez olduğuna, sürücü belgesinde başı açık fotoğraf kullanılmasının kamu düzeninin korunması ve gerçekleştirilen kontroller sırasında sürücünün kimliğinin tespiti ve aracı kullanma yetkisi olup olmadığının doğrulanması açısından zorunlu olduğuna ve bu kontrollerin Sözleşme'nin 9. maddesi kapsamında kamu güvenliğinin sağlanması açısından gerekli olduğuna karar vermiştir. Ayrıca Mahkeme, ehliyet alırken veya trafik kontrolleri sırasında kişilerin sarıklarını çıkarmaları yönündeki talebin sürekli bir durum arz etmediğini ve konuyla ilgili düzenlemenin davalı devletin takdir yetkisinde bulunduğunu belirterek, yapılan müdahalenin ulaşılması amaçlanan sonuçla orantılı olduğunu ve haklı gerekçelere dayandığını hükme bağlayıp başvuruyu reddetmiştir.<sup>115</sup>

<sup>114</sup> Hayrettin Kurt, "İnanç Özgürlüğü Bağlamında Dini Sembollerin Kullanımının Mukayeseli Hukuk Bakımından Değerlendirilmesi", *EÜHFĐ*, C. XVII, S. 1-2, Erzinan 2013, s. 227-228.

<sup>115</sup> AİHM Maan Singh Kararı, Başvuru No: 24479/07, karar tarihi: 11.6.2007, [http://hudoc.echr.coe.int/eng#{"fulltext":\["24479/07"\],"documentcollectionid2":\["GRANDCHAMBER"\],"CHAMBER"},"itemid":\["001-145466"\]](http://hudoc.echr.coe.int/eng#{), (Erişim) 16.3.2016.



## 2. Phull Kararı

Başvuruya konu olayda dindar bir Sih olan başvuru, havaalanındaki güvenlik kontrolleri sırasında sarığının çıkartıldığını, bu uygulamanın din özgürlüğüne müdahale olduğunu, el detektörü veya X-ray cihazından geçmeyi reddetmediğini ve güvenlik kontrolleri sırasında sarığın çıkartılmasına gerek olmadığını belirterek AİHM'in 9. maddesi kapsamında başvuruda bulunmuştur.

Mahkeme; havaalanında yapılan kontrollerin kamu güvenliği açısından gerekli olduğuna, yapılan düzenlemenin ilgili ülkenin takdir yetkisinde bulunduğu, bu tedbire bazı durumlarda başvurulduğuna ve bu nedenle başvurunun açıkça dayanaktan yoksun olduğuna karar vermiştir.<sup>116</sup>

## 3. El Morsli Kararı

Başvuruya konu olay, vize başvurusu sırasında başını açmayı kabul etmeyen Müslüman bir kadına Fransa vizesi verilmemesi üzerine gerçekleşmiştir. AİHM, kimlik kontrolünün konsolosluğun güvenlik tedbirlerinin bir parçası olduğunu, kamu güvenliğinin sağlanmasına yönelik bulunduğunu ve başvuran açısından başörtüsünü çıkarma zorunluluğunun çok kısa sürdüğünü belirtmiş ve başvurunun açıkça dayanaktan yoksun olduğuna karar vermiştir.<sup>117</sup>

## 4. Doğru ve Kervancı Kararı

Bir başka başvuru da, Müslüman olan iki kız öğrencinin beden eğitimi derslerine öğretmenlerinin uyarılarına rağmen başörtüleriyle katılmaları nedeniyle okuldan atılmaları üzerine gerçekleşmiştir. AİHM başvuruya ilgili; yerel makamların sağlık ya da güvenlik gibi nedenlerle spor derslerinde başörtü takılmasının uygun olmadığı görüşüne itibar etmiş, başvuranlara verilen cezanın inançları nedeniyle değil, okulda uygulanan ve kendilerinin de bilgilendirildiği kurallara uymamaları nedeniyle verildiğine hükmetmiştir.<sup>118</sup>

<sup>116</sup> AİHM Phull/Fransa kararı, [https://www.inhak.adalet.gov.tr/inhak\\_bilgi\\_bankasi/tematik\\_bilginotu/dusunceler/dinisebol.pdf](https://www.inhak.adalet.gov.tr/inhak_bilgi_bankasi/tematik_bilginotu/dusunceler/dinisebol.pdf). s. 2, (Erişim) 18.3.2016; Murdoch, s. 52.

<sup>117</sup> AİHM El Morsli/Fransa kararı, [https://www.inhak.adalet.gov.tr/inhak\\_bilgi\\_bankasi/tematik\\_bilginotu/dusunceler/dinisebol.pdf](https://www.inhak.adalet.gov.tr/inhak_bilgi_bankasi/tematik_bilginotu/dusunceler/dinisebol.pdf). s. 4, (Erişim) 19.3.2016.

<sup>118</sup> AİHM Doğru/Fransa ve Kervancı/Fransa kararı, [https://www.inhak.adalet.gov.tr/inhak\\_bilgi\\_bankasi/tematik\\_bilginotu/dusunceler/dinisebol.pdf](https://www.inhak.adalet.gov.tr/inhak_bilgi_bankasi/tematik_bilginotu/dusunceler/dinisebol.pdf).



### 5. Aktas/Bayrak/Gamaleddyn/Ghazal/J. Singh ve R. Singh Kararı

Başvuruya konu olay Stasi Raporu'nun yasalastığı 2004 yılında gerçekleşmiştir. Değişik devlet okullarında okuyan başvuruçulardan kız öğrenciler okula başlarını örterek, erkekler ise Sihler tarafından kullanılan ve "keski" adı verilen başlığı takarak gelmişler ve okul idareleri de bu öğrencilerin Eğitim Kanunu'na uymadıklarını gerekçe göstererek okuldan atmıştır. Başvuruçular AHİS'in 9. maddesinin ihlal edildiğini belirterek AİHM'e başvurmuşlardır. Mahkeme, yapılan başvuruların kabul edilmez olduğuna, söz konusu yasağa kanunlarda yer verildiğine, getirilen yasağın kamu düzenini ve başkalarının hak ve hürriyetlerini korumak gibi meşru bir amacı bulunduğu karar vermiştir. Mahkeme ayrıca, devletlerin farklı din ve inançların gereğinin yerine getirilmesi konusunda düzenleyici ve tarafsız bir rolünün bulunduğu da temas etmiştir.<sup>119</sup>

### 6. Ebrahimian Kararı

Yapılan başka bir başvuru, bir hastanede sosyal hizmet görevlisi olarak çalışan başvuruçunun taktığı peçeyi çıkarmayı reddetmesi nedeniyle sözleşmesinin feshedilmesi üzerine gerçekleşmiş ve başvuruçucu, bu durumun din veya inancını açıklama hürriyetinin ihlali olduğunu belirtmiştir. Mahkeme konuyla ilgili verdiği kararında; başvuruçunun yaptığı işin niteliği ile dini inancı ve bunun dışı vurulması yükümlülüğünün bağdaştırılması olanağının bulunmadığını ve bu konuda ilgili devletin takdir marjını aşmadığını belirterek başvuruyu reddetmiştir.<sup>120</sup>

gov.tr/inhak\_bilgi\_bankasi/tematik\_bilginotu/dusunceler/dinisembol.pdf. s. 7, (Erişim) 21.3.2016.

<sup>119</sup> AİHM Aktas/Fransa, Bayrak/Fransa, Gamaleddyn/Fransa, Ghazal/Fransa, J. Singh/Fransa ve R. Singh/Fransa Kararı, [https://www.inhak.adalet.gov.tr/inhak\\_bilgi\\_bankasi/tematik\\_bilginotu/dusunceler/dinisembol.pdf](https://www.inhak.adalet.gov.tr/inhak_bilgi_bankasi/tematik_bilginotu/dusunceler/dinisembol.pdf). s.8, (Erişim) 22.3.2016; Murdoch, s. 52.

<sup>120</sup> AİHM Ebrahimian/Fransa kararı, Başvuru No: 64846/11, karar tarihi: 26.11.2015, [http://hudoc.echr.coe.int/eng#{"fulltext":\["Ebrahimian"\],"documentcollectionid2":\["GRANDCHAMBER","CHAMBER"\],"itemid":\["001-158878"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/eng#{), (Erişim) 23.3.2016.

## 7. S.A.S Kararı

Konuyla ilgili AİHM'e yapılan bir diğer başvuru da 11 Ekim 2010 tarihli 2010-1192 sayılı Yasa ile kamuya açık alanlarda yüzün gizlenmesi için tasarlanmış giysilerin giyilmesi yasağının, kendisini nikap takma imkânından yoksun bıraktığını iddia eden bir kadın tarafından, din ve ifade özgürlüğü ile özel yaşam ve aile yaşamına saygı hakkının ihlal edildiği gerekçesiyle yapılmıştır. AİHM başvuruya ilgili, getirilen yasakla her hangi bir dini göndermede bulunmadığını, Kanun'un amacının insanların sosyal etkileşiminde önemli bir rolü bulunan yüzün gizlenmesinin engellenmesi olduğunu ve devletlerin başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması adına kamuya açık alanlarda kişilerin birlikte yaşama imkânını ortadan kaldıracak davranışları engellemeye yönelik takdir marjlarının bulunduğunu belirterek başvuruya konu yasağın demokratik bir toplumda gerekli olduğuna karar vermiştir. Yani Mahkeme, getirilen yasağın dini sebeplerle değil, sosyal etkileşim gerekçesiyle alındığını belirtmiştir.<sup>121</sup>

## 8. Değerlendirme

AİHM'in dini sembollerin kullanımıyla ilgili verdiği kararlar incelendiğinde, yapılan başvuruların hiç birinde hak ihlali olmadığına karar verdiği görülmektedir. Bu kararlardan, getirilen yasakların kamu düzeni ve güvenliği nedeniyle ve geçici süre için geçerli olanlarına katılmakla birlikte, özellikle Stasi Raporu'nun Kanunlaştığı 2004 yılında verilmiş olan Ebrahimian ve 2010 yılında kabul edilen 1192 sayılı Kanun'la ilgili yapılan başvuruya ilgili kararın gerekçelerinin yeterli olmadığı düşünülmektedir. Her ne kadar kararlar da getirilen yasakların belli bir dine yönelik olmadığı belirtilse de uygulamaya bakan yönüyle böyle olmadığı ve yasağın doğrudan belli dinlere mensup olanları etkilediği görülmektedir.

Burada daha ilginç olan husus ise AİHM'de ibadet hürriyetinin teminat altına alınmasına ve bu hürriyeti ihlal edenlere karşı meydan okunup cezalar verilmesine rağmen, AİHM'in okullarda başörtüsünü

<sup>121</sup> AİHM S.A.S/Fransa kararı, Başvuru No: 43835/11, karar tarihi: 01.7.2014. [http://hudoc.echr.coe.int/eng#{"fulltext":\["sas"\],"documentcollectionid2":\["GRANDCHAMBER"\],"CHAMBER"}](http://hudoc.echr.coe.int/eng#{), "itemid":["001-153688"]}, (Erişim) 24.3.2016.

yasaklayan ülkeler açısından bu durumun takdir marjları içinde kaldığı yönünde ve ilgili devletleri destekler nitelikte kararlar vermesidir.<sup>122</sup>

Dini sembol kullanımının AHİS'te de güvence altına alınan en temel haklarından olması ve böyle bir hakkın bireye tanınmasının bir gereği olarak kişilerin kendilerini geliştirmesi, ifade edebilmesi ve kişinin yapmış olduğu tercihinine saygı gösterilmesi amacıyla getirilen yasakların kaldırılarak, bireylerin dini sembolleri rahatça kullanabilmeleri için yasal düzenlemeler yapılması gerektiği düşünülmektedir<sup>123</sup>.

Kaldı ki Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komitesi, dini sembollerin kullanımıyla ilgili yapılan başvurularda konuya daha geniş ve kapsayıcı bakmakta, dini sembollerin kullanımını dini açığa vurma özgürlüğünün bir parçası olarak görmekte ve geçerli bir gerekçe olmadan getirilen bir yasaklamayı bu özgürlüğün ihlali olarak kabul etmektedir. Komite konuyla ilgili yapılan Hudoyberganoca/Özbekistan başvurusunda, üniversitelerde getirilen başörtüsü yasağının dini açıklama özgürlüğünün ihlali olduğuna karar vermiştir.<sup>124</sup>

## SONUÇ

Toplumsal ve bireysel nitelikteki insan haklarının bir bütün olduğu yönündeki genel kabule rağmen din ve inanç özgürlüğünün bu hakların mihenk taşı olarak farklı bir konuma sahip olduğu söylenebilir. Bu farklı konum, insanın kutsallığının ve doğasının temeli olan diğer hak ve özgürlüklerin gelişiminde din ve inanç özgürlüğünün esas ve öncelikli bir işleve sahip olmasından ileri gelir.

İnsanlık ve özelde de her bir insan için çok önemli olan ve bir nevi diğer bütün özgürlüklerin başlangıç noktası kabul edilen din ve vicdan hürriyetinin Fransa'da elde edilmesi ve istenilen düzeye gelmesi için çok çetin mücadelelerin verildiği görülmektedir.

Özellikle Fransız ihtilalından önceki dönemdeki yönetim ile ihtilal sonrası dönemdeki yönetimin bu özgürlüğe bakışının çok farklı olduğu görülecektir. İhtilal öncesi dönemde dinin daha doğrusu kili-

<sup>122</sup> Gönenç, s. 262.

<sup>123</sup> Kurt, s. 228.

<sup>124</sup> Doğru ve Nalbant, s. 133.

senin toplumun ve sosyal hayatın tüm kesimlerinde egemen olduğu ve bu manada hiçbir boşluk bırakmadığı, ihtilal sonrası dönemde de tam tersi bir uygulamayla dinin hayatın tüm kesimlerinden çıkarılarak bireyin içine hapsedilmek istenen bir unsur olarak kabul edilmesi yönündeki gayretler dikkat çekmektedir.

Tarihsel gelişim süreci göz önüne alındığında, Fransa'da laiklik ilkesi ve bununla bağlantılı olarak din ve vicdan hürriyetinin insanlardaki kabulünün yukarıdan inmece bir zihniyetle değil taban hareketi şeklinde olduğu, bu hürriyetin kazanılması uğruna on binlerce kişinin hayatından olduğu ve aslında son zamanlarda Fransa'da laiklikle ilgili taşınan endişelerin ve çokta anlam verilemeyen yasaklayıcı düzenlemelerin bundan kaynaklandığı söylenebilir. Yani insanlar zorluklarla kazandıkları ve kendileri için çok önemli olduğunu kabul ettikleri kazanımları kaybetmek istememektedirler.

Fransa'nın laiklik anlayışının üç ilkeyle formüle edilebileceği söylenebilir; bunlar Cumhuriyetin birliği, dini-felsefi geleneğin çoğulcu luğuna saygı ve vicdan özgürlüğüdür.

Fransız laikliği, tarafsızlık prensibi üzerine inşa edilmiştir. Tarafsızlıktan kasıt, devletin bütün dinlere saygılı olması, eşit mesafede durması ve dini çoğunluğu tanımamasıdır. Anayasa, belirli bir din ya da kiliseye atıfta bulunmaz, ulusal din veya kilise yoktur. Tarafsızlık, devletin bütün dinleri görmezden geleceği anlamına da gelmez. Fransa, Anayasa ve yasalarında dini özgürlükleri tanımakta ve korumaktadır. Ama bazı özgürlükler, Fransa'nın korumacı refleksleri nedeniyle oldukça sınırlandırılmaktadır. Örneğin, Stasi raporundan sonra çıkarılan yasa ile dikkat çekecek dini sembollerin kullanımı ve 2010 yılında kamusal alanda yüzü kapatan burka ve nikap tarzı kıyafetlerin giyilmesi yasaklanmıştır.

Anayasa ve yasalar insanlara özgürce dinlerini seçme, değiştirme ve yaşayabilme hakkı tanımaktadır. Fransız Anayasası herkese ırk, din, köken ayrımı yapmaksızın kanun önünde eşit olduklarının ve dini inançlarına saygı gösterileceğinin garantisini vermektedir. Dini özgürlüklere yapılabilecek müdahaleler ceza kanunu anlamında yapıtıma tabi tutulmuş ve dini ya da ırkçı saldırılar yasaklanmıştır.

Fransa'da laiklik uygulaması bu şekilde olup, Fransa'nın laiklikten ne anladığı ve laiklikle neye ulaşmak istendiği şu şekilde özetlenebilir; Stasi raporunda yer alan; *"Fransa'nın amacının, ülkenin Müslüman halkına cumhuriyet yurttaşı olmayı öğretmek ve benimsetmektir"* ifadesi aslında konuyla ilgili bize ipucu vermektedir. Fransız yasaları ve uygulamasına bakıldığında sistem kişilere, din özgürlüğünden çok düşünce özgürlüğü ve serbest düşünme konularında daha bir serbestiyet ve ayrıcalık vermektedir. Fransızlar bu durumu da şöyle gerekçelendirmektedirler; kişiler düşüncelerini özgürce söyleme fırsatı bulamazlar ise dinlerini de özgür bir şekilde seçebilecek konumda olamazlar.

Fransa'daki laiklik, kişilere din ve vicdan özgürlüğü sağlamadan öte, din ve dinsel öğelerin devlet kurumlarından çıkarılması için bir vasıta ve hatta dinin etkilerinin, Cumhuriyet'in hayatını olumsuz manada etkilemesini önlemek için ideolojik bir koruma kalkanıdır. Fransa'da halkın genelinin kabul ettiği ve çoğunluk tarafında kabul gören inanış ve inanç sistemi dışındaki diğer inanışlar ve dini yapılanmalar özgür düşünceyi yok etmeye çalışan *"olağan şüpheliler"* konumundadırlar. Laiklik, gücünü akıl dışı değerlerden alan dinlere karşı Cumhuriyeti korumak için kullanılabilir en önemli silahtır. Uygulanan laik politikaların amacı dini, sadece özel hayatın içerisinde tutmak ve kamusal alanı dini değer ve düşüncelerden arındırmaktır. Kısacası Fransa'daki laiklik anlayışıyla Cumhuriyet'i dine karşı korumak amaçlanmıştır.<sup>125</sup>

Fransız laiklik anlayışının bir neticesi de kendisini dini sembollerin kullanılmasıyla ilgili göstermiştir. Zira ülkede sadece bu konuyla ilgili çalışmalar yapıp getirilen yasaklar yasal güvenceye bağlanmıştır. Ancak getirilen yasakların ortak özelliği belli dinlere ait sembollerin kullanımını yasaklamasıdır. Her ne kadar hem yasalarda hem de AİHM kararlarında öyle kabul edilmese de yasanın lafzından ve yorumundan bu anlam çıkmaktadır. AİHM'de verdiği kararlarında bu yasakları tasdik etmiştir.

---

<sup>125</sup> Gönenç, s. 263.

### Kaynakça

- Ağırbaşı Şennur, "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Çerçevesinde Din ve Vicdan Özgürlüğü", Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Sayı.101, Ankara 2012.
- Aksoy Murat, Başörtüsü-Turban (Batılılaşma, Modernleşme, Laiklik ve Örtünme), Kitap Yayınları, İstanbul 2005.
- Aktan Coşkun Can, Haklar ve Özgürlükler Antolojisi, 2. Baskı, Hak-İş Yayınları, Ankara 2003.
- Aliefendioğlu Yılmaz, "Laiklik ve Laik Devlet", Laiklik ve Demokrasi, (Der. İbrahim Ö. Kaboğlu), İmge Kitabevi, Ankara 2001.
- Antes Peter, "Fransa'da Sekülerizm ve Laiklik, (Çev. Nezih, Pala), Devlet ve Din İlişkileri-Farklı Modeller, Konseptler ve Tecrübeler, Konrad Adenauer Vakfı Yayınları, Ankara 2003.
- Arslan Zühtü, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde Din Özgürlüğü, Liberal Düşünce Topluluğu Yayınları. Ankara 2005, ("Özgürlük").
- Zühtü Arslan, Anayasa Teorisi, Seçkin Yayınları, Ankara 2005, ("Teori").
- Aydın Mehmet, İlahi Dinlerde (Yahudilik, Hristiyanlık ve İslam'da) Dini Semboller, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Konya 1996.
- Badar Mohamed Elewa, "Basic Principles Governing Limitations on Individual Rights and Freedoms in Human Rights Instruments". The International Journal of Human Rights, Vol.7, No.4, Winter 2003.
- Baubert Jean, Avrupa Birliği Ülkelerinde Dinler ve Laiklik, Çeviren, Fazıl Arabacı, Ufuk Yayınları, İstanbul 2003.
- Bazı Avrupa Ülkelerinde Din Devlet İlişkisi, T. B. M. M. Araştırma Merkezi, Ankara 2011.
- Özipek Bekir Berat, "Din ve Vicdan Özgürlüğü: Türkiye İçin Bir Anayasal Çerçeve Önerisi", Stratejik Düşünce Enstitüsü, SDE-Analiz Yayınları, Ankara 2011.
- Berkes Niyazi, Teokrasi ve Laiklik, Adam Yayınları, İstanbul 1997.
- Bertnard J. R., "State and Church in France: Regulation and Negotiation", Geojournal 2007.
- "Charter of Fundamental Rights of the European Union", Official Journal of the European Communities, 18.12.2000.
- Çalışkan Ahmet Ziya, "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında Eğitim ve Öğrenim Hakkı", EÜHFD, C. XI, S. 3-4, Erzincan 2007.
- Dinçkol Bihterin Vural ve Akad Mehmet, Genel Kamu Hukuku, Der Yayınları, İstanbul 2002.
- Dinçkol Bihterin, 1982 Anayasası Çerçevesinde ve Anayasa Mahkemesi Kararlarında Laiklik, Kazancı Yayınları, İstanbul 1992.
- Doğru Osman, İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi İçtihatları, Legal Yayınları, İstanbul 2004.
- Doğru Osman ve Nalbant Atilla, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi Açıklama ve Önemli Kararlar, Pozitif Matbaa, Ankara 2013.
- Duffar Jean, "Fransa'da Laiklik, Dünyada Din Devlet İlişkileri", Gazeteciler ve Yazarlar Vakfı Yayını, İstanbul 2002.

- Erdoğan Mustafa, "Sivil özgürlük Olarak Din ve Vicdan Özgürlüğü", Türkiye'de Din ve Vicdan Hürriyeti Çeşitlilik, Çoğulculuk, Barış, (Derleyen: Murat Yılmaz), Liberal Düşünce Topluluğu, Ankara 2005, ("Vicdan").
- Erdoğan Mustafa, Anayasa ve Özgürlük, Yetkin Yayınları, Ankara 2002, ("Özgürlük").
- Erdoğan Mustafa, Anayasal Demokrasi, Siyasal Kitabevi, Ankara 2004, ("Anayasal").
- Erdoğan Mustafa, Demokrasi, Laiklik, Resmi İdeoloji, Liberte Yayınları Ankara 2000, ("İdeoloji").
- Erdoğan Mustafa, "Laiklik ve Türk Uygulaması Üstüne Notlar", Türkiye Günlüğü, Sayı. 13, Ankara 1999, ("Notlar").
- Fransa'da Laisitenin Uygulanışına İlişkin Stasi Raporu, (Çev. Der. Turhan Ilgaz), Paragraf Yayınları, Ankara 2005, ("Stasi Raporu").
- Gemalmaz Mehmet Semih, Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunun Genel Teorisine Giriş, 4.Baskı, Beta Yayınları, İstanbul 2003, ("Teori").
- Gemalmaz Mehmet Semih, İnsan Hakları Belgeleri, C.6, Boğaziçi Üniversitesi Yayınevi, İstanbul 2007.
- Greer Steven, The Exceptions to Articles 8 to 11 of European Convention on Human Rights, Council of Europe, Human Rights Files, No.15, 1997.
- Gölcüklü Feyyaz ve Gözübüyük Şeref, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması, Genişletilmiş 2.Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara 1996.
- Gönenç İsmail, "Fransa'nın Din-Devlet Ayrımı Modeli ve Fransız Laikliği" Toplum Bilimleri Dergisi, C.4, S.7, Ankara 2010.
- Gunn T. Jeremy, Din Özgürlüğü ve Laisete, ABD ile Fransa Arasında Bir Karşılaştırma, (Editör: Atilla Yayla, Çevirenler: Hüseyin Bal, Ömer Faruk Altıntaş), Ankara 2005.
- Günarslan Yüksel, "Din ve Vicdan Özgürlüğü İle Laiklik Bağlamında Din Eğitimi ve Öğretimi, *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, Yıl.5, Sayı.19, Ankara 2014.
- Hakyemez Yusuf Şevki, Militan Demokrasi Anlayışı ve 1982 Anayasası, Seçkin Yayınevi, Ankara 2000.
- İnsan Hakları, Başbakanlık İnsan Hakları Başkanlığı Yayını, Ankara 2006.
- Kaboğlu İbrahim Ö., Özgürlükler Hukuku, Ankara 1993, ("Özgürlükler").
- Kaboğlu İbrahim, Ö.; Kolektif Özgürlükler, DÜHF Yayınları, No.8, Diyarbakır 1989, ("Kollektif").
- Kaya Serdar, Dünyada Farklı Laiklik Uygulamaları: Fransa, Eylül 2007, [www.derin-sular.com/pdf/php](http://www.derin-sular.com/pdf/php), (Erişim) 04.3.2016.
- Kurt Hayrettin, "İnanç Özgürlüğü Bağlamında Dini Sembollerin Kullanımının Mukayeseli Hukuk Bakımından Değerlendirilmesi", EÜHFD, C.XVII, S.1-2, Erzincan 2013.
- Kuru Ahmet T., Pasif ve Dışlayıcı Laiklik, (Çeviren: Eylem Çağdaş Babaoğlu), İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul 2011.
- Küçük Adnan, "AB Üyesi Bazı Ülkeler ile ABD ve Türkiye'de Din Eğitimi ve Öğreniminin Hukuki Çerçevesi", Liberal Düşünce-Din Özgürlüğü, Sayı.55, Ankara 2009, ("Çerçeve").
- Küçük Adnan, "Laikliğe İlişkin Tartışmalar ve İki Laiklik Modeli" Türkiye'de Din



- Özgürlüğü ve Laiklik, (Editör: Hasan Yücel Başdemir), Liberte Yayınları, Ankara 2011, ("Laiklik").
- Küçük Tevfik Sönmez, "Fransız Eğitim Sisteminde Dini Sembollerin Kullanılması", Ankara Barosu Dergisi, Sayı.201/1, Ankara 2010, ("Dini Semboller").
- Messner Francis, "Avrupa Birliği Ülkelerinde Din-Devlet İlişkisi, Hukuki Yapı/Din Eğitimi/Din Hizmetleri", (Editörler: Ali Köse, Talip Küçükcan) İslam Araştırmaları Merkezi, Yayın No:389, İstanbul 2008.
- Metin Yüksel, Ölçülülük İlkesi, Karşılaştırmalı Bir Anayasa Hukuku İncelemesi, Seçkin Yayınevi, Ankara 2002.
- Murdoch Jim, Düşünce, Vicdan ve Din Özgürlüğü Hakkının Korunması, Avrupa Konseyi İnsan Hakları El Kitabı, Şen Matbaa, Ankara 2013.
- Okdemir İlkay, Din ve Vicdan Özgürlüğü ve Bağlamında Üniversitelerde Türban Sorunu, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Antalya 2005.
- Özipek Bekir Berat, Din ve Vicdan Özgürlüğü: Türkiye İçin Bir Anayasal Çerçeve Önerisi, Stratejik Düşünce Enstitüsü, SDE-Analiz, Ankara 2011.
- Öktem Akif Emre, Uluslararası Hukukta İnanç Özgürlüğü, Liberte Yayınları, Ankara 2002.
- Özenç Berke, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve İnanç Özgürlüğü, Kitap Yayınları, İstanbul 2006.
- Özbudun Ergun, Türk Anayasa Hukuku, Yetkin Yayınları, Ankara 2012.
- Robert Jacques, Batı'da Din-Devlet İlişkileri, Fransa Örneği, (Türkçeleştiren: Prof. Dr. İzzet Er), İz Yayıncılık, İstanbul 1998.
- Sidoti Chris, Article 18 Freedom of Religion and Belief, Human Rights and Equal Opportunity Commission, Canberra 1998.
- Tanör Bülent ve Yüzbaşıoğlu Necmi, 1982 Anayasasına göre Türk Anayasa Hukuku, Beta Yayınları, 14. Bası, İstanbul 2012.
- Tezcan Durmuş ve Erdem Mustafa Ruhan ve Sancakdar Oğuz ve Önok Rifat Murat, İnsan Hakları El Kitabı, Seçkin Yayınevi, Ankara 2010.
- Tezcan Durmuş ve Erdem Mustafa, Ruhan ve Sancakdar Oğuz; Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Işığında Türkiye'nin İnsan Hakları Sorunu, Seçkin Yayınevi, 2. Baskı, Ankara 2004.
- Turan İbrahim, "Ulusal ve Uluslararası Hukuk Açısından Türkiye'de Din Eğitiminin Yasal Dayanakları" *Ondokuz Mayıs Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi*, Sayı.32, Samsun 2012.
- Yazıcı Serap, İnsan Hakları Açısından Laiklik, Kurtiş Yay., İstanbul 1994.
- Yıldız Ahmet, Çeşitli Ülkelerde Din ve Devlet İlişkilerinin Düzenlenmesi, TBMM Kütüphane ve Dokümantasyon Müdürlüğü Araştırma Servisi, Ankara 1993.
- Yükleyen Ahmet ve Kuru Ahmet T., Avrupa'da İslam Laiklik ve Demokrasi. (Fransa,Almanya.ve.Hollanda), Tesev Yayınları, İstanbul 2006.



# KOLLUK GÖZETİM KOMİSYONU HAKKINDA MEVZUAT EKSENLİ KISA BİR DEĞERLENDİRME

## A SHORT EXAMINATION BASED ON THE LEGISLATION ON MONITORING COMMISSION ON SECURITY FORCES

Taylan BARIN\*

**Özet:** Bu çalışmada 03/05/2016 tarihli ve 6713 sayılı “Kolluk Gözetim Komisyonu Kurulması Hakkında Kanun” analiz edilmiş; komisyon, kuruluşu ve bağımsızlığı ile görev ve yetkileri bağlamında Türkiye’deki benzer kurumlar olan “Kamu Denetçiliği Kurumu” ve “Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu” ile karşılaştırılmıştır. Avrupa Birliği’nin bir önerisi olarak kurulan Kolluk Gözetim Komisyonunun ilerleme raporlarında belirtilen işlevleri yerine getirebilme kapasitesi ile bağımsızlık kriterini sağlayıp sağlamadığı tartışılmıştır. Ardından Kolluk Gözetim Komisyonunun mezkûr ihtiyaçları karşılayabilme imkânları araştırılmış ve kolluk gözetim mekanizması olarak daha güvenceli olacağına inanılan bir sistem önerilmiştir.

**Anahtar Kelimeler:** Kolluk Gözetim Mekanizması, AB İlerleme Raporları, Kolluk Gözetim Komisyonu, Kamu Denetçiliği Kurumu, Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu

**Abstract:** In this article, Law no. 6713 of 03/05/2016 on “The Law on the Establishment of a Monitoring Commission on Security Forces” has been analyzed. Establishment of the commission and commission’s independency, duties and authorities are compared with the similar institutions in Turkey such as The Ombudsman Institution and The National Human Rights and Equality Institution of Turkey. Although the commission has been established on the recommendation of The European Union, the capacity of independency conditions pointed out at Turkey Progress Reports is questionable. In this paper, this capacity has been investigated and an effective mechanism for human rights complaints on security forces has been suggested.

**Keywords:** Monitoring Commission on Security Forces, EU Progress Reports, The Ombudsman Institution, The National Human Rights and Equality Institution of Turkey

---

\* Dr., Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi Anayasa Hukuku A.B.D. Araştırma Görevlisi, tbarin@ybu.edu.tr

## GİRİŞ

Avrupa Birliği'nin tavsiyeleri ve ilerleme raporlarının etkisiyle kol- luğa yönelik etkin bir şikâyet mekanizması olarak görülen "Kolluk Gö- zetim Komisyonu Kurulması Hakkında Kanun" 03/05/2016 TBMM'de kabul edilmiş ve Cumhurbaşkanı'nın onayının ardından 20/05/2016 tarihli Resmi Gazete'de yayınlanarak yürürlüğe girmiştir. Yeni kuru- lan bu komisyonla birlikte Türkiye'nin yargı harici insan hakları koru- ma mekanizmalarına bir yenisi daha eklenmiştir. Mevzuatta benzer işlevleri yerine getirebilme kapasitesine sahip Kamu Denetçiliği Kuru- mu ve yeni ismiyle Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu gibi iki kurum olmasına rağmen yine de böyle bir komisyonun kurulmasının gerekliliği kanaatimizce tartışmalıdır.

İlk olarak, böyle bir mekanizmanın kurulmasının altında yatan nedene bakıldığında, karşımıza Avrupa Birliği'nin ilerleme raporların- daki kolluk gözetim mekanizmasına ilişkin tavsiyeleri çıkmaktadır. Ancak kurulan komisyonun, rapordaki tavsiyeleri karşılayabilip karşılayamayacağı şüphelidir. Raporlara bakıldığında kurulması tav- siye edilen mekanizmaya dair en fazla vurgunun komisyonun "ba- ğımsızlığına" ilişkin olduğu görülmektedir. Oysa kabul edilen kanun- la oluşturulan komisyonun bağımsızlığı oldukça kuşkuludur.

İkinci olarak, benzer fonksiyonları yerine getirebilme kapasitesi- ne sahip iki tane kurum olmasına rağmen, bir üçüncüsünü kurmak, komisyonun işlevselliğine zarar verebilecektir. Komisyonun işlevine zarar vermese dahi hak ihlaline uğradığını düşünen kişilerden birbi- rine çok yakın alanlarda faaliyet gösteren başvuru yollarından birini seçmelerini beklemek usul ekonomisine uygun olmadığı gibi kafa ka- rışıklığına neden olma ihtimali de yüksektir.

Üç başlıktan oluşan bu çalışmada ilk olarak Avrupa Birliği ilerle- me raporları incelenmiş olup, AB'nin kolluk gözetim mekanizmasın- dan beklentileri analiz edilmiştir. Takip eden başlıkta Kolluk Gözetim Komisyonu, mevzuat ve gerekçesi çerçevesinde incelenerek işlevleri tetkik edilmiştir. Üçüncü ve son başlıkta ise Türkiye'deki benzer me- kanizmalarla Kolluk Gözetim Komisyonu başta bağımsızlık olmak üzere çeşitli yönlerden karşılaştırılmıştır. Sonuç bölümünde ise böyle bir komisyon kurulmasının gerekliliği tartışılarak alternatif bir öneri getirilmiştir.

## Avrupa Birliği İlerleme Raporlarında “Kolluk Gözetim Mekanizması”

1959 yılının Temmuz ayında Türkiye'nin *Avrupa Ekonomik Topluluğu*'na ortaklık için başvurusu ile başlayan süreç yıllar içinde kimi zaman tam üyelik kimi zaman da kopma yönünde seyretmiş, 1998 yılı ise Türkiye-AB ilişkileri bağlamında kritik bir dönemeç olarak tarihimize geçmiştir.<sup>1</sup> 1997 yılında gerçekleşen Lüksemburg Avrupa Konseyi Zirve Toplantısı'nda AB genişleme için karar almış olmasına ve pek çok ülkeyi<sup>2</sup> Birliğe alma yönünde bir irade ortaya koymasına karşın Türkiye'ye bu listede yer vermemiştir. Türk Hükümeti, toplantının hemen ertesi günü bir açıklama yaparak başta Kıbrıs sorununa ilişkin kayıtlar olmak üzere, AB'nin bu politikasını sert bir dille kınamıştır.<sup>3</sup> Bu kınamanın da etkisiyle çok kısa süre sonra Türkiye-AB ilişkileri geliştirilmiş, Avrupa Komisyonu tarafından “Türkiye İçin Avrupa Stratejisi” açıklanmış ve 1998 yılında itibariyle Türkiye'nin Katılım Yönünde İlerlemesine İlişkin Komisyon görüşlerini içeren ilk “İlerleme Raporu” yayımlanmıştır. İlerleme raporları o tarihten günümüze yıllık olarak yayınlanmaya devam etmektedir.<sup>4</sup>

İlerleme raporları yayınlandığı ilk yıllarda kolluğa yönelik ikazlara çok fazla rastlanamamasına rağmen 2005 sonrası bu hususa yönelik

<sup>1</sup> Türkiye - Avrupa Birliği İlişkileri Kronolojisi'ne (1959-2015) ilişkin T.C. Avrupa Birliği Bakanlığınca hazırlanan rapor için bkz; [http://www.ab.gov.tr/files/5%20Ekim/turkiye\\_avrupa\\_birligi\\_iliskileri\\_kronolojisi.pdf](http://www.ab.gov.tr/files/5%20Ekim/turkiye_avrupa_birligi_iliskileri_kronolojisi.pdf) (Erişim: 09.05.2016)

<sup>2</sup> AB'ye en fazla uyum sağlama kapasitesini haiz Polonya, Macaristan, Çek Cumhuriyeti, Slovenya ve Estonya ile daha geri bir durumda bulunan Slovak Cumhuriyeti, Litvanya, Letonya, Bulgaristan ve Romanya'nın ve Güney Kıbrıs'ın üyelikle-rinin genişleme kapsamına dâhil edilmesi.

<sup>3</sup> Türkiye Cumhuriyeti Dışişleri Bakanlığının, 14 Aralık 1997 AB Lüksemburg Kararı İle İlgili Açıklaması için bkz. [http://www.mfa.gov.tr/turkiye-cumhuriyeti\\_disisleri-bakanliginin\\_ab-luksemburg-karari-ile-ilgili-aciklamasi\\_-14-aralik-1997.tr.mfa](http://www.mfa.gov.tr/turkiye-cumhuriyeti_disisleri-bakanliginin_ab-luksemburg-karari-ile-ilgili-aciklamasi_-14-aralik-1997.tr.mfa) (Erişim: 09.05.2016)

<sup>4</sup> 15.12.1999 tarihli konuşmasında konuya temas eden T.C. Cumhurbaşkanı Süleyman Demirel, “Lüksemburg Zirvesi Kararlarıyla Türkiye'ye karşı yapılmış olan ayrımcılık Türk Halkını incitmiştir.” ifadesiyle konuya dikkat çekmiştir. Açıklamanın tamamı için bkz. <http://www.tcgb.gov.tr/konusmaları-suleyman-demirel/1718/4109/turkiye-avrupa-birligi-dernegi-tarafindan-duzenlenen-helsinki-zirvesi-ardindan-turkiye-avrupa-birligi-iliskileri-konulu-panelin-acilisinda-yaptiklari-konusma.html> (Erişim: 10.05.2016)

<sup>4</sup> 1998 - 2015 arası ilerleme raporlarının tamamı için bkz. <http://www.ab.gov.tr/index.php?p=46224&l=1> (Erişim: 10.05.2016)

artış dikkatleri çekmektedir. 2010 sonrası ise bu hususa yoğunlaşıldığı bilhassa da “Kolluk Gözetim Mekanizması”nın raporlar vasıtasıyla sıkı bir şekilde takip edildiği görülmektedir. 2010 yılına ait raporda ilgili husus şöyle geçmektedir:

*“Hükümet, işkence ve kötü muameleyi önlemeye yönelik hukuki tedbirlere uyulmasını sağlamak üzere çabalarını sürdürmüştür. Bu politika, olumlu sonuçlar vermeye devam etmiştir. İşkence ve kötü muamele davalarında etkin soruşturma ve belgeleme konularında İstanbul Protokolü’nün Türkiye’de uygulanması amacıyla, sağlık personelinin, hâkim ve savcılarının eğitimine devam edilmiştir.*

*Kolluk Gözetim Komisyonu kurulmasına ilişkin kanun tasarısı Ekim ayında TBMM’ye sunulmuştur. Tasarı, kolluk kuvveti mensuplarına uygulanacak disiplin usulleri ve tedbirlerinin kaydedilmesi ve denetlenmesini teminen bir Kolluk Gözetim Komisyonu kurulmasını öngörmektedir.”<sup>5</sup>*

Tasarı TBMM Başkanlığı’na sunulmuş olmasına rağmen kanunlaşmamıştır. Nitekim 2011 ilerleme raporunda “Güvenlik ve kolluk kuvvetleri tarafından yapıldığı iddia edilen yargısız infazlar hakkında tam bir bağımsız soruşturma yürütülmemesi sorunu devam etmektedir”<sup>6</sup> ifadesiyle konuya dikkat çekilmeye çalışılmıştır. 2012 yılında halen kanunlaşmadığı görülen gözetim komisyonundan doğrudan bahsedilmiştir: “Türk kolluk kuvvetleri tarafından uygulanan veya kendi içlerindeki insan hakları ihlalleri, kötü muamele ve görevin kötüye kullanılmasına ilişkin şikâyetlerin araştırılması için Bağımsız Kolluk Gözetim Mekanizması henüz kurulmamıştır.”<sup>7</sup> 2013 ilerleme raporunda aynı husus “Bağımsız bir Kolluk Gözetim Komisyonu halen kurulmamıştır”<sup>8</sup> olarak geçerken 2014 ilerleme raporunda “Bağımsız bir Kolluk Gözetim Komisyonu kurulmalıdır”<sup>9</sup> ibaresiyle daha vurgulu

<sup>5</sup> Türkiye Düzenli İlerleme Raporu 2010, s. 17-18.  
[http://www.ab.gov.tr/files/AB\\_Iliskileri/AdaylikSureci/IlerlemeRaporlari/turkiye\\_ilerleme\\_rap\\_2010.pdf](http://www.ab.gov.tr/files/AB_Iliskileri/AdaylikSureci/IlerlemeRaporlari/turkiye_ilerleme_rap_2010.pdf) (Erişim: 10.05.2016)

<sup>6</sup> Türkiye Düzenli İlerleme Raporu 2011, s. 22.  
[http://www.ab.gov.tr/files/AB\\_Iliskileri/AdaylikSureci/IlerlemeRaporlari/2011\\_ilerleme\\_raporu\\_tr.pdf](http://www.ab.gov.tr/files/AB_Iliskileri/AdaylikSureci/IlerlemeRaporlari/2011_ilerleme_raporu_tr.pdf) (Erişim: 10.05.2016)

<sup>7</sup> Türkiye Düzenli İlerleme Raporu 2012, s. 13.  
[http://www.ab.gov.tr/files/AB\\_Iliskileri/AdaylikSureci/IlerlemeRaporlari/2012\\_ilerleme\\_raporu\\_tr.pdf](http://www.ab.gov.tr/files/AB_Iliskileri/AdaylikSureci/IlerlemeRaporlari/2012_ilerleme_raporu_tr.pdf) (Erişim: 10.05.2016)

<sup>8</sup> Türkiye Düzenli İlerleme Raporu 2013, s. 51.  
[http://www.ab.gov.tr/files/AB\\_Iliskileri/AdaylikSureci/IlerlemeRaporlari/2013\\_ilerleme\\_raporu\\_tr.pdf](http://www.ab.gov.tr/files/AB_Iliskileri/AdaylikSureci/IlerlemeRaporlari/2013_ilerleme_raporu_tr.pdf) (Erişim: 10.05.2016)

<sup>9</sup> Türkiye Düzenli İlerleme Raporu 2014, s. 49.

bir şekilde ifade edilmiştir. Görüldüğü üzere Avrupa Birliği'nin kolluk gözetim mekanizmasına ilişkin temel temennisi "bağımsız" olmasıdır.

2015 tarihli ilerleme raporunda AB yine aynı hususa değinmiş ve bu defa "sivil ve bağımsız" olarak nitelendirdiği şikâyet mekanizmasına verilmesi gereken görev yetkilere de işaret etmiştir:

*"Kolluk görevlileri tarafından ciddi insan hakları ihlallerine maruz bırakılan mağdurlar için adaletin güvence altına alınmasının önünde önemli engeller bulunmaktadır. Kamu makamlarının neden olduğu zararların veya can kayıplarının tazmin edilmesine ilişkin mevzuatın da ayrıca gözden geçirilmesi gerekmektedir. Göstericiler, kolluk güçleri tarafından kötü muamele gördükleri iddiasıyla yargılama sürecini başlattıklarında, yargı tarafından öncelik verilen aleyhte iddialar ile karşı karşıya kalmaya devam etmektedirler. Mart 2015 tarihli iç güvenlik paketi ile kolluk birimlerine, yeterli bir yargı veya bağımsız meclis denetimi olmaksızın geniş takdir yetkileri verilmiştir. İnsan hakları ihlalleriyle ilgili iddiaların etkili bir şekilde soruşturulması, disiplin cezalarının öngörülmesi ve cezai kovuşturma için davaların sevk edilmesi gibi işlemler için kolluk faaliyetlerine yönelik bağımsız ve sivil bir şikâyet mekanizması oluşturulması gerekmektedir. Bu yönde bir gelişme, kolluk görevlilerinin cezasız kalması konusuna çözüm getirilmesine de katkı sağlayacaktır."*<sup>10</sup>

İlerleme raporlarından anlaşıldığı gibi AB'nin kolluk gözetim mekanizmasına yönelik en vurgulu ifadeleri "bağımsız ve sivil" bir şikâyet mekanizması kurulması hususuna odaklanmıştır. Buna rağmen takip edilen başlıkta incelendiği üzere kurulan komisyonun bu tavsiyeleri gerçekleştirebilme ihtimali oldukça zayıf kalmıştır.

### **Kolluk Gözetim Komisyonu**

AB uyum yasaları çerçevesinde İçişleri Bakanlığınca hazırlanan ve 15/03/2010 tarihinde Bakanlar Kurulunca kararlaştırılan "Kolluk Gözetim Komisyonu Kurulması ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun Tasarısı"nın genel gerekçesinde kanunun amacı

[http://www.ab.gov.tr/files/ilerlemeRaporlariTR/2014\\_ilerleme\\_raporu\\_tr.pdf](http://www.ab.gov.tr/files/ilerlemeRaporlariTR/2014_ilerleme_raporu_tr.pdf) (Erişim: 10.05.2016)

<sup>10</sup> Türkiye Düzenli İlerleme Raporu 2015, s. 66  
[http://www.ab.gov.tr/files/000files/2015/11/2015\\_turkiye\\_raporu.pdf](http://www.ab.gov.tr/files/000files/2015/11/2015_turkiye_raporu.pdf) (Erişim: 10.05.2016)

olarak “kolluk görevlileri hakkında yapılan şikayetlere ilişkin kayıt ve soruşturma sistemlerinin mevcut yasal altyapısının Avrupa Birliği standartlarına ulaştırılması<sup>11</sup>” belirlenmiştir. 2010 tarihli tasarı ancak altı yıl aradan sonra yasalaşabilmiştir. 03/05/2016 tarihli ve 6713 sayılı “Kolluk Gözetim Komisyonu Kurulması Hakkında Kanun”la kurulan komisyonun ise AB ilerleme raporlarında belirtilen sivil ve bağımsızlık kriterlerini ne ölçüde gerçekleştirebileceği tartışmalıdır.

### a. Kuruluşu ve Bağımsızlığı

İçişleri Bakanlığı bünyesinde sürekli kurul olarak görev yapacak “Kolluk Gözetim Komisyonu” (buradan sonra komisyon) aşağıdaki 7 üyeden teşekkül etmektedir;

- İçişleri Bakanlığı Müsteşarı,
- Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu Başkanı,
- İçişleri Bakanlığı I. Hukuk Müşaviri,
- Kurul Başkanı (İçişleri Bakanlığı Mülkiye Teftiş Kurulu Başkanı),
- Adalet Bakanlığı Ceza İşleri Genel Müdürü,
- Üniversitelerin ceza ve ceza usul hukuku ana bilim dallarında görevli öğretim üyeleri arasından İçişleri Bakanın teklif edeceği üç aday arasından Bakanlar Kurulunca seçilecek bir üye,
- Baro başkanı seçilme yeterliğine sahip serbest avukatlar arasından Adalet Bakanının teklif edeceği üç aday arasından Bakanlar Kurulunca seçilecek bir üye,

Şu halde komisyonun yedi üyesinin dördü yürütmenin çeşitli kademelerinde görev yapan bürokratlardan oluşurken yalnızca üç tanesi AB ilerleme raporlarında belirtilen sivil olma sıfatını taşımaktadır. Sivil üyelere ilki, Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu başkanıdır<sup>12</sup>.

<sup>11</sup> T.C. Başbakanlık Kanunlar ve Kararlar Genel Müdürlüğü, TBMM Başkanlığına sunulan “Kolluk Gözetim Komisyonu Kurulması ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun Tasarısı” s. 9  
Kanun Tasarısı ve Gerekçe (Genel-Madde) tam metin için bkz.  
<http://www2.tbmm.gov.tr/d24/1/1-0584.pdf> (Erişim: 10.05.2016)

<sup>12</sup> İnsan Hakları ve Eşitlik Komisyonu üyelerinin seçimi 6701 sayılı Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Komisyonu kanunu m. 10/2’de şöyle belirtilmektedir:  
Kurul, biri Başkan, biri İkinci Başkan olmak üzere on bir üyeden oluşur. Ku-

Diğer iki sivil üyenin seçimi ise İçişleri ve Adalet Bakanlığı ile Bakanlar Kurulu arasında paylaştırılmıştır. Üye aday göstermede veya üye seçmede avukat üye için Barolar Birliği, akademisyen üye için Yükseköğretim Kurumu veya Üniversitelerarası Kurul gibi mekanizmalara inisiyatif verilmemiştir. Bu nedenle üyelerin seçilmesi ve buna bağlı olarak da “sivil olma” durumları bağlamında komisyonun bağımsızlığı oldukça tartışmalıdır.

Komisyonun, İçişleri Bakanlığı bünyesinde sürekli bir komisyon olarak teşekkül ettirilmek suretiyle Bakanlıktan ayrı bir tüzel kişilik tanınmaması da komisyonun bağımsızlığını ve tarafsızlığını tartışmalı hale getirmektedir. Burada bağımsızlığa ilişkin değindiğimiz hususlara kanun tasarısını kaleme alanlarca da dikkat çekilerek genel gerekçede şöyle denilmiştir;

“Komisyonun Tasarıda belirtilen görevleri kendi yetki ve sorumluluğu altında bağımsız olarak yerine getirmesi öngörülmekte, bununla birlikte Komisyonun organik anlamda bağımsızlığından ziyade fonksiyonel anlamda bağımsızlığına yönelik düzenlemeler getirilmektedir. Bu itibarla Komisyonun üyelik kompozisyonu kamuoyunun şikâyet sistemine güven duygusunu güçlendirecek şekilde yapılandırılmakta, öğretim üyeleri ve avukatlar arasından seçilecek üyeler ile Başbakanlık İnsan Hakları Başkanının Komisyonda bulunması öngörülmektedir. Komisyonun bağımsız ve tarafsız niteliğini korumak bakımından kolluk teşkilatları temsilcilerine Komisyonda üye olarak yer verilmemektedir.”<sup>13</sup>

Kanaatimizce bu gerekçe bağımsızlık ve tarafsızlığı temin etme anlamında tatmin edici olmaktan çok uzaktır.

---

rulun sekiz üyesi Bakanlar Kurulu, üç üyesi Cumhurbaşkanı tarafından seçilir. Bakanlar Kurulunca seçilecek bir üye Yükseköğretim Kurulu tarafından insan hakları alanında çalışmalar yapan öğretim üyelerinden önerilecek iki aday arasından; yedi üye ise dördüncü fıkrada aranan şartları taşımak kaydıyla, insan hakları alanında çalışmalar yapan sivil toplum kuruluşları, sendikalar, sosyal ve mesleki kuruluşlar, akademisyenler, avukatlar, görsel ve yazılı basın mensupları ve alan uzmanlarının göstereceği adaylar veya üyelik başvurusu yapanlar arasından belirlenir.

Başkanın seçimi ise aynı kanun m. 10/7’de şöyle belirtilmiştir:

Başkan ve İkinci Başkan, Kurul tarafından Kurul üyeleri arasından seçilir.

<sup>13</sup> T.C. Başbakanlık Kanunlar ve Kararlar Genel Müdürlüğü, TBMM Başkanlığına sunulan “Kolluk Gözetim Komisyonu Kurulması ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun Tasarısı” s. 10.



## b. Görev ve Yetkileri

Komisyon'un görev ve yetkilerine geçmeden önce kanunun kapsamını belirtmek gerekir:

*“(2) Bu Kanun, Emniyet Genel Müdürlüğü, Jandarma Genel Komutanlığı ve Sahil Güvenlik Komutanlığı teşkilatındaki görevli kolluk personelinin işlediği iddia edilen suçlarla veya disiplin cezası gerektiren eylem, tutum veya davranışlarıyla ilgili olarak idari merciler tarafından yapılan ya da yapılması gereken iş ve işlemleri kapsar.*

*(3) Jandarma Genel Komutanlığı ve Sahil Güvenlik Komutanlığı teşkilatındaki görevli kolluk personelinin askeri görevlerinden doğan suçları, bu Kanunun kapsamı dışındadır.”*

Komisyon'un AB ilerleme raporlarında işaret edilen görev ve yetkisi ön plana çıkmaktadır. Bunlar; m. 4/2'de belirtilen *“Kolluk görevlilerinin disiplin cezasını gerektiren eylem, tutum veya davranışlarıyla ilgili ihbar ve şikâyetlerin Komisyona intikal etmesi veya Komisyon tarafından resen öğrenilmesi üzerine Komisyon, Kurul Başkanlığından,<sup>14</sup> söz konusu ihbar veya şikâyetlerin öğrenildiği tarihten itibaren otuz gün içinde disiplin soruşturması açılmasını isteyebilir.”*

Komisyon en az ayda bir defa olmak üzere toplanmaktadır. Başkanın veya başkan dışında en az üç üyenin birlikte talep etmesi halinde de olağanüstü toplantıya çağırılmaktadır. Komisyon kararlarını en az dört üyenin aynı yöndeki oylarıyla almaktadır. Komisyonun en az dört üyeye karar alması hususu da, kuruluşu göze alındığında fonksiyonel bağımsızlığı sağlama anlamında yetersiz kalabilecek bir düzenlemedir. Komisyon toplantılarını en az beş üyenin katılımıyla yapabilmekte, bu halde dahi karar için yine dört oy gerekmektedir. Sivil üyelerin, başka bir ifadeyle doğrudan kamu bürokrasisi içerisinde yer almayan üyelerin, yalnızca üç adet olduğu düşünüldüğünde her halükarda karar almak için dört üyenin aynı yöndeki oylarını sağlamak kanaatimizce Komisyon'un bağımsızlığı ve tarafsızlığını şüpheye düşüren bir etken olarak karşımıza çıkmaktadır.

Kanaatimizce Türkiye'nin hâlihazırda bulunan ve AB'nin ilerle-

<sup>14</sup> m. 2/1-ğ Kurul: İçişleri Bakanlığı Mülkiye Teftiş Kurulu



me raporlarında “Bağımsız bir Kolluk Gözetim Mekanizması” olarak adlandırdığı işlevi yeni kurulan Kolluk Gözetim Komisyon’undan daha iyi yapabilme potansiyelini haiz kurumları bulunmaktadır. Takip eden alt başlıkta bu kurumlar incelenecek olup sonuç kısmında bu konuya yönelik önerilere yer verilecektir.

### **Türkiye’deki Benzer Mekanizmalar**

Başta ifade etmek gerekir ki, bir ülkedeki insan haklarına dair mekanizmaların sayısıyla, aynı ülkedeki insan hakları ihlalleri arasında ancak doğru orantılı bir ilişkiden bahsedilebilir. Diğer bir deyişle, bir ülkedeki insan hakları ihlallerini önlemeye yönelik mekanizmaların çokluğu aynı zamanda o ülkedeki insan hakkı ihlallerinin fazlalığına karine teşkil edebilmektedir. Bu çokluk, aynı zamanda vatandaşların hangi kuruma daha fazla güvenecekleri ve bir hak ihlaline maruz kalmaları halinde en etkin yol olarak hangi kuruma başvurabilecekleri hususunda da sorunları beraberinde getirmektedir.

Kuşkusuz yargı erki bu tür hak ihlallerini önleme konusunda en etkin mercidir. Ancak hem yargılama sürecinin uzun sürmesi hem de hak ihlalinin her halde doğrudan yargıya taşınamaması yeni mekanizmalar kurulmasını gerektirmiştir. Kamu görevlilerinin birtakım eylem, tutum ve davranışları başlı başına yargıya gitmeyi gerektirmemekte, disiplin cezası önemli ölçüde ihlalleri gidermekte bir araç olarak kullanılabilir. Nitekim hak ihlallerini önlemeye yönelik kurulan mekanizmalar da ancak bu kapsamda sonuç doğurabilecek niteliktedir.

#### **a. Kamu Denetçiliği Kurumu**

Kamu Denetçiliği Kurumu, 7/5/2010 tarih ve 5982 sayılı “Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının Bazı Maddelerinde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun” ile 1982 Anayasası’nın 74. maddesine eklenmiştir. Kamu Denetçiliği Kurumu’nun görevini de içeren Anayasa’nın 74/5 fıkrası şu şekildedir:

*“Türkiye Büyük Millet Meclisi Başkanlığına bağlı olarak kurulan Kamu Denetçiliği Kurumu idarenin işleyişiyle ilgili şikâyetleri inceler.”*

Anayasa'nın ilgili hükmü dahi ilk bakışta, Kamu Denetçiliği Kurumu ile Kolluk Gözetim Komisyonu'nun görev ve yetki alanlarının çakıştığını göstermektedir. Anayasa hükmü ile aynı doğrultuda düzenlenen 14/6/2012 tarih ve 6382 sayılı "Kamu Denetçiliği Kurumu Kanunu" kurumun görevi ile buna ilişkin sınırları da benzer Kolluk Gözetim Komisyonu ile benzer şekildedir. Buna göre:

*"Kurumun Görevi*

*MADDE 5 – (1) Kurum, idarenin işleyişi ile ilgili şikâyet üzerine, idarenin her türlü eylem ve işlemleri ile tutum ve davranışlarını; insan haklarına dayalı adalet anlayışı içinde, hukuka ve hakkaniyete uygunluk yönlerinden incelemek, araştırmak ve idareye önerilerde bulunmakla görevlidir.*

*(2) Ancak;*

*a) Cumhurbaşkanının tek başına yaptığı işlemler ile resen imzaladığı kararlar ve emirler,*

*b) Yasama yetkisinin kullanılmasına ilişkin işlemler,*

*c) Yargı yetkisinin kullanılmasına ilişkin kararlar,*

*ç) Türk Silahlı Kuvvetlerinin sırf askerî nitelikteki faaliyetleri, Kurumun görev alanı dışındadır."*

Kolluk Gözetim Komisyonu ile farkları:

**Harekete Geçme:** Kamu Denetçiliği Kurumu, idarenin her türlü eylem ve işlemleri ile tutum ve davranışları hakkında şikâyet üzerine harekete geçmektedir. Kolluk Gözetim Komisyonundan temel farkı Komisyon'un re'sen harekete geçebilmesine rağmen, Kamu Denetçiliğinin ancak şikâyet üzerine harekete geçebilmesidir.

**Başvuru Hakkı:** Kolluk Gözetim Komisyonundan farklı olarak Kamu denetçiliğine başvuruda bulunma hakkı tüzel kişilere de tanınmaktadır. Kolluk Gözetim Komisyonu'na başvuru hakkının nasıl kullanılabilceği henüz belli olmamakla birlikte, Kamu Denetçiliği Kurumuna internet üzerinden sanal ortamda başvurulabilmesi ve bu yolla Kurumun kolaylıkla harekete geçirilebilmesi önemli bir kazanımdır.

**Bağımsızlık:** Kamu Denetçiliği Kurumunun bağımsızlığı ve tarafsızlığı bağlamında da endişeler bulunmaktadır. Bu endişenin teme-

linde Kamu Başdenetçisi'nin seçiminde dördüncü oylamaya kalınması halinde en fazla oy alan adayın seçilmiş olması bulunmaktadır.<sup>15</sup> Bu endişenin haklılığı bir yana, kurumun bağımsızlığı ve tarafsızlığı bakımından sağlanmış olan teminatlara bakıldığında,<sup>16</sup> Kolluk Gözetim Komisyonu ile kıyas edilemeyecek ölçüde güvenceli olduğu görülecektir. İlk olarak yürütmeyi dolayısıyla kolluğu denetlemekle görevli olan Kamu Denetçiliği'nin organik anlamda yürütmeden bağımsızlığı zikredilebilir. Nitekim kurum bütçesini temel olarak Türkiye Büyük Millet Meclisi bütçesinden alınacak Hazine yardımından temin etmektedir.

**Karar Aşaması ve Sonuçları:** Kamu Denetçiliği Kurumu, bilgi ve belge istenmesi (m. 18), bilirkişi görevlendirilmesi ve tanık dinlenmesi (m. 19) ile inceleme ve araştırma yapma imkânlarına sahiptir (m. 20). Kurumun hazırlamış olduğu rapora göre işlem tesis etmekle yükümlü olan idare ve dolayısıyla kolluk, Kurum'un önerilerine uymayı reddettiği takdirde bu hususu gerekçesi ile birlikte kuruma bildirmek zorundadır.<sup>17</sup> Kolluk gözetim komisyonunu burada farklılaştıran doğrudan İçişleri Bakanlığı Mülkiye Teftiş Kurulu'ndan disiplin soruşturması açılmasını isteme hakkıdır. Başkanı da kolluk gözetim komisyonu üyesi olan İçişleri Bakanlığı Mülkiye Teftiş Kurulu, disiplin soruşturması açılması istemine müteakip genel disiplin hükümlerine göre işlem yapmaktadır.<sup>18</sup>

<sup>15</sup> 1982 Anayasası m. 74/6: "Kamu Başdenetçisi Türkiye Büyük Millet Meclisi tarafından gizli oyla dört yıl için seçilir. İlk iki oylamada üye tamsayısının üçte iki ve üçüncü oylamada üye tamsayısının salt çoğunluğu aranır. Üçüncü oylamada salt çoğunluk sağlanamazsa, bu oylamada en çok oy alan iki aday için dördüncü oylama yapılır; dördüncü oylamada en fazla oy alan aday seçilmiş olur."

<sup>16</sup> Bu güvencelere ek olarak Kamu Denetçiliği Kurumu Kanunu'nun 12. maddesinde bağımsızlığa ve tarafsızlığa ilişkin açık düzenleme bulunmaktadır:

Bağımsızlık ve tarafsızlık

Madde 12 - (1) Hiçbir organ, makam, merci veya kişi, Başdenetçiye ve denetçilere görevleriyle ilgili olarak emir ve talimat veremez, genelge gönderemez, tavsiye ve telkinde bulunamaz.

(2) Başdenetçi ve denetçiler, görevlerini yerine getirirken tarafsızlık ilkesine uygun davranmak zorundadır.

<sup>17</sup> İnceleme ve araştırma

Madde 20 - (3) İlgili merci, Kurumun önerileri doğrultusunda tesis ettiği işlemi veya Kurumun önerdiği çözümü uygulanabilir nitelikte görmediği takdirde bunun gerekçesini otuz gün içinde Kuruma bildirir.

<sup>18</sup> 6713 sy. Kolluk Gözetim Komisyonu Kurulması Hakkında Kanun m. 4/2.

**Sınırlılıklar:** Kamu Denetçiliği Kurumu da tıpkı Kolluk Gözetim Komisyonu gibi askeri görevlerinden dolayı Türk Silahlı Kuvvetlerini denetleyememektedir.<sup>19</sup>

**Diğer Güvenceler:** Kamu denetçiliğine başvuru olması halinde dava açma süreleri de durdurulmaktadır.<sup>20</sup> Kolluk gözetim komisyonunda ise böyle bir güvence bulunmamaktadır.

Tüm bu gerekçeler birlikte değerlendirildiğinde, tarafsız ve bağımsızlık konusunda Kamu Denetçiliği Kurumunun, başkanı İçişleri Bakanlığı Müsteşarı olan “Kolluk Gözetim Komisyonu”ndan çok daha güvenceli olduğunu rahatlıkla tespit edebiliriz. AB ilerleme raporlarında kolluk gözetim mekanizmasına ilişkin en fazla dikkat çekilen hususun “bağımsızlık” olduğu düşünüldüğünde kanunla kurulan böyle bir komisyondansa Kamu Denetçiliği Kurumunun bu güvenceyi daha fazla sağladığını söylemek yerinde olacaktır.

Burada Kolluk Gözetim Komisyonu’nu, Kamu Denetçiliği Kurumundan bir adım öne taşıyan etken re’sen harekete geçebilmesi ve doğrudan disiplin soruşturması açılmasını isteyebilmesidir. Re’sen harekete geçebilme ilkesinin ne kadar işlevsel kullanılacağını uygulamaya gösterecektir. Ancak kurumun üye sayısının azlığı, toplantılarının en az ayda bir yapılması, kurumun üyelerinin iş yükü fazla olan yüksek bürokratlardan oluşması bu ilkenin çok sık kullanılmayabileceğini

<sup>19</sup> Kolluk Gözetim Komisyonu Kurulması ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun Tasarısı

Amaç ve Kapsam

Madde 1 (3) Jandarma Genel Komutanlığı ve Sahil Güvenlik Komutanlığı teşkilatındaki görevli kolluk personelinin askeri görevlerinden doğan suçları, bu Kanunun kapsamı dışındadır.”

6328 Kamu Denetçiliği Kurumu Kanunu

Madde 5-(2) / ç) Türk Silahlı Kuvvetlerinin sırf askerî nitelikteki faaliyetleri, Kurumun görev alanı dışındadır

<sup>20</sup> Dava açma süresinin yeniden işlemeye başlaması

Madde 21-(1) Başvurunun Kurum tarafından reddedilmesi hâlinde, durmuş olan dava açma süresi gerekçeli ret kararının ilgiliye tebliğinden itibaren kaldığı yerden işlemeye başlar.

(2) Başvurunun Kurum tarafından yerinde görülerek kabul edilmesi hâlinde; ilgili merci Kurumun önerisi üzerine otuz gün içinde herhangi bir işlem tesis etmez veya eylemde bulunmaz ise durmuş olan dava açma süresi kaldığı yerden işlemeye başlar.

(3) Kurumun, inceleme ve araştırmasını, başvuru tarihinden itibaren altı ay içinde sonuçlandıramaması hâlinde de durmuş olan dava açma süresi kaldığı yerden işlemeye başlar.

düşündürmektedir. Doğrudan disiplin soruşturması açılmasında ise kanaatimizce önemli bir fark bulunmamaktadır. Bir şikâyetin Kamu Denetçiliği Kurumu tarafından incelenip kolluğa bu yönde bir talimatta bulunulması halinde de kısa sürede disiplin soruşturması açılabilir. Açılmaması halinde ise İçişleri Bakanlığı, Kamu Denetçiliği Kurumunun önerisine neden uymadığını gerekçeli olarak sunmak zorunda kalacaktır.

### b. Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu

21/06/2012 tarihinde kabul edilen ve 30/06/2012 tarihli Resmi Gazetede yayınlanarak yürürlüğe giren 6332 sayılı “Türkiye İnsan Hakları Kurumu Kanunu” ile bu kurum ilk defa kurulmuştur. Kurumun kurulmasıyla birlikte Başbakanlık teşkilatı içinde yer alan “İnsan Hakları Başkanlığı”<sup>21</sup> ilga edilmiş, başbakanlık bünyesinde yapılan görevler, Türkiye İnsan Hakları Kurumu eliyle yapılmaya başlanmıştır.<sup>22</sup> 2016 yılında yapılan değişiklikle bu kurum da ilga edilmiş ve aşağıda detaylarıyla değindiğimiz Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu kurulmuştur.

06/04/2016 tarihinde kabul edilen ve 20/04/2016 tarihli Resmi Gazetede yayınlanarak yürürlüğe giren 6701 sayılı “Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu Kanunu” ile ismi değişen “Türkiye İnsan Hakları Kurumu”nun amacı da yukarıda zikredilen iki kuruma oldukça yakındır. Ancak kurumu diğerlerinden ayıran temel fark ulusal düzeyde insan haklarının gelişimine katkı yapmak üzere politikalar geliştirme

<sup>21</sup> İnsan Hakları Başkanlığının Görevi şu şekildeydi: “İnsan Hakları Başkanlığı, insan hakları ile ilgili konularda görevli kuruluşlarla sürekli temas halinde bulunmak ve bu kuruluşlar arasında koordinasyonu sağlamak, İnsan hakları konusundaki mevzuat hükümlerinin uygulanmasını izlemek, izleme sonuçlarını değerlendirmek, uygulamada ve mevzuatta görülen aksaklıkların giderilmesi ve Türkiye'nin ulusal mevzuatının insan hakları alanında taraf olduğu uluslararası belgelerle uyumlu hale getirilmesi doğrultusunda yapılacak çalışmaları koordine etmek ve bu konularla ilgili önerilerde bulunmak, insan hakları ihlali iddiaları ile ilgili başvuruları incelemek ve araştırmak, inceleme ve araştırma sonuçlarını değerlendirmek ve alınabilecek önlemlere ilişkin çalışmaları koordine etmek gibi görevleri yerine getirmek gibi amaçlarla kurulmuştur.”

<sup>22</sup> İnsan Hakları Başkanlığı ile Türkiye İnsan Hakları Kurumu'nu ilgayı da kapsayan düzenlemeler için bkz. mülga 6332 sayılı Türkiye İnsan Hakları Kurumu Kanunu Geçici Madde 1.

yönünde görevlerinin olmasıdır.<sup>23</sup> Kurumun görevlerinden kolluğu ilgilendiren kısmı ise şöyledir:

*“Kurumun görevleri*

*MADDE 9-(1) / f) İnsan hakları ihlallerini resen incelemek, araştırmak, karara bağlamak ve sonuçlarını takip etmek.*

*g) Ayrımcılık yasağı ihlallerini resen veya başvuru üzerine incelemek, araştırmak, karara bağlamak ve sonuçlarını takip etmek.*

*ğ) Ayrımcılık yasağı ihlalleri nedeniyle mağdur olduğu iddiasıyla Kuruma başvuranlara mağduriyetlerinin giderilmesi için kullanabilecekleri idari ve hukuki süreçler konusunda yol göstermek ve başvurularını takip etmelerini sağlamak amacıyla yardımcı olmak.*

*h) İşkence ve kötü muamele ile mücadele etmek ve bu konuda çalışmalar yapmak.*

*ı) İşkenceye ve Diğer Zalimane, Gayriinsanî veya Küçültücü Muamele veya Cezaya Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesine Ek İhtiyari Protokol hükümleri çerçevesinde ulusal önleme mekanizması olarak görev yapmak.”*

Kolluk Gözetim Komisyonu ile farkları:

**Harekete Geçme:** Kurum insan hakları ihlalleri için re’sen; ayrım-

<sup>23</sup> Kurumun politika üretmeye ve ulusal insan haklarını güçlendirmeye yönelik olarak nitelendirdiğimiz görevleri 6701 Sayılı Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu Kanunu’nda şöyle belirtilmektedir:

“MADDE 9-(1) a) İnsan haklarının korunmasına, geliştirilmesine, ayrımcılığın önlenmesine ve ihlallerin giderilmesine yönelik çalışmalar yapmak.

b) İnsan hakları ve ayrımcılıkla mücadele konularında kitle iletişim araçlarını da kullanarak bilgilendirme ve eğitim yoluyla kamuoyunda duyarlılığı geliştirmek.

c) Millî eğitim müfredatında bulunan insan hakları ve ayrımcılık yasağıyla ilgili bölümlerin hazırlanmasına katkıda bulunmak.

ç) İnsan haklarının korunması, ayrımcılığın ortadan kaldırılması ve toplumdaki eşitlik anlayışının geliştirilmesine yönelik olarak üniversiteler ile ortaklaşa faaliyetlerde bulunmak, Yükseköğretim Kurulunun eşgüdümünde üniversitelerin insan hakları ve eşitlik ile ilgili bölümlerinin kurulmasına ve insan hakları ve eşitlik öğretimine dair müfredatın belirlenmesine katkıda bulunmak.

d) Kamu kurum ve kuruluşlarının meslek öncesi ve meslek içi insan hakları ve eşitlik eğitimi programlarının esaslarının belirlenmesine ve bu programların yürütülmesine katkıda bulunmak.

e) Görev alanıyla ilgili mevzuat çalışmalarını izlemek, değerlendirmek, bunlara ilişkin görüş ve önerilerini ilgili mercilere bildirmek.”

cılık yasağı ihlalleri için re'sen veya başvuru üzerine harekete geçebilmektedir.

**Başvuru Hakkı:** Kurum insan hakları ihlallerini yalnızca re'sen inceleyebilmekte bu hususta başvuru ile harekete geçmemektedir. Ancak bu insan hakkı ihlali aynı zamanda ayrımcılık yasağı kapsamına da giriyorsa, bu halde kurum ayrımcılık yasağı ile ilgili başvuruları da incelemek, araştırmak, karara bağlamak ve sonuçlarını takip edebilmek görev ve yetkilerine sahiptir. Ayrıca ayrımcılık yasağından mağdur olduğunu iddiasında bulunanlara hukuki ve idari süreçler konusunda rehberlik de etmektedir.

**Bağımsızlık:** Kurumun karar organı olan "Kurul" 11 üyeden oluşmaktadır. Bu üyelerin sekizi Bakanlar Kurulu üçü ise Cumhurbaşkanı tarafından seçilmektedir. Bakanlar Kurulu tarafından seçilen üyelerden biri Yükseköğretim Kurulu tarafından insan hakları alanında çalışmalar yapan öğretim üyelerinden önerilecek iki aday arasından; yedi üye ise dördüncü fıkrada aranan şartları taşımak kaydıyla, insan hakları alanında çalışmalar yapan sivil toplum kuruluşları, sendikalar, sosyal ve mesleki kuruluşlar, akademisyenler, avukatlar, görsel ve yazılı basın mensupları ve alan uzmanlarının göstereceği adaylar veya üyelik başvurusu yapanlar arasından belirlenmektedir. Üyeler dört yıllığına seçilmekle birlikte tekrar seçilebilme hakları bulunmaktadır. Fakat aynı kişinin üçüncü kez seçilmek için bir dönem geçmesini beklemesi gerekmektedir.

Seçilen üyeler göreve başlarken şu şekilde yemin etmektedirler: *"Görevimi tam bir tarafsızlık, dürüstlük, hakkaniyet ve adalet anlayışı içinde yerine getireceğime, namusum ve şerefim üzerine yemin ederim."*<sup>24</sup>

**Karar Aşaması ve Sonuçları:** 11 üyeli kurul en az altı üyenin aynı yöndeki oyuyla karar almaktadır. Kararlar genel anlamda icrai olmaksızın ziyade tavsiye niteliğindedir. Diğer iki kurumdan farklı olarak burada kamu kurumlarının yanı sıra gerçek kişiler ile özel hukuk tüzel kişilerine yönelik de karar alınabilmekte ve kanunda belirtilen hallerde idari yaptırım kararı alınabilmektedir<sup>25</sup>.

<sup>24</sup> m. 10 / (12)

<sup>25</sup> m. 11 / (1) - b) Ayrımcılık yasağı ihlallerine ilişkin başvurular ile insan hakları veya ayrımcılık yasağı ihlallerine ilişkin resen yapılan incelemeleri karara bağlamak, bu başvuru ve incelemelere ilişkin gerekli hâllerde uzlaşma sürecini so-



**Sınırlılıklar:** Kurumun inceleme ve karar almasında, diğer iki kurumda bulunan Türk Silahlı Kuvvetlerinin askeri görevleri sınırı burada yer almamaktadır. Kurum, Türk Silahlı Kuvvetlerine yönelik insan hakları ihlalleri için re'sen, ayrımcılık yasağı ihlalleri için re'sen veya başvuru üzerine inceleme yapma yetkisini haizdir.

2012 yılında Türkiye İnsan Hakları Kurumu olarak kurulan kurumun 2016 yılında ismine "eşitlik" de eklenerek tüm mevzuatı değiştirilmiştir. Böyle bir değişiklik yapılmasının sebebi kanun gerekçesinde şöyle açıklanmaktadır.

*"Tasarı, üç ana işlevi aynı anda üstlenecek bir model içermektedir:*

a) *İnsan haklarının korunması,*

b) *Ayrımcılıkla mücadele,*

c) *İşkence ve kötü muameleye karşı ulusal önleme mekanizması görevi.*"<sup>26</sup>

Kurumun işlevlerini bu üç eksen oluşturmasına rağmen, kuruma eklenen en yeni ve etkin işlevin ayrımcılıkla mücadele hususu olduğu dikkat çekmektedir. Nitekim insan hakları ihlallerine yönelik şikâyetlerle kurum harekete geçmemekte bu hususta ancak re'sen harekete geçebilmektedir. Oysa ayrımcılık yasağına ilişkin kurum re'sen harekete geçebildiği gibi şikâyet üzerine de harekete geçebilmektedir. Bu iki ihlale karşı böyle bir farklılığın olması kanun gerekçesinde şöyle açıklanmıştır:

---

nuçlandırmak, ayrımcılık yasağı ihlallerine ilişkin bu Kanunda öngörülen idari yaptırımlara karar vermek.

m. 25- (1) Ayrımcılık yasağının ihlali hâlinde, bu ihlalin etki ve sonuçlarının ağırlığı, failin ekonomik durumu ve çoklu ayrımcılığın ağırlaştırıcı etkisi dikkate alınarak ihlalden sorumlu olan kamu kurum ve kuruluşları, kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları, gerçek kişiler ve özel hukuk tüzel kişileri hakkında bin Türk lirasından on beş bin Türk lirasına kadar idari para cezası uygulanır.

(2) Birinci fıkrada belirtilen idari para cezasının kamu kurum ve kuruluşları ile kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları hakkında uygulanması hâlinde, ödenen idari para cezası, cezaya esas ayrımcı uygulamaya kusuruyla sebebiyet veren kamu kurum ve kuruluşlarında görev yapan memurlar ve diğer kamu görevlileri ile kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarında görev yapanlara rücu edilir.

<sup>26</sup> T.C. Başbakanlık Kanunlar ve Kararlar Genel Müdürlüğü, TBMM Başkanlığına sunulan "Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu Kanunu Tasarısı" s. 20 Kanun Tasarısı ve Gereke (Genel-Madde) tam metin için bkz. <http://www2.tbmm.gov.tr/d26/1/1-0596.pdf> (Erişim: 16.05.2016)



“... insan hakları ihlalleriyle ilgili olarak 14/06/2012 tarihli ve 6328 sayılı Kamu Denetçiliği Kurumu Kanununa göre faaliyet gösteren Kamu Denetçiliği Kurumunun başvuru inceleme fonksiyonu da esasen bu alanda boşluk oluşmasını önleyen bir husustur. Bu çerçevede Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumunun, ayrımcılık yasağı ve ulusal önleme mekanizması kapsamında başvuru üzerine veya resen, insan hakları ihlalleriyle ilgili olarak ise resen inceleme yapması öngörülmektedir.”<sup>27</sup>

Gereğince isabetle belirtildiği üzere insan hakları ihlallerine ilişkin başvuruları incelemekle görevli bağımsız ve tarafsızlığı daha güvenceli olan bir kurumun varlığı, bu alandaki boşluğu doldurmaktadır. Aslında Kamu Denetçiliği Kurumu ayrımcılık yasağına ilişkin varsayılan boşluğu da ortadan kaldırma kapasitesini haizdir. Ancak Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu, kamunun yanı sıra gerçek kişilere ve özel hukuk tüzelkişilerine yönelik denetim yapma ve idari cezalara hükmetme imkânına sahip olduğu için Kamu Denetçiliği Kurumundan farklı özgün bir yönü barındırmaktadır.

## SONUÇ

AB'nin tavsiyeleri ve ilerleme raporları aracılığıyla gündemde tutması sonucu 6713 numaralı “Kolluk Gözetim Komisyonu Kurulması Hakkında Kanun”un 20/05/2016 tarihinde resmi gazetede yayınlanması ile birlikte Kolluk Gözetim Komisyonu kurulmuştur. İlerleme raporları incelendiğinde, Komisyon’a ilişkin en fazla vurgunun sivil ve bağımsız bir mekanizmaya olan ihtiyaca olduğu görülmektedir. İçişleri Bakanlığı bünyesinde sürekli bir kurul olarak görev yapan Komisyon’un organik anlamda bağımsızlığı bulunmamaktadır. Yeni üyeden oluşan Komisyonun başkanının İçişleri Bakan Müsteşarı olması ve sivil üye sayısının üç ile sınırlı olması fonksiyonel anlamda bağımsızlığa da gölge düşürmektedir. Sivil üyelerin atanmasında izlenen yöntemlerde de Bakanlar Kurulu’nun yetkili olması, AB’nin sivil üyelikten kastettiğinden uzaklaşıldığını göstermektedir. Şu halde

<sup>27</sup> T.C. Başbakanlık Kanunlar ve Kararlar Genel Müdürlüğü, TBMM Başkanlığına sunulan “Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu Kanunu Tasarısı” s. 20 Kanun Tasarısı ve Gerekçe (Genel-Madde) tam metin için bkz. <http://www2.tbmm.gov.tr/d26/1/1-0596.pdf> (Erişim: 16.05.2016)

Komisyon'un AB'nin tavsiyelerini ve ilerleme raporlarında sıklıkla zikrettiği hususları sağlamadığı rahatlıkla tespit edilebilir. AB standartlarını sağlamadığını düşündüğümüz Komisyona ne ölçüde ihtiyaç olduğu da cevaplanması gereken bir sorudur.

Kolluğa yönelik hak ihlali şikâyetlerinde yargı harici en etkin olabilecek kurum kuşkusuz Kamu Denetçiliği Kurumudur. Kurumun gerek anayasal bir kurum olması gerekse de bağımsızlık hususunda hem organik olarak yürütmeye değil yasamaya bağlılığı hem de başkanının TBMM tarafından doğrudan seçilmesi birlikte düşünüldüğünde çok daha güvenceli olduğu açıktır. Kurumun kanunla verilen geniş araştırma ve inceleme yetkileri ile önerilerinin yerine getirilmesi, önerilere uyulmaması halinde neden uyulmadığının kuruma gerekçesiyle birlikte bildirilmesi zorunluluğu kurumu fonksiyonel olarak da güçlü kılmaktadır. Nitekim 2016 tarihli "Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu Kanunu" gerekçesinde isabetle belirtildiği üzere Kurum insan hakları ihlallerine ilişkin şikâyet mekanizmasındaki boşluğu doldurmaktadır. Bu nedenle Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu'na insan hakları şikâyetlerini inceleme görevi dahi verilmemiştir. Kanaatimizce Kolluk Gözetim Komisyonu kanunundan birkaç ay önce çıkan Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu kanunda isabetle belirtilen gerekçeye bağlı kalınarak böyle bir komisyonun kurulmasındansa bu yetkinin Kamu Denetçiliği Kurumuna verilmesi gerekirdi. Komisyonun önemli fonksiyonlarından birisi olan verileri tutmak ve istatistikleri hazırlamak için İçişleri Bakanlığında Kamu Denetçiliği Kurumu ile koordineli çalışan bir birim oluşturmak suretiyle verilerin derlenmesi sağlanabilirdi. En azından Kamu Denetçiliği Kurumu Kanununda değişiklik yapılarak bir adet Kamu Denetçisi kadrosu ihdas edilmesi ve bu denetçinin yalnızca kolluk gözetiminde ihtisaslaşması ve bu nevi şikâyetlerle ilgilenmesi dahi yeterli olabilirdi.

Benzer fonksiyonları yerine getirebilme kapasitesine sahip kurum ve komisyonların sayısının artırılması ise başlı başına bir problemdir. Örneğin, cinsiyeti, ırkı, dini veyahut herhangi bir sebepten dolayı kolluk görevlileri tarafından ayrımcılığa uğradığını düşünen bir kişinin karşısında yargı harici başvurabileceği üç kurum bulunmaktadır. Kişi, ayrımcılık yasağının ihlali için Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumuna, kamu hizmetinin işleyişine ilişkin şikâyetinden dolayı Kamu Denetçiliği Kurumuna ve kolluk personelinin işlediği iddia edilen suç

veya disiplin cezası gerektiren eylem, tutum veya davranışla ilgili olarak da Kolluk Gözetim Komisyonu'na başvurabilecektir. Yalnızca bu tablo dahi böyle kurumların sayısını arttırmaktansa kurum içinde ihtisaslaşmanın gerekliliğini ve işlevselliğini kanıtlar niteliktedir.

Kısaca belirtecek olursak, Kolluk Gözetim Komisyonu bağımsızlık ve sivillik şartlarını tam manasıyla sağlayamadığı için AB'nin tavsiyelerini gerçekleştirememiştir. Komisyonun hâlihazırda kurulu olan Kamu Denetçiliği Kurumundan daha güvenceli ve işlevsel bir kurum olarak çalışacağına ilişkin bir belirti bulunmamaktadır. Üstelik Komisyonun kurulması mağdur olduğunu düşünen kişilerin başvuru yollarına ilişkin de kafa karışıklığına yol açma potansiyelini barındırmaktadır. Kanaatimizce kolluk gözetimine ilişkin şikâyetleri dinleme, inceleme ve araştırma görevi Kamu Denetçiliği Kurumuna verilmeli, kolluk gözetimine ilişkin istatistik tutma görevi ise İçişleri Bakanlığı Bünyesinde kurulacak bir birime devredilmelidir.

### Kaynakça

Türkiye - Avrupa Birliği İlişkileri Kronolojisi'ne (1959-2015) ilişkin T.C. Avrupa Birliği Bakanlığınca hazırlanan rapor için bkz;

[http://www.ab.gov.tr/files/5%20Ekim/turkiye\\_avrupa\\_birligi\\_iliskileri\\_kronolojisi.pdf](http://www.ab.gov.tr/files/5%20Ekim/turkiye_avrupa_birligi_iliskileri_kronolojisi.pdf) (Erişim: 09.05.2016)

Türkiye Cumhuriyeti Dışişleri Bakanlığının, 14 Aralık 1997 AB Lüksemburg Kararı İle İlgili Açıklaması için bkz. [http://www.mfa.gov.tr/turkiye-cumhuriyeti\\_disisleri-bakanliginin\\_-ab-luksemburg-karari-ile-ilgili-aciklamasi\\_-14-aralik-1997.tr.mfa](http://www.mfa.gov.tr/turkiye-cumhuriyeti_disisleri-bakanliginin_-ab-luksemburg-karari-ile-ilgili-aciklamasi_-14-aralik-1997.tr.mfa) (Erişim: 09.05.2016)

1998 - 2015 arası ilerleme raporlarının tamamı için bkz.

<http://www.ab.gov.tr/index.php?p=46224&l=1> (Erişim: 10.05.2016)

Türkiye Düzenli İlerleme Raporu 2010, s. 17-18.

[http://www.ab.gov.tr/files/AB\\_Iliskileri/AdaylikSureci/IlerlemeRaporlari/turkiye\\_ilerleme\\_rap\\_2010.pdf](http://www.ab.gov.tr/files/AB_Iliskileri/AdaylikSureci/IlerlemeRaporlari/turkiye_ilerleme_rap_2010.pdf)

(Erişim: 10.05.2016)

Türkiye Düzenli İlerleme Raporu 2011, s. 22.

[http://www.ab.gov.tr/files/AB\\_Iliskileri/AdaylikSureci/IlerlemeRaporlari/2011\\_ilerleme\\_raporu\\_tr.pdf](http://www.ab.gov.tr/files/AB_Iliskileri/AdaylikSureci/IlerlemeRaporlari/2011_ilerleme_raporu_tr.pdf)

(Erişim: 10.05.2016)

Türkiye Düzenli İlerleme Raporu 2012, s. 13.

[http://www.ab.gov.tr/files/AB\\_Iliskileri/AdaylikSureci/IlerlemeRaporlari/2012\\_ilerleme\\_raporu\\_tr.pdf](http://www.ab.gov.tr/files/AB_Iliskileri/AdaylikSureci/IlerlemeRaporlari/2012_ilerleme_raporu_tr.pdf)

(Erişim: 10.05.2016)

Türkiye Düzenli İlerleme Raporu 2013, s. 51.

[http://www.ab.gov.tr/files/AB\\_Iliskileri/AdaylikSureci/IlerlemeRaporlari/2013\\_ilerleme\\_raporu\\_tr.pdf](http://www.ab.gov.tr/files/AB_Iliskileri/AdaylikSureci/IlerlemeRaporlari/2013_ilerleme_raporu_tr.pdf)

(Erişim: 10.05.2016)

Türkiye Düzenli İlerleme Raporu 2014, s. 49.

[http://www.ab.gov.tr/files/ilerlemeRaporlariTR/2014\\_ilerleme\\_raporu\\_tr.pdf](http://www.ab.gov.tr/files/ilerlemeRaporlariTR/2014_ilerleme_raporu_tr.pdf)

(Erişim: 10.05.2016)

Türkiye Düzenli İlerleme Raporu 2015, s. 66

[http://www.ab.gov.tr/files/000files/2015/11/2015\\_turkiye\\_raporu.pdf](http://www.ab.gov.tr/files/000files/2015/11/2015_turkiye_raporu.pdf)

(Erişim: 10.05.2016)

T.C. Başbakanlık Kanunlar ve Kararlar Genel Müdürlüğü, TBMM Başkanlığına sunulan "Kolluk Gözetim Komisyonu Kurulması ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun Tasarısı"

Kanun Tasarısı ve Gerekçe (Genel-Madde) tam metin

<http://www2.tbmm.gov.tr/d24/1/1-0584.pdf> (Erişim: 10.05.2016)

T.C. Başbakanlık Kanunlar ve Kararlar Genel Müdürlüğü, TBMM Başkanlığına sunulan "Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu Kanunu Tasarısı"

Kanun Tasarısı ve Gerekçe (Genel-Madde) tam metin.

<http://www2.tbmm.gov.tr/d26/1/1-0596.pdf> (Erişim: 16.05.2016)

# CEZA YARGILAMASINDA MOLEKÜLER GENETİK İNCELEME

## MOLECULAR GENETIC ANALYSIS IN CRIMINAL PROCEEDINGS

Necat BATUR\*

**Özet:** Ceza yargılamasının amacı maddi gerçeği tüm yönleri ile ortaya çıkartarak suç failini tespit etmek ve kanunun ceza yaptırımını ile ilgili hükümlerini uygulamaktır. Suç failini tespit edebilmek için suçu delilleri ile birlikte ortaya koymak gerekir. Moleküler genetik inceleme sonucu elde edilen deliller adli olayı aydınlatmaya yarayan en kuvvetli delillerdendir. Ancak bireylerin genetik şifresini ortaya koyan bu işlem, kişilerin temel hak ve özgürlükleri ile özel hayatın gizliliğinin korunması kapsamında yasal düzenlemeler ile sıkı şekil şartlarına bağlanmıştır.

Moleküler genetik incelemeye konu biyolojik bulguların olay yerinden ele geçmesi, muhafazası ve karşılaştırma için olayın tarafı olan şüpheli, sanık, mağdur veya diğer kişilerin vücudundan örnek alınması konularında yasal düzenlemelere uyulması, elde edilen sonuçların hukuki delil kapsamında değerlendirilmesi bakımından önemlidir. Biyolojik bulgu ve alınan örnekler üzerinde yapılan moleküler genetik inceleme sonuçlarının ceza yargılamasına konu olay dışında kullanılma imkanı bulunmamaktadır. Bu nedenle biyolojik inceleme sonuçlarının gizliliğine uyulması birey haklarının korunması bakımından olduğu kadar, süreçte yer alan kolluk görevlileri ve adli personel ile bilirkişiler açısından hukuki ve cezai sorumluluk gerektirmesi bakımından da önemlidir.

**Anahtar Kelimeler:** Moleküler Genetik İnceleme, Biyolojik Bulgu, Ceza Yargılaması

**Abstract:** The purpose of the criminal proceedings is to determine the material facts to uncover the perpetrators and implement the provisions related to all aspects of criminal law enforcement. It must demonstrate with evidence of crimes to detect the perpetrators. Molecular genetic examination of the evidence obtained from one of the most powerful evidence for the lighting of the judicial events. However, this process revealed the genetic code of individuals is the privacy and fundamental rights and freedoms of the persons connected with the strict regulatory requirements within the scope of protection.

---

\* Gaziosmanpaşa Cumhuriyet Savcısı

Molecular genetic analysis of the subject not recovered from the scene of biological discovery, preservation and suspect that part of the event for comparison, defendant, victim or other third parties to comply with legal regulations on taking samples from the body are important in assessing the scope of legal evidence of the results obtained. Biological samples are taken from the findings and the results of molecular genetics studies conducted on the subject of criminal proceedings have the opportunity to use outside events. Therefore, as for the protection of individuals' rights to privacy of the biological examination complied with, in terms of law enforcement officers and judicial staff involved in the process it is also important to require experts with civil and criminal liability.

**Keywords:** Molecular Genetic Studies, Biological Evidence, Criminal Proceedings

## Giriş

Ceza yargılamasında birçok suç bakımından, özellikle kasten öldürme, kasten yaralama, hırsızlık, uyuşturucu, çocuğun soybağını değiştirme ve cinsel dokunulmazlığa karşı işlenen suçlarda vücuttan alınan örnekler ve olay yerinden elde edilen biyolojik bulgular üzerinde yapılan moleküler genetik inceleme sonucu elde edilen deliller son yıllarda önem kazanmıştır. Moleküler genetik inceleme yönteminin ceza yargılaması bakımından yeni bir uygulama yöntemi olması, süreçte yer alan kolluk birimleri, bilirkişiler ve adli personelin konuya yeterince hakim olamaması gibi nedenler, moleküler genetik inceleme sonuçlarının yasal delil olma niteliğini kaybetmelerine, biyolojik bulgu ve örneklerin bozularak incelemeye imkan vermeyecek duruma gelmelerine, gizlilik kurallarına uyulmaması sonucu hak ihlallerine ve hukuki ya da cezai sorumluluk doğmasına neden olabilmektedir. Bu nedenle biyolojik bulgu ve deliller üzerinde moleküler genetik inceleme yapılması usul ve esasları önem arz etmektedir.

Çalışmamızda moleküler genetik inceleme kavramı ile ilgili kısa bir açıklamadan sonra moleküler genetik incelemelerin ceza yargılamasındaki yeri ve önemine değinilmiştir. Bunun yanında moleküler genetik incelemenin ve buna konu biyolojik bulgular ile vücuttan örnek alınmanın yasal dayanaklarının ne olduğu, örnek alma ve biyolojik bulguların elde edilme usulleri, bilirkişiye gönderilme süreci, inceleme sonuçlarının kullanımı, muhafazası ve imhası gibi hususlara öğretilerdeki açıklamalar, mevzuat hükümleri ve örnek Yargıtay kararları ışığında yer verilerek konu genel hatları ile açıklanmaya çalışılmıştır.

## A- Moleküler Genetik İnceleme Kavramı

Moleküler genetik inceleme, canlı organizmaya ait materyal üzerinde moleküler düzeyde (DNA temelli) genlerin yapı ve fonksiyonlarının ortaya konulması işlemidir.<sup>1</sup> Kısaca DNA olarak adlandırılan deoksiribonükleik asit, bütün canlı organizmaların biyolojik gelişimleri için gerekli olan genetik kodları taşıyan ve canlı organizmaları birbirinden ayıran temel yapı taşlarının bileşenlerini ihtiva eden bir nükleik asittir.<sup>2</sup> Moleküler genetik inceleme sonucu elde edilen DNA profili ile bireyleri birbirinden ayıran özellikler okunarak kimlik tespiti yapılabilmektedir. DNA profili, tek yumurta ikizleri dışında her insanda farklı yapı ve özelliktedir.<sup>3</sup> Genetik kimliği oluşturan DNA profilinin bireyler arasındaki benzerlik oranının beş milyarda bir ihtimal olduğu belirtilmektedir.<sup>4</sup>

Moleküler genetik incelemeler; tıpta hastalıkların teşhis ve tedavi süreci ile ilgili birçok alanda, ilaç bilimi ve sanayinde, tarımda, adli ve ceza hukuku alanındaki nesep tayini, babalık ve velayet davaları, suç faillerinin bulunmasına yönelik, kayıp kişilerin tespiti, doğal felaket ya da terör olayları sonucu çok ölümlü olaylarda kişilerin kimliğinin tespitine amacıyla ve daha birçok alanda kullanılmaktadır.

Moleküler genetik inceleme uygulamasına ceza hukuku açısından bakıldığında, bilimsel bir delil niteliğinde olması ve maddi gerçeğin ortaya çıkarılmasına yaptığı katkı nedeniyle oldukça önemli bir delil elde etme yöntemidir. Moleküler genetik inceleme sonucu elde edilen deliller bilimsel olmayan klasik delillere göre maddi gerçeğin neredeyse kesin olarak ortaya çıkmasına yardımcı olmaktadır. Moleküler genetik inceleme yoluyla elde edilecek delillere göre dava açılması so-

<sup>1</sup> Türk Hematoloji Derneği, Genetik Terimler Sözlüğü, Sürüm 1, Eylül 2013, s. 5. <http://www.thd.org.tr/thdData/Books/723/genetik-terimler-sozlugu.pdf>, (E.T. 19.12.2015)

<sup>2</sup> Ural Akbulut, "DNA Nedir, Nasıl Keşfedildi", s.1. <http://www.uralakbulut.com.tr/wp-content/uploads/2009/11/DNA-NED%20NASIL-KA%C5%9EFED%C4%B0LD%C4%B0-%C5%9EBAT15-2010.pdf>, (E.T. 19.12.2015)

<sup>3</sup> İmdat Elmas, Gökhan Ersoy, "Adli Olgulardan Biyolojik Örnek Alınması Ve Moleküler Genetik İncelemelerde Yasal Boyut", Klinik Gelişim, s. 112, [http://www.klinikgelisim.org.tr/eskisayi/klinik\\_2009\\_22/17.pdf](http://www.klinikgelisim.org.tr/eskisayi/klinik_2009_22/17.pdf), (E.T. 09.12.2015)

<sup>4</sup> Haluk Çolak, Mustafa Taşkın, Ceza Muhakemesi Hukuku Şerhi, 2. Baskı, Seçkin, Ankara 2007, s. 322

nucunda suçla ilgisi olmayan kişiler hakkında soruşturma veya kovuşturma yapılması ve hak ihlallerinin önlenmesi önemli ölçüde azalacaktır.<sup>5</sup>

## B- Moleküler Genetik İncelemelerin Ceza Hukukunda Uygulanma Süreci

Moleküler genetik inceleme yöntemi ile delil elde etme ve adli olayların aydınlatılması uygulamalarının hukuk sistemlerinde yer alması süreci yenidir. Bilim ve teknolojiye paralel olarak son yirmi yıldaki moleküler yöntemlerin gelişimi, biyoloji ve tıp alanındaki ilerlemeler hukuk alanında da etkisini göstermiştir.<sup>6</sup> Ceza yargılamasında moleküler genetik inceleme yöntemi ilk kez 1985 yılında İngiltere’de uygulanmıştır. Tecavüz edildikten sonra öldürülen iki genç kızın katilinin bulunabilmesi için İngiliz polislerinin genetik çalışmalar yapan Alec Jeffry’den yardım istemesi üzerine öldürülen kızların vücudundan alınan saldırganın sperm örneğinin DNA profili çıkartılmıştır. Daha sonra olay yeri yakınında yaşayan yaklaşık beş bin erkekten kan örneği alınarak DNA profilleri çıkartılmış ve yapılan karşılaştırma sonucunda gerçek suçlu bulunarak tutuklu bulunan kişinin masumiyeti ortaya çıkarılmıştır.<sup>7</sup> Bu olaydan sonra moleküler genetik incelemelerin hukukta ve özellikle ceza hukuku alanında kullanımını artmış ve yasal mevzuatlarda da yer almıştır.

Moleküler genetik inceleme uygulamasına 01.06.2005 tarihinde yürürlüğe giren 5271 sayılı CMK’nda yer verilmiştir. Bu kanundan önce moleküler genetik inceleme işlemleri 1412 sayılı CMUK’nun 66. maddesinin “Hazırlık soruşturmasında muayeneleri icabeden kimselerin muayeneleri, Cumhuriyet savcılarının talebi ile yapılır.” şeklindeki düzenlemesine göre yapılmaktaydı. Ancak 1412 sayılı Yasada’ki bu düzenle-

<sup>5</sup> Zekiye Özen İnci, “5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu’nda Beden Muayenesi Ve Vücuttan Örnek Alınması”, s.1, [http://www.turkhukuksitesi.com/makale\\_621.htm](http://www.turkhukuksitesi.com/makale_621.htm), (E.T. 17.12.2015)

<sup>6</sup> Yücel Arısoy, Çiğdem Eresen, Veli Özer Özbek, “Yeni Yasal Düzenlemeler ve Moleküler Genetik İncelemeler, Türkiye Klinikleri”, s.178, <http://www.turkiyeklinikleri.com/article/tr-yeni-yasal-duzenlemeler-ve-molekuler-genetik-incelemeler-50360.html>, (E.T. 09.12.2015)

<sup>7</sup> Aktaran: Ayşim Tuğ, Yeşim Doğan Alkoç, Cüneyt Elma, “Avukatların Adli Dna Analizleri Konusunda Bilgi Düzeyleri”, *TBB Dergisi*, Sayı 70, 2007, s.4, <http://tbbdergisi.barobirlik.org.tr/m2007-70-314>, (E.T. 09.12.2015)



menin birçok bakımdan yeterli olmadığı bir gerçektir.<sup>8</sup>

Moleküler genetik inceleme 25832 sayılı Ceza Muhakemesinde Beden Muayenesi, Genetik İncelemeler ve Fizik Kimliğin Tespiti Hakkında Yönetmeliğin 3. maddesinde tanımlar başlığı altında “Gereken tür ve miktardaki biyolojik materyali kullanarak, kişiyi diğer kişilerden ayıran ve kalıtım kurallarına uygun olarak aktarılan hastalık dışındaki özelliklerinin moleküler düzeyde araştırılmasını ifade eder.” şeklinde tanımlanmış, yönetmeliğin 14/4. fıkrasında ise “Moleküler genetik incelemelerin özel kalıtsal karakterler hakkındaki açıklamayı içermediği bilinen kromozom bölgesi ile sınırlı kalmasına özen gösterilir.” düzenlemesine yer verilmiştir. Görüldüğü üzere ceza yargılamasındaki moleküler genetik inceleme uygulaması, tıp, biyoloji ve diğer bilimlerdeki uygulamalardan farklı olarak kişileri diğer bireylerden ayıran ancak kalıtsal hastalık ve karakterlerini içermeyen yönü ile uygulanmaktadır.

### C- Moleküler Genetik İncelemelerin Yasal Dayanağı

Moleküler genetik inceleme konusu materyallerin alınması, incelenmesi ve sonuçlarının gizliliği gibi usul ve esaslara 5237 sayılı CMK'nun 75 ila 80. maddeleri ve 25832 sayılı yönetmelikte yer verilmiştir.

Moleküler genetik inceleme konusuna yasal mevzuatta yer verilmesinin nedeni, bir yandan teknolojik gelişmelerden yararlanarak maddi gerçeğin ortaya konulması, diğer yandan incelemeye konu materyallerin kişisel dokunulmazlık kapsamında yer alan vücut bütünlüğüne ait örnekler olması nedeniyle kişilerin bu haklarının korunması ve güvence altına alınmasıdır. Nitekim Unesco'nun 1997 tarihli konferansında kabul edilen “İnsan Genomu ve İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi”nde insan genomu ile ilgili yürütülecek hiçbir araştırma ve uygulamanın insan haklarına ve onuruna gösterilen saygıdan daha üstün olmadığı vurgulanmıştır.<sup>9</sup> Anayasanın 17/2. fıkrasındaki “Tıb-

<sup>8</sup> Pervin Aksoy İpekcioglu, “Ceza Muhakemesi Hukukunda Beden Muayenesi Ve Vücuttan Örnek Alma”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Cilt 70, Sayı 1, Legal Yayıncılık 2012, s.20

<sup>9</sup> UNESCO İGİHEB Madde 10 - Özellikle biyoloji, genetik ve tıp alanlarında insan genomu ile ilgili olarak yürütülecek hiçbir araştırma ya da uygulama, insan haklarına, temel özgürlüklere, bireylerin veya insan topluluklarının onuruna gösterilen saygıdan daha üstün değildir.

*bi zorunluluklar ve kanunda yazılı haller dışında, kişinin vücut bütünlüğüne dokunulamaz; rızası olmadan bilimsel ve tıbbi deneylere tabi tutulamaz.”* şeklindeki düzenleme ise bu hususu Anayasal güvence altına almıştır.

### C- Moleküler Genetik İnceleme Konuları

Moleküler genetik inceleme konusu canlı organizmaya ait her türlü biyolojik materyaldir. Bu materyaller insan vücuduna ait olabileceği gibi hayvan veya bitki türlerine ait materyallerde olabilir. Ceza hukukunda moleküler genetik incelemeye konusu insana ait biyolojik bulgu ve materyallerdir. Bu biyolojik bulgular, olayın özelliğine göre şüpheli, sanık, mağdur veya diğer kişilerin vücudundan alınan örnekler, olay yerinde parçalanmış şekilde veya olay yerindeki eşya ve objelere bulaşmış halde bulunan bulgulardır.

Buna göre, olaydan sonra olay ile ilgisi olabilecek kişilerden alınacak kan, kıl, tırnak, sperm, tükürük, ter, idrar, kemik, deri döküntüsü ve doku parçası örneği, olay yerinde bulunan ve kime ait olduğu bilinmeyen insan bedenine ait parçalar, insana ait biyolojik bulgu bulaşığı olan herhangi bir obje veya delil, moleküler genetik inceleme konusu olabilmektedir.<sup>10</sup> Yasal düzenlemeye baktığımızda incelemeye konu biyolojik materyaller için şüpheli veya sanıktan örnek alma, diğer kişilerden örnek alma ve kime ait olduğu belli olmayan beden parçaları şeklinde üçlü bir ayırım yapılmıştır.

### D- Vücuttan Örnek Alma ve Hukuki Niteliği

“Örnek” sözlük anlamı ile incelenmek veya denemek üzere insan ve hayvan vücudunun, bitkinin veya nesnenin herhangi bir yerinden alınan doku parçası, numunedir.<sup>11</sup> Örnek alma ise dokunun alınması işlemidir. Çalışmamızda insan vücudundan örnek alma konu edilmiştir.

Suçla ilişkin delil elde etmek ve elde edilmiş delillerdeki bulgularla mukayese yaparak maddi gerçeği ortaya çıkartarak suç failini tespit etmek amacıyla insan vücudundan biyolojik örnek alınabilmektedir.

<sup>10</sup> Haluk Çolak, Mustafa Taşkın, a.g.e., s. 325; Osman Yaşar, Uygulamalı ve Yorumlu 5271 Ssayılı Yeni Ceza Muhakemesi Kanunu, Cem Web Ofset, Ankara 2005, s. 410

<sup>11</sup> Türk Dil Kurumu,  
http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com\_gts&arama=gts&guid=TDK.GTS.56dc402847cff9.55922698

Vücuttan örnek alma konusunda şüpheli ve sanıkla ilgili yasal düzenleme CMK'nun 75. maddesinde, diğer kişilerle ilgili düzenleme ise CMK'nun 76. maddesinde yer almaktadır. Buna paralel düzenlemele-re 25832 sayılı Yönetmeliğin 6. ve 8. maddelerinde de yer verilmiştir.

Vücuttan örnek alınması bireyin en temel varlığı olan vücut bütünlüğüne müdahale edilmesini gerektiren bir işlemdir.<sup>12</sup> Vücuttan örnek almanın hukuki niteliği ile ilgili olarak koruma tedbiri mi yoksa delil toplama faaliyeti mi olduğu konusunda öğretilerde tam bir görüş birliği bulunmamaktadır.<sup>13</sup> Kanunda düzenleniş yeri ve şekli, uygu-

<sup>12</sup> Pervin Aksoy İpekçioğlu, "Vücuttan Örnek Alma İşleminin Hukuki Niteliği Ve Anayasaya Uygunluğu", s.1162 (<http://dosya.marmara.edu.tr/huk/fak%C3%BCItedergisi/nurcentel/pervinaksoyipekcioglu.pdf>) (E.T. 09.12.2015)

<sup>13</sup> Özbek ve diğerleri; karma bir hukuki niteliği olmasına karşın, bireylerin vücut dokunulmazlığına müdahale niteliği taşıması ve kanun koyucu tarafından çok sıkı kurallara bağlanmış olması nedeniyle vücuttan örnek almanın koruma tedbiri niteliği olduğunu ve koruma tedbirlerinin özelliklerini büyük oranda taşıdığını savunmuşlardır. (Veli Özer Özbek, Mehmet Nihat Kanbur, Koray Doğan, Pınar Bacaksız, İlker Tepe, Ceza Muhakemesi Hukuku, 5. Baskı, Seçkin, Ankara 2013, s. 476)

Öztürk ve diğerleri; beden muayanesinin bir şekli olan vücuttan örnek almanın, koruma tedbiri ve modern delil elde etme aracı olduğu görüşündeler. (Bahri Öztürk, Durmuş Tezcan, Mustafa Ruhan Erdem, Özge Sırma, Yasemin F. Saygılar Kırıt, Özdem Özaydın, Esra Alan Akcan ve Efser Erden, Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, 6. Baskı, Seçkin, Ankara 2013, s. 522)

Ünver ve Hakeri; vücuttan örnek alınmasını, delil değeri yüksek verilere ulaşmak için delil kazanma yöntemi olarak görmektedirler. (Hakan Hakeri, Yener Ünver, Ceza Muhakemesi Hukuku, 1. Cilt, 7. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2013, s. 369) Toroslu ve Feyzioğlu; vücuttan örnek almanın delil niteliğinde olduğu görüşündedirler. Yazarlar vücuttan örnek almayı koruma tedbirleri başlığı altında değil deliller başlığı altında göstermişlerdir. (Nevzat Toroslu, Metin Feyzioğlu, Ceza Muhakemesi Hukuku, Savaş Yayınları, Ankara 2006. s. 207),

İpekçioğlu; vücuttan örnek almanın kanunda düzenlendiği bölüm itibariyle delili güvence altına almaya yönelik koruma tedbiri değil delili değerlendirmede kullanılan bir araç olduğunu belirtir. (Pervin Aksoy İpekçioğlu, "Vücuttan Örnek Alma İşleminin Hukuki Niteliği ve Anayasaya Uygunluğu" s.1163)

Kunter, Yenisey ve Nuhoğlu; vücuttan örnek almayı koruma tedbirleri kapsamında değerlendirmekle beraber delil elde etmeye yönelik bilirkişi incelemesi yönüne de dikkat çekmektedirler. (Nurullah Kunter, Feridun Yenisey, Ayşe Nuhoğlu, Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, İkinci Kitap, 18. Bası, Beta, İstanbul 2010. s.249)

Centel ve Zafer; vücuttan örnek almayı koruma tedbiri ve soruşturma aracı olarak karma nitelikli bir kurum olarak değerlendirmektedir. (Nur Centel, Hamide Zafer, Ceza Muhakemesi Hukuku, Yenilenmiş Gözden Geçirilmiş 9. Baskı, İstanbul 2012. s. 264)

Çolak ve Taşkın; vücuttan örnek almanın hukuki niteliğinin karma bir yapıda; keşif, bilirkişi incelemesi ve koruma tedbiri olarak değerlendirilmektedir. (Haluk

lama, öğretilerdeki açıklamalar, temel hak ve özgürlükler ile kişisel dokunulmazlıklara ilişkin uluslararası mevzuat hükümleri ile birlikte değerlendirdiğimizde, vücuttan örnek almanın hem delil toplama faaliyeti, hem koruma tedbiri, hem de bilirkişi incelemesi olarak karma nitelikte olduğu söylenebilir.

Vücuttan örnek alma işlemi; soruşturma ve kovuşturma sonucu maddi gerçeğin ortaya çıkartılmasına yönelik etkisi nedeniyle delil toplama niteliğinde, vücut bütünlüğüne ve kişilik haklarına yönelik bir uygulama olması, gerektiğinde zor kullanılarak yerine getirilmesi nedeniyle koruma tedbiri niteliğinde, vücuttan örnek alma uygulamasını gerçekleştirecek olan doktor veya sağlık personeli bakımından ise bilirkişi incelemesi niteliğindedir.<sup>14</sup>

### 1- Şüpheli veya Sanığın Vücudundan Örnek Alma

CMK'nun 75. maddesi ile 25832 sayılı Yönetmeliğin 6. maddesinde düzenlenen şüpheli veya sanığın vücudundan örnek alınması konusunda uyulması zorunlu ve önemli hususlar vardır.

Buna göre, ilk olarak şüpheli veya sanıktan ancak bir suçla ilişkin delil elde etme amacıyla örnek alınabilir. Suç soruşturması veya kovuşturması dışında idari yaptırım uygulamak amacıyla, bilimsel deney ve araştırmalar için veya DNA veri bankası oluşturmak gibi amaçlarla vücuttan örnek alınmaz.<sup>15</sup>

Vücudundan örnek alınacak kişinin olayın şüphelisi veya sanığı olması durumunda, bu konudaki kararı hakim veya mahkeme verir. Cumhuriyet savcısı tarafından şüphelinin vücudundan örnek alınma-

---

Çolak, Mustafa Taşkın, a.g.e., s. 322)

Soyaslan; vücuttan örnek alınmasını delil toplama faaliyeti kapsamında görmektedir. (Doğan Soyaslan, Ceza Muhakemesi Hukuku, Güncelleştirilmiş 2. Baskı, Yetkin, Ankara 2006. s.251)

Mahmutoglu; vücuttan örnek alınmasını hem koruma tedbiri, hem de bilirkişi incelemesi niteliğinde görmektedir. (Fatih Selami Mahmutoglu, Beden Muayenesi ve Vücuttan Örnek Alınması, s.2, <http://fsmahmutoglu.av.tr/pdf/76b00da1de336791f454b4977f6319d9cdf4656d7818071225.pdf>, E.T.09.12.2015)

<sup>14</sup> Veli Özer Özbek, Mehmet Nihat Kanbur, Koray Doğan, Pınar Bacaksız, İlker Tepe, a.g.e., s.476; Haluk Çolak, Mustafa Taşkın, a.g.e., s.323; Fatih Selami Mahmutoglu, a.g.e., s.2; Nur Centel, Hamide Zafer, a.g.e., s.264

<sup>15</sup> Hakan Kızıllarlan, "Ceza Muhakemesi, Adli Tıp, Adli Bilimlerde Vücudun Muayenesi & Örnek Alma", Çetin Veb-Ofset A.Ş. Ankara, 2007, s.224

sına karar verilmesi halinde ise bu kararın verildiği andan itibaren yirmidört saat içerisinde hakim veya mahkeme onayına sunulması gerekir (CMK 75/1. md.). Bu usullere uyulması oldukça önemlidir. Zira usulüne uygun şekilde alınmayan örnekler üzerinde yapılan inceleme sonucu elde edilen bulgular delil olarak kullanılamaz<sup>16</sup>.

Vücuttan örnek alınması için kişiye yapılacak olan müdahalenin kişinin sağlığına zarar vermeyecek ve zarar verme tehlikesi taşımayacak nitelikte olması, örnek alma işleminin doktor veya sağlık mesleği mensubu kişiler tarafından yapılması gerekir (CMK 75/2-3 md.). Müdahalenin kişinin sağlığına zarar verip vermeyeceği veya tehlike oluşturup oluşturmayacağına tespiti ise adli uzmanlar tarafından ortaya konulabilecek bir husustur.<sup>17</sup>

Şüpheli veya sanığın vücudundan örnek alınması konusundaki diğer bir husus ise bu işlemin ancak üst sınırı iki yıl ve daha fazla hürriyeti bağlayıcı ceza öngören suçlar bakımından sözkonusu olmasıdır (CMK 75/5 md.). Ceza kanunlarımızda yer alan suçların büyük çoğunluğunun üst sınırı iki yıldan fazla hürriyeti bağlayıcı ceza hükümü içermektedir. Ancak üst sınırı iki yıldan az hürriyeti bağlayıcı ceza gerektiren suçlar ile adli para cezası öngörülen suçlar da bulunmaktadır. Taksirle yaralama (TCK 89/1-2 md), çocuk düşürme (TCK 100 md.), haksız arama (TCK 120 md.), konut dokunulmazlığının ihlali (TCK 116/2 md.), adil yargılamayı etkilemeye teşebbüs (TCK 288/1 md.) suçları bu tür suçlardandır. Bu suçlar ile ilgili soruşturma ve kovuşturmalarda şüpheli veya sanığın vücudundan biyolojik örnek alınmaz. Örneğin, çocuk düşürme suçu ile ilgili soruşturma veya kovuşturma kapsamında çocuğun şüpheli veya sanığa ait olup olmadığının tespiti için mukayese amaçlı şüpheli veya sanıktan kan örneği alınmaz.

<sup>16</sup> 5271 sayılı CMK'nın 78 ve 79/1. maddeleri uyarınca sanıktan alınan kan örneğinin olay yerinde elde edilen kan örneği ile karşılaştırması ve moleküler genetik inceleme yapılması için gerekli Hakim kararının alındığına dair dosyada bir delil bulunmadığı anlaşıldığından, kararın mevcut olup olmadığı araştırılarak, sanığın suçu kabul etmemesi ve başkaca delil bulunmadığı da gözetilerek Ankara Kriminal Polis Laboratuvarı Müdürlüğü'nün 23.03.2007 tarih ve BYL 2007/1366 uzmanlık numaralı DNA Analizine ilişkin expertiz raporunun 5271 sayılı CMK'nın 217/2. maddesine aykırı olarak hukuka uygun delil olup olmadığının tartışılması (Y.13.C.D., 03.12.2102, E 2011/22452, K 2012/25819)

<sup>17</sup> Fatih Selami Mahmutoğlu, a.g.e., s.8

## 2- Diğer Kişilerin Vücudundan Örnek Alma

Şüpheli veya sanık dışındaki diğer kişilerin vücudundan örnek alma CMK'nun 76. maddesi ile 25832 sayılı Yönetmeliğin 8. maddesinde düzenlenmiştir. CMK'nundaki düzenlemede yalnızca mağdur ibaresine yer verilmişken, 25832 sayılı Yönetmelik'te mağdur ve diğer kişiler denilerek kapsam genişletilmiştir. Öğretide bu hususun kanunilik ilkesine aykırı olduğu ve kanunun çizdiği sınırları aşan bir durum olduğu, şüpheli, sanık veya mağdur dışındaki kişilerin vücudundan örnek alınması konusunda kanunda yer alması gerektiğini savunanlar bulunmakta ise de<sup>18</sup>, bizim de katıldığımız baskın görüş, diğer kişiler ibaresinin mağdur ile birlikte üçüncü kişileri de kapsadığına ilişkin görüştür.<sup>19</sup>

<sup>18</sup> "Kanunumuz ise 75. maddede şüpheli ve sanıktan bahsettikten sonra 76. maddede "diğer kişiler"den bahsettiğine göre, şüpheli ve sanık dışındaki herkesin bu kapsamda mütalaa edilebileceği düşünülebilir. Bununla beraber, madde metninde sadece "mağdur"dan bahsedilmesi dolayısıyla, sadece mağdur üzerinde beden muayenesi ve örnek alınmasının olanaklı olduğunu kabul etmek gerekir. Buna karşılık Ceza Muhakemesinde Beden Muayenesi, Genetik İncelemeler ve Fizik Kimliğin Tespiti Hakkında Yönetmelik mağdur dışındaki kişiler üzerinde beden muayenesi ve örnek alınmasına olanak tanımaktadır (BMGİFKY 7 ve 8). Fakat bu hükümler, kanunun çizdiği sınırın aşılması niteliğindedir. Üçüncü kişilerin beden muayenesi ve vücutlarından örnek alınması, CMK'da açıkça düzenlenmemiştir. (Hakan Hakeri, Yener Ünver, a.g.e., s. 378-379)

<sup>19</sup> "Madde metnine bakıldığında başlıkta "diğer kişiler" terimine yer verilmiş iken, metin içinde "mağdur" terimine yer verildiği görülmektedir. Eğer diğer kişiler terimi esas alınacak olursa "diğer kişiler" mağduru de içine alan şüpheli ve sanık dışındaki herkes anlamına gelir. Nitekim tedbire ilişkin olarak çıkarılan Yönetmelik de mağdur ve diğer kişiler terimlerini kullanmaktadır." (Veli Özer Özbek, Mehmet Nuri Kanbur, Pınar Bacaksız, Koray Doğan, Ceza Muhakemesi Hukuku, 2. Baskı, Seçkin, Ankara 2008, s. 293)

"Diğer kişiler ile mağdur, tanık veya tanık olmayan üçüncü kişiler ve soybağı tespit edilecek çocuklar kastedilmiştir." (Bahri Öztürk, Durmuş Tezcan, Mustafa Ruhan Erdem, Özge Sırma, Yasemin F. Saygılar Kırıt, Özdem Özaydın, Esra Alan Akcan ve Efser Erden, a.g.e., s. 531)

"Diğer kişilerden kasıt, şüpheli ve sanık dışındaki kişilerdir." ( Nevzat Toroslu, Metin Feyzioğlu, a.g.e. s. 208)

"Diğer kişiler ifadesi ile şüpheli veya sanık dışındaki kişiler vurgulanmaktadır" (Haluk Çolak, Mustafa Taşkın, a.g.e., s. 326)

"Yönetmeliğin 7. ve 8. maddeleri, "diğer kişilerin beden muayenesi" ve "diğer kişilerin vücudundan örnek alınması"dır. Madde içeriğinde ise mağduru ve diğer kişilerin vücuduna müdahale düzenlenmiştir. Mağdur-diğer kişiler ayrımı yapılmıştır. Oysa diğer kişiler kavramı hem mağduru hemde mağdur dışındaki üçüncü kişileri kapsayacak genişlikte bir kavramdır." (Nur Centel, Hamide Zafer, a.g.e., s. 274)

"Diğer kişilerden kasıt mağdurdur. Maddede sadece mağdurdan sözedilmektedir. Beden Muayenesi Yönetmeliğinin 7 inci maddesine göre ise diğer kişilerden



Kanun koyucunun madde başlığında yer verdiği “diğer kişiler” ibaresi, kanundan sonra çıkartılan yönetmelikte mağdur ile birlikte “diğer kişiler” ibaresine de yer verilmiş olması ve uygulamaya baktığımızda; şüpheli, sanık veya mağdur dışındaki diğer kişilerin vücudundan örnek alınması konusunda yasal bir boşluk veya tereddüdün olmadığı kanaatindeyiz.

Şüpheli veya sanığın vücudundan örnek alınması ile ilgili olarak; şüpheli veya sanığın vücudundan örnek alınması için yapılacak müdahalenin kişinin sağlığına zarar verme tehlikesi taşımayacağı düzenlenmişken, mağdur ve diğer kişiler için yapılacak müdahalenin kişinin sağlığını tehlikeye düşürmeme ve cerrahi müdahaleyi gerektirmeyecek nitelikte olması öngörülmüştür.<sup>20</sup> Buna göre şüpheli veya sanık dışındaki kişilerin vücudundan operasyon (ameliyat) gerektiren müdahaleler yolu ile biyolojik örnek alınamayacaktır.

Mağdur veya diğer kişilerin vücudundan örnek alınabilmesi konusunda soruşturma veya kovuşturma konusu suçun ceza miktarı bakımından bir sınırlama öngörülmemiştir. Kanuni düzenlemelerde yer verilen bütün suçlar için diğer şartların oluşması halinde mağdur veya diğer kişilerin vücudundan moleküler genetik inceleme amacıyla örnek alınabilir. Örneğin, üst sınırı iki yıldan az hürriyeti bağlayıcı ceza gerektiren nitelikli olmayan taksirle bir kişinin yaralanmasına neden olma suçu (TCK 89/1-2 md.) ile ilgili olarak yürütülen soruşturma kapsamında, başka suretle delil elde etme imkanının bulunmaması halinde mağdura çarpan aracın tespiti için araç üzerindeki kan veya biyolojik bulgunun mağdura ait olup olmadığına yönelik mukayese amaçlı mağdurun vücudundan kan örneği alınabilecektir. Oysa ki aynı soruşturma kapsamında mukayese amaçlı olarak şüpheli veya sanıktan kan örneği alınamaz.

---

kasıt, mağdur ve diğer kişilerdir. Mağdurun tanımı Beden Muayenesi Yönetmeliğinin 3 üncü maddesinde yapılmıştır. Bu tanıma göre mağdur, “suçtan veya haksız eylemden zarar gören kişidir”. Tanımdan mağdur ile suçtan zarar görenin aynı kavramlar olduğu sonucu çıkmaktadır ki bu doğur değildir.

Öte yandan, tecavüz fiili sonucu halime kalmış bir kadının doğan çocuğu üzerinde beden muayenesi yapmak veya vücudundan örnek almak gerekebilir. Bu halde çocuk ancak diğer kişi olarak kabul edildiğinde bu işlem yapılabilecektir. Zira doğan çocuk mağdur değildir. (Nurullah Kunter, Feridun Yenisey, Ayşe Nuhoglu, a.g.e., s. 255-256)

<sup>20</sup> Osman Yaşar, a.g.e., s. 409

Maddedeki düzenlemeye göre mağdurun vücudundan örnek alınmasını gerektiren hallerde mağdurun buna rıza göstermesi durumunda mahkemeden karar almaya gerek yoktur (CMK 76/2 md.). Mağdurun çocuk veya akıl hastası olması halinde ise bu konudaki rıza medeni kanun hükümlerine göre velayet yetkisine sahip anne, baba, veli, vasi veya kanuni temsilcisi (avukat veya müdafii) tarafından kullanılır. Madde başlığı dikkate alındığında rızanın varlığı konusundaki açıklamalar mağdur dışındaki üçüncü kişiler için de geçerlidir.

Soruşturma veya kovuşturma kapsamında çocuğun soybağının araştırılmasını gerektiren durumlarda ise rıza geçerli değildir. Bu durumlarda hakim veya mahkeme kararı alınması gerekmektedir (CMK 76/3 md.).

Tanıklıktan çekinme nedenlerinin (CMK 45/1 md.) bulunması halinde kişi, vücudundan örnek alınması işleminden kaçınabilir. Çekinme konusunda çocuk ve akıl hastası adına kanuni temsilcisi karar verir. Tanıklıktan çekinmenin hukuki anlam ve sonuçlarını anlayabilecek durumda olan çocuk veya akıl hastasının da tanıklıktan çekinme konusunda görüşleri alınır. Tanıklıktan çekinme konusunda karar verecek olan kanuni temsilcinin şüpheli veya sanık olması halinde ise kanun koyucu çekinme konusunda hakime takdir hakkı tanımıştır. Ancak bu durumda elde edilen delillerin şüpheli veya sanık olmayan kanuni temsilcinin izni olmadan davanın ilerleyen aşamalarında kullanılamayacağı belirtilmiştir (CMK 76/4).

### E- Olay Yerinde Bulunan Biyolojik Bulgular

Suçta konu olay yerinde, yakınında yada başka yerde bulunan ve olayla herhangi bir şekilde ilgisi olan beden parçaları veya biyolojik bulgular üzerinde de moleküler genetik inceleme yapılabilmektedir. Buna ilişkin yasal düzenleme CMK'nun 78/2. fıkrasında "*Birinci fıkra uyarınca yapılabilen incelemeler, bulunan ve kime ait olduğu belli olmayan beden parçaları üzerinde de yapılabilir.*" şeklinde yer almaktadır.

Biyolojik bulgular olay yerinde değişik şekillerde bulunabilir. Olay yerinde bulunan sigara izmariti üzerindeki tükürük, ruj izi, kanlı bıçak, tabanca, mermi kovanı, mermi çekirdeği üzerinde, giysi, şapka, çanta gibi eşyalarda veya diğer suç eşyaları ile olaya karışan kişilere ait giysilere bulaşmış halde bulunabileceği gibi olay yerinde olayın özelli-



ğine göre kan lekesi, kıl, doku ve kemik parçaları gibi beden parçaları şeklinde de bulunabilir. İşte bu gibi hallerde delil elde etme veya bulunan beden parçalarının kime ait olduğunun tespiti için bu biyolojik bulgular üzerinde de moleküler inceleme yapılabilecektir.

Burada şunu belirtmeliyiz ki, kişilerin vücuduna ait olmayan ancak vücudunun üzerinde veya herhangi bir eşyası üzerinde bulunan biyolojik bulgunun elde edilebilmesi için CMK'nun dördüncü bölümünde yer alan "arama ve elkoyma"ya ilişkin hükümlere uyulması gerekmektedir.

#### **F- Vücuttan Örnek Alma ve Olay Yerinden Biyolojik Bulgu Toplamada Yöntem**

Biyolojik örneklerin vücuttan alınması ve olay yerinden biyolojik bulguların toplanması moleküler genetik incelemenin sağlıklı sonuç vermesi bakımından önemlidir. Bu nedenle örnek alma ve bulgu toplamada birtakım hususlara dikkat edilmesi gerekir. Vücuttan örnek alınması konusunda öncelikle buna ilişkin müdahalenin doktor veya sağlık mensubu tarafından yapılması gerektiğini belirtmeliyiz. Sağlık mensuplarının kimler olduğu 25832 sayılı Yönetmeliğin 3. maddesinde "tabip, diş tabibi, eczacı, ebe, hemşire ve sağlık hizmeti veren diğer kişiler" şeklinde sayılmıştır. Buna göre sağlık mesleği mensubu olmayan biyolog, kimyager, biyokimya uzmanı gibi kişilerin görev yaptıkları kriminal birimlerde kişilerin vücudundan örnek alma yetkileri bulunmamaktadır. Vücuttan örnek alma sırasında her zaman için kişilere tıbbi müdahale gerektiren durumların yaşanması ihtimali bulunması nedeniyle bu düzenleme gerekli ve yerindedir.<sup>21</sup>

Kişinin vücudunun üzerinde veya giysilerinde bulunan biyolojik olmayan örnekler ile yine vücudunun üzerinde veya eşyalarında bulunan kendisinden başka birine ait olduğu açıkça belli olan bulgu ve örneklerin doktor veya sağlık personeli tarafından alınmasına gerek yoktur. Bu bulgular olay yeri inceleme görevlileri tarafından alınabilir (Yönetmelik 23. md.).

<sup>21</sup> Devrim Güngör, Okan Bakşi, "Ceza Muhakemesinde Beden Muayenesi, Bedenden Örnek Alınması Ve Genetik İncelemeler", s.3, [http://www.turkhukuksitesi.com/makale\\_1115.htm](http://www.turkhukuksitesi.com/makale_1115.htm), (E.T. 11.12.2015)

Kişilerden vücut örneği alınması sırasında; kan alınacak ise kapaklı ve içerisinde pıhtılaşmayı önleyici madde bulunan (antikoagülan) tüplere alınması, kan tüp içerisine alınmayacak ise emici pamuklu beze alındıktan sonra oda ısısında güneşsiz ortamda kurutulması, kan alınması sırasında cilt yüzeyine antiseptik olarak alkol veya benzeri herhangi bir sıvı sürülmemesi, kişiye kan nakli yapılmış ise bu hususun belirtilmesi, anal veya vajinal swapların ayrı ayrı steril tüplere alınması, örnek almada kullanılan makas, pens ve bıçak ağzı gibi aletlerin temiz ve steril olmasına özen gösterilmesi, vücudundan örnek alınacak olan kişilerin hakim kararında belirtilen kişiler olup olmadığının her aşamada kontrol edilmesi, alınacak örneklerin etiketlenmesi gibi hususlara dikkat edilmelidir<sup>22</sup>.

Moleküler genetik inceleme sonucu başarılı bir DNA analizi için biyolojik bulguların uygun miktarda alınması, paketlenmesi, muhafazası ve kaynağının belirtilmesi gibi hususlar da önem arz eder.<sup>23</sup> Bu nedenle olay yerinden elde edilen biyolojik delillerin moleküler genetik incelemeye yetecek uygun miktarda alınması, her bulgunun ayrı ayrı paketlenmesi, bulguların olay yerindeki başka biyolojik bulgularla teması ve bulaşmasının (kontaminasyon) önlenmesi, biyolojik bulguların bozulmayacak ve özelliğini kaybetmeyecek şekilde uygun ortamlarda saklanması, bulguların kuru bir şekilde paketlenmesi, küf ve bakteri üremesine neden olmayacak ve kokuşmayacak bir biçimde kağıt torbalar içerisinde muhafaza edilmesi gerekir.<sup>24</sup>

### G- Moleküler Genetik İncelemenin Hukuki Niteliği ve Esası

Moleküler genetik incelemelerin esasları ve sınırları CMK'nun 78. maddesi ile 25832 sayılı Yönetmeliğin 12. maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre moleküler genetik incelemeler, zorunlu olması halinde soybağının veya elde edilen bulgunun şüpheli veya sanığa ya da mağdura ait olup olmadığının tespiti amacıyla yapılabilmektedir. Kanunda sayılan nedenler dışında herhangi bir amaçla moleküler genetik inceleme yapılamayacağı gibi başka şekilde delil elde etme imkanının bulunması halinde de moleküler genetik inceleme yapılamayacaktır.

<sup>22</sup> Yücel Dener, İrfan Korkusuz, "Ceza Muhakemesi Hukuku Yönünden Beden Muayenesi, Örnek Alma ve Laboratuvar Tanı Yöntemleri", s.8-11, <http://www.google.com.tr/url?url=http://www.ankara2khb.gov.tr>, (E.T. 14.12.2015)

<sup>23</sup> Dener, Korkusuz, a.g.e., s. 11

<sup>24</sup> Güngör, Bakşi, a.g.e., s. 6

Moleküler genetik inceleme, bağımsız bir koruma tedbiri değildir. Vücuttan örnek alma koruma tedbirinin ve olay yeri incelemesinin bir uzantısı niteliğindedir. Buna göre moleküler genetik inceleme bir yönüyle olay yerinden alınan biyolojik materyalin analizi diğer yönüyle de alınan vücut örneğinin analizini içerir.<sup>25</sup> Başka bir ifade ile şüpheli, mağdur veya diğer kişilerin vücudundan örnek alınmasının ve olay yerinden beden parçalarının elde edilmesinin asıl nedeni bu bulgular üzerinde moleküler genetik inceleme yapmaktır.<sup>26</sup>

Moleküler genetik incelemenin kanun koyucunun öngördüğü anlamda zorunlu olup olmadığı hususu uygulamada birtakım tereddütlere ve yanlış uygulamalara neden olabilmektedir. Kimi olaylarda moleküler genetik inceleme yapılması gerekli ve zorunlu olmasına rağmen yapılmamakta, kimi olaylarda ise gerekmediği halde moleküler inceleme yapılmaktadır. Örneğin, mağdurun silahla yaralanması olayında, olayı gerçekleştiren kişinin kim olduğu biliniyorsa ve mağdurdan başka bir kimse yaralanmamış ise olay yerinde bulunan kan lekesi üzerinde, keza suçta kullanılan silahın, mermi çekirdeği veya boş kovanın balistik incelemesi ile tespiti mümkün ise silah üzerindeki kan veya diğer biyolojik bulgular üzerinde silahın suçta kullanılıp kullanılmadığına ilişkin moleküler genetik incelemeler yapılması zorunlu ve gerekli değildir. Zira bu durumlarda başka suretle delil elde etme imkanı bulunmaktadır. Ancak özellikle cinsel saldırı suçlarında failin belli olmaması veya faillerin birden çok olması durumlarında olaydan hemen sonra olay mağdurunun vücudundan örnek alınması ve olay sırasında üzerinde bulunan iç çamaşırlarının incelenerek biyolojik bulgu tespit edilmesi halinde moleküler genetik inceleme yapılması gereklidir.<sup>27</sup>

<sup>25</sup> Veli Özer Özbeğ, Mehmet Nihat Kanbur, Koray Doğan, Pınar Bacaksız, İlker Tepe, a.g.e., s.484

<sup>26</sup> Cumhuriyet Şahin, Neslihan Göktürk, Ceza Muhakemesi Hukuku II, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2012, s. 68

<sup>27</sup> Adli Tıp Kurumu Biyoloji İhtisas Dairesi'nin 17.12.2007 tarihli raporunda mağdure Ayşegül'ün kilodundan, mağdure Nihal'in ise anal çevresi ile kilodundan alınan örneklerde birden fazla şahsa ait olabilecek DNA tiplerinin elde edildiği de nazara alınarak elde edilen birden fazla şahsa ait DNA tiplerinin sanıklara ait olup olmadığı hususunda moleküler genetik inceleme yapıldıktan... eksik inceleme ile yazılı şekilde karar verilmesi, (Y.14. C.D., 25.12.2014, E:2014/6914, K: 2014/14870)

Sanığın suç arkadaşı Uğur Uçan'ın yargılandığı Diyarbakır Çocuk Ağır Ceza

Birey haklarının korunması, ceza soruşturması ve kovuşturmasının gereksiz işlemlerle uzatılmaması, gereksiz yargılama masraflarına neden olunmaması bakımından zorunlu olmadıkça moleküler genetik inceleme uygulamasına başvurulmamalıdır. Buna karşılık maddi gerçeğin tüm çıplaklığı ile ortaya konulabilmesi, delillerin zamanında ve kaybolmadan toplanması, olayla ilgisi olmayan kişiler hakkında tutuklama ve cezalandırma yoluna gidilmesinin önüne geçilmesi için olayın özelliği ve yasal dayanak kapsamında moleküler genetik inceleme yöntemine başvurulmalıdır.

### H- Moleküler Genetik İnceleme Kararı

Moleküler genetik inceleme ancak hakim tarafından verilen karar ile yapılabilmektedir (CMK 79/1). Moleküler genetik inceleme sonucu elde edilen sonuçlar kişisel veri olup, özel hayatın gizliliği kapsamında korunması gereken veri niteliğinde olduklarından kişilerin bu haklarının korunması amacıyla ve Anayasa'nın 20. maddesindeki "Özel Hayatın Gizliliği" başlığı altındaki düzenleme gereğince bu işlem kanuni düzenleme ile sıkı şekil şartlarına bağlanmıştır. Bu hususa aşağıda daha ayrıntılı olarak değinilecektir.

Moleküler genetik inceleme için hakim kararı alınması konusu, kişilerin vücudundan usulünce alınmış örnekler ve biyolojik bulgular açısından yukarıda değinildiği üzere kanunda açıkça düzenlenmiştir. Ancak olay yerinde, giysi, suç eşyası veya başka objelerde ilk bakışta görülmeyen ancak özel bir inceleme sonucunda ortaya çıkarılabilecek biyolojik bulgular da bulunabilmektedir. Bu durumlarda bu tür eşyalar üzerinde moleküler genetik inceleme için hakim kararı alınmasının gerekip gerekmediği uygulamada tartışma konusudur. Yargıtay uygulamalarına baktığımızda olay yerinde bulunan bu tür eşyalar üzerinde moleküler genetik inceleme yapılabileceği kabul edilmektedir.<sup>28</sup>

---

Mahkemesi'nin 2008/121 esas sayılı dosyasının celp edilip incelenmesi ve yakınının elinde kaldığı belirtilen faile ait tişört parçasına el konulup konulmadığı araştırılarak, bulunması ve üzerinde bulgu elde edilmesi durumunda, sanıktan alınacak örneklerle moleküler genetik inceleme yapılması ve sonucuna göre delillerin bir bütün halinde değerlendirilmesi gerekirken, eksik inceleme ile yazılı şekilde hüküm kurulması, (Y.6.C.D., 22.01.2015, E:2012/12388, K: 2015/541)

<sup>28</sup> Gördes ilçesinde meydana gelen hırsızlık olayı ile ilgili olarak olay yerinde bulunan ve delil olması nedeniyle muhafaza altına alınan 2 adet eldiven poşeti üzerinde DNA incelemesi yapılmasına yönelik Gördes Cumhuriyet Başsavcılığının tale-

Esasen kanundaki düzenlemeye göre moleküler genetik inceleme ancak biyolojik bulgular üzerinde yapılabilir. O halde olay yerinde bulunan biyolojik bulgu kapsamında olmayan herhangi bir obje üzerinde yapılacak inceleme hem yasal dayanak hem de teknik olarak moleküler genetik inceleme değildir. Bu nedenle bu tür eşyalar üzerinde moleküler genetik inceleme için verilen hakim kararı aslında eşya üzerinde bulunan veya bulunması muhtemel biyolojik bulgu için verilmektedir.

Kanaatimizce olay yerinde bulunan eşya ve objeler üzerinde biyolojik bulgu olduğu konusunda tereddüt olmaması durumunda (örneğin, giysi üzerindeki doku parçası, idrar veya gaita, bıçak üzerindeki kan, iç çamaşırı üzerindeki sperm lekesi gibi) bu eşyalar üzerindeki biyolojik bulgular için moleküler genetik inceleme kararı talep edilebilecektir. Ancak talep ve kararda “eşya üzerinde” değil, “eşya üzerinde bulunan biyolojik bulgu” ibaresine yer verilmesi daha doğru olacaktır. Eşya üzerinde biyolojik bulgu olduğunun ilk bakışta görülebilmesi ve bunun için özel bir inceleme yapılması gereken durumlarda ise ikili bir ayırım yapılmalıdır. Eğer eşya üzerindeki biyolojik bulgu moleküler

---

binin, “5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu’nun 75 ve 76 ncı maddelerinde, olay yerinden elde edilen materyaller üzerine DNA incelemesi yapılabilmesi işleminin sayılmadığı, Ceza Muhakemesi Kanunu’nun 78 inci maddesinde hakim kararı gerektiren inceleme konusu olarak yalnızca 75 ve 76 ncı maddelerde öngörülen işlemlerle elde edilen örnekler sayılmış olup olay yerinden elde edilen herhangi bir eşya veya materyal (eldiven poşeti) üzerinde DNA incelemesi yapılmasının Ceza Muhakemesi Kanunu’nun 75, 76, 78 ve 79 uncu maddelerinde öngörülmediği” gerekçesiyle reddine dair Gördes Sulh Ceza Mahkemesinin 02/03/2009 tarihli ve 2009/31 değişik iş sayılı kararına karşı yapılan itirazın reddine ilişkin Gördes Asliye Ceza Mahkemesinin 04/03/2009 tarihli ve 2009/9 değişik iş sayılı kararına karşı Adalet Bakanlığı’nun 17.07.2009 gün ve 2009/7977/39598 sayılı kanun yararına bozma istemine dayalı Yargıtay C.Başsavcılığının 10.08.2009 gün ve KYB.185823 sayılı ihbar yazısı ile infaz dosyası 09.09.2009 tarihinde Dairemize gönderilmekle incelendi:

Ceza Muhakemesinde Beden Muayenesi, Genetik İncelemelere ve Fizik Kimliği Tespiti Hakkındaki Yönetmeliğin 12/2 ve devamı maddeleri ile 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu’nun 75 ve 76 ncı maddelerinde öngörülen işlemlerle elde edilen örnekler üzerinde, soy bağının veya elde edilen bulgunun şüpheli veya sanığa ya da mağdura ait olup olmadığının tespiti için zorunlu olması halinde moleküler genetik incelemeler yapılabilir,” düzenlemesiyle aynı Kanun’un 79/1. maddesindeki “78 inci madde uyarınca moleküler genetik incelemeler yapılmasına sadece hâkim karar verebilir,” hükümleri birlikte değerlendirildiğinde, suç yerinde elde edilen bulgular üzerinde moleküler genetik incelemeler yapılabileceği ve bunun sadece hakim kararı ile mümkün olduğunun gözetilmemesi, (Y. 6. C.D., 11.04.2011, E 2009/18701, K 2011/5063)

ler inceleme gerektirmeyen bir şekilde tespit edilebiliyorsa, öncelikle bunun araştırılıp tespit edilmesi, sonrasında bulunan biyolojik bulgu üzerinde moleküler genetik inceleme için hakim kararı talep edilmesi gerekir. Eşya üzerindeki biyolojik bulgunun ancak moleküler inceleme yöntemi ile ortaya çıkarılabileceği durumlarda ise eşya üzerinde moleküler genetik inceleme yapılabilmesi, ancak talep ve kararda “eşya üzerinde” ibaresi yerine “eşya üzerindeki biyolojik bulgu” ibaresine yer verilmesi daha doğru olacaktır.

### I- Moleküler Genetik İncelemelerde Bilirkişiler

Moleküler genetik inceleme yapılmasına karar veren hakim, bu incelemeyi yapacak olan bilirkişiyi de kararda göstermelidir (CMK 79/1). CMK'nun 63. maddesine göre “Çözümü uzmanlığı, özel veya teknik bilgiyi gerektiren hâllerde bilirkişinin oy ve görüşünün alınmasına...” karar verilebileceği düzenlenmiştir. Moleküler genetik inceleme için hakim tarafından bilirkişi atanması hususu ise kanun koyucunun uzmanlığa, özel veya teknik bilgiye ihtiyaç bulunduğunu en baştan kabul ettiği hususlardan biridir.<sup>29</sup>

Moleküler genetik inceleme için atanacak bilirkişiler, kanunda ayrıntılı olarak belirtilmiştir (CMK 79/1). 25832 sayılı yönetmelikte ise görevlendirilecek bilirkişilerden Adli Tıp Kurumu, Emniyet Genel Müdürlüğü, Jandarma Genel Müdürlüğü ve üniversitelerin objektif kurumlar olduğu belirtilmiştir (13/5 md). Ancak bunlar dışında gerçek veya tüzel kişiler de bilirkişi olarak atanabilir. Bununla birlikte CMK'nın 79/2. fıkrasında bilirkişi olarak atanacak olan kişilerin teknik donanım ve teşkilat yapısı olarak kanuna aykırı, yasak incelemelerin yapılmasını önleyecek ve moleküler genetik inceleme konusunda yetkisiz kişilerin bilgi edinmesini engelleyecek nitelikte olması öngörülmüştür.

<sup>29</sup> ...hâkim, çözümü ancak özel veya teknik bir bilgi gerektiren hâllerde bilirkişi dinleyebilir veya rapor isteyebilir. Hâkimlik mesleğinin gerektirdiği genel ve hukuki bilgi ile çözümü mümkün bulunan konularda ise bilirkişiye başvurmayacaktır. Kanun koyucunun uzmanlığa, özel veya teknik bilgiye ihtiyaç bulunduğunu baştan kabul ettiği “akıl hastalığı, parada sahtecilik, moleküler genetik inceleme” gibi hususlar hariç, hâkimin bilirkişi raporu alma mecburiyeti bulunmadığı gibi, bilirkişi raporu da mahkemeleri bağlayıcı nitelikte değildir. (YCGK, 12.05.2015, E 2013/12-771, K 2015/150)

Moleküler genetik inceleme konusu biyolojik bulgu ve örneklerin inceleme amaçlı olarak bilirkişiye verilmesi sürecinde ilgililerin kimlik bilgisi ile kişisel bilgilerin gizli tutulması konusu ayrı bir önem taşır. Kanun koyucu CMK'nun 79/2 fıkrasının son cümlesinde bu gizliliğe uymayı bir yükümlülük olarak düzenlemiştir. Bu konunun pratik yararı ve önemi, hem bireylerin kişisel haklarının korunması hem de incelemeyi yapacak olan bilirkişilerin verinin kime ait olduğunu bilmeden objektif bir şekilde inceleme yapması ve soruşturmanın gizliliğinin sağlanması konusunda kendini göstermektedir. Zira moleküler genetik incelemeler genel olarak soruşturma aşamasında söz konusu olmaktadır.

#### J- Biyolojik Bulgu ve Örneklerin Bilirkişiye Gönderilmesi Süreci

Sağlıklı bir moleküler genetik inceleme yapılabilmesi için vücuttan alınan örnekler ile olay yerinden toplanan biyolojik bulguların usulüne uygun şekilde alınması kadar, bu bulguların incelemeyi yapacak olan bilirkişi ve laboratuvar ortamlarına sağlıklı ve özelliklerini kaybetmeyecek bir şekilde gönderilmesi de önemlidir.<sup>30</sup> Bu husus 25832 sayılı Yönetmeliğin 21. maddesinde "Güvenlik Önlemleri" başlığı altında düzenlenmiştir.<sup>31</sup>

Öncelikle üzerinde moleküler genetik inceleme yapılacak olan biyolojik bulgular bilirkişiye, ilgilinin kimlik bilgileri ve adresi bildirilmeden verilir (CMK 79/2). İncelemeye konu biyolojik örnek ve bulguların bilirkişiye gönderilmesi sürecinde hem gizliliğin sağlanması hemde karışıklıklara yer verilmemesi amacıyla adli birimlerin gerekli tedbirleri alması gerekir<sup>32</sup>. Buna göre vücutundan örnek alınacak olan

<sup>30</sup> Dener, Korkusuz, a.g.e., s.7

<sup>31</sup> CMBMGİvFKTHY Madde 21 - Muayene edilmesi veya vücutundan örnek alınması amacıyla sevk edilen kişi dışında başka bir kişinin muayene edilmemesi ya da vücutundan örnek alınmaması için Cumhuriyet başsavcılıklarınca gerekli önlemler alınır.

Tabip veya diğer sağlık mesleği mensuplarınca, sevk edilen kişinin kimliği konusunda şüpheye düşülmesi hâlinde durum derhâl Cumhuriyet başsavcılığına bildirilir.

Alınan, muhafaza edilen, nakledilen ve incelenen örneklerin değiştirilmemesi ve dış koşullardan etkilenip bozulmaması için Cumhuriyet başsavcılığı, kolluk, sağlık kuruluşu ve bilirkişi tarafından gerekli tedbirlere başvurulur.

<sup>32</sup> CMBMGİvFKTHY Madde 13/4 - Bilirkişiye gönderilen örneklerle ilgili olarak; hâkimlikler, mahkemeler ve Cumhuriyet başsavcılıkları gizliliği sağlamak ve ka-



kişiyi adı, soyadı, adresi ve doğum tarihine karşılık gelecek şekilde kod verilir. Bu kodların güvenli ve gizli bir sistemde tutulup muhafaza edilmesi gerekir. Kodlanmış ve kime ait olduğu bilinmeyecek bir şekilde bilirkişiye gönderilen biyolojik bulgular üzerinde yukarıda değinildiği gibi bilirkişilerin objektif bir şekilde çalışması ve rapor düzenlemesi sağlanacaktır.

Biyolojik bulguların bilirkişilere gönderilmesi sürecinde, bulguların bozulup özelliğini kaybetmemeleri için gerektiği şekilde muhafaza edilmesi, soğuk zincir yöntemine uyulması, numunelerin +4 derecede muhafaza edilmesi, küf ve bakteri üremesine neden olabilecek plastik ambalajlar kullanılmasından kaçınılmalıdır.<sup>33</sup> Karışıklığın önlenmesi için gönderilen bulguların üzerine gönderilme tarihi ve adli birimin kayıt numarası yazılmalı, laboratuvara geldiği tarih de ayrıca belirtilmeli ve inceleme kayıt numarası verilmelidir.<sup>34</sup>

Vücudundan örnek alınması amacıyla sevk edilen kişi dışında başka bir kişinin vücudundan örnek alınmaması için özellikle soybağının tespiti amacıyla adli birimler tarafından gönderilen kişilerin sol kolu mühürlü, nüfus cüzdanı ve yakın zamanda çekilmiş fotoğraf ile birlikte gönderilmelidir.<sup>35</sup>

## K- Moleküler Genetik İnceleme Sonuçlarının Gizliliği

Kişilerin vücudundan biyolojik amaçlı örnek alınmanın vücut bütünlüğüne yönelik, kişisel haklara müdahale niteliğinde olduğu yukarıda belirtilmişti. Vücuttan alınan örnekler ile olay yerinden alınsa dahi belli bir kişiye ait olduğu tespit edilen biyolojik bulgular üzerinde yapılan moleküler genetik inceleme sonuçları kişisel veri niteliğindedir. Elde edilen sonuçlar kişiyi diğer bireylerden ayıran temel yapı taşları olan DNA profilini ortaya çıkardığından, bu verilerin mahrem kalması, inceleme amacı dışında kullanılmaması gerekir.

Moleküler genetik inceleme sonuçlarının gizliliği, CMK'nun 80/1.

---

rışıklığa yer vermemek için gerekli her türlü tedbiri alırlar. Bu amaçla güvenli ve gizli bir kayıt sistemi belirlenir. Bu kayıt sisteminde bedeninden örnek alınan kişinin adı, soyadı, adresi ve doğum tarihine karşılık gelmek üzere bir kod sistemi uygulanır.

<sup>33</sup> Güngör, Bakşi, a.g.e., s.6

<sup>34</sup> Dener, Korkusuz, Erişim tarihi 14.12.2015, s.8

<sup>35</sup> Dener, Korkusuz, Erişim tarihi 14.12.2015, s.7



fıkrasında "...*alınan* örnekler üzerinde yapılan inceleme sonuçları, kişisel veri niteliğinde olup, başka bir amaçla kullanılamaz; dosya içeriğini öğrenme yetkisine sahip bulunan kişiler tarafından bir başkasına verilemez." şeklinde yer almıştır. Kişilik haklarının korunması ve insan hakları ihlallerinin önlenmesi amacıyla bu husus yasal güvence altına alınmıştır. Nitekim 1997 tarihli UNESCO İnsan Genomu Ve İnsan Hakları Evrensel Bildirgesinde, gizliliğe ilişkin sınırlamaların ancak yasa ile ve insan hakları hukukunun sınırları içerisinde getirilebileceği kabul edilmiştir.<sup>36</sup>

25832 sayılı Yönetmeliğe göre, moleküler genetik inceleme sonucu elde edilen bulguların bilirkişi tarafından ilgili adli birime gönderilmesi, bulgular üzerinden analiz için izole edilen DNA örneklerinin ise bilirkişinin raporunu hazırlamasından sonra imha edilmesi ve raporda bu durumun açıkça belirtilmesi gerekir(14/3. md.). Ancak Adli Tıp Kurumu'nun Uygulama Yönetmeliğine göre DNA izolatlarının en az bir yıl muhafaza edileceği belirtilmiştir.<sup>37</sup>

Moleküler genetik inceleme sonuçlarına ait bilgiler; bu bilgilerin elde edilmesine esas olay ile ilgili soruşturmanın kovuşturmaya yer olmadığına dair karar ile sonuçlandırılması ve bu karara karşı itiraz süresinin dolması veya karara itiraz edilmesine rağmen itirazın reddi halinde, kovuşturma aşamasında ise beraat veya ceza verilmesine yer olmadığına dair karar verilmesi ve bu kararın kesinleşmesi halinde Cumhuriyet savcısı huzurunda yok edilerek buna ilişkin tutanağın dosyada muhafaza edilmesi gerekir.<sup>38</sup>

<sup>36</sup> UNESCO İGİHEB Madde 9- İnsan haklarını ve temel özgürlüklerini koruyabilmek için, onay verme ve gizliliğin korunmasına dair ilkelere ancak yasa ile, zorlayıcı nedenlerden ötürü ve uluslar arası hukuk ve uluslar arası insan hakları hukukunun sınırları içinde sınırlamalar getirilebilir.

<sup>37</sup> Madde 13/son- Biyoloji ihtisas dairesine tevdi edilen ve zamanla bozulması mümkün olan her türlü biyolojik materyal ve biyolojik materyal taşıyan örnekler uygun koşullarda ve gerekli güvenlik önlemleri alınarak muhafaza edilir. Bu gibi maddelerin üzerlerine geliş tarihi, kayıt numarası ve gönderen adlı mercinin kayıt numarası yazılır. Bu maddeler gönderen makama iade edilmediği takdirde raporları yazıldıktan altı ay sonra bir tutanakla imha edilir. İmha usulü genel hükümlere tabiidir. Vaginal ve anal frottiler ile DNA izolatları en az bir yıl muhafaza edilir.

<sup>38</sup> CMK 80/2 - Bu bilgiler, kovuşturmaya yer olmadığı kararına itiraz süresinin dolması, itirazın reddi, beraat veya ceza verilmesine yer olmadığı kararı verilip kesinleşmesi hâllerinde Cumhuriyet savcısının huzurunda derhâl yok edilir ve bu husus dosyasında muhafaza edilmek üzere tutanağa geçirilir.

Görüldüğü üzere imha edilme işlemi gerek soruşturma aşamasında gerekse kovuşturma aşamasında Cumhuriyet savcısı huzurunda yapılmalıdır. Nitekim 25832 sayılı Yönetmelik'te kovuşturma sonunda verilen beraat ve mahkumiyet kararlarından sonra imha edilme işlemlerinin yerine getirilmesi için mahkemenin ilgili evrak ve materyalleri Cumhuriyet başsavcılığına göndereceği, imha ve diğer işlemlerin yürütülmesi için Cumhuriyet başsavcılıklarınca yeterli sayıda Cumhuriyet savcısı görevlendirileceği düzenlenmiştir (Yönetmelik 22.m).

Suçta konu, üzerinde inceleme yapılan vücut örnekleri ile biyolojik bulguların(kan, kıl, tırnak, doku, svap vb.) soruşturma veya kovuşturma sonucunda imha edilmesinde bir tereddüt bulunmamaktadır.<sup>39</sup> Ancak moleküler inceleme sonuçlarına ait bilgilerin imhası ile ilgili olarak CMK'nundaki "beraat veya ceza verilmesine yer olmadığı" şeklindeki ibare gözönüne alındığında, mahkemece sanık hakkında beraat veya ceza verilmesine yer olmadığına dair karar dışında başka bir karar verilmiş ve verilen karar moleküler genetik inceleme sonucu elde edilen delillere dayanılarak verilmiş ise bu durumda bilgilerin denetime imkan verecek şekilde dosyada delil olarak muhafaza edilmesi gerekir.<sup>40</sup> Aksi halde sonradan çıkması muhtemel başka deliller veya yeni durumlar nedeniyle dosyanın yargılamanın yenilenmesi talebi ile yeniden ele alınması durumunda bilgiler görünmeyecektir.

## L- Cezai ve Hukuki Sorumluluk

Soruşturma veya kovuşturma kapsamında moleküler genetik inceleme yapılmasını gerektiren durumlarda, bu işlem için vücuttan örnek alınması, olay yerinden biyolojik bulgu elde edilmesi, örneklerin muhafazası, bilirkişiye gönderilmesi, incelenmesi, sonuçların ilgili adli birime gönderilmesi, sonuçların gizliliği ve imhası gibi hususlara uyulmaması, gereken dikkat ve özenin gösterilmemesi durumunda ilgililerin cezai ve hukuki sorumlulukları doğmaktadır.

<sup>39</sup> ...hükümde yer alan "Adli emanetin 2014/2550 sırasında kayıtlı bulunan DNA testine esas olmak üzere temin edilmiş vücut sıvılarının TCK'nın 54/1. maddesi gereğince müsaderesine" ibaresinin çıkartılarak, yerine "Adli emanetin 2014/2550 sırasında kayıtlı bulunan DNA testine esas olmak üzere temin edilmiş vücut sıvılarının karar kesinleştiğinde imhasına" ibaresinin eklenmesi suretiyle, (Y.14.C.D., 03.11.2015, E 2015/6387, K 2015/10107)

<sup>40</sup> Veli Özer Özbek, Mehmet Nihat Kambur, Koray Doğan, Pınar Bacaksız, İlker Tepe, a.g.e., s.303; Haluk Çolak, Mustafa Taşkın, a.g.e., s.350

Moleküler genetik inceleme sonuçlarının gizliliğine uyulmaması, sonuçlara ilişkin bilgilerin hukuka aykırı olarak herhangi bir yere veya sisteme kaydedilmesi durumunda TCK'nun 135. maddesindeki "Kişisel Verilerin Kaydedilmesi", sonuçlara ilişkin verileri başkasına veren veya yayan kişiler için TCK'nun 136. maddesindeki "Verileri Hukuka Aykırı Olarak Verme Veya Ele Geçirme", verilerin yasal sürelerin dolmasına rağmen imha edilmemesi durumunda, TCK'nun 138. maddesindeki "Verileri Yok Etmeme", vücuttan alınan örnek ve olay yerinden elde edilen biyolojik bulguların üzerinde inceleme yapılması imkansız hale gelecek şekilde bozulmasına veya kaybolmasına neden olunması durumunda ise TCK 257. maddesindeki "Görevi Kötüye Kullanma" suçları sözkonusu olmaktadır.

Moleküler genetik inceleme tedbirlerine hukuka aykırı bir şekilde başvurulması halinde ilgililerin cezai sorumluluğu ile birlikte hukuki sorumluluğu da doğmaktadır. Ancak bundan dolayı hakları ihlal edilenler CMK 141. maddesindeki tazminata ilişkin hükümlere göre değil, genel hükümlere göre tazminat talep edebilecektir.<sup>41</sup> Zira CMK 141. maddesi tazminat talep edilebilecek koruma tedbiri uygulamalarını açıkça belirtmiş olup moleküler genetik incelemeler bunlar arasında sayılmamıştır.<sup>42</sup>

<sup>41</sup> Veli Özer Özbek, Mehmet Nihat Kanbur, Pınar Bacaksız, Koray Doğan, a.g.e., s.303; Bahri Öztürk, Durmuş Tezcan, Mustafa Ruhan Erdem, Özge Sırma, Yasemin F. Saygılar Kırıt, Özdem Özaydın, Esra Alan Akcan, Efser Erden, a.g.e., s.560

<sup>42</sup> CMK madde 141/1 -Suç soruşturması veya kovuşturması sırasında; a) Kanunlarda belirtilen koşullar dışında yakalanan, tutuklanan veya tutukluluğunun devamına karar verilen, b) Kanunî gözaltı süresi içinde hâkim önüne çıkarılmayan, c) Kanunî hakları hatırlatılmadan veya hatırlatılan haklarından yararlandırılma isteği yerine getirilmeden tutuklanan, d) Kanuna uygun olarak tutuklandığı hâlde makul sürede yargılama mercii huzuruna çıkarılmayan ve bu süre içinde hakkında hüküm verilmeyen, e) Kanuna uygun olarak yakalandıktan veya tutuklandıktan sonra haklarında kovuşturmayaya yer olmadığına veya beraatlerine karar verilen, f) Mahkûm olup da gözaltı ve tutuklulukta geçirdiği süreleri, hükümlülük sürelerinden fazla olan veya işlediği suç için kanunda öngörülen cezanın sadece para cezası olması nedeniyle zorunlu olarak bu cezayla cezalandırılan, g) Yakalama veya tutuklama nedenleri ve haklarındaki suçlamalar kendilerine, yazıyla veya bunun hemen olanaklı bulunmadığı hâllerde sözle açıklanmayan, h) Yakalanmaları veya tutuklanmaları yakınlarına bildirilmeyen, i) Hakkındaki arama kararı ölçüsüz bir şekilde gerçekleştirilen, j) Eşyasına veya diğer malvarlığı değerlerine, koşulları oluşmadığı halde elkonulan veya korunması için gerekli tedbirler alınmayan ya da eşyası veya diğer malvarlığı değerleri amaç dışı kullanılan veya zamanında geri verilmeyen, k) Yakalama veya tutuklama işlemine karşı Kanunda öngörülen başvuru imkânlarından yararlandırılmayan, Kişiler, maddî ve manevî her türlü zararlarını, Devletten isteyebilirler.

## Sonuç

Moleküler genetik inceleme uygulaması, ceza yargılamasında esas itibarıyla 5237 sayılı CMK'nun yürürlüğe girmesinden sonra sıkça başvurulan bir yöntem olarak yer almaya başlamıştır. Moleküler genetik inceleme, şüpheli, sanık, mağdur veya diğer kişilerin vücudundan alınan örnekler ile olaya ilişkin elde edilen biyolojik bulgu ve deliller üzerinde mukayese amaçlı inceleme yapılması işlemidir. İnceleme sonucu elde edilen bilgilere göre tarafların olay ve bulgularla olan bağlantıları ortaya konularak adli olay aydınlatılmaya çalışılır.

Vücuttan örnek alınması işlemi vücut bütünlüğüne yönelik bir müdahale niteliğinde, alınan örnekler üzerinde yapılan moleküler genetik inceleme ise kişilerin genetik şifrelerini ortaya çıkaran işlem niteliğindedir. Her iki işlem de kişilerin temel haklarına ve özel hayatın gizliliğine yönelik müdahale gerektirir. Anayasa ve Uluslararası Sözleşmeler ile güvence altına alınan birey haklarının korunması ve hak ihlallerine neden olunmaması için vücuttan örnek alma ve moleküler genetik inceleme konusundaki usul ve esaslara uyulması gerekmektedir. Bu konuda ilgili kurumlar tarafından uzmanların da yer aldığı hizmetçi eğitim programları ve seminerler yoluyla süreçte yer alan kişiler eğitilmeli ve uygulamada görülen yanlışlıklar önlemeye çalışılmalıdır. Mevzuata aykırı hareket edilmesi, adli olayı aydınlatacak olan delilin hukuki delil niteliğini kaybetmesine neden olabileceği gibi hak ihlallerine ve uygulayıcıların sorumluluğuna da neden olacaktır.

## Kaynakça

- Akbulut Ural, DNA Nedir, Nasıl Keşfedildi, <http://www.uralakbulut.com.tr/wp-content/uploads/2009/11/DNA-NED%C4%B0R.doc> NASIL-KA%C5%9EFED%C4%B0LD%C4%B0-%C5%9EUBAT15-2010.pdf (Erişim 19.12.2015)
- Aksoy İpekçioğlu Pervin, "Ceza Muhakemesi Hukukunda Beden Muayenesi Ve Vücuttan Örnek Alma", *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, Cilt 70, Sayı 1, Legal Yayıncılık 2012,
- Aksoy İpekçioğlu Pervin, Vücuttan Örnek Alma İşleminin Hukukî Niteliği Ve Anayasaya Uygunluğu, <http://dosya.marmara.edu.tr/huk/fak%C3%BClitedergisi/nurcentel/pervinaksoyipekcioglu.pdf> (Erişim 09.12.2015)
- Arısoy Yücel, Eresen Çiğdem, Özbek Veli Özer, Yeni Yasal Düzenlemeler ve Moleküler Genetik İncelemeler, Türkiye Klinikleri,

- <http://www.turkiyeklinikleri.com/article/tr-yeni-yasal-duzenlemeler-ve-molekuler-genetik-incelemeler-50360.html> (Erişim 09.12.2015)
- Centel Nur, Zafer Hamide, Ceza Muhakemesi Hukuku, Yenilenmiş Gözden Geçirilmiş 9. Baskı, Beta, İstanbul 2012
- Çolak Haluk, Taşkın Mustafa, Ceza Muhakemesi Hukuku Şerhi, 2. Baskı, Seçkin, Ankara 2007
- Dener Yücel, Korkusuz İrfan, Ceza Muhakemesi Hukuku Yönünden Beden Muayenesi, Örnek Alma ve Laboratuvar Tanı Yöntemleri, <http://www.google.com.tr/url?url=http://www.ankara2khhb.gov.tr/userfiles/files/CMK%2520Yonunden%2520Beden%2520Muayenesi%2520ve%2520%25C3%2596rnek%2520Alma%2520Lab520Yontemleri.doc&rct=j&frm=1&q=&esrc=s&sa=U&ved=0ahUKewiQz774rM7JAhXihHIKHTtAP0QFghIMAk&usg=AFQjCNFtNESw8ojTDIeJA9noLkdIDPRSw> (Erişim 14.12.2015)
- Elmas İmdat, Ersoy Gökhan, Adli Olgulardan Biyolojik Örnek Alınması Ve Moleküler Genetik İncelemelerde Yasal Boyut, Klinik Gelişim, [http://www.klinikgelisim.org.tr/eskisayi/klinik\\_2009\\_22/17.pdf](http://www.klinikgelisim.org.tr/eskisayi/klinik_2009_22/17.pdf) (Erişim 09.12.2015)
- Güngör Devrim, Bakşi Okan, Ceza Muhakemesinde Beden Muayenesi, Bedenden Örnek Alınması Ve Genetik İncelemeler, [http://www.turkhukuksitesi.com/makale\\_1115.htm](http://www.turkhukuksitesi.com/makale_1115.htm) (Erişim 11.12.2015)
- Hakeri Hakan, Ünver Yener, Ceza Muhakemesi Hukuku, 1. Cilt, 7. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2013
- İnci Zekiye Özen, 5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nda Beden Muayenesi Ve Vücuttan Örnek Alınması, [http://www.turkhukuksitesi.com/makale\\_621.htm](http://www.turkhukuksitesi.com/makale_621.htm) (17.12.2015)
- Kızıllar Hakan, "Ceza Muhakemesi, Adli Tıp, Adli Bilimlerde Vücudun Muayenesi & Örnek Alma", Ankara, 2007
- Kunter Nurullah, Yenisey Feridun, Nuhoglu Ayşe, Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, İkinci Kitap, 18. Bası, Beta, İstanbul 2010
- Mahmutoglu Fatih Selami, Beden Muayenesi Ve Vücuttan Örnek Alınması, <http://fsmahmutoglu.av.tr/pdf/76b00da1de336791f454b4977f6319d9cdf4656d7818071225.pdf> (Erişim 09.12.2015)
- Özbek Veli Özer, Kanbur Mehmet Nihat, Doğan Koray, Bacaksız Pınar, Tepe İlker, Ceza Muhakemesi Hukuku, 5. Baskı, Seçkin, Ankara 2013
- Özbek Veli Özer, Kanbur Mehmet Nuri, Bacaksız Pınar, Doğan Koray, Ceza Muhakemesi Hukuku, 2. Baskı, Seçkin, Ankara 2008
- Öztürk Bahri, Tezcan Durmuş, Erdem Mustafa Ruhan, Sırma Özge, Kırıt Yasemin F. Saygılar, Özaydın Özdem, Akcan Esra Alan, Erden Efser, Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, 6. Baskı, Seçkin, Ankara 2013
- Soyaslan Doğan, Ceza Muhakemesi Hukuku, Güncelleştirilmiş 2. Baskı, Yetkin, Ankara 2006
- Şahin Cumhur, Göktürk Neslihan, Ceza Muhakemesi Hukuku II, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2012

Toroslu Nevzat, Feyzioğlu Metin, Ceza Muhakemesi Hukuku, Savaş Yayınları, Ankara 2006

Tuğ Aşım, Doğan Alkoç Yeşim, Elma Cüneyt, Avukatların Adli Dna Analizleri Konusunda Bilgi Düzeyleri, *TBB Dergisi*, Sayı 70, 2007

<http://tbbdergisi.barobirlik.org.tr/m2007-70-314>, (Erişim 09.12.2015)

Yaşar Osman, Uygulamalı ve Yorumlu 5271 Sayılı Yeni Ceza Muhakemesi Kanunu, Ankara 2005

Türk Dil Kurumu, [http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com\\_gts&arama=gts&guid=TDK.GTS.56dc402847cff9.55922698](http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_gts&arama=gts&guid=TDK.GTS.56dc402847cff9.55922698)

Türk Hematoloji Derneği, Genetik Terimler Sözlüğü, Sürüm 1 Eylül 2013

<http://www.thd.org.tr/thdData/Books/723/genetik-terimler-sozlugu.pdf> (Erişim 19.12.2015)

UYAP Mevzuat Programı 2013

# BİLİNÇLİ TAKSİR ÜZERİNE BİR DEĞERLENDİRME

## A BRIEF STUDY ON CONSCIOUS NEGLIGENCE

Haluk TOROSLU\*

**Özet:** Kusurlu sorumluluk modern ceza hukukunun vazgeçilmez bir ilkesidir. Söz konusu ilke uyarınca bir kimsenin işlediği hukuka aykırı bir fiil dolayısıyla cezalandırılması için, fiil ile fail arasında psikik bir bağın varlığı da zorunludur. Bu ilişkinin tipik ortaya çıkış biçimi, fiilin bilerek ve istenerek gerçekleştirilmesini ifade eden kast iken, ceza kanunları, dikkatsiz ve özensiz davranmak suretiyle ve istemeden sebep oldukları neticeler sebebiyle de bireyleri cezalandırmakta ve bu şekilde taksirli sorumluluk ortaya çıkmaktadır. Toplumdaki tehlikeli faaliyetlerin artmasıyla birlikte, taksirli suçlara da daha sık rastlanmaktadır. Taksirli fiillerin yoğun biçimde işlenmesi, ceza hukukçularını failin psikik durumunu nazara almak suretiyle farklı taksir türleri ortaya koymaya ve bunları diğer kusur türlerinden ayırmak için ölçütler geliştirmeye itmiştir. Bu doğrultuda ortaya çıkan önemli ayrımlardan biri bilinçli-basit taksir ayrımıdır. Bu çalışmanın esas amacı bilinçli taksirin ne olduğunu ana hatlarıyla ortaya koyarak başkaca kusur türlerinden ayırmak ve bilinçli taksir konusunda bir karinenin varlığını kabulü sonucunu doğurabilecek uygulamalara dikkat çekmektir.

**Anahtar Sözcükler:** Taksir, Kast, Bilinçli Taksir, Olası Kast, Taksir Karinesi

**Abstract:** Fault-based liability is a fundamental principle in modern criminal law, which requires a psychic relation between the unlawful act and the person committing the act, for the act to be punishable. Whereas the typical type of this relation is mens rea; commitment of the act intentionally and willingly, criminal laws also punish individuals for negligently committed acts that result in unsolicited consequences, hence leading to liability for negligence. As dangerous activities in society are on the rise, negligence based crimes became more common. This led criminal lawyers to develop both different types of negligence, based on the psychic status of the individual committing the crime, and a set of criteria to differ these from other types of fault. The distinction between conscious and simple negligence is one of the key concepts developed to that end. The main aim of this paper is to present the main characteristics of conscious negligence and distinguish it from other types of fault, while focusing on some particular implementations that might result in the acceptance of a presumption of conscious negligence

**Keywords:** Negligence, Mens Rea, Conscious Negligence, Probable Intent, Presumption of Negligence

\* Dr., Bilkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Anabilim Dalı Öğretim Görevlisi



## 1. Genel Olarak

Modern ceza hukuku açısından suçun varlığı, bir kimsenin ceza kanunlarında düzenlenmiş olan tipik fiili gerçekleştirmesine ve bu gerçekleşen fiilin psişik açıdan failine bağlanabilmesine bağlıdır. Ceza hukukçuları bu ilişkiyi farklı şekillerde adlandırsalar da, genel kabul doğrultusunda bu bağ suçun manevi unsurunu, yani kusurluluğu ifade eder. Failin işlediği fiil dolayısıyla cezalandırılabilmesi için kusurlu olması gerekir.<sup>1</sup>

Hukuki açıdan organize olmuş her toplum, bireylerden belirli biçimde davranmalarını bekler ve bu beklentinin dışına çıkılmaması için de bir takım kamusal ya da bireysel menfaatleri korumak amacıyla ceza tehdidinde başvurur; bu şekilde söz konusu menfaatler daha etkin bir şekilde korunur. Korunan menfaatin önemine göre, hukuk düzeni ya sadece bilerek ve istenerek verilen zararları ya da aynı zamanda doğrudan bir zarar veya tehlike yaratmaya yönelik olmasa bile, bunları yaratma potansiyeline sahip davranışları da cezalandırır<sup>2</sup>. Birinci halde kasıtlı, ikinci halde ise taksirli sorumluluk söz konusu olur.

Davranış ile netice arasındaki nedensellik bağıyla yetinen objektif sorumluluk anlayışından kusurlu sorumluluğa geçişte öncelikli olarak hukuki düşünceye hâkim olan kast, kusurlu sorumluluğun genel ve asli biçimini oluştururken, kusurluluğun diğer bir türü olan taksir daha geç ortaya çıkmış olan, istisnai ve görece daha hafif bir sorumluluk biçimidir<sup>3</sup>. Taksirli suçta fail, kanunda suç olarak öngörülen soyut

<sup>1</sup> Nevzat Toroslu-Haluk Toroslu, Ceza Hukuku Genel Kısım, 22. Baskı, Savaş Yayınevi, Ankara 2016, s. 198 vd; Zeki Hafızoğulları-Muharrem Özen, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 6. Baskı, Us-a Yayıncılık, Ankara 2012, s. 264 vd.; Nur Centel-Hamide Zafer-Özlem Çakmut, Türk Ceza Hukukuna Giriş, 8. Baskı, Beta Yayınevi, İstanbul 2014, s. 337; Hamide Zafer, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 4. Baskı, Beta Yayınevi, İstanbul 2015, s.220 vd; Timur Demirbaş, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 10. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara 2014, s. 334.

<sup>2</sup> Enrico Altavilla, "Colpa Penale", Novissimo Digesto Italiano, s. 545.

<sup>3</sup> Ferrando Mantovani, "Colpa", Umanita e Razionalita del Diritto Penale, Cedam, Padova 2008, ss. 359-378; Alberto Cadoppi-Paolo Veneziani, Elementi di Diritto Penale, Parte Generale, Cedam, Padova 2002, s.291; Kast ve taksiri, tipikliğin sübjektif unsuru olarak kabul eden görüş için bkz. Hakan Hakeri, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 18. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2015, s. 216 vd; Taksirin çifte fonksiyonu düşüncesine göre taksir bir yönüyle, herkesten beklenen objektif özen yükümlülüğü anlamında objektif tipikliğe dahil olan objektif bir unsur; diğer yönüyle ise kişisel olarak failden beklenen özen anlamında kusurluluğa dahil olan



fiili, kendi iradesine bağlanabilen bir davranış ile gerçekleştirmekte, ancak neticeyi doğrudan veya dolaylı olarak istememektedir. Bununla birlikte fiilin, tedbirsizlik, özensizlik, dikkatsizlik veya acemilikten kaynaklanması ya da insan davranışlarından doğabilecek zararlı sonuçları önlemeye yönelik yazılı hukuki düzenlemelere aykırı nitelikte olması gerekmektedir.<sup>4</sup>

Türk Ceza Kanunu'nun 21. maddesi uyarınca suçun oluşması, kastın varlığına, yani fiilin fail tarafından bilerek ve istenerek gerçekleştirilmiş olmasına bağlıdır. Kural olarak failin kasten hareket etmediği hallerde suçun varlığından ve dolayısıyla ceza sorumluluğundan söz etmek mümkün değildir. Bununla birlikte, Kanun'un 22. maddesinde, taksirle işlenen fiillerin de kanunun açıkça belirttiği hallerde cezalandırılacağı düzenlenmiştir. Bu hüküm uyarınca kanun açıkça belirttiği takdirde tipik fiili taksirli biçimde işleyen kimseler de cezalandırılacaktır. Maddenin ikinci fıkrasında taksir, "dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırılık dolayısıyla, bir davranışın suçun kanuni tanımında belirtilen neticesi öngörülmeyle gerçekleştirilmesi" olarak tanımlanmıştır.<sup>5</sup>

Taksirli sorumluluğa ilişkin öncelikli sorun, taksirli fiilleri cezalandırmanın meşruiyetine ilişkindir. Kusurluluğu salt psikolojik bakış açısıyla izah edenler, failin neticeyi istememesi ve hatta öngörmemesi sebebiyle kusurluluğun taksirli şekline karşı çıkmış ve neticenin tamamen objektif değerlendirmeler doğrultusunda faile isnat edilmesi sebebiyle aslında bir objektif sorumluluk hali yaratıldığını dile getirmişlerdir. Bu eleştirilerin ardından taksirli sorumluluk, kusurluluğun normatif anlayışıyla meşruiyet kazanmıştır; zira söz konusu anlayışa göre kusur, süjenin ortaya koyması gerekenden farklı bir iradeyi dav-

---

sübjektif bir unsurdur. Bkz. Veli Özer Özbek-Nihat Kanbur-Pınar Bacaksız-Koray Doğan-İlker Tepe, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Seçkin Yayınevi, Ankara 2010, s. 455; Bahri Öztürk-Mustafa Ruhan Erdem, Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku, 11. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara 2011. Kast ve taksiri birer haksızlık şekli olarak kabul eden görüş için bkz. İzzet Özgenç, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 8. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara 2012, s. 227 vd.

<sup>4</sup> Francesco Antolisei, Manuale di Diritto Penale, Parte Generale, Giuffrè, Milano 2003, s. 367, 368.

<sup>5</sup> Kanundaki taksir tanımının eksik olduğu, failin dikkat ve özen yükümlülüğünün çerçevesinin tanımda yer alması gerektiği yönündeki eleştiri için bkz. Centel-Zafer-Çakmut, s. 359.

ranışıyla dış dünyaya yansıtmasını ifade eder ve bu doğrultuda taksir, daha hafif de olsa sübjektif sorumluluğun alanına dahildir.<sup>6</sup>

Normatif anlayışa göre istenmemesi gereken fiil istenerek işlendiğinde kasıtlı; gerçekleştirilmemesi gereken bir fiil istenmeden gerçekleştirildiğinde ise taksirli sorumluluk söz konusu olacaktır. Her iki durumda da fail hukuk düzeninin kendisinden beklediğinden farklı bir biçimde davranmakta ve bu nedenle kınanmaktadır.<sup>7</sup>

Ceza kanunları geleneksel olarak taksirli suçları kasıtlı olanlardan daha hafif ihlaller olarak kabul etmekte ve bu fiiller karşılığında daha düşük cezalar öngörmektedir. Bununla birlikte, modern toplumlarda taksirli suçluluğun objektif ve sübjektif açıdan arz ettiği tehlikenin göz ardı edilmesi sebebiyle bu şekilde bir ceza politikasının ortaya çıktığı, gerçekte taksirli suçluların da toplum açısından en az kasıtlı suçlular kadar tehlikeli olabileceği ileri sürülerek söz konusu bakış açısı eleştirilmiştir.<sup>8</sup>

Bir kimsenin taksirli olduğunun kabul edilebilmesi için öncelikle fiilin istenmeden gerçekleştirilmiş ve failin zararlı sonuçları önlemeye yönelik bir davranış kuralını ihlal etmiş olması şarttır. Aynı zamanda failin bu ihlalden dolayı kınanabilir olması, yani sebep olduğu zararlı neticenin fail açısından öngörülebilir ve önlenebilir olması gerekmektedir. Neticenin öngörülebilir nitelikte olup olmadığı tespit edilirken zorunlu olarak *a posteriori* bir yargıda bulunulacak, fakat daima daha önceki bir anın, yani kişinin suç teşkil eden davranışı gerçekleştirdiği esnadaki durumunun nazara alınması gerekecek; bu doğrultuda fiilin nedensel gelişim süreci, geçmişe doğru yeniden oluşturulacaktır.<sup>9</sup>

<sup>6</sup> Mantovani, s. 359, 360; Toroslu-Toroslu, s. 222; Hafızoğulları-Özen, s. 268; Centel-Zafer-Çakmut, s. 341; Zafer, s.226.

<sup>7</sup> Mantovani, s. 360; Taksirli sorumluluğun temelini, toplum kurallarına dikkat edilmemesi, failin bu kuralları umursamaması, neticeyi engelleyecek bir davranış içinde olmamasına dayandıran düşünce için bkz. Hakeri, s. 252; Özbek ve diğerleri, ;Demirbaş, s. 358.

<sup>8</sup> Bkz. Mantovani, s. 360.

<sup>9</sup> Toroslu-Toroslu, s. 221 vd; Hafızoğulları-Özen, s. 290 vd.; Altavilla, s. 546; Taksirin unsurları için bkz. Kayıhan İçel, Ceza Hukukunda Taksirden Doğan Sübjektif Sorumluluk, İÜHF Yayınları, İstanbul, 1967, s. 135 vd.; Cadoppi-Veneziani, s. 292 vd.; Centel-Zafer-Çakmut, s. 362 vd; Demirbaş, s. 380 vd.; Zafer, s.256; Hakeri, s. 254; Özbek ve diğerleri, s. 455 vd; Öztürk-Erdem, s. 259 vd.

Toplumdaki her birey, başkaları yönünden zararlı veya tehlikeli olabilecek belirli bir faaliyeti gerçekleştirdiği esnada, bunları bir takım tedbir kurallarına uygun şekilde yapmak yükümlülüğü altındadır. Bu kuralların amacı, korunmaya değer olan menfaatlerin zarar görmesine engel olmak veya bu konudaki riski kabul edilebilir ya da birtakım sosyal sebepler dolayısıyla izin verilen sınırlar içerisinde tutmaktır. Bazı hallerde ise birey davranıştan tamamen kaçınmak zorundadır; zira bu tip durumlarda süjenin kurala uygun bir davranışı gerçekleştirmesi mümkün değildir. Bu anlamda, örneğin, kişinin belirli teknik yeterliliğe sahip bulunmadığı ya da gerçekleştireceği davranışın aşırı derecede riskli olduğu hallerde bir yapmama yükümlülüğünden söz edilebilir.<sup>10</sup>

İhlali taksirli suça vücut veren kurallar, bazen belirli somut bir davranışın gerçekleştirilmesini emreder; söz konusu somut davranış gerçekleştirilmeyerek kuralın ihlal edilmesi, engellenmek istenen neticenin ortaya çıkması halinde suçun tamamlanması için yeterlidir. Bazı durumlarda ise bu kurallar, daha genel niteliktedir ve birbiriyle ahenk içindeki faaliyetlerin gelişmesi şeklinde ortaya çıkan ortak yaşamın getirdiği zorunluluklardan doğarlar. Söz konusu kuralların birlikte yaşama dair genel ya da belirli ailevi veya toplumsal bir duruma ilişkin özel bir yükümlülüğünden kaynaklanması mümkündür. Örneğin her insan, sigara izmaritini yanıcı bir maddenin yakınına atarken söndüğünden emin olmak mecburiyetindedir; oysa bir bebeği emzirmek konusundaki yükümlülük yalnızca anneye aittir. Dolayısıyla bu açıdan taksir, öngörülebilir ya da öngörülmemiş, ancak kesinlikle istenmemiş zararlı ya da tehlikeli bir sonuca sebep olan ve genel ya da özel nitelikteki bir kurala aykırı nitelikteki iradi davranış şeklinde tanımlanabilir.<sup>11</sup>

Bireyin uymakla yükümlü olduğu dikkat, özen veya tecrübe kuralları, aslında zaman içerisinde tekrar edilen öngörülebilirlik yargılarının kristalize olmuş halinden başka bir şey değildir. Dolayısıyla, zararlı sonuçları önlemeye yönelik davranış kuralları tecrübeden doğar. Pratik tecrübenin analizi iki yönlü bilgiyi oluşturur: bir yandan belirli

<sup>10</sup> Cadoppi-Veneziani, s. 292, 293; Zafer, s. 259.

<sup>11</sup> Altavilla, s. 545.

bir davranışın yol açmasının mümkün olduğu sonuçları bize gösterirken, öte yandan da bu sonuçları engellemek ya da hukuki menfaatin zarar görmesi ihtimalini kabul edilebilir sınırlar içinde tutmak için alınması zorunlu tedbirlerin neler olduğunu ortaya koyar. Bu anlamda öngörülebilirlik ve önlenebilirlik, taksirin kavramsal yapısının çekirdeğini teşkil eder.<sup>12</sup>

Taksirin temelini oluşturan öngörülebilirlik ve önlenebilirliğin öncelikle objektif açıdan ortaya konulması gerekir. Bu doğrultuda, gerçekleştirilen bir davranış, zararlı sonuçları engellemeye yönelik bir kuralı ihlal ettiğinde taksirli olarak nitelendirilecektir. Dolayısıyla, objektif davranış kuralının taksirli davranışın ne olduğunu tespit etmeye elverişli olması, taksirli bir suçun varlığından bahsedilebilmesi için de failin davranış kuralına aykırı tipik bir faaliyette bulunması gerekir. Bu şekilde objektif açıdan ortaya konulan öngörülebilirlik ve önlenebilirliğe ilişkin yargı, cezai emrin veya yasağın yapısını ve içeriğini de şekillendirmektedir.<sup>13</sup>

Bununla birlikte, bir fiilin taksirli olduğu gerekçesiyle kınama yargısının konusunu oluşturabilmesi için, objektif davranış kuralının ihlal edilmesi yeterli değildir. Aynı zamanda bu kurala uyulmasının failden beklenebilir olması da gerekir. Bu amaçla objektif nitelikteki bir davranış kuralı en ileri bilim ve tecrübe doğrultusunda belirlendikten sonra, somut durumda öngörülebilirliğin ve önlenebilirliğin varlığının tespiti açısından model ajan ölçütü ortaya konulmaktadır. Bu suretle, cezai kınama yargısının uygun biçimde bireyselleştirilmesi amaçlanmakta ve son tahlilde taksirin varlığı somut olayda davranışı gerçekleştiren süje nazara alınmak suretiyle tespit edilmektedir.<sup>14</sup>

<sup>12</sup> Cadoppi-Veneziani, s. 292, 293.

<sup>13</sup> Cadoppi-Veneziani, s. 295; Taksirin esasını ortaya koyan farklı görüşler için bkz. Antolisei, s.370 vd; Toroslu-Toroslu, s. 223 vd.; İçel, s. 54 vd.; Doğan Soyaslan, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 4. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2012, s. 440 vd; Mehmet Emin Artuk-Ahmet Gökçen-Caner Yenidünya, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 9. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2015, s. 333 vd.

<sup>14</sup> Davranış kuralının objektif olarak dikkatli bir biçimde tespit edilmesi gerekmektedir; zira bu kuralların vatandaşlardan beklentisi, taksirli biçimde gerçekleştirilen ihlalleri dahi cezalandırılmak suretiyle korunan hukuki menfaatlerin zarar görmesini engellemek için mümkün olan tüm özeni göstermek suretiyle hareket etmeleridir. Aynı zamanda bu objektif özen yükümlülüğü ihlal edildiğinde, doğal olarak dikkatin süjeye yöneltilmesi gerekecektir; bu şekilde davranışı gerçekleştiren kişinin gerçekten bu objektif standarda uyabilecek durumda olup olmadığı

Belirtmek gerekir ki, bu şekilde bireyselleştirme yapılırken, süjenin sahip olduğu tüm özelliklerin nazara alınması mümkün değildir; zira bu şekilde failin davranışı tamamen kendi bakış açısı doğrultusunda değerlendirilmiş olur ki, bunun kaçınılmaz sonucu hemen tüm taksirli davranışların mazur görülmesidir. Bu itibarla taksirin sübjektif ölçüsü ortaya konulurken dahi bir genelleme, soyutlama yapmak gerekmektedir.<sup>15</sup>

İşte bu amaçla kullanılan “model ajan” ölçütü, modern işbölümü, ihtisaslaşma ve bilgi standardı farklılıklarının yanı sıra, bütün insanların eğitim derecesi, yaş, fiziki eksiklik gibi ölçütlere göre sokulabilecekleri gruplar tarafından belirlenmektedir. Dolayısıyla, sonucun failin ait bulunduğu model süje tarafından öngörülebilir ve önlenebilir nitelikte olduğu kabul edildiğinde, fail kınanabilecek, yani taksirli hareket etmiş sayılacaktır. Buradan hareketle öngörülebilirliğin göreceli bir nitelik taşıdığı söylenebilir; zira belirli bir fail açısından taşıdığı özellikler itibarıyla öngörülebilir olan neticenin, aynı özelliklere sahip olmayan bir başka fail açısından öngörülemez olduğunun kabul edilmesi mümkündür.<sup>16</sup>

Neticenin fail açısından öngörülebilir olması, fiilen ortaya çıkan neticenin tüm ayrıntılarıyla failin zihninde canlanmış olması anlamına gelmez; failin yaptığı iradi hareketin neden olabileceği benzer neticeler de bu kapsamda değerlendirilmelidir. Örneğin, failin odasındaki masa üzerinde dolu bir tabanca bırakması halinde çocuğunun bu tabanca ile kendisini yaralayabileceğini öngörebilmesi şart olmayıp, herhangi bir kişinin o tabanca ile yaralanabileceğini öngörebilir durumda olması, diğer unsurlarının da bulunması koşuluyla taksirin varlığı için yeterlidir.<sup>17</sup>

Neticenin model süje tarafından öngörülebilir olmaması halinde taksirden söz edilemez. Nitekim failden öngöremeyeceği bir neticeye

---

belirlenecektir. Bkz. Cadoppi-Veneziani, s. 295.

<sup>15</sup> Cadoppi-Veneziani, s. 296.

<sup>16</sup> Cadoppi-Veneziani, s. 296; Toroslu-Toroslu, s. 225; Hafizoğulları-Özen, s. 295; Demirbaş, s. 383, 384; Centel-Zafer-Çakmut, s. 365; Hakeri, 218 vd; Benzer ölçütün bilinçli taksirin varlığını tespit açısından nazara alındığı kararlar için bkz. 9. CD T. 14.06.2007 E. 2007/325 K. 2007/5265; 12. CD, T. 27.12.2011, E. 2011/4936, K. 2011/9905.

<sup>17</sup> Demirbaş, s. 384.

engel olması beklenemez. Bu noktada kaza ve tesadüf hali söz konusudur.<sup>18</sup> Aynı şekilde, fail gerekli özeni göstermiş olsaydı dahi zararlı sonuç yine gerçekleşecek idiyse, taksirden söz edilmesi mümkün değildir. Zira böyle bir durumda da failin sonuca engel olabilme imkanı yoktur.<sup>19</sup>

## 2. Basit taksir-Bilinçli (öngörülü) taksir ayrımı

Doktrin ve uygulamada, taksirin ortaya çıkış biçimi nazara alınmak suretiyle çeşitli ayrımlar yapılmaktadır. Bu ayrımlardan biri, basit-bilinçli taksire ilişkin olmaktadır. Basit taksirde, fail neticeyi istememiş ve hatta öngörmemiş, yani zihninde dahi canlandırmamıştır. Bu, taksirin en sık rastlanan temel halini teşkil etmektedir. Örneğin av hayvanı zannederek çalılığın arkasında duran bir köylüye ateş edip vuran failin durumunda olduğu gibi. Kavramsal olarak basit taksirden daha sonra ortaya çıkan ve onun kadar sık rastlanmayan bilinçli taksirde ise, netice fail tarafından istenmemiş olmasına rağmen öngörülmüştür; yani fail, davranışı gerçekleştirdiği sırada, sebep olabileceği belirli bir zararlı neticeyi zihninde canlandırmıştır. Dolayısıyla fail, olası kasıttaki olduğu gibi bilinçli taksirde de neticenin meydana gelmesinin mümkün olduğunun bilincindedir. Ancak olası kasıttaki neticenin gerçekleşeceği kanaatinde veya yalnızca bundan şüphe duymakla birlikte bu riski göze almaktayken, bilinçli taksirde içinde bulunduğu koşullar doğrultusunda neticenin kesinlikle gerçekleşmeyeceği kanaatiyle hareket etmektedir.<sup>20</sup>

Türk Ceza Kanununun 22. maddesinin üçüncü fıkrasında bilinçli taksir, genel bir ağırlaştırıcı neden olarak düzenlenmiştir. Bu hük-

<sup>18</sup> Hakeri, s. 259.

<sup>19</sup> Antolisei, s. 376; Mağdurun önceden reçeteli olarak kullandığı ilacı ikinci kez aynı eczacıdan reçetesiz alması sonrasında ölmesi halinde, doktorun ikinci kez reçete yazmakta tereddüt etmeyeceğini belirttiği olaya ilişkin örnek için bkz. Hafizoğulları-Özen, s. 293; Cadoppi-Veneziani, s. 298.

<sup>20</sup> Mantovani, s. 365; Giovanni Fiandaca-Enzo Musco, *Diritto Penale, Parte Generale*, Zanichelli, Bologna 2007, s. 559, 560; Domenico Rende, "Dolo di danno, dolo di pericolo e colpa con previsione", *Studi in Onore di Mariano d'Amelio*, Roma 1933, s. 8; Cadoppi-Veneziani, s. 301; Hafizoğulları-Özen, s. 300; Centel-Zafer-Çakmut, s. 368; Zafer, s. 268; Özbek ve diğerleri, s. 461; Mustafa Özen, *Ceza Hukukunda Taksir*, Adalet Yayınevi, Ankara 2011, s.157; Bilinçli taksirin kusurluluğun üçüncü bir türü olduğu görüşü için bkz. İçel, s. 187; Mahmut Koca-İlhan Üzülmez, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 5. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara 2012, s. 210.

me göre, kişinin öngördüğü neticeyi istememesine karşın, neticenin meydana gelmesi halinde bilinçli taksir söz konusu olacak ve bu halde basit taksirle işlenen suça ilişkin ceza üçte birden yarısına kadar artırılarak hükmolunacaktır.<sup>21</sup> Kanunda yer alan bilinçli taksire ilişkin bu tanım eleştirilmekte ve basit taksirin tanımı ile arasında lafzi ve mantıki açıdan ayırt edici bir fark bulunmadığı ileri sürülmektedir.<sup>22</sup>

Bir kısım yazar, bilinçli taksirle ilgili olarak, neticenin öngörülmüş olmasına rağmen harekete devam edildiğinde neticenin istenmiş sayılacağını, böyle bir durumda da kasıtlı sorumluluğun söz konusu olacağını ileri sürmüştür. Bu düşünceye göre “öngörmek”, belirli bir şekilde hareket edildiği takdirde neticenin kolayca gerçekleşebilecek olduğu durumda, istemek anlamına gelmektedir; zira kişi o şekilde davranarak neticenin meydana gelmesine rıza göstermiştir. Başka türlü davranmak suretiyle öngörülmüş olan neticeyi önlemek istemek, kendi davranışının sonucunun gerçekleşmesi yönünde bir tercihi ifade etmektedir. Ancak bu görüşün öngörme ile istemeyi karıştırdığı söylenebilir. Nitekim kastın varlığı için öngörme yeterli olmayıp, iradenin neticeyi de kapsar durumda bulunması gerekmektedir. Bilinçli taksirde neticenin öngörülmüş olması bunun aynı zamanda istendiği anlamını taşımaz. Çünkü taksirin bu türünde, kasıttan farklı olarak neticeye yönelik bir irade söz konusu olmayıp, öngörme ile neticenin meydana gelmeyeceği kanaati bir arada bulunmaktadır.<sup>23</sup>

Bu şekilde davranışın psikolojik motivasyonunun neticenin öngö-

<sup>21</sup> Cezanın artırılmasının sebebi, hiç şüphesiz neticeyi öngörmüş olan failin kusurunun daha yoğun oluşudur. Yargıtay Ceza Genel Kurulu’na göre, neticeyi öngördüğü halde sırf şansına veya başka etkenlere, hatta kendi becerisine veya bilgisine güvenerek hareket eden kimsenin tehlikeli hali, bunu öngörmemiş olan kimsenin tehlike hali ile bir tutulamaz; neticeyi öngören kimse, ne olursa olsun bu neticeyi meydana getirecek bir harekette bulunmamakla yükümlüdür. Bkz. YCGK, T. 24.11.2009, E. 2009/9-185, K. 2009/273.

<sup>22</sup> Bilinçli taksir halinde cezanın artırılacağına ilişkin düzenleme Mülgâ Kanun’un 46/2. maddesinde de yer almaktaydı. Kanundaki tanımın eleştirisi için bkz. Hafızoğulları-Özen, s. 301; Bilinçli taksirin hareket dikkate alınmadan düzenlenmesinin objektif sorumluluğu dahi ortaya çıkarabileceği düşüncesi için bkz. Nevzat Toroslu-Yüksel Ersoy, “Kanunlaşmaması Gereken Bir Tasarı”, Türk Ceza Kanunu Reformu, İkinci Kitap, TBB Yayını, Ankara 2004, ss. 1-21; Ünver’e göre, bilinçli taksirin kanundaki tanımı yanlıştır ve olası kast ile aynı biçimde tanımlanması uygulamada karışıklığa yol açacak ve ispat sorunuyla karşılaşılacak hallerde kast yerine taksirli sorumluluğa gitme eğilimi ortaya çıkacaktır. Bkz. Yener Ünver, “YTCK’da Kusurluluk”, *Ceza Hukuku Dergisi*, y. 1, sy. 1, Ekim 2006, s. 53.

<sup>23</sup> Bkz. İçel, s. 186, 187; Rende, s. 9; Özen, s. 159.



rüsü ve ona engel olmak iradesinin birleşmesi biçiminde ortaya çıkmasına örnek olarak, sirkte gerçekleştirilen bıçak atma oyunu gösterilebilir. Böyle bir durumda bıçağı atan her zaman karşısındakinin vücut bütünlüğüne zarar verebileceğinin bilincindedir; böyle bir sonucu öngörmektedir, ancak kendi yeteneklerine güvenerek bu öngörünün gerçeğe dönüşeceğine ihtimal vermemektedir; dolayısıyla zararlı sonuç gerçekleşirse, fail tarafından öngörülmüş, ancak istenmemiş olacaktır. Gerçekten de fail, neticeye engel olmak niyetindedir; çünkü yaptığı bu oyunun esası, insanların çoğunluğu açısından önlenemez gibi görünen bu neticenin önlenmesinden ibarettir. Böyle bir durumda ortaya çıkan taksirin temelinde, failin neticeyi öngörmüş olmasına rağmen önemli bir riski tedbirsizlikle karşılaması yatmaktadır.<sup>24</sup>

Failin neticeyi davranışının muhakkak bir etkisi olarak öngördüğü hallerde bilinçli taksir söz konusu olmaz; zira böyle bir durumda davranışının muhakkak sonucunu bilerek hareket eden kişinin psikolojik durumu doğrudan kasta vücut verir. Buna karşın, neticeye ilişkin öngörü neticeye engel olma iradesiyle aynı anda bireyin psişisinde mevcut ise, söz konusu öngörü, neticenin gerçekleşeceğinden emin olduğu anlamına gelmez; buradaki öngörü, zararlı bir sonucun gerçekleşme ihtimalinin bilinçli bir öngörüsüdür. Bu itibarla, failin davranışının muhtemel zararlı sonucunu öngörmesine rağmen onu engellemek isteğiyle hareket ettiği her durumda, ortaya çıkan zararlı netice açısından bilinçli taksir söz konusu olacaktır.<sup>25</sup>

Bununla birlikte, bilinçli taksirin varlığı açısından, mağdurun kusurunun bir önemi bulunmamaktadır, zira önemli olan somut neticenin gerçekleşme imkânının failin zihninde canlanmış olup olmadığıdır. Fail neticeyi öngörmüş ama gerçekleşmeyeceği inancıyla hareket etmiş ise, mağdurun kusuru hakim tarafından yalnızca somut cezanın belirlenmesi aşamasında nazara alınacaktır.<sup>26</sup>

Bilinçli taksirle ilgili olarak dikkat edilmesi gereken önemli bir nokta, failin neticeyi öngörmüş olması ile neticenin öngörülebilir nitelikte olması hususlarının karıştırılmamasıdır. Öngörmek yüksek bir

<sup>24</sup> Fabrizio Ramacci, Corso di Diritto Penale, G. Giappichelli Editore, Torino 2007, s. 365.

<sup>25</sup> Ramacci, s. 365.

<sup>26</sup> Bkz. YCGK, T. 24.11.2009, E. 2009/9-185, K. 2009/273.



tehlikenin göstergesidir, zira somut bir duruma ilişkindir. Bu itibarla, zararlı neticenin öngörüldüğünün kabul edilmesi için, failin genel olarak tehlikeli bir davranışı gerçekleştirdiğinin farkında olması yeterli değildir; kendi davranışının belirli bir süje açısından yarattığı somut tehlikeyi zihninde canlandırmış olması gerekir. Örneğin yoldan geçip geçmeyeceği tam olarak belli olmayan birini görmesine rağmen yavaşlamayan ya da dar ve çok sayıda insanın bulunduğu bir sokakta aracını çok hızlı bir şekilde süren; davranış kurallarının kendisine yavaşlamasını emrettiğinin farkında olup, muhtemel zararlı sonuçları yetenekleri sayesinde engelleyebileceği inancıyla hareket eden sürücünün durumunda olduğu gibi.<sup>27</sup>

Bu doğrultuda Yargıtay Ceza Genel Kurulu bir kararında, yasal hız sınırının 50 km olduğu eğimli bir caddeden aşağıya doğru 95-100 km sürat ile seyredirken yolun kenarında oynayan çocuğun yola çıkabileceğini öngören, ancak şoförlük yeteneklerine, şansına ve çocuğun yola çıkmayabileceği olasılığına güvenmek suretiyle sonucun gerçekleşmeyeceği yönünde yanlış bir kanı ile hareket eden sürücünün bilinçli taksirle ölüme sebebiyet verdiği hükmetmiştir. Bilinçli taksiri, failin istemediği ancak öngördüğü sonucun meydana gelmesini engelleyecek objektif özen yükümlülüğüne uygun davranmamasına ve bu bağlamda şehir içindeki evlerin önünde oynayan ölenin yola çıkabileceğini öngörmesine rağmen, hızını azaltmamasına dayandıran söz konusu kararın isabetli olduğu söylenebilir. Zira sürücünün yol kenarında oynayan çocuğu görmesinden sonra, yola çıkma ihtimalini öngörmemiş olduğu kabul edilemez.<sup>28</sup>

<sup>27</sup> Altavilla, s. 547; Sauro Tassi, *Il dolo*, Cedam, Padova 1992, s. 7; Aniello Nappi, *Manuale di Diritto Penale, Parte Generale*, Giuffrè, Milano 2010, s. 431; Bilinçli taksirde fail, suçun konusu bakımından somut bir tehlikenin varlığının farkında olmasına rağmen, söz konusu tehlikeyi önemsememesi veya kendi yeteneğini abartması ya da şansına güvenmek suretiyle tipik fiilin gerçekleşmeyeceğine dair bir güvene sahiptir. Bkz. Koca-Üzülmez, s. 208; Öngörme ile öngörülebilirlik arasındaki fark için bkz. Özen, s. 162; Artuk-Gökçen-Yenidünya, s. 350; Bilinçli taksirde soyut tehlikenin var olduğu düşüncesi için bkz. Mario Romano, *Commentario Sistematico del Codice Penale*, vol. I, Giuffrè, Milano 1995, s. 413; Bilinçli taksirde öngörme failin suçunun somut durumuyla ilgili olmakla birlikte, genel niteliktedir. Yani fail zararlı neticenin gerçekleşmesi imkanını genel olarak öngörmesine rağmen somut durumda bunun meydana gelmeyeceği kanaatindedir. Bkz. İçel, s. 192.

<sup>28</sup> YCGK, T. 03.07.2012, E. 2011/9-499, K. 2012/271.

Belirtmek gerekir ki, somut olayda bilinçli taksirin varlığına hükmedilebilmesi için, neticenin fail tarafından öngörülmüş olduğunun ortaya konulması şarttır. Bu doğrultuda 9. Ceza Dairesi 2005 yılında, sanığın sonucu öngöremediği kabul edildiği halde bilinçli taksir olarak kabul edilebilecek nedenler gösterilip tartışılmadan, “sanığın taksirinin yoğunluğu ve meydana gelen neticenin ağırlığı” şeklindeki yetersiz gerekçe ile bilinçli taksirin kabul edilmesi suretiyle verilen kararın bozulmasına hükmetmiştir.<sup>29</sup>

Bununla birlikte, Yüksek Mahkeme'nin neticenin yalnızca öngörülebilir olarak nitelendirilmesine rağmen fiilin bilinçli taksirle işlendiğini kabul eden kararları olduğu gibi<sup>30</sup>, failin neticeyi öngörmek konusundaki bir yükümlülüğünden bahsetmek suretiyle bilinçli taksirin varlığına hükmettiği kararları da vardır.

Nitekim Ceza Genel Kurulu 2009 yılında, araca yüklenmiş olan dolgu malzemelerinden 40x30 cm. ebatlarında bir taşın önce karayoluna düşüp buradan sekerek yol kenarında yayalara ayrılan bölümde yürümekte olan mağdura çarparak ölümüne neden olması biçiminde gelişen olayda, sarsıntının etkisiyle kamyonadaki taşların düşebileceğinin ve başka araçlara ya da olayda olduğu gibi yol kenarında yürümekte olan insanlara çarparak, yaralanma ve ölümlere yol açabileceğinin kamyon sürücüsü sanık tarafından da öngörülmesi gereken bir husus olduğu, *buna rağmen sözü edilen hatalı taşıma yönteminin zaman ve emekten tasarruf sağlaması ve bu yöntemle ilgili geçmiş deneyimlerinin şanslı sonuç-*

<sup>29</sup> 9. CD T. 11.05.2005, E. 2005/2498, K. 2005/2005; Taksirle yaralama suçunda; sanığın sevk ve idaresindeki otomobille gündüz vakti, 7 m. genişliğinde, asfalt kaplama, çift yönlü yolda seyir halindeyken olay yeri hafif viraja girdiğinde virajı içten alması nedeniyle şerit tecavüzü yaparak karşı şeritten gelen mağduru sevk ve idaresindeki kamyonetle çarpışması sonucu meydana gelen olayda, gerçekleşen netice öngörülebilir ise de, fail tarafından öngörülmüş olduğuna ve buna rağmen failin şansına veya başka etkenlere güvenerek hareketini sürdürdüğüne ilişkin herhangi bir bilgi ve belirleme bulunmadığı nazara alınmaksızın, kusur durumuna ilişkin bilirkişi raporu dikkate alınarak sanığın eylemin bilinçli taksirle işlendiğinin kabulü hukuka aykırıdır... Bkz. 12. CD T. 10.1.2013, E. 2012/9451, K. 2013/625.

<sup>30</sup> Gece bekçisi olan sanığın gündüz 11 sularında işyeri önünde caddeye yakın yerde bulunan paletlerin üzerinde belirlediği hedefe havalı tüfekte ateş ederken bakkaldan eve dönmekte olan küçük mağduru yaralanmasına sebep olacak şekilde gelişen olayda sanığın eylemin neticesi öngörülebilecek durumda olması sebebiyle atılı suçun bilinçli taksirle işlendiğini... Bkz. 12. CD T. 12.09.2011, E. 2011/881, K. 2011/1226.

lanması gibi nedenlerle, sanığın bu riski göze aldığı anlaşıldığından bilinçli taksir halinin bulunduğu kabulü gerektiğine hükmetmiştir.<sup>31</sup> Böyle bir öngörme yükümlülüğü aslında bir öngörme karinesi anlamına gelir ki, bu da kusurlu sorumluluğun temel ilkeleriyle çelişecektir. Yapılması gereken, yukarıda da ifade edildiği üzere, somut olayda neticenin fail tarafından öngörülmüş olduğunun, yani failin somut olayda meydana gelen neticeyi zihninde canlandırmış olduğunun ortaya konulmasıdır. Ayrıca kararda belirtildiği şekilde riskin göze alındığının kabul edilmesi durumunda olayda bilinçli taksir değil, olası kastın varlığı söz konusu olacaktır.

Bilinçli taksirle ilgili olarak üzerinde durulması gereken bir başka husus da, basit tıbbi müdahale ile giderilebilecek yaralama niteliğindeki fiilin mağdurdaki kronik kalp rahatsızlığını tetiklemek suretiyle ölümüne yol açtığı durumlara ilişkin olandır. Yerleşik uygulamada, failin mağdurdaki kronik kalp hastalığından haberdar olması halinde bilinçli taksirin varlığına hükümlenmektedir.<sup>32</sup> Nitekim kavga sıra-

<sup>31</sup> YCGK, T. 6.10.2009, E. 2009/9-189, K. 2009/220; ... olay tarihinde aynı yaş grubunda ve arkadaş olan, sanık A. ve maktul ile maktulün yeğeni sanık İ.'in birlikte hayvan otlatmaya gittikleri, sanık A.'in güvenlik amacıyla yanında getirdiği av tüfeğine fişek koyarak önce diğer sanık İ.'in göğsüne dayadığı, sanık İ.'in tüfeği itmesi üzerine bu kez sanık A.'in tüfeği maktul H.'e doğrulttuğu, yaklaşık bir karış mesafeye kadar yaklaşarak "ikinizi de vururum" dediği ve akabinde ateş etmesi sonucu maktulün sağ meme 3 cm. altından isabet alarak hayatını kaybettiği, alınan ekspertiz raporunda, olayda kullanılan tek namlulu kırma av tüfeğinin atışa mani veya kendiliğinden ateş almasına neden olabilecek mekanik her hangi bir arızasının bulunmadığının belirtildiği olayda; sanığın ölüm neticesini istememesine rağmen, maktulün yanında av tüfeği ile oynaması esnasında silahın ateş olarak karşısındaki kişinin öleceğini öngörmesinin gerekliliği hususu dikkate alındığında eyleminin bilinçli taksirle insan ölümüne neden olma suçunu oluşturduğu gözetilmeden yazılı şekilde taksirle öldürme suçundan hüküm kurulması... Bkz. 1. CD T. 30.1.2008, E. 2007/8615, K. 2008/453.

<sup>32</sup> ... sanığın gayri resmi eşi olan maktuleye, kalp hastası olduğunu bilmesine rağmen olay günü 5237 sayılı TCK'nun 86/2. maddesi kapsamında basit tıbbi müdahale ile giderilebilecek surette etkili eylemde bulunduğu, maktulenin müessir fiilin etkisiyle kendinde mevcut kronik kalp damar hastalığının aktif hale gelmesi sonucu gelişen kalp yetmezliği nedeniyle öldüğü olayda; yaralama kastıyla hareket eden sanığın ölüm sonucunu istememekle birlikte kalp rahatsızlığı olan maktulenin ölebileceğini öngördüğünün ve böylece bilinçli taksirle hareket ettiğinin anlaşılması karşısında 5237 sayılı TCK'nun 22/3. maddesi delaletiyle 85. maddesi gereğince cezalandırılması yerine yazılı şekilde olayda uygulama yeri bulunmayan 87/4. madde ile uygulama yapılması... 1. CD T.22.05.2007, E. 2006/5796, K. 2007/3947; aynı yönde bkz. 1. CD 28.03.2007, E. 2007/693, K. 2007/2059; 1. CD T. 02.04.2008, E. 2007/9444, K. 2008/2549; 1. CD T. 19.11.2007, E. 2006/6519, K. 2007/8520) 1 CD T. 01.04.2008, E. 2007/1030, K. 2008/2511.

sında atılan yumruk sonucu aktif hale gelen kalp damar rahatsızlığının etkisiyle mağdurun hayatını kaybettiği bir olayda 1. Ceza Dairesi, maktulün kalp hastası olduğunun bilinmesi halinde bilinçli taksirle öldürmenin, bilinmemesi halinde ise basit taksirle öldürmenin söz konusu olacağına hükmetmiştir.<sup>33</sup> Belirtmek gerekir ki; failin kasten gerçekleştirdiği yaralama fiili neticesinde mağdurun ölmesi halinde neticesi sebebiyle ağırlaşan bir suç hipotezi söz konusudur. Ceza Kanunu'nun 23. maddesi gereğince failin ağırlaşan neticeden sorumlu tutulması, söz konusu netice açısından en azından taksirli olmasına bağlıdır. Böyle bir durumda, failin ağır netice açısından basit ya da bilinçli taksirle hareket etmiş olmasının sorumluluğun tespiti açısından önemi yoktur. Zira "en azından taksirin" varlığı, yalnızca kasten yaralamadan meydana gelen ölüm sonucunda, kanunda ağır netice için öngörülen cezanın uygulanması açısından önem arz etmektedir. Bu itibarla failin ağır neticeyi öngörmesine rağmen gerçekleşmeyeceğine güvenmesi durumunda bilinçli taksire ilişkin hüküm uyarınca cezada ayrıca artırım yapılması mümkün değildir. Böyle bir durum ancak temel cezanın belirlenmesi esnasında hakim tarafından nazara alınabilecektir.

### 3. Olası kast-bilinçli taksir ayrımı

Olası kast, suç teşkil eden bir fiilin gerçekleşme imkanını zihninde canlandıran ve bu zararlı sonucun ortaya çıkması riskini kabul eden kişinin psikolojik davranışını ifade etmektedir; kişi suç fiilinin gerçekleşeceğine dair somut şüpheyi zihninde canlandırmış ve bertaraf etmemiş olmasına rağmen hareketi gerçekleştirmektedir; süje burada da sonucu istemektedir. Bu noktada doğrudan kasta nazaran daha düşük yoğunlukta bir kasıt türü söz konusudur ve pek çok ceza hukuku sisteminde bu kuruma ilişkin düzenlemeler yer almaktadır.<sup>34</sup>

Ceza Kanunu'nun 21. maddesinin ikinci fıkrasında olası kast, kişinin suçun kanuni tanımındaki unsurların gerçekleşebileceğini öngörmesine rağmen fiili işlemesi hali olarak tanımlanmış ve bu hallerde faile verilecek cezada indirimle gidileceği öngörülmüştür.<sup>35</sup> Olası kast

<sup>33</sup> Bkz. 1. CD T. 25.05.2006, E. 2006/2130, K. 2006/894.

<sup>34</sup> Romano, s. 410 vd.

<sup>35</sup> Tanımın aslında bilinçli taksiri ifade ettiği yönündeki eleştiri için bkz. Mehmet

ve bilinçli taksir her ne kadar birbirlerine yakın kavramlar olsalar da, bilinçli taksir kastın bu türünden de ayrılır. Aralarındaki benzerlik her iki durumda da failin gerçekleşmesi mümkün olan neticenin öngörüsüne sahip bulunmasıdır. Buna karşın iki kavramı birbirinden ayıran husus, olası kasıta failin neticenin gerçekleşme ihtimalini bir risk olarak kabul etmesi, bilinçli taksirde ise neticenin gerçekleşmesi istenmediği için bu riskin reddedilmesidir. Başka bir ifadeyle, muhtemel zararlı neticenin öngörüsü, bu ihtimalin somutlaşması ve gerçeğe dönüşmesine dair riskin kabulüyle bir araya geldiğinde olası kast söz konusu olacaktır; burada gerçekleşme riski bulunan netice, davranışın öngörülen ve muhtemel bir sonucu olarak fail tarafından kabul edilmiştir. Bu durum neticenin istendiği anlamına gelir. Söz konusu psikolojik durum, zararlı neticeyi öngörmesine rağmen engellemek isteyen ve meydana gelebilecek bir sonuç olarak değerlendirmeyen kişinin durumundan tamamen farklıdır. Zira ikinci durumda netice, gerçekleşmeyeceğine dair kesin bir inanca sahip olan failin iradesi dışında ortaya çıkmaktadır.<sup>36</sup>

Bu doğrultuda Yargıtay bir kararında, bankadaki temizlik görevlisiyle şakalaştığı esnada silahını altına dayayan güvenlik görevlisinin, temizlik görevlisinin ölümüne yol açtığı olayda, tetiğin iradi olarak çekildiğini gösteren kesin ve inandırıcı delillerin bulunmaması sebe-

---

Emin Artuk-Ali Rıza Çınar, "Yeni Bir Ceza Kanunu Arayışı ve Adalet Alt Komisyonu Tasarısı Üzerine Düşünceler", Türk Ceza Kanunu Reformu, İkinci Kitap, TBB Yayını, Ankara, 2004, s. 75.

<sup>36</sup> Ramacci, s. 365; Nappi, s. 430; Artuk-Gökçen-Yenidünya, s. 356; Muhtemel kastı bilinçli taksirden yapısal olarak ayırabilmek için çeşitli teoriler ortaya atılmıştır. Söz konusu teorileri iki grupta incelemek mümkündür. Şöyle ki; kastın zihinde ortaya çıkış ve neticenin zihinde canlandırılması sürecine önem atfeden imkân teorisine göre, süje fiilin somut gerçekleşme imkânını zihninde canlandırıp buna rağmen hareketini sürdürdüğünde olası kast söz konusudur. Rıza teorisine göre ise, kastın isteme yönü daha önemlidir ve olası kast ancak süjenin mümkün olarak öngördüğü sonucun gerçekleşmesini içsel olarak onayladığında söz konusu olur. Bkz. Romano, s. 410 vd; Centel-Zafer-Çakmut, s. 369; Hakeri, s. 265; Özbek ve diğerleri, s. 461; Koca-Üzülmez, s. 211; Hakan Karakehya, İradilik Unsuru Bağlamında Ceza Hukukunda Kast, Savaş Yayınevi, Ankara 2010, s. 121 vd.; Bir başka anlayışa göre, bilinçli taksir aslında kastın bilme ve isteme olmak üzere iki unsurunun olduğu yönündeki klasik suç teorisinin etkisiyle ortaya atılmış bir kavramdır. Halbuki, kanımızca irade, kastın bir unsuru değildir. Kast bir suçun bütün maddi unsurlarının somut olayda gerçekleştiğinin bilincinde olmayı ifade etmektedir. Bu nedenle bilinçli taksirle bağlantılı olarak verilen bütün örnek olaylarda aslında olası kast mevcuttur. Bkz. Özgenç, s. 271; Özbek ve diğerleri, s. 462.

biyle eylemin “olası kastla öldürme” değil “bilinçli taksirle öldürme” niteliğinde olacağına hükmetmiştir.<sup>37</sup>

Buna karşın kurusıkı ya da gaz fişegi atmak için yapılmış, ancak, sonradan yivli/setli namlu takılmak suretiyle 7,65 mm. mermi atar hale getirilmiş tabancanın çalışıp çalışmadığı konusunda sanıkla maktul arasında geçen konuşma sonrasında, sanığın atışa uygun ve içinde mermi olduğunu bildiği tabancayı emniyet mandalının açık olup olmadığını kontrol etmeden maktulün şakağına dayayarak ateş etmek suretiyle öldürdüğü olayda, sanığın sonucu kabullenerek tetiği çekmesinin bilinçli taksir değil, olası kasıtlı öldürme suçunu oluşturacağı sonucuna varılmıştır<sup>38</sup>. Ancak belirtmek gerekir ki, dolu bir

<sup>37</sup> Dosya kapsamına göre, sanığın bankada güvenlik görevlisi, maktulün de temizlik elemanı olarak çalıştığı, aralarında herhangi bir husumetin bulunmadığı, olay günü başka bir bankanın şube müdürünün rehin alındığı, üzerine benzin döküldüğü, saldırganların güvenlik görevlilerince yakalandığını duyan sanığın bu olayı dikkatli olmaları anlamında çalıştığı bankanın şube müdürü tanık N. ye anlattığı, N.’nin de, sanığa “Beni iyi koruyamazsan, ben de senin üzerine benzin döker, yakarım” diyerek espri yapması üzerine sanığın, “Ben sizi her şekilde korurum. Ben buradayken hiçbir personele bir şey olmaz” diye karşılık verdiği, bu konuşmaları duyan maktulün çöpleri atmak için dışarı çıkarken, para çekme makinesindeki kasetleri çıkarmakta olan sanığı görerek, “Kardeş, sen mi bizi koruyacaksınız? Sen daha silah tutmasını bile bilmezsin” diye şaka yollu sözler söylediği, sanığın, dışarı çıkarak maktulün yanına gelip, “Niye kardeş, bizi beğenmedin mi?” dediği, maktulün ise, “Hadi be! Sen silah tutmasını bile bilmiyorsun. Tut da bir görelim” şeklinde karşılık verdiği, sanığın, “Bak! Birisi gelirse silahı böyle hızlı çekebilirim” diyerek, namlusunda mermi bulunan emniyet sistemi açık silahını çektiği, maktulün “Hadi lan! Beni mi vuracaksın?” diyerek alınca silahın namlusunu dayadığı, sanığın da silahını panikle geri çektiği sırada tetiğe bastığı, silahın ateş alması üzerine maktulün sol kaşının üzerinden giren mermi çekirdeği yaralanmasına bağlı kafa kubbe, kaide kemikleri kırığı, beyin doku harabiyeti, ile beyin kanaması sonucu öldüğü, maktulün vurulmasından sonra sanığın heyecanlı bankaya girip, ambulans ve polis istediği, “ben öldüm, bittim, en iyi arkadaşımı vurdum, ben ne yaptım” diye bağırarak, silahını kafasına dayadığı, banka çalışanlarına “S. öldü mü?” diye sorduğu, çalışanların “Merak etme, nabızı atıyor.” demesinden sonra, silahı görevlilere teslim ettiği, atışın yakın atış olarak tespit edildiği olayda, Silahlı özel güvenlik eğitimi alan ve silahın tehlikelerini bilmesi gereken sanığın, gerekli dikkat ve özeni göstermeyerek fişek yatağında mermi bulunan ve mandal emniyeti açık olan silahını şaka amaçlı maktule yönelttiği, silahın her an ateş alabileceğini öngörmesi gerektiği, ancak tetiği iradi olarak çekildiğini gösteren kesin ve inandırıcı delillerin bulunmadığı anlaşılmakla, eylemin “bilinçli taksirle öldürme” suçunu oluşturduğu gözetilmeden, suç vasfında yanılıya düşülecek, yazılı biçimde “olası kastla öldürme” suçundan hüküm kurulması bozmayı gerektirmiş ... bkz. 1. CD T. 20.05.2009, E. 2008/7778, K. 2009/2858; Aynı yönde bkz. 1. CD T. 27.01.2011, E. 2011/374, K. 2011/214.

<sup>38</sup> 1. CD 30.05.2007 tarihli kararı için bkz. Hakeri, s. 267.



silahın mağdurun şakağına dayanarak ateşlenmesi sonucunda ortaya çıkan netice açısından doğrudan kastın varlığını kabul etmek gerekir. Nitekim böyle bir davranış sonucunda ölüm neticesinin ortaya çıkacağı muhakkaktır.

*Fail olası kasıttaki neticenin gerçekleşeceğinden emin olsaydı dahi hareketi gerçekleştirecek iken, bilinçli taksirde neticenin gerçekleşmeyeceğinden emin olmasaydı hareketi yapmaktan kendini alıkoyardı demek mümkündür.* Dolayısıyla bilinçli taksirde risk kabul edilmemekte, taksire özelliğini veren irade ile netice arasındaki çatışma varlığını korumaktadır; yani netice istenmemiştir. Bu itibarla, olası kasıt ile bilinçli taksir arasındaki fark, riskin kabul edilip edilmediği hususu bakımından ortaya çıkmaktadır.<sup>39</sup>

Bununla birlikte, bilinçli taksirde yalnızca zararlı sonucun gerçekleşmeyeceğinin umulması yeterli değildir, ayrıca failin bu iyimser öngörünün gerçekleşmesi için elinden geleni yapması da gerekir. Olası kasıttaki ise nötr bilinç hali, yani failin doğrudan istemese de fiili kabullenmiş olması, neticenin gerçekleşmesine engel olacak potansiyel gücü harekete geçirmemektedir.<sup>40</sup>

<sup>39</sup> Mantovani, s. 365; Fiandaca-Musco, s. 559, 560; Rende, s. 8; İtalyan Temyiz Mahkemesi'nin aynı yöndeki kararları için bkz. Giovanni Fiandaca, "Sul dolo eventuale nella giurisprudenza piu recente, tra approccio oggettivizzante-probatorio e messaggio generalpreventivo", *Diritto Penale Contemporaneo*, 2012/1, ss. 152-162.

<sup>40</sup> Altavilla, s. 547; Hakeri, s. 265; Demirbaş, s. 366; İçel, s. 194; Özgenç'e göre, olası kasıttaki hareket eden kişi de kanuni tarife uygun fiilin gerçekleşmesini arzu etmemektedir; aksine bunun gerçekleşmesine sadece katlanmaktadır. Kanuni tarife uygun fiilin gerçekleşmeyeceğini ümit etmek dahi bu konuda ayırıcı kıstası oluşturmaz. Çünkü şansa bağlı bir neticeyi ümit etmek, kanuni tarife uygun fiilin gerçekleşmesine katlanmak halinde de mümkündür. Bkz. İzzet Özgenç, "Bilinçli Taksir", Prof. Dr. Çetin Özek Armağanı, İstanbul 2004, s. 719; Olası kast ve bilinçli taksir arasındaki ayrımı bilinçli taksirde kanuni tanıma uygun fiilin gerçekleşmesinin istenmemesine veya arzu edilmemesine veya ümit edilmemesine dayandırılması isabetli değildir. Bilinçli taksir konusunda 1962 Alman Ceza Kanunu Tasarısında yer alan tanım genel kabul görmektedir. Buna göre; kanuni tarife uygun fiilin gerçekleşmesini muhtemel addetmekle beraber, bu fiili gerçekleştirmeyeceğine yükümlülüklerine aykırı ve muaheze edilebilir bir şekilde güven besleyen ve bu güvenle hareket eden kişi de (bilinçli) taksirle hareket etmiş olur. Yani bilinçli taksirde fail, gerçekleşebileceğini öngördüğü neticenin gerçekleşmeyeceğine yükümlülüklerine aykırı olarak güvenmektedir. Bkz. Koca-Üzülmez, s. 213; Ceza Genel Kurulu, tartıştığı bir kişiyi korkutarak olay yerinden kaçırmak amacıyla hareket eden ve kimseyi özellikle hedef almayan sanığın, doğrudan öldürme veya yaralama kastı ile hareket etmediği, ancak elindeki elverişli silahla ve silahın etki alanı içerisinde kendisinin de oturduğu ve maktulün öldüğü apartman da dâhil



Bilinçli taksir hallerinde failin gerçekten kendisine güven duymasını ve neticenin meydana gelmeyeceğine inanmasını sağlayan subjektif gerekçelerin, aynı zamanda objektif olarak da kabul edilebilir, makul görülebilir gerekçeler olması gerekir. Aksi takdirde kendisine aşırı derecede güvenen, en acemi oldukları hususlarda bile gözü kara olan kimselerin, hiçbir şekilde olası kast sorumluluğu olmayacaktır. Bu bağlamda, faildeki kendine güveni ve neticenin meydana gelmeyeceğine ilişkin düşünceyi ortaya koymadaki en önemli kıstaslar; failin kişilik özellikleri, yetenekleri, bilgi ve eğitim düzeyi ve neticenin meydana gelmemesi için gösterdiği gayret olacaktır.<sup>41</sup>

Bu doğrultuda, düşün yerinde, insanların bulunduğu bir ortamda tabanca ile yere paralel şekilde birkaç el ateş eden bir kimsenin olası kasıtlı hareket ettiğinin kabul edilmesi gerekir.<sup>42</sup> Zira böyle bir durumda failin neticenin gerçekleşmeyeceğine dair bir inancı bulunduğu şeklindeki savunması objektif açıdan kabul edilebilir nitelikte olmayacaktır.

Bu noktada bilinçli taksirde de failin neticenin gerçekleşmeyeceğinden emin olmadığı, bu konudaki riski bir şekilde kabul ettiği; an-

---

olmak üzere çok sayıda yüksek katlı ev bulunan şehir merkezinde havaya doğru iki el ateş ettiği olayda, failin mermilerden birinin herhangi bir kişiye isabet edebileceğini öngörmüş ve buna rağmen ateş etmiş olması sebebiyle öngördüğü neticeyi göze aldığı ve kabullendiğine ve dolayısıyla failin "olası kastla öldürme" suçunu oluşturacağına hükmetmiştir. Bkz. YCGK, T. 7.6.2011; E. 2011/1-54, K. 2011/120.

<sup>41</sup> Karakehya, s. 157.

<sup>42</sup> 1. CD T. 8.6.2009, E. 2008/862, K. 2009/3307; 9. CD T. 08.06.2009, E. 2008/862, K. 2009/3307; Sanığın, şehir merkezinde, iki caddenin kesiştiği yerde bulunan çayevinin önünde tabanca ile iki el havaya ateş ettiği ve maktulün de, sanığın tabancasından çıkan merminin isabeti sonucu öldüğü hususunda bir kuşku bulunmamasına karşın, sanığın; maktulü doğrudan hedef aldığına ilişkin yeterli kanıt bulunmamaktadır. Buna göre atış mesafesi, kullanılan silahın niteliği, elverişliliği ve etki alanı, tanık anlatımları ve dosyadaki kanıtlar göz önünde bulundurulduğunda; tartıştığı diğer sanığı korkutarak olay yerinden kaçırmak gayesiyle hareket eden ve kimseyi özellikle hedef almayan sanığın, doğrudan öldürme veya yaralama kastı ile hareket etmediği, ancak elindeki elverişli silahla ve silahın etki alanı içerisinde kendisinin de oturduğu ve maktulün öldüğü apartman da dâhil olmak üzere çok sayıda yüksek katlı ev bulunan şehir merkezinde havaya doğru iki el ateş etmesi sonucunda, mermilerden birinin herhangi birisine isabet edebileceğini öngördüğü, buna rağmen ateş etmek suretiyle öngördüğü neticeyi göze aldığı ve kabullendiği, bunun sonucunda da maktulün ölümüne neden olduğu olayda, eyleminin, "olası kastla öldürme" suçunu oluşturacağı kabul edilmelidir. Bkz. YCGK, T. 7.6.2011; E. 2011/1-54, K. 2011/120.

cak bu kabulün olası kasıta olduğu gibi bir hesaplama değil, yalnızca, tedbirsizlikten, dikkatsizlikten veya hafiflikten kaynaklandığı da ileri sürülmüştür.<sup>43</sup> Neticenin gerçekleşmesinden şüphe duyulduğu hallerde olası kastın varlığını kabul eden ve baskın görüşle uyumlu olan bir başka düşünceye göre ise, bilinçli taksirde faili bilinçli şekilde bir davranış kuralını ihlal eden davranışı gerçekleştirmeye iten bir hata söz konusudur. Bu hatanın da esas itibarıyla konusu, davranış ile netice arasındaki nedensellik bağı, yani hareketin izleyeceği nedensel rotadır.<sup>44</sup>

Gerçekten de, fail belirli bir zararlı neticeyi önlemeye yönelik somut bir davranış kuralını ihlal ettiğinin tamamen bilincinde olmasına rağmen, davranışının söz konusu neticeye neden olmayacağına da aynı şekilde kanaat getirmiş durumdadır; netice harici faktörler sebebiyle meydana gelmeyecek veya kendi kişisel becerileri ile neticeye engel olacaktır.<sup>45</sup>

Buna karşın, yukarıda verilen örnekte olduğu gibi bir çalığa, onu hareket ettirenin bir insan olduğundan şüphelenmesine rağmen ateş eden avcının durumunda bilinçli taksir değil, olası kasit söz konusudur. Zira şüphe ve bunun sonucu olan hata, nedensellik bağından ziyade, öldürme suçunun maddi konusuna ilişkindir. Ancak örneğin, avcının bir arkadaşının çevrede başka insanların olmadığı konusunda kendisine garanti vermesi halinde, ateş etmeden önce hedefin niteliğinden emin olmak şeklindeki davranış kuralının bilincinde olarak, ancak olayda uygulanmayacağından emin şekilde hareket ettiği için bilinçli değil, basit taksir söz konusu olacaktır.<sup>46</sup>

Doğrudan kast, olası kast ve bilinçli taksir arasındaki ayrım Ceza Genel Kurulu tarafından şu şekilde ortaya konulmuştur: "Muhakkak görünen neticenin failce bilinmesi halinde doğrudan kast, öngörülen

<sup>43</sup> Nappi, s. 430.

<sup>44</sup> Bilinçli taksirde de basit taksirde olduğu gibi tipik taksirli fiilin sübjektif yönünü belirleyen bir hatadır: ancak basit taksirde hata yalnızca davranış kuralına uyulmamasından ibaretken bilinçli taksirde davranışın nedensel gelişim sürecini de kapsamaktadır. Bkz. Nappi, s. 430, 431.

<sup>45</sup> Nappi, s. 431; Buna karşın sanığın kaçması umuduyla arabayı mağdurun üzerine sürdüğü ve fakat onu yaralamaktan kurtaramadığı kanısına ulaşırsa eylemin bilinçli taksirle işlendiğinin ve taksirle yaralama olarak kabulünün gerekeceği hususunda bkz. 4.CD T. 25.03.1996, E. 1996/918, K. 1996/2577.

<sup>46</sup> Nappi, s. 431.

olası neticenin meydana gelmesine kayıtsız kalınması durumunda olası kast, öngörülen muhtemel neticenin meydana gelmesinin istenmemesine rağmen, objektif özen yükümlülüğüne aykırı hareket edilmek suretiyle neticenin meydana gelmesinin engellenemediği halde bilinçli taksir, öngörülebilir neticenin objektif özen yükümlülüğüne aykırı hareket edilmiş olması sebebiyle öngörülemediği hallerde ise basit taksir söz konusudur".<sup>47</sup>

#### 4. Bilinçli taksir-özel taksir ilişkisi

Taksirin ortaya çıkış biçimlerinden bir diğeri de özel taksirdir. Esas itibarıyla özel ve genel taksir arasında ontolojik bir fark bulunmamakta, ancak özel taksir herhangi bir davranış kuralının değil, zararlı sonuçları önlemeye yönelik yazılı davranış kurallarının ihlal edilmesinden kaynaklanmaktadır. Taksirin bu şekli genellikle ceza kanunlarının dışında yer alan kuralların ihlalden kaynaklansa da, önleyici nitelik arz etmeleri halinde ceza normlarının ihlali de özel taksire vücut verebilir.<sup>48</sup>

İnsan bilgisinin gelişimi, tedbir kurallarının her geçen gün daha da artan biçimde pozitif hukukun parçası haline gelmesini sağlar; bu nedenle farklı konularda faaliyet gösteren bireylerin bu faaliyetten doğabilecek zararlı sonuçları engellemek için uymak zorunda olduğu çok sayıda yazılı norm mevcuttur. Ancak bunun anlamı, söz konusu kurallara uyan kimsenin otomatik olarak taksire dayanan bir kınama yargısından masun olacağı değildir. Tam aksine, her durumda genel taksirin varlığına yol açabilecek bir alanın bulunup bulunmadığı araştırılmalıdır; zira yazılı davranış kurallarının tüketici nitelikte olması ve zararlı sonuçlara yol açabilecek tüm davranışları *a priori* olarak öngörmesi çoğu zaman mümkün değildir.<sup>49</sup>

Özel taksir ile basit taksir arasındaki bir başka fark ise, davranış kuralının ihlalinin faile isnat edilebilir olup olmadığının tespitine, bir başka ifadeyle failin kınanabilir olup olmadığının nasıl ortaya konulacağı hususuna ilişkindir. Nitekim genel taksirden ceza sorumluluğu-

<sup>47</sup> YCGK 05.10.2010, 2010/1-132-183; Demirbaş, s. 367.

<sup>48</sup> Mantovani, s. 37; Antolisei, s. 377; Cadoppi-Veneziani, s. 294; Toroslu-Toroslu, s. 231. vd.

<sup>49</sup> Cadoppi-Veneziani, s. 294.

nun doğabilmesi için, her olayda yukarıda ortaya konulduğu üzere, model ajan ölçütü doğrultusunda bir öngörülebilirlik ve önlenebilirlik değerlendirmesi yapılması gerekir. Bu değerlendirme sonucunda zararlı neticenin öngörülebilir olmadığı sonucuna varılması halinde fail sorumlu tutulamayacaktır. Buna karşın, özel taksir açısından varlığı zorunlu olan, yazılı davranış kuralının iradi biçimde ihlali ve ortaya çıkan neticenin söz konusu davranış kuralının önlemeyi amaçladığı neticelerden biri olmasıdır. Bu halde, failin taksirli olduğunun kabul edilmesi için ayrıca bir öngörülebilirlik değerlendirmesi yapılması, tedbirsizlik ve dikkatsizlikle hareket ettiğinin ortaya konulması şart değildir. Nitekim bu şekildeki taksirin esasını oluşturan tedbirsizlik veya dikkatsizlik, yazılı kuralın ihlali ile somutlaşmaktadır. Zira ihlal edilen bu kurallar belirli bir tip faaliyeti gerçekleştiren kimselere yönelik olduğundan, halihazırda o mesleği veya faaliyeti icra eden, akli başında, makul bir insan nazara alınarak düzenlenmişlerdir ve dolayısıyla söz konusu tedbirsizlik veya dikkatsizlik yargısı baştan itibaren ihlal edilen kuralın içerisinde yer almaktadır. Daha basit bir ifadeyle, belirli bir faaliyeti gerçekleştiren kimse, o alanda geçerli olan normları ve bunlara uyulmasının bir takım zararlı neticelere engel olduğunu bildiği veya en azından öyle kabul edildiği için, bu hususta ayrı bir değerlendirmeye gerek kalmamaktadır. Ancak taksirin bu noktada objektif sorumluluğa dönüşmesini engellemek için yazılı kuralların her zaman kesin ve gerçek tedbir kurallarını düzenlemesi gerekmektedir.<sup>50</sup>

Yukarıda da belirtildiği üzere, yazılı davranış kurallarının ihlali tüm sebep olunan neticeler açısından değil, yalnızca söz konusu normun önlemek amacını güttüğü, yani bunlara uymak suretiyle engellenebilecek neticeler açısından söz konusu olur. Diğer neticeler açısından taksirli sorumluluğun söz konusu olabilmesi için, failin davranışının yazılı olmayan bir davranış kuralını ihlal etmiş olması gerekmektedir; yani neticenin model ajan ölçütü doğrultusunda fail tarafından öngörülebilir ve önlenebilir olduğunun ortaya konulması şarttır.<sup>51</sup>

Bununla birlikte, eğer yazılı davranış normları belli bir faaliyet ya da tehlikeli bir durum açısından uyulabilecek bütün tedbir kurallarını

<sup>50</sup> Antolisei, s. 377; Mantovani, s. 371; Toroslu-Toroslu, s. 232.

<sup>51</sup> Antolisei, s. 378; Mantovani, s. 371; Toroslu-Toroslu, s. 234.

içeriyorsa, bunlara uyulması halinde ortaya çıkan zararlı netice taksirli sorumluluğa yol açmayacaktır.<sup>52</sup>

Söz konusu davranış kurallarının mutlaka devlet tarafından konulmuş olması şart değildir; özel kişilerin koyduğu kurallara uyulmaması da taksire yol açabilecektir. Ancak bu tür kuralların yalnızca tavsiyeden ibaret olmamaları ve bunlara uyulmasının mecburi olması gerekir.<sup>53</sup>

Öte yandan somut olayda, failin yazılı davranış kurallarını ihlal etmiş olması sebebiyle ortaya çıkan basit taksir açısından model ajan ölçütü doğrultusunda bir öngörülebilirlik değerlendirmesi yapılması gerekmez de, bu durum, bir yazılı davranış kuralının ihlal edildiği her olayda bilinçli taksirin varlığını zorunlu kılmaz. Zira bilinçli taksirden söz edilebilmesi için, meydana gelen somut olayda neticenin öngörülmüş olduğu ayrıca tespit edilmelidir. Aksi takdirde bilinçli taksir açısından bir karine kabul edilmiş olacaktır.<sup>54</sup>

Yargıtay'ın pek çok kararında, aslında yalnızca özel ve basit taksire vücut verecek durumlar bilinçli taksir olarak değerlendirilmektedir. Örneğin kazaya sebebiyet veren sürücünün yasal sınırın üzerinde seyrederken kazaya sebep olması hali, bilinçli taksirin dayanağı olarak kabul edilmiştir.<sup>55</sup> Belirtmek gerekir ki, failin aracını yasal sınırın üzerinde bir hızla sevk ediyor olması, her zaman için somut bir zararlı neticeyi öngördüğü anlamına gelmez. Böyle bir durumda tartışmasız olan, sürücünün ihlal ettiği kuralın engellemeyi amaçladığı neticeler açısından taksirli olduğudur, zira yukarıda ortaya konan sebeplerle, yazılı bir davranış kuralını ihlal ettiği için ayrıca bir öngörülebilirlik değerlendirilmesi yapılması şart değildir. Ancak bu anlamda özel taksirin varlığı, neticenin fail tarafından somut olayda öngörülmüş olduğu anlamına gelmez. Dolayısıyla böyle bir durumda, bilinçli taksire ilişkin hükmün uygulanabilmesi için, failin somut olayda meydana gelen zararlı neticeyi, davranış anında öngördüğünün ve gerçekleşmeyeceği inancıyla hareket ettiğinin ayrıca ortaya konulması şarttır.<sup>56</sup>

<sup>52</sup> Mantovani, s. 372.

<sup>53</sup> İçel, s. 210.

<sup>54</sup> Aynı yönde bkz. 9. CD 19/6/2007, 518/5389; bkz. Özbek ve diğerleri: s. 461, 462.

<sup>55</sup> 12. CD T. 06.06.2013, E. 2012/25695, K. 2013/15492.

<sup>56</sup> Somut olayda, hızını yol şartlarına uydurmaması sebebiyle direksiyon hakimiyetini kaybeden ve sollama yasağının da bulunduğu yolda karşı şeride geçen

Yüksek Mahkeme, istikrarlı bir biçimde sürücünün belirli bir promil seviyesinin üzerinde alkollü olduğu durumlarda da bilinçli taksirin varlığına hükmetmektedir.<sup>57</sup> Belirtmek gerekir ki; araç sürücüsü, kanındaki alkol oranını yasal sınırın üzerine çıkaracak miktarda alkol almış halde seyrederken zararlı bir neticeye sebep olması halinde kusurlu kabul edilecektir. Zira bu halde yazılı bir davranış kuralını ihlal etmiş olduğundan özel taksiri söz konusudur. Buna karşın alkol etkisi altında kaza yapan sürücünün peşinen bilinçli taksirli olduğunun kabul edilmesi mümkün değildir.

Bu doğrultuda öncelikle Yüksek Mahkemenin fazla miktarda alkol alan sürücünün peşinen bilinçli taksirle hareket ettiğini kabul eden kararlarının mantıki açıdan çelişkili olduğu söylenebilir. Zira her ne kadar ceza politikası doğrultusunda iradi biçimde alkol alan kişiler cezalandırılıyor olsa da, alkolün kişinin zihinsel yetileri üzerinde olumsuz etki yarattığı ve bu etki altındaki insanın belirli bir neticeyi öngörme yeteneğinin zayıflayacağı tartışmasızdır.<sup>58</sup> Dolayısıyla sürücünün kanındaki alkol miktarı arttıkça, peşinen bilinçli taksirli olduğunun kabulünün aksine, neticenin somut olayda öngörülmüş olduğuna ilişkin değerlendirmenin çok daha özenli biçimde yapılması gerekir. Kaldı ki; yasal sınırın üzerinde alkol almış bir sürücünün, muhtemel zararlı neticeleri öngörmek konusundaki yetileri bozulmamış olmasına rağmen, somut olayda belirli zararlı neticeyi zihninde canlandırmamış olması da pekala mümkündür. Böyle bir durumda ise, kandaki alkol oranı ne kadar yüksek olursa olsun bilinçli taksire

---

sanığın, neticeyi öngörememesi nedeniyle, tam kusurlu olduğu ve basit taksirle hareket ettiğinde kuşku bulunmamaktadır. Bu itibarla, Özel Daire bozma kararı isabetli bulunduğundan, yerel mahkeme direnme hükmünün bozulmasına karar verilmelidir. YCGK, T. 9.11.2010, E. 2010/9-82, K. 2010/221.

<sup>57</sup> 160 promil alkollü sanığın idaresindeki otomobil ile meskun mahalde direksiyon hakimiyetini kaybetmesi sonucu kaldırırda yürümekte olan bir kişiyi çarpı öldürdüğü ve araçındaki bir kir kişiyi yaraladığı olayda bilinçli taksirin varlığına hükümlenmiştir. Bkz. 9. CD T. 10.03.2010, E. 2008/8081, K. 2010/2926; aldığı alkol nedeniyle araç kullanmamasına ilişkin uyarıları dinlemeyerek ... yayalara çarpan sanık hakkında ... bilinçli taksirin oluştuğu. Bkz. 9. CD T. 12.05.2005, E. 2005/1150, K. 2005/2012; sanığın 1.70 promil alkollü olarak kullandığı ve traktöre arkadan çarpıp öldürdüğü olayda, sanığın alkol durumuna göre bilinçli taksir olduğu ... bkz. 2. CD T. 21.03.2012, E. 2012/651, K. 2012/7792; 101 promil alkolün bilinçli taksire vücut verdiği hususunda bkz. 12. CD T. 23.02.2012 E. 2012/6709, K. 2012/5105.

<sup>58</sup> Alkolün ceza sorumluluğuna etkisi konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. Haluk Toroslu, Ceza Hukukunda İsnat Yeteneği, Savaş Yayınevi, Ankara 2015, s. 133 vd.

ilişkin hüküm uygulanamaz. Ancak alkol oranı temel cezanın belirlenmesi açısından nazara alınabilir.

Bu itibarla 0,84 promil alkollü olduğu halde yönetimindeki otomobille şerit ihlali yaparak sol taraftaki sokağa sinyal vermeden dönüş yaptığı sırada karşı yönde kendi şeridinde seyir halinde olan katılanın motoruna çarpan sanığın, almış olduğu alkolün etkisi veya kişisel başka etkenlere güvenerek hareketini sürdürdüğüne ilişkin herhangi bir bilgi ve belirlemenin bulunmadığının anlaşılması karşısında, bilinçli taksirin koşullarının oluşmadığı yönünde verilen kararın isabetli olduğunu belirtmek gerekmektedir.<sup>59</sup>

Sürücünün alkollü olduğu durumda, neticeyi öngörmüş olduğunun başka unsurlarla birlikte ortaya konulması halinde hiç şüphesiz bilinçli taksirle hareket ettiği kabul edilebilir. Örneğin olaydan bir saat sonra 209 promil alkollü sürücünün okul geçidinden geçmekte olan çocuğa hızını düşürmeden çarpmasında<sup>60</sup> ya da 84 promil alkollü halde seyrederken kırmızı ışıkta duran arabaya arkadan çarpan kişinin durumunda olduğu gibi.<sup>61</sup> Zira bu hallerde sürücünün okul geçidinden geçmekte olan çocuğa veya kırmızı ışıkta duran araca çarpacağını öngörmediği ileri sürülemeyecektir.

Öte yandan ehliyetsiz şekilde araç kullanmanın da tek başına bilinçli taksirle hareket edildiğini ortaya koyması mümkün değildir. Zira ehliyeti olmayan bir kimsenin araç kullanmayı bilmesi mümkün olduğu gibi; ehliyetsiz halde araç kullanan kişinin her zaman için gerçekleşen sonucu öngördüğü de söylenemez. Nitekim Yargıtay içtihadı da esas itibarıyla bu doğrultudadır.<sup>62</sup>

Trafik kurallarına uyulmamasıyla ilgili olarak, şerit ihlali meselesine de değinmek gerekmektedir. Nitekim Yargıtay'ın birçok kararında sollama yasağını ifade eden düz çizginin varlığı halinde yolun karşı

<sup>59</sup> 12. CD T. 21.01.2013, E. 2012/3556, K. 2013/1727.

<sup>60</sup> 12. CD T. 21.03.2013, E. 2012/6286, K. 2013/1614.

<sup>61</sup> 12. CD T. 07.12.2011, E. 2011/3007, K. 2011/7413.

<sup>62</sup> 9. CD T. 17.03.2009, E. 2007/7536, K. 2009/3112; Meskun mahalde ehliyetsiz çocuğun aşırı hızla giderken, yolun solundan sağına geçen kişiye sağ şeritte kavşak başında çarpması halinde bilinçli taksirin oluşmadığı... bkz. 12. CD T. 01.03.2013, E. 2012/9999, K. 2013/4961; Yağışlı havada rampa aşağı ehliyetsiz olarak patpat kullanan kişinin bilinçli taksirli olmadığı hususunda bkz. 12. CD T. 07.01.2013, E. 2012/6669, K. 2013/25; 9. CD T. 10.03.2010, K. 2010/2925, E. 2008/8033.



şeridine sollama yapmak amacıyla geçmek bilinçli taksirin varlığı açısından dayanak gösterilmiştir.<sup>63</sup> Örneğin sollama yasağı bulunan keskin virajlı iki yönlü yolda ve virajda önündeki aracı sollamak için sol şeride girdiği sırada karşı yönden gelen motosikletliye çarpan kişinin bilinçli taksirle hareket ettiği kabul edilmiştir.<sup>64</sup> Belirtmek gerekir ki, bir sürücünün araç sollamak yasak olduğu halde karşı şeride geçmiş olması, her olayda somut neticenin öngörüldüğü anlamına gelmez. Nitekim karşı şeritten bir araç geldiğini görmeden şerit değiştiren sürücünün bilinçli taksirle hareket ettiği kabul edilmemelidir. Oysa fail karşı şeritten bir araç geldiğini görmüş, buna rağmen ustalığına güvenmek suretiyle zamanında şeridine döneceğini düşünerek karşı şeride geçmiş, ancak kazaya sebep olmuşsa bilinçli taksirin varlığından söz edilebilir. Zira öngörülmüş olması gereken genel bir kaza ihtimali değil, yukarıda da belirtildiği üzere gerçekleşmesi imkan dahilindeki somut bir neticedir.

Benzer bir değerlendirme, boş gördüğü bir kavşağı kendisine kırmızı ışık yandığı esnada geçmeye çalışan sürücü açısından da yapılabilir. Kırmızı ışıkta geçen sürücünün sebep olduğu yaralanma neticesinden bilinçli taksirle sorumlu tutulabilmesi için, **örneğin kalabalık yol durumunu ve trafik ışıklarını ya da kavşağa giriş yapmakta olan bir başka aracı fark etmiş olması ve dolayısıyla zararlı bir neticenin meydana gelebileceğini öngörmüş olması gerekir.**<sup>65</sup>

<sup>63</sup> Sanığın olay günü sevk ve idaresindeki kamyon ile çift yönlü olan yolun geçme yasağı bulunan bölümünde, karşıdan gelen araçların şeridine geçerek ölenin kullandığı kamyonetle çarpışması sonucu bir kişinin ölümü ve katılanın yaralandığı olayda bilinçli taksir vardır... 9. CD T. 11.11.2010, E. 2008/20255, K. 2010/11697; Sanığın idaresindeki otomobille kaza yerinden 200 metre önce yer alan trafik işaret levhası ve yol üzerinde devamlı düz çizgi sebebiyle sollama yasağı olan yerde, karşı yön trafiğine ait şeride girip bu şeritten kurallara uygun şekilde gelmekte olan araca çarpması biçiminde gelişen olayda bilinçli taksirin koşullarının oluştuğunun gözetilmemesi, 12. CD, E. 2011/241, K. 2011/1308, T. 14.9.2011; 12. CD 31.01.2012, E. 2011/18152, K. 2012/1625; 12. CD, E. 2013/11131, K. 2013/15380, T. 5.6.2013.

<sup>64</sup> 12. CD T. 06.06.2013, E. 2013/8004, K. 2013/15450.

<sup>65</sup> 12. CD, E. 2012/10139, K. 2013/2481, T. 8.2.2013; Olay günü sabah erken saatlerde, görüş mesafesi ve hava açıkken, her hangi bir yağış yokken, sevk ve idaresindeki otobüs ile kavşağa geldiğinde, kendi yönünden gelen araçlara "dur işareti levhası" anlamını taşıyan kırmızı fasıllı ışık yandığı halde, durup yolun geçişe uygun, açık olduğunu gördükten sonra yeniden hareket etmesi gerekirken, bunu yapmayıp, hızını dahi azaltmayarak bu şekilde kavşağa girmiş, fasıllı kırmızı ışığın yandığı iki trafik levhasını geçmiştir. Bu sırada aynı kavşağa açılan sağ taraftaki

Dolayısıyla, sanığın, bariyerin kapalı ve bekleyen araçların olduğunu görmesi üzerine kapalı bariyerin açılmasını beklemeyip, hız kesmeksizin seyrine devamla karşıdan gelen araçların yol bölümüne tersen giriş yapıp, dur işaret levhasıyla uyarıldığı halde durmayarak tren yolunu geçtiği sırada aracının sağ arka kısmına yük treninin çarpması sonucu minibüs yolcularından birinin yaralandığı olayda bilinçli taksirin varlığının kabul edilmesi isabetlidir.<sup>66</sup>

Yukarıda sözü edilen ihlallerin bir kaçının aynı anda gerçekleştiği durumlarda Yargıtay bilinçli taksirin varlığına hükmetmektedir. Örneğin ehliyetsiz, alkollü ve aşırı hızlı biçimde araç kullanan sürücünün durumunda olduğu gibi.<sup>67</sup> Aslında böyle bir durumda da yapılması gereken ihlal edilen kurallardan bağımsız olarak failin neticeyi öngörmüş olduğunu ortaya koymaktır. Birden fazla kuralın aynı anda ihlal edilmiş olması hususu ise temel cezanın belirlenmesi açısından nazara alınabilecektir.

Doktrinde sosyal yönden bir fayda sağlamaları nedeniyle izin verilen tehlikeli faaliyetler açısından bilinçli taksirin varlığı konusunda farklı bir değerlendirme yapmak gerektiği ileri sürülmüştür. Örneğin

---

yoldan kavşağa giriş yapmak üzere olan maktul Mehmet Çallar'ın geliş yönündeki araçlara, kavşağa girerken yavaşlayarak dikkatlice geçilmesi anlamını taşıyan sarı fasıllı ışık yanmaktadır. Geçiş önceliği adı geçen maktulde iken ve sanığın maktulün kullandığı araca durup bekleyerek yol vermesi gerekirken, maktulün kullandığı araca çarparak kazaya neden olabileceğini öngörmesine rağmen, kullandığı araçla hızlı ve kontrolsüz bir şekilde "geçerim" düşüncesi ile kavşağa giriş yapmış, bu şekilde geçiş önceliğine sahip diğer aracı altına alarak metrelerce sürükleyip iki kişinin ölümüne neden olmuştur. Karayolları Trafik Kanunu'nun 47/b maddesinde, karayollarından faydalananların trafik ışıklarına uymak zorunda oldukları hükme bağlanmış, 19.10.1985 tarihli Trafik Işıkları Hakkındaki Yönetmeliğin 9. maddesinde ise trafik ışıklarının, trafiğin güvenli akışını sağlamak, araçların ve yayaların yolu sıra ile kullanmalarını düzenlemek amacıyla tesis edilen ışıkların işlevleri ayrıntılı olarak belirtilmiştir. Ehliyetli sürücü olan ve trafik kurallarını bilen sanığın meydana gelen neticeyi istemediği, ancak öngördüğü, fakat buna rağmen neticenin meydana gelmeyeceğine olan güven ile yükümlülüklerine aykırı davrandığı, dolayısıyla bilinçli taksirle hareket ettiği açıktır..." Bkz. YCGK, T. 25.3.2008, E. 2008/9-43, K. 2008/62; ... mahal şartlarının üstünde hızlı araç kullanmak, ışıklı kavşakta kendisine kırmızı ışık yanmasına rağmen seyrini sürdürmesi suretiyle sağ taraftan yeşil ışıkta kavşağa giriş yapan otomobile çarpması sonucu ..... sebep olan sanığın suçu bilinçli taksirle işlediği Bkz. 9. CD T. 29.03.2011, E. 2011/1779, K. 2011/1966; aynı yönde 12. CD T. 20.09.2011, E. 2011/3190, K. 2011/1522.

<sup>66</sup> 12. CD T. 20.03.2012, E. 2012/813, K. 2012/7678.

<sup>67</sup> 9. CD T. 19.09.2007, E. 2007/1640, K. 2007/6502; 9. CD T. 22.6.2010, E. 2009/13454, K. 2010/7469; 9. CD T. 28.01.2009, E. 2007/5379, K. 2009/844.

tıbbi müdahalede bulunmak suretiyle zararlı bir neticeye sebep olan hekim, kanuni tanımdan hareketle hemen her durumda bilinçli taksirden sorumlu tutulacaktır; zira bir müdahale sonucu ortaya çıkabilecek muhtemel zararlı sonuçlar çoğu zaman hekim tarafından öngörülmektedir. Bu nedenle, bu tip müdahaleler açısından bilinçli taksirin kabulü için bir takım ek koşulların aranması gerekmektedir. Örneğin, hastanın ısrarla bir ilaca alerjisi olduğunu belirtmesi ve kendisinde görülen etkilerini izah etmesine rağmen herhangi bir önlem almaksızın ilacı hastaya uygulayan hekim açısından bilinçli taksir söz konusu olacaktır. Benzer şekilde diğer meslek alanlarında da, o mesleği icra etmek nedeniyle meydana gelebilecek sonuçları önceden bilir durumda olmak bilinçli taksirin varlığı için yeterli değildir. Aksi takdirde mesleki taksir alanında bilinçli taksir karinesine yol açılmış olur.<sup>68</sup>

### Kaynakça

- Altavilla Enrico, "Colpa Penale", *Novissimo Digesto Italiano*, ss.544-554.
- Antolisei Francesco, *Manuale di Diritto Penale, Parte Generale*, Giuffrè, Milano 2003.
- Artuk Mehmet Emin-Çınar Ali Rıza, "Yeni Bir Ceza Kanunu Arayışı ve Adalet Alt Komisyonu Tasarısı Üzerine Düşünceler", *Türk Ceza Kanunu Reformu, İkinci Kitap*, TBB Yayını, Ankara, 2004, ss. 37-84.
- Artuk Mehmet Emin-Gökçen Ahmet-Yenidünya Caner, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 9. Baskı, Adalet yayınevi Ankara 2015.
- Cadoppi Alberto-Veneziani Paolo, *Elementi di Diritto Penale, Parte Generale*, Cedam, Padova 2002.
- Centel Nur-Zafer Hamide-Çakmut Özlem, *Türk Ceza Hukukuna Giriş*, 8. Baskı, Beta Yayınevi, İstanbul 2014.
- Demirbaş Timur, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 10. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara 2014.
- Fiandaca Giovanni, "Sul dolo eventuale nella giurisprudenza piu recente, tra approccio oggettivizzante-probatorio e messaggio generalpreventivo", *Diritto Penale Contemporaneo*, 2012/1, ss. 152-162.
- Fiandaca Giovanni-Musco Enzo, *Diritto Penale Parte Generale*, Zanichelli, Bologna 2007.
- Hafizoğulları Zeki-Özen Muharrem, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 6. Baskı, Us-a Yayıncılık, Ankara 2012.
- Hakeri Hakan, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 18. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2015.

<sup>68</sup> Hakeri, s. 263, 264.

- İçel Kayıhan, Ceza Hukukunda Taksirden Doğan Sübjektif Sorumluluk, İÜHF Yayınları, İstanbul 1967.
- Koca Mahmut-Üzülmez İlhan, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 5. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara 2012.
- Mantovani Ferrando, "Colpa", Umanita e Razionalita del Diritto Penale, Cedam, Padova 2008, ss. 359-378.
- Nappi Aniello, Manuale di Diritto Penale, Parte Generale, Giuffre, Milano 2010.
- Özbek Veli Özer-Kanbur Nihat-Bacaksız Pınar-Doğan Koray-Tepe İlker, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Seçkin Yayınevi, Ankara 2010.
- Özen Mustafa, Ceza Hukukunda Taksir, Adalet Yayınevi, Ankara 2011.
- Özgenç İzzet, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 8. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara 2012.
- Özgenç İzzet, "Bilinçli Taksir", Prof. Dr. Çetin Özek Armağanı, İstanbul 2004, ss. 697-722.
- Öztürk Bahri-Erdem Mustafa Ruhan, Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku, 11. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara 2011.
- Ramacci Fabrizio, Corso di Diritto Penale, G. Giappichelli Editore, Torino 2007.
- Rende Domenico, "Dolo di danno, dolo di pericolo e colpa con previsione", Studi in Onore di Mariano d'Amelio, Roma 1933.
- Romano Mario, Commentario Sistematico del Codice Penale, vol. I, Giuffre, Milano 1995.
- Soyaslan Doğan, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 4. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2012.
- Tassi Sauro, Il dolo, Cedam, Padova 1992.
- Toroslu Haluk, Ceza Hukukunda İsnat Yeteneği, Savaş Yayınevi, Ankara 2015.
- Toroslu Nevzat-Toroslu Haluk, Ceza Hukuku Genel Kısım, 22. Baskı, Savaş Yayınevi, Ankara 2016.
- Toroslu Nevzat-Ersoy Yüksel, "Kanunlaşmaması Gereken Bir Tasarı", Türk Ceza Kanunu Reformu, İkinci Kitap, TBB Yayını, Ankara 2004, ss. 1-21.
- Ünver Yener, "YTCK'da Kusurluluk", *Ceza Hukuku Dergisi*, y. 1, sy. 1, Ekim 2006, ss. 37-73.
- Zafer Hamide, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 4. Baskı, Beta Yayınevi, İstanbul 2015.

# YARGITAY KARARLARINDA TÖRE SAIKIYLE ÖLDÜRME SUÇU

## UNDERSTANDING THE CONCEPT OF CUSTOMARY KILLING IN THE LIGHT OF RULINGS OF THE APPEAL COURT

Recep DOĞAN\*

**Özet:** Bu makalede, hukuksal bir kavram olarak Türk hukukuna 2005 yılında 5237 sayılı Türk Ceza Kanununu ile giren “töre saikiyle öldürme” veya yaygın bilinen ifadesiyle “töre cinayeti” kavramının kapsamı ve içeriği Yargıtay kararları referans alınarak açıklanacaktır. Namus/töre cinayetleri ayrımı bağlamında, her bir hukuksal yaklaşım ilişkin olarak konunun yerel mahkemeler ve Yargıtay tarafından zaman içinde ele alınış biçimi, 2005-2015 yılları arasında Yargıtay 1. Ceza Dairesi ve Yargıtay Ceza Genel Kurulu tarafından verilen mahkeme kararlarından örnekler ile tartışılacaktır. Töre saikine ilişkin hukuki düzenlemenin bilimsel verilere dayanmadığı, bilimsel verilere dayanmaksızın yapılan hukuki düzenlemenin kapsam ve içeriğini ortaya koymak adına girilen çabaların da sonuçsuz kalacağı savunulacaktır.

**Anahtar Kelimeler:** Kasten Öldürme Suçu, Töre Saiki, Töre Cinayeti, Namus Saiki, Haksız Tahrik

**Abstract:** In Turkey, a distinction is drawn between “honour killings” (namus cinayetleri) and “murders of tradition or custom” (töre cinayetleri). Though there is no specific provision in the current Turkish Penal Code regulating honour killings, Article 82/1-k of the Turkish Penal Code now stipulates that killings in the name of töre (custom or tradition) have to be considered as a case of aggravated homicide and the perpetrator must be sentenced to life imprisonment. However, this distinction seems very artificial when it is considered that the concept of honour is, itself, shaped by the cultural norms, traditions or customs. Therefore, in the light of rulings of Turkish Appeal Court’s Criminal Division and its 1st Criminal Chamber, this article discusses the concept of the murder committed in the name of custom or tradition. The article argues that this term otherwise known as customary killing has no scientific foundation, and it was invented to reduce a murder charge to manslaughter and allow the defendant to benefit from defence of provocation in case of sexual infidelity.

**Keywords:** Murder, the Motive of Custom, Customary Killing, the Motive of Honour, Provocation

\* Dr., Uppsala Üniversitesi Hugo Valentin Araştırma Merkezi Misafir Araştırmacı, recepdogan06@hotmail.com.

## GİRİŞ

Hukuksal bir kavram olarak Türk hukukuna 2005 yılında 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu ile giren “töre saikiyle öldürme” veya daha yalın bir ifadeyle “töre cinayeti” kavramının neyi ifade ettiğine dair, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu’nun gerek genel gerekçesinde, gerekse madde gerekçelerinde tatmin edici bir açıklamaya yer verilmemiştir. Kanun koyucu, sadece töre saikiyle işlenen cinayetlerde haksız tahrik hükümlerinin uygulanamayacağını açıklığa kavuşturmak üzere, öldürme fiilinin töre saikiyle işlendiği kabul edilen durumlara ilişkin birkaç örnek vermek ile yetinmiştir.<sup>1</sup> Bununla beraber, şu ana kadar, ne 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu’nu kaleme alan ve katkı sunan akademisyenlerden, ne de diğer yazarlardan kavramın neyi ifade ettiğine dair veriye dayalı bir değerlendirme yapılmamıştır.

“Töre cinayeti” kavramının kapsamı ve içeriği, şu ana kadar kriminoloji, sosyoloji veya antropoloji bilimince bilimsel esaslara göre açıklanmış değildir. Açıklanması da mümkün gözükmemektedir. Bu bağlamda, namus şiddeti ve cinayeti ile ilgili olarak Türkiye’de yapılan ve temsil kapasitesi sınırlı olan araştırmaların bulgularının araştırmacı tarafından veya onun iradesi dışında genelleştirilerek yansıtılması eğilimi, namus cinayetlerinden farklı bir biçimde değerlendirilen ve adına “töre cinayeti” denilen yeni bir cinayet kategorisinin ve algısının oluşmasına ister istemez katkı sağlamıştır.<sup>2</sup>

Bir sorunun nasıl kavramsallaştırıldığı veya nasıl adlandırıldığı onun nasıl çözüleceğini veya çözülmek istendiğini de gösterir.<sup>3</sup> Töre kavramını cinayet gibi bir kavram ile yan yana anmak, her şeyden önce bu cinayetin, bireysellik, karar alma, kişilik gibi kavramların fazla gelişmediği, bireyin gruptan cemaatten veya topluluktan ayrı düşünülmediği bir anlamının kalmadığı, feodal bağlar veya kan bağları ile birbirine bağlı insanların yaşadığı bölgelerde görülebile-

<sup>1</sup> <https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem22/yil01/ss664m.htm>. TBMM Adalet Komisyonunca kabul edilen madde gerekçeleri.

<sup>2</sup> Başbakanlık Kadınının Statüsü Ve Sorunları Genel Müdürlüğü, Töre Cinayetleri Panel Bildirileri, Ankara, 1999; Mehmet Faraç, Töre Kıskaçında Kadın, Dördüncü Basım, Günizi Yayıncılık, İstanbul, 2006.

<sup>3</sup> Türkan Yalçın Sancar, Türk Ceza Hukukunda Kadın, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2013, s.267.

cek bir sorun olduğunu düşündürmektedir. Bu algılama biçiminde, dolayısıyla konuya Türkiye açısından bakıldığında sorun Kürtlerin, Güneydoğu'nun veya Doğu'nun sorunu olmakta<sup>4</sup>, İngiltere, İsveç, Hollanda ve Almanya gibi çok farklı kültür ve dinlerden gelen göçmenlerin bir arada yaşadığı Avrupa ülkeleri açısından bakıldığında ise sorun Müslüman göçmenlerin sorunu olmaktadır. Oysa bölgesel dinamiklerde farklılıklar görülmesine ve bu farklılıklar bazen oldukça önemli ayrışmalar yaratmasına rağmen, sorunun özü kadına şiddet olgusundan kaynaklanmakta olup evrenseldir.<sup>5</sup> Bu açıdan bakıldığında, "töre cinayeti" kavramı, tamamıyla eril çıkarılara ve gündelik politikalara hizmet etmesi amacıyla adeta icat edilmiş olup Avrupa Birliği mühtesebatına uyum sağlamada bir vitrin malzemesi (*window dressing*) işlevi görmüştür.

Dolayısıyla, bu çalışmada, "töre saikine" ilişkin hukuki düzenlemenin bilimsel verilere dayanmadığı Yargıtay kararları referans alınarak açıklanacaktır. Namus/töre cinayetleri ayrımı bağlamında, her bir hukuksal yaklaşıma ilişkin olarak, konunun yerel mahkemeler ve Yargıtay tarafından zaman içinde ele alınış biçimi, 2005-2015 yılları arasında Yargıtay 1. Ceza Dairesi ve Yargıtay Ceza Genel Kurulu tarafından verilen mahkeme kararlarından örnekler ile tartışılacaktır. Bu bağlamda, yargı kararları Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun 11.05.2010 tarihli kararına kadar geçen dönemde verilen kararlar ile bu tarihten sonra verilen kararlar olmak üzere iki başlık altında incelenecektir.

## YARGITAY CEZA GENEL KURUL KARARINDAN ÖNCEKİ DÖNEM

Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun 11.05.2010 tarihli kararına kadar geçen dönemde Yargıtay'ın töre saikiyle öldürme suçunu nasıl değerlendirdiğine dair yaklaşımları 3 başlık altında incelemek mümkündür.

<sup>4</sup> Sancar, 2013, s. 257-259, Türkan Yalçın Sancar, "Töre Ötekinin Sorunu (mu)?" Güncel Hukuk, Eylül 2007, s.12-18.

<sup>5</sup> Nicole Pope "Namus Cinayetleri: Ataerkil Denetim Araçları", Namus Adına Şiddet Kuramsal ve Siyasal Yaklaşımlar içinde (Der. Shahrzad Mojab, Nahla Abdo, Çev. Güneş Kömürçüler). İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2006, s.107-116, s.107.



## 1- Cezalandırma Amacıyla Alınan Bir Kararın Planlı Olarak İcrası Düşüncesi

İlk zamanlarda mahkemeler, töre saikiyle hareket edildiğinin kabul edilebilmesi için, failin “töre”nin baskısıyla içselleştirilmiş bir karar alması ve bu kararda sebat ve ısrar ederek, bilahare kararını icra etmesi gerektiğini belirtmekteydiler. Bu algılama biçiminde, töre saikiyle öldürme suçu, maktulün önceki davranışlarına yönelik olarak cezalandırma amacıyla alınan bir kararın planlı olarak icrasından ibarettir ve bu suç ancak tasarlanarak işlenir. Dolayısıyla bu görüşe göre, ani olarak gelişen bir olayın neticesinde işlenen cinayetlerde, töre saikinin mevcut olduğunun kabulü mümkün değildir.

Özellikle, maktulün kendi dünya görüşü, fikirleri ve tercihlerine uygun olarak şekillendirdiği cinsel ve sosyal hayatının fail tarafından onaylanmadığı vakalarda, failin cinayet anında maktulün kendisine hakaret ettiğini iddia etmesi ya da faille maktul arasında maktulün hayat tarzına veya tercihlerine ilişkin olarak tartışma yaşanması halinde, bu görüşü benimseyen mahkemeler töre saikinin bulunmadığını kabul etmekte ve haksız tahrik hükümlerini uygulamaya devam etmekteydiler.<sup>6</sup> Sanık ile maktul arasında bir tartışmanın geçmediği

<sup>6</sup> Yargıtay 1.CD.’nin 18.07.2007 tarih 2006/4434 E, 2007/5959 K sayılı kararı ile düzeltilerek onanan, Ankara 6’ncı ACM.’nin 14.12.2005 tarih ve 2005/468 E-456 K sayılı kararı:

“Sanık savunmasında kendisini aldattığı için eşini öldürdüğünü, ölmeden önce olay günü saat 18.00’ da maktul eşinin “Boşanacağım, Hüseyin ile birlikte evleneceğim.” sözü üzerine ve telefonda gelmesi nedeniyle “Hüseyin seni alıp gitsin.” dediğini ve eşinin kardeşlerini aradığını, sonradan maktulün kardeşleri geldikten sonra tartışmanın bittiğini, çocuklarını kırmayarak paten kaymaya gittiğini, gelirken yine Hüseyin’den telefon geldiğini, eşinin “Seni bu zamana kadar boynuzluyorum, kavat, şerefsiz.” gibi sözler söylediğini belirtmiş, tüm dosya kapsamına göre maktulün Hüseyin ile konuşmasının veya telefon ile görüşmesinin olay günü olmadığı, bundan önce uzun süredir bu görüşmelerin devam ettiği, sanığın bunu bildiği, tartışmaların olduğu olay gecesi akrabaların girişimi ile durum tatlıya bağlanır gibi görünmüşse de, daha sonra sanık ile maktulün dolaşmaya çıktıkları, eve dönerken tekrar telefon gelmesi üzerine tartışmanın büyüyip sanığın maktulü tahrik altında öldürdüğü...” anlaşılmıştır.

Bu vakada sanığa TCK’nun 82/1-d ve 29’uncu maddeleri gereği 20 yıl hapis cezası verilmiş, 62’nci maddenin uygulanmasını müteakip fail 16 yıl 8 ay hapis cezası ile cezalandırılmıştır.

Ayrıca bkz.Yargıtay 1.CD.’nin 09.07.2008 tarih ve 2007/6780 E, 2008/5801 K sayılı kararı ile onanan, Tekirdağ ACM.’nin suç tarihinde 17 yaşında olan ve ablasını öldüren sanık hakkındaki 2006/59 E-415 K sayılı kararı.

hallerde ise maktulün evlilik birliği devam ederken eşinden ayrılarak başka bir erkekle birlikte olması, başlı başına haksız tahrik sebebi olarak kabul edilmekte idi.<sup>7</sup>

Ancak bu döneme ilişkin Yargıtay'ın ve mahkemelerin kararlarında tutarlılık olduğunu söylemek mümkün değildir. Maktulün önceki davranışlarının ve hayat tarzının fail tarafından içselleştirilmiş sosyal normlara uygun bulunmadığı gerekçesiyle alınan öldürme kararının planlı olarak icra edildiği hallerde bile, mahkemeler tarafından töre saikinin mevcut olmadığı yönünde kararlar verildiği görülmüştür. Bu bağlamda, mahkemelerin 5237 sayılı TCK'nun yürürlüğe girmesinden önce yaşanan "töre" kavramının "namus" kavramından çok farklı olduğu şeklindeki yorum ve tartışmalardan olumsuz etkilendiğini söylemek mümkündür. Çünkü aşağıda ayrıntıları ile açıklanacağı üzere, "töre"nin azınlık teşkil eden bir gruba ait olduğu ve ahlaki açıdan "daha kötü olarak" nitelendirilmesi gereken daha dar bir anlama sahip olduğu iddiası söz konusu tartışmaların özünü oluşturmaktadır. Nitekim 11 Temmuz 2004 tarihinde 25 bıçak darbesi ile işlenen ve cinayetten sonra failin sokağa çıkıp "Namusumu temizledim!" diye bağırdığı bir olaya ilişkin olarak, Adana 2. Ağır Ceza Mahkemesi,<sup>8</sup> failin 5237 sayılı TCK'nun haksız tahrik hükümlerinin lehine olduğu iddiası ile yapmış olduğu uyarılama talebini kabul etmiş, daha önceden 20 yıl olan hapis cezasını 15 yıl hapis cezasına indirmiş, olayın töre saikiyle gerçekleştiğini kabul etmemiştir. Yine suç tarihinde 16 yaşında olan bir çocuğun ablasını genelevde çalıştığı gerekçesiyle öldürmesi, eski eniştesini de öldürmeye teşebbüs etmesi

<sup>7</sup> Yargıtay 1.CD.'nin 20.02.2008 tarih 2007/5653 E, 2008/1186 K sayılı kararı ile onanan, Üsküdar 3'üncü ACM.'nin 08.11.2006 tarih ve 2006/92 E-281 K sayılı kararı.

<sup>8</sup> Söz konusu karara göre, sanık, para karşılığı erkeklerle birlikte olduğunu iddia ettiği annesine 11'i öldürücü olmak üzere toplam 25 bıçak darbesi saplamış, ardından, dışarı çıkıp "Namusumu temizledim!" diye bağırdıktan sonra, tekrar içeri girip cesedi sürükleyerek dışarı çıkarmış, sokakta başında beklemiştir. Adana 2. Ağır Ceza Mahkemesi 2006/129 E-274 K sayılı kararı ile "kışkırtmayı oluşturan hareketlerin sürekliliği, ahlaka aykırılık boyutu, yöresel koşullar, anne-oğul ilişkisi beraber nazara alındığında, yaşananların kışkırtmanın basit halini aştığına, bu halde cezanın 5237 sayılı TCK'nun takdiri hafifletici nedenlere ilişkin 62/1 maddesinin uygulanmasından önce 18 yıl hapis cezası olarak uygulanmasının uygun olduğuna" ve nihai cezanın da 15 yıl hapis olarak belirlenmesine karar vermiştir. Görüldüğü üzere, bu olayda failin töre saikiyle hareket ettiği kabul edilmemiş, fail haksız tahrik indiriminden yararlanmıştır.

ile ilgili olarak İzmir Çocuk Ağır Ceza Mahkemesi töre saikine ilişkin olarak hiçbir değerlendirme yapmamış, sanığın ablasını kasten tasarlayarak öldürdüğünü belirtmiştir.<sup>9</sup>

Bu kararlara göre, erkekler yaşları her ne olursa olsun kadınların hayat tarzını onaylayıp onaylamama hakkına sahip bulunmaktadır. Erkekler tarafından onaylanmayan hayat tarzı veya tercihler ise yine erkekler için haksız tahrik teşkil edebilmektedir. Yine bu kararlardan anlaşıldığı üzere, fail ile maktul arasında akrabalığın derecesi ve işlendiği iddia edilen *fuhuş ve erkeklerle beraber olma* gibi fiillerin ahlaki kötülüğü, maktulün esasında, hayat tarzının “eril” sosyal normlara uygun bulunmadığı gerekçesiyle planlı bir şekilde öldürüldüğü gerçeğinin göz ardı edilmesine neden olmaktadır.<sup>10</sup> Öyle ki, “ailesine sahip çıktığı”, “annesinin veya kız kardeşinin hamiliğini üstlendiği” gerekçesiyle mahkemenin sempatisini kazanan bazı sanıklar hakkındaki kararlarda, akrabalık derecesinin de bir öneminin bulunmadığı görülmektedir. Maktulün, içeriği ancak mahkemece bilinen sosyal normlara aykırı olarak “ideal kadın, eş veya anne modelinden uzaklaşması”, haksız tahrik hükümlerinin uygulanması için yeterli bulunmaktadır. Nitekim üvey kız kardeşinin yaşam tarzının fail üzerinde haksız tahrik oluşturduğu gerekçesiyle verilen kararın bozulması üzerine, yerel mahkeme, bu kez, gayri resmi olarak evli olan üvey kız kardeşin kocasını ve çocuklarını bırakarak evden ayrılmasının “annelik” olgusu ile bağdaşmadığını belirtmiş, ardından, üvey kız kardeşin “ideal anne,

<sup>9</sup> Yargıtay 1.CD.’nin 10.04.2007 tarih ve 2006/2002 E, 2007/2581 K sayılı kararı ile onanan İzmir 1.Çocuk ACM.’nin 20.10.2005 tarih ve 2005/387 E-842 K sayılı kararı. Sanığa, ablası Songül’ü öldürme suçundan 5237 sayılı TCK’nun 82/1-a, d maddesi ve 29’uncu madde gereğince 18 yıl hapis cezası verilmiş, yaşının küçüklüğü sebebiyle TCK’nun 5377 sayılı kanun ile değişikliğinden önceki 31/3 maddesi uyarınca sanık 8 yıl hapis cezasına çarptırılmıştır.

<sup>10</sup> Yargıtay 1.CD.’nin 12.03.2007 tarih 2006/6680 E, 2007/1345 K sayılı kararı ile onanan Diyarbakır 3. ACM.’nin 29.12.2005 tarih 2005/467 E-411 K sayılı kararı: “Maktulenin 18 yaşını bitirmediği halde evden kaçtığı, anne babasının eve getirmesine rağmen tekrar kaçtığı, toplumda fuhuş yaptığı yönünde kanaat bulunduğu, otopsi raporuna göre kızlığının bozulmuş olduğu, daha önceden resmi ya da gayri resmi herhangi bir evlilik yapmamış olması dikkate alındığında, maktulenin bu durumu sanığın yaşadığı sosyal ve kültürel yapı özellikleri göz önüne alınarak sanık lehine haksız fiilin meydan getirdiği hiddet ve elemde dikkate alınarak 5237 sayılı TCK’nun 29’uncu maddesi gereğince haksız tahrik nedeniyle indirim sebebi kabul edilmiştir.”

ideal eş ve ideal hayat" prototipinden ayrılarak olağan olmayan bir yaşam biçimine saptığı gerekçesiyle, üvey-ağabey hakkında haksız tahrik hükümlerinin uygulanmasına karar vermiştir.<sup>11</sup>

Buraya kadar yapılan tartışmalardan da anlaşılacağı üzere, bu kararların verildiği dönemde, 5237 sayılı TCK'nun yürürlüğe girmesinin üzerinden 2 yılı aşkın bir zaman geçmesine rağmen mahkemeler eski uygulamalarına devam etmişlerdir. Konunun ciddiyeti, mahkeme kararlarının tutarlı olmaması, "töre saiki" kavramının içeriğine ilişkin olarak 5237 sayılı TCK'nun gerekçesinde herhangi bir açıklamaya yer verilmemesi, öğretide de bu konuya ilişkin tatmin edici ve veriye dayalı araştırmaların bulunmaması sebebiyle, "töre saiki" kavramının hukuki içeriğinin belirlenmesi zorunlu hale gelmiş, bu ihtiyaç Yargıtay 1.Ceza Dairesinde yazılan bir karşı oy gerekçesinde açıkça belirtilmiştir.<sup>12</sup> Bunun üzerine, Yargıtay uygulamada birlik sağlamak üzere, töre saiki ile işlenen suçlarda "aile meclisi kararının" bulunması gerektiği düşüncesine yönelmiş ve bu yönde bozma kararları vermiştir.

<sup>11</sup> Yargıtay 1.CD.'nin 10.10.2007 tarih ve 2007/1118 E-7429 K sayılı kararı ile onanan Zonguldak 1.ACM.'nin 21.06.2006 tarih ve 2006/124 E-160 K sayılı kararı:

"Toplum yapımız gereği sanıkla maktule ve maktulenin küçük çocuklarını aynı ailenin bireyleri olarak görmek zorunludur. Diğer taraftan maktule gayri resmi evli olsa bile bu yaşamını sürdürürken ailevi sorumluluklarını özellikle küçük çocuklarının bakım ve sorumluluğunu gözetmek zorundadır. Olayımızda bu küçük çocukların bakıp gözetilmesi sorumluluğunu bırakarak evi terk eden ve olağan yaşam akışına ters olarak başka arayışlar içinde bulunduğu anlaşılan maktulenin bu hareketleri tahrik nedeni kabul edilmiş ve sanık lehine 5237 sayılı Kanun'un 29'uncu maddesinin uygulanması gerektiği kanaatine varılmıştır".

Sanık TCK'nun 82/1-d, 29 ve 62'nci maddeleri gereğince 20 yıl hapis cezası ile cezalandırılmıştır.

<sup>12</sup> Yargıtay 1.CD.'nin 19.11.2007 tarih ve 2007/2927 E-8501 K sayılı kararında yer alan karşı oy gerekçesi:

"Töre, (halk deyimiyle "namus") cinayetleri genellikle aşiret yapısına sahip çağdışı oluşumlarda, ataerkil yapının gereği ortaya çıkan alt kültürün özellikle kadına tanıdığı statüye ve buna bağlı olarak biçimlenen çarpık namus anlayışına aykırı davranışın hukuk dışı yaptırımı olarak ortaya çıkmaktadır. Töre için öldürme eylemi bir saik suç olarak tanımlanmıştır. Çoğunlukla aile meclisinin aldığı kararın yerine getirilmesi biçiminde kendisini göstermektedir. Ancak, mutlaka aile birliğinin kararının varlığı suçun zorunlu unsurunu oluşturduğu söylenemez. ... "Töre saikiyle" insan öldürme suçlarında tahrik hükümlerinin uygulanıp uygulanmayacağı konusuna ayrıca açıklık getirilmelidir." (Muhafif Üyeler, Salih Zeki İskender, Şerafettin İste)

## 2- Kolektif Bir Kararın Ve Aile Meclisi Kararının Bulunması Gerektiği Düşüncesi

Töre saiki ile işlenen cinayetlerin kolektif bir kararın ürünü olduğuna vurgu yapmak amacıyla geliştiren ve uygulamada birlik sağlama yönüyle bu düşünce, 2008 yılında Yargıtay 1. Ceza Dairesi'nin bozma kararları ile şekillenmiş bulunmaktadır. Ancak ilk aşamada verdiği bozma kararlarında, Yargıtay bu düşüncesine dayanak teşkil edecek herhangi bir veriye yer vermemiş, öğretide yer alan herhangi bir tartışmaya değinmemiştir.<sup>13</sup>

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda yer alan töre saikinin ispatında kullanılan "aile meclisi kararı" ölçütü "geniş aile" varsayımına dayanmaktadır. Ancak Yargıtay, bu varsayımında "geniş aile" yapısı ile ilgili belli ön kabullerden hareket etmekte, genelleme yaparken konuya gereken hassasiyeti göstermemektedir. Yargıtay'ın töre cinayetinin işlendiği ailenin sadece geniş bir aileden oluşması gerektiği ve bu ailenin de ancak ileri gelenlerinin toplanarak cinayet konusunda karar vermesi gerektiği savı, "töre cinayeti" olarak adlandırılan cinayetlerdeki

<sup>13</sup> Yargıtay 1.CD.'nin 14.03.2008 tarih ve 2007/6700 E, 2008/1986 K sayılı kararı: "Kardeşe, çocuğa ve gebe olduğu bilinen maktule karşı işlenen öldürme suçunun, alınan aile meclisi kararı sonucu gerçekleştirildiğini gösteren kesin ve inandırıcı kanıt bulunmadığı bu nedenle suçun töre saikiyle işlendiğinden söz edilemeyeceği anlaşıldığı halde, 5237 sayılı TCK'nun 82/1-d-e-f maddeleri yerine 82/1-d-k maddeleri uyarınca karar verilmesi... bozmayı gerektirmiştir." Yargıtay 1.CD.'nin 25.04.2008 tarih ve 2007/8437 E, 2008/3340 K sayılı kararı: "Maktule Hatice'nin önceden evlenip boşandığı ve anne babası ile beraber yaşamaya devam ettiği, bu süre içerisinde kız kardeşi Ayten'in eşi olan Remzi Yılmaz ile cinsel birliktelik yaşayıp hamile kaldığı, çocuğu aldırıldığı, bu durumun babası ve kardeşleri tarafından öğrenilmesi üzerine olaydan bir ay kadar önce Remzi ile beraber kaçtıkları, olayı öğrenen sanıkların toplanarak konuyu konuşup öldürülmesi konusunda karar aldıkları, bu karar doğrultusunda maktuleyi arayıp Beyşehir ilçesinde olduğunu öğrenmeleri üzerine sanıklardan Musa, Mehmet, Yüksel ve Hayati'nin buradan maktuleyi alıp getirdikleri ve öldürme fiilinin de Dursun tarafından gerçekleştirildiği olayda, sanıkların töre saikiyle hareket ettikleri ve haklarında 5237 sayılı TCK.82/1.maddesinin "k" bendinin de uygulanması, suçun işlenmesindeki saik nedeniyle tahrike dayalı indirimden de yararlandırılmamaları gerektiği halde yazılı şekilde suç vasfının belirlenmesinde ve tahrike dayalı indirimde hataya düşülmesi... bozmayı gerektirmiştir." Ayrıca bkz.Yargıtay 1. CD.'nin 01.02.2010 tarih ve 2009/8861 E, 2010/605 K sayılı kararı, Yargıtay 1. CD.'nin 22.01.2010 tarih ve 2009/1759 E, 2010/246 K sayılı kararı, Yargıtay 1.CD.'nin 24.01.2008 tarihli kararı ile onanan Gaziantep 3.ACM.'nin 15.09.2006 tarih ve 2005/452 E, 2006/245 K sayılı kararı.

şiddetin, belirli bir “öteki” kültürel yapının, daha doğrusu “ötekilerin” sorunu olduğu ön kabulünden kaynaklanmaktadır.

Bu ön kabulde, modernlikten veya “modernite”den nasibini alamamış “ötekilerin” cinayete neden olan zararlı kötü bir geleneğinin mevcut olduğu, sorunun kaynağının bu kötü “töre” olduğu düşüncesi hâkimdir. Adeta Batı’da görülen kendi kültürü dışındaki kültürlerin kadın karşıtı olduğu, bu nedenle kötü olduğu düşüncesini yansıtan “şarkiyatçı”<sup>14</sup> söylemlerde olduğu gibi, bu yaklaşımın da temsiliyet ve iktidar ilişkileri bağlamında şarkiyatçı temellerinin olduğunu söylememiz hata olmaz. Çünkü burada Edward Said’in<sup>15</sup> sürekli dile getirdiği “temsiliyet” olgusundan hareketle, yargı organı şiddete neden olan zararlı kültürel geleneğin ne olduğu, nasıl oluştuğu veya kaynağı ile ilgilenmemekte, bu zararlı geleneğin nasıl temsil edildiği hususuna yoğunlaşmaktadır. Bir başka deyişle, yargı organı bu geleneğin kendisine yaygın bir biçimde sunulan tezahürü ile ilgilenmekte, diğer hususları göz ardı etmektedir. Zararlı geleneğin algılanan tezahürüne yoğunlaşma ise ana-akım kültürde görülen şiddet eylemlerinin yok sayılmasına, görmezden gelinmesine veya ikincil plana itilmesine neden olmaktadır.

Yine “aile meclisi kararı” gibi tanımlamalar ile konuyu basitleştirmek, sadece ve sadece siyasi iradenin kısa sürede çözüm sağlayacağını düşündüğü, önleyici politikaların üretilmesine izin verir. Çünkü bu durumda önem atfedilen şey, suçun dış görünümü, belirtisi veya yansıtılan biçimidir. Şiddet olayının kökeninde yatan ve daha geniş toplumsal sonuçları olan asıl komplike faktörler ise önemli gözükmemektedir. Asıl faktör ya popüler olmadığı için siyasi iradenin ilgisini çekmez ya da çetrefilli olduğu için kısa sürede sonuç alınması mümkün değildir. Dolayısıyla sorunları kısa sürede çözüme mantığına dayanarak varlığını sürdüren siyasal iktidar, sorunu basitleştirerek kısa sürede çözüm sağlayacağını düşündüğü, önleyici politikaların üretilmesine izin verir. Siyasi iradenin kendine sunduğu hukuki metinle hareket eden yargı da, “töre cinayetlerini” tanımlama sorunu ile karşı

<sup>14</sup> Edward W Said, *Orientalism, Western Conceptions of the Orient*, Routledge and Kegan Paul Ltd., London, 1978.

<sup>15</sup> Said, 1978.



karşıya kaldığında, toplumda kabul gören, ancak doğruluğu tartışılmayan popüler verilerden yola çıkarak sorunu tanımlamaya çalışacak, kendisine en basit gelen ve kabul gören tanımı tercih edecektir. Daha zor olan, sorunun kaynağını teşkil eden, ancak çözüme katkısı zaman alacak asıl faktörlere hitap etmeyi tercih etmeyecektir.

Ancak bu basit tercihin bile kendi içinde tutarsızlıkları vardır. “Aile meclisi kararı” deyimi, adından da anlaşılacağı üzere, üç temel unsurdan oluşan çeşitli varsayımlara dayanır. Aile, meclis ve karar. Yukarıda belirtildiği üzere, “aile meclisi kararı ölçütü” öncelikle “geniş aile” varsayımına dayanmaktadır. Oysa tek ebeveynli aile, aynı cinsiyete dayalı evliliklerin oluşturduğu aile gibi, farklı aile tanımlamaları da vardır. Sadece çocuk ve babadan oluşan ya da kız ve erkek kardeşten oluşan bir ailede, babanın veya erkek kardeşin iradesinin kızını veya kız kardeşini öldürmek yönünde tecelli ettiğini varsayalım. Burada gerçekleşen öldürme eylemi bireysel bir iradeyi yansıtmakta olup kolektif bir iradeyi yansıtmaz. Bu durumda, yine bir kararın varlığından söz edilebilir mi? Yine “karar” aynı amaca yönelik birden fazla iradenin uzlaşması üzerine meydana gelir. O halde ölüm mevzusunu konuşmak üzere toplandığı iddia edilen meclisin uzlaşması oy çokluğu ile olacaksa, karara katılmayanların hukuki statüsü ve sorumluluğu ne olacaktır? Ya da karar alma sürecine katılma hakkı olduğu düşünülen kişilerin her birinin oyu eşit midir? Aşiretin, grubun veya topluluğun tüm üyelerinin karşı yönde görüş bildirmesine rağmen, liderin öldürme yönünde görüş bildirmesi halinde ne olacaktır? Bu durumda, halen bir kararın varlığından bahsedilebilir mi? Yoksa tek kişinin iradesi, aile meclisi kararı olarak mı kabul edilecektir? Karar alma sürecine katılabileceği düşünülen kişiler kimlerden oluşmaktadır? Bu kişiler nasıl bir mecliste veya süreçte karar alacaktır? Karar herkesin huzurunda mı alınacaktır? Bu sorular, sadece “aile meclisi kararı” teriminden yola çıkılarak farkına varılabilecek mantıklı tutarsızlıklara ilişkin olup hukuki açıdan da bir çıkmaza işaret etmektedir. Nitekim aile meclisinde kararların her zaman oy birliği ile alınmadığı, aile üyelerinden bazılarının kararlara karşı çıktığı,<sup>16</sup> bu akrabaların sorumlu-

<sup>16</sup> Yargıtay 1.CD.’nin 08.04.2009 tarih ve 2009/2339 E, 2009/1937 K sayılı kararı  
Yargıtay 1. CD.’nin 01.02.2010 tarih ve 2009/8861 E, 2010/605 K sayılı kararı  
Yargıtay 1.CD.’nin 30.01.2009 tarih ve 2008/10901 E, 2009/293 K sayılı kararı



luğunun suçun işlenmesine yardım niteliğinde değerlendirildiği,<sup>17</sup> kararın alınış şekline ilişkin olarak da akrabaların hayatın olağan akışına aykırı olarak, maktulenin veya maktuleyle duygusal yakınlığı olan kişilerin (kız kardeş vs.) yanında ölüm kararı alamayacakları<sup>18</sup> hususları Yargıtay tarafından da kabul edilmekte olup bu düşüncenin kendi içinde tutarsızlıklar barındırdığı açıktır.

Bununla beraber maktulün öldürülmesi yönünde aile meclisinde alınacak karar, suçun ancak ayırt edici bir özelliği olabilir ve iştirak hükümlerinin uygulanması açısından önem arz eder. Bunun dışında, bu kararın suçun unsuru olarak ele alınması ve yorumlanması mümkün değildir.<sup>19</sup>

Töre saikine ilişkin bu yorumunda Yargıtay, töre cinayetlerini namus saikiyle işlenen cinayetlerin özel bir biçimi olarak görmekte ve suç işleme kararının alınış biçimine vurgu yaparak cinayetin kolektif bir iradenin ürünü olması gerektiğini varsaymaktadır. Bu ise, töre saikiyle işlenen cinayetlerin, birey ve bireysellik gibi kavramların kısmen geri planda kaldığı Kürtlere özgü bir sorun olduğu algısı yaratmaktadır.<sup>20</sup> Oysa sadece iştirak hükümlerinin uygulanması açısından önem arz eden bir hususu suçun unsuru sayan bu yorum, gerçeği yansıtmadığı gibi, kadına karşı şiddetin en kötü tezahüründen başka bir şey ifade etmeyen bu cinayetleri “namus” ve “töre” şeklinde kategorileştirerek belli bir etnik veya kültürel kimlik ile ya da dinle ilişkilendirmek de mümkün değildir.

Nitekim Yargıtay 1. Ceza Dairesi de bu görüşünde ısrar etmemiş, suç işleme kararının kolektif bir iradenin ürünü olmadığı, bireysel bir karara dayanarak işlenen öldürme suçlarında da töre saikinin

<sup>17</sup> Yargıtay 1.CD.’nin 24.01.2008 tarihli kararı ile onanan Gaziantep 3.ACM.’nin 15.09.2006 tarih ve 2005/452 E, 2006/245 K sayılı kararı.

<sup>18</sup> Yargıtay Ceza Genel Kurulunun 19.11.2013 tarih ve 2013/1-355 E, 2013/456 K sayılı kararı:

“Aile meclisinin ölüm kararı vermek için, ablası ile duygusal yakınlığı olan 14 yaşındaki Dilek ile birlikte toplanması, kararın onun yanında açıklanması hayatın olağan akışına aykırıdır. Dayı olan sanıkların eylemi gayri ahlaki yaşantısı bulunan ablasının etkisinden kurtulması, aynı yaşantı tarzını benimsememesi için Dilek’i tehdit etmekten ibarettir.”

<sup>19</sup> Sancar, 2013, s.260.

<sup>20</sup> Ertuğrul Özkök “Asıl Kürt Sorunu Bu”, Hürriyet, 14 Haziran 2006; Aydın Fındıkcı, Töre Cinayetleri Kürt Kültürünün Bir Parçası (mı)?, İmaj Yayınları, Ankara, 2010.

bulunabileceğine karar vermiştir. Aile meclisi kararının suçun esaslı ve zorunlu unsurunu oluşturmadığı düşüncesinin kabul edildiği bu kararlarda, Yargıtay'ın, eşlerin birbirine karşı olan sadakat yükümlülüğünü ihlal ettiği, yani evlilik birliği devam ederken bir başkası ile cinsel ilişkide bulunduğu haller hariç,<sup>21</sup> kadınların içselleştirilmiş sosyal normlara uygun görülmeyen hayat tarzı veya tercihlerinin erkekler için haksız tahrik teşkil etmeyeceği yönünde olumlu bazı kararlar verdiği görülmüştür.

Bu kararlarda, Yargıtay'ın "namus" ve "töre" kavramlarını bazen birbirleri yerine geçen kavramlar olarak kullandığı, "namus kurtarmak" ve "töre saikiyle" insan öldürmek fiillerinin aynı duygu ve düşüncelerin etkisi ile işlenen suçlar olduğu yönünde yorumda bulunduğu, hatta "töre saikiyle öldürme suçunu" haksız tahrik hükümlerinin uygulanmasına yer olmayan namus saikiyle işlenen suçlar şeklinde yorumlamaya başladığı anlaşılmıştır. Giderek bu yorumda ısrar eden Yargıtay 1.Ceza Dairesi, bu kez aslında Türk Ceza Kanunu sistematığında "ceza sorumluluğunu azaltan" bir sebep olarak başlı başına ayrı bir yere sahip olan "haksız tahrik" müessesini suçun unsuru haline getirmiş, işlenen fiilin kanuni tipe uygunluğunu denetlemede bir ölçüt olarak kullanmaya başlamıştır.<sup>22</sup> Bu bağlamda, işlenen suçta haksız tahrik hükümlerinin uygulanıp uygulanmayacağına açığa kavuştu-

<sup>21</sup> Yargıtay 1.CD.'nin 08.06.2009 tarih ve 2008/248 E, 2009/3287 K sayılı kararı: "Sanığın, olay günü annesi Yeter ile maktulü parkta birlikte gördüğü, öpüşüklerini düşünerek annesine tokat vurduğu, maktulü de konuşma bahanesiyle arabasına bindirip ıssız bir yere götürerek bıçaklamak suretiyle öldürdüğü olayda; sanığın annesinin, kendi yaşam ve davranışlarından dolayı oğluna karşı bir sorumluluğunun olmayıp sadece TMK'nun 185/2.maddesine göre, eşine karşı sadakat yükümlülüğünün bulunduğu, dolayısıyla maktulün, sanığın annesiyle rızası dâhilinde arkadaşlık etmesinin, sanığa yönelik haksız bir eylem oluşturmadığı, sanığın eylemi, maktul Abdullah'ın, annesi Yeter ile görüşüp arkadaşlık etmesi nedeniyle, ailenin namus ve şerefini eksilttiği düşüncesiyle ve töre/namus saikiyle gerçekleştirildiği anlaşılmalı, 5237 sayılı TCK'nın 82/1-k, maddesi gereğince cezalandırılmaları gerekirken, suç vasfında yanılıya düşülerek kasten adam öldürme suçundan aynı yasanın 81. maddesi ile hüküm kurulması... bozmayı gerektirmiştir".

Ayrıca bkz. Yargıtay 1.CD.'nin 09.06.2009 tarih ve 2008/8741 E, 2009/3345 K sayılı kararı.

<sup>22</sup> Haksız tahrikin bulunmaması koşulunu töre saikiyle adam öldürmenin esaslı unsuru sayan görüş için bkz. Osman Yaşar, Hasan Tahsin Gökcan, Mustafa Artuç, Yorumlu-Uygulamalı Türk Ceza Kanunu, 2. Cilt, Md.45-85, Tamamen Gözden Geçirilmiş, 2. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2014, s.2697-2698.

rulması, öldürmenin töre saikiyle işlenip işlenmediğinin tespiti için öncelikli olarak çözülmesi gereken bir soruna dönüşmüştür. Aslında bir suçun nitelikli halinin aynı zamanda hafifletici neden sayılması mümkün olmadığından, bu yorum, bir şeyi tekrar kendisiyle tanımlamaya benzer. Yani, töre saiki, “öldürme suçunun nitelik hali” ise ve bu nitelikli hal nedeniyle haksız tahrik hükümleri zaten uygulanamayacaksa, bir öldürme suçunu “haksız tahrik olmadığı için töre saikiyle işlenen cinayettir” diye nitelemek ile “töre saikiyle işlendiği için haksız tahrik hükümlerinin uygulanamayacağı bir cinayettir” şeklinde nitelemek arasında hiçbir fark yoktur. Bu husus ayrıntıları ile aşağıda ele alınacaktır.

### 3- Haksız Tahrik Hükümlerinin Uygulanmadığı Namus Cinayetleri “Töre Cinayetidir” Düşüncesi

Yukarda belirtildiği üzere, Yargıtay bir yanda töre saiki ile işlenen cinayetlerin kolektif bir kararın ürünü olduğu düşüncesini savunurken, diğer yandan da kolektif bir karar bulunmaksızın, maktulün hayat tarzı, tercihleri ve fikirleri gerekçe gösterilerek planlı bir şekilde öldürüldüğü ve haksız tahrikin mevcut olmadığı vakalarda da töre saikinin bulunabileceğini iddia etmektedir. Bu yeni yaklaşımın savunulduğu kararlarda, Yargıtay’ın “namus” ve “töre” kavramlarını aynı anlama gelecek şekilde kullandığı, “töre saikiyle öldürme suçunu” haksız tahrik hükümlerinin uygulanamayacağı namus saikiyle işlenen kasten öldürme suçları şeklinde tanımladığı görülmektedir.<sup>23</sup>

<sup>23</sup> Yargıtay 1.CD.’nin 30.01.2009 tarih ve 2008/10901 E, 2009/293 K sayılı kararı: “Oluşa ve dosya içeriğine göre; mağdure-katılan Yüksel’in sanığın kız kardeşi, maktule Gülşen’in ise Yüksel’in kızı olduğu, maktulenin kocasını aldattığı yönünde dedikodular çıkması üzerine maktulenin ailenin namus ve şerefini eksilten davranışlarda bulunmakla suçlandığı, maktule hakkında dedikoduların çıktığı tarihte sanığın onu öldürmeye karar verdiği, aradan yaklaşık bir yıl geçmesine karşın bu kararında ısrar ederek caymadığı, saat 06.00 sıraları sanığın, maktulenin kaldığı odaya girerek ailenin namusunu kurtarmak (töre) saikiyle hamile olduğunu ve doğumuna az bir süre kaldığını bildiği uyumakta olan maktuleye bıçakla dördü ayrı ayrı öldürücü olmak üzere dokuz ayrı yerinden vurarak tasarlayarak öldürdüğü; sanık hakkında maktule Gülşen’i tasarlayarak öldürme suçundan kurulan hüküm yönünden; sanığın maktule Gülşen’e yönelik eyleminin; gebe olduğu bilinen bir kadını, kendini savunamayacak durumda olan bir kişiyi, tasarlayarak ve töre saikiyle öldürme suçlarını oluşturduğu halde yazılı şekilde hüküm tayini bozmayı gerektirmiştir.”

Yargıtay 1.CD.’nin 08.04.2009 tarih ve 2009/2339 E, 2009/1937 K sayılı kararı: “Sanıklar Ercan ve Burhan’ın kardeşleri olan tanık Erdal ile evli olan Gülbahar’ın

Nitekim Yargıtay 1. Ceza Dairesi'ne ait bir kararda kullanılan karşı oy gerekçesinde, töre saikiyle öldürme suçunun, namusunu kurtarmak amacıyla işlenen öldürme suçunu kapsadığı açıkça belirtilmiş, TCK'nun hazırlık sürecindeki komisyonu çalışmalarından ve TCK'nın 29' uncu maddesinin gerekçesinden bu hususun anlaşıldığı ifade edilmiştir.<sup>24</sup> Ancak TCK'nun 29' uncu maddesinin gerekçesinde böyle bir ibare olmadığı gibi, ayrıntıları bilahare açıklanacağı üzere "suç ve cezada yasallık ve belirlilik ilkesi" gereği, kanun koyucunun içeriğini belirlemediği bir suçun içeriği kıyas yoluyla da tespit edilemez. TCK'nun haksız tahrike ilişkin 29' uncu maddesinin gerekçesinde yer alan husus, "töre ve namus cinayeti" olarak adlandırılan akraba içi öldürme suçlarında, haksız tahrik indiriminin yanlış biçimde uygulanmasının önüne geçilmesi amacıyla, madde metnine "haksız fiil" ibaresinin eklendiğinin açıklanmasından ibarettir.<sup>25</sup>

---

olay tarihinden 6-7 ay önce maktul Murat ile kaçtığı, ancak sanıklar Ercan ve Burhan'ın, yengeleri Gülbahar'ın kaçmasını namus meselesi kabul ettikleri ve aralarında maktul Murat'ı gördükleri yerde vurma konusunda anlaştıkları, maktul Murat'ı aramaya başladıkları, sanıkların, eylemlerini ailenin namusunu kurtarma, töre saiki ile gerçekleştirdikleri anlaşıldığı halde, 5237 sayılı TCK'nın 82/1-k maddesi gereğince cezalandırılmaları gerekirken, suç vasfında yanılıya düşülerek kasten adam öldürme suçundan aynı yasanın 81'inci maddesi ile hüküm kurulması...

Olay tarihinde evli ve reşit olan Gülbahar ile maktul Murat'ın yaşam tarzlarının sanıklara yönelik haksız fiil oluşturmayacağı gibi maktulden gelen ve haksız tahrik oluşturan herhangi bir söz ve davranış bulunmadığı, töre saikiyle öldürme olayında haksız tahrik hükümlerinin sanıklar hakkında uygulanamayacağı düşünülmeyen, tahrik hükümleri uygulanmak suretiyle eksik ceza tayini, bozmayı gerektirmiştir."

Bkz. ayrıca Yargıtay 1.CD.'nin 13.04.2009 tarih ve 2008/9743 E, 2009/2050 K; 03.03.2009 tarih ve 2008/6048 E, 2009/1039 K; 12.10.2010 tarih ve 2010/4303 E, 6578 K; 28.06.2010 tarih ve 2009/9808 E, 2010/4917 K; 13.10.2010 tarih ve 2009/10191 E, 2010/6617 K; 07.06.2010 tarih ve 2009/8804 E, 2010/4214 K sayılı kararları.

<sup>24</sup> Yargıtay 1.CD.'nin 24.3.2009 tarih ve 2009/2965 E, 2009/1533 K sayılı kararında yer alan karşı oy gerekçesi:

"Töre kavramı yasada tanımlanmamış olmakla birlikte, töre saikiyle öldürme suçunun, namusunu kurtarmak amacıyla işlenen öldürme suçunu kapsadığı, yasa komisyonu çalışmalarında ve TCK'nın 29. maddesinin gerekçesinde ifade edilmiştir. Öte yandan, yasada, töre saikiyle öldürme suçunun (namus cinayetlerinin) faili ve mağduru yönünden cinsiyet ayrımı yapılmamıştır. Diğer bir ifadeyle, bu suçun faili ve mağduru erkek ya da kadın olabilecektir. (Mehmet Yalçın (Başkan), Salih Zeki İskender (Üye))

<sup>25</sup> <https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem22/yil01/ss664m.htm>. TBMM Adalet Komisyonunca kabul edilen madde gerekçeleri.

Bu bağlamda, töre saikiyle öldürme suçu, haksız tahrik hükümlerinin uygulanmasına yer olmayan namus saikiyle işlenen kasten öldürme suçlarına verilen ad olmaktadır. Bu yaklaşıma göre, töre saikiyle öldürme suçu tasarlanmadan ani gelişen bir olay neticesinde de işlenebilir. Nitekim Yargıtay 1.Ceza Dairesi verdiği bir bozma kararında, sanıklar hakkında tasarlayarak öldürmeye teşebbüs suçundan yeterli delilin bulunmadığını, ayrıca olay öncesinde ve olay sırasında maktul ve mağdurlardan kaynaklanan sanıklara yönelik herhangi bir haksız fiil oluşturan söz veya davranış bulunmaması sebebiyle haksız tahrik hükümlerinin uygulanamayacağını, ancak sanıkların töre saikiyle hareket ettiklerinin kabul edilmesi gerektiğini belirtmiştir.<sup>26</sup>

Yargıtay bir başka kararında ise evli olduğu eşinden ayrılarak bir başkasıyla yaşamaya başlayan ve boşanma davası açmak üzere harekete geçen kadının, kocası ve çocukları tarafından öldürülmesinde, tüm faillerin aynı saik ile hareket ettiği kanaatimce açık olmasına rağmen, sanık eş yönünden Türk Medeni Kanunu'nun 185'inci maddesinde belirtilen sadakat yükümlülüğüne maktulenin uymaması gerekçe gösterilerek haksız tahrik hükümlerinin uygulanmasına ve töre saikinin bulunmadığına, maktulenin yetişkin çocukları yönünden ise maktulenin çocuklarına karşı sadakat borcunun bulunmadığına, maktulenin çocukları tarafından kendilerinin ve ailelerinin şeref ve

<sup>26</sup> Yargıtay 1.CD. 20.12.2010 tarih ve 2010/2991 E-8205 K sayılı kararı:

"Mağdur Salih'in aralarında evlilik bağı olmaksızın kız kardeşleri ile cinsel ilişkiye girip onu hamile bırakmasını namuslarını ve şereflerini eksiltten bir davranış olarak algılayan sanıkların olay günü mağdurun İstanbul'dan döndüğünü öğrenince bulunduğu kahvehaneye gittikleri, sanıkların birlikte içeri girdikleri, mağdurla aralarında herhangi bir konuşma olmaksızın sanık Cafer'in yanında bulunan tabanca ile mağdura doğru ateş ederek mağduru sağ uyluk ve sol ayak bölgesinden isabetle yaraladığı, yaptığı atışlar sonucu kahvehanede bulunan maktulün sağ koltuk altı bölgesinden, mağdur Latife'nin sağ ayağından, mağdur İbrahim'in ise sağ bacağından isabetle yaralandığı olayda; namuslarını kurtarmak düşüncesiyle mağduru öldürmeye teşebbüs eden sanıkların eylemleri 5237 sayılı TCK'na göre değerlendirildiğinde; sanık Cafer'in eyleminin töre saikiyle öldürmeye teşebbüs, sanık Hasan'ın eyleminin ise töre saikiyle öldürmeye teşebbüse yardım suçunu oluşturduğu anlaşılmakla, sanıkların suçlarının nitelendirilmesinde hata edilerek tasarlayarak öldürmeye teşebbüs ve bu suça yardımcı hüküm kurulması, Olay öncesinde ve olay sırasında maktul ve mağdurlar Latife ve İbrahim'den kaynaklanan sanıklara yönelik herhangi bir haksız fiil oluşturan söz veya davranış bulunmadığı halde, öldürme ve silahla yaralama suçlarından dolayı sanıklar lehine haksız tahrik hükmünün uygulanması," bozmayı gerektirmiştir.

namusunu eksilttiği düşüncesiyle töre (namusunu kurtarmak) saikiyle öldürüldüğüne karar vermiştir. Dolayısıyla “töre saikiyle öldürme suçu, haksız tahrik hükümlerinin uygulanmasına yer olmayan namus saikiyle işlenen suçu ifade eder” düşüncesiyle, aynı saik altında, aynı suçu işleme kararıyla hareket ettikleri açık olan sanıklardan bazıları hakkında töre saikinin bulunduğuna, diğerleri için ise haksız tahrik hükümleri uygulanamayacağı için töre saikinin bulunmadığına karar vermiştir.<sup>27</sup>

Buraya kadar yapılan açıklamalardan anlaşılacağı üzere, Yargıtay’ın 5237 sayılı Kanunun yürürlüğe girdiği 1 Haziran 2005 tarihinden 2010 yılının ortalarına kadar geçen süre içinde verdiği kararlarda tutarlılık olmadığı, temelde üç değişik görüş çerçevesinde her olayda değişik uygulamalara gittiği görülmektedir. Dahası bir karşı oy yazısında, sosyolojik olarak töre cinayetinin hem namus cinayetlerini hem de kan davalarını kapsadığı, her iki cinayet tipinin de töreye dayandığı, kan davalarında erkeklerin, namus cinayetlerinde ise kadınların öldürüldüğü, töre cinayetlerinin kadınlara yönelik namus cinayetleri olduğu iddia edilmiştir.<sup>28</sup> Bu konuda şunları ifade etmek isteriz.

Bir defa mağdurların cinsiyetine göre kan davaları ya da doğru terimle kan gütme saikiyle işlenen cinayetler ile namus saikiyle işlenen cinayetler arasında ayırım yapılamaz. Çünkü gerek benim çalışmalarım gerekse öğretilerde yer alan diğer çalışmalar, erkeklerin de namus saikiyle öldürülebileceklerini ve hedef alınabileceklerini açık bir

<sup>27</sup> Yargıtay 1. CD.’nin 28.04.2010 tarih ve 2009/6772 E, 2010/3058 K sayılı kararı.

<sup>28</sup> Yargıtay 1. CD.’nin 27.04.2010 tarih ve 2009/6525 E, 2010/3023 K sayılı kararında belirtilen Salih Zeki İskender’e ait karşı oy yazısı:

“Yeni Ceza Yasası, “töre saikiyle kasten öldürme” suçunu nitelikli öldürme suçları arasında saymış, “ağırlaştırılmış müebbet hapis” cezasıyla cezalandırılmasını yaptırma bağlamıştır. Ancak Yasada “töre saiki” kavramı tanımlanmamıştır... Yasalar yönünden suç sayılmakla birlikte belli bir kültürün üyelerinin suç saymadığı eylemler vardır ki bunlar kan davaları ile namus cinayetleridir. İkisi de törelere dayalı suçlardır. Töre cinayetlerinden kan davaları erkeklerin; namus cinayetleri ise kadınların öldürülmesine yöneliktir. Töre cinayetleri, kadına yönelik bir tür namus cinayetleridir. Namus cinayetlerinde söz konusu olan, sert, acımasız törelerdir. Töre, sosyolojik bir kavram olan toplumsal ‘norm’ içinde yer alır. Toplumsal değerlerden, normlardan sapmalar genellikle sert ve acımasız yaptırımları içerir.”

Aynı gerekçelerin yer aldığı bir başka karşı oy yazısı için ayrıca bkz. Yargıtay 1. CD.’nin 13.02.2013 tarih ve 2012/5324 E, 2013/1004 K sayılı kararı.



şekilde göstermektedir.<sup>29</sup> Yargıtay tarafından verilen ve bu çalışmada yansıtılan birçok kararda da bu husus teyit edilmektedir. Bununla beraber, kan davasından veya kan gütme saikinden söz edebilmek için tekrarlanan şiddet hareketinin, öç almak kastıyla, misli ile karşılık verilerek yapılması, öldürme eylemine bağlı bulunan grup için zafer kazanılması amacıyla girişilmesi gerekir.<sup>30</sup> Namus saiki ile işlenen cinayetlerin ise bu tür dinamikleri yoktur.<sup>31</sup>

Kan gütme saikiyle işlenen cinayetlerde, belli bir yaştan küçük çocuklar ve kadınlar öldürülmez, öldürme karşılığında maddi bir karşılık temin edilmez, kundakçılığa kalkışılmaz. Kaybedilen kişinin muadili olan karşı taraftan bir başka kişi, yani kaybedilen kişi ile fiziksel ve sosyal yönden aynı karakteristik özelliklere sahip karşı taraftan bir başka kişi, (örneğin kaybedilen ağa ise karşı tarafın ağası, kaybedilen kardeş ise öldürenin kardeşi) hedef alınır.<sup>32</sup> Oysa namus saikiyle işlenen cinayetlerde çocukların da öldürülebildiği,<sup>33</sup> **özellikle evlilik birliği dışında doğan çocukların ailenin namus ve şerefini kurtarma** saikiyle (*infanticide for cause of honour*) genellikle anneleri tarafından yalnız veya ailenin diğer üyelerinin katılımıyla öldürüldükleri bilinmektedir. Yine kadınların zina ile suçlanıp öldürüldüğü cinayetlerde,

<sup>29</sup> Rana Hussein, *Murder in the Name of Honour*, One World Publications, Oxford, 2009, s.136, 166; Clementine Van Eck, *Purified by Blood, Honour Killings amongst Turks in the Netherlands*, Amsterdam University Press, Amsterdam, 2003, s.43, 259; Recep Doğan, "Did the Coroners and Justice Act 2009 get it right? Are all honour killings revenge killings?", *Punishment & Society*, 2013, 15 (5), s. 488-514; Recep Doğan "Different Cultural Understandings of Honour That Inspire Killing: An Inquiry into The Defendant's Perspective", *Homicide Studies*, 2014a, 18 (4), s. 363-388; Recep Doğan, "The Profiles of Victims, Perpetrators, and Unfounded Beliefs in Honor killings in Turkey", *Homicide Studies*, 2014b, 18 (4), s. 389-416; Recep Doğan, "The Dynamics of Honor Killings and the Perpetrators' Experiences", *Homicide Studies*, 2016, 20 (1), s.53-79.

<sup>30</sup> Sulhi Dönmezer, *Kriminoloji*, Altıncı Baskı, İstanbul Üniversitesi Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1981. s.278, 279. Kan gütme saikinin hukuki değerlendirmesi hakkında ayrıca bkz. Yargıtay Ceza Genel Kurulunun 14.01. 2014 tarih ve 2013/1-530 E, 2014/1 K sayılı kararı.

<sup>31</sup> UNDP & UNFPA, *Türkiye'de Namus Cinayetlerinin Dinamikleri: Eylem programı için öneriler, Sonuç Raporu*, Hazırlayan, Filiz Kardam, Nüfus Bilim Derneği, Ankara, 2005; Doğan, 2016.

<sup>32</sup> Tülin Günşen İçli, "Blood Feud in Turkey: A Sociological Analysis", *British Journal of Criminology*, 1994, 34 (1), s.69-74; Vahap Coşkun, Recep Doğan "Mardin Olayı: Töre Değil Katliam", *Anlayış*, Haziran 2009, Sayı 73, s.60-62.

<sup>33</sup> Nadera Shalhoub-Kevorkian, "Reexamining Femicide: Breaking the Silence and Crossing "Scientific" Borders", *Signs: Journal of Women in Culture and Society*, 2003, 28 (2), s.581-608, s.596.



sanıkların, annelerinin eylemlerinden “ortak olarak sorumlu” olduğu gerekçesiyle veya kendisinden olmadığı gerekçesiyle çocuklarını anneleri ile birlikte öldürdükleri görülmektedir.<sup>34</sup>

Öte yandan böyle bir gerekçe hukuken de geçerli olsa idi, Türk Ceza Kanunu’nun 81’ inci maddesinde hem “kan gütme saiki” hem de “töre saiki” diye iki ayrı düzenlemeye yer verilmezdi. Kan gütme saikiyle işlenen cinayetler de töre saikiyle işlenmiştir denir, TCK’nun 81-a/j bendi TCK’nun 81’inci maddesine eklenmezdi. Dahası aynı üye, hatırlanacağı üzere daha önceki karşı oy yazılarında, töre saikiyle öldürme suçunu namus saikiyle öldürme suçuyla aynı anlamda kullanmış, bu suçların faili ve mağduru yönünden cinsiyet ayırımı yapılamayacağını belirtmiştir.<sup>35</sup> Şimdi aynı üye “töre saikini” üst kavram olarak ele almakta “namus saikinin” de “töre saiki” içinde yer aldığını iddia etmektedir. Bu iki karşı oy yazısındaki yorumlar mantıksal bir incelemeye tabi tutulduğunda şu sonuçlar ile karşılaşılır.

Daha önceki karşı oy yazılarında ve gerekçelerde savunulan, “Her töre cinayeti namus cinayetidir. Ama her namus cinayeti töre cinayeti değildir. Sadece, bazı namus cinayetleri töre cinayetidir.” hususu idi. Şimdi buna “Her kan gütme cinayeti töre cinayetidir.” hususu da eklenmiştir. O halde, her namus cinayeti aynı zaman da kan gütme saikiyle işlenen cinayet midir? Kanımızca, eğer her iki yorum da doğru kabul edecek ise, mantıksal çıkarıma göre bu soruya da “Her namus cinayeti değil, ama bazı namus cinayetleri kan gütme cinayetidir” şeklinde yanıt vermek gerekir. Bu nedenle, bu yorumun bilimsel verilere aykırılığı bir yana, kendi içinde de mantıksal tutarsızlıklar barındırdığı açıktır. Söz konusu yorumun tek anlaşılabilir özelliği, dil bilim ve anlaşım kolaylığı açısından, töre cinayetlerini, “kültürel saikler ile işlenen cinayetler”in üst kavramı (*culturally motivated murders*) olarak belirleyip, ardından kan gütme saiki (*blood feud*) ve namus saiki ile (*honor killing*) işlenen cinayetleri, bu üst kavramın içinde yer alan alt kategoriler olarak belirlemeye çalışmasıdır. Ancak kültürel saiklerle veya içselleştirilmiş sosyal normların baskısı ile işlenen cinayetler, sadece kan gütme ve namus saikiyle işlenen cinayetlerden ibaret değildir.

<sup>34</sup> Mohammad Riaz ve Rahan Arshad tarafından İngiltere’de işlenen namus cinayetlerinde sanıklar hem eşlerini hem de tüm çocuklarını öldürmüştür (BBC (Yapımcı), 4 Aralık 2007, Honour Kills, [TV documentary], London, UK: BBC, BBC 3).

<sup>35</sup> Bkz. dipnot 24.

Hindistan'da dul kadınların kocasının ölümünün ardından kocası ile beraber yakılması (*sati*), zina ile suçlanan kadınların taşlanarak recm edilmesi (*stoning*),<sup>36</sup> kocası tarafından aldatılan Japon kadının yaşadığı utanç dolayısıyla çocukları ile beraber intihar etmesi (*oyaka-shinju*)<sup>37</sup> hep kültürel saiklerle işlenen cinayetler kategorisinde değerlendirilmelidir.

Buraya kadar yaptığımız tartışmalar göz önüne alındığında, töre saikine ilişkin hukuki düzenlemenin bilimsel verilere dayanmadığı açıktır. Dolayısıyla, bilimsel verilere dayanmaksızın yapılan hukuki düzenlemenin kapsam ve içeriğini ortaya koymak adına girilen bu çabalar değerli, ama sonuca ulaşması mümkün gözükmeyen nafile çabalardır. Ancak, kanun koyucunun ve yargının eril şiddet türleri arasında namus/töre şeklinde farklı kategoriler yaratma çabası, bilinçli bir tercihin ürünüdür. İlerde ayrıntıları ile tartışılacağı üzere, eril şiddet türleri arasında farklı kategoriler yaratılarak aslında erkeklerin kadınlara, özellikle eşlerine uyguladıkları şiddetin mazur görülmesini ve daha az bir ceza ile cezalandırılmasını sağlayacak hukuki bir yöntemin bulunması amaçlanmaktadır. Hukuki düzenlemeye rağmen, 5237 sayılı Kanunun yürürlüğe girdiği 1 Haziran 2005 tarihinden 2010 yılının ortalarına kadar töre saiki kavramından ne anlaşılması gerektiği hususunda yaşanan tereddüt halen devam ettiği için, Yargıtay Ceza Genel Kurulu 11.05.2010 tarihli kararı ile sorunu gidermeye çalışmıştır.

#### 4- Yargıtay Ceza Genel Kurulunun 11.05.2010 tarihli kararı

Davaya konu olay şöyle gelişmiştir. Kardeş olan sanıklar, dul olan anneleri tanık N ile maktul arasında gönül ilişkisi ve cinsel birliktelik olduğundan şüphelenmiş, olay günü annesini evde göremeyen sanık E, maktûle ait iş yerine gelmiş, burada maktul ve annesini uygunsuz vaziyette, annesinin saç başı dağınık, maktulün atleti dışarıda, pantolonunun fermuarını kapatmaya çalışırken görmüş, sonra durumu diğer sanığa söylemiş, annelerinin maktulle ilişkisini namus meselesi sayan sanıklar eve gidip silahlarını alarak maktulün işyerine gitmiş,

<sup>36</sup> Jeroen Van Broeck "Cultural Defence and Culturally Motivated Crimes (Cultural Offences)", *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, 2001, 9 (1), s.1-32.

<sup>37</sup> Anne Phillips, *Multiculturalism without culture*, Princeton University Press, Princeton, 2007.

anneleri ile ilişkisi konusunda maktulü kısa bir süre sorgulamış ve ilişkiyi kabul etmeyen maktulü eylem ve fikir birliği içinde, ele geçirilen ruhsatsız silahları ile ateş ederek öldürmüşlerdir.

Dosyayı inceleyen Yargıtay 1. Ceza Dairesi 15.04.2009 gün ve 2009/7373 E - 2154 K sayılı kararında “töre saikiyle öldürme suçu, haksız tahrik hükümlerinin uygulanmasına yer olmayan namus saikiyle işlenen öldürme suçunu ifade eder” düşüncesinden hareketle olayda maktulün sanıklara yönelik haksız tahrik teşkil edebilecek bir eyleminin bulunmadığını belirterek bozma kararı vermiştir.

Yerel mahkeme olan Kayseri 1. Ağır Ceza Mahkemesi ise 2.9.2009 tarih ve 2009/233 E-287 K sayılı kararı ile töre cinayetlerinde kolektif bir karar ve ruh bulunduğu, namus cinayetlerinde ise kolektif bir irade bulunmadığı düşüncesinden hareketle, Yargıtay 1. Ceza Dairesi'nin bozma kararına uymayarak direnme kararı vermiştir.

Bu değerlendirmelerin ardından dosya önüne gelen Yargıtay Ceza Genel Kurulu konuya ilişkin kararını 11.05.2010 tarih ve 2010/1-56 E, 2010/111 K sayılı kararı ile vermiştir.

Genel Kurul bu kararında şu gerekçelere yer vermiştir:

*“Saik” kavramı, Türkçe sözlüklerde, “sebep”, “güdü”, “sevkededen”, “götüren”, “faili suç işlemeye sevkededen his ve menfaat” şeklinde tanımlanmıştır. “Töre” kavramı ise, “bir toplulukta benimsenmiş, yerleşmiş davranış ve yaşama biçimlerinin, kuralların, görenek ve geleneklerin, ortaklaşa alışkanlıkların, tutulan yolların bütünü, âdet” ya da “bir toplumdaki ahlaki davranış biçimleri, adap” şeklinde tanımlanmaktadır. Töre kavramının, namus kavramını da kapsayıp kapsamadığı sorusuna gelince, namus kavramının sözlük anlamının, “bir toplum içinde ahlak kurallarına ve toplumsal değerlere bağlılık, iffet” şeklinde açıklandığı görülmektedir. **Tanımların benzerliği nazara alındığında, töre kavramının, namus kavramını da içeren bir üst kavram olduğu anlaşılmaktadır.***

Nitekim Türk Dil Kurumu sözlüğünde ‘töre cinayeti’ kavramının tanımı ise, “bazı bölgelerde geleneksel anlayışlara uymama sebebiyle genellikle genç kız veya kadınların ailesinin kararıyla yine aileden biri tarafından öldürülmesi, namus cinayeti” şeklinde yapılmıştır. Töre belli koşullarda namusu da içeren bir üst kavram ise de, töre ve namus cinayetlerinin aynı olup olmadığı veya yasa koyucunun, töre saikiyle işlenen kasten öldürme suçlarında, namus

*saikiyle* işlenen kasten öldürme suçlarını mı kast ettiği hususunda bir sonuca ulaşmak için 5237 sayılı TCY'nın yasalaşma sürecinin de değerlendirilmesi gerekmektedir.”

Bu satırlardan da anlaşılacağı üzere, Genel Kurul, ceza hukuku kavramı olarak, açık seçik bir şekilde düzenlenmesi gereken, “töre saiki”, “töre cinayeti” ve “töre” kavramlarının içeriğini belirlemek üzere kelimelerin Türkçe Sözlük’ teki anlamı üzerinden kendisine bir çıkış yolu aramaya çalışmıştır. Kavramın sözlük anlamı, Genel Kurulu, Yargıtay 1. Ceza Dairesinin o zamana kadar uyguladığı üç yaklaşımdan biri olan “töre saikiyle işlenen cinayet, namus saiki ile işlenen cinayeti de kapsayan, daha geniş bir kavramdır” düşüncesine sevk etmiştir.

Bu düşünceden hareket eden Genel Kurul, kelimenin kökenine ilişkin etimolojik sorunu çözdüğünü düşünmüştür. Oysa etimolojik olarak incelendiğinde “töre” kelimesi, Türkçeye iki yerden geçmiştir. Bir tanesi, eski İbraniceden, geçmiş olan “tora” yani Tevrat anlamındadır. Tevrat’ın da kelime anlamı, bazı yazılı olmayan kanunlar, kurallar demektir. Töre kelimesi ayrıca Türkçe’ ye eski Moğolcadaki “tör” kelimesinden geçmiş olup bu kelime ise “devlet” anlamındadır. Şu anki kullanımıyla Moğolca’da “tör” ya devlet ya da devletin kanunları anlamında kullanılmaktadır. “Namus” kelimesinin ise Farsça ve Arapçadan Türkçeye geçtiği düşünülmekte olup kökeni Eski Yunanların kullandığı “nomos” kelimesinden gelmektedir. “Nomos”, iktidar, kanun, kural anlamında olup kökü “nema” kelimesinden gelir. Bu da bir erkeğin sahip olduğu otlak alan ve otlak alanın üstünde otlayan hayvanlar anlamındadır. Yani hem “töre” hem de “namus” kelimesinin kökeninde “kural”, “kanun” ve “sahiplenmek” fikri yatmakta<sup>38</sup> her iki kavrama ilişkin sorunun kökeni erkeğin sahiplenme ve iktidar arzusuna dayanmaktadır.

Kelimenin kökenine ilişkin etimolojik sorunu kendince çözen Genel Kurul, daha sonra kanun hükmünü amaçsal bir yoruma tabi tutmuş, TCK tasarısının görüşmeleri sırasında yaşanan tartışmalardan ve

<sup>38</sup> Sevan Nişanyan, Sözlerin Soyağacı: Çağdaş, Türkçenin Etimolojik Sözlüğü, Adam Yayınları, İstanbul, 2003; Leyla Pervizat, “Lack of due diligence: Judgements of crimes of honour in Turkey”, Honour, Violence, Women and Islam içinde (Ed. Mohammad Mazher Idriss & Tahir Abbas), Routledge, Oxon, 2011, s.142-153, s.144, 152.

tutulan tutanaklardan maddenin ve düzenlemenin amacı konusunda bir görüşe varmaya çalışmıştır. Bu konuda Genel Kurul şu sonuca varmıştır:

*“5237 sayılı TCY’nın 82. maddesinin TBMM Adalet Komisyonunda görüşmeleri esnasında verilen bir önerge ile “töre saiki”yle gerçekleştirilen kasten öldürme fiilleri nitelikli hal olarak düzenlenmiş, yapılan görüşmelerde, namus saikiyle işlenen öldürme fiillerinin de bu kapsamda bulunduğu, **namus kavramının çok geniş ve ortak bir tanımının bulunmasındaki güçlük nazara alınarak, bu kavramın kullanılmadığı**, toplumsal bir değer olarak hukuk düzenince de korunması gereken namusa yönelik saldırılar karşısında, esasen haksız tahrik oluşturan davranışlar nedeniyle işlenen suçlarda, **toplumsal bir değer olarak kabul edilen bir namus anlayışının da, hukuki korumadan yoksun kalabileceği ve maddenin uygulanması koşullarının oldukça genişletileceği**, esasında cezada indirim yapılmasını gerektiren bir hal bulunmasına karşın bunun nitelikli hal olarak düzenlenmesi suretiyle bazı koşullarda çelişki yaratılacağı, **buradaki saikin hukuken onaylanmayan ve kabul görmeyen bir saik olması gerektiği**, dolayısıyla haksız tahrikin koşullarının bulunduğu olaylarda esasen bu saikle de hareket edilemeyeceği görüşleriyle, “töre saiki” tanımı yapılmadığı gibi, madde metninde de, namus saiki ifadelerine yer verilmemiştir.”*

Yargıtay Ceza Genel Kurulu’nun, anlaşılması güç düşük cümleler ile kurulan ve aynen aktarılan bu gerekçesinden çıkarabileceğimiz sonuçlar şunlardır.

Birincisi gerek Genel Kurul, gerekse TBMM Adalet Komisyonu’na göre, namus kavramı çok geniş bir kavram olup, bu kavramın üzerinde anlaşılabilir ortak bir tanımının bulunması oldukça güçtür. Dolayısıyla madde metninde “namus” yerine “töre” kavramı kullanılmıştır.

İkincisi, “namus” toplumsal bir değer olarak görülmekte olup korunması gereken bir kavramdır, “töre” ise bu niteliğe sahip değildir.

Üçüncüsü Genel Kurul’a göre, namusa yönelik olarak başta ırza geçme şeklinde işlenen cinsel saldırılar ile diğer saldırılar (hakaret, sövme vs.) nedeniyle işlenen öldürme suçlarında, esas itibarıyla haksız tahrik teşkil eden ve cezada indirim yapılmasını gerektiren bir hal bulunmaktadır. Madde metninde, “namus” kelimesine yer verilmesi ve

“namus” kavramının cezanın arttırılmasına neden olan nitelikli hal olarak düzenlenmesi halinde, “namusu” hedef alan cinsel saldırıya karşı konulması sırasında işlenen öldürme suçlarının, haksız tahrikten yararlanamaması şeklinde bir çelişki doğacaktır.

Dördüncüsü, Genel Kurul’a göre, töre saikinin uygulandığı her yerde toplumsal olarak kabul görmeyen onaylanmayan ve hukuksal olarak korunması mümkün olmayan bir saik olmalıdır. Dolayısıyla, töre her zaman için “kötüye” tekabül eden bir düşünce biçimidir.

Şimdi bu düşünce ve gerekçeleri değerlendirmeye çalışalım.

Genel Kurul’un iddiasının aksine “namus” ve “töre” kavramları arasında bir karşılaştırma yapıldığında, öğretilerde var olan eserler dikkate alınacak olursa “namus” kavramı “töre” kavramına göre daha belirgin ve kapsamı daha fazla belirlenebilir bir kavramdır. Nitekim, 5237 sayılı TCK’ nun yürürlüğe girdiği 2005 yılından çok daha önceki yıllarda yapılmış, namus (*honour*) ve namus cinayeti (*honour killing*) kavramlarına ilişkin çok sayıda, detaylı antropolojik ve sosyolojik çalışmalara rastlamak mümkündür.<sup>39</sup> Oysa töre cinayetlerini<sup>40</sup> konu alan 2005 yılı öncesinde yapılmış çok az çalışma vardır. Dolayısıyla, namus ve töre kavramları arasında içeriğe göre bir tercih yapılacaksa veya içeriğinin belirlenmesindeki güçlük gerekçe gösterilecek ise, hakkında daha çok veri ve araştırma bulunan ve içeriği daha kolay tespit edilebilen “namus” kavramı, kanuni düzenleme sırasında tercih edilmeli idi.

İkincisi, “töre”, “bir toplulukta benimsenmiş, yerleşmiş davranış ve yaşama biçimlerini ifade ediyorsa”, bir değer olarak toplumca kabul ediliyor ve onanıyor demektir. Toplumca onandığı gerekçesi ile bir yanda “namus” kavramına hukuksal değer atıf edip hukuken koruma sağlanırken, “töre” kavramının hukuksal kabul ve koruma görmeyeceğini iddia etmek bir çelişkidir. Dahası, “namus” ve “töre” tanımlarının da birbirine benzer olduğu bizzat Genel Kurul tarafından kabul

<sup>39</sup> John George Peristiany, *Honour and Shame, The Values of Mediterranean Society*, Weidenfeld and Nicolson, London, 1966; John George Peristiany & Julian A. Pitt-Rivers (Eds.), *Honor and Grace in Anthropology*, Cambridge University Press, Cambridge, 1992. Namus kavramına ilişkin ayrıntılı literatür taraması için bkz. Doğan 2014a.

<sup>40</sup> Töre cinayetleri İngilizceye “murders committed in the name of customs”, “customary killing”, “murders committed in the name of mores” şeklinde çevrilmektedir.

edilmiş iken, “toplumsal kabul görüp görmeme” hususu da bir kavramın diğerine tercih edilmesine gerekçe olamaz. Çünkü gerekçede ifade edilen tanımlar dikkate alındığında, her iki tanımın da toplumsal kabulünün olduğu açıktır.

Üçüncüsü, madde metninde “namus” kelimesine yer verilmesi halinde, namusu hedef alan cinsel saldırıya karşı konulması sırasında işlenen öldürme suçlarında failin haksız tahrik indiriminden yararlanamayacağı endişesi, yersiz veya gereksiz bir endişedir. Çünkü hem cinsel saldırı hem de öldürme suçları TCK’da ayrı yerlerde düzenlenmiştir. Cinsel saldırı ve cinsel suçlar 5237 sayılı TCK’nun 102-105’inci maddeleri arasında, kasten öldürme suçu ise 81-83’üncü maddeleri arasında düzenlenmiştir. Arzu edilseydi, cinsel suçlar bölümüne veya kasten öldürme suçlarının yer aldığı bölüme, bu kaygıyı giderecek daha açık bir madde konarak, var olduğu iddia edilen sorunun giderilmesi mümkün olabilirdi. Dahası, tecavüz veya cinsel saldırının namus ile ilişkilendirilerek tanımlanması zorunlu değildir. Bir başka deyişle, ırz, namus, iffet gibi kültürel ve sosyolojik kavramlarla ilişkilendirilmese de, ırza geçme veya cinsel saldırı fiilleri cinsel dokunulmazlığa ve vücut bütünlüğüne yönelik saldırılardır. Nitekim 765 sayılı mülga TCK’nun 414-418’ inci maddeleri arasında “Adabı umumiye ve nizamı aile aleyhinde cürümler” kısmında, “cebrî ırza geçme ve iffete taarruz” başlığı altında tanımlanan cinsel suçlar, 5237 sayılı TCK’da “cinsel dokunulmazlığa karşı suçlar” başlığı altında tanımlanmıştır. Vücut bütünlüğüne ve cinsel dokunulmazlığa yönelik bu saldırılar sırasında işlenen öldürme suçlarında, failin haksız tahrikten yararlanması her zaman mümkündür. Hatta öldürme fiilinin cinsel saldırı anında gerçekleşmesi halinde, kanunda belirtilen orantılılık sınırını aşmamak kaydıyla, cinsel saldırganı öldüren her fail meşru müdafaa savunmasından da yararlanır. Dolayısıyla 765 sayılı TCK döneminden kalan alışkanlıklar ile cinsel saldırıları “namus”, “ırza geçme” ve “iffete taarruz” gibi cinsiyetçi, tahakküm içeren, “eril” tanımlamalar ile nitelendirmek ve ardından 5237 sayılı TCK’nun sistematüğinden kaynaklanabilecek kaygı ve eleştirilerde bulunmak, 5237 sayılı Kanun’un kendi sistematüğü ve felsefesi ile de bağdaşmaz. Irza ve namusa yönelik saldırı “cinsel saldırı” olup 5237 sayılı Kanun kapsamında da cinsiyetçi yaklaşımlardan uzak olarak



“cinsel saldırı” şeklinde tanımlanmıştır.<sup>41</sup> Bu nedenle, ırza geçme ve diğer cinsel saldırıların, namus ve ırz kavramıyla ilişkilendirilmesi 5237 sayılı Kanun kapsamında gerekli olmayıp, dile getirilen kaygılar yersizdir.

Dördüncüsü, “töre” her zaman toplumsal olarak kabul görmeyen ve “kötüye” tekabül eden bir düşünce biçimi değildir. Kelime anlamından yola çıkılacaksa, “töre” olarak belirlenen, toplumsal hayatta her gün uygulanan, toplumsal kabul gören, birçok davranış, yerleşmiş yaşam kuralı ve alışkanlık vardır. Yeni doğan bebeğe altın takılması, düğünde takı takılması, fakirlere sadaka verilmesi, hem toplumsal dayanışmayı sağlamaya hem de aileyi desteklemeye yönelik “töre” sayılabilecek davranış biçimleridir. Bu davranışların da toplumsal kabul görmeyeceğini düşünmek mümkün değildir.

Bu eleştirilerin dışında, esasında eril bir ortamda genelde erkekler tarafından yapılan her hukuki düzenlemede olduğu gibi, “namus” yerine “töre” kelimesine yer veren TCK’nun 82/1-k maddesinde de, Yargıtay Ceza Genel Kurulu’nun gerekçesine tam olarak yansımayan eril, “masküler” bir bakış açısı vardır. Bu da, evli kadının cinsel sadakat yükümlülüğünü ihlali halinde işlenen öldürme suçlarında, “erkeğin mazur görülmesi gerektiği” düşüncesidir. Daha cinsiyetçi bir tabir ile ifade etmek gerekirse, zina yapan kadının kocası tarafından öldürülmesi halinde, “zaten namusu ve şerefi iki paralık olmuş kocaya” daha az ceza verilmesinin sağlanması, kocanın haklılığının teslim edilmesi isteğidir. Eril iktidarın, bu konudaki direnişi veya isteği ise yeni değildir.

Gerçekten de 1953 yılında, 765 sayılı TCK’ nun zinaya ilişkin hükümlerinin değiştirilmesine ilişkin tasarının görüşülmesi sırasında, TBMM’de yaşanan tartışmalara bakıldığında, “kadınlara birçok alanda tanınan eşitliğin namus alanında tanınmasının mümkün olmadığı” fikrinin tartışmaların tamamına egemen olduğu görülmektedir. Söz konusu tasarının erkeğin ve kadının zinasını farklı şekilde düzenleyen hükümlerinin, eşitlik ilkesine aykırı olduğu iddiasıyla yapılan tartışmalarda, dönemin Antalya Milletvekili Burhanettin Onat’ın tutanaklara yansıyan görüşleri, 1953 yılından günümüze eril iktidarın

<sup>41</sup> Bu konuda detaylı bir tartışma için bkz. Sancar, 2013, s.91-102, 190-198.

görüşünde değişen pek bir şey olmadığını, açık bir şekilde ortaya koymaktadır. Burhanettin Onat'a göre, kadına birçok alanda tanınan eşitliğin, namus alanında tanınması ve kabul edilmesi mümkün değildir. Bu nedenle, zina yapan kadının toplum içindeki durumu ile erkeğin durumu arasında bir fark olması tabiidir. Toplumda, zina yapan, zani erkeğe, "hovarda ya da çapkın", zina yapan, zaniye kadına, ise "orospu" denmektedir. Bu şartlar altında, kadınla erkeğin zina konusunda eşit muameleye tabi tutulması şeklindeki "ultra modern" düşünceler yersiz olup bu Müslüman mahallesinde salyangoz satmaya kalkışmaktır.<sup>42</sup>

Aynı düşüncelerin öğretide de yer aldığı, zina yapan kadın ve erkeğin namusunun, zina eyleminden farklı şekillerde etkilendiği, iddiasında bulunulduğu görülmektedir. Buna göre, kadının ihanete uğraması halinde kadına sadece acınmakta, erkeğin ihanete uğraması halinde ise erkek ihanete uğradığını biliyorsa "gülünç", ihanete katlanmışsa "namussuz", yok bu hareketi umursamadan kabul etmiş ise "haysiyetsiz" konumuna düşmektedir. Hukukun böyle bir toplumsal değerlendirmeyi dikkate alması gerekli olup ihanet ile namusu zedelenen erkeğin zina konusunda farklı muameleye tabi tutulması ve dolayısıyla ihanet halinde şiddete başvurusu makul karşılanmalıdır.<sup>43</sup> Benzeri düşünceler, Anayasa Mahkemesinin Mülga 765 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 438' inci maddesinde yer alan "ırza geçmek ve kaçırmak fiilleri fuhuşu kendine meslek edinen bir kadın hakkında irtikâp olunmuş ise, ait olduğu maddelerde yazılı cezaların üçte ikisine kadarı indirilir" hükmünün Anayasanın eşitlik ilkesine aykırı olduğu gerekçesiyle yapılan itiraz başvurusunu, oy çokluğu ile ret eden kararının gerekçesinde de görülmektedir.<sup>44</sup>

2005 yılına gelindiğinde aynı eril düşüncenin direnişini devam ettirdiği görülmüştür. Ancak 1 Haziran 2005 tarihinde yürürlüğe giren 5237 sayılı TCK, Avrupa Birliği'ne üyelik öncesi çıkarılması gereken hukuksal düzenlemelerden biri olarak ele alındığından, tüm karşı koymalara, tartışma ve direnmelere rağmen, Avrupa Birliği zinanın

<sup>42</sup> Sancar, 2013, s.163.

<sup>43</sup> Bu düşüncelerin detayı için bkz. Sancar 2013, s. 164.

<sup>44</sup> Anayasa Mahkemesinin 12.01.1989 tarih 1988/4 E, 1989/3 K sayılı kararı, 10.01.1990 tarih ve 20398 sayılı Resmi Gazete.

suç olmaktan tamamen çıkarılmasını istemiş<sup>45</sup> ve zina suç olmaktan çıkarılmıştır. Dolayısıyla zinayı suç olmaktan çıkararak ve “kadına zina yapma hakkını vererek namusun elden gittiğini” düşünen eril anlayış, kadının zinası halinde işlenen öldürme suçlarına daha az bir ceza vererek kendi itibarını kurtarmanın peşine düşmüştür. Bu bağlamda, eril iktidar, Türk Medeni Kanunu’nun 185/2 maddesinde “eşe karşı sadakat yükümlülüğü” olarak düzenlenen ve ihlali halinde haksız fiil oluşturduğu için tazminat sebebi olarak kabul edilen düzenleme ile yine Medeni Kanun’un 161’ inci maddesinde boşanma sebebi olarak muhafaza edilen “zina” hükmünü, 5237 sayılı TCK ile ilişkilendirerek, 5237 sayılı TCK’nun 82/1-k maddesine “töre saiki” ibaresini bilinçli olarak koymuştur. Dolayısıyla, zina suç olmaktan çıkarılmış, ancak eşine karşı cinsel sadakat yükümlülüğünü ihlal eden kadının kocası tarafından öldürülmesi halinde, kocanın haksız tahrik hükümlerinden yararlanması ve daha az cezaya çarptırılması sağlanmıştır.

5237 sayılı TCK’nun 82/1-k maddesinin eril düşünce kalıplarının etkisiyle düzenlendiği açıktır. Bu nedenle, zina konusunda direnişin bulunmasına ve madde metninde “namus” yerine “töre” kavramının yer almasına şaşırılmamalıdır. Tekrar Genel Kurul’un kararına dönmek gerekirse, “töre saiki”ni sözlük anlamından tanımlamaya çalışılan, ardından, TBMM Adalet Komisyonu’nda yaşanan tartışmaları dile getirerek maddenin düzenlenme amacına değinen Genel Kurul, daha sonra öğretilerde yer alan görüşlere dayanarak “töre saiki”nin içeriğini belirlemeye çalışmıştır.

Genel Kurul bu bağlamda, Veli Özer Özbek’in “Yeni Türk Ceza Kanununun Anlamı” adlı eserinden alıntı yapmış ve bu eserde yer alan “töre saikiyle öldürme aynı zamanda ‘namus kurtarma’ düşüncesine dayan[makta] ve kadına yönelik işlendiğinden bu tür fiiller namus cinayeti olarak da adlandırılmaktadır. Kanımızca buradaki töre saikinin namus saikini de içine alacak şekilde anlaşılması gerekir. Böyle olunca sadece bir törenin gereği olarak değil, böyle bir töre olmasa

<sup>45</sup> BBC News, September 9, 2004, “EU irked by Turkish adultery law”; Hürriyet, 13 Eylül 2004, “Zina tartışması”.

<sup>46</sup> Eril kültürün kadın bedenine bakış açısı ve kontrol altına alma isteği, Genel Kurul’un 11.05.2010 tarih ve 2010/1-56 E, 2010/111 K sayılı kararında Genel Kurul üyesi Halit Baysoy’un kullandığı ve bu çalışmada yansıtılmayan karşı oy gerekçesinde daha belirgin şekilde ortaya çıkmaktadır.

da namusunu kurtarma saikinin varlığı hükmün uygulanması için yeterli olacaktır.” değerlendirmesine yer vermiştir.<sup>47</sup> Ancak, söz konusu yazarın alıntı yapılan görüşünde “kanunilik ilkesinin bir sonucu olarak bu yorum tarzının uygulanması zor görünmektedir” ifadesi de yer almakta olup, bu ifadeye Yargıtay yer vermemiştir. Yine aynı eserde, haksız tahrike ilişkin olarak daha önce belirttiğimiz, “bir suçun nitelikli halinin aynı zamanda hafifletici neden sayılamayacağı” ilkesinden hareketle, töre saiki ile işlenen öldürme suçlarında haksız tahrikin uygulanamayacağına açık olduğu, bu konudaki kaygının yersiz olduğu belirtilmiştir.

Ardından, Genel Kurul yine öğretiden Zeki Hafızoğulları ve Muharrem Özen’in “Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, Kişilere Karşı Suçlar” adlı eserine atıfta bulunmuş, bu eserde yer alan “töre saikiyle öldürmenin kabul edilebilmesi ve cezanın artırılabilmesi için, bizce, öldürme fiili, namus kurtarmak adına, aile meclisinin kararı olarak, kirlendiği düşünülen kadın veya kızın yahut birlikte kirletenin öldürülmesi biçiminde gerçekleşmiş olmalıdır”<sup>48</sup> açıklamasına yer vermiştir.<sup>49</sup>

Ardından yasanın hazırlık çalışmaları ve öğretilerdeki görüşleri birlikte değerlendirerek Genel Kurul şu tespitlerde bulunmuştur:

“Töre veya namus cinayeti olarak adlandırılan ve failin adeta *görev bilinciyle* hareket ettiği bu suç tipinde, namus kavramına yer verilmemesinin, ileride doğabilecek olan sorunları önlemeye ve hukuk düze-

<sup>47</sup> Veli Özer Özbek, Yeni Türk Ceza Kanunu’nun Anlamı, TCK İzmir Şerhi, Cilt II, Özel Hükümler, Birinci Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2008, s.243.

<sup>48</sup> Zeki, Hafızoğulları ve Muharrem Özen, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, Kişilere Karşı Suçlar, US-A Yayıncılık, Ankara, 2010, s.54.

<sup>49</sup> Ancak Hafızoğulları ve Özen (2010) eserlerinde “töre saiki ile işlenen cinayetlerde aile meclisi kararı bulunmalıdır” görüşünü destekleyecek herhangi bir araştırmaya veya veriye yer vermemişlerdir. Bununla beraber, öğretilerde, aile meclisi ölçütünün somut olaylara uygulanmasının güç olduğunu belirten görüşler (Durmuş Tezcan, Mustafa Ruhan Erdem, R. Murat Önok, 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu’na Göre Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, 4. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara, 2006, s.127) olduğu gibi aile meclisi kararının her zaman tasarlamaya işaret ettiği, dolayısıyla tasarlayarak öldürme suçu Türk Ceza Kanunu’nda kasten öldürme suçunun nitelikli hali olarak yer aldığı sürece, töre saikiyle öldürme düzenlemesine ihtiyaç olmadığı, töre saikini ispatlamanın, tasarlamayı ispatlamaktan daha zor olduğunu belirten görüşler de vardır ( Hakan Hakeri, Kasten Öldürme Suçları, TCK 81-82-83, Gözden Geçirilmiş 2. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara, 2007, s. 247).

nince de kabul edilen bir namus anlayışının hukuki korumadan yoksun bırakılmasının önüne geçmek olduğu, bununla birlikte, toplumun ortak vicdanı ve *hukuk düzenince de kabul görmeyen bir namus anlayışıyla gerçekleştirilen öldürme fiillerinin de bu kapsamda değerlendirilmesi gerektiği*, bu suç tipinde, genel olarak mağdur kadın ise de, yasa koyucunun bir ayırım gözetmediği, *“töre saiki” kavramının, belirli koşullarda namus saikini de kapsayan bir üst kavram olduğu*, namus saikiyle işlenen bir kısım kasten öldürme suçlarının da 5237 sayılı TCY’nın 82/1-k maddesi kapsamında cezalandırılması gerektiği,

Diğer yönden, yerel mahkemenin direnme gerekçesinde belirttiği ve öğretide de bir kısım yazarlarca kabul edilen, töre saikiyle suçun işlendiğinin kabulü için, ...belli bir yöreye özgülenmiş bir kavram olan, aile meclisi kararı aranmasının, Anayasa’daki eşitlik ilkesine aykırı olacağı ve bu suçun ancak belirli bir bölgede veya belirli bir kültürel yapıya sahip kişilerce işlenebileceği sonucunu doğuracağı, hukuk devleti ilkesiyle bağdaşmayacak bu kabulün, suçun yasallık ilkesine de aykırılık oluşturacağı ve hukuki dayanağı bulunmayan bir kuruma hukuk düzenince geçerlilik tanıyacağı açıktır.

*Kaldı ki, bir saikin etkisiyle işlenen, töre saikiyle insan öldürme suçunun, tek bir fail tarafından ve anlık bir karar ile işlenebilmesi olanaklı olup, aile meclisi kararının aranması ve bu hususun suçun önkoşulu olarak görülmesi halinde, adeta işlenemez ve zorunlu azmettirmeyi gerektiren bir suç tipi yaratılmasına da yol açılacaktır.”*

Bu değerlendirmeleri müteakip Genel Kurul suçun nitelikli halinin olduğu hallerde, yani töre saikinin bulunduğu yerde haksız tahrik hükümlerinin uygulanamayacağı, tahrikin varlığı halinde ise suç niteliğinin değişeceği yorumunda bulunmuş, somut olayda sanıkların, öldürme eylemini, maktul ile anneleri arasındaki cinsel birliktelik nedeniyle gerçekleştirdikleri, sanıkların anneleri ile maktul arasındaki ilişkiyi namus sorunu sayarak, ailenin namus ve şerefini kurtarmak saiki ile maktulü öldürdükleri ve eylemlerinin TCK’nun 82/1-k maddesi kapsamında değerlendirilmesi gerektiğine karar vermiştir.

Tüm bu değerlendirmelerin ışığında, Genel Kurul “töre saiki”nde failin adeta *görev bilinciyle* hareket ettiğine, “töre saiki” kavramının, belirli koşullarda “namus saiki”ni de kapsayan bir üst kavram olduğu-

na, toplumun ortak vicdanı ve hukuk düzenince de kabul görmeyen bir namus anlayışıyla gerçekleştirilen öldürme fiillerinin hukuki korumadan yoksun bırakılıp “töre saiki”yle işlenen cinayet olarak kabul edilmesi gerektiğine, “töre saiki”yle suçun işlendiğinin kabulü için aile meclisi kararı alınmasına gerek olmadığına, töre saikinin bulunduğu yerde haksız tahrik hükümlerinin uygulanamayacağına, tahrikin varlığı halinde ise suçun niteliğinin değişeceğine ve namus saikiyle işlenmiş sayılacağına oy çokluğu ile karar vermiştir.

### YARGITAY CEZA GENEL KURUL KARARINDAN SONRAKİ DÖNEM

Yukarda açıklandığı üzere, Genel Kurul töre saikinde failin adeta görev bilinciyle hareket ettiğine, “töre” saikinin bulunduğu yerde haksız tahrik hükümlerinin uygulanamayacağına, tahrikin varlığı halinde ise suçun niteliğinin değişeceğine ve namus saikiyle işlenmiş sayılacağına 11.05.2010 tarihinde karar vermiştir.

Ancak haksız tahrik hükümlerinin hangi durumlarda uygulanacağı konusunda bir standart olmadığından, yargıçların da eril normlar ile şekillenen bakış açısından sıyrılması pek de kolay gözükmediğinden, Yargıtay’ın “töre saikiyle öldürme suçunun” içeriğini belirleme konusunda bir standart oluşturması da güçtür. Nitekim Yargıtay 1. Ceza Dairesi 2011 yılında verdiği bir kararında, aynı aşiret üyeleri tarafından aile meclisi içinde karar alınarak ve tasarlanarak işlenen bir öldürmeye teşebbüs suçu ile ilgili olarak, haksız tahrik hükümlerinin uygulanacağını gerekçe göstererek töre saikinin bulunmadığına karar vermiştir.<sup>50</sup> Yine bu dönemde verilen kararlar incelendiğinde, Yar-

<sup>50</sup> Yargıtay 1. CD.’nin 01.04.2011 tarih ve 2010/5786 E, 2011/1972 K sayılı kararı: “Sanıkların aynı aşirete mensup olup aynı köyde ikamet ettikleri, 29.01.2008 tarihinde sanık Kakil’in oğlu Turan Yıldız’ın resmi nikahlı eşi olan Asiye Yıldız’ın sanıklar Cevzet ve Servet Aslan tarafından kaçırılmaya teşebbüs edilmesi nedeniyle taraflar arasında husumet olduğu, bu husumetin giderek derinleştiği, olay gününe kadar tarlalarına gidemeyen Cevzet, Servet ve yakınlarının 21.07.2008 günü sabah saatlerinde kendilerine ait minibüsle sanık Kakil’in evinin önündeki yoldan geçerek tarlalarına doğru gittiklerini gören ve başka bir yol olmaması nedeniyle tekrar aynı yoldan araçlarıyla geçeceklerini bilen sanıkların, gerekli hazırlıkları yaparak, değişik yerlere mevzilenmek suretiyle pusu kurdukları, akşama doğru tarladan evlerine dönmek için araçlarıyla yoldan geçtikleri sırada, ateş ederek mağdurları yaraladıkları olayda; eylemlerin, Asiye’ye karşı işlenen ve haksız tahrik oluşturan haksız hareketler nedeniyle gerçekleştirildiği, bu durumda töre/



gıtay 1. Ceza Dairesi'nin daha önceki kararlarında belirtilen planlama ve görev bilinci kavramlarından uzaklaştığı, bu suçun tasarlanmadan da işlenebileceği düşüncesine yöneldiği görülmektedir.<sup>51</sup> Ancak ani gelişen bir olayın neticesinde işlenen öldürme suçlarında, TCK'da düzenlendiği biçimiyle töre saikinin bulunabileceğini kabul etmek mümkün olmakla beraber, bu durum kanaatimce, genel olarak failin içselleştirilmiş sosyal normun etkisiyle cinayet işleme fikri ile ilgili ikilem yaşadığı vakalarda, bir başka deyişle, suç işleme kararını alıp sonradan vazgeçtiği, ancak zaman içerisinde yaşanan bazı gelişmelere bağlı olarak cinayet günü meydana gelen bir olayın tetiklemesi sonucu cinayeti işlediği vakalarda söz konusu olur. Bu durumda, ka-

---

namus saikiyle hareket edildiğinin kabul edilemeyeceği anlaşılacakla, sanıklar hakkında TCK.nun 82/1-a, 35, 29 ve 62 maddeleri uyarınca hüküm kurulması yerine, tasarlayarak töre saikiyle öldürmeye teşebbüs suçundan hüküm kurulması" bozmayı gerektirmiştir.

<sup>51</sup> Yargıtay 1. CD.'nin 06.07.2011 tarih ve 2011/3430 E, 2011/4313 K sayılı kararı: "Maktul Muhammet'in ağabeyi ile mağdure Remziye'nin ablasının evli oldukları, zaman zaman maktul ile mağdurenin aynı tarlada işçi olarak çalıştıkları, zaman içerisinde aralarında yakınlık ve gönül ilişkisi oluştuğu, maktulün mağdure ile evlenmek istediği, bu durumu maktulün kendi babasına açtığında aynı aileden iki kız alınmayacağı gerekçesi ile olumlu yanıt alamadığı, mağdurenin de durumdan annesine bahsettiğinde ters tepki ile karşılaştığı, mağdurenin bu nedenlerle maktule soğuk davranması nedeniyle maktulün ısrarı ile olay akşamı bu durumu konuşmaya karar verdikleri, akşam saatlerinde maktulün mağdurenin telefonunu çaldırması üzerine mağdurenin evden dışarı çıktığı, dışarıda başkaları tarafından görülmemek için evlerinin yanındaki ahıra girdikleri ve burada konuşmaya başladıkları, kızının evden çıkması üzerine mağdurenin babası Hasan'ın dışarıda mağdureyi aradığı, ahıra girdiğinde maktul ve mağdureyi gördüğü, kapının önünde durarak üst katta oturan oğlu Seyfettin'e seslendiği, Seyfettin'in gelmesi üzerine maktul ile mağdureyi evin içerisine oturma odasına götürdükleri, karşılıklı çarpaz kanepelere oturtuldukları, burada maktulün aralarında kötü bir şey olmadığını Hasan'ı ikna etmeye çalıştığı, mağdurenin ablalarının gerçekleşmesi kuvvetle muhtemel olayları engellemek için babalarına yalvardıkları ancak odadan çıkarıldıkları, Cemal'in de diğer sanıkların yanına geldiği, bu arada Hasan'ın evde buzdolabının altında sakladığı tabancasını getirdiği, ilk olarak Hasan'ın maktul ve mağdureye ateş etmesi üzerine Cemal'in de tabanca ile ateş ettiği, daha sonra bıçak ile her ikisine de vurduğu, Seyfettin'in de sert bir cümle ile maktul ve mağdurenin kafasına vurduğu, maktul ile mağdurenin bu durumlarını ailenin namus ve şerefine eksilten bir davranış olarak nitelendiren sanıkların töre saiki ile maktulü öldürüp yaşı küçük kardeşleri olan mağdureyi öldürmeye teşebbüs ettikleri anlaşılacakla, sanık Seyfettin'in 5237 sayılı TCK.nun 82/1-k,82/1-d-e-k,35.maddeleri ve sanık Cemal'in de 5237 sayılı TCK.nun 82/1-k,31/3,82/1-d-e-k,35,31/3.maddeleri uyarınca cezalandırılmaları gerektiğinin düşünülmemesi" bozmayı gerektirmiştir.

Ayrıca bkz. Yargıtay 1. CD. 'nin 02.05.2011 tarih ve 2011/2217 E, 2011/2739 K sayılı kararındaki karşı oy gerekçesi.



naatimce son tetikleyici eylemin haksız tahrik teşkil edip etmemesi önemli olmadığı gibi, zaman içerisinde gerçekleşen eylemlerin kümülatif tahrik olarak nitelendirilebilecek eylemlerden oluşması da zorunlu değildir. Zaten, icat edilmiş bir kavram olan “töre saikinin”, haksız tahrik olgusu ile ilişkilendirilmesi de doğru olmadığından, töre saikiyle işlenen suçlar ani gelişen, tesadüfi veya rastlantısal olaylar neticesinde<sup>52</sup> işlenebileceği gibi, uzun zamandan beri bilinen ve failin öldürüp öldürmeme konusunda karar veremediği en son haksız tahrik teşkil eden ya da etmeyen bir tetikleyici eyleme dayanılarak maktulü öldürdüğü olaylarda da söz konusu olabilmelidir. Dolayısıyla “görev bilinci” kavramı ile “tasarlama” kavramının birbiriyle her zaman bağdaşan kavramlar olduğunu söylemek mümkün değildir. Normun içselleştirilmesi ile oluşan ve “görev bilinci” olarak adlandırılan durum bir birikim gerektirir. Ancak sosyal normun içselleştirilmesi sonucu oluşan “görev bilinci” her zaman tasarlama işaret etmeyebilir. Fail cinayeti “zorunlu” görmesine rağmen suç işleme kararında sebat etmeyebilir. Bu nedenle tasarlama hususu TCK’nun 82’nci maddesinde ağırlaştırıcı sebep olarak yer aldığı olduğu sürece, töre saikinin ayrı bir ağırlaştırıcı sebep olarak düzenlenmesine gerek yoktur iddiası<sup>53</sup> yerinde değildir.

Ancak daha önce belirttiğim üzere, Yargıtay’ın namus ve töre kavramlarını birbirleri yerine geçen kavramlar olarak kullanmaya başlaması ile oluşan “her töre cinayeti namus cinayetidir”, ama “her namus cinayeti töre cinayeti değildir, bazı namus cinayetleri töre cinayetidir” düşüncesinin mantıksal tutarsızlığı ve Türk Ceza Kanunu’nun 2’nci maddesindeki kıyas yasağı kuralına aykırı olduğu hususu, bilahare Yargıtay Ceza Genel Kurulu’na da kabul edilmiştir. Yargıtay Ceza Genel Kurulu, ahlak kurallarına aykırı olduğu düşünülen bir davranışın etkisi altında kalınarak işlenen ve haksız tahrik hükümlerinin uygulanma imkânının bulunmadığı her öldürme suçunu, “töre saikiyle öldürme” suçu olarak nitelemenin doğru olmadığına karar vermiştir. Daha doğrusu, töre saikiyle işlenen suçlara ilişkin kategorik kabule dayalı bir uygulamaya gidilemeyeceğine, her somut olayda failin sai-

<sup>52</sup> Bkz. dipnot 51. Ayrıca töre saikiyle işlenen suçların tasarlama olmadan da işlenebileceği görüşü için bkz. Osman Yaşar vd. 2014, s.2697.

<sup>53</sup> Hakeri, 2007, s.247.

kinin araştırılması, töre saikinin bulunmaması halinde ise tasarlayarak öldürme suçunun unsurlarının bulunup bulunmadığının değerlendirilmesi gerektiğine karar verilmiştir.<sup>54</sup>

2012 yılına gelindiğinde ise, Yargıtay 1. Ceza Dairesi her somut olayda uygulanabileceğini düşündüğü bir ölçüt geliştirmiş, 12.12. 2012 tarihli kararı ile öldürme suçunun töre saikiyle işlendiğinin kabul edilebilmesi için üç unsurun bulunmasının gerekli olduğunu ileri sürmüştür.<sup>55</sup> Daha sonra, Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun da bu daire kararındaki gerekçelere benzer gerekçeler ile töre saikiyle öldürme suçunu tanımladığı görülmüştür.<sup>56</sup> Bu nedenle bu karar aşağıda ayrıntıları ile tartışılacaktır.

### **Yargıtay 1. Ceza Dairesi'nin 12.12. 2012 Tarihli Kararı**

Yargıtay 1. Ceza Dairesi 12.12. 2012 tarih 2012/3659 E, 2012/9331 K sayılı kararında şu gerekçelere yer vermiştir:

“Türk Ceza Kanunu'nun 82. maddesinin 1. fıkrasının (k) bendinin konusunu oluşturan “töre” nin, “belli bir davranışı gerçekleştirenin veya belli bir yaşam biçimini tercih edenlerin öldürülmesini gerektiren”, “**kötü bir töre**” yi ifade ettiği,

<sup>54</sup> Yargıtay Ceza Genel Kurulu 14.06. 2011 tarih ve 2011/130 E, 2011/1-138 K sayılı kararı:

“Töre belli koşullarda namusu da içine alan bir üst kavram ise de, öncelikle töre ve namus cinayetlerinin aynı kapsamda olmadığı belirtilmelidir. Ait olunan toplulukta geçerli ve herkes tarafından kabul edilen töre gereğince namus cinayeti işlenmesi olanaklı olup bu durumda kasten öldürme fiilinin töre saikiyle işlendiği kabul edilebilir. Ancak bununla birlikte toplumda “namus cinayeti” olarak adlandırılan her kasten öldürme eyleminin töre saikiyle işlenmediği ve bu tür eylemlerin kişilerin kendi namus anlayışının bir sonucu olarak ve töre ile yakından uzaktan ilgisi olmayacak şekilde gerçekleştirildiği de gözden uzak tutulmamalıdır.

Diğer taraftan 5237 sayılı TCY'nın “Suçta ve Cezada Kanunilik İlkesi” başlıklı 2. maddesinin 3. fıkrasında; “Kanunların suç ve ceza içeren hükümlerinin uygulanmasında kıyas yapılamaz. Suç ve ceza içeren hükümler, kıyasa yol açacak biçimde geniş yorumlanamaz” hükmü getirilmiştir... Yasa koyucunun öngörmediği bir şekilde namus saiki ile töre saiki kavramlarının özdeşleştirilmesi, yasa maddesinin kıyasa yol açacak şekilde geniş yorumlanmasıdır ki buna 5237 sayılı TCY'nın 2/3. maddesi uyarınca yasal olanak bulunmamaktadır.”

<sup>55</sup> Yargıtay 1. Ceza Dairesi'nin 12.12. 2012 tarih ve 2012/3659 E, 2012/9331 K sayılı kararı.

<sup>56</sup> Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun 03.07.2012 tarih ve 2012/1-76 E, 2012/258 K, 19.11.2013 tarih ve 2013/1-355 E, 2013/456 K sayılı kararları.

Dolayısıyla “töre saikiyle öldürme” den bahsedilebilmesi için, öncelikle mağdurun “toplumda genel olarak benimsenmiş olan bir davranış veya yaşam biçimine aykırı davranmış olmasının, ikinci olarak bu aykırı davranışın “ölümle” cezalandırılması gerektiğinin o toplumda yaşayanlar tarafından beklenen bir tepki olduğunun kabul edilebilmesinin, üçüncü olarak ise öldürme fiilinin fail tarafından toplumun öldürme beklentisinin yönlendirmesiyle sırf aykırı davranışın cezalandırılması görevi üstlenilerek işlenmesinin” şart olduğu, burada “toplumdan” kastedilenin “tüm ülke” olabileceği gibi “köy, mahalle, geniş aile gibi” küçük bir topluluk da olabileceği, “töre saikiyle öldürme” suçunun oluşması açısından bunlar arasında fark bulunmadığı, “töre” kavramıyla sık sık karıştırılan “namus” kavramının ise “bir toplum içinde ahlak kurallarına ve toplumsal değerlere bağlılık, iffet, doğruluk, dürüstlük” olarak tanımlandığı, bu anlamda, **töre ile namusun benzer ancak farklı kavramlar oldukları**, törenin belli koşullarda namusu da içine alan üst bir kavram olarak ortaya çıkabileceği durumlar var ise de, diğer koşulların bulunmadığı hallerde, sırf kişilerin sübjektif namus anlayışından, kıskançlıktan, cinsel arzu ve isteklere karşılık alamamaktan, kınamaktan, hoşlanmamaktan, tasvip etmemekten, söz geçirememekten kaynaklanan öldürme fiillerinin “töre saikiyle öldürme” olarak nitelendirilemeyeceği, aynı şekilde, toplumun tasvip etmediği veya kınadığı davranışları işleyenlerin ya da yaşam biçimini tercih edenlerin öldürülmesi biçiminde gerçekleştirilen her fiilin de **toplumdaki öldürme beklentisi açıkça ortaya konulmadan**, sırf bu nedenle “töre saikiyle öldürme” olarak değerlendirilemeyeceği, buna göre, **“töre cinayeti ile namus cinayetinin” aynı kavramlar olduğunun söylenemeyeceği**, zira suçta ve cezada kanunilik prensibi ile ceza hukukundaki kıyas yasağının, “töre saikiyle öldürme” suçunun uygulanma alanını bu şekilde genişletmeye izin vermeyeceği,

Somut olayda; sanık Ayhan’ın, erkek kardeşi Mehmet’in eşi olan maktuleyi kendisinin dayattığı yaşam biçimine uymadığı için **“toplumda bu şekilde davrananların öldürülmesi gerektiği yönünde her hangi bir beklenti bulunmadığı halde”**, sırf kendi sübjektif değerlendirmelerine dayalı olarak öldürmesinin, töre saikiyle öldürme biçiminde nitelendirilmesinin mümkün olmayacağı, bu cihetle, sanık

hakkında tahriksiz kasten öldürme yerine, suç vasfında yanılığa düşülerek yazılı şekilde “töre saikiyle öldürme” suçundan hüküm kurulması, bozmayı gerektirmiştir.”

Yargıtay 1. Ceza Dairesi’ne göre, töre saiki ile öldürmede faili suç işlemeye iten “töre” kötü bir töredir. Bu töre ülke, köy, mahalle ya da geniş aile şeklinde tanımlanabilecek bir toplumda genel olarak benimsenmiş davranış veya yaşam biçimlerini düzenlemekte, buna aykırı davrananların ölümle cezalandırılabilmesi yönünde bu toplumda genel bir kabul ve beklenti bulunmaktadır. Törenin ihlali halinde ise, fail sadece ve sadece ihlal nedeniyle toplumda var olan öldürme beklentisinin yarattığı görev bilinciyle ve bu beklentiyi karşılamak ve saygınlığını muhafaza etmek üzere öldürme suçunu işlemektedir. Bu durumda, töre saikiyle işlenen cinayette az ya da çok kolektif bir unsur veya kimlik bulunmakta, namus saikiyle işlenen cinayetlerde ise bulunmamaktadır. Bir defa namus kavramının töreden farklı olarak bireysel sübjektif bir bakışı yansıttığı düşüncesini kabul etmek, namus kavramının kültürel veya toplumsal bir birikimin ürünü olmadığı iddiasını kabul etmemize neden olur ki, bu durum bilimsel ve sosyolojik gerçeklere aykırı düşer. Hal böyle olmakla beraber, namus kavramının bireyselliğine ilişkin yanılığın birçok yargı kararında<sup>57</sup> ve öğretilerde<sup>58</sup> yer almaktadır.

Yine Yargıtay’a göre, töre saiki ile öldürmede faili suç işlemeye iten “töre”, kötü bir “töre” ise ve töre kavramı da namus kavramını da kapsayan daha geniş bir kavram ise, “kötü töreye” “töre”, “iyi tö-

<sup>57</sup> Yargıtay Ceza Genel Kurulunun 14.06.2011 tarih 2011/130 E, 2011/1-138 K sayılı kararı:

“Yapılan araştırmalarda da, toplumda namus cinayetleri töre cinayetlerinden farklı olarak algılandığı ve namus cinayetlerinin daha ziyade bireysel bir eylem olarak değerlendirildiği, töre ile veya herhangi bir bölge ile ilişkilendirilmediği görülmektedir... Gerçekten, namus saikiyle işlenen suçlar daha ziyade bireysel nitelikte olup namus saikiyle işlenen her suç töreyle ilişkilendirmek isabetli olmayıp, namus saikiyle işlenen her suçun TCK.nun 82/1-k maddesi anlamında töre saikiyle işlenen suç olarak kabul edilmesi mümkün değildir.”

<sup>58</sup> Hakeri, 2007, s.248; Durmuş Tezcan, Mustafa Ruhan Erdem, R. Murat Önok, 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu’na Göre Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, 6. Baskı. Seçkin Yayınları, Ankara, 2008, s.169; Ece Göztepe “Namus Cinayetlerinin Hukuki Boyutu: Yeni TCK’nun Bir Değerlendirmesi”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 2005, Sayı.59, s.29-48.

reye" namus mu diyoruz? Kötü "töre" kimin töresi, iyi "namus" kimin namusu? Bu sorulara tatmin edici bir yanıt bulunması olanaklı gözükmemektedir. Bu bağlamda, eril kültürün ürünü olan tüm şiddet eylemlerini aynı kategoride değerlendirip hepsini cezalandırmak yerine, Yargıtay, "kötü töre", "iyi namus" ayrıştırması yaparak, kadına yönelik şiddet eylemlerinin bir kısmının normalleştirilmesine hizmet etmektedir. Aslında ikilem yaşanan husus, temel bir soruna anlamlı bir yanıt üretilmemesinden kaynaklanmaktadır. Bu sorun da, toplumsal bir varlık olan insanoğlunun kendi kültürel algılamasına göre doğru bildiği veya yapmaya zorlandığı şeyi yapması halinde, o toplumda hâkim olan kültürel yapının parçası olan iktidarın ve hukukun, içselleştirilmiş kültürel normlara uygun olan her davranışı hukuki açıdan destekleyip desteklemeyeceğidir.

Kanımızca, cezanın suçlunun kişiliğine uydurulması prensibinden kaynaklanan uygulamalar hariç, iktidarın kültürel ve eril değerlendirmelerden uzak olarak aynı tür şiddet eylemlerini eşit biçimde cezalandırması gerekir. Yoksa eril iktidarın ve onun yarattığı hukukun kendince uygun bulduğu olguları "namus" kategorisine sokup indirim tabi tutması, uygun bulmadıklarını "töre" kategorisine sokarak şiddetle cezalandırılması doğru ve adil olmaz.

Hal bu olmakla beraber, namus kavramının töreden farklı olduğu, bireysel ve olumlu bulunan bir değeri yansıttığı düşüncesi ile geliştirilen bu görüşün, Yargıtay'ın daha sonraki kararlarında da tekrarlanıp benimsendiği görülmektedir. Yargıtay bu kararlarında, töre saikinin kabulü için, toplumda öldürme yönünde bir beklenti oluştuğunun açıkça ortaya konması gerektiğine vurgu yapmış, toplumda öldürme yönünde bir beklentinin olması halinde töre saikinin bulunduğuna karar vermiştir.<sup>59</sup>

<sup>59</sup> Yargıtay 1. CD.'nin 06.03.2013 tarih ve 2012/4767 E, 2013/1774 K sayılı kararı: "Toplumun tasvip etmediği veya kınadığı davranışları işleyenlerin ya da yaşam biçimini tercih edenlerin öldürülmesi biçiminde gerçekleştirilen her fiilin toplumdaki öldürme beklentisi açıkça ortaya konulmadan, sırf bu nedenle "töre saikiyle öldürme" olarak değerlendirilemeyeceği, buna göre, "töre cinayeti ile namus cinayetinin" aynı kavramlar olduğunun söylenemeyeceği, sanığın, annesi ile bir süre gönül ilişkisi yaşayan maktülü aralarında çıkan tartışma sırasında bıçaklayarak öldürdüğü olayda, töre saikiyle insan öldürme suçunun unsurları oluşmadığı halde, sanık hakkında kasten öldürme suçundan TCK' nun 81/1.maddesi gereğince hüküm kurulması yerine, yazılı şekilde hüküm kurulması" bozmayı gerektirmiştir.

Gelinen süreçte en son aşamada Yargıtay töre saikiyle öldürme suçunda, failin sadece ve sadece törenin ihlali nedeniyle toplumda var olan öldürme beklentisinin yarattığı görev bilinciyle, bu beklentiyi karşılamak ve saygınlığını muhafaza etmek üzere öldürme suçunu işlediğini belirtmektedir. Öğretide ise “töre” olarak kabul edilebilecek normatif kurallar üzerinde tartışmanın yaşandığı, neyin töre kabul edilip, neyin töre kabul edilmemesi gerektiği konusunda bir uzlaşmanın olmadığı görülmektedir. Örneğin erkek çocuk doğuramadığı gerekçesiyle bir kadının öldürülmesi durumunda, töre saikinin bulunmadığını savunan görüşler vardır.<sup>60</sup> Oysa Yargıtay töre saikinde, failin toplumda var olan öldürme beklentisinin yönlendirmesiyle öldürme suçunu işlediğini belirtirken, toplumdaki kastedilenin “tüm ülke” olabileceği gibi “köy, mahalle, geniş aile gibi” küçük bir topluluk da olabileceğini belirtmektedir. Yargıtay’ın bu görüşü dikkate alınrsa, failin

---

Yargıtay 1. CD.’nin 22.01.2014 tarih ve 2013/2789 E, 2014/184 K sayılı kararı: “Sanıklar Ramazan ve Metin’in, Cemile hakkında çıkan dedikodular nedeniyle, Cemile ve Mehmet’i ikaz etmelerine rağmen Cemile’nin kendilerinin dayattığı yaşam biçimine uymadığı için “toplumda bu şekilde davrananların öldürülmesi gerektiği yönünde herhangi bir beklenti bulunmadığı halde, sırf kendi subjektif değerlendirmelerine dayalı olarak maktulleri öldürmelerinin, töre saikiyle öldürme biçiminde nitelendirilmesinin mümkün olmayacağı” bu cihetle, sanık Ramazan hakkında tahriksiz kasten kardeşini öldürme ve tahriksiz kasten öldürme ile sanık Metin hakkında maktullere karşı ayrı ayrı tahriksiz kasten öldürme yerine, suçların nitelendirilmesinde yanlışlığa düşülerek yazılı şekilde “töre saikiyle öldürme” suçlarından hüküm kurulması,” bozmayı gerektirmiştir.

Yargıtay 1. C.D.’nin 22.10.2014 tarih ve 2014/4124 E, 2014/4693 K sayılı kararı: “Dosya kapsamına göre, sanığın annesini kovalayarak bıçakla birden fazla darbe vurarak hemotoraks oluşturup hayati tehlike yaratacak şekilde yaraladığı olayda; töre saiki ile eylemin gerçekleştirildiğinin kabulü için; ...öldürme fiilinin fail tarafından toplumun öldürme beklentisinin yönlendirmesiyle sırf aykırı davranışın cezalandırılması görevi üstlenilerek işlenmesinin gerektiği; somut olayda sanığın annesinin başka bir erkekle birlikte yaşamaya başlaması hususu dikkate alındığında, sanığın töre saiki ile hareket ettiğini kabule elverişli şartların olayda gerçekleşmediği ve suçun unsurlarının oluşmadığı gözetilmeden suç vasfında yanlışlığa düşülerek sanık hakkında annesini kasten öldürmeye teşebbüs suçundan TCK’nun 82/1-d,35 maddeleri gereğince hüküm kurulması yerine, suç vasfında yanlışlığa düşülerek yazılı şekilde annesini töre saiki ile kasten öldürmeye teşebbüs suçundan TCK’nun 82/1-d-k,35 maddeleri gereğince hüküm kurulması,” bozmayı gerektirmiştir.

Ayrıca bkz. Yargıtay 1. C.D.’nin 29.04.2014 tarih ve 2014/1719 E, 2014/2733 K, 16.09.2014 tarih ve 2014/1904 E, 2014/3887 K, 07.10.2013 tarih ve 2013/2120 E, 2013/5542 K, 20.06.2013 tarih ve 2013/2793 E, 2013/4539 K, 01.10.2014 tarih ve 2014/2849 E, 2014/4347 K sayılı kararları.

<sup>60</sup> Arslan Çetin, Bahattin Azizağaoğlu, Yeni Türk Ceza Kanunu Şerhi, Asil Yayınevi, Ankara, 2004. s.364; Yaşar vd. 2014, s.2695.



ailesinde öldürme yönünde bir beklenti var ise ve fail bunu karşılamak amacıyla hareket ettiyse, fail töre saikiyle öldürme suçunu işlemiş demektir. Tüm ülkenin veya topluluğun aynı beklenti içinde olması gerekli değildir.

Yine öğretilerde, bir erkeğin travesti olması ve öldürülmesi durumunda töreye aykırı bir durumun olduğu ve failin töre saikiyle hareket ettiğinin kabul edilmesi gerektiği belirtilmektedir.<sup>61</sup> Yaygın olarak benimsenen heteroseksüelliğin dışındaki cinsel yönelimler veya tercihler sebebiyle (LGBTQI) bir kimsenin öldürülmesi halinde, failin töre saikiyle hareket edip etmediği konusunda şu an için kesinleşmiş bir yargı kararı bulunmamakla birlikte, lezbiyen ilişki içinde oldukları iddia edilen iki kadından birinin küçük kardeşi tarafından öldürülmeye teşebbüs edildiği bir vakada, failin töre saikiyle hareket ettiği yönünde verilen ilk derece mahkemesi kararını, Yargıtay eksik inceleme nedeniyle bozmuş, öldürmenin töre saikiyle işlendiği fikrinin kabulü konusunda çekimser davranmıştır.<sup>62</sup> Yine basın yayın organlarına Türkiye'nin ilk "gay" namus cinayeti olarak yansıyan "Ahmet Yıldız" vakası ile ilgili olarak firari sanık hakkında henüz karar verilmemiştir.<sup>63</sup>

Burada aktardığımız örnek ve tartışmalardan da anlaşılacağı üzere "töre saiki" kavramından ne anlaşılması gerektiği konusunda istikrar kazanmış bir yargı uygulaması maalesef bulunmamaktadır. Neyin töre kabul edilip, neyin kabul edilmeyeceği noktasında yaşanan belirsizliğin yanında, Yargıtay'ın son kararlarında geçen "toplumdaki öldürme beklentisinin" nasıl ispat edileceği ayrı bir sorundur. Çünkü başka konularda söz söyleme cesareti olmayan kişiler, mesele namus olunca düşüncelerini en keskin sözlerle, çekinmeden dile getirmekte sakınca görmemektedirler. Peki, düşüncelerini dile getirmekten çekinmeyen, cinayete adeta davetiye çıkaran ve Yargıtay'ın tabiri ile failin zihninde "toplumda öldürme beklentisi olduğu yönünde" düşünce oluşmasına ya da "öldürme eylemini gerçekleştirirse toplum tarafından 'saygınlık' ile ödüllendirileceğini" düşünmesine neden

<sup>61</sup> Yaşar vd. 2014, s.2695.

<sup>62</sup> Adana 4. Ağır Ceza Mahkemesinin 05.04.2011 tarih, 2011/44 E-111 K sayılı kararının bozulmasına ilişkin Yargıtay 1. CD.'nin 17.04.2013 tarih ve 2011/7167 E, 2013/3268 K sayılı kararı.

<sup>63</sup> Hürriyet, 1 Şubat 2009, "Ahmet, töre cinayetine mi kurban gitti?".



olan kişilerin sorumluluğu ne olacaktır? Hatırlanacağı üzere, Yargıtay Ceza Genel Kurulu bir önceki başlıkta tartıştığımız 11.05.2010 tarih ve 2010/1-56 E, 2010/111 K sayılı kararında, töre saiki için aile meclisi kararı ölçütünde ısrar edilmesi ve bu hususun suçun önkoşulu olarak görülmesi halinde, “adeta işlenemez ve zorunlu azmettirmeyi gerektiren bir suç tipi” yaratılacağını belirterek, bu durumun uygulamada yaratacağı güçlükler dikkat çekmiştir. Yine, bu başlık altında tartıştığımız Yargıtay 1. Ceza Dairesi’nin 12.12. 2012 tarih 2012/3659 E, 2012/9331 K sayılı kararında ve bu kararı takip eden Ceza Genel Kurul kararlarında ise,<sup>64</sup> Yargıtay, töre saikinın mevcut sayılması için, failin öldürme suçunu nüfus itibariyle köy, mahalle, ya da geniş aile ölçeğinde olabilen, toplumdaki öldürme beklentisinin yarattığı görev bilinci ile ve bu beklentiye karşılık ve saygınlık kazanmak amacıyla işlemesi gerektiğini belirtmektedir. Peki, bu durumda *aile meclisi kararının* ispatında yaşanan güçlükler, *toplumda var olan öldürme beklentisinin* ispatında yaşanmayacak mıdır? Nitekim yukarda<sup>65</sup> özetlerini sunduğum Yargıtay kararları incelendiğinde, daha önce eleştirdiği hataya Yargıtay’ın bizzat kendisinin düştüğü, bu yorum ile ispatlanması çok güç, adeta “işlenemez bir suç tipi” yarattığı görülecektir.

Yine töre saikine ilişkin olarak, maktulün öldürülmesi hususunda eğer yakın aile üyeleri toplumdaki farklı bir tutum içine girmişse, kimin beklentisi esas alınacaktır? Birçok araştırmanın ortaya koyduğu üzere,<sup>66</sup> toplum ile yakın aile üyeleri arasında hatta akraba olmayan toplumun kendi üyeleri arasında, namussuzluk addedilen davranışın ölümle çözülmesi gerekip gerekmediği, varlığı iddia edilen normun veya törenin bu hususta bir çözüm önerisi sunup sunmadığı, sunmuşsa bile törenin gereğinin yerine getirilmesinin gerekli olup olmadığı konusunda görüş ayrılıkları olabilir. Öldürme beklentilerini açık bir şekilde belirten bir veya birden fazla kişinin bulunması halinde, bu kişilerden, hangileri veya kimler TCK’nun 39’ uncu maddesinde belirtilen şekli ile faili suç işlemeye teşvikten veya suç işleme kararını güçlendirmekten sorumlu tutulacaktır? Bunları belirlemek mümkün değildir.

<sup>64</sup> Yargıtay Ceza Genel Kurulu’nun 03.07.2012 tarih ve 2012/1-76 E, 2012/258 K; 19.11.2013 tarih ve 2013/1-355 E, 2013/456 K sayılı kararları.

<sup>65</sup> Dipnot, 59.

<sup>66</sup> Doğan 2013, 2014a, 2016.

## SONUÇ VE ÖNERİLER

Türk hukukuna 2005 yılında 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu ile giren “töre saikiyle öldürme” veya daha yalın bir ifadeyle “töre cinayeti” kavramının herhangi bir bilimsel dayanağı bulunmamaktadır. Kapsamı ve içeriği şu ana kadar kriminoloji, sosyoloji veya antropoloji bilimince bilimsel esaslara göre açıklanamayan ve açıklanması da mümkün gözükmeyen bu kavram, tamamıyla eril çıkarlara ve gündelik politikalara hizmet etmesi amacıyla adeta icat edilmiş olup Avrupa Birliği müktesebatına uyum sağlamada bir makyaj veya vitrin malzemesi işlevi görmüştür.

Çünkü Avrupa Birliği müktesebatına uyum sağlamak amacıyla çıkarılan 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu’nda zina suç olmaktan çıkarılmış, “kadına zina yapma hakkını vererek namusun elden gittiğini” düşünen eril anlayış, kadının zinası halinde işlenen öldürme suçlarına daha az bir ceza vererek kendi itibarını kurtarmanın peşine düşmüştür. Bu bağlamda zina suç olmaktan çıkarılmış, ancak eşine karşı cinsel sadakat yükümlülüğünü ihlal eden kadının eşi tarafından öldürülmesi halinde, erkeğin haksız tahrik hükümlerinden yararlanması ve daha az cezaya çarptırılması sağlanmıştır.

“Töre saiki” kavramından ne anlaşılması gerektiği konusunda istikrar kazanmış bir yargı uygulaması maalesef bulunmamaktadır. Neyin töre kabul edilip, neyin kabul edilmeyeceği noktasında yaşanan belirsizliğin yanında, Yargıtay’ın son kararlarında geçen “toplumdaki öldürme beklentisinin” nasıl ispat edileceği ayrı bir sorundur.

“Töre saikiyle öldürme suçu” eril normlarca belirlenen “ideal kadın, eş veya anne modelinden” uzaklaşan, ya da cinsel ve sosyal hayatını eril normlardan bağımsız olarak kendi dünya görüşü, fikirleri ve tercihlerine uygun olarak şekillendiren kadınların, özellikle küçük yaşta çocuklar tarafından öldürülerek cezalandırılmasının önüne geçmek amacıyla Türk Ceza Kanunu’na eklenmiştir. Daha doğrusu, toplumun hukuki düzenlemeden beklentisi bu yöndedir. Ancak gelenen süreçte bu beklenti karşılanamadığı gibi, “sadakat yükümlülüğünün ihlali” adı altında, evli kadınların eşleri tarafından öldürülmesi durumunda verilen cezada indirime gidilerek, bazı şiddet türlerinin normalleştirilmesi veya mazur görülmesi sağlanmıştır.

Bu bağlamda, cinsel sadakat yükümlülüğünün ihlali veya daha cinsiyetçi bir ifade ile kadının veya erkeğin zinası, tek başına haksız tahrik sebebi olarak kabul edilmemelidir. İngiltere’de 2010 yılında yürürlüğe giren ve İngiliz haksız tahrik hukukunu yeniden düzenleyen kanunda<sup>67</sup> olduğu gibi, cinsel sadakat yükümlülüğünün ihlali tek başına haksız tahrik sebebi sayılmamalıdır. Cinsel sadakat yükümlülüğünün ihlali, ancak çok istisnai durumlarda, cinayet öncesinde yaşanan hakaret sayılabilecek sözler ve istismar sayılabilecek davranışların sadakatsizlik ile birleşmesi durumunda dikkate alınmalıdır.

İkincisi, namus/töre cinayeti ayırımında yaşanan tereddütleri gidermek ve bir standarda kavuşturmak üzere, 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu’nun 62-73 maddeleri arasında düzenlenen bilirkişilik kurumu daha etkili bir şekilde kullanılmalıdır. “Töre saiki” kavramının kapsam ve içeriğinin kriminoloji, sosyoloji veya antropoloji bilimince, bilimsel esaslara göre açıklanması mümkün gözükmediğinden, TCK’nun 82/1-k maddesinde yer alan “töre saiki” ibaresi madde metninden çıkarılmalı, yerine “namus saiki” ibaresi eklenmelidir. Ancak bir öldürme suçunda failin namus saikiyle hareket edip etmediği hususunun çözümü bilirkişilere bırakılmalıdır.

Çünkü failin namus saikiyle hareket edip etmediği hususunun çözümü, özel veya teknik bilgi gerektirmekte olup hâkimlik mesleğinin gerektirdiği genel ve hukukî bilgi ile bu hususun çözülmesi mümkün değildir. Dolayısıyla, Ceza Muhakemesi Kanunu’nun 63’üncü maddesinde düzenlenen bilirkişilik kurumu doğrultusunda, namus saikiyle işlendiği iddia edilen her cinayette, antropolog, etnolog, sosyolog ve psikiyatlardan oluşan bir bilirkişi heyeti mahkemece atanmalıdır. Bu bilirkişi heyetinden, antropolog veya sosyologlar failin yaşadığı veya yetiştiği toplulukta şiddeti zorunlu kılan bir normun olup olmadığını araştırarak, psikiyatrlar ise failin bu norma inancının derecesini geliştirdikleri tutum ölçekleri ve psikolojik testler ile tespit edeceklerdir. Bu bağlamda, Yargıtay’ın son kararlarında geçen “toplumda öldürme beklentisinin” bulunup bulunmadığı hususu da hâkimler tarafından çözülebilecek bir husus olmadığı-

<sup>67</sup> The Coroners and Justice Act 2009, section 55 (6) (c).

dan bu husus da bilirkişilere bırakılmalıdır. Bilirkişilik kurumu kullanılsa bile konunun çözümü kolay olmayacaktır. Failin yaşadığı veya büyüdüğü toplulukta, şiddeti zorunlu kılan bir normun olup olmadığını anlamak saha çalışmasını gerektirebilecek, bazı hallerde bilirkişiler nüfus olarak köy, mezra ve hatta geniş aile olarak tanımlanabilecek topluluk içinde uzun süre birlikte yaşamak zorunda kalacak, bu da yargılamanın esaslı bir biçimde uzamasına neden olabilecektir. Bunların yerine, TCK'da yer alan tüm saik düzenlemeleri ortadan kaldırılmalı, bu hususlar kadına yönelik şiddet halleri olarak düzenlenmeli ve mümkün olan en ağır ceza ile cezalandırılmalıdır.

### Kaynakça

- Başbakanlık Kadınının Statüsü Ve Sorunları Genel Müdürlüğü, Töre Cinayetleri Panel Bildirileri, Ankara, 1999.
- BBC News, September 9, 2004. "EU irked by Turkish adultery law". Erişim tarihi 29.01.2016. <http://news.bbc.co.uk/2/hi/europe/3641026.stm>,
- BBC (Yapımcı). 4 Aralık 2007. Honour Kills, [TV documentary]. London, UK: BBC, BBC3.
- Çetin Arslan, Azizağaoğlu Bahattin, Yeni Türk Ceza Kanunu Şerhi, Asil Yayınevi, Ankara, 2004.
- Coşkun Vahap, Doğan Recep, "Mardin Olayı: Töre Değil Katliam", Anlayış, Haziran 2009, Sayı 73, s.60-62.
- Doğan Recep, "Did the Coroners and Justice Act 2009 get it right? Are all honour killings revenge killings?", Punishment & Society, 2013, 15 (5), s. 488-514.
- Doğan Recep, "Different Cultural Understandings of Honour That Inspire Killing: An Inquiry into The Defendant's Perspective", Homicide Studies, 2014a, 18 (4), s. 363-388.
- Doğan Recep, "The Profiles of Victims, Perpetrators, and Unfounded Beliefs in Honor killings in Turkey", Homicide Studies, 2014b, 18 (4), s. 389-416.
- Doğan Recep, "The Dynamics of Honor Killings and the Perpetrators' Experiences", Homicide Studies, 2016, 20 (1), s.53-79.
- Dönmezer Sulhi, Kriminoloji, Altıncı Baskı, İstanbul Üniversitesi Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1981.
- Faraç Mehmet, Töre Kıskaçında Kadın, Dördüncü Basım, Günizi Yayıncılık, İstanbul, 2006.
- Fındıkçı Aydın, Töre Cinayetleri Kürt Kültürünün Bir Parçası (mı)?, İmaj Yayınları, Ankara, 2010.
- Göztepe Ece, "Namus Cinayetlerinin Hukuki Boyutu: Yeni TCK'nun Bir Değerlendirmesi", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 2005, Sayı.59, s.29-48.

- Hafizoğulları Zeki, Özen Muharrem, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, Kişilere Karşı Suçlar, US-A Yayıncılık, Ankara, 2010.
- Hakeri Hakan, Kasten Öldürme Suçları, TCK 81-82-83, Gözden Geçirilmiş 2. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara, 2007.
- Husseini Rana, Murder in the Name of Honour, One World Publications, Oxford, 2009.
- Hürriyet, 13 Eylül 2004. "Zina tartışması". Erişim tarihi, 29.01.2016. <http://www.hurriyet.com.tr/zina-tartismasi-256969>
- Hürriyet, 1 Şubat 2009. "Ahmet, töre cinayetine mi kurban gitti?". Erişim tarihi, 29.04.2016. <http://www.hurriyet.com.tr/ahmet-tore-cinayetine-mi-kurban-gitti-10900920>.
- İçli Tülin Günşen, "Blood Feud in Turkey: A Sociological Analysis", *British Journal of Criminology*, 1994, 34 (1), s.69-74.
- Nişanyan Sevan, Sözlerin Soyağacı: Çağdaş, Türkçenin Etimolojik Sözlüğü, Adam Yayınları, İstanbul, 2003.
- Özbek Veli Özer, Yeni Türk Ceza Kanununun Anlamı, TCK İzmir Şerhi, Cilt II, Özel Hükümler, Birinci Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2008.
- Özkök Ertuğrul, "Asıl Kürt Sorunu Bu", Hürriyet, 14 Haziran 2006.
- Peristiany John George, Honour and Shame, The Values of Mediterranean Society, Weidenfeld and Nicolson, London, 1966.
- Peristiany John George & Pitt-Rivers Julian A. (Eds.), Honor and Grace in Anthropology, Cambridge University Press, Cambridge, 1992.
- Pervizat Leyla, "Lack of due diligence: Judgements of crimes of honour in Turkey", Honour, Violence, Women and Islam içinde (Ed. Mohammad Mazher Idriss & Tahir Abbas), Routledge, Oxon, 2011, s.142-153.
- Phillips Anne, Multiculturalism without culture, Princeton University Press, Princeton, 2007.
- Pope Nicole, "Namus Cinayetleri: Ataerkil Denetim Araçları", Namus Adına Şiddet Kuramsal ve Siyasal Yaklaşımlar içinde (Der. Shahrzad Mojab, Nahla Abdo, Çev. Güneş Kömürcüler). İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2006, s.107-116.
- Said Edward W, Orientalism, Western Conceptions of the Orient, Routledge and Kegan Paul Ltd., London, 1978.
- Sancar Türkan Yalçın, "Töre Ötekinin Sorunu (mu)?" *Güncel Hukuk*, Eylül 2007, s.12-18.
- Sancar Türkan Yalçın, Türk Ceza Hukukunda Kadın, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2013.
- Shalhoub-Kevorkian, Nadera, "Reexamining Femicide: Breaking the Silence and Crossing "Scientific" Borders", *Signs: Journal of Women in Culture and Society*, 2003, 28 (2), s.581-608.
- Tezcan Durmuş, Erdem Mustafa Ruhan, Önok, R. Murat, 5237 Sayılı Türk Ceza Kanununa Göre Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, 4. Baskı. Seçkin Yayınları, Ankara, 2006.

- Tezcan Durmuş, Erdem Mustafa Ruhan, Önok, R. Murat 5237 Sayılı Türk Ceza Kanununa Göre Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, 6. Baskı. Seçkin Yayınları, Ankara, 2008.
- UNDP & UNFPA, Türkiye’de Namus Cinayetlerinin Dinamikleri: Eylem programı için öneriler, Sonuç Raporu, Hazırlayan, Filiz Kardam, Nüfus Bilim Derneği, Ankara, 2005. Erişim tarihi, 29.04.2016. <http://www.nd.org.tr/custom/odesismc/NamusCinayetleri.pdf>
- Van Broeck Jeroen “Cultural Defence and Culturally Motivated Crimes (Cultural Offences)”, *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, 2001, 9 (1), s.1-32.
- Van Eck Clementine, *Purified by Blood, Honour Killings amongst Turks in the Netherlands*, Amsterdam University Press, Amsterdam, 2003.
- Yaşar Osman, Gökcan Hasan Tahsin, Artuç Mustafa, *Yorumlu-Uygulamalı Türk Ceza Kanunu*, 2. Cilt, Md.45-85, Tamamen Gözden Geçirilmiş, 2. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2014.

**DÜZENLEYİCİ İŞLEMİN KONUSUNUN  
GAYRİMEŞRU OLMASI  
(Vakıf Üniversiteleri ile İlgili YÖK Düzenlemelerine  
Eleştirel Bir Yaklaşım)  
ILLEGITIMACY OF THE “SUBJECT-MATTER”  
OF A REGULATORY STATUE  
(Critical Approach toward the YÖK -Turkish Council  
of Higher Education- Regulation on Foundation Universities)**

Mustafa Yaşar DEMİRCİOĞLU\*

**Özet:** 19 Kasım 2015 tarihli Resmi Gazetede yayımlanan yeni düzenlemelerle birlikte Vakıf Yükseköğretim Kurumları Yönetmeliğinde değişiklik yapılmış ve “Kazanç Amacı Gütmeme ve Kaynak Aktarımı” başlığı altında; vakıf üniversitelerinin kaynak aktarımı yapamayacakları hüküm altına alındıktan sonra kaynak aktarımı sayılan haller madde metninde sıralanmıştır. Yönetmeliğin 28’nci maddesinin ilk bendinde; “Mütevelli heyeti ve üyeleri ile bunlar dışındaki üçüncü gerçek ya da tüzel kişilerden yapılan borçlanmanın Merkez Bankasının bankalarca açılan kredilere uygulanan ağırlıklı ortalama faiz oranlarından sebepleri izah edilemeyecek derecede yüksek bedeller ile yapılması”nın kaynak aktarımı sayılacağı düzenlenmiştir.

Türkiye Cumhuriyetinde geçerli olan mevzuat hükümleri çerçevesinde bir vakıf üniversitesinin mütevelli heyeti ve üyeleri veya bunlar dışındaki üçüncü “gerçek kişilerden faiz karşılığında borçlanmaları” hukuken imkansızdır. Zira vakıf üniversitesi ile ilişkisi ne olursa olsun “gerçek kişilerden faizle borçlanılması” Türk Ceza Kanunu hükümleri çerçevesinde “Tefecilik Suçu” na vücut vermektedir. Hukuken imkansız, kanunen yasak ve hatta Türk Ceza Kanunu hükümleri çerçevesinde suç sayılan bir fiil, YÖK Başkanlığı tarafından çıkarılan Yönetmelik hükmü ile meşrulaştırılmaya çalışılmakta; vakıf üniversitelerinin, piyasa koşullarından yüksek olmamak şartı ile mütevelli heyet üyeleri veya bunlar dışındaki üçüncü gerçek kişilerden faiz karşılığı borçlanmalarına cevaz verilmektedir.

Bu makalede 19.11.2015 tarihinde yayımlanarak yürürlüğe giren Vakıf Yükseköğretim Kurumları Yönetmeliğinin ilgili maddesi bağlamında “gerçek kişilerden faiz karşılığı borçlanma imkanı” sağlanması ile ilgili mevzuat hükmünün, Türk Ceza Kanununun 241’nci maddesinde düzenlenen “Tefecilik Suçu” ile karşılaştırması yapılarak, düzenleyici işlemin konusunun gayrimeşru olmasının hukuki sonucu; idare hukukunda normlar hiyerarşisi ve yokluk teorisi çerçevesinde ele alınarak değerlendirilmektedir.

\* Dr., İpek Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi, İdare Hukuku Öğretim Üyesi



**Anahtar Kelimeler:** Normlar Hiyerarşisi, Yokluk, Kanuna Aykırı Yönetmelik, İdari İşlemin Konusu.

**Abstract:** With a new enactment published in the Official Gazette dated 19 November 2015, the Regulation on Foundation Higher Education Institutions has been changed, and after stating that foundation universities may not transfer any funds under the title of “Non-Profit Making and Transfer of Funds”; actions which will be considered as fund transfer have been listed in the related article. The first paragraph of Article 28 of the Regulation rules that, “Loans provided by the board of trustees or by members, or by any other third-party real or legal persons and the interest charged upon which is inexplicably higher than the weighted average interest rates that the Central Bank applies to loans issued by banks,” will be considered as fund transfer.

According to legislative provisions that are currently in force in the Republic of Turkey, however, it is legally impossible for foundation universities to **accept interest-bearing loans from board of trustees, or any of its members, or any other third-party real persons**. This is because, according to Turkish Criminal Law, regardless of their relationship to the foundation university, **“accepting interest-bearing loans from real persons”** is a **“Usury Crime”**. Hence, this provision of the Regulation, issued by the YÖK Presidency, attempts to legitimise an act which is legally impossible, forbidden by law and even considered as a crime by the provisions of Turkish Criminal Law; and, providing that the interest rate they are going to pay may not be higher than market conditions, the foundation universities are allowed to take loans at interest from the board of trustees, or from any of its members, or from any other third-party real persons.

In this article, in relation to the above mentioned article of the Regulation on Foundation Higher Education Institutions, which has been published and entered into force on 19 November 2015, the provision of this Regulation that allows foundation universities to “take interest-bearing loans from real persons” will be compared with the “Usury Crime” which is defined and forbidden by Article 241 of Turkish Criminal Law; and the legal consequence of a legislative act, the subject-matter of which is illegal, will be examined within the scope of hierarchy of norms and theory of non-existence in administrative law.

**Keywords:** Hierarchy of Norms, Non-Existence, Illegal Regulation, Subject-matter of an Administrative Act.

## I- Vakıf Üniversitelerinin Finansman İhtiyaçları ve Kredi Kullanımı

Vakıf üniversiteleri, Anayasanın amir hükmü gereği kamu tüzel kişiliğini haiz, özel kanunla kurulan hukuki varlıklardır. Bu üniversiteler; kâr amacı gütmeyen, kamu yararına hizmet eden kuruluşlardır.

Üniversite, geleneği ve tanımı gereği kamu yararı için bilgiyi arayan, üreten, ileten ve yayan özerk bir öğretim ve araştırma merkezidir.<sup>1</sup> Vakıf üniversitelerine anayasa çerçevesinde verilen kamu tüzel kişiliği statüsü gereği bu üniversitelerin kuruluş amacının kamu yararı, faaliyet konularının ise kamu hizmeti olduğu hususu, yargı organları kararlarında da özellikle vurgulanmaktadır.<sup>2</sup> Bu üniversitelerin kamu tüzel kişiliği statüsü ile kamu yararına hizmet ettikleri ilkesi gereği her türlü mal ve hizmet alımları ile ticari ilişkilerinin de kamu yararı esas gözetilerek yürütülmesi zorunluluğu bulunmaktadır. Vakıf Üniversitesi mütevelli heyet üyeleri ve diğer yöneticileri, üniversitenin tüm ticari işlerinde, alım satımlarında kamu yararını esas alan bir anlayışla hareket etmekle yükümlüdürler.

Vakıf üniversiteleri, kazanç amacı olmamak şartı ile mali ve idari konular dışında akademik çalışmalar, öğretim elemanlarının sağlanması ve güvenlik yönlerinden Devlet eliyle kurulan yükseköğretim kurumları için Anayasada belirtilen hükümlere tabi olarak Yükseköğretim Kurulu'nun görüş ve önerisi üzerine kanunla, tüzel kişiliği haiz olmak üzere kurulmaktadır. Anayasa Mahkemesi kararlarında da vakıf üniversitelerinin kamu tüzel kişiliğini haiz oldukları açıkça ifade edilmektedir.<sup>3</sup> İdari rejime dayalı olarak düzenlenmiş bulunan Türkiye'nin yönetim yapısında, kamu tüzel kişiliği idari yargının görev alanının belirlenmesinde kullanılan ölçütlerden bir tanesidir. Kamu tüzel kişilerinin kuruluş amacı kamu yararı; faaliyet konuları ise, kamu hizmetidir.<sup>4</sup>

Mevzuat hükümlerine göre, vakıf üniversitelerinin yönetim ve denetimi esas olarak mütevelli heyet üzerine odaklanmıştır. Uygulamada genellikle mütevelli heyetler, hem üniversitede yönetim görevini üstlenmekte ve hem de bir bakıma üniversite uygulamalarını denetlemektedir. Vakıf üniversitelerinde mütevelli heyetlerin görevleri, üniversitelere kaynak bulma, üniversitelerin hedeflerini belirleme ve

<sup>1</sup> Erdal Tercan, (Anayasa Mahkemesi Kararı Muhalefet Şerhi).

<sup>2</sup> Uyuşmazlık Mahkemesi Kararı, 02.07.2012 Gün ve 2012/178 Esas, 2012/174 Karar sayılı İlamı., Yargıtay Hukuk Genel Kurulu Kararı, 2014/566 Esas, 2015/1339 Karar sayılı İlamı., Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, 2014/34679 Esas, 2014/37998 Karar sayılı İlamı.

<sup>3</sup> Anayasa Mahkemesi Kararı, 30.5.1990 Gün ve 1990/2 Esas, 1990/10 Karar sayılı İlamı.

<sup>4</sup> Yargıtay Hukuk Genel Kurulu 2014/566 Esas., 2015/1339 Karar sayılı Kararı.

faaliyet dönemleri sonunda da yetkilerini devir ettiği üniversite yönetimini denetleme olması gerekir.<sup>5</sup> Bu bağlamda ideal olan; vakıf üniversitelerine yol gösteren, yeni kaynaklar bulan, hedef belirleyen bir mütevelli heyet anlayışıdır. Ülkemiz uygulamalarında ise; vakıf üniversiteleri, üniversite kaynaklarının mütevelli heyet üyelerinin irtibatlı olduğu kişi veya şirketlere aktarıldığı fiillerle sıklıkla gündeme gelebilmektedirler.

Vakıf üniversitelerinde, mütevelli heyet üyeleri dışında kaynak aktarımı ile ilgili dikkat edilmesi gereken diğer konu, üniversitenin bağlı olduğu vakıfla olan ilişkileridir. Bilindiği üzere devlet üniversiteleri dışındaki yükseköğretim kurumları, Anayasa ve kanun hükümleri gereği ancak bir vakıf tarafından kurulabildiklerinden bu üniversitelerin kuruluş sürecine ilişkin tüm masrafları da kurucu vakıf tarafından karşılanmaktadır. Vakıf üniversitelerinin mali açıdan kendi kendisine yeten niteliğe kavuşabilmesi ancak öğrenci sayısının belli bir seviyeye ulaşabilmesi ile mümkün olabilmekte, bu şekilde mali yeterliliği sağlayacak öğrenci sayısı ise ancak eğitim öğretimin ilerleyen yıllarında mümkün olabilmektedir. Vakıf üniversitelerinin bu seviyeye ulaşabilmelerine kadar geçecek sürede, kurucu vakfın mali desteği, üniversitenin hayatiyeti için vazgeçilmez öneme sahip bir nitelik taşımaktadır. Vakıf üniversiteleri, mütevelli heyet üyeleri ile olan ticari ilişkileri yanında kurucu vakıfları ile olan ilişkilerinde de kazanç amacı gütmeme ve kaynak aktarımı hususuna özellikle dikkat etmek zorundadır.

İlk kuruluş aşamasındaki yatırım giderleri yanında, ilerleyen süreçlerde cari giderlerin (personel ve işletme giderleri gibi) de artış göstermesi, zaten sayıları yüzün üzerinde olan ve nitelikli öğrenci bulmakta zorlanan, YÖK tarafından tahsis edilen kontenjanları dahi dolduramayan üniversiteleri mali açıdan zorlamaktadır. Kurucu vakıflarının da mali olarak yeterince destek olamadığı durumlarda vakıf üniversiteleri (devlet tarafından tahsis edilen bir bütçe de olmadığı için) finansman ihtiyaçlarını giderebilmek amacıyla çoğu zaman bankalardan kredi kullanmak zorunda kalabilmektedirler.

Vakıf üniversitelerinin, giderlerini karşılayabilmek amacıyla faiz karşılığı borçlanmaları bu üniversitelerin mali dengelerini zora sok-

<sup>5</sup> Kamil Mutluer, s. 35.

makta ve kurum gelirleri, finansman kuruluşlarının kredi alacaklarına harcanmaktadır. Faiz yükü ise, maliyetleri artıran bir unsur olduğu gibi vakıf üniversitelerinin gelirlerini azaltıcı bir sonuç doğurmaktadır. Bir vakıf üniversitesinin, piyasa fiyatları üzerinde bir faiz oranıyla borçlanması durumu, yükseköğretim kurumu kaynaklarının haklı bir sebep olmaksızın harcanması ve üçüncü kişilere devri sonucunu doğurur ki bu şekildeki bir uygulama; açıkça kaynak aktarımı olarak değerlendirilebilecektir.

Esasen kamu otoritesinin, ödünç para verme işlemleri bağlamında faiz alınmasını kontrol altında tutması, istikrarlı ekonomi için bir zorunluluktur. YÖK tarafından çıkarılan Yönetmelikle de vakıf üniversitelerinin borçlanma faizlerinin kontrol altında tutulması amaçlanmaktadır. Kamu otoritesinin kontrolü dışında faiz karşılığı olarak ödünç para verilmesi sonucunda kişilerin ekonomik bakımdan müzayaka haline düşmesi, bir borç sarmalıyla karşı karşıya kalmaları ve nihayetinde geri ödeme imkansızlığı içine girmeleri sıklıkla karşılaşılan bir durumdur. Bu nedendir ki, kamu otoritesinin kontrolü dışında faiz karşılığında ödünç para verme işlemleri yapılması yasaklanmıştır ve tefecilik suçu olarak tanımlanmıştır.<sup>6</sup> Tefecilik suçuyla korunan hukuki yarar, ekonomik kuralların ve serbest rekabet mekanizmasının işleyişinin bozulması ve kamu güvenliğinin korunmasıdır.<sup>7</sup>

2547 sayılı Kanun'un Ek 11'nci maddesinde kaynak aktarımına ilişkin düzenlemelere yer verilmiş olup esasen Yönetmeliğin ilgili maddesi de Kanun'daki bu düzenlemeye ilişkin esas ve usulleri belirlemek üzere hazırlanmıştır. Kanun'un Ek 11'nci maddesine göre; "Vakıflarca kurulacak yükseköğretim kurumlarında, beklenen eğitim-öğretim düzeyinin yetersizliğinin Yükseköğretim Kurulunca tespit edilmesi ve durumun düzeltilmesi için gerekli uyarı ve önerilerin sonuçsuz kalması halinde bu kurumun faaliyeti Yükseköğretim Kurulunca durdurulur. Eğitim-öğretim faaliyetlerini yürütmekle birlikte *kurucu vakfa veya üçüncü şahıslara doğrudan ya da dolaylı kaynak aktardığı* Maliye Bakanlığının görüşü alınarak Yükseköğretim Kurulu tarafın-

<sup>6</sup> İzzet Özgenc, s. 544,

Bu konuda şirket çalışanları ve ortaklarına faiz karşılığı borç para verme ile ilgili bir değerlendirme hakkında ayrıca bkz. Mehmet Güven, [http://www.izdene-tim.com.tr/\\_3/mkl/mg\\_1113.pdf](http://www.izdene-tim.com.tr/_3/mkl/mg_1113.pdf)

<sup>7</sup> Yargıtay Ceza Genel Kurulu 2014/655 Esas, 2015/152 Karar sayılı İlamı.

dan belirlenen nesnel ve ölçülebilir kriterlere göre tespit edilen vakıf yükseköğretim kurumları hakkında, verilen süre içerisinde aktarılan kaynağın vakıf yükseköğretim kurumuna iade edilmemesi hâlinde, Yükseköğretim Kurulu gerektiğinde düzeltici, kısıtlayıcı veya faaliyet iznini kaldırma şeklinde tedbir niteliğinde kararlar alır”.

Kanun’un Ek 11’nci maddesine 19.11.2014 tarih ve 6569 sayılı Kanun’un 31’nci maddesi ile eklenen iki fıkra çerçevesinde “kaynak aktarımı” konusunda yeni düzenlemeler yapılarak bu hususa ilişkin tedbirleri belirleyen esas ve usullerin Üniversitelerarası Kurulun görüşü alınarak Yükseköğretim Kurulu tarafından çıkarılan yönetmelikle düzenleneceği hüküm altına alınmıştır. Bu Kanun’dan tam bir yıl sonra 19.11.2015 tarihli Resmi Gazete’de yayımlanan Yönetmeliğin 28’nci maddesi ile kazanç amacı gütmeme ve kaynak aktarımı konusunda somut ihlal anlamına gelen fiillere yer verilmiştir.

Yönetmeliğin 28’nci maddesinin ilk bendi, vakıf üniversitelerinin finansman ihtiyaçları çerçevesinde kredi kullanimlarına ilişkindir. Yönetmeliğin 28’nci maddesi ile korunan hukuki değer ve düzenleyici işlemin amacı; eğitim öğretim hizmetleri için harcanması gereken vakıf yükseköğretim kurumu kaynaklarının gereksiz yere israf edilmesi ve harcamasının önlenmesidir. Yönetmeliğin 28’nci maddesinin ilk bendinde; borçlanmanın Merkez Bankasının bankalarca açılan kredilere uygulanan ağırlıklı ortalama faiz oranlarından sebepleri izah edilemeyecek derecede yüksek bedeller ile yapılmasını kaynak aktarımı sayarak, serbest rekabet mekanizmasının işleyişinin ihlal edilmesini de önlemek istemektedir. Bir vakıf üniversitesi kredi kullanacaksa bile bunu mutlaka, rekabet şartlarını gözeterek, kredi kuruluşlarının faiz oranları arasında karşılaştırma yaparak, üniversite tüzel kişiliği açısından en az faiz ve finansman gideri çıkışı olacak şekilde kullanmak zorundadır. Bu amaçla Yönetmelik somut, belirlenebilir, ölçülebilir bir seviye de tespit ederek “Merkez Bankasının bankalarca açılan kredilere uygulanan ağırlıklı ortalama faiz oranı” nı doğrudan/dolaylı kaynak aktarımının değerlendirilmesinde bir kıstas olarak düzenleme altına da almıştır. Makalenin yazıldığı tarih itibari ile ülkemizde ağırlıklı ortalama faiz oranı % 14, 85 düzeyindedir.<sup>8</sup>

<sup>8</sup> <http://evds.tcmb.gov.tr> (<http://evds.tcmb.gov.tr/cgi-bin/famecgi>).

Esasında Yönetmelikle, vakıf üniversitelerinin borçlanma sözleşmelerine bir denetim getirilmek istenildiği anlaşılmaktadır. Zira nasıl ki kamu borçlanma işlemleri belli kurallar çerçevesinde, kamunun menfaatleri göz önünde bulundurularak gerçekleştiriliyorsa bir kamu tüzel kişiliği vasfını haiz vakıf üniversitelerinin borçlanma sözleşmelerinin de belli kurallar çerçevesinde yürütülmesi zorunluluğu bulunmaktadır. Sadece vakıf üniversiteleri için değil, idare içerisinde yer alan merkezi kuruluşlar tarafından gerçekleştirilecek kamu borçlanmalarına ilişkin de belli düzenlemeler yer almaktadır. Bu kapsamda devlet adına borçlanma yetkisi esas olarak 4059 sayılı Hazine Müsteşarlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun<sup>9</sup> uyarınca Hazine Müsteşarlığı'na verilmiştir. Kanun'un 2. maddesi uyarınca; "*Devletin iç borçlanmasını yürütmek*, Devlet tahvili, Hazine bonusu ve diğer iç borçlanma senetleri çıkarmak, ihale yöntemi, sürekli satış yöntemi ve diğer yöntemlerle satışını yapmak ve yaptırmak, bunların satış miktarlarını, değerlerini ve *faizlerini belirlemek*, devlet borçlarının yönetimine ilişkin olarak her türlü iç borçlanmanın hazırlık, akit ihraç ve dış borçlanma da dâhil olmak üzere ödeme, erken ödeme, kayıt işlemlerini yürütmek ve Devletçe verilen faiz ve ikrazata ilişkin işlemleri yapmak" Hazine Müsteşarlığı ana hizmet birimlerinden Kamu Finansmanı Genel Müdürlüğü'nün görevleri arasında sayılmaktadır.<sup>10</sup> Merkezi idarenin kamu borçlanmalarına ilişkin temel yasal düzenleme, 4749 sayılı Kamu Finansmanı ve Borç Yönetiminin Düzenlenmesi Hakkında Kanun<sup>11</sup> kapsamında kurgulanmıştır. 4749 sayılı Kanun'a göre, devlet borçlanmalarında yetki, Hazine Müsteşarlığı'na bırakılmış böylece, devletin yapacağı iç ve dış borçlanmaların anılan Müsteşarlık tarafından yürütülmesi öngörülmüştür. Yükseköğretim Kurumu tarafından çıkarılan Yönetmelikle, kamu idarelerinin borçlanma işlemlerinde olduğu gibi vakıf üniversitelerinin borçlanma sözleşmelerinin keyfilikten kurtarılarak belli bir mali disiplin içerisinde, rekabet koşulları ve kurumun menfaatleri gözetilerek yapılması amaçlanmaktadır.

<sup>9</sup> 20.12.1994 tarih ve 22147 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanmıştır.

<sup>10</sup> Sedat Çal, s. 13.

<sup>11</sup> 9.4.2002 tarih ve 24721 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanmıştır.

## II- Vakıf Üniversitelerinde Kaynak Aktarımı

Vakıf üniversitelerinde görülen muvazaalı ve kötüniyetli işlemlerin başında; “kaynak aktarımı” meselesi gelmektedir. Kaynak aktarımı; üniversitenin sahip olduğu her türlü kaynağın, yükseköğretim kurumunun çıkarları gözetilmeksizin üçüncü kişilere, eksik rekabet ortamı içerisinde aktarılarak kurumun zarara uğratılmasıdır. Çoğunlukla kaynak aktarımı; üniversite kurucuları ile mütevelli heyet üyelerinin ortak oldukları şirketlere yönelik olarak yapıldığından YÖK Başkanlığı tarafından bu husus öncelikle ve özellikle denetlenmektedir.

Vakıf üniversiteleri de kamu tüzel kişiliğini haiz olduklarından ve bir vakıf tarafından belli amaçlara özgülenerek kurulduklarından kamu yararına faaliyet gösteren eğitim kurumları arasında kabul edilmektedirler. Bu çerçevede bir vakıf üniversitesinin kazanç amacı ile kurulması veya bu amacı kendisine hedeflemesi mümkün değildir. Gerek Anayasa ve gerekse Yükseköğretim Kanunu, yükseköğretim hizmetlerinin bir ticari faaliyet şeklinde yürütülmesine izin vermemektedir. Bu nedenlerle vakıf üniversitelerinin kaynak aktarımı yapmamaları ve kazanç amacı gütmemeleri esaslı unsurları arasında yer almaktadır. Günümüzde vakıf üniversiteleri ile ilgili olarak yaşanan sorunun temeli; bu üniversitelerin kamu yararına hizmet eden birer kamu tüzel kişiliği olduğunu kanaatinden ziyade; mütevelli heyet üyelerinin bu üniversiteleri bir ticari işletme gibi işletmek istemelerinden kaynaklanan bir anlayış sorunudur. Ülkemizde vakıf üniversitesi kurucusu olmanın bir saygınlık unsuru olarak değerlendirilmesi, vergi indirimi ve kurucuların kendi şirketlerine kaynak aktarımı gibi arka planda başka amaçların hedeflenmesi nedeniyle bu üniversitelerin gerçekte vakıf mantığı ile kurulup işletilmeleri mümkün olamamaktadır.

Günümüzde Yükseköğretim Denetleme Kurulu Başkanlığı raporlarından da anlaşılacağı üzere vakıf yükseköğretim kurumlarının faaliyetlerini gerçek manada eğitim öğretim hizmetlerine hassettiklerini iddia edebilmek maalesef imkânsızdır. Bu amaçla faaliyet gösteren birkaç iyi uygulama örneği gösterilebilirse de büyük çoğunluğu itibari ile bu üniversiteler, vergi muafiyetinden yararlanma, mütevelli heyet üyeleri veya bu kişilerin ortak oldukları şirketlere kaynak aktarma amaçlı pek çok amaç dışı faaliyet yürüttükleri tespit edilmektedir.



Binlerce öğrenciden toplanan gelirler (eğitim öğretim harçları, kantin harcamaları, yurt ücretleri vb. pek çok gelir), birkaç kişi ve ailenin şirketlerinden mal ve hizmet alımı adı altında gösterilen muvazaalı işlemlerle bu kişilerin şirketlerine aktarılmaktadır.

Önemine binaen vakıf yükseköğretim kurumlarında en çok ihlal edilen temel ilkeler arasında bulunan *“Kazanç amacı gütmeme ve kaynak aktarımı”* meselesi 19 Kasım 2015 tarihli Resmi Gazetede yayımlanan Yönetmelikle ayrı bir madde altında düzenlenmiş ve nelerin kaynak aktarımı olarak kabul edileceği ve bu bağlamda hangi faaliyetlerin yapılamayacağı açıkça belirlenmiştir.

Vakıf Yükseköğretim Kurumları Yönetmeliği'nin 28'nci maddesine göre; *“Vakıflar kendilerine kazanç sağlamak amacı ile yükseköğretim kurumu kuramazlar. Kurmuş oldukları yükseköğretim kurumundan herhangi bir surette gelir, kazanç ve hak elde edemezler. Vakıf yükseköğretim kurumunun her çeşit gelirleri yükseköğretim kurumunda kalır ve geçici ya da dolaylı olarak dahi hiç bir surette vakıf mameleki-ne veya üçüncü şahıslara intikal ettirilemez”*.

Yönetmeliğin bu giriş paragrafında düzenlenen genel çerçeveden anlaşılacağı üzere aslolan, vakıf üniversitesi gelirlerinin, yine bu kuruluş içerisinde kalması ve eğitim öğretim amaçları için kullanılmasıdır. Bu gelirlerin doğrudan veya dolaylı olarak üçüncü şahıslara aktarılması kaynak aktarımı anlamına gelmekte olup nitekim bu genel çerçeve kapsamında; vakıf yükseköğretim kurumu ihtiyaçları için mütevelli heyeti ve üyeleri ile bunlar dışındaki üçüncü gerçek ya da tüzel kişilerden yüksek bedelle mal ve hizmet satın alınması, yüksek bedellerle borçlanması, üniversite kaynaklarının bedelsiz veya düşük bedellerle bu kişilere kullandırılması, kurum kaynaklarının dolaylı olarak bu kişilere ve üçüncü şahıslara aktarılması anlamına gelecektir.

Aslında Yönetmelik hükmü; yükseköğretim kurumu gelirlerinin verimli kullanılmasını, boş yere israf edilmemesini, kurum lehine en uygun borçlanma imkanlarının tercih edilmesini murat etmekle beraber bu niyetini dile getirirken hukuken imkansız bir kurgulamadan yola çıkmakta ve sanki ülkemizde; mütevelli heyet üyeleri ile üçüncü gerçek kişilerden faiz karşılığı borçlanılabiliyormuş zannedilerek bu ihtimali, piyasa faiz oranları ile karşılaştırarak çok yüksek bedel-

le borçlanılmasını önlemek istemektedir. Ancak Yönetmelikle ortaya konulan kurgu; makale içeriğinde anlatıldığı üzere hukuken gerçekleşmesi mümkün olamayacak, gerçekleşse dahi suç sayılan bir kurgu olmaktan öteye gidememektedir.

### III- Türkiye’de Tefecilik Suçunun Mevzuat Hükümleri Çerçevesinde Gelişim Süreci

Türk Hukukunda tefecilik fiilleri, ilk olarak 08.06.1933 tarih ve 2279 sayılı Ödünç Para Verme İşleri Hakkında Kanun tarafından düzenlenmiştir. 2279 sayılı Ödünç Para Verme İşleri Hakkında Kanunu’nun 1’nci maddesinde faiz karşılığı ödünç para verme işi ile uğraşacak gerçek ve tüzel kişiler ruhsat yükümlülüğü düzenlenmiştir. İlgili maddede; *Bankalar Kanununun tabi kuruluşlar ile özel kanunlarına göre yetkili kılınan kuruluşlar dışında, faizden para kazanmak için ödünç para verme işleriyle uğraşan ve menkul kıymetlerin satışına aracılık eden gerçek ve tüzel kişiler bu kanun hükümlerine göre Maliye Bakanlığından ruhsat almak mecburiyetindedirler. Bunların faaliyet sahaları, sermayeleri ve çalışma usulleri ile uyacakları diğer şartlar Maliye Bakanlığınca tespit ve ruhsatlarda gösterilir. Maliye Bakanlığı, bu gerçek veya tüzel kişilerin ödünç para verme işlerinde uygulayacakları faiz oranları ile alacakları sair menfaat ve masrafların nitelikleri ile azami ve asgari miktarlarını belirleyemeye gerektiğinde bunları kısmen veya tamamen serbest bırakmaya yetkilidir.*” denilmektedir.

2279 sayılı Kanun’un 14’ncü maddesinde ayrıca Tefecilik fiilinin tanımına da yer verilmiş olup bu maddeye göre; Maliye Bakanlığın- dan ruhsat almadan faizden para kazanmak için ödünç para verme işleriyle uğraşan ve menkul kıymetlerin satışına aracılık eden gerçek ve tüzel kişiler ile ödünç para verme işlerinde ve mevduat kabulün- de alınacak ve verilecek azami faiz nispetleri ile temin edilecek sair menfaatlerin ve tahsil edilecek masrafların mahiyet ve azami hadle- rini tayine ve bunların mer’iyet zamanlarını tespiti ilişkin Bakanlar Kurulu kararlarına aykırı hareket edenlere ve beyannamelerindeki şartları ve faiz hadlerini muvazaa ile gizleyenlere tefeci denileceği düzenlenmiştir.

1983 yılında tefecilik fiilleri ile ilgili yeni bir düzenleme yürürlüğe girmiş ve 2279 sayılı Kanun, 30.09.1983 tarih ve 90 sayılı Ödünç Para Verme İşleri Hakkında Kanun Hükümünde Kararname ile yürürlükten

kaldırılmıştır. Yeni yürürlüğe giren KHK'nın 3.maddesinde faiz karşılığı ödünç para verme işi ile uğraşan gerçek kişilere ilişkin düzenleme yapılmış olup bu çerçevede ikrazatçı; *“Devamlı ve mutad meslek halinde, faiz veya her ne ad altında olursa olsun bir ivaz karşılığı veya ipotek almak suretiyle, ödünç para verme işleriyle uğraşan veya ödünç para verme işlerine aracılık eden ve kendilerine faaliyet izni verilen gerçek kişileri ifade eder”* şeklinde tanımlanmıştır.

Aynı KHK'nın 9'ncü maddesine göre ise tefecilik: *“Bu Kanun Hükmünde Kararname uyarınca ikrazatçılık yapmak üzere izin alınmadan, faiz veya her ne ad altında olursa olsun, bir ivaz karşılığı veya ipotek almak suretiyle, ödünç para verme işlemlerinin yapılması veya bu işlerin meslek itihaz edilmesi ve Kanun Hükmünde Kararname uyarınca alınan ikrazatçılık izni iptal edildiği halde ödünç para verme işlerine devam edilmesi”* olarak tanımlanmıştır.

Mevzuattaki bu düzenlemelerden anlaşıldığı üzere, hukuk sistemimizde 765 sayılı TCK'nın yürürlükte olduğu dönemde, gerçek ve tüzel kişilerin borç para verebilmesi yasal olarak kabul edilmiştir. Mevzuatta öngörülen koşulları taşımak şartı ile Maliye Bakanlığının ve Hazine Müsteşarlığının denetimi altında borç para verme işi ile uğraşan gerçek kişiler “ikrazatçı”, bu şartlara haiz olmaksızın kazanç sağlamak için borç para verenler de “tefeci” olarak adlandırılmıştır.<sup>12</sup>

Yukarıda açıklanan mevzuat hükümleri dışında 765 sayılı TCK'da tefecilik suçuna uyan herhangi bir fiile ilişkin tanım bulunmamakta olup ancak 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda ise tefecilik suçu 241'nci maddede açıkça düzenlenmiştir.

Türk Ceza Kanunu'nun 241'nci maddesinde; *“Kazanç elde etmek amacıyla başkasına ödünç para veren kişi, iki yıldan beş yıla kadar hapis ve beşbin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılır”* hükmüne yer verilerek “Tefecilik” suçu tanımlanmıştır. Tefecilik suçu, Türk Ceza Kanunu'nun “Topluma Karşı Suçlar” başlıklı Üçüncü Kısımında düzenlenmiştir. Vakıf üniversiteleri özelinde düşünüldüğünde ise kamu yararına hizmet etmekle yükümlü bulunan ve kamu tüzel kişiliğini haiz bir üniversite ile bir gerçek kişinin faiz karşılığı borç para ilişkisine girmesi pek çok yönü itibari ile kamu yararına aykırı sonuç-

<sup>12</sup> İlhan Akıllı, s. 9,

ların doğmasına da sebebiyet verecektir. Tefecilik eyleminin yaptırma bağlanmasıyla topluma ilişkin genel menfaatlerin korunduğunu doktrinde ifade edilmektedir. Toplumda tefeciliğin bir ekonomik faaliyet olarak yaygınlaşması, devletin faiz politikalarına uygun düşmeyen faiz oranları ile toplumda finansal ilişkiler kurulmasına sebebiyet vereceği gibi eylemin kayıt dışılığı nedeniyle vergi kaybına da neden olmaktadır.<sup>13</sup> Fiilin cezalandırılmasıyla, ekonomik düzen ve istikrarın muhafazası korunmaya çalışılmıştır.<sup>14</sup> Toplumsal faydanın bireysel faydaya göre daha ağır bastığı düşünüldüğünde, tefecilik suçu kanun koyucu tarafından "Topluma Karşı Suçlar" kısmında düzenlenmiştir.<sup>15</sup>

Yukarıda ayrıntıları ile açıklandığı üzere eğitim öğretim faaliyeti, gerçek manada yapıldığında ticari kazanç elde etme amacı güdülemeyecek, kamu yararını esas alan bir faaliyet türüdür. Öğrenci gelirleri ile eğitim öğretim giderlerinin, personel ve diğer cari giderlerin karşılanabilmesi çoğu zaman mümkün olamadığından bu üniversitelerin devlet veya kurucu vakıfları tarafından desteklenmeleri bir zorunluluktur. Ancak çoğu zaman bu desteğin yeterli seviyelerde olmadığı durumlarda yükseköğretim faaliyetlerinin sürdürülebilmesi için finansmana ihtiyaç duyulmakta ve bu ihtiyaç da borçlanmak suretiyle giderilebilmektedir. Bu nedenle vakıf üniversiteleri ile finans kuruluşları arasında hukuki ve ekonomik yönleri bulunan kredi ilişkileri doğmuştur.

Kişilerin, finansman ihtiyaçlarının karşılanması konusunda 5411 sayılı Bankacılık Kanunu<sup>16</sup> ile 6361 sayılı Finansal Kiralama, Faktoring ve Finansman Şirketleri Kanunu<sup>17</sup> kapsamında faaliyet gösteren kuruluşlara müracaat ederek çözüme ulaşmaları mümkün olmakta<sup>18</sup> ancak bu durumda da birey ile finans kuruluşu arasında bir kredi sözleşmesi yapılmaktadır. Sözleşme gereği kredi alan birey, mevzuat çerçevesinde belirlenen vadede geri ödeme ve faiz borcunu üstlenmektedir. Kişilere kredi tahsisinde, geçmiş kredi borç ödeme alışkanlıkları ve

<sup>13</sup> Caner Yenidünya, s. 7.

<sup>14</sup> İzzet Özgenc, s. 544

<sup>15</sup> Veli Özer Özbek ve Diğerleri, s. 887.

<sup>16</sup> Bankacılık Kanunu 01.11.2005 tarih ve 25983 sayılı Mükerrer Resmi Gazetede yayımlanmıştır.

<sup>17</sup> Finansal Kiralama, Faktoring ve Finansman Şirketleri Kanunu 13.12.2012 tarih ve 28496 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanmıştır.

<sup>18</sup> Çetin Arslan, s. 27.

güvenilirlikleri de değerlendirilmekte olup kişilerin, mevzuata uygun olarak faaliyet gösteren finans kuruluşlarından kredi temin edememeleri durumunda yasadışı finansörler devreye girmekte ve işte bu aşamada tefecilik sistemi devreye girmektedir.<sup>19</sup> Vakıf Üniversiteleri açısından düşünüldüğünde ise bir kamu tüzel kişiliğinin talep edeceği krediye uygun gösterebileceği yeterince teminat bulunmaması veya kredi talep limitlerini doldurması gibi durumlarda bu şekilde sisteme kayıtlı olmayan üçüncü kişilerden finansman arayışına girmesi düşünülebileceği gibi, mütevelli heyet üyelerinin üniversite tüzel kişiliğini zorlamaları ve karar mekanizmalarına bu şekilde baskı yapmaları sureti ile de kredi kullanma taleplerinin ortaya çıkarılması mümkün olabilecektir. Vakıf üniversitelerinin; rutin mal ve hizmet ihtiyaçlarını bile mütevelli heyet üyelerinin şirketlerinden karşılamak zorunda kaldıkları hatta mal ve hizmet ihtiyacı olmasa dahi bu ihtiyaçların zorla oluşturulmaya çalışıldığı bir sistemde, bu üniversitelerin finansman ihtiyaçları için kendi mütevelli heyet üyeleri veya bu kişilerin irtibatlı oldukları finans kuruluşları dışında üçüncü kişilerden kredi talep etmeleri düşünülemeyecektir.

Tefecilik suçunun ihdas edilmesiyle, serbest rekabet mekanizmasının işleyişinin bozulması önlenerek, kamu güveninin korunması amaçlanmaktadır. Çünkü izinsiz olarak, fahiş bedellerle tefecilik yapılması, borçlu ve ekonomik sıkıntı içinde olan şahsın iktisadi olarak yıkımına neden olmaktadır.<sup>20</sup>

Tefecilik suçunda; paraya ihtiyacı nedeniyle sıkıntı hatta ekonomik yıkım içinde bulunan bir kişinin durumundan fırsat çıkarıp kendisine haksız kazanç elde etmeyi amaçlayan, toplumdaki ekonomik dengeleri bozan bir fail bulunmaktadır. Bu nedenle ödünç alma zorunda kalan kişi cezalandırılmamakta, ödünç veren kişi ise serbest rekabet ortamının işleyişini bozduğu için cezalandırılmaktadır.<sup>21</sup> TCK'nın 241'nci maddesi gereği yasal düzenleme, tefeciye kendisine para vermeye yönelten bireyin cezalandırılması öngörülmemiştir. Zira, bu kişilerin çaresizlik içinde buldukları kabul edilmektedir.<sup>22</sup>

<sup>19</sup> Caner Yenidünya, s. 6-7.

<sup>20</sup> Elif Bekar; s. 505.

<sup>21</sup> Erhan Günay, s. 23.

<sup>22</sup> Caner Yenidünya, s. 7.

Maddenin düzenleniş şekline ve uygulamada Yargıtay kararlarına göre, kazanç elde etme amacıyla ödünç para vermesiyle suç oluşturmaktadır. Eylemin sürekli şekilde yapılması ve meslek halini alması suçun oluşumu için gerekli değildir.<sup>23</sup>

Kişinin kazanç gayesi gütmeksizin, yardım amacıyla başka bir tanıdığına ödünç para vermesi tefecilik kapsamında değerlendirilemez.<sup>24</sup> Tefecilik suçunun hareket unsuru, kazanç elde etmek amacıyla başkasına ödünç para verme işlemidir. Verilen bu paranın da kazanç elde etmek amacıyla verilmiş olması gerekir. Bir kimsenin paraya ihtiyacı olan kişiye yardımcı olmak amacıyla para verip bir süre

sonra geri alması suç oluşturmazdır.<sup>25</sup> Bu çerçevede bir vakıf üniversitesi mütevelli heyet üyesinin, herhangi bir karşılık beklemezsiniz vakıf üniversitesi tüzel kişiliğine ödünç para vermesi elbette ki tefecilik suçu olarak değerlendirilemeyeceği gibi bir üniversite mütevelli heyetinden de beklenebilecek, hayatın olağan akışına uygun son derece makul bir davranış şekli olacaktır. Ancak bu durumda ödünç verilen paraya karşılık talep edilen yahut alınan faiz, *hangi gerekçe ve ne oranda olursa olsun*, kazanç elde etme amacını ortaya koyan bir davranıştır ve bu halde suç oluşur.<sup>26</sup>

Yukarıda yapılan açıklamalardan da anlaşılacağı üzere, Türk Ceza Kanunu hükümleri çerçevesinde suç olarak kabul edilen bir fiil, Yönetmelik hükmü ile vakıf yükseköğretim kurumları açısından meşru hale getirilmeye çalışılmakta, vakıf yükseköğretim kurumlarının; mütevelli heyeti ve üyeleri ile bunlar dışındaki üçüncü gerçek kişilerden Merkez Bankasının bankalarca açılan kredilere uygulanan ağırlıklı ortalama faiz oranlarından sebepleri izah edilemeyecek derecede yüksek bedellerde olmamak şartı ile borçlanma yapabileceği" şeklinde bir düzenleme yürürlüğe konulmaktadır. Esasen ülkemizde vakıf üniversitesi mütevelli heyet üyeleri ile bu kişilerin irtibatlı oldukları şirketler göz önünde bulundurulduğunda pek çoğunda bu kişilerin,

<sup>23</sup> İlhan Akıllı, s. 123.

Yargıtay 5. Ceza Dairesi 2013/13740 Esas., 2015/16500 Karar sayılı İlamı.

Yargıtay 5. Ceza Dairesi 2013/11726 Esas, 2015/15042 Karar sayılı İlamı.

Yargıtay Ceza Genel Kurulu 2014/655 Esas, 2015/152 Karar sayılı İlamı.

<sup>24</sup> Caner Yenidünya, s.20; Elif Bekar, s.515; Erhan Günay, s.50.

<sup>25</sup> Yargıtay Ceza Genel Kurulu, 2014/655 Esas., 2015/152 Karar Sayılı İlamı.

<sup>26</sup> Caner Yenidünya, s.20; Elif Bekar, s.516;

ülkemizde faaliyet gösteren banka ve finans kuruluşları ile ortaklık ilişkilerinin de bulunduğu yadsınamaz bir gerçekliktir. bu çerçevede bir yandan banka veya bir başka finans kuruluşu sahibi veya ortağı olan kişinin aynı zamanda bir vakıf üniversitesinin de müteveli heyet üyesi olduğu durumların sayısı azımsanmayacak derecede fazladır. Yönetmelikte bu şekilde bir düzenlemeye yer verilmiş olması, vakıf üniversitelerinin finansman ihtiyaçlarının karşılanmasında rekabet şartları gözetilmeksizin yüksek faizle borçlanma yapılıyor olması ve özellikle bu borçlanmanın, müteveli heyet üyelerinin irtibatlı oldukları bankalardan sağlanıyor olması ihtimalini akla getirmektedir. Ancak bu şekilde fiilen gerçekleşen kredi ilişkileri her halükarda tüzel kişiler arasında yapılmak zorunda olduğundan müteveli heyet üyelerinin şahısları ile gerçek kişi konumunda buldukları sürece bu şekilde bir kredi ilişkisi kurulması mümkün değildir ki aksinin düşünülmesi; tefecilik suçuna vücut verecektir.

Yönetmeliğin 28'nci maddesinin ( a ) bendi ile amaçlanan; vakıf üniversitelerinin yüksek faizle ve özellikle muvazaalı yollardan borçlandırılmaları suretiyle üniversite müteveli heyet üyelerinin irtibatlı olduğu kredi kuruluşlarına kaynak aktarılmasının önlenmesidir. Böyle bir amaçla yürürlüğe konulan yönetmelik hükmünde kamu yararının hedef alındığı muhakkaktır. Ancak mevzuat yapımcıların yönetmelik lafzının oluşturulmasında üst hukuk normlarını dikkate almaması; normlar hiyerarşisine aykırı, hukuken uygulanması mümkün olmayan bir düzenlemenin ortaya çıkmasına sebebiyet vermiştir.

Bugün Yargıtay Ceza Daireleri ile Ceza Genel Kurulunun en güncel içtihatları çerçevesinde geline nokta itibari ile ülkemizde tefecilik suçunun oluştuğunun kabul edilebilmesi için, bu fiilin bir meslek haline getirilmesi zorunluluğu bulunmadığı, yalnız bir kişiye ödünç para verilmesi halinde dahi tefecilik suçunun oluşacağı artık yerleşik içtihatlarla tartışmasız bir şekilde kabul edilmektedir.<sup>27</sup>

<sup>27</sup> 5237 sayılı TCK'nın 241. maddesinde düzenlenen tefecilik suçunun oluşumu için sanığın yalnızca bir kişiye ödünç para vermesi yeterli olup, 01.06.2005 tarihinden önce işlenip 2279 sayılı Kanun'un 2520 sayılı Kanun ile değişik 17. maddesinde düzenlenen suçta olduğu gibi ödünç para verme işinin meslek haline getirilip birden fazla kişiye sürekli ve sistemli biçimde ödünç para verilerek çıkar sağlanmasına gerek yoktur. Sırf hareket suçu niteliğinde olan tefecilik suçu, kazanç elde etmek amacıyla başkasına ödünç para verildiğinde oluşur. Mütemadi suç olmadığından, kazanç elde etmek amacıyla değişik zamanlarda ödünç para ve-



#### IV- Normlar Hiyerarşisi Çerçevesinde İdare Hukukunda Düzenleyici İşlemin Üst Hukuk Normlarına ve Hukuka Aykırılığı Sorunu

İnsanların ve kamu kurum ve kuruluşlarının iş ve eylemlerinde uymak zorunda oldukları hukuk normları arasında takip edilmesi gereken bir hiyerarşi bulunmaktadır. Normlar hiyerarşisi olarak ifade edilen bu sıralama ile, hukuk kuralları ile elde edilmek istenen toplumsal ahengin hukuk düzeni içinde de sağlanması amaçlanmaktadır. Aksi takdirde kendi içinde ahengi yakalayamamış ve uygulama açısından da tereddütlerle dolu hukuk normlarının kendisinden bek-

---

rilmesi halinde zincirleme suç hükümleri uygulanmalıdır. Zincirleme suç, bünyesinde birbirinden bağımsız birden fazla suç barındırmasına karşın, 5237 sayılı TCK'nın 43. maddesi gereğince cezalandırma açısından tek suç sayılmakta, bir cezaya hükmolunarak artırım yapılmaktadır. Yargıtay 4. Ceza Dairesi 2014/2558 Esas, 2014/33101 Karar sayılı İlamı.

Benzer İçtihatlar:

Yargıtay Ceza Genel Kurulu, 2014/655 Esas, 2015/152 Karar sayılı İlamı.

Yargıtay 5. Ceza Dairesi, 2015/6465 Esas, 2015/12407 Karar sayılı İlamı.

Yargıtay 5. Ceza Dairesi, 2013/13881 Esas, 2015/16522 Karar sayılı İlamı.

Yargıtay 5. Ceza Dairesi, 2013/13740 Esas, 2015/16500 Karar sayılı İlamı.

Yargıtay 5. Ceza Dairesi, 2013/13654 Esas, 2015/16356 Karar sayılı İlamı.

Yargıtay 5. Ceza Dairesi, 2013/12869 Esas, 2015/15924 Karar sayılı İlamı.

Yargıtay 5. Ceza Dairesi, 2013/12889 Esas, 2015/15608 Karar sayılı İlamı.

Yargıtay 5. Ceza Dairesi, 2013/13025 Esas, 2015/15598 Karar sayılı İlamı.

5237 sayılı TCK'nın 241. maddesinde düzenlenen tefecilik suçunun oluşumu için sanığın yalnızca bir kişiye ödünç para vermesi yeterli olup, 01.06.2005 tarihinden önce işlenip 2279 sayılı Kanun'un 2520 sayılı Kanun ile değişik 17. maddesinde düzenlenen suçta olduğu gibi ödünç para verme işinin meslek haline getirilerek birden fazla kişiye sürekli ve sistemli biçimde ödünç para verilerek çıkar sağlanmasına gerek yoktur.

Yargıtay 4. Ceza Dairesi, 2013/42196 Esas., 2014/27536 Karar sayılı İlamı.

Yargıtay 4. Ceza Dairesi, 2014/5293 Esas., 2014/26578 Karar sayılı İlamı.

Tefecilik suçunda suç öğeleri ve ceza uygulaması, eylemlerin 1.6.2005 tarihinden önce veya sonra gerçekleştirilmesine göre farklılık göstermektedir. Anılan suç; 765 sayılı TCK'nın yürürlükte olduğu dönemde, Y.C.G.K.'nın 3.7.1995 tarih ve 1995/207-236 sayılı kararında da belirtildiği üzere sanığın birden fazla kişiye sürekli ve sistemli bir biçimde faiz karşılığı ödünç para vermek suretiyle çıkar sağlanması bir başka deyişle sanığın ödünç para verme işini meslek haline dönüştürmesi durumunda tefecilik suçu oluşmaktadır. Suçun yaptırımı 2279 sayılı Kanun'un 2520 sayılı Kanun ile değişik 17. maddesinde düzenlenmiştir. 01.06.2005 tarihinde yürürlüğe giren 5237 sayılı TCK'nın 241. maddesinde suç; "Kazanç elde etmek amacıyla başkasına ödünç para veren kişi, ..." biçiminde tanımlanmıştır. Yeni düzenlemeye göre bu suçun oluşması için sanığın yalnızca bir kişiye kazanç elde etmek amacıyla ödünç para vermesi yeterli olup bu işi meslek haline dönüştürüp dönüştürmemesinin önemi yoktur.

Yargıtay 4. Ceza Dairesi, 2012/1830 Esas., 2012/31528 Karar sayılı İlamı.

lenen sonuçları üretmesi yani toplumsal ahengi temin etmesi oldukça zordur.<sup>28</sup>

Mütevelli heyeti ve üyeleri ile bunlar dışındaki üçüncü gerçek kişilerden yapılan borçlanmanın Merkez Bankasının bankalarca açılan kredilere uygulanan ağırlıklı ortalama faiz oranlarından sebepleri izah edilemeyecek derecede yüksek bedeller ile yapılması hükmü bir düzenleyici işlem bünyesinde; Vakıf Yükseköğretim Kurumları Yönetmeliğinde düzenlenmiştir. Anayasa'nın 124'ncü maddesine göre yönetmeliklerin konusu; Başbakanlık, bakanlıklar ve kamu tüzel kişilerinin görev alanını ilgilendiren kanunların ve tüzüklerin uygulanmasını sağlamaktır. *Yaşar'a* göre; yönetmelikler sadece kanunların ve tüzüklerin uygulanmasını sağlamak amacıyla çıkarılabilirken<sup>29</sup> *Gözler*; kapsamı daha da genişleterek, Başbakanlık, bakanlıklar ve kamu tüzel kişilerinin tek faaliyet konusunun kanunların ve tüzüklerin uygulanmasını sağlamak olmadığı ve dolayısıyla bu kuruluşların, bir kanuna dayanmak suretiyle *"her konudaki faaliyetlerini"* yönetmelikle düzenleyebileceklerine vurgu yapmaktadır.<sup>30</sup> *Atay* ise; Yönetmelik çıkartılmasında dikkat edilmesi gereken hususların; *"ilgili kuruluşun kendi görev alanı sınırları içinde kalması"* ve *"normlar hiyerarşisi ilkesine uygun davranması"* olduğunun altını çizmektedir.<sup>31</sup>

Esasen Vakıf Yükseköğretim Kurumları Yönetmeliği'nin, *"Kazanç amacı gütmeme ve kaynak aktarımı"* başlıklı 28'nci maddesinin yasal dayanağı; 2547 sayılı Kanun'un Ek 11'inci maddesinin 2 ve 3'ncü paragraflarıdır. Kanun'un bu maddesinde; eğitim-öğretim faaliyetlerini yürütmekle birlikte kurucu vakfa veya üçüncü şahıslara doğrudan ya da dolaylı kaynak aktaran vakıf üniversitelerinin denetim ve müeyyide uygulama yöntemi belirlenirken bu konuda açıkça Yönetmelik çıkarma yetkisinden bahsedilerek alt normun düzenlenmesine de hukuki dayanak oluşturulmaktadır. Öncelikle Yönetmelik şeklinde yapılan bu düzenleyici işlemin *"konu unsuru"* yönünden hukuka uygun olup olmadığının belirlenmesi gerekmektedir. Düzenleyici işlemin konu unsuru; işlemin yapılması ile hukuk alanında ortaya çıkan değişiklik

<sup>28</sup> Erdal Kuluçlu, s. 3

<sup>29</sup> Nuri Yaşar, s. 98. Ayrıca Bknz. Turgut Tan, s. 78.

<sup>30</sup> Kemal Gözler/Gürsel Kaplan, s. 440.

<sup>31</sup> Ender Ethem Atay, s. 63.

ya da sonuçtur.<sup>32</sup> Düzenleyici işlemlerin üst norma aykırı kurallar içermesi durumunda konu sakatlığı söz konusudur.<sup>33</sup> Vakıf Yükseköğretim Kurumları Yönetmeliği'nin 28'nci maddesinin ( a ) bendi uyarınca burada söz konusu olan konu unsuru; "Mütevelli heyeti ve üyeleri ile bunlar dışındaki üçüncü gerçek kişilerden yapılan borçlanmanın Merkez Bankasının bankalarca açılan kredilere uygulanan ağırlıklı ortalama faiz oranlarından sebepleri izah edilemeyecek derecede yüksek bedeller ile yapılması" dır. Bu düzenlemenin konusu; meşru nitelikte değildir. Zira "Mütevelli heyeti ve üyeleri ile bunlar dışındaki üçüncü gerçek kişilerden faiz karşılığı borçlanma" yapılması zaten hukuken mümkün değildir. Aksi hal; TCK anlamında bir suça vücut vermektedir. Bir vakıf üniversitesi; mütevelli heyeti ve üyeleri ile bunlar dışındaki üçüncü gerçek kişilerden faiz karşılığı borçlanmışsa burada "*tefecilik suçu*" oluşmuş demektir.

Düzenleyici işlemin konusunun kanuna aykırı olması veya *kanunun ihlali* durumu işlemin sakat olması sonucunu doğurmaktadır.<sup>34</sup> Kanunun ihlali ifadesindeki "kanun" dan sadece dar anlamda kanun değil, idarenin uymak zorunda olduğu Anayasa, kanun, uluslararası anlaşma, kanun hükmünde kararname, tüzük, yönetmelik gibi bütün normlar anlaşılır. Normlar hiyerarşisinde alt basamakta yer alan bir düzenleyici işlemin, kendi üstünde yer alan normlara aykırı olması durumunda bu işlemin iptal edilmesi gerekir.<sup>35</sup> Kanunun açıkça yasakladığı bir konuda işlem yapılması durumu; pozitif hukuka aykırılık sonucu doğurur ki bu durumda işlemin iptal edilmesi kaçınılmazdır.<sup>36</sup> Bu çerçevede düzenleyici işlemin konusunun meşru, mümkün ve hukuka uygun olması gerekir.<sup>37</sup>

Kamu idarelerinin yasalarla tanınan yetki ve görev içerisinde yürüttükleri faaliyetlerini düzenleyen, açıklayan düzenleyici işlemlerinin, üst normlara aykırı olmaması gerektiği, "normlar hiyerarşisi"

<sup>32</sup> Nuri Yaşar, s. 293.

<sup>33</sup> Turan Yıldırım (İdari Yargı), s. 196.

<sup>34</sup> Kemal Gözler/Gürsel Kaplan, s. 349.

<sup>35</sup> Kemal Gözler/Gürsel Kaplan, s. 350.

<sup>36</sup> Kemal Gözler/Gürsel Kaplan, s. 350.

<sup>37</sup> Halil Kalabalık, s. 183., Bahtiyar Akyılmaz/Murat Sezginer/Cemil Kaya, s. 396, Yakup Gönen ve Arkadaşları, s. 74. , Onur Karahanoğulları, s. 493 vd., Oğuz Sancaktar, s. 345.

adıyla açıklanan genel hukuk ilkesinin gereği ve sonucudur.<sup>38</sup> Anılan hukuk ilkesi uyarınca, İdarelerin her zaman görev alanlarını ilgilendiren konularda tebliğ, genelge ve yönerge gibi genel düzenleme yapabilecekleri, bunun için kendilerine açık yetki tanınmış olmasına gerek bulunmadığı kabul edilmekle birlikte, bu şekilde yapılan düzenlemelerin üst hukuk kurallarına aykırı olamayacağı açıktır.<sup>39</sup> “Lex superior derogat legi inferiori: Üst kanun alt kanunları ilga eder” ilkesinin temelinde normlar hiyerarşisi teorisi yatmaktadır. Hukuk düzeni, yan yana dizilmiş normlardan değil alt alta üst üste dizilmiş normlardan oluşur. Hukuk kuralları arasında güçleri itibari ile hiyerarşik bir sıra vardır. Kanun ile yönetmelik arasında bir çelişki olması durumunda yönetmeliğin değil kanunun uygulanması gerekir. Her mahkeme, kanuna aykırı yönetmeliği ihmal edip doğrudan kanun hükmünü uygulayarak karar verebilir.<sup>40</sup> Kanuna aykırı bir yönetmelik uygulanmaz, geçerli sayılmaz.<sup>41</sup> Üst hukuk normuna aykırılık taşıyan yönetmelik hükmü dava konusu edilmeksizin yalnızca uygulama işlemine karşı dava açılması halinde de idari yargı yeri, uyumsuzluğu hukuka aykırı olan yönetmeliği ihmal etmek suretiyle çözümleyecektir.<sup>42</sup>

<sup>38</sup> Danıştay 10. Dairesi 1996/3388 Esas., 1998/5083 Karar sayılı İlamı.

<sup>39</sup> Danıştay 11. Dairesi 2011/5443 Esas. 2014/309 Karar sayılı İlamı., Ramazan Yıldırım, Sözlük, s. 413.

<sup>40</sup> Kemal Gözler (Anayasa Hukukunda Yorum), s. 97-99; Hukuka uygunluk denetimi yapan idari yargı hâkimi, yargısal denetimde kurallar hiyerarşisine uygun davranmalıdır. İdari yargı hakimi, idare hukuku kurallarını uygulayan kamu görevlisinden farklı olarak altta yer alan daha somut kural, üstte yer alan daha soyut kurala aykırı ise alt normu ihmal edip yapılan eylem ya da işlem alt norma uygun olsa dahi üst norma aykırılık nedeniyle eylem ya da işlemin hukuka aykırılığına karar verecektir. Bahtiyar Akyılmaz/Murat Sezginer/Cemil Kaya, s. 48.

<sup>41</sup> Erdoğan Teziç, s. 81.

<sup>42</sup> Turan Yıldırım/Sedat Ayanoglu, s. 112. ; “Özel kanun olan ve dava konusu işlemlerin tesis edildiği tarihte yürürlükte bulunan 1615 sayılı Gümrük Kanunu’nun «muafiyetler» başlıklı 8/14-a maddesinde, malûl ve sakatlar tarafından kullanılmak üzere hususi surette imal edilmiş binek otomobillerin ithalinin gümrük vergisinden muaf olduğu belirtilmiş, aynı maddenin 2. paragrafında ise, bu fıkra gereğince yurda sokulan kara nakil vasıtalarının malûl ve sakat olmayanlara herhangi bir şekilde devri halinde gümrük vergisinin alınacağı, ancak bu fıkra gereğince yurda sokulan kara nakil vasıtalarının başka bir malul ve sakata devri veya bunların ölümü sonucu varislerine intikali halinde gümrük vergisi alınmayacağı hükme bağlanmıştır. Görüldüğü üzere anılan yasada, malûl ve sakatlar tarafından gümrük vergisinden muaf olarak ithal edilmiş bulunan otomobillerin malul ve sakat olmayanlara devri halinde, bu otomobillere ilişkin gümrük vergisinin alınacağı öngörülmüştür. Dolayısıyla yasada yer alan sınırlamanın ihlalinin yaptırımını olarak gümrük vergisi alınacaktır. Bir başka anlatımla gümrük vergisi ödenmek şartıyla bu araçların satışı ve ilgililer adına tesciline yasal bir engel bu-

Mevzuat belirleme tekniği açısından, idarenin yasayla kendisine verilmiş olan görevleri *“idari metinlerle düzenlerken”*, bir başka ifadeyle yasanın uygulanmasını sağlamak amacıyla yönetmelikler ihdas ederken; bu görevlerin gerektirdiği *teknik detayların belirlenmesi noktasında*, takdir hakkına sahip olduğu kabul edilmekle birlikte bu takdir hakkı keyfiyeti ifade etmemektedir.<sup>43</sup> Takdir hakkının; kamu yararı ve düzenine uygun olarak kullanılması gerektiği tartışmasıdır. Bilindiği gibi; normlar hiyerarşisinde yasalardan sonra gelen yönetmelikler bir yasa hükmüne dayalı olarak hazırlanır ve yasa hükümlerine açıklık getirilmesi suretiyle bu yasa hükümlerinin uygulamaya geçirilmesi amaçlanır. Diğer yandan, normlar hiyerarşisindeki düzenleme soyuttan somuta doğru kademeli bir sistem içermektedir. Anılan sistemde bir üst norm bir alt norma oranla daha genel ve soyut ifadeler taşımakta, bir alt norm ise daha özel ve somut ifadelerle bir üst

---

lunmamaktadır. 1615 sayılı Gümrük Kanunu'nun Uygulanmasına Dair Gümrük Yönetmeliğinin 12/H maddesinin (a) alt bendinde, malûl ve sakat kişinin mülkiyetinde bu yolla muaf ithal edilmiş özel tertibatlı otomobil, minibüs ve motosiklet kayıtlı olduğu sürece ve bunların fiili ithal tarihinden itibaren beş yıl geçmedikçe satılmayacağı ve yeniden aynı şekilde muaf olarak otomobil, minibüs ve motosiklet ithal edilemeyeceği hükmü yer almış, (b) alt bendinde ise, malûl ve sakatlar tarafından ithal edilen özel tertibatlı otomobil, minibüs ve motosikletlerin fiili ithal tarihinden itibaren 10 yıl geçmemiş ise malûl ve sakat olmayanlara gümrük vergileri tahsil edilmeden satışının, hibesinin ve devrinin mümkün olmayacağı hükmüne bağlanmıştır. Yönetmeliğin yukarıda yer alan maddelerinin, yasada öngörülen sınırlamayı yasağa dönüştürmesi nedeniyle ve mülkiyet hakkının kullanılmasının ancak yasayla sınırlandırılabilmesi Anayasa kuralı karşısında anılan yönetmeliğin dava konusu uyumsuzlukta uygulanabilmesine olanak bulunmamaktadır. Bu durumda, yukarıda açıklandığı üzere 1615 sayılı yasada, sakat ve malûl kişilerce gümrük vergisinden muaf olarak ithal edilen araçların İcra ve İflas Kanunu hükümlerine göre haczedilip satılmayacağı yönünde bir engel bulunmadığı gibi bu araçların üçüncü kişilere satılmayacağına ilişkin bir yasa da bulunmadığına göre, İcra Müdürlüğünün ve davacının tescile ilişkin isteminin reddine ilişkin dava konusu işlemlerde hukuka uyarlık bulunmamaktadır. Bu itibarla, İdare Mahkemesince; dava konusu işlemlerin iptaline karar verilmesi gerekirken, aksi yolda verilen kararda hukuki isabet görülmemiştir. Danıştay 10. Dairesi, 2001/1835 Esas ve 2003/4190 Karar sayılı İlamı.

<sup>43</sup> Anlaşılabacağı üzere Danıştay, yönetmelikler ihdas edilirken idarenin, “teknik detayların belirlenmesi noktasında” bir takdir hakkına sahip olduğunu belirterek takdir yetkisini, adeta düzenleyici işlemin dayanağı olarak kabul etmiştir. Doktrinde düzenleme yetkisi; takdir yetkisinin bir tezahürü, takdir yetkisinin objektifleştirilmesi ihtiyacı olarak da açıklanmıştır. Bknz. Turan Güneş, s. 88-91, Metin Günday, s. 208, Fatma Didem Sevgili Gençay, s. 401. Yeliz Şanlı Atay, s. 77-78. Takdir yetkisinin, düzenleme yetkisinin dayanağı olamayacağı hususunda ise Bknz. Kaya Burak Öztürk, s. 111.

normun ne amaçlamak istediğini somut olarak ortaya koymaktadır.<sup>44</sup> Normlar hiyerarşisi gereği daha alt düzeyde bir genel düzenleyici işlem niteliğindeki kararlarla üst norm olan açık yasa hükmünün gözardı edilmesi mümkün değildir.<sup>45</sup>

Daha alt düzeyde bulunan normların, daha üst düzeyde bulunan normlara aykırı hükümler taşımaması gerekmektedir. Yönetmelikler, yasaların ve tüzüklerin uygulanmasını sağlamak ve “bunlara aykırı olmamak” kaydıyla çıkarılabilmektedir.<sup>46</sup> Üst norma aykırılığı söz konusu olan alt normun hukuksal dayanağı bulunduğundan söz edilemez.<sup>47</sup> Yönetmelik çıkartılmasında normlar hiyerarşisine uygun davranılması zorunluluğu aynı zamanda hukuki istikrar ve hukuk güvenliğinin de bir gereğidir. Dayanağı yasaya aykırı olarak, düzenleme getiren Yönetmelik, Anayasa'nın 124. maddesine ve normlar hiyerarşisine aykırılık anlamına gelecektir.<sup>48</sup> Normlar hiyerarşisi, her türlü normun hiyerarşik olarak bir düzen dahilinde sıralanması ve birbirine bağlı olması anlamına gelmektedir. Bunun doğal sonucu olarak, hiyerarşik sıralamada daha altta yer alan bir norm, kendisinden üstte bulunan norma aykırı hükümler içeremez. Bazı durumlarda, üst norm niteliğindeki düzenleyici işlemlerde bir olayın veya konunun genel çerçevesi çizilerek bu konunun ayrıntısının alt normlarla düzenlenmesi öngörülebilir. Bu gibi hâllerde, üst normda belirtilen hususlar hakkında düzenleme yapmaya yetkili idarenin takdir yetkisini üst normda çizilen sınırlar aşılarak kullanıp kullanmadığının hukuki denetiminin yapılacağı tabiidir.<sup>49</sup>

İdarelerin yasa kurallarını uygulama ve bu kapsamda idari düzenleme yapma yetkisi ise yasama organının çizdiği sınırlar içinde ve “üst hukuk normlarına aykırı olmamak” kayıt ve şartına bağlı olarak gerçekleşebilir. Normlar hiyerarşisinde yasalardan sonra gelen yönetmelikler bir yasa hükmüne dayalı olarak hazırlanır ve yasa hükümlerine açıklık getirilmesi suretiyle bu yasa hükümlerinin uygulamaya

<sup>44</sup> Danıştay 8. Dairesi 2009/1009 Esas., 2011/1747 Karar sayılı İlamı.

<sup>45</sup> Danıştay 1. Dairesi 1995/31 Esas, 1995/45 Karar sayılı İlamı.

<sup>46</sup> Turgut Tan, s. 78., İsmet Giritli/Pertev Bilgen/Tayfun Akgüner/Kahraman Berk, s. 230., Ender Ethem Atay, s. 64., Onur Karahanoğulları, s. 181. Ergun Özbudun, s. 258.

<sup>47</sup> Danıştay 5. Dairesi 1992/5646 Esas., 1993/4721 Karar sayılı İlamı.

<sup>48</sup> Danıştay 10. Dairesi 2006/5393 Esas., 2009/10123 Karar sayılı İlamı.

<sup>49</sup> Danıştay 11. Dairesi 2013/3728 Esas., 2014/4312 Karar sayılı İlamı.



geçirilmesi amaçlanır.<sup>50</sup> Diğer yandan, normlar hiyerarşisindeki düzenleme soyuttan somuta doğru kademeli bir sistem içermektedir. Öğretide de türevsel bir yetki<sup>51</sup> olarak kabul edilen idarelerin yasa kural-

<sup>50</sup> Yönetmelik yoluyla düzenleme yapılmasını öngören bir yasa kuralı olmasa da, idarenin, dayanağı yasada bulunmak ve genel esasları yasada gösterilmek kaydıyla ve "üst hukuk kurallarına aykırı olmamak" koşuluyla, görev alanını ilgilendiren her konuyu yönetmelikle düzenleyebileceği de kabul edilmelidir. Danıştay 10. Dairesi 2009/3329 Esas., 2011/52 Karar sayılı İlamı.

Türk Hukukunda düzenleme yetkisi kaynağını ve hukuksal dayanağını Anayasada bulmaktadır. Bu bağlamda, Yürütme Organının düzenleme yetkisi Yasama Organının çizdiği sınırlar içinde ve kanunlara aykırı olmamak kayıt ve şartına bağlı olarak gerçekleştirilebilir. Düzenleme yetkisinin genelliği, ancak bu ilkenin belirlediği çerçevede kabul edilebilir. Danıştay 7. Dairesi 2001/337 Esas., 2002/3092 Karar sayılı İlamı.

Yasa koyucu; düzenleyeceği konularda genel prensipleri belirler ve bunun uygulanmasını yürütmeye, başka bir ifadeyle idarelere bırakır. Bu asli düzenleme yetkisinin Yasama organına ait olmasının doğal bir sonucudur. Ancak, idarelerin düzenleme yetkisi yasama organının çizdiği sınırlar içinde ve "üst hukuk normlarına aykırı olmamak kayıt ve şartına bağlı" olarak gerçekleştirilebilir. Danıştay 8. Dairesi 2009/6153 Esas, 2012/5189 Karar Sayılı İlamı.

<sup>51</sup> Lütfi Duran, s. 39; Kaya Burak Öztürk, s. 126; Özerk düzenleme yetkisi bakımından önemli olan husus, 1982 Anayasası'ndaki (m. 8) yürütme "yetkisi ve görevi"nin, "kanunlara uygun olarak kullanılması" zorunluluğunun, 1961 Anayasası'nın (m. 6) yürütme "görevi" için koyduğu "kanunlar çerçevesinde yerine getirme" kaydından daha kısıtlayıcı ve daraltıcı olduğudur. Gerçekten, bir düzenlemenin üst kurallara "uygun olarak" yapılması, "aykırı olmayarak" gerçekleştirilmesine oranla daha sıkı bağımlılığı ve hatta bir tür kanun hükümlerini "yinelemeyi" gerektirir. Oysa, yürütme görevi "kanunlar çerçevesinde yerine getirilirken" yapılan düzenlemenin üst kurallarla "bağdaşması" yeterli sayılır. Yani söz konusu yetki, daha serbestçe kullanılabilir. Nitekim, tüzük (m. 115) ve yönetmeliklerle (m. 124) yapılan olağan düzenlemeler sadece "kanunlara aykırı olmamak" koşuluna bağlanmıştır. Şu halde "kanunlara uygun olarak kullanılacak" olan yürütme yetkisi, özerk düzenleme gücünü içermez; ancak türevsel ve bağımlı düzenleyici işlemler yapılmasına olanak verir. Lütfi Duran, s. 38-39.

Yürütmenin düzenleme yetkisi, sınırlı, tamamlayıcı ve bağımlı bir yetkidir. Anayasada kanunla düzenlenmesi öngörülen konularda, konunun temel esasları kanunla belirlenmek koşuluyla, uzmanlık ve teknik konular genel düzenleyici işlemlerle yürütmenin düzenleme yetkisine bırakılabilir. Mustafa Avcı, s. 11. Anayasa Mahkemesine göre de; Yasama organınca temel kurallar belirlendikten sonra, "uzmanlık ve yönetim tekniğine ilişkin" hususların düzenlenmesi, idareye bırakılabilir. Esasen Anayasa'nın 8. maddesinde yer alan, "yürütme yetkisi ve görevi Anayasa'ya ve kanunlara uygun olarak kullanılır ve yerine getirilir" hükmünün anlamı da budur. Yürütme organına tanınan yetkinin Anayasa'ya uygun olabilmesi için sınırlı, ilkeleri ve çerçevesi kanun ile belirlenmiş ve uzmanlık ve yönetim tekniğine yönelik bir konuya ilişkin bulunması gerekmektedir. Bu bağlamda, sık sık değişik önlemler alınmasına veya bunların kaldırılmasına gerek görülen ekonomik, teknik veya benzeri alanlarda temel kurallar saptandıktan sonra ayrıntıların düzenlenmesinin idareye verilmesi, yasama yetkisinin devri olarak nitelendirilemez.

Anayasa Mahkemesi Kararı, 10.12.1962 Gün ve 1962/198. Esas 1962/111 Karar



larını uygulama ve bu kapsamda idari düzenleme yapma yetkisinin, yasalarla getirilen hükümleri aşacak, bu kuralları değiştirecek şekilde kullanılamayacağı İdare Hukukunun en temel prensiplerindedir. Bu husus hukuk devleti ilkesinin görünümünden olan kanuna saygılı idare (kanuni idare) olgusunun gerçekleşmesinin de bir gereğidir.<sup>52</sup> Anayasa'nın 138. maddesinde de yer alan, "Normlar hiyerarşisi" ilkesi uyarınca, hukuk kuralları yukarıdan aşağıya doğru "Anayasa", "kanun", "kanun hükmünde kararname", "tüzük", "yönetmelik" ve "diğer alt düzenleyici işlemler (Yönerge, Genelge vb.)" şeklinde sıralanmakta olup, alt kademe yer alan bir normun üst kademedeki norma aykırı olması ya da onun kapsamını aşan düzenlemeler içermesi mümkün bulunmamaktadır. Bu durum, "Genel kurallar, usulü dairesinde değiştirilinceye veya kaldırılıncaya kadar, düzenleyici işlem tesis etme yetkisi olan makam ve kurumları da bağlar" prensibi ile izah olunmaktadır. Bu ilkenin doğal sonucu olarak, normlar hiyerarşisinde üst kademe de yer alan yasal kurallara aykırı düzenleyici tasarrufların idare tarafından yürürlüğe konulmasının hukuka aykırı olacağı şüphesizdir. Türevsel bir yetki olarak kabul edilen idarelerin yasa kurallarını uygulama ve bu kapsamda idari düzenleme yapma yetkisi, yasama organının çizdiği sınırlar içinde ve üst hukuk normlarına aykırı olmamak kaydı ve şartına bağlı olarak gerçekleşebilecektir.<sup>53</sup> İdarenin düzenleme yetkisinin kanunla olan ilişkisinde aslanan; "kanunların hiyerarşik üstünlüğü" dür. Anayasa'nın yürütme görevi ve yetkisini düzenleyen 8

sayılı İlamı.,

Anayasa Mahkemesi Kararı, 19.4.1988 Gün ve 1987/16 Esas, 1988/8 Karar sayılı İlamı,

Anayasa Mahkemesi Kararı, 6.7.1993 Gün ve 1993/5 Esas, 1993/25 Karar sayılı İlamı,

Anayasa Mahkemesi Kararı, 19.09.2000 Gün ve 2000/14 Esas, 2000/21 Karar sayılı İlamı,

Anayasa Mahkemesi Kararı, 8.12.2015 Gün ve 2014/87 Esas, 2015/112 Karar,

Anayasa Mahkemesi Kararı, 13.1.2016 Gün ve 2015/85 Esas, 2016/3 Karar.

<sup>52</sup> Yargıtay Hukuk Genel Kurulu 2012/9-1181 Esas. 2012/1183 Karar Sayılı İlamı.. "Kanun olmayan yerde, Yürütmenin düzenleme yetkisinden söz edilemez. Nitekim öğretilerde de Yürütmenin düzenleme yetkisinin olağan, özerk ve aslı bir yetki olmadığı; aksine ikincil nitelikte türevsel ve bağımlı olduğu görüşü egemendir. Danıştay 7. Dairesi 2001/337 Esas., 2002/3092 Karar Sayılı İlamı.

İdare kanundan aldığı görevi kendisi düzenler; kanundan aldığı yetkileri nasıl kullanacağını, esasa ve şekle ilişkin şartları belirterek kendisi tanzim eder. Bunu tüzükler, yönetmelikler ve diğer düzenleyici tasarruflarla yapar. Mukbil Özyörük, s. 60.

<sup>53</sup> Yargıtay 10. Hukuk Dairesi 2011/2500 Esas, 2012/9052 Karar sayılı İlamı.

inci maddesinde bu yetki ve görevin “kanunlara uygun olarak kullanılacağı” öngörülmesi de böyle yorumlanmalıdır.<sup>54</sup> Anayasa’nın tüzük ve yönetmelikleri düzenleyen 115 ve 124 üncü maddelerinde, bu işlemlerin “kanunlara aykırı olmamak şartıyla” tesis edileceğinin hükme bağlanması, “bağdaşırılık ilişkisi” ne (aykırı olmama) açıkça vurgu yapmaktadır.<sup>55</sup> Öztürk’ün “bağdaşırılık ilişkisi” olarak ifade ettiği; üst hukuk normlarına aykırı olmama ilkesi ile Akıncı’nın “çelişmezlik ilkesi” olarak isimlendirdiği ilke, normatif düzen ilişkisinin/hiyerarşisinin de temelini oluşturmaktadır.<sup>56</sup> Atay ise normlar hiyerarşisinin özünü; “hukuk normları arasında uyumlu bir düzen” olarak ifade etmektedir.<sup>57</sup> Nitekim Anayasa Mahkemesine göre de; “Yasa koyucu belirli konularda gerekli kuralları koyacak, çerçeveyi çizecek, eğer uygun veya zorunlu görürse, onların uygulanması yolunda sınırları belirlenmiş alanlar bırakacak, *idare ancak o alanlar içinde takdir yetkisine dayanmak suretiyle, yasalara aykırı olmamak üzere* bir takım kurallar koyarak yasanın uygulanmasını sağlayacaktır.”<sup>58</sup>

#### V- Türk Ceza Kanununda Suç Olarak Tanımlanan Bir Fiile İzin Veren Yönetmelik Hükümünün Hukuka Aykırılığının Müeyyidesi

Vakıf Yükseköğretim Kurumları Yönetmeliği’nin 28’nci maddesinin ( a ) bendinde yer alan düzenlemenin (düzenleyici işlemin) konusunun açıkça Türk Ceza Kanunu tarafından yasaklanan bir fiile sebebiyet vermesi nedeniyle; “işlemin konusunun gayrimeşru” olduğu sonucu ortaya çıkmaktadır. Bir Üniversitede uyuşturucu veya silah satışına izin verilmesine imkan veren bir yönetmelik hükmünün konusunun meşru olmayan ve hukuk dışı bir düzenleme olduğunda şüphe bulunmadığı gibi bir vakıf üniversitesinin, faiz karşılığı mütevellî heyet üyesinden veya bir başka gerçek bir kişiden borçlandırılması da Türk Ceza Kanununda suç olarak kabul edilen “Tefecilik” fiiline sebebiyet vereceğinden böyle bir yönetmelik hükmü açıkça konu itibari ile

<sup>54</sup> Bknz. Lütfi Duran, s. 38.

<sup>55</sup> Kaya Burak Öztürk, s. 167-168.

<sup>56</sup> Müslüm Akıncı, S. 190

<sup>57</sup> Ender Ethem Atay-Hiyerarşi, s. 309-310.

<sup>58</sup> Anayasa Mahkemesi Kararı, 18.06.1985 Gün ve 1985/3 Esas, 1985/8 Karar sayılı İlamı.

gayrimeşru niteliktedir. İdarenin “düzenleme yetkisinin sınırının ne olacağı” hususu ile konusu gayrimeşru olan ve dolayısıyla açıkça hukuka aykırı olan bir düzenlemenin müeyyidesinin ne olacağı sorunu ortaya çıkmaktadır.

Bilindiği üzere idare; yaptığı işlemin hukuka aykırı olduğunu fark ederse bu işlemi ilga veya geri alma yolları ile ortadan kaldırayabileceği gibi değiştirme yolu ile de hukuka aykırılığı giderebilecektir.<sup>59</sup> Ancak idarenin kendiliğinden bu yolları uygulamaması durumunda “iptal” ve “yokluk” müeyyideleri devreye girecektir. Yokluk teorisi; olağan hukuka aykırılıktan farklı olarak çok ağır, bariz sakatlıkların varlığı halinde kabul edilen bir kriter olarak<sup>60</sup> idare hukukunda en çetrefil, belirsiz ve soyut bir sorun olarak görülmekte ve yokluk teorisinin; hukukçu fantazisi olmadığı hususu özellikle vurgulanmaktadır.<sup>61</sup>

İşlemin konusunun imkansız (mümkün olmayan) veya gayrimeşru olduğu durumlarda müeyyidenin “yokluk” olacağı<sup>62</sup>, idari bir tasarrufun kanun tarafından bir ceza tehdidi ile menedilmiş bulunan bir harekete müsaade etmesi durumunda idari tasarrufun “yoklukla malul” olacağı belirtilmiştir.<sup>63</sup>

Bir işlemin geçerli olabilmesi için asli ve tamamlayıcı unsurları taşıması gerekir. Bu unsurlardan birisinin bulunmaması işlemi sakat duruma getirir. Bir işlemin tamamlayıcı unsurlarındaki noksanlıklar da bu işlemi değişik derecelerde sakatlar. Tamamlayıcı unsurlardaki noksanlar nedeniyle sakat olan idari işlemler usulüne uygun biçimde idarece geri alınıncaya veya aleyhine açılan bir dava sonucu idare mahkemesince iptal edilinceye kadar hukuk alemindeki yürürlüğünü sürdürür. Başka bir deyişle bu tür idari işlemler iptal edilinceye kadar hukuka uygunluk karinesinden yararlanarak yürürlükte kalır. Ancak, bir idarî işlemin asli unsurlarda noksanlık varsa, bu durum, işlemin “yok” sayılmasına neden olur. Böyle bir işlemin yokluğunun saptanabilmesi için herkes dava açabileceği gibi, davanın açılabilmesi herhangi bir süreye de tabi değildir. Yokluk hali, işlemi alındığı tarih-

<sup>59</sup> Kemal Gözler; s. 371.

<sup>60</sup> Mukbil Özyörük, s. 219. , Yılmaz Aliefendioğlu, s. 7.

<sup>61</sup> İdare hukukunda yokluk teorisi, öğreti tarafından geliştirilmiş ve içtihatlarla yerleşmiş, dolayısıyla dayanağını Celal Erkut, s. 69,71.

<sup>62</sup> Metin Günay, s. 153

<sup>63</sup> Eralp Özgen, s. 280. , Celal Işıklar, s. 844.

ten itibaren hükümsüz kılar ve uyuşmazlık halinde hakim, işlemin yokluğunu saptamakla yetinir.<sup>64</sup>

Anayasa Mahkemesine göre; “Yokluk; bir normun var olmadığına ifadesidir. Yasalar bakımından, Parlamento iradesinin olmaması, Cumhurbaşkanının yayımlama iradesinin bulunmaması, Resmi Gazete’de yayımlanmaması gibi<sup>65</sup> bir normun varlığı için zorunlu olan koşulları içermediği sürece “bir varlıktan” söz etmek olanaksızdır. Ancak, bunun dışındaki sakatlıklar, denetime tabi oldukları sürece, Anayasal denetimin konusunu oluşturabilirler.”<sup>66</sup> Anayasa Mahkeme-

<sup>64</sup> Anayasa Mahkemesi Kararı, 1996/51 Esas, 1998/17 Karar sayılı İlamı. (Mustafa Bumin’in Muhalefet Şerhi)

<sup>65</sup> Resmi Gazete’de hangi yönetmeliklerin yayımlanacağı 3011 sayılı; “Resmi Gazete’de Yayımlanacak Olan Yönetmelikler Hakkında Kanun” a göre belirlenmektedir. Kanuna göre; Başbakanlık, bakanlıklar ve kamu tüzelkişilerinin; işbirliğine, yetki ve görev alanlarına ait hükümleri düzenleyen, kamu personeline ait genel hükümleri kapsayan, kamuyu ilgilendiren Yönetmelikler Resmi Gazete’de yayımlanır. Ancak, milli emniyet ve milli güvenlikle ilgili olan ve gizlilik derecesi taşıyan yönetmelikler yayımlanmaz. Mahalli idarelerce düzenlenen ve bu idarelerin yetki ve görev alanlarına giren yönetmelikler, mahallinde çıkan gazete veya diğer yayın yolları ile ilan olunur. Kanun’un bu açık hükmüne rağmen pek çok kamu kurum ve kuruluşu tarafından, Resmi Gazetede yayımlanması gereken yönetmeliklerin yayımlanmadığı görülmektedir. Örneğin; TÜBİTAK Araştırma ve Yayın Etiği Kurulu Yönetmeliği (AYEK Yönetmeliği); bu şekilde bir yönetmeliktir. 3011 sayılı Kanun’a göre bir kamu tüzel kişiliği olan TÜBİTAK tarafından çıkarılmasına ve kamuyu ilgilendiren bir Yönetmelik olmasına rağmen Resmi Gazetede yayımlanmamıştır. Oysa bu Yönetmelik, kamu kaynaklarının dağıtımını ilgilendiren bilimsel projelerin etik açıdan değerlendirilmesi ile ilgili hususları içeren, üstelik etik/ disiplin suçu ve bu suçlara uygulanacak müeyyideleri belirleyen, tüm Türkiye genelinde uygulanan ve çoğunlukla muhatapları; ülke genelindeki tüm üniversitelerde çalışan öğretim elemanları olan bir Yönetmelik olmasına rağmen Resmi Gazete’de yayımlanmadan yürürlüğe sokulmuştur. Oysa bu yönetmelikle benzer hususları düzenleyen ve katta daha dar kapsamlı da olan; (“Deneysel ve Diğer Bilimsel Amaçlar İçin Kullanılan Deney Hayvanlarının Korunması, Deney Hayvanlarının Üretim Yerleri İle Deney Yapacak Olan Laboratuvarların Kuruluş Çalışma Denetleme Usul Ve Esaslarına Dair Yönetmelik”, “Hayvan Deneyleti Etik Kurullarının Çalışma Usul Ve Esaslarına Dair Yönetmelik”, “Gıda Kontrol Laboratuvarlarının Kuruluş, Görev, Yetki ve Sorumlulukları İle Çalışma Usul Ve Esaslarının Belirlenmesine Dair Yönetmelik”, “Klinik Araştırmalar Hakkında Yönetmelik” gibi) pek çok Yönetmelik Resmi Gazetede yayımlanarak yürürlüğe girmekte iken TÜBİTAK tarafından çıkarılan TÜBİTAK Araştırma Ve Yayın Etiği Kurulu Yönetmeliği (AYEK Yönetmeliği) nin Resmi Gazetede yayımlanmaması büyük bir eksiklikler. Bu Yönetmelik esas alınarak tesis edilen pek çok işlemin; özellikle de disiplin suç ve cezalarına ilişkin işlemlerin hukuki dayanakları tartışmalıdır.

<sup>66</sup> Anayasa Mahkemesi Kararı, 2.7.2007 Gün Ve 2007/72 Esas, 2007/68 Karar sayılı İlamı , Anayasa Mahkemesi Kararı, 5.6.2008 Gün Ve 2008/16 Esas, 2008/116 Karar sayılı İlamı.

si, böylece, yokluğu, bir norma vücut veren ya da yürürlüğe koyan iradelerin eksikliğiyle sınırlı olarak kabul etmiştir.<sup>67</sup>

Danıştay kararları incelendiğinde yokluk veya yok hükmünde olma kavramları ile ilgili bir fikir ve uygulama birliği oluşmadığı açıkça görülmektedir. Danıştay kararlarında “maddi yokluğa” örnek gösterilebilecek kararlar yanında “yok hükmünde sayılma” ya örnek gösterilebilecek kararlar da bulunmaktadır. Danıştay; maddi yokluk durumuna ilişkin bir uyuşmazlıkta; uyuşmazlığın esasının incelenmesine gerek görmemiş davanın incelenmeksizin reddine karar vermiştir.

Hukuki yokluk niteliğinde olmayan, daha önce yürürlüğe konulan üst hukuk normunun belirlediği sınırları aşan idari tasarruflar, yok hükmünde olmaları nedeniyle, hukuk düzeninde herhangi bir değişiklik oluşturamayacaklarından, idare edilenler yönünden bağlayıcı, dolayısıyla da düzenleyici değildirler, idarenin bu nitelikteki bir işleminin idari yargı denetimine tabi tutulması, bu denetimin varlık nedenine uygun düşmez. Bu nedenle bu tür işlemlerin esasının incelenmesine de olanak yoktur.<sup>68</sup> Anlaşılacağı üzere Danıştay; hukuki yokluk niteliğinde olmayan maddi yokluk hallerinde bir yargı denetimi yapılmasına dahi olanak ve gerek bulunmadığına karar vermiştir. Danıştay’ın söz konusu kararında; gümrük vergisi mükellefleri bakımından kural koyucu nitelikteki idari metinlerin, tüzük, kararname ve yönetmelikle sınırlandırılmış olduğu, bu çerçevede bir genelge yolu ile gümrük vergisi mükellefiyeti doğuran işlem; kural koyucu, yani düzenleyici olarak kabulüne ve iptali istemiyle açılan davanın esasının incelenmesine olanak yoktur. Ancak madden yok olan ve dolay-

<sup>67</sup> Yılmaz Aliefendioğlu, s. 11.

<sup>68</sup> Danıştay 7. Dairesi 2001/337 Esas., 2002/3092 Karar sayılı İlamı. “...Gümrük vergisi mükellefleri bakımından kural koyucu nitelikteki idari metinler, tüzük, kararname ve yönetmelikle sınırlandırılmıştır. Gümrük idaresinin bu sayılanlar dışında kalan idari işlemlerinin kural koyması; dolayısıyla, gümrük vergisi mükellefini bağlayıcı nitelik kazanması hukuken olanaklı değildir. Bu bakımdan; davalı idarenin, Türkiye’ye gelmesinden sonra sigorta poliçesi düzenlenen eşyanın gümrük vergisine esas kıymetine sigorta bedelinin nasıl yansıtılacağına dair açıklama getiren 2000/43 sayılı Genelgesinin de, kural koyucu, yani düzenleyici olarak kabulüne ve iptali istemiyle açılan davanın esasının incelenmesine olanak yoktur. Açıklanan nedenlerle, davanın 2000/43 sayılı Genelgenin 2’nci maddesinde parantez içinde yer alan ibarenin iptali istemine ilişkin kısmının, incelenmeksizin...reddine; ...3.10.2002 gününde oybirliği ile karar verildi.

şıyla Danıştay'da bir dava açılmasına da gerek ve olanak bulunmayan bir düzenleyici işleme dayalı bireysel işlem yapılmışsa bu işlemin ilk derece idari yargı mercilerinde incelenmesi söz konusu olabilecektir.<sup>69</sup>

Danıştay 7. Dairesi, yukarıda geliştirdiği içtihadı benzer bir uygulamaya sonraki yıllarda da gitmiş ve dayanak işlemin mahkeme kararı ile ortadan kaldırıldığı ve dolayısıyla madden hukuk alanında mevcut bulunmadığı bir durumda; madden olmayan bir işleme dayalı olarak tesis edilen müteakip idari işlemlerin iptal edilmesi gerektiğine hükmetmiştir. Anlaşılabacağı üzere mahkeme tarafından iptal edilen bir işlem artık madden de hukuken de yok niteliğindedir. Madden ve hukuken yok niteliğinde olan işleme dayalı bireysel işlemin ise iptal edilmesi gerekir.<sup>70</sup>

Ancak Danıştay 7. Dairesinin, maddi yokluk durumunda davanın "incelenmeksizin reddedilmesi" gerektiğine ilişkin içtihadı bir başka Danıştay Dairesi tarafından benimsenmemiş ve incelenen uyuşmazlıkta işlemin "incelenmeksizin reddi" yerine iptaline karar verilmiştir. Söz konusu uyuşmazlıkta; "Dava konusu Bakanlar Kurulu kararı ile, ... kararnamenin 2 nci maddesinin ( b ) bendinin ( ii ) alt bendine parantez içinde ( yatırım indirimi dahil ) ibaresinin eklendiği, Bakanlar

<sup>69</sup> Öte yandan; kişisel idari işlemlerin, 2577 sayılı Kanun'un 7'nci maddesinin 4'üncü fıkrası delaletiyle Danıştay'da doğrudan açılacak bir davaya konu edilebilmesi için, birlikte davaya konu edildikleri işlemin düzenleyici nitelikte olması gerekir. Açıklandığı üzere, davalı idarenin 2000/43 sayılı Genelgesi bu nitelikte olmadığından; davanın, ek tahakkukun düzeltilmesi istemiyle yapılan başvurunun reddinden sonra yapılan itiraz başvurusunun da reddine dair işlemin iptali talebiyle açılan kısmının, vergi mahkemesinde çözümlenmesi gerekmektedir. Danıştay 7. Dairesi 2001/337 Esas., 2002/3092 Karar sayılı İlamı.

<sup>70</sup> Danıştay 7. Dairesi 2007/695 Esas., 2007/4612 Karar. sayılı İlamı. Olayda, para cezası kararlarına süresi içerisinde itiraz edilmemesi üzerine ödeme emri düzenlediği anlaşılmalıkta ise de, ödeme emri içeriği cezaları konu edinen kararın alındığı tarih itibarıyla, dayanağı olan ek gümrük ve katma değer vergilerinin iptal edilmiş olduğu açıktır. İptal edilen ek tahakkuk tutarı üzerinden hesaplanan para cezasına ilişkin olup, düzenlendiği tarih itibarıyla varlık koşulu bulunmayan, her türlü etkiden yoksun para cezası kararı, hak ya da yükümlülük doğurmak suretiyle bağlayıcı nitelik kazanamayacağı gibi, bu kararın bir başka işleme hukuki dayanak oluşturması da mümkün değildir. Bu bakımdan, para cezalarının tahsil amacıyla düzenlenen ödeme emrinin dayandığı ceza kararı yok hükmünde olduğundan, ödeme emrinde belirtilen borcun bulunmadığı kuşkusuzdur. Bu bakımdan, para cezalarının tahsil amacıyla düzenlenen ödeme emrinin dayandığı ceza kararı yok hükmünde olduğundan, ödeme emrinde belirtilen borcun bulunmadığı kuşkusuzdur. Açıklanan nedenlerle; temyiz isteminin reddine, 8.11.2007 gününde oybirliği ile karar verildi.



Kurulunun, kanunla vergi kapsamına alınmayan bir konu hakkında parantez içi bir hükümle tevkifat oranı belirlemesine hukuken olanak bulunmadığı, böyle bir yetkinin kullanılması *yürütmenin yasama organı yerine geçmesi (fonksiyon gaspı) ve düzenleyici bir işlemle vergi koyması anlamına geleceği*, bu şekilde tesis edilen bir işlem iptal edilmesine dahi yok hükmünde olacağı ve hiçbir hukuki sonuç doğuramayacağı ifade edildikten sonra dava konusu işlemdeki parantez içinde yer alan “yatırım indirimi dahil” ibaresinin *iptaline* karar vermiştir.<sup>71</sup>

Buna karşılık yokluk kavramının incelendiği bir başka Danıştay kararında; yokluk kavramı; işlemin “varlık koşullarını” mı yoksa “geçerlilik koşullarını” mı ilgilendirdiği yönünden incelenmiş, işlemin varlık koşullarını ilgilendiren durumlarda işlemin hiç doğmamış, hiç var olmamış niteliği dikkate alınarak yargı yerince işlemin *yok hükmünde olduğunun tespitine karar verilmesi* gerektiği hüküm altına alınmıştır. İşlemin varlık koşullarını ilgilendiren yokluk halleri; fonksiyon veya yetki gaspı halleri ile kanunun açıkça yasakladığı bir konuda işlem yapılması hali olarak kabul edilmektedir. Danıştay; işlemin varlık koşullarını ilgilendiren ve dolayısıyla hiç doğmamış, hiç varolmayan işlemlere karşı açılacak davalarda süre aşımı bulunmadığını da kabul etmektedir.<sup>72</sup>

“İdare hukukunda kurucu unsurlarında derhal farkedilebilir nitelikte ağır ve açık sakatlıkları bulunan işlemler “yok hükmünde” olan işlemler olarak adlandırılmaktadır. Yargısal ve bilimsel içtihatlarda, yokluk halinin ancak, *işlemin, asli kurucu unsuru olan yetki unsuru yönünden incelenmesinde fonksiyon veya yetki gaspı hallerinin saptanması veya kanunun açıkça yasakladığı bir konuda yapılması halinde mümkün olabileceği kabul edilmektedir*. Bu gibi durumlarda, işlemin “varlık koşulları” oluşmamış olduğundan **bizzat işlemin yokluğu sonucu doğmakta, işlem hiç doğmamış, var olmamış sayılmaktadır**. Bu tür işlemlere karşı açılacak davalarda süre aşımı bulunmamakta ve yargı yeri işlemin yok hükmünde olduğunun tespitine karar vermektedir.

İdari işlemin unsurlarındaki olağan hukuka aykırılıklar ise, işlemin “geçerlik koşulları”na ilişkin olduğundan, böyle bir durum-

<sup>71</sup> Danıştay 4. Dairesi 2000/2808 Esas., 2002/2808 Karar sayılı İlâmı.

<sup>72</sup> Danıştay 10. Dairesi 2001/4040 Esas., 2005/181 Karar sayılı İlâmı.



**da, ortada hukuka aykırı ve iptal edilebilir, geçerli bir idari işlem bulunmaktadır.** Dava açıldığında yargı yerince bu işlemlerin hukuka uygunluk denetimi yapılarak hukuka aykırılığının saptanması halinde iptaline karar verilmektedir. Ortada yokluk halleri olarak belirtilen fonksiyon veya yetki gaspı durumu veya Kanunun emredici hükümlerine açıkça aykırı veya idarenin hiç yapamayacağı herhangi bir işlem bulunmadığından, dava konusu işlemlerin *“geçerlik koşulları” bakımından hukuka uygunluk denetiminin yapılması* ve öncelikle de dava dilekçesinin 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu’nun 14. maddesinde öngörülen ilk inceleme konuları yönünden incelemeye tabi tutulması (ve dolayısıyla iptal davası formunda görülmesi) gerektiği açıktır.<sup>73</sup>

Danıştay bir başka kararında; Sağlık Bakanlığı’na tahsisli ve sağlık ocağı olarak kullanılan taşınmazın imar planında yolda kalması nedeniyle kamulaştırılmasına ilişkin işlemin iptali istemiyle açılan davada idare mahkemesi, kamu tüzel kişileri ve kurumlarına ait taşınmazların diğer bir kamu tüzel kişisi veya kurumu tarafından kamulaştırılmasının mümkün olmadığı, bu tür taşınmazlara gereksinim olması durumunda 2942 sayılı Kamulaştırma Kanunu’nun 30. maddesi hükmüne göre işlem tesis edilmesi gerektiği, hazineye ait taşınmazın davalı idarece 2942 sayılı Yasa’nın genel hükümleri uyarınca kamulaştırılması yolunda tesis edilen dava konusu işlemde mevzuata uyarlık bulunmadığı gerekçesiyle iptaline karar vermiş, Danıştay; Yasa’nın genel hükümleri uyarınca hazineye ait taşınmazın kamulaştırılması yolunda tesis edilen işlemin *“yok hükmünde”* olacağı ve bu durumda, idare mahkemesince dava konusu işlemin *“yok hükmünde olduğu belirtilmeden iptaline karar verilmesinde* isabet bulunmadığı gerekçesi ile ilk derece mahkemesi kararını bozmuştur.<sup>74</sup> Anlaşılabacağı üzere

<sup>73</sup> Danıştay 10. Dairesi 2001/4040 Esas., 2005/181 Karar sayılı İlamı.

<sup>74</sup> Danıştay 6. Dairesi 2001/6417 Esas., 2002/6314 Karar sayılı İlamı. Buna benzer bir başka uyuşmazlıkta Danıştay yine “yok hükmünde olma” şeklinde karar verilmesi gerektiğine vurgu yapmaktadır. “Dava dosyasının incelenmesinden, ... Vakıflar Bölge Müdürlüğü tarafından kamulaştırılan taşınmazın mazbut ... Camii Vakfına ait olması nedeniyle ancak 2942 sayılı Yasanın 30. maddesine göre devrin istenebileceği ileri sürülmesine rağmen, mahkemece taşınmazın mühlak vakıf ya da mazbut vakıf olup olmadığı araştırılmaksızın anılan vakıf taşınmazın 30. maddeye göre değil genel hükümlere göre kamulaştırılmasının yerinde olduğu sonucuna varılarak uyuşmazlık hakkında karar verildiği anlaşılmıştır. Danıştay Altıncı Dairesi’nin yerleşik kararlarında vurgulandığı üzere mazbut vakıfların

Danıştay, özellikle “yok hükmünde olma” hususuna vurgu yapılarak işlemin iptal edilmesi gerektiğinin altını çizmektedir.

Danıştay bir başka kararında; *Yok hükmünde olan bir idari işlemin iptali için idari yargıda dava açmaya esasen gerek bulunmadığını kabul etmekle birlikte* idarenin işlemini yok hükmünde saymayıp yürütmeye devam etmesi, ilgiyi bu işlemin iptali için dava açmaya zorunlu bırakabileceği ve idari yargı yerinin, dava konusu işlemin yok hükmünde olduğunu saptayıp uyuşmazlığı çözmesinin, idarenin her türlü eylem ve işleminin yargısal denetime bağlı tutulmasını gerektiren “Hukuk Devleti” ilkesine de uygun düşeceği gerekçesi ile (tespit davalarının da bir olayın veya bir hukuksal ilişkinin var olup olmadığının belirlenmesi amacıyla açılan ve eda davasının öncüsü niteliğinde olduğuna da vurgu yaparak) açıkça hukuka aykırı olan bir işlemin, *mutlak butlanla batıl olması nedeniyle yok* hükmünde olduğunun tespiti istenilmiş olması durumunda bu davanın da iptal davası formunda görülmesi gerektiğine hükmetmiştir.<sup>75</sup>

özel bütçesinin olmadığı, bunların gelir ve giderlerinin Vakıflar Genel Müdürlüğü bütçesinde yer aldığı, mazbut vakıf tüzel kişiliğini Vakıflar Genel Müdürlüğü tüzel kişiliğinden ayrı düşünmeye olanak bulunmadığı, bütçesi, organları, statüsü olmayan bir varlığa hukuk süjesi olarak bakılamayacağı, mazbut vakfın ancak ... Genel Müdürlüğü'nün tüzel kişiliğiyle somutlaştığı, mazbut vakfa ait taşınmazların Kamulaştırma Kanunu'nun 30. maddesi kapsamına giren tüzel kişiliği haiz katma bütçe ile idare olunan Vakıflar Genel Müdürlüğüne ait olduğu sonucuna ulaşılmaktadır. Bu durumda, kamulaştırmaya konu taşınmazın mazbut vakıf olması halinde dava konusu işlemin yok hükmünde olduğuna karar verilmesi gerekeceğinden mahkemece mazbut veya mülhak vakıf ayrımı yapılmaksızın 2942 sayılı Yasanın genel hükümlerine göre kamulaştırma yapılmasının uygun olduğundan bahisle uyuşmazlık hakkında karar verilmesinde hukuki isabet görülmemiştir”. Danıştay 6. Dairesi 1996/345 Esas., 1996/5553 Karar. sayılı İlamı.

<sup>75</sup> Dava; 10.5.1992 tarih ve 92/3019 sayılı Bakanlar Kurulu Kararına göre, tüketilen elektrik enerjisinden alınmakta olan %10 oranındaki toplu konut fonu oranının sifıra indirilmesi nedeniyle Türkiye Elektrik Kurumu'nun toplu konut fonu tahakkuk ve tahsil etmesinin yasal dayanağı bulunmadığının, ortada mevcut kesin yokluk halinin idari yargı yoluyla tespitine karar verilmesi istemiyle açılmıştır. Ankara 1.İdare Mahkemesi, İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun idari dava türlerinin sayıldığı 2.maddesinde tespit davasına yer verilmediği, ortada mevcut kesin yokluk halinin idari yargı yoluyla tespitine karar verilmesi isteminin incelenme olanağı bulunmadığı gerekçesiyle istemi reddetmiştir. Bazı idari işlemler vardır ki, idare hukukunda “yok hükmünde” olan idari işlemler denilen, sakatlıkları çok ağır olan ve hukuk dünyasında hiç doğmamış kabul edilen “batıl” işlemlerdir. Bu tür “batıl” işlemler, ilgililer hakkında hüküm ifade etmezler, hukuksal durumda değişiklik yaratmazlar, çünkü hiç var olmamış sayılırlar. Bir idari işlem, açıkça yasaya aykırı veya idarenin hiç yapamayacağı işlemlerden ise, yok hükmünde bir idari işlem denilerek söz ediliyor demektir. Yok hükmünde olan bir idari işlemin iptali

Danıştay, maddi yokluk sebebine dayalı bir başka uyuşmazlıkta; "Adına ödeme emri düzenlenen şirketin 17.12.1998 tarihinde fesih edilip ticaret sicilinden kaydı silinerek tüzel kişiliğinin sona ermiş olması sebebiyle, hukuken var olmayan şirketin haklara sahip olması, borçlu kılınması ve temsilinin olanaklı olmadığı, bunun sonucu olarak, tüzel kişiliğin sona ermesinden önceki dönemlerle ilgili olsa dahi, olmayan şirket adına tarh ve ceza kesme işlemleri tesis edilemeyeceği, tesis edilen işlemlerin de, herhangi bir hukuki sonuç doğurmayacağı, hukuki sonuç doğurmayan; hukuk düzeninde varlık kazanmayan işlemlerin ise, herhangi bir kişinin menfaatini ihlal etmesi söz konusu olamayacağı, bu hukuki durum karşısında; feshedilmekle tüzel kişiliği sona eren şirketin temsili de söz konusu olamayacağından, tasfiye memuru tarafından, *olmayan şirketi temsilen* açılan davanın *ehliyetsizlik nedeniyle reddi gerekeceği* yönünde karar vermiştir.<sup>76</sup>

Hukuki yoklukta Danıştay; "*hukuki geçerliliği bulunmayan, meşruiyet zemini olmayan, hukuki dayanağı bulunmayan*" ifadelerine vurgu yaparak "yok hükmünde sayma" müeyyidesini ön plana çıkarmaktadır. Danıştay; bu tür işlemler hakkında idarenin de yok hükmünde sayma kararı verebileceği ve buna göre hareket edebileceğini belirtmektedir.<sup>77</sup> Örneğin; görev süresi sona ermiş bulunan bir

---

için idari yargıda dava açmaya esasen gerek bulunmamaktadır. Fakat, idarenin işlemini yok hükmünde saymayı yürütmeye devam etmesi, ilgiyi bu işlemin iptali için dava açmaya zorunlu bırakabilir. Bu gibi durumlarda, idari yargı yerinin, dava konusu işlemin yok hükmünde olduğunu saptayıp uyuşmazlığı çözmesi, idarenin her türlü eylem ve işleminin yargısal denetime bağlı tutulmasını gerektiren "Hukuk Devleti" ilkesine de uygun düşecektir. Uygulamada tespit davaları, bir olayın veya bir hukuksal ilişkinin var olup olmadığının belirlenmesi amacıyla açılan ve eda davasının öncüsü niteliğindedir. Bakılan dava; soyut bir olayın yargı kararıyla belirlenmesi isteminden çok açıkça hukuka aykırı olan bir işlemin, mutlak butlanla batıl olması nedeniyle yok hükmünde olduğunun tespiti istenilmiş olması nedeniyle iptal davası formunda görülmesi gereken bir davadır. Danıştay 10. Dairesi 1995/397 Esas., 1997/1911 Karar sayılı İlamı.

<sup>76</sup> Danıştay 7. Dairesi 2005/1018 Esas., 2005/1227 Karar sayılı İlamı.

<sup>77</sup> Danıştay kararlarına paralel olarak doktrinde de hukuka aykırı işlemlerin idare tarafından geri alınabileceği, işlemin bir unsurunda görülen çok ağır derecedeki hukuka aykırılıkların ya da işlemin esaslı unsurlarından yoksunluk hali olan yokluk durumunun bulunması halinde işlemin her zaman geri alınabileceği belirtilmektedir. Hukuki istikrar ve güven ilkesi gereği, hukuka aykırı işlemlerin geri alınmasında dava açma süresinin esas alınması gerekli olmakla birlikte yokluk, açık hata, ilgilinin hileli davranışı gibi durumlarda işlem her zaman geri alınabilecektir. Ramazan Çağlayan, s. 48-49. Esasen açıkça gayrimeşru bir konuyu düzenleyen ve yasak bir ilişkiye imkân sağlayan işlemin normlar hiyerarşisi ve üst hukuk normları karşısındaki durumu da dikkate alınarak, geri alınmadan önce de ihmali suretiyle uygulanmaması yoluna gidilmesi de mümkündür. Sayın Celal

rektörün senatoyu toplantıya çağırma ve senatoya başkanlık etme yetkisi bulunmadığından yasada belirlenen usul kurallarına uyulmaksızın toplanan senatoca alınan kararların *ağır ve açık yetki gasbı ile malul* olacağı, bu şekilde alınmış olan kararların *hukuki geçerliğinin bulunmadığı, yok hükmünde oldukları ve* bu durumda, açık ve ağır yetki gasbı olan ve *yoklukla malul bulunan* senato kararının *yok hükmünde sayılmasına ilişkin idari işlemde de hukuka aykırılık bulunmadığı* görüşündedir.<sup>78</sup>

Yine “hukuki yokluk” temeline dayanan bir başka uyuşmazlıkta; İngilizce kursuna katılıp sertifika alan davacının, anılan özel öğretim kurumunun İngilizce programı ve kursu açma izninin bulunmadığından habersiz olarak idareye güven ilkeleri gereği usulüne uygun olarak açıldığına inanarak söz konusu kursa katıldığı, bu durumun idarenin kendi iç işleyişindeki bir takım eksikliklerden kaynaklandığı gerekçesiyle davaya konu işlem iptal edildiği, ancak ilgililerin kazanılmış haklarından bahsedilebilmenin temel koşulunun, elde ettikleri bu haklarının yasal (meşru) bir zeminden kaynaklanmış olması gerektiği, *meşruiyet zemini bulunmaksızın* elde edilmiş herhangi bir hak veya belgenin *yok hükmünde sayılmasının gerekeceği*, dolayısıyla kurum açma ve öğretime başlama izninde İngilizce program ve kurs açma izni bulunmayan işletmenin açtığı kursa devam edip, sınavları başarması sonrasında kendisine İngilizce sertifikası verilen davacının, bu sertifikasının *yok hükmünde sayılarak iptal edilmesinin* hukuka uygun olacağı yönünde karar vermiştir.<sup>79</sup>

Danıştay, iptal edilen bir Yönetmelik hükmüne dayalı olarak yürütülen sınav sürecinin ve yapılan yabancı dil sınavı ile bu sınavlar sonucunda kişilerin kadroya atanmalarına ilişkin işlemlerde de; bu

---

Erkut; yoklukla malul işlemlerde doktrinde tartışılan iki görüşü aktarmaktadır. İlk görüşü savunanlara göre; yoklukla özürlü işlemler, hukuki değerden yoksun, hiçbir etki yaratmayan, hak ve yükümlülük doğurmayan, muhatapları açısından uyma zorunluluğu bulunmayan, ilgililerin bu işlemlere karşı koyma haklarının olduğu, idare tarafından her zaman geri alınabilecek, geçici veya sürekli hiçbir hak doğurmayan işlemlerdir. Diğer görüşe göre ise; yoklukla özürlü olan işlemlerde, ilgililerin bu işlemlere karşı koyma haklarından söz edilemez. Yokluk değerlendirmesinin, idare edilenler tarafından yapılması ve yargı mercileri önüne gitmeksizin, idari işlemle bağlı olmadıkları yönündeki düşünceleri idare hukukunun temel ilkelerine aykırılık taşımaktadır. Bir işlemin yoklukla özürlü olması, idareyi bu işlemi uygulamaktan alıkoyamaz. Celal Erkut, s. 84-85. Ayrıca Bknz. İl Han Özay, s. 648.

<sup>78</sup> Danıştay 8. Dairesi 2006/970 Esas., 2006/2893 Karar sayılı ilamı.

<sup>79</sup> Danıştay 8. Dairesi 2004/2625 Esas., 2005/452 Karar sayılı ilamı.

işlemlerin hukuki dayanaklarının bulunmadığı ve yok hükmünde oldukları gerekçesi ile hem sınav işleminin hem de sınav sonuçlarına dayalı olarak kadrolara yapılan atama işlemlerini yok hükmünde oldukları gerekçesi ile iptal etmiştir.<sup>80</sup>

Danıştay kararlarında yokluk kavramı “hukuki yokluk” kavramı ile birlikte incelenmiştir. Danıştay’a göre; “Bir idari işlemin kurucu unsurlarındaki hukuka aykırılık derhal fark edilebilir nitelikte ve işlemin kimliğini dahi yitirmesine yol açabilecek derecede *ağır, açık ve bariz ise işlem “yok hükmündedir”*. Bu tür işlemler hiçbir hak ya da yükümlülük doğurmayan her türlü hukuki etkiden yoksun işlemlerdir. Bunlar ayrıca bir başka işleme de *hukuki dayanak oluşturamazlar* ve iyiniyet halinin varlığında dahi hiçbir zaman ve hiçbir şekilde, hukuka uygun bir duruma getirilemezler. Tüm bu saptamalar hukuki yokluk hali için geçerlidir. Hukuki yoklukta, *işlem maddeten oluşmuş; fakat hukuken yok hükmündedir*. Hukuken yok hükmünde olan işlemin, maddi olarak da ortadan kaldırılması gerekir. Zira, hukuken yok hükmünde olan bir işlemin uygulamasının sona erdirilmesi, ancak bu şekilde sağlanabilir.<sup>81</sup> Anlaşılacağı üzere Danıştay; hukuki yokluk halinde madden oluşmuş ancak ağır, açık ve bariz hukuka aykırılığı nedeniyle yok hükmünde olan işlemlerin, maddi olarak da hukuk aleminden kaldırılması, dolayısıyla uyuşmazlığın esası ile ilgili bir inceleme yapılabileceği (ve dolayısıyla iptal davası formunda görülmesi gerekeceği) görüşündedir.

Yukarıda verilen örneklerin pek çoğundan anlaşılacağı üzere Danıştay Daireleri arasında; *meşruiyet zemini bulunmaksızın, hukuki dayanağı bulunmaksızın, hukuki geçerliliği bulunmaksızın* yapılan işlemleri *yok hükmünde sayıp* ancak bu şekilde açılan davaların *ip-*

<sup>80</sup> 12.8.2000 günlü, 24138 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan Yönetmeliğin. 1219 sayılı Tababet ve Şuabatı Sanatlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun ile tıpta uzmanlık konusunda getirilmiş bulunan yasal düzenlemeye aykırı olduğu ve anılan Yönetmelik hükümlerine dayalı olarak davalı idarece 24.9.2000 tarihinde yapılacağı ilan edilen yabancı dil sınavının da hukuki dayanaktan yoksun kalacağı saptanmış olduğundan ve 15.5.2002 tarihinde de bu işlemlerin iptaline karar verilmiş olduğundan, Dairemizce iptal edilen Yönetmeliğin 8. maddesi uyarınca 24.9.2000 tarihinde yapılan yabancı dil sınavına ve iptal edilen diğer maddelere dayalı olarak gerçekleştirildiği tartışmasız olan 15.1.2001 tarihinde “mesleki bilgi, beceri ve yetenek ile eğitim ve öğretim yapabilme yeteneği sınavı” nı yapma işleminin ve bu sınav sonucunda başarılı olanların şef ve şef yardımcılığı kadrolarına atamalarının yapılmasına ilişkin işlemlerin hukuki dayanaktan tümüyle yoksun oldukları ve yok hükmünde oldukları kuşkusuzdur. Danıştay 5. Dairesi 2001/1008 Esas., 2002/2254 Karar sayılı İlamı.

<sup>81</sup> Danıştay 7. Dairesi 2001/337 Esas., 2002/3092 Karar sayılı İlamı.

*tal davası şeklinde görülmesi* gerektiği konusunda bir içtihat birliği oluşmuş durumdadır. Buradan hareketle makale konusu Yönetmelik hükmü çerçevesinde düşünüldüğünde; *meşruiyet zemini ve hukuki geçerliliği bulunmayan, hukuki dayanağı olmayan, açıkça üst hukuk normlarına aykırı, gayrimeşru bir konuda düzenleme getirip meşru olmayan fiillere imkan tanıyan* yönetmelik hükmü yok hükmündedir ve iptal edilmeye mahkum bir düzenleyici işlem niteliğindedir.

“Yokluk” ve “yok hükmünde olma” kavramları 1970’li yıllardan bu yana Anayasa mahkemesi tarafından da tartışılan bir konudur. Anayasa Mahkemesi yakın tarihli vermiş olduğu bir kararında yokluk kavramının hangi hallerde söz konusu olabileceğini açıkça ortaya koymuş ve daha çok “maddi yokluk” hallerinde bir yokluktan bahsedilebileceğinin altını çizmiştir. Anayasa Mahkemesine göre;

*“Yokluk, bir normun var olmadığına ifadesidir. Bir normun varlığı ise o normun yürürlüğe girmesi ve uygulanmasına bağlı bulunmamaktadır. “Varlık”, “yürürlük” ve “uygulanma” kavramları birbirinden farklı olup “varlık”, bir normun hukuk âleminde vücut bulmasını ve geçerlik kazanmasını ifade etmektedir. Hukuk âleminde geçerlik kazanması ise hukukun öngördüğü usul ve esaslar çerçevesinde çıkarılması anlamını taşımaktadır. Bununla birlikte bir normun hukuka aykırı olması, mutlak olarak o normun yokluğu sonucunu doğurmamaktadır. Yokluk sonucunun ortaya çıkabilmesi için söz konusu hukuka aykırılığın, o normun hukuk âleminde hiçbir zaman varlık kazanamamasına yol açacak ağırlıkta ve açıklıkta olması gerekir. Bir kanunun yokluğundan söz edilebilmesi ise yasama organının bu yönde bir iradesinin olmaması ya da anayasal düzende yasama organına verilmeyen bir yetkinin fonksiyon gaspı suretiyle kullanılması gibi hukuk âleminde hiçbir zaman varlık kazanamayacak olan durumlarda mümkündür. Kuvvetler ayrılığı ilkesi gereğince yasama, yürütme ve yargı fonksiyonlarını yerine getiren yasama, yürütme ve yargı organlarından birinin, diğerinin yerine geçmesi sonucunu doğuracak şekilde karar almaları “fonksiyon gaspına” yol açacağından, yasama organının, yasama fonksiyonu kapsamında yer almayan hususlarda “kanun” adı altında yapacağı düzenlemele- rin hukuk âleminde varlık kazanabilmesi mümkün olmayacaktır. Belirtilen haller dışında kalan, kanunların veya kanun hükümlerinin Anayasa’ya uygunluk denetimi kapsamında incelenmesi gereken hususlarda Anayasa’ya aykırılığının saptanması ise ilgili kanun veya kanun hükümlerinin yokluğunu değil, iptalini gerekli kılar.”<sup>82</sup>*

<sup>82</sup> Anayasa Mahkemesi Kararı, 2014/57 Esas, 2014/81 Karar sayılı İlamı.



Anlaşılacağı üzere Anayasa Mahkemesi kuvvetler aykırılığı ilkesine aykırı olarak fonksiyon gaspı olarak nitelenebilecek şekilde yasama, yürütme veya yargı erklerinin birbirlerinin yerine geçerek karar almaları durumunda ve özellikle yasama organının, yasama kapsamında yer almayan konularda kanun adı altında karar alması durumunda yokluktan söz edilebileceğinin altını çizmektedir.

Anayasa Mahkemesi huzurunda ilk yok hükmünde sayma iddiası 1971 yılında; Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilen<sup>83</sup> Yüksek Hâkimler Kurulu Kanunu'nun 77. ve 2556 sayılı Hâkimler Kanunu'nun 63'ncü maddelerinin iktidar partisi tarafından çıkarılan yeni bir kanunla tekrar yasalaştırılmak istenilmesi nedeniyle ileri sürülmüştür. O tarihlerde TBMM üyelerinin altıda bir fazlası üyenin imzası ile Anayasa Mahkemesinde açılan davada; *Anayasa Mahkemesi tarafından açıkça Anayasa kurallarına aykırı olduğu belirlenen ve iptal edilen maddelerle ilgili mahkemenin gerekçelerine hiç dikkat edilmeksizin TBMM tarafından tekrar yasa çıkarılması nedeniyle*; Yasama Meclisinin Anayasa'nın kendileri için çizmiş olduğu yetki sınırlarını açıkça aştığı, Anayasa'nın 152. maddesi uyarınca Anayasa Mahkemesi kararlarının kesin olması ve yasama, yürütme organları ile bütün kişileri bağlamasına ve devlet organlarının veya resmî yerlerin bu iptal kararının gerekçelerinde gösterilen görüşlere uygun biçimde işlem yapmalarının zorunlu olmasına rağmen aynı yönde tekrar yasal düzenleme yapılmasının yok hükmünde sayılması gerektiği gerekçesi ile açılan davada Anayasa mahkemesi "yok hükmünde sayma" tartışmalarına girmeksizin yeni yapılan yasal düzenlemeleri iptal etmiştir.<sup>84</sup>

Aynı yıllarda bu sefer Cumhuriyet Halk Partisi tarafından Anayasa Mahkemesi'nde açılan davada; Deniz Gezmiş, Yusuf Aslan ve Hüseyin İnan'ın ölüm Cezalarının Yerine Getirilmesine Dair Kanun'un<sup>85</sup> Anayasa'ya, Yasama Meclisleri içtüzüklerine ve Anayasa hukukuna aykırı olduğu ileri sürülerek iptali ile kanunun uygulanmasının durdurulması talebinde bulunulmuştur. Anayasa Mahkemesi, şekil noksanlığı yönünden kanunu iptal etmekle birlikte Yüksek Mahkeme üyelerinden Şahap Arıç ve Halit ZARBUN tarafından yazılan muhalefet şerhlerinde "yok hükmünde sayılma" hususu üzerinde özellikle durulmuştur. Yüksek Mahkeme üyeleri tarafından yazılan

<sup>83</sup> Anayasa Mahkemesi Kararı, 1966/31 Esas, 1967/45 Karar sayılı İlamı.

<sup>84</sup> Anayasa Mahkemesi Kararı, 1970/39 Esas, 1971/44 Karar sayılı İlamı.

<sup>85</sup> 25/3/1972 tarih ve 14139 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan 1576 sayılı Kanun.



muhalefet şerhinde; “Anayasa’nın 64. maddesinin birinci fıkrasında TBMM’nin görev ve yetkilerinin açıkça sayıldığı, bunların; Kanun yapmak, değiştirmek ve kaldırmak, para basılmasına, genel ve özel af ilânına, mahkemelerce verilip kesinleşen ölüm cezalarının yerine getirilmesine *karar vermek* olduğu, TBMM tarafından “ölüm cezalarının yerine getirilmesi” hususundaki yetkisini ancak “*karar*” şeklinde kullanabileceği, bu yetkinin niteliğinin Kanun şeklinde tasarrufa müsait olmadığı, Anayasa’da prensip olarak TBMM’nin “karar” şeklindeki tasarruflarının Anayasa’ya uygunluk denetimine tabi tutulmadığı, Kanunların bu denetime tabi tutulduğu, bir Anayasa hükmü ile Yasama Meclisine “karar” şeklinde kullanılabilmesi emredilen bir yetkinin kanun niteliğinde kabulü ve onun Anayasa’ya uygunluk denetimine tabi tutulmasının Anayasaya aykırı olduğu, Anayasa tarafından tanınmamış olan bir kanun yetkisi kullanamayacağından, böyle bir yetkinin kullanılmış olması bunun kanun niteliğinin bir hüküm ifade etmemesini, “yok hükmünde olması” gerekeceği, binnetice ölüm cezalarının yerine getirilmesi konusundaki yetkinin anayasal niteliği olan karar niteliğinin baki olduğu kanun niteliğinin ise vücut bulmamış, “*yok hükmünde olduğunun*” kabulünü zorunlu kılacağı, buna rağmen Yasama Meclislerince bu yetkinin kullanmasının; onun vücut bulmamış, yok hükmünde olduğu sonucunu doğuracağını ileri sürmüşlerdir.<sup>86</sup>

Daha yakın tarihli kararlar incelendiğinde işlemin konu yönünden denetimi ile ilgili dava dilekçelerinde “yokluk” ile iptal kavramlarının sıklıkla Anayasa Mahkemesi tarafından tartışıldığı görülmektedir. 1990’lı yıllarda; Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilen bir

<sup>86</sup> Söz konusu muhalefet şerhinde “yok hükmünde sayılma” ile ilgili nitelikli örneksemelere de yer verilmiştir. “Örneğin sevk edilen bir kanun tasarısı henüz Yasama Meclislerinde usulüne göre görüşülüp kabul edilmemiş olmasına rağmen yanlışlıkla görüşülüp kabul edildiği zannedilerek diğer merasim tamamlanıp ilân edildiği farz edilse, bu hiç bir zaman kanun niteliğini alamayacağı, kanun olarak vücut bulduğunun kabul edilemeyeceği ve yok hükmünde olacağı, keza; Anayasa’nın 9. maddesi hükmünce. Devlet şeklinin Cumhuriyet olduğu hakkındaki Anayasa hükmü değiştirilemez ve değiştirilmesi teklif edilemez ilkesi gereği Yasama Meclislerince Devlet şeklinin değiştirilmiş olduğu farz edilse, bu değişmeyi vücut bulmuş telakki etmek mümkün olmadığı ve Yok hükmünde olduğu, Anayasa’nın 9. maddesi ile Yasama Meclislerine böyle bir yetkiyi kullanamayacaklarını beyan etmiş ve bu Anayasa hükmünün değiştirilmeyeceğini, yani daima yürürlükte kalacağını kabul etmiş oldukları, bu durumda Anayasa’nın 4. maddesinin son fıkrasının son cümlesi hükmü ile Yasama Meclisleri kendilerine tanınmayan bir yetkiyi kullanmaktan men edilmişlerdir. Buna rağmen Yasama Meclislerince bu yetkinin kullanılması onun vücut bulmamış, yok hükmünde olduğu sonucunu doğurur.

kanun tarafından yapılan düzenlemelerin, TBMM tarafından esas aynı kalmak üzere tekrar çıkartılmak istemesi ile ilgili olarak yaşanan yargı süreçlerinde; iptal edilen bir kanunun tekrar çıkartılması durumunun “yokluk” sayılıp sayılamayacağı hususunda bu konu hukuki olarak tartışılmıştır. TBMM’nin, emeklilikle ilgili olarak, kendi üyeleri için art arda çıkardığı benzer nitelikli ayrıcalıklı yasalar nedeniyle Anayasa Mahkemesi, TBMM’nin kendi üyelerine ayrıcalık tanıyan bu yasaları, yok hükmünde kabul etmemiş, ancak iptal etmiştir. Bu konuda TBMM’nin geliştirdiği yöntem; yasanın, Anayasa Mahkemesi’nin “olası” iptal kararını etkisiz kılmak için, Anayasa Mahkemesi’nde incelenme aşamasında olan ve TBMM üyelerine emeklilik bakımından ayrıcalık getiren yasayı, henüz Anayasa Mahkemesi iptal kararı vermeden önce “aynı nitelikte, ayrı bir yasa ile yedeklemesidir”. Örneğin, 26.10.1990 günlü, 3671 sayılı “TBMM Üyelerinin Ödenek Yolluk ve Emekliliklerine Dair Kanun”a karşı, Anayasa’ya aykırılık savıyla yapılan başvuru Anayasa Mahkemesi tarafından henüz karara bağlanmadan, aynı nitelikte, 3.12.1992 günlü 3855 sayılı Yasa çıkarılmıştır. 3855 sayılı Kanun’un 2’nci maddesi ile 3671 sayılı Kanun’un 2. maddesi hemen hemen aynıdır. Anayasa Mahkemesi, bu konuda açılan davalarda, yokluk konusunu tartışmakla beraber, iptal kararı vermeyi yeğlemiştir.<sup>87</sup> Anayasa Mahkemesi’ne göre; Anayasa’nın 153’ncü maddesinde yer alan; “Anayasa Mahkemesi kararları Resmî Gazetede hemen yayımlanır ve yasama, yürütme ve yargı organlarını, idare makamlarını, gerçek ve tüzelkişileri bağlar” hükmü çerçevesinde, Anayasa Mahkemesi kararlarının bağlayıcılığı kuralına uyulmamasını ve Anayasa Mahkemesi kararının etkisiz duruma getirilmesini bu maddenin “ağır ihlali” olarak nitelemiş, ancak müeyyideyi “yok işlem” olarak kabul etmemiştir. Anayasa Mahkemesi’nce iptal edilerek Anayasaya aykırılığı belirlenen bir hükümlerle aynı ya da özdeş nitelikte olan bir başka kuralın, yasalastırılarak Anayasa Mahkemesi kararının etkisiz duruma düşürülmesi, kuşkusuz, Anayasa’nın 153. maddesinin ağır ihlali anlamına gelecektir.<sup>88</sup> Anayasa Mahkemesine göre; “Bir yasa ku-

<sup>87</sup> Yılmaz Aliefendioğlu, s. 14.

<sup>88</sup> Anayasa Mahkemesi Kararı 9.4.1991 Gün Ve 1990/36 Esas, 1991/8. Karar sayılı İlamı Bknz. Yılmaz Aliefendioğlu, s. 12, Turan Yıldırım, s. 79-80, İbrahim Şahbaz, s. 35-39. Hatta Anayasa Mahkemesi kararlarının, bir yasama tasarrufu ile geçersiz kılınması fonksiyon gaspına yol açacağı gibi, kuvvetler aykırılığı ilkesine de terstir. Böyle bir uygulama, yasama yetkisinin kötüye kullanılması anlamına da gelecektir. anayasa mahkemesi kararı 13.5.1998 gün ve 1996/51 Esas, 1998/17 Karar sayılı Kararı’nda yer alan muhalefet şerhi (Üyeler; Yalçın Acargün, Mustafa

ralının Anayasa'nın 153. maddesinin son fıkrasına aykırılığundan söz edilebilmesi için, iptal edilen önceki kuralla içeriği yönünden "aynı" ya da "benzeri" olup olmadığının incelenmesi gerekmektedir. Burada iki kuralın özdeş olması yetmeyecek, kurallar arasında "teknik içerik ve kapsam" bakımından da benzerlik aranacaktır. Teknik içerik ve kapsam bakımından benzerlik, iptal edilen yasa ile yeniden çıkarılan yasanın sözcüğü sözcüğüne aynı olması anlamına gelmez. Çünkü, böyle bir anlayış 153'ncü maddenin son fıkrasındaki kuralı anlamsız ve uygulanmaz kılar. Konu ve kapsam bakımından sözcüklerde farklılıklar olsa bile ikinci yasanın aynı amaç doğrultusunda Anayasa Mahkemesi kararına karşın onu etkisiz kılmak amacıyla çıkarıldığının saptanması aranan koşulun gerçekleşmiş sayılması için yeterlidir." <sup>89</sup>

Yakupoğlu, Fulya Kantarcıoğlu). Hatta yine farklı bir gerekçe ile karara muhalefet şerhi yazan Mustafa Bumin'e göre ise; "İptal edilen yasanın tekrar çıkartılması, Anayasa Mahkemesince verilen iptal kararına direnme niteliğindedir. Anayasal yetki gaspının tipik bir örneğidir. Anayasa Mahkemesi kararlarının etkisiz kılınmasına yönelik ağır bir ihlaldir. Düzenleme yetkisinin kötüye kullanılmasıdır. İptal kararının sonucuna katlanmak, hukuk devleti olabilmenin temel göstergesidir. Ayrıca Bknz. İbrahim Şahbaz, S. 37-38., Ergun Özbudun, s. 425.

<sup>89</sup> Anayasa Mahkemesi Kararı 12.12.1991 Gün Ve 1991/27 Esas, 1991/50 Karar sayılı İlamı.

"Yokluk" hususunda; Cumhurbaşkanı Ahmet Necdet Sezer tarafından; "Cumhurbaşkanını halk tarafından seçilmesine, TBMM seçim döneminin 5 yıla çıkarılmasına ve Cumhurbaşkanı görev süresinin beş yıla indirilmesi ve bir kimsenin en fazla iki kez Cumhurbaşkanı seçilebilmesine ilişkin Anayasa'da değişiklik yapan 31.5.2007 gün ve 5678 sayılı Kanun'un iptali istemiyle açılan davada da Anayasa Mahkemesi tarafından tartışılmıştır. Cumhurbaşkanı Ahmet Necdet Sezer tarafından açılan davada ileri sürülen, "Yasanın, Cumhurbaşkanı'nca, yeniden görüşülme üzere TBMM'ne geri gönderilmesi üzerine gerçekleştirilen birinci tur görüşmede, Kanun'un tümünün görüşülmesi bitirildikten sonra yapılan oylamada maddelere geçilmesinin 366 oyla kabul edildiğinin açıklandığını, oysa bu sayının üye tamsayısının 2/3 çoğunluğundan az olması nedeniyle Anayasa değişikliğinin TBMM'nce reddedilmiş sayılması gerektiğini, maddelerin görüşülmesine geçilmesinin ve sonuçta Yasa önerisinin kabul edilerek yeniden Cumhurbaşkanı'na gönderilmesinin, tüm oylamalarda nitelikli çoğunluğun bulunması gerektiğine ilişkin E1970/1 ve E1973/19 sayılı Anayasa Mahkemesi kararlarına aykırılık oluşturduğunu, bunun yasayı şekil açısından sakatladığını, bu nedenle 5678 sayılı Kanun'un öncelikle yok hükmünde olduğunun saptanması" gerektiği yönündeki savı, Anayasa Mahkemesi tarafından; "1961 Anayasası döneminde bu Anayasa'nın kurallarına göre verilmiş Anayasa Mahkemesi kararlarının, yeni bir Anayasa olan 1982 Anayasası döneminde hukuksal bağlayıcılıklarının olmayacağı, yürürlükte olmayan Anayasalar döneminde bu Anayasa kurallarının esas alınmasıyla verilen iptal kararlarının, "yokluk" ya da diğer yaptırımların gerekçesi olamayacağı" gerekçesi ile reddedilmiştir. Anayasa Mahkemesi Kararı 5.7.2007 Gün ve 2007/72 Esas, 2007/68 Karar sayılı Kararı. Ayrıca Bknz. Yılmaz Aliefendioğlu, s. 12-13.

## SONUÇ

Sayıları 100'e yaklaşan vakıf üniversiteleri, eğitim öğretime kayıtlı on binlerce öğrenciden elde edilen gelirleri, kamu tüzel kişiliği olmanın doğal sonucu olarak, rekabet şartlarına uygun bir şekilde değerlendirmek ve kişisel çıkarları değil kamu yararını esas alarak harcamakla yükümlüdür. Çoğu uygulamada olduğu üzere mütevelli heyet başkan ve üyeleri ile bu kişilerin doğrudan veya dolaylı ilişki içinde bulunduğu şirketlerin, vakıf üniversiteleri ile kamu yararı ilkesini zorlayan kişisel çıkarlara yönelik ticari ilişkiler kurdukları ve vakıf üniversitelerinin bu kişi ve şirketlere kaynak aktardıklarına şahit olunmaktadır.

2547 sayılı Kanun'un Ek 11'nci maddesinin uygulama esaslarını göstermek amacıyla 19 Kasım 2015 tarihli Resmi Gazetede yayımlanarak yürürlüğe giren Vakıf Yükseköğretim Kurumları Yönetmeliğinde Değişiklik Yapan Yönetmelik hükümleri ile birlikte; vakıf üniversitelerinden kaynak aktarılmasının önlenmesine yönelik olarak ayrıntılı düzenlemelere yer verilmiştir. Yönetmeliğin 28'nci maddesinin asıl amacı; 2547 sayılı Kanun'un Ek 11'nci maddesinde çerçevesi belirlendiği üzere vakıf üniversitesi kaynaklarının verimli şekilde kullanılmasını sağlamak, elde edilen gelir ve kaynakların kamu yararı amacı dışında kullanılmasına engel olmaktır. Ancak bu amacı gerçekleştirmek üzere, hangi fiillerin kaynak aktarımı sayılacağı Yönetmelikle belirlenmesine rağmen Yönetmeliğin 28'nci maddesinde; Türk Ceza Kanunu bağlamında açıkça "tefecilik suçu" sayılan fiillere meşruluk kazandırılarak normlar hiyerarşisine de açıkça aykırılık teşkil eden bir düzenleme yürürlüğe konulmuştur.

Gerek 2547 sayılı Kanun ve gerekse ilgili yönetmelikte; kaynak aktarma olarak kabul edilecek fiiller düzenlenmiş olmakla birlikte; "Mütevelli heyeti ve üyeleri ile bunlar dışındaki üçüncü gerçek kişilerden yapılacak borçlanmanın Merkez Bankasının bankalarca açılan kredilere uygulanan ağırlıklı ortalama faiz oranlarından sebepleri izah edilemeyecek derecede yüksek bedeller ile yapılması" şeklinde yürürlüğe konulan düzenleme, açıkça Türk Ceza Kanunu tarafından yasaklanan ve suç sayılan tefecilik fiiline yol açacaktır.

Söz konusu düzenlemenin, idare hukuku açısından inceleme ve tartışmaya açık iki yönü bulunmaktadır. Birincisi; normlar hiyerarşisi çerçevesinde üst hukuk normuna aykırı düzenleme yapılıp yapılmayacağı hususu, ikincisi ise; idari işlemin konu unsurunun gayrimeşru olmasının doğuracağı hukuki sonuçlardır. Makalede her iki konuda da, mevcut getirilen düzenlemenin değerlendirmesi yapılmaya çalışıl-

mıştır. İdarenin düzenleme yapma yetkisi mutlak ve gerekli olmakla birlikte, üst hukuk normlarına aykırılık taşıyan, normatif düzen kalitesini ihlal eden ve konu unsuru yönünden de gayrimeşru nitelikte olan bir düzenlemenin uygulanmasının mümkün olmadığı gibi muhtemel bir iptale de mahkum olduğu açıkça anlaşılmaktadır. Bu şekilde suç sayılan bir fiilin (yüksek bir ihtimalle Maliye Bakanlığı görüşü de alınarak) Resmi Gazetede yayımlanarak yürürlüğe girmiş olması; ülkemizde hukuki düzenlemelerin yapılmasındaki ciddiyeti göstermesi bakımından oldukça manidardır.

### Kaynakça

- Akyılmaz Bahtiyar, Sezginer Murat, Kaya Cemil, Türk İdare Hukuku, Seçkin Yayınları, 4. Baskı, 2013.
- Akıncı Müslüm, Normatif Düzen Kalitesi, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 3, S: 1, Y. 2012. Akıllı İlhan, Yargıtay Kararları Çerçevesinde Tefecilik Suçu, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kamu Hukuku Bilim Dalı Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2014.
- Aliefendioğlu Yılmaz, Anayasa Mahkemesi Kararları Işığında Yokluk ya da Yok İşlem, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, S. 81, Y. 2009.
- Atay Ender Ethem, İdare Hukuku, Turhan Kitabevi, Ankara 2006.
- Atay Ender Ethem, Normlar Hiyerarşisi, Erkl Hiyerarşisi İkilemi ve Düzenleyici Denetleyici Kurumlar, Rekabet Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu, Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi-Rekabet Kurumu, Kayseri Nisan 2008.
- Atay Yeliz Şanlı, Türk İdare Hukukunda Adsız Düzenleyici İşlemler, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı, Ankara 2011.
- Arslan Çetin, Tefecilik Suçu, Ankara Barosu Dergisi, Y. 2014, S. 1.
- Avcı Mustafa, Doçentlik Sınavı ve Doçentlik Kadrosuna Atanma, *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 17, S. 1, Y. 2009.
- Bekar Elif, Tefecilik Suçu, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, C. 71, S. 2, Y. 2013.
- Çağlayan Ramazan, İdari İşlemin Geri Alınması Üzerine, *Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi*, C: IV, S. 1-2, Y: 2000.
- Çal Sedat, Kamu Borçlanma Sözleşmelerinin Hukuksal Niteliği Üzerine Notlar. [www.idare.gen.tr/cal-yayinlar.htm](http://www.idare.gen.tr/cal-yayinlar.htm)
- Duran Lütfi, Düzenleme Yetkisi Özerk Sayılabilir mi? *İdare Hukuku İlimler Dergisi*, S. 1-3, Y. 1983
- Erkut Celal, İdare Hukukunda Yokluk Teorisi, *İdare Hukuku İlimler Dergisi*, S. 1-3, Y. 1988.
- Gençay Fatma Didem Sevgili, Adsız Düzenleyici İşlemlerin Normlar Hiyerarşisindeki Yeri, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 63, S. 2, Y. 2014.
- Gözler Kemal, Anayasa Hukukunda Yorum ve Norm Somutlaşması, Türkiye Barolar Birliği, Ankara 2012.
- Gözler Kemal, Kaplan Gürsel, İdare Hukuku Dersleri, 17. Baskı, Ekin Yayınları 2015.
- Gönen Yakup, Çelik Miraç, Yeniay Lokman, Avcı Gökhan, Ceylan Mahmut, Türk İdari Yargılama Usulü Hukuku, Metin yayınları, Ankara 2014.

- Güneş Turan, Türk Pozitif Hukukunda Yürütme Organının Düzenleyici İşlemleri, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayını, Ankara 1965.
- Günday Metin, İdare Hukuku, İmaj Yayınları, 7. Bası, Ankara 2003.
- Güven Mehmet, 90 Sayılı K.H.K. Yürürlükten Kalktı, Bundan Böyle Şirketler Ortaklarına, İştiraklerine veya Çalışanlarına Faiz Karşılığında Borç Veremeyecek mi? [http://www.izdenetim.com.tr/\\_3/mkl/mg\\_1113.pdf](http://www.izdenetim.com.tr/_3/mkl/mg_1113.pdf)
- Mutluer Kamil, Türkiye'de Yükseköğretimin Başlıca Sorunları ve Sorunlara Çözüm Önerileri, Maliye Bakanlığı Strateji Geliştirme Başkanlığı Ankara 2008.
- Özgenç İzzet, Tefecilik Suçu, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 14, S. 1, Y. 2010.
- Özbek Veli Özer, Kanbur Mehmet Nihat, Doğan Koray, Bacaksız Pınar, Tepe İlker, Türk Ceza Kanunu Özel Hükümler, 4. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara 2013.
- Günay Erhan, Öğreti ve Yargıtay Kararları Eşliğinde Örnekli ve Uygulamalı Tefecilik Suçu, Seçkin Yayınları 1. Baskı, Ankara 2013.
- Kuluçlu Erdal, Türk Hukuk Sisteminde Normlar Hiyerarşisi ve Sayıştay Denetimine Etkileri, *Sayıştay Dergisi*, Sayı: 71. Ekim-Aralık 2009.
- Kalabalık Halil, İdari Yargılama Usulü Hukuku, Sayram Yayınları, 6. Baskı, Konya 2013.
- Karahanoğulları Onur, İdarenin Hukukla Kavranması, Yasallık ve İdari İşlemler, Turhan Kitabevi, 2. Baskı, Ankara 2012.
- Özay İl Han, Günışığında Yönetim, Filiz Kitabevi, İstanbul 2004.
- Öztürk Kaya Burak, İdarenin Düzenleme Yetkisi, Fransız ve Türk Hukukunda Düzenleme Yetkisinin Kapsamı Yönünden Karşılaştırmalı Bir İnceleme, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kamu Hukuku Anabilim Dalı, Doktora Tezi, Ankara 2006.
- Giritli İsmet, Bilgen Pertev, Akgüner Tayfun, Berk Kahraman, İdare Hukuku, Der yayınları İstanbul 2013.
- Özbudun Ergun, Türk Anayasa Hukuku, Yetkin Yayınları Ankara 2009.
- Özgen Eralp, İdari Tasarruflardaki Sakatlıklar, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 17, S. 1-4, Y. 1960.
- İşıklar Celal, İdare Hukukunda Yokluk ve Askeri Yüksek İdare Mahkemesi Uygulaması, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, C. 69, S. 1-2, Y. 2011.
- Sancaktar Oğuz, İdare Hukuku Teorik Çalışma Kitabı, Seçkin Yayınları, 2. Baskı, Ekim 2012.
- Şahbaz İbrahim, Anayasa Yargısında Yokluk, *Ankara Barosu Dergisi*, Y. 1999, S. 4.
- Tan Turgut, İdare Hukuku, Turhan Kitabevi, 2. Baskı, Ankara 2013.
- Tercan Erdal, Anayasa Mahkemesi Kararı Muhalefet Şerhi, Teziç Erdoğan, Anayasa Hukuku, Beta Yayınları, İstanbul 1991.
- Yaşar Hasan Nuri, İdare Hukuku, DER Yayınları, 2. Basım, İstanbul 2014.
- Yenidünya Caner, Tefecilik Suçu, *Banka ve Finans Hukuku Dergisi*, C. 2, S. 6., Y. 2013.
- Yıldırım Ramazan, İdare Hukuku Kavramları Sözlülüğü, Mimoza Yayınları, Konya 2006.
- Yıldırım Turan, İdari Yargı, İstanbul 2009, Beta yayınları.
- Yıldırım Turan, Anayasa Mahkemesi Kararlarının Bağlayıcılığı, *Amme İdaresi Dergisi*, C. 26, S. 4, Y. 1993.



Yıldırım Turan, Ayanoğlu Sedat, Funda ve Makilik Alanlar Hakkında Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararlarının Değerlendirilmesi, *İ.Ü Orman Fakültesi Dergisi*, C: 43, S. 3-4.

#### Yargı İçtihatları

Anayasa Mahkemesi Kararı, 1996/51 Esas, 1998/17 Karar sayılı İlamı. (Mustafa Bumin'in Muhalefet Şerhi)

Anayasa Mahkemesi Kararı, 2.7.2007 Gün ve 2007/72 Esas, 2007/68 Karar sayılı Kararı.

Anayasa Mahkemesi Kararı, 5.6.2008 Gün ve 2008/16 Esas, 2008/116 Karar sayılı Kararı.

Anayasa Mahkemesi Kararı, 2014/57 Esas, 2014/81 Karar Sayılı İlamı.

Anayasa Mahkemesi Kararı, 18/12/1967 Gün ve 1966/31 Esas, 1967/45 Karar sayılı Kararı

Anayasa Mahkemesi Kararı, 1970/39 Esas, 1971/44 Karar Sayılı İlamı.

Anayasa Mahkemesi Kararı 9.4.1991 Gün ve 1990/36 Esas, 1991/8. Karar sayılı Kararı.

Anayasa Mahkemesi Kararı 12.12.1991 Gün ve 1991/27 Esas, 1991/50 Karar sayılı Kararı.

Anayasa Mahkemesi Kararı 5.7.2007 Gün ve 2007/72 Esas, 2007/68 Karar sayılı Kararı.

Anayasa Mahkemesi Kararı 13.5.1998 Gün ve 1996/51 Esas, 1998/17 Karar sayılı Kararı'

Anayasa Mahkemesi Kararı, 18.06.1985 Gün ve 1985/3 Esas, 1985/8 Karar sayılı İlamı.

Anayasa Mahkemesi Kararı, 10.12.1962 Gün ve 1962/198. Esas 1962/111 Karar sayılı İlamı.,

Anayasa Mahkemesi Kararı, 19.4.1988 Gün ve 1987/16 Esas, 1988/8 Karar sayılı İlamı,

Anayasa Mahkemesi Kararı, 6.7.1993 Gün ve 1993/5 Esas, 1993/25 Karar sayılı İlamı,

Anayasa Mahkemesi Kararı, 19.09.2000 Gün ve 2000/14 Esas, 2000/21 Karar sayılı İlamı,

Anayasa Mahkemesi Kararı, 8.12.2015 Gün ve 2014/87 Esas, 2015/112 Karar, Anayasa Mahkemesi Kararı, 13.1.2016 Gün ve 2015/85 Esas, 2016/3 Karar.

Anayasa Mahkemesi Kararı, 30.5.1990 Gün ve E:1990/2, K.1990/10 sayılı Kararda

Uyuşmazlık Mahkemesi Kararı, 02.07.2012 Gün ve 2012/178 Esas, 2012/174 Karar sayılı İlamı.

Danıştay 1. Dairesi 1995/31 Esas., 1995/45 Karar sayılı İlamı.

Danıştay 4. Dairesi 2000/2808 Esas., 2002/2808 Karar sayılı İlamı.

Danıştay 5. Dairesi 1992/5646 Esas., 1993/4721 Karar. sayılı İlamı.

Danıştay 5. Dairesi 2001/1008 Esas., 2002/2254 Karar sayılı İlamı.

Danıştay 6. Dairesi 2001/6417 Esas., 2002/6314 Karar sayılı İlamı.

Danıştay 6. Dairesi 1996/345 Esas., 1996/5553 Karar sayılı İlamı.

Danıştay 7. Dairesi 2001/337 Esas., 2002/3092 Karar sayılı İlamı.

Danıştay 7. Dairesi 2001/337 Esas., 2002/3092 Karar sayılı İlamı

Danıştay 7. Dairesi 2001/337 Esas., 2002/3092 Karar sayılı İlamı.

Danıştay 7. Dairesi 2007/695 Esas., 2007/4612 Karar. sayılı İlamı.

Danıştay 7. Dairesi 2005/1018 Esas., 2005/1227 Karar. sayılı İlamı.



Danıştay 7. Dairesi 2001/337 Esas., 2002/3092 Karar. sayılı İlamı.  
Danıştay 7. Dairesi 2001/337 Esas., 2002/3092 Karar. sayılı İlamı.  
Danıştay 8. Dairesi 2009/6153 Esas, 2012/5189 Karar. sayılı İlamı.  
Danıştay 8. Dairesi 2009/1009 Esas., 2011/1747 Karar sayılı İlamı.  
Danıştay 8. Dairesi 2006/970 Esas., 2006/2893 Karar sayılı İlamı.  
Danıştay 8. Dairesi 2004/2625 Esas., 2005/452 Karar sayılı İlamı.  
Danıştay 10. Dairesi 2001/4040 Esas., 2005/181 Karar sayılı İlamı.  
Danıştay 10. Dairesi 2001/4040 Esas., 2005/181 Karar sayılı İlamı.  
Danıştay 10. Dairesi 1995/397 Esas., 1997/1911 Karar sayılı İlamı.  
Danıştay 10. Dairesi, 2001/1835 Esas, 2003/4190 Karar sayılı İlamı.  
Danıştay 10. Dairesi 2006/5393 Esas., 2009/10123 Karar sayılı İlamı.  
Danıştay 10. Dairesi 2009/3329 Esas., 2011/52 Karar sayılı İlamı.  
Danıştay 10. Dairesi 1996/3388 Esas., 1998/5083 Karar sayılı İlamı.  
Danıştay 11. Dairesi 2011/5443 Esas. 2014/309 Karar sayılı İlamı.,  
Danıştay 11. Dairesi 2013/3728 Esas, 2014/4312 Karar sayılı İlamı.  
Yargıtay 4. Ceza Dairesi, 2013/42196 Esas., 2014/27536 Karar sayılı İlamı.  
Yargıtay 4. Ceza Dairesi, 2014/5293 Esas., 2014/26578 Karar sayılı İlamı.  
Yargıtay 4. Ceza Dairesi, 2012/1830 Esas., 2012/31528 Karar sayılı İlamı.  
Yargıtay 4. Ceza Dairesi, 2014/2558 Esas, 2014/33101 Karar sayılı İlamı.  
Yargıtay 5. Ceza Dairesi, 2015/6465 Esas, 2015/12407 Karar sayılı İlamı,  
Yargıtay 5. Ceza Dairesi, 2013/13881 Esas, 2015/16522 Karar sayılı İlamı,  
Yargıtay 5. Ceza Dairesi, 2013/13740 Esas, 2015/16500 Karar sayılı İlamı,  
Yargıtay 5. Ceza Dairesi, 2013/13654 Esas, 2015/16356 Karar sayılı İlamı,  
Yargıtay 5. Ceza Dairesi, 2013/12869 Esas, 2015/15924 Karar sayılı İlamı,  
Yargıtay 5. Ceza Dairesi, 2013/12889 Esas, 2015/15608 Karar sayılı İlamı,  
Yargıtay 5. Ceza Dairesi, 2013/13025 Esas, 2015/15598 Karar sayılı İlamı,  
Yargıtay 5. Ceza Dairesi, 2013/13740 Esas., 2015/16500 Karar sayılı İlamı  
Yargıtay 5. Ceza Dairesi, 2013/11726 Esas., 2015/15042 Karar sayılı İlamı.  
Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, 2014/34679 Esas., 2014/37998 Karar sayılı İlamı.  
Yargıtay 10. Hukuk Dairesi, 2011/2500 Esas., 2012/9052 Karar sayılı İlamı.  
Yargıtay Ceza Genel Kurulu, 2014/655 Esas., 2015/152 Karar sayılı İlamı.  
Yargıtay Ceza Genel Kurulu, 2014/655 Esas, 2015/152 Karar sayılı İlamı,  
Yargıtay Ceza Genel Kurulu, 2014/655 Esas., 2015/152 Karar sayılı İlamı.  
Yargıtay Ceza Genel Kurulu, 2014/655 Esas., 2015/152 Karar sayılı İlamı.  
Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 2014/566 Esas., 2015/1339 Karar sayılı İlamı.  
Yargıtay Hukuk Genel Kurulu 2014/566 Esas, 2015/1339 Karar sayılı İlamı.  
Yargıtay Hukuk Genel Kurulu 2012/9-1181 Esas. 2012/1183 Karar sayılı İlamı.

### Web Kaynakları

<http://evds.tcmb.gov.tr> (<http://evds.tcmb.gov.tr/cgi-bin/famecgj>).

# HAKLI BEKLENTİLERİN KORUNMASI İLKESİNE YÖNELİK TÜRK VE İNGİLİZ İDARE HUKUKU YAKLAŞIMI ÜZERİNE KARŞILAŞTIRMALI BİR ANALİZ

## A COMPARATIVE ANALYSIS OF TURKISH AND ENGLISH ADMINISTRATIVE LAW APPROACH TOWARDS THE PRINCIPLE OF THE PROTECTION OF LEGITIMATE EXPECTATIONS

Engin SAYGIN\*

**Özet:** Haklı beklentilerin korunması hem Anglo-Sakson hukuk sistemine sahip İngiltere’de hem de Kıta Avrupası hukuk sistemine sahip ülkemizde içtihat hukuku kaynaklı bir ilkedir. Haklı beklenti (*legitimate expectation*) kavramına ilk kez İngiltere’de Lord Denning tarafından 1969 tarihli *Schmidt v. Secretary of State for Home Affairs* kararında yer verilmiştir. Diğer Kıta Avrupası ülkelerinde olduğu gibi ülkemizde de haklı beklentilerin korunması ilkesi müstakil bir kurum olmayı başaramamış, daha ziyade kazanılmış hak, hukuki güvenlik ve belirlilik kavramları ile birlikte değerlendirilmiştir. Bu çalışmada, haklı beklenti kavramının kaynağı, içeriği, haklı beklentilerin korunmasının şartları ile korunma şekilleri konuları Türk ve İngiliz idare hukuku öğretisi ve mahkeme kararları ışığı altında karşılaştırmalı olarak ele alınacaktır.

**Anahtar Kelimeler:** Haklı Beklentilerin Korunması İlkesi, Türk İdare Hukuku, İngiliz İdare Hukuku, İchtihat

**Abstract:** The protection of legitimate expectations is a principle of case law both in common law countries such as England and in civil law countries such as Turkey. The term “legitimate expectation” was first used by Lord Denning in 1969 in the case of *Schmidt v. Secretary of State for Home Affairs*. Therefore this case is often cited as the origin of “legitimate expectation” in England. The concept of legitimate expectation could not become an independent subject and it has been assessed together with the concepts of vested rights, legal security and certainty in Turkey like in other civil law countries. In this article, the origin, content, conditions of protection and manner of protection of legitimate expectations will be analysed in a comparative way in light of Turkish and English administrative law and the decisions of Turkish and English courts.

**Keywords:** The Principle of the Protection of Legitimate Expectations, Turkish Administrative Law, English Administrative Law, Case Law

\* Yrd. Doç. Dr., Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi İdare Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

## Giriş

İdarenin tabi olduğu hukuk kurallarına göre hukuk sistemleri, adli idare sistemi (Anglo-Amerikan Sistem) ve idari rejim (Kıta Avrupası Sistemi) olarak ikiye ayrılmaktadır. Ülkemiz idari rejim sistemini benimsemiş ve Fransız idare hukuku öğretisi ile Fransız idari yargısından ağırlıklı olarak etkilenmiştir. Bu nedenle Fransız idare hukuku ve yargısındaki güncel gelişmeler ülkemiz tarafından yakinen takip edilmektedir. İdare hukuku sistemlerinin bir diğer türü olan adli idare sistemindeki gelişmelerin ülkemizde bu kadar ilgi gördüğü söylenemez. Bu durumun iki temel sebebi bulunmaktadır. Anglo-Sakson hukuk sistemine sahip ülkelerde idari teşkilata ve bu teşkilatın yürüttüğü idari faaliyetlere uygulanan bir hukuk bulunmasına rağmen bu hukukun, “idare hukuku” değil, “idarenin hukuku” olduğu düşüncesi<sup>1</sup> bu durumun birinci sebebi olarak kabul edilebilir. Ayrıca Anglo-Sakson hukuk sistemine sahip ülkelerde idarenin kuruluş, işleyiş, araç ve gereçlerini düzenleyen hukukun idari yargıyı içermediği düşüncesi de<sup>2</sup> bu ülkelerdeki idare hukuku meselelerine karşı mesafeli duruşun bir diğer nedeni olabilmektedir. Adli idare sistemi-idari rejim ayrımının kesin bir biçimde farklılaştığına dair böyle bir düşünce her zaman ve her konuda gerçeği yansıtmayabilmektedir<sup>3</sup> çünkü idare hukuku kurumlarından bazılarının İngiliz hukuk sisteminde daha köklü tartışmalara ve daha kapsamlı yargı kararlarına konu olduğu görülebilmektedir. Bu örneklerden birisi haklı beklentilerin korunması ilkesidir.

Anglo-Sakson hukuk sistemine sahip ve adli idare sistemini benimsemiş İngiltere ile Kıta Avrupası hukuk sistemine sahip ve idari rejimi benimsemiş ülkemiz arasında karşılaştırmalı bir analizin mümkün olup olmadığı haklı olarak sorgulanabilir. En azından haklı beklentilerin korunması ilkesi bağlamında böyle bir analizin mümkün olduğu yönündedir. Şöyle ki: Anglo-Sakson hukuk sisteminin en önemli özelliği içtihadî nitelikte olması, bir başka ifade ile hukukun asli kaynakları arasında içtihadın da yer almasıdır. Bu nedenle haklı beklentilerin korunması ilkesinin İngiltere’de mahkeme kararları ile

<sup>1</sup> Ramazan Çağlayan, İdare Hukuku Dersleri, Ankara, Adalet, 2013, s. 9.

<sup>2</sup> Yahya Kazım Zabunoğlu, İdare Hukuku Cilt 2, Ankara, Yetkin, 2012, s. 102.

<sup>3</sup> Engin Saygın, “Adli İdare Sistemi-İdari Rejim Ayrımı ve Uyuşmazlık Mahkemesinin İdari Rejimde Yeri”, Ulusal Uyuşmazlık Yargısı Sempozyumu, Uyuşmazlık Mahkemesi, Ankara, 2016, s. 91.

ortaya çıkması ve gelişmesi son derece doğaldır. Kıta Avrupası hukuk sisteminde içtihat hukukun ancak yardımcı kaynağı olmasına rağmen bu sistemde idare hukukunun en temel özelliklerinden biri içtihadı dayalı bir hukuk dalı olmasıdır. Haklı beklentinin korunması ilkesi de ülkemizde idari yargının içtihatları ile ortaya çıkmış ve gelişmiştir. Bu ortak özellik, iki farklı idare hukuku sistemini benimsemiş İngiltere ve ülkemiz açısından mahkeme kararları ışığında karşılaştırmalı bir analiz yapabilmeyi mümkün kılmaktadır. Hem öğreti hem de mahkeme kararları dikkatle incelendiğinde, haklı beklenti kavramı ülkemizde ve İngiltere’de dört temel açıdan incelendiği görülmektedir.<sup>4</sup> Bunlar;

- a) Kaynak: Haklı beklentilere ne yol açmaktadır?
- b) İçerik: Haklı beklentiler neyi içermektedir?
- c) Haklı beklentinin korunma şartları: Hangi şartlar altında haklı beklentiler korunmaktadır?
- d) Koruma şekli: Haklı beklentiler ne şekilde korunmaktadır?

Bu çalışma haklı beklentilerin korunması ilkesini bu dört temel mesele üzerinden (kaynak, içerik, korunma şartları ve korunma şekli) Türk ve İngiliz idare hukuku öğretisi ile Türk ve İngiliz mahkeme kararları ışığı altında karşılaştırmalı bir metot ile açıklamayı amaçlamaktadır. İlk bölümde haklı beklenti kavramının anlamı, doğuşu ve gelişimi ele alınacaktır. İkinci bölümde İngiliz yargısının haklı beklenti kavramına yaklaşımı ele alınacaktır. Bu bölümde hangi durumlarda hangi beklentinin ortaya çıkabileceği somut dava örnekleri üzerinden gösterilmek suretiyle haklı beklentinin kaynağı ve korunma şartları açıklanacaktır. Üçüncü bölümde Türk idari yargısının haklı beklenti kavramına yaklaşımı, örnek Danıştay kararlarına yer verilerek suretiyle ele alınacaktır. Son bölümde Türk ve İngiliz yargı kararlarında haklı beklentilerin korunması ilkesinin kaynağı, içeriği, korunma şartları ve koruma şekilleri arasındaki temel farklar vurgulanacaktır.

## 1. Haklı Beklenti Kavramının Anlamı, Doğuşu ve Gelişimi

“It all depends on whether he has some right or interest or I would add, some legitimate expectation, of which it would not be fair to dep-

<sup>4</sup> Farrah Ahmed & Adam Perry, “The Coherence of The Doctrine of Legitimate Expectations”, *Cambridge Law Journal*, Cambridge, Mart 2014, Cilt 73, Sayı 1, s. 63.

rive him without hearing what he has to say. (Her şey (davacı) öğrencinin bazı hak veya menfaate ya da (benim eklediğim) bazı haklı beklentilere sahip olup olmamasına bağlıdır ki (öğrencinin) savunmasını almadan (onu) vize uzatımından mahrum bırakmak adil olmazdı.)”

### Lord Denning

İngilizce “*legitimate expectation*” kavramı, Türk idare hukuku öğretisinde haklı beklenti olarak Türkçeye çevrilmiştir.<sup>5</sup> Türk Dil Kurumu, “haklı” kavramını “hukuka uygun, doğru, yerinde” şeklinde tanımlarken; “beklenti” kavramını “bireyin belli şart ve durumların alacağı biçimler veya kendisinden beklenenler konusundaki öngörüsü” olarak tanımlamaktadır.<sup>6</sup> İngilizce “*legitimate*” kavramı ise *Cambridge International Dictionary of English* tarafından “hukuka uygun olarak kabul edilebilir ya da haklı ve makul (*allowable according to law or reasonable and acceptable*)” olarak tanımlanırken; “*expect*” kavramı “bir şeyin gerçekleşeceğine olan inanç ve güven (*to think or believe something will happen*)” olarak tanımlanmaktadır.<sup>7</sup> Görüldüğü üzere, her iki dilde de beklentiye haklı gösteren şey sadece yasal düzenlemeler değildir; aynı zamanda makul, kabul edilebilir doğrulardır ve haklı beklenti kavramı her iki dilde de benzer durumları ifade etmek üzere kullanılmaktadır.

İdare hukuku bağlamında haklı beklenti kavramı, bireyin idarenin işleyişinden kaynaklanan beklentisinin korunacağına olan güveni ile idarenin değişen politikaları takip etme ihtiyacı arasındaki çatışmayı çözmeyi amaçlayan bir kurumu tanımlamaktadır.<sup>8</sup> Beklentilerin

<sup>5</sup> C.F. Forsyth’un 1988 yılında *Cambridge Law Journal*’da (Cilt: 46, Sayı: 2, s.238-260) yayınlanan “The Provenance and Protection of Legitimate Expectations” adlı makalesi, Esin Örucü tarafından “Haklı Beklentilerin Doğuşu ve Korunması” olarak Türkçeye çevrilmiş ve *İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi*’nde (Cilt: 7, sayı: 1-3, ss. 121-139). Aynı şekilde Yücel Oğurlu’nun 2003 yılında bu konuda yazmış olduğu kitabın başlığı “İdare Hukukunda Kazanılmış Haklara Saygı ve Haklı Beklenti Sorunu”dur.

<sup>6</sup> <http://www.tdk.gov.tr>, erişim tarihi: 08.06.2016.

<sup>7</sup> *Cambridge International Dictionary of Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 1999.

<sup>8</sup> William Wade & Christopher Forsyth, *Administrative Law*, Oxford University Press, Oxford, 2009, s. 446-457; Michael Allen & Brian Thompson, *Cases and Materials on Constitutional and Administrative Law*, Oxford University Press, Oxford, 2008, s. 601-618.

korunacağına dair güven ile değişen politikaları takip etme ihtiyacı arasındaki çatışmaya ilk kez 1969 tarihli *Schmidt v. Secretary of State for Home Affairs* kararında vurgu yapılmıştır ve bu nedenle haklı beklentilerin korunması ilkesinin kaynağı olarak bu karar gösterilmektedir. Bu kararda, Lord Denning, kendisinin herhangi bir kaynaktan esinlenmediğini de belirtmek suretiyle, haklı beklentinin önemine çok sık atıf yapılan şu ifadesinde yer vermiştir: “Her şey (davacı) öğrencinin bazı hak veya menfaate ya da (benim eklediğim) bazı haklı beklentilere sahip olup olmamasına bağlıdır ki (öğrencinin) savunmasını almadan (onu) vize uzatılmadan mahrum bırakmak adil olmazdı.”<sup>9</sup>

Bu dava vize süresinin uzatılması talebinin reddedilmesi ile ilgilidir. Birleşik Krallık'ta öğrenci olan *Schmidt*, vize süresinin uzatılması için müracaat etmiş ancak bu müracaatı reddedilmiştir. *Schmidt*'in vizenin uzatılması suretiyle Birleşik Krallık'ta kalma hakkı bulunmasa ve bu konuda herhangi bir haklı beklentisi olmasa dahi kendisinin savunması alınmadan böyle bir kararın verilmesinin adil olmayacağı Lord Denning tarafından vurgulanmıştır. Hiç şüphesiz, somut olayda *Schmidt*'in bir haklı beklentisi var ise bu beklenti, kendisine verilen vize süresi kadar Birleşik Krallık'ta kalacağına ilişkin olduğunun not edilmesi önem arz etmektedir. *Schmidt* kararından sonra haklı beklenti kavramı İngiliz hukukunda kapsamlı çalışmalara konu olmakla birlikte<sup>10</sup> bu ilkenin kapsamı, dayanağı ve özellikle savunma hakkından farkı tam olarak ortaya konulmamıştır.<sup>11</sup>

Ülkemizde haklı beklenti kavramına ilk kez 1986 yılında bir çeviride yer verilmiştir. Bu çeviride, Esin Örucü, C.F. Forsyth'un “*The Provenance and Protection of Legitimate Expectations*” isimli makalesini Türkçeye “Haklı Beklentilerin Doğuşu ve Korunması” olarak kazandırmıştır. Ancak bu tarihten itibaren haklı beklentilerin korunması ilkesinin hem Türk idare hukuku öğretisinde hem de idari yargı

<sup>9</sup> Schmidt v. Secretary of State for Home Affairs [1969] 2 Ch 149, para. 170, aktaran Timothy Endicott, *Administrative Law*, Oxford University Press, Oxford, 2015, s. 138.

<sup>10</sup> C.F. Forsyth, “The Provenance and Protection of Legitimate Expectations”, *Cambridge Law Journal*, Cambridge, 1988, Cilt 46, Sayı 2, s. 238-260. Paul Craig, “Legitimate Expectations: A Conceptual Analysis”, *Law Quarterly Review*, 1992, Sayı 108, s. 79.

<sup>11</sup> De Smith, S. A. vd, *Judicial Review of Administrative Action*, Sweet & Maxwell, London, 1995, s.610.

kararlarında tanınmış müstakil bir kurum olabilmeyi başaramadığı söylenebilmektedir. Türk idare hukuku öğretisinde haklı beklenti kavramı daha ziyade kazanılmış hak kavramı ile ilintilenmek suretiyle hukuk devleti ilkesi bağlamında değerlendirilmektedir.<sup>12</sup> Kazanılmış hak kavramı haklı beklenti kavramına göre daha net bir biçimde tanımlanmıştır: *“Doğumu anında hukuka uygun olarak tamamlanmış ve böylece kişiye özgü lehte sonuçlar doğurmuş, daha sonra mevzuat değişikliği ya da işlemin geri alınması gibi nedenlere rağmen hukuk düzenince korunması gereken haktır”*.<sup>13</sup>

Yüksek yargı organları da kazanılmış hakkı net bir biçimde tanımlamışlardır. Örneğin Danıştay’a göre *“Eski kanun yürürlükte iken kesin bir surette kazanılan yani hukukça korunmakta bulunan ve bir iddia haline gelen haklar”*<sup>14</sup> kazanılmış hak olarak tanımlanırken Anayasa Mahkemesi’ne göre *“özel hukuk ve kamu hukuku alanlarında genel olarak, bir hak sağlamaya elverişli nesnel yasa kurallarının bireylere uygulanması ile onlar için doğan öznel hakkın korunmasıdır. Kazanılmış bir haktan söz edilebilmesi için bu hakkın, yeni yasadan önce yürürlükte olan kurallara göre bütün sonuçlarıyla fiilen elde edilmiş olması gerekir. Kazanılmış hak, kişinin bulunduğu statüden doğan, kendisi yönünden kesinleşmiş ve kişisel niteliğe dönüşmüş haktır.”*<sup>15</sup>

Oğurlu’nun kazanılmış hak ve haklı beklentileri konu alan çalışmasının başlığında da ifade edildiği üzere, Türk idare hukuku açısından sorun kazanılmış hakkı tanımlama ve tespit etme değildir. Asıl sorun haklı beklentiyi tanımlayabilmek ve somut bir davada haklı beklentinin korunup korunamayacağını tespit edebilmektir. Haklı beklentinin tespitindeki bu sorun, uygulamada pek çok davayı haklı beklenti niteliğinde olsa bile kazanılmış hak iddiasıyla yargı organlarının önüne gelmesine neden olmaktadır.<sup>16</sup> Kazanılmış haklar hukuki güvenlik gereği bireyler lehine çok sıkı ve çoğu zaman mutlak bir koruma öngörmektedir.<sup>17</sup> Buna karşın haklı beklentiler, diğer bir ifa-

<sup>12</sup> Yücel Oğurlu, İdare Hukukunda Kazanılmış Haklara Saygı ve Haklı Beklenti Sorunu, Seçkin, Ankara, 2003.

<sup>13</sup> Yücel Oğurlu, İdare Hukukunda Kazanılmış Haklara Saygı ve Haklı Beklenti Sorunu, Seçkin, Ankara, 2003, s. 28.

<sup>14</sup> Danıştay 1. Dairesi, 13.07.1992, E. 1992/224- K. 1992/238.

<sup>15</sup> Anayasa Mahkemesi, 07.02.2008, E. 2005/38- K. 2008/53.

<sup>16</sup> Çiğdem Sever, Danıştay Kararları Işığında İdare Hukukunda Kazanılmış Haklar, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 2006, s. 51.

<sup>17</sup> Hasan Tuna Göksu, “6494 Sayılı Kanun İle Yargıtay ve Danıştay Üyeliği İçin Geti-



deyle “yürürlükteki düzenlemeler ışığında idare ve hukuka duyulan güven gereğince belli bir süre sonra elde edileceğine inanılan haklar” kategorisinde ise de güvence kazanılmış haklarda olduğu kadar güçlü değildir ve kural olarak bu alanda kamu otoritelerinin takdir yetkisi söz konusudur.<sup>18</sup> Haklı beklentilerin korunması ilkesi gereğince; idari organlarca belirli çıkarlardan yoksun bırakılan kişilerin haklı beklentilerinin korunması ya da en azından kamu politikalarındaki değişiklik karşısında hukuki belirlilik gereğince bu durumu öngörebilmeleri adına bireylerin muhtemel kazanımlarının güvenceye kavuşturulması gerekmektedir.<sup>19</sup>

Sonuç olarak hem ülkemizde hem de İngiltere’de haklı beklenti kavramı, kamu otoritelerinin yönetilenlerle ilgili yaptığı işlemlerle veya istikrar kazanmış uygulamalarla bu kişileri haklı bir beklenti içine sokmuşsa ve söz konusu haklı beklenti hukuk sınırları içerisinde ise bu durumun korunması gerekmektedir.<sup>20</sup>

## 2. Haklı Beklenti Kavramına İngiliz Yargısının Yaklaşımı

Yukarıda haklı beklenti kavramına ilk kez 1969 tarihli *Schmidt v. Secretary of State for Home Affairs* kararında yer verildiği not edilmişti. Ancak haklı beklentilerin korunması ilkesinin İngiliz hukuk sisteminde gelişimi Avrupa Birliği kurumlarının bu kavramı daha sık kullanmalarının etkisi ile 1990’lardan sonra olmuştur.<sup>21</sup>

İngiliz idare hukukunda haklı beklentilerin korunması ilkesi ile ilgili ilk sorun, haklı beklentinin kaynağını tespit edebilmektir. Schönberg dört farklı durumda haklı beklentinin ortaya çıkabileceğini ifade etmektedir.<sup>22</sup> Schönberg’e göre ilk olarak, bir kamu idaresinin

rilen 20 Yıl Hizmet Şartının Anayasa’ya Uygunluğu”, *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi*, Ankara, 2103, Sayı 3, s.167.

<sup>18</sup> Hasan Tuna Göksu, “6494 Sayılı Kanun İle Yargıtay ve Danıştay Üyeliği İçin Getirilen 20 Yıl Hizmet Şartının Anayasa’ya Uygunluğu”, *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi*, Ankara, 2103, Sayı 3, s.167.

<sup>19</sup> Yücel Oğurlu, *İdare Hukukunda Kazanılmış Haklara Saygı ve Haklı Beklenti Sorunu*, Seçkin, Ankara, 2003, s. 227-230.

<sup>20</sup> Ender Ethem Atay, *İdare Hukuku*, Turhan Kitabevi, Ankara 2012, s.125.

<sup>21</sup> Robert Thomas, *Legitimate Expectations and Proportionality in Administrative Law*, Hart Publishing, Oxford, 2000, s. 49.

<sup>22</sup> Soren Schönberg, *Legitimate Expectation in Administrative Law*, Oxford University Press, New York 2000, s. 8-9.

bir kişi ya da belli bir grup hakkında karar alması ve ardından alınan bu kararı iptal etmesi durumunda haklı beklenti ortaya çıkabilmektedir. İkinci durumda, bir kamu idaresi açık veya zımni olarak belli bir kişi veya grup hakkında belli bir usulü ya da ilkeyi takip edeceğini ifade etmesine rağmen sonradan bu taahhüdünden farklı bir şekilde hareket etmesi halinde haklı beklenti ortaya çıkabilmektedir. Üçüncü durumda, bir kamu idaresi belli kararlarla ilgili olarak izlenecek usul ve ilkeyle ilgili genel bir taahhütte bulunmuş ve sonrasında somut bir olayda bu usul ve ilkeden ayrılmış, bir başka ifade ile somut olayda bu usul ve ilkeyi uygulamamıştır. İkinci ve üçüncü durum arasındaki temel fark, ilkinde izlenecek usul veya verilen taahhütten genel olarak bir vazgeçme söz konudur, diğerinde ise izlenecek usul ve verilen taahhütten vazgeçme söz konusu değildir ancak somut olayda bu usul ve taahhüt uygulanmamıştır. Son olarak, bir kamu idaresinin daha önceki genel bir taahhüdünden yeni bir karar alıncaya kadar geçen zaman içerisinde ortaya çıkan yeni bir yasal düzenleme ya da düzenleyici işlem sebebiyle ayrılması durumu söz konusu olabilmektedir. Schönberg'in bu son durum ile ifade etmek istediği husus, bireylerin yeni bir yasal düzenlemeye ya da düzenleyici işleme tabi tutuldukları şeklinde yorumlanabilmektedir.

İngiliz idare hukuku açısından haklı beklentinin kaynağı gösteren bu dört durumun tamamının, Türk idare hukuku açısından her zaman geçerli olduğu söylenemez. Şöyle ki Schönberg'in haklı beklentinin ortaya çıkacağı ilk durum olarak ifade ettiği (bir kamu idaresinin bir kişi ya da belli bir grup hakkında karar alması ve ardından bu kararı iptal etmesi) durumda Türk idare hukuku açısından haklı beklentinin ortaya çıkabilmesi mümkün değildir. Yukarıda Oğurlu tarafından da ifade edildiği üzere, *"doğumu anında hukuka uygun olarak tamamlanmış ve böylece kişiye özgü lehte sonuçlar doğurmuş, daha sonra (...) işlemin geri alınması gibi nedenlere rağmen hukuk düzenince korunması gereken hak"* haklı beklentiye değil kazanılmış hakkı gündeme getirmektedir. Schönberg'in haklı beklentinin ortaya çıkacağı üçüncü durum (bir kamu idaresi belli kararlarla ilgili olarak izlenecek usul ve ilkeyle ilgili genel bir taahhütte bulunmuş ve sonrasında somut bir olayda bu usul ve taahhütten ayrılmıştır), Türk idare hukuku açısından haklı beklentilerin korunması ilkesinden daha ziyade eşitlik ilkesi gündeme getirmektedir. Schönberg'in son durumu (yeni bir yasal düzenlemeye ya

da düzenleyici işleme tabi tutulma hali) ise Türk idare hukukunun statüsel nitelikte olması karşısında tartışmaya açıktır. Aşağıda Türk idari yargı kararlarında da görüleceği üzere, özellikle memur statüsünde bulunan kimseler açısından bu statünün hak ve yükümlülüklerinin tek yanlı olarak idare tarafından belirleniyor olması halinde haklı beklentinin varlığı konusu tartışmalı hale gelmektedir. Ayrıca ülkemizde “yasa veya düzenleyici işlem değişiklikleri yapılırken genellikle ‘kazanılmış hakların korunması’ başlığını taşıyan geçiş hükümlerinde aslında kazanılmış hakların değil, haklı beklentilerin korunuyor olması”<sup>23</sup> söz konusu olsa da haklı beklenti ile kazanılmış hak kavramları her şeyden önce sağladıkları güvence açısından birbirinden farklıdır ve bu nedenle iki ayrı kategori olarak ele alınmalıdır.<sup>24</sup>

Sonuç olarak, hem İngiliz idare hukuku hem de Türk idare hukuku açısından haklı beklentinin ortak kaynağı, Schönberg’in ikinci durum olarak nitelemiş olduğu idari makamların taahhütleri ile yerleşik uygulamalarıdır.<sup>25</sup>

İngiliz hukukunda idari makamların vermiş oldukları taahhüdün haklı beklentiye yol açabileceğine ilişkin en önemli dava *R v Secretary of State for the Home Department, ex p Asif Mahmood Khan* davasıdır.<sup>26</sup> Bu davada başvuru ve eşi, Pakistan’da yaşayan akrabalarının bir çocuğunu evlat edinmek istemişlerdir. Evlat edinmek istenen çocuğun Birleşik Krallığa girebilmesi için vize başvurusu İslamabad’da yapılmıştır. Her ne kadar göçmen kontrolüne tabi yabancı bir çocuğun evlat edinme sebebiyle Birleşik Krallığa girişine izin verilmemiş olsa da, İçişleri Bakanlığı Genelgesi Devlet Bakanlığı’nun belli kıstasların taşınması şartıyla böyle bir izni verebileceğini düzenlemektedir. Bu kriterler, evlat edinmenin gerçek olması, sadece ülkeye giriş amacına hizmet etmemesi, çocuğun sosyal güvenliğinin garanti altına alınma-

<sup>23</sup> Çiğdem Sever, Danıştay Kararları Işığında İdare Hukukunda Kazanılmış Haklar, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 2006, s. 51.

<sup>24</sup> Hasan Tuna Göksu, “6494 sayılı Kanun İle Yargıtay ve Danıştay Üyeliği İçin Getirilen 20 Yıl Hizmet Şartının Anayasa’ya Uygunluğu”, *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi*, Ankara, 2103, S. 3, s. 166.

<sup>25</sup> Judicial Review: A Short Guide to Claims in the Administrative Court, Research Paper 06/44, [www.parliament.uk/briefing-papers/RP06-44.pdf](http://www.parliament.uk/briefing-papers/RP06-44.pdf), erişim tarihi: 14.05.2016.

<sup>26</sup> *R v Secretary of State for the Home Department, ex p Asif Mahmood Khan* [1984] 1 WLR 1337.

sı, mahkeme evlat edinme hakkını tanınmasının olası olması ve evlat edinen kimsenin Birleşik Krallık'ta ikamet ediyor olmasıdır.<sup>27</sup> Genelge ayrıca evlat edinecek kimselerin uyması gereken usuli kuralları da düzenlemiştir. Bu usul, yurtdışında giriş izni verecek bir yetkiliden giriş izninin alınmasıdır. Bu yetkili hem çocuğun hem de çocuğun ailesinin evlat edinme isteği hakkında ikna olmalıdır.

Bahsedilen tüm kıstaslar somut olayda taşınmasına rağmen İçişleri Bakanlığı giriş iznini reddetmiştir. Bu reddin temel gerekçesi, ciddi ve inandırıcı bir ailenin olmaması ve diğer sebepler olarak gösterilmiştir. Bu reddin aslında temel gerekçesi giriş izni vermeye yetkili makamın İçişleri Bakanlığına sunmuş olduğu raporda, çocuğun doğal annesinin yanında iyi şartlar altında yaşadığı gerçeğini tespit etmiş olmasıdır.<sup>28</sup> Mahkeme şu şekilde karar vermiştir:

“Genelgede Devlet Bakanlığının takdir yetkisinin kullanımında doğal ailenin muhtemel evlatlığın bakımında yetersiz kalmasının arandığına ya da bu bakımı yapabilmek için yapılmadıklarının ilgili olduğuna dair herhangi bir hususa yer verilmemiştir. Genelgenin bütününe bakıldığında; başvurunun gerçek olması, çocuğun sosyal güvencesinin garanti altına alınması, mahkemenin evlatlık işlemini onamasının muhtemel olması ve ailenin gerçek arzusunun bulunması gibi şartlarının varlığı halinde çocuğun girişine izin verilmesi ve çocukla ilgili son kararın mahkemeye bırakılması gerektiği anlaşılmaktadır. Bu olayda, başvurunun İçişleri Bakanlığının şartlarını taşıması nedeniyle haklı bir beklentisinin olması, Genelgede aranan kıstasların yerine getirildiği, böyle bir haklı beklentinin başvurucuya Devlet Bakanlığının usuli kurallara uymaması sebebiyle Bakanlığın bu karara karşı başvuru hakkı tanıdığı şeklinde değerlendirilmiştir.”<sup>29</sup>

İngiliz hukukunda yerleşik idari uygulamaların haklı beklentiye yol açabileceğine ilişkin en önemli örnek dava ise GCHQ (*Government Communications Headquarters*) davasıdır.<sup>30</sup> Bu davanın konusu,

<sup>27</sup> Martina Kühncke, *Tradition and Change in Administrative Law: An Anglo-German Comparison*, Springer, Berlin, 2009, s. 106.

<sup>28</sup> Peter Leyland & Gordon Anthony, *Administrative Law*, Oxford University Press, Oxford, 2016, s. 301-302.

<sup>29</sup> Martina Kühncke, *Tradition and Change in Administrative Law: An Anglo-German Comparison*, Springer, Berlin, 2009, s. 106.

<sup>30</sup> *Council of Civil Service Unions v Minister for the Civil Service* [1985] AC 374.

İngiltere'yi siber saldırı ve tehlikelere karşı korumakla görevli güvenlik ve istihbarat kurumu olan GCHQ çalışanlarının herhangi bir sendikaya üye olmaları güvenlik gerekçesi ile yasaklanmasıdır. Başbakan tarafından alınan bu yasaklama kararının yargısal denetiminde o ana kadar bu tür kararların hep ilgili kişi ve kurumlara danışılmak suretiyle alınmasına rağmen, bu kararın danışılmaksızın alınmasının adil ve hukuka uygun olmayacağına karar verilmiştir.<sup>31</sup>

Schönberg'in haklı beklentilerin ortaya çıktığı dört durumla ilgi tespiti aslında İngiliz ve Türk yargı kararlarında, haklı beklentinin tespiti için farklı ayrımlar üzerinden değerlendirme yapıldığını göstermektedir. Şöyle ki İngiliz yargısı herhangi bir somut olayda usuli-maddi haklı beklentiden hangisinin olduğunu tespit etmekte ve uyumsuzluğu bu tespite göre çözmekte iken Türk idari yargısı kazanılmış hak-haklı beklenti ayrımını kullanmak suretiyle uyumsuzluğu çözmeyi tercih etmektedir. Craig'e göre, haklı beklenti kavramı doğal adalet ve hakkaniyet bağlamında kullanılmakla daha çok usuli koruma verecek şekilde ele alınmıştır.<sup>32</sup> Ancak hem usuli hem de maddi haklı beklentiye ilgilendiren dava sayısındaki artış, İngiliz idare hukukunda haklı beklenti kavramını şekillendirmiştir.<sup>33</sup> Usuli haklı beklenti kavramı, "*başvurucunun kamu idaresinin davranışının bir sonucu olarak ortaya çıkan beklenti sebebiyle sahip olduğu hak*" şeklinde tanımlanmaktadır.<sup>34</sup> Bir baş-

<sup>31</sup> İngiliz idare hukukunun terminolojisinin oldukça karmaşık olduğu ve benzer kavramlar için farklı kelimeler kullanıldığı not edilmelidir. Bu terminoloji karmaşıklığına dair örneklerden birisi olarak judicial review (yargısal gözden geçirme ya da yargısal denetim) ve statutory appeal (yasal temyiz) kavramları gösterilebilir. Yasal temyiz hakkının amacı certiorari (iptal emri) ile denetim yapılamayacak durumlarda tribunalin veya karar alan makamın kararını yeniden gözden geçirmesine imkan vermektir (Bkz. Carol Harlow & Richard Rawlings, *Law and Administration*, Cambridge University Press, Cambridge, 2009, s. 510). Bu hakkın tanındığı durumlarda, bu yolun kullanılması zorunlu olup, doğrudan yargısal denetim yoluna müracaat edilemez (Bkz. Carol Harlow & Richard Rawlings, *Law and Administration*, Cambridge University Press, Cambridge, 2009, s. 456). Yargısal denetimin en önemli özelliği, mahkemeler idari işlemlerin hukuka uygunluğunu denetler iken, varılan sonuçtan ziyade kararın verilmiş biçimini dikkate almaktadırlar.

<sup>32</sup> Paul Craig, "Legitimate Expectations: A Conceptual Analysis", *Law Quarterly Review*, 1992, Sayı 108 (JAN), s. 2.

<sup>33</sup> Martina Künnecke, *Tradition and Change in Administrative Law: An Anglo-German Comparison*, Springer, Berlin, 2009, s. 105. Paul Craig, "Substantive Legitimate Expectation After Coughlan", *Public Law*, 2000, s. 684; Christopher Forsyth, "Wednesbury Protection of Legitimate Expectation", *Public Law*, 1997, s. 375.

<sup>34</sup> Paul Craig, *Administrative Law*, Sweet & Maxwell, London, 1999, s. 611.

ka deyişle usuli haklı beklenti, icrai nitelikteki karar alımından önce uygulanan usulden kaynaklanan haklı beklentiye idari makamın uygun davranmasını ifade etmektedir.<sup>35</sup> Bu anlamda usuli haklı beklenti, karar alınmadan önce ilgisine savunma hakkı, danışma, bildiri veya diğer uygun usuller tanınmasını ifade etmektedir.<sup>36</sup>

Maddi haklı beklenti ise “bir sosyal yardım veya ruhsat gibi başvurucunun korumaya çalıştığı özel bir menfaat durumunu” ifade etmektedir.<sup>37</sup> Maddi haklı beklenti için en önemli husus, daha açık ve kesin bir iddiadan kaynaklanmaktadır.<sup>38</sup> Maddi haklı beklentileri göstermenin diğer bir yolu da uzun bir süredir var olan düzenli uygulamaların varlığıdır.<sup>39</sup> Maddi haklı beklenti kavramı *R v North and East Devon Health Authority, ex p Coughlan* kararında teyit edilmiştir.<sup>40</sup> Bayan Coughlan 1971 yılında trafik kazası geçirmiş ve bu kaza neticesinde fiziksel engelli kalmıştır. 1993 yılında başvurucu fizik tedavisinin yapılacağı yeni bir merkeze taşınmış ve sağlık otoritesi tarafından bu merkezin onun ömrünün geri kalanında bakım göreceği yer olacağı sözü verilmiştir. Buna rağmen 1998 yılında sağlık kurumu bu merkezin kapatılmasına ve hastaların başka bir yere taşınmasına karar vermiştir. Başvurucu bu karara diğer argümanlarının yanı sıra kendisine verilen söz nedeniyle haklı beklentisinin olduğu gerekçesiyle itiraz etmiştir.<sup>41</sup> Lord Woolf MR, bireyin kamu idaresine karşı haklı beklentiye dayanarak hak aradığı hallerde, mahkemenin rolünü şu şekilde tespit etmiştir.<sup>42</sup>

“En az üç olası sonuç bulunmaktadır: (a) Mahkeme kamu idaresinin daha önceki politika ve taahhütlerini sadece dikkate almasına karar verebilir... (b) Diğer taraftan mahkeme haklı beklentiye taahhüdün veya uygulamanın karar

<sup>35</sup> Ian Steele, “Substantive Legitimate Expectations: Striking The Right Balance?”, *Law Quarterly Review*, 2005, Sayı121(APR), s. 302.

<sup>36</sup> Alicia Elias-Roberts, “A Comparative Analysis of the UK and Commonwealth Caribbean Approach Towards Legitimate Expectation”, *Commonwealth Law Bulletin*, 2013, Cilt 39, Sayı 1, s. 143.

<sup>37</sup> Paul Craig, *Administrative Law*, Sweet & Maxwell, London, 1999, s. 611.

<sup>38</sup> Martina Künnecke, *Tradition and Change in Administrative Law: An Anglo-German Comparison*, Springer, Berlin, 2009, s. 107.

<sup>39</sup> *R v Inland Revenue Commissioners, exp Unilever pic* [1996] STC.

<sup>40</sup> *R v North and East Devon Health Authority, ex p Coughlan* [1999] LGR 703.

<sup>41</sup> Peter Leyland & Gordon Anthony, *Administrative Law*, Oxford University Press, Oxford, 2016, s. 373.

<sup>42</sup> [2001] Q.B. 214, aktaran Neil Parpworh, *Constitutional & Administrative Law*, Oxford University Press, Oxford, 2016, s. 315.



*alınmadan önce ilgisine danışıldığı zamanlarda yol açacağına karar verebilir... (c) Mahkeme hukuka uygun bir taahhüdün veya uygulamanın, sadece usuli değil, maddi bir haklı beklentiye yol açtığına karar verebilir ki, tam da bu davada olduğu gibi, haklı beklentinin karşılanmaması yetkinin kötüye kullanımı olarak değerlendirilebilir.”*

Bu davada mahkeme kişisel menfaat ile kamu menfaati arasındaki dengenin herhangi bir sonucun adil olup olmadığını değerlendirmede hesaba katılması gerektiğine karar vermiştir.<sup>43</sup> Mahkeme, davacıya ömür boyu bu merkezde kalacağına dair verilen garantinin üçüncü olasılıkla (c durumu) ilgili olduğuna ve verilen taahhüde uymamanın adaletsiz olacağı ve sonuçta yetkinin kötüye kullanımı olarak değerlendirileceğine karar vermiştir.

Sonuç olarak maddi haklı beklentinin korunmasının şartı bu beklentilerin aşağıdaki maddi fayda veya avantajlara sahip olmasıdır:<sup>44</sup>

- a) Haklı beklentiye karar alıcı ya taahhütte bulunmak gibi açık bir şekilde ya da geçmiş uygulamaları ile zımni bir şekilde sebep olmalıdır.
- b) Açık taahhüt genele veya belli bir gruba menfaat sağlayacak bir genel beyan şeklinde olabileceği belli bir kişi ya da kişilere özel bir menfaat sağlayan özel bir beyan şeklinde de olabilir.
- c) Genel beyan genelge veya ilkeleri gösteren diğer düzenlemeler gibi çeşitli şekillerde olabilir. Bu genel beyana güvenen kimse bu beyanın uygulanacağı gruptan bir kimse olmalıdır.
- d) Özel beyan ise mektup, güvence verme, vaatte bulunma gibi çeşitli şekillerde olabilir ve şu şartları taşıdığı sürece bağlayıcı bir beyan olarak kabul edilir: Beyan ilgilinin tam (ve gerçekçi ) bir şekilde vermiş olduğu bilgiye dayanarak açıklanmış olmalıdır; Beyan bu beyanı yapmaya yetkili kişi tarafından yapılmış olmalıdır; Beyan belirsizliğe mahal vermeyecek şekilde açık ve ilgili özelliklerden mahrum olmalıdır.

<sup>43</sup> [2001] Q.B. 214 at 246, Neil Parpworth, Constitutional & Administrative Law, Oxford University Press, Oxford, 2016, s. 315.

<sup>44</sup> De Smith, S. A. vd, Judicial Review of Administrative Action, Sweet & Maxwell, London, 1995, s. 571.



İngiliz hukuk sisteminde de varlığı kabul edilen maddi haklı beklenti bazen eleştiri konusu olabilmektedir. Craig'e göre hukuki belirlilik, haklı beklentinin önemli bir parçasıdır ve bireyin belli durumlara göre hareket ettiği andaki beklentisini korumayı amaçlamaktadır.<sup>45</sup> Ancak maddi haklı beklentilerin varlığına dair temel tartışma, hükümet politika tercihlerinin engellenmesinin istenmeyen etkisine sahip olmasıdır.<sup>46</sup> Güçlü hükümetin olduğu yerde, hükümetin politikalarını istediği zaman değiştirme konusunda tam bir takdir hakkına sahip olduğu ileri sürülebilmektedir.<sup>47</sup> Craig hükümet politikalarının engellenmesi ile ilgili herhangi bir tartışmanın bu engellenmenin geçici olduğu gerçeği karşısında oldukça güçlü bir muhalefetle karşılaşacağını not etmektedir.<sup>48</sup>

İngiliz mahkeme kararlarında karşılaşılan diğer bir sorun maddi haklı beklentiler tespit edilseler dahi birey için haklı beklentiden ayrılmanın makul olmadığına ispat edilmesi gerekmektedir.<sup>49</sup> Bu durumda mesele maddi haklı beklentiden ayrılmanın makullüğünün nasıl kontrol edileceğidir?<sup>50</sup> Bu geleneksel *Wednesbury* kontrolü mü olmalıdır yoksa ölçülülük ilkesinin kontrol edildiği yeni bir model mi olmalıdır? *Hamble* ve *Coughlan* kararının her ikisi de adil ve ölçülülük ilkesine dayanan yeni bir kontrole doğru yöneldiğini göstermektedir.<sup>51</sup> Buna göre haklı beklentinin ihlali yetkinin kötüye kullanımını ve bu nedenle hukuka aykırıdır.<sup>52</sup> Bu durumu *Coughlan* kararında Lord Woolf: "*Bizim açımızdan, haklı beklentinin bu türü ile ilgili olarak, Wednesbury kavramlarında modern bir doktrin açıklamamız gerektiğini düşünmüyoruz*" şeklinde ifade etmiştir.<sup>53</sup>

<sup>45</sup> Paul Craig, *Administrative Law*, Sweet & Maxwell, London, 1999, s 617-618.

<sup>46</sup> Martina Kühnecke, *Tradition and Change in Administrative Law: An Anglo-German Comparison*, Springer, Berlin, 2009, s. 107.

<sup>47</sup> Martina Kühnecke, *Tradition and Change in Administrative Law: An Anglo-German Comparison*, Springer, Berlin, 2009, s.107.

<sup>48</sup> Paul Craig, *Administrative Law*, Sweet & Maxwell, London, 1999, s. 617-618.

<sup>49</sup> Martina Kühnecke, *Tradition and Change in Administrative Law: An Anglo-German Comparison*, Springer, Berlin, 2009, s. 108.

<sup>50</sup> Martina Kühnecke, *Tradition and Change in Administrative Law: An Anglo-German Comparison*, Springer, Berlin, 2009, s. 108.

<sup>51</sup> Martina Kühnecke, *Tradition and Change in Administrative Law: An Anglo-German Comparison*, Springer, Berlin, 2009, s. 108.

<sup>52</sup> Martina Kühnecke, *Tradition and Change in Administrative Law: An Anglo-German Comparison*, Springer, Berlin, 2009, s. 108.

<sup>53</sup> R. v. North and East Devon Health Authority, ex parte Coughlan [1999] LGR 703.

İngiliz kamu hukukunda haklı beklentilerin korunması kuralının daha da gelişimi şu hususların daha da netleştirilmesine bağlıdır:<sup>54</sup> haklı beklentiyi öne süren birey tarafından bilinmeyen politikalara dayanma sorunu ve ultra vires temsilieri. *R (Rashid) v Secretary of State for the Home Department* kararında başvuruçunun sözü edilen anda var olduğunu bilmediği politikaya dayanan haklı beklentisi karşımıza çıkmaktadır.<sup>55</sup> Rashid Iraklı bir sığınmacıdır ve yapmış olduğu iltica başvurusu reddedilmiştir. Bu redde karşı yapmış olduğu itiraz, İltica Temyiz Tribunali önünde başarılı olamamıştır. Rashid'in başvurunun reddedilmesinin sebebi, sığınmacı olarak kendisinin güvende olacağı bölgede bu başvuruyu yapabilecek olmasına rağmen yapmamış olmasıdır.<sup>56</sup> Bu davadaki temel mesele davacının İçişleri Bakanlığının sürecin devam ettiği sırada yürürlükte olan iç yer değiştirme ile ilgili politikasından haberdar olmamasıdır. Dolayısıyla "*Hükümetin kontrol ettiği bölgeden Kürt Özerk Bölgesine iç yer değiştirme, mülteci statüsü için yapılan başvurunun reddinde ileri sürülemez. Bunun temel sebebi Kürt yetkililerin daha önce bu bölgede ikamet etmeyenleri altyapı ve kaynak yetersizliği nedeniyle kabul etmemeleridir.*"<sup>57</sup> Temyiz Mahkemesi Devlet Bakanlığının davacının haklı beklentisini ihlal ettiğine karar vermiştir. Bununla birlikte, daha teorik bir aşamada, "*haklı beklentiyi buna benzer davalarda politikaya uygun davranmayı sağlayan bir doktrinel araç olarak kullanmanın akla uygun olduğu*"<sup>58</sup> noktasındaki tartışmadır. Tutarlılık ilkesinin<sup>59</sup> adalete ulaşmak için daha uygun bir yol olduğu önerilmektedir.<sup>60</sup> Bu durum "*idari makamların aynı, kendinden menkul kuralları politika yürürlükte kaldığı sürece benzer durumlara uygulamayı keyfi olarak reddedememesi düşüncesi*"<sup>61</sup> olarak tanımlanmaktadır.

<sup>54</sup> Martina Künncke, *Tradition and Change in Administrative Law: An Anglo-German Comparison*, Springer, Berlin, 2009, s. 108.

<sup>55</sup> *R (Rashid) v Secretary of State for the Home Department* [2005] EWCA Civ 744.

<sup>56</sup> Mark Elliot, "Legitimate Expectation, Consistency and Abuse of Power: The Rashid Case", *Judicial Review*, 2000, s. 281.

<sup>57</sup> Home Office letter, 16 January 2004, as set out in Pill LJ's judgment: see [2005] EWCA Civ 744 aktaran in Mark Elliot, "Legitimate Expectation, Consistency and Abuse of Power: The Rashid Case", *Judicial Review*, 2000, s. 281.

<sup>58</sup> Mark Elliot, "Legitimate Expectation, Consistency and Abuse of Power: The Rashid Case" *Judicial Review*, 2008, s. 282.

<sup>59</sup> Richard Clayton, "Legitimate Expectations, Policy and the Principle of Consistency", *Cambridge Law Journal*, 2003, s. 93-105.

<sup>60</sup> Martina Künncke, *Tradition and Change in Administrative Law: An Anglo-German Comparison*, Springer, Berlin, 2009, s. 109.

<sup>61</sup> Mark Elliot, "Legitimate Expectation, Consistency and Abuse of Power: The Rashid Case" *Judicial Review*, 2008, s. 286.

İngiliz idare hukukunda haklı beklentiler ilkesi yerleşmiş olsa bile bazı soruların gelecek kararlarda sorulması gerekmektedir.<sup>62</sup> Bu sorulardan bir tanesi ultra vires doktrini ve haklı beklentinin bundan kaynaklanıp kaynaklanamayacağı ve korumaya değer olup olmadığı meseledir.<sup>63</sup> Geleneksel yaklaşım, kamu otoritesinin yasal görevleri ile bağlı olması öncülüne dayanmaktadır.<sup>64</sup> Buna rağmen Ek 1 No'lu Protokolün ihlal edildiğine dair daha yeni tarihli bir kararda, mahkeme bu soruya bir kez daha karar vermek zorunda kalmıştır.<sup>65</sup> *Rowland v. The Environment Agency* kararında<sup>66</sup> Bayan *Rowland* özel olarak suyun kıyısının kullanımına yetkili olduğunu ve bu kullanımın kendisine Ek 1 No'lu Protokolün vermiş olduğu bir hak olduğunu iddia etmiştir. Temyiz Mahkemesi Bayan *Rowland*'ın beklentisinin 1. madde tarafından korunduğunu ancak temsilden ayrılmanın orantısız olduğuna karar vermiştir. Her ne kadar Bayan *Rowland*'ın iddiası başarılı olmamış ise de karar Sözleşmenin 1. maddesiyle ilgili olduğu gösterildiği sürece ultra vires temelinde haklı beklentinin tanınmasında önemli bir adım atmıştır.<sup>67</sup> Mance LJ haklı beklenti ilkesinin gelişimini ve ultra vires doktrininin bu soruna artık otomatik bir cevap olmadığını kabul etmiştir.<sup>68</sup>

### 3. Haklı Beklenti Kavramına Türk İdari Yargısının Yaklaşımı

Yukarıda da not edildiği üzere, Türk idare hukuku öğretisinde usuli-maddi haklı beklentiler ayırımına gidilmemiştir. Bunun yerine kazanılmış hak-haklı beklenti kavramları arasında bir ayırım yapılmaktadır. Bu iki kavram arasındaki fark, tanımlama aşamasında hem öğreti hem de idari yargı mercileri tarafından net bir şekilde ortaya konabilmektedir. Danıştay'a göre, "İdarenin ister düzenleyici işlem, ister

<sup>62</sup> Martina Künnecke, *Tradition and Change in Administrative Law: An Anglo-German Comparison*, Springer, Berlin, 2009, s. 109.

<sup>63</sup> Martina Künnecke, *Tradition and Change in Administrative Law: An Anglo-German Comparison*, Springer, Berlin, 2009, s. 109.

<sup>64</sup> *Attorney-General of Hong Kong v Ng Yuen Shiu* [1983] 2 AC 629.

<sup>65</sup> Martina Künnecke, *Tradition and Change in Administrative Law: An Anglo-German Comparison*, Springer, Berlin, 2009, s. 110.

<sup>66</sup> *Rowland v. The Environment Agency* [2003] EWCA Civ 1885.

<sup>67</sup> Martina Künnecke, *Tradition and Change in Administrative Law: An Anglo-German Comparison*, Springer, Berlin, 2009, s. 110.

<sup>68</sup> David Blundell, "Ultra Vires Legitimate Expectations", *Judicial Review*, 2005, Cilt 10, Sayı 2, s. 147-155.

*bir taahhüt, isterse uzun süren bir uygulamasına güvenerek olsun, bireylerin çıkarlarına ya da lehlerine olan bir sonuca ulaşabileceklerini ümit etmelerine de "haklı beklenti" denilmektedir".<sup>69</sup>*

Türk idari yargı kararları incelendiğinde, haklı beklenti kavramı ile ilgili olarak iki husus dikkat çekmektedir. İlk olarak, yargı kararlarında haklı beklenti kavramı daha ziyade kazanılmış hak kavramı ile ilişkilendirilmek suretiyle ele alınmaktadır. Diğer bir husus ise, haklı beklentinin kaynağını idarenin bir taahhüdü veya uzun süren bir uygulaması oluşturmaktadır. İngiliz idare hukukunda yasaların ve idarenin düzenleyici işlemlerinin haklı beklentilerin kaynağı olarak değerlendirilmezken, Türk idare hukuku açısından belli şartların varlığı halinde yasalardan ve düzenleyici işlemlerden de haklı beklentinin kaynaklanabileceği kabul edilmektedir.<sup>70</sup> Bununla birlikte, Danıştay kararlarına bakıldığında, haklı beklenti tartışmalarının yasalardan ziyade idarenin düzenleyici işlemlerinden kaynaklandığı da görülebilmektedir.<sup>71</sup>

Danıştay ilk olarak idarenin düzenleyici bir işleminin haklı beklentiye yol açıp açmayacağını ele almıştır. Daha önceki tarihli kararlarında Danıştay, kazanılmış hak seviyesine erişemeyen iddiaların haklı beklenti olarak değerlendirileceğini ancak bu beklentinin de korunamayacağı yönünde kararlar vermiştir. Örneğin 1996 yılında haklı beklentinin korunması ilkesini bir yönetmelik değişikliği sonucu aleyhe bir durumun ortaya çıktığı bir davada kabul etmemiştir.<sup>72</sup> Bu kararda idari görevden müfettişliğe geçme olanağı tanıyan Yönetmeliğin 1. maddesiyle Teftiş Kurulu Başkanlığına Atanmayı düzenleyen 7. madde de değiştirilmiştir. Yeni düzenlemeye göre *"başkanlığa atanabilmek için kamu kurum ve kuruluşlarında müfettişlik sıfat ve yetkisini yeterlilik sınavı*

<sup>69</sup> Danıştay İdari Dava Daireler Kurulu, 2015/1134 Esas sayılı Kararı.

<sup>70</sup> Halil Altındağ, *Yürürlükte Olan Yasalara ve İdari Düzenleyici İşlemlere Güven-den Kaynaklanan Haklı Beklenti Kavramı ve Korunması*, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2010.

<sup>71</sup> Danıştay 12. Dairesi, 16.03.2016, E. 2015/3134- K. 2016/1424. "İdarelerin sahip oldukları ikincil nitelikte olan düzenleme yetkilerine ilişkin takdir yetkisini düzenlemenin yürürlük tarihini belirleme konusunda sınırlayan hususlar, kazanılmış haklara saygı gösterilmesi, hukuken korunabilir nitelikteki haklı beklentilerin karşılanması ve hukukun genel ilkelerine uygun davranma gibi zorunlulukların gerektirdiği durumlardır."

<sup>72</sup> Danıştay 5. Dairesi, 19.03.1996, E. 1993/7236- K.1996/1164. Danıştay 5. Dairesi, 14.03.2006, E. 2003/3647- K. 2006/1140.

ile kazanmış ve en az 3 yıl başmüfettişlik yapanlar ile Teftiş Kurulu Başkanlığında halen başmüfettişlik görevinde bulunanlar arasında biri genel müdürün teklifi, bakanın onayı ile Teftiş Kurulu Başkanlığına atanır.” Sonuç olarak yeterlilik sınavını vererek atanıp 3 yıl başmüfettişlik yapanlar ile halen (Yönetmeliğin yürürlüğe girdiği 21.12.1991 tarihinde) başmüfettişlik görevinde bulunanların teftiş kurulu başkanlığına atanabilecek iken davacının da aralarında bulunduğu idari görevlerden müfettişliğe atanana Teftiş Kurulu Başkanlığına atanma yolunun kapatılmıştır. Danıştay’a göre, “İlgililerin idari görevden müfettişliğe geçmelerine olanak tanıyan yönetmelik hükümlerini göz önünde bulundurarak idarenin güvenirliliği ve idarede istikrar prensibinden hareketle müfettişliğe geçmek için başvurdukları ve bunun sonucu olarak da sınavla gelen müfettişlerle aynı haklara sahip oldukları konusunda haklı beklenti içine girdiklerinin kabulü mümkün olmadığı gibi esasen var olmayan bir hakkın korunmasının da hukuken mümkün olmaması karşısında, davacının anılan maddeye yönelik iptal isteği haklı dayanaktan yoksun kalmaktadır.”

İdarenin yerleşik uygulamalarından kaynaklanan haklı beklenti için ise Danıştay’ın 2003 tarihli kararı örnek olarak gösterilebilir.<sup>73</sup> Bu davada Ağrı Şeker Fabrikası’nda şef olarak görev yapan davacı, Ankara’ya atanması istemini içeren 2.9.2002 günlü başvurusunun cevap verilmemek suretiyle reddine ilişkin işlemin iptali istemiştir. Danıştay’a göre, “Ailenin korunması, Anayasa ile tanınmış sosyal bir haktır ve kamu hizmetinin daha verimli yerine getirilmesi bakımından, kamu görevlileri için daha da önem taşır. Kaldı ki, kamu hizmetinin olağan işleyişi içinde umulabilecek bir durum vardır ve kamu görevlilerinin böylesine haklı beklentiler içinde olması hizmetin gereğidir. Dava konusu olaydaki beklenti de mâkul bir beklentidir. Yönetim, yönetim olmaktan kaynaklanan gücünü ve olanaklarını, bu kişisel konumda kullanarak makul beklentiyi karşılayabilir.” Bu kararda Danıştay, “kamu görevlilerinin haklı beklentilerinin korunması, ancak kişisel kararlarda, yönetimin takdir yetkisinin kullanma alanlarında söz konusu olduğundan, baskın kamu yararı olmadığı durumlarda, kamu görevlilerinin haklı beklentilerinin zedelenmemesi gerekir” şeklinde ifade etmek suretiyle haklı beklentinin korunabilme şartı olarak baskın kamu yararının bulunmamasını aramaktadır.

<sup>73</sup> Danıştay 5. Dairesi, 14.03.2006, 2003/3647 E. 2006/1140 K. Benzer yönde karar için bkz. Danıştay 5. Dairesi, 19.03.1996, E. 1993/7236, K. 1996/1164.

Danıştay haklı beklentilerin korunamayacağı yönündeki yaklaşımını daha sonraki tarihli kararlarında değiştirmiş ve bazen haklı beklentilerin korunması gerektiği yönünde kararlar vermiştir.<sup>74</sup> Örneğin Danıştay, yurtdışında görevlendirilecek personelde aranacaklar şartların ve personel profilin değişen ihtiyaçlar ve karşılaşılan aksaklıklar dikkate alınarak değiştirilmesinde idarenin takdir yetkisinin bulunduğunu ifade etmiş ise de *“idarece söz konusu değişiklik yapılırken ilgililerin haklı beklentilerinin göz ardı edilmemesi gerektiğinden, işlem tarihi itibarıyla nihai başarı listesinde asil olarak yer alan ve ataması yapılacağı bildirilen personel arasında bulunduğu için görev öncesi eğitim programına katılan personelin mevcut kazanılmış haklarını ve beklentilerini koruyan geçici maddelere yer verilmesi gerekirken, bu yönde düzenlemelere yer verilmeyen dava konusu Yönetmeliğin geçiş maddelerinin düzenlendiği Geçici 1. maddesinde ve davacının, atamasının yapılmasına ilişkin yaptığı başvurunun reddine ilişkin işlemlerde hukuka uyarlık bulunmadığı sonucuna ulaşılmaktadır”* şeklinde karar vermiştir.

#### 4. Haklı Beklentilerin Korunması İlkesinin Türk ve İngiliz İdare Hukuku Açısından Karşılaştırılması

Her ne kadar haklı beklenti ve İngilizce karşılığı olan *“legitimate expectation”* Türk ve İngiliz sözlüklerinde aynı durumu ifade eden kavramlar olsalar da Türk ve İngiliz yargı kararları dikkatli bir şekilde incelendiğinde haklı beklentilerin korunması ilkesinin kaynağına, içeriğine, korunma şartlarına ve korunma şekline farklı yaklaşımların sergilendiği görülmektedir.

İlk olarak İngiliz yargı kararlarında haklı beklentinin kaynağı idarenin daha önceden vermiş olduğu taahhütlerdir. Örneğin *Attorney-General of Hong Kong v. Ng Yeun Shia*<sup>75</sup> kararı, verilen taahhüde uyulması beklentisinin haklı beklentinin temel kaynağı olduğu yönündeki en önemli karardır. Bu davada, hükümet kaçak göçmenlere mülakat yapılmaksızın ve her bir başvurunun ayrı ayrı değerlendirilmeksizin sınır dışı etme işlemi yapılmayacağı yönündeki taahhüdünü uygulamamıştır. İngiliz idare hukukunda haklı beklentilerin kaynağı olarak

<sup>74</sup> Danıştay İdari Dava Daireler Kurulu, 2015/1134 Esas sayılı Kararı. Benzer yönde karar için bkz. Danıştay 5. Dairesi, 14.03.2006, E. 2003/3647, K. 2006/1140.

<sup>75</sup> *Attorney-General of Hong Kong v. Ng Yeun Shia* [1983] 2 AC 629.



yasal düzenlemeler kabul edilememektedir.<sup>76</sup> İngiliz hukukunda olduğu gibi Türk idare hukukunda da haklı beklentilerin kaynağı idarenin bir taahhüdü veya uzun süren uygulamalarıdır. Ancak İngiliz hukuktan farklı olarak, idarenin düzenleyici işlemlerinin haklı beklentilere kaynak olabileceği kabul edilmektedir.

İkinci olarak haklı beklentinin içeriği İngiliz hukuk sisteminde usuli-maddi haklı beklentiler üzerinden yapılmaktadır. Usuli haklı beklenti söz konusu olduğunda idarenin herhangi bir karar almadan önce izlemeyi taahhüt ettiği usule ilişkin olduğundan öncelikli beklenti kararı ilgilinin lehine olması doğaldır. Türk idare hukukunda ise haklı beklenti için usuli-maddi ayırımına gidilmemektedir. Türk idare hukukunda bu ayırımın yerine kazanılmış hak-haklı beklenti ayırımı üzerinden uyumsuzluklar çözülmektedir. Türk idari yargısına göre, kazanılmış hak seviyesine gelmeyen durumlarda haklı beklentiler gündeme gelmektedir.

Üçüncü olarak haklı beklentinin korunması şartına İngiliz ve Türk hukuk sistemlerinde benzer şekilde yaklaşıldığı görülmektedir. Haklı beklentilerin korunması ilkesi, bireyin idarenin işleyişinden kaynaklanan beklentisinin korunacağına olan güveni ile idarenin değişen politikaları takip etme ihtiyacı arasındaki çatışmayı çözmeyi amaçlayan bir kurum ise, bu çatışmanın çözümünde en önemli kıstas baskın kamu yararının (*overriding public interest*) bulunup bulunmadığıdır. İngiliz idare hukuku açısından haklı beklentiler her durumda korunmamakta, baskın kamu yararının bulunmadığı zamanlar haklı beklentiler korunmamaktadır.<sup>77</sup> Benzer şekilde Türk idare hukukunda baskın kamu yararının söz konusu olduğu hallerde, haklı beklentiler koruma görmemektedir.

Son olarak haklı beklentinin korunma şekli, Türk ve İngiliz hukuk sistemlerindeki ayırımdan kaynaklanmaktadır. Şöyle ki idari rejimi benimsemiş ülkemizde, idari yargı üç tür dava açılabilen ve bu üç tür dava yoluyla korunma sağlanabilmektedir: iptal davası, tam yargı davası ve idari sözleşmelerden doğan davalar. Ülkemizde haklı

<sup>76</sup> Richard Clayton, "Legitimate Expectations, Policy and the Principle of Consistency", Cambridge Law Journal, 2003, s. 95.

<sup>77</sup> C.F. Forsyth, "The Provenance and Protection of Legitimate Expectations", Cambridge Law Journal, Cambridge, 1988, Cilt 46, Sayı 2, s. 256.



beklentilerin korunacağı en iyi yol, haklı beklentiyi karşılamayan idari işlemin idari yargı tarafından iptal edilmesidir. İngiltere’de ise Kıta Avrupası anlamında idari yargı bulunmadığı ve idarenin yargısal denetiminde idarenin ya yetki aşımı yapıp yapmadığını kontrol ve tespiti ya da idarenin takdir yetkisinin yargısal denetimi şeklinde olmaktadır. Örneğin *Attorney-General of Hong Kong v. Ng Yeun Shia* kararında sınır dışı etme kararının kamu hukukuna özgü denetim yolu olan *certiorari* (iptal emri) ile iptal edildiğini not etmekle birlikte buradaki iptal kavramının Türk idari yargısındaki iptal kararı ile örtüşmediği not edilmiştir. İngiltere’de *certiorari* (iptal emri) hukuka aykırılığın tespiti olarak anlaşılmakta ve dosya tekrar incelenmek ve karar verilmek üzere ilgili idari makama geri gönderilmektedir.<sup>78</sup>

### Sonuç

Haklı beklentilerin korunması ilkesi hem ülkemizde hem de İngiltere’de içtihat hukuku kaynaklıdır. Bu ortak özellik, iki farklı idare hukuku sistemine ait ülke arasında karşılaştırmalı bir analiz yapmayı bir yandan kolaylaştırmakta öte yandan da zorlaştırmaktadır. Böyle bir analizi kolaylaştıran en önemli husus, her iki ülkede kavramın içeriğinin yargı kararları ile şekillenmiş olmasıdır. Ancak her ülkede mahkemeler, bireyin idarenin işleyişinden kaynaklanan beklentilerinin korunacağına olan güveni ile idarenin değişen politikaları takip etme ihtiyacı arasındaki çatışmayı çözerken dava konusu olayın özellikleri verilen kararın sonucunu belirleyen en önemli etkidir. Bu kadar birbirinden farklı etkenlerle şekillenmiş mahkeme kararlarında genel ilkenin ortaya konulması da güçleşmektedir.

Bu güçlüğe rağmen, haklı beklenti ve Türk ve İngilizce karşılığı olan “*legitimate expectation*” kavramları her iki dilde de aynı durumu ifade etmektedir. Haklı kavramı hukuka uygun anlamına gelebildiği gibi doğru ve yerinde anlamlarına da gelebilmektedir. Beklenti kavramı ise kısaca bireyin bir şeyin gerçekleşeceğine olan inancı veya öngörüsü olarak da tanımlanabilmektedir. İdare hukuku bağlamında ise haklı beklenti, bireyin idarenin taahhütlerine veya yerleşik uygulama-

<sup>78</sup> Diane Longley & Rhoda James, *Administrative Justice: Central Issues in UK and European Administrative Law*, Cavendish Publishing Limited, London, 1999, s. 112.

larına olan güveninin korunmasını ifade etmektedir. Haklı beklentilerin korunması ilkesi de bireyin idarenin işleyişinden kaynaklanan beklentisinin korunacağına olan güveni ile idarenin değişen politikaları takip etme ihtiyacı arasındaki çatışmayı çözmeyi amaçlayan bir kurumdur.

İngiliz hukuk sistemine 1969 tarihli *Schmidt v. Secretary of State for Home Affairs* kararı ile Lord Denning tarafından kazandırılmıştır. Bu kararda Lord Denning, vize uzatımı için müracaat eden öğrencinin sadece hakkının ya da menfaatinin dikkate alınmaması, aynı zamanda haklı beklentilerinin de dikkate alınması gerektiğine işaret etmiştir. Bu karardan sonra İngiliz hukukunda haklı beklentinin kaynağı, içeriği, korunma şartları ile korunma şekilleri tartışılmaya başlanmıştır. İngiliz hukukunda haklı beklentinin temel kaynağı olarak idarenin taahhüdü kabul edilirken, içeriği usuli ve maddi haklı beklenti olarak ikiye ayrılmaktadır. Haklı beklentilerin korunmasının en temel şartı baskın kamu yararının söz konusu olmamasıdır. Haklı beklentiler İngiliz hukuk sisteminde idarenin yargısal denetimindeki araçlar ile korunmaktadır. Ancak burada en önemli gelişme, ultra vires prensibinin dışında başlı başına bir denetim aracı olarak ortaya çıkmış olduğu gerçeğidir.

Türk hukuk sisteminde müstakil bir kurum olabilmeyi başaramayan haklı beklentilerin korunması ilkesi, daha ziyade kazanılmış haklara saygı ilkesi ile hukuk devleti ilkesinin bir parçası olarak değerlendirilmektedir. Türk idare hukukunda haklı beklentiler usuli-maddi haklı beklenti ayrımına tabi tutulmamaktadır. Bunun yerine yargı kararlarında kazanılmış hak-haklı beklenti ayrımına gidilmekte ve kazanılmış hak seviyesine erişemeyen durumlara haklı beklentinin mevcut olup olmadığı değerlendirilmektedir. Haklı beklentinin kaynağı idarenin taahhütleri ile yerleşik uygulamaları olabileceği gibi idarenin düzenleyici işlemleri de olabilmektedir. İngiliz hukuk sisteminde olduğu gibi Türk idare hukukunda da haklı beklentinin korunabilmesinin temel şartı baskın kamu yararının bulunmamasıdır. Haklı beklentilerin korunma şekli ise, Türk idari yargısında mevcut dava türlerinden biri aracılığıyla mümkündür ki, burada en yaygın koruma şekli haklı beklentiye korumayan idari işlemin yargı organınca iptali şeklinde olmaktadır.

### Kaynakça

- Ahmed Farrah & Perry Adam. "The Coherence of The Doctrine of Legitimate Expectations", *Cambridge Law Journal*, Cambridge, Mart 2014.
- Allen Michael & Thompson Brian, *Cases and Materials on Constitutional and Administrative Law*, Oxford University Press, Oxford, 2008.
- Altındağ Halil, *Yürürlükte Olan Yasalara ve İdari Düzenleyici İşlemlere Güvenden Kaynaklanan Haklı Beklenti Kavramı ve Korunması*, yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul. 2010.
- Atay Ender Ethem, *İdare Hukuku*, Turhan Kitabevi, Ankara 2012.
- Blundell David, "Ultra Vires Legitimate Expectations", *Judicial Review*, 2005, Cilt 10, Sayı 2.
- Cambridge International Dictionary of Law, Cambridge University Press, Cambridge, 1999.
- Clayton Richard, "Legitimate Expectations, Policy and the Principle of Consistency", *Cambridge Law Journal*, 2003.
- Craig Paul, "Legitimate Expectations: A Conceptual Analysis", *Law Quarterly Review*, 1992.
- Craig Paul, *Administrative Law*, Sweet & Maxwell, London, 1999.
- Craig Paul, "Substantive Legitimate Expectation After Cougla", *Public Law*, 2000.
- Çağlayan Ramazan, *İdare Hukuku Dersleri*, Ankara, Adalet, 2013.
- De Smith, S. A. vd, *Judicial Review of Administrative Action*, Sweet & Maxwell, London, 1995.
- Elias-Roberts, Alicia, "A Comparative Analysis of the UK and Commonwealth Caribbean Approach Towards Legitimate Expectation", *Commonwealth Law Bulletin*, Cilt 39, Sayı 1, 2013.
- Elliot Mark, "Legitimate Expectation, Consistency and Abuse of Power: The Rashid Case" *Judicial Review*, 2008.
- Endicott Timothy, *Administrative Law*, Oxford University Press, Oxford, 2015.
- Forsyth Christopher F., "The Provenance and Protection of Legitimate Expectations", *Cambridge Law Journal*, Cambridge, 1988.
- Forsyth Christopher, "Wednesbury Protection of Legitimate Expectation", *Public Law*, 1997.
- Göksu Hasan Tuna, "6494 sayılı Kanun İle Yargıtay ve Danıştay Üyeliği İçin Getirilen 20 Yıl Hizmet Şartının Anayasa'ya Uygunluğu", *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi*, Ankara, 2103.
- Harlow Carol & Rawlings Richard, *Law and Administration*, Cambridge University Press, Cambridge, 2009.
- Ian Steele, "Substantive Legitimate Expectations: Striking The Right Balance?", *Law Quarterly Review*, 2005.
- Judicial Review: A short guide to claims in the Administrative Court, Research Paper 06/44.
- Künnecke Martina, *Tradition and Change in Administrative Law: An Anglo-Ger-*

- man Comparison, Springer, Berlin, 2009.
- Leyland Peter & Anthony Gordon, *Administrative Law*, Oxford University Press, Oxford, 2016.
- Longley Diane & James Rhoda, *Administrative Justice: Central Issues in UK and European Administrative Law*, Cavendish Publishing Limited, London, 1999.
- Oğurlu Yücel, *İdare Hukukunda Kazanılmış Haklara Saygı ve Haklı Beklenti Sorunu*, Seçkin, Ankara, 2003.
- Örücü Esin (Çev.), "Haklı Beklentilerin Doğuşu ve Korunması", *İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi*, Cilt: 7, Sayı: 1-3, 1986.
- Parpworth Neil, *Constitutional & Administrative Law*, Oxford University Press, Oxford, 2016.
- Saygın Engin, "Adli İdare Sistemi-İdari Rejim Ayrımı ve Uyuşmazlık Mahkemesinin İdari Rejimde Yeri", *Ulusal Uyuşmazlık Yargısı Sempozyumu, Uyuşmazlık Mahkemesi*, Ankara, 2016.
- Schönberg Soren, *Legitimate Expectation in Administrative Law*, Oxford University Press, New York 2000.
- Sever Çiğdem, *Danıştay Kararları Işığında İdare Hukukunda Kazanılmış Haklar, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi*, Ankara, 2006.
- Thomas Robert, *Legitimate Expectations and Proportionality in Administrative Law*, Hart Publishing, Oxford, 2000.
- Türk Dil Kurumu, <http://www.tdk.gov.tr>.
- Wade William & Forsyth Christopher, *Administrative Law*, Oxford University Press, Oxford, 2009.
- Zabunoğlu Yahya Kazım, *İdare Hukuku Cilt 2*, Ankara, Yetkin, 2012.
- Türk ve İngiliz Mahkemeleri Karar Listesi**
- Anayasa Mahkemesi, 07.02.2008, E. 2005/38- K. 2008/53.
- Danıştay İdari Dava Daireler Kurulu, 2015/1134 Esas sayılı Kararı.
- Danıştay 1. Dairesi, 13.07.1992, E. 1992/224- K. 1992/238.
- Danıştay 5. Dairesi, 19.03.1996, E. 1993/7236, K. 1996/1164.
- Danıştay 5. Dairesi, 19.03.1996, E. 1993/7236- K.1996/1164.
- Danıştay 5. Dairesi, 14.03.2006, E. 2003/3647- K. 2006/1140.
- Danıştay 12. Dairesi, 16.03.2016, E. 2015/3134, K. 2016/1424.
- Attorney-General of Hong Kong v Ng Yuen Shiu [1983] 2 AC 629.
- Council of Civil Service Unions v Minister for the Civil Service [1985] AC 374.
- R v Inland Revenue Commissioners, exp Unilever pic [1996] STC.
- R v North and East Devon Health Authority, ex p Coughlan [1999] LGR 703.
- R (Rashid) v Secretary of State for the Home Department [2005] EWCA Civ 744.
- R v Secretary of State for the Home Department, ex p Asif Mahmood Khan [1984] 1 WLR 1337.
- Rowland v. The Environment Agency [2003] EWCA Civ 1885.

# İDARİ YARGIDA İSTİNAF KANUN YOLU

## INTERMEDIATE APPEAL SYSTEM IN ADMINISTRATIVE LAW

Züleyha KESKİN\*

**Özet:** İstinaf kanun yolu 6545 sayılı Türk Ceza Kanunu İle Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanunla İdari Yargılama Usulü Kanunu'na girmiş, buna paralel olarak aynı kanunla idari yargı örgütlenmesinde ve yargılama usullerine ilişkin birçok değişiklik yapılmıştır. 6545 sayılı Kanunla istinaf genel kanun yolu olarak düzenlenmiştir. İtiraz kanun yolu kaldırılmış, temyiz ise sayılan sınırlı hallerde başvurulacak bir kanun yolu olarak öngörülmüştür. Bu değişikliklerin diğer kanun yollarının işlevleri ve mahkeme kararlarının sonuçları, bölge idare mahkemelerinin yapısı ile Danıştay'ın içtihat mahkemesi olarak işlevi bakımından önemli sonuçları vardır. Bu makede, yapılan değişikliklerin olağan kanun yolları üzerindeki yansımaları tartışılacaktır.

**Anahtar Kelimeler:** İdari Yargı, Yargılama Usulü, İstinaf, Kanun Yolları

**Abstract:** Appeal (to regional administrative court) as a remedy entered to the Procedure of Administrative Justice Act (No. 2577) through the Law no. 6545. Concordantly, by the same Law, many legal amendments were made in administrative judicial system and administrative trial procedure. By the Law no. 6545, appeal to the regional administrative courts were settled as a common remedy. Objection remedy was removed and appeal to the Council of State was considered as a remedy to be applied in limited circumstances. These amendments have important results on the function of the other remedies and consequences of the court's decisions, structure of regional administrative courts and function of Council of State as a case law court. This paper will discuss the reflections of these amendments on ordinary remedies.

**Keywords:** Administrative Procedure, Proceedings, Administrative Remedies, Appeal

---

\* Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı Doktora, zuleyhakeskin2005@yahoo.com

## I. GENEL OLARAK İSTİNAF KAVRAMI VE NİTELİĞİ

İstinaf<sup>1</sup> ilk derece mahkemelerinin henüz kesinleşmemiş son kararlarının hem maddi hem de hukuki yönden denetlenerek, hukuka aykırılıkları gidermek için kabul edilmiş bir olağan kanun yoludur.<sup>2</sup> Öğretide istinafın klasik (eski) ve dar anlamda istinaf olarak ikiye ayrıldığı görülmektedir. Klasik anlamda istinafta, ilk derece mahkemesinin incelediği ve değerlendirdiği olaylar, ondan bağımsız olarak ikinci derecede görev yapan istinaf mahkemesinde yeniden ele alınır.<sup>3</sup> Bu sebeple istinaf mahkemelerine vakıa-olay mahkemesi denir.<sup>4</sup> İstinaf incelemesinde ilk derece mahkemesinin vermiş olduğu karar, hem hukukilik denetimine hem de maddi olay denetimine tabii tutulur. İstinafta ilk derece mahkemesinin kararını hukuka aykırı bulan mahkeme, ilk derece mahkemesinin kararını bozmakla kalmaz işin esasına girerek yeniden karar verir. Dar anlamda istinafta ise, ilk derece mahkemesince yapılan yargılama baştan sona yeniden ele alınarak tekrarlanmaz.<sup>5</sup>

İstinaf sistemi, üç dereceli olarak faaliyet gösteren bir yargılama sistemidir ve kural olarak istinaf incelemesi sonucunda verilen kararlar kesin değil, üst mahkemenin yapacağı temyiz incelemesine tabidir.<sup>6</sup> Son değişikliklerden önce idari yargıda mevcut olan sistem iki dereceliydi. Adli yargıda olduğu gibi idari yargıda da zaman içinde oluşan *iş yükü fazlalığı*<sup>7</sup> idari yargıda istinaf yargı yolunu gündeme

<sup>1</sup> "Arapça bir isim olarak kullanılan istinafın kelime anlamı yeniden başlamadır." Bkz. Bahri Öztürk, "İstinaf Yargılamayı Yavaşlatır mı?", Fasikül, 2010, Y. 2, S. 8, s.14.

<sup>2</sup> Ali Rıza Çınar, İstinaf, Fasikül, 2010, Y. 2, S. 8, s.15.

<sup>3</sup> Çınar, s.15.

<sup>4</sup> Ejder Yılmaz, İstinaf, 2. B., Yetkin Yayını, Ankara 2005, s.22.

<sup>5</sup> Çınar, s.15.

<sup>6</sup> Mustafa Avcı, İdari Yargıda İstinaf, *TBB Dergisi*, 2011, S.96, s.180.

<sup>7</sup> İdari yargıda istinaf mahkemelerini kuran 6545 sayılı Kanun'un gerekçesinde de " III- İdari yargı ilk derece mahkemelerince verilen nihai kararların bir kısmı bölge idare mahkemesince, kalan kısmı ise Danıştay tarafından denetlenmektedir. 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 45 inci maddesinde itiraz üzerine bölge idare mahkemelerinde kesinleşecek davalar sayılmış olup, bunlar dışındaki tüm davalar temyiz üzerine Danıştay tarafından incelenmektedir. Bu uygulama sebebiyle idare ve vergi mahkemelerinin nihai karara bağladığı dosya toplamının yaklaşık yüzde yetmiş Danıştay'da yüzde otuzu ise bölge idare mahkemelerinde denetlenmektedir. Anılan iş yükü sebebiyle Danıştay'a gelen dosyaların kesinleşme süresi uzamaktadır. Bu bağlamda idari yargıda istinaf kanun yolunun getirilmesi konusu öteden beri yargı paydaşları arasında tartışılmaktadır. Tartışmaların

getirmiştir. İdari yargıda üç dereceli istinaf sisteminin oluşturulması ve idari yargının yeniden yapılandırılmasının Danıştay'ın ve ilk derece idari yargı mahkemelerinin *yargı yükünü hafifleteceği* ve dolayısıyla uyuşmazlıkların karara bağlanma *süresini kısaltacağı ve yargılamayı çabuklaştıracağı*, Danıştay ve ilk derece idari yargı mahkemelerinin daha *isabetli kararlar vereceği*<sup>8</sup>, Danıştay'ın somut olayda *adil karar verilmesi, hukukun geliştirilmesi, içtihat ve hukuk birliğinin sağlanması* işlevini daha iyi yerine getireceği belirtilmektedir.<sup>9</sup>

Ancak yargılamayı hızlandırmak, yüksek mahkemeyi de yalnızca hukuk denetimi yapan içtihat mahkemesi konumuna getirmek amacıyla getirilen istinaf yolunun bir tür temyiz olduğu ve kararın adeta

---

sonucunda varılan mutabakata bağlı olarak Tasarıyla bölge idare mahkemeleri istinaf mercii olarak yapılandırılmaktadır. Buna göre başvuru usulü ile inceleme ve yargılama usulüne ilişkin hükümler getirilmekte ve bölge idare mahkemelerince verilecek karar türleri yeniden düzenlenmektedir. 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 45 inci ve 46 ncı maddelerinde yapılan değişiklikler istinaf kanun yolunun temel düzenlemelerini oluşturmaktadır. 45 inci maddede yapılan değişikliklerle, ilk derece mahkemelerince verilecek ve kesin olması sebebiyle istinaf ya da temyiz yoluna başvurulamayacak kararlar düzenlenmektedir. Aynı zamanda istinaf incelemesi için bölge idare mahkemelerine gelen davaların incelenme ve karara bağlanma usulü hükme bağlanmaktadır. 2577 sayılı Kanun'un 46 ncı maddesinde yapılan değişikliklerle, istinaf mahkemelerince karara bağlanacak konulardan hangisinin temyiz yolu ile Danıştay'a gideceği belirlenmekte olup, bu maddede tahdidi olarak sayılan bu konular dışındaki davaların bölge idare mahkemelerinde istinaf incelemesi neticesinde kesinleşmesi öngörülmektedir. Böylece Danıştay'ın temyizen karara bağladığı iş yükünün yaklaşık yüzde seksen oranında azaltılarak Danıştay'ın içtihat mahkemesi rolünün güçlendirilmesi amaçlanmaktadır. Bu kapsamda 2576 sayılı Bölge İdare Mahkemeleri, İdare Mahkemeleri ve Vergi Mahkemelerinin Kuruluşu ve Görevleri Hakkında Kanunun ilgili bazı hükümleri de değiştirilerek bölge idare mahkemelerinin teşkilat yapısı, istinaf kanun yolu incelemesine uygun hale getirilmektedir." denilmiştir.

<sup>8</sup> Hakan Pekantez, "Hukuk Güvenliği Açısından İstinaf Mahkemeleri", İdari Yargıda İstinaf Semineri, Mayıs 2009, Antalya, s.133. "Çağdaş ülkelerde bulunan bu sistemle yerel etkilerden uzak kalabilecek istinaf mahkemelerince yargılamanın yapılmasının adaletin gerçekleşmesini sağlayacağı, ilk derece yargıçlarının üstlerinde istinaf denetimi olduğu için daha dikkatli ve özenli olmaya yönelteceği ve bu şekilde ikinci kez yapılan yargılamanın bir teminat olduğu istinafı savunanlarca ileri sürülmektedir. İlk derece mahkemeleri, verdikleri kararlar bozulduğu takdirde istinaf mahkemelerinin yeniden yargılama yaparak karar verileceğini bildikleri için yanlış ve hukuka aykırı karar vermekten dolayı kendilerini daha fazla sorumlu hissedecekleridir."

<sup>9</sup> Bkz. İlhan Özay, Günışığında Yönetim, II Yargısal Koruma, On İki Levha Yayını, İstanbul 2010, s.44-45.

Baki Kuru, İstinaf Mahkemeleri Kurulurken, *Adalet Dergisi*, Y. 54, S. 5-8, Ankara, s.550-551; Faruk Erem, İstinaf Mahkemeleri, *AÜHF Dergisi*, Ankara 1950, C. VII, S. 12, s.12-15.



hem bölge idare mahkemesinde hem de Danıştay'da aynı şekilde iki defa inceleneceği ve *zaman kaybı olacağı* ve *adalete erişimin daha pahalı olacağı* (maliyet, ek gider vs.) ve *yargılama süresini uzatacağı* ayrıca sistemin, *içtihat farklılıklarına yol açabileceği* görüşleri dile getirilmektedir.<sup>10</sup>

## II. İSTİNAFIN İTİRAZ ve TEMYİZ KANUN YOLLARI İLE KARŞILAŞTIRILMASI

### A. İTİRAZ KANUN YOLU

Yeni düzenlemeyle İYUK (İdari Yargılama Usulü Kanunu) madde 45'te temyiz benzeri bir kanun yolu<sup>11</sup> olarak düzenlenen itiraz kurumu kaldırılmıştır. Ancak ara kararların hukukilik denetiminin yapılması anlamında gelen itiraz kurumu idari yargıda varlığını sürdürmektedir. Nitekim bölge idare mahkemesi dairelerinin görevleri arasında, *"İlk derece mahkemelerince yürütmenin durdurulması istemleri hakkında verilen kararlara karşı yapılan itirazları inceleyerek karara bağlamak."* (2576 sayılı Kanun, md. 3/D-1/b) sayılmıştır. Ayrıca bölge idare mahkemesinin İYUK madde 27/7'de *"bölge idare mahkemesi kararlarına karşı en yakın bölge idare mahkemesine"* itiraz edilebileceği<sup>12</sup>, yine aynı yargı çevresindeki mahkemelerde bulunan davaların bağlantılı olduğu yolundaki iddialar hakkında idare ve vergi mahkemelerince verilen kararlara karşı

<sup>10</sup> Bkz. İstinaf kanun yolu lehine ve aleyhine görüşler için ayrıca bkz. Oğuz Sancakdar, "İdari Yargıda İstinaf Sistemi Üzerine Düşünceler", Danıştay ve İdari Yargı Günü 144. Yıl Sempozyumu, 11 Mayıs 2012, Ankara, s.21; Ejder Yılmaz, "İstinaf Kavramı", Rekabet Kurumu Perşembe Konferansları Yayınları, Aralık 2004, s. 212, 213, [http://www.rekabet.gov.tr/tr-TR/Perşembe-Konferanslari-Yayin-Listesi?control\\_PerşembeKonferanslariYayinListesi\\_gridThursdayConferences-PublicationsListChangePage=17 E.T.06.06.2016](http://www.rekabet.gov.tr/tr-TR/Perşembe-Konferanslari-Yayin-Listesi?control_PerşembeKonferanslariYayinListesi_gridThursdayConferences-PublicationsListChangePage=17 E.T.06.06.2016).

<sup>11</sup> Nihat Kayar, Yönetmelik Yargı, Kuruluş ve İşleyiş, Ekin Kitabevi, Bursa 2010, s.427.  
<sup>12</sup> Bölge idare mahkemesinin ilk derece mahkemesi olarak bakacağı dava ve dolayısıyla yürütmenin durdurulması isteminin gündeme gelmesi söz konusu olamaz ancak istinaf mahkemesi olarak yürütmenin durdurulması kararına karşı bir itiraz söz konusu olabilir. Ancak burada da verilen yürütmenin durdurulmasına ilişkin kararlar kesindir ve itiraza tabi değildir. O halde yasada yer alan bu kuralın, Bölge idare mahkemesinin ilk derece sıfatıyla davalara bakması söz konusu olmadığı halde idare ve vergi mahkemeleri başkan ve üyesinin dosyadan çekilmesi ya da reddi yolundaki isteklerin kabulü halinde dosyayı esastan incelemek zorunda kalacak olan bölge idare mahkemesinin yürütmenin durdurulması yolunda karar vermesi halinde uygulama yeteneği kazanacağı anlaşılmaktadır. Şevket Apalak, İdari Davalarda Yürütmenin Durdurulması, *Sayıştay Dergisi*, Ekim-Aralık 1998, S. 31, s. 20.

bölge idare mahkemesine ve Danıştay'a "*başvuruda*"<sup>13</sup> bulunabilecekleri, aynı zamanda bağlantılı davalarla ilgili diğer esasları düzenleyen İYUK madde 42/1'de "*Bağlantının varlığı yolunda idare ve vergi mahkemelerince veya bu konuda yapılacak itiraz üzerine bölge idare mahkemesi veya Danıştayca bağlantı hakkında karar verinceye kadar usuli işlemler durur.*" denilmesi suretiyle itiraz yolu öngörüldüğü anlaşılmaktadır.

İtiraz yolunun dava benzeri özel itiraz yöntemi<sup>14</sup> olarak düzenlenen Ek madde 2 "*Belediyeler ile il özel idarelerinin seçilmiş organlarının organlık sıfatlarını kaybetmelerine ilişkin olarak yetkili mercilerden Danıştay'a gönderilen dosyalar; belediye başkanlarının düşmesi istemine dair ise belediye başkanlarının, belediye meclislerinin veya il genel meclislerinin feshi istemine ilişkin ise meclis başkanvekilinin savunması onbeş gün içinde alındıktan sonra veya bu süre içerisinde savunma verilmediği takdirde sürenin bittiği tarihte tekemmül etmiş sayılır ve kanunlarda gösterilen karar süreleri bu tarihten itibaren işlemeye başlar. Karar dosya üzerinden verilir. Bu kararlara karşı tebliğini izleyen gündünden itibaren on beş gün içerisinde İdari Dava Daireleri Kuruluna itiraz edilebilir. İtiraz bir ay içerisinde sonuçlandırılır. İtiraz üzerine verilen karar kesindir.*" şeklinde düzenlenmiştir. Bu düzenleme nedeniyle Danıştay tarafından alınan kararlar bir dava türü değil bir idari görev olduğu için bu kararlara yönelik itirazlar idari niteliktedir<sup>15</sup> ve kanun yolu olarak öngörülen itiraz kurumundan farklıdır.

18.06.2014'te yapılan değişiklikten önce itiraz kurumu İYUK'ta olağan bir kanun yolu olarak düzenlenmişti. Bu maddeye göre, idari yargı ilk derece mahkemeleri olan idare ve vergi mahkemelerinin İYUK'un 45. maddesinde belirtilen hususlardan kaynaklanan uyuşmazlıklarla ilgili olarak verdikleri nihai kararlar ile tek hâkimle verilen nihai kararlara, başka kanunlarda aksine hüküm bulunsa bile, mahkemelerin bulunduğu yargı çevresindeki bölge idare mahkemesine itiraz edebilirdi. İYUK madde 45'te düzenlenen şekliyle itiraz yolunda bölge idare

<sup>13</sup> İYUK md. 41 Bağlantının Mahkemelerce Kabul Edilmemesi: -Bağlantı iddiaları mahkemelerce kabul edilmediği takdirde, bu hususta verilen ara kararı taraflara tebliğ edilir. Taraflar, tebliğ tarihini izleyen on beş gün içerisinde, aynı yargı çevresindeki mahkemeler için o yer bölge idare mahkemesine, 38 nci maddenin 2 ve 3 ncü fıkrasındaki durumlarla ilgili davalar için Danıştay'a başvuruda bulunabilir. Başvuru üzerine bölge idare mahkemesi veya Danıştay görevli dairesince durum, yukarıdaki maddelerde yazılı usullere göre incelenerek karara bağlanır.

<sup>14</sup> Kayar, s. 428.

<sup>15</sup> Bkz. D.8.D, 1997/2117E, 1997/2169K, K.T.18.06.1997, DD, S. 95, s. 496.

mahkemesi için esas hakkında karar verir ve dosyayı ilk derece mahkemesine gönderilmezdi.

İYUK madde 45'te düzenlenen itiraz kanun yoluna ilişkin öğretilerde farklı görüşler mevcuttur. DURAN'a göre ilk derece mahkemesi tarafından verilen nihai bir kararın, bir üst mahkemede bir kere daha incelenerek esastan karar verilmesini sağlayan itiraz kanun yolu bir istinaf incelemesidir.<sup>16</sup> GÖZÜBÜYÜK, itiraz üzerine verilen kararların kesin olması, bu kararlara karşı temyiz yoluna başvurulmaması gibi nedenlerden dolayı itiraz kanun yolunun temyiz kanun yoluna benzetilmekte ancak inceleme ve tahkikat yapma ve nihai karar alma yetkisi açısından istinaf kanun yoluna benzediğini belirtmektedir.<sup>17</sup> GÜRAN'a göre ise, istinaf itirazdan farklı olarak, kendine özgü bir kanun yoludur. Bölge idare mahkemesi itiraz kanun yolunda maddi ve hukuki yönlerden davayı yeniden incelese de, bu inceleme kural olarak ilk derece mahkemesinden gelen dosya üzerinde ve bununla sınırlı bir incelemedir ve istinaf incelemesinin aksine, herhangi bir duruşma ve soruşturma yapılmaz. İtiraz incelemesinde istinaftan farklı olarak deliller, bölge idare mahkemesince serbestçe değil, "inandırıcı delil" usul ve esasları çerçevesinde değerlendirilir.<sup>18</sup> GÜRAN, bu gerekçelerle itirazın istinaftan farklı bir inceleme ve kanun yolu olduğunu belirtmesine rağmen, İYUK'nun itiraz kanun yoluna ilişkin "itiraz, temyizinki gibi ve usullerine tabidir" şeklindeki düzenlemesi ile (md. 45/3) itirazı temyize benzetmiştir. Danıştay ise itirazın "tek hâkimle verilen kararların temyizi niteliğinde" olduğu görüşündedir.<sup>19</sup>

İtiraz üzerine bölge idare mahkemeleri ilk olarak evrak üzerinde yaptığı inceleme sonucunda maddi vakıalarla ilgili incelemeyi yeterli görürse veya itiraz hukuki noktalara ilişkinse veya itiraz olunan noktalara ilişkin maddi yanlışlıkların düzeltilmesi mümkün ise işin esas hakkında karar verir. İkinci olarak, ilk inceleme üzerine verilen karar-

<sup>16</sup> Lutfi Duran, "İdari Yargı Adileti", *İdare Hukuku ve İlimler Dergisi*, Sarıca'ya Armağan, İstanbul 1982, C. 3, S. 1-3, s.75.

<sup>17</sup> A. Şeref Gözübüyük, *Yönetmelik Yargısı*, 30. B., Turhan Kitapevi, Ankara 2010, s. 514.

<sup>18</sup> Sait Güran, *Bölge İdare Mahkemeleri ve Danıştay Üzerine Bir Deneme*, İstanbul Üniversitesi İdare Hukuku ve İdare İlimleri Enstitüsü Yayınları, İstanbul, 1977, s. 324-326.

<sup>19</sup> D.10.D. 1983/1125E, 1983/72428K, K.T. 28.11.1983, kararı aktaran Zehra Odyakmaz, *Türk İdari Yargılama Usulünde Kararlara Karşı Başvuru Yolları*, İstanbul 1993, s. 38.

lara karşı yapılan itirazı haklı bulduğu veya davaya görevsiz hâkim tarafından bakılmış olması hallerinde kararı bozmakla birlikte dosyayı geri gönderir.

Belirleyici olarak, itiraz üzerine verilen kararların kesin olması bakımından itiraz kanun yolunun, istinaf kanun yolundan ayrıldığı ifade edilebilir.<sup>20</sup> İtiraz sonucu verilen kararlar kesin olmasına rağmen, istinaf sonucu verilen kararlara karşı temyiz yoluna başvurulabilmektedir. Kural olarak davada işin esasına girilmesi suretiyle inceleme ve araştırma yapılması ve bunun sonunda yeniden bir karar verilmesi bakımından itiraz ve istinaf kanun yolları arasında bir ayrılığın olmadığı görülmektedir.<sup>21</sup> Her iki denetim türünde de hukuki denetimle birlikte maddi olayın incelenmesi söz konusu olmaktadır. İstinaf, itiraz gibi olağan kanun yolunun bir çeşidi olan asıl derece kanun yollarından biridir.

İtiraz, hukuki nitelik olarak kararın hem olay hem de hukuki açıdan denetlenmesi bakımından istinaf incelemesine, kesin ve üst mahkemeye gidilememesi bakımından ise, temyiz incelemesine benzerdir.<sup>22</sup>

## B. TEMYİZ

İstinaf ve temyiz kanun yolları arasındaki en önemli fark, temyiz incelemesinin hukuka uygunluk denetimi ile sınırlı olmasıdır. Temyiz, bir karar hakkındaki karardır. Temyiz kanun yolunda yeniden bir yargılama yapılmamaktadır. Temyiz incelememesinde olaya uygulanan kanun hükmünün doğru tespit edilip edilmediği, usul kurallarına uyulup uyulmadığı incelenir, ancak dosya hakkında yeni bir karar verilmez.<sup>23</sup> İlk derece mahkemesi tarafından incelenen olaylar ve deliller yeniden değerlendirilmez. Temyiz merci kural olarak yeni bilgi ve belge araştırması yapamaz, dava dosyası üzerinden inceleme yapar.<sup>24</sup> Ancak ilk derece mahkemesinin vermiş olduğu karardan sonra ortaya

<sup>20</sup> Avcı, s.185.

<sup>21</sup> Avcı, s.197.

<sup>22</sup> A. Şeref Gözübüyük/Güven Dinçer, İdari Yargılama Usulü, 2. B., Turhan Kitapevi, Ankara 1999, s. 875.

<sup>23</sup> Sancakdar, s. 23.

<sup>24</sup> Ramazan Çağlayan, İdari Yargılama Hukuku, 2. B., Seçkin Yayını, Ankara 2012, s. 546.

çıkan ve verilen kararı etkileyecek nitelikte olay ve deliller temyiz kanun yolunda ileri sürülebilir.<sup>25</sup>

İstinaf incelemesinde ise ilk derece mahkemesinin vermiş olduğu karar, hem hukukilik hem de maddi açılardan denetlenmektedir.<sup>26</sup> İstinaf incelmesinde de yeni olgu ve deliller ileri sürülebilir, davaya ilişkin nihai kararı da bölge idare mahkemesi verir. İstinaf mahkemesi, kararı hukuka uygun bulursa onar; tersi durumda bozma kararı vermekle kalmaz işin esasına girmek suretiyle davayı kendisi karara bağlamaktadır. Bu karar yeni bir karardır ve temyiz edilebilir niteliktedir.<sup>27</sup>

İstinafa ya da temyize konu olan kararın bozulması bakımından da istinaf ve temyiz farklı sonuçları olan kanun yollarıdır. İstinaf incelemesi üzerine bölge idare mahkemesi tarafından ilk derece mahkemesinin kararı bozulduktan sonra dava ilk derece mahkemesine geri gönderilmez. Buna karşın temyiz makamı olan Danıştay'ın yapacağı temyiz incelemesi sonunda bölge idare mahkemesince verilen karar bozulursa kural olarak işin esası hakkında yeni bir karar verilmediğinden, Danıştay, dava dosyasını istinaf incelemesi yapan bölge idare mahkemesine geri gönderir. Temyiz mahkemesi, temyiz incelemesi sonunda kararın bozulmasını gerektiren bir nedenin olması durumunda kararı bozar ve tekrar verilmek üzere esas derece mahkemesine dava dosyasını gönderir tersi durumda onama kararı verir.

### III. İSTİNAFA İLİŞKİN YENİ YASAL DÜZENLEME

#### A. 2577 SAYILI İDARİ YARGILAMA USULÜ KANUNU

Kanun yolları genel olarak iki kümede toplanır: olağan ve olağanüstü kanun yolu. İdari yargılama hukukunda, 6545 sayılı Kanun'la yapılan değişiklik öncesinde, idari yargıda yer alan olağan kanun yolları; *itiraz*, *temyiz* ve *kararın düzeltilmesi*; olağanüstü kanun yolları ise *yargılamanın yenilenmesi* ve *kanun yararına bozma* olarak düzenlenmişti. Ancak, 6545 sayılı Kanun'la "*itiraz*" kaldırılmıştır. Bunun yerine istinaf kanun yolu getirilmiştir. Yine aynı Kanunla kanun ya-

<sup>25</sup> A. Şeref Gözübüyük/Turgut Tan, İdari Yargılama Hukuku II, Turhan Kitabevi, Ankara 2003, s.1023.

<sup>26</sup> Cenk Akil, İstinaf Kavramı, Yetkin Yayını, Ankara 2010, s. 205

<sup>27</sup> Yılmaz, İstinaf, s. 22 vd.

rarına bozma kanun yolu “kanun yararına temyiz” olarak yeniden yapılandırılmış ve “kararın düzeltilmesi” kanun yolu ise yürürlükten kaldırılmıştır. Buna göre, yeni düzenleme sonrasında idari yargıda mevcut olan kanun yollarını; *istinaf, temyiz, yargılamanın yenilenmesi ve kanun yararına temyiz* olarak sıralamak mümkündür.

Türk yargı sisteminde CMK, HMK ve son değişikliklerle idari yargıda da İYUK'ta da “istinaf” olağan kanun yolu olarak öngörülmüş bulunmaktadır. Bundan sonra üç dereceli yargılama sisteminin bir gereği olarak, bölge idare mahkemeleri, itiraz başvuru yolunun da kaldırılmasıyla, tam istinaf mahkemeleri haline getirilmiştir.

## I. İSTİNAF KANUN YOLU

İstinaf kanun yolunun getirilmesi ile en köklü değişikliklerden biri de itiraz kanun yolunun kaldırılması olmuştur. 6545 sayılı Kanun ile 2577 sayılı İdari Yargılama Usul Kanunu'nda yapılan değişiklik ile İYUK'un itirazı düzenleyen 45. maddesi tamamen değişmiş ve istinaf hükümleri getirilmiştir.

**45. madde 1. fıkrasına göre** istinaf kanun yoluna konusu *beş bin TL'yi geçmeyen vergi davaları*, tam yargı davaları ve idari işlemler için başvurulamaz. Bu konuda idare ve vergi mahkemelerince verilen kararlar kesindir. Bu kararlar için temyiz kanun yolu da kapalıdır. Dolayısıyla bu grupta yer alan uyuşmazlıklar için ilk derece mahkemesi kararlarının üst yargı yerlerince denetimi söz konusu değildir. Aynı zamanda istinaf kanunun yolundan geçen kararlar için de bir miktar kısıtlaması bulunmaktadır. Bölge idare mahkemesinin “*Konusu yüz bin Türk lirasını aş(maya)n vergi davaları, tam yargı davaları ve idari işlemler hakkında açılan davalar*” hakkında verdikleri kararlar kesin kabul edilmekte ve temyiz yoluna gidilmemektedir. Kanunda belirtilen parasal sınırların her yıl yeniden değerlendirilme oranına göre arttırılmak suretiyle güncelleneceğini belirtmek gerekir (İYUK, Ek md.1).

İdare hukukunda idari işlemlerin yargısal denetiminin etkili araçlarından biri de üst derece mahkemesinin yargı denetimidir. İlk derece mahkemesi kararlarının denetime tabi tutulmamasının parasal değer ile sınırlanması Anayasa'nın öngördüğü yargı denetimini kısıtlayacak niteliktedir. Bu düzenlemenin hak arama özgürlüğünü ve adil yargılanma hakkını sınırlandırıcı ve dolayısıyla yargısal denetimi

kısıtlayıcı ve daraltıcı nitelikte olduğu söylenebilir. İdari yargı bakımından böyle bir düzenleme (miktar bakımından getirilen sınırlama) hak arama özgürlüğü ve adil yargılanma hakkı bakımından ne Anayasa Mahkemesi'ne ne Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nde yargılama konusu yapılmamıştır. Ayrıca Anayasa'da iki dereceli yargılamayı öngören herhangi bir hüküm bulunmamaktadır.<sup>28</sup> Ancak 30.03.2005 günlü ve 5326 sayılı Kabahatler Kanunu'nda öngörülen parasal sınırın altında kalan idari para cezalarına karşı başvuru üzerine verilen kararların kesin olacağına ilişkin hüküm Anayasa'nın 152. maddesine aykırılığı sebebiyle itiraz yoluyla Anayasa Mahkemesi önüne gelmiş ve Mahkeme, 01.03.2006 tarihli ve 2005/108E, 2006/35K sayılı kararında, her ne kadar adil yargılanma hakkıyla ilintili olan Anayasa'nın 36., 140. ve 142. maddelerinden bahsetmiş ise de, 5326 sayılı Kabahatler Kanunu'nun 28. maddesinde yer alan ve iki dereceli yargılanma hakkına getirilen istisnai hüküm açısından bir irdeleme yapmamıştır. Yine ceza mahkemelerinden verilen ve miktarı iki milyar lirayı (2000 TL'yi) geçmeyen mahkûmiyet hükümlerinin temyiz edilemeyeceği kuralını öngören kanun maddesinin Anayasa aykırı olduğu iddiasıyla yapılan başvuruya istinaden Anayasa Mahkemesince verilen 23.07.2009 tarihli ve 2006/65E, 2009/114K sayılı kararda, itiraz konusu kanun maddesinin iptaline karar verilmiştir. Anayasa Mahkemesi bu kararıyla, ceza mahkemelerinde verilen ve miktarı iki milyar lirayı (2000 TL'yi) geçmeyen mahkumiyet hükümlerinin temyiz edilemeyeceği kuralını öngören düzenlemeyi iptal etmiş olsa da, kararın gerekçesinde, doğ-

<sup>28</sup> Alangoya, hukuk yargılamaları açısından Anayasa madde 154'ün Yargıtay'ı düzenleyen maddesini referans alarak mahkeme kararlarının bir üst mahkeme tarafından kontrolünün Anayasa'da açıkça düzenlenmiş olduğunu savunmaktadır. Alangoya'ya göre iki dereceli (temyiz) yargılama sistemi anayasa gereğidir. Anayasa madde 36 hükmündeki hak arama ve adil yargılanma hakkının bir unsuru da bu kontroldür. Ancak ilk derece mahkemeleri, istinaf mahkemeleri, temyiz mahkemeleri şeklinde üçlü bir değerlendirme anayasal bir zorunluluk değildir. Bkz. Yavuz Alangoya, "Kanun Yolunun Anayasal Temeli ve HUMK m.427 Hükmü ile Kanun Yolu Kapatılmış Olan Kararlara Karşı Kanun Yoluna Müracaat İmkânı", 75. Yaş Günü İçin Prof. Dr. Baki Kuru Armağanı, TBB Yayını, Ankara 2004, s.31,40. Yıldırım ise Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi Kararları ışığında kanun yoluna başvurma hakkının anayasal bir temeli olduğunu, adil yargılanma hakkı için istinaf kanun yolunun da gerekli olduğunu ancak bunun da yeterli olmayacağını ifade etmektedir. Bkz. Kamil Yıldırım, Hukuk Devleti Gereği: İstinaf, Nesil Matbaacılık, 2000, s. 23, 146.



rudan para cezası verilmesini gerektiren suçlar için öngörülen temyiz edilebilme sınırının, adalet duygusunu rencide edecek veya hukuk devleti kavramıyla bağdaşmayacak sonuçlara yol açacak boyutta bulunmadığı, Yargıtay'ın iş yükünü artırmama saikiyle bazı suçlardan ötürü verilen kararlara karşı temyiz yoluna başvurulmasına yasa ile sınır getirilmesinde, Anayasa'nın 2., 36., 141. ve 142. maddelerine aykırı bir yönü bulunmadığına işaret etmiştir.<sup>29</sup>

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6. maddesi de tek dereceli yargılama sistemine yoğunluk vermiş, iki dereceli yargılama zorunluluğu üzerinde durmamıştır. Ancak Ek 7 nolu Protokol<sup>30</sup> ile ceza davalarında iki dereceli yargılama sistemi zorunluluğu getirilmiştir. Bununla birlikte suçun hafif cinsten olması, sanığın ilk derece olarak yüksek yargı yerinde yargılanmış olması gibi durumlarda bu zorunluluk aranmayacaktır. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi de bütün davalarda iki dereceli yargılamanın zorunlu olduğunu kabul etmemektedir. *Canbaz/Türkiye*<sup>31</sup> davasında mahkemelerin önüne çok sayıda daha az önemli dava gelip iş yükünü arttırmamak gibi meşru bir amaç ile temyiz yoluna başvuru için getirilen parasal sınırlamanın adil yargılanma hakkını zedelediği kanaatine varılarak Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi tarafından başvuru reddedilmiştir.<sup>32</sup>

<sup>29</sup> Bu konuda Anayasa Mahkemesi'nin yakın tarihli bireysel başvuru kararları için bkz. M. Kemal Sungur Kararı, 2013/2507, 06.03.2014, par. 45; Tufan Şahin Kararı, 2012/799, 26.02.2014, par. 48.

<sup>30</sup> Ek 7 Nolu Protokol'ün 2. maddesi - İki Dereceli Yargılama Protokol'ünün "Cezai konularda iki dereceli yargılama hakkı" başlıklı 2. maddesinde;  
"1. Bir mahkeme tarafından cezai bir suçtan mahkûm edilen her kişi, mahkûmiyet ya da ceza hükmünü daha yüksek bir mahkemeye yeniden inceletme hakkını haiz olacaktır. Bu hakkın kullanılması, kullanılabilme gerekçeleri de dâhil olmak üzere, yasayla düzenlenir.

2. Bu hakkın kullanılması, yasada düzenlenmiş haliyle az önemli suçlar bakımından, ya da ilgilinin birinci derece mahkemesi olarak en yüksek mahkemede yargılandığı veya beraatını müteakip bunun temyiz edilmesi üzerine verilen mahkûmiyet hallerinde istisnaya tabi tutulabilir." ilkeleri getirilmiştir.

<sup>31</sup> Başvuru No 35641/06, K.T.13.09.2011, bkz. [http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-57584#{"fulltext":\["CANBAZ"\],"item id":\["001-106525"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-57584#{)

<sup>32</sup> Yasemin Çağ, Yüksek Yargı Kurumlarının Avrupa Standartları Bakımından Rollerinin Güçlendirilmesi Ortak Projesi, kapsamında düzenlenen konferans, Ankara, <http://www.yargitay.gov.tr/belgeler/site/documents/YargitayKonfProgram.pdf> E.T.30.12.2015.

Dolayısıyla idari yargıda ilk derece mahkemesinin belli bir miktar sınırının altında kalan davalarda kararın kesin sayılıp kanun yoluna gitme hakkının engellenmesi bahsedilen mahkemelerce adil yargılanma hakkı ve hak arama özgürlüğünü kısıtlayacak düzenlemeler olarak görülmemiştir.

**Maddenin 2. fıkrasında**, “İstinaf, temyizın şekil ve usullerine tabidir. İstinaf başvurusuna konu olacak kararlara karşı yapılan kanun yolu başvurularında dilekçelerdeki hitap ve istekle bağlı kalınmaksızın dosyalar bölge idare mahkemesine gönderilir.” denilmektedir. Bu düzenleme ile önceden itiraz ya da temyiz kanun yoluna tabi tutulan ve ancak yeni düzenleme ile istinaf kanun yoluna tabi tutulan mahkeme kararlarının doğrudan istinaf kanun yoluna tabi olacağı sonucu çıkmaktadır. Nitekim yeni uygulamaya geçildiği andan itibaren istinafa kanun yoluna konu olacak başvurular dilekçedeki “itiraz ediyorum” ya da “temyiz ediyorum” ifadelerine bakılmaksızın istinaf incelemesine tabi tutulacağı sonucu çıkmaktadır. Bu düzenleme istinafın genel kanun yolu olarak öngörülmesinin bir sonucu olarak kabul edilebilir.

İstinaf temyizın şekil ve usulüne tabidir. Bu nedenle istinafa konu olabilecek kararlarda; süre<sup>33</sup>, istinaf başvurusunun yapılması, istinaf dilekçesinin şekli, istinaf aşamasında duruşma yapılması<sup>34</sup> ve istinaf sebepleri ile temyiz sebepleri arasında bir fark görünmemektedir.

Bölge idare mahkemesi “itiraz”da dosya üzerinden inceleme yapıp işin esası hakkında karar vermektedir (md. 45/4 değişikliğin yürürlüğe gireceği tarihe kadar geçerli olan eski düzenleme).<sup>35</sup> Bölge idare mahkemesi ilk inceleme üzerine verilen kararlara karşı itirazı haklı bulursa veya davaya görevsiz mahkeme tarafından bakılmışsa kararı bozar ancak uyuşmazlığı esastan karara bağlamaz, dava dosyasını ilgili mahkemeye gönderir. Yani uyuşmazlığın esastan çözülmediği

<sup>33</sup> İYUK md. 45/1. İdare ve vergi mahkemelerinin kararlarına karşı, başka kanunlarda aksine hüküm bulursa dahi, mahkemenin bulunduğu yargı çevresindeki bölge idare mahkemesine, kararın tebliğinden itibaren otuz gün içinde istinaf yoluna başvurulabilir.

<sup>34</sup> Temyiz ve istinaflarda duruşma yapılması tarafların istemine ve Danıştay veya ilgili bölge idare mahkemesi kararına bağlıdır (İYUK, md.17/2).

<sup>35</sup> Bölge Adliye Mahkemesi ve Bölge İdare Mahkemesi adıyla anılan istinaf mahkemelerinin 20 Temmuz 2016 tarih itibarıyla faaliyete geçeceği 07.11. 2015/29525 sayılı Resmi Gazete’de ilan edilmiştir.

durumlarda, bölge idare mahkemesi kararı bozar ve ilk derece mahkemesine gönderir.

İtiraz hukuki konulara ilişkin ise; uyuşmazlık karardaki maddi yanlışlıklara ilişkin olup, bunların düzeltilmesi mümkün ise, bunlar düzeltilmek suretiyle esas hakkında karar verilir ve dosya ilk derece mahkemesine gönderilmez. İtiraz konusu karardaki uyuşmazlık, dosya üzerinden çözümlenecek durumda değil ise, mahkeme gerekli inceleme ve araştırmaları kendisi yapar ve esas hakkında karar verir ve dosyayı ilk derece mahkemesine göndermez.<sup>36</sup>

45. maddenin 3, 4 ve 5. fıkralarında istinaf usulüne ilişkin düzenleme yer almaktadır.<sup>37</sup> İstinaf incelemesinde kural, ilk derece mahkemesince verilen kararda tespit edilen maddi veya hukuki eksikliklerin istinaf mercii tarafından tamamlanarak nihai kararın da istinaf mercii tarafından verilmesidir. Ancak bu kuralın bir istisnası söz konusudur. Şayet ilk derece mahkemesinin İYUK'un 14 ve 15. maddeleri uyarınca ilk inceleme üzerine vermiş olduğu bir karara karşı istinaf başvurusu yapılmış ve istinaf mercii bu başvuruyu haklı görmüş ise istinaf mercii bu kararı kaldıracak ve dosyayı kararı veren mahkemeye geri gönderecektir. İlk derece mahkemesindeki davaya görevsiz ya da yetkisiz mahkeme tarafından yahut reddedilmiş ya da yasaklanmış hâkim tarafından bakılmış olması halinde de istinaf mercii kararı kaldırmak suretiyle dosyayı geri gönderecektir.

<sup>36</sup> Avcı, s.1854.

<sup>37</sup> md. 45/3. Bölge idare mahkemesi, yaptığı inceleme sonunda ilk derece mahkemesi kararını hukuka uygun bulursa istinaf başvurusunun reddine karar verir. Karardaki maddi yanlışlıkların düzeltilmesi mümkün ise gerekli düzeltmeyi yapılarak aynı kararı verir.

md. 45/4. Bölge idare mahkemesi, ilk derece mahkemesi kararını hukuka uygun bulmadığı takdirde istinaf başvurusunun kabulü ile ilk derece mahkemesi kararının kaldırılmasına karar verir. Bu hâlde bölge idare mahkemesi için esas hakkında yeniden bir karar verir. İnceleme sırasında ihtiyaç duyulması hâlinde kararı veren mahkeme veya başka bir yer idare ya da vergi mahkemesi istinabe olunabilir. İstinabe olunan mahkeme gerekli işlemleri öncelikle ve ivedilikle yerine getirir.

md. 45/5. Bölge idare mahkemesi, ilk inceleme üzerine verilen kararlara karşı yapılan istinaf başvurusunu haklı bulduğu, davaya görevsiz veya yetkisiz mahkeme yahut reddedilmiş veya yasaklanmış hâkim tarafından bakılmış olması hâllerinde, istinaf başvurusunun kabulü ile ilk derece mahkemesi kararının kaldırılmasına karar vererek dosyayı ilgili mahkemeye gönderir. Bölge idare mahkemesinin bu fıkra uyarınca verilen kararları kesindir.

İstinaf düzenlemesinde dosyanın ilgili mahkemeye gönderilmesi gerektiği durumlar bakımından itiraz düzenlemesinde yer almayan “*yetkisiz mahkeme ve reddedilmiş hakim*” tarafından davaya bakılmış olması durumu da yer almaktadır. Bu bakımdan istinaf incelemesinden sonra ilk derece mahkemesine gönderilmesine karar verilecek nedenlerin arttırıldığını söyleyebiliriz.

İtiraza ve istinafa ilişkin düzenlemeler arasında temel farklardan biri şudur: itiraz incelemesinde bölge idare mahkemesi ilk inceleme üzerine verilen kararlara karşı itirazı haklı bulursa veya dava görevsiz mahkeme tarafından bakılmışsa kararın “**bozularak**” ilk derece mahkemesine gönderir ancak istinafta kararın “**kaldırılarak**” ilk derece mahkemesine gönderilmesinden bahsedilmektedir. Buradaki terim farklılığı aslında istinaf kanun yolunda yeniden yargılama yapılarak esas hakkında yeni bir kararın verileceğinin kabulünden ileri gelmektedir. Aksi durumda esas hakkında karar veren iki mahkeme kararı bulunması durumu söz konusu olacaktır. Nitekim bozma, temyiz kanun yolunda verilen karar için kullanılan bir terimdir. Bu karar temyiz mahkemesinin esas hakkında bir karar vermeyip esas hakkında verilen kararı hukuka aykırı bularak ilk derece mahkemesine yeniden göndermesi anlamına gelmektedir. Oysa istinaf yargılaması sonucu verilen karara ilk derece mahkemesinin uyması beklenmez, bu karar ancak temyiz kanun yoluna götürülebilir.

Bölge idare mahkemesi, *itiraz* başvurusu sonucunda ilk derece mahkemesi tarafından verilen kararı yerinde bulursa kararı onar. Esas hakkında yeni bir karar vermese de kararı onayarak “kesin nitelikte” bir karar verir. Bu halde bölge idare mahkemelerinin dosya üzerinde verdiği ya da maddi hataların düzeltilmesine ilişkin işlemi yine esas hakkında karar sayılmaktadır. Ancak istinaf incelemesinde (İYUK md. 45/3) bölge idare mahkemesi, yaptığı inceleme sonunda ilk derece mahkemesi kararını hukuka uygun bulursa istinaf başvurusunun reddine karar verecektir. Karardaki maddi yanlışlıkların düzeltilmesi mümkün ise gerekli düzeltmeyi yaparak aynı kararı verecektir. İstinaf yargılaması sonucu temyizden farklı olarak onama, bozma gibi kararlar verilemeyecektir.<sup>38</sup>

**Maddenin 6. fıkrasına göre** bölge idare mahkemelerinin 46. maddeye göre temyize açık olmayan kararları kesindir. İtiraz düzenleme-

<sup>38</sup> Sancakdar, s.30.

sinde de bölge idare mahkemesinin bütün kararlarının kesin olduğu ve temyiz kanun yoluna başvurulmayacağı düzenlenmiştir.

İYUK md. 45/7'de "İstinaf başvurusuna konu edilen kararı veren ya da karara katılan hâkim, aynı davanın istinaf yoluyla bölge idare mahkemesince incelenmesinde bulunamaz" şeklindeki düzenleme eski itiraz düzenlemesiyle aynı içeriktedir. Bu hükümlerle mahkeme üyelerinin aynı yargılamaya birden çok kere bakmalarını engellenmek istenmiştir. Bu adil yargılanma hakkının bir boyutunu oluşturan tarafsız ve bağımsız bir mahkemede yargılanma hakkının bir gereğidir.

**Maddenin son fıkrasına göre** ivedi yargılama usulüne ilişkin davalar için istinaf yoluna başvurulamaz. İdari yargı hukukuna yeni giren bir usul olan "*ivedi yargılama usulü*", 6545 sayılı Kanun ile İYUK'a eklenen 20/A maddesinde düzenlenmiştir. Maddede sayılan konulardaki uyuşmazlıklar için olağan yargılama usulünden farklı olarak, "hızlandırılmış" yargılama usulü benimsenmiştir. Bu kapsamda olan davalar için istinaf yoluna değil, sadece temyiz yoluna başvurulabilir (İYUK, md. 20/A-2/g). İvedi yargılama usulünün getiriliş amacına uygun olarak istinaf kanun yolu devreden çıkarılmıştır. Merkezî ve ortak sınavlara ilişkin yargılama usulünde de verilen nihai kararlara karşı ancak temyiz yoluna başvurulabilir (md. 20/B/f).

Bu durumda mevcut uygulamada kullanılan "itiraz" olan kanun yolu, içeriğinde önemli bir değişiklik yapılmadan "istinaf" kanun yoluna çevrilmiştir. Esas bakımından bu iki olağan kanun yolu arasında fark bulunmamaktadır. Burada amaç iki dereceli adli yargılamanın üç dereceli hale getirilmesi durumunda sistemler arası uyumun sağlanması ve istinafın ikinci derece yargılamanın yolu olmasıdır.

Eski düzenlemede itiraz kanun yoluna gidilebilecek bütün davalar miktar sınırını aşmak suretiyle istinaf kanun yoluna tabi olacaktır. Bu bakımdan istinaf kanun yoluna ilişkin bir dava sınırlaması yoktur. İstinaf kanun yolunda biri miktar bakımından, diğeri ise ivedi yargılama usulü olmak üzere iki sınırlama sebebi öngörülmüştür.

Temyiz ise İYUK'un 46. maddesinde sayılan hallerle sınırlı olarak başvurulacak bir kanun yolu olarak düzenlenmiştir. Ayrıca burada dikkat edilmesi gereken husus, temyiz yoluna sadece Danıştay dava dairelerinin nihai kararları ile bölge idare mahkemelerinin maddede

sayılan davalar hakkında verdikleri kararlar (İYUK, md. 46/1) için gidilebileceğidir. Temyiz edilecek kararların bu maddede belirtilmesi ile temyiz edilemeyecek kararlara ilişkin 47. madde düzenlemesi mülga olmuştur.<sup>39</sup> Yani, idare ve vergi mahkemesi kararlarına karşı temyiz yoluna başvurulamayacaktır. Bu haliyle, kanun yolları arasında bir silsile oluşmuştur. Öncelikle istinaf yoluna, daha sonra temyiz yoluna gidilebilecektir. Sınırlı olarak sayılan bazı uyuşmazlıklar hariç, doğrudan temyiz yoluna gitmek mümkün değildir. Münhasıran doğrudan temyize gidilecek davalar kanunda ivedi yargılama ve merkezi sınavlara ilişkin yargılamalar olarak belirtilmiştir. Eski düzenlemede itiraza kanun yolu ile kesinleşen kararlara karşı temyiz kanun yoluna gidilemeyeceğine ilişkin bir sınırlama vardı. Son düzenlemeye göre istinaf incelemesinden geçip kesinleşen kararlar ile konusu yüz bin Türk Lirası'nı aşmayan kararlar için temyiz yoluna gidilemeyecektir. Ayrıca bölge idare mahkemesinin 46. maddeye göre temyize açık olmayan, yani temyiz edilemeyen kararları kesindir ve bunlar için temyiz kanun yoluna gidilemeyecektir. Bu düzenlemeler ile hem konu bakımından hem de miktar bakımından üst derece mahkemesinde yargılanma hakkı kısıtlanmıştır.<sup>40</sup>

6545 sayılı Kanun ile değişmeden önce, itiraz kanun yoluna gidilecek haller kanunda sınırlı olarak sayılmak suretiyle belirtilmişti. Temyiz ise, itiraz kapsamına girmeyen uyuşmazlıklar için genel kanun yolu niteliğindeydi. 6545 sayılı Kanun ile değişiklik ile istinaf *genel*

<sup>39</sup> Temyiz edilemeyecek kararlar md. 47 - (Mülga: 18.06.2014-6545/103 md.)

<sup>40</sup> Anayasa Mahkemesi iki dereceli yargılama hakkının miktar bakımından sınırlandırılmasını Anayasa'ya aykırı görmediği gibi konu bakımından üst derece yargılama yolunu kapatan düzenlemeyi de Anayasa'ya aykırı bulmamıştır. Anayasa Mahkemesi'nin idari para cezalarına itiraz üzerine idare mahkemesince verilecek kararın kesin olduğu hükmünü "hak arama özgürlüğüne kamu yararı amacıyla" getirilen sınırlamanın demokratik toplum düzeninin gereklerine aykırı olmadığı gerekçesiyle Anayasa'ya aykırı bulmamıştır. (2001/232 E, 2001/89 K, K.T. 23.5.2001, R.G.19.01.2002/24645) Özbek, kanun yoluna müracaat sınırlamasının caiz olup olmadığının temyiz kanun yolunun amacına göre tespit edilmesini savunmaktadır. Özbek, yüksek mahkemelerin (yazıda Yargıtay işaret edilmekte) esas görevinin hukukun uygulanmasında birliği sağlamak olduğu savunmaktadır. Yazar içtihat birliği amacının sınırlama ile bağdaşmadığını ifade etmektedir. Mutlaka bir sınırlama getirilmek içtihat birliği amacının mümkün merteye az zedelenmesini sağlayacak tedbirler alınmasını önermektedir. Selçuk Özbek, "HUMK m. 427'deki Kesinlik Sınırının Temyiz Kanun Yolunun Amacı Bakımından Değerlendirilmesi ve Anayasa Mahkemesinin 20.01.1986 tarihli Kararı", Hukuk Araştırmaları, Marmara Üniversitesi Yayını, 1987/II, s. 62-68.

*kanunun yolu* olarak düzenlenmiştir. Temyiz ise, İYUK'un 46. maddesinde sayılan hallerle *sınırlı* olarak başvurulacak bir kanun yolu olarak düzenlenmiştir. Yeni kurulan bölge idare mahkemeleri faaliyete geçtikten sonra, İYUK madde 20/A'da sayılan davalar dışındaki tüm davalarda verilen kararlar istinaf incelemesine tâbi olacaktır. İYUK madde 20/A kapsamındaki acele işlerde ise "**ilk derece ve temyiz**" şeklinde iki dereceli yargılama sistemi geçerli olacak. İYUK madde 46'da sayılmayan davalar da "**ilk derece ve istinaf**" şeklinde iki dereceli olacak. İYUK madde 46 kapsamındaki davalar ise üç aşamalı "**ilk derece, istinaf ve temyiz**" olacaktır. İstinaf mahkemesinin yeniden yargılama yaparak karar vermesinin sınırlandırılması yerinde bir düzenlemedir. İlk derece mahkemesinin özellikle dava şartları yönünden hataları halinde istinaf mahkemelerinin bu hataları tespit edip yargılama için dosyayı tekrar ilk derece mahkemesine göndermesi kabul edilmiştir. Böylelikle ilk derece mahkemesinin güçlendirilmesi ve daha fazla sorumluluk alması amaçlanmıştır.<sup>41</sup>

İstinaf kararlarının temyiz incelemesi çalışmanın konusunun istinaf olması sebebiyle ayrıntılı olarak incelenmeyecektir.

## II. DİĞER KANUN YOLLARININ İSTİNAF SONRASI DÖNÜŞÜMÜ

6545 sayılı Kanun'la yapılan değişiklik öncesinde idari yargıda yer alan olağan kanun yolları itiraz, temyiz ve kararın düzeltilmesi; olağanüstü kanun yolları ise yargılamanın yenilenmesi ve kanun yararına bozmadır. Söz konusu değişiklik ile kanun yararına bozma, "*kanun yararına temyiz*" olarak yeniden yapılandırılmış ve kararın düzeltilmesi kanun yolu ise yürürlükten kaldırılmıştır. İYUK'un 53. maddesinde düzenlenmiş olan yargılamanın yenilenmesi kanun yolu ise herhangi bir değişikliğe uğramamıştır.

İYUK'ta kanun yararına bozma yolunun düzenlendiği 51. madde 6545 sayılı Kanunla *kanun yararına temyiz* şeklinde yeniden düzenlenmiş olup, madde metni aşağıdaki gibidir.

"1. İdare ve vergi mahkemeleri ile bölge idare mahkemelerinin kesin olarak verdiği kararlar ile *istinaf veya temyiz incelemesinden geçmeden kesin-*

<sup>41</sup> Pekcanitez, s.134.



*leşmiş bulunan kararlardan niteliği bakımından yürürlükteki hukuka aykırı bir sonucu ifade edenler, ilgili bakanlıkların göstereceği lüzum üzerine veya kendiliğinden Başsavcı tarafından kanun yararına temyiz olunabilir.*

2. Temyiz isteği yerinde görüldüğü takdirde karar, kanun yararına bozulur. Bu bozma kararı, daha önce kesinleşmiş olan merci kararının hukuki sonuçlarını kaldırmaz.

3. Bozma kararının bir örneği ilgili bakanlığa gönderilir ve Resmi Gazete’de yayımlanır.” (İYUK, md.51)

Maddede yapılan değişiklik, söz konusu kanun yolunun özünü etkilememektedir. İstinaf kanun yolunun yargılama düzeninde yer almasına koşul olarak bu madde metninde ve başlığında gerekli uyarılama yapılmıştır.

6545 sayılı Kanun’la İYUK’un, “kararın düzeltilmesi” başlıklı 54. maddesi adli yargı sistemine istinaf kanun yolunun getirilmesiyle birlikte karar düzeltme yolu kaldırılmıştır. Zira istinaf kanun yolu bulunmaması nedeniyle kendine özgü bir kanun yolu olarak yargılama sistemine getirilmiş olan kararın düzeltilmesi kurumunun kaldırılması, itiraz kanun yolu kaldırıldığı için zaten işlevini yitirmiş olacaktır. Nitekim karar düzeltme, itiraz ve temyiz merciileri tarafından henüz kesinleşmemiş nihai kararların, yalnızca karar düzeltme nedenlerine bağlı kalarak kararı veren mahkeme tarafından tekrar gözden geçirilmesini sağlayan kanun yollarından biriydi.<sup>42</sup>

### III.İSTİNAF KANUN YOLUNDA YÜRÜTMİYİ DURDURMA

Bu değişiklikle bağlantılı olarak temyiz ve itiraz istemlerinde *Yürütmenin Durdurulması* başlıklı İYUK madde 52’deki itiraz deyimi, istinaf olarak değiştirilmiştir. İYUK madde 52 metni “*Temyiz veya istinaf yoluna başvurulmuş olması, hâkim, mahkeme veya Danıştay kararlarının yürütülmesini durdurmaz.*” şeklindedir. İdari yargı yerinin vermiş oldukları kararlara karşı istinaf ve temyiz kanun yoluna başvurulması, hâkim, mahkeme veya Danıştay kararlarının yürütmesini kendiliğinden durdurmaz, bu kararların yürütmesini durdurmadığı için idare verilen kararları yerine getirmekle yükümlüdür. Ancak üst derece

<sup>42</sup> Gözübüyük, Yönetmelik, s.517.

mahkemeleri istem üzerine bu kararların yürütmesinin durdurulmasına karar verebilirler.

İstinaf aşamasında yürütmeyi durdurma talebi hakkında, ilk derece mahkemesinin kararının ret ve iptal olmasına göre düzenlemede farklı yollar öngörülmüştür.

Davanın reddine ilişkin kararın istinaf incelemesine konu olması halinde, dava konusu işlem hakkında yürütmenin durdurulması kararı verilebilmesi madde 27'de öngörülen "açık hukuka aykırılık" ve "telafisi güç ve imkânsız zarar" koşullarının varlığına bağlıdır. Üst yargı yoluna başvurarak yürütmeyi durdurma isteyen davacının amacı burada davanın reddi ile yeniden icra niteliği kazanan dava konusu işlemin icrasını engellemektir. Davanın reddine ilişkin kararlar, davacının hukuka aykırılık iddialarının ilk derece mahkemesi tarafından kabul görmediği, başka bir anlatımla iptal kararının verilmediği ya da tazminat talebinin kabul görmediği kararlardır. Ret kararından önce yürütmeyi durdurma kararı verilmişse ret kararı ile birlikte yürürlüğü duran işlem de ortadan kalkacağı için idare, hukuka uygun olduğu mahkemece tespit edilen işlemi uygulayacaktır. Yürütmeyi durdurma kararı verilmediği takdirde ise zaten davanın reddi yolundaki karar hukuk düzeninde yalnızca davayı bitirmekten, idari yargıcın davadan elini çekmesinden ibaret olacaktır. Davaya konu edilmiş bulunan idari işlemin icrailiği devam eder. Bu tarihten sonra davalı idare tarafından yapılacak işlem ve eylemler, davanın reddi yolunda verilen kararın uygulanması değil, davaya konu edilen işlemin söz konusu niteliğinin doğal sonucudur.<sup>43</sup>

İlk derece mahkemesince dava konusu işlem hakkında iptal kararı verildiği durumlarda, bu kararın istinaf aşamasında yürütülmesinin durdurulabilmesi için mahkemenin ne gibi şartlar arayacağı konusunda düzenlemede bir açıklık bulunmamaktadır. Davanın kabulü, iptal davalarında dava konusu işlemin tümüyle ya da kısmen iptal edilmesine ilişkin kararlardır. Bu durumda da yürütmeyi durdurma istemi yine ilk derece mahkemesinde yargılamaya konu olan işlemin yürürlüğünün durdurulması istemini içermektedir. Yani idare, kanun yolu başvurusuna konu kararın yürütmesinin durdurulmasını isterken,

<sup>43</sup> Turgut Candan, Açıklamalı İdari Yargılama Usulü Kanunu, 2005, s. 946.

bu kararın gereklerine göre işlem tesis etme ya da eylemde bulunma zorunluluğundan kurtulma yanında, iptal edilen idari işlemi uygulayabilmeyi de amaçlamaktadır.<sup>44</sup> İptal kararları hakkında üst yargı yerlerince İYUK 52. maddesi uyarınca verilecek yürütmenin durdurulması kararı, idareyi geçici olarak, kararın gereklerine göre işlem yapma veya eylemde bulunma zorunluluğundan kurtarır.<sup>45</sup>

Dava kısmen ret ve kısmen iptal ile sonuçlanmış ise davanın ret ile sonuçlanan kısmı için yürütmenin durdurulması talebinde bulunmalıdır. Zira ret ile sonuçlanan kısım için ortada idare bakımından icra edilebilir bir karar bulunmaktadır.

Bu kararların teminat karşılığında yürütülmesinin durdurulmasına temyiz istemini incelemeye yetkili Danıştay dava dairesi, kurulu veya istinaf başvurusunu incelemeye yetkili bölge idare mahkemesince karar verilebilir. Ancak kanun hükmüne göre iptal davalarında teminat istenmeyebileceği, bu kararın yürütmenin durdurulması talebini isteyen mahkemece değerlendirileceği sonucu çıkmaktadır. Ayrıca kanunda idareden ve adli yardımdan yararlananlardan teminat alınmayacağı düzenlenmiştir. Burada teminatın sadece iptal davası için alınmayacağı belirtilmediğinden tazminat davaları içinde ilgililerden teminat alınmayacağını kabul etmek gerekir. Teminat kural olarak istenir ve teminat olmadan yürütmenin durdurulması kararı verilemez. Ancak bazı istisnalar öngörülmüştür. İptal davalarında teminat istenmeyebileceği düzenlenmiştir. Ayrıca adli yardımdan yararlananlardan teminat alınmayacağı düzenlenmiştir (İYUK md. 27/6)

İYUK madde 52'de süre konusunda herhangi bir düzenleme yapılmamıştır. O halde temyiz ve istinaf incelemesinde işin esas hakkında karar verilmeye kadar yürütmenin durdurulması isteminde bulunulabilir ve yürütmeyi durdurma kararı esas hakkında karar verilmeye kadar geçerli olacaktır.

Maddenin son fıkrasında kararın bozulmasının, kararın yürütülmesini kendiliğinden durduracağı düzenlenmiştir ancak üst de-

<sup>44</sup> Turgut Candan, "İtiraz ve Temyiz Başvuruları Dolayısıyla Verilen Yürütmenin Durdurulması Kararlarının İptal Davasına Konu İdari İşlemin Yürütülebilirliği Üzerindeki Etkileri", *Ankara Barosu Dergisi*, 1992/4, s.564

<sup>45</sup> Candan, "İtiraz ve Temyiz Başvuruları Dolayısıyla Verilen Yürütmenin Durdurulması Kararlarının...", s.564.

rece mahkemesi bozma kararı verdiğiğinde icraya konulmuş ilk derece mahkemesinin kararının icrası kendiliğinden ortadan kalkacağı için kararın icrası duracaktır. Yine bu düzenlemenin (son fıkranın) temyiz kanun yolu için geçerli sayılabilecek bir düzenleme olduğu kabul edilebilir. Nitekim istinaf kanun yolunda bölge idare mahkemeleri tarafından verilen kararlar bozma ve onama şeklinde olmayacak, kararın kaldırılması yani ilk derece mahkemesinin yerine geçen yeni bir kararın verilmesi şeklinde olacaktır. İstinaftan sonra, temyiz edilen kararlar bakımından bozma kararı söz konusu olabilecektir. Ancak etkileri bakımından istinaf incelemesi sonucu verilen davanın reddi ya da kabulü hakkında karara göre yürütmenin durdurulması tıpkı ilk derece mahkemesi kararında olduğu gibi sonuç doğuracaktır. Temel ilke yürütmenin durdurulması kararının esas karar verilineye kadar etkili olduğuna ve Danıştay'ın bozma kararı son karar niteliği taşıdığına göre, bozma kararı yürütmeyi durdurma kararının yerine geçmektedir. Bozma kararından sonraki süreç ve kararın bu defa temyiz incelemesine konu olması durumunda aynı süreç tekrar işleyecektir.

Yürütmenin durdurulması istemleri hakkında üst yargı yerlerince verilen kararlara itiraz edilemez.<sup>46</sup> Ayrıca 52. madde kararlara karşı itiraz yoluna gidilebileceği belirtilmemiştir.

## **B. 2576 sayılı BÖLGE İDARE MAHKEMELERİ, İDARE MAHKEMELERİ VE VERGİ MAHKEMELERİNİN KURULUŞU VE GÖREVLERİ HAKKINDA KANUNDA İSTİNAF KANUN YOLUNA İLİŞKİN DÜZENLEMELER**

Üç dereceli yargılama sistemi içinde istinaf mahkemesi olarak yer alan bölge idare mahkemelerinin görev alanları<sup>47</sup> ve madde içindeki bütün itiraz deyimleri istinaf kanun yolu ile uyumlu olarak istinaf kurumunun idari yargıya yerleşmesi ile birlikte değiştirilmiştir. 2576 sayılı Kanunla 3. madde yer alan bölge idare mahkemeleri ve dairelerinin görevleri düzenlenmekle birlikte yeni oluşumlar da eklenmiştir. Örneğin yeni değişikliklerle birlikte bölge idare mahkemesi bünyesinde

<sup>46</sup> Cüneyt Büyükyaka, "İdari Yargılama Usul Hukukunda Temyiz Aşamasındaki Yürütmenin Durdurulması Kararının Özelliği", *İstanbul Barosu Dergisi*, 2004, C. 78, S. 1 s.124.

<sup>47</sup> Bkz. 2576 sayılı Bölge İdare Mahkemeleri, İdare Mahkemeleri ve Vergi Mahkemelerinin Kuruluşu ve Görevleri Hakkında Kanun md. 3.

başkanlar kurulu, bölge idare mahkemesi adalet komisyonu ve müdürlükler kurulmuştur.

Ayrıca bölge idare mahkemelerinin istinaf mahkemeleri olarak yapılandırılmasına ilişkin geçiş dönemi hükümleri ve uygulamanın başlamasına ilişkin hükümler 6545 sayılı Kanun ile 2576 sayılı Kanun'a eklenen geçici 20. madde ile hükme bağlanmıştır. Buna göre;

*"1. Adalet Bakanlığı, bu Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten itibaren üç ay içinde, Kanunun, bu Kanunla değişik 3 üncü maddesinde öngörülen bölge idare mahkemelerini kurar. Bölge idare mahkemelerinin kuruluşları, yargı çevreleri ve tüm yurttaki görev başlayacakları tarih, Resmî Gazete'de ilan edilir. Mevcut bölge idare mahkemeleri, yeni kurulan bölge idare mahkemelerinin görev başlayacakları tarihe kadar faaliyetlerine devam ederler.*

**2. Yeni kurulan bölge idare mahkemelerinin görev başlayacakları tarih itibarıyla mevcut bölge idare mahkemelerinde bulunan dosyalar; yargı çevreleri dikkate alınarak yeni kurulan bölge idare mahkemelerine devredilir ve ilgili dairelere tevzi edilir.**

3. Yeni kurulan bölge idare mahkemelerinin görev başlama tarihinden önce Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulunca bu mahkemelerin başkanları, daire başkanları ve üyelerinin atamaları yapılır. Bölge idare mahkemelerinde görev yapacak diğer personelin atamaları da aynı süre içinde yapılır.

4. Yeni kurulan bölge idare mahkemelerinin adalet komisyonları da bu mahkemelerin görev başlayacakları tarih itibarıyla oluşturulur." (2576 sayılı Kanun, geçici md.20).

Bölge İdare Mahkemelerinin yapısında değişiklik yapan kanun hükümleri yayımı tarihinde (28.06.2014) yürürlüğe girmiş olmasına rağmen fiili uygulama, Adalet Bakanlığı tarafından (3 ay içerisinde) söz konusu bölge idare mahkemelerinin kuruluşu, bu mahkemelerinin kuruluşları, yargı çevreleri ve tüm yurttaki görev başlayacakları tarih Resmi Gazete'de ilan edildikten sonra başlayacaktır.<sup>48</sup>

<sup>48</sup> Bölge Adliye Mahkemesi ve Bölge İdare Mahkemesi adıyla anılan istinaf mahkemelerinin 20 Temmuz 2016 tarih itibarıyla faaliyete geçeceği 07.11. 2015/29525 sayılı Resmi Gazete'de ilan edilmiştir.

### C. GEÇİŞ HÜKÜMLERİ VE UYGULAMANIN FİİLEN BAŞLAMASI

Yukarıda açıklanan yeni yapılanmaya ilişkin geçiş dönemi hükümleri ve uygulamanın başlamasına ilişkin hükümler 6545 sayılı Kanun ile İYUK'a eklenen geçici 8. madde ile hükme bağlanmıştır.

*"1. Bu Kanunla idari yargıda kanun yollarına ilişkin getirilen hükümler, 2576 sayılı Kanun'un, bu Kanunla değişik 3 üncü maddesine göre kurulan bölge idare mahkemelerinin tüm yurttta göreve başlayacakları tarihten sonra verilen kararlar hakkında uygulanır. Bu tarihten önce verilmiş kararlar hakkında, kararın verildiği tarihte yürürlükte bulunan kanun yollarına ilişkin hükümler uygulanır.*

*2. Bölge idare mahkemelerinin faaliyete geçme tarihine kadar idare ve vergi mahkemeleri tarafından verilen kararlara yapılan itirazlarda bu Kanunla düzenlenen istinaf kanun yolu için öngörülen harçlar alınır." (İYUK, geçici md.8).*

2576 sayılı Kanun'a eklenen geçici 20. maddedeki düzenlemeyi İYUK'taki geçici 8. madde ile okuduğumuzda ortaya ikili bir sistem çıkmaktadır. Nitekim bu hükümlerden de anlaşılacağı gibi bölge idare mahkemelerinin tüm yurttta göreve başlayacakları tarihe kadar eski düzenleme yürürlükte kalacak, bu tarihten önce verilmiş kararlar hakkında, kararın verildiği tarihte kanun yollarına ilişkin hükümler uygulanacak ve bölge idare mahkemeleri kurulduktan sonra yeni yargılama sistemine geçilecek ve eski bölge idare mahkemelerindeki dosyalar bu mahkemelere aktarılacaktır. Aktarılan dosyalara hangi yargılama usulünün uygulanacağı açık bir şekilde belirtilmemiştir. O halde bölge idare mahkemeleri faaliyete geçtiğinde buralara aktarılan dosyalara hali hazırda eski kanun hükümlerine göre yargılama yapılacak, yani *itiraz dosyaları* olarak devam edecek dosyalar mı olacak yoksa genel kanun yolu istinaf olarak öngörüldüğü için ve daha önce itiraz konusu yapılabilecek bütün kararların istinaf incelemesine tabi olup istinaf incelemesine mi tabi tutulacağı konusunda bir açıklık bulunmamaktadır. Yeni kurulan *bölge idare mahkemesine* dağıtılan dosyaların eski kanunun yürürlükte bulunduğu dönemde alınan kararlar olduğunu kabul edersek bu kararlar için itiraz incelemesi yapılacak

ve verilen kararlar kesin olacaktır. Aynı zamanda bu tarihten sonra verilen kararlar da istinaf incelemesine konu olacaktır. Ancak kararlar kesin olmayacak, bu kararlara karşı temyize gidilebilecektir. Bu durumda bölge idare mahkemeleri aynı anda hem itiraz incelemesi hem de istinaf incelemesi yapacaktır. Ancak verilen kararların niteliğinde bir ayrılık söz konusu olacaktır. İtiraz üzerine verilen karar temyiz edilemeyecek ancak istinaf üzerine verilecek aynı nitelikteki karar temyiz edilebilecektir. Bu da ikili uygulamaya sebep olabilir. Dolayısıyla bölge idare mahkemelerinin faaliyete geçirecek düzenlemede bu durumun açıklığa kavuşturulması gerekmektedir.

## SONUÇ

Kanun yollarının ve bir kanun yolu olarak istinafın temel amacı bireyin kişisel haklarının özellikle adil yargılanma hakkının korunmasıdır. Üç dereceli yargılamanın hak arayanlar açısından daha fazla güvence sağlayacağı açıktır. Ancak belirtmek gerekir ki istinaf mahkemelerinin kurulması hukuk devletinin öncelikli gereği değildir. Yukarıda da değinildiği gibi Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi de adil bir yargılamanın yapılması açısından çok dereceli yargı yolunu zorunlu görmüyor. Üç dereceli bir yargı yolu öngören istinaf uygulaması anayasal bir zorunluluk da değildir.

İstinaf sisteminin olmamasının ülkenin veya hukuk sisteminin çağdaş olup olmaması ile ilgili değil, hukuk devleti ilkesinin tüm kurum ve kurallarıyla yaşama geçirilememiş olması, yargı bağımsızlığının tam olarak sağlanamaması çağdaşlıkla daha yakından ilgilidir.<sup>49</sup> Dolayısıyla Danıştay'ın iş yükünün azaltılması nedeniyle oluşturulan bir bölge idare mahkemeleri istinaf mahkemesi yapısının sağlıklı olmayacağı açıktır. Bölge idare mahkemelerinin istinaf mercilerine dönüştürülmesinde temel amaç, hak arama hürriyetinin daha geniş anlamda kullanılabilmesi ve adil yargıya hizmet etmek olmalıdır.<sup>50</sup>

<sup>49</sup> Fahrünnisa Tunca, Türkiye'de İstinaf Arayışları ve İdari Yargının Sorunları, İdari Yargıda İstinaf Semineri, Mayıs 2009, Antalya, s.28.

<sup>50</sup> Bahtiyar Akyılmaz, Yargı Kararlarının Temyiz Öncesi Kesinleşmesi, İdari Yargıda İstinaf Semineri, Mayıs 2009, Antalya, s.170.



İstinaf sistemi, davaların hızlı ve adil bir şekilde sonuçlandırılmasında tek başına yeterli olmayacaktır. Kamu idare, kurum ve kuruluşlarının işlem ve eylemleri, idari yargıdaki uyuşmazlıkların temel uğraş alanıdır. İdari yargıya bu bağlamda taşınacak dava sayısının da azaltılması gerekir. Bunu sağlamak için, kamu idare, kurum ve kuruluşlarının karar alma sürecine ilişkin usuller ile bu süreçten kaynaklanan uyuşmazlıkların idari dava yoluna gidilmeden arabulucu, uzlaştırıcı ve kamu denetçisi gibi alternatif uyuşmazlık çözüm yollarını öngören genel bir idari usul kanununun bir an önce yürürlüğe konulması gerekmektedir.<sup>51</sup>

Belirtmek gerekir ki temyiz kanun yolu içtihadı birleştirme işlevi bakımından önem taşımaktadır. Ancak istinaf kanun yolu yeniden bir denetim olanağı tanınması bakımından hak arama hürriyeti ve adil yargılama hakkının yerine getirilmesi bakımından ek bir güvence olarak görülmektedir. Diğer yandan itirazdan farklı olarak, istinaf mahkemeleri, ilk derece mahkemesi kararından tatmin olmayanlar için yeni bir yargılama yolu olarak görülmelidir. Sadece hukuki değil, maddi vakıalar ve delillerin değerlendirilmesi suretiyle maddi yönden de denetim yaptığı için ilk derece mahkemelerinin kararlarında daha etkili olmaya zorlayacak, temyiz mercii olan yüksek mahkemenin de gerçek fonksiyonu olan içtihat oluşturma görev ve yetkisine hizmet edecektir.<sup>52</sup> Ancak hem istinaf denetimine hem de temyiz denetimine tabii tutulacak davaların konu ve miktar bakımından sınırlandırılması Danıştay'ın içtihat mahkemesi olarak işlevini yitirmesine neden olma riskini taşımaktadır. Hukuka uygunluğun kontrolü olmadan hukuk birliğinin sağlanması söz konusu olamaz. Böylece ilk derece mahkemelerinin güçlendirilmesi ve daha fazla sorumluluk hissetmeleri sağlanmış olacaktır.

Hali hazırda var olan bölge idare mahkemelerinin yanı sıra Danıştay daireleri bile kendi aralarında içtihat birliğine varmış değillerdir. Bölge idare mahkemeleri istinaf mahkemeleri olarak kurulduğunda birçok daire ve bölge idare mahkemeleri arasında içtihat birliğinin na-

---

<sup>51</sup> Avcı, s.201.

<sup>52</sup> Akyılmaz, s.170.

sıl sağlanacağı konusunda bir açıklık bulunmamaktadır.<sup>53</sup> Daireler ve bölge idare mahkemeleri arasında aynı ya da benzer konulara ilişkin farklı kararlar verilmesi içtihat birliğinin sağlanmasını engellemektedir.<sup>54</sup> Bu eleştiri Danıştay içtihadı birleştirme kararları ile sağlanacağı savunulsa<sup>55</sup> da uzun bir süre bölge idare mahkemelerinin kararları arasında bir uyumsuzluk ve farklılık doğacağı kesindir.

### Kaynakça

- Akbaba Ahmet, "Fransız İdari Yargı Sistemine Bir Bakış", *Ankara Barosu Dergisi*, 2014/2.
- Akil Cenk, *İstinaf Kavramı*, Yetkin Yayını, Ankara 2010.
- Akyılmaz Bahtiyar, "Yargı Kararlarının Temyiz Öncesi Kesinleşmesi", *İdari Yargıda İstinaf Semineri*, Mayıs 2009, Antalya.
- Alangoya Yavuz, "Kanun Yolunun Anayasal Temeli ve HUMK m. 427 Hükmü ile Kanun Yolu Kapatılmış Olan Kararlara Karşı Kanun Yoluna Müracaat İmkânı", 75. Yaş Günü İçin Prof. Dr. Baki Kuru Armağanı, TBB Yayını, Ankara 2004.
- Apalak Şevket, "İdari Davalarda Yürütmenin Durdurulması", *Sayıştay Dergisi*, Ekim-Aralık 1998, S. 31.
- Avcı Mustafa, "İdari Yargıda İstinaf", *TBB Dergisi*, 2011, S. 96.

<sup>53</sup> 18.06.2014 tarih ve 6545 sayılı Kanun'un 6. maddesiyle 2576 sayılı Bölge İdare Mahkemeleri, İdare Mahkemeleri ve Vergi Mahkemelerinin Kuruluşu ve Görevleri Hakkında Kanuna eklenen 3/C maddesinde yer alan "Benzer olaylarda, bölge idare mahkemesi dairelerine verilen kesin nitelikteki kararlar arasında veya farklı bölge idare mahkemeleri dairelerine verilen kesin nitelikteki kararlar arasında aykırılık veya uyumsuzluk bulunması hâlinde; resen veya ilgili bölge idare mahkemesi dairelerinin ya da istinaf yoluna başvurma hakkı bulunanların bu aykırılığın veya uyumsuzluğun giderilmesini gerekçeli olarak istemeleri üzerine, istemin uygun görülmesi hâlinde kendi görüşlerini de ekleyerek Danıştay Başkanlığına iletmek." hükmüyle bölge idare mahkemesi kararlarına karşı içtihatları birleştirme imkânı tanınmış gibi görünmektedir.

<sup>54</sup> İstinaf mahkemeleri arasında içtihat farklılıklarının giderilmesine ilişkin bir çözüm olarak İçtihadı Birleştirme Kurulu'na bölge idare mahkemesi başkanlarının üye olarak kabul edilmesi içtihat birliğinin sağlanmasına katkı sunacak bir düzenleme olabilir. Ayrıca Fransız idari yargısında yer alan 'yargısal görüş' kurumu benzeri bir uygulama da düşünülebilir. Yargısal görüş kurumu hakkında ayrıca bkz. Gürsel Kaplan, *Yargısal Görüş (Avis Contentieux) Kurumu*, Danıştay Dergisi, Ankara 2008, S. 119, s.1-12, <http://www.idare.gen.tr/kaplan-avis.htm>, E.T. 25.01.2016. Daha fazla bilgi için bkz. Jean-Marc Sauve, "The French Administrative Jurisdiction System", Speech by Jean-Marc Sauve, Hunter Valley, Australia, 4 March 2010, s.13. <http://www.conseil-etat.fr/Actualites/Discours-Interventions/The-French-administrative-jurisdictional-system>, E.T. 25.01.2016.

<sup>55</sup> Bkz. Sancakdar, s.21.

- Bereket Baş Zuhal, "İdari Yargılama Usulü Açısından İstinaf ve Kabulü Sorunu", *Danıştay Dergisi*, C. 27, S. 11, Ankara 1996.
- Büyükyaka Cüneyt, "İdari Yargılama Usul Hukukunda Temyiz Aşamasındaki Yürütmenin Durdurulması Kararının Özelliği", *İstanbul Barosu Dergisi*, 2004, C. 78, S.1.
- Candan Turgut, "İtiraz ve Temyiz Başvuruları Dolayısıyla Verilen Yürütmenin Durdurulması Kararlarının İptal Davasına Konu İdari İşlemin Yürütülebilirliği Üzerindeki Etkileri", *Ankara Barosu Dergisi*, 1992/4.
- Candan Turgut, *Açıklamalı İdari Yargılama Usulü Kanunu*, 2005.
- Çağ Yasemin, Yüksek Yargı Kurumlarının Avrupa Standartları Bakımından Rollerinin Güçlendirilmesi Ortak Projesi, kapsamında düzenlenen konferans, Ankara, <http://www.yargitay.gov.tr/belgeler/site/documents/YargitayKonfProgram.pdf> E.T.30.12.2015.
- Çağlayan Ramazan, *İdari Yargılama Hukuku*, 2. B., Seçkin Yayını, Ankara 2012.
- Çınar Ali Rıza, "İstinaf", *Fasikül*, 2010, Y. 2, S. 8.
- Erem Faruk, "İstinaf Mahkemeleri", *AÜHF Dergisi*, Ankara 1950, C. VII, S. 12.
- Gözübüyük A. Şeref/Dinçer Güven, *İdari Yargılama Usulü*, 2. B., Turhan Kitabevi, Ankara 1999.
- Gözübüyük A. Şeref/TAN Turgut, *İdari Yargılama Hukuku II*, Turhan Kitabevi, Ankara 2003.
- Gözübüyük A. Şeref, *Yönetsel Yargı*, 30. B., Turhan Kitabevi, Ankara, 2010.
- Güran Sait, "Bölge İdare Mahkemeleri ve Danıştay Üzerine Bir Deneme", *İstanbul Üniversitesi İdare Hukuku ve İdare İlimleri Enstitüsü Yayınları*, İstanbul 1977.
- Gürsel Kaplan, *Yargısal Görüş (Avis Contentieux) Kurumu*, *Danıştay Dergisi*, Ankara 2008, S. 119, s.1-12, <http://www.idare.gen.tr/kaplan-avis.htm>, E.T. 25.01.2016.
- Kayar Nihat, *Yönetsel Yargı Kurulu ve İşleyiş*, Ekin Kitabevi, Bursa 2010.
- Kuru Baki, "İstinaf Mahkemeleri Kurulurken", *Adalet Dergisi*, Yıl 54, S. 5-8, Ankara.
- Lutfi Duran, "İdari Yargı Adileşti", *İdare Hukuku ve İlimler Dergisi*, Sarıca'ya Armağan, İstanbul 1982, C. 3, S. 1-3.
- Odyakmaz Zehra, *Türk İdari Yargılama Usulünde Kararlara Karşı Başvuru Yolları*, İstanbul 1993.
- Özay İlhan, *Günüşiğinde Yönetim, II Yargısal Koruma*, On İki Levha Yayını, İstanbul 2010.
- Öztek Selçuk, "HUMK m. 427'deki Kesinlik Sınırının Temyiz Kanun Yolunun Amacı Bakımından Değerlendirilmesi ve Anayasa Mahkemesinin 20.01.1986 tarihli Kararı", *Hukuk Araştırmaları*, Marmara Üniversitesi Yayını, 1987/II
- Öztürk Bahri, "İstinaf Yargılamayı Yavaşlatır mı?", *Fasikül*, 2010 Y. 2, S. 8.
- Pekcanitez Hakan, "Hukuk Güvenliği Açısından İstinaf Mahkemeleri", *İdari Yargıda İstinaf Semineri*, Mayıs 2009, Antalya.

- Sancakdar Oğuz, "İdari Yargıda İstinaf Sistemi Üzerine Düşünceler", Danıştay ve İdari Yargı Günü 144. Yıl Sempozyumu, 11 Mayıs 2012, Ankara.
- Sauve Jean-Marc, The French Administrative Jurisdictional System, Speech By Jean-Marc Sauve, Hunter Valley, Australia, 4 March 2010, <http://www.conseil-etat.fr/Actualites/Discours-Interventions/The-French-administrative-jurisdictional-system>, E.T. 25.01.2016.
- Tunca Fahrünnisa, "Türkiye'de İstinaf Arayışları ve İdari Yargının Sorunları", İdari Yargıda İstinaf Semineri, Mayıs 2009, Antalya.
- Yıldırım Kamil, Hukuk Devleti Gereği: İstinaf, Nesil Matbaacılık, 2000.
- Yılmaz Ejder, İstinaf Kavramı, Rekabet Kurumu Perşembe Konferansları Yayınları, Aralık 2004, [http://www.rekabet.gov.tr/tr-TR/Persembe-Konferanslari-Yayin-Listesi?control\\_PersembeKonferanslariYayinListesi\\_gridThursdayConferencesPublicationsListChangePage=17](http://www.rekabet.gov.tr/tr-TR/Persembe-Konferanslari-Yayin-Listesi?control_PersembeKonferanslariYayinListesi_gridThursdayConferencesPublicationsListChangePage=17) E.T.06.06.2016.
- Yılmaz Ejder, İstinaf, 2. B., Yetkin Yayını, Ankara 2005.

# ÜST HAKKI İRADI VE BU İRADIN ÖDENMESİNE İLİŞKİN ALACAĞIN GÜVENCESİ OLARAK KANUNÎ İPOTEK HAKKI

## BUILDING RIGHT REMUNERATION AND STATUTORY CHARGE AS THE GUARANTEE OF THE CLAIM RELATED TO THE PAYMENT OF THIS REMUNERATION

Arif Barış ÖZBİLEN\*

**Özet:** Sahibine, başkasına ait olan bir arazinin altında veya üstünde yapı inşa etme veya mevcut bir yapıyı muhafaza etme yetkisini veren üst hakkı, arazi malikinin arazisi üzerindeki mülkiyet hakkını kaybetmeksizin bundan finansal olarak yararlanmasına olanak sağladığı gibi, üst hakkı sahibine de araziye yüksek bir bedelle satın almak zorunda kalmadan bunun üzerindeki yapının maliki olma yetkisini kazandırmaktadır. Bu çalışmada, özellikle, üst hakkının tesisi karşılığında yüklü taşınmaz malikine karşı üstlenilen irat ödeme borcu ile bu borcun yasal teminatını oluşturan ve yerine getirilmesi konusunda üst hakkı sahibine yükümlülük yüklenen kanunî ipoteği kurma borcunun hukukî niteliklerinin ortaya konulması amaçlanmaktadır.

**Anahtar Sözcükler:** Üst Hakkı, Üst Hakkı İradı, Kanunî İpotek Hakkı

**Abstract:** The building right which entitles its holder competence to erect or maintain a construction above or below the ground of the property, plays an important role by providing to the holder of the building right, the authority to own the building to be constructed on the land, without the need to purchase the land itself. This essay is aimed especially to determine the legal nature of the obligation to pay the building right remuneration and that of the obligation to record a statutory charge on the building right in order to guarantee this remuneration claim.

**Keywords:** Building Right, Building Right Remuneration, Statutory Charge

---

\* Yrd. Doç. Dr., Bilkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medenî Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

## I- Genel Hatlarıyla Üst Hakkı

Üst hakkı, sahibine başkasına ait bir arazinin üstünde veya altında inşaat<sup>1</sup> yapma veya mevcut olan bir inşaatı (yapıyı) muhafaza ederek, ondan yararlanma yetkisini sağlayan bir irtifak hakkıdır.<sup>2</sup> Bu suretle, üst hakkı sahibi başkasına ait olan bir arazideki inşaat üzerinde malik olma yetkisi kazanır.<sup>3</sup> Ancak bu yetki, MK m. 683 vd. hükümleriyle ortaya konulan mülkiyet hakkının sağladığı yetki ile birebir özdeş bir yetki değildir. Zira mülkiyet hakkından farklı olarak üst hakkı sahi-

<sup>1</sup> İnşaatın anlaşılması gereken, toprağın altında veya üzerinde meydana getirilen her türlü yapıdır. Bu bağlamda, bir otelin tenis kortu veya yüzme havuzu, bir fabrikanın buhar kazanı, bir taşınmazın altında yapılan mahzen veya sarnıç dahi inşaat olarak kabul edilebilir. Bkz. Suad Bertan, *Aynı Haklar, Medenî Kanununun 618-764'üncü Maddelerinin Şerhi*, Cilt 2, MK. 703-764, Ankara 1976, sh. 1532-1533. Keza duvar, köprü, su kanalı, direk, arazinin altına yapılan galeri, sığınak, garaj, depo ve hâttâ araziye sürekli surette bağlanan makineler dahi inşaat kapsamına dâhil edilir. Bkz. Jale Akipek, "Üst Hakkı Kavramı, Muhtevası ve Mahiyeti", Prof. Dr. H. C. Oğuzoğlu'na Armağan, Ankara 1972, sh. 59.

<sup>2</sup> Kemal Oğuzman/Özer Seliçi/Saibe Oktay Özdemir, *Eşya Hukuku*, 15. Bası, İstanbul 2012, sh. 856; Şeref Ertaş, *Eşya Hukuku*, 9. Bası, İzmir 2011, sh. 507; Lale Sirmen, *Eşya Hukuku*, Ankara 2013, sh. 601; Hasan Erman, *Eşya Hukuku Dersleri*, 4. Bası, İstanbul 2013, sh. 158; Mehmet Ünal, *Türk Medenî Hukukunda Yapı (Üst) Hakkı*, Ankara 1988, sh. 6; Osman Berat Gürzumar, *Türk Medenî Hukukunda Üst Hakkı*, 2. Baskı, İstanbul 2001, sh. 27; Akipek, sh. 32; Vecdi Aral, *İnşaat (Üst) Hakkı*: (MK. Mad. 652, 751), İstanbul 1962, sh. 9; Mustafa Alper Gümüş, "Yeni Türk Medenî Kanunu Hükümleri İle Karşılaştırmalı Olarak Medenî Kanun'un Üst Hakkına İlişkin Hükümlerinde Üst Hakkı İlişkinin Tarafları ve İlgilileri İçin Kabul Edilmiş "Tazminat (Bedel) Alacakları" ve "İpotek Hakları"", *Bilgi Toplumunda Hukuk*, Ünal Tekinalp'e Armağan, C.II, İstanbul 2003, sh. 534; Alban Ballif, *Le Droit de Superficie, Eléments réels, obligations propter rem et droits personnels annotés*, Bâle 2004, No. 139; Denis Piotet, "Les droits réels limités en général, les servitudes et les charges foncières", *Traité de Droit Privé Suisse, Volume V, Tome 2, 2e édition*, Berne 2012, sh. 116; Paul-Henri Steinauer, *Les droits réels*, Tome III, 4ème édition, Berne 2012, sh. 110; Aydın Aybay/ Hüseyin Hatemi, *Eşya Hukuku*, 3. Bası, İstanbul 2012, sh. 269; Kemal Oğuzman/Nami Barlas, *Medenî Hukuk, Giriş-Kaynaklar-Temel Kavramlar*, 16. Bası, İstanbul 2010, sh. 138; Mustafa Dural/Suat Sarı, *Türk Özel Hukuku*, Cilt I, *Temel Kavramlar ve Medenî Kanunun Başlangıç Hükümleri*, İstanbul 2012, sh. 152; Hüseyin Altaş, *Medenî Hukuk Başlangıç Hükümleri* (TMK m. 1-7), Ankara 2014, sh. 76. Ayrıca üst hakkının ortaya çıkış nedenleri ve tarihsel gelişimi konusunda bkz. A. Nadi Günel, "Roma Hukukunda Üst Hakkı (Superficies)", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 47, Sayı 1-4, 1998, sh. 107, 110.

<sup>3</sup> Oğuzman/Seliçi/Oktay Özdemir, sh. 856; Ertaş, sh. 507; Akipek, sh. 65; Sirmen, sh. 601; Pascal Simonius/Thomas Sutter, *Schweizerisches Immobiliarsachenrecht, T. II, Die beschränkten dinglichen Rechte*, Bâle 1990, sh. 133; Herdem Belen, "Üst Hakkında Süresinden Önce Devir Talebine Esas Edimler ve Buna Bağlı Hukuksal Sonuçlar", *İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Sayı: 4, Yıl: 2005, sh. 37; Aybay/Hatemi, sh. 271; Ballif, No. 139; Steinauer, Tome III, sh. 111.

bi, yapı üzerindeki bu yetkisini süre bakımından sınırsız bir şekilde kullanamaz. Bir taşınmaz maliki, taşınmazı üzerinde sahip olduğu yetkileri herhangi bir süre sınırlamasına tâbi tutulmaksızın kullanabilirken; üst hakkı sahibi bu yetkilerini ancak MK m. 836/f. 1 ve f. 2'de öngörülen süre sınırına<sup>4</sup> bağlı olarak kullanabilir.<sup>5</sup>

Bir arazi üzerindeki mülkiyet hakkı, kapsam itibarıyla bu arazinin altında veya üstünde bulunan yapıları içine alsa dahi; üst hakkı istisnâ olarak bir yapının, altında veya üzerinde bulunduğu arazinin malikinden başka bir kişiye ait olmasına izin vermektedir. Zira Medenî Kanun m. 726/f. 1 uyarınca, bir üst irtifakına dayalı olarak başkasına ait bir arazinin altında veya üstünde sürekli kalmak üzere inşa edilen yapıların mülkiyetinin, üst hakkı sahibine ait olacağı öngörülmektedir. Böylelikle, arazinin mülkiyetinin el değiştirmesine gerek kalmaksızın, üçüncü kişiler arazi üzerinde inşaat yapma ve arazinin mülkiyetinden bağımsız olarak, inşa ettikleri yapıya malik olma yetkisini kazanmaktadır.<sup>6</sup> Kurulan üst hakkı ile, arazi malikinin arazisi üzerindeki mülkiyet hakkı sona ermemekte; onun araziyi satıp, devretme ya da arazi üzerinde ipotek hakkı kurma gibi yetkileri mevcudiyetini korumaktadır.<sup>7</sup>

Üst hakkı, belirli bir taşınmaz lehine<sup>8</sup> kurulabileceği gibi, belirli bir kişi lehine de kurulabilir. Kişi lehine (ya da kişiye bağlı olarak) ku-

<sup>4</sup> Üst hakkı, bağımsız bir irtifak olarak en fazla yüz yıl için kurulabilir. Ancak kurulmuş olan üst hakkı, süresinin dörtte üçü dolduktan sonra, kurulması için kanunda öngörülen şekle uyulmak suretiyle en fazla bir yüz yıl daha uzatılabilir. MK m. 836/f. 1 ile öngörülen yüz yıllık azamî sınırın, yalnızca bağımsız üst hakkı için değil, bağımsız olmayan (şahısla kâim veya eşyaya bağlı) üst hakkı için de söz konusu olduğu yönünde bkz. Ertaş, sh. 516.

Kişiye bağlı olarak kurulan üst hakkının başkasına devredilmeyeceği ve mirasçıya intikal etmeyeceği kararlaştırılmış olup, bu hak için ayrıca herhangi bir süre de belirlenmemiş ise, süre, üst hakkı sahibinin ölümüyle sona erer.

<sup>5</sup> Üst hakkının süresi son bulduğu takdirde, üst hakkına konu olan yapının mülkiyeti MK m. 684 ve m. 718/f. 2 hükümleri ile öngörülen ana kural gereğince arazinin malikine geçer.

<sup>6</sup> Akipek, sh. 65.

<sup>7</sup> Oğuzman/Seliçi/Oktay Özdemir, sh. 856; Sirmen, sh. 601.

<sup>8</sup> Üst hakkı belirli bir arsa üzerindeki "inşaat lehine" değil; inşaatın bulunduğu "taşınmaz mal" lehine tesis edilir. Üst hakkının lehine tesis edilmiş olduğu arsadaki inşaatın yıkılması, üst hakkının sona ermesine sebebiyet vermez. Üst hakkının bu bağlamda sona erdiğinden bahsedebilmek için, yüklü ya da yararlanan taşınmazın yok olması gerekir. Bkz. Yarg. 14. HD, 10.12.1975 tarih ve 5337/5693sayılı kararı (<http://www.kazanci.com> (erişim tarihi: 27.5.2015)).



ruhan üst hakkı, münhasıran kişiye bağlı (şahısla kaim) irtifaklardan olan intifa (MK m. 794 vd.) ve oturma (MK m. 823 vd.) haklarından farklı bir biçimde, kural olarak başkasına devredilebilir ve mirasçılara intikal edebilir.<sup>9</sup> Ancak, tarafların bunun aksini kararlaştırmaları, diğer bir deyişle üst hakkının mirasçılara intikal etmeyeceğini ya da başkasına devredilmeyeceğini öngörmeleri de mümkündür.

Üst hakkı, bu özellikleri nedeniyle öğretilerde “düzensiz”<sup>10</sup>, “karma”<sup>11</sup>, “karmaşık”<sup>12</sup>, “devredilebilen kişiye bağlı”<sup>13</sup>, “düzensiz kişisel irtifak/el değiştirebilen kişisel irtifak”<sup>14</sup> şeklinde farklı isimlendirmelere konu olsa da; bu ifadeler, ortak bir irtifak türüne işaret etmek amacıyla kullanılmaktadır. Bu bakımdan üst hakkı, kendisi ile aynı sınıflandırma içerisinde yer alan kaynak irtifakı ile benzerlik gösterir.<sup>15</sup>

Bağımsız<sup>16</sup> ve sürekli<sup>17</sup> bir nitelik arz etmesi durumunda üst hakkının, tapu sicilinin ayrı bir sayfasına taşınmaz olarak kaydedilmesi mümkündür.<sup>18</sup> Bunun bir sonucu olarak, üzerinde kurulduğu taşın-

<sup>9</sup> Steinauer, Tome III, sh. 116.

<sup>10</sup> Ertay, sh. 506.

<sup>11</sup> Aybay/Hatemi, sh. 268; Erman, sh. 157.

<sup>12</sup> Turhan Esener, Eşya Hukuku, Ankara 1985, sh. 170.

<sup>13</sup> Jale Akipek/Turgut Akıntürk, Eşya Hukuku, İstanbul 2009, sh. 701.

<sup>14</sup> Oğuzman/Seliçi/Oktay Özdemir, sh. 855; Sirmen, sh. 601.

<sup>15</sup> Erden Kuntalp, “Bağımsız ve Sürekli Sınırlı Aynı Hakların Özellikle Üst Hakkının Taşınmaz Olarak İşlem Görmesi”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Yıl: 1991, Sayı: 4, sh. 535.

<sup>16</sup> İrtifak hakkı sahibinin iradesiyle devredilebilen ve mirasçılara intikal eden irtifaklar “bağımsız irtifak” olarak adlandırılmaktadır. Bunun neticesinde eşyaya bağlı olarak kurulan, devri yasaklanan ya da taşınmaz malikin rızasına tâbi tutulan üst hakkı, bağımsız irtifak niteliği arz etmez. Bkz. Oğuzman/Seliçi/Oktay Özdemir, sh. 857, dn. 462; Kuntalp, sh. 534, 536-541; Ballif, No. 153; Steinauer, Tome III, sh. 113. Bu konuda ayrıca bkz. Davut Gürses, “Kredi Teminatı Olarak Üst Hakkı İpotegi”, *Bankacılar Dergisi*, Sayı: 76, Yıl: 2011, sh. 6-8.

<sup>17</sup> En az 30 yıl süreyle kurulan üst irtifakının, sürekli nitelikte olduğu kabul edilmektedir (MK m. 826/f. 3).

<sup>18</sup> Bkz. Kuntalp, sh. 544; Mehmet Serkan Ergüne, Üst Hakkının Tasarruf İşlemlerine Konu Olmasına İlişkin Hukukî Sorunlar, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, C. LXVI, S. 1, sh. 277; Erman, sh. 158; Steinauer, Tome III, sh. 113; Ballif, No. 158.

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu 8.10.2008 tarih ve 14-620/615 sayılı kararında, üst hakkını kuran resmî senette, “yatırımların başlama ve bitiş tarihlerine kısıtlamalar getirilmesi, irtifak hakkının devri hâlinde Hazine ile yeniden sözleşme yapılması zorunluluğu konulması, belirli koşulların gerçekleşmesi hâlinde Hazine’ye tek yanlı iptal hakkı tanınması, irtifak hakkının kiraya verilemeyeceğine ve bir yılda iki taksidin ödenmemesi durumunda irtifak hakkının iptal edileceğine dair hükümlere yer verilmesi” nedeniyle, üst hakkının bağımsız ve sürekli nitelikte

mazdan bağımsız ve tapuya kaydedilmiş yeni bir taşınmaz meydana gelir<sup>19</sup> ve bu sayede üst hakkı, taşınmaz mülkiyetine benzer bir şekilde temlik, rehin ve haciz konusu olabilir.<sup>20</sup> Bu husus 2013 tarihli Tapu Sicil Tüzüğü m. 10/f. 2’de şu şekilde düzenlenmiştir: *“Tapu kütüğüne taşınmaz olarak tescil edilen bağımsız ve sürekli haklar, üçüncü kişilere devredilebilir, mirasçılara geçebilir ve üzerinde her türlü aynı veya kişisel hak kurulabilir”*.

## II- Üst Hakkını Kuran İrtifak Sözleşmesinde Yer Alan Kayıtların Hukukî Niteliğine İlişkin Genel Değerlendirme

### 1) Türk hukukundaki mevcut durum

Türk hukukunda, üst hakkını kuran irtifak sözleşmesinde yer alan sözleşme hükümlerinin dört ana grupta toplandığı görülmekte-

sayılamayacağına ve bu kısıtlamalar sebebiyle üst hakkının tapu kütüğünün ayrı bir sayfasına taşınmaz olarak kaydedilemeyeceğine hükmetmiştir (Bkz. <http://www.kazanci.com> (erişim tarihi: 27.5.2015)).

<sup>19</sup> Bunun koşulları için bkz. Kuntalp, sh. 530 vd. Ayrıca bkz. Peter Tuor/Bernhard Schnyder/Jörg Schmid, Das Schweizerische Zivilgesetzbuch, 12. Auflage, Zürich 2002, sh. 960; Aybay/ Hatemi, sh. 270; Ergüne, sh. 279; Akipek, sh. 36.

<sup>20</sup> Kuntalp, sh. 548; Gürses, sh. 5. Bağımsız ve sürekli nitelikteki üst hakkı tapu kütüğünün ayrı bir sayfasına kaydedilirken, yüklü taşınmazın tapu kütük sayfasının “İrtifak Hakları ve Gayrimenkul Mükellefiyetleri” sütununda “M: Bağımsız ve sürekli nitelikte olan üst hakkı, ..... lehine ..... yıl müddetle ..... no’lu sahifede tescil edilmiştir. Tarih: ..... Yev: .....” şeklinde bir kayıt düşülür.

Yüklü taşınmazın tapu kütüğü sayfasında, üst hakkının bağımsız ve sürekli niteliği ile ilgili olarak gerekli tescil ve belirtme işlemleri yapıldıktan sonra, ilgili tapu kütüğünün en son sayfasına üst hakkının kaydı yapılır. Bu sayfada:

“a - Tapu kütüğünün sahife no sütunundaki sahife numarasının altına;

“..... sahifedeki taşınmaza ait bağımsız ve sürekli üst hakkı”

b - Yüzölçümü sütununa; yüklü (ana) taşınmazın tamamı üzerinde üst hakkı tesis edilmiş ise “üst hakkı”, bir kısmı üzerinde tesis edilmiş ise üst hakkı tesis edilen miktar yazılır.

c - Taşınmazın niteliği sütununa; “..... yıl süre ile ..... no’lu sahifedeki .....ada ..... parsel üzerinde üst hakkı”

d - Mülkiyet bölümünün edinme sebebi sütununa; “Üst Hakkı”

e - Beyanlar hanesine (tesis için düzenlenen resmî senette belirlenmiş ise); “Üst hakkı karşılığı olarak irad tarzında borçlanılan edaların azami üç yıllık miktarı için bu malikin kanuni ipotek hakkı vardır. Tarih:.....Yev:.....”, “- .....TL’lik tazminat karşılığında yüklü (ana) taşınmaz üzerinde üst hakkı sahibinin kanunî ipotek hakkı vardır. Tarih:.....Yev:.....”, şeklinde yapılacak ve tapu kütüğü sayfaları arasında irtibat kurularak tescil işlemi tamamlanacaktır”.

Ayrıca, üst hakkının bulunduğu tapu kütüğü sayfasının pafta, ada, parsel numaraları ile semti, mahallesi, köyü, mevki ve sokağı sütunları, yüklü taşınmazın tapu kütüğü sayfası ile uygun olacak biçimde yazılır. Bu konuda bkz. T.C. Bayındırlık ve İskân Bakanlığı Tapu ve Kadastro Genel Müdürlüğü Tasarruf İşlemleri Dairesi Başkanlığı’nın 15.6.2010 tarih ve 1705 no’lu (2010/12) Genelgesi.

dir. Bunlardan ilki, bir sonraki bölümde açıklayacağımız üzere MK m. 827'de düzenlenen ve üst hakkının içerik ve kapsamıyla ilgili olarak resmî senette yer alan hükümlerdir. Aynî etkiye sahip olan bu hükümlerin herkes için bağlayıcı nitelikte olduğu, madde metninde belirtilmiştir.

İkinci grubu oluşturan sözleşme hükümleri ise kanun gereği eşyaya bağlı borç niteliğine sahip olan hükümlerdir. Bunlar bakımından söz konusu olan eşyaya bağlı borç niteliği, doğrudan doğruya kanun hükmünden ileri gelmektedir. Diğer bir anlatımla, bu hükümler üst hakkını kuran irtifak sözleşmesinde yer almasalar dahi, kanun tarafından böyle öngörülmüş olduğu için eşyaya bağlı borç niteliğini taşımaktadır. MK m. 834'te düzenlenen üst hakkı iradının güvencesini oluşturmak üzere ipotek kurulmasını isteme hakkı ile yine MK m. 831'de düzenlenen ve taşınmaz malikinin üst hakkının süresinden önce kendisine devredilmesine dair istemi<sup>21</sup> konusundaki sözleşme hükümleri kanun gereği eşyaya bağlı borç niteliğine sahip olan hükümlerdir.

Tapu siciline şerh verilmek suretiyle eşyaya bağlı borç niteliği kazanan sözleşme hükümleri ise bu konudaki üçüncü grubu oluşturmaktadır. MK m. 830'da düzenlenen ve taşınmaz malikine kalan yapılar için üst hakkı sahibine ödenmesi kararlaştırılan bedelin miktarı, bu bedelin hesaplanış biçimi ile bu bedel borcunun kaldırılmasına ve arazinin ilk hâline getirilmesine ilişkin anlaşmalar, üst hakkını kuran irtifak sözleşmesine ilişkin resmî senette yer almaları ve tapu siciline şerh verilmeleri hâlinde eşyaya bağlı borç niteliğine sahip olmaktadır.

743 sayılı (önceki) Medenî Kanun döneminde ise, taşınmaz malikine kalan yapılar için üst hakkı sahibine ödenmesi kararlaştırılan bedele ilişkin anlaşmalar hakkında farklı bir düzenleme bulunmaktaydı. MK m. 830 hükmünün önceki Medenî Kanundaki karşılığını oluşturan eMK m. 751d hükmüne<sup>22</sup> göre, yüklü taşınmaz malikine kalan yapılar

<sup>21</sup> Bkz. bu konuda Belen, sh. 41.

<sup>22</sup> Söz konusu hüküm 743 sayılı Türk Kanunu Medenisî'ne 14.11.1990 tarih ve 3678 sayılı kanun değişikliği ile ilave edilmiştir. Hükme göre: "Gayrimenkul malikine kalan yapılar nedeniyle üst hakkı sahibine bir tazminat ödenmesi kararlaştırılmış ise, tazminatın miktarına ve hesaplanış tarzına, üst hakkı süresinin sonunda gayrimenkulün eski hâline getirilmesine ilişkin hükümler resmî senette yer alır. Bu hükümler üst hakkını ve yükümlü gayrimenkulü iktisap eden herkes için bağlayıcıdır".

nedeniyle üst hakkı sahibine bir bedel<sup>23</sup> ödenmesi kararlaştırılmış ise, bu bedelin miktarı, hesaplanış tarzı ve üst hakkı süresinin sonunda taşınmazın eski hâline getirilmesi konularında taraflar arasında anlaşmaya varılan hususların, üst hakkını kuran irtifak sözleşmesine ilişkin resmî senette yer almış olmak kaydıyla; tapu siciline şerh verilmesine dahi gerek kalmadan herkes için bağlayıcı olacağı öngörülmekteydi. Bu hüküm, öğretide, taşınmaz malikine kalan yapılar için üst hakkı sahibine ödenmesi kararlaştırılan bedele ilişkin anlaşmaların hukukî niteliği konusunda farklı görüşlerin ortaya atılmasına sebep olmuştu. Bu görüşlerden biri, yapıların karşılığı olarak üst hakkı sahibine ödenmesi kararlaştırılan bedele ilişkin anlaşmaların, resmî senette düzenlenmeleri hâlinde, üst hakkını kuran irtifak sözleşmesinin içeriğine dâhil olacağını ve MK m. 827 (eMK m. 751/a) hükmü gereği aynı etkiye sahip olacağını ileri sürmekteydi.<sup>24</sup> Diğer bir görüş ise, yüklü taşınmaz malikini olumlu bir edimi yerine getirme (kendisine kalan yapılar için üst hakkı sahibine belli bir bedel ödeme) yükümlülüğü altına sokan sözleşme kayıtlarının aynı etkiye sahip olamayacağından ve verme/yapma borçlarının irtifak haklarının asli içeriğini oluşturamayacağı kuralından hareket ederek, irtifak sözleşmesine ilişkin resmî senette yer alan bu kayıtların, kanun gereği eşyaya bağlı borç niteliği arz ettiklerini savunmaktaydı.<sup>25</sup> Bu görüş, taşınmaz malikine kalan yapılar için üst hakkı sahibine ödenmesi kararlaştırılan bedele ilişkin kayıtların, irtifak sözleşmesine ilişkin resmî senette düzenlenmeleri hâlinde, tapu siciline şerh verilmesine gerek kalmaksızın -kanun gereği- eşyaya bağlı borç niteliğine sahip olduğunu kabul etmekteydi.<sup>26</sup>

<sup>23</sup> Hükümde bedel yerine "tazminat" ifadesi kullanılmışsa da, söz konusu durumla ilgili olarak ne üst hakkı sahibinin uğradığı bir zarardan ne de üst hakkı sahibinin uğradığı zararın giderilmesi konusunda taşınmaz malikinin sahip olduğu bir sorumluluktan bahsedilemeyeceğine göre, bu ifadenin MK m. 830 hükmünde olduğu gibi "bedel" olarak anlaşılması gerekir. Bu yöndeki eleştiriler için bkz. İlhan Uluhan, "Yeni Türk Medenî Kanunu Ön Tasarısında Yer Alan İnşaat (Üst) Hakkına İlişkin Hükümlerin Değerlendirilmesi", *İstanbul Barosu Dergisi*, Cilt: 61, Sayı 1-2-3, 1987, sh. 30 ve Gümüş, sh. 538-539.

<sup>24</sup> Bkz. Gümüş, sh. 541-542.

<sup>25</sup> Bkz. Gürzumar, sh. 124, 151.

<sup>26</sup> Gürzumar, sh. 150-151. Kanımızca da, kalan yapıların karşılığı olarak üst hakkı sahibine ödenmesi kararlaştırılan bedele ilişkin anlaşmalar, resmî senette yer alsalar bile aynı etkiden yoksun olacaklardır. Gerçekten MK m. 779/f. 2' de öngörüldüğü gibi, yapma borçları, başlı başına irtifak hakkına konu olamaz; bu tür borçlar, irtifak hakkına ancak yan edim olarak bağlanabilir. Yüklü taşınmaz maliki ancak

Bu tartışmalar, bugün için ise önemini yitirmiş görünmektedir. Nitekim 4721 sayılı Türk Medenî Kanunu'nun kabulü ile birlikte yürürlüğe giren MK m. 830 hükmü, bu konuda bir değişiklik yapmış ve taşınmaz malikine kalan yapılar için üst hakkı sahibine ödenmesi kararlaştırılan bedelin miktarı ve bunun hesaplanış biçimi ile bu bedel borcunun kaldırılmasına ve arazinin ilk hâline getirilmesine ilişkin anlaşmaların, üst hakkının kurulması için gerekli olan resmî şekle tâbi olduğunu ve bunların tapu kütüğüne şerh verilebileceğini öngörmüştür. Bu hüküm, söz konusu anlaşmaların nitelik itibarıyla aynı etkiye sahip olmadığını altını çizdiği gibi, irtifak sözleşmesine ilişkin resmî senette düzenlenmek ve ancak tapuda şerh verilmek kaydıyla üçüncü kişilere karşı da ileri sürülebilir hâle gelebileceğini ortaya koymuştur. Kalan yapıların karşılığı olarak üst hakkı sahibine ödenmesi kararlaştırılan bedele ilişkin anlaşmalar bakımından söz konusu edilen eşyaya bağlı borç niteliğinin ise, yeni düzenleme ile birlikte, kanun gereği değil, ancak tapu siciline şerh verilmek suretiyle kazanılabileceği ortaya konulmuştur.

Dolayısıyla, Türk hukukunda artık üst hakkına ilişkin olarak taraflar arasında kararlaştırılan bir yükümlülüğün, yalnızca üst hakkını kuran irtifak sözleşmesinde (resmî senette) düzenlenmekle eşyaya bağlı borç niteliğine sahip olması imkânı ortadan kalkmıştır. Diğer bir anlatımla, resmî senette düzenleniyor olmak, üst hakkına ilişkin olarak taraflar arasında kararlaştırılmış olan bir borcu kendiliğinden eşyaya bağlı borç niteliğine büründürmez. Eşyaya bağlı borç niteliği, ya MK m. 834 (üst hakkı iradının güvencesi olarak ipotek kurulmasını isteme hakkı) ve m. 831 (üst hakkının süresinden önce devri istemi) hükümlerinde olduğu gibi, resmî senette düzenlenmelerine gerek olmaksızın doğrudan doğruya kanun tarafından verilmiştir; ya da bir borca ilişkin olarak taraflar arasında kararlaştırılan söz konusu kayıt,

---

irtifak hakkı sahibinin hakkını kullanmasına "katlanma" ya da mülkiyet hakkının içeriğindeki bazı yetkileri kullanmaktan "kaçınma" şeklinde pasif bir davranışta bulunma borcu ile karşı karşıya kalmaktadır. Ancak bir taşınmaz yükü (MK m. 839 vd.) söz konusu olduğunda yüklü taşınmaz malikinin asli edim olarak bir yapma borcu altına girmesi mümkündür. Arazi malikinin kendi toprağından çıkan suyun teslimine ilişkin borç altına girmesi konusundaki İsviçre Federal Mahkeme kararı için bkz. ATF 131 I 321 (<http://www.servat.unibe.ch/dfr/c1131321.html>) (erişim tarihi: 27.5.2015); Paul-Henri Steinauer, *Les droits réels*, Tome II, 4ème édition, Berne 2012, sh. 413.

üst hakkını kuran irtifak sözleşmesinde yer almak ve ayrıca tapu siciline şerh verilmek suretiyle eşyaya bağlı borç niteliğini kazanır.

Üst hakkı ile ilgili sözleşme hükümleri konusundaki son grubu ise, sadece taraflar arasında etki doğuran ve tapu siciline şerh verilme imkânı bulunmayan hükümler oluşturmaktadır. Üst hakkı sahibinin, üst hakkının tesisi karşılığında taşınmaz malikine karşı yerine getirmeyi üstlendiği irat ödeme borcu da bu grup içerisinde yer almaktadır.

## 2) İsviçre Medenî Kanunu'nda meydana gelen değişiklikler

İsviçre Medenî Kanunu'nda 11 Aralık 2009 tarihinde kabul edilen ve 1 Ocak 2012 tarihinde yürürlüğe giren yasal düzenlemeler üst hakkı ile ilgili olarak önemli değişiklikler meydana getirmiştir.

Üst hakkı ile ilgili maddelerin başlangıç hükmünü oluşturan ve "Konu ve Tapu Kütüğüne Kayıt" başlığını taşıyan m. 779'da herhangi bir değişikliğe gidilmediği görülmektedir. Esas itibarıyla değişikliklerin yapıldığı 779a ve 779b maddelerinde meydana gelen yenilikler ise şu şekilde özetlenebilir:

İsv. MK m. 779a'nın ilk fıkrası "Üst hakkının kurulmasına ilişkin olarak gerçekleştirilen *hukukî işlemin geçerliliği resmî şekilde düzenlenmesine bağlıdır*"<sup>27</sup> şeklinde bir değişikliğe uğramıştır. Hükmün önceki hâli ise "*Bağımsız ve sürekli nitelikteki üst hakkının kurulmasına ilişkin sözleşmenin geçerliliği resmî şekilde düzenlenmesine bağlıdır*"<sup>28</sup> şeklinde idi. Türk Medenî Kanunu'nda ise özel olarak üst hakkının kurulmasına yönelik olarak gerçekleştirilen hukukî işlemin geçerliliği konusunda bir hüküm bulunmamaktadır. Bununla birlikte, MK m. 781 ile ortaya konulan "İrtifak hakkının kurulmasına ilişkin sözleşmenin geçerli olması, resmî şekilde düzenlenmesine bağlıdır" hükmü bu konuda herhangi bir boşluk doğmasına meydan vermemektedir.

<sup>27</sup> Hükmün Fransızca metni: "L'acte constitutif d'un droit de superficie n'est valable que s'il a été passé en la forme authentique".

Hükmün Almanca metni: „Das Rechtsgeschäft über die Errichtung eines Baurechts bedarf zu seiner Gültigkeit der öffentlichen Beurkundung“.

<sup>28</sup> Hükmün Fransızca metni: "Le contrat constitutif d'un droit de superficie distinct et permanent n'est valable que s'il a été fait par acte authentique".

Hükmün Almanca metni: „Der Vertrag über die Begründung eines selbständigen und dauernden Baurechtes bedarf zu seiner Gültigkeit der öffentlichen Beurkundung“.



Maddede yapılan diğer bir değişiklik ise, İsv.MK m. 779a hükmüne ikinci bir fıkra ilave edilmesi suretiyle gerçekleştirilmiştir. Önceki düzenlemede yer almayan bu hüküm şu şekilde tercüme edilebilir: “Üst hakkı iradı ile diğer (konulardaki) sözleşme hükümlerinin tapu siciline şerh verilebilmeleri için, söz konusu kayıtların resmî şekilde düzenlenmesi gerekir”.<sup>29</sup>

Görüldüğü gibi, İsv.MK m. 779a’ya eklenen ikinci fıkra ile, üst hakkı iradı ile diğer (özellikle taşınmaz malikine kalan yapılar için üst hakkı sahibine ödenmesi kararlaştırılan bedelin miktarı, bu miktarın hesaplanış biçimi, bu bedel borcunun kaldırılması ve arazinin ilk hâline getirilmesi hakkında gerçekleştirilen üst hakkına ilişkin) sözleşme hükümlerinin tapu kütüğüne şerh verileceğinin taraflarca kararlaştırılmış olması hâlinde, bunların üst hakkının kurulmasına yönelik olarak gerçekleştirilen irtifak sözleşmesinde (resmî senette) düzenlenmesi gerektiği hususu öngörülmektedir. Böylelikle, İsviçre hukukunda üst hakkı iradının ödenmesi konusundaki alacağın da tapu kütüğüne şerh verilmek suretiyle üçüncü kişilere karşı ileri sürülebilmesi imkânı doğmuştur.<sup>30</sup>

Üst hakkı ile ilgili olarak yapılan diğer bir değişiklik ise, İsv.MK m. 779b hükmünün başlığını oluşturan “İçerik ve Kapsam” ifadelerinin “İçerik, Kapsam ve Şerh” olarak değiştirilmesine ilişkindir. İsv. MK m. 779b’nin ilk fıkrası, olduğu gibi korunmuş; bununla birlikte maddeye ikinci bir fıkra eklenmiştir. İkinci fıkra şu hükmü ortaya koymaktadır: “Taraflarca kararlaştırılması hâlinde, diğer sözleşme hükümleri de tapu siciline şerh verilebilir”.<sup>31</sup>

<sup>29</sup> Hükmün Fransızca metni: “La rente du droit de superficie et les éventuelles autres dispositions contractuelles doivent être passées en la forme authentique lorsqu’il est prévu de les annoter au registre foncier”.

Hükmün Almanca metni: „Sollen der Baurechtszins und allfällige weitere vertragliche Bestimmungen im Grundbuch vorgemerkt werden, so bedürfen sie zu ihrer Gültigkeit ebenfalls der öffentlichen Beurkundung“.

<sup>30</sup> Bkz. Jörg Schmid/Bettina Hürlimann-Kaup, Sachenrecht, 4. Auflage, Zürich 2012, sh. 377; Cyril Galland, Le contenu des servitudes foncières - Aspects de droits réels et obligations de faire rattachées à la servitude, Zürich 2013, sh. 366-367; Steinauer, Tome III, sh. 127.

<sup>31</sup> Hükmün Fransızca metni: “Si les parties en conviennent, d’autres dispositions contractuelles peuvent être annotées au registre foncier”.

Hükmün Almanca metni: „Weitere vertragliche Bestimmungen können im Grundbuch vorgemerkt werden, falls die Parteien dies vereinbaren“.



İsv.MK m. 779b hükmüne eklenen ikinci fıkra, ilk fıkranın tamamlayıcısı niteliğindedir. MK m. 827 hükmünün karşılığını oluşturan İsv.MK m. 779b/f. 1; üst hakkının içeriği ile ilgili olarak resmî senette yer alan ve özellikle yapının konumu, şekli, niteliği, boyutları, özgülenme amacı ve üzerinde yapı bulunmayan alandan faydalanılmasına ilişkin sözleşme kayıtlarının, üst hakkını ve yüklü taşınmazı sonradan iktisap eden herkes için bağlayıcı olduğu hükmünü ortaya koymaktadır. İleride daha ayrıntılı bir biçimde inceleyeceğimiz gibi, üst hakkının içeriği ile ilgili olan ve üst hakkını kuran irtifak sözleşmesine ilişkin resmî senette düzenlenen bu kayıtlar aynî etkiye sahip olup, nitelikleri gereği herkese karşı ileri sürülebilmektedirler.<sup>32</sup> İsv.MK m. 779b/f. 2 hükmü ise, ilk fıkrada belirtilen ve herkes için bağlayıcı olduğu öngörülen bu sözleşme kayıtları dışında kalan diğer sözleşme hükümlerinin, iki tarafın da rıza göstermesi durumunda, tapu siciline şerh verilebileceği hususunu düzenlemektedir. Dolayısıyla üst hakkı iradının ödenmesi konusundaki alacağın da, taraflarca kararlaştırılması hâlinde tapu siciline şerh verilmesi ve üst hakkını sonradan iktisap eden kişilere karşı da ileri sürülmesi mümkün hâle gelmektedir.

İsviçre Medenî Kanunu Revizyonuna İlişkin İsviçre Federal Konseyi'nin 27 Haziran 2007 tarih ve 07.061 sayılı Mesajında<sup>33</sup>, üst hakkının içerik ve kapsamıyla ilgili olarak İsv.MK m. 779b (MK m. 827)'de düzenlenen ve herkes için bağlayıcı olduğu öngörülen sözleşme kayıtlarının aynî niteliğe sahip olduğu belirtilmiş; buna karşılık üst hakkını kuran irtifak sözleşmesinde yer almakla birlikte, söz konusu kayıtların dışında kalan hükümlerin ise yalnızca sözleşmenin tarafları arasında etki doğurabilir nitelikte olduğuna (borçlar hukuku alanının bir parçası olduğuna) işaret edilmiştir.

<sup>32</sup> Tuor/Schnyder/Schmid, sh. 961.

<sup>33</sup> Bkz. İsviçre Medenî Kanunu Revizyonuna İlişkin İsviçre Federal Konseyi'nin 27 Haziran 2007 tarih ve 07.061 sayılı Mesajı, sh. 5045 (Message concernant la Révision du Code civil suisse (Cédule hypothécaire de registre et autres modifications des droits réels): "Les dispositions contractuelles portant sur les effets et l'étendue du droit de superficie sont obligatoires pour tout acquéreur du droit de superficie et de l'immeuble grevé (art. 779b CC). Ces éléments du contrat de servitude sont de nature réelle. Les autres dispositions du contrat de superficie relèvent uniquement du droit des obligations" (Bkz. <https://www.admin.ch> (erişim tarihi : 27.5.2015)).

Mesajda<sup>34</sup> özellikle üst hakkının başkasına devri hâlinde, üst hakkını iktisap eden kişinin, kendisinden önce gerçekleştirilmiş olan irtifak sözleşmesinde yer alan ve aynî etkiyi haiz olmayan kayıtlar ile de bağlı olmasına imkân yaratılmasının, hem yüklü taşınmaz malikinin hem de üst hakkını devreden kişinin lehine bir durum yaratacağı belirtilmektedir. Yasa değişikliği ile, **İsv.MK m. 779b/f. 1** hükmü kapsamı dışında kalan sözleşme hükümlerinin tapu siciline şerh verilmesiyle, üst hakkı sahibi ve onun külli haleflerinin yanı sıra, cüz'î haleflerine karşı da ileri sürülebilme imkânının getirilmesine sebep olarak da bu durum gösterilmektedir. Böylelikle, **yüklü taşınmaz malikinin, önceki üst hakkı sahibi ile kararlaştırmış oldukları (üst hakkının kapsam ve içeriğine ait olmayan) hususları, üst hakkını devralan kişiye karşı da ileri sürülebilmesi için, yeni üst hakkı sahibinin TBK m. 195 vd. hükümleri uyarınca önceki üst hakkı sahibinin borcunu üstlenmesine gerek kalmamaktadır.**<sup>35</sup> Zira üst hakkının kurulmasına yönelik irtifak sözleşmesinde yer alan bu kayıtlar, tapuda gerçekleştirilecek olan şerh işlemi neticesinde “eşyaya bağlı borç” niteliği kazancak ve her yeni üst hakkı sahibine karşı ileri sürülebilecektir. Ancak bu hükümlerin tapu siciline şerh verilebilmesi için, bunların, resmî şekil şartına uyularak düzenlenmiş olması, diğer bir ifadeyle üst hakkını kuran irtifak sözleşmesine ilişkin resmî senette yer alıyor olması gerekir (**İsv.MK m. 779a/f. 2**).

Görüldüğü gibi, İsviçre hukukunda da resmî senette yer almasına rağmen, üst hakkının kapsam ve içeriği dışında kalan kayıtlar, sadece irtifak sözleşmesinin tarafları arasında etki doğurmaktadır.<sup>36</sup> Fakat taraflarca kararlaştırılması hâlinde bu kayıtların şerh ile üçüncü kişilere karşı da ileri sürülebilir hâle gelmesi mümkündür. Bu bakımdan, resmî senette yer alan her kaydın aynî nitelikte olduğu ileri sürülemezdir.

Üst hakkı ile ilgili olarak İsviçre Medenî Kanunu'nda yapılan değişiklikler kapsamında belirtilmesi gereken son husus ise, Medenî Kanun'un 830. maddesinin karşılığını oluşturan İsv.MK m. 779e hükmünün yürürlükten kaldırılmasıdır. Hatırlanacağı üzere bu madde,

<sup>34</sup> Mesaj, sh. 5045-5046.

<sup>35</sup> Galland, sh. 366.

<sup>36</sup> Schmid/Hürlimann-Kaup, sh. 377.

taşınmaz malikine kalan yapılar için üst hakkı sahibine ödenmesi kararlaştırılan bedelin miktarı ve bunun hesaplanış biçimi ile bu bedel borcunun kaldırılmasına ve arazinin ilk hâline getirilmesine ilişkin anlaşmaların, üst hakkının kurulması için gerekli olan resmî şekle tâbi olduğu ve tapu kütüğüne şerh verilebileceği hususlarını öngörmekteydi. Maddenin yürürlükten kaldırılmasındaki amaç ise 779a ve 779b maddelerine ek olarak getirilen iki fıkranın da, üst hakkının kapsam ve içeriği dışında kalan kayıtlara yönelik olarak genel bir şerh edilebilme imkânını öngörmüş olmasıdır. Gerçekten, 2012 tarihli yasa değişikliğinden önce, yalnızca İsv.MK m. 779e'de düzenlenen ve taşınmaz malikine kalan yapılar için üst hakkı sahibine ödenmesi kararlaştırılan bedelin miktarı ve bunun hesaplanış biçimi ile bu bedel borcunun kaldırılmasına ve arazinin ilk hâline getirilmesine ilişkin anlaşmalar bakımından şerh imkânı bulunmakta iken; 2012 değişikliği sonrasında kapsam genişletilmiş ve üst hakkı iradını ödeme borcuna yönelik anlaşmalar da dâhil olmak üzere, üst hakkının içeriği ile ilgili olmayan tüm sözleşme kayıtları tapu siciline şerh verilme olanağına kavuşmuştur.<sup>37</sup> Dolayısıyla, taşınmaz malikine kalan yapılar için üst hakkı sahibine ödenmesi kararlaştırılan bedele ilişkin anlaşmalar hakkında tapu siciline şerh imkânı tanıyan özel bir düzenlemenin (İsv.MK m. 779e'nin) varlığına da ihtiyaç kalmamıştır.

### 3) Türk hukuku-İsviçre hukuku karşılaştırması

Üst hakkını kuran irtifak sözleşmesinde yer alan kayıtlar ile ilgili olarak Türk hukuku ile İsviçre hukuku arasında bir karşılaştırma yapmak gerekirse, ilk iki grubun her iki ülke mevzuatında da aynı şekilde yer aldığı görülmektedir. Bununla birlikte, 2012 tarihli yasa değişikliğinden sonra İsviçre hukukunda, Türk hukukunda hâlen mevcut olan "tapu siciline şerh verilmek suretiyle eşyaya bağlı borç hâline gelen sözleşme hükümleri" ile "sadece taraflar arasında etki doğuran ve tapu siciline şerh verilme imkânı bulunmayan hükümler" şeklindeki ayrıma son verilmiştir. İsviçre hukukunda, gerek MK m. 829'da düzenlenen ve taşınmaz malikinin üst hakkı sona erince kendisine kalan yapılar için üst hakkı sahibine ödemeyi taahhüt ettiği bedele ilişkin olarak, gerekse MK m. 834'te öngörülen ve üst hakkı iradına

<sup>37</sup> Piotet, sh. 128.

ilişkin olarak gerçekleştirilen anlaşmaların, resmî şekilde düzenlenen irtifak sözleşmesi içinde yer alması durumunda tapu kütüğüne şerh verilebileceği kabul edilmektedir. Kişisel etkiye sahip olan bu anlaşmalar tapu kütüğüne şerh verilmek suretiyle eşyaya bağlı borç niteliği kazanmaktadır. Öte yandan, İsviçre Medenî Kanunu'nda yer alan bu düzenlemeler, İsv.MK m. 779b/f. 1 (MK m. 827)'de öngörülen ve üst hakkının içeriğine dâhil olan hususlar dışında kalan kayıtların, ancak tapu siciline şerh verilmek suretiyle üçüncü kişilere karşı ileri sürülebileceğini -yoksa kendiliğinden aynı etkiye sahip olmadığını- göstermesi bakımından da önem taşımaktadır.

Türk hukukunda ise, bugün itibariyle yalnızca MK m. 830 kapsamındaki anlaşmaların tapu kütüğüne şerh verilmesi mümkün olup, üst hakkı iradına ilişkin anlaşmalar bakımından ise böyle bir imkân Türk Medenî Kanunu'nda tanınmış değildir. Kanımızca mehz kanununda yapılan değişiklikte olduğu gibi, Türk hukukunda da şerh imkânının, MK m. 830'da düzenlenen anlaşmalarla sınırlı tutulmuyarak, irat alacağına yönelik anlaşmalar da dâhil olmak üzere, üst hakkının içeriğini doğrudan ilgilendiren hususlar dışında kalan ve resmî senette düzenlenen tüm kayıtlar için sağlanması gerekir. Böylelikle, üst hakkını kuran irtifak sözleşmesinin taraflarına, resmî senette yer alan herhangi bir hususun üçüncü kişilere karşı etkili olup olmayacağı konusunda karar alma özgürlüğü tanınmış olacak, bu konu yalnızca sözleşme taraflarının iradesine bırakılmış olacaktır.

### III- Üst Hakkının İçeriği ile İlgili Olarak Resmî Senette Yer Alan Kayıtlar ve Özellikle "Üst Hakkı İradını Ödeme Borcu"

#### 1) Üst hakkının içeriğine ilişkin sözleşme kayıtları

Medenî Kanunun 827. maddesi, üst hakkının içeriği ile ilgili olarak, üst hakkını kuran irtifak sözleşmesine ilişkin resmî senette yer alan ve özellikle yapının konumu, şekli, niteliği, boyutları, özgülenme amacı ve üzerinde yapı bulunmayan alandan faydalanılması hakkındaki sözleşme kayıtlarının herkes için bağlayıcı olduğu hükmünü ortaya koymaktadır. Söz konusu hükümden, üst hakkının içeriğine dâhil olan bu ve benzeri nitelikteki kayıtların aynı etkiye sahip oldukları anlaşılmaktadır. Bu hüküm, mehz kanununun 779b maddesinin ilk fıkrasında düzenlenmekle birlikte; maddede zikredilen kayıtların, "üst

hakını ve yüklü taşınmazı iktisap eden herkes" (*tout acquéreur du droit de superficie et de l'immeuble grevé / jeden Erwerber des Baurechtes und des belasteten Grundstückes*) için bağlayıcı olduğu ifadesi yer almaktadır. Kanaatimizce bu kayıtların aynî etkiyi haiz olmaları, bunların yalnız sonraki yüklü taşınmaz maliklerine ya da sonraki üst hakkı sahiplerine karşı değil, bunlar üzerinde sonradan sınırlı aynî hak elde eden, hâttâ bu hakkı ihlâl eden tüm kişilere karşı da ileri sürülebilmelerine imkân sağlamaktadır. Nitekim önceki Medenî Kanunumuzun 751/a maddesinde<sup>38</sup> de (İsv.MK m. 779b'de olduğu gibi) yer alan bu ifadeye 2002 değişikliği ile son verilmiş ve bu kayıtların "herkes için bağlayıcı" olduğu şeklindeki ifade tercih edilmiştir.

Üst hakkının içerik ve kapsamını belirleyen ve aynî niteliğe sahip olan kayıtların, TMK m. 827 hükmünde sayılanlarla sınırlı olup olmadığı hususu özellikle önceki Medenî Kanun döneminde yürürlükte olan madde metninin kaleme alınış tarzı nedeniyle öğretilerde tartışılmıştır. Bir görüş, üst hakkının içerik ve kapsamını somutlaştırıp belirleyen hususların, MK m. 827 hükmünde sayılanlarla sınırlı olarak kabul edilmesi gerektiğini savunmaktadır. Dolayısıyla, yalnızca bu maddede zikredilen hususların aynî etkiye sahip oldukları ve sadece bunların herkes için bağlayıcı olduğu söylenebilecektir.<sup>39</sup> Diğer bir görüşe göre ise, üst hakkının içeriği ile ilgili olarak resmî senette yer alması öngörülen hususlar yalnızca örnek vermek amacıyla madde metninde sayılmıştır. Bu bakımdan, söz konusu düzenleme ile sınırlayıcı olmayan bir sayım yapılmıştır.<sup>40</sup> Bu çerçevede, üst hakkının bağımsızlığını ortadan kaldıran, bu hakkın başkasına devrini ya da mirasçuya intikalini yasaklayan veya sınırlandıran, üst hakkını süreye tâbi tutan kayıtların da üst hakkının içerik ve kapsamını belirleyen kayıtlar olduğu ve bu nedenle bunların da aynî niteliğe sahip olduğu

<sup>38</sup> 14.11.1990 tarih ve 3678 sayılı kanunla 743 sayılı Türk Kanunu Medenîsi'ne ilave edilen m. 751/a maddesi şu hükmü içermekteydi: "Üst hakkının tesisine ilişkin resmî senette üst hakkının kapsamı, hükümleri, özellikle yapının konumu, şekli, niteliği, boyutları, tahsis amacı ve üzerinde yapı bulunmayan alandan faydalanmaya ait hususlar yer alır. Bu sözleşme hükümleri üst hakkını ve yüklü gayrimenkulü iktisap eden herkes için bağlayıcıdır".

<sup>39</sup> Bkz. bu görüşte Oğuzman/Seliçi/Öktay Özdemir, sh. 862-863; Sirmen, sh. 606.

<sup>40</sup> Bkz. bu görüşte Gürzumar, sh. 123; Hans-Ulrich Freimüller, Die Stellung der Baurechtsdienstbarkeit im System der dinglichen Rechte, Bern 1967, sh. 51; Peter Isler, Der Baurechtsvertrag und seine Ausgestaltung, Bern 1973, sh. 94; Viktor Müller, Der Baurechtszins und seine grundpfandrechtliche Sicherung, Zürich 1968, sh. 19.

savunulmaktadır.<sup>41</sup> Şüphesiz, üst hakkının içerik ve kapsamını yakından ilgilendiren bu gibi hususların aynı etkiyi haiz olabilmeleri için, bunların üst hakkını kuran irtifak sözleşmesine ilişkin resmî senette düzenlenmiş olmaları da zaruridir.

Bize göre de, herkes için bağlayıcı olduğu ifade edilen sözleşme kayıtları, MK m. 827'de sayılanlarla sınırlı olarak yorumlanmamalıdır. Maddede kullanılan "özellikle" ifadesi ile maddenin İsv.MK'daki karşılığını oluşturan m. 779b'nin gerek Fransızca metninde yer alan "*notamment*" gerekse Almanca metnindeki "*namentlich*" ifadesi kanımızca bu düşüncemizi doğrular niteliktedir. Yalnız bu kayıtların herkes için bağlayıcı nitelikte addedilebilmesi için, bunların üst hakkının içerik ve kapsamıyla doğrudan ilgisinin bulunması ve bu kayıtlara resmî senette yer verilmiş olması gerekmektedir.

Bu bağlamda irtifak sözleşmesinde, üst hakkı sahibinin arazi üzerinde örneğin bir buz pateni pisti inşa etmesi kararlaştırılmış ise, bu husus herkes için bağlayıcı olan (aynî etkili) bir kayıt niteliğindedir. Çünkü bu husus, üst hakkının içeriğiyle doğrudan ilgili olup, aynı hakkın konusu olan yapının niteliğine ilişkin bir kayıt olarak resmî senette yer almaktadır. Bu bakımdan ne üst hakkı sahibi ne de onun külli ya da cüz'i halefleri, arazi üzerinde buz pateni pisti yerine, mesela yüzme havuzu inşa edebilirler.

## 2) Özel olarak: Üst hakkı iradını ödeme borcu

### a) Üst hakkı iradı

Taşınmaz maliki üst hakkını karşılıksız olarak tesis edebileceği gibi, bu hakkı, kendisine belli bir ivazın verilmesi karşılığında da kurabilir. Bu bakımdan, üst hakkı tesisi karşılığında taşınmaz malikine ödenmesi kararlaştırılan bedel, üst hakkını kuran irtifak sözleşmesinin<sup>42</sup> objektif açıdan esaslı bir unsurunu oluşturmaz.<sup>43</sup>

<sup>41</sup> Isler, sh. 95; Gürzumar, sh. 123.

<sup>42</sup> Üst hakkını kuran irtifak sözleşmesinin şekil bakımından geçerli sayılması için resmî şekil şartına uyulması, diğer bir deyişle sözleşmenin resmî memur (tapu sicil müdürü) tarafından gerçekleştirilmesi gerekir. Bkz. Yarg. 14. HD, 26.6.2007 tarih ve 7364/8384 sayılı kararı (Bkz. <http://www.kazanci.com> (erişim tarihi: 27.5.2015)).

<sup>43</sup> İsviçre Federal Mahkemesinin bu yöndeki bir kararı için bkz. 5A\_251/2010.



Üst hakkı sahibinin, bu hakkın tesisi karşılığında taşınmaz malikine karşı yerine getirmeyi taahhüt ettiği edimler yapma, yapma veya verme borcu şeklinde ortaya çıkabilir.<sup>44</sup> Belirli bir meblağın ödenmesi şeklinde ortaya çıkan borçlarda, taraflar bu meblağın tek bir seferde verilmesi ya da dönemsel olarak yani irat (*rente du droit de superficie/Baurechtszins*) biçiminde ödenmesi konusunda anlaşabilirler.<sup>45</sup>

### b) Üst hakkı iradını ödeme borcunun *hukukî niteliği*

Yukarıda da belirtmiş olduğumuz gibi, üst hakkının içeriğine dâhil olmayıp, bu hakkın konusunu oluşturan yapının bakımı, muhafazası, kiraya verilmesi ya da işletilmesi gibi hususlarla ilgili olarak taraflar arasında gerçekleştirilen anlaşmaların, sadece bu sözleşmenin taraflarını ve onların küllî haleflerini bağladığı kabul edilmektedir.<sup>46</sup> Üst hakkı sahibinin, bu hakkın tesisi karşılığında taşınmaz malikine karşı belli bir edimin yerine getirilmesi konusunda bir taahhütte bulunması hâlinde de, bu taahhüdün, üst hakkı sahibinin kişisel borcu olduğunu söylemek yanlış olmaz.<sup>47</sup> Çoğu kez irat ödeme borcu şeklinde karşımıza çıkan bu yükümlülük, üst hakkının içeriğine dâhil bir unsur olmadığı gibi üst hakkını kuran irtifak sözleşmesinin objektif açıdan esaslı bir unsuru da değildir.<sup>48</sup> Nitekim tarafların irtifak söz-

<sup>44</sup> Ertaş, sh. 511.

<sup>45</sup> Ödemenin dönemsel -örneğin senelik- olarak yapılmasının kararlaştırılması durumunda, arazi malikinin arazisi üzerinde üst irtifakı kurmaktan beklediği menfaati daha iyi bir şekilde elde edeceği düşüncesinde bkz. Bertan, sh. 1540. Özellikle, arazi malikine yapılacak olan yıllık ödemenin maktu bir bedel tayin edilerek değil de, üst hakkının ödeme zamanındaki maddi değeri esas alınarak yapılacağı kararlaştırılırsa, arazi malikinin elde edeceği paranın değerini kaybetmesi tehlikesi ortadan kalkmış olur. Bu görüşte bkz. Ballif, sh. 177.

<sup>46</sup> Oğuzman/Seliçi/Oktay Özdemir, sh. 863; Sirmen, sh. 606.

<sup>47</sup> Bkz. Oğuzman/Seliçi/Oktay Özdemir, sh. 863; Hans Michael Riemer, Die Beschränkten Dinglichen Rechte, 2. Auflage, Band II, Bern 2000, sh. 81; Steinauer, Tome III, sh. 127; Ballif, No: 375, 440, 558; Roland Ruedin, Le droit réel de superficie, Neuchâtel 1969, sh. 26; Schmid/ Hürlimann-Kaup, sh. 377; Freimüller, sh. 53-54, 78; Isler, sh. 45; Paul-Henri Steinauer, "La forme à respecter pour prévoir ou modifier une rente superficière-Arrêt du Tribunal fédéral du 19 novembre 2010 (5A\_251/2010)", Baurecht/Droit de la Construction 2011 (Edt: Jean-Baptiste Zufferey/Hubert Stöckli/ve diğerleri), sh. 67-68; Gümüş, sh. 559; Gürzumar, sh. 152-154; Sirmen, sh. 606; Akipek, sh. 49; Ünal, sh. 193. Buna karşılık Ertaş, bu borcun, üst hakkının sonraki maliklerini de bağlayıcı olduğunu savunmaktadır. Bkz. Ertaş, sh. 511.

<sup>48</sup> Gürzumar, sh. 125, 154; Akipek, sh. 30; Freimüller, sh. 75; Isler, sh. 44; Steinauer, La forme, sh. 67.



leşmesinin ivazsız olmasını kararlaştırmaları da mümkündür. Sadece taraflar<sup>49</sup> açısından hüküm ifade eden irat ödeme borcu aynı bir etkiye de sahip olmayacaktır.<sup>50</sup> Bu nedenle, üst hakkının başkasına devri hâlinde bu hakkı devralan kişi, borcun üstlenilmesi (TBK m. 195 vd.) hükümlerine göre irat ödeme borcunu üstlenmedikçe, taşınmaz maliki ile kendisinden önceki üst hakkı sahibi arasında kararlaştırılmış olan bu edimin yerine getirilmemesinden dolayı sorumlu olmaz.<sup>51</sup> Bu sayede, taşınmaz malikinin rızası olmaksızın üst hakkı iradını ödeme borcu, onun hiç tanımadığı ya da ödeme gücü hakkında herhangi bir bilgi sahibi olmadığı yeni bir borçlunun (üst hakkını devralan kişinin) sorumluluk alanına geçmeyecektir.<sup>52</sup>

#### IV- Üst hakkı iradına ilişkin alacağın güvencesini oluşturan kanunî ipotek hakkı

##### 1) Genel olarak

MK m. 834/f. 1 hükmü, taşınmaz malikinin, taşınmazı üzerinde üst hakkı tesis etmesinin karşılığı olarak kendisine irat biçiminde borçlanılan edimleri güvence altına alabilmesi amacıyla, irat alacağının en çok üç yıllık miktarı ile sınırlı olmak üzere, tapu kütüğüne taşınmaz olarak kaydedilmiş olan üst hakkının ipotek edilmesini o tarihteki üst hakkı sahibinden isteyebileceği hususunu öngörmektedir.

İrat alacağının güvencesini oluşturan kanunî ipotek hakkı, üzerinde üst hakkının tesis edilmiş olduğu yüklü taşınmaz üzerinde sahip olunan mülkiyet hakkına bağlı bir hak olmayıp; üst hakkının tesisi karşılığında ödenmesi kararlaştırılan irat alacağına bağlı bir haktır. Yüklü taşınmaz malikinin sahip olduğu üst hakkı iradına ilişkin alacağın daha kolay bir biçimde güvence altına alınabilmesi için kanun

<sup>49</sup> Aynı şekilde, arazi malikinin MK m. 829 hükmü uyarınca üst hakkının sona ermesi durumunda kendisine kalacak olan yapının karşılığı olarak üst hakkı sahibine karşı yerine getirmeyi üstlendiği bedel ödeme borcu da kişisel niteliktedir. Bkz. Akipek, sh. 50. Ancak üst hakkı sahibinin bu alacağı MK m. 830 gereği, tapu kütüğüne şerh verilmek suretiyle arazi malikinin cüz'î haleflerine karşı da ileri sürülebilir hâle gelir.

<sup>50</sup> Freimüller, sh. 53; Gürzumar, sh. 124, 154; Akipek, sh. 49.

<sup>51</sup> Schmid/Hürlimann-Kaup, sh. 377; Steinauer, La forme, sh. 68.

<sup>52</sup> Ballif, No: 562.

tarafından öngörülmüş olması nedeniyle, alacağı teminat altına alan bağlı (fer'i) haklar arasında yer alır.<sup>53</sup>

İrat alacağının güvencesini teşkil edecek olan kanunî ipotek hakkı ile ilgili olarak dikkat edilmesi gereken hususlardan biri, üst hakkının tapu sicilinin ayrı bir sayfasına taşınmaz olarak kaydedilmiş olması şartıdır.<sup>54</sup> Yukarıda da açıklamış olduğumuz gibi, yalnızca sürekli ve bağımsız olarak kurulmuş olan üst hakkı, tapuya taşınmaz olarak kaydedilebilir. Bu nedenle, örneğin 20 yıllığına kurulmuş bir üst hakkının ya da eşyaya bağlı veya şahısla kaim olarak kurulan üst haklarının tapuda taşınmaz olarak kayıtları mümkün değildir.<sup>55</sup> Bu nitelikte kurulan ve kanun gereği tapuya taşınmaz olarak kaydedilemeyen üst haklarının, irat alacağının teminatını oluşturmak üzere bir kanunî ipoteğe konu olması da düşünülemez.

## 2) İrat alacağının güvencesini oluşturan kanunî ipotek hakkının genel özellikleri

Üst hakkı iradının güvencesini oluşturan kanunî ipotek hakkı tescile tâbi bir kanunî ipotektir.<sup>56</sup> Bilindiği gibi, kanunî ipotek haklarından bazılarının doğumu için tapu siciline tescil yapılması gerekmeyip, bu haklar doğrudan doğruya kanun gereği sicil dışında doğmaktadır.

<sup>53</sup> Ballif, sh. 175. Ayrıca bkz. Fikret Eren, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 13. Baskı, İstanbul 2011, sh. 1191. Fer'i (bağlı) haklar konusunda bkz. Gökhan Antalya, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt 1, 2. Baskı, İstanbul 2013, sh. 27.

<sup>54</sup> Bkz. Gürzumar, sh. 132; Gümüş, sh. 561; Tuor/Schnyder/Schmid, sh. 963; Peter R. Isler/ Renato Costantini, Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch II, 4. Auflage (Hrsg: Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Thomas Geiser), Art. 779-779I ZGB, Basel 2011, sh. 1532; Schmid/ Hürlimann-Kaup, sh. 378; Isler, sh. 142; Piotet, sh. 143.

<sup>55</sup> 30 yıl ve daha fazla süreliğine kurulmuş olmasına rağmen, üst hakkının tesisi sırasında, hakkın üçüncü kişilere devredilemeyeceğine ve mirasçılara intikal etmeyeceğine karar verilmiş olması hâlinde veya kamu kuruluşlarınca getirilmek istenilen kısıtlamalar da dâhil olmak üzere üst hakkı üzerinde gerçekleşecek tasarrufların, yüklü taşınmaz malikinin izninin alınması şartıyla yapılabileceğine yönelik kısıtlamalar getirilmesi durumunda; üst hakkının artık "bağımsız" bir nitelik kazanması mümkün olmayacaktır. Bu nedenle, bu tür hak tesisi taleplerinin sadece taşınmaz tapu kütüğü sayfasının "İrtifak Hakları ve Gayrimenkul Mükellefiyetleri" sütununda irtifak hakkı şeklinde tescil edilmek suretiyle karşılanması gerektiği Tapu ve Kadastro Genel Müdürlüğü Tasarruf İşlemleri Dairesi Başkanlığı'nın 15.06.2010 tarih ve 2010/12 no'lu Genelgesi ile de öngörülmektedir.

<sup>56</sup> Bkz. Oğuzman/Seliçi/Oktay Özdemir, sh. 957; Isler/Costantini, sh. 1532.

Bunlar hakkında tapu siciline tescil yapılması mümkündür, fakat yapılan bu tescil açıklayıcı niteliğe sahiptir.<sup>57</sup> Diğer bazı kanunî ipotek hakları ise yine kanun tarafından öngörülmele birlikte, bunların doğumu için tescilin yapılması şarttır.<sup>58</sup> Tescile tâbi olan bu tür ipotek haklarına öğretide dolaylı kanunî ipotek hakkı adı da verilmektedir.<sup>59</sup> MK m. 892 hükmü, kanunî ipotek haklarının doğumunun, aksi kanunda öngörülmüş olmadıkça tapu kütüğüne tescil edilmelerine bağlı olmadığını belirtmektedir. Dolayısıyla, kanunî ipotek hakları Medenî Kanunda öngörülen bu genel kural itibariyle tescile bağlı olmadan doğmaktadırlar. MK m. 834 ile m. 835’de düzenlenen ve arazi malikine azami üç yıllık irat alacağı için üst hakkı üzerinde tanınan kanunî ipotek hakkının tescille doğacağını ortaya koyan hükümler ise bu bakımdan genel kurala getirilen bir istisna niteliği taşımaktadır.

Taşınmaz malikinin, üst hakkı sahibinden olan irat alacağını teminat altına almak için tescil edilen kanunî ipotek, üst sınır (azamî meblağ) ipoteği olarak kurulmaktadır.<sup>60</sup> Dolayısıyla, söz konusu ipoteğin en fazla hangi miktara kadar teminat teşkil ettiği tapu kütüğünde gösterilmektedir. Azamî meblağ ipoteğinin bir özelliği olarak, taşınmaz malikinin irat alacağını elde etmek maksadıyla gerçekleştireceği takip giderleri ya da sözleşme faizleri gibi asıl alacağa bağlı diğer giderler, tapuda belirlenmiş olan üst sınırı aşılıyor ise, aşan bu miktar teminat kapsamına girmez.<sup>61</sup> Öte yandan, kanunî ipotekle güvence al-

<sup>57</sup> Tescile tâbi olmayan kanunî ipotek hakkı örnekleri için bkz. Oğuzman/Seliçi/Oktaç Özdemir, sh. 954-955; Pierre Gapany, “Hypothèques légales: La portée pratique des modifications du Code civil du 11 décembre 2009”, Journal des tribunaux 2, Droit civil, poursuite pour dettes et faillites et procédure civile: Jurisprudence fédérale, Lausanne 2013, sh. 73.

<sup>58</sup> Bkz. Bülent Köprülü/Selim Kaneti, Sınırlı Aynî Haklar, İstanbul 1982-1983, sh. 304; Oğuzman/Seliçi/Oktaç Özdemir, sh. 955.

<sup>59</sup> Gürzumar, sh. 133; Gümüş, sh. 560; Isler/Costantini, sh. 1532; Schmid/Hürliemann-Kaup, sh. 378; Selâhattin Sulhi Tekinay, Menkul Mülkiyeti ve Sınırlı Aynî Haklar, Eşya Hukuku C. II/3, İstanbul 1994, sh. 62.

<sup>60</sup> Bkz. Piotet, sh. 145; Schmid/Hürliemann-Kaup, sh. 378; Ballif, No: 563; Oğuzman/Seliçi/Oktaç Özdemir, sh. 863; Gürzumar, sh. 133; Gümüş, sh. 561; Tuor/Schnyder/Schmid, sh. 963; Isler/Costantini, sh. 1532.

<sup>61</sup> Piotet, sh. 145. Azamî meblağ ipoteği hakkında bkz. Ertaş, sh. 529; Oğuzman/Seliçi/Oktaç Özdemir, sh. 941. Ayrıca bu konuda bkz. Yarg. 8. HD, 21.3.2014 tarih ve E. 2013/12044, K. 2014/4850 sayılı kararı: “Azamî meblağ ipoteğinde borcun ulaşacağı miktar belirsiz olduğundan, taşınmazların ne miktar için teminat teşkil edeceği ipotek akit tablosundaki limitle sınırlanabilir. MK’nın 875. maddesinde belirtilen ve ipotekle teminat altına alınan ana borç, faiz, icra takip giderleri ve

tına alınması öngörülen irat alacağına muaccel olması da gerekmez, henüz vadesi gelmemiş irat alacağı da kanunî ipotekle güvence altına alınabilir.<sup>62</sup>

MK m. 834/f. 1 hükmü uyarınca, irat alacağını temin etmek amacıyla yüklü taşınmaz malikine tanınan kanunî ipotek hakkı, en çok üç yıllık<sup>63</sup> irat için istenebilmektedir. Buna karşılık tarafların, üç yıldan uzun sürecek olan irat alacağını teminat altına almak için tapuya taşınmaz olarak tescil edilmiş bulunan üst hakkı üzerinde “iradî olarak” taşınmaz rehni tesis etmeleri de mümkündür. Bu amaçla gerçekleştirilen rehin sözleşmesinin resmî şekilde yapılması geçerlilik şartıdır (MK m. 856/f. 2).

İratların, her yıl için eşit edimler biçiminde belirlenmemiş olması hâlinde; kanunî ipoteğin tescili, iratların eşit olarak dağıtılması neticesinde üç yıla düşecek miktarı için istenebilecektir (MK m. 834/f. 2). Bu hükme göre, belirlenen irat miktarının toplam değeri hesaplandıktan sonra, bu değer, üst hakkının tesis edildiği yıl sayısına bölünecek ve elde edilen bu ortalama değer üç katı, kanunî ipotek ile sağlanan teminatın sınırını oluşturacaktır. Taraflarca iratların yıllık olarak değil de örneğin altı ayda bir ya da aylık olarak ödenmesi kararlaştırılmışsa,

---

taraflarca kararlaştırılan eklentilerden oluşan toplam borç miktarının bu limiti aşması mümkün değildir... İpoteğin üst sınır ipoteği olması hâlinde borçlu ve ipotek veren sadece ipotek akıt tablosunda belirtilen miktar ile sınırlı olmak üzere sorumludur”. Ayrıca bkz. Yarg. HGK, 24.5.1989 tarih ve 11-294/378 sayılı; Yarg. 12. HD, 18.10.2011 tarih ve 3666/19126 sayılı ve Yarg. 12. HD, 11.11.2010 tarih ve 25840/26725 sayılı kararları (Bkz. <http://www.kazanci.com> (erişim tarihi: 27.5.2015)).

<sup>62</sup> Schmid/Hürlimann-Kaup, sh. 378; Tuor/Schnyder/Schmid, sh. 961; Isler/Costantini, sh. 1533; Steinauer, Tome III, sh. 129. Bu konudaki İsviçre Federal Mahkeme kararı için bkz. BGE 106 II 183 (Bkz. <http://relevancy.bger.ch>)(erişim tarihi: 21.12.2013). Kararda üst hakkı iradının güvencesini oluşturan kanunî ipotek hakkı ile İsviçre Medenî Kanununun 712i maddesinde düzenlenen kat mülkiyetine tâbi taşınmazlarda kat maliklerinin “son üç yıllık” ortak giderlerinin teminatını teşkil eden kanunî ipotek hakkının bu konu çerçevesinde karşılaştırması yapılmıştır.

<sup>63</sup> Kanunî ipoteğin üç yıllık irat tutarıyla sınırlandırılmasının, söz konusu ipoteğin icra yoluyla satışta terkin edilmemesi kuralı ile anlam kazandığı görüşüne dikkat çeken Gürzumar, sh. 133 ve bu sınırlandırmayı yerinde bulan yazarlar için bkz. Gürzumar, sh. 133, dn. 508. Bilindiği gibi, üst hakkı iradının güvencesini oluşturan kanunî ipotek hakkının icra yoluyla satışta terkin olunmayacağı kuralı MK m. 835/f. 1 hükmü ile öngörülmektedir. İpotek tesisinin, üst hakkı iradının azami üç yıllık tutarı için istenebilmesinin yetersiz bir koruma sağladığı ve MK m. 835/f. 1 hükmünün, buradaki teminat sınırlandırması için yeterli bir gerekçe oluşturmadığı yönündeki düşünce için bkz. Gümüş, sh. 562-563.

belirlenen bu tutarın yıllık olarak değer hesabı yapılacak ve yine üç yıla denk gelen miktar için kanunî ipotek hakkı kurulabilecektir.<sup>64</sup>

Bununla beraber kanunî ipotek hakkı, üst hakkı ivazının tek bir seferde değil de irat hâlinde ödeneceğinin kararlaştırılması durumunda söz konusu olabilir. Tarafların, üst hakkının tesisi karşılığında verilen üst hakkı bedelinin ödenmesini taksidde bağlamaları durumunda, arazi malikinin bu taksitler için kanunî ipotek hakkının tescilini talep etmesi ise mümkün değildir.<sup>65</sup>

### 3) Üst hakkı sahibinin kanunî ipoteği kurma borcunun hukukî niteliği

Üst hakkı sahibinin, irat alacağının güvence altına alınması amacıyla üst hakkı üzerinde kanunî ipoteği kurma borcu, nitelik itibariyle eşyaya bağlı bir borçtur.<sup>66</sup> Nitekim MK m. 834/f. 1 hükmü, yüklü taşınmaz malikinin üst hakkı iratlarını güvence altına almak amacıyla üst hakkı üzerinde kanunî ipotek kurulmasını “o tarihteki üst hakkı sahibinden” isteyebileceğini belirtmek suretiyle, taşınmaz üzerinde üst hakkına sahip olan kişinin değişmesi hâlinde dahi, yeni üst hakkı sa-

<sup>64</sup> Gürzumar, sh. 132-133, dn. 507; Isler/Costantini, sh. 1533.

<sup>65</sup> Gümüş, sh. 562. Art arda ifalı, dönemsel ya da periyodik edimli sözleşmelerde, borçlu düzenli veya düzensiz aralıklarla tekrarlanan ifa hareketlerinde bulunarak borcunu yerine getirmektedir. Bu bakımdan, burada zaman içinde ifa edilmesi gereken birden fazla edim bulunmaktadır. Dönemsel edimli sözleşmelerden farklı olarak, taksitli (kısım kısım ifa edilen) sözleşmelerde ise nitelik olarak bölünebilir olan tek bir edim vardır. Her ifa hareketi, borçluyu borcundan kısmen kurtarmaktadır. Taksitli sözleşmelerde zaman unsurunun sözleşmenin niteliği bakımından herhangi bir etkisi bulunmamakta, yalnızca edimin ifa edilme tarzının süreye bağlandığı bir durum söz konusu olmaktadır. Nitekim taksitli sözleşmelerde, birden fazla edimden bahsedilemez; tek bir edim kısım kısım ifa edilmektedir. Bu konuda bkz. Pınar Altınok Ormancı, Sürekli Borç İlişkilerinin Haklı Sebep Feshi, İstanbul 2011, sh. 17-18, 27.

<sup>66</sup> Eşyaya bağlı borçlarda eşya üzerinde mülkiyet hakkına, sınırlı bir aynı hakka ya da zilyetliğe sahip olan kişi, yalnızca eşya üzerinde sahip olduğu bu aynı hak ya da zilyetlik nedeniyle başkasına karşı borçlu konumunda bulunmaktadır. Borcun eşyadan ayrılması mümkün olmadığı için eşya üzerinde mülkiyet hakkı, sınırlı aynı hak ya da zilyetlik kimin üzerinde ise eşyaya bağlı borç da kendiliğinden o kişiye geçer. Bu durumda borç hem eşyayı hem de eşya üzerinde aynı hakka ya da zilyetliğe sahip olan kişiyi takip etmektedir. Böylelikle alacaklı, eşyaya bağlı borç ilişkisinden doğan alacağını, eşya üzerinde sonradan mülkiyet hakkı, sınırlı aynı hak ya da zilyetlik kazanan her kişiye karşı ileri sürebilecektir. Bkz. Şafak N. Erel, Eşyaya Bağlı Borç, Ankara 1982, sh. 4; Eren, sh. 55; Oğuzman/Seliçi/Oktay Özdemir, sh. 20-21.

hibinin -böyle bir taleple karşılaşması hâlinde- kanunî ipoteği kurma borcu ile yükümlü olacağına işaret etmektedir. Dolayısıyla, ipoteğin tescilinin talep edildiği anda üst hakkı sahibi kim ise, ipotek hakkını tapuya tescil ettirme borcu da ona ait olacaktır.<sup>67</sup>

Bilindiği gibi eşyaya bağlı borçlar, doğrudan doğruya bir kanun hükmünden doğabilecekleri gibi, kanunun öngörmesi durumunda bir hukukî işlemde de kaynaklanabilirler.<sup>68</sup> Hukukî işlemde kaynaklanan eşyaya bağlı borçlar, etkilerini en belirgin olarak tapu siciline yapılan şerh vasıtasıyla gösterirler. Buna, şerhin eşyaya bağlı borç etkisi adı verilmektedir. Kanunun öngörmesi hâlinde bir borç ilişkisi şerh sayesinde eşyaya bağlı borç niteliği kazanır ve tapu siciline verilecek olan şerhten sonra taşınmazın her malikinin kendi mülkiyeti sırasında doğacak borçla yükümlü olmasına yol açar.<sup>69</sup> Üst hakkı iradına ilişkin alacağın güvencesini oluşturan kanunî ipoteği tesis etme borcu ise doğrudan doğruya kanundan doğan bir eşyaya bağlı borçtur.<sup>70</sup> Bu

<sup>67</sup> Bu görüşte bkz. Oğuzman/Seliçi/Oktay Özdemir, sh. 959; Gümüş, sh. 561; Gürzumar, sh. 133; Riemer, sh. 81; Schmid/Hürlimann-Kaup, sh. 378; Piotet, sh. 142; Steinauer, Tome III, sh. 129.

<sup>68</sup> Eren, sh. 55.

<sup>69</sup> Kira sözleşmesinde kiracının hakkı ile ilgili olarak bkz. Yarg. 14. HD, 6.2.2007 tarih ve E. 2006/11812, K. 2007/915 sayılı kararı: "Kira sözleşmesinden kaynaklanan kiracılık hakkı kişisel hak niteliğinde olup, bu hakkın tapuya şerh edilmesi ile aynı hak niteliği kazanmamakla birlikte, etkisi güçlenmekte, borç ilişkisi eşyaya bağlı hâle gelmekte ve üçüncü kişilere karşı da ileri sürülebilmektedir". Benzer yönde bkz. Yarg. 14. HD, 23.1.2007 tarih ve E. 2006/14184, K. 2007/418 sayılı kararı: "Kiracılık hakkının tapuya şerhi aynı zamanda borç ilişkisini eşyaya bağlı borç durumuna koyacağından şerhten sonra taşınmaza malik olan kişi, kendi mülkiyeti sırasında doğacak borçla yükümlü olur". Ayrıca bkz. Yarg. 11. HD, 8.11.2004 tarih ve 1798/10934 sayılı kararı (Bkz. <http://www.kazanci.com> (erişim tarihi: 27.5.2015)).

<sup>70</sup> Kanundan doğan eşyaya bağlı borçların çoğunun kaynağını komşuluk hukukundan doğan ilişki ve yükümlülükler belirlemektedir. Bunlara örnek olarak, her arazi malikinin, komşusunun istemi üzerine belli olmayan sınırların belirlenmesi için tapu plânlarının düzeltilmesine veya arz üzerine sınır işaretleri konulmasına katkıda bulunmakla yükümlü olduğunu belirten MK m. 720 hükmü; her arazi malikinin, taşınmazının sınırının çit veya duvar gibi sınırlıklarla çevrilmesi için yapılan giderleri karşılamak zorunda olduğunu öngören MK m. 749 hükmü; her taşınmaz malikinin, uğrayacağı zararın tamamının önceden ödenmesi koşuluyla su yolu, kurutma kanalı, gaz ve benzerlerine ait boruların, elektrik hat ve kablolarının başka yerden geçirilmesi olanaksız veya aşırı ölçüde masraflı olduğu takdirde kendi arazisinin altından veya üstünden geçirilmesine katlanmakla yükümlü olduğunu ortaya koyan MK m. 744 hükmü ve yine her taşınmaz malikinin, tam bir bedel karşılığında kendi taşınmazından genel yola çıkmak için yeterli geçidi bulunmayan komşusuna bir geçit hakkı tanımak zorunda olduğunu ifade eden MK m. 747 hükmü gösterilebilir.



nedenle söz konusu borcun, üst hakkını kuran irtifak sözleşmesinin tarafı olmayan ancak üst hakkını devralan üçüncü kişilere (cüz'i haleflere) karşı da ileri sürülebilmesi için tapu siciline şerh verilmesine gerek yoktur. Üst hakkını devralan kişi, kanun gereği bu kanunî ipoteği kurma borcuyla yükümlü kılınmaktadır.<sup>71</sup>

#### 4) Kanunî ipoteğin kurulmasına yönelik talebin hukukî niteliği

Yüklü taşınmaz maliki, irat alacağını güvence altına almak amacıyla üst hakkı üzerinde kanunî ipotek kurulmasını o tarihteki üst hakkı sahibinden talep edebilir. Malik, kanunî ipoteğin kurulmasına yönelik talebini doğrudan doğruya tapu memuruna karşı kullanamaz.<sup>72</sup> Taşınmaz maliki, üst hakkı üzerinde kanunî ipoteğin kurulma-

<sup>71</sup> Gürzumar, sh. 130.

<sup>72</sup> Üst hakkı iradına ilişkin alacağın güvencesini oluşturan kanunî ipotek hakkı, bu yönüyle diğer kanunî ipotek haklarından ayrılır. Örneğin MK m. 829'da düzenlenen kanunî ipoteğin kurulmasına yönelik talep, şahsî nitelikte olmayan ve doğrudan doğruya üçüncü bir kişiye (tapu memuruna) karşı yöneltilmesi mümkün olan bir taleptir. Bkz. Gümüş, sh. 547. Yazara göre, MK m. 829'da düzenlenen ipotek kurma talebi "eşya hukukuna özgü doğrudan talep" niteliğindedir. Benzer görüşte bkz. Gürzumar, sh. 192. Yazar, taşınmaz malikine kalan yapıların karşılığı olan bedelin güvencesini oluşturan kanunî ipoteği kurma borcunun eşyaya bağlı borç olmadığının altını çizmekte ve ipoteğin kurulması talebinin doğrudan tapu memuruna yönelik olarak kullanılabilen "kurucu yenilik doğuran bir hak" niteliğinde olduğunu savunmaktadır. Oğuzman/Seliçi/Oktay Özdemir ise, MK m. 893'te sayılan ve aralarında inşaatçı (yapı alacaklısı) ipoteğinin de bulunduğu, tescile tâbi olan kanunî ipotek kurma yönündeki taleplerin doğrudan doğruya tapu memuruna karşı ileri sürülebilmesi ve nitelik itibarıyla aynı hak kurulmasını sağlayan bir yenilik doğuran hak olduğunu kabul etmekle birlikte, MK m. 829/f. 2 hükmü ile öngörülen bedel alacağının ödenmemesi hâlinde terkin edilen üst hakkı yerine ipotek kurma borcunun eşyaya bağlı borç niteliğinde olduğunu savunmaktadır. Bkz. Oğuzman/Seliçi/Oktay Özdemir, sh. 959.

Kanımızca, MK m. 893'te sayılan hâllerde hak sahibinin kanunî ipoteğin tesciline yönelik talebi, şayet Oğuzman/Seliçi/Oktay Özdemir'in ifade ettikleri gibi bir yenilik doğuran hak niteliğinde ise ve eğer bu konudaki beyanın karşı tarafa (tapu memuruna) ulaşması ile birlikte aynı hak (kanunî ipotek hakkı) kuruluyor ise, bu hâllerde aynı hakkın tescilden önce kazanıldığını kabul etmek gerekecektir. Zira tapu memuru bu beyana göre tescil işlemini gerçekleştirmeden de, hak sahibi ipotek hakkını kazanmış sayılacak, tapu memurunun yapacağı tescil işlemi açıklayıcı tescil niteliğinde olacaktır. Oysa bilindiği gibi, MK m. 893'de düzenlenen kanunî ipoteklerin doğumu için tescil şarttır. Bu bakımdan kanunî ipotek hakkının tescile tâbi olduğu hâllerde, ipoteğin kurulmasına yönelik talebin, doğrudan doğruya tapu memuruna karşı ileri sürülebilmesi ve nitelik itibarıyla aynı hak kurulmasını sağlayan bir yenilik doğuran hak olduğunu savunmak bize oldukça güç görünmektedir. Keza bununla paralel olarak Gürzumar da, MK m. 829 hükmü ile ilgili olarak savunduğu bu görüşün zayıf yanının, kanunî ipotek hakkının doğuşunun bizzat yenilik doğuran hakkın kullanılması ile değil, ancak tapu memurunun mü-



sı yönündeki talebini, üst hakkı sahibine yönelteceği bir irade beyanı ile gerçekleştirmektedir. Bu beyan, üst hakkı sahibine ulaştığı vakit, taşınmaz maliki ile üst hakkı sahibi arasında yeni bir borç ilişkisi kurulmaktadır. Taşınmaz malikinin tek taraflı irade beyanı ile kurulan bu borç ilişkisinin varlık kazanabilmesi için ayrıca karşı tarafın (üst hakkı sahibinin) kabulüne gerek yoktur. Bu borç ilişkisinin doğumu konusunda irade beyanında bulunma yetkisi kanun tarafından yalnızca irat alacaklısı olan yüklü taşınmaz malikine tanınmıştır. Taşınmaz maliki bu yetkiyi kullanıp kullanmamakta serbesttir. Onun bu yetkiyi kullanarak üst hakkı üzerinde kanunî ipoteğin kurulması yönünde bir talepte bulunması hâlinde ise, üst hakkı sahibi açısından söz konusu ipotek hakkını tapuya tescil ettirme borcu doğacaktır. Tüm bu açıklamalar bize, üst hakkı iradını güvence altına almak için yüklü taşınmaz maliki tarafından kullanılan kanunî ipoteğin kurulmasını isteme hakkının, kurucu yenilik doğuran bir hak niteliğinde olduğunu göstermektedir.<sup>73</sup>

Kanunî ipotek hakkının kurulması yönündeki talebin üst hakkı sahibine ulaşması ile birlikte talebe konu olan aynı hak kendiliğinden doğmuş olmaz. Yüklü taşınmaz malikinin tek taraflı irade beyanı, üst hakkı üzerinde kanunî ipotek hakkının kurulmasını değil, üst hakkı sahibinin bu hakkı tapuya tescil ettirme borcunun doğmasını sağlamaktadır. Taşınmaz malikinin üst hakkı üzerinde kanunî ipotek hakkını kazanabilmesi için, üst hakkı sahibinin tapu memurundan ipoteğin tescilini talep etmesi, tapu memurunun da bu talebe dayanarak tescil işlemini gerçekleştirmesi gerekir.

## 5) İrat alacağının güvencesini oluşturan kanunî ipoteğin tescili

### a) *Tescil talebi*

Bilindiği gibi, taşınmazlar üzerindeki aynı hakların kazanılması için gerekli tescili talep yetkisi, taşınmazın malikine aittir (MK m.

dahalesi ile sağlanan tescil işlemi neticesinde gerçekleşmesi olduğunu kabul etmektedir. Bkz. Gürzumar, sh. 193, dn. 150.

<sup>73</sup> Bu konuda ayrıca bkz. Gümüş, sh. 561. Yazar, "kurucu yenilik doğuran hak" ismini açıkça zikretmese de, bu görüşte olduğu şu ifadelerinden anlaşılmaktadır: "İpoteğin tesisi talebinin hâlihazırdaki üst hakkı sahibine ulaşmasıyla, taşınmaz maliki ile hâlihazırdaki üst hakkı sahibi arasında konusunu 'ipoteğin tesisi borcu'nun oluşturduğu bir borç ilişkisi doğar".

1013/f. 1). Burada da tescili talep konusunda üst hakkı sahibi yetkili olacaktır. Zira üst hakkı üzerinde malik sıfatına o sahiptir. Üst hakkı sahibinin kanunî ipoteğin tescili konusunda talepte bulunabilmesi için, onun aynı zamanda tapu kütüğünde de üst hakkı sahibi sıfatıyla yer alması gerekmektedir. Üst hakkı sahibinin, kanunî ipoteğin tescili konusundaki talebinin hukukî niteliği ise, taşınmaz mülkiyetinin doğumu için gerekli olan tescil talebinin niteliği ile aynı olacaktır<sup>74</sup>.

Üst hakkı sahibinin tescil talebinde bulunmaktan haksız olarak kaçınması hâlinde ise, yüklü taşınmaz maliki, üst hakkı üzerinde kanunî ipoteğin kurulmasını dava yoluyla sağlayabilecektir. Davanın ve dava sonunda verilen hükmün hukukî niteliği konusunda öğretide farklı görüşler bulunmaktadır. İlk görüş, üst hakkı sahibinin tescil talebinde bulunmaktan kaçınması durumunda, MK m. 716 hükmünün kıyasen uygulanabileceğini ve yüklü taşınmaz malikin mahkemenin üst hakkı üzerinde kanunî ipotek hakkının kendi lehine tescil edilmesini isteyebileceğini ileri sürmektedir.<sup>75</sup> Mahkemenin taşınmaz maliki lehine vereceği hüküm, üst hakkı sahibinin tapu memuruna yönelik olarak ipoteğin tescili talebinde bulunma iradesi yerine geçecek ve yenilik doğuran bu hüküm ile birlikte üst hakkı üzerinde ipotek hakkı kurulmuş olacaktır. Kesin hükmün, tapu memuruna tevdi edilmesi neticesinde tapuda gerçekleştirilecek olan tescil ise, açıklayıcı nitelikte olacaktır.

Bu konuda ortaya atılan diğer bir görüş ise, taşınmaz rehnini düzenleyen Medenî Kanun hükümlerinde, taşınmaz mülkiyetinin tescilsiz kazanım hâllerine atıf yapılmamış olduğundan hareketle, MK m. 716 hükmünün kıyas yoluyla taşınmaz rehninin kazanılması konusunda uygulanabileceği fikrine karşı çıkmaktadır.<sup>76</sup> Bu görüşe göre,

<sup>74</sup> Tescil talebinin hukukî niteliği konusunda öğretide ortaya atılan başlıca üç görüş (aynî sözleşme, usulî işlem ve tek taraflı tasarruf işlemi) hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Oğuzman/Seliçi/Oktay Özdemir, sh. 206-207, Akipek/Akıntürk, sh. 292-294; Mehmet Ünal/Veyssel Başpınar, Şekli Eşya Hukuku, 3. Baskı, Ankara 2007, sh. 280.

<sup>75</sup> Bkz. Akipek/Akıntürk, sh. 766. Yazarlar, mahkeme kararına dayanan rehin haklarının tescile gerek kalmaksızın varlık kazanacağını savunmaktadır. Ayrıca bu yönde bkz. Gürzumar, sh. 133-134, dn. 514; Şafak Erel, Gayrimenkul Rehninde Sıra, Ankara 1974, sh. 104. Bu konuda ayrıca bkz. İlhan Helvacı, Eski Medenî Kanunumuzla Karşılaştırmalı Olarak Türk Medenî Kanununa Göre Sözleşmeden Doğan İpotek Hakkı, İstanbul 2008, sh. 126-127.

<sup>76</sup> Bkz. Oğuzman/Seliçi/Oktay Özdemir, sh. 899; Ertaş, sh. 539.

kamuya açıklık ilkesinin özel bir öneme sahip olduğu taşınmaz rehninde, sicil dışı kazanım hâlleri ancak kanun tarafından açıkça öngörülmesi durumunda uygulama alanı bulabilir. Bu bakımdan, mahkeme tarafından verilen hüküm, üst hakkı sahibinin tescile muvafakat beyanında bulunmaya mahkûm edildiği bir eda hükmü olup; taşınmaz rehnini kurar nitelikte, yenilik doğuran bir hüküm olarak değerlendirilemez. Mahkeme kararı sadece yüklü taşınmaz malikine, üst hakkı sahibi yerine tapu memurundan tescilin yapılmasını talep yetkisi verecektir. Üst hakkı üzerindeki kanunî ipotek hakkı, yine tapu siciline yapılan tescil ile kurulmuş olacaktır.

Kanaatimizce, aleniyet (kamuya açıklık) ilkesinin taşınmaz rehini bakımından ayrı bir öneme sahip olduğunu kabul etmek gerekir. Gerçekten, taşınmazlar üzerinde sicil dışı yollardan rehin hakkı kazanılmasına imkân tanınması, aleniyet ilkesine zarar vereceği gibi tapu sicilindeki kayıtlara güvenerek taşınmaz üzerinde mülkiyet ya da sınırlı aynî hak kazanan kişilerin aleyhine bir sonuç yaratabilir. Bununla birlikte burada, alelade ipotek hakkından farklı bir durum bulunduğuna dikkat edilmesi gerekir. Özellikle, üst hakkı iradının güvencesini oluşturan kanunî ipotek hakkının kurulması bakımından aleniyet ilkesinin oynadığı rol, diğer taşınmaz rehinlerine nazaran ikinci planda kalmaktadır. Zira burada, üst hakkının her yeni maliki, üst hakkı devam ettiği müddetçe, kanunî ipoteğin kurulması yönündeki irade beyanının muhatabı olabilir. Üst hakkını devralacak olan kişi, bu hakkı, yüklü taşınmaz malikinin kanunî ipotek kurulması yönündeki irade beyanı ile karşı karşıya kalabileceği ihtimalini bilerek (veya kanun gereği bilmesi gerekerek) kazanmaktadır. Üst hakkı iradının güvencesini oluşturan kanunî ipoteği kurma borcu, üst hakkını kuran irtifak sözleşmesinin taraflarınca kararlaştırılmış olmasa dahi, sırf kanun tarafından öngörülmüş olması nedeniyle yalnızca irat alacağının doğduğu andaki üst hakkı sahibi için değil, onun külli ve cüz'î halefleri için de bağlayıcıdır. Öte yandan kanunî ipoteğin tescili yönündeki talep, üst hakkı devam ettiği sürece, herhangi bir süre sınırlamasına bağlı olmadan ileri sürülebilmektedir. Bu özellikleri dikkate alındığında, üst hakkı iradının güvencesini oluşturan kanunî ipoteği tapuya tescil ettirme borcunu yerine getirmeyen üst hakkı sahibine karşı MK m. 716 hükmünden kıyas yoluyla yararlanılarak bir dava açılabilmesi gerektiğine inanıyoruz. Bunun neticesinde verilen mahkeme

kararının kesinleşmesi ile birlikte de, taşınmaz malikinin üst hakkı üzerinde kanunî ipotek hakkını kazanması gerektiğini düşünüyoruz. Bu düşüncenin kabulü, kanunî ipoteğin tescili talebinde bulunan ancak talebi üst hakkı sahibi tarafından yerine getirilmediği için dava açmak zorunda bırakılan taşınmaz malikinin menfaatlerine daha uygun düşeceği gibi; kanun koyucu tarafından taşınmaz malikine irat alacaklarının güvencesi olarak, kaynağını kanun hükmünden alan bir ipotek hakkı verilmesi ile güdülen amacın gerçekleşmesine daha fazla hizmet edecektir.

#### b) *Tescile ilişkin hususlar*

İrat alacağını güvence altına alan kanunî ipotek hakkı, ancak ayrı bir tapu kütüğü sayfasına taşınmaz olarak kaydedilmiş olan üst hakları üzerinde tescil edilebilir.<sup>77</sup> Üst hakkının tapu kütüğünün ayrı (bağımsız) bir sayfasına taşınmaz olarak kaydedilebilmesi için, bu hakkın bağımsız ve sürekli nitelikte olması gerekmektedir.

Bununla birlikte, irat alacağını teminat altına aldirmek isteyen yüklü taşınmaz malikinin, bağımsız ve sürekli nitelikteki üst hakkının tapu kütüğünün ayrı bir sayfasına kaydedilmesini talep etme yetkisi bulunmamaktadır.<sup>78</sup> Bu yetki yalnızca üst hakkı sahibine aittir.<sup>79</sup> Üst hakkı sahibinin bu hakkının, tapu kütüğünün ayrı bir sayfasına kaydedilmesi yönünde bir talebi olmaksızın, yüklü taşınmaz malikinin üst hakkı üzerinde kanunî ipotek kurulmasını talep edebilmesi de mümkün olmaz. Bu nokta, taşınmaz malikinin sahip olduğu irat alacağının kolay bir biçimde güvence altına alınabilmesi amacıyla kanun tarafından öngörülmüş olan kanunî ipotek hakkının zayıf yönünü oluşturmaktadır. Üst hakkı sahibi, yüklü taşınmaz malikinin üst hakkı üzerinde kanunî ipotek kurmasına engel olmak amacıyla, üst hakkının bir taşınmaz olarak tapuda ayrı bir sayfaya kaydedilmesi konusunda talepte bulunmaktan kaçınıyor ve taşınmaz malikinin bu yöndeki taleplerini de sırf bu nedenle reddediyor ise, taşınmaz maliki üst hakkı üzerinde kanunî ipotek kurulmasını sağlayamasa da; diğer

<sup>77</sup> Tuor/Schnyder/Schmid, sh. 963; Schmid/Hürlimann-Kaup, sh. 378; Isler/Cosantini, sh. 1532.

<sup>78</sup> Piotet, sh. 143.

<sup>79</sup> Kuntalp, sh. 545; Gürses, sh. 5.

koşulların varlığı hâlinde MK m. 831 hükmünden faydalanarak, üst hakkının süresinden önce kendisine devredilmesini isteyebilmelidir.<sup>80</sup>

Üst hakkı üzerinde kanunî ipoteğin tesis edilebilmesi için, bu imkânın üst hakkını kuran irtifak sözleşmesine ilişkin resmî senette tanınmış olması gerekmez. Doğrudan doğruya kanundan kaynaklanan bu hak, üst hakkının kurulmasına yönelik irtifak sözleşmesinde yer almasa bile yüklü taşınmaz maliki tarafından kullanılabilir. Hiç kuşkusuz ki tarafların, irtifak sözleşmesine ilişkin olarak düzenlenen resmî senette kanunî ipotek hakkı ile ilgili düzenlemelere yer vermeleri de mümkündür.<sup>81</sup>

Üst hakkı üzerinde kanunî ipoteğin tescili talep edildiğinde, üst hakkının tapu kütüğüne taşınmaz olarak kaydedildiği sayfanın “Rehin Hakları” sütununa malik lehine ipotek tesis edilmesi ve ipoteğin derece sütununa da kanunî anlamında (K) yazılması gerekir.<sup>82</sup>

Bununla birlikte, üst hakkını kuran resmî senette üst hakkı sahibinin irat tarzında borçlandığına ilişkin herhangi bir hüküm bulunmuyorsa, yüklü taşınmaz malikinin kanunî ipoteğin tesisine ilişkin talebi reddedilmelidir. Nitekim kanunî ipotek hakkı ancak belli bir iradın ödenmesi karşılığında tesis edilen üst hakkı bakımından söz konusu olabilir.

MK m. 835/f. 1 hükmü, yüklü taşınmaz malikinin irat alacaklarının güvencesini oluşturan kanunî ipotek hakkını, üst hakkı devam ettiği sürece her zaman tescil ettirebileceğini öngörmektedir. Görüldüğü üzere taşınmaz maliki, kanunî ipoteğin tescilini talep edebilme bakımından herhangi bir süre sınırlamasıyla karşı karşıya bırakıl-

<sup>80</sup> Bu görüşte bkz. Schmid/Hürlimann-Kaup, sh. 379.

<sup>81</sup> Konunun irtifak sözleşmesine ilişkin resmî senette düzenlenmiş olması durumunda, üst hakkının tapu kütüğüne taşınmaz olarak kaydedildiği sayfanın “Beyanlar” hanesine “Üst hakkı karşılığı olarak irat tarzında borçlanılan edimlerin en çok üç yıllık miktarı için bu malikin kanunî ipotek hakkı vardır. Tarih: ... Yev: ...” şeklinde bir kayıt düşülmekte ve yüklü taşınmazın bulunduğu tapu kütüğü sayfası ile bu sayfa arasında irtibat kurulması sağlanmaktadır. Bkz. T.C. Bayındırlık ve İskân Bakanlığı Tapu ve Kadastro Genel Müdürlüğü Tasarruf İşlemleri Dairesi Başkanlığı’nın 15.6.2010 tarih ve 1705 no’lu (2010/12) Genelgesi.

<sup>82</sup> Bkz. T.C. Bayındırlık ve İskân Bakanlığı Tapu ve Kadastro Genel Müdürlüğü Tasarruf İşlemleri Dairesi Başkanlığı’nın 15.6.2010 tarih ve 1705 no’lu (2010/12) Genelgesi.

mamıştır.<sup>83</sup> Oysa üst hakkı sona erdiğinde kendisine kalan yapıların karşılığı olarak, arazi maliki tarafından üst hakkı sahibine ödenmesi kararlaştırılan bedel alacağının teminatını oluşturan kanunî ipotek hakkı<sup>84</sup> üst hakkının sona ermesinden itibaren üç aylık bir süre içinde tescil edilebilmektedir. Yine, üst hakkı iradının güvencesini oluşturmak üzere arazi malikine tanınan kanunî ipotek hakkının tescilli hususunda MK m. 835/f. 2 hükmü uyarınca kıyas yoluyla uygulanması öngörülen yapı alacaklılarının sahip olduğu kanunî ipotek hakkının (MK m. 893/f. 1/b. (3)) tescili de üç aylık bir süre sınırlamasına tâbi tutulmuştur. Buna göre, bir taşınmaz üzerinde gerçekleştirdikleri inşaat nedeniyle sarf etmiş oldukları malzeme ve emek karşılığında malik veya yükleniciden alacaklı olan alt yüklenici veya zanaatkârlar, bu alacaklarını teminat altına almak üzere sahip oldukları kanunî ipotek haklarının tescilini, yükledikleri işin tamamlanmasından itibaren üç aylık süre içerisinde talep edebilmektedirler (MK m. 895/f. 2). Bu süre, hak düşürücü süre niteliğindedir.<sup>85</sup>

<sup>83</sup> Tuor/Schnyder/Schmid, sh. 963; Schmid/Hürlimann-Kaup, sh. 379; Isler, sh. 143; Gümüş, sh. 563. Üst hakkı sahibinin iflası halinde, bu talebin iflas idaresine karşı ileri sürülebileceği yönünde bkz. Isler/Costantini, sh. 1535, Steinauer, Tome III, sh. 130.

<sup>84</sup> Bilindiği gibi üst hakkının sona ermesi ile birlikte üst hakkının konusunu teşkil eden inşaat ve yapılar arazinin bütünleyici parçası hâline gelerek, arazi malikinin mülkiyetine geçer (MK m. 828/f. 1). Her ne kadar arazi malikinin kendisine intikal eden yapı ve inşaat karşılığında üst hakkı sahibine yasal olarak herhangi bir bedel ödeme yükümlülüğü bulunmasa da, taraflar sözleşme ile böyle bir bedelin üst hakkı sahibine ödenmesini kararlaştırabilirler (MK m. 829/f. 1). Mevaz İsviçre Medenî Kanunu'nda ise Türk hukukundan farklı olarak, arazi malikinin, aksi taraflarca kararlaştırılmadıkça üst hakkı sahibine uygun bir tazminat (indemnité équitabile / angemessene Entschädigung) ödemekle yükümlü olduğu görülmektedir (MK m. 779d). Bkz. Steinauer, Tome III, sh. 132. Söz konusu bedelin hukukî niteliğinin fedakârlığın denkleştirilmesi temelli, düşük yoğunluklu bir denkleştirme bedeli olduğu yönünde bkz. Mustafa Alper Gümüş, Türk Medenî Kanununun Getirdiği Yeni Şerhler, İstanbul 2007, sh. 184.

MK m. 829/f. 1'e göre kararlaştırılmış olan bedelin ödenmemesi ya da başka şekilde teminat altına alınmaması hâlinde, üst hakkı sahibi veya üst hakkı üzerinde rehlin hakkına sahip olan alacaklılar, bedel alacağının güvencesini oluşturmak üzere kanunî bir ipotek hakkına sahiptir. Bunlar, taşınmaz üzerindeki kanunî ipotek hakkının tescilini, terkin edilen üst hakkı ile aynı derecede ve sırada olmak üzere ve üst hakkının sona ermesinden itibaren üç aylık hak düşürücü süre içerisinde talep edebilirler. Bkz. bu konuda Oğuzman/Seliçi/Oktay Özdemir, sh. 860; Ertaş, sh. 518; Akipek, sh. 68.

<sup>85</sup> Bkz. Yarg. HGK, 16.6.1973 tarih ve 1-15/510 sayılı kararı: " (önceki) Medenî Kanun'un 807'inci maddesinin 3'üncü fıkrasına (MK m. 893/f. 1/b. 3) dayanarak kanunî ipotek hakkının iş yapan veya müteahhit tarafından işin bittiği tarihten



### 6) İrat alacağının güvencesini oluşturan kanunî ipoteğin tescilinde kıyas yoluyla uygulanabilecek hükümler

MK m. 835/f. 2 hükmü, üst hakkına ilişkin irat alacağının güvencesini oluşturan kanunî ipotek hakkının tescili konusunda, yapı alacaklıları ipoteğinin<sup>86</sup> kurulmasına ilişkin hükümlerin kıyas yoluyla uygulanacağını belirtmektedir.

#### a) Alacak için yeterli teminat gösterilmesi hususunda

Emek veya malzemeleriyle taşınmazda bir değer artışı yaratmış olan yapı alacaklılarına, alacaklarını teminat altına alabilmeleri amacıyla taşınmaz üzerinde kanunî bir ipotek kurdurma hakkı tanıyan Medenî Kanun hükümlerinin kıyas yoluyla üst hakkı iradının güvencesini oluşturan kanunî ipotek hakkının tescili konusunda uygulanacak olması akla ilk olarak MK m. 895/f. 4 hükmünü getirmektedir. Zanaatkârların ve yüklenicilerin kanunî ipotek haklarının tescilini düzenleyen bu hüküm uyarınca, taşınmaz malikinin yapı alacaklılarına karşı yeterli bir güvence göstermesi durumunda, artık bu alacaklıların, kanunî ipotek hakkının tescilini istemek gibi bir hakları kalmamaktadır. Öyle ki, kanunî ipotek tescil edildikten sonra dahi, yeterli teminat gösterilerek ipoteğin terkinin sağlanabilecektir.<sup>87</sup> Bununla birlikte, taşınmaz maliki tarafından gösterilen teminatın ciddi ve yeterli olması, diğer bir deyişle, inşaat alacağının tam olarak elde edilmesini sağlayacak nitelikte bulunması gerekmektedir.<sup>88</sup>

---

itibaren üç ay içerisinde istenmesi gerekir. Aynı Yasa'nın 809'uncu maddesi (MK m. 895) bunu âmirdir. Hak düşürücü bir süre olması sebebiyle bu süre içerisinde sözü geçen hak için istekte bulunulmaz veya aynı Yasa'nın 921'inci maddesine (MK m. 1011) dayanılarak geçici tescil istenmez ise müteahhit bu süre geçtikten sonra bu hakkını kullanamaz. Dolayısıyla üçüncü kişilere bu hususu dermeyeran ederek bir istekte bulunamaz. Yukarıda belirtildiği gibi davacı arsa üzerinde inşaatı 1958 yılında bitirmiştir. Tescil davası 1963 yılında açılmıştır. O hâlde Medenî Kanun'un 809'uncu maddesi (MK m. 895) gereğince istek hüküm altına alınamaz" (Bkz. <http://www.kazanci.com> (erişim tarihi: 27.5.2015)).

<sup>86</sup> Yapı alacaklıları ipoteği hakkında detaylı bilgi için bkz. Cemal Oğuz, "Yapı Alacaklısı Rehninin Konusu", *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. XIII, Y. 2009, S. 1-2, sh. 62 vd.; Başak Baysal, "Yapı Alacaklısı İpoteğine İlişkin Başlıca Hukuksal Sorunlar", Prof. Dr. Özer Şeliçi'ye Armağan, Ankara 2006, sh. 150; Tekinay, sh. 80; Köprülü/Kaneti, sh. 308; Ertaş, sh. 560-561.

<sup>87</sup> Safa Reisoglu, *Türk ve İsviçre Hukukunda Müteahhit ve İşçilerin Kanunî İpotek Hakkı*, Ankara 1961, sh. 101.

<sup>88</sup> Akipek/Akıntürk, sh. 799.



Bu hükmün, MK m. 834'te düzenlenen üst hakkı iradına ilişkin alacağın güvencesini oluşturan kanunî ipoteğin kurulması hakkında kıyasen uygulanması neticesinde, şayet üst hakkı sahibi, üst hakkı iradının üç yıllık toplam miktarı için yüklü taşınmaz malikine yeterli bir güvence sağlar ise, bu takdirde, taşınmaz maliki üst hakkı sahibinden ayrıca bir de kanunî ipoteğin tescilini talep edemeyecektir.<sup>89</sup> Ancak üst hakkı sahibi tarafından gösterilen teminat, üst hakkı iradının üç yıllık toplam miktarından daha az ise, taşınmaz maliki, kalan bu kısım için kanunî ipotek hakkının tescilini talep edebilecektir.<sup>90</sup>

### **b) Kanunî ipoteğin kurulmasına yönelik talepten feragat edilmesi hususunda**

Yapı alacaklıları ipoteğinin kurulmasına ilişkin hükümlerin kıyas yoluyla uygulanması bakımından önem arz eden bir diğer konu da irat alacağını teminat altına alan kanunî ipoteğin kurulmasına yönelik talepten feragat edilmesi ile ilgilidir. MK m. 893/f. 2 hükmü, taşınmaz maliki ya da yükleniciden alacaklı olan alt yüklenici veya zanaatkârların, tescile tâbi olan kanunî ipoteği kurma hakkından önceden feragat etmelerinin geçerli olmadığı hususunu hükme bağlamıştır.

Bu hükümden hareketle, yüklü taşınmaz malikinin, kanunî ipotek kurma hakkından önceden feragat etmesinin de mümkün olmadığı sonucuna varılacaktır.<sup>91</sup> Dolayısıyla, yüklü taşınmaz malikine üst hakkının tesisi karşılığında irat biçiminde ödemedede bulunulacağı konusundaki anlaşmanın yapılmasından evvel, taşınmaz malikinin, üst hakkı iradına ilişkin alacağının yasal güvencesini oluşturan ipotek kurma hakkından feragat etmesi hukuken bir geçerlilik taşımayacaktır.<sup>92</sup> Kanunî ipotek kurma hakkının doğumundan, diğer bir deyişle,

<sup>89</sup> Gürzumar, sh. 134-135; Isler/Costantini, sh. 1534; Schmid/Hürlimann-Kaup, sh. 378; Isler, sh. 143; Steinauer, Tome III, sh. 130.

<sup>90</sup> Gürzumar, sh. 134-135, dn. 518; Isler/Costantini, sh. 1532; Freimüller, sh. 80.

<sup>91</sup> Isler/Costantini, sh. 1532.

<sup>92</sup> Ballif ise, feragatin geçerliliği konusundaki zamansal sınırı, üst hakkının kurulma ânı olarak göstermektedir. Bkz. Ballif, sh. 174. Oysa üst hakkının kurulması, kendiliğinden yüklü taşınmaz malikine üst hakkı üzerinde kanunî ipotek kurma yönünde bir talep hakkı vermez. O, ancak üst hakkının tesisi karşılığında kendisine irat ödenmesine karar verilmesi ve ödenecek irat tutarının belirlenmesi durumunda böyle bir hakka sahip olacaktır.

taraflar arasında üst hakkının tesisi karşılığında yüklü taşınmaz malikine üst hakkı iradı olarak belli bir miktarın ödeneceği konusunda anlaşmaya varılmasından sonra gerçekleştirilen feragat ise geçerli sayılmalıdır.<sup>93</sup>

O hâlde, yüklü taşınmaz malikinin, irat alacağının güvencesini oluşturan ve üst hakkı üzerinde tesis edilecek olan kanunî ipoteği kurma hakkından, ancak bu hakka (kanunî ipoteği kurma hakkına) sahip olduktan sonra feragat edebileceği söylenebilir. Bununla birlikte söz konusu feragatin nasıl ve ne şekilde yapılması gerektiği yönünde Medenî Kanun'da doğrudan uygulanabilecek bir hüküm bulunmamaktadır. Fakat kanımızca bu hususta MK m. 731/f. 2 hükmü kıyas yoluyla uygulama alanı bulabilir. Taşınmaz mülkiyetinin kısıtlamalarını düzenleyen bu madde, esas itibarıyla eşya üzerindeki aynı hâkimiyetin sınırlarını ortaya koymaktadır. Sınırlı aynı haklar, eşya üzerinde sahibine sınırlı da olsa aynı nitelikte bir hâkimiyet sağladığından<sup>94</sup>, bu kısıtlamalar sınırlı aynı haklar bakımından da etkili olacaktır. Bu bağlamda, üst hakkı sahibi, hakka konu olan taşınmazdaki inşaat üzerinde malik olma yetkisine sahip olduğundan, onun inşaat üzerindeki yetkileri de mülkiyet hakkına benzer bir şekilde sınırlanabilmektedir. Üst hakkı sahibinin kanun gereği yükümlü tutulduğu eşyaya bağlı borçlar da bu sınırlamalardan<sup>95</sup> birini oluştur-

<sup>93</sup> Bazı yazarlar ise üst hakkının tesis edilmesinden sonra dahi, taşınmaz malikinin kanunî ipotek hakkının tescili konusunda talepte bulunmayacağına yönelik olarak geçerli bir taahhütte bulunamayacağını savunmaktadır. Bu görüşte bkz. Müllerler, sh. 67. Müller'e göre, kanunî ipotek hakkını kullanmaktan feragat, taşınmaz malikinin kişilik hakkını MK m. 23/f. 2 anlamında aşırı derecede sınırlandıran bir hukukî sonuç yaratabilir. Aksi görüşte bkz. Ballif, No: 565. Yazar, bu yönde bir feragat olsa dahi, bunun, alacağın yalnızca aynı nitelikte bir teminatla korunmaması sonucunu doğuracağını, üst hakkı sahibinin taşınmaz malikine karşı sahip olduğu irat ödeme borcundan doğan kişisel sorumluluğunun ise feragatten etkilenmeksizin devam edeceğini vurgulamaktadır.

<sup>94</sup> Bkz. Kemal Gürsoy/Fikret Eren/Erol Cansel, Türk Eşya Hukuku, Ankara 1984, sh. 693; Ünal/ Başpınar, sh. 83; Tekinay, sh. 28; Köprülü/Kaneti, sh. 3; Belen, sh. 34.

<sup>95</sup> Ballif, sh. 176. Yazar, burada MK m. 731 hükmü bağlamında bir "dolaylı/dolayısıyla" kısıtlama (restriction légale indirecte/mittelbare gesetzliche Eigentumsbeschränkung) söz konusu olduğunu ileri sürmektedir. Dolayısıyla kısıtlamanın söz konusu hâllerde, kanun tarafından, bir kişiye yenilik doğuran bir hak tanımakta ve bu kişi kanun tarafından kendisine tanınan bu hakkı taşınmaz malikine (veya sınırlı aynı hak sahibine) yönelik olarak kullandığı vakit, malik (veya sınırlı aynı hak sahibi) bu kişiye karşı mülkiyeti devir veya bir sınırlı aynı hak tesis etme borcu altına girmektedir. Malike (veya sınırlı aynı hak sahibine)

maktadır.<sup>96</sup> Bununla paralel olarak öğretilde, tescile tâbi olan veya olmayan kanunî ipotek haklarına dair hükümlerin de kanundan doğan kısıtlamalar olduğu kabul edilmektedir.<sup>97</sup> Bu nedenle, yüklü taşınmaz malikinin üst hakkı sahibinden olan irat alacağını güvence altına alabilmek için sahip olduğu kanunî ipotek hakkının, üst hakkı sahibinin inşaat üzerindeki hakkına kanun tarafından getirilmiş bir kısıtlama olduğunu söylemek yanlış olmayacaktır.

MK m. 731/f. 2 hükmünün, kanun tarafından sınırlı aynî haklara yönelik olarak getirilen kısıtlamaların kaldırılmasına veya değiştirilmesine ilişkin sözleşmeler hakkında kıyasen uygulanması neticesinde, üst hakkı iradının güvencesini oluşturan kanunî ipotek hakkından feragat edilmesi durumunda da, adı geçen hükümle ortaya konulan esaslara uyulması icap eder. Zira kanun tarafından yüklü taşınmaz malikine, üst hakkı iradının güvencesi olarak tanınan kanunî ipotek kurma hakkı, üst hakkı sahibinin inşaat üzerindeki hakkına kanun tarafından getirilmiş bir kısıtlama olup, taşınmaz malikinin bu haktan feragat etmesi de, kanun tarafından getirilen kısıtlamanın kaldırılması anlamına gelmektedir.<sup>98</sup>

---

kanun tarafından yükletilen bu yükümlülük eşyaya bağlı borç şeklinde ortaya çıkmaktadır. Bkz. Oğuzman/Seliçi/Oktay Özdemir, sh. 553.

<sup>96</sup> Gerek doğrudan doğruya kısıtlamaların, gerekse dolayısıyla kısıtlamaların sadece mülkiyet hakkında değil, sınırlı aynî haklarda da söz konusu olabileceği yönünde bkz. Oğuzman/Seliçi/Oktay Özdemir, sh. 764, 552; Köprülü/Kaneti, sh. 13.

<sup>97</sup> Oğuzman/Seliçi/Oktay Özdemir, sh. 551.

<sup>98</sup> MK m. 731 hükmü, önceki (743 sayılı) Medenî Kanun döneminde, hakkında özel bir düzenleme bulunmayan yasal önalım hakkından feragat konusunda da uygulama alanı bulmuştur. Yasal önalım hakkından feragati düzenleyen MK m. 733/f. 2 hükmü ise, 2002 değişikliği (4721 sayılı yasa) ile mevzuatımıza girmiştir. Önceki Medenî Kanun döneminde yasal önalımdan feragat müessesesi her ne kadar özel olarak düzenlenmemiş olsa da, önceki Medenî Kanun'un taşınmaz mülkiyetinin kısıtlamalarının ortadan kaldırılması veya değiştirilmesi konusunu düzenleyen ve genel hüküm niteliğinde bulunan 657. maddesi (şimdiki MK m. 731) yasal önalım hakkından feragat konusunda kendisine başvurulmuş bir hüküm olmuştur. Bu hüküm, önceki Medenî Kanun'da şu şekilde yer almaktaydı: "Mülkiyetin kanunî takyitleri tapu siciline kayda hacet olmaksızın muteber olur. Bu takyitler; ancak resmî bir senetle ve tapu siciline kayıt ile ilga veya tadil olunabilir. Ammenin menfaati için vazolunan takyitler tadil ve ilga olunamaz". Yargıtay, bu dönemde vermiş olduğu kararlarda, kanunî önalım hakkını taşınmaz mülkiyetinin bir kısıtlaması olarak nitelendirmiş ve bu hakkın ortadan kaldırılmasının (ilgasının) veya değiştirilmesinin (tadilinin) MK m. 657 ile düzenlenen genel nitelikteki hükmün uygulanması neticesinde ancak resmî bir senetle ve tapu siciline yapılan tescil ile (tapuda olumsuz bir irtifak hakkı tesis etmek suretiyle) gerçekleşebileceği hükmüne varmıştır. Bu yönde bkz. Yarg. 6. HD, 3.6.1980 tarih ve 4041/5783 sayılı

MK m. 731/f. 2 hükmü, taşınmaz mülkiyetinin kanundan doğan kısıtlamalarının ortadan kaldırılmasına veya değiştirilmesine ilişkin sözleşmenin resmî şekilde düzenlenerek tapu kütüğüne şerh verilmesi gereğini öngörmektedir. Sınırlı aynî haklara ilişkin olarak kanun tarafından getirilen kısıtlamaların kaldırılmasına veya değiştirilmesine dair sözleşmeler hakkında doğrudan doğruya uygulanabilecek bir hükmün Medenî Kanunda bulunmaması nedeniyle, taşınmaz üzerindeki sınırlı aynî hak ile ilgili olarak kanundan doğan bir kısıtlamanın söz konusu olması hâlinde de, MK m. 731/f. 2 hükmünün kıyasen uygulanması gerekir.<sup>99</sup> Öyleyse, yüklü taşınmaz malikinin üst hakkı üzerinde kanunî ipoteğin kurulmasına yönelik talep hakkından feragat etmesi hâlinde de, söz konusu hukukî işlemin resmî şekilde düzenlenerek tapu kütüğüne şerh verilmesi gerekecektir.

Bununla birlikte, resmî şekilde düzenlenerek tapuda şerh verilen feragat, yalnızca üst hakkını kuran irtifak sözleşmesinin tarafları arasında hüküm doğurabilir. Nitekim burada, şerhin eşyaya bağlı borç etkisi yarattığı söylenemez. Yüklü taşınmaz malikinin üst hakkı üzerinde kanunî ipoteğin tescilini talep etmeyeceğine ilişkin taahhüdünün tapuda şerh edilmesi, yüklü taşınmazın sonraki malikleri açısından rol oynamayacak, onları bu borçla (kanunî ipoteğin tescilini talep etmeme borcu ile) yükümlü kılmayacaktır. Zira kanunî ipoteğin kurulması yönündeki talep, yüklü taşınmaz üzerinde sahip olunan mülkiyet hakkına değil, irat alacağına bağlı bir haktır. Yüklü taşınmaz malikinin, gerek üst hakkı iradına ilişkin borcun ödenmesi, gerekse bu borcu garanti altına alan kanunî ipoteğin kurulması yönündeki taleplerini ileri sürebilmesi için üst hakkı iradına ilişkin alacağın sahibi olması şarttır. Dolayısıyla, tapuda şerh verilmiş dahi olsa feragat, yüklü taşınmazın sonraki maliklerine karşı ileri sürülemeyecektir. Öte yandan, kanunî ipoteğin kurulmasına yönelik talep hakkından

---

kararı: "...paydaşın şuf'a hakkından herkese karşı feragati gayrimenkul mülkiyetinin takyidini ilga ve tadilini tazammun etmesi sebebiyle geçerli olması için resmî şekilde yapılarak tapuya tescil edilmesi gerekir". Ayrıca bkz. Yarg. İBK, 16.5.1951 tarih ve 19/3 sayılı kararı (Bkz. <http://www.kazanci.com> (erişim tarihi: 27.5.2015)). Bu konuda ayrıca bkz. Şükran Taman Şıpka, Türk Hukukunda Kanunî Önalım (Şuf'a) Hakkı (MK m. 659), İstanbul 1994, sh. 111-114. Yazar, resmî şekilde yapılmış, fakat tapuya tescil ettirilmemiş olan mutlak feragatin sadece taraflar arasında geçerli olduğunu savunmaktadır (sh. 112).

<sup>99</sup> Sirmen, sh. 606.

feragat edildiği yönündeki savunma imkânı, feragatin tapuda şerh verilip verilmediğinden tamamen bağımsız bir biçimde alacağın sonraki sahiplerine (üst hakkı iradına ilişkin alacağı devralanlara) karşı ileri sürülebilir.<sup>100</sup>

MK m. 731/f. 2 hükmünün karşılığı olan İsviçre Medenî Kanunu m. 680/f. 2 ise, taşınmaz mülkiyetinin kanundan doğan kısıtlamalarını ortadan kaldıran ya da değiştiren hükümlerin geçerliliğinin yalnızca resmî şekilde düzenlenmesine ve hakkın tapu kütüğüne tescil edilmesine bağlı olduğu kuralını öngörmektedir. Dolayısıyla İsviçre kanun koyucu, taşınmaz mülkiyetinin kanundan doğan kısıtlamalarını ortadan kaldıran ya da değiştiren sözleşme hükümlerini şerh yoluyla eşyaya bağlı borç hâline getirmeyi değil; bunlarla ilgili bir sınırlı aynî hakkın (olumsuz bir irtifak hakkının) kurulması ve bu hakkın tapu siciline tescil edilmesi yoluyla aynî etkiye kavuşturmayı amaçlamaktadır. Bunun neticesinde, kısıtlamayı ortadan kaldıran veya değiştiren hukukî işlemin (irtifak sözleşmesinin) resmî şekilde düzenlenmesi ve tapu siciline tescilin yapılması gerekmektedir.

Yüklü taşınmaz maliki, feragat ile; üst hakkı üzerinde kanunî ipotek kurma yönündeki yetkisini kullanmaktan kaçınma konusunda borç altına girmektedir.<sup>101</sup> Kanunî ipoteğin kurulması yönündeki talep hakkından feragatin özellikle sonraki üst hakkı sahiplerine karşı da etki doğurabilmesi, diğer bir anlatımla, sonraki üst hakkı sahiplerinin de feragatten yararlanabilmeleri için bunun, taşınmaz mülkiyetinin kanundan doğan kısıtlamalarının ortadan kaldırılması ve değiştirilmesine ilişkin anlaşmalar konusundaki İsviçre düzenlemesinde olduğu gibi resmî şekilde düzenlenerek, tapu kütüğüne tescil edilmesi gerektiğini düşünüyoruz. Böylelikle, üst hakkı üzerinde kanunî ipotek hakkının kurulmasının talep edilmeyeceğine yönelik taahhüt, tapu kütüğünde olumsuz bir irtifak şeklinde tescil edilecek ve aynî etkiye kavuşmuş olması sayesinde, üst hakkı üzerinde sonradan aynî nitelikte hak kazanan kimselerin de feragatten yararlanmaları mümkün hâle gelecektir.<sup>102</sup>

<sup>100</sup> Bu konuda bkz. aşağıda Bölüm V/1'de yaptığımız açıklamalar.

<sup>101</sup> Taşınmaz mülkiyetinin kanundan doğan kısıtlamalarının ortadan kaldırılması ve değiştirilmesine ilişkin anlaşmalarla ilgili olarak bu görüşte bkz. Gümüş, Şerhler, sh. 131, dn. 105.

<sup>102</sup> Bu nedenle biz de Gümüş'e katılıyor ve MK m. 731/f. 2 hükmü bakımından gün-

### 7) İrat alacağının güvencesini oluşturan kanunî ipoteğin sırası

MK m. 1022/f. 1 ile öngörülen genel prensip uyarınca üst hakkı iradının ödenmesine ilişkin alacağın teminat altına alınması için yükü taşınamaz maliki lehine tesis edilen ipotek hakkının sırası kurulma tarihine göre belirlenmektedir.

Kanunî ipotek hakkının, irat alacağının doğduğu günden itibaren tapu siciline tescili talep edilebilir.<sup>103</sup> Bu bakımdan, üst hakkının kurulması karşılığında yüklü taşınmaz malikine belli bir irat ödeneceğinin taraflarca kararlaştırılması durumunda, taşınmaz malikinin en kısa sürede üst hakkı sahibinden kanunî ipotek hakkının tescilini talep etmesi onun menfaatine uygun bir durum yaratacaktır.<sup>104</sup> Nitekim üst hakkı sahibi, kanunî ipoteğin tescilinden önce üst hakkı üzerinde üçüncü kişiler lehine sınırlı aynî hak ya da rehin hakkı kuracak olursa, sonra tescil edilen kanunî ipotek hakkı, sıra itibarıyla diğer sınırlı aynî hak ve rehin haklarının gerisinde kalacaktır. Diğer bir deyişle, irat alacağını temin eden kanunî ipotek hakkı kanun tarafından belli bir imtiyazdan yararlandırılmadığı için, üst hakkına konu olan taşınmaz üzerinde daha önce kurulmuş olan sınırlı aynî hakların sıralarında, kanunî ipotek dolayısıyla bir değişiklik söz konusu olmaz.<sup>105</sup>

Öte yandan, MK m. 835/f. 1 hükmü üst hakkı iradına ilişkin alacağın güvencesini oluşturan kanunî ipotek hakkının, icra yoluyla satışta terkin olunmayacağı kuralını öngörmektedir. Kanunda böyle bir hükmün yer almasına neden ihtiyaç duyulduğu sorusu akla gelebilir. Şayet bu hükme yer verilmeseydi, yüklü taşınmaz maliki, üst hakkının icra yoluyla satışından elde edilen tutardan yalnızca (kanunî ipotek hakkının sırasına uygun olarak) muaccel olan üst hakkı iratlarının değeri ile sınırlı olarak tatmin edilebilecekti. Henüz vadesi gelmemiş

deme getirilen “şerh” seçiminin isabetli olmadığını düşünüyoruz. Bu konuda bkz. Gümüş, Şerhler, sh. 132-133.

<sup>103</sup> Gümüş, sh. 564.

<sup>104</sup> Tuor/Schnyder/Schmid, sh. 963; Isler/Costantini, sh. 1533; Schmid/Hürlimann-Kaup, sh. 378; Ballif, No. 564; Steinauer, Tome III, sh. 130.

<sup>105</sup> Buna karşılık, Medenî Kanun’un yapı alacaklıları için yapı alacaklarını teminat altına almak amacıyla taşınmaz üzerinde sağlamış olduğu kanunî ipotek hakkı, taşınmazda meydana gelen değer artışı oranında daha önce kurulmuş olan sınırlı aynî haklar karşısında sıra itibarıyla bir imtiyazdan yararlandırılmıştır (MK m. 897). Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Reisoğlu, sh. 4 vd. ve Oğuzman/Seliçi/Oktay Özdemir, sh. 969; Köprülü/Kaneti, sh. 322. Ayrıca bkz. Müller, sh. 53.



olan irat alacaklarının ise, üst hakkının icra marifetiyle satışından elde edilen tutardan karşılanması mümkün olmayacak, buna rağmen, üst hakkı iratlarına ilişkin kanunî ipotek hakkı, ana kural<sup>106</sup> gereği icra yoluyla satış neticesinde terkin edilecekti. Her ne kadar yüklü taşınmaz maliki, üst hakkını icra yoluyla satın alan kişiye karşı da vadesi henüz gelmemiş irat alacaklarının teminat altına alınması için MK m. 834'ten doğan kanunî ipotek hakkının kurulması yönünde yeni bir irade beyanında bulunabilecekse de, önceki ipotek hakkının terkininin yapıldığı an ile yeni kanunî ipotek hakkının kurulma zamanı arasında, üst hakkının yeni maliki, hakkı üzerinde aynî nitelikte başka haklar da tesis edilebilecek, bu bakımdan üst hakkı iradına ilişkin alacağı teminat altına alan kanunî ipotek hakkı, tescil zamanı nedeniyle daha dezavantajlı bir konuma düşebilecekti. Bu nedenle, kanunî ipotek hakkının "icra yoluyla satışta terkin olunmayacağı"na ilişkin MK m. 835/f. 1 hükmünün, yüklü taşınmaz malikinin böylesi olumsuz bir durumla karşı karşıya gelmesini engellemek amacıyla getirildiği söylenebilir.<sup>107</sup>

## V- Kanunî İpotek Hakkının Tesisi ile İlgili Bazı Özel Durumlar

### 1) İrat alacağının başkasına devri

Yukarıda da bahsetmiş olduğumuz gibi taşınmaz maliki ile üst hakkı sahibi, kendi aralarında, taşınmaz üzerinde tesis edilen üst hakkının karşılığı olarak, üst hakkı sahibinin yüklü taşınmaz malikine belli bir irat ödeyeceği hususunu kararlaştırmış olabilirler. Yüklü taşınmaz malikinin, üst hakkı sahibinden olan üst hakkı iradının ödenmesine ilişkin alacağını başkasına devretmesi hâlinde, irat alacağını güvence altına alan kanunî ipotek hakkının akıbetinin ne olacağı meselesi üzerinde durulması gerekir.

Bilindiği üzere alacağın devri ile birlikte, faiz ve teminata ilişkin fer'i haklar, alacağa bağlı yenilik doğuran haklar ve alacağa bağlı talep ve yetkiler kendiliğinden devralana geçer (TBK m. 189/f. 1).<sup>108</sup> Şayet

<sup>106</sup> İcra İflas Kanunu m. 144/f. 4 uyarınca: "Bir taşınmazı paraya çeviren icra dairesi o taşınmaz üzerindeki irtifak haklarına, taşınmaz mükellefiyetlerine ve taşınmaz rehlin haklarına dair kayıtların tapu sicilinden terkin ve nakillerini de yaptırır".

<sup>107</sup> Steinauer, Tome III, sh. 130-131.

<sup>108</sup> Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Eren, sh. 1191; Kemal Oğuzman/Turgut Öz, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt 2, 11. Bası, İstanbul 2014, sh. 563-565.



yüklü taşınmaz maliki, üst hakkı iradını güvence altına almak amacıyla üst hakkı üzerinde kanunî ipotek hakkını tescil ettirmişse, bu hak, alacağın devri ile birlikte alacağı devralana geçer. Diğer bir ifadeyle alacak üzerindeki hak sahipliği devralana geçtiği için, kanunî ipotek hakkı da artık devralanın alacağını güvence altına alacaktır.

Öte yandan, kanunî ipotek kurulmasına ilişkin talep hakkı da, üst hakkından doğan irat alacağına bağlı (fer'i) bir hak niteliğindedir. Bunun bir sonucu olarak yüklü taşınmaz malikinin, üst hakkı iradına ilişkin alacağını başkasına devretmesi durumunda, kanunî ipoteğin kurulması istemini içeren hak da irat alacağını devralan kişiye geçecektir. Dikkat edileceği gibi, üst hakkı iradını güvence altına alan kanunî ipotek hakkının, üzerinde üst hakkı tesis edilen taşınmaz mülkiyeti ile bir bağlantısı bulunmamaktadır. Bu sebeple, üst hakkı iradına ilişkin alacağını başkasına devreden malikin, yüklü taşınmaz üzerindeki mülkiyet hakkı devam etmesine rağmen, üst hakkı iradının güvencesini oluşturmak üzere üst hakkı üzerinde kanunî ipoteğin kurulmasını talep etme hakkı, irat alacağını devralan kişiye geçmektedir.

Kural olarak alacak, devreden malvarlığında hangi hâlde ise, devralanın malvarlığına da o hâliyle intikâl eder. Diğer bir deyişle, alacağın devri borçlunun durumunu ağırlaştırmaz.<sup>109</sup> Şayet yüklü taşınmaz maliki, üst hakkından doğan irat alacağının devrinden evvel, kanunî ipotek kurma hakkından feragat etmiş ise, alacağı devralan, borçluya karşı kanunî ipotek kurulması yönünde bir hak ileri süremez. Sürse bile borçlu, BK m. 188/f. 1 hükmü uyarınca yeni alacaklıya karşı savunma imkânından faydalanabilir.<sup>110</sup> Burada, alacağı devralanın iyiniyetli ya da kötüniyetli olmasının da herhangi bir önemi bulunmayacaktır.<sup>111</sup>

## 2) İrat alacağı üzerinde rehin hakkı kurulması

Yüklü taşınmaz maliki, üst hakkı sahibinden olan irat alacağını başkasına devredebileceği gibi, bu alacak üzerinde üçüncü kişiler lehine rehin hakkı da tesis edebilir. Ancak irat alacağının devrinden

<sup>109</sup> Oğuzman/Öz, sh. 574.

<sup>110</sup> Ballif, No. 567.

<sup>111</sup> İyiniyetin hukukî sonucu değiştirmedeği hâller için bkz. Oğuzman/Barlas, sh. 225-226; Dural/ Sarı, sh. 220.

farklı olarak, alacak üzerinde rehin hakkına sahip olan rehinli alacaklı, bunun üzerinde mülkiyet hakkına sahip olmayıp, yalnızca irat alacağının rehnin paraya çevrilmesi<sup>112</sup> neticesinde alacağını tahsil etme yetkisini elinde bulundurmaktadır.<sup>113</sup> Bu bakımdan, üst hakkı iradının ödenmesine ilişkin alacak üzerinde rehin hakkını kazanan alacaklı, irat alacağını devralandan farklı olarak, üst hakkı üzerinde kanunî ipoteğin kurulmasına yönelik talep hakkına sahip olmamaktadır.

Yüklü taşınmaz malikinin üst hakkı üzerinde kanunî ipotek kurma hakkından feragat etmesinden sonra, irat alacağı üzerinde üçüncü kişi lehine rehin hakkı tesis edilmesi durumunda da, tıpkı irat alacağının devrinde olduğu gibi, rehin konusu yapılan irat alacağı, kapsam bakımından kanunî ipotek kurma hakkını ihtiva etmeyecektir. Zira yüklü taşınmaz maliki bu haktan daha önce feragat etmiştir.

İrat alacağı üzerinde rehin hakkına sahip olan alacaklının rehnin paraya çevrilmesi ile yaptığı takip sonucu, rehin konusu alacağı iktisap eden kişi, irat alacağının teminat altına alınması amacıyla kanunî ipotek hakkının kurulmasını talep ederse, irat borçlusu bu haktan daha önce feragat edilmiş olduğu yönündeki savunma imkânından faydalanabilecektir. Buna karşılık, böyle bir feragat söz konusu değilse, rehnin paraya çevrilmesi ile yapılan takip sonucunda rehin konusu alacağı iktisap eden kişi, o andaki üst hakkı sahibinden kanunî ipotek hakkının tapuya tescil ettirilmesini talep edebilir.

Diğer taraftan, şayet irat alacağı üzerinde rehin hakkı kurulmasından evvel bu yönde bir feragat yapılmamış ise, yüklü taşınmaz malikinin, rehinli alacaklının onayı olmadan kanunî ipotek kurma hakkından feragat edememesi gerekir. Zira kanunî ipotek kurma hakkı, üzerinde rehin hakkı kurulan alacağa bağlı (fer'i nitelikte) bir hak olup, alacakla birlikte rehnin kapsamına girer. Rehinli alacaklının, her ne kadar üst hakkı üzerinde kanunî ipoteğin kurulmasına yönelik bir

<sup>112</sup> Alacak rehninin çeşitli yollardan paraya çevrilmesi mümkündür. Rehin konusu alacak, cebri icra vasıtasıyla satılarak paraya çevrilebileceği gibi, söz konusu alacak, rehin alana ödenmek suretiyle de paraya çevrilebilir. Üçüncü bir yol ise alacak üzerindeki rehnin, rehin alan tarafından özel olarak satılarak (rehin verenin rehin alana rehnedilen alacağı tahsil yetkisi vermesi neticesinde) paraya çevrilmesidir. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Lale Sirmen, Alacak Rehni, Ankara 1990, sh. 86, 117-119.

<sup>113</sup> Oğuzman/Seliçi/Oktay Özdemir, sh. 1029.

talep hakkı bulunmasa da, onun, alacağın mevcudiyetinin ve değerinin korunması bakımından kayda değer bir menfaatinin bulunduğu da açıktır. Bu sebeple, taşınmaz maliki, rehinli alacaklının menfaatine aykırı bir biçimde alacağın mevcudiyetini etkileyecek işlemleri ancak rehinli alacaklının rızası ile gerçekleştirebilir.<sup>114</sup>

Bilindiği gibi üzerinde rehin hakkı kurulan alacağın -diğer bir deyişle, rehin yükü bakımından alacak rehninin- kapsamına; kural olarak rehin verilen alacak, rehin verilen alacağa bağlı haklar<sup>115</sup> ve rehin verilen alacağa bağlı dönemli yan edimler girmektedir.<sup>116</sup> Alacak rehninde, rehin konusu alacağa bağlı hakların rehin kapsamında olup olmamaları hususunda, alacağın temlikine ilişkin TBK m. 189/f. 1 hükmü kıyasen uygulama alanı bulacaktır.<sup>117</sup>

### 3) Yüklü taşınmazın mülkiyetinin başkasına devri

Üst hakkı ile yüklü olan taşınmaz mülkiyetinin başkasına devredilmesi durumunda, taşınmazın yeni maliki, kural olarak üst hakkı üzerinde kanunî ipoteğin kurulmasını talep etme hakkını elde etmez. O, ancak yüklü taşınmaz üzerindeki mülkiyet hakkını kazanırken, yüklü taşınmaz malikinin üst hakkı sahibinden olan irat alacağını da devralırsa, kanunî ipoteğin kurulması yönündeki talep hakkına sahip olabilir. Zira üst hakkı iradını teminat altına alan kanunî ipoteği talep hakkı, üst hakkı ile yüklenen taşınmaz üzerindeki mülkiyet hakkına bağlı bir hak olmayıp, tamamen üst hakkı iradının ödenmesine ilişkin alacağa bağlı bir haktır.<sup>118</sup> Kaldı ki, üst hakkı iradına ilişkin alacağın kendisinin de taşınmaz üzerindeki mülkiyet hakkı ile bir bağlantısı bulunmamaktadır. Bu nedenle, şayet taşınmaz maliki yalnızca taşınmazın mülkiyetini devreder, buna karşılık üst hakkı iradına yönelik

<sup>114</sup> Oğuzman/Seliçi/Oktay Özdemir, sh. 1033; Sirmen, Alacak Rehni, sh. 77-80, 104; Ballif, No. 568.

<sup>115</sup> Rehin verilen alacağa bağlı (fer'i) haklardan bazıları, faiz ve cezaî şart gibi alacağın genişlemesine fayda sağlarken; kefile karşı olan hak, rehin ve hapis hakları gibi diğer bazı fer'i haklar ise alacağa teminat olarak hizmet ederler. Bkz. Andreas von Tuhr, Borçlar Hukuku I-II, Ankara 1983 (Terc. Cevat Edege), sh. 22.

<sup>116</sup> Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Ebru Şensöz/Arif Barış Özbilen/Burcu Savaş, "Alacak Rehninin Teminat Altına Alınan Alacak ve Rehin Yükü Bakımından Kapsamı", *İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi*, Özel Hukuk Sayısı, Yıl: 4, Sayı: 8, Güz 2005/2, İstanbul 2005, sh. 245-250.

<sup>117</sup> Sirmen, Alacak Rehni, sh. 71.

<sup>118</sup> Ballif, No. 570; Steinauer, Tome III, sh. 129, dn. 83. Aksi yönde Piotet, sh. 144.

alacağını devretmezse, üst hakkı üzerindeki kanunî ipoteği talep hakkı da kendisinde kalır. Özetle, yüklü taşınmazın mülkiyetini kazanan kişinin, üst hakkı üzerinde kanunî ipoteğin tescilini talep edebilmesi için, üst hakkı iradına ilişkin alacağı da temlik alması şarttır.

#### 4) Üst hakkının başkasına devri

Kişiyeye bağlı olarak kurulan üst hakkının devredilemeyeceği hususu irtifak sözleşmesi ile öngörülmedikçe, üst hakkı sahibi bu hakkını üçüncü bir kişiye devredebilir.<sup>119</sup> Tapu kütüğünün ayrı bir sayfasına taşınmaz olarak kaydedilmemiş olan üst hakkının ise devri mümkün değildir.<sup>120</sup> Üst hakkının devredilmiş olması hâlinde, yeni üst hakkı sahibi, irat ödeme borcunu üstlenmedikçe bu borçtan sorumlu olmayacaksa da; bu borçtan şahsen sorumlu olan irat borçlusunun borcunu yerine getirmemesi durumunda, üst hakkı üzerinde tesis edilmiş olan kanunî ipoteğin paraya çevrilmesi tehlikesi ile karşı karşıya kalabilecektir.<sup>121</sup>

Yukarıda da belirtmiş olduğumuz gibi, yüklü taşınmaz malikinin irat alacağını güvence altına alabilmesi amacıyla üst hakkı sahibinin kanun gereği yerine getirmekle yükümlü olduğu kanunî ipoteği tescil ettirme borcu eşyaya bağlı bir borç niteliğindedir. Üst hakkının süresi devam ettiği müddetçe, her yeni üst hakkı sahibi, yüklü taşınmaz malikinin yenilik doğuran hakkına muhatap olabilir ve bunun sonucunda kanunî ipotek hakkını kurma borcu altına girer.<sup>122</sup> Üst hakkının

<sup>119</sup> Eşyaya bağlı olarak kurulan üst hakkının, yararlanan taşınmazdan ayrı olarak devredilebilmesi ise mümkün değildir. Geçit irtifakı ile ilgili olarak bu konuda verilmiş olan İsviçre Federal Mahkemesi kararı için bkz. ATF 73 II 27.

<sup>120</sup> Bkz. Yarg. HGK, 8.10.2008 tarih ve 14-620/615 sayılı kararı: "...mevcut kısıtlamalar sebebiyle üst hakkı irtifakının müstakil ve daimi nitelikte tapu kütüğünün ayrı bir sayfasına taşınmaz olarak kaydına olanak bulunmamaktadır. Bu özelliğinden dolayı da tapu kütüğünün ayrı bir sayfasına müstakil ve daimi nitelikte yazılmayan üst hakkının üçüncü kişilere devri mümkün değildir". (Bkz. <http://www.kazanci.com> (erişim tarihi: 27.5.2015)).

<sup>121</sup> Riemer, sh. 81.

<sup>122</sup> Bilindiği gibi, sözleşme ile bir taşınmaza ilişkin olarak tanınan alım, önalım ve geri alım gibi yenilik doğuran haklar, hak sahibi tarafından yalnızca bu hakları kuran taşınmaz maliki ve külli haleflerine karşı kullanılabilir. Oysa tapu kütüğüne şerh verilmeleri hâlinde, bu hakların etkileri güçlenir ve taşınmaz üzerinde sonradan aynı hak kazanan kişilere karşı da ileri sürülebilir hâle gelirler. Bkz. Oğuzman/Barlas, sh. 153, dn. 168. Buradaki yenilik doğuran hak ise, sözleşme ile tanınmış olmayıp, kaynağını doğrudan doğruya bir kanun hükmünden aldığından, sade-

maddi anlamda değer kaybetmesine yol açan bu husus, üst hakkı üzerinde kanunî ipoteğin kurulmasını talep hakkından feragatin önemini artırmaktadır.

Daha evvel de ifade etmiş olduğumuz gibi, kanunî ipotek hakkının doğumundan sonra yüklü taşınmaz malikinin ipoteğin kurulmasını isteme yönündeki haktan feragat etmesi mümkündür. Ancak üst hakkının devri durumunda, bu feragatin yeni üst hakkı sahibine karşı da etkili olup olmayacağı sorusu akla gelebilir. Bu soruya olumlu yanıt verildiği takdirde, üst hakkının yeni sahibi, yüklü taşınmaz malikinin kendisinden üst hakkı üzerinde kanunî ipoteğin kurulmasını istediği vakit, bu haktan üst hakkının devrinden evvel feragat edilmiş olduğu yönünde bir savunma imkânından faydalanabilecek; aksi takdirde taşınmaz malikinin talebine uygun bir biçimde ipoteği tescil ettirmek zorunda kalacaktır.

Diğer taraftan, kanunî ipoteğin kurulmasını talepten feragat etmenin üst hakkının kapsam ve içeriğine dâhil bir unsur olduğu ve bu konudaki feragatin resmî senette yer alması hâlinde MK m. 827 hükmü uyarınca aynı etkiye sahip olacağı düşüncesi de akla gelebilir. Zira üst hakkı iradını teminat altına alan kanunî ipotek hakkı, doğrudan doğruya kanun hükmünden kaynaklanan bir unsurdur ve tarafların üst hakkına ilişkin irtifak sözleşmesinde bu konuda bir düzenleme yapmamış olmaları hâlinde dahi, kanun gereği etki doğuracaktır. O hâlde, kanun tarafından öngörülen bu hususun taraflarca ortadan kal-

---

ce sözleşmenin diğer tarafına karşı değil, üçüncü kişilere karşı da kullanılabilir. Tıpkı, yine bir yenilik doğuran hak niteliği taşıyan ancak kanun tarafından tanınmış olan (yasal) önalım hakkında olduğu gibi. Bilindiği üzere yasal önalım hakkı, bir paydaşın paylı mülkiyete tâbi olan bir taşınmaz üzerindeki payını üçüncü bir kişiye satması hâlinde diğer paydaşlara aynı şartlarla bu payın alıcısı olabilme yetkisini veren ve kanunen tanınmış olan yenilik doğuran bir haktır. Sözleşme ile tanınan ve şerh edilmemiş olan önalım hakkından farklı olarak, paydaş bu hakkını payı satın alarak devralan üçüncü kişilere karşı da kullanabilmektedir. Bkz. Oğuzman/Seliçi/ Oktay Özdemir, sh. 554; Heinz Rey/Lorenz Strebler, Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch II, 4. Auflage (Hrsg: Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Thomas Geiser), Art. 664-712 ZGB, Basel 2011, sh. 1137; Şıpka, sh. 2-3. Burada da üst hakkı sahibi, hakkını üçüncü bir kişiye devretse dahi, yüklü taşınmaz maliki, kanunî ipoteğin kurulmasına ilişkin talep hakkını üst hakkının yeni malikine karşı ileri sürebilecektir. "Eşyaya bağlı borç" niteliğinde olan kanunî ipoteği kurma borcu, her ne kadar üst hakkını kuran irtifak sözleşmesinin tarafı olmasa ve üst hakkı iradını ödeme borcunu üstlenmese de, üst hakkının yeni malikine ait olacaktır.

dırılmasına yönelik anlaşmanın da üst hakkının kapsam ve içeriğini doğrudan ilgilendiren bir hüküm olduğu ve bunun resmî senette düzenlenmesi durumunda herkes için bağlayıcı olacağı iddia edilebilir.

Kanımızca, üst hakkını kuran irtifak sözleşmesinde yer alan ve kanunî ipotek hakkının kurulmasına yönelik talebin ileri sürülme-yeceği doğrultusundaki taahhüdün, MK m. 827 hükmü uyarınca üst hakkının içeriğine dâhil bir unsur olduğu, kendiliğinden aynı etkiye sahip olduğu ve bu nedenle sonraki üst hakkı sahiplerinin de bu feragatten yararlanabileceği şeklindeki düşünce, aşırı bir yorumun ürünü olarak değerlendirilmelidir. Nitekim üst hakkına ilişkin irtifak sözleşmesinde yer alan ve yüklü taşınmaz malikinin kanunî ipotek hakkını kullanmayacağına yönelik taahhüdünü, üçüncü kişilere karşı da hüküm doğuran genel bir taahhüt olarak yorumlamak isabetli olmaz. Yüklü taşınmaz malikinin iradesi, bu hakkını yalnızca sözleşmenin diğer tarafı olan üst hakkı sahibine karşı kullanmamak, bununla beraber üst hakkının başkasına devredilmesi durumunda sonraki üst hakkı sahiplerine karşı kanunî ipotek hakkını kullanabilmek şeklinde de oluşmuş olabilir.

Bize göre, üst hakkı üzerinde kanunî ipoteğin kurulmasına yönelik bir talepte bulunulmayacağı hükmünü içeren genel bir feragatin hüküm doğurabilmesi ancak bu konuda olumsuz bir irtifak sözleşmesinin yapılması ve söz konusu hakkın tapuya tescil edilmesi suretiyle mümkün olabilir. Bu sayede, yüklü taşınmaz malikinin üst hakkının devrinden sonra üst hakkı üzerinde kanunî ipoteğin kurulması yönündeki talebiyle karşı karşıya kalan sonraki üst hakkı sahipleri de, bu talebi bertaraf etme imkânına kavuşacaklardır. Yalnızca sözleşmenin diğer tarafını oluşturan hâlihazırdaki üst hakkı sahibine karşı etkili olması istenen feragatin geçerliliği ise, MK m. 731/f. 2 hükmünün kıyasen uygulanması neticesinde, resmî şekil şartına uyulmasına ve hakkın tapuda şerh edilmesine bağlı tutulmalıdır. Fakat burada, şerhin, üçüncü kişilere (sonraki taşınmaz maliklerine) karşı etki doğurma konusunda herhangi bir fonksiyonu bulunmadığını, zira kanunî ipoteğin kurulmasına yönelik talebin, taşınmaz üzerindeki mülkiyet hakkına değil, üst hakkı iradının ödenmesine ilişkin alacağa bağlı olduğunu da tekrar hatırlatalım.

## SONUÇ

MK m. 834 hükmü ile kanun koyucunun, irat alacağını güvence altına alabilmesi için yüklü taşınmaz malikine -üst hakkını kuran irtifak sözleşmesinde kararlaştırılmamış olsa bile- kaynağını kanun hükmünden alan bir ipotek hakkı tanınması, onun, özellikle yüklü taşınmaz malikinin irat alacağını elde etmesi konusundaki menfaatlerini koruma amacı güttüğüne işaret etmektedir. Öte yandan Medenî Kanun ile, irat alacağının güvencesini oluşturan kanunî ipoteği tescil ettirme borcunun eşyaya bağlı borç (*propter rem*) niteliğine kavuşturulması ve bu sayede yüklü taşınmaz malikine, teminat ipoteğinin kurulması yönündeki talep hakkını, yalnızca üst hakkı iradını ödeme borcu altına girmiş olan üst hakkı sahibine karşı değil, sonraki üst hakkı sahiplerine karşı da ileri sürebilme yetkisinin verilmesi de yine, taşınmaz malikinin irat alacağına yönelik menfaatlerinin etkin bir biçimde korunması amacını taşımaktadır. İrat alacağının güvencesini oluşturan kanunî ipoteğin kurulması yönündeki talebin hukukî niteliğinin “yenilik doğuran hak” olması da bu düşüncemiz ile örtüşür niteliktedir. Nitekim yüklü taşınmaz malikinin yenilik doğuran bu hakkı kullanılması neticesinde, üst hakkı sahibinin iradesinden bağımsız olarak yeni bir hukukî sonuç meydana gelmekte, yenilik doğuran bu hakkın muhatabı olan üst hakkı sahibi bu beyanın kendisine ulaşması ile birlikte, doğrudan doğruya ipoteği tescil ettirme borcu ile karşı karşıya kalmaktadır.

Tüm bu anlatılanlara rağmen, üst hakkı sahibinin, bu hakkın tescili karşılığında yüklü taşınmaz malikine karşı üstlendiği irat ödeme borcu kişisel nitelikte bir borç olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu nedenle üst hakkının başkasına devri halinde, üst hakkını devralan kişi şayet irat ödeme borcunu üstlenmemiş ise, yüklü taşınmaz malikinin irat alacağını ona karşı ileri sürmesi mümkün olmamaktadır. Türk hukukunda bu hakkın tapu siciline şerh verilmek suretiyle eşyaya bağlı borç niteliği kazanma imkânı da bulunmamaktadır.

İsviçre Medenî Kanunu’nda yapılan 2012 tarihli yasa değişikliğinde olduğu gibi, Türk hukukunda da şerh imkânının, MK m. 830’da düzenlenen anlaşmalarla sınırlı tutulmayarak, irat alacağına yönelik anlaşmalar da dâhil olmak üzere, üst hakkının içeriğini doğrudan ilgilendiren hususlar dışında kalan ve resmî senette düzenlenen tüm



kayıtlar için sağlanması ve Türk hukukunda hâlen mevcut olan “tapu siciline şerh verilmek suretiyle eşyaya bağlı borç hâline gelen sözleşme hükümleri” ile “sadece taraflar arasında etki doğuran ve tapu siciline şerh verilme imkânı bulunmayan hükümler” şeklindeki ayrıma son verilmesi gerekir. Böylelikle, hem üst hakkını kuran irtifak sözleşmesinin taraflarına resmî senette yer alan herhangi bir hususun üçüncü kişilere karşı etkili olup olmayacağı konusunda karar alma özgürlüğü tanınmış olacak, hem de yüklü taşınmaz malikinin irat alacağına yönelik menfaatlerinin korunmasını önceleyen Medenî Kanun sistematikğine daha fazla yaklaşılması sağlanacaktır.

### Kaynakça

- Akipek Jale, “Üst Hakkı Kavramı, Muhtevası ve Mahiyeti”, Prof. Dr. H. C. Oğuzoğlu’na Armağan, Ankara 1972, sh. 25-69.
- Akipek Jale G./Akıntürk Turgut, Eşya Hukuku, İstanbul 2009.
- Altaş Hüseyin, Medenî Hukuk Başlangıç Hükümleri (TMK m. 1-7), Ankara 2014.
- Altınok Ormancı Pınar, Sürekli Borç İlişkilerinin Haklı Sebep Feshi, İstanbul 2011.
- Antalya Gökhan, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt 1, 2. Baskı, İstanbul 2013.
- Aral Vecdi, İnşaat (Üst) Hakkı: (MK Mad. 652, 751), İstanbul 1962.
- Aybay Aydın/Hatemi Hüseyin, Eşya Hukuku, 3. Bası, İstanbul 2012.
- Ballif Alban, Le Droit de Superficie, Eléments réels, obligations propter rem et droits personnels annotés, Bâle 2004.
- Baysal Başak, “Yapı Alacaklısı İpotekine İlişkin Başlıca Hukuksal Sorunlar”, Prof. Dr. Özer Seliç’ye Armağan, Ankara 2006, sh. 149 vd.
- Belen Herdem, “Üst Hakkında Süresinden Önce Devir Talebine Esas Edimler ve Buna Bağlı Hukuksal Sonuçlar”, *İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Sayı: 4, Yıl: 2005, sh. 33-55.
- Bertan Suad, Aynî Haklar, Medenî Kanununun 618-764’üncü Maddelerinin Şerhi, Cilt 2, MK. 703-764, Ankara 1976.
- Dural Mustafa/Sarı Suat, Türk Özel Hukuku, Cilt I, Temel Kavramlar ve Medenî Kanununun Başlangıç Hükümleri, İstanbul 2012.
- Ergüne Mehmet Serkan, “Üst Hakkının Tasarruf İşlemlerine Konu Olmasına İlişkin Hukukî Sorunlar”, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, C. LXVI, S. 1, sh. 275-292.
- Erel Şafak N., Eşyaya Bağlı Borç, Ankara 1982.
- Erel Şafak, Gayrimenkul Rehninde Sıra, Ankara 1974 (Sıra).
- Eren Fikret, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 13. Baskı, İstanbul 2011.
- Erman Hasan, Eşya Hukuku Dersleri, 4. Bası, İstanbul 2013.
- Ertaş Şeref, Eşya Hukuku, 9. Bası, İzmir 2011.
- Esener Turhan, Eşya Hukuku, Ankara 1985.
- Freimüller Hans-Ulrich, Die Stellung der Baurechtsdienstbarkeit im System der ding-

- lichen Rechte, Bern 1967.
- Galland Cyril, Le contenu des servitudes foncières - Aspects de droits réels et obligations de faire rattachées à la servitude, Zürich 2013.
- Gapany Pierre, "Hypothèques légales: La portée pratique des modifications du Code civil du 11 décembre 2009", Journal des tribunaux 2, Droit civil, poursuite pour dettes et faillites et procédure civile: Jurisprudence fédérale, Lausanne 2013, sh. 72 vd.
- Gümüş Mustafa Alper, Türk Medenî Kanununun Getirdiği Yeni Şerhler, İstanbul 2007 (Şerhler).
- Gümüş Mustafa Alper, "Yeni Türk Medenî Kanunu Hükümleri ile Karşılaştırmalı Olarak Medenî Kanun'un Üst Hakkına İlişkin Hükümlerinde Üst Hakkı İlişkisinin Tarafları ve İlgilileri İçin Kabul Edilmiş "Tazminat (Bedel) Alacakları" ve "İpotek Hakları", Bilgi Toplumunda Hukuk, Ünal Tekinalp'e Armağan, C.II, İstanbul 2003, sh. 533-567.
- Günel A. Nadi, "Roma Hukukunda Üst Hakkı (Superficies)", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 47, Sayı 1-4, 1998, sh. 107-118.
- Gürses Davut, "Kredi Teminatı Olarak Üst Hakkı İpotegi", Bankacılar Dergisi, Sayı: 76, Yıl: 2011, sh. 3-17.
- Gürsoy Kemal/Eren Fikret/Cansel Erol, Türk Eşya Hukuku, Ankara 1984.
- Gürzumar Osman Berat, Türk Medenî Hukukunda Üst Hakkı, 2. Baskı, İstanbul 2001.
- Helvacı İlhan, Eski Medenî Kanunumuzla Karşılaştırmalı Olarak Türk Medenî Kanununa Göre Sözleşmeden Doğan İpotek Hakkı, İstanbul 2008.
- Isler Peter R./Costantini Renato, Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch II, 4. Auflage (Hrsg: Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Thomas Geiser), Art. 779-779I ZGB, Basel 2011.
- Isler Peter, Der Baurechtsvertrag und seine Ausgestaltung, Berne 1973.
- Köprülü Bülent/Kaneti Selim, Sınırlı Aynî Haklar, İstanbul 1982-1983.
- Kuntalp Erden, "Bağımsız ve Sürekli Sınırlı Aynî Hakların Özellikle Üst Hakkının Taşınmaz Olarak İşlem Görmesi", Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Yıl: 1991, Sayı: 4, sh. 528-551.
- Müller Viktor, Der Baurechtszins und seine grundpfandrechtliche Sicherung, Zürich 1968.
- Oğuz Cemal, "Yapı Alacaklısı Rehninin Konusu", Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. XIII, Y. 2009, S.1-2, sh. 61-75.
- Oğuzman Kemal/Barlas Nami, Medenî Hukuk, Giriş-Kaynaklar-Temel Kavramlar, 16. Bası, İstanbul 2010.
- Oğuzman Kemal/Öz Turgut, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt 2, 11. Bası, İstanbul 2014.
- Oğuzman Kemal/Seliçi Özer/Oktay Özdemir Saibe, Eşya Hukuku, 15. Bası, İstanbul 2012.
- Piotet Denis, "Les droits réels limités en général, les servitudes et les charges foncières", Traité de Droit Privé Suisse, Volume V, Tome 2, 2e édition, Bâle 2012.
- Reisoğlu Safa, Türk ve İsviçre Hukukunda Müteahhit ve İşçilerin Kanunî İpotek Hakkı, Ankara 1961.

- Rey Heinz/Strebel Lorenz, Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch II, 4. Auflage (Hrsg: Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Thomas Geiser), Art. 664-712 ZGB, Basel 2011.
- Riemer Hans Michael, Die Beschränkten Dinglichen Rechte, 2. Auflage, Band II, Bern 2000.
- Ruedin Roland, Le droit réel de superficie, Neuchâtel 1969.
- Schmid Jörg/Hürlimann-Kaup Bettina, Sachenrecht, 4. Auflage, Zürich 2012.
- Simonius Pascal/Sutter Thomas, Schweizerisches Immobiliarsachenrecht, T. II, Die beschränkten dinglichen Rechte, Bâle 1990.
- Sirmen Lale, Eşya Hukuku, Ankara 2013.
- Sirmen Lale, Alacak Rehni, Ankara 1990 (Alacak Rehni).
- Steinauer Paul-Henri, Les droits réels, Tome II, 4ème édition, Berne 2012 (Tome 2).
- Steinauer Paul-Henri, Les droits réels, Tome III, 4ème édition, Berne 2012 (Tome 3).
- Steinauer Paul-Henri, "La forme à respecter pour prévoir ou modifier une rente superficielle - Arrêt du Tribunal fédéral du 19 novembre 2010 (5A\_251/2010)", Baurecht/Droit de la Construction 2011 (Edt: Jean-Baptiste Zufferey/Hubert Stöckli/ve diğerleri), sh. 67 vd. (La forme).
- Şensöz Ebru/Özbilen Arif Barış/Savaş Burcu, "Alacak Rehninin Teminat Altına Alınan Alacak ve Rehin Yükü Bakımından Kapsamı", *İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi*, Özel Hukuk Sayısı, Yıl: 4, Sayı: 8, Güz 2005/2, İstanbul 2005.
- Şıpka Şükran Taman, Türk Hukukunda Kanunî Önalım (Şuf'a) Hakkı (MK m. 659), İstanbul 1994.
- Tekinay Selâhattin Sulhi, Menkul Mülkiyeti ve Sınırlı Aynî Haklar, Eşya Hukuku C. II/3, İstanbul 1994.
- von Tuhr Andreas, Borçlar Hukuku I-II, Ankara 1983 (Terc. Cevat Edege)
- Tuor Peter/Schnyder Bernhard/Schmid Jörg, Das Schweizerische Zivilgesetzbuch, 12. Auflage, Zürich 2002.
- Ulusan İlhan, "Yeni Türk Medenî Kanunu Ön Tasarısında Yer Alan İnşaat (Üst) Hakkına İlişkin Hükümlerin Değerlendirilmesi", *İstanbul Barosu Dergisi*, Cilt: 61, Sayı 1-2-3, 1987, sh. 21 vd.
- Ünal Mehmet, Türk Medenî Hukukunda Yapı (Üst) Hakkı, Ankara 1988.
- Ünal Mehmet/Başpınar Veysel, Şekli Eşya Hukuku, 3. Baskı, Ankara 2007.

# KEFALET VE BAĞIMSIZ GARANTİ SÖZLEŞMELERİNİN SONA ERME HALLERİ

## TERMINATION OF SURETY AND GUARANTEE CONTRACTS

Onur ŞAHİN\*

**Özet:** Kişisel teminat sözleşmelerinden en yaygın olarak kullanılan kefalet sözleşmeleri ve bağımsız garanti sözleşmeleri, kimi benzerlikler taşımanın yanı sıra, sona erme halleri bakımından önemli farklılıklar barındırmaktadır. Sona erme hallerinin önemli farklılıklar göstermesinin en başta gelen sebebi, garanti sözleşmesinin temelde yer alan sözleşmeden bağımsız olmasına rağmen kefalet sözleşmesinin fer'i niteliğe sahip olmasıdır. Buna ilaveten, kefalet sözleşmesinin sona erme halleri kanunda düzenlenmişken garanti sözleşmesinin sona ermesine ilişkin kanunda herhangi bir düzenleme yer almamaktadır.

**Anahtar Kelimeler:** Kefalet, Garanti, Sona Erme, Kişisel Teminat Sözleşmeleri

**Abstract:** Surety and guarantee contracts are the most common types of personal guarantee contracts. Although they have some resembling aspects, there are significant differences when it comes to termination. The foremost reason is that a guarantee contract is independent from the underlying contract, on the other hand, a surety contract has ancillary character. In addition, the termination of surety contract is enacted in the Turkish Code of Obligations but there is no regulation on the termination of guarantee contract.

**Keywords:** Suretyship, Guarantee, Termination, Personal Guarantee Contracts

## I. Giriş

Birçok ülkede kişisel teminat enstrümanları arasında en çok öne çıkan türleri kefalet ve bağımsız garanti sözleşmeleridir. Tarihsel bakımdan ilk ortaya çıkan tür kefalet sözleşmeleridir. Kefalet sözleşmelerinde, teminat altına alınan borç ve temin yükümlülüğü arasında daha sıkı bir ilişki vardır ve kefaletin geçerliliği, kapsamı ve koşulları

\* Avukat, İstanbul Barosu, Galatasaray Üniversitesi Özel Hukuk Doktora Programı Öğrencisi

asıl borç ile doğrudan bağlıdır. Uygulamada daha sonra ortaya çıkan tür ise garanti sözleşmeleridir. Garanti sözleşmelerinin geçerliliği, kapsamı ve koşulları, kefalet sözleşmesinin aksine asıl borç ile doğrudan bağlantılı değildir.<sup>1</sup>

Her ikisi de kişisel teminat sözleşmesi olsa da, birbirlerinden farklı özelliklere sahiptirler ve dolayısıyla farklı hallerde sona ermektedirler. Kefalet ve garanti sözleşmeleri arasındaki farkların en başında geleni ve en önemlisi, kefalet sözleşmeleri asıl borca bağlı fer'i nitelikliken, garanti sözleşmelerinin asıl borçtan bağımsız olmalarıdır. Buna ek olarak kefalet sözleşmeleri ve sona erme halleri, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nda düzenlenmiş olmasına rağmen garanti sözleşmeleri kanunda düzenlenmemiştir. Ayrıca TBK md. 603'te kefaletin şekline, kefil olma ehliyetine ve eşin rızasına ilişkin hükümlerin kişisel teminat amacıyla başka ad altında yapılan sözleşmelere de uygulanacağı belirtilmiş fakat sona ermeye ilişkin herhangi bir ifadeye yer verilmemiştir.

Kefalet ve garanti sözleşmeleri birbirinden farklı özelliklere sahip olsalar da, zaman zaman iki sözleşmenin benzerlik gösterdiği de görülmektedir. Buna rağmen iki sözleşmenin sona erme hallerinin karıştırılmadan daha net anlaşılabilmesi için ayrı ayrı incelemenin çalışmamız açısından daha yerinde olacağı kanaatindeyiz.

Çalışmamızın birinci bölümünde, kefalet sözleşmelerinin sona erme halleri ele alınmıştır. İlk başlıkta asıl alacağına bağlı sona erme halleri tek tek incelenmiş, ikinci başlıkta süre bakımından sona erme belirli ve belirsiz süreli sözleşmeler açısından ayrı ayrı alt başlıklarda açıklanmıştır. Takip eden başlıklarda kefalet sözleşmesinden dönme, çalışanlara kefaletle özgü sona erme, borcun nakli halinde sona erme ve alacaklıdan kaynaklanan sebeplerle sona erme incelenmiştir.

Çalışmamızın ikinci bölümünde ise garanti sözleşmesinin hangi hallerde sona erdiği ele alınmıştır. Bu bölümde kefalet sözleşmesine benzer sona erme halleri kısaca açıklanmış ve farklılık arz eden kı-

<sup>1</sup> Ulrich Drobniç, "Recent Legislative Trends in the Field of Personal Security", European Business Organization Law Review, C.2, S.3-4, 2001, s.512; Bernhard Koeck, "Loan Sales and the Transfer of Collateral Under Austrian Law", Journal of International Banking Law and Regulation, C.25, S.8, s.368.

sımlar daha detaylı irdelenmiştir. Birinci bölüme paralel olarak önce asıl borca bağlı sona erme halleri üzerinde durulmuş ve daha sonraki başlıklarda sırasıyla; süre bakımından sona erme, sözleşmeden dönme, asıl borçlu ve garanti veren sıfatlarının birleşmesi, borcun nakli ve alacağın temlikli hallerinde garanti sözleşmesinin sona ermesi incelenmiştir.

## II. Kefalet Sözleşmelerinin Sona Erme Halleri

Kefalet sözleşmesinin ilk akla gelebilecek olan sona erme hali, kefilin kefalet sözleşmesinden doğan borcunu ifa etmesidir. Böylelikle kefil, asıl borçluya karşı alacaklının haklarına halef olur.<sup>2</sup> Ancak bunun yanında aşağıda açıklanacak olan hallerde de kefalet sözleşmesi, sona ermektedir.

### 1. Asıl Borca Bağlı Olarak Sona Erme

Fer'i hak ve borçlar, asıl borca bağlı ve kural olarak, ancak asıl borç mevcut ve geçerli durumda iken mevcut ve geçerli olabilmektedir. Bu nedenle, asıl borç sona erince, asıl borca bağlı fer'i borçlar da sona ermektedir.<sup>3</sup> Kefalet sözleşmesinden doğan borcun, asıl borca bağlı fer'i niteliğe sahip olmasından dolayı asıl borca bağlı olarak sona ermesi mümkündür. TBK md. 598'de asıl borcun sona ermesi halinde, buna bağlı olarak kefilin sorumluluğunun da sona ereceği düzenlenmiştir. TBK md. 598/I:

*"Hangi sebeple olursa olsun, asıl borç sona erince, kefil de borcundan kurtulur".*

Madde metninde özellikle üzerinde durulması gereken husus, asıl borcun hangi sebeple olursa olsun sona ermesi halinde kefilin de borcundan kurtulacağıdır. Asıl borcun, birçok farklı şekilde sona ermesi mümkündür ve dolayısıyla, asıl borcun sona erme sebebi kefaletin sona ermesi bakımından önem taşımamaktadır<sup>4</sup>. Ayrıca kefil, TBK. md.

<sup>2</sup> Necip Bilge, "Kefilin Alacaklıya Halef Olmasından Doğan Bazı Meseleler" (Halef), *AHFD*, C.11, S.1-2, s.282.

<sup>3</sup> Necip Bilge, "Kefilin Mesuliyetinin Şümulü", *AHFD*, C.13, S.1-2, s.89; Ahmet Kılıçoğlu, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Genişletilmiş 7. Bası, Ankara, 2006, s.618.

<sup>4</sup> Burak Özen, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Çerçevesinde Kefalet Sözleşmesi,

582/III'ün emredici hüküm olmasından dolayı asıl borca bağlı olarak kefalet borcunun sona ermesi hakkından önceden feragat edemez.<sup>5</sup>

#### a. İfa

Asıl borç, borçlu tarafından temerrüde düşmeden ifa edilebilir ve bu durumda kefalet sözleşmesinden doğan borç, kendiliğinden sona ermektedir.<sup>6</sup> Ancak asıl borç kısmen ifa edilirse kefalet sözleşmesinden doğan borç da kısmen sona ermiş olmaktadır.<sup>7</sup>

İfa sonucu sona erme bakımından, kredi sözleşmelerine verilen kefaletlerin ayrıca ele alınması gerekmektedir. Süresiz olarak ve cari hesap kapsamında verilen kredilerde, asıl borçlunun belli bir dönemde kredi borcunu sıfırlaması borcu sona erdirmeyecektir. Çünkü asıl borçlunun, cari hesap kapsamında tekrar kredi kullanması mümkündür ve dolayısıyla borç devam etmektedir. Bu nedenle kefilin borcu da sona ermeyecektir.<sup>8</sup>

#### b. İbra

İfaya paralel olarak; ibra halinde de asıl borç sona ermektedir. İbranın bir sözleşme olduğu kabul edilmekte ve bu kapsamda; alacaklı, borçlu ile yaptığı sözleşme sonucu onu borcundan kurtarmaktadır<sup>9</sup>. Alacaklının asıl borçluyu ibra etmesi durumunda asıl borç sona ermekte ve buna bağlı olarak kefilin borcu da sona ermektedir.<sup>10</sup>

#### c. Takas

Takas, borç ilişkisi taraflarından birinin tek taraflı beyanı ile aynı

---

<sup>5</sup> İstanbul, 2012, s.517.  
<sup>6</sup> Gülçin Elçin Grasinger, Borçlar Kanununa Göre Kefilin Alacaklıya Karşı Sahip Olduğu Savunma İmkânları, İstanbul, 1996, s.126.  
<sup>7</sup> Seza Reisoğlu, Türk Hukukunda ve Bankacılık Uygulamasında Kefalet, Ankara, 1992, s.224; Haluk Tandoğan, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, İstanbul, 2010, s.791.  
<sup>8</sup> Özen, Kefalet, s.517; Grasinger, s.126; Gökhan Şahan, Kefalet Sözleşmesinin Sona Ermesi, Ankara, 2009, s.120  
<sup>9</sup> YHGK 2002/19-426 E., 2002/513 K., 12.06.2002 T.; Y. 19. HD. 2012/9018 E., 2012/14916 K., 11.10.2012 T.; Y. 11. HD 2011/5684 E., 2012/13371 K., 14.09.2012 T. (Kazancı Bilgi Bankası).  
<sup>10</sup> Kürşat N. Turanboy, İbra Sözleşmesi, Ankara, 1998, s.26 vd.; Kılıçoğlu, s.621.  
 Grasinger, s.130; Özen, Kefalet, s.522; Senai Olgaç, Kefalet, Ankara, 1978, s.118.



cins ve muaccel borçların birbirini karşıladığı oranda sona ermesidir.<sup>11</sup> Takasta önemli olan durum, asıl borçlunun takası ileri sürme hakkının bulunmasına rağmen bu hakkı ileri sürmemiş olmasıdır. Bu duruma ilişkin çözüm TBK md.140'ta yer almakta ve madde metnine göre; asıl borçlunun takası ileri sürme hakkı bulundukça, kefilin de ifade bulunmaktan kaçınmaya hakkı mevcuttur. Bir başka önemli durum ise, asıl borçlunun takas hakkını ileri sürmekten vazgeçmesidir. TBK md.591/II'de kefil, asıl borçlunun kendine ait def'ilerinden vazgeçmiş olsa dahi, bunu alacaklıya karşı ileri sürebileceği düzenlenmiştir ancak takasın bir def'i olmaması nedeniyle 591. madde burada uygulama alanı bulamayacaktır ve kefilin sorumluluğu devam edecektir.

#### d. Yenileme

Yenileme, TBK md. 133 kapsamında borcu sona erdiren sebeplerden biri olarak yer almaktadır. Yenileme, mevcut bir borcun yeni bir borç yaratılarak sona erdirilmesi olarak tanımlanabilir.<sup>12</sup> Bu doğrultuda, asıl borçlu ve alacaklı aralarında yenileme anlaşması yaparak önceki borcu sona erdirerek yeni bir borç oluşturabilirler. Ancak fer'ilik ilkesi gereği; oluşturulan yeni borç için önceki borca bağlı olarak verilmiş olan kefalet devam ettirilemeyecek ve bu amaçla yeni borç için yeni bir kefalet sözleşmesi akdetmek gerekecektir.<sup>13</sup>

Eski ve yeni borç arasında sebep bakımından bir farklılık yoksa bu yenileme olarak değil borç ikrarı olarak nitelenmektedir. Bu kapsamda, sadece borç miktarının veya ifa şartlarının değiştirilmesi tek başına yenileme için yeterli olmayacaktır.<sup>14</sup> Kefalet sözleşmeleri kapsamında, mevcut borç için yeni bir kefaletname imzalamak borcun yenilenmesi olarak kabul edilmemektedir.<sup>15</sup>

<sup>11</sup> Kılıçoğlu, s.394; M. Kemal Oğuzman, Turgut Öz, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Gözden Geçirilmiş ve Güncelleştirilmiş 8. Bası, İstanbul, 2010, s.452; Kenan Tunçomağ, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C.1, İstanbul, 1968, s.670; Fikret Eren, Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul, 2003, s.1215.

<sup>12</sup> Tennur Koyuncuoğlu, Türk ve İsviçre Hukukunda Borcun Yenilenmesi, İstanbul, 1972, s.101; Kılıçoğlu, s.623; Oğuzman, Öz, s.435; Tunçomağ, s.658; Eren, s.1215.

<sup>13</sup> Reisoğlu, s.228; Koyuncuoğlu, s.101; Grassinger, s.129; Y. 19. HD. 2005/2261 E., 2005/13044 K., 26.12.2005 T. (Kazancı Bilgi Bankası).

<sup>14</sup> YHGK 2012/11-666 E., 2013/238 K., 13.02.2013 T. (Kazancı Bilgi Bankası).

<sup>15</sup> Y. 12. HD. 2010/29024 E., 2011/9547 K., 16.05.2011 T.; Y. 19. HD 2005/2261 E., 2005/13044 K., 26.12.2005 T. (Kazancı Bilgi Bankası).

### e. Birleşme

Alacaklı ve borçlu sıfatlarının aynı kişide birleşmesi, TBK md.135 kapsamında borcu sona erdiren sebeplerdendir. Dolayısıyla fer'i nitelikteki kefalet borcu da sona erecektir.<sup>16</sup> Borçlunun, alacaklının tek mirasçısı olması veya alacaklının, borçlunun tek mirasçısı olması gibi hallerde alacaklı ve borçlu sıfatının birleştiği görülmektedir. Alacaklı ve kefil sıfatının birleşmesi halinde de kefaletin sona ereceğinin kabulü gerekmektedir. Çünkü bir kişinin kendi alacağına karşılık borçluya kefil olması beklenemez.<sup>17</sup>

TBK md. 598/II'de ise borçlu ve kefil sıfatının birleşmesi halinde alacaklının kefalet sebebiyle sahip olduğu hakların devam edeceği belirtilmiştir. Madde metninde kefalet ilişkisinin sona erip ermeyeceği yönünde açık bir düzenleme bulunmamaktadır ancak maddenin gerekçesinde borçlu ve kefil sıfatının birleşmesi halinde kefaletin sona ereceği belirtilmiştir. Bununla birlikte; alacaklının hak kaybına uğramaması için kefalet sebebiyle sahip olduğu özel yararların kefalet ilişkisi sona ermemiş gibi devam edeceği belirtilmiştir. *Reisoğlu ve Tandoğan* ise, kefil ve borçlu sıfatlarının birleşmesi durumunda, TBK md. 135 kapsamında bir birleşme meydana gelmeyeceğini ve dolayısıyla kefaletin sona ermeyeceğini belirtmişlerdir. Bu durumda bir kişinin iki farklı hukuki sebeple borç altında olacağını öne sürmüşlerdir.<sup>18</sup>

### f. İfa İmkânsızlığı

TBK md. 136'da, borçlunun sorumlu tutulamayacağı sebeplerle, borcun ifasının imkânsız hale gelmesi, borcu sona erdiren sebeplerden biri olarak düzenlenmiştir. Buradaki imkânsızlık hali, sonradan ortaya çıkan objektif imkânsızlık halidir.<sup>19</sup> Borcun ifasının imkânsız hale gelmesiyle, kefilin sorumluluğu da sona ermektedir.

İmkânsızlık halinde ortaya çıkabilecek olan durumlardan biri ise asıl borçlunun kusuru olmaksızın, kefilin kusuru ile asıl borcun ifasının imkânsız hale gelmesidir. Doktrinde bu hususta görüş birliği yoktur. Bir görüş, kefilin asıl borcu kusuruyla imkânsız hale getirmesi

<sup>16</sup> Reisoğlu, s.226; Grassinger, s.127; Özen, Kefalet, s.525.

<sup>17</sup> Tunçomağ, s.668.

<sup>18</sup> Reisoğlu, s. 227; Tandoğan, s.793.

<sup>19</sup> Kılıçoğlu, s.629.

durumunda kefalet borcunun fiil sorumluluğuna dönüşeceğini belirtmektedir.<sup>20</sup> Bir diğer görüşe göre; kefilin kendi kusurundan yararlanarak borcun sona erdiğini ileri sürmesi hakkın kötüye kullanılması olacağından kefalet sözleşmesinden doğan borç devam edecektir.<sup>21</sup> Kanımızca, burada kefilin borcunun, MK md.2 kapsamında sona ermemesi gerekmektedir. Ayrıca kusuruyla sebep olduğu başka zararların bulunması halinde haksız fiil sorumluluğu gündeme gelmelidir.

### g. Zamanaşımı

Zamanaşımı, TBK 146-161. Maddeleri arasında düzenlenmiş bir başka borcu sona erdiren sebeptir. Zamanaşımı, belirli bir sürenin geçmiş olması sonucunda alacaklının borçludan alacak hakkını talep edememesi sonucunu doğurmaktadır. Zamanaşımı sürelerinin işlemeye başlaması için söz konusu borcun geçerli olması ve muaccel hale gelmiş olması gerekmektedir.<sup>22</sup>

Asıl borcun geçerliliğini yitirmesinde olduğu gibi zamanaşımına uğraması da, fer'ilik ilkesi gereği kefalet üzerinde sonuç doğurmaktadır. Ancak geçerliliğini yitiren asıl borçtan farklı olarak zamanaşımı kendiliğinden sonuç doğurmuyacak ve sadece borcu eksik borç haline getirecektir ve taraflarca ileri sürülmedikçe hakim, bu hususu kendiliğinden göz önüne alamayacaktır (TBK md.161).<sup>23</sup>

Kefilin asıl borçluya ait def'ileri TBK md.591 kapsamında ileri sürebilmesi mümkündür ve dolayısıyla asıl borçlu, zamanaşımını alacaklıya karşı ileri sürmese dahi kefil, bu def'iyi ileri sürerek borçtan kurtulabilmektedir.<sup>24</sup> Ancak kefil, zamanaşımını bildiği veya bilmesi gerektiği hallerde bunu alacaklıya karşı ileri sürmüyorsa, asıl borçluya karşı rücu hakkını yitirir.<sup>25</sup> Bu halde kefaletin artık garanti benzeri bir taahhüde dönüştüğü ileri sürülmüş olsa da garanti sözleşmesinin başkaca sonuçlarının doğması beklenemeyeceğinden bu görüşe katılmıyoruz.<sup>26</sup>

<sup>20</sup> Reisoglu, s.225.

<sup>21</sup> Özen, Kefalet, s.521; Tandoğan, s.792.

<sup>22</sup> Kılıçoğlu, s.642 vd.

<sup>23</sup> Ibid, s.660.

<sup>24</sup> Tandoğan, s.579; Özen, s.525. Kefil, asıl borçluya ilişkin itirazlarda bulunabilmektedir. Örneğin asıl borçlunun bono üzerinde imzası bulunmadığını kefilin öne sürebileceğine ilişkin bkz. Y. 11. HD 2000/8524 E., 2000/9891K., 11.12.2000 T. (Kazancı Bilgi Bankası).

<sup>25</sup> Özen, s.525.

<sup>26</sup> Arzu Şen, Kefalet Sözleşmesinin Sona Erme Hükümleri ve Bu Hükümlerin Garan-

Zamanaşımı sürelerinin kesilmesi halinde, TBK md.155'te açıkça düzenlendiği üzere asıl borçluyla birlikte kefil açısından da kesilmiş sayılır. Ancak bunun tam tersi mümkün olmayacaktır, yani zamanaşımı kefile karşı kesilmişse asıl borçluya karşı da kesilmiş olmaz.

#### **h. Geciktirici Şart ve Bozucu Şart**

Asıl borcun sona ermesi halinde kefalet sözleşmesinden doğan borcun sona ermesi kuralı, emredici niteliktedir. Dolayısıyla kefalet sözleşmesinden doğan borç, asıl sözleşmeden doğan borç ile aynı kaderi paylaşmaktadır. Bu kapsamda asıl borcun hiç muaccel hale gelemeceği olması durumunda asıl borcun sona erdiği ve bu doğrultuda kefalet borcunun da sona erdiği kabul edilmektedir.<sup>27</sup> Bu nedenle asıl borç için kararlaştırılmış olan geciktirici şartın gerçekleşmeyeceği kesinlik kazandığı takdirde, kefalet sözleşmesinden doğan borç da sona ermektedir.<sup>28</sup>

Geciktirici şartın gerçekleşmeyeceğinin kesinlik kazanması gibi bozucu şartın gerçekleşmesi de asıl borcu sona erdirmekte ve böylelikle kefalette sona ermektedir.<sup>29</sup> Ancak bozucu şartın ileriye dönük (*ex nunc*) sonuç doğurduğu durumlarda bozucu şartın gerçekleşmesinden önce doğan borçlardan kefil sorumludur.<sup>30</sup>

#### **i. Kesin Hüküm ve Davadan Feragat**

Mahkeme kararları, kural olarak sadece ilgili taraflara bağlamaktadır ve dolayısıyla asıl borçlu ve alacaklı arasında ortaya çıkan uyuşmazlıklarda asıl borçlu aleyhine verilen kararlar kefilin bağlamaz. Ancak asıl borçlu lehine verilen ve asıl borcun geçersiz olduğu, eksik borç haline geldiği veya sona erdiği gibi borcun var olmadığı veya ortadan kalktığını tespit eden kararlarda kefil, TBK md.591 kapsamında kesin hükmü ileri sürerek borcundan kurtulma imkânına sahiptir.<sup>31</sup>

ti Sözleşmelerinin Sona Ermesine Uygulanması, Danışman: Doç. Dr. Murat Develioğlu, Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2012, s. 26.

<sup>27</sup> Özen, Kefalet, s.522; Grassinger, s.137.

<sup>28</sup> Hüseyin Murat Develioğlu, Kefalet Sözleşmesini Düzenleyen Hükümler Işığında Bağımsız Garanti Sözleşmeleri, İstanbul, 2009, s.433.

<sup>29</sup> Ibid.

<sup>30</sup> Oğuzman, Öz, s.895; Şen, s.12

<sup>31</sup> Reisoğlu, s.230; Tandoğan, s.795; Necip Bilge, "Borçlu Hakkındaki Kesin Hükmün

Borcun bulunmadığına ilişkin dava asıl borçlu tarafından açılabilir ancak asıl borçlunun dava açmaması halinde müteselsil kefilin de hukuki yararı bulunduğu için menfi tespit davası açabileceği belirtilmiştir.<sup>32</sup>

Yargıtay 08.12.1998 tarihli kararında, davacının asıl borçlu yönünden feragat etmesi halinde kefilin de borcunun sona ereceğini belirtmiştir. Anılan kararda davacı alacaklının, asıl borçlu ve kefile karşı açtığı davada, asıl borçlunun ölmesi üzerine mirasçılarını davaya dâhil etmeyerek davadan asıl borçlu yönünden feragat etmesinin ve davayı sadece kefile karşı devam ettirmesinin mümkün olmadığı ifade edilmiştir. Alacaklı, asıl borçluya karşı davadan feragat ederek alacak hakkının sona ermesine neden olmuş ve kefaletin fer'î niteliğinden dolayı aynı sonuç kefil bakımından da gerçekleşmiştir. Yargıtay, bunun aksinin kabulü halinde ödeme yapan kefillerin iç ilişkiye dayanarak asıl borçluya rücu etmek istemeleri üzerine asıl borçlunun mirasçılarının feragati gerekçe göstererek ödemedi kaçınabileceklerini ileri sürmüştür.<sup>33</sup>

#### **j. Asıl Borcu Doğuran Sözleşmenin Taraflarca Sona Erdirilmesi**

Fer'îlik ilkesi gereği; asıl borcu doğuran sözleşmenin sona ermesiyle kural olarak kefalet de sona ermektedir. Asıl borcu doğuran sözleşmeden herhangi bir taraf dönerse sözleşme, geriye etkili olarak (*ex tunc*) sona ermektedir. Bu durumda asıl borç geçmişe dönük olarak sona ereceğinden kefalette böylelikle sona ermiş olacaktır.<sup>34</sup> Burada ortaya çıkabilecek olan bir husus, dönme sonucunda alacaklının menfi zararlarından dolayı kefile başvuru yapılıp yapılamayacağıdır. Bu duruma ilişkin olarak TBK md.589/III'te; aksi açıkça kararlaştırılmadıkça kefilin, sadece kefalet sözleşmesinin kurulmasından sonraki borçlardan sorumlu olacağı ve takip eden fıkrada; asıl borç ilişkisinin hükümsüz hale gelmesinin sebep olduğu zarardan ve ceza koşulundan kefilin sorumlu tutulacağına ilişkin sözleşmelerin kesin olarak hükümsüz olacağı düzenlenmiştir.

Kefile Tesiri", Ad. Der., S.5,1954, s.599 vd.

<sup>32</sup> Y. 23. HD. 2012/2635 E., 2012/4535 K., 02.07.2012 T. (Kazancı Bilgi Bankası).

<sup>33</sup> Y. 13. HD. 1998/8536 E., 1998/9756 K., 08.12.1998 T. (Kazancı Bilgi Bankası).

<sup>34</sup> Reisoğlu, s.224; Tandoğan, s.791.

Sözleşmenin taraflarca feshedilmesi halinde, kefalette asıl borca bağlı olarak sona ermektedir. Öyle ki asıl borcu doğuran sözleşme, asıl borçlunun kusurlu olması gerekçesiyle dahi feshedilse kefalet sona ermektedir.<sup>35</sup> Fesih sonucu ortaya çıkacak olan zararların tazmini için kefilin sorumlu tutulabilmesi ancak kefalet sözleşmesi taraflarının açıkça kararlaştırılması halinde mümkündür.<sup>36</sup>

## 2. Süre Bakımından Sona Erme

Kefalet sözleşmesi, belirli süreli veya belirsiz süreli olarak akdedilebilmekte ve buna bağlı olarak, farklı sona erme düzenlemelerine tabi olmaktadır. TBK md. 600 belirli süreli kefalet sözleşmelerinin sona ermesini, TBK md. 601 ise belirsiz süreli kefalet sözleşmesinin sona ermesini düzenlemektedir.

### a. Belirli Süreli Kefalet Sözleşmelerinde

Kefalet sözleşmesinde, kefilin sorumluluğu için belirli ve sınırlı bir süre kararlaştırılması halinde kefalet sözleşmesi belirli süreli olmaktadır.<sup>37</sup> Ayrıca taraf iradelerinden kefaletin belirli bir süre için verildiği anlaşılıyorsa yine belirli süreli bir kefalet sözleşmesinin varlığından söz edilebilir.<sup>38</sup> Ancak asıl borcun belirli süreli olması tek başına kefalet sözleşmesinin de belirli süreli olduğu anlamına gelmez.<sup>39</sup>

Belirli süreli kefaletin sona ermesini düzenleyen TBK md. 600'da sona erme aşağıdaki şekilde düzenlenmiştir:

*“Süreli kefalette kefil, sürenin sonunda borcundan kurtulur”.*

Yukarıda yer alan düzenleme kapsamında, belirli süreli kefalet sözleşmeleri sürenin dolmasıyla kendiliğinden sona ermektedir. Bu sürenin dolmasından sonra alacaklıya tanınmış bir ek süre bulunma-

<sup>35</sup> Reisoğlu, s. 224.

<sup>36</sup> Reisoğlu, s.224; Şahan, s.96.

<sup>37</sup> Grasinger, s.144; Reisoğlu, s.231; Şahan, s.52; Cansu Kaya Kızıllırmak, Kefalet Sözleşmesinin Kendine Özgü Sona Erme Halleri, Danışman: Prof. Dr. G. Sermet Akman, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul, 2014, s.5.

<sup>38</sup> Grasinger, s.144;Şahan, s.52 vd; Şen, s.29; Kızıllırmak, s.11.

<sup>39</sup> Reisoğlu, s.234; Grasinger, s.145; Şen, s.29.

makta ve kefilin herhangi bir beyanda bulunma yükümlülüğü bulunmamaktadır.<sup>40</sup>

Kefalet sözleşmesinin bağlı olduğu asıl sözleşmenin uzatılması halinde ise kefalet devam etmeyecektir ve uzatılan sözleşmeden doğan borçlar sebebiyle kefile başvurma olanağı bulunmamaktadır.<sup>41</sup>

TBK md. 598'de gerçek kişilerin verdikleri kefaletin, kefalet sözleşmesinin kurulmasından itibaren 10 yılın geçmesiyle kendiliğinden sona ereceği ve belirli süreli sözleşmeler açısından 10 yıldan fazla süre kararlaştırılmış olsa dahi, kefilin sorumluluğunun 10 yıl sonunda sona ereceği düzenlenmiştir. Kefilin 10 yıldan fazla sorumlu olabilmesi için kefaletin yenilenmesi gerekmekte ve yenilemenin de en geç 9. yılın sonuna kadar yazılı olarak yapılması gerekmektedir.

### **b. Belirsiz Süreli Kefalet Sözleşmelerinde**

Belirsiz süreli kefalet sözleşmeleri, her halde, belirli süreli kefalet sözleşmelerine paralel olarak TBK md. 598/III gereği 10 yıllık süre ile sınırlandırılmıştır. Bunun yanında TBK md. 601'de belirli süreli kefalet sözleşmelerinin sona ermesi düzenlenmiştir:

*“Süreli olmayan kefalette kefil, asıl borç muaccel olunca, adi kefalette her zaman ve müteselsil kefalette ise, kanunun öngördüğü hâllerde, alacaklıdan, bir ay içinde borçluya karşı dava ve takip haklarını kullanmasını, varsa rehnin paraya çevrilmesi yoluyla takibe geçmesini ve ara vermeden takibe devam etmesini isteyebilir.*

*Borç, alacaklının borçluya yapacağı bildirim sonucunda muaccel olacaksa kefil, kefalet sözleşmesinin kurulduğu tarihten bir yıl sonra alacaklıdan, bu bildirim yapıldığı ve borç bu suretle muaccel olunca, yukarıdaki fıkra hükümleri uyarınca takip ve dava haklarını kullanmasını isteyebilir.*

*“Alacaklı, kefilin bu istemlerini yerine getirmese, kefil borcundan kurtulur.”*

Maddede yer alan düzenlemede önemli olan husus, asıl borcun

<sup>40</sup> Reisoglu, s.238; Özen, s.553; Şen, s.32.

<sup>41</sup> Y. 13. HD. 2000/10649 E., 2000/10948 K., 05.12.2000; Y. 12. HD. 2001/7879 E., 2001/8795 K., 18.05.2001 T. (Kazancı Bilgi Bankası).



muaccel hale gelmesidir ve düzenleme asıl borcun muaccel hale gelmesinden önceki dönemi ve muaccel hale geldikten sonraki dönemde alacaklının kefile karşı olan yükümlülüklerini ve kefilin alacaklıya karşı olan haklarını düzenlemektedir.

Asıl borcun muaccel olmasından sonra kefil, adi kefalette alacaklıdan bir ay içerisinde borçluya karşı olan dava ve takip haklarını kullanmasını, varsa rehnin paraya çevrilmesi yoluyla takibe geçmesini ve ara vermeden takibe devam etmesini isteyebilmektedir. Alacaklının buna uymaması halinde kefil sorumluluktan kurtulmaktadır.

Müteselsil kefalette, asıl borcun muaccel olmasından sonra kefile alacaklıdan dava ve takip haklarını kullanmasını istemesi sadece kanunun öngördüğü hallerle sınırlandırılmıştır. Çünkü asıl borç muaccel olduktan sonra müteselsil kefilin kefalet borcunu ifa ederek sona erdirme şansı vardır. *Kızılırmak*, kanun koyucunun burada “kanunun öngördüğü hallerde” ifadesiyle müteselsil kefile doğrudan başvurulamayacak hallerin düzenlendiği TBK md.586’yı kastettiğini öne sürmektedir.<sup>42</sup> Bu görüşe katılmakla birlikte; alacaklının takip başlattığı ve takibe devam etmediği hallerde de, müteselsil kefilin takibe devam edilmesini isteme hakkını kullanabilmesi gerekir.<sup>43</sup>

Asıl borcun muaccel hale gelmesi alacaklının ihbarına bağlı olduğu durumlarda kefil, kefalet sözleşmesinin kurulmasından itibaren bir yıl sonra alacaklıdan ihbarda bulunarak asıl borcu muaccel hale getirmesini isteyebilir. Borç alacaklının bildirim ile muaccel hale gelecekse; kefil, alacaklının bildiriyle birlikte muaccel hale gelen borç için dava ve takip hakkını kullanmasını da ayrıca isteyebilir. Kanun koyucu böylelikle kefilin korumayı ve oluşabilecek belirsizliklerin önüne geçmeyi amaçlamaktadır.

Kefilin yapacağı bildirim şekli ve maddede yer alan bir aylık sürenin başlangıç tarihi konusunda herhangi bir düzenleme bulunmamaktadır. Doktrinde, hukukumuzda genel olarak, irade beyanlarının muhataba ulaşma tarihinin sürelerin başlamasına esas alındığından bahisle, kefilin bildirim alacaklıya ulaşmasıyla bir aylık sürenin

<sup>42</sup> *Kızılırmak*, s.39.

<sup>43</sup> *Şen*, s.41.

başlaması gerektiği belirtilmiştir.<sup>44</sup> Bildirimin şekline ilişkin ise *Reisoğlu*, bildirimin şekle tabi olmaması gerektiğini ifa etmiş,<sup>45</sup> *Olgaç* ise, kefilin tedbirli davranarak ihbarı yazılı ve hatta noter kanalıyla yapılmasının yerinde olacağını belirtmiştir.<sup>46</sup> Kanımızca kefilin bildirimının kanunda şekle bağlanmamış olması ve kefaletle ilişkin hükümlerin açıkça kefilin korumayı amaçlaması nedenleriyle bildirimin şekle tabi tutulmaması gerekmektedir.

### 3. Kefaletten Dönme

6098 sayılı TBK ile mülga Borçlar Kanunu'ndan farklı olarak kefalet sözleşmesinden dönme düzenlenmiştir. TBK md.599 ile kefile kefalet sözleşmesinden dönme hakkı tanınmıştır:

“Gelecekte doğacak bir borca kefalette, borçlunun borcun doğumundan önceki mali durumu, kefalet sözleşmesinin yapılmasından sonra önemli ölçüde bozulmuşsa veya mali durumunun, kefalet sırasında kefilin iyiniyetle varsaydığından çok daha kötü olduğu ortaya çıkmışsa, kefil alacaklıya yazılı bir bildirimde bulunarak, borç doğmadığı sürece her zaman kefalet sözleşmesinden dönebilir.

Kefil, alacaklının kefaletle güvenmesi sebebiyle uğradığı zararı gidermekle yükümlüdür”.

Yukarıda yer alan düzenlemeye göre; kefilin sözleşmeden dönebilmesi için kefaletin ileride doğacak bir borç için verilmesi ve asıl borçlunun maddi durumunun bozulmuş olması koşullarının bulunmasına bağlıdır.<sup>47</sup> İlk koşul, asıl borçlunun borcunun dönme tarihinden önce doğmamış olması durumudur. Buna örnek olarak, ileride alınacak olan bir kredi için kefilin kefalet vermesi gösterilebilir. Alacaklı asıl borçlu için kredi açmışsa artık kefil de kefalet sözleşmesinden dönme hakkına sahip değildir.<sup>48</sup>

<sup>44</sup> Reisoğlu, s.245, Grasinger, s.150; Olgaç, Kefalet, s.37-38; Şahan, s.71.

<sup>45</sup> Reisoğlu, s.243.

<sup>46</sup> Senai Olgaç, Kazai ve İlmî İçtihatlarla Türk Borçlar Kanunu Aktin Nevileri (Aktin Nevileri), C.3, Ankara, 1969, s.496.

<sup>47</sup> Serkan Ayan, Kefalet Sözleşmesinde Kefilin Sorumluluğu, Ankara, 2013, s.557; Özen, Kefalet, s.562.

<sup>48</sup> Şen, s.71.

Asıl borçlunun maddi durumunun bozulması koşulu, kural olarak, kefalet sözleşmesinin yapılmasından daha sonra ancak asıl borcun doğumundan daha önce gerçekleşmesi gerekmektedir. Ancak bununla birlikte kefil, kefalet sözleşmesi kurulması sırasında asıl borçlunun maddi durumunun kefaletten dönmeyi gerektirecek kadar kötü olduğunu bilmiyorsa, yine de sözleşmeden dönme hakkına sahiptir. Burada kefilin asıl borçlunun maddi durumunu iyiniyetli olarak bilmiyor olması gerekir. Buradaki bilgisizlikten kasıt, kefilin asıl borçlunun maddi durumunu hiç bilmiyor veya hiç araştırmamış olması değil ancak asıl borçlunun maddi durumunun bildiğinden daha farklı olması durumudur.

Sözleşmeden dönme için gerekli iki koşulun gerçekleşmesiyle kefil, tek taraflı irade beyanı ile kefalet sözleşmesini sona erdirmeye imkânına sahiptir. Kefalet sözleşmesinin belirli süreli veya belirsiz olarak akdedilmesinin de sözleşmeden dönme hakkının kullanılması bakımından bir önemi yoktur.<sup>49</sup> Ancak kanun, bu irade beyanına yazılı şekil şartı getirmiştir. Buna göre kefilin, alacaklıya yapacağı bildirimin yazılı olması gerekmektedir. Ayrıca kefilin irade beyanının, kuşkuya yer vermeyecek derecede açık olması gerekir.<sup>50</sup>

TBK md.599/II'de alacaklının kefalete güvenmesinden dolayı uğradığı zararların tazminini kefilinden isteyebileceği düzenlenmiştir. Burada alacaklı, kefalet sözleşmesine güvenmemiş olsaydı hangi zararlardan kaçınmış olacaktıysa o durum göz önüne alınacaktır. Dolayısıyla ikinci fıkra ile alacaklının menfi zararlarının tazminini kefilinden talep edebileceğini söylemek yanlış olmaz.<sup>51</sup>

#### 4. Çalışanlara Kefaletle Özgü Sona Erme

TBK md. 602'de çalışanlara verilen ve süreli olmayan kefaletle özgü bir sona erme hali düzenlenmiştir:

<sup>49</sup> Özen, Kefalet, s.562; Burak Özen, "6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu Çerçevesinde Kefilin Sorumluluğunun Kefalet Sözleşmesine Özgü Sebeplerle Sona Ermesi" (Sona Erme), *İKÜHFD*, C.10, S.2, 2011, s.73; Ayan, s.556; Develioğlu, s.458.

<sup>50</sup> Özen, Kefalet, s.567; Özen, Sona Erme, s.76; Cevdet Yavuz, *Borçlar Hukuku Dersleri: Özel Hükümler*, İstanbul, 2011, s.705; Ayan, s.566.

<sup>51</sup> Özen, Kefalet, s.569; Yavuz, s. 705; Şen, s.73

“Çalışanlara süreli olmayan kefalette kefil, her üç yılda bir, ertesi yılın sonunda geçerli olmak üzere sözleşmeyi feshettiğini bildirebilir”.

Hizmet ilişkisi kapsamında, çalışanların verebileceği zararlara karşı teminat sağlamak amacıyla kefalet verilmesi gündeme gelebilmektedir. Bu nedenle verilen teminatların süresiz olması ve 3 yıldan fazla sürmesi halinde kefile sözleşmeyi sona erdirmeye hakkı tanınmıştır. 3 yıllık dönemler içerisinde kefil, bildirimde bulunduğu yılı takip eden yılın sonunda geçerli olmak üzere kefalet sözleşmesini sona erdirebilmektedir.<sup>52</sup> Burada kanun, yapılacak olan bildirimini herhangi bir şekil şartına bağlamamıştır.

## 5. Borcun Nakli

Borçlu, alacaklının onayı ile asıl borcu bir başkasına devredebilir ve asıl borçlu değişebilir. Asıl borçlunun değişmesi dışında borç ilişkisinin konusu ve alacaklı aynı kalmaktadır.<sup>53</sup> Kefalet sözleşmesi açısından borcun nakli irdelendiğinde; kişisel teminat verme amacıyla hareket eden kefil bakımından asıl borçlunun kimliği ve onunla arasındaki kişisel ilişki önem teşkil etmektedir.<sup>54</sup> Kefilin hiç tanımadığı, ödeme gücünü bilmediği bir kişiye kefil olması kendisinden beklenemez. Dolayısıyla borcun nakli halinde kefalet sözleşmesi kendiliğinden sona erecektir.

Kefilin borcun nakline muvafakat vermesi halinde, kefalet sözleşmesi sona ermeyecek ve etkisini göstermeye devam edecektir. Ancak borcun nakli, kefalet sözleşmesini kendiliğinden sona erdireceği için muvafakatin, borcun nakline ilişkin sözleşmenin hükümlerini doğurmadan evvel verilmiş olması gerekmektedir.<sup>55</sup> TBK md. 198’te kefilin borcun nakline ilişkin muvafakatının yazılı şekilde alınması gerektiği düzenlenmiştir.

Borcun naklinden farklı olarak, alacağın temlikinde borç ve asıl borçlu aynı kalırken alacaklı değişmektedir. Yeni alacaklı, alacağın aslı

<sup>52</sup> Reisoğlu, s.248; Olgaç, Kefalet, s.39; Grasinger, s.180.

<sup>53</sup> Kılıçoğlu, s.599 vd; Oğuzman, Öz, s.960; Eren, s.1195.

<sup>54</sup> Grasinger, s.138; Necip Bilge, Borçlar Hukuku Özel Borç Münsabetleri (Borç Münsabetleri), Ankara, 1971, s.395.

<sup>55</sup> Kılıçoğlu, s.609-610; Tandoğan, s.796; Oğuzman, Öz, s.972.

ve fer'ileriyle birlikte alacağa bağlı rüçhan haklarını da devralır.<sup>56</sup> Kefalet sözleşmesi bakımından incelendiğinde ise, alacaklının sıfatı kefil bakımından önem taşımamakta ve dolayısıyla alacağın temliki ile kefalet sözleşmesi sona ermemektedir.<sup>57</sup>

## 6. Alacaklıdan Kaynaklanan Sona Erme Halleri

### a. Ödemeyi Kabul Etmeme

Kefil, alacaklı kendisine başvurmadan önce doğrudan ödemede bulunarak kefalet sözleşmesini sona erdirebilir. Bu bağlamda alacaklının da kefilin yaptığı ödemeyi kabul etme külfeti bulunmaktadır aksi takdirde alacaklı, külfete aykırılığın sonuçlarına katlanmak zorunda kalacaktır.<sup>58</sup> Alacaklı haklı bir sebep olmaksızın kefilin yaptığı ödemeyi kabul etmezse kefil borcundan kurtulmaktadır. Ancak bu yükümlülük, asıl borç muaccel hale geldikten sonra ortaya çıkmaktadır. Borç muaccel olmadan önce alacaklı, kefilin yaptığı ödemeyi kabul etmek zorunda değildir.

TBK md. 593'te alacaklının ödemeyi kabul etme külfeti aşağıdaki şekilde düzenlenmiştir:

“Borçlunun iflası sebebiyle olsa bile, borç muaccel olduğu takdirde kefil, alacaklıdan yapacağı ödemeyi kabul etmesini her zaman isteyebilir. Bir borca birden çok kişinin kefil olması durumunda alacaklı, kefillerden biri tarafından yapılacak kısmi ödemeyi, bunu öneren kefile düşen paydan az olmamak koşuluyla, kabul etmek zorundadır.

Alacaklı haklı bir sebep olmaksızın ödemeyi kabul etmekten kaçınırsa, kefil borcundan kurtulur; birlikte müteselsil kefalette ise, kefillerin sorumluluğu kendilerine düşen pay miktarınca azalır.

Alacaklının rızası varsa kefil, asıl borcu muaccel olmasından önce de ödeyebilir. Ancak, bu durumda kefil, asıl borçluya karşı rücu hakkını borcun muaccel olmasından önce kullanamaz.”

Bu düzenlemeyle kefil, asıl borç muaccel olduktan sonra kefalet

<sup>56</sup> Kılıçoğlu, s. 596.

<sup>57</sup> Develioğlu, s.463-464.

<sup>58</sup> Ayan, s.522; Ömer Çınar, Türk Borçlar Kanununa Göre Kefilin Sorumluluğunun Sona Ermesi, İstanbul, 2013, s.121; Kızılırmak, s.112.

borcu muaccel olmadan önce ödeme yaparak borcunu sona erdirmeye imkânına sahiptir.<sup>59</sup> Asıl borcun ne şekilde muaccel olduğunun bir önemi bulunmamaktadır, iflas haliyle dahi borç muaccel olmuşsa buna bağlı olarak kefilin ödeme yapma hakkı ve alacaklının ödemeyi kabul külfeti bulunmaktadır.

TBK md.84 gereği borcun tamamı muaccel ve belirlenebilirse alacaklı, borcun kısmen ifasını reddedebilir. TBK md.593'te bu kuralın yansımaları görülmekte ancak bununla birlikte, birden fazla kefilin bulunması halinde, alacaklının ödemeyi kabul etme zorunluluğu bulunmaktadır.

### **b. Alacaklının Özen Gösterme, Rehin ve Borç Senetlerinin Teslimi Yükümlülüklerini İhlali**

Kefalet sözleşmelerinde alacaklının genel bir özen borcu bulunmamakla beraber alacaklının hangi hallerde özen borcu olduğu konusunda düzenlenmiştir.<sup>60</sup> TBK md. 592'te alacaklının özen gösterme, rehin ve borç senetlerinin teslimi yükümlülükleri düzenlenmiştir. Çalışma konumuzun kapsamı bakımından maddede sayılan yükümlülükler incelenmesinin mümkün olmaması nedeniyle kısaca değinmeyi yeterli görüyoruz.

TBK md. 591/IV, aşağıda değinecek olduğumuz alacaklının yükümlülüklerini ihlal halinde kefil bakımından ortaya çıkacak durumu düzenlemiştir:

*“Alacaklı, haklı bir sebep olmaksızın yükümlülüklerini yerine getirmez, ağır kusuruyla mevcut belgeleri veya rehinleri ya da sorumlu olduğu diğer güvenceleri elinden çıkarırsa, kefil borcundan kurtulur. Bu durumda kefil, ödediğinin geri verilmesini ve varsa ek zararının giderilmesini isteyebilir.”*

TBK md. 591/İ'de, alacaklının sahip olduğu teminatların kefilin zararına azaltması veya elden çıkartması durumunda kefilin borcunun azalacağı ve sona ereceği düzenlenmiştir:

*“Alacaklı, kefalet sırasında var olan veya daha sonra asıl borçludan alacağın özel güvencesi olmak üzere elde ettiği rehin haklarını,*

<sup>59</sup> Reisoğlu, s.244; Çınar, s.123; Grasinger, s.159.

<sup>60</sup> Reisoğlu, s.240 vd.; Özen, Kefalet, s.410 vd.; Ayan, s.576; Kızılırmak, s.126 vd.

güvenceyi ve rüçhan haklarını kefilin zararına olarak azaltırsa, zararın daha az olduğu alacaklı tarafından ispat edilmedikçe, kefilin sorumluluğu da buna uygun düşen bir miktarda azalır. Kefilin fazladan ödediği miktarın geri verilmesini isteme hakkı saklıdır”.

Birinci ve dördüncü fıkralar birlikte değerlendirildiğinde, birinci fıkranın getirdiği sonuç sadece kefilin sorumluluğunun azalması ancak dördüncü fıkraya göre; alacaklının birinci fıkradaki yükümlülüğünü, ağır kusuruyla ihlal etmesi halinde kefilin borcu tamamen sona ermektedir.<sup>61</sup>

TBK md.592/II’de çalışanlara kefalet düzenlenmiştir. Buna göre; alacaklının, çalışanları üzerindeki özen ve gözetim yükümlülüklerini ihmal etmesi sebebiyle borcun doğmasına neden olmuşsa kefilin sorumluluğu sona erebilmektedir. Burada yer alan özen ve gözetim yükümlülüğünün kapsamı, taraflar arasında iş ilişkisini düzenleyen kurallar ve somut olayın özelliklerine göre belirlenmelidir.<sup>62</sup>

“Çalışanlara kefalet hâlinde alacaklı, çalışanlar üzerinde yükümlü olduğu gözetimi ihmal eder veya kendisinden beklenebilen özeni göstermezse ve borç da bu sebeple doğmuş ya da bu özeni göstermesi hâlinde ulaşamayacağı ölçüde artmış olursa, bu borcu veya borcun artan kısmını kefiliden isteyemez.”

TBK md. 592/III’te ise alacaklının borcunu ödeyen kefile, rücu hakkını kullanabilmesi için gerekli belgeleri ve ayrıca borcun teminatı için asıl borçludan alınmış rehin ve güvencelerin devrini yapma yükümlülüğü düzenlenmiştir.

*“Alacaklı, haklı bir sebep olmaksızın yükümlülüklerini yerine getirmez, ağır kusuruyla mevcut belgeleri veya rehinleri ya da sorumlu olduğu diğer güvenceleri elinden çıkarırsa, kefil borcundan kurtulur. Bu durumda kefil, ödediğinin geri verilmesini ve varsa ek zararının giderilmesini isteyebilir.”*

Üçüncü fıkranın, dördüncü fıkra ile ilişkisi incelendiğinde, iki durumun ortaya çıkabileceği görülmektedir. Bunlardan bir tanesi, alacaklının elinde olan belgeleri haklı nedeni bulunmamasına rağmen teslim etmekten kaçınması ya da rehin ve güvenceleri devretmemeye

<sup>61</sup> Özen, s.436-437; Kızılırmak, s.142.

<sup>62</sup> Özen, s.595; Ayan, s.651; Çınar, s.167.



yanaşmaması halidir. Diğeri ise alacaklının ağır kusuruyla teslim ve devir yükümlülüğü bulunan belge ve güvenceleri elinden çıkarmış olmasıdır. Bu iki durumda da kefilin borcu sona ermektedir ancak ilk durumda kusur aranmıyorken ikinci durumda ağır kusur arandığı gözden kaçırılmamalıdır.<sup>63</sup>

### III. Garanti Sözleşmesinin Sona Erme Halleri

Garanti sözleşmelerinin sona ermesi, kanunda düzenlenmediği gibi, TBK md.603'de sayılanlar arasında sona erme yer almamaktadır. Bu nedenle garanti sözleşmelerinin sona ermesi hususunu taraflar aralarında belirlemektedir.<sup>64</sup>

Garanti sözleşmesinden doğan borçlar da diğer borçlar gibi ifa edilerek sona erdirilebilmektedir. Ayrıca garanti alanın, garanti vereni ibra etmesi veya garanti verenin takas beyanında bulunması da garanti sözleşmesini sona erdirecektir.<sup>65</sup>

#### 1. Asıl Borca Bağlı Olarak Sona Erme

Kefalet sözleşmeleri asıl borca bağlı, fer'i nitelikte olduğu için kural olarak, asıl borca bağlı olarak sona ermektedir. Ancak kefalet sözleşmelerinin aksine, garanti sözleşmeleri, her zaman asıl borca bağlı olarak sona ermemektedir.

Garanti sözleşmeleri ile asıl borç ile ilgili bir riskin gerçekleşmesi durumuna karşı garanti veren, alacaklıya teminat vermektedir. Bu noktada asıl borcun sona erme nedenine göre garanti sözleşmesinin sona erip ermeyeceği tespit edilebilmektedir. Asıl borç, garanti verenin üstlendiği riskin gerçekleşmesi sebebiyle sona ermişse garanti sözleşmesi sona ermeyecek hatta tam tersine garanti veren üzerindeki sonuçlarını doğurmaya başlayacaktır. Ancak asıl borç, garanti verenin üstlendiği riskin gerçekleşmesinin imkânsızlaşmasıyla sona ermesi halinde artık garanti sözleşmesinin de sona ermesi gündeme gelecektir.<sup>66</sup>

<sup>63</sup> Kırca, s. 1300 vd; Özen, s. 437; Ayan, s.610.

<sup>64</sup> Develioğlu, s.436.

<sup>65</sup> Yasemin Yılmaz, "Garanti Sözleşmesi", TAAD, C.5, S.19, s.1109.

<sup>66</sup> Develioğlu, s.436; Şen, s.82.

Asıl borçlunun, borcunu ifa etmesi halinde garanti verenin üstlendiği riskin gerçekleşme olasılığı kalmamaktadır. Bundan dolayı garanti sözleşmesi de asıl borca bağlı olarak sona ermektedir. Aynı sonuç, alacaklının asıl borçluyu ibra etmesi, takası kabul etmesi, alacaklı ve asıl borçlu sıfatlarının birleşmesi, alacaklının kusuruyla objektif imkânsızlık halinin meydana gelmesi veya alacaklının kusuruyla garanti altına alınan riskin doğması hallerinde de gerçekleşecektir. Bunların yanında, asıl borcun yenilenmesi ile garanti sözleşmesinin konusu borç ortadan kalkacağı ve ortaya çıkan yeni borcun garanti sözleşmesi kapsamı dışında kalacağı için asıl borcun yenilenmesi de garanti sözleşmesinin sona ermesine yol açacaktır.<sup>67</sup>

Garanti sözleşmesinin, asıl alacağı bağlı olarak sona erme kapsamında kefalet sözleşmesinden farkı, zamanaşımı ve alacaklının kusuru olmadan objektif imkânsızlık halinin meydana gelmesi hallerinde ortaya çıkmaktadır. Asıl alacağın zamanaşımına uğraması veya alacaklının kusuru olmadan objektif imkânsızlık halinin meydana gelirse, asıl borcun sona ermesine rağmen garanti sözleşmesi kapsamında garanti veren borcundan kurtulamayacaktır.<sup>68</sup>

## 2. Süre Bakımından Sona Erme

### a. Belirli Süreli Garanti Sözleşmelerinde

Garanti sözleşmelerinin, kefalet sözleşmeleri gibi, süreli olarak akdedilmeleri mümkündür. Taraflar, süre bakımından bir sınır veya bitiş tarihi belirleyerek garanti sözleşmesi akdettiklerinde bu sürenin dolması veya bitiş tarihinin gelmesiyle garanti sözleşmesi kendiliğinden sona ermektedir. Bu süre zarfı içerisinde garanti altına alınan risk gerçekleşmezse garanti veren, yükümlülüğünden kurtulur.<sup>69</sup>

<sup>67</sup> Reisoğlu, Garanti, s.170, Nami Barlas, Türk Hukuk Sisteminde Banka Teminat Mektupları (Teminat Mektupları), İstanbul, 1986, S. 67, Tandoğan, s.883; Develioğlu, s.437. Asıl borcun yenilenmesi veya değişikliğe uğraması halinde garanti sözleşmesinin de sona erceği hususu İngiliz hukuk düzeninde de mahkeme kararları ile desteklenmiştir. Bkz. İngiliz Mahkeme Kararı, Triodos Bank NV v Dobbs [2005] EWCA Civ 630, <http://lexisweb.co.uk/cases/2005/may/triodos-bank-nv-v-dobbs>, (son erişim: 29.11.2015); West Horndon Industrial Park Ltd v Phoenix Timber Group plc [1995] 1 EGLR 77, <http://egiewcms-test-auth.elasticbeanstalk.com/legal/west-horndon-industrial-park-ltd-v-phoenix-timber-group-plc/>, (son erişim: 29.11.2015).

<sup>68</sup> Develioğlu, s.438-439.

<sup>69</sup> Reisoğlu, Garanti, s.171; Tandoğan, s.884; Develioğlu, s.447; Barlas, Teminat, s.25;

Belirli süreli garanti sözleşmelerinin, sürenin sonunda kendiliğinden sona ermesinin bir istisnası otomatik yenileme klotudur. Taraflar, belirli süreli garanti sözleşmesi yapmakla birlikte sözleşmenin süre sonunda otomatik olarak belirli bir süre için yenileneceğini kararlaştırabilirler.<sup>70</sup>

Belirli süreli garanti sözleşmelerinin sona ermesinde ortaya çıkabilecek bir sorun, riskin garanti süresi içerisinde gerçekleşmesi ancak alacaklının ödeme talebini ve sözleşmede kararlaştırılmışsa belirli belgelerin ibrazını garanti süresinin dolmasından sonra gerçekleştirme-sidir. Yargıtay, riskin garanti süresi içerisinde doğmasıyla garanti verenin ödeme yükümlülüğünün bulunduğunu belirtmiş ve dolayısıyla garanti verenin borcu, on yıllık zamanaşımına tabi hale gelmiştir.<sup>71</sup> Bu sonuca varılması, uygulamada özellikle kontr-garanti sözleşmeleri açısından sorunlar yaratmıştır.<sup>72</sup>

Yaşanan sorunlar üzerine kanun koyucu tarafından, 818 Sayılı Borçlar Kanununun 110. maddesine ikinci fıkra eklenerek belirli süreli sözleşmelerde, süre içerisinde yazılı ödeme başvurusu şartı getiren sözleşme hükümlerini geçerli saymıştır. 6098 Sayılı Borçlar Kanununda da bu hüküm korunmuştur. TBK md. 128/II:

“Belirli bir süre için yapılan üstlenmede, sürenin bitimine kadar üstlenene edimini ifa etmesi için yazılı olarak başvurulmaması hâlinde, üstlenenin sorumluluğunun sona ereceği kararlaştırılabilir”.

Son durumda, öncelikle garanti sözleşmesinde tarafların bu hususa ilişkin herhangi bir belirleme yapıp yapmadıklarına bakılmalıdır. Taraflar, garanti süresi içerisinde ödeme talebinin ve ilgili belgelerin ibrazını zorunlu kılabilirler. Ancak taraflar, herhangi bir belirleme yapmamışsa garanti verenin ödeme yükümlülüğü, riskin garanti süresi içerisinde gerçekleşmesi şartıyla on yıllık zamanaşımına tabi olacaktır. Bu husus Yargıtay Hukuk Genel Kurulu tarafından aşağıdaki şekilde ifade edilmiştir:

Yavuz, s.713.

<sup>70</sup> Develioğlu, s. 448.

<sup>71</sup> Y. 11. HD. 1978/4755 E., 1978/5397 K., 01.12.1978 T. (Tandoğan, s.887, dn.89).

<sup>72</sup> Develioğlu, s.449-450. Garanti sözleşmelerinin asıl borç ile ilişkisine benzer bir bağımsız ilişki, kontr-garanti ve garanti sözleşmeleri arasında da bulunmaktadır (Charles Chatterjee, “The Independence of Contracts of Guarantee and Counter-Guarantee from the Underlying Contract”, Journal of International Banking Law, C.10, S.4, s.130).

“Kural olarak belli bir süre için verilen garanti halinde, süresi içinde rizikonun gerçekleşmemesi, yükümlülüğün ortadan kalkması sonucunu doğurur. Garanti sözleşmesi Borçlar Kanunu’nun 110 uncu maddesine 8.7.1981 gün ve 2486 sayılı Yasa ile eklenen fıkrasına uygun bir biçimde yapılmışsa vade sonuna kadar yazılı istekle bulunulmadığı takdirde bankanın şarta bağlı sorumluluğu sona erer. Bu yolda bir kayıt garanti sözleşmesine konulmamış ise teminat mektubu süreli olsa dahi on yıllık zamanaşımı süresi doluncaya kadar tazmin talebi ileri sürülebilir...”<sup>73</sup>

### b. Belirsiz Süreli Garanti Sözleşmelerinde

Tarafların garanti sözleşmesinde bir süre belirlememeleri halinde ortaya belirsiz süreli garanti sözleşmeleri çıkmaktadır.<sup>74</sup> Her ne kadar garanti sözleşmesinde bir süre belirlenmemiş olsa da, garanti verenin yükümlülüğü zamanaşımı süresi dolana kadar devam etmektedir.<sup>75</sup> Kanımızca kanundaki genel zamanaşımı süresi, emredici hüküm olmasından yola çıkarak yine kanunda aksi bir hüküm bulunmadıkça uygulanmak zorundadır. Ayrıca aksinin kabulü, garanti verenin sınırsız sorumlu olmasına yol açacaktır.<sup>76</sup>

Zamanaşımının işlemeye başladığı tarih ise garanti altına alınan riskin gerçekleşme tarihidir.<sup>77</sup> Ancak riskin doğumu için alacaklının bir fiili bekleniyorsa garanti veren alacaklıya fiilin niteliğine göre makul bir süre tanıyarak gerekeni yapmasını isteyebilir. Alacaklı bu süre içerisinde fiili gerçekleştirmezse, garanti veren borcundan kurtulur.<sup>78</sup>

### 3. Sözleşmeden Dönme

Kefalet sözleşmeleri için düzenlenmiş olan kefilin sözleşmeden dönme hakkı, garanti sözleşmeleri bakımından doğrudan uygula-

<sup>73</sup> YHGK 1987/11-642 E., 1988/287 K., 30.3.1988 T. (Kazancı Bilgi Bankası).

<sup>74</sup> Barlas, s.24; Develioğlu, s.453

<sup>75</sup> Reisoğlu, Garanti, s.172; Yılmaz, s.1110-1111.

<sup>76</sup> Develioğlu, s.454.

<sup>77</sup> Ancak bunun aksi yönde görüşler de mevcuttur. Riskin, garanti sözleşmesinin kurulmasından itibaren on yıl geçmesine rağmen gerçekleşmemiş olması durumunda zaman aşımına uğrayacağı yönündeki görüş için bkz. Pierre Engel, *Traité des obligations en droit suisse*, 2. Éd, Berne, 1997, s.434 (Naklen: Develioğlu, s. 463, dn.1818).

<sup>78</sup> Reisoğlu, Garanti, s.170-171; Oğuzman, Öz, s.425; Tandoğan, s.884.

ma alanı bulamayacaktır. Ancak doktrinde kefile sözleşmeden dönme hakkının tanınmasındaki amacın zayıf görünen taraf olan kefilin menfaatinin korunması olduğu ve dolayısıyla iş hayatında yetkin olmayan gerçek kişilerin garanti veren olduğu garanti sözleşmelerinde de uygulanabileceği belirtilmiştir.<sup>79</sup> Uygulamada genellikle iş hayatında profesyonel olarak yer alan tüzel kişiliklerin garanti verildiği görülmekteyse de, somut olayın özellikleri göz önüne alınmak kaydıyla iş hayatı dışındaki gerçek kişi garanti verenin de menfaatinin korunması gerektiği görüşüne katıldığımızı belirtmek isteriz.

#### 4. Asıl Borçlu ve Garanti Veren Sıfatlarının Birleşmesi

Asıl borçlu ve garanti veren sıfatlarının birleşmesi halinde, aynı kefalet sözleşmelerinde olduğu gibi, borçlu kendi borcuna garanti veremeyeceğinden dolayı garanti sözleşmesi kendiliğinden sona ermektedir.<sup>80</sup>

Kefalet sözleşmelerinde TBK md.598/II gereği, borçlu ve kefil sıfatların birleşmesi halinde, alacaklı için kefaletten doğan yararlar saklı kalmaktadır. Her ne kadar TBK md.598 hükmü doğrudan garanti sözleşmelerine uygulanamayacak olsa da, hakkaniyet gereği aynı sonuç garanti sözleşmelerinde de doğacak ve alacaklının, garanti sözleşmesi kapsamında rehin, cezai şart gibi yararları saklı kalacaktır.<sup>81</sup>

#### 5. Borcun Nakli

Garanti sözleşmesi, her ne kadar asıl alacaktan bağımsız olsa da, sözleşmede açık bir düzenlemenin bulunmaması durumunda borcun nakli ile sona erer. Garanti veren, asıl borçlu yani borcu devreden

<sup>79</sup> Develioğlu, s.459; James Devenney, Mel Kenny, "Unfair Terms, Surety Transaction and European Harmonisation: a Crucible of Europeanised Private Law?", *Conveyancer and Property Lawyer*, C.4, 2009, s.295-296. Birçok Avrupa ülkesinde de tüketicilerin (profesyonel ticari hayat haricinde kalan gerçek kişiler tüketici "consumer" olarak ele alınmaktadır) verdikleri garantilerde, garanti verenin zayıf konumda olmasında dolayı garanti vereni koruyucu düzenleme ve yorumların yapıldığına dair araştırma için bkz. Drobnig, s.515 vd.

<sup>80</sup> Kişisel garanti sözleşmelerinin haricinde şirketlerin de çoğunluk hissesine sahip olduğu veya kontrolü elinde bulundurduğu şirket lehine garanti veremeyeceği yönünde İspanyol Yüksek Mahkemesi kararı için bkz. *Hotel Plan v Banco del Noroeste*, 16 Aralık 1985 (Angel Carrasco, "Spain: Letters of Comfort", *Journal of International Banking Law and Regulation*, C.22, S.9, s.92-93.

<sup>81</sup> *Ibid*, s.460.

borcunu ifa etmemesine ilişkin bir taahhütte bulunmuştur. Bir başka deyişle garanti sözleşmesinin konusu, borcu devreden borcunu ifa etmemesi riskidir. Borcun nakli ile borç bir başka kişiye, borcu devralana, geçmekte ve dolayısıyla garanti sözleşmesinin konusu dışında bir risk ortaya çıkmaktadır. Garanti verenin, üstlendiği risklerde daha sonra meydana gelen değişiklikten sorumlu olması beklenemez. Bu nedenlerle, borcun nakli halinde garanti sözleşmesi sona ermektedir.

## 6. Alacağın Temliki

Garanti sözleşmesinin asıl borç ilişkisinden bağımsız olması nedeniyle asıl alacağın temliki, garantiden doğan hakkın kaderi üzerinde etkili olmaz. Bu nedenle asıl alacağın temliki kendiliğinden garanti alacağının temlikine yol açmaz.<sup>82</sup> Ayrıca ve açıkça garantiden doğan alacağın temlik edilmesi gerekmektedir. Garanti verenin açık onayı olmadan asıl alacak temlik edilirse, garanti veren borcundan kurtulmaktadır.<sup>83</sup>

Garanti verenin, garanti sözleşmesi veya mektubunda “transfer edilebilir”, “transferable” gibi ibarelere yer vermesi halinde, açık onayın baştan alındığı dolayısıyla alacağın temliki halinde tekrar onay alınmasına gerek olmaksızın garanti borcunun devam edeceği de doktrinde öne sürülmüştür.<sup>84</sup>

Asıl alacak haricinde, garanti sözleşmesinden doğan alacağın, sözleşmede açık bir kısıtlama ve borcun niteliği gereği bir engel olmaması ve garanti sözleşmesinden doğan ödeme talebi hakkı devredilmeden

<sup>82</sup> Aksi yönde görüş için bkz. Emin Can Kahyaoğlu, Banka Garantileri, İstanbul, 1996, s. 105.

<sup>83</sup> Y. 11. HD. 1990/7824, 1992/5567, 21.04.1992 T. (Kazancı Bilgi Bankası); Develioğlu, s.467.

<sup>84</sup> Şen, s.94. Common law sisteminde de bu tarz ibarelerle baştan onay anlamına geleceği yönündeki görüş için bkz. Marcus Barclay, “When is a variation not a variation?”, *Landlord & Tenant Review*, C.14, S.1, 2010, 7-10, s.8-9; Shearman & Sterling LLP, “United Kingdom: Guarantees - Non-Banking Context”, *Journal of International Banking Law and Regulation*, C.26, S.2, s.23; İngiliz Mahkeme Kararı, *Vossloh Aktiengesellschaft v Alpha Trains Limited* [2010] EWHC 2443 (Ch), [http://www.buildingdisputetribunal.co.nz/site/buildingdisputes/files/Court%20Decisions/Vossloh%20Aktiengesellschaft%20v%20Alpha%20Trains%20\(UK\)%20Ltd%20\[2010\]%20EWHC%202443%20\(Ch\).pdf](http://www.buildingdisputetribunal.co.nz/site/buildingdisputes/files/Court%20Decisions/Vossloh%20Aktiengesellschaft%20v%20Alpha%20Trains%20(UK)%20Ltd%20[2010]%20EWHC%202443%20(Ch).pdf), (son erişim: 29.11.2015).

temlikinin mümkün olduğu belirtilmiştir.<sup>85</sup> Yargıtay da, muhatabın tüm ödeme şartlarını gerçekleştirdikten sonra garanti sözleşmesinden doğan alacağını devredebileceği yönünde karar vermiştir.<sup>86</sup>

#### IV. Sonuç

Kefalet sözleşmesi ve garanti sözleşmesi, fer'ilik-bağımsızlık özellikleriyle birbirinden önemli farklılıklar barındırmaktadır. Ayrıca kefalet sözleşmesi kanunda düzenlenmişken garanti sözleşmesinin düzenlenmemiş olması başkaca önemli bir farktır. Aralarındaki bu farklar, zaman zaman benzerlikler olsa da, sona erme hallerinde de kendisini belli etmektedir.

Kefalet sözleşmesi, asıl borca bağlı fer'i nitelikte bir borç olmasından dolayı asıl borcun her ne sebeple olursa olsun sona ermesi halinde kendiliğinden sona ermektedir. Kanundaki düzenleme de bu hususu açıkça ortaya koymuştur. Garanti sözleşmeleri ise, asıl borçtan bağımsız olmasından dolayı, kural olarak, asıl borcun sona ermesiyle doğrudan sona ermez. Ancak garanti sözleşmesinin konusunu, asıl borçlunun borcunu ifa etmemesi riski oluşturduğu için ifa, ibra, takas, yenileme, alacaklının kusuru ile imkânsızlık veya riskin ortaya çıkması hallerinde asıl borca bağlı olarak sona ermektedir. Bunun yanında, alacaklının kusuru olmadan asıl borcun imkânsız hale gelmesi veya asıl borcun zaman aşımına uğraması, garanti sözleşmesini sona erdirmez.

Süre bakımından belirli süreli kefalet sözleşmeleri ve garanti sözleşmeleri sürenin bitmesiyle sona ermektedir. Ancak belirsiz süreli sözleşmeler bakımından farklılık ortaya çıkmaktadır. Kefalet sözleşmeleri, sözleşmenin kurulmasından itibaren on yılın dolmasıyla kanunun emredici hükmü gereği sona ermektedir ancak garanti sözleşmelerinde genel zamanaşımı kuralı uygulanacak ve riskin ortaya çıkmasından itibaren on yıllık zamanaşımına tabi olacaktır.

Kefalet sözleşmelerinde kefile sözleşmeden dönme hakkı tanınmışken bu hak, kural olarak, garanti sözleşmelerinde bulunmamaktadır. Ancak garanti verenin iş hayatında yetkin olmayan gerçek kişi olması halinde, garanti sözleşmesinden dönme hakkı bulunmaktadır.

<sup>85</sup> Develioğlu, s.468-472.

<sup>86</sup> Y. 11. HD 1990/7824 E., 1992/5567 K., 21.04.1992 T. (Kazancı Bilgi Bankası).



Borcun nakli halinde kefalet sözleşmesi de garanti sözleşmesi de sona ermektedir. Ancak alacağın temlikinde kefalet sözleşmesi sona ermezken, garanti sözleşmesi sona ermektedir.

Borçlu ve kefil/garanti veren sıfatlarının birleşmesiyle, hem kefalet hem de garanti sözleşmesi sona ermektedir ancak alacaklı yararına kefalet veya garanti sözleşmesinden kaynaklanan haklar saklı kalmaktadır.

Kefalet sözleşmeleri için, garanti sözleşmesinden farklı olarak kanunda özel öngörülen başka sona erme sebepleri de bulunmaktadır. Bunlar, çalışanlara kefaletle özgü sona erme, alacaklının kefilin ödemesini kabul etmemesi halinde sona erme ve alacaklının özen, rehin ve belgeleri teslim etme yükümlülüklerini ihlali halinde sona erme halleridir.

### Kaynakça

- Ayan Serkan, Kefalet Sözleşmesinde Kefilin Sorumluluğu, Ankara, 2013
- Barclay Marcus Barclay, "When is a variation not a variation?", *Landlord & Tenant Review*, C.14, S.1, 2010, 7-10
- Barlas Nami, Türk Hukuk Sisteminde Banka Teminat Mektupları, İstanbul, 1986 (Teminat Mektupları)
- Bilge Necip, Borçlar Hukuku Özel Borç Münasebetleri, Ankara, 1971 (Borç Münasebetleri)
- Bilge Necip, "Borçlu Hakkındaki Kesin Hükümün Kefile Tesiri", *Ad. Der.*, S.5, 1954, 592-602 (Kesin Hüküm)
- Bilge Necip, "Kefilin Alacaklıya Halef Olmasından Doğan Bazı Meseleler", *AHFD*, C.11,S.1-2, 281-295 (Halef)
- Bilge Necip, "Kefilin Mesuliyetinin Şümulü", *AHFD*, C.13, S.1-2, 86-171 (Kefil)
- Carrasco Angel, "Spain: Letters of Comfort", *Journal of International Banking Law and Regulation*, C.22, S.9, 92-94
- Chatterjee Charles, "The Independence of Contracts of Guarantee and Counter-Guarantee from the Underlying Contract", *Journal of International Banking Law*, C.10, S.4, 130-135
- Çınar Ömer, Türk Borçlar Kanununa Göre Kefilin Sorumluluğun Sona Ermesi, İstanbul, 2013
- Develioğlu Hüseyin Murat, Kefalet Sözleşmesinin Düzenleyen Hükümler Işığında Bağımsız Garanti Sözleşmeleri, İstanbul, 2009
- Devenney James; Kenny Mel, "Unfair Terms, Surety Transaction and European Harmonisation: a Crucible of Europeanised Private Law?", *Conveyancer and Property Lawyer*, C.4, 2009, 295-308

- Drobnig Ulrich, "Recent Legislative Trends in the Field of Personal Security", *European Business Organization Law Review*, C.2, S.3-4, 2001, 511-524
- Engel Pierre, *Traité des obligations en droit suisse*, 2. Éd, Berne, 1997, s.434 (Naklen: Develioğlu)
- Eren Fikret, *Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, İstanbul, 2003
- Grassinger Gülçin Elçin, *Borçlar Kanununa Göre Kefilin Alacaklıya Karşı Sahip Olduğu Savunma İmkanları*, İstanbul, 1996
- Kahyaoglu Emin Can, *Banka Garantileri*, İstanbul, 1996
- Kılıçoğlu Ahmet, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Genişletilmiş 7. Bası, Ankara, 2006
- Kırca İsmail, "Alacaklının Teminat Olarak Aldığı Emre Yazılı Kambiyo ve Nama Yazılı Senetlerini Borcu Ödeyen Kefile Devir ve Teslim Borcunun İfa Şekli", Prof. Dr. Fırat Öztan'a Armağan, C.1, Ankara, 2010, 1299-1304
- Kızıllırmak Cansu Kaya, *Kefalet Sözleşmesinin Kendine Özgü Sona Erme Halleri*, Danışman: Prof. Dr. G. Sermet Akman, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul, 2014
- Koeck Bernhard, "Loan Sales and the Transfer of Collateral under Austrian Law", *Journal of International Banking Law and Regulation*, C.25, S.8, 367-369
- Koyuncuoğlu Tennur, *Türk ve İsviçre Hukukunda Borcun Yenilenmesi*, İstanbul, 1972
- Oğuzman M. Kemal; Öz Turgut, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Gözden Geçirilmiş ve Güncelleştirilmiş 8. Bası, İstanbul, 2010
- Olgaç Senai, *Kefalet*, Ankara, 1978
- Olgaç Senai, *Kazai ve İlmi İçtihatlarla Türk Borçlar Kanunu*, Aktin Nevileri, C.3, Ankara, 1969
- Özen Burak, *6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Çerçevesinde Kefalet Sözleşmesi*, İstanbul, 2012
- Özen Burak, "6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Çerçevesinde Kefilin Sorumluluğunun Kefalet Sözleşmesine Özgü Sebeplerle Sona Ermesi", *İKÜHFD*, C.10, S.2, 2011, 53-77
- Reisoğlu Seza, *Türk Hukukunda ve Bankacılık Uygulamasında Kefalet*, Ankara, 1992 (Kefalet)
- Reisoğlu Seza, *Garanti Mukavelesi*, Ankara, 1963 (Garanti)
- Shearman & Sterling LLP, "United Kingdom: Guarantees - Non-Banking Context", *Journal of International Banking Law and Regulation*, C.26, S.2, 22-24
- Şahan Gökhan, *Kefalet Sözleşmesinin Sona Ermesi*, Ankara, 2009
- Şen Arzu, *Kefalet Sözleşmesinin Sona Ermesi Hükümleri ve Bu Hükümlerinin Garantî Sözleşmelerinin Sona Ermesine Uygulanması*, Danışman: Doç. Dr. Murat Develioğlu, Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2012
- Tandoğan Haluk, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, İstanbul, 2010
- Tunçomağ Kenan, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, C.1, İstanbul, 1968
- Turanboy Kürşat N, *İbra Sözleşmesi*, Ankara, 1998

Yavuz Cevdet, Borçlar Hukuku Dersleri: Özel Hükümler, İstanbul, 2011

Yılmaz Yasemin, "Garanti Sözleşmesi", TAAD, C. 5, S.19, 1079-1116

Yargı Kararları

İngiliz Mahkeme Kararı, Triodos Bank NV v Dobbs [2005] EWCA Civ 630, <http://lexisweb.co.uk/cases/2005/may/triodos-bank-nv-v-dobbs>, (son erişim: 29.11.2015)

İngiliz Mahkeme Kararı, Vossloh Aktiengesellschaft v Alpha Trains Limited [2010] EWHC 2443 (Ch), [http://www.buildingdisputestribunal.co.nz/site/building-disputes/files/Court%20Decisions/Vossloh%20Aktiengesellschaft%20v%20Alpha%20Trains%20\(UK\)%20Ltd%20\[2010\]%20EWHC%202443%20\(Ch\).pdf](http://www.buildingdisputestribunal.co.nz/site/building-disputes/files/Court%20Decisions/Vossloh%20Aktiengesellschaft%20v%20Alpha%20Trains%20(UK)%20Ltd%20[2010]%20EWHC%202443%20(Ch).pdf), (son erişim: 29.11.2015)

İngiliz Mahkeme Kararı, West Horndon Industrial Park Ltd v Phoenix Timber Group plc [1995] 1 EGLR 77, <http://egiewcms-test-auth.elasticbeanstalk.com/legal/west-horndon-industrial-park-ltd-v-phoenix-timber-group-plc/>, (son erişim: 29.11.2015)

Y. 11. HD. 1978/4755 E., 1978/5397 K., 01.12.1978 T. (Kazancı Bilgi Bankası)

Y. 11. HD 1990/7824 E., 1992/5567 K., 21.04.1992 T. (Kazancı Bilgi Bankası)

Y. 11. HD 2000/8524 E., 2000/9891K., 11.12.2000 T. (Kazancı Bilgi Bankası)

Y. 11. HD 2011/5684 E., 2012/13371 K., 14.09.2012 T. (Kazancı Bilgi Bankası)

Y. 12. HD. 2001/7879 E., 2001/8795 K., 18.05.2001 T. (Kazancı Bilgi Bankası)

Y. 12. HD. 2010/29024 E., 2011/9547 K., 16.05.2011 T. (Kazancı Bilgi Bankası)

Y. 13. HD. 1998/8536 E., 1998/9756 K., 08.12.1998 T. (Kazancı Bilgi Bankası)

Y. 13. HD. 2000/10649 E., 2000/10948 K., 05.12.2000 T. (Kazancı Bilgi Bankası)

Y. 19. HD 2005/2261 E., 2005/13044 K., 26.12.2005 T. (Kazancı Bilgi Bankası)

Y. 19. HD. 2012/9018 E., 2012/14916 K., 11.10.2012 T. (Kazancı Bilgi Bankası)

Y. 23. HD. 2012/2635 E., 2012/4535 K., 02.07.2012 T. (Kazancı Bilgi Bankası)

YHGK 1987/11-642 E., 1988/287 K., 30.3.1988 T. (Kazancı Bilgi Bankası)

YHGK 2002/19-426 E., 2002/513 K., 12.06.2002 T. (Kazancı Bilgi Bankası)

YHGK 2012/11-666 E., 2013/238 K., 13.02.2013 T. (Kazancı Bilgi Bankası)

# KIBRIS SPOR HUKUKU'NDA TEKNİK ADAM SÖZLEŞMESİ

## TECHNICAL DIRECTOR CONTRACT FOR SPORTS LAW IN CYPRUS

Hakkı Mert DOĞU\*

**Özet:** Teknik adam, spor kulüpleri ve sporcular için son derece önemlidir. Bunun yanında teknik adam sözleşmesi de spor hukuku için önem arz etmektedir. Makalede, Kıbrıs Spor Hukuku açısından futbol teknik adam sözleşmesi incelenmiştir.

**Anahtar Kelimeler:** Kıbrıs Spor Hukuku, Teknik Adam, Spor, Spor Hukuku, Sözleşme

**Abstract:** Technical director is very important for sports clubs and athletes. Technical director contract is also of great importance for sports law. In this article, coach contract in Cyprus Sports Law will be examined.

**Keywords:** Cyprus Sports Law, Technical Director, Sport, Sports Law, Contract

## GİRİŞ

Spor, günlük hayatın olağan parçası haline gelmiş bir olgudur. Bununla birlikte, sporun hukukla ilgisini de göz ardı etmemek gerekir. Özellikle ülkemizde son yıllarda bir hukuk dalı olarak ortaya çıkan "Spor Hukuku" gelişim göstermektedir. Gerek yargı kararları gerekse bu alanda yazılan tezler bu gelişimi göstermekte ve bu gelişime katkı sağlamaktadır.

Spor branşlarında, sporcular önemli bir yere sahip olmakla birlikte; teknik adam ya da antrenörlerin de bu kapsamda unutulmaması gerekmektedir. Bütün dünyada kitleleri peşinden sürükleyen futbol branşında teknik damlar önemli bir paya sahiptir. Makalenin konusunu da, daha önce incelenmemiş olan, Kıbrıs futbolunda Teknik Adam Sözleşmesi oluşturmaktadır. Kıbrıs Türk Futbol Federasyonu tarafın-

\* Arş. Gör., KTO Karatay Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medenî Hukuk Anabilim Dalı Araştırma Görevlisi

dan Eylül 2015 tarihinde yenilenen Teknik Adamların Statüsü, Çalışma Esasları ile Eğitimi ve Sınıflandırması Talimatı dikkate alınarak, konuyla ilgili ayrıntılı bir incelemeye yer verilmiş; bazı aksak noktalara değinilmeye çalışılmıştır.

## I. KIBRIS HUKUKU'NDA FUTBOL TEKNİK ADAM SÖZLEŞMESİ

### A) Sözleşmeye İlişkin Genel Esaslar

Kıbrıs Türk Futbol Federasyonu'nun,<sup>1</sup> Teknik Adamların Statüsü, Çalışma Esasları ile Eğitimi ve Sınıflandırması Talimatı'nın,<sup>2</sup> 8'inci ve devamı maddelerinde, "Teknik Adam Sözleşmeleri" ana başlığı altında, Kıbrıs spor hukukundaki teknik adam sözleşmesine ilişkin düzenlemelere yer verilmiştir.

Genel esaslar başlığını taşıyan Talimatın 8'inci maddesinde, teknik adam sözleşmesiyle ilgili genel bilgilere yer verilmektedir. Sözleşmenin şekli, süresi, bitiş tarihi vb. durumlara değinilmektedir. Bu maddenin devamında yer alan maddelerde ise teknik adam sözleşmesine ilişkin ayrıntılı düzenlemeler bulunmaktadır.

### B. Sözleşmenin Tarafları

#### 1. Teknik Adam

Teknik adam sözleşmesinin taraflarından biri, sözleşmenin adından da anlaşıldığı üzere, teknik adamdır. Teknik adam ya da teknik direktör, her türlü spor branşında sporcuların sonra gelen en önemli kişidir.<sup>3</sup> Takımlarını taktiksel olarak müsabakalara hazırlayan teknik adamlar, gerçek kişi olmakla birlikte; bir tüzel kişinin teknik adam olması mümkün değildir.

Teknik adam, TASÇET'nin 3'üncü maddesinde, "Futbol faaliyetlerine katılması ile ilgili zorunlu giderleri dışında, ayrıca kulübünden ücret alan ve kulübü ile ilgili bu hususta yazılı sözleşmesi bulunan teknik çalıştırıcılar"

<sup>1</sup> Talimatın, "Kısaltmalar ve Tanımlar" başlığını taşıyan 3'üncü maddesinde, Kıbrıs Türk Futbol Federasyonu, "KTFF" şeklinde kısaltılmıştır. Bu sebepten dolayı bundan sonra KTFF şeklinde ifade edilecektir.

<sup>2</sup> Bundan sonra "TASÇET" şeklinde ifade edilecektir.

<sup>3</sup> Bkz., Ramazan Çağlayan, Spor Hukuku (Spor Hukuku Temel Metinler), Asil Yayın Dağıtım, Ankara, 2007, s. 59; Recep Gülşen, Spor Hukuku, Adalet Yayınevi, Ankara, 2013, s. 20.

şeklinde tanımlanmaktadır. Bununla birlikte TASÇET'nin 4'üncü ve 5'inci maddelerinde teknik adamların statüleri de belirlenmektedir. 4'üncü maddede profesyonel teknik adamların tanımı yapılmıştır. Buna göre, *"Bir kulüple yazılı sözleşme yapmış olan, kendisine futbol faaliyetleri kapsamında yaptığı harcamalardan daha fazla miktarda ödeme yapılan ve KTFF'dan takım çalıştırma lisansı almış teknik adamlardır."* TASÇET'nin 5'inci maddede ise yabancı uyruklu teknik adamlarla ilgili düzenlemeler mevcuttur.<sup>4</sup>

## 2. Kulüp

Teknik adam sözleşmesinin diğer tarafını ise kulüp oluşturmaktadır. TASÇET'nin 3'üncü maddesindeki tanıma göre, *"Futbol faaliyetlerinde bulunan ve kaymakamlık tarafından tescil edilmiş derneklere"* kulüp denmektedir. KTFF Futbol Kulüpleri Tescil Talimatı'nın 4'üncü maddesinin (c) fıkrasında da futbol kulübü, *"Dernekler Yasası'na göre kurulacak veya kurularak Kıbrıs Türk Futbol Federasyonu'na kayıt ve tescilini yaptıran kulüpler"* şeklinde tanımlanmaktadır. Türkiye Futbol Federasyonu<sup>5</sup> Futbol Kulüpleri Tescil Talimatı'nda ise kulüp 2'nci maddede, *"Futbol dalında faaliyeti bulunan mevzuata uygun olarak kurulmuş ve TFF tarafından tescil edilmiş dernekleri veya şirketleri ifade eder"* şeklinde bir tanım vardır. Her üç tanımada bakıldığında KTFF ile TFF arasındaki fark net bir şekilde ortaya çıkmaktadır. Türk futbolunda bir kulübün, futbol kulübü olabilmesi için dernek veya şirket (anonim şirket) şeklinde kurulması ve bunların TFF tarafından tescil edilmesi gerekmektedir.<sup>6</sup> KTFF'de ise futbol kulübü sadece dernek şeklinde kurulup, faaliyet göstermektedir.

<sup>4</sup> Yabancı Uyruklu Teknik Adamlar, TASÇET'nin 5'inci maddesinin (A) fıkrasına göre sadece en üst ligde çalışma hakkına sahiptir. En üst ligler dışında yabancı teknik adamın çalışması söz konusu değildir. Aynı maddenin (C) fıkrasında ise, yabancı teknik adamlarda aranacak olan şartların her yıl KTFF tarafından belirlenip ilan edileceği belirtilmektedir.

<sup>5</sup> Bundan sonra TFF şeklinde ifade edilecektir.

<sup>6</sup> Türkiye'deki spor kulüpleri hakkında geniş bilgi için bkz., Hasan Petek, Profesyonel Futbolcu Sözleşmesi, Yetkin Yayınları, Ankara, 2002, s. 73 vd.; A. Nadi Günel/Erkan Küçükgüngör, Türk Spor Hukukunun Genel Esasları ve İlgili Mevzuat, Yetkin Yayınları, Ankara, 1998, s. 54 vd.; Şeref Ertaş/Hasan Petek, Spor Hukuku, Yetkin Yayınları, 2. Bası, Ankara, 2011, s. 162 vd.; Erkan Küçükgüngör/Barış Akgöl, "Futbol Kulüplerinin Halka Açılması", Ankara Barosu Spor Hukuku Kurulu Av. Ömer Remzi Arıkan Armağanı, Ed: Tacar Çağlar, Ankara, 2013, s. 560 vd.; Hakkı Mert Doğu, Teknik Direktörlük Sözleşmesi, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2014, s. 15 vd.

KTFF'deki kulüplerin, futbol kulübü olarak faaliyet gösterebilmeleri için dernekler kanununa göre kurulmaları gerekmektedir. Kıbrıs Hukuku bakımından bu kanun "*Türk Cemaat Meclisi Birlikler ve Dernekler Kanunu*"dur.<sup>7</sup> On dört maddeden oluşan bu kanun, her türlü birlik, dernek ve sair teşekküllerle ilgili düzenlemeleri bünyesinde barındırmaktadır ve kanunun 1'inci maddesinin birinci fıkrasında da bu durumu açıkça belirtilmektedir.<sup>8</sup> TBDK'nin 4'üncü maddesinde her birlik, dernek ve sair teşekkülün bir tüzüğü olduğu belirtilmekte ve bu tüzükte yer alması gereken unsurlar da tek tek sayılmaktadır<sup>9</sup>. Kıbrıs futbol kulüpleri de kurulurken TBDK'yi dikkate almakla birlikte, KTFF Futbol Kulüpleri Tescil Talimatı'nın 5'inci maddesinde düzenlenen unsurlara dikkat etmeleri gerekmektedir.<sup>10</sup>

<sup>7</sup> Bundan sonra TBDK şeklinde ifade edilecektir. Ayrıca KKTC Beden Eğitimi ve Spor Yasası'nın 19'uncu maddesinin birinci fıkrasında da, "Spor kulüpleri ve spor dernekleri Birlikler ve Dernekler Yasasına göre kurulurlar." düzenlemesi yer almaktadır.

<sup>8</sup> TBDK madde 1/I: "Üyelikleri münhasıran Türk Cemaat mensuplarına ait olup kazanç paylaşmaktan başka bir maksatla kurulan her nevi birlik, dernek ve sair teşekküller, bu kanuna tabidir."

<sup>9</sup> TBDK madde 4:  
"Her birlik, dernek ve sair teşekkülün bir Tüzüğü vardır. Bu Tüzüğün aşağıdaki hususları ihtiva etmesi şarttır:

- (1) Birlik, dernek ve sair teşekkülün adı ve merkezi veya lokalinin adresi;
- (2) Birlik, dernek ve sair teşekkülün mevzuu ve gayesi, bu gayenin tahakkuku için takip edilecek yol veya gösterilecek faaliyetler;
- (3) Kurucu üyelerin öz ve varsa soyadları, meslekleri ve ikametgâhları;
- (4) Birlik, dernek ve sair teşekküllere girmek ve çıkmak veya çıkarılmak için konan şartlar;
- (5) Şubelerin nasıl tesis, idare ve temsil edileceği ve yetkilerinin derecesi;
- (6) Genel Kurulun görevleri, yetkileri, davet tarzı toplantılar ve alınan kararların tebliğine dair hükümler;
- (7) Genel Kurul toplantıları için gerekli nisap ve üye sayısının en az beşte birinin talebi ile olağanüstü genel kurul toplantısı yapılacağına dair hükümler;
- (8) Yönetim Kurulunun teşekkülü, görev ve yetkilerine dair hükümler;
- (9) Hesapların teftiş ve murakabesi hakkında hükümler;
- (10) Lokali olduğu veya olacağı halde üye olmayanların devam edemeyeceği hakkında hüküm;
- (11) Üyelerin verecekleri aidat miktarı;
- (12) Ana Tüzüğün ne yolda değiştirilebileceği;
- (13) Birlik, dernek ve sair teşekkülün feshi veya kapatılması halinde paralarının ve sair aktif kıymetlerinin tasfiye şekli."

<sup>10</sup> KTFF Futbol Kulüpleri Tescil Talimatı Madde 5:  
"Dernekler Kanunu'na göre kurulan, kulüplerin tescil taleplerinin Federasyonca uygun görülebilmesi için;

- a) Futbol faaliyetleri ile ilgili giderleri karşılayacak gelire sahip olduğunun belgesi,
- b) Resmi müsabakaların oynanabileceği ebatlara haiz, kulüp adına tapulu veya



### C. Sözleşmenin Şekli ve Sözleşme Yapma Zorunluluğu

İrade beyanlarını açıklamak amacıyla ihtiyaç duyulan ve kullanılan araca şekil denir.<sup>11</sup> Türk Borçlar Kanunu'nun 12'nci maddesine göre sözleşmenin geçerliliği, kanunda aksi öngörülmediği müddetçe, hiçbir şekle bağlı değildir. Türk Hukuku'nda şekil serbestisi kural; şekil zorunluluğu ise istisnadır.<sup>12</sup> Kıbrıs Hukuku'nda da kural olarak şekil serbestisi söz konusudur. Kıbrıs Sözleşmeler Yasası'nın 10'uncu maddesinin birinci fıkrasında sözleşmeler, "...bu Yasa kurallarına bağlı kalınması koşuluyla yazılı veya sözlü olarak veya kısmen yazılı ve kısmen sözlü olarak yapılabilirler veya tarafların davranışlarından zımnen istihraç edilebilirler." Bununla birlikte şekil zorunluluğunun olduğu sözleşmeler de vardır. Örneğin Kıbrıs Sözleşmeler Yasası'nın 77'nci maddesine göre taşınmaz malların bir yılı aşan herhangi bir süre için kiralarna ilişkin sözleşmeler, yazılı şekilde yapılmalıdır. Kıbrıs Hukuku bakımından da, şekil serbestisi kural; şekil zorunluluğu ise istisnadır.

Teknik adam sözleşmesinin, TASÇET'nin 8'inci maddesinin (A) fıkrasındaki, "Teknik adam sözleşmesi taraflarınca imzalanmış olmalı..." şeklindeki düzenlemeden yazılı olarak yapılması gerektiği sonucu ortaya çıkmaktadır. Bu durum ayrıca yine aynı talimatın "Sözleşme yapma zorunluluğu" başlığını taşıyan 9'uncu maddesinde de yer almaktadır. Maddenin (A) fıkrasında, teknik adamların, kulüpte yer alabilmesi için, Federasyonun tespit edeceği şartları kapsayan ve barolar birliğine kayıtlı bir avukat ya da tasdik memurunca onaylanmış Tek Tip Sözleşmeleri imzalayarak göreve başlayabilecekleri belirtilmektedir. Bununla birlikte taraflar, yasa, tüzük, yönetmelik ve talimat ile tek tip sözleş-

---

Devlet tarafından tahsisli stat veya sahaya sahip bulunması,  
c) (b) maddesindeki şartlar mevcut değilse, kulübün bulunduğu ilçedeki Belediyeye veya Özel ve Resmi Kurumun sahasından yararlanabileceğini belirtir resmi yazının ibraz edilmesi,

d) Kulübün adına tapulu veya Devlet tarafından tahsisli lokalinin bulunması,  
e) Kamu ve özel Kurum ve kuruluşları ile Yükseköğretim Kurumlarına bağlı kulüplerin kuruluşuna izin verildiğini gösterir en üst Makamdan alınacak izin yazısının ibraz edilmesi,

f) Faaliyete katılacağı kategorilerde istihdam edeceği Antrenörlerin diplomaları."  
11 Fikret Eren, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Yetkin Yayınları, Ankara, 2014, s. 264; Kenan Tunçomağ, Türk Borçlar Hukuku (I. Cilt-Genel Hükümler), Sermet Matbaası, İstanbul, 1976, s. 215; Adnan Tuğ, Türk Özel Hukukunda Şekil, Mimoza Yayınları, Konya, 1994, s. 3.

12 Hüseyin Altaş, Şekle Aykırılığın Olumsuz Sonuçlarının Giderilmesi, Yetkin Yayınları, Ankara, 1998, s. 48.

me hükümlerine aykırılık oluşturmayacak şekilde bazı özel şartları da sözleşmeye koyabilirler. Bütün bu düzenlemelerden hareketle teknik adam sözleşmesinin yazılı şekilde yapılması gerektiği ve bu şeklin de adi yazılı şekil olacağı sonucuna varılabilir. Adi yazılı şekilde sözleşme metni ve tarafların imzalarının yer alması yeterlidir.<sup>13</sup>

Kulüpler sezona başlarken, mutlaka bir teknik adam ile sözleşme yapmak zorundadır. Şayet kulüp, sezona başlarken bir teknik adamla sözleşme yapmazsa, TASÇET'nin 32'nci maddesinin yedinci fıkra hükümleri bu kulübe uygulanır. Buna göre, teknik adam sözleşmesi yapmadan lige başlayan takımlar, üç resmi müsabakaya kadar yönetici sorumluluğunda çıkabilirler; ancak teknik sorumlusuz çıktığı her süper lig, 1. Lig, 2. Lig ya da Bölge Terfi Müsabakaları için farklı miktarlarda asgari ücret ödemeleri gerekmektedir. Teknik sorumlusuz çıktığı her Süper Lig karşılaşması için dört, her 1. Lig karşılaşması için üç, her 2. Lig karşılaşması için iki ve her Bölge Terfi müsabakası için dört asgari ücret ödemek şartıyla saha çıkabilirler.<sup>14</sup>

Sözleşme yapma zorunluluğu ile ilgili olarak başka bir durum ise TASÇET'nin 9'uncu maddesinin (B) fıkrasında düzenlenmektedir.

<sup>13</sup> Sevgi Bozkurt Yaşar, "Türk Özel Hukukunda Şekil Kavramı ve Şekil Eksikliği Sebebi İle Hükümsüzlüğün TMK. M. 2/F.sı Gereğince Sınırlanması", *Terazi Hukuk Dergisi*, Aralık 2006, S.4, Y.1, s. 33.

<sup>14</sup> Buna benzer bir durum, TASÇET'nin 32'nci maddesinin dördüncü fıkrasında düzenlenmektedir. Buna göre, "Takımlar, buldukları ligin (Madde 29) antrenör lisans kriterlerine uygun teknik çalıştırıcısız 1 (bir) resmi müsabakaya yönetici sorumluluğunda çıkabilirler. Yine takımlar, bu 1 (bir) resmi müsabakadan ayrı olarak, her maç için 2 (iki) asgari ücret ceza ödemek kaydıyla 2 (iki) resmi müsabakaya daha yine yönetici sorumluluğunda çıkabilirler. Ancak takımlar 3 (üç) resmi müsabakadan sonra herhangi bir teknik çalıştırıcı ile anlaşmaması halinde çıkacakları her müsabaka için hükmen mağlubiyet cezası alacaklardır." Görüldüğü gibi lig başlarken herhangi bir teknik adamla sözleşme imzalamayan kulüpler, müsabakalara yönetici sorumluluğundan çıkabilirler. Ancak bunun sınırı üç resmi müsabaka ile sınırlandırılmıştır. KTF Disiplin Kurulu'nun 09.20.2015 tarihinde verdiği bir kararında, "03/10/2015 tarihinde Beylerbeyi Dr. Ali Özsoy stadında oynanan Tatlısu HOSK- Geçitkale SK A2 2.Lig müsabakasında, KTF Teknik Adamların Statüsü, Çalışma Esasları ile Eğitimi ve Sınıflandırılması Talimatının 32. maddesinin 4 fıkrasında yer alan düzenlemeleri 2. kez ihlal etmiş olması sebebiyle Geçitkale GSK'ne yine bu talimatın 32.m.4 fıkrası ve DT 46/9 uyarınca 2 asgari ücret tutarında para cezası verilmesine oy birliğiyle karar verilmiştir." denilmiştir. TASÇET'nin 32'nci maddenin hem dördüncü hem yedinci fıkrası dikkate alındığında 3 müsabakayla sınırlandırılması gerektiği sonucuna varılmaktadır. Üçüncü müsabakadan sonra durumda değişiklik olmazsa maddenin yedinci fıkrasındaki cezalar söz konusu olur.

Buna göre, kulüpler çeşitli sebeplerden dolayı teknik adamsız kalmışsa; başka bir teknik adamla geçici olarak daha kısa süreli sözleşme yapılmasına Federasyon izin verebilir. Teknik adam, (B) fıkrasında da örneklerle belirtildiği gibi hastalık, ölüm, lisans iptali vb. durumlarda görevini yerine getiremeyecek olursa; Federasyon yeni bir teknik adamla sözleşme yapılmasına imkân tanımıştır. Yapılacak olan bu geçici sözleşmenin süresi en çok sezon sonuna kadar olabilir ve de bu süre sonunda boşalan teknik adamlık koltuğu için yeni bir sözleşme de yapılması gerekmektedir. Ayrıca (B) fıkrasında sayılan nedenlerden dolayı hiçbir kulüp üç haftadan fazla teknik adamsız kalamaz.

TASÇET'nin 9'uncu maddenin (C) fıkrasında ise, yine bu maddede düzenlenmiş olan (A) ve (B) fıkralarına uyulmaması durumunda uygulanacak olan yaptırım öngörülmüştür. Ancak hemen belirtmek gerekir ki; (C) fıkrasındaki "Yukarıdaki hükümlere" ifadesi uygun olmamıştır. Maddenin A fıkrasında, sezona başlarken teknik adamla sözleşme yapmayan kulüpler için zaten bir yaptırım öngörülmüştür. Buna ek olarak aynı durumdan dolayı (C) fıkrasındaki yaptırımın kulübe uygulanması yerinde olmayacaktır. (C) fıkrasındaki bu düzenlemenin, yalnızca (B) fıkrasına ilişkin olduğu kanaatindeyim. Şöyle ki; kulüpler, bir teknik adamla sözleşme yapmış, sezona bu şekilde başlamış fakat sezon devam ederken kulüp bazı sebeplerden dolayı teknik adamsız kalmışsa ve de belirtilen süreler içerisinde yeni bir teknik adamla anlaşmamışsa (C) fıkrasındaki bu hüküm uygulanmalıdır. Aksi halde, teknik adamsız müsabakaya çıkan kulüp, hem 32'nci maddenin yedinci fıkrasında belirtilen asgari ücreti ödemek hem de 9'uncu maddenin (C) fıkrasında belirtilen hükmen mağlup olma cezasına çarptırılmış olacaktır. "Yukarıdaki hükümlere" şeklinde bir ifadeye yer verilmiş olması, kulüplerin ligden düşürülmesine sebebiyet olan *müsabakaya çıkmama* sonucunu engellemek amacıyla mı yapılmıştır sorusunu akla getirmektedir. Bu durum bakımından Kıbrıs Futbol Federasyonu Müsabaka Talimatı'nın "Puan Silinmesi, Ligden Çıkarılma ve Alt Kümeye İndirme" başlığını taşıyan 26'ncı maddesinin birinci fıkrasındaki düzenleme dikkate alınmış olabilir.<sup>15</sup>

<sup>15</sup> "Bir lig devresinde müsabaka kıyafeti ile belirlenen ve ilan olunan saatte sahaya gelmeyen,  
A) Müsabakanın yapılacağı sahayı hazırlamayan ev sahibi takım veya Müsabakaya gelmeyen veya Müsabaka sahasına gelmekle beraber müsabakaya çıkmayan

TASÇET'nin 9'uncu maddesinin (D) fıkrasında da, teknik adamın bir futbol sezonu içinde en çok iki kulüp ile sözleşme yapılmasına izin verilmektedir. Sözleşmesi çalıştığı kulüp ya da KTFF tarafından iptal edilen teknik adam, bir futbol sezonunda ikiden fazla kulüple sözleşme imzalamaz. Teknik adam bakımından bir sınırlama söz konusudur.

#### D. Sözleşmenin Süresi

TASÇET'nin 8'inci maddesinin (B) fıkrasına göre, teknik adam sözleşmesi en az üç ay ve en çok iki yıl süreli olarak yapılabilir. İlgili düzenleme dikkate alındığında, örneğin teknik adamların kulüp ile üç aydan az süreyi kapsayan sözleşme imzalamaları mümkün değildir. Bununla birlikte, teknik adam sözleşmesinin yürürlüğe girmesi, Federasyonun bu sözleşmeyi onaylamasına bağlıdır. Türk Spor Hukuku'nda, teknik direktörlük sözleşmesinin süresi açısından böyle bir sınırlama getirilmemiştir.<sup>16</sup>

Sözleşme, bitiş tarihi her halükarda 31 Haziranı geçmemek kaydıyla imzalanmalıdır. Genellikle bu süre, liglerin bitiş tarihine denk gelmektedir. Sözleşmenin bitiş tarihinden sonra resmi müsabakalar devam ederse, sözleşmenin süresi bu müsabakaların bitime kadar uzamış sayılır.

Sözleşme süresiyle ilgili olabilecek bir diğer düzenleme de, yine TASÇET'nin 8'inci maddesinin (D) fıkrasında yer almaktadır. Buna göre, sözleşmelerin devamı süresince teknik adamlar, başka bir kulüp ya da kuruluşla sözleşme yapamazlar ve bir futbol sezonunda Federasyon Yönetim Kurulunca kabul edilecek haklı ve zorunlu nedenler dışında ikinci bir kulüple anlaşma sağlayamazlar. Başka bir ifadeyle, bir futbol sezonu içerisinde, Federasyon Yönetim Kurulunca kabul

---

veya başlamış bir müsabakayı terk eden A takımlar için;

a) İlgili kulüp hakkında hükmen mağlubiyet kararı ile birlikte eksi 3 puan cezası,  
b) İlgili müsabaka için tayin edilen Hakemlerin masraflarının ilgili kulüp tarafından ödenmesi,

c) İlgili kulübe her ihlal için KTFF'na 5 asgari ücret para cezası, A takımlar için yukarıdaki cezaların tümü ihlalde verilir. Ancak ilgili kulüp aynı sezonda 2'nci kez bu ihlali yapması halinde yukarıdaki para cezaları ile birlikte bu takım ligden çıkarılarak bir alt lige düşürülür ve karar tarihinden itibaren bu takımla müsabakası olan diğer takımlar müsabakaları oynamaksızın hükmen galip gelmiş sayılırlar.”

<sup>16</sup> Doğu, s. 22.

edilebilecek haklı ve zorunlu nedenler varsa, teknik adam ikinci bir kulüple sözleşme imzalayabilir.

### E. Ücret

Misalli Büyük Türkçe sözlükte ücret, bir hizmet ve emek karşılığında ödenen para veya mal şeklinde tanımlanmaktadır.<sup>17</sup> Bu tanımın yanı sıra farklı alanlara ilişkin ücret tanımları da söz konusudur.<sup>18</sup>

TASÇET'nin 8'inci maddesinin A fıkrasında belirtildiği gibi, teknik adam ile kulüp arasında yapılacak olan sözleşmede, teknik adama ödenecek ücretin belirlenmesi ve sözleşmede yer alması gerekir. TASÇET'nin 11'inci maddesinde ise "Ücret" başlığı altında ayrıca bir düzenlemeye yer verilmiştir. Bu maddeye göre, ücret, sözleşmede belirlenmesi zorunlu olan ve teknik adama aylık ödenen tutardır. Görüldüğü gibi ücretin sözleşmede belirlenmesi zorunludur. Başka bir ifadeyle ücret, sözleşmenin zorunlu unsurları arasında yer almaktadır. Ayrıca ücret teknik adama aydan aya ödenecektir. Ancak sözleşme özgürlüğü kapsamında tarafların ücretin miktarı konusunda anlaşmalarından sonra, ücretin ödenme biçimini de belirleme hakları olmalıdır. Şöyle ki, taraflar ücretin toptan ödenmesini ya da sözleşme süresi bir yıldan fazla ise, ücretin her yılın sonunda ödenmesini kararlaştırabilirler.

11'inci maddenin ikinci cümlesinde de, teknik adama ödenecek tutarla (ücretle) ilgili olarak, Federasyon yönetim kuruluna gerek gördüğü zamanlarda bir üst taban fiyatı koyması ya da genelge ile bir kısıtlamaya gitmesi imkânı tanınmıştır.

### F. Sözleşmenin İbrazı

Kulüp ile teknik adam arasında yapılan sözleşmenin ibrazı, Talimat'ın 10'uncu maddesinde düzenlenmektedir. Maddenin (a) fıkrasına göre sözleşme, imzalandığı tarihi takip eden üç iş günü içerisinde ilgili kulüp tarafından Federasyona sunulmak zorundadır. Teknik adam da aynı süre içinde sözleşmeyi Federasyona sunma hakkına sa-

<sup>17</sup> İlhan Ayverdi, Misalli Büyük Türkçe Sözlük, Bilnet Matbaası, İstanbul, 2011, s. 1294.

<sup>18</sup> Farklı alanlardaki ücret tanımları için bkz., Çağlar Çopuroğlu, Ücret ve Korunması, Turhan Kitabevi, Ankara, 2013, s. 9 vd..

hiptir. Şayet kulüp ile teknik adam arasında imzalanmış olan sözleşme yabancı dilde düzenlenmişse; bu sözleşmenin Türkçe tercümesinin de Federasyona sunulması zorunludur.

10'uncu maddenin (b) fıkrasına göre bir teknik adamın birbirleriyle çakışan süreler içinde birden fazla kulüp ile sözleşme yapması halinde, bu uyumsuzluk çözülene kadar herhangi bir kulüp adına tescil işlemi gerçekleştirilemez. Ancak böyle bir durumun varlığı halinde, taraflar uyumsuzluğu aralarında çözümlenebilirler. Şayet iyiniyetle bir çözüme ulaşılamazsa, Futbol Disiplin Talimatı'nın hükümleri uygulanır.

Maddenin (c) fıkrasında, teknik adamın görev yapmasına engel bir durumun bulunmadığını belirten bir sağlık raporunun da federasyona ibraz edilmesi gerekliliği düzenlenmiştir. Ancak, müracaat tarihinden en az dört hafta öncesinden ve daha eski tarihli bir sağlık raporu kabul edilemez.

## II. TARAFLARIN HAK VE YÜKÜMLÜLÜKLERİ

Tarafların hak ve yükümlülükleri, TASÇET'de ayrıntılı bir şekilde düzenlenmektedir. Bu başlık altında hem kulüp ve kulüp yöneticilerinin hem de teknik adamların hak ve yükümlülükleri ayrıntılı bir şekilde incelenecektir. Her ne kadar TASÇET'deki ana başlık "*Tarafların Hak ve Yükümlülükleri*" şeklinde olsa da, alt başlıklarda "*Kulüp ve Kulüp Yöneticilerinin Görevleri*" ve "*Teknik Adamların Görevleri*" başlığına yer verilmiştir. Ana başlıkta yer alan "... *Hak ve Yükümlülükler*" ifadesinin alt başlıklarda da yer alması uygun olurdu. Bu başlık altındaki değerlendirmelerde *görev* yerine *yükümlülük* ifadesine yer verilecektir.

### A. Kulüp ve Kulüp Yöneticilerinin Yükümlülükleri

Gerek kulüp gerekse teknik adamın, teknik adam sözleşmesinden doğan bazı hak ve yükümlülükleri vardır. Bu hak ve yükümlülükler, TASÇET'nin 12 ve 13'üncü maddelerinde ayrıntılı bir şekilde düzenlenmektedir. Taraflar, teknik adam sözleşmesinin kendilerine yüklemiş olduğu edimlerin yanı sıra, talimatta belirtilen maddelerdeki yükümlülüklere de uymak zorundadırlar. Ancak hemen belirtmek gerekir ki, ilgili maddelerde yer alan bazı düzenlemelerin ifade tarzında sorunlar vardır.

TASÇET'nin 12'nci maddesinde kulüp ve kulüp yöneticilerinin hak ve yükümlülükleri düzenlenmektedir. Bu yükümlülüklerden ilki, 12'nci maddenin (a) fıkrasında da belirtildiği üzere, teknik adamların itibar ve otoritelerini korumak ve tersine davranış ve demeçlerden kaçınmaktır. Örneğin kulüp yöneticileri, birlikte çalıştıkları teknik adamı küçük düşüren ya da kötüleyen davranış veya demeçlerden kaçınmalıdır. Ayrıca yine teknik adamın itibar ve otoritelerini gerek futbolcu gerekse basına karşı da korumalıdır.

Maddenin (b) fıkrasında kulüp ve kulüp yöneticilerinin, teknik adamların rahat ve normal çalışma imkânları ile gerekli araç ve gereçleri ona sağlamalarını düzenlemektedir. Müsabakalarda başarılı sonuçların alınabilmesi için futbolcular kadar, teknik adamların da rahat bir ortamda çalışmalarını gerekmektedir. Bu doğrultuda, kulüp yöneticileri, teknik adamlara uygun ortamı sağlamalıdır. Ayrıca, müsabakalardan istenen sonuçların alınabilmesi için gerekli araç ve gereçlerin temin edilmesi de yine kulüp tarafından yerine getirilmelidir.

Maddenin (c) fıkrasında, kulübün teknik adamların çalışmalarını desteklemek ve bu çalışmalarında onlara yardımcı olmaları gerektiği belirtilmektedir. Teknik adamların gerek kulüp gerekse futbolcularla ilgili bir problemi olduğunda bunların çözüme kavuşturulması kulübün yükümlülükleri arasında yer almaktadır. Ayrıca teknik adamın, mesleki iç ve dış yayınlara ulaşmasına da yardımcı olunması gerekmektedir.

Maddenin (d) fıkrasında federasyon tarafından açılan kurs, seminer, sınav ve toplantılara teknik adamın katılmasını sağlamak yine kulüp yöneticilerinin yükümlülükleri arasında düzenlenmiştir. Gerçekten de, kulüp, teknik adamın kendisini geliştirmesi ve yenilemesi için federasyonlar tarafından düzenlenen bu türlü faaliyetlere katılmasına imkân sağlamalıdır. Ancak bu şekilde, teknik adam kendini geliştirir ve kulübün başarısı açısından olumlu gelişmeler yaşanır.

Maddenin (e) fıkrasında milli takımların teknik adamlardan istediği hususların yerine getirilmesi noktasında onlara yardımcı olması gerektiği hususu düzenlenmektedir. Kulüp teknik adamları, milli takımdan sorumlu teknik adama istenildiği ölçüde yardımcı olmalıdır.



Maddenin (f) fıkrasında teknik adama gerekli olan yıllık izinlerin kulüp tarafından verilmesi gerektiği belirtilmiştir. Teknik adam, sezon boyunca, stres içerisinde çalışmakta; galibiyet parolası altında çıkılan her müsabakada heyecanlı ve zor dakikalar geçirmektedirler. Bu açıdan, teknik adamların da dinlenmeye hakkı olmalıdır. İşte teknik adamların dinlenmeleri için kulüp tarafından kendilerine yıllık izin imkânı tanınmalıdır.

Maddenin (g) fıkrasında, kulübün, teknik adama sözleşmede kararlaştırılmış ücret ve diğer hak ve alacaklarını zamanında ödeme yükümlülüğü getirilmiştir. Teknik adam ile kulüp arasında yapılmış olan sözleşmede belirlenen ücretin, zamanında ödenmesi ya da ödenmesinin sağlanması gerekmektedir.

Maddenin (h) fıkrasında kulüplerin, teknik adamlardan futbolcuların eğitimi ve yetiştirilmesi noktasında düzen ve disiplin ile ilgili tekliflerin alınması gerektiği belirtilmektedir. Kulüp, futbolcularından verimli bir şekilde yararlanmak ve takımın başarılı olması noktasında düzenlemeler yapılması isteyebilir. Bu isteklerin karşılanması noktasında da teknik adama büyük işler düşmektedir.

Maddenin (i) fıkrasında, kulüplerin federasyonca yapılan düzenlemelerin teknik adam tarafından uygulanıp uygulanmadığının denetlenmesi gerekmektedir. Kulüp, bu türlü denetlemeleri yapmak zorundadır.

Yukarıda belirtilen şartlara uymayan kulübe, Disiplin Kurulu tarafından asgari ücret tutarında para cezası verilir (TASÇET m. 12/(j)). Ayrıca kulüp tarafından teknik adama verilmiş olan bir para cezası varsa; kararlar ve ceza gerekçeleriyle birlikte bu durumun hem teknik adama hem de federasyon karar tarihinden itibaren en geç on gün içinde verilmesi gerekmektedir (TASÇET m. 12/(ı)).

## **B. Teknik Adamların Yükümlülükleri**

Teknik adamların yükümlülükleri, ayrıntılı bir biçimde, TASÇET'nin 13'üncü maddesinde düzenlenmiştir. Teknik adamlar, kulüp ile yapmış oldukları sözleşmeyle yükledikleri edimlerin yanı sıra talimatta düzenlenen ve açıkça belirtilen hususlarda da özenli bir şekilde davranmak zorundadırlar. Bu kapsamda öncelikle, 13'üncü

maddenin (a) fıkrasında da belirtildiği gibi, kulüp ile mevcut olan ilişkisini aksatmamak kaydıyla federasyon tarafından verilen görevlerin yerine getirilmesi ve hizmetlerin kabul edilmesi gerekmektedir. Görevlerin kabul edilmesi bakımından örnek oluşturabilecek bir durum, TASÇET'nin 14'üncü maddesinde düzenlenen milli takımlarda görevlendirme hususudur. KTFF tarafından acil ve gerekli görülen durumlarda teknik kadro, milli takımlarda belirli süre görevlendirilebilir. Başka bir ifadeyle, KTFF, herhangi bir kulübün teknik kadrosunu belirli sürelerle Milli takımın başına geçirebilir. Bu teknik kadronun içinde, teknik adam da yer almaktadır. İşte teknik adam, federasyon tarafından verilen görevi kabul etmek zorundadır.

Maddenin (b) fıkrasında teknik adamların federasyona, futbolun gelişmesi ve en yüksek seviyeye ulaşması noktasında teklif ve önerileri sunmaları gerektiği düzenlenmektedir. Özellikle yıllarını spora adanmış tecrübeli teknik adamların bilgi ve birikimlerini ilgili federasyonlara sunmaları, o spor dalının gelişimi ve ilerlemesi noktasında son derece olumlu sonuçlar doğurmaktadır. Bu sebeple ilgili fıkrada da futbolun iyi seviyeye gelebilmesi için teknik adamlara böyle bir görev yüklenmiştir.

Maddenin (c) fıkrasında, teknik adamların teknik konular dışında, federasyon, hakem ve bağlı bulunduğu dernek veya çalıştığı kulüple ilgili olarak yazılı veya sözlü herhangi bir açıklama yapmaması, onların itibarını sarsacak tutum ve davranışlarda bulunmaması gerekmektedir. Görüldüğü gibi bu fıkrada bir ayrıma gidilerek teknik adamın, teknik konular dışında herhangi bir açıklama yapması yasaklanmaktadır. Teknik adamların örneğin müsabakayla ilgili olarak teknik hususlarda açıklaması yapması mümkündür. Bu düzenleme daha çok gerek federasyon gerekse hakem ya da diğer ilgililerin kişilik haklarına ilişkin açıklamaların yapılmaması yönündedir.

Maddenin (d) fıkrasında KTFF tarafından teknik adamın görevlendirilmesi noktasında, bu görevlendirme bilgisinin teknik adam tarafından kulübe zamanında yapılması gerektiği belirtilmiştir. Teknik adam, federasyon tarafından kendisine gelen bir teklif ya da görevi en kısa zamanda kulübüne bildirmek zorundadır. Bu düzenlemede dikkat çeken nokta ise görevlendirme bilgisinin doğrudan teknik adama gitmesi ve federasyon tarafından kulübün bu konuyla ilgili bilgilen-

dirmede bulunmamasıdır. Fıkranın ifade tarzından görevlendirme ile ilgili bilgilendirmenin teknik adam tarafından kulübe yapılacağı sonucu çıkmaktadır. Teknik adamın, kulübe karşı yükümlülükleri noktasında uygun olsa da; genel olarak durum değerlendirildiğinde isabetli bir ifade tarzını bünyesinde barındırmamaktadır.

Maddenin (e) fıkrasında teknik adamın, futbolcularını müsabakalara hazırlarken dikkat etmesi gerektiği noktalar üzerinde durulmuştur. Buna göre antrenman ve ilgili diğer çalışmalar bir program dâhilinde ve düzenli bir şekilde yapılmalıdır. Ayrıca kulübün imkânları dikkate alınarak modern usul ve metotlar uygulanmalıdır. Bu hususun ayrıca bir düzenlemeye konu olması yerinde değildir. Şöyle ki; bütün teknik adamlar göreve başladıklarında kulübün başarısı için ellerinde geleni yapmakta; en iyi ve faydalı olan antrenman tekniklerini uygulayarak, sporcularını müsabakalara hazırlamaktadırlar. Başka bir ifadeyle, hiçbir teknik adam, çalışmış olduğu kulübün başarısız olmasını istemeyeceğinden dolayı, zaten gerekli her türlü değerlendirmeyi yaparak hareket eder.

Maddenin (f) fıkrasında, teknik adamın oyuncu transferlerinde menfaat karşılığı hareket etmemesi gerektiği belirtilmiştir. Teknik adam, oyuncu transferlerinde herhangi bir menfaat sağlamamalı ya da sırf menfaat sağlamak amacıyla oyuncu transferinde bulunmamalıdır. Ayrıca teknik adam, müsabakanın sonucunu etkileyecek anlaşmalardan kesinlikle kaçınmalıdır. Özellikle son yıllarda ülkemiz futbolunda da müsabakaların sonucunu etkileme, diğer adıyla şike, ile ilgili sorunlarla karşı karşıya kalınmıştır. Bu hususa dikkat çeken KTFF, teknik adamların bu tür faaliyetlerden özellikle uzak durmasını istemiştir.

Maddenin (g) fıkrasındaki düzenlemede teknik adamın, milli takım aday kadrolarında yer alan futbolcularla ilgili olarak federasyonun verdiği teknik talimatlara uyması gerektiği belirtilmektedir. Burada federasyon tarafından verilen bir talimatın yerine getirilmesi söz konusudur.

Maddenin (h) fıkrasındaki düzenleme, aynı maddenin (c) fıkrasındaki düzenlemeye benzetilmektedir. (h) fıkrasındaki düzenlemeye göre, teknik adam, milli takım yöneticileri ve görevlileri hakkında onları küçük düşürücü ifadeleri kullanamaz. Ayrıca milli duyguları ve heyecanı zedeleyen sözlü ya da yazılı beyanlarda da bulunamaz.

Maddenin (i) fıkrasında teknik adamın, Milli takım teknik adamları tarafından istenilen bilgileri doğru ve düzgün bir şekilde vermesi gerektiği düzenlenmektedir. Örneğin milli takımlar teknik adamı, bir futbolcu hakkında bilgi almak istediğinde, o takımın teknik adamı gerekli bilgileri, milli takım teknik adamına vermelidir.

Maddenin (j) fıkrasında, teknik adamın kulübe karşı görevleri açıkça belirtilmiştir. Diğer fıkralarda da teknik adamın yükümlülükleri açıklanmış olmakla birlikte, bu fıkradaki yükümlülükler daha özelliğlidir. Teknik adam, bağlı oldukları kulübün kurallarına ve emirlerine uymak zorunda olup; iyi niyet ve dürüstlük kurallarına aykırı hareket etmemeleri gerekmektedir. Ayrıca teknik adam, kulüp yönetiminin işlerine müdahalede bulunmamalı ve kulübün kurullarında görev almamalıdır. Burada teknik adamın sadece futbolcularla ilgilenmesi ve futbol düşünmesi istenmiş; kulübün idari ve mali işlerine karışmaması amaçlanmış olabilir.

Maddenin (k) fıkrasında teknik adamın, herhangi bir kulüp veya kuruluşun müsabakalarında futbolcu olarak yer alamayacağı ve lisansa sahip olsa bile hakemlik yapamayacağı belirtilmiştir. Bu durum TASÇET'nin 32'nci maddesinin altıncı fıkrasında da düzenlenmektedir.<sup>19</sup> Ancak bu yasaklar, teknik adamın, teknik adamlık görevini sürdürdüğü sürece geçerli olmalıdır. Örneğin kulüple sözleşmesi sona eren bir teknik adamın, lisanslı olması halinde hakemlik yapmasında bir sakınca yoktur.

Maddenin (l) fıkrasında, yurt dışında görev veya kurs ya da seminer alabilmek için gerekli bilgilendirmenin federasyona yapılması ve teknik adamın yurt dışından dönüşünde de on beş gün içinde bu görev veya seminer ya da kurs hakkında federasyona rapor sunması gerekmektedir. Federasyona rapor sunulmasındaki amaç, teknik adamın yurt dışında katılmış olduğu kurs ya da seminerlerde edinmiş olduğu bilgilerin ve deneyimin aktarılması ve bunlardan herkesin yararlanmasını sağlamak olabilir.

<sup>19</sup> TASÇET madde 32/6: "Teknik adamlar aynı sezon içinde KTFF'ye tescil ettirdikleri sözleşmeyle kararlaştırılmış görevden başkaca bir görevi fiilen icra edemezler ve başkaca bir sıfatla müsabaka isim listesine yazılamazlar."

Maddenin (m), (n), (o) ve (r) fıkralarında da teknik adamın federasyon tarafından belirtilen emir ve talimatlara uymasıyla ilgili olarak düzenlemelere yer verilmiştir. Önceki fıkralara benzer düzenlemeler söz konusu olduğundan dolayı, bu fıkralar tekrardan öteye geçememektedir.

Maddenin (p) fıkrasında ise, teknik adamın sağlık problemleriyle karşılaşması durumunda yapması gerekenler belirtilmiştir. Buna göre teknik adam hastalık ya da sakatlık halinde bir istirahat raporu almalıdır. Ayrıca teknik adam almış olduğu bu raporu, çalıştığı kulüp ile KTFF'ye beş iş günü içerisinde bildirmelidir.

Teknik adam, yukarıda sayılan yükümlülüklerden herhangi birisini yerine getirmediği takdirde KTFF Disiplin Kurulunca, altı aya kadar hak mahrumiyeti cezası ile cezalandırılır. Burada teknik adamın, sadece tek bir yükümlülüğünü yerine getirmemesi durumu cezaya sebebiyet vermektedir. Düzenlemedeki yaptırım dikkate alındığında, altı aylık süre, üst sınır olarak değerlendirilmelidir. Başka bir ifadeyle, teknik adamın yükümlülüklerini yerine getirmediği takdirde alabileceği hak mahrumiyeti cezası en fazla altı ay olmaktadır.

KTFF Disiplin Talimatı'nın 25'inci maddesinde hak mahrumiyeti cezası düzenlenmektedir. Maddenin birinci fıkrasında hak mahrumiyetinin tanımı yapılmıştır. Buna göre, kişinin, stadyumlara girmek de dahil olmak üzere futbolla ilgili idari, sportif veya sair her türlü faaliyette bulunmaktan men edilmesine hak mahrumiyeti denilmektedir. Görüldüğü gibi hak mahrumiyeti cezası alan teknik adam, stadyuma girmek de dahil her türlü idari, sair ve sportif faaliyetten men edilmiş olur. Bununla birlikte aynı maddenin üçüncü fıkrasında, "*Hak mahrumiyeti cezası alan kişiler, aleyhlerinde verilen kararda açıkça belirtilmediği sürece stadyumlara giriş yapabilirler.*" şeklinde bir istisnaya yer verilmiştir. Örneğin hak mahrumiyeti cezası alan bir teknik adam, kendisi hakkında verilen kararda açıkça belirtilmediği sürece stadyuma girebilir. Kanaatimce stadyuma giriş yapabilmekten kasıt, teknik adamın sadece seyircilere ayrılan yere giriş yapabilmesi; yoksa devre arasında soyunma odasına gidememesidir.

KTFF Disiplin Kurulu'nun 05.03.2014 tarihinde hak mahrumiyeti ile ilgili vermiş olduğu bir kararında, "*01/03/2014 tarihinde İskele Cumhuriyet stadında oynanan L. Gençler Birliği Spor Kulübü-Lapta T.B.Spor Ku-*

*lübü K-Pet 1.lig A takımlar müsabakasında maçın hakemine yönelik "Sportmenliğe aykırı söz ve davranışlarından" dolayı yedek kulübesinden ihraç edilmesini müteakip maçın hakemine yönelik hakaret ve tehditlerde bulunduğu, hakem raporundan tespit edilen 1088 lisans numaralı L. Gençler Birliği antrenörü Cenk Osman Şeren'e, DT 36(1) ve 42(1)'in ihlalinden dolayı 36(1) (c) uyarınca 7 gün ve 42/1( c ) uyarınca 21 gün olmak üzere toplam 28 gün süre ile hak mahrumiyeti cezası verilmesine oybirliği ile karar verilmiştir."* denilerek teknik adama, sportmenliği aykırı davranışlardan dolayı bu ceza verilmiştir.<sup>20</sup> Somut olayda, sportmenliğe aykırı davranışın yanı sıra, yukarıda da değinildiği gibi, teknik adamların yükümlülüklerini düzenleyen TASÇET'nin 13'üncü maddesinin (c) fıkrası dikkate alınarak da hak mahrumiyeti cezası verilebilir. Çünkü burada hakeme karşı onun itibar ve otoritesini sarsacak davranışlar söz konusudur.

### III. SÖZLEŞMENİN SONA ERMESİ

#### A. İradî Sona Erme

##### 1. Sürenin Sona Ermesi

TASÇET'nin 8'inci maddesinin (B) fıkrasındaki düzenlemeye göre, daha önce de belirtildiği gibi, teknik adam sözleşmesi en az üç ay ile en fazla iki yıl süreli olmaktadır. Teknik adam ile kulüp arasında imzalanmış olan sözleşme, kararlaştırılan sürenin dolmasıyla birlikte sona erer. Bununla birlikte taraflar, çalışmaya devam etmek isterlerse, yeni bir sözleşme yapmak zorundadırlar. Yapılacak bu sözleşmede de yine aynı sürelerle dikkat edilmesi gerekir.

##### 2. Karşılıklı Sona Erdirme

TASÇET'nin 15'inci maddesindeki düzenlemeden hareketle, tarafların karşılıklı olarak teknik adam sözleşmesini sona erdirmesi mümkündür. Karşılıklı olarak sözleşmenin sona erdirilmesine, anlaşma yoluyla sözleşmenin sona ermesi ya da ikale adı da verilmektedir. Türk Hukuku'nda ikale ya da diğer adıyla bozma sözleşmesi,<sup>21</sup> tarafların

<sup>20</sup> KTFF Disiplin Kurulu Kararı-Karar Tarihi: 05.03.2014, <http://www.ktff.net/HaberinDetayı/Index/2203?arama=Hak%20mahrumiyeti>, Erişim Tarihi: 27.10.2015.

<sup>21</sup> Hatice Sever, "Türk İş Hukukunda İ kale Sözleşmesi", *Sicil İş Hukuku Dergisi*, Y.2011, S.23, s. 81; Eren, s. 1259.

anlaşmasıyla sözleşmesinin sona ermesini ifade etmektedir<sup>22</sup>. İkale ya da bozma sözleşmesi, Türk Borçlar Kanunu'nun 1'inci maddesi anlamında bir sözleşmedir<sup>23</sup>.

TASÇET'nin 15'inci maddesine göre teknik adamlık sözleşmesinin karşılıklı sona erdirilmesinin kayıtlara geçebilmesi için, buna ilişkin bozma sözleşmesinin, kulübü temsil yetkisine sahip kişileri belirleyen yönetim kurulu imza sirküleri(Madde 15/a) ile teknik adamın, imza tarihinden en geç 10 gün önce düzenlenmiş ve ilgili kulüple yapacağı sona erdirme sözleşmesinde kullanılacağına ilişkin açıklamayı da içeren tasdikli imza beyannamesi; vekil aracılığı ile imzalanan karşılıklı sona erdirme sözleşmeleri için hem teknik adamın hem de vekilinin imza beyannamesiyle birlikte KTFF'ye bildirilmesi zorunludur.

### 3. Fesih

Fesih, geçerli olarak kurulmuş bir sözleşmenin tek taraflı bir irade beyanıyla ileriye (geleceğe) etkili olarak sona erdirilmesidir.<sup>24</sup> Teknik adam sözleşmesi bakımından da hem teknik adamın hem de kulübün sözleşmeyi feshetme hakkı vardır. TASÇET'nin 16'ncı maddesi kulübün fesih hakkını düzenlerken; 17'nci maddede ise teknik adamın fesih hakkı düzenlenmiştir.

#### a. Kulübün Fesih Hakkı

Teknik adam sözleşmesi kulüp tarafından feshedilebilir. TASÇET'nin 16'ncı maddesinde belirtilen hususlar çerçevesinde fesih hakkının kullanılması mümkündür. Maddenin (a) fıkrasındaki, "Özellikle aşağıdaki haller sözleşmenin derhal feshi için haklı neden teşkil eder" şeklindeki ifadesinde yer alan "özellikle" kelimesinden, sayılan fesih sebeplerinin sınırlı olmadığı sonucuna varılmaktadır. Başka bir ifadeyle 16'ncı maddede kulübün fesih hakkına yönelik bazı sebeplere yer

<sup>22</sup> İkale (bozma) için bkz., Şahin Akıncı; Borçlar Hukuku Bilgisi (Genel Hükümler), Sayram Yayınları, 8. Baskı, Konya, 2015, s. 292; Mehmet Ayan, Borçlar Hukuk (Genel Hükümler), Mimoza Yayınları, 9. Baskı, Konya, 2015, s. 398; Eren, s. 1258; Hasan Nüvit Gerek, "İş Sözleşmesinin İkale Sözleşmesi ile Sona Ermesi", Çalışma ve Toplum Ekonomi ve Hukuk Dergisi, 2011/4, s. 44; Muhittin Astarlı, İş Hukukunda İkale, Ankara 2013, s. 5.

<sup>23</sup> Astarlı, s. 29.

<sup>24</sup> Vedat Buz, Borçlunun Temerrüdünde Sözleşmeden Dönme, Yetkin Yayınları, Ankara, 1998, s. 81; Eren, s. 1259; Ayan, s. 399; Akıncı, s. 292.



verilmekle birlikte; bu sebepler maddede belirtilen sebeplerle sınırlı değildir.

16'ncı maddenin (a) fıkrasının (aa) alt bendinde kulüp açısından ilk fesih sebebi belirtilmiştir. Buna göre, teknik adamın futbol faaliyeti dışında vaki hastalık veya istirahat halinin dört haftayı aşması durumunda sözleşmesi feshedilebilir. İlgili düzenlemede teknik adamın hastalığı ya da istirahatinin fesih sebebi oluşturabilmesi için dört haftalık süreyi aşması gerekmektedir. Aksi halde sözleşme, bu sebeplerden dolayı feshedilemez.

Maddenin (a) fıkrasının (bb) alt bendinde, teknik adamın en az üç ay müddetle kesinleşmiş hak mahrumiyeti veya müsabakadan men cezası alması durumlarında da kulübün fesih hakkını kullanabileceği belirtilmektedir. Örneğin teknik adam TASÇET'nin 13'üncü maddesinde belirtilen yükümlülüklerini yerine getirmediği takdirde en fazla altı aya kadar hak mahrumiyeti cezası alabilmektedir. Eğer alınan bu hak mahrumiyeti cezası üç ay ya da üç aydan fazla olursa kulüp sözleşmeyi feshedebilir.

Maddenin (a) fıkrasının (cc) alt bendinde ise, teknik adamın haklı bir sebep veya kulübün izni olmaksızın sürekli üç gün veya bir sezon içerisinde toplam on gün veya daha fazla bir müddetle kulübü ile fiilen irtibatını kesmiş olması durumunun tasdik memuru tarafından tespiti sonucunda sözleşme feshedilebilir. Teknik adamın devamsızlığının noter tespitinin ardından, düzenlemede belirlenen süreler aşılmışsa, sözleşmenin feshedilmesi mümkün olmaktadır.

Maddenin (a) fıkrasında örnekleme yoluyla sayılan fesih halleri, Türk hukukundaki haklı nedenle fesih hallerine benzemektedir. Özellikle Türk İş Kanunu'nda sayılmış olan haklı nedenle fesih halleri ile bu fıkrada belirtilen fesih halleri benzerlik göstermektedir.

Maddenin (b) fıkrasında ise, teknik adamın sözleşmeden kaynaklanan edimlerini yerine getirmemesi sebebiyle temerrüde düşmesi durumunda sözleşmesinin feshedileceği düzenlenmiştir. Buna göre, *"Birinci fıkra hükmü saklı kalmak kaydıyla, teknik adam sözleşmeden kaynaklanan edimlerini ifada temerrüde düştüğü takdirde, kulüp sözleşmesini feshetmek arzusunda ise, teknik adama iadeli taahhütlü ihtarname ile sözleşmesini fesih ettiğini bildirecektir. Kulüp teknik adama gönderdiği ihbar gönderimi-*

ni KTFF'ye göndermek zorundadır." Görüldüğü gibi, birinci fıkranın yanı sıra, teknik adam ifada temerrüde düşmüşse ve kulüp de sözleşmenin feshedilmesini istiyorsa, teknik adama bu feshi iadeli taahhütlü bir ihtarname ile bildirmek zorundadır. Aynı bildirim federasyona yapılması gerekmektedir. Bu bildirim, feshin geçerli olması için zorunlu olduğu söylenebilir. (b) fıkrasının ikinci cümlesinde ise, kulüp tarafından teknik adama ücreti eksik ödenmişse, bu eksik kısmın tamamlanması gerektiği; aksi halde sözleşmenin feshedilemeyeceği belirtilmektedir. Görüldüğü gibi ücretin eksik ödenmesi durumunda da sözleşmenin feshi mümkün olmamaktadır.

Kulüp (b) fıkrasındaki durumun varlığı halinde sözleşmeyi feshetme arzusunda ise, bu feshi gerçekleştirebilir. Ancak fesih arzusunu taşımayan kulüp, sözleşme şartlarının teknik adam tarafından yerine getirilmesi isteyebilir ve ona bu hususlarda bazı uyarılarda da bulunabilir. Başka bir ifadeyle kulüp sözleşmeyi feshedebilir ya da bir süre bekleyip; teknik adamı uyararak yükümlülüklerini yerine getirip getirmediğini takip edebilir.

### **b. Teknik Adamın Fesih Hakkı**

Teknik adamın sözleşmeyi fesih hakkı, TASÇET'nin 17'nci maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre, kulüp teknik adamın ücretini ödemek ya da sözleşmeden kaynaklanan diğer edimlerini ifa etmede temerrüde düşerse teknik adamın sözleşmeyi feshetme arzusuna göre kulübe göndereceği iadeli taahhütlü bir ihtarname ile sözleşmesini feshettiğini bildirebilir. Tıpkı 16'ncı maddenin (b) fıkrasında olduğu gibi, teknik adamın sözleşmeyi feshedebilmesinde ihtar çekilmesine gerek vardır. Teknik adam ihtarnamenin bir örneğini de federasyona göndermelidir. Ayrıca teknik adam sözleşme kapsamında belirlenen aylık ücretinden fazla bir ücret almışsa, bu fazlalığı kulübe iade etmek zorundadır. Aksi halde sözleşme feshedilemez.

Teknik adam, sözleşmeyi feshetme arzusunda ise, teknik adam sözleşmesinin feshi için gereken prosedürleri uygulayabilir. Ancak teknik adam sözleşmeyi feshetme arzusunu taşımıyorsa kulübe gerekli uyarılarda bulunma hakkına da sahiptir. Örneğin ücreti geç ya da eksik ödenen teknik adam, kulübe ücret noktasında öncelikle bir takım uyarılarda bulunup; ücretinin zamanında ya da eksiksiz olarak

ödenmesini talep edebilir. Bütün bunlara rağmen ücret konusundaki sıkıntılar devam ederse, teknik adamın sözleşmeyi fesih hakkı vardır. Sonuç itibariyle, teknik adam dilerse sözleşmeyi hemen feshedebilir dilerse de bir süre daha bekleyerek aksaklıkların giderilmesini talep edebilir.

### c. Fesih Usulü

Teknik adam sözleşmesinin fesih usulü TASÇET'nin 18'inci maddesinde iki fıkra halinde düzenlenmiştir. Maddenin (a) fıkrasında, *"Fesih hakkını kullanmak isteyen taraf, fesih açıklamasını bir ihbarname keşide etmek suretiyle gerçekleştirmeli ve bu ihbarnamenin bir suretini bilgi için KTFF'ye göndermelidir."* diyerek kulüp ya da teknik adamın fesih açıklamasını bir ihbarname ile karşı tarafa keşide etmesi gerektiğini belirtmiştir. Aynı zamanda durumun federasyon tarafından öğrenilmesi gerekmektedir.

Maddenin (b) fıkrasında ise, *"KTFF, anılan ihbarnamelerin suretlerini tebellüğ ettiği feshi kayıtlarına işler ve bu işlemi taraflara bildirir."* şeklinde bir düzenlemeye yer verilmiştir. Fesih açıklamasını öğrenen federasyon, fesih kayıtlarına gerekli işlemleri yapar ve bu işlemleri her iki tarafa da bildirir.

## B. İrade Dışı Sona Erme

### 1. Ölüm

Ölüm, hayatın sona ermesi, hayatın son bulmasıdır. Hukuki açıdan ise, ölüm kişiliği sona erdirmektedir.<sup>25</sup> Türk Medeni Kanunu'nun 28'inci maddesinin birinci fıkrasında da, kişiliğin ölümle sona ereceği düzenlenmektedir.

Teknik adam sözleşmesi, teknik adamın ölümüyle birlikte sona erer. Teknik adamın yapmış olduğu iş, özel bilgi ve beceri gerektirdiği, başka bir ifadeyle kişiye bağlı bir edim olduğu için, bunun mirasçılara geçmesi söz konusu değildir.

<sup>25</sup> Aydın Zevkliler, *Kişiler Hukuk (Gerçek Kişiler)*, Olgaç Matbaası, Ankara, 1981, s. 383; Bülent Köprülü, *Medeni Hukuk*, 2. Baskı, Acar Matbaası, İstanbul, 1984, s. 240; Hasan Petek, *Kişilik Değerlerinin Ölümünden Sonra Korunması*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2015, s. 32.

## 2. Tüzel Kişiliğin Kaybı

Kıbrıs spor hukuku kapsamında kulüpler, kanunlarda belirtilen gerekli şartları taşımak kaydıyla, dernek şeklinde faaliyet gösterebilirler. Dernekler, tüzel kişilerdir.<sup>26</sup> Tüzel kişilerin, gerçek kişiler gibi ölmesi söz konusu değildir.<sup>27</sup> Tüzel kişiliğin kaybedilmesi, derneklerin sona ermesine sebebiyet vermektedir.

Kıbrıs Hukuku'nda dernekler, daha önce de belirtildiği gibi Türk Cemaat Meclisi Birlikler ve Dernekler Kanunu'nda düzenlenmektedir. Bu kanunun 5'inci maddesine göre, *"Anayasanın veya bu kanunun veya herhangi bir başka bir Türk Cemaat kanununun herhangi bir hükmüne aykırı gayesi olan veya faaliyetlerde bulunan herhangi bir birlik, dernek ve sair teşekkül kurulamaz veya devam edemez."* Maddede derneklerin kurulmasına aykırı durumların neler olduğu belirtilmektedir. Buna göre Anayasa, kanuna ya da herhangi bir hükme aykırı amacı olan ya da faaliyetlerde bulunan bir dernek kurulamaz. Derneklerin faaliyetlerine devam edebilmesi için de bu hususlara dikkat edilmesi gerekecektir. Örneğin herhangi bir hükme aykırı olarak faaliyette bulunan dernek, sona ermelidir. Başka bir ifadeyle, tüzel kişiliğin sona ermesine karar verilir. Kulübün, tüzel kişiliğini kaybetmesi sonucunda da teknik adam sözleşmesi sona erer.

## SONUÇ

Spor, insan yaşamında son derece önemli bir yere sahiptir. Özellikle futbol branşı, tüm dünyada dikkatle takip edilen ve oldukça sevilen bir daldır. Futbolcular kadar, teknik adamların da büyük pay sahibi olduğu bu branşta, teknik adamların kulüplerle yaptıkları sözleşmelerin incelenmesi ve değerlendirilmesi gerekmektedir. Bu makalede de, Kıbrıs spor hukuku bakımından teknik adam sözleşmesi incelenmeye çalışılmıştır.

Kıbrıs Türk Futbol Federasyonu'nun Eylül 2015'de revize ederek yayınladığı *Teknik Adamların Statüsü, Çalışma Esasları İle Eğitimi ve Sınıflandırılması Talimatı* kapsamında, teknik adam sözleşmesi ayrıntılı

<sup>26</sup> Ergun Özsunay, *Medenî Hukukumuzda Tüzel Kişiler*, İstanbul Üniversitesi Yayınları, 5. Baskı, İstanbul, 1982, s. 101.

<sup>27</sup> Mehmet Ayan/Nurşen Ayan; *Kişiler Hukuku*, Mimoza Yayınları, 6. Baskı, Konya, 2014, s. 204.

bir şekilde düzenlenmiştir. Teknik adam sözleşmesi, teknik adam ile kulüp arasında yapılan bir sözleşmedir. Türk spor hukukunda farklı olarak, Kıbrıs spor hukukunda kulüp sadece dernek şeklinde faaliyet göstermektedir.

Teknik adam sözleşmesi, en az üç ve en çok iki yıl süreli olarak, yazılı şekilde yapılmaktadır. Ayrıca sözleşmede, teknik adama ödenecek olan ücretin mutlaka kararlaştırılması gerekmektedir.

Kulüp ve teknik adamın sözleşme kapsamında bazı hak ve yükümlülükleri mevcuttur. Tarafların hak ve yükümlülükleri bakımından talimatta ayrıntılı düzenlemeler olduğu söylenebilir de; bazı fıkra hükümlerinin dili açık ve anlaşılır değildir. Çeviriden kaynaklanan sıkıntılarının olduğu söylenebilir. Ayrıca aynı anlama gelmeyen terimler, birbirlerinin yerine kullanılmaktadır. Sonuç itibarıyla yapılan düzenlemeler geniş kapsamla olmakla birlikte; hâlâ birtakım eksikliklerin ve yanlışlıkların olduğu söylenebilir.

### Kaynakça

- Akıncı Şahin, Borçlar Hukuku Bilgisi (Genel Hükümler), Sayram Yayınları, 8. Baskı, Konya, 2015.
- Altaş Hüseyin, Şekle Aykırılığın Olumsuz Sonuçlarının Giderilmesi, Yetkin Yayınları, Ankara, 1998.
- Astarlı Muhittin, İş Hukukunda İkale (Bozma Sözleşmesi), B.1, Ankara, 2013.
- Ayan Mehmet, Borçlar Hukuk (Genel Hükümler), Mimoza Yayınları, 9. Baskı, Konya, 2015.
- Ayan Mehmet/Ayan Nurşen, Kişiler Hukuku, Mimoza Yayınları, 6. Baskı, Konya, 2014.
- Ayverdi İlhan, Misalli Büyük Türkçe Sözlük, B.2, İstanbul, 2011.
- Buz Vedat, Borçlunun Temerrüdünde Sözleşmeden Dönme, Yetkin Yayınları, Ankara, 1998.
- Bozkurt Yaşar Sevgi, "Türk Özel Hukukunda Şekil Kavramı ve Şekil Eksikliği Sebebi İle Hükümsüzlüğün TMK. M. 2/F.sı Gereğince Sınırlanması", *Terazi Hukuk Dergisi*, S.4, Y.1, Aralık 2006, s. 31-44.
- Çağlayan Ramazan, Spor Hukuku (Spor Hukuku Temel Metinler), B.1, Ankara, 2007.
- Çopuroğlu Çağlar, Ücret ve Korunması, B.1, Ankara, 2013.
- Doğu Hakkı Mert, Teknik Direktörlük Sözleşmesi, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 2014.
- Eren Fikret, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, B.16, Ankara, 2014.
- Ertaş Şeref/Petek Hasan, Spor Hukuku, Yetkin Yayınları, 2. Bası, Ankara, 2011.

- Gerek Hasan Nüvit, "İş Sözleşmesinin İkale Sözleşmesi ile Sona Ermesi", *Çalışma ve Toplum Ekonomi ve Hukuk Dergisi*, 2011/4, s. 43-58.
- Gülşen Recep, *Spor Hukuku*, Adalet Yayınevi, 2. Baskı, Ankara, 2013.
- Günel A. Nadi/Küçükgüngör Erkan, *Türk Spor Hukukunun Genel Esasları ve İlgili Mevzuat*, Yetkin Yayınları, Ankara, 1998.
- Köprülü Bülent, *Medenî Hukuk*, 2. Baskı, Acar Matbaası, İstanbul, 1984.
- Küçükgüngör Erkan/Akgül Barış, "Futbol Kulüplerinin Halka Açılması", *Ankara Barosu Spor Hukuku Kurulu Av. Ömer Remzi Arıkan Armağanı*, Ed: Tacar Çağlar, Ankara, 2013, s. 553-596.
- Özsunay Ergun, *Medenî Hukukumuzda Tüzel Kişiler*, İstanbul Üniversitesi Yayınları, 5. Baskı, İstanbul, 1982.
- Petek Hasan, *Kişilik Değerlerinin Ölümden Sonra Korunması*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2015.
- Sever Hatice, "Türk İş Hukukunda İkale Sözleşmesi", *Sicil İş Hukuku Dergisi*, Yıl:6, S.23, Eylül 2011, s. 81-92.
- Tunçomağ Kenan, *Türk Borçlar Hukuku (I. Cilt-Genel Hükümler)*, B.6, İstanbul, 1976.
- Tuğ Adnan, *Türk Özel Hukukunda Şekil*, B.2, Konya, 1994.
- Zevkliler Aydın, *Kişiler Hukuk (Gerçek Kişiler)*, Olgaç Matbaası, Ankara, 1981.

# OSMANLI DEVLETI'NDE MARKA HUKUKUNUN GELİŞİMİ\*

## THE DEVELOPMENT OF TRADE LAW IN THE OTTOMAN STATE

Tolga AKAY\*\*

**Özet:** Marka kavramı Sanayi Devrimi'nin etkisiyle XIX. yüzyıldan itibaren küresel boyutta önemli bir gelişim sağlayarak iktisadi hayatın vazgeçilmez bir parçası haline gelmiştir. Markalaşmanın artması hukuki düzenlemeleri beraberinde getirmiştir. Avrupa devletlerinin birçoğu, ulusal marka himaye kanunlarını kabul ederken, markanın uluslararası himayesini kapsayan anlaşmaların da hazırlanmasında öncülük etmişlerdir. Osmanlı Devleti de Avrupa'da cereyan eden bu gelişimleri takip ederek, uygulama sahasına koymuştur. Bu süreç, öncelikle Osmanlı esnafının, Sanayi Devrimi sonucu seri üretime geçen Avrupalı üreticilere karşı korunması kapsamında ele alınırken 1871 yılına geldiğimizde ilk Osmanlı marka kanunu olan Alamet-i Farika Nizamnamesinin ortaya çıkmasıyla sonuçlanmıştır. 1888 yılında yapılan değişikliklerle iyileştirilen Nizamname, Osmanlı Devleti'nin marka hukukunun temel dayanağını oluştururken, Türkiye Cumhuriyeti'ne de aktarılan önemli bir miras olmuştur. Çalışmamızda, Osmanlı marka hukukunun gelişim süreci ortaya konulmaya çalışılırken, düzenlemelerin uygulama sahasına yansımaları ele alınacaktır.

**Anahtar Kelimeler:** Osmanlı Devleti, Modernleşme, Alamet-i Farika, Marka

**Abstract:** Having been significantly developed on a global scale with the influence of the Industrial Revolution beginning with the 19th century, the concept of trademark became an indispensable part of economic life. The rise of branding led to legal arrangements. Many European states accepted national trademark protection laws and pioneered the introduction of agreements regarding international protection over trademarks. Following these developments that were occurring in Europe, the Ottoman State also applied those principles into the field of practice. This process manifested especially in the context of the protection of Ottoman tradesmen against European manufacturers

\* Erciyes Üniversitesi BAP Birimi koordinatörlüğü tarafından desteklenen SBD-12-4155 numaralı "Osmanlı Devleti'nde Fikri Mülkiyet (1850-1914)" adlı Doktora Tez çalışmasından türetilmiştir.

\*\* Yrd. Doç. Dr., Kafkas Üniversitesi Fen - Edebiyat Fakültesi Tarih Bölümü, tolga\_z@hotmail.com



which started mass production as a result of the Industrial Revolution and, in 1871, it was culminated in the introduction of the Regulation on Private Brands, which is the first Ottoman brand law. The regulation, which was improved with some amendments in 1888, laid the foundation of the trademark law of the Ottoman State and it also became a significant heritage that was passed to the Republic of Turkey. The current study attempts to present the development process of the Ottoman trademark law and it also discusses the reflections of related regulations in the field of application.

**Keywords:** Ottoman State, Modernisation, Private Brand, Trademark

## Giriş

Fikri mülkiyet çatısı altında sınai mülkiyet hakları içerisinde yer alan marka kavramı, bir mala veya onun korunmasına bağlı bir hizmete ilişkin, bu mal veya hizmeti, başka mal ve hizmetlerden ayıran bir işaret veya mal ve hizmetlerin kaynağını veya kalitesini göstermek açısından sahibine mutlak haklar sağlayan ve ayırt edici niteliğe sahip işaret olarak tanımlanmaktadır.<sup>1</sup> Marka, Almanca “Warenzeichen” veya “Marke”, İngilizce “Trade-mark”, Fransızca “Marques de Fabrique” ve “Marques de Commerce” olarak ifade edilmekte<sup>2</sup> ve günümüzde birçok ülkede “mark/marka” tabiri genel kabul görmektedir.

Türk Marka Hukuku'nun temel kaynağı olan 556 sayılı Markaların Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname'nin 5. maddesinde; *“marka; bir teşebbüsün mal veya hizmetlerini bir başka teşebbüsün mal veya hizmetlerinden ayırt etmeyi sağlaması koşuluyla, kişi adları dâhil, özellikle sözcükler, şekiller, harfler, sayılar malların biçimi veya ambalajları gibi çizimle görüntülenebilen veya benzer biçimde ifade edilebilen, baskı yoluyla yayımlanabilen ve çoğaltılabilen her türlü işaretleri içerir”* şeklinde kapsamı çerçevelendirilmiştir.<sup>3</sup>

Tanınımın içerdiği işaret kavramı, oldukça geniş bir yelpazede ele alınmaktadır. Grafikler, logolar, imzalar, isimler, renkler, sesler, harf

<sup>1</sup> Hasan Dursun, Marka Hukuku, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2008, s. 11.

<sup>2</sup> Haydar Arseven, Alamenti Farika Hukuku, İsmail Akgün Matbaası, İstanbul 1951, s. 1.

<sup>3</sup> [http://www.tpe.gov.tr/dosyalar/taslaklar/markalar\\_kanunu\\_tasarisi\\_taslagi.pdf](http://www.tpe.gov.tr/dosyalar/taslaklar/markalar_kanunu_tasarisi_taslagi.pdf) s. 2.

ve sayılar, ürünlerin kaplandığı ambalajlar ile salt ürünlerin görünüşü; işaret kapsamındadır<sup>4</sup> ki “işaret” mefhumu, markanın fikri mülkiyet hakları içerisinde yer almasının nedenidir. Markaların akılda kalıcı, kolay hatırlanan, ayırt edicilik yönlerinin güçlü olması beklenir. Hukuki bakımdan önemli olan ise markanın, belirlenen işaretler içerisinde olmasıdır.<sup>5</sup>

Markanın işlevinden yola çıktığımızda, günlük hayatımızın hemen her alanında karşımıza çıkan simgeler olduklarını görebiliriz. Günümüzün tüketim merkezli toplumunda marka, salt üreticinin mal ve hizmetini tanımlayan, ayırt eden işaretlerin ötesinde bazı görüşlere göre, sosyal statüyü ve kimliği belirleyen, iktisadi hayatta olduğu gibi sosyal hayatta da kendine yer edinmiş bir olgudur.<sup>6</sup> Markanın, kabul edilen en önemli işlevi bir malın hangi üretici tarafından üretildiği ya da kim tarafından piyasaya sunulduğunun yani köken ya da orijininin tespit edilmesini sağlamasıdır. Üretici için hukuki olarak tescil edilmiş bir marka, ona rakipleri karşısında hukuki bakımdan koruma sağlar ve emtiyasının kopya edilmesi durumunda hak iddia etme imkânı sağlar ki bu durum marka kavramının özünü oluşturur. Aynı durum tüketici için de geçerlidir. Tüketici, bildiği, aradığı ürünü marka sayesinde benzerlerinden ayırarak seçebilir; emtiyaya şahsiyet kazandıran unsur markadır. Bu işlevi yerine getiremeyen bir işaretin pratikte marka olabilme vasfı da yoktur.<sup>7</sup>

### Marka Kavramının Tarihsel Gelişimi

Marka, temelde üreticinin, ürettiği ürünün orijini ve kalitesini tüketiciye aktarmada kullandığı en kestirme ve en etkili işaretlerdir. İşaretlerden yola çıkıldığında ise marka kavramının oldukça köklü bir tarihe sahip olduğu ortaya çıkar.

Güney Asya'nın en eski uygarlıklarından biri olan ve İndus Neh-

<sup>4</sup> Remzi Gemci, Gamze Gülşen, F. Müge Kabasakal, “Markalar ve Markalaşma Şartları”, *Uludağ Üniversitesi Mühendislik- Mimarlık Fakültesi Dergisi*, C. 14, S. 1, 2009, s. 107.

<sup>5</sup> Hamdi Yasaman, Marka Hukuku ile İlgili Makaleler Hukuki Mütalâalar Bilirkişi Raporları II, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2005, s. 7-11.

<sup>6</sup> Mehmet Marangoz, “Tüketicilerin Marka Fonksiyonu Algılamaları ile Satın Alma Sonrası Davranışları Arasındaki İlişki”, D.E.Ü.İ.İ.B.F., C. 21, S. 2, 2006, s. 108 - 110.

<sup>7</sup> Arseven, Alamenti Farika Hukuku, s. 7-8.

ri etrafında kurulan Harappalar'ın (M.Ö. 3300 – M.Ö. 1700), Mısır ve Mezopotamya uygarlıklarıyla girdikleri ticari ilişkilerden günümüze ulaşan mühür, geometrik semboller ve hayvan motifleri ile süslenmiş çömlüklerin, ticari amaçlarla, en azından ticari bilgilendirme yöntemi olarak kullanıldığı düşünülmektedir.<sup>8</sup> Akdeniz dünyasında, özellikle de şarap ticareti için kullanılan Mısır çanakları üzerinde bulunan hiyerogliflerin, bugünkü manada markaya karşılık gelen işaretler olduğu ileri sürülmektedir. Keza Roma'da çanak, madeni eşya, cam, şarap ve peynir gibi ürünlerin üzerine tacirin veya mahallin ismi bazen de bir resim basılmaktaydı.<sup>9</sup> Japonya'da M.S. VIII. yüzyılda düşük kaliteli malların üretimini kısıtlayan ve bunların üzerine konulan işaretleri de kapsayan yasalar konulmuştu.<sup>10</sup> Fakat bunların günümüz manasında markaya ne kadar yakın olduğu bir tartışma konusudur.

Orta Asya'da Türk boyları arasında kullanılan damgalar, marka boyutunda dikkat çekicidir. Eski Türk inanışlarında Tanrı'ya yakın yerler olarak kabul gören dağların zirvesinde bulunan kayalara işlenen damgalar dini kaygılarla yapılırken; ağıl kenarlarına, otlaklara, hayvanlara, eşyalara, heykellere, mezarlara işlenen damgalar, aitlik simgelemektedir. Birçok alanda kullanılan damgalar tarih boyunca, kabilelerin ortak malı sayılan konak yerlerinde, yol kavşakları, otlaklardaki taşlarda; aileye ait olan hayvanların işaretlenmesinde, kilim, halı, çul, keçe, testi gibi ev eşyalarında, evlerin kapı ve duvarlarında kullanılmıştır.<sup>11</sup> Mülkiyet ifade ettiği görülen damgaların içerdiği aitlik, bir bakıma ekonomik bir olgudur. Anadolu'da damga, im, en gibi adlandırılan bu işaretler en azından, vurulduğu hayvanın orijinini de göstermektedir.<sup>12</sup> Bu bakımdan damgalar markanın başta gelen işlev-

<sup>8</sup> Karl Moore, Susan Reid, "The Birth of Brand: 400 Years of Branding History", Munich Personal Repec Archive, s. 9-10. [http://mpra.ub.uni-muenchen.de/10169/1/Birth\\_of\\_Brand\\_july\\_14\\_2004.pdf](http://mpra.ub.uni-muenchen.de/10169/1/Birth_of_Brand_july_14_2004.pdf)

<sup>9</sup> Haydar Arseven, "Alameti Farika Hakkının Mahiyeti, Gayrı Kanuni Rekabetle Münasebeti ve Doğumu", *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, C. 16, S. 3-4, 1950, s. 823.

<sup>10</sup> Shoen Ono, *Overview of Japanese Trademark Law*, (2nd Edition), Yuhikaku, Chapter 2, Tokyo 1999, s. 5.

<sup>11</sup> Osman Mert, "Öngöt Mezar Külliyesi ve Külliyyede Bulunan Damgalar", *Atatürk Üniversitesi Türkiyat Araştırmaları Enstitüsü Dergisi*, S. 36, Erzurum, 2008, s. 286.

<sup>12</sup> Günümüzde damgalar Kayseri'de Uzunyayla bölgesindeki Çerkesler arasında, hayvanların işaretlenmesinde, mezar taşlarında, ev ve ahırların girişlerinde mülkiyetin belirtilmesi amacıyla yaygın olarak kullanılmaktadır.

lerinden biri olan orijin belirtme işlevini yerine getirir. Aynı zamanda markanın bir diğer işlevi olan kalite belirtme, yine damga sayesinde yerine getirilebilir. Damgalanmış bir hayvan, geçim kaynağı niteliğinin yanında pazara sunulduğunda artık bir ticari maldır. Dolayısıyla, ürünün yetiştirilme tarzı, beslenme şekli vs. den dolayı, geçmiş tecrübeler ve satıcısının güvenilirliği veya güvenilmezliği ölçüsünde, kalitenin belirlenmesi işlevini de yerine getirir.

Dünyada markanın hukuki bakımdan korunmasına yönelik gelişmeler Sanayi Devrimi akabinde önemli derecede hız kazanmıştır. İcatlar sonucu üretim tarzında görülen değişim, sanayi ürünlerinin artık büyük miktarlarda ve hızlı olarak üretilmesini sağlamıştır. Yeni icatlar sanayi ürünlerinin çeşitlenmesine neden olurken, ürünlerin fazla miktarda üretilmesi yeni pazarlar arayışını hızlandırmıştır. Yeni pazarlar, sanayi ürünlerinin ulusal ve küresel çapta dolaşımına hız kazandırmıştır. Bu sürecin ortaya çıkardığı yapılanmalardan bir tanesi de ulusal ve uluslararası büyük sanayi şirketleridir. Sanayileşme öncesi yerel ölçekte üretim yapan ve yerel ölçekte müşteri potansiyeline sahip üreticiler, artık ulusal, bölgesel hatta dünya çapında müşterilere hitap etmeye başlamışlardı. Tabii olarak bu durum üretici ile müşteri arasındaki bağı da koparmış, üreticinin müşterisine doğrudan temasını sona erdirmiştir. Büyük üreticiler birçok aracının olduğu, dağınık ve geniş piyasalarda ürünlerinin mukadderatı hakkında fikir sahibi olma imkânını kaybetmişlerdi. İşte bu nedenden dolayı üreticiler, mallarının izini sürebilmek, mallarının menşei ve kalitesini müşteriye açıklayabilmek ve en önemlisi müşterilerinin güvenini kazanarak iktisadi hayatta tutunabilmek için yeni bir aracı ihtiyacı duymuştur ki bu ihtiyacı marka üstlenmiştir.<sup>13</sup>

XIX. yüzyılda sanayi veya ticari markaların himayesi konusu tarihte hiç olmadığı kadar önem kazanmış ve gerek devletlerin ekonomik çıkarları gerekse şirketlerin baskıları sonucu ulusal marka himaye kanunları çıkmaya başlamıştır. Fransa'da devrim sonrasında lonca teşkilatları ve eski mevzuatlar ortadan kaldırılmıştı. Bunun sonucu olarak ticari hayatta daha büyük tehditler ortaya çıkmıştır ki ortadan kaldırılan ilgili yasaların yerini doldurmak amacıyla 20 Nisan 1803'te Fabrika, Üretim ve İşyeri Yasası çıkarılmıştır. Ayrıca Fransız ceza ya-

<sup>13</sup> Arseven, *Alameti Farika Hukuku*, s. 5.

salarıyla desteklenen bu kanun ile ticari unvanları kötüye kullanma, taklit etme gibi fiiller suç haline gelmiş ve bunların cezalandırması yoluna gidilmiştir. Fransa'da marka ile ilgili yapılan yasal düzenlemelerin en önemlisi olan 23 Haziran 1857 tarihli Üretim ve Ürünlerin Marka Yasası, 1890 yılında kısmen tadil edilmiş ve 1944 yılında kısmen, 1964 yılında tamamen ortadan kalkarak yenilenmiştir.<sup>14</sup>

İngiltere markaya yönelik hukuki korumayı, Fransa'dan yaklaşık elli yıl sonra kabul etmiştir. Esasında İngiltere'de, marka işaretlelerinin yanlış kullanımı dolandırıcılık kapsamındaydı. İngiliz marka yasası 1862 yılında "The Merchandise Marks Act" adıyla yürürlüğe girmiştir. Fakat İngiltere'de markaların kapsamlı ve etkin bir şekilde korunması uzun bir süreç içerisinde gerçekleşmiştir. 1938 yılında çıkarılan Marka Yasası, İngiliz marka hukukunun en güçlü hali olmuştur. Bu kanun diğer birçok ülkeye de örnek olmuştur.<sup>15</sup>

Almanya'da 30 Kasım 1874 tarihli Marka Koruma Kanunu'nu (Gesetz der Markenschutz), 1879 yılında İsviçre ve Belçika marka yasaları takip etmiştir.<sup>16</sup>

Marka kavramı küresel ticaretin bir parçası haline geldikten sonra, küresel çapta düzenlemelere de ihtiyaç duyulmuştur. 20 Mart 1883 tarihinde Paris'te on bir ülke arasında<sup>17</sup> sınai mülkiyet haklarının himayesini temin için imzalanan Paris Sözleşmesi (Paris Convention for the Protection of Industrial Property), patent hakkı yanında marka hukuku ile ilgili uluslararası düzenlemeleri de kapsamaktaydı. Sözleşmeye taraf devletler, taraf herhangi bir devlette tescil edilmiş markaların, aynı veya benzer mallar için bir karışıklığa yol açabilecek şekilde reproduksiyonunu, kısmen veya tamamen taklit edilmesini ve taklit markaların tescilini reddetmeyi taahhüt etmişlerdir. Paris Sözleşmesi marka hukuku hakkında temel manada taraf devletlerin karşılıklı olarak birbirlerinin ticari markalarının taklit edilmesinin

<sup>14</sup> Ono, Overview of Japanese Trademark Law, s. 2.

<sup>15</sup> Ono, Overview of Japanese Trademark Law, s. 3.

<sup>16</sup> Arseven, "Alameti Farika Hakkının Mahiyeti...", s. 825.

<sup>17</sup> Sözleşmeyi Belçika, Brezilya, İspanya, Hollanda, Tunus, Fransa, İngiltere, İsviçre, İtalya ve Portekiz imzalamış ve sözleşme 1900 yılında Brüksel'de, 1911'de Washington'da, 1925'te La Haye'de 1934 Londra'da, 1958'te Lizbon'da, 1967 Stockholm'de ve 1979'da Londra'da t'adil edilmiştir.

önüne geçmeyi amaçlamış, kısa sürede katılımcı devletlerin sayısının artması öngörülmüştür. Bir anlamda üretici devletlerin, tüketici devletlerdeki ticari ve iktisadi çıkarlarına hizmet eden bir sözleşme olarak nitelendirilebilir.<sup>18</sup>

### Osmanlı Devleti'nde Marka Hukuku

Osmanlı Devleti'nde markanın hukuki himayesi, XIX. yüzyılın son çeyreğinde çıkarılan kanunlarla sağlanmasına karşın özellikle küçük üreticilerin talepleri doğrultusunda, yüzyıl başlarından itibaren bazı uygulamalara rastlanılmaktadır. Bu uygulamaların temel gerekçesi taklidin önlenmesi olmakla birlikte özellikle Sanayi Devrimi sonucu, yabancı menşeli ürünlerin Osmanlı pazarlarını işgal etmeye başlaması da yapılan düzenlemelerin gerekçesi olarak kabul edilebilir. Özellikle XVIII. yüzyılın sonlarından itibaren Osmanlı küçük üreticisinin ürünleri ile rekabete giren yabancı emtia, kısa sürede Osmanlı pazarını ele geçirmiştir. Bu süreç yavaş yavaş Osmanlı esnaf ve küçük üretici kesiminin tepkileriyle karşılaşırken aynı zamanda çeşitli önlemlerin alınmasını gerektirmiştir. 1796 yılında İstanbul'un kuyumcu esnafının girişimleri buna örnek gösterilebilir. Kuyumcu esnafı, kethüdaları aracılığı ile kendi üretimleri olan helali,<sup>19</sup> gülabdan,<sup>20</sup> bahürdân,<sup>21</sup> fincan, nargile ve benzeri ev eşyalarının; ithal muadilleriyle karıştırılmasının engellenmesi için devlete başvurmuşlardır. Kuyumcu esnafına göre, ithal emtianın kendi üretimleri olan eşyalarla karıştırılmasından dolayı gerek kendileri gerekse tüketici zarara uğramaktaydı zira ithal ürünlerin fiyatı düşük olmakla birlikte kaliteleri de aynı şekilde düşüktü. Esnafın çözüm önerisi, ürünlerine vurulacak bir damga ile "*İstanbul işi ma'lum*" olacaktı. Kuyumcu esnafı bu izin karşılığında, tespit edilecek vergiyi de ödemeye hazırды. Bu girişimde dikkat çeken bir nokta da uygulamanın düstur-ı amel<sup>22</sup> olarak kabul edilmesi talebiy-

<sup>18</sup> Hirsch, Fikri ve Sınai Haklar, s. 45 ve <http://www.wipo.int/about-wipo/en/>

<sup>19</sup> Yaldızlı bakır.

<sup>20</sup> İçine gülsuyu konularak mevlüt gibi toplanılarda serpmeye mahsus kap.

<sup>21</sup> İçinde tütsü yakılan kap.

<sup>22</sup> "Her fiili ve hareket ona tatbik olunmak üzere numune ittihaz olunan kaide ve nizam veya ta'limat." Şemsettin Sami, Kamus-ı Türki, Kapı Yayınları, İstanbul 2011, s. 610.

di.<sup>23</sup> Dolayısıyla bu uygulamanın bu tarihten sonraki uygulamalara örnek olduğu söylenebilir.

Bir diğer örnekte, 1827 yılında İzmir tüccar ve esnafının, Muğla, Aydın, Saruhan mutasarrıfları ile İzmir Muhafızı Hasan Paşa'ya yaptıkları başvuru gösterilebilir. Başvuruda İzmir esnafı, İran ve Avrupa'dan gelen basma, şal gibi tekstil ürünlerinin, bazı "muhtekir" esnaf tarafından yerli malıymış gibi gösterilerek, yüksek fiyatlara satıldıklarından, yerli üreticiler ile tüketicilerin zarara uğratıldıkları iddia ediliyordu. İzmir esnafı, İran ve Avrupa'dan gelen tekstil ürünleri ile Osmanlı Devleti dâhilinde üretilen ürünlerin farklı şekillerde işaretleşmesini talep etmiştir. İzmir esnaf ve tüccarı, taleplerine gerekçe gösterirken İran ve Avrupa'dan gelen emtianın damgalanması usulünün İstanbul'da uygulandığını vurgulamaları ve aynı uygulamanın İzmir'de de yapılmasını istemeleri,<sup>24</sup> benzer şikâyet ve taleplerin daha önce İstanbul'da gerçekleştiğini göstermektedir.

Her iki örnekte Osmanlı esnafının ayakta kalma çabası doğrultusunda markanın, menşei gösterme özelliğinin kullanılarak, kendi ürünlerinin muhafazasını temin etme amacı görülmektedir. XIX. yüzyıl Osmanlı sanayisinin varlığını sürdürme girişimlerine birer örnek niteliğindeki iki uygulama aynı zamanda Osmanlı küçük üreticisinin ayakta kalabilmesi için markanın menşei bildirme fonksiyonundan faydalandıklarına birer delildir. Tabi bu örneklerde Osmanlı üreticilerinin kendi mamullerinin kalitesine olan güven de görülmektedir.

Osmanlı Devleti'nde yerli-yabancı menşei emtianın ayırt edilmesini, dolayısıyla yerli üreticinin ve tüketicinin korunmasını sağlamaya dönük uygulamalar yanında, ülke içindeki emtianın menşei tespiti ve kalitenin korunmasını temin etmeyi amaçlayan uygulamalar da mevcuttur. 1838 yılında resmi ve özel binaların yapımında

<sup>23</sup> "...bizler hüsn-i rıza ve tayyib-i ihtiyarımız ile kethüda-yı merkume imal olunan bir çift gülabdan ve bahurdandan altı akçe ve bir zarftan bir buçuk akçe ve bir nargilesinden üç akçe ve rahat ma' sinebendden altmışar akçe ve bir macun hokkasından bir akçe ve sagir ve kebir tepsiden bir buçuk akçe ve bir kavhe asafisinden üç akçe vermekle taahhüd eylediğimizde kethüda-yı merkum Ali Ağa heman mutayyeb an-hatır olarak razı olduktan sonra zikir olunan eşyadan maada cüz'ıyyât-ı makule eşyayı zikir olunan nişanı vaz' etdiğimizde meccanen vaz' edüb imal eden kuyumcudan eşya-i cüz'ıye için nesne mütalebe etmem deyü taahhüd eyledükde..." BOA, C. İKTS, Dosya No: 5, Gömlek No: 238, 21.Za.1210.

<sup>24</sup> BOA, C. İKTS, Dosya No: 17, Gömlek No: 818, 29.M.1243.



kullanılan kiremitlerin kalitesinde görülen düşüş nedeniyle kiremit üretiminin belirli bir nizamla bağlanması ve kiremitlerin vesikalan-dırılması yoluna gidilmiştir. Ebniye-i Hassa Müdürü'ne verilen görev gereği, kiremit üretiminde kalitenin korunması için İstanbul dışında Hora (Hoşköy), Mürefte, Şarköy gibi kiremit üretim merkezlerinde üretilen kiremitlere, üretim yerlerinin isimlerini içeren ve Darbhane-i Âmire'de imal edilecek damgaların vurulması kararı çıkmıştır. Karar gereği damgasız ve kalitesiz kiremitlerin satışı yasaklanmıştır.<sup>25</sup>

Uygulamalar marka bakımından iki amaca hizmet ediyordu. Bunlar markanın fonksiyonları olarak ürünün menşeinin tespiti ve tüketiciye belirli bir kalitenin ifade edilmesidir. Bu bakımdan XIX. yüzyılda henüz marka kavramı ile ilgili henüz belirli bir düzenlemeye gidilmeden markanın bazı fonksiyonlarının kullanıldığı söylenebilir.

1835 yılında vebaya tutulanların tedavisi için Eczahane tarafından icat edilen bir tür yakı, hastanelerde yapılan tecrübeler neticesinde faydalı bulunmuş ve talep edenler için üç kuruştan satılmaya başlanmıştır. Yakının başkaları tarafından taklit edilmesinin önüne geçmenin "*menâfi-i amme*" olacağından uygun bir damga ile işaretlenmesine karar verilmiştir.<sup>26</sup> Bu örnek, ticari hayata ilk defa giren bir ürünün, taklidinin önlenmesi ve üretilecek benzerlerinden ayırt edilmesi için ayırt edici bir işaret ile damgalanmasının örneklerinden biridir.

Markanın fonksiyonlarından biri de, emtianın içeriği ile ilgili bilgi vermesidir. Bu fonksiyon özellikle "kötü" içerikli malların kullanılmasının düzenlenmesi adına önem taşımaktadır. 1862'de Şehremaneti'ne, ayakkabı derilerinin cilalanması esnasında Osmanlı vatandaşları ile yabancı ülke vatandaşlarından bazı kişilerin, şeriata aykırı malzemeler-muhtemelen uygunsuz yağlar- kullanılması ile ilgili bir uyarı yapılmıştır. Uyarıda ecnebilerin ticaret serbestliği nedeniyle bu tür ürünler satmalarına mani olunamayacağı fakat şeriata uygun malzemeler ile üretilen ayakkabılara temiz, pak manasındaki "*tahirdir*" damgasının vurulmasının sağlanması istenmiştir.<sup>27</sup> Böylelikle Müslüman halkın zararlı içeriğe karşı uyarılması sağlanmıştır.

<sup>25</sup> BOA, HAT, Dosya No: 636, Gömlek No: 31376, 29.Z.1253.

<sup>26</sup> BOA, HAT, Dosya No: 493, Gömlek No: 24207, 29.Z.1250.

<sup>27</sup> BOA, A. MKT. MVL, Dosya No: 141, Gömlek No: 40, 14.Ş.1278.

Marka hukukunun gelişim sürecinde önemli bir kazanım, 1858 Osmanlı Ceza Kanunu'nun 150. maddesinde emtia üzerine Osmanlı Devleti namına basılan damgalar yanında, özel girişim tarafından kurulan ticarethane emtialarına vurulan damga ve işaretlerin taklit edilmesinin sahtekârlık suçu kapsamına alınmasıdır. Madde gereği damga, işaret, nişan taklidi yapanların altı aydan üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılmaları gerekmektedir.<sup>28</sup>

Ceza Kanununun ticari emtia damgalarının taklit edilmesiyle ilgili ilk uygulamasına konu olan dava, sabunlarıyla ünlü Girit olmuştur. 1863 yılında Bâb-ı Âli'ye gönderilen ve altında birçok Giritli üretici ve tüccarın imzası bulunan bir dilekçede Midilli, Ayvalık gibi yerlerde üretilen düşük kaliteli sabunlara Girit damgası vurulmasından dolayı oluşan mağduriyetten şikâyet edilmiştir. Giritli sabun üreticilerinin şikâyetleri, kalitesiz sabunların Girit damgası sayesinde kırk - elli para pahaliya satılması, dolayısıyla kendilerinin sattığı ürünlerle ayırt edilemeyerek, zarara uğramalarıydı. Bir diğer şikâyetleri de taklit ürünler nedeniyle, uzun zamandır belirli bir şöhrete sahip olan Girit sabunlarının kalite algısının değişmesiydi. Sabunların taklit edilmesi öyle bir dereceye ulaşmıştı ki -en azından Girit tüccar ve üreticilerinin ifadelerine göre- fabrikalar kapanma noktasına gelmiş, işsizlik artmıştı. Giritliler Batı Anadolu'da üretilen sabunlar yanında Girit'in içinden fakat farklı kalitede olan Kandiye, Hanya ve Resmo sabunlarının da üretim yerlerini ayırt edecek damgalar vurulmasının sağlanmasını talep etmişlerdir. Zira birinci sınıf sabun Kandiye sabunu idi.<sup>29</sup>

Meclis-i Vâlâ-yı Ahkâm-ı Adliye'ye gönderilen şikâyet ve talepleri içeren mazbata Muhakemat Dairesi'nde görüşülmüştür. İlgili dairenin

<sup>28</sup> "Her nev' emtia ve eşya üzerine devlet-i âliye namına olarak basılmağa mahsus olan ve gerek bir memuriyete ve gerek devletin ruhsatıyla olan bir şirkete veyahut bir ticaret evine mahsus bulunan her nev' mühür ve damga ve nişanlara taklid veyahut o makule sahte damga ve nişanları isti'mal eyleyen kimse üç sene habs ile mücazat olunur ve bu sahtekârlığından dolayı vaki' olan zarar kendisine tazmin etdirilir ve her kim bu misüllü mühür ve damga ve nişanların asıllarını bir takrib ele geçirende gerek hükümet ve memuriyetlerin ve gerek bir cemiyet-i ticaretin ve bunların emsali heyet ve şirket-i mahsusanın menfaatine muzır olacak halde isti'mal eyler ise altı aydan bir seneye kadar habs ile tedib kılınır ve bu suretle vaki' olan zarar dahi ol kimseye tazmin etdirilir." Düstur, Tertib-i Evvel, C.1, s. 570. Ayrıca Serkiz Karakoç, Ceza Kanunu, Selanik Matbaası (Bâb-ı Âli Caddesi), İstanbul 1331, s. 91.

<sup>29</sup> BOA, MVL, Dosya No: 429, Gömlek No: 9, 21.Ca.1280.

olaya yaklaşımı ise oldukça ilginçtir. Muhakemat Dairesi'nin ifadesine göre:

*"...bu hareket (taklit damgalar) bir nev' sahtekârlık gibi ise de her nev' emtia ve eşyadan her hangisi memleket ve fabrikanın ma'mulâtı muteber ise sair mahal ve fabrikalar kendü ma'mulâtına o namı vermek ve onun alâmetlerini kullanmak dünyanın her tarafında cari bir âdet-i kerhiye olarak bunun âdeti sahtekârlık addiyle mütecasirlerin haklarında sahtekârlara mahsus olan cezanın icrası kabil olamadığından..."*<sup>30</sup>

Dairenin görüşüne göre emtia ve ticari eşyaların alâmetlerinin yani markalarının taklidi, kötü bir adet gibi görünmekle birlikte dünyanın her yerinde görülen olağan bir davranıştı. Bu bakımdan bu suçun sahtekârlık olarak değerlendirilmesi mümkün görünmemektedir. Daire bu görüşü ile adeta beş yıl önce çıkan Ceza Kanunu'nun 150. maddesini ile derin bir çelişkiye düşmüştür.

Daire yukarıdaki görüşünü ifade ettikten sonra, Girit sabunlarının taklit edilmesi ve bu uygulamaların sonucunda üreticilerin uğradığı zararın önüne geçilmesini de *"umur-ı zaruriyeden"* addetmiş ve cezalandırılmalarının gerektiğine hükmetmiştir. Nihai karara göre, gerekli yerlere yapılan ihtarlardan sonra taklit fiilinin devamı halinde, suçluların Ceza Kanunu'nun 150. maddesine göre üç yıl hapis cezasıyla cezalandırılmaları uygun bulunmuştur.<sup>31</sup>

Muhakemat Dairesi'nin mütalaasından, kararın pek de gönüllü olarak alınmadığını zira alâmet taklidinin bir sahtekârlık olup olmadığının tartışmalı bir konu olarak görüldüğünü fakat şikâyetlerin de bir şekilde önünün alınması gerekliliği görüşünü görebiliriz.

### **Alamet-i Farika Nizamnamesi**

Alamet-i Farika Nizamnamesi olarak anılan Fabrika Ma'mulâtıyla Eşya-yı Ticariyeye Mahsus Alamet-i Farikalara Dair Nizamname, Fransa'nın aynı mevzu hakkındaki 23 Haziran 1857 tarihli kanunundan alınmıştır.<sup>32</sup> Alamet-i farika tabiri, nişan, işaret anlamındaki ala-

<sup>30</sup> BOA, MVL, Dosya No: 429, Gömlek No: 9, 21.Ca.1280.

<sup>31</sup> BOA, MVL, Dosya No: 429, Gömlek No: 9, 21.Ca.1280.

<sup>32</sup> Lütfi Fikri, "Mülkiyet-i Sinainin Suret-i Temin ve Himayesi", *İstanbul Barosu Mecmuası*, Sene 1, Eylül 1927, S. 9, s. 487.

met kelimesi ile tefrik eden, fark eden, ayıran anlamındaki fârik kelimelerinin birleştirilmesi ile oluşturulmuştur. Alamet-i farika terkibi ise bir şahıs veya şeyin diğerlerinden tefrik edilebilmesi için konulan özel işaretler manasındadır.<sup>33</sup> Osmanlı Devleti'nin ilk marka kanunu olan Alamet-i Farika Nizamnamesi, 10 Eylül 1871 (24 Cemaziyülevvel 1288) tarihinde çıkarılmıştır fakat nizamnamenin 24. maddesinde belirtildiği üzere, altı ay sonra yürürlüğe girecektir. Bu nedenle nizamname Şubat 1872'de yürürlüğe girmiştir.

Alamet-i Farika Nizamnamesine göre alamet-i farikanın tanımı şu şekilde yapılmıştır.

*Ma'mulât ve eşyanın imal olunduğu mahallin veya fabrikanın veyahut bunları imal edenlerin veya ticari amaçlarla satanların isim, şöhret ve mevkilerini bildirmek amacıyla, ol şeylerin üzerine konulan isim, mühür, resim, harfler, rakamlar, ambalaj ve sair tarif ve ayırma için kullanılan her türlü işaret ve damga alamet-i farika olarak ad ve itibar edilir".<sup>34</sup>*

Kanunun belirlediği himaye süresi, alamet-i farikanın tescil tarihinden itibaren on beş senedir. Ancak her on beş senede bir alamet-i farika numunelerinin tekrar ibraz ve teslimi ile belirlenen süre yenilenir.<sup>35</sup>

Alamet-i Farika Nizamnamesi'ne göre bir markanın tescil süreci şu şekilde gerçekleşir; bir kimse belirlediği alameti, damga veya mühür gibi basılmaya uygun şekilde iki parça olarak, aslından farkı olmamak üzere iki adet resmini, gerekli açıklamayı yazıp onayladıktan sonra bulunduğu mahallin merkez liva temyiz meclisine teslim eder.<sup>36</sup> Meclis başkâtibi, numunelerden birini alamet-i farika defterine kaydeder ve gün ile saati de ekleyerek deftere yapıştırır. Aynı deftere, başvuru yapan kişinin, alameti hangi eşya için kullanacağını, başvuru sahibinin ismini, ikametgâhını ve uğraştığı iş kolunu yazar. Gerekli onaylar yapılır ve diğer numune, defterde hazırlanan numara ve bil-

<sup>33</sup> Şemsettin Sami, Kamus-ı Türki, s. 946.

<sup>34</sup> Fabrika Ma'mulâtıyla Eşya-yı Ticariyeye Mahsus Alamet-i Farikalara Dair Nizamname, Matbaa-ı Âmire, İstanbul 1287, 1. Madde.

<sup>35</sup> 4. madde.

<sup>36</sup> 7. madde.

giler ile birlikte Divan-ı Ahkâm-ı Adliye Nezareti'ne gönderilir.<sup>37</sup> İlgili nezaret numunenin tam kaydına kadar geçici ilmühaberi başvuru sahibine verir. Başvuru sahibinden, alamet-i farikanın geçici ilmühaberi için bir adet yüzlük altın harç olarak alınarak belediye idare sandığına teslim edilir.<sup>38</sup> Başvuru, nezarete gönderildikten sonra bir ay içerisinde, kaydedilir ve başvuru sahibine resmi ilmühaber verilir, böylelikle başvuru sahibinin teslim ettiği alamet, marka olarak tescil edilir.<sup>39</sup>

Nizamname uyarınca, Osmanlı Devleti içinde sanayi ve ticaretle uğraşmak kaydıyla yabancıların marka tescil başvurusu yapmalarının önünde bir engel yoktu.<sup>40</sup> Alamet-i farikadan dolayı ortaya çıkan adi davalar ise kaza deavi meclisleri ile liva temyiz meclislerinde görülür. Alamet-i farika ile ilgili ceza davaları da aynı mahkemelerin ceza dairelerinde görülür. Alamet-i farika tasarrufu ile ilgili davalar ise o mahkemeyi idare eden ceza mahkemesi tarafından karara bağlanır.<sup>41</sup> Alamet-i farikasının kanunsuz olarak kullanıldığını iddia eden kişi, alamet-i farikasının konulduğu eşya veya ticari ürünlere el konulmasını isteyebilir.<sup>42</sup> Kanuna aykırı kullanımlardan doğacak davalar, alamet-i farika sahibi ile suçu işleyen arasında, eşya ve ürünlerin el konulduğu mesafe hesabından başka -her altı saatlik mesafe için bir gün ilave edilir- taraflar on beş gün zarfında yapılacak davaya katılmaz ise, davanın ticari ürünler hakkındaki hükmü düşer fakat zarar - ziyan davası devam eder.<sup>43</sup>

Alamet-i Farika Nizamnamesi, hukuki ihlalleri iki kısma ayırmıştır; markanın taklidi ve tagyîri yani değiştirilmesi. Taklit suçu, bir markanın tıpkısının veya tıpkısını andıracak derecede rakip üreticiler tarafından kullanılması; tagyîr ise markanın görünüş itibarıyla müşte-

<sup>37</sup> 8. madde.

<sup>38</sup> 5. madde. Nizamnamenin 5. maddesi 7 Mart 95 tarihinde " suretleri vaz' ve teslim olunan alamet sahiplerine verilecek ilm u haberler için bir yüzlük altın alınıp üç rub' mahalli daire-i belediyesi sandığına ve birer rub' ilm u haberlerin tanzimi masarifine karşılık olmak üzere Dersaadet'de Adliye Nezareti veznesine ve vilayetlerde diva-ı temyiz ve liva merkezlerinde meclis-i temyiz sandıklarına teslim olunacaktır." Şeklinde değiştirilmiştir. Düstur, Zeyl 1, s. 12. Rub': dörtte bir.

<sup>39</sup> 10. madde.

<sup>40</sup> 6. madde.

<sup>41</sup> 11. madde.

<sup>42</sup> 12. madde.

<sup>43</sup> 13. Madde.

riyi aldatacak oranda değiştirilmesidir.<sup>44</sup> Her iki fiil, tazminat ve hapsi kapsayan bir dizi cezaya tabi tutulur.<sup>45</sup>

Mamul eşyalar üzerine, imal olunduğu mahalden farklı olarak Osmanlı Devleti sınırları içinde yer alan bir mahallin ismini koyanlar ile bu ürünleri bilerek satanlara, suçun büyüklüğüne göre iki adet yüzlük altından elli adet yüzlük altına kadar para cezası veya bir aydan altı aya kadar hapis cezası ya da her ikisi aynı anda uygulanır.<sup>46</sup> Bu suçu işleyenlerin emtiası, ister Osmanlı üretimi ister yabancı menşeli olsun, nizamnamenin 23. maddesi gereği, gümrüklerde rüsumat idareleri tarafından el konulabilir. El konulan mallar mahkeme eliyle tevkif edilerek dava açılır ve bu mallar da gerçek marka sahibine teslim edilebilir.<sup>47</sup>

Bununla birlikte bir yıl sonra bu madde değiştirilmiştir. Madde- nin değiştirilmesinin nedeni muğlak ifadeler içermesidir.<sup>48</sup> 23. maddenin yerine kaim olmak üzere 5 Temmuz 1872 tarihinde kanuna eklenen madde ile üzerinde, alamet-in taklidi olarak bir ülke ismi bulunan ve rüsumat idarelerine gelen eşya ve ma'mulat eğer Osmanlı

<sup>44</sup> Arseven, *Alamet-i Farika Hukuku*, s. 135.

<sup>45</sup> Taklit suçu, cürmün derecesine göre iki adet yüzlük altından, elli adet yüzlük altına kadar para cezası veya bir aydan altı aya kadar hapis cezası verilir veya her iki ceza aynı anda uygulanır (14. madde). Tağyîr suçu iki adet yüzlük altından, otuz adet yüzlük altına kadar para cezası ile cezalandırılır veya bir haftadan iki aya kadar hapis cezası ile ya da her ikisi aynı anda olmak üzere cezalandırılır (15. madde). Lütfi Fikri'ye göre ikame edilecek ceza davasında hapis cezası bulunması, hemen hemen tüm davaların taklitçiler lehine beraatla sonuçlanmasına neden oluyordu. Bu sebeple alamet-i farika sahipleri hiçbir himayeye mazhar olamıyorlardı. Ona göre bir alamet-i farika sahibi, kendi alametini suiistimal eden bir kimsenin ceza görüp görmemesinden ziyade kendi alametinin hakkıyla himaye edilmesine önem verir. Taklitçinin ceza görüp görmemesi çoğu zaman teferruattan ibarettir ve belki hapis cezasına çarptırılması bir dereceye kadar vicdanını rahatsız edecek bir durumdur. Lütfi Fikri, "Mülkiyet-i Sınainin Suret-i Temin ve Himayesi", *İstanbul Barosu Mecmuası*, Sene 1, Eylül 1927, S. 9, s. 488.

<sup>46</sup> 21. madde.

<sup>47</sup> 23. madde.

<sup>48</sup> "...siyak-ı iş'aratla ve paşa-yı müşarün-ileyhin ifade-i vaka'sından müsteban olduğuna göre memalik-i şahanedan bir mahalın kesb-i iştihar etmiş olan ma'mulatına taklid ile anın ismi vaz' olunması halkı ve eammlarını ihtar edeceğinden o makule eşyanın men'-i firuhtu lazımeden olarak bu dahi gümrüklere vürudunda tevkif ile hâsıl olacağı derkar ise de madde-i nizamiye mucbeince o makule eşya-yı mukallidenin gümrüklere vürudunda tevkif olunabiliyor ta'biriyle idarenin tehyiri halinde rüsumat memurları tarafından o makule eşyadan bazısının tevkifi ve bazısının imrarı lazım geleceği manası verilerek bu suret teşettüt ve müşkilata intaç edeceğinden..." BOA, ŞD, Dosya No: 555, Gömlek No: 36, 04.Ş.1293.

Devleti'nin başka bir mahallinde taklit edilmiş ise eşyanın girişine izin verilecek fakat bundan zarar görenler istedikleri zaman dava açabileceklerdir. Eğer yabancı bir ülkeden gelmiş bir eşyaya Osmanlı Devleti'nde üretilmiş gibi gösteren taklit marka basılmış ise bunlar rüsumat idarelerince tevkif edilecektir. Mamulün sahibi belli ise ona iade edilecek, belli değilse bir sene sonunda üzerindeki taklit marka sökülerek müzayedeye konulacaktır. Fakat eşya bozulacak nitelikteyse bozulmadan evvel müzayedeye taliplerine satılacaktır. Elde edilen gelirin sahibine iadesi için yine bir sene beklenecek, sahibi gelmez ise rüsumat malı sayılarak idare sandığına teslim edilecektir. Taklit alamet-i farikası çıkarılamayacak durumdaki eşyalar, bir sene içinde sahibinin gümrüğe gelerek herhangi bir talepte bulunmaması durumunda yok edilecektir.<sup>49</sup>

11 Mayıs 1888 tarihinde, (29 Şaban 1305) 1871 tarihli Alamet-i Farika Nizamnamesinin yerine kaim olmak üzere yeni bir alamet-i farika nizamnamesi hazırlanmıştır.<sup>50</sup> Nizamnamenin ta'dil edilmesinde hissedilen ihtiyacın, zamanın değişen koşullarına uyum sağlamak olduğu söylenebilir. 1871 tarihli nizamnamenin, markalara hangi daireden ruhsat verileceğine dair karmaşanın giderilememesi ile taşralarda alamet-i farika numunelerinin merkez liva Meclis-i Temyiz vasıtasıyla Adliye Nezareti'ne gönderilmesi kaidesine karşın, temyiz meclislerinin lağvedilmesi sonucu vilayetlerde tereddüt yaşanmıştır. Aynı zamanda ticaret ile ilgili bir meselenin Adliye Nezareti aracılığı ile yürütülmeye çalışılması ta'dil sebebiydi. 1888 Nizamnamesi, 1871 tarihli nizamnamenin eksiklerini tamamlamak ve on yedi yıllık süre içerisinde idari yapıda gerçekleşen değişiklikleri zamana uydurmak amacıyla çıkarılmıştır. Esasında yapılan değişiklikler fazla değildir fakat tamamlayıcı niteliğe sahiptir.

1888 Nizamnamesinin getirdiği yeniliklerin ilki marka olarak kullanılabilir resimlerin niteliğiyle ilgilidir. Buna göre; marka olacak resimler asayiş, âdab ve genel ahlaka uymak zorundadır. Bu kurala uymayan resimler, alamet-i farika olarak kabul edilmeyecekti.<sup>51</sup>

<sup>49</sup> Alamet-i Farika Nizamnamesinin 23. maddesi Yerine Kaim Olmak Üzere Ta'dilen Kaleme Alınan Madde-i Nizamiyedir. Düstur, Tertib-i Evvel, C. 1. s. 288.

<sup>50</sup> BOA, HR. HMŞ. İŞO, Dosya No: 94 Gömlek No: 23, 27.T.1327, 24. madde.

<sup>51</sup> BOA, HR. HMŞ. İŞO, Dosya No: 94, Gömlek No: 23, 27.T.1327.



İkincisi markaların satış, devir ve miras bırakılması ile ilgilidir. Markadan tasarruf edenler, hükümetin resmi müsaadesi ile markalarını başkalarına satabilecekleri gibi vefat durumunda mirasçılarında haklarını devredebileceklerdi.<sup>52</sup>

Üçüncü değişiklikte tescil yeri olarak, İstanbul'da Ticaret Nezareti, taşrada ise ilgili nezarete gönderilmek üzere idare meclisleri adres gösterilmiştir. Dördüncü değişiklik alamet-i farikanın kesin tescilini sağlayan ilmühaberi gönderen Divan-ı Ahkâm-ı Adliye Nezareti'nin kaldırılması nedeniyle bu işlemi Adliye Nezareti'nin devralmasıdır.<sup>53</sup>

Beşinci değişiklik, markalar ile ilgili davaların görüleceği mahkeme ile ilgilidir. Daha önce kaza deavi meclisleri ile liva temyiz meclisinde görülen davalar, adi dava niteliğindeyse bidayet mahkemelerine, markaların taklit ve tasarrufu hakkındaki davalar ise ceza mahkemelerine alınmıştır.<sup>54</sup>

## Nizamnamenin Uygulanmasında Görülen Sorunlar

### Tescil Sorunu

Alamet-i Farika Nizamnamesi temel olarak markaları himaye ederek, ticaret hayatının düzenlenmesine ve üretici ile tüketicilerin korunmasına hizmet ediyordu. Bu koruma kapsamında en başta gelen fiil de tabi olarak bir markanın taklitlerinin ortaya çıkmasıdır. Bir üretici markasını tescil ettirdikten sonra başka bir üretici de aynı markayı yine ilgili kurumlarda tescil ettirmekte, böylelikle markaları tescil edilen şahıslar yanında, tescili gerçekleştiren kurumun da sürece dâhil olması durumu ortaya çıkmaktadır.

Her ikisi tescil edilmiş marka davalarına bakan Bidayet ve Ceza Mahkemeleri, bu tür başvuruların büyük bölümünü, davaya konu olan markalar arasında ancak küçük benzerlikler olduğu gerekçesiyle reddetme yoluna gitmiştir. Bununla birlikte Şûra-yı Devlet'in 12 Ka-

<sup>52</sup> BOA, HR. HMŞ. İŞO, Dosya No: 94, Gömlek No: 23, 27.T.1327, 4. madde.

<sup>53</sup> BOA, HR. HMŞ. İŞO, Dosya No: 94, Gömlek No: 23, 27.T.1327, 9. madde.

<sup>54</sup> BOA, HR. HMŞ. İŞO, Dosya No: 94, Gömlek No: 23, 27.T.1327, 11. madde. 1888 tarihli nizamnameye 5 Eylül 1901 tarihinde yapılan ilave ile ruhsatnameleri verilen alamet-i farikaların tasdikli suretleri için sahipleri tarafından yapılan başvurularında yirmi beş kuruş alınmasına karar verilmiştir. Alamet-i Farika Nizamnamesine Müzeyyel Madde-i Nizamiye, Düstur Tertib-i Evvel, C. 7. s. 711.

sım 1898 tarihli, markaların tescilleriyle ilgili kararı, taklit markaların tescilinin önünü açarken, tescilleri gerçekleştiren Ticaret ve Nafia Nezaretî'nin (daha sonra Ticaret ve Sanayi Nezareti) de mesuliyetini ortadan kaldırmıştır. Esasında bu kararın alınmasındaki etkenlerden biri de Nurnberg merkezli ünlü kırtasiye üreticisi Johann Faber'in 1898 yılında markalarını tescil ettirmek için Osmanlı makamlarına başvurmasıdır. Zira firma, yıllardır kullandığı markasının, Osmanlı Devleti'nde bir başkası tarafından tescil ettirildiğini görmüş ve nezarete başvurmuştur.<sup>55</sup> Bu nedenle yaşanan tereddütler de meselenin Şûra-yı Devlet'e taşınmasına neden olmuştur.

Şûra-yı Devlet kararına göre, bir şahsın sahip olduğu marka, bir başkası tarafından da kanuna uygun olarak tescil ettirilebilir. Bu durumda gerçek marka sahibi, taklit olduğu düşünülen marka sahibi hakkında, kendi markasını tescil ettirdikten sonra dava açabilir. Bunun için de her iki markanın da tescili gerekmektedir. Aksi durumda, gerçek markanın, daha önce tescil ettirilen ve taklit olduğu bilinen marka göz önünde bulundurularak, tescilinin reddi, markası taklit edilen kişinin mağduriyeti anlamına gelecektir. Bu gerekçe paralelinde, nezarete yapılan marka tescil işlemlerinde, bir markanın taklit olup olmadığı veya başka bir markaya benzerlik göstermesine bakılmaksızın, eğer âdap ve ahlaka aykırı değil ise, tescili gerekmektedir. Benzer şekilde Ticaret ve Nafia Nezaretî'nin, marka tescil başvurularında, benzer markaların tescilinin yapılması durumunda ortaya çıkacak mağduriyetin bir benzeri, markaların tescil edilmemesi durumunda da ortaya çıkacak ve nezaret aleyhine, markası taklit edilen fakat tescil ettiremeyenler tarafında da zarar-zıyan davası açılmasına neden olabilecekti.<sup>56</sup> Dolayısıyla Ticaret ve Nafia Nezaretî'nin birinci görevi, teslim edilen alamet-i farikaların kayıt ve tescilinden ibaretti. Markaların incelenerek reddedilme yoluna gidilmesi bilakis gerçek marka sahiplerinin hukukuna tecavüz manası taşımaktaydı.

Bu karara karşı 1899 yılında üç Fransız fabrikatör, vekilleri Mösyö Bonet aracılığıyla, tescil edilmiş markalarının daha sonra bir başkası tarafından da tescil ettirilmiş olması nedeniyle itirazda bulunmuşlardır. Bu itiraza Şûra-yı Devlet tarafından, yukarıdaki gerekçeler yanında

<sup>55</sup> BOA, BEO, Dosya No: 1308, Gömlek No: 98043, 03.M.1317.

<sup>56</sup> BOA, ŞD, Dosya No: 1213, Gömlek No: 7, 28.Z.1316.

bir markanın benzerinin tescil edilmemesi için daha önceleri yapılan kayıt kontrol yönteminden, bazı markaların gerçek sahipleri aleyhine sonuçlar oluşması sebebiyle vaz geçildiği yönünde cevap verilmiştir. Şûra-yı Devlet, markaların taklit ve benzerliklerinin ancak bilirkşi tarafından tespit edilebileceğini, bilirkşi tayinin de mahkemelere ait olması hasebiyle, bir markanın taklit mi yoksa kısmi benzerlikler mi taşıdığını kararının ancak mahkemeler tarafından verilebilmesi yönünde kararını vererek bu kararını tavsiye niteliğinde Ticaret ve Nafia Nezaretine bildirmiştir.<sup>57</sup> Buna karşın 1902 yılında sigara kâğıdı üreticisi Yorgi isimli bir kişi, üzerinde gemi çapası figürü olan markasının Avram adlı bir üretici tarafından taklit edildiği gerekçesiyle dava açmıştır. Yapılan incelemede Yorgi'nin daha önce tescil ettirdiği markasının aynısının daha sonraki bir tarihte Avram adına da tescil edildiği ortaya çıkmıştır. Nezaret bu davada da kendi sorumluluğunu reddederek, mahkemenin iki marka sahibi arasında halledilmesini uygun görmüştür. Bununla birlikte Ticaret ve Nafia Nezareti, aynı markaların ve taklit olduğu sabit olan bir markanın tescilinin de ticari hayata zarar verdiğini kabul etmiştir.<sup>58</sup>

1904 yılına ait bir örnekte ise markasının, mukallid bir üretici tarafından tescil ettirildiğinden dolayı 4.500 lira zarara uğradığını ileri süren bir girişimci, markasını taklit eden kişi aleyhine açtığı davayı kazanmıştır. Buna karşın markasını taklit eden şahsın, kendi zararını karşılayabilecek mal varlığına sahip olmamasından dolayı, Ticaret ve Nafia Nezaretine kendi markasının bir başkası adına tescil edildiği için tazminat davası açmıştır.<sup>59</sup>

### Yabancıların Durumu ve İtirazlar

Nizamnamenin uygulama safhasında görülen sorunlardan biri de yabancıların hukuki durumu olmuştur. Yabancı ülke vatandaşı kapitülasyonların sağladığı hukuki himaye ile davalarını konsolosluk mahkemelerinde görebiliyorlardı. Bu mahkemelerde davaya taraf olanların tabiiyetleri farklı ise Roma hukukunda yer alan "actor sequitur forum rei" kuralı gereği, davalı tarafın konsolosluğu davaya

<sup>57</sup> BOA, BEO, Dosya No: 1377, Gömlek No: 103226, 20.Ca.1317.

<sup>58</sup> BOA, BEO, Dosya No: 1819, Gömlek No: 136376, 21.Z.1319.

<sup>59</sup> BOA, BEO, Dosya No: 2306, Gömlek No: 172905, 18.M.1322.

bakmaya yetkili sayılırdı.<sup>60</sup> Davanın taraflarının birinin yabancı, diğerinin Osmanlı vatandaşı olması durumunda ise yetki Osmanlı mahkemelerine aitti.<sup>61</sup> Alamet-i farika Nizamnamesinde ise kapitülasyonlar dikkate alınmayarak, ortaya çıkacak her türlü dava için Osmanlı mahkemeleri yetkilendirilmiştir. Nizamnamenin 6. maddesine göre;

“tebaa-i ecnebiyeden olub memalik-i devlet-i âliyyede sanayi ve ticaret ashabı bulunanlar dahi kendi imalatına veyahut eşya-ı ticariyelerine mahsus bir alamet-i farika ittihazı hakkında işbu nizam ahkâmına riayet eyledikleri halde bunun havi olduğu menafi ve teminata nail olarak bu babda vuku’ bulacak davaları tarafeyn ecnebi olsa bile on birinci maddede gösterildiği üzere işbu nizamnameye tevfikan mehakim-i devlet-i âliyyede rü’yet olunacaktır”

denilerek konsolosluk mahkemeleri devre dışı bırakılmıştır. Bu yeni durum ise İngiltere, Rusya, Fransa, Belçika ve Almanya sefaretlerinin 1894, 1895 yıllarında tekerrür eden itirazlarına neden olmuştur.<sup>62</sup> Hatta henüz 1893 yılında, itirazlardan önce, İtalyan ve Alman vatandaşı iki üretici arasında cereyan eden davada Alman Konsolosluğu, mahkemeyi tanımadığı gerekçesiyle mahkemeye tercüman göndermemiştir.<sup>63</sup>

Avrupa devletlerinin itirazlarına Adliye Nezareti, Osmanlı Devleti’nin, sınaî mülkiyet haklarının himayesini temin eden 1883 Paris Sözleşmesi ile 1891 yılına ait yine aynı içerikli Madrid Sözleşmesine taraf olmadığını, dolayısıyla uluslararası kanun ve jüri heyetlerinin Osmanlı mahkemelerine herhangi bir tesirinin olmayacağı şeklinde yanıt vermiştir.<sup>64</sup> Bu bağlamda Osmanlı makamları Alamet-i Farika Nizamnamesinden doğan hak ve sorumluluklardan doğan davalar ile kapitülasyonları ayrı tutmuştur.

<sup>60</sup> Belkıs Konan, “Osmanlı Devleti’nde Yabancıların Kapitülasyonlar Kapsamında Hukuki Durumu”, Ankara Üniversitesi SBE, Ankara 2006, Kamu Hukuku ABD, (Yayınlanmamış Doktora Tezi), s. 141.

<sup>61</sup> Nevin Ünal Özkorkut, “Kapitülasyonların Osmanlı Devleti’nin Yargı Yetkisine Getirdiği Kısıtlamalar”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 53, S. 2, 2004, s. 90.

<sup>62</sup> BOA, HR. HMŞ. İŞO, Dosya No: 94, Gömlek No: 23, 27.T.1327.

<sup>63</sup> BOA, HR. TO, Dosya No: 144, Gömlek No: 118, 08.11.1893.

<sup>64</sup> BOA, HR. HMŞ. İŞO, Dosya No: 94, Gömlek No: 23, 27.T.1327. “sefaretlerin nizamname ahkâmından işlerine gelmeyenleri adem-i kabul ile menfaatlerine muvafık olanlardan istifade etmek istediklerine delalet etmekte olduğundan...”.

Fransız Sefareti, başvurularından bir netice alamayınca en azından, ilgili davaların Bidayet ve Ceza Mahkemeleri yerine, daha beynelmilel bir yapıdaki ve aza mülazımlarının Fransızca bilme zorunluluğu olan<sup>65</sup> Ticaret mahkemelerinde görülmesini teklif etmiştir. Fakat bu teklif de kabul görmemiştir.<sup>66</sup>

Fransız Sefareti ile Avrupalı sefaretlerin iddia ve istekleri temelde üç başlık altında toplanabilir;

- Ecnebler hakkında Osmanlı vatandaşlarının tabi olduğu mahkemelerin hükmü cari olamaz.
- Birinci iddia ile bağlantılı olarak, ortaya çıkan ticari anlaşmazlıkların her iki tarafının ecnebi olması durumunda, davalının men-sup olduğu konsolosluk mahkemesi alamet-i farika davalarına bakmaya salahiyyəttardır.
- Davalarda tercüman bulundurulması zorunlu olmalıdır.

Avrupa sefaretleri bir süre sonra bu isteklerinin ikincisinden vaz geçmişlerdir. Adliye Nezareti de birinci iddiayı göz ardı etmiş; son istek olan tercüman meselesinde ise yine diretmiştir. Adliye Nezareti'ne göre, tercüman en azından bir taraf için gerekli değildir. Zira davacı taraf zaten Alamet-i Farika Nizamnamesinin himayesi altındaydı ve Mecelle'nin 88. maddesindeki ifade olan "külfet nimete ve nimet külfete göredir" düsturuna göre hali hazırdaki himayeye nazaran, davalının tercümana ihtiyacı yoktur.<sup>67</sup> Buna karşın markayı taklit etmekle suçlanan yabancı, hiçbir himayeden istifade edemediği için uhud-ı atike gereği tercüman huzuruna ihtiyaç duyacaktır. Bu bakımdan taklit davalarının görüldüğü Ceza Mahkemesinde, marka sahibi davacı, konsolosunun yardımı olmaksızın mahkemede bulunur, markayı taklit eden yabancı ise tercüman vasıtasıyla isbat-ı vücud eder. Mahkeme de sadece markayı taklit eden ecnebinin tercümanını kabul ederek davayı görür.<sup>68</sup>

<sup>65</sup> M. Macit Kenanoğlu, Osmanlı Ticaret Hukuku, Lotus Yayınları, Ankara 2005, s. 53.

<sup>66</sup> BOA, HR. HMŞ. İŞO, Dosya No: 181, Gömlek No: 67, 24.N.1312.

<sup>67</sup> BOA, HR. HMŞ. İŞO, Dosya No: 94, Gömlek No: 22, 01. Ma.1330.

<sup>68</sup> BOA, HR. HMŞ. İŞO, Dosya No: 94, Gömlek No: 22, 01. Ma.1330.

Bu kararlara rağmen yabancıların marka davalarında Osmanlı mahkemelerini tanımama davranışı devam etmiştir. 5 Mart 1901 tarihinde Beyoğlu 1. Ceza Mahkemesinde görülen taklit davasında Fransız vatandaşı tacirin mahkemeye verdiği bir İngiliz'in davasında, tercüman bulundurması gereken İngiliz konsolosluğu, mahkemeyi tanımadığını bildirerek tercüman göndermemiş; dava da bu yüzden görülmemiştir.<sup>69</sup> 1911 yılında yine bir İngiliz ve bir Osmanlı vatandaşı iki girişimci tarafından işletilen kibrit fabrikasının markasıyla ilgili Osmanlı mahkemesinde görülen davaya, İngilizler, şirketin tabiiyetinin İngiltere olduğunu ve dolayısıyla Osmanlı mahkemelerinin yetkisizliğini öne sürerek itiraz etmişlerdir. İngilizlerin itirazı ile ilgili herhangi bir sonuç alınmadan dava Osmanlı mahkemesinde görüşülerek karara bağlanmıştır. Adliye Nezareti de İngiliz konsolosluğuna şikâyetle neden olacak sebebin ortadan kalktığına dair bir yazı göndermiştir.<sup>70</sup> Bu bakımdan Avrupalıların itirazlarına rağmen kanuni uygulamanın nizamname doğrultusunda devam ettiği sonucuna varılabilir.

Bununla birlikte nadirde olsa yabancıların isteği doğrultusunda karar verildiği görülmüştür. 1911'de Sayda'da Amerikan Misyoner Okulu Müdürü Ford aleyhine açılan marka taklit davası Osmanlı Ceza Mahkemesinde görülmeye başlanmışsa da Beyrut Amerikan Konsolosluğunun itirazı ile durdurulmuştur. Gerekçe olarak da Osmanlı Devleti ile ABD arasında imzalanan 1830 tarihli antlaşması gösterilmiştir. Antlaşmanın dördüncü maddesine göre, Amerikan vatandaşları ile Osmanlı Devleti vatandaşları arasında ortaya çıkan davalara -en azından belirli bir miktara kadar- Osmanlı adli makamları tarafından bakılamayacaktı.<sup>71</sup> Böylelikle mahkeme Osmanlı makamlarından alınarak konsolosluk mahkemesinde görülmeye başlamıştır.

<sup>69</sup> BOA, HR. HMŞ. İŞO, Dosya No: 94, Gömlek No: 22, 01. Ma.1330.

<sup>70</sup> BOA, HR. HMŞ. İŞO, Dosya No: 94, Gömlek No: 22, 01.Ma.1330.

<sup>71</sup> Dördüncü madde: "Devlet-i Aliyye tebaa ve reayasıyla Amerika devleti tebaası beyninde niza' ve dava vuku'unda tercümanı hazır olmadığı halde istima' ve fasl olunmayub beşyüz guruşdan ziyadeye resie olan davaları Asitane'ye havale ile hak ve adl üzere rü'yete oluna ve Amerika tebaası kendi halinde ticaretleriyle meşgul olub bir güne töhmet ve kabahatleri olmadıkça bila-muceb dahl ve tarruz olunmayub töhmetleri vuku'unda dahi hükkam ve zabitan taraflarından haps olunmayarak sair müste'min haklarında muamele olunduğu vechle elçi ve konsolosları ma'rifetiyle iktiza-yı tedibleri icra oluna." "Amerika - Devlet-i Aliyye Münasebetleri", Mecmua-i Muâhedat, Hakikat Matbaası, İstanbul 1294, İkinci Cilt, Cüz: 1, s. 4.

Yabancıların Alamet-i Farika Nizamnamesi hakkındaki bir diğer itirazları, nizamnameden faydalanmak için Osmanlı Devleti'nde ikametgâh veya müessesesi olma mecburiyetiydi. İstanbul İstinaf Mahkemesinin 27 Kasım 1911 ve 16 Şubat 1912 tarihlerinde; İstanbul Temyiz Mahkemesi'nin de 25 Temmuz 1911 tarihinde Osmanlı Devleti'nde tescil edilmiş bir markayla ilgili dava açan kimsenin Osmanlı Devleti'nde bir ticari müessesesi olduğunu ispat etmedikçe davasının kabul edilmeyeceğine dair kararları mevcuttur.<sup>72</sup> Osmanlı mahkemeleri Nizamnamenin 6. maddesinde yer alan "*sanayi ve ticaret ashabı*" sözünü daima Osmanlı Devleti'nde ticarethane sahibi olmak şeklinde anlamaya meyletmişlerdir. Dolayısıyla Osmanlı Devleti'nde sanayi ve ticaret ashabı olanlar, nizamnamenin sağladığı himayeden faydalanabilirlerken, yalnızca ihracat yapan şirketler bu korumadan faydalanamıyordu. Fakat uygulamada bu mesele çok önemli görünmemektedir çünkü ihracatçı şirketlerin Osmanlı Devleti sınırları içinde bir vekil tayin etmeleri yeterliydi.<sup>73</sup>

### Tekel Sorunu

Alamet-i Farika Nizamnamesinden doğan ve özellikle kanunun yanlış tefsirinden kaynaklanan uygulama sorunlarından biri de tekel sorunudur. Marka kavramı snai mülkiyet hakları içerisindeydi ve snai mülkiyet hakları doğası gereği belirli bir süre için bir tekel yaratmaktaydı. Bu tekelin belirli bir alamet dışında bütün bir sektörü etkileyecek şekilde anlaşılması veya uygulanması ise mülkiyetin belirlediği sınırların bir nevi aşılmasıdır. Bir örnekte Beyrutlu bir at nalı üreticisi olan Mehmed Emin, at nalı şeklindeki markalarını 1904 ve 1905'te tescil ettirmiştir. Marka sahibi aldığı tescil ruhsatına dayanarak önce Beyrut'a ithal edilen at nallarına el koydurmuş daha sonra, neredeyse tüm ülkeyi kapsayacak boyutta at nalı şeklinde marka taşıyan bütün nallara gümrüklerde el koydurmak için girişimde bulunmuştur.<sup>74</sup> Bu girişimin nedeni hemen hemen bütün nal üreticilerinin benzer figürlü markalardan oluşmasıydı. Bâb-ı Âli Hukuk Müşavirliği, Ticaret ve Nafia Nezaretî'nin başvurusu sonucunda meseleyi görüşerek, bir eşyanın asli şeklinin marka olarak kabul edilemeyeceği yönünde bir ka-

<sup>72</sup> BOA, HR. HMŞ. İŞO, Dosya No: 94, Gömlek No: 22, 01. Ma.1330.

<sup>73</sup> BOA, HR. HMŞ. İŞO, Dosya No: 94, Gömlek No: 21, 28.Ni.1338.

<sup>74</sup> BOA, ŞD, Dosya No: 1230, Gömlek No: 35, 13.Za.1329.



rar almıştır.<sup>75</sup> Bu karar doğrultusunda Beyrutlu nal üreticisi Mehmed Emin'in Beyrut'ta meydana getirdiği tekel girişimi ortadan kaldırılmıştır.

### Gümrüklerde Ortaya Çıkan Sorunlar

Alamet-i Farika Nizamnamesinin hayata geçmesinden sonra ithalat-ihracat kapıları olan gümrüklerde de dikkat edilen hususlardan biri ülkeye giren emtianın üzerindeki markalar olmuştur. 1871 yılına ait ilk Alamet-i Farika Nizamnamesinin 23. maddesinde taklit emtiaya gümrüklerde el konulabileceği ifadesi yer almaktaydı. Buna karşın gümrüklerde, bir ürünün taklit olup olmadığını anlayacak yeterlilikte personel olmaması bir yana, "el konulabilecektir"<sup>76</sup> ifadesinin yarattığı keyfiyet de gümrük işlerinin uzamasına neden olan şikâyetlere neden olmuştur. Bu sebeple önce, ta'dil edilen 23. maddenin ilgili ifadesine, 1888 yılına ait nizamnamede yer verilmeyerek, sorumluluk, üreticilere devredilerek mahkeme kapısı açık tutulmuştur.<sup>77</sup> Bununla birlikte Osmanlı Devleti, gümrüklerde marka sahteciliğinin önüne geçebilmek için 9 Mayıs 1899'dan itibaren, emtiası gümrüğe gelen marka sahiplerinden, markalarının kendilerine ait olduğunu ispat edecek birer numune alınmaya başlanmıştır. Bu numuneler ise -eğer marka Osmanlı Devleti'nde tescil edilmiş ise- ancak Ticaret ve Nafia Nezaretinden belirli bir harç karşılığı alınabiliyordu. Doğal olarak bu durum prosedür artışı anlamına geldiği için şikâyet konusu olmuştur.<sup>78</sup>

Gümrüklerde karşılaşılan sorunların bir diğeri, ithal emtia üzerindeki markaların Osmanlı siyasal ortamı ve sosyal yapısına uygun bulunmaması sonucu, el konulma veya imha edilmesiyle karşı karşıya kalmasıydı. Fakat bu prensibin çoğu zaman siyasal ortam ile ilgili ve göreceli olduğu söylenebilir. Örnek olarak 93 Harbinden sonra ülke gündemin-

<sup>75</sup> BOA, ŞD, Dosya No: 1230, Gömlek No: 35, 13.Za.1329.

<sup>76</sup> 23. madde: "...kaffe-i ma'mulat ve eşya-yı dahiliye ve ecnebiye gümrüğe vürudunda rüsumat aidareleri taraflarından tevkif olunabilir..." BOA, HR. HMŞ. İŞO, Dosya No: 94, Gömlek No: 23, 27.T.1327.

<sup>77</sup> 23. madde: "...bir memleket ismine olarak alâmat-ı mukallide ile rüsumat idarelerine eşya-yı mâmule vürudunda eğer memalik-i Osmaniye'nin diğer bir mahalinde taklid kılınmış ise tamgalarına taklid edilmiş olan mâmulatın âmilleri istedikleri zaman ikame-i dava etmek üzere ol eşyanın müruruna mümanaat olunmayacak..." BOA, HR. HMŞ. İŞO, Dosya No: 94, Gömlek No: 23, 27.T.1327.

<sup>78</sup> BOA, ŞD, Dosya No: 1214, Gömlek No: 2, 09.S.1326.

de önemli bir yere sahip Makedonya sorunu gösterilebilir. 1904 yılında gümrüğe gelen ve üzerinde "M&B" yazısı ile Bulgaristan'ı temsil eden üç aslanın yer aldığı bir sigara paketinde "M&B" yazısının "Macédoine de Bulgarie" olarak değerlendirilmesi sonucu sigara kutularına el konulmuştur. Marka sahibinin bu yazıyı kendi isminin -Mayer Buton- kısaltması olarak açıklamasına karşın, ürünlerin satışı yasaklanmıştır.<sup>79</sup>

Ahlaki içeriği uygun bulunmayan markalar taşımak, gümrüklerde el konulma sebebi olabiliyordu. Gümrüklerde Osmanlı hissiyatını rencide edebilecek marka barındıran ürünlere "3" rakamı ile işaret vuruluyordu ve kontrol bu şekilde sağlanıyordu.<sup>80</sup> Bu markalardan biri aynı zamanda Osmanlı Devleti ile İngiltere arasında küçük çaplı diplomatik bir krize neden olmuştur. 1892 yılında Bağdat'ta yaşanan olayda markasının üzerinde, gözleri bağlı bir kadın ve bir aslan figürü yer alan, İngiliz bir üreticiye ait kumaşlar, Bağdat gümrük memurlarınca markalarının sökülmesiyle tahrip edilmiştir. Zarara uğrayan üretici ise İngiltere Sefaretine başvurarak zararının karşılanmasını istemiştir. Sonuç olarak Osmanlı yönetimi gümrük memurlarını uyarılmış bunun yanında İngiliz tacire de markasını değiştirmesini tavsiye etmiştir. İngiliz sefaretine ile Hariciye Nezareti arasında geçen yazışmalarda İngilizler, doğu ve batı toplumlarının ahlak anlayışlarının farklılık gösterdiğini bu nedenle de İngiliz üreticilerinin daha dikkatli olmaları gerektiğini belirtmekle birlikte bu marka üzerindeki figürlerin bu farklılık kapsamında değerlendirilemeyeceğini savunmuşlardır.<sup>81</sup>

Gümrüklerde üzerlerindeki markaların siyasi veya ahlaki gerekçelerle uygunsuz bulunarak ülkeye girişi engellenen ürünlerin zaman zaman gümrük memurlarının keyfi uygulamalarına göre belirlendiği de söylenebilir. 1897 yılında Alman bir tacirin iplik makaralarına, üzerinde yer alan markaların uygunsuz olduğu gerekçesiyle el konulmuştur. Daha sonra Ticaret Nezareti tarafından yapılan incelemede ise markaların herhangi bir sakınca içermediği görülerek, emtianın ülkeye girişine izin verilmiştir.<sup>82</sup> Bu bakımdan gümrüklerde karşılaşılan sorunların en azından bir bölümünün, memurların şahsi kararlarıyla doğrudan bağlantılı olduğunu söylemek yanlış olmaz.

<sup>79</sup> BOA, DH. MKT, Dosya No: 861, Gömlek No: 15, 29.R.1322.

<sup>80</sup> BOA, DH. İD, Dosya No: 225, Gömlek No: 5, 10.Za.1332.

<sup>81</sup> BOA, HR. TO, Dosya No: 265, Gömlek No: 37, 03.11.1892.

<sup>82</sup> BOA, BEO, Dosya No: 916, Gömlek No: 68647, 05.L.1314.

### Marka Başvurularında Şekil-Simge Denetimi

1888 yılında çıkarılan Alamet-i Farika Nizamnamesinin birinci maddesinde ticari mamulat ve eşyaların üzerine konulacak işaretler isim, mühür, resim, huruf, erkam, mahfaza ve sair şeklinde tespit edilmiştir. Aynı tarihli nizamnamede 1871 tarihli nizamnamede bulunmayan yeni bir ifade olarak ikinci maddeye, marka olarak kabul ve tescil edilebilecek bu işaretlerin, asayiş, adap ve toplumun ahlaki değerlerine aykırı ve Osmanlı hissiyatını zedeleyici nitelikte olmaması şartı ilave edilmiştir. Pek spesifik görünmeyen bu ilave, bazı karışıklıklar ve keyfi uygulamaları da beraberinde getirmiştir. Siyasi iklim, uluslararası gerginlikler, dini hassasiyetler, marka tercihlerine de zaman zaman haklı zaman zaman keyfi müdahaleler olarak yansımıştır.

Marka tescillerinde Ticaret ve Nafia, daha sonra ise Ticaret ve Sanayi Nezareti sorumlu olmakla birlikte markalar aynı zamanda Zabtiye Nezareti'nin de kontrolünden geçiyordu. Bu bakımdan özellikle siyasi hassasiyetin daha üst noktada olduğu söylenebilir. Çeşitli örnekler vererek bu konuyu daha iyi açıklayabiliriz. 1902 yılında Viyana merkezli bir sigara üreticisinin tescil başvurusunda, marka olarak belirlediği, üzerinde bir taç şekli bulunan Mısır piramidi resmi, taç işaretinin siyasi bir manaya gelebileceği nedeniyle reddedilmiştir. Başvuru sahibi sigara üreticisine ancak taç resminin kaldırılması durumunda ruhsat verilebileceği Zabtiye Nezareti'nden bildirilmiştir.<sup>83</sup> 1903 yılında Seferoğlu Nikolaki'nin yine sigara kâğıdı olarak kullanılmak üzere tescil ettirmek istediği iki marka örneği, üzerlerinde Mısır demiryolu resmi olduğu için reddedilmiştir. Nezaretin açıklamasında sigara kâğıdı üzerinde yer alan Mısır demiryolu resminin manasının anlaşılmadığı belirtilmiştir.<sup>84</sup> Mısır ile ilgili hassasiyetin benzeri, genel manada Afrika için de gösterilmiştir. 1902 tarihli yine Seferoğlu Nikolaki tarafından ve yine sigara kâğıdı için verilen bir marka başvurusunda, resim olarak seçilen Güney Afrika resmi uygunsuz bulunarak reddedilmiştir.<sup>85</sup> 1914 yılında sigara kâğıdı ile ilgili bir başvuruda, asıllarından biraz farklı bir şekilde demiryolu, makas resmi ve Romanya ismini içeren markalar siyasi bakımdan mahzurlu görülerek

<sup>83</sup> BOA, ZB, Dosya No:361, Gömlek No: 70, 02. Ks. 1317.

<sup>84</sup> BOA, ZB, Dosya No: 362, Gömlek No: 34, 09.Ts.1319.

<sup>85</sup> BOA, ZB, Dosya No: 361, Gömlek No: 2, 01.Mart.1317.

tescil edilmemiştir.<sup>86</sup> İtalyan tebaasından bir girişimcinin tırpan ve ot biçmeye mahsus aletler üzerindeki kılıç resmi ile sırma teller üzerine konulmak üzere belirlenen aslan resmi de Zabtiye Nezareti tarafından mahzurlu bulunarak marka olarak kabul edilmemiştir.<sup>87</sup>

Zabtiye Nezareti'nin marka başvurularını değerlendirirken temel kıstası bir markanın gerçekten siyasi anlam taşıyor olması ya da siyasi anlam yüklenebilecek müphem bir mahiyette olmasıydı. Tabii olarak müphemlik kavramı görecelidir, başvurunun yapıldığı dönem, numuneleri inceleyen uzmanların görüş ve tecrübeleri, kavramı oldukça geniş bir çerçevede değerlendirme ihtimalini ortaya çıkarabilmekteydi. Bu durum ülke ticaret ve sanayisinin gelişmesi için çalışan Ticaret Nezareti ile ülke güvenliğini düşünen Zabtiye Nezareti'ni karşı karşıya getirecek boyutlara ulaşmıştır.

Ticaret ve Sanayi Nezareti'ne göre, marka başvuru sürecinde numunelerin Zabtiye Nezareti'ne gönderilmesi Alamet-i Farika Nizamnamesinin ikinci maddesinin uygulanması için bir usul olarak belirlenmişti. Fakat Zabtiye Nezareti'nin oluşturduğu inceleme komisyonu, incelediği numunelerin birçoğunu alelade bir resim veya şekil sebebiyle, herhangi bir gerekçe belirtmeksizin mahzurlu buluyordu. Bu sebeple yabancı menşei ve birçok ülkede tescil edilen ünlü bir marka Osmanlı Devleti'nde, ticari hayatın dışında bırakılabiliyordu. Fabrikatörler yıllarca aynı markayı kullanmaları sebebiyle ticari hayatta tanındıkları, ayırt edici özellik kazanan işaretlerini adeta kötü bir maksat veya "*garaz-ı siyasi*" amacıyla kullanıyormuş gibi muamele görme tehlikesiyle karşılaşabiliyorlardı. Bu muamele sebebiyle fabrikatör ve sanayicilerle muhatap olan Ticaret ve Sanayi Nezareti, birçok şikâyet ile uğraşmak zorunda kaldığı gibi başvuru sahipleri tarafından adeta Osmanlı Devleti'nde ticaret ve sanayinin gelişmesinde bir engel olarak algılanıyordu. Bu bakımdan Ticaret ve Sanayi Nezareti, Zabtiye Nezareti'nin markaları değerlendirirken daha dikkatli olmasını ve en azından mahzurlu gördüğü numuneler için bir gerekçe hazırlayarak başvuru sahibinin bilgilendirilmesini talep etmiştir.<sup>88</sup> Buna

<sup>86</sup> BOA, DH. İD, Dosya No: 225, Gömlek No: 5, 10.Za.1332.

<sup>87</sup> BOA, BEO, Dosya No: 785, Gömlek No: 58842, 15.Z.1313. Başbakanlık Osmanlı Arşivi'nde reddedilen marka tescil başvuruları ile ilgili oldukça fazla örnek bulunmaktadır.

<sup>88</sup> BOA, BEO, Dosya No: 785, Gömlek No: 58842, 15.Z.1313.

karşın Tanzimat Dairesi, nezaretin şikâyetini değerlendirerek, başvuru sahiplerinin bilgilendirilmesi mecburiyetinin olmadığına karar vermiştir.<sup>89</sup>

Siyasi ve ahlaki kaygılar dışında marka tescillerinde dikkat edilen diğer simgelerin başında ise Osmanlı devlet simgeleri olan arma, tuğra, ay ve yıldız gelmekteydi. Bu simgeler özellikle Alamet-i Farika Nizamnamesinin ilk çıktığı yıllarında, henüz kontrol mekanizmasının yeterli düzeyde sağlanmadığından marka olarak tescil edilmiştir. Daha sonraki süreçte bu simgelerin özellikle sigara kutuları ve alkollü içeceklerde kullanılmasının yarattığı rahatsızlık sebebiyle, tescillerinin yasaklandığını görmekteyiz. Osmanlı sancağı, Sultaniye<sup>90</sup> gibi kelimeleri ihtiva eden başvurularda da aynı usul doğrultusunda hareket edilerek ruhsat talepleri reddedilmiştir.<sup>91</sup> Buna karşın devlet simgelerinin özel izinlerle, fabrika, dükkân gibi mekânların kapılarına asılmasına müsaade edilmiştir.<sup>92</sup>

Marka başvurularında yaşanan bir diğer karışıklık insan resim ve portrelerinin, tescil edilip edilemeyeceği olmuştur. Bu konuda ağırlık kazanan görüş, kişilerin kendi resimlerini marka olarak tescil ettirebilecekleri, buna karşın tanınmış kişilerin resimleri için izin alınması gerektiği olmuştur.<sup>93</sup> Fakat bu meselede ilgili kurumların asıl yoğunlaştığı konu padişah resimlerinin marka olarak tescil edilmemesi üzerine olmuştur.<sup>94</sup>

Yukarıdaki tartışmalı konular dışında Ticaret ve Sanayi ile Zabtiye nezaretleri tarafından değerlendirilen bazı başvurulardan örnekler

<sup>89</sup> Nizamnamenin 2. maddesi: “alamet-i farika ittihaz olunan resimlerin asayiş ve adab ve ahlak-ı umumîyeye mugayir şekilde olmaması şarttır buna muvafık olmayanlar alamet-i farika ittihaz olunamaz” diye muharrer olub iş bu resimlerden bazılarının muhazir-i meruhiye mebni kabulü hükümet-i seniyye tarafından tecviz buyurulmadığı halde bunun esbab-ı mucibiyesini ashabına beyan etmekle bir güne mecburiyet olmadığından müstedi-i müma-ileyh cevap itasıyla emsali hakkında da bu vechle muamele olunması...” BOA, BEO, Dosya No: 785, Gömlek No: 58842, 15.Z.1313.

<sup>90</sup> BOA, ZB, Dosya No: 364, Gömlek No: 8, 15.Mart 1323.

<sup>91</sup> BOA, DH. MKT, Dosya No: 2194, Gömlek No: 62, 18.Z.1316.

<sup>92</sup> Daha Geniş bilgi için Bkz: Tolga Akay, “Osmanlı Devleti’nde Arma-i Osmânî ve Tuğrâ-yi Hümâyûn’un Alâmet-i Farika Olarak Kullanımı”, *Kafkas Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi*, S. 9, Bahar 2012, s. 1-15.

<sup>93</sup> BOA, ŞD, Dosya No: 1230, Gömlek No: 35, 13.Za.1329.

<sup>94</sup> BOA, BEO, Dosya No: 3421, Gömlek No: 256537.

vermek ilgili nezaretlerin yönelimlerini açıklamak bakımından faydalı olacaktır. Örneğin, Balıklı Rum Hastanesi menfaatine satılacak kibrit kutularına konulacak markanın üzerinde, günümüzde de bazı sektörlerde kullanılan hasta insan resimleri olmasından dolayı, uygun bulunmamıştır.<sup>95</sup> Başka bir başvuruda bir sigara üreticisinin, ürünleri için seçtiği "Evlad-ı Şüheda" isimli markası, kabul edilerek tescil edilmiştir. Daha sonra sigara kutusunu dükkânlarda gören bazı kişiler, böyle şerefli bir ismi sigara kâğıdıyla bağdaştırmanın nasıl mümkün olabildiğine dair Ticaret ve Sanayi Nezareti'ne yaptıkları başvurular sonucu ilgili ruhsat iptal edilmiştir.<sup>96</sup> Bazı başvurular, resimlerin münasebetsiz bulunmasından dolayı<sup>97</sup> bazı başvurular da resim ve şekillerin belirsizliği, okunaklı olmadığı için kabul görmemiştir.<sup>98</sup> Başvurusu reddedilen diğer markalarda ise Dolmabahçe, Beylerbeyi Sarayı ve Tophane-i Âmire Dairesi gibi resimler bulunmaktaydı.<sup>99</sup>

Şekil itibarıyla değilse de taklide açık oldukları için denetim altına alınan bir diğer alan, hayır amaçlı satılan ürünlere basılan simgelerdi. Hicaz Demiryolu, Dar'ül aceze, Maarif Nezareti gibi kurumlar<sup>100</sup> ve projeler yanında Gayr-ı Müslim hastaneleri<sup>101</sup> gibi vakıf kurumları gelirlerini arttırmak için sigara kâğıdı, kibrit kutusu gibi basit ürünler meydana getirerek satışa çıkarıyorlardı. Bu tür kurumların, gelir sağlamak için üzerinde marka işaretleri olan ürünleri piyasaya sürmelerinde, devlet nezdinde bir sakınca yoktu fakat bunların birçoğu tescil ettirilmiyorlardı. İşte bu durum sakıncalı görülüyordu zira markaları taklide tamamen açık oluyordu ki sosyal yardım içerikli ürünlerin satışı daha fazla rağbet gördüğü düşünülebilir. Bu nedenle şahsi kazançtan çok kurumsal manada gelir elde etmeyi amaçlayan eğitim, sağlık vb. kurumların satışa çıkardıkları ürünlerin de Ticaret ve Sanayi Nezareti tarafından tescil edilmesi gerekli görülmüş ve bu şekilde

<sup>95</sup> BOA, ZB, Dosya No: 352, Gömlek No: 80, 6.Te.1320.

<sup>96</sup> BOA, MF. MKT, Dosya No: 1226, Gömlek No: 96, 8.Ş.1335.

<sup>97</sup> BOA, ZB, Dosya No: 362, Gömlek No: 63, 11.Te.1320.

<sup>98</sup> BOA, ZB, Dosya No: 363, Gömlek No: 74, 03.Ha.1322.

<sup>99</sup> BOA, ZB, Dosya No: 361, Gömlek No: 12, 27.Ni.1327.

<sup>100</sup> Mekâtib-i İbtidaiye-i İslamiye için satışa sunulan ve gelirinin yaklaşık % 25'inin Maarif Nezareti'ne terk edilen sigara kâğıtları gibi, BOA, MF. MKT, Dosya No: 406, Gömlek No: 1, 25.S.1316.

<sup>101</sup> Balıklı Rum Hastanesi'nin çıkardığı kibrit kutuları örnek verilebilir. BOA, ZB, Dosya No: 352, Gömlek No: 80, 6.Te.1320.

bir uygulama benimsenmiştir.<sup>102</sup> Böylelikle bu kurumların herhangi bir taklit durumunda hukuklarının muhafazasının temin edilebilmesi sağlanmıştır.

### Sonuç

Osmanlı Devleti'nde marka kavramı özellikle küçük üreticilerin Sanayi Devrimi'nin etkilerini azaltmak ve aynı zamanda emtialarının yerel düzeyde taklit edilmesinin önüne geçebilmeleri yönündeki talepleri sonucu XIX. yüzyılın başından itibaren belirli ölçüde gelişmeye başlamıştır. 1871 ve 1888 yıllarında çıkarılan Alamet-i Farika Nizamnameleri, Osmanlı Devleti'nde marka hukukunun oluşumunda dönüm noktaları olmakla birlikte, markalaşmayı etkileyen birçok faktörün henüz Osmanlı sanayi ve ticaretinde gelişmemiş olması bu süreci yavaşlatmıştır. Özellikle özel sermayenin ve girişimciliğin oldukça zayıf olması, bu nizamnamelerin büyük oranda yabancı/küresel markaların Osmanlı sınırları içerisinde himaye edilmesiyle sonuçlanmıştır. Hali hazırda Türkiye'nin ekonomik bakımdan önde gelen problemlerinden bir de uluslararası markalaşmanın yeterli seviyeye ulaşamamasıdır.

Her şeye rağmen Osmanlı marka hukuku XIX. yüzyıl sonu ile XX. yüzyıl başlarında önemli bir tecrübe olarak gelişmiş ve Cumhuriyet'e aktarılmıştır. Zira Alamet-i Farika Nizamnamesi 1965 yılına değin yürürlükte kalarak, kısa sayılmayacak bir dönemde Türkiye'nin temel marka kanunu olarak varlığını sürdürmüştür.

### Kaynakça

#### Başbakanlık Osmanlı Arşivi

- A. MKT. MVL (Sadaret Mektûbi Kalemi Meclis-i Vâlâ Evrakı), BEO (Bâb-ı Âli Evrak Odası), C. İKTS (Cevdet İktisad), DH. İD (Dâhiliye Nezareti İdari), DH. MKT (Dâhiliye Nezareti Mektubî Kalemi), HAT (Hatt-ı Hümâyûn), HR. HŞ. İŞO (Hariciye Nezareti Hukuk Müşavirliği İstişare Odası evrakı), HR. TO (Hariciye Nezareti Tercüme Odası), MF. MKT (Maarif Nezareti Mektûbi Kalemi), MVL (Meclis-i Vâlâ), ŞD (Şûra-yı Devlet), ZB (Zabtiye Nezareti)

<sup>102</sup> BOA, MF. MKT, Dosya No: 406, Gömlek No: 1, 25.S.1316.



### Kitap ve Makaleler

- "Amerika - Devlet-i Aliyye Münasebetleri", Mecmua-i Muâhedat, Hakikat Matbaası, İstanbul 1294, İkinci Cilt, Cüz: 1.
- Akay Tolga, "Osmanlı Devleti'nde Arma-i Osmânî ve Tuğrâ-yi Hümâyûn'un Alâmet-i Farika Olarak Kullanımı", *Kafkas Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi*, S. 9, Bahar 2012, s. 1-15.
- Arseven Haydar, "Alameti Farika Hakkının Mahiyeti, Gayrı Kanuni Rekabetle Münasebeti ve Doğumu", *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, C. 16, S. 3-4, 1950.
- Arseven Haydar, *Alameti Farika Hukuku*, İsmail Akgün Matbaası, İstanbul 1951.
- Dursun Hasan, *Marka Hukuku*, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2008.
- Düstur, Tertib-i Evvel, C. 1, Matbaa-i Âmire, İstanbul 1289.
- Fabrika Ma'mulâtıyla Eşya-yı Ticariyeye Mahsus Alamet-i Farikalara Dair Nizamname, Matbaa-ı Âmire, İstanbul 1287.
- Fikri Lütüfî, "Mülkiyet-i Sınainin Suret-i Temin ve Himayesi", İstanbul Barosu Mecmuası, Sene 1, Eylül 1927, S. 9, s. 487 - 497.
- Gemci Remzi, Gülşen, Gamze, Kabasakal, F. Müge, "Markalar ve Markalaşma Şartları", *Uludağ Üniversitesi Mühendislik- Mimarlık Fakültesi Dergisi*, C. 14, S. 1, 2009, s. 105 - 114.
- Karakoç Serkiz, *Ceza Kanunu*, Selanik Matbaası (Bâb-ı Âli Caddesi), İstanbul 1331.
- Kenanoğlu M. Macit, *Osmanlı Ticaret Hukuku*, Lotus Yayınları, Ankara 2005.
- Konan Belkıs, "Osmanlı Devleti'nde Yabancıların Kapitülasyonlar Kapsamında Hukuki Durumu", Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara 2006, Kamu Hukuku ABD, (Yayınlanmamış Doktora Tezi).
- Marangoz Mehmet, "Tüketicilerin Marka Fonksiyonu Algılamaları ile Satın Alma Sonrası Davranışları Arasındaki İlişki", *D.E.Ü.İ.B.F.*, C. 21, S. 2, 2006, s. 107 - 128.
- Mert Osman, "Öngöt Mezar Külliyesi ve Külliyyede Bulunan Damgalar", *Atatürk Üniversitesi Türkiyat Araştırmaları Enstitüsü Dergisi*, S. 36, Erzurum, 2008, s. 281 - 305.
- Moore Karl, Reid Susan, "The Birth of Brand: 400 Years of Branding History", Munich Personal Repec Archive, [http://mpa.ub.uni-muenchen.de/10169/1/Birth\\_of\\_Brand\\_july\\_14\\_2004.pdf](http://mpa.ub.uni-muenchen.de/10169/1/Birth_of_Brand_july_14_2004.pdf)
- Ono Shoen, *Overview of Japanese Trademark Law*, (2nd Edition), Yuhikaku, Tokyo 1999.
- Özkorkut Nevin Ünal, "Kapitülasyonların Osmanlı Devleti'nin Yargı Yetkisine Getirdiği Kısıtlamalar", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 53, S. 2, 2004, s. 83 - 94.
- Sami Şemsettin, Sami, "Kamus-ı Türki", Kapı Yayınları, İstanbul 2011.
- Yasaman Hamdi, *Marka Hukuku ile İlgili Makaleler Hukuki Mütalâalar Bilirkişi Raporları II*, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2005.
- [http://www.tpe.gov.tr/dosyalar/taslaklar/markalar\\_kanunu\\_tasarisi\\_taslagi.pdf](http://www.tpe.gov.tr/dosyalar/taslaklar/markalar_kanunu_tasarisi_taslagi.pdf)